

-تقديم الكتاب:

تمنيت منذ أن كنت طالباً أن يتوفر بالمكتبات التونسية كتاب يجمع شتات النظرية العامة للالتزامات مصادر وأحكاماً، يمكّن خصوصية ما ورد بمجلة الالتزامات والعقود التونسية المحررة سنة 1906، وما ألت إليه التطبيقات الفقهية والقضائية. وقد عرمت على تأليفه، واستقر العمل لفترة طويلة إلى أن هرر على مورته العالقة، فهو مؤلف اجتمع به جميع أحكام النظرية العامة للالتزامات من حيث مصادرها، الإرادة المفردة والعقد، (التصرفات القانونية) والواقع غير المشروعة - المسؤولية التصريرية والمشروعة - الإثراء بدون سبب والدفع غير المستحق والمفضليات - (الواقع القانونية) ومن حيث أحکامها، تنفيذ الالتزام وأوصافه وانتقاله وانتهائه. أرجو أن يكون العمل مفيداً لطلبة الحقوق بالخصوص وللدارسين والعاملين في مجال القانون على وجه الإجمال.

-تقديم الكاتب:

علي كحلوان مولود في اليوم الثالث من شهر سبتمبر سنة 1962 بالقلعة الكبرى. زاول تعلمه الابتدائي بمدرسة غرة جوان بالقلعة الكبرى والثانوي بمعهد علي بوزقيبة بالقلعة الكبرى ثم بمعهد الأزدهار بسوسة وتحصل على شهادة البакالوريا سنة 1983، وأنهى الدراسات الجامعية بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس سنة 1987 وتحصل على إثراها على الإجازة في القانون الخاص وشهادة الكفاءة لممارسة مهنة المحاماة، كما تحصل سنة 2001 على شهادة الدراسات المعمقة في قانون الأعمال وتحصل بتاريخ 2 جوان 2007 على شهادة الدكتوراه في القانون الخاص. مارس القضاء منذ سنة 1988، له تجربة في التدريس بكليات الحقوق والكلبات المختصة ولها عدة مقالات قانونية منشورة بمجلات مخصصة وعدة كتب منشورة منذ سنة 1999.



السعر 40 د.ت



د. علي كحلوان

النظرية العامة للالتزامات

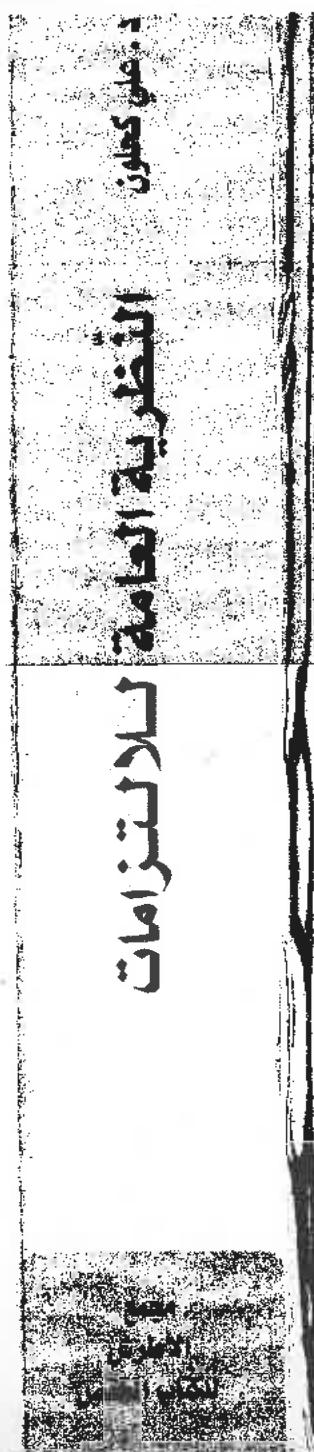
• مصادر الالتزامات

• أحكام الالتزامات

خواطر

جميع الأطروحات للكتاب المفهمن

فيفي 2015





د. علي كحلون

النظريّة العامّة لاللتزامات

• مصادر الالتزامات

التصرفات: الإرادة المنفردة والعقد

الواقع: الواقع المشروعة (الإثراء بدون سبب. الدفع
غير المستحق. الفضالة) وغير المشروعة (المؤولية
القصيرية)

• أحكام الالتزامات

أثر الالتزام وانتقاله وأوصافه وانقضاؤه

جمعية الأطّارين للكتاب المختصين

تونس 2014 / 2015



القراءة

عادة ما يشار إلى المدارس الكبرى في القانون وهي المدرسة اللاتينية والمدرسة الجرمانية والمدرسة الأنجلوسكسونية ومدرسة البلدان الاشتراكية ومدرسة البلدان الإسلامية وذلك لبيان خصوصية كل اتجاه⁽¹⁾، وفعلاً إن لكل مدرسة خصوصياتها ومناهجها وأصولها ومصادرها⁽²⁾.

فإن الميزة الأساسية للتجارب اللاتينية تأثرها بالقانون الروماني ثم بعد ذلك بالقانون الكنسي⁽³⁾، ثم ما فتئت أن انحازت إلى المتضيقات الاجتماعية والاقتصادية في صياغة

(1) مع أنه من الممكن الإشارة إلى شريعة حمورابي⁴-سداس ملوك مملكة بابل القديمة - وهي من أقدم الشرائع المكتوبة في التاريخ البشري . وتعد إلى عام 1790 قبل الميلاد وتكون من مجموعة من القوانين . وهي مرقمة من 1 إلى 282 . سمعود إلى هذه المرحلة بالشرح والبيان في ياه.

(2) Jeanne Ladjili-Mouchette : *Histoire de la méditerranée, Droit Romain, Droit Musulman*, Centre de publication universitaire, Tunis, 2006, p. 151 et suiv.

(3) يرد القانون الروماني إلى مدونة جستينيان حيث اتجهت عناته إلى إصلاح القوانين الخاصة بالإمبراطورية الرومانية القديمة وجمعها وتوريها بشكل تجعله من كبار رجال القانون على رأسهم تريبيونيان وثيفيليوس أستاذ القانون بجامعة القدسية وتم جمع القوانين الرومانية وتوريها سنة 527 م في مجلد واحد اسمه (مدونة جستينيان) حيث قامت اللجنة بجمع وترتيب كل القوانين التي صدرت عن الأباطرة البيزنطيين متذهاريان إلى جستينيان وكتب المجلد باللغة اللاتينية.

وصدرت مجموعة أخرى من القوانين عرفت باسم الموسوعة اداجستا في عام 534 م صدر كتاب الموجز أو النظم يضم أصول القانون الروماني القديم والمبادئ الأساسية للتشريع لتسهيل الاطلاع عليه لطلبة الجامعات والدارسين وصدر آخر سمي بالمتجددات وصدرت مجموعة أخرى من القوانين عرفت باسم مجموعة القانون المدني الروماني وازدهرت في عهد جستينيان ثلاثة مدارس ل القانون الأولى في القدسية والثانية في روما والثالثة في بيروت وانتقلت مدرسة بيروت إلى صيدا.

وبذلك فإن قانون جستينيان الأول، هو عبارة عن مجموعة من القوانين حيث أمر الإمبراطور البيزنطي جستينيان الأول (527 م حتى عام 565 م)، بعض من رجال في مملكته بانتقاء مجموعة من القوانين الرومانية . وعرفت هذه المجموعة باسم كوربس سيفيلز *Corpus Iuris Civilis*، وتعني مجموعة القوانين المدنية كما أطلق عليها أيضاً قانون جستينيان . عُرف عن هذه المجموعة أنها من أكبر الإسهامات الرومانية في مجال الحضارة . جمعت بين القوانين الرومانية القديمة والمبادئ القانونية، ممثلة في عدد

الطبعة الأولى : تونس 2014

© الحقوق محفوظة

جمع الأطربش للكتاب الحفص

95 شارع لندرة - تونس 1000

الهاتف : 71 348 505 - 71 241 123

الفاكس : 71 330 490

البريد الإلكتروني : contact@latrach-edition.com

الموقع : www.latrach-edition.com

أن تكون مصدرا للالتزام لأن العقد وحده هو المنشئ للالتزام في القانون الروماني ولا يقدر العقد على نقل الملكية بل يحمل مجرد التزام بالاتصال وبقي شيء كثيرون من الأسباب المعتبرة في مصادر الالتزام في الدفع غير المستحق والإثراء بدون سبب وأحكامه وخاصة جانب التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني وغير ذلك من الأصول التي مازالت فاعلة إلى حد اليوم⁽¹⁾.

من خلاله بالذين، وللإفاده من جهة أخرى فإن العقد في القانون الروماني لا ينقل الملكية بل يحمل التزاما بنقل الملكية، وكان يجب تدخل أحد العناصر الثلاثة أي الإشهاد أو الدعوى أو التسليم للقول بنقل الملكية، ثم أسقط العنصران الأول والثانوي وبقي الثالث في أواخر تاريخ القانون الروماني، ولكن هذا الاتجاه الشكلي لم يصدق وتغير بعض الشيء، وعابين رجال القانون في أواخر عهد القانون الروماني شيئا من الإرادة، لكن الثابت أيضا أن هذا القانون لم يتخل أبدا عن طبيعته الشكلية حتى في أواخر عصره. معنى ذلك وبساطة أن الشكلية كانت هي الأصل والمبدأ في عهد القانون الروماني القديم، فلم تكن إرادة الإنسان قادرة لوحدها على أن تتشى التزاما أو أن تتفق، بل لأبد من تدخل عنصر خارجي المتضمن في الشكل للقول بنشأة الحق أو بقله، وبالتالي يرتبط الالتزام بهذا المعنى بالشكل وليس بإرادة الأطراف، وهذا الشكل ضروري في انعقاد العقد، وهو في الوقت ذاته كاف لانعقاده، فهو ضروري لأن العقد بدونه لا ينعقد. وهو كاف لأنه متى وجد انعقد العقد، سواء ثبتت إرادة المتعاقدين إلى جانب الشكل أو لم تقم، وسواء كانت الإرادة إذا قامت صحيحة أو معيبة، وسواء اتجهت إلى عرض مشروع أو عرض غير مشروع فالشكل وحده لا الإرادة هو الذي يرجح العقد. (عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، المجلد الأول، ص 418 رقم 284). ويتبين عن ذلك أن العقد غير الشكلية لا تتحقق بالمعنى القضائي. على أن الشكل في ذلك الوقت لم يكن منحصرا في أسلوب معين، كما يخطئ من يعتقد أن الشكل هو الكتابة، بل إن الطرق كانت متعددة في ذلك، فيتوفر الشكل في النطاق بكلمات معينة يطلب التصريح بها عند التعاقد أو القيام بحركات محددة وتتوفر علامات معينة، وفي بعض الأحيان يتشرط تدخل الغير كما تقدم.

عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، المجلد الأول، ص 426.
محمد الشرفي، مدخل لدراسة القانون، المرجع السابق، ص 284.

جمال العمالحي، الشكلية في العقود العقارية، المرجع السابق، ص 14. وانظر في جميع ذلك بوجه عام:

توفيق حسن فرج: القانون الروماني، الدار الجامعية بيروت 1985.

Ladjili-Mouchette JEANNE : histoire juridique de la méditerranée, droit romain, droit musulman, publications S. 1990.

Monier Raymond :Manuel élémentaire de droit romain, les obligations, édit Domat-Montch 1944.

Bruhl Levy :Cours de droit romain, 1946.

Fathi Abdellah Abdalla, op.cit., p. 25 et suiv.

Ihering: L'esprit du droit romain, op.cit.

(1) على كحلوون: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات، نشر مجمع الأمرش للكتاب الشخصي، 2011.

وكذلك، النظرية العامة للالتزامات ، أحكام الالتزام، نشر مجمع الأمرش للكتاب المختص. 2009. والمعلوم أن الإمبراطورية الرومانية عمرت طويلا : تأسست روما عام 745 قبل الميلاد، العصر الملكي 745 إلى 539 قبل الميلاد، حصر القانون القديم 539 إلى 130 قبل الميلاد، عهد جستينيان

النصوص القانونية تحت تأثير Domat و Poitier وغيرهما من رجال القانون أيام ما يعرف بفترة القانون الفرنسي القديم وقبله المستجدات خاصة زمن صياغة المجلة المدنية الفرنسية وما يليها من تشرعات مدنية وجزائية، مباشرة بعد الثورة الفرنسية. ولكن بقي الكثير ما يردد إلى الأصول، فلم تتمكن هذه المدرسة أن تخالص من شكليّة القانون الروماني⁽¹⁾ وأبقت على التنظيم العام في القانون، فلا يمكن للإرادة المنفردة

من القضايا. قسم علماء القانون والذين قاموا بدراسة قانون جستينيان، القانون إلى عدة أقسام : 1- المبادئ العامة: واستخدمت كتابا دراسيا لدارسي القانون والمحاماة. 2- المختصرطة: مجموعة من التشريعات والمبادئ، والقوانين المستحدثة والقوانين الجديدة المقترنة. 3- مجموعة القوانين: وهي مجل قضاي يعطي الكثير من المحاكمات والقرارات. (موسوعة وكيديا، موقع الانترنت).
(1) لم يكن للإرادة أي دور في تكوين العقد، وكانت المفهود تقسم إلى ثلاثة أصناف، وقد يتم بوزن nexus أي السيطرة على جسم المدين manus injectio والعقد الكتابي manus litteris فيفرض أن تأتي المعاملة على صيغة من هذه الأشكال، وهذا ما كان يسمى بالقانون الروماني بالسبب المدني causa civilis أي الشكل القانوني ولا شيء غير ذلك. فتعقب الإرادة تماما عن إطار المناشة لأن سبب تكوين العقد ليس الإرادة في نهاية الأمر وإنما هذا الشكل، لذلك يقال عادة إن نظرية السبب غير معروفة بالقانون الروماني. وقد لاحظنا في بايه أن الملكية في القانون الروماني لا تتنتقل بهذا العقد وإنما يشترط تزوير صور خاصة لنقلها وهي لا تخرج عنها يعرف بالأشكال العتيقة mancipatio والمدعوى التصورية injure cesso traditio والتسليم المادي.

وتبدو هذه الشكلية مرتبطة أشد الارتباط بطبيعة المجتمع الروماني في ذلك الوقت، وهي إفراز طبيعي لعلاقات الإنفاق في ذلك العصر، حيث إن مؤسسة رئيس العائلة كانت فاعلة في ذلك الزمان، وهي التي أثرت بقطف كبير في تبلور حملة من المؤسسات القانونية. وما كان ظهره لو بقيت العائلة متوجهة لاحتاجتها، فقط عندما قامت الحاجة إلى التعامل مع الآخرين ظهر أول تمعط من التعامل خاصة فيما يتعلق بالاعارة. وكانت المعاملة في البداية تتم على المقايسة، ثم استعملت المعادن الناذرة في مرحلة ثانية. لكن رئيس العائلة لم يكن بإمكانه أن يحصل على هذه المعادن الثمينة، فكان يلتجأ إلى رهن العصابة المستقبلية، ثم أتجه التطبيق إلى اعتبار شخص المدين نفسه ضمانا في أداء الدين وهذا ما عرف بـ nexus، وهي عملية تقوم على الوزن (أي الوزن الصوري للمدين) والتعلق بكلمات محددة muncupatio، وكان يتطلب لإتمام هذه العملية حضور العائلة وخمسة من الشهود. لكن هذه الآية لم تعرف كثيرا أمام ضرورة الرفع من نسق المعاملات وسرعان ما تحول التطبيق عن الوزن الصوري واكتفى بالتصريح muncupatio، ومن ثم ظهرت آلية جديدة عرفت بـ stipulatio وهو سؤال يوجهه الدائن إلى المدين ويجيب عنه هذا الأخير، ومع ظهور التقدمة المرقمة أصبح بالإمكان تسليمها للدائن لإنعام العيلية res، وهي شرط من شرط وجود الالتزام، لأنه لم يكن يتصور إتمام العملية دون أن يحصل الدائن على مقابل. ولم تظهر الكتابة إلا في وقت متاخر حتى أصبح رئيس العائلة يمسك دفترا عائليا Codex يسكن به جميع المعاملات، فيقوم الدائن بإذن من المدين بإدراج دينه. ولم يكن هذا التصنيف في البداية إلا وسيلة من وسائل الإثبات، لكنه تطور بشكل أصبح بعد مشتملا للالتزام بحكم القوة الثبوتية التي نالها الترسم بهذا المسجل. ومع نهاية العصر الأول انهى التطبيق إلى التخلص عن طريقة التسجل بالذكرة، واتجه إلى اعتماد ما كان يعرف بـ syrapha وهو كتب يحرره الغير بحضور شاهد ويمضي المدين والشاهد وما كان يعرف بـ chirographa وهو كتب يحرره المدين نفسه ويعرف

وتنظيم الاشتغال العيني لأول مرة في التاريخ مع بعض الاختلافات بحسب خصوصية كل منطقة⁽¹⁾، وما زال هذا التنظيم إلى حد هذا اليوم، وعرفت التجربة الطبيعية الموضوعية

(1) يرجع أصل هذا النظام إلى الأعراف والتطبيقات العبرمانية الشائدة خلال القرن الوسطى، ويشير رجال القانون إلى وجود سجلات عامة بعدها مدن ألمانية مثل Lubeck و Francfort و Bremen.. والمعروف أن Frédéric الأول سنة 1693 Frédéric الثاني سنة 1783، أمر كل من جانبه بتنظيم مثل هذه التسجيلات بروسيا. وهي سجلات يمكن القول فيها مبدأها عينية والترسم فيها واجب سواء تعلقت العملية بحالات أو مقاسمات أو رهون مقتضي سند محترم أمام القضاء أو الدول. وعهد إلى المحاكم بمسك هذه الدفاتر، ويعود إلى القاضي المختص مرافقاً مدي شرعية وصحبة التد موضع الترسم. وكانت هذه الدفاتر تفتقد لأهم عنصر وهو القوة الشبوانية، مع أن بعض المدن الألمانية تجاوزت أحكام أمر 1783 واعتمدت شيئاً من هذه القوة لتحمي حسن النية في الترسيمات Bavière 1843. La saxe 1843. Mechlembourg 1830. 1822. قد انتهت بوجوب قانون 15 ماي 1872 Loi Prussienne 5 mai 1872 : Annuaire de législation étrangère 1873. p. 208. Traduction et note de M.Paul Gide professeur à la Faculté de droit de Paris.

وصدرت في نفس اليوم - 15 ماي 1872 - أربعة نصوص قانونية، وهي التي أصبحت تمثل مجلة الزعنبروسية: 1- القانون المتعلق باكتساب الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية. 2- القانون المتعلق بالتسجيلات العقارية 3- القانون المتعلق بتجزئة العقارات. 4- القانون المتعلق بحقوق التقل الخاصة بالكتاب الخاص للترسم)، وأهم فكرة في هذا القانون هي حماية حسن النية على التحر ، وترحد التشريع العقاري الخاص بالتسجيلات العينية بتصور المجلة المدنية من 1896 وقانون 24 مارس 1897. ويلاحظ أن قانون 1872 لم يدخل حيز التطبيق إلا بتاريخ 24 مارس 1897، وقد خضع للتعديل أخيراً بتاريخ 14 يوليو 1905. وتتأثر هذا النظام بتجربة تسجيل السفن. وهو يقوم على مبدأ التخصيص، بحيث يسند إلى كل عقار صفحة خاصة به، ويشار بها إلى اسم العقار وموقعه، وأسند المشرع تنظيم هذه التسجيلات إلى الإدارة، والمختص بها يعتبر مطلق الحق، ولا يعترف بأي حق عيني إلا بوجوب إدراجه بهذا التسجيل. ويعود إلى القاضي المختص Grandbuchrichtes بعد درس الوثائق الإذن بإدارتها، ويمسك لديه سجل عقاري يسمى: Flurbuch الذي يجب أن تتطابق بياناته مع الدفتر العقاري الموجود لدى الإدارة والذي يدعى: Grubbuch. والهام في هذا التقليم أن أعمال التجربة العقارية لا ترجب إقامته رسم جديد، بل يشار إلى مجلد العمليات بالتعاقب بالتسجيل التابع للمالك الأصلي. فهو نظام عيني في أصله وشخصي في نهايته، إذا جاز القول مبدئياً. وهو نظام يعتمد كذلك المفهوم المنشئ في الترميم، وله نظرية خاصة في ذلك، حيث إن القانون الألماني يفصل بين العقد والتسجيل، فالعقد ينشئ الترمام والملكية لا تنقل إلا بوجوب التسجيل، وقد جاء بالفصل 313 من القانون المدني الألماني ما يلي: يلزم المتصرِّف بنقل ملكية عقار أو ترتيب حق عيني آخر عليه اتفاق إرادة الطرفين، ثم تسجيل هذا الاتفاق في التسجيل العقاري. وفي التسجيل لا يرتبط المتعاقدان بما اتفقا عليه بعد ذلك إلا إذا جرى تعديل اتفاقهما أمام القضاء أو لدى موئذ العقود أو إذا تم هذا الاتفاق في المكتب العقاري أو جرى إخطاره به أو إذا أصدر المتصرِّف تصريحاً يعلن فيه رضاه بقبول التسجيل للمنتصرِّف، إليه في التسجيل العقاري. والجوهري كذلك في هذا النظام أنه يقر بسقوط الحق المرسم إذا قامت الحجزة بجانب المدعى طيلة ثلاثين سنة، ورفع الحجز دعوة أمام من يهمه النظر، والشرط في ذلك أنه «إذا كان المالك مقيداً بالتسجيل، فإن الدفعوى لا تقبل إلا إذا كان المالك قد توفي أو كان غائباً ولم يجر أي قيد بمواقفته في التسجيل منذ ثلاثين سنة». (الفصل 927 من القانون المدني الألماني). وقد أبقى النظام البروسي آثاره على منطقة «الألازاس» والوران على وجه الخصوص، وتأثرت عدة

والقول يصدق كذلك على التجربة العبرمانية في أقصى شمال القارة الأوروبية وعلى ضفاف نهر الراين، وفيها من المميزات الكبير، فبماشة بعد سقوط الإمبراطورية الرومانية الغربية في القرن الخامس، تكونت المملكة الفرنسية وضمتأغلب شعوب منطقة وسط وشمال أوروبا⁽²⁾، ثم سرعان ما انقسمت في القرن العاشر إلى جزء شرقي وهو ما يمثل الإمبراطورية الألمانية وجزء غربي وهو ما يمثل الإمبراطورية الفرنسية⁽²⁾، وانقسمت الإمبراطورية الألمانية بعد ذلك إلى مقاطعات قبل أن يعاد توحدها سنة 1871⁽³⁾. وقد استقلت الأعراف العبرمانية بخصوصيات كانت مميزة لها ومثلت الأسامي في مميزات التجربة العبرمانية. فهي التجربة التي عرفت السجلات العينية

527 إلى ميلادية، وسيطرت على كامل البحر الأبيض المتوسط جنوباً وشمالاً ووصلت سيطرتها على كامل منطقة الغول (Gaule) بمنطقة الغول (Gaule) وسط أوروبا وشرقيها أي فرنسا وإسبانيا أي البلدان الواقعة غرب نهر الراين، ثم انقسمت إلى شرقية وغربية في القرن الخامس، وسقطت الغربية مع نهاية القرن الخامس وتكونت على أنقاضها الإمبراطورية الفرنسية (كامل منطقة فرنسا وجانب من ألمانيا) التي انقسمت بعد ذلك في القرن العاشر إلى غربية (فرنسا) وشرقية (ألمانيا). وقد ظلت الإمبراطورية الفرنسية على ما يذكر المؤرخون مرتبطة بالثقافة الرومانية وخاصة في عهد الملك شارلمان.

(1) كان الجزء الشرقي من نهر الراين على خلاف دائم مع الإمبراطورية الرومانية وقد وصلت إحدى القبائل العبرمانية الشرقية، وهو الوندال (أو الفنلن) إلى تونس في القرن الخامس الميلادي واقتصرت أجزاءً من الإمبراطورية الرومانية وأسسوا لهم دولة في شمال أفريقيا مركزها مدينة قرطاج وضموا إليها جزيرة صقلية والعديد من جزر البحر المتوسط. يعتقد أن اسم الأنجلو من اسم هذه القبيلة (في الأصل سميت المنطقة لواندالوسيا ثم حولها العرب لـ«الأنجلوس») حيث سكنوا جنوب إسبانيا لمدة من الزمن ثم انتقلوا بعدها لأفريقيا. في سنة 455 اقتسم الوندال مملكة روما واعتنوا فيها فساداً وخرابها تجرياً عظيماً ولا سيما في الأثار الفنية والأدبية. ولم يمكث الفنلن أكثر من فرن حيث كانت تهابتهم زمن الإمبراطور جوستينيان. نفس المرجع السابق.

(2) بعد موت لويس الأول قسمت المملكة الفرنسية من جديد. انتان من هذه الملوك عمرنا، مملكة فرنكيا الشرقية (Francia orientalis) شكلت ألمانيا فيما بعد وملكة فرنكيا الغربية (Francia occidentalis) والتي شكلت فرنسا. عام 842 م قام أحداد شارلمان بعقد قسم سترايسبورج في شتراسبورغ (serments de Strasbourg)، تغير وثيقة هذا العقد من أقدم الوثائق المكتوبة بلغتين متباثتين (الوندالسك والروماني) آنذاك. يعتبر بعض المؤرخين في فرنسا هذه الوثيقة عقد الميلاد الرسمي لبلاد فرنسا وكذلك ألمانيا.

(3) الإمبراطورية الألمانية (بالألمانية: Deutsches Reich؛ دوتشس رايغ) ويطلق عليها أحياناً الرايخ الثاني هي إمبراطورية تأسست عام 1871 بعد اتحاد الدول الألمانية وتصيب ملك بروسيا فيلهلم الأول إمبراطوراً للألمان. تعاقب على حكم الإمبراطورية الألمانية الإمبراطور فيلهلم الأول المؤسس من عام 1871 حتى عام 1888، ثم فريدرش الثالث وحكم أقل من سنة 1888 ثم فيلهلم الثاني حتى عام 1918 حين تحولت ألمانيا إلى جمهورية اتحادية (جمهورية فايسار) بعد هزيمتها في الحرب العالمية الأولى. تكونت الإمبراطورية الألمانية من 27 مقاطعة أساسية (حكمت بواسطة العادات الملكية في معظم الأحيان). وفي حين أن مملكة بروسيا كانت الأكبر مساحة في الإمبراطورية إلا أن القيادة البروسية للدولة لم تستمر طويلاً وخلت محلها القيادات الألمانية. نفس المراجع السابق.

ولتتجزء الأنجلوسكسونية مميزاتها التاريخية مازال آثاره إلى حد اليوم⁽¹⁾، ونفس الشيء بالنسبة إلى تجربة البلدان الاشتراكية والبلدان الإسلامية. فرغم تفكك المنظومة الاشتراكية إلا أن آثارها مازالت تميز تشريع هذه البلدان. وكانت البلدان الإسلامية تعتمد الأساسية على الفقه الإسلامي المستند إلى اتجاهات الفقهاء المعتمدة على الكتاب والسنّة بالرغم من تعدد المدارس الفقهية⁽²⁾، ورغم خصوصيتها للاستعمار طيلة

للالتزام والسبب⁽³⁾ واستحدثت آليات قانونية في إنقاذ العقد من البطلان أو الفسخ يامكانية تدخل المحكمة في اتجاه إنفاس الالتزامات أو تعديلها أو تحويل العقد الباطل أو مراعاة الظروف الطارئة وما زال شيء من ذلك في المجلة المدنية الألمانية إلى حد هذا اليوم⁽⁴⁾.

(1) يعتمد القانون الإنجليزي على الشواهد وقواعد الاتصال، والمعلوم أنه قانون قضائي بالدرجة الأولى، وانتهى التطبيق القضائي إلى قرض جملة من الآليات والشكليات الضاربة في بعض الأحيان تكون عادة مرتبطة بشروط الدعوى، وذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار القانون الإنجليزي قانوناً شكلياً في حلوه أنه لا يعترض بوجود الحق خارج إطار الدعوى، هذه الدعوى التي أحاطها التطبيق بحدود شكلية، فلا تقبل إذا لم تكن المعاملات محرة طبق طريقة معينة. ويستفاد من ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة لم يوجد مكانه بالقانون الإنجليزي مثلاً ماضي بالقول لدى الفرنسيين، ويتحدث رجال القانون عن «فردية عقلانية» بالقانون الأنجلوسي أو «فردية تجريبية ولازمة» في نفس الوقت بحكم تأسيسها على تجربة التطبيقات القضائية، ويدو هذا القانون منحازاً إلى التجربة الموضوعية أكثر منها إلى المدرسة الشخصية.
Fathi Abdellah Abdalla : op.cit., p. 160 et 244. "l'individualisme empirique et utilitaire des Anglo-Saxons

(2) الفقه المالكي:

محمد بن أحمد بن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتضى، طبعة مصورة عن طبعة الخانجي دار الفكر.
إبراهيم بن فرجون: تبصرة الحكماء في أصول الأقضية ومتاجع الأحكام، مطبعة البهية، مصر.
محمد عرقه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب القاهرة.
أحمد بن إدريس القرافي: الفروق، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
محمد بن محمد الخطاب: مواهب الجليل، مطبعة السعادة.
الفقه الحنفي:

زين الدين بن نجم: الأشباء والنظام، دار الصناعة العاملة، مؤسسة الخطيب.
أبو بكر بن مسعود الكسانري: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الإمام بالقلعة القاهرة.
محمد أمين المعروف، ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، رَدُّ المحتار على الدر المختار، مطبعة مصطفى الخطيب، القاهرة.

شمس الدين الترسخي: المبسوط، دار المعرفة بيروت.

الفقه الشافعي:

علي بن محمد بن حبيب الماوردي: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مطبعة مصطفى الخطيب.
جلال الدين عبد الرحمن السيوطي: الأشباء والنظام، دار إحياء الكتب العربية القاهرة.
محمد بن محمد الغزالى: إحياء حلمن الدين، الطبعة الأولى.
محى الدين بن ذكرياء بن يحيى بن شرف النووي: المجموع، شركة العلماء.
إبراهيم الشيرازي: المهدب في فقه الإمام الشافعى، دار المعرفة بيروت.
الفقه الحنبلي:

ابن قيم الجوزية: إعلام المؤمنين عن رب العالمين، دار الجيل لبنان. والطرق الحكيمية في السياسة الشرعية، مطبعة الآداب.
أحمد بن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، المطبعة السلفية القاهرة، ومجموع فتاوى ابن تيمية، مطبعة المعارف الزباط.

مناطق أخرى بأحكامه، وبالتحديد النمسا وسويسرا وبعض المقاطعات من إسبانيا والبرتغال.
والطلقت للاتباه أن القانون العقاري التونسي لسنة 1885 أحد شيئاً من هذا النظام.

(1) نظراً للاعتبارات الموضوعية التي تقوم عليها المدرسة الجermanie، اتخذ السبب في الالتزامات المضبوطة موضوعياً لا يأخذ بالاعتبار، بل أكثر من ذلك، ظهر بهذه المدرسة ما يعرف بالتصريف المجرد وهو التصرف الخالي من السبب، فليس السبب شرعاً من شروط صحته حتى في صيغته الموضوعية، بل يقوم التصرف بصرف النظر عن وجود السبب من عدمه وظهور ذلك جلياً في نظام حالة الحق وحالة الدين والإتاحة على الوفاء والتنازل عن الحق الشخصي والأوراق التجارية ولربما كانت أحكم نظام الإشهار العربي مميزة في هذا الجانب، حيث إن الملكية لا تكتسب في قانون 5 ماي 1872 إلا بموجب الترسم بالسجل العقاري الواقع على إثر تولية (investiture)، أي أن نقل الملكية لا يحدث بمجرد الاتفاق كما لا يقع بمجرد الترسم بالسجل بل لا يدمن التولية وهو ما يعادل «التسليم traditio» بالقانون الروماني. ويقصد بالتولية أن يحضر البائع والمشتري أمام القاضي ويعلنان بإرادة حرّة نقل الملكية. وتفع الانتقالات على ذلك الشرطشرط أن تكون الملكية مرسمة سابقاً باستئناف بعض الحالات (مثل الإرث والوصية والاترداد). وقبل إتمام مراسم التولية لا يمكن مطلقاً طلب الترسم بل يجوز فقط طلب تقييد الحق فيما احتياطياً لحفظ الحق، وتقبل أن تقع التولية على ما تقدم، لا يمكن أن يدعى الدائن إلا حقاً شخصياً يمنع ترسميه. وإذا ما وقع الترسم على تلك الصورة وأنقلت الملكية إلى الغير حسن النية ما كان من الممكن مطلقاً طلب إبطال الترسم ولو أن الصك أو الكتب كان فاقداً للسبب أو انتهي على سبب غير صحيح أو غير شرعي، معنى ذلك أنه في جميع صور التصرف المجرد ليس للمتضارب طلب الإبطال أو البطلان لغير السبب أو لعدم مشروعيه أو لعدم صحته وإنسائه حق الرجوع بالتعويض والأغلب أن يكون ذلك على الأساس الإثراه بدون سبب. وقد تأثرت عدة بلدان بهذا الاتجاه كما بالنسبة إلى القانون السويسري والقانون النمساوي.

على كعبون: السجل العقاري، نشر مجتمع الأطروحة لكتاب المختص، 2009.

(2) تجد نفس القاعدة الشكلية، حيث كانت الأعراف الألمانية تدوّن معمدة على الشكل والزمرة، فأغلب العقود إنما تكون عقوداً عيبية أو شكليّة، وكان يعزّل على كاتب مخصوص في تحرير العقود، أو توفر رمز معين لإبرام العقد كان يسلم العذين شيئاً إلى الدائن لل mellalate على إبرام العقد، ولم يكن بإمكان الرضاء وحده أن ينشئ التزاماً. لذلك أبقى الفزو الغنائي لكافل منطقة وسط أوروبا (Gauge الغول) وإسبانيا وشمال إفريقيا خلال القرن الخامس تأثيرات جد هامة في هذا الاتجاه. وقد انقسمت الإمبراطورية الرومانية إلى شرقية وأخرى غربية مع الفزو الفنلندي خلال القرن الخامس لليلاد، ثم تكونت الإمبراطورية البيزنطية على الجزء التابع للإمبراطورية الرومانية الشرقية. ونفس هذه القاعدة الشكلية هي التي ساهمت في تبلور النظرة الموضوعية للالتزام في القانون الألماني بشكل عام، وأثبتت تأثيراتها على التوجّه المعاصر وأحكام المجلة المدنية الألمانية الحديثة (1896). Pedamon. Michel : le contrat en droit Allemand, LGDJ 1993. Ladjili-Mouchette JEANNE, op.cit.

العامة للحقوق العينية⁽¹⁾ والنظرية العامة للالتزامات، وإليهما تردد جميع الأحكام في القانون الخاص.

وستنوع النظرية العامة للالتزامات جملة القواعد العامة الخاصة بمصادر الالتزام وأحكامه، وإذا كانت أحكام الالتزام ترتبط بالالتزام بعد أن ينشأ⁽²⁾، فإن مصادر الالتزام تعيل إلى نشأة الالتزام، ويرتبط التزاع المدني إجمالاً بكل ما يتعلق بالالتزام نشأة وحكمه، وكان من الضروري في إطار هذه المقدمة العامة أن تقف على معنى التزاع المدني (III) بعد إظهار مفهوم الالتزام المدني بشكل عام (I) ومفهوم النظرية العامة للالتزامات (II).

I- مفهوم الالتزام

للإحاطة بمفهوم الالتزام يتعين تعريف الالتزام في مفاهيمه الشخصية والموضوعية⁽¹⁾ قبل بيان عناصره⁽²⁾ وأنواعه⁽³⁾ ومصادره⁽⁴⁾ وأحكامه⁽⁵⁾.

(1) سبق أن بياناً أحكاماً نظرية العامة للحقوق العينية في كتابنا القانون العقاري الخاص، نشر المركز الجامعي، 2009. يراجع كذلك طبعة ثانية 2010، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص.

يراجع كذلك في نفس المعنى:

-الإجراءات العقارية، نشر المعهد الأعلى للقضاء، سنة 2000.

-أحكام القانون العقاري التوثيقي بين التسجيل والإشهار، نشر دار الميزان، سنة 2000.

-التدين العقاري وأثره على المفعول المنشئ للترسم، نشر دار إسهامات، سنة 2001.

-مجموعة القوانين العقارية التونسية، نشر دار إسهامات، 2002-1885-1885-2007. وطبعة ثانية 1885-2007.

-نظام التسجيل العقاري، منشورات مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2009.

-التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التدين، منشورات مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2010. وطبعة ثانية 2011.

-قانون التأمينات وطرق استخلاص الديون العامة والخاصة، منشورات مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2011.

-القضاء العقاري، طريقة حسم التراعات العقارية، منشورات مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2013.

(2) على كحلون: النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص، ص 25.

(3) قدم الرومان تعريفاً للالتزام بوصفه علاقة قانونية تلزم شخصاً إذاً شخص آخر، ولذلك ركزوا على العلاقة الشخصية في الالتزام وعلى طبيعته السلبية في الفضة المالية بمعنى أن يلزم المدين دون النظر لما يحدده الالتزام من حق لفائدة الدائن. (*obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur*).

علي بن أحمد بن حزم: المحتلي، المكتب التجاري للنشر والتوزيع، بيروت.
(1) يراجع على سبيل المثال، تقرير استبياناً مقرر اللجنة التي تألفت لإعداد مشاريع القوانين

التونسية، منشور باللغة العربية بكتاب التعليق على مجلة الالتزامات والعقود، محمود بالشيخ، ص 11، نشر المطبعة المصرية، 1984. وبالفرنسية بدكتوراه محمد بقين، باللاحق، 1994/1993، كلية الحقوق بتونس.

وكان للفقه الإسلامي تعريفاته الخاصة حيث ولين كانت منهجه الفقه قد ينفي أن تعالج كل حالة

فترة معينة وتتأثرها بقوانين المستعمر إلا أنها حافظت على الأحكام الأساسية الفقهية وما زالت فاعلة إلى حدّ هذا اليوم⁽¹⁾.

على أن مقتضيات العصر والإفرازات الاجتماعية والاقتصادية الحديثة أظهرت جانبها كبيراً من الإشكاليات الإجرائية والأصلية توجب قسطاً من الصناعة والتجزء وحسن الصياغة في القانون بهدف تحقيق المرغوب وتجاوز الصعوبات وتوفير الإطار القانوني المناسب مع مراعاة السوابق وضغط التاريخ. ويبدو الفكر الإنساني في حاجة إلى التجديد وغير مكثف بالموجود وقدر الإنسان في الإبداع وإيجاد الحلول للمستجدات، لأنّ الفكرة التي تصلح لوقت قد لا تصلح ضرورة لوقت آخر. فالانتقال من الدولة الاقطاعية الفلاحية إلى الدولة الرأسمالية حتم التدخل بتصوّص قانونية جديدة، والانتقال من الدولة الملكية إلى الجمهورية له نفس الآثار، وتغير العلاقة بين العاكم والمحكوم له مقتضياته، والتخلّي عن الدولة الدينية لصالح الدولة الوطنية له أحكامه. ويبدو الإنسان منتصراً إلى صياغة جملة من الأحكام العامة الكونية تكون الأساس في بناء المجتمعات. ومع ذلك تبقى الخصوصية على مستوى التفصيات، ويحاول كل من جانبه التغلّب إلى حلول قانونية تكون متداولة تجاوز التقاضي الإجرائي أو الأصلية.

ومن هذه الناحية كانت أهمية التعرف على التجارب المقارنة وتبادل الأفكار وال الوقوف على مستجداتها في نقاط كانت وما زالت محل دراسة الدارسين وشغل الباحثين. فالقاعدة الأساسية أن لا يطعن الباحث لحلّ واحد ويسعى إلى أن يقف على معظمها وحصر الأهداف حتى يحيط بالوسائل استعانت بما لديه من أدوات المقارنة.

ولكننيلاحظ بعد الوقوف على مسار تطور العلوم القانونية أنّ الفكر البشري انتهى في عصرنا الحالي مهمما كانت المدرسة التي يتميّز إليها رجل القانون إلى رأي واحد لا يشك فيه أحد وهو صياغة النظريات العامة فيأغلب التنظيمات القانونية، بعدمما كانت الحلول القانونية توجه إلى حالة خاصة ارتفعت المعالجة مع مر الأيام إلى نوع من التجرد والشمولية فصيغت الأحكام العامة والنظريات العامة في جميع المحاور التي يعني بها القانون، فانطلاقاً من مفهوم الحق وتقسيمه إلى حق شخصي وحق عيني صيغت النظرية

الفقه الظاهري:

علي بن أحمد بن حزم: المحتلي، المكتب التجاري للنشر والتوزيع، بيروت.

(1) يراجع على سبيل المثال، تقرير استبياناً مقرر اللجنة التي تألفت لإعداد مشاريع القوانين التونسية، منشور باللغة العربية بكتاب التعليق على مجلة الالتزامات والعقود، محمود بالشيخ، ص 11، نشر المطبعة المصرية، 1984. وبالفرنسية بدكتوراه محمد بقين، باللاحق، 1994/1993، كلية الحقوق بتونس.

1- تعریف الالتزام

العقد تصرفا حالياً. وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى ضرورة الوفاء به وتقوم فيه الدعوى قضاء، وقد دل الشارع على ضرورة الوفاء بالعهد إلا إذا قام السبب المشروع المانع من الوفاء. ويكون الالتزام على ذلك الأساس هو كل تصرف يتصمن إرادته إنشاء حق من الحقوق أو إنهائه أو إسقاطه فهو كل ما يصدر عن إرادة الشخص عزماً منه مثل الرقف والطلاق المجرد عن المال والإبراء أو يتبع عن تلاقي إرادتين مثل البيع والشراء والإيجارة والطلاق على مال، فهو في نهاية الأمر إيجاب الإنسان أمر على نفسه إما باختياره وإرادته وإنما بالالتزام الشارع أو هو تعبر الشخص عن إرادته في أن يشغل ذمته بأمر جائز شرعاً. وعلى ذلك ينطوي الالتزام جميع التصرفات الإرادية أي العقد والالتزام من جانب واحد، وهو بذلك أعم من العقد. على أن هذا التعريف بين المفهوم الموضوعي للالتزام بالفقه الإسلامي، فهو ليس علاقة بين شخصين وإنما تصريح بالإرادة قد يبقى في مستوى العزم من جانب واحد وقد تتفاوت الإرادة من الجانب الآخر.

على أن الفقه يميز بين الالتزام والإلزام واللزوم، فالالتزام على ما تقدم من تعريف وهو مأخوذ من فعل التزم بمعنى أن تصدر رغبة الالتزام من الشخص المعنى، أما الإلزام فهو مصدر لفعل ألزم، أي أن يصدر الإلزام من الحاكم. وعلى ذلك الأساس يكون الالتزام صادراً عن سلطة حاكمة خارجة عن الملتزم، في حين أن الالتزام يجد مصدره في إرادة الشخص ذاته، واللزوم أمر يقرر الشعاع آثاره إذا توفرت الشروط المحددة كما أن يتنازل المعاهد عن حقه في الفسخ بإرادة متفردة فيكون العقد لازماً فينفذ إذا لم يفعل أو غير لازماً إذا فعل، وقد قسم الفقهاء العقود إلى عقود لازمة مثل البيع والإيجار وأخرى غير لازمة مثل القرض والعارية. فيكون الالتزام بذلك المعنى هو كل ما يعبر عن المصادر الإرادية أما الإلزام فهو ما يعبر عن المصادر غير الإرادية العمل الضار والإثراء بدون سبب والقانون. فقط أنه يجب التمييز بينية بين الالتزام بذلك المعنى والواجب والضمان، حيث إن الواجب هو حكم من الشرع أي ما ألزم به الشارع المكلف بدليل ظني أو قطعي بينما الضمان هو أمر يقرره الشعاع بالزمام ولا يوجه الشخص على نفسه بالتزامه ويشمل جميع أعمال الغصب والإخلاف، ففي الإخلاف ضمان بالالتزام الفاعل بكفاءة ما تسبب فيه من ضرر أي يدفع قيمة المضررة، وبذلك يختلف الالتزام عن الضمان في حدود أن الضمان أمر يقرره الشارع بينما الالتزام مصدره الإرادة. ويدق الفقهاء كذلك بأن ميزوا بين الالتزام والدين، حيث إن الدين هو محل الالتزام ولا يجوز الخلط بين الالتزام والدين.

وإذا كان الغصب والإخلاف مفاهيم ترتبط بالاعتداء على المكاسب، فإن مفاهيم القصاص والدية والأرش وحكومة العدل ترتبط بالاعتداء على ذات الشخص، وهي منطقة تختلط فيها العقوبة الجنائية بالعقوبة المدنية. أما الديمة فتعجب في القتل غير العمد وفي الجنابة على ما دون النفس عن غير عمد على عصو يمكن فيه المماطلة. والأرش جزء من الديمة، فإذا تعدد العضو الذي تکمن فيه المماطلة وأصبع بعض منه فالديمة تعجب بنسبة ما أصبع، وتسمى هذه الحالة أرشاً. وتكون حكومة العدل فيما لا يجب فيه قصاص أو دية أو أرش، أي في الجنابة على ما لا يمكن فيه المماطلة، عمداً كان أو غير عمد، وترتكب تقدير الجزاء إلى القاضي، وهي أغلب حالات الجراح والشجاج (الشجاج هو الإصبابيات التي تقع بالرأس والوجه، وهي كلها لا قصاص فيها إلا الموضعية إذا كانت عمداً، لأنها لا يمكن مراعاة المماطلة فيها). ويخلص من جميع ذلك أن الالتزام بالفقه الإسلامي لا ينطوي جميع المصادر الإرادية وغير الإرادية بل يشمل الأولى فقط، كما تستخلص أن عبارات التصرف والعقد والوعد والالتزام تعطي جميع التصرفات الإرادية، بينما تعطي عبارات الإلزام والضمان والدية وما ينتمي إليها جميع المصادر غير الإرادية، والواجب من فوقيهم جميعاً. وقد يميز الفقهاء بين الالتزام والدين، على أن الدين سواء كان شلياً أو قيمياً هو هبارة عن مال في فئة المدين لفائدة الدائن ويمكن أن يجد مصدره في الالتزام أو الضمان (الإنلاف والغضب في الاعتداء على المكاسب) أو البة (الاعتداء على الذات) والالتزام بين، أي التعليل

على حدة، بالفقه الحنفي والسرقي والهرقندى والكتانى وابن عابدين وغيرهم وبالفقه المالكي والمدونة الكبرى لمالك وابن رشد والقرافى وأبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبى الغزناتى فى القرائين الفقهية والخطاب والزرقانى والدسقى وبالفقه الشافعى الام للشافعى والأحكام السلطانية للمنوردى والغزالى وغيرهم كثير وبالفقه الحنفى ابن قدامة وابن تيمية وابن قيم الجوزية والحنفى والسيوطى وغيرهم، فقد بحث المتأخرون من الفقهاء فى صياغة النظريات العامة من خلال عمل الفقهاء القدماء. وإن سبق فى الحقيقة ظهور عدة علوم إسلامية بلغت حد التجريد والشمولية وارتقت إلى مرتبة النظريات العامة مثل علم مقاصد الشريعة وعلم أصول الفقه وغيرها.

عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، 1967.

محمد يوسف، موسى: الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، 1952.

عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد في الشريعة الإسلامية تاريخها ونظريتها الملكية والجودة 1986.

أحمد أبراهيم: مذكرة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام في الشريعة الإسلامية، 1990.

محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، 1963.

علي خليف: التصرف الانفرادي والإرادة المترفة، 1963.

مصطفى الزرقان: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، 1964.

علا الدين خروفة: عقد القرض في الشريعة الإسلامية، 1982.

رأشد راشد: الإرادة المترفة ك مصدر من مصادر الالتزام في الفقه والقانون، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس.

عبد السلام محمد الشريف: المبادئ الشرعية في أحكام المقوبات في الفقه الإسلامي، 1986.

Chafik Chahata: Théorie générale des obligations en droit musulman Hanéfite 1969.
Linant de Bellefonds: Traité de droit musulman comparée, Théorie générale de l'acte juridique 1965.

ويستخرج من جميع ذلك أن الفقه الإسلامي يميز بين التصرف والعقد والالتزام والوعد والإلزام واللزوم والواجب والضمان والقصاص والدية والأرش وحكومة العدل.

أما التصرف فهو كل ما يتعين عن الشخص بإرادته ويرتبط عليه الشعاع تائجاً، وهو على نوعين تصرف قولي وتصريف فعلي، فالقول هو ما يخرج عن اللسان أما الفعلية فهو عمل مادي قوامه عمل غير لساني مثل الغصب والتلف أي الاعتداء على المكاسب بوجه عام وتسليم المبيع وغير ذلك، والتصريف القولي نوعان عقدي وغير عقدي، ويعرف التصرف العقدي على أنه تصرف تائجاً عن تلاقي إرادتين، أما غير العقدي فهو الذي ينشأ عن عزم شخص واحد. وعلى ذلك الأساس فالتصريف القولي ليس له علاقة بالعقد بالعقلة العاشرة التصرف القولي العقدي فوق العقد القولي غير العقدي فليس له علاقة بالعقد حسب وجهة نظر تغير أن العقد هو ما يدل على توافق إرادتين ويوافق العقد حسب وجهة نظر أخرى تعبر أن العقد هو كل ما يعتقد الشخص العزم عليه ولو كان من طرف واحد.

وتحمل القول في العقد أنه ارتباط إيجاب بقول على وجه مشروع بثبت أنه في محله وهو بذلك تصرف يفترض الإيجاب والقبول، لكن جابنا من الفقه ذهب إلى أن مفهوم العقد يشمل توافق إرادتين كما يشمل العزم من جانب واحد أي الإرادة المترفة، فهو كل ما يعتقد الشخص العزم عليه ولو كان بكلام طرف واحد على أن تعريف الفقهاء للعقد يرتبط بضرورة توفر الشروط الضرورية لانعقاده، وميزة هذا التعريف أنه يشمل العقود غير الباطلة فقط، فلا تدخل العقود الباطلة في التعريف.

ويميز الفقهاء بين العقد من جهة والوعد من جهة أخرى، حيث إن العقد إنشاء للالتزام في الحال بينما الوعد فهو «الإخبار عن إنشاء المعابر التزاماً في المستقبل»، فيكون الوعد حينئذ تصرفاً مستقبلاً بينما

فيفترض الحق الشخصي إذن رابطة قانونية ورابطة شخصية ورابطة مالية. فتنصرف الرابطة القانونية إلى إمكانية إلزام المدين قانوناً على خلاف الحقوق الطبيعية التي تبقى خارجة عن أي إلزام قانوني، كما في صورة تقادم الحق، فيقي عنصر المديونية ويسقط عنصر المسؤولية أي إمكانية إلزام المدين⁽¹⁾. وتنصرف الرابطة الشخصية إلى علاقة الدائن بالمددين، فكل إلزام شخصي به دائن ومدين، ولا يمكن أن يستخلص الدائن دينه إلا عبر هذا المدين. وذلك هو الرأي السائد إعمالاً لمبادئ المذهب الشخصي. ولكن المذهب الموضوعي في الإلزام يقدر أن الإلزام هو علاقة قانونية يلتزم بموجبها شخص بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وذلك بالتركيز على موضوع الإلزام دون العلاقة الشخصية بين الطرفين أي أن الإلزام يتخذ شكلاً مجرداً بمعنى أن يكون قيمة مالية لها مكان بالذمة المالية ولا تبرر نشانه إرادة الشخص الملزم وإنما القواعد الموضوعية أي القانون المبرر لنشاء الإلزام وله دور اجتماعي في تداول وانتقال الحقوق الموضوعية⁽²⁾، كما في صورة الإلزام من جانب واحد أو إحالة الدين أو الاشتراط لمصلحة الغير أو التسند لحامل، وقد عرف هذا المذهب إشعاعاً سوءاً بالمدرسة الإسلامية أو المدرسة الألمانية⁽³⁾، وربما كان الأساس الموضوعي مقيولاً

يرتكز على الدخووى وليس على الحق، فكانت الدعوى الشخصية توجّب تحديد هوية المدعى عليه أما الدعوى العينية فكانت توجّب تحديد مالك العين، ولم يظهر الحق العيني إلا في أواخر عهد القانون الروماني، وعرف إشعاعاً كبيراً مع نظام الأقطاعيين في القرون الوسطى، بينما كان مصطلح الحق الشخصي معروضاً بالقانون الروماني، وربما كان ذلك بسبب أن العلاقات المالية الشخصية هي الطاغية في ذلك العهد، فالمعروف أن الرومانيين كانوا يلجؤون كثيراً في معاملاتهم إلى التأمينات الشخصية على خلاف التأمينات العينية.

(1)

يراجع الفصل 28 م. اع في الإلزام الطبيعي.

(2) Mohamed Bagbag, *De la déclaration de volonté, source d'obligation dans le code des obligations et des contrats, thèse pour le doctorat d'Etat en droit privé*, Tunis, 1993-1994. P. 96 et suiv.

فتح يريد الإلزام هو قطع الإلزام عن إرادة صاحبه أو نقض دور الإرادة في نشأة الإلزام، فهي إما أن تندفع أصلاً في نشأة الإلزام وتبقى مجرد طاقة طبيعية تحدث حرمة مادية حسب Duguit لتفسح المجال للقواعد الموضوعية أي القانون الذي يعلن على تلك المحرّكات آثاراً قانونية أو أنها تثير تطبيق القواعد القانونية حسب Kelsen أو أنها تأخذ شكلاً مادياً وخارجياً لا يتعارض مع القانون حسب Saleilles R.

وتدل الوظيفة الاجتماعية للعقد على أنه أداة اجتماعية مفروضة قانوناً لتبادل المال، وما يضمن سلامته المعاملات ليست تلك العلاقة الشخصية الجاملة بين الدائن والمدين وإنما اعتبار الإلزام قيمة مالية متحركة لها مكانها في الذمة المالية مثل الحقوق العينية.

(3) يعرف الإلزام بالفقه الإسلامي كما سبق الإشارة إلى ذلك بأنه إيجاب الإنسان أمراً على نفسه لا يمنعه الشرع، فهو ليس علاقة بين شخصين من حيث المبدأ، بل هو مجرد علاقة مالية صرفة، والمبدأ أن يمهل المدين إذا كان في عسر « وإن كان ذو عشرة فنون إلى ميسرة » (قرآن) و« من أنظر مسراً أو وضع عنه أظلله الله في ظله » (حديث شريف). وليس للدائن من حق على شخص المدين كما هو الحال

- التعريف العام للالتزام: الالتزام هو الواجب أو الموجب *devoir*، وليس كل واجب التزام، بل إن الواجب الذي يتزلف مثلاً الالتزام هو الواجب القانوني، أي الذي من الممكن أن تقوم فيه الدعوى أمام القضاء، ويتجاوز مستوى الأخلاق، صحيح أن الواجب القانوني والمستوى الأخلاقي يتفقان في عدة صور، لكنهما مختلفان في البعض الآخر، كما في صورة سقوط الحق بموروث الزمن. ولهذا الواجب سقف يقف عنده، فلا يطالب المدين بما يتتجاوز الممكن، كما في صورة القوة القاهرة، فهو واجب قانوني ممكن *possible*⁽¹⁾. وهو حالة قانونية يلتزم بمقتضاهما الشخص بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل معين، أو هو « ارتباط قانوني الغرض منه هو حصول متفقة لشخص بالتزام المعهود بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه » على معنى الفصل 144 من القانون المصري القديم أو هو « إلزام يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن العمل » على معنى الفصل 1101 من المجلة المدنية الفرنسية. ويعزّزه الأستاذ السنهوري بأنه « حالة قانونية يرتبط بمقتضاهما شخص معين يقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل⁽²⁾، كما يعرّفه الأستاذ Carbonnier بأنه « رابطة موجودة بين شخصين يلتزم بموجبها أحدهما بفعل شيء ما للطرف الآخر⁽³⁾ ». على أنه يجب التمييز بعناية بين التعريف الشخصي والموضوعي للالتزام.

- المفهوم الشخصي والمفهوم الموضوعي للالتزام: إن الحق الشخصي هو علاقة بين شخصين يلتزم بموجبها شخص بأن يؤدي للطرف الآخر شيئاً أو أن يقوم بعمل معين أو أن يتمتع عن أداء عمل محدد. فلا يتوصل الدائن بحقه إلا غير هذا الشخص⁽⁴⁾.

بالشيء أو بمنافعه أو المحافظة عليه، والإلزام بعمل، أي إجارة الخدمة، والإلزام بإسقاط، أي التنازل عن الحقوق مثل حق الشفعة وحق الخيار والعنق والوقف، والإلزام بتربيتين، أي تقديم ضمان شخصي أو عيني. ويمكن ردها جماعياً إلى إلزام معين أو التزام بدين، ولذلك كثيراً ما تتردد بالفقه الإسلامي كلمة الدين أو الدين. لكن هذا التقسيم بين العين والدين ليس هو ما يوافق الحق الشخصي والحق العيني كما هي الصورة اليوم، حيث إن الدين لا يجمع كل ما يتعلق بالحق الشخصي وتقسم العين بعضها من الحقوق الشخصية وهو ما يعرف اليوم بالإلزام العيني وهو من قبيل الإلزام بدين بالفقه الإسلامي. ويرجع الدين بالذمة المالية للملزم، فهو إلزام يقلل الذمة المالية، بينما يوجد الإلزام بالعين خارجه، فهو إلزام يقلل عيناً معينة، وللدين أحکامه في المطالبة والواسطة والأجل والإسقاط والمقاضاة، على خلاف العين التي ليس فيها وساطة أو مطالبة أو أجل أو إبراء أو مقاضاة. ويمتد التقسيم بين الدين والعين بالفقه الإسلامي التقسيم العاهم، كما هو شأن التقسيم اليوم بين الحق الشخصي والحق العيني. وعلى ذلك الأساس كان الفقه الإسلامي متفرقاً في أحکامه مستقلًا في أوصافه وتقسيماته.

(1) Carbonnier.Jean:*Les obligations*, Tome 4., p.20.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المجلد الأول، مصادر الإلزام، ص 114.

(3) Carbonnie.Jean: Op.cit.,p.15.

(4) الفرق بين ما هو عيني وما هو شخصي معروف منذ عهد القانون الروماني، لكن هذا القانون كان

ويقى الالتزام بفعل شيء ويعتمد القيام بفعل شيء، من الالتزامات العامة المرتبطة دوماً بالمتغيرات وإن كانت لها علاقة بالعقار، كما في صورة الالتزام بحراثة الأرض أو بناء العقار. ويقى مجالها شاسعاً في الحياة العملية، فإن كانت التزامات إيجابية، كما في صورة الالتزام بالتدريس أو حمل البضاعة أو إتمام الوعود، فهي من قبل الالتزام بالقيام بعمل، وإن كانت سلبية، كما في صورة الالتزام بعدم المتناسبة أو بعدم الإضرار، فهي من قبل الالتزام بعدم القيام بعمل، ويمكن أن تردد بطريقة أو بأخرى إلى مفهوم واحد وهو الالتزام بالقيام بعمل، لأن الالتزام بعدم القيام بعمل هو التزام بالقيام بعمل في نهاية الأمر. وكل إخلال بموضوع الالتزام يحمل بالضرورة إلى نوع من المسؤولية، فقد ينعد الالتزام طوعاً دون حاجة إلى إكراه، فلا تقوم المسؤولية، ولكن العيف عن ضوابطه يتنهى إلى نوع من المسؤولية، لذلك كان للالتزام تلك الروابط بمفهوم المسؤولية يعني أن تتحقق بالمدين تبعات الإخلال به.

نقاش بين رجال القانون، فمنهم من يعتبرها التزاماً، وإن وقع التنفيذ فوراً ويتقدّر فيه استعمال الوسائل الجبرية في مواجهة المدين، وما يؤكد فكرة أن نقل الملكية التزاماً وليس أثراً هو أنه بالإمكان تأجيل نقل الملكية بسبب طبيعة الأشياء أو بموجب الاتفاق والقانون، فيحمل على المدين حيث التزم بتأجيل الملكية. ومنهم من يعتبره أثراً وليس التزاماً لأن يحدث بصفة فورية وآلية وذهنية دون حاجة إلى تدخل الأطراف، كما أن فكرة تأجيل الانتقال لا يدعم فكرة الالتزام لأن التأجيل أو التأخير لا يتعارض مع فكرة الآخر، حيث إن الملكية في هذه الصور لا تنتقل إلا بموجب الحالات التي فرضت التأخير ولا يحمل على المدين أي التزام، فهو الإفرار في حالة بيع الأشياء المثلية والشيء المستقبلي في حالة بيع أشياء مستقبلية والترسم في العقارات المسجلة وضع المين في حالة التراضي على تأخير الانتقال، فيما يجعل الملكية تتقدّل هو إنهاء تلك الأعمال المفروضة قانوناً أو اتفاقاً، وليس للمدين أن يقوم إلا بما يدفع في اتجاه انتقال ما يجعل الملكية تتقدّل وهو التزام بعمل وليس التزام بتأجيل الملكية، كما أن يقوم المدين بتصحيح الوثائق لتسكين الدائن من الترسم: ويقى ذكره من الممكن اللجوء إلى وسائل جبرية تجاه الشخص المدين، وقد زاد النقاش أهمية بحكم اختلاف القوانين المقارنة في ذلك.

أحمد بن طالب: التقويم في ملك الغير، أطروحة دكتوراه، 2003-2004، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية تونس، ص. 249 وما بعده.

خليفة الخروبي: نقل الملكية في عقد البيع، أثر آم التزام، المجلة القانونية التونسية، 1997، ص. 11.

في إعطاء التوضيح الكافي لتلك المؤسسات ومنع المشرعية المنطقية لتواجد مثل تلك المؤسسات. ولكن العلاقة في الالتزام الشخصي تبقى شخصية حتى لو اعتمدنا النظرة الموضوعية في الالتزام، لأن الدائن لا يخلص له الحق إلا عبر مدنه في نهاية الأمر، وإن لم يتوارد بدايته. ثم إن أمثلة المدرسة الموضوعية في الالتزام قليلة، والأصل يذهب في اتجاه تدعيم الأفكار الشخصية في الالتزام.

2- عناصر الالتزام

يتفق من جميع ذلك أن الالتزام هو الوجه الإيجابي للحق الشخصي الذي يمثل أحد العناصر الأساسية للذمة المالية إلى جانب الحق العيني، بل هو ذات الحق الشخصي، ولو علاقة بمعنى المسؤولية. فإذا كانت المعاملات ذات القيمة المالية، تجاوزاً للعلاقة العائلية *rapports de famille* وحقوق الشخصية⁽¹⁾، تمثل محمل عناصر الذمة، فإن الالتزام يمثل محمل الحقوق الشخصية. ويتضمن التزاماً بإعطاء شيء أو فعل شيء أو عدم فعل شيء. ويمثل الالتزام بإعطاء شيء في نقل الملكية أشياء قيمة أو مثالية وبالتالي يمكن أن يشمل العقار والمنقول⁽²⁾، لكن نقل الملكية عادة ما يكون أثراً مباشراً للعقد وليس التزاماً، وما يحمل على الشخص في هذه الصور هو تسليم الشيء، وهو التزام بفعل شيء وليس التزام بإعطاء شيء، ولكن نقل الملكية يمكن أن يتأخر عن تاريخ إبرام العقد، بارادة الأطراف أو بارادة المشرع أو بحكم طبيعة الأشياء، كما في صورة بيع الأشياء المثلية أو بيع الأشياء المستقبلية أو الترسم بإدارة الملكية العقارية بالنسبة إلى العقارات المسجلة أو بند الاحتفاظ بالملكية إلى حين دفع الثمن، ومع ذلك يبقى انتقال الملكية أثراً للعقد وليس التزاماً⁽³⁾.

في القانون الروماني متى يجوز التنفيذ على شخص المدين بالحبس أو التعذيب وحتى القتل، فقط أنه إذا كان المدين ميسوراً أجاز القهاء إمكانية حبسه، ليس كتجة للالتزام وإنما نتيجة المماطلة حيث إن «عمل التقني ظلم» كما جاء بالحديث الشريف. وكنتيجة لهذه النظرة الموضوعية أو المادية أو المالية للالتزام بالفقه الإسلامي فإنه يجوز بيع أو رهن أو هبة أو حالة الدين كما يجوز نقل الحق بالوصية والوراثة وراثة مال بالفقه الإسلامي وليس وراثة شخص ويشترط الالتزام بالإيجاب غير المقترن بالقيود أي ما يعرف اليوم بالارادة المفتردة.

ويعنى القانون الألماني للنظرية الموضوعية للالتزام أخيراً بروز فكرة نشأة الالتزام بارادة منفردة على خلاف ما هو مشهور بالمنارس الالاتية.

(1) Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit vivil, Les obligations, Théorie générale*, édi. 1985, p.1.

(2) التقدّل هي أشياء مثالية، يشملها معنى نقل الملكية، ومن خصائصها أن الملكية فيها لا تنتقل إلا بالقبض.

عبد الرزاق السنوري: المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 776 عدد 421.

(3) الحقيقة أن مسألة انتقال الملكية وكذلك بقية الحقوق العينية أثراً أو التزاماً كانت محل

-أنواع الالتزام

كثير هي أنواع الالتزامات، ولعل أهمها هي الالتزامات الطبيعية والالتزامات المدنية والالتزامات الشخصية والالتزامات العينية والالتزامات الذاتية والالتزامات التقديمية والالتزامات المجزءة والالتزامات الموصقة.

-**الالتزام الطبيعي والالتزام المدني:** الالتزام الطبيعي هو التزام بدون جراء، حال من الخصوب القانوني، ولا تقوم فيه الدعوى، كما في صورة الدين الذي سقط بمرور الزمن، على خلاف الالتزام المدني الذي يدفع في اتجاه التماس القضاة لفرض موجباته. لكن كل من الالتزام الطبيعي والالتزام المدني له وجود قانوني، يمعنى أن يحدث أثره في الإطار المحدد قانوناً. فلما كان في الالتزام جانب من المديونية (*devoir*) وجانب من المسؤولية (*engagement*)، اقتصر الالتزام الطبيعي على جانب المديونية وهي إمكانية الوفاء دون جانب المسؤولية وهي القدرة على النصب والإجبار. فهي مرتبة بين الالتزام الأدبي والالتزام المدني. فإذا دفع شخص مالاً علماً منه بأنه غير ملتزم لم يجز رده. فهو تزامن أرقى من الواجب الأخلاقي لأن القانون يعترف به، وهو أقل من الواجب المدني لأنه لا يمكن حرج المدين علم الدفع.

(١) وهو الفصل ١٢٣٥ «كل وفاة يفترض وجود دين وما دفع دون استحقاق يجوز استرداده...» على أنه لا يجوز الاسترداد في الالتزامات الطبيعية إذا كان الوفاة بها قد تم اختباراً..» ويوافق هذا الفصل المادة ٢٠١ من التقنين المدني السوري والمادة ٣ من التقنين المدني اللبناني والمادة ٢٠٣ من التقنين المدني اللبناني.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 722.

وقد عنى الفقه بتقديم أساس نظري لهذا الالتزام، فتحدّث النظرية التقليدية عن الالتزام المدني المتأحل أو الالتزام المدني المتقوص *obligation civile dégénérée* بمعنى أن يقوم الالتزام المدني وبختل أحد شروطه فلا تحدث آثاره، فهو التزام متقوص يعنى أن لا تحدث الآثار القانونية بسبب نقص شمل التصرف. وقد قامت هذه النظرية على أساس النظرة الرومانية للالتزام الطبيعي وبغاية إخراج الالتزام الطبيعي من مستوى الأخلاقي وإيقائه في مستوى الالتزام المدني، والحال أن الالتزام الطبيعي في نهاية الامر هو واجب أدنى اعترف به القانون، وهذا اتجاه النظرية الحديثة. فقد قامت النظرية الحديثة على فكرة الواجب الأدنى، تأثيرا بالقانون الكئسي، فهي منطقة يجتمع فيها القانون بالأخلاق، فتتفيد الالتزام في هذا الباب ليس إلا واجباً أخلاقياً يعترف القانون بأثاره، ولكنه التزام جاء بين القانون والأخلاق، فهو أكثر من الواجب الأخلاقي لأن فيه جانب المديونية وهو أقل من الالتزام المدني لأن المسؤولية تقيمه، فلا يجر العذاب. وفي جميع الحالات يتتوفر بالالتزام الطبيعي عنصر المديونية دون المسؤولية. فقد يكون الالتزام في بلداته مدنياً واحتلت شروطه فمنعته من إحداث الآثار القانونية أو أن يكون الالتزام من بدايته قائماً على أساس أخلاقي.

الالتزام من بدايته فائماً على العمل الإسلامي. وقد عرف الالتزام الطبيعي عدة تعريفات لعل أهمها ما يتعلّق بتنفيذ العقد الباطل بسبب خلل في الأهلية أو في الشكل أو بسبب خلل في الشروط الجبائية أو بتنفيذ الوصية الباطلة من قبل الورثة أو دفع مال المدائن بعد الصلح أو دفع الدين بعد سقوطه وديون اللعب والمراءة ودفع الدين بعد أداء اليمين الحاسمة أو بعد صدور حكم برفض الدعوى أو الالتزام بدفع التعويض عن ضرر غير مباشر ورد المال في غياب شروط الإنماء بدون سبب وإجازة عمل شخص أداه له والإتفاق على من لا تجب نفقة. وقد أورد المشرع الفرنسي بعض الحالات على وجه الخصر، في حين وضعت بعض التشريع الأخرى نصوصاً عامة دون حصر وأعطت القاضي حق الاجتهاد والتقدير على غرار التشريع الألماني بالفصل 812 من المجلة المدنية والتشريع السوري بالفصل 72 فقرة 2 من المجلة الفيدرالية والتشريع المصري بالفصل 200 من التقنين المدني⁽¹⁾. وقد تأثر المشرع التونسي باتجاه المدرسة الحديثة في تأسيس الالتزام الطبيعي على اعتبارات أخلاقية ونص بالفصل 78 م.أ.ع على أنه «لا يسوغ استرداد ما وقع دفعه وفاءً بدين سقط بطلول المدة أو بأسر مستحسن ليس بواجب إذا كان الدافع من يملك التفويت مجاناً ولو دفع ظنا منه أنه يلزمه الأداء أو جهلاً بسقوط الدين». فيقوم الالتزام الطبيعي عملاً بأحكام الفصل 78 م.أ.ع في صورة دفع ما سقط بمرور المدة حتى لو كان

(١) نص التقين المدني المصري بالفصل ٢٠٠ على ما يلي: «يقتصر القاضي، عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعي. وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبقي بمخالف النظام العام».

ومضمونا محلّداً. وندرك الآن أن الالتزام الشخصي إنما هو امتداد للحق الشخصي. ولنا في ذلك نظرية متكاملة تعدّ الأساس في نظرية قال فيها البعض إنها من القانون المدني، بل ومن القانون عامة، بمثابة العمود الفقري من الجسم⁽¹⁾. فينصرف الالتزام إلى التزام المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو عدم القيام بعمل، وفي ذلك مدربستان واحدة شخصية وأخرى موضوعية، ويجد الالتزام مصدره في الواقع القانونية والأعمال القانونية، وتأتي الالتزامات الشخصية على كامل اللّمة المالية وتتجدد في القسمان العام. ولم تكن للالتزام العيني تلك الشهرة في النظام والتنظيم في الأحكام حتى أن البعض أراد إبعاده عن الحق العيني، بحكم ميزته واختلاطه بالحق الشخصي⁽²⁾. فإذا كان التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني واضحًا وقائماً، فإنه تأتي بعض الصور يكون فيها الاختلاط ممكناً، وهذا شأن الالتزام العيني، فيه شيء من الحق الشخصي وشيء من الحق العيني. فيأخذ بفكرة إلزام الطرف الآخر بالقيام بعمل معين ولكنه التزام يستند إلى ملكية المدين للعين يقوم بقيامها وبخفي باختفائها، ولا يتغلّب الشخص بل يتغلّب مع العين. لذلك قيل إنّه التزام عيني، كما في صورة إلزام الحائز للعقار بأن يدفع للدائن العاقل الذي عن المستحقة أو التخلّي عن العقار أو التطهير على معنى الفصل 282 من ح.ع وكما في صورة إلزام الشريك في الحائط المشترك بأن يساهم في إصلاحه على معنى الفصل 74 من ح.ع وكما في صورة إلزام مالك العقار المرتفق بمصاريف حفظ الارتفاق على معنى الفصل 183 من ح.ع. ففي جميع هذه الصور وغيرها من الصور لم يلتزم المالك بموجب التزام شخصي وإنما ملكيته للعقار كانت هي المحددة في الزام، فكلّما كان الالتزام مبنياً على ملكية العين، كان الالتزام عينياً، وهو في نهاية الأمر مجرد امتداد للحق العيني وليس له علاقة بالحق الشخصي بالرغم من ذلك الالتزام الظاهري

(1) عبد الرّزاق السنهوري، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 114، فقرة 15.

(2) ذهب البعض إلى أن الالتزام العيني إنما هو التزام شخصي وهو بذلك امتداد للحق الشخصي في نهاية الأمر لأن فيه طبيعة الالتزام الشخصي، ورأى البعض الآخر أنه بين الحق العيني والحق الشخصي لأن له صفات مميزة، وجعل البعض الآخر الالتزام العيني امتداداً للحق العيني بينما رأى جانب من الفقه أنه الحق العيني ذاته. وذهب الآخرون إلى أنه مجرد وسيلة لحم التزامات الناتجة عن الحقوق العينية. وهو بالفقه الإسلامي أداء معين يشتت في عين معينة مثل المساعدة في مصاريف الملك المشاع وتمكين الجار من حق مرور وعدم الغلو في استعمال الملك وقيود الارتفاع، وبعد بذلك دين يتعلّق بعين معينة أي أنه ليس من قبيل الالتزام بدين وإنما من قبيل الالتزام بغير ولو كانت له طبيعة شخصية.

راشد راشد: الإرادة المترفردة كمصدر لالتزام في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 68 وما بعد.

De Juglart : *Obligation réelle et servitude en droit privé français* 1937, p. 232.
Aberkane: *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit français*, 1955, p.26 et suiv.

Rigaud: *Le droit réel , histoire et théorie*, 1912, p. 159 et suiv.

المدين جاهلاً بسقوط الدين، ويقوم الالتزام الطبيعي كذلك عملاً بأحكام هذا الفصل إذا وقع الدفع بأمر مستحسن ليس بواجب إذا كان الدافع من يملك التقويت مجاناً ولو دفع ظنا منه أنه يلزم المأداء، معنى ذلك أنه لا بد من أن يكون الدفع بأمر مستحسن ليس بواجب وهذا هو الواجب الأخلاقي وأن يكون الدافع من يملك التقويت مجاناً وهو الشخص الذي توفر بجانبه أهلية المأداء بحيث يمكن أن يأتي أعمال التبرع إلى جانب أعمال الإدارة والتقويت دون إذن مسبق وأن يكون الدافع يعلم بعدم لزوم الدفع أو خلافه. ويعود لفظه القضاء تعريف الأمر المستحسن أو الواجب الأخلاقي وهو في نهاية الأمر كلّ تصرف يتجاوز مستوى الالتزام القانوني أي أن يقوم المدين بأداء أمر بالرغم من غياب النص القانوني في الالتزام؛ فهو إما أن يكون التزاماً مدنياً في بدايته والاختلت شروطه بشكل جعله غير متبع لأنّه أو أن يكون منذ البداية التزاماً أخلاقياً. ويجب أن تقوم البينة في الاستحسان لدى الدافع أو كان لا بد أن تقوم لديه نظراً لجملة الظروف المحيطة بالدفع. وهي بيئة وفاء وليس تبرع. ويجب الإضافة كذلك تعليقاً للقواعد العامة أن الدفع، الذي ينزل منزلة الالتزام الطبيعي، مهما كانت مواضعه لا يمكن بحال أن يخالف النظام العام (الفصل 77 م.اج). لذلك فإن جملة الصور التي سبق الإشارة إليها في تطبيقات الالتزام الطبيعي يمكن أن تعتمد بالقانون التونسي باستثناء ما يتعلق بالمقامرة والمراءنة حيث منع الفصول 1452 إلى 1455 م.اج الاعتراف بديون المقامرة والمراءنة تأثيراً بالتشريع الإسلامي.

والحقيقة أن الالتزام الطبيعي يستند من حيث المصادر إلى نفس المصادر المعروفة في الالتزام أي التصرف القانوني والواقعة القانونية، ولكنه مختلف عن الالتزام المدني بخروجه عن ضوابط الواجبات القانونية، فلم يُحترم الشكل في المقدار أو دفع الضرر غير المباشر على سبيل المثال، فهو خلل في الصناعة القانونية وليس في طبيعة المصادر.

وإذا كانت منطلقات الالتزام الطبيعي معيّنة شيئاً ما على ذلك التحوّل، فإن الالتزام به يحدث أثراً على المستوى القانوني، فلا يسترد المدين ما أداه وأن الوعد بأدائه يكون سبيلاً جديداً ينشئ الالتزام المدني، بمعنى أن يلزم المدين بأدائه إذا وعد بالدفع. ولا يصح الحديث عن التجديد في الالتزام الطبيعي لأن التجديد يقتضي تغيير السبب أو الموضوع أو الأطراف ولا يصح الحديث عن المقاومة والكافلة في الالتزام الطبيعي لأن كلاماً يحمل إلى التنفيذ الجيري الذي لا يصلح مع الالتزام الطبيعي.

-الالتزام العيني والالتزام الشخصي: قدمنا أن الالتزام الشخصي هو تلك الحالة القانونية التي يلتزم بموجبها شخص بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو عدم القيام بعمل، وقلنا إن في الالتزام الشخصي مدرستين، مدرسة شخصية ترتكز على العلاقة الشخصية للطرفين ومدرسة موضوعية ترتكز على محل الالتزام. وعلمنا أن له مصادر معينة

-الالتزام المجرد والالتزام الموصوف: الأصل أن الالتزام مجرد، يعني أن يكون نافذاً في الحال وله طرفان فقط وموضوع محدد. لكن الالتزام يمكن أن تدخل عليه عدة تغيرات فتعلق على أجل أو شرط ويمكن أن تتعدد أطرافه ومواضيعه، فنقول عندئذ إنه التزام موصوف.

4- مصادر الالتزام

نص الفصل الأول من مجلة الالتزامات والعقود على أن «تعمير الذمة يترتب على الاتفاقيات وغيرها من التصریحات الإرادية وعن شبه العقود والجنه وشبهها». أما الاتفاقيات فهي الأعمال التي توجب إرادتين أو أكثر لانتقادها على وجه الإجمال، فهو الاتفاق الذي يوجب الإيجاب والقبول لنشأة الالتزام. ويحاول البعض أن يميز بين الاتفاق والعقد، فيجعل الاتفاق مشتملاً للالتزام أو ناقلاً له أو معدلاً له أو منها له، فهو الذي يتهم بنشأة الالتزام مثل عقد البيع الذي ينشئ التزامات على البائع والمشتري أو يقتله مثل انتقال الدين بموجب الاتفاق أو بتعديله مثل الشروط التي تأتي على وصف الالتزام فتعده أو تنهيه مثل صورة الوفاء بالدين. ويجعل مؤلء العقد مقتراً فقط على إنشاء الالتزام أو نقله، فلا يشمل العقد تعديل الالتزام أو انقضائه. والحقيقة أن معظم رجال القانون لا يميزون بين العقد والاتفاق نظراً لغياب الأهمية التطبيقية في ذلك⁽¹⁾.

أما التصریحات الإرادية فهي الالتزامات التي تصدر من جانب واحد⁽²⁾. ويدرك أن الفرنسيين لا يعترفون بالإرادة المنفردة في نشأة الالتزام باعتبار أن العقد هو سبب تعمير الذمة حسب هذه المدرسة، ويفترض أن يتطلب الإيجاب من ناحية والقبول من الجهة الأخرى حتى يتكون الالتزام. ولكن المدرسة الألمانية، بحكم خصوصيتها في هذا المجال، تقول بالإرادة المنفردة في نشأة الالتزام حيث لا يشترط توافق الإرادتين في جميع الصور ويمكن أن تتوارد جملة من الحالات يقع فيها الالتزام منفرداً متى يكون الالتزام صادراً من جانب واحد، ولا يحتاج هذا الالتزام إلى تدخل الطرف المقابل حتى يتكون، بل عادة ما يكون تدخله على مستوى التنفيذ فقط وليس على مستوى التكوير. ولكن المجلة الألمانية لا تأخذ بالإرادة المنفردة كقاعدة عامة، وكان اعتمادها لهذا المصدر في حالات محددة ومضبوطة، فكان الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر منحصراً في بعض التطبيقات مثل الوعد بجائزة والإيجاب المقيد بأجل. وبالاحظ أن الفقه الإسلامي يأخذ بالإرادة المنفردة في نشأة الالتزامات ولا يعلق تكوين الالتزام في جميع

(1) عبد الرزاق السنوسي: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ص 137.
(2) Mohamed Bagbag, De la déclaration de volonté, source d'obligation dans le code des obligations et des contrats, thèse pour le doctorat d'Etat en droit privé, Tunis, 1993-1994.

بالقيام بعمل معين ولكنه عيني لأنّه لا ينصرف إلى الضمان العام أي إلى اللذة المالية التابعة للمدين كما هي الصورة في الالتزام الشخصي، بل يرتبط بعين معينة بالذات لا يتجاوزها، ولأنه كذلك يقزم وبخفي بملكية العقار، فيتقلّ ألين يذهب العقار وحتى في صورة الميراث لا يتنتقل الالتزام إلى الوارث بحكم واقعة الميراث بل بحكم ملكيته للعين، وأن المدين كذلك يمكن أن يتخلص من التزامه إذا ترك العين أو تخلى عنها كما في صورة حائز العقار المرتهن على معنى الفصل 285 م.ح.ع أو في صورة مصاريف الارتفاق على معنى الفصل 183 م.ح.ع.

-الالتزام الذاتي والالتزام المالي: الالتزام الذاتي هو الالتزام بإعطاء أو تسليم ذات الشيء أو القيام بذات العمل أو عدم القيام به، فهو من قبيل التنفيذ العيني، أو هو من قبيل التنفيذ الطبيعي على الشيء، دون الرضا بما يقابلة من مال. فيسلم الشيء ذاته إذا كان قيسياً أو ما يقوم مقابله إذا كان مثلياً، باستثناء التقدّد، وذلك بعد الفرز أو العد أو القيس أو الإحصاء.

أما الالتزام المالي أو التقدي فهو الالتزام بدفع مبلغ معين من المال، وهو يحمل إلى معنى انتقال الملكية أي انتقال ملكية أوراق أو أدوات مالية، وهو وبالتالي نقل ملكية أشياء مثالية. ولكن التقديات ليست من البضائع في شيء، فلها طبيعة خاصة تميزها عن بقية الأشياء المثلية، فليس لها من قيمة في حد ذاتها إلا بقدر ما تمثله من وحدات مالية معترف بها قانوناً، وعلى ذلك الأساس فلها حكم خاص سواء على مستوى موضوع الثمن، فليس له من طبيعة خاصة بحكم أن التقدّد ليست بضاعة، أو على مستوى التنفيذ حيث إنه يخلص للدائنين حقه كاملاً في جميع الصور⁽¹⁾.

ولما كان المال شيئاً مثيلاً رغم الخصوصية التي يتميز بها، فإن التنفيذ فيه، من حيث المبدأ، ليس عيناً. ولكن الصحيح أن الدائن في الالتزام المالي يحصل في جميع الصور على حقوقه كاملة. ولهذا الفرض ذهب البعض إلى أن التنفيذ في الالتزام المالي يكون دوماً عيناً وتنقل فيه الملكية بالقبض الفعلي وليس بالفرز⁽²⁾، وتلك هي خصوصية الالتزام المالي المرتبطة في حقيقة الأمر بخصوصية التقدّد la monnaie.

(1) Caronnier.Jean:Les obligations, Tome 4., p. 27, n° 4.

(2) البعض يرى أن الالتزام بدفع مبلغ مالي ينفذ عيناً ذاتياً في جميع الصور لأن دفع مبلغ من المال وهو العين ينافي في جميع الصور مع مبلغ التعويض الذي يكون بالمال ولا تقوم فيه الاستحالة مطلقاً ولو في حالة الإمسار طالما يمكن التنفيذ نهاية بدفع المبلغ. فقط أنه في حالة التأخير يمكن الحديث عن تعويض وليس عن التنفيذ العيني، أما في صورة عدم التنفيذ فلا يكون التنفيذ إلا عيناً بتوصل الدائن بالمبلي.

عبد الرزاق السنوسي: المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 824 مرجع عدد 1.

عن إرادة الإنسان ويكون الإنسان راغباً في إحداث التزامات قانونية معينة، ويقىي البقية ضمن الواقع القانوني وهي الواقع التي لا تحدث عن إرادة الإنسان أو تحدث عن إرادة الإنسان دون أن يكون راغباً في إحداث التزامات قانونية معينة.

5-أحكام الالتزام

المنطلق في أحكام الالتزام هو تواجد الالتزام فعلاً، فإذا تجاوزنا مسألة نشأة الالتزام مهما كان المصدر، تواجد الدين créance ويمكن طلب التنفيذ وذلك هو أثر الالتزام، لكن الالتزام يمكن أن يأتي على أوصاف متعددة، فكما أنه يمكن أن يكون مجرد يجوز أن يكون موصفاً، وذلك هو المقصود بأوصاف الالتزام، وإذا خير الدائن أو المدين إحالة الدين كان انتقال الالتزام، وإذا انتهى الالتزام بسبب من الأسباب كان انقضاء الالتزام. وبين النشأة وما يتعلّق بها من أثر والانقضاء وما يرتبط به من نهاية بتحدد الالتزام بأوصافاً متعددة ويمكن أن ينتقل من شخص إلى شخص، وفي ذلك مبادئ وأحكام عامة.

وبذلك فإن أحكام الالتزام تردد إلى نظام الالتزام بعد تواجده بصفة فعلية مهما كانت طبيعة المصدر عقداً أو تصرفاً انفرادياً أو عملاً مشروعاً أو غير مشروع، فيتبيّن بيان كيفية تفيذه، اختيارياً وجريرياً عيناً وبال مقابل، وضمادات تفيذه وعلى رأسها ما يعرف بدعوى القسمان، وإذا اتّخذ الالتزام وصفاً على مستوى وجوده بشرط أو أجل أو على مستوى تعدد الأطراف والمحال يتعين بيان نظام الشرط والأجل والتضامن وعدم الانقسام والالتزامات التخيسيرية والبدلية. وإذا انتقل الالتزام يتعين بيان صور الانتقال وبيان نظام انتقال الالتزام والحلول والحوالة. وإذا انقضى الالتزام بالوفاء أو ما يقوم الوفاء أو بدون وفاء وجّب إبراز أنظمة الوفاء بالدين والمقاومة والتجديف واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والإقالة والإسقاط والتقاضم، وذلك هو المقصود بأحكام الالتزام.

II-مفهوم النظرية العامة للالتزامات

إذا كان للتصريف القانوني والواقع القانونية، باعتبارهما مصادر الالتزام، خصوصية من حيث النشأة والقوة الإلزامية والأثار القانونية، فإن للالتزام أحكاماً عامة تشمل جميع المصادر مهما تعددت وتتنوعت، سواء كانت اتفاقات أو جنح، وذلك ما يعرف بالنظرية العامة للالتزام، أو النظام العام للالتزام le régime général des obligations⁽¹⁾. وعادة ما يتناول رجال القانون من خلالها دراسة مصادر الالتزام les sources des obligations وأوصافه les effets obligations وآثاره les modalités des obligations وانتقامه.

(1) Carbonnier.Jean: Les obligations, Tome 4, p.508.

الصور على توافق الإيجاب والقبول، كما في صورة الجمل أي الوعد بجائزه والتطبيق وغير ذلك من الصور والحالات. ويبدو أن مجلة الالتزامات والعقود أخذت بالإرادة المترفة بالفصل الأول بالإشارة إلى مفهوم «وغيرها من التصریحات الإرادية»، وجاءت الفصول 19 إلى 22 منها في الرضا الصادر من طرف واحد، ووضع الفصل 22 م.أع القاعدة العامة في أنه «إذا كان الالتزام من طرف واحد لزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للملزم له»، معنى ذلك أن تدخل الطرف الآخر لا يكون على مستوى القبول وإنما على مستوى التقييّف، وذلك هو معنى الإرادة المترفة. ولكن الفقه بقي متّقداً، فإذا ذهب البعض إلى إنكار دور الإرادة المترفة في نشأة الالتزام، ذهب الآخرون إلى التوسيع في نطاقها لتشمل الفضاله والتنازل والوصية والاشتراك لمصلحة طرف غير محدد والبسند لأمر والإحالة وغير ذلك من الصور...، وذهب البعض الآخر إلى أن تطبيقاتها لا تتجاوز حدود الوعد بجائزه والإيجاب المرتبط بأجل على معنى الفصل 33 م.أع⁽²⁾، وقال البعض الآخر بأن تطبيقات الإرادة المترفة لا تتجاوز أحكام الفصول 18 و 19 و 20 و 21 م.أع أي الوعد بجائزه، حيث إن الفصل 22 م.أع، حسب هذا الاتجاه، لا يضع مبدأ عاماً في الإرادة المترفة، وإنما هي صورة خاصة تتعلق بالوعد الملزم لجانب واحد، وهي حالة تعاقدية توجب لتكوينها الإيجاب والقبول⁽²⁾. و الملخص أن المشرع تأثراً بالفقه الإسلامي والمدرسة الألمانية جعل التصریحات الإرادية معمرة للنفع بالرغم من اختلاف رجال القانون في تحديد نطاقها.

أما شبه العقود فهي أعمال جائزة وبماحة يأتيها الشخص ويعلن عليها المشرع التزامات قانونية، ويدخل عادة في هذا الباب كل ما يتعلّق بالفضاله (الفصل 1179 م.أع إلى 1194 م.أع) والإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم (الفصلون من 71 إلى 81 م.أع).

أما الجنح فهي وقائع قصدية غير مشروعة تخرج عن التصرف المألف والعادي من شأنها إحداث الضرر للغير، في حين أن شبه الجنح هي وقائع غير قصدية التي من شأنها إحداث الضرر، ويدخل في باب الجنح شبه الجنح كل ما يتعلّق بالمسؤولية الشخصية والمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الشيئية.

لكنه من الممكن تجاوز هذا التقسيم، ورد كل ما يتعلّق بالاتفاقات والتصريحيات الإرادية والجنح أو شبه الجنح إما إلى العمل القانوني L'acte juridique أو الواقع القانوني Le fait juridique في نهاية الأمر. وهو التقسيم الحديث المعتمد بالفقه. فيدخل الاتفاق والتصريحيات الإرادية في باب العمل القانوني، وهي الأعمال التي تنشأ

(1) مختطف الزين العابد، 26 وما بعد.

(2) Mohamed Bagbag, op. cit.

III- مفهوم النزاع المدني

-مفهوم النزاع: يرى جانب من الفقه أن المنازعات هي المواجهة بين الخصوم⁽¹⁾، وهو أمر جوهرى باعتبار أن القاعدة القانونية مدعاة من البداية إلى حسم النزاع، فقط عندما تشتت الخصومة وتقوم المواجهة يتطلب تدخل القضاء، والمنازعة أمر مفترض في العمل القضائى، فيفترض وجودها حتى بالنسبة إلى الصور التي ليس بها نزاع مثل اعتراف المتهم⁽²⁾. ويرى آخرون⁽³⁾ أن المنازعات هي التعارض بين ادعاءات خصمين بمعنى الخصومة القضائية التي تفترض المواجهة بين الأطراف⁽⁴⁾. لكن جانباً من الفقه يعارض فكرة التعارض بين ادعاءات خصميين ويكتفى بادعاء من جانب واحد une prétention unilatérale، ولا يتطلب أن تكون المنازعات فعلية بل يكفي أن تكون هناك معارضة لصورة إيجابية أو سلبية لصاحب الحق بحيث تتضرر مصالح الشخص بسبب هذا الموقف. وذهب بعضهم إلى حد اعتبار المنازعات متوفقة إذا شرك الشخص في القاعدة بحيث يكون تدخل القضاء مطلوباً لإزالة هذا الشرك⁽⁵⁾، في حين تمسك البعض الآخر بأن المنازعات هي الاعتداء على القاعدة القانونية أو الاعتداء على حق أو الاعتداء على مصلحة شخص⁽⁶⁾.

إن القاعدة القانونية مدعاة إلى توجيه المجتمع وبيان ضوابطه الكلية فهو تحديد للمصالح العامة، وكلما ظهرت منازعة إلا وتدخل القضاء، فالمطلوب هو الخصوص دون نزاع، فإذا قام النزاع تدخل القضاء بغير أحد الأطراف على تطبيق القاعدة. والنزاع في نهاية الأمر، على حد تعبير البعض، هو «نزاع حال للمصالح يظهر في نزاع إرادتين وهما ادعاء ومقاومة. والادعاء هو اقتضاء شخص خصوص مصلحة الغير لمصلحته

L'extinction des obligations وانقضائه transmission des obligations ما تأدى هذه الأحكام متاثرة بين الكتب والمراجع وقليلًا ما تأتي متناسقة، فمنهم من يتناول بالدرس مصادر الالتزام ومنهم من يتناول أحكام الالتزام ومنهم من يتناول صنفاً منها. فإذا جمعنا شتانها كانت النظرية العامة للالتزام، وهي مجلد القواعد القانونية التي تساهم في صياغة النظام العام للالتزام فيما كانت المصادر في ذلك انتلاقاً من شأنه إلى غاية انقضائه. فإذا انحصر الحديث عن أحكام الالتزام تجاوزنا مسألة النساء والمصادر ليخلص الحديث عن حكمه بعد أن أصبح حقيقة. فإذا كان أثر الواقعية القانونية أو التصرف القانوني هو الالتزام فإن أثر الالتزام هو التنفيذ، لكن الالتزام لا يأتي على صورة واحدة بل يمكن أن تعدد أو صافه فإنه على أوصاف متعددة وبالإمكان نقله من شخص إلى شخص، وكما أن لكل بداية نهاية، فيمكن للالتزام أن ينضي بصورة محددة. فتكون بذلك عبارة أحكام الالتزام مفهوماً يحمل إلى كل ما يتعلق بأثر الالتزام فيما كان المصدر في ذلك وإلى كل ما يتعلق بأوصافه وصور نقله وانقضائه. فإذا كان التصرف القانوني أو الواقعية القانونية ينشئ الالتزام بشئ وسائل التنفيذ وما يتعلق بها من أوصاف قبل أن ينتقل الالتزام أو أن ينضي. وإذا جمعنا شتان المصادر والأحكام كانت النظرية العامة للالتزامات.

وقد اعتمد المشروع بمجلة الالتزامات والعقود نفس التنظيم وبعد أن قسمت المجلة إلى كتابين، الأول فيما تعمير به الذمة مطلقاً والثاني في العقود الخاصة، قسم المشروع الكتاب الأول إلى ثمانية عناوين، في أسباب تعمير الذمة، في تعمير الذمة بالعقود وما شاكتها، فيما يتغير به الالتزام، في انتقال الالتزام، فيما يترتب على الالتزامات، في بطلان الالتزامات وفسخها، في انقضاء الالتزامات، في إثبات تعمير الذمة. وإذا كان ما يتعلق بأسباب تعمير الذمة من عقود وغيرها يدرس في إطار مصادر الالتزام، ويدرس ما يتعلق بالإثبات في إطار نظرية الإثبات، فلم يبق إلا ما يتعلق بأوصاف الالتزام وانتقاله وأثره وانقضائه، وتلك هي صور أحكام الالتزام. وبذلك يكون الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود مخصوصاً بكماله للنظرية العامة للالتزامات وهي جملة القواعد العامة المحددة لنظام الالتزام من بدايته إلى نهايته ومحددة بصفة تبعية للنظرية العامة للنزاع المدني.

(1) علي كحلو: حقيقة العمل القضائي، القضاء والتشريع، جانفي 2009، ص 15 وما بعد.

(2) Hebraud Pierre :Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil.R.Tri. de droit civil,année 1948, p. 463 et suiv.

(3) Hauriou Maurice : Précis de droit administratif et de droit public, 12 ème édi.,1930, p.334 et 458.

(4) «une instance n'est qu'une longue contestation » : Vizioz,études des procédure, 1931. Cité par P. Sabourin,op.cit.,p. 197.

(5) Vincent.Jean :Procédure civile,10 édi, Précis Dalloz,Paris.1974, n° 70,p.84-85.

(6) Chaumont.Charles : Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel . RDP, 1942,p.95.

(7) « La notion de contestation devient essentielle mais non au sens restrictif du 19 ème siècle ni au sens de la violation d'un droit subjectif mais comme « un incident de l'ordonnancement juridique », « ...la fonction juridictionnelle avait « pour mission d'apurer l'ordonnancement juridique, de contrôler l'exercice des compétences et par suite, de procurer la sécurité juridique par la certitude juridique ». P. Sabourin,op.cit.,p. 197.

إطار الاستقلالية الكاملة وطبق إجراءات معينة. «فالقضاء من الوظائف الداخلة تحت الخلافة لاته منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعا للتنازع»⁽¹⁾. ويمكن للقضاة أن يتذدوا بعض القرارات الإدارية في مهامهم تنفيذا لإطار المحكمة، لكنه لا يغير إطلاقا إثقال كاهل القضاء بسائل تخرج عن إطار التزاع. صحيح أن تعدد الحياة المعاصرة وتعدد المجالات العلمية اقتضى الشخص بإنشاء لجان خاصة تكون تابعة لذلك النشاط، وصحيف كذلك أن مشاركة القضاة في تركيبة هذه اللجان أصبح أمرا سائغا ومحبلا حتى وإن كانت اللجان مجرد لجان إدارية، ولكن المطلوب كذلك أن لا تنسد اختصاصات قضائية إلى لجان إدارية وأن لا تستدأ اختصاصات إدارية إلى لجان قضائية. لكن الصعوبة تكمن دوما في أن المشتع يتشه هذه اللجان ويخصصها بمرجع نظر معين دون أن يحدّد طبيعة نشاطها، فيقي الفقه في حيرة، وربما كان ذلك أمرا مقبولا إلى حد ما، ولكن لا يمكن القبول مطلقا بأسناد جملة من الأعمال الإدارية إلى هيكل قضائي محدد قانونا تحت ضيغط أية صورة، اللهم إلا إذا كان ذلك من التوابع التي لا تؤثر على الأصل. فلعمل الإداري متسع من المفاهيم ما يستوعب جملة من الأعمال عادة ما تستند قصدا أو سهوا للأجهزة القضائية.

عادة ما لا يتعدي العمل الإداري أعمال التطابق في إطار خاص تحكمه التبعية بعيدا عن أي نزاع أو حتى ادعاء. فالسلطة الإدارية وحسب المعيار الشكلي، لا يمكن أن تكون إلا مركزية أو جهوية أو جماعات محلية أو مؤسسات عمومية متعمدة بالشخصية العمومية، ويلحق بذلك ما يعرف بالهيئات المهنية، التي اعتبرت إدارية في مهامها رغم بعض التقاشات. وتعمل الهيئات الإدارية إجمالا في إطار التبعية للسلطة المركزية، والسلسل الإداري. وحسب المعيار المادي أي الموضوعي يتلخص دور الهيئة الإدارية في النظر في المهام التي تعود أصولا للسلطة الإدارية باعتبارها مشرفة على حسن سير المرفق العام، بما في ذلك الإرشاد والاستشارة، لتدخل في نهاية الأمر القرار المناسب وهي «وسيلة تغير الإدارة بمقتضاه عن إرادتها المترفة، وهو عبارة عن تصرف أو عمل قانوني يهدف إلى تغيير الرسم القانوني بمقتضى الالتزامات التي يتم فرضها أو

والدعوى القضائية تختلف عن المطالبة القضائية والخصوصية، بحيث أن المطالبة القضائية تعني «العمل الإجرائي الذي يوجهه يسار من الشخص ذلك الحق» أي «عمل افتتاح المواجهات أو عمليات تحصل المطالبة القضائية بتقديم المريضه التي ترفع بها الدعوى وتليقها للشخص بصفة عامة. والخصوصية هي تلك المرحلة التي تفصل بين تاريخ وقع الدعوى وصدر الحكم في الأصل.

عبد الله الأحمدى، المرجع السابق ص 25 وما بعد، أحمد أبو الروافد، المرجع السابق ص 111 وما بعد.
Jean Vincent, S.Guinichard : procédure civile, op.cit, p.87 et suiv.

(1) ابن خليلون: المقدمة، طبعة مؤسسة الأعلمى للمطبوعات- بيروت -، ص 220.

الشخصية، والمقاومة إما أن تأخذ شكل إعلان ينazuء به الشخص الادعاء، أو سلوك يخالفه أي يعتدي به على المصلحة المطلوب احترامها⁽²⁾، والحقيقة أن العمل القضائي، ومهما كان التحليل، وتجاوزا لمسألة القرارات الاستيفائية⁽³⁾، يقتضي وجود نزاع أو ادعاء أو مطالبة قضائية كما تقدم، ولا يمكن أن يتعهد القضاة من تلقاء نفسه، بل لا بد أن تقام الدعوى أمامه⁽⁴⁾، والهدف هو فصلها في

(1) وجدى راغب: النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، أشار إليها أحمد مليجي: أعمال القضاة، مكتبة عالم الكتب 1990، ص 18.

(2) يمكن تبرير القضاة الاستيفائي بشكل عام بفكرة أنه استعداد للمنازعة، ويمكن قبوله من هذه الناحية على ذلك المعنى.

(3) الدعوى، القضائية: تفيد أنه لا يمكن للقاضي أن يتعهد بالقضية بصفة تلقائية، بل لا بد من رفعها من طالبها، «فأفهم إذا أدلني البك» والدعوى في نظر الفقه الإسلامي هي المطالبة أو هي القول أو هي طلب استحقاق شيء وهو ما يختلف شيئاً ما عن نظريات القانون الوظيفي، حيث رأت النظرية المائية بأن الدعوى ليست «سوى الحق ذاتي في حالة حرّيّة» كما أكد ذلك DEMOLOMBE في قوله الشهير غير أن هذا الرأي انتقد بشدة نظر الكون هناك عدة حقوق، دون أن تكون هناك دعوى، كالحقوق الطبيعية، كما لم يشترط في القانون أن يكون له حق، بل يمكن أن تتوفر به شروط القائم الواردة بالفصل 19 م.م.م.ت ونفت النظرية الموضوعية فكرة الحقوق المائية وتحددت عن «المركز القانوني أو الوضعية القانونية»، ويرزت نظرية حلية ترى في الدعوى «القدرة القانونية على الالتجاء للقضاء» ومع ذلك لم تسلم هذه النظرية من النقد، حيث إنها تؤدي إلى الاعتقاد بوجود حق ذاتي والحال أنه لا يرجى إلا ممارسة لحرية أو إمكانية، كما أنه من الغريب حصر ميدان الدعوى في الحالات التي يطلب فيها الخصم سعادتهم في الأصل فحسب، وانتقد البعض هذه النظرية الحديثة على أساس أن التعريف الحديث لا يعبر إلا على تصور ذهنی مختلف عن المفهوم الحقيقي للدعوى القضائية، الذي يفهم منه «الادعاء لدى القضاة» أي الالتجاء الفعلي للقضاء وفي هذا قال الاستاذ عبد الله الأحمدى في كتابه القضائي والإثبات في النزاع المدني وتحليمه بالصفحة 34 وما بعد ملخصا ... وفلا ينافي فإن التعريف الذي أورده الشرح الغربيون ينطبق على حق التقاضي أو حق القيام لدى المحكمة بالمعنى الذي يقصده المشتع التونسي بالفصل 19 م.م.ت وهو حق مشروع لكل شخص، له ممارسته إذا توفرت فيه الشروط القانونية من مصلحة وصفة وأهلية وذلك بقطع النظر عن وجاهة الطلب من عدتها وعن كون المحكمة سنت في أصله أم ترفضه شكلا، فالقول بأن الدعوى هي الإمكانية القانونية للالتجاء للقضاء لا يسحب على مدلول الدعوى بل على الحق في رفعها وعلى هذا الأساس فإن الدعوى مفهوما ماديا إجرائيا ولا مجرد تصور ذهنی تعني الادعاء لدى القضاة، فعندما تستعمل كلمة دعوى قضائية تكون المطلقا عن مجرد الحق في التقاضي إلى الممارسة الفعلية الإجرائية للذك الحق، فلا يكتسب الشخص صفة المدعى أو الشخصية إذا الدعوى لدى القضاة طبق الإجراءات القانونية ومنه على ذلك فإن الدعوى القضائية لا توجد قبل رفعها للمحكمة ولعل هذا ما جعل الفقهاء المسلمين يختلفون عن المطالبة التي تحصل أمام القضاة وفي القانون الوظيفي فإنه لا دعوى قضائية مالم يتم إجراءات رفعها... ولن كانت الدعوى لا تعني الحق ذاتي في نظرنا خلافا لماذهب إليه العديد من الفقهاء الغربيين بالخصوص فإن ذلك لا يعني عدم وجود ترابط بينهما وبينهما: أولهما: أن وصف الدعوى القضائية تملية طيبة وخصوصاً الحق المطلوب تتوافق بأنها عبينة أو شخصية إذا كان موضوعها حقاً علينا أو شخصياتاً ثانيةما أن الحق هو أساس الدعوى القضائية فالدعوى عندما يرفع دعواها للمحكمة يتسم بكونه صاحب حق ذاتي وقع المدعى عليه طيبة فالدعوى قضائية عندما يرفع دعواها أساس الدعوى ...».

الإدارية تكون ملزمة في أعمالها باحترام القانون باختلاف أنواعه⁽¹⁾. معنى ذلك أن يكون القانون بشكل عام القابط لجميع الأعمال الإدارية، فإذا خرجت عن هذا الإطار يحق للأفراد ممارسة حق الطعن. وتحتكم المشرعية إلى عدة مصادر بدءاً بالدستور ومروراً بالاتفاقيات الدولية والقانون وانتهاء إلى القرارات الإدارية بتنوعها، ويلحق رجال القانون الإداري بذلك المصادر غير المكتوبة مثل المبادئ العامة والعرف وفقه القضاء⁽²⁾.

ولا يعني ذلك إطلاقاً أن الإدارة تمارس شاطئها في إطار السلطة المطلقة وتحرص فقط على ملاعنة قراراتها مع القواعد القانونية، فلا يقول إن للإدارة سلطة الملاعة المجردة لا أكثر ولا أقل، فتسددي للإضرار عن أي اتجاههما كان نوعه، بل إن لها هاماً كثيراً ومتسعاً من التحرّك متى يكون لها سلطة تقديرية، فيجوز حينئذ ممارستها في إطار إعمال مبدأ الملاعة دون خرق مبدأ المشرعية. فمن واجب الإدارة في إطار السلطة التقديرية المتنشعة بها أن تراعي مبدأ الاختصاص والإجراءات الموجبة في ذلك والعصيّ الشكلي المفروضة والعناصر القانونية والواقعية.

وتجاوزوا المعنى العمل الإداري *acte administratif* فإن العمل القضائي *acte judiciaire* يقوم بالأساس على معنى التزاع الذي يمكن أن يأخذ شكل المازاغة، ادعاء ومعارضة، أو الادعاء من جانب واحد. وهي أشكال تظل مرتبطة بالمستوى الإجرائي للدعوى.

-مفهوم التزاع المدني: أتنا من حيث الأصل فيمكن أن يتخذ التزاع عدة مسامين، فقد يكون التزاع إدارياً أو خاصاً يسبب الفرق بين ما هو إداري وما هو خاص في التقليم القانوني. فإذا كان التزاع الإداري يحمل إلى المراضع الإدارية وتختص به المحكمة الإدارية ولو أحکام خاصة به، فإن التزاع الخاص يحمل إلى التزاع حول الحقوق الشخصية والحقوق العينية⁽³⁾ وهي الحقوق الداخلة في معنى النّمة الماليّة وكذلك إلى

(1) رضا جنبش، قانون إداري، المرجع السابق، ص 263.

(2) ونُعد المبادئ العامة في القانون الإداري هامة وقد رفعها قمة القضاة بفرنسا إلى مرتبة القواعد الدستورية، وإن وضعها البعض بين القوانين والأوامر. وهي تمثل قاعدة الإجماع باعتبارها تُعد تعبيراً عن نظام الحكم وتطابق مع مبادئ الحرية والحقوق. وقد لجأ قمة القضاة الإداري إلى صياغتها في وقت كانت فيه القواعد الإدارية شحيحة، وكانت منهجاً في التعامل باعتبارها المعتبرة عن الحريات العامة وحقوق المواطنين، مثل مبدأ المساواة أمام المرافق العمومية والضرائب ومبدأ عدم رجوعية القرارات الإدارية ومبدأ المساواة أمام القانون ومبدأ عدم المساس بالقرارات الفردية المنشئة للحقوق..... Georges Vedel; Pierre Delvolvè, op.cit., p.384.

(3) الحق قيمة معنوية يأتي على أشياء مادية أو معنية وند تأخذ مقايم موضوعية أو ذاتية بحسب المدارس والمناهج حيث قال البعض إن الحق لا يمكن أن يكون إلا موضوعاً بما يعني أن القانون هو المحدد للحق وليس من الممكن الحديث عن حقوق ذاتية. وقال البعض الآخر بالمفهوم الذاتي للحق، ويدخل في القانون، بل إن القانون عادة ما يكون يد الحكم إن شاء طبق وإن شاء أمسك.

الحقوق التي يتم منحها.⁽⁴⁾ فالسلطة الإدارية حسب هذا المفهوم، أي المفهوم المادي والشكلي، هي عبارة عن... أفراد أو مجموعة أفراد تتوافر فيهم شروط الأهلية والكفاءة والممتعة بمقتضى القانون بسلطة تمثيل الثواب العمومية، بحيث يمكنها القيام، باسم ولصالح هذه الثواب، بتصرّفات قانونية تكون نتائجها ممثلة في حقوق وواجبات راجعة مباشرة لهذه الأشخاص العمومية⁽⁵⁾. ومن الفقهاء من يركز على المعيار الشكلي فحسب لتعريف السلطة الإدارية، وهناك من يرتكز فحسب على المعيار المادي⁽⁶⁾. لكنَّ

أغلب الفقهاء يعتمدون على المعيارين في تعريف السلطة الإدارية⁽⁷⁾.
وتبقى جميع الأعمال الإدارية سواء كانت مادية أو قانونية خاضعة لمبدأ أساسى يعرف بمبدأ المشرعية⁽⁸⁾ (الذي يعني أصلاً خضوع الإدارة للقانون بمعناه الواسع، ضرورة أن تكون الأعمال الصادرة عن الإدارة موافقة لما تقتضيه القاعدة القانونية. وبصورة أدق فإن المقصود بمبدأ المشرعية أن تكون تصرّفات الإدارة وكذلك القرارات التي تستخدمها والعقود التي تبرمها موافقة لما تقتضيه القواعد القانونية سواء كانت هذه القواعد مكتوبة أو غير مكتوبة).⁽⁹⁾ فهو يمثل «القاعدة التي تقتضي أن السلطة

(1) توفيق بوعشبة، مبادئ القانون الإداري التونسي، المدرسة القرمية للإدارة، ص 286.

(2) نفس المرجع السابق.

(3) P. Sabourin : Recherche sur la notion d'autorité administrative en droit français, op. cit., p.19 et suiv.

René Chapus : Droit administratif général, T 17ème édi., édition du Mont-chrestien, Paris 1993, p. 382 et suiv.

G.vedel;Pierre Delvolvè :Doit administratif,Paris 1964, p. 236 et suiv.

M.Hauriou :Précis élémentaire de droit administratif, op.cit.,p.13.

Mohamed Larbi Fadhel Moussa, L'Etat et l'agriculture en Tunisie, publication du centre d'études de recherches et de publication de l'université de droit d'économie et de gestion de Tunis 1988, p.95.

(4) علي كحلون: المسؤولية المعمولاتية، المرجع السابق، ص 292.

(5) CH. Eisenmann : le droit administratif et le principe de légalité, E.D.C.E, p.25.

J.Chevalier : la dimension symbolique du principe de légalité, R.D.P.1990, p.1651.

Chapus,op.cit.,p.304et suiv.

G.vedel;Pierre Delvolvè,op.cit.,p.373 et suiv.

M.Hauriou,op.cit.,p.371 et suiv.

Yadh Ben Achour : Droit administratif,op.cit.,p.533 et suiv.

(6) توفيق بوعشبة، المرجع السابق ص 184 . وينذّرنا الأستاذ بوعشبة بأن هذه القاعدة تجد أساسها في مبدأ نصل السلطة ثلاثة، وتذكر مفهوم دولة القانون، وهو مفهوم ظهر مع الثورة الفرنسية وإن كان جانب من الفقه يرجع الأصل إلى التجربة الألمانية بشكل عام. لكنه كان انتقال من السلطة المطلقة للحاكم أي الدولة الاستبدادية إلى دولة القانون، ولا يعني ذلك أن الدولة الاستبدادية لم تكن خاضعة للقانون، بل إن القانون عادة ما يكون يد الحكم إن شاء طبق وإن شاء أمسك.

الفصل 1101 من المجلة المدنية الفرنسية. ويعرفه الأستاذ السنوري بأنه « حالة قانونية يرتبط بمقتضاهما شخص معين ينقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل »، كما يعرفه الأستاذ Carbonnier بأنه « رابطة موجودة بين شخصين يلتزم بمرجعها أحدهما بفعل شيء ما للطرف الآخر ». على أنه من الممكن التمييز بين المفهوم الموضوعي والشخصي للالتزام، فمقتضى البيان الشخصي للالتزام هو أن الحق الشخصي علاقة بين شخصين يلتزم بمرجعهما شخص بأن يؤدي للطرف الآخر شيئاً أو أن يقوم بعمل معين أو أن يتمنع عن أداء عمل محدد. فلا يتوصل الدائن بحقه إلا عبر هذا الشخص. فيفترض الحق الشخصي إذن رابطة قانونية ورابطة شخصية ورابطة مالية. فتنصرف الرابطة القانونية إلى إمكانية الزام المدين قانوناً على خلاف الحقائق الطبيعية التي تقي خارجه عن أي إلزام قانوني، كما في صورة تقادم الحق، فيقي عتصر المديرية ويسقط عنصر المسؤولية أي إمكانية إلزام المدين. وتنصرف الرابطة الشخصية إلى علاقة الناين بالمددين، فكل الزام شخصي به دائن ومددين، ولا يمكن أن يستخلاص الدائن فيه إلا عبر هذا المدين. وذلك هو الرأي الشائع إعلاماً لمجتمع المذهب الشخصي. ولكن المذهب الموضوعي في الالتزام يقدر أن الالتزام هو علاقة قانونية يلتزم بمرجعها شخص بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وذلك بالتركيز على موضوع الالتزام دون العلاقة الشخصية بين الطرفين، أي أن الالتزام يتحدد شكلاً بمقدار قيمة مالية لها مكان بالذمة المالية ولا تترتب تنازله الشخص للملتزم وإتاحة القواعد الموضوعية أي القانون المرifer لنشأة الالتزام وله دور اجتماعي في تداول وانتقال الم حقوق الموضوعية، كما في صورة الالتزام من جانب واحد أو حالة الذين أو الاشتراط لمصلحة الغير أو الشند حامل، وقد عرف هذا المذهب إشعاعاً سوءاً بالمدرسة الإسلامية أو المدرسة الألمانية، وربما كان الأساس الموضوعي مقبولاً في إعطاء التوضيح الكافي لتلك المؤسسات ومنح المشرعية المنطقية لتجاوز مثل تلك المؤسسات. ولكن العلاقة في الالتزام الشخصي تقي شخصية حتى لو اعتمدنا النظرية الموضوعية في الالتزام، لأن الدائن لا يحصل له الحق إلا غير مدینة في نهاية الأمر، وإن لم يتواجه بذلك. ثم إن أمثلة المدرسة الموضوعية في الالتزام

تلبية، والأصل يذهب في المقام تدعيم الأفكار الشخصية في الالتزام وللالتزام عناصره ومصادره وأنواعه وطرق انتقاده. فتتحقق عناصر الالتزام في إعطاء شيء أو فعل عادة ما تقسم الحقوق الذاتية بحسب معيار الذمة المالية، أي الحقوق الداخلية بالذمة المالية والحقوق الخارجية عنها، أو بحسب موضوع الحق، الحق العيني أو الحق الشخصي أو الحق المادي، الواقع القانوني والتصورات القانونية. ولكن أهم ما يدخل في تعریف الحقوق المادية والتي لها مكان بالذمة المالية هو ما يعرف بالحق الشخصي والحق العيني وهي حقوق داخلة في التعامل ويمكن الصرف فيها إلا حالها وتنتقل إلى الورقة ويمكن عقليتها وتسقط بمزور الزمن أما باقي الحقوق فهي حقوق خارجة عن دائرة الذمة المالية فليس لها قيمة مالية ولا يمكن الصرف فيها أو إحالتها أو عقليتها أو سقوطها بمزور الزمن. وبقي الصيغة منحصرة بطبيعة الحال في التمييز بين الحقوق المالية الداخلية في معنى الذمة المالية والآخرى الخارجية عنها.

الحق الشخصي: ويعرف الحق الشخصي أو الالتزام بأنه الواجب أو الموجب devoir، وليس كل واجب التزام، بل إن الواجب الذي ينزل مثولة الالتزام هو الواجب القانوني، أي الذي من الممكن أن تقوم فيه التعمير أمام القضاء، ويتجاوز مستوى الأخلاق، صحيح أن الواجب القانوني والمستوى الأخلاقي يختلفان في عدة صور، لكنهما يختلفان في البعض الآخر، كما في صورة سقوط الحق بمزور الزمن. وهذا الواجب سقف يقف عنده، فلا يطالب المدين بما يتجاوز الممكن، كما في صورة القراءة القاهرة، فهو واجب قانوني possible، وهو حالة قانونية يلتزم بمقتضاهما الشخص بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل معين، أو هو «ارتباط قانوني الغرض منه هو حصول مفعمة لشخص بالالتزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناع عنه » على معنى الفصل 144 من القانون المصري القديم أو هو «الالتزام يلتزم بمقتضاهما شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل » على معنى

معنى الحق مادياً كل ما له قيمة مالية ويدخل في معنى الحق معنوا كل ما له قيمة معنوية للشخص مثل الحقوق الأساسية والحقوق المتعلقة بالحالة الشخصية، مثل الولاية وحق الطلاق والنسب. ولا تشمل الذمة المالية للشخص إلا ما يدخل في معنى الحق المادي الذي يمكن أن يكون في نهاية الأمر إما حقاً عيناً أو حقاً شخصياً.

ولم يكن من السهل الاعتراف بالحق الذاتي للشخص، فقد رفضت المدارس المثلية وجود الحق الذاتي من الأصل، فليس ما يسمى بالحق إلا روابط بعيدة عن ذات الشخص. ورفضت بعض المدارس الموضوعية يدورها مفهوم الحق ورات فيه مجرد علاقة موضوعية بحسبها القانون وليس للشخص أي دخل في ذلك. ولكنه استقر الرأي لدى معظم رجال القانون الحديث عن نظرية الحقوق الذاتية، وأصبح للحق الذاتي وجود في النظرية العامة.

وقد نجحت اخلاقيات رجال القانون على تعريف الحق بحسب المدارس الموضوعية أو الشخصية. فإذا عرفت المدارس الشخصية الحق وعلى أساسها الفقيه Savigny بكونه سلطة إرادية Ihering إلى أن الحق مصلحة عجمية قانوناً intérêt juridiquement فالتعريف الشخصي يركز على طبيعة تدخل الشخص والتعريف الموضوعي يركز على أهمية تدخل القانون في حياة أو بيان حدود الحق، ولذلك ظهرت مع منتصف القرن العشرين بعض النظريات الوسطية التي حاولت التوفيق بين النظريتين الشخصية والموضوعية. فقد تقدم Dabin في كتابه « الحق الذاتي » سنة 1952 بارجعية عناصر اعتبرها مجتمعة في تعريف الحق: الاستئثار والتحكم واحترام العبر للحق وتدخل القانون لحماية الحق، فالحق «سلطة يستند لها الشخص معنوي ويفضي عليها نهاية بحيث يكون لصاحب الحق أن يتصرف بمقتضاهما فيما يملكه، وهو ما يمثل الحق العيني أو فيما هو متاح له وهو ما يمثل الحق الشخصي ».

على أنه من الممكن القول إن معظم رجال القانون قد انحرفا إلى النظرية الذاتية للحق أي إلى الرأي القائل

بتوفير الحقوق الذاتية حتى ولو اخليقوها في تعريف الحق شخصياً أو موضوعياً.

وعادة ما تقسم الحقوق الذاتية بحسب معيار الذمة المالية، أي الحقوق الداخلية بالذمة المالية والحقوق الخارجية عنها، أو بحسب موضوع الحق، الحق العيني أو الحق الشخصي، أو بحسب مصادر الحق، الواقع القانوني والتصورات القانونية. ولكن أهم ما يدخل في تعریف الحقوق المادية والتي لها مكان بالذمة المالية هو ما يعرف بالحق الشخصي والحق العيني وهي حقوق داخلة في التعامل ويمكن الصرف فيها إلا حالها وتنتقل إلى الورقة ويمكن عقليتها وتسقط بمزور الزمن أما باقي الحقوق فهي حقوق خارجة عن دائرة الذمة المالية فليس لها قيمة مالية ولا يمكن الصرف فيها أو إحالتها أو عقليتها أو سقوطها بمزور الزمن. وبقي الصيغة منحصرة بطبيعة الحال في التمييز بين الحقوق المالية الداخلية في معنى الذمة المالية والآخرى الخارجية عنها.

الحق الشخصي: ويعرف الحق الشخصي أو الالتزام بأنه الواجب أو الموجب devoir، وليس كل واجب التزام، بل إن الواجب الذي ينزل مثولة الالتزام هو الواجب القانوني، أي الذي من الممكن أن تقوم فيه التعمير أمام القضاء، ويتجاوز مستوى الأخلاق، صحيح أن الواجب القانوني والمستوى الأخلاقي يختلفان في عدة صور، لكنهما يختلفان في البعض الآخر، كما في صورة سقوط الحق بمزور الزمن. وهذا الواجب سقف يقف عنده، فلا يطالب المدين بما يتجاوز الممكن، كما في صورة القراءة القاهرة، فهو واجب قانوني possible، وهو حالة قانونية يلتزم بمقتضاهما الشخص بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل معين، أو هو «ارتباط قانوني الغرض منه هو حصول مفعمة لشخص بالالتزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناع عنه » على معنى الفصل 144 من القانون المصري القديم أو هو «الالتزام يلتزم بمقتضاهما شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل » على معنى

لكنه من الممكن تجاوز هذا التقسيم، وردة كل ما يتعلّق بالاتفاقات والتصريحات الإرادية والجحود أو شبه الجحود إما إلى العمل القانوني *L'acte juridique* أو الواقع القانوني *Le fait juridique* في نهاية الأمر. وهو التقسيم الحديث المعتمد بالفقه. فيدخل الاتفاق والتصريحات الإرادية في باب العمل القانوني، وهي الأفعال التي تنشأ عن إرادة الإنسان ويكون الإنسان راغباً في إحداث التزامات قانونية معينة، وبقي البقية ضمن الواقع القانوني وهي الواقع التي لا تحدث عن إرادة الإنسان أو تحدث عن إرادة الإنسان دون أن يكون راغباً في إحداث التزامات قانونية معينة.

وكثير هي أنواع الالتزامات، وكلّ أبعادها هي الالتزامات الطبيعية والالتزامات المدنية والالتزامات الشخصية والالتزامات العينية والالتزامات الذاتية والالتزامات التقدّمية والالتزامات المجردة والالتزامات الموصفة.

فالالتزام الطبيعي هو التزام بدون جزاء، خال من الغضب القانوني، ولا تقوم فيه الدعوى، كما في صورة الذين الذي مقط بمرور الزمن، على خلاف الالتزام المدني الذي يدفع في اتجاه التفاصي لفرض موجباته. لكن كلّ من الالتزام الطبيعي والالتزام المدني له وجود قانوني، يُعني أن يحدث أثره في الإطار المحدد قانوناً، فلما كان في الالتزام جانب من المسوبيّة (*devoir*) وجانب من المسؤولية (*engagement*)، اقتصر الالتزام الطبيعي على جانب المسوبيّة وهي إمكانية الرفاه دون جانب المسؤولية وهي القدرة على الغصب والإيجار. فهي مرتبة بين الالتزام الأديبي والالتزام المدني، فإذا دفع شخص مالاً عالماً منه بأنه غير ملتزم لم يجز رده. فهو التزام أرقى من الواجب الأخلاقي لأن القانون يعترف به، وهو أقل من الواجب المدني لأنه لا يمكن جبر المدين على الدفع.

ويرد الالتزام الطبيعي إلى القانون الروماني، وكان نتيجة للطبيعة الشكلية التي كانت تحظى بهذا القانون، فقدر الالتزام بالشكل، كان الحدث عن الالتزام الطبيعي توصل للأداء دون جبر، حيث إن الشكل عادة ما يدفع في اتجاه بطلان التصرف، فلا يلزم المدين، فكان الالتزام الطبيعي بمثابة الإمكالية في تنفيذ الالتزام بالرغم من فوات الشكل. وكان عماله شاسعاً. ووُجدت فكرة الالتزام الطبيعي خلال فترة القانون الفرنسي القديم قبل نحو تأثير القانون الكنسي وكانت المسافة تحصل بين الالتزام الأديبي والالتزام الطبيعي. وتبني الفقيه الفرنسي Pothier نفس الأتجاه مع أنه يميز بوضوح بين الالتزام الطبيعي والالتزام الأديبي، فيما جعله الفقيه الفرنسي Domat منحصراً في التزم المدين ناقص الأهلية. وقد اعتمدت المجلة المدنية الفرنسية بعض الحالات القليلة من الالتزام الطبيعي في إطار حديتها عن الرفاه بالالتزامات. ومنها نقلت التشريع الحديثة أغلب الأحكام في الالتزام الطبيعي، ولا يعني ذلك أن الفقه الإسلامي لا يعترف بالالتزام الطبيعي، فيه ما قد يستعراض به عن النص القانوني للاعتراف بالالتزام الطبيعي.

وقد عنى الفقه بتقديم أساس نظري لهذا الالتزام، فتحدّث النظرية التقليدية عن الالتزام المدني المتعلّق أو الالتزام المدني المنقوص obligation civile dégénérée بمعنى أن يقوم الالتزام المدني ويختل أحد شروطه فلا تحدث آثاره، فهو التزام مقوص بمعنى أن لا تحدث الآثار القانونية بسبب تقصّ شمل التصرف. وقد قامت هذه النظرية على أساس النظرية الرومانية للالتزام الطبيعي وبطبيعة إخراج الالتزام الطبيعي من مستوى الأخلاقي وإيقائه في مستوى الالتزام المدني، وأحوال أن الالتزام الطبيعي في نهاية الأمر هو واجب أديي اعترف به القانون، وهذا أتجاه النظرية الحديثة. فقد قالت النظرية الحديثة على فكرة الواجب الأديي، تأثيراً بالقانون الكنسي، فهي سطحة يمتهن فيها القانون بالأخلاق، فتفيد الالتزام في هذا الباب ليس إلا واجب أخلاقي يعترف القانون بآثاره، ولكن التزام جاء بين القانون والأخلاق، فهو أكثر من الواجب الأخلاقي لأنّ فيه جانب المسوبيّة وهو أقل من الالتزام المدني لأن المسؤولية تعيقه، فلا يجوز المدين، وفي جميع الحالات يتغافر بالالتزام الطبيعي عنصر المسوبيّة دون المسؤولية. فقد يكون الالتزام في بدايته مدنياً واحتلت شروطه فسنته من إحداث الآثار القانونية أو أن يكون الالتزام من بدايات قائمها على أساس أخلاقي.

الاتفاقات، وغيرها من التصريحات الإرادية وعن شبه العقود والجحود وشبيهها.

أما الاتفاقيات فهي الأموال التي توجب إرادتين أو أكثر لانعقادها على وجه الإجمال، فهو الاتفاق الذي يوجب الإيجاب والقبول لنشأة الالتزام. ويحاول البعض أن يميّز بين الاتفاق والعقد، فيجعل الاتفاق منشأ الالتزام أو مقدّله أو مقدّله له أو معدّله له، فهو الذي ينتهي بنشأة الالتزام مثل عقد البيع الذي ينشئ التزامات على البائع والمشتري أو ينقله مثل انتقال الدين بموجب الاتفاق أو بتعديله مثل الشروط التي تأتي على وصف الالتزام فعدها أو تقويه مثل صورة المقام بالدين. ويجعل هؤلاء العقد متصرفاً فقط على إنشاء الالتزام أو نقله، فلا يشمل العقد تعديل الالتزام أو انتفاءه. والحقيقة أن معظم رجال القانون لا يميزون بين العقد والاتفاق نظراً لغياب الأهمية التطبيقية في ذلك.

أما التصريحات الإرادية فهي الالتزامات التي تصدر من جانب واحد. ويدرك أن الفرنسيين لا يعتنون بالإرادة المفردة في نشأة الالتزام باعتبار أن العقد هو سبب تعمير النعمة حسب هذه المدرسة، ويفترض أن يتطلب الإيجاب من ناحية والقبول من الجهة الأخرى حتى يتكون الالتزام. ولكن المدرسة الألمانية، بحكم خصوصيتها في هذا المجال، تقول بالإرادة المفردة في نشأة الالتزام حيث لا يشترط توافق الإرادتين في جميع الصور ويسكن أن تتوارد جملة من الحالات يقع فيها الالتزام مقدّراً من حيث الإرادة صادرًا من جانب واحد، ولا يحتاج هذا الالتزام إلى تدخل الطرف المقابل حتى يتكون، بل عادة ما يكون تدخله على مستوى التنفيذ فقط وليس على مستوى التكوين. ولكن المجلة الألمانية لا تأخذ بالإرادة المفردة كقاعدة عامة، وكان اعتقادها لهذا المصدر في حالات محددة ومضبوطة، فكان الأخذ بالإرادة المفردة كمصدر منحصر في بعض التعريفات مثل الرعد بجازة والإيجاب الميد بأجل. ويلاحظ أن الفقه الإسلامي يأخذ بالإرادة المفردة في نشأة الالتزامات ولا يعلق تكوين الالتزام في جميع الصور على توافق الإيجاب والقبول، كما في صورة الجبل أي الوعد بجازة والتطبيق وغير ذلك من الصور والحالات. ويبدو أن جملة الالتزامات والعقود أخذت بالإرادة المفردة بالفضل الأول بالإشارة إلى مفهوم وغيرها من التصريحات الإرادية، وجاءت الفصول 19 إلى 22 منها في الرضا الصادر من طرف واحد، ووضع الفصل 22 م.اع القاعدة العامة في أنه إذا كان الالتزام من طرف واحد لزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للملتزم له، معنى ذلك أن تدخل الطرف الآخر لا يكون على مستوى القبول وإنما على مستوى التنفيذ، وذلك هو معنى الإرادة المفردة. ولكن الفقه بقي متربّداً، فإذا ذهب البعض إلى إنكار دور الإرادة المفردة في نشأة الالتزام، ذهب الآخرون إلى التوسيع في نطاقها لتشمل القضاة والتنازل والوصية والاشتراك لصالحة طرف غير محدد والسد لأسر والإحالة وغير ذلك من الصور...، وذهب البعض الآخر إلى أن تطبيقها لا تتجاوز حدود الوعد بجازة والإيجاب المرتبط بأجل على معنى الفصل 33 م.اع، وقال البعض الآخر بأن تعريفات الإرادة المفردة لا تتجاوز أحكام الفصول 18 و 19 و 20 و 21 م.اع أي الوعد بجازة، حيث إن الفصل 22 م.اع، حسب هذا الاتجاه، لا يضع مبدأ هاماً في الإرادة المفردة، وإنما هي صورة خاصة تتعلق بالوعد الملزم بجانب واحد، وهي حالة تعاقدية توجب تكوينها الإيجاب والقبول. والملخص أن المشرع تأثيراً بالفقه الإسلامي والمدرسة الألمانية جعل التصريحات الإرادية معمرة للنسمة بالرغم من اختلاف رجال القانون في تطبيقها.

أما شبه العقود فهي أعمال جازة ومباحة يائتها الشخص. ويعمل عليها المشرع التزامات قانونية، ويدخل عادة في هذا الباب كلّ ما يتعلّق بالفضال (الفصل 1179 م.اع إلى 1194 م.اع) والإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم (الفصل 71 إلى 81 م.اع).

أما الجحود فهي وقائع قضائية غير مشروعه تخرج عن التصرف المألوف والعادي من شأنها إحداثضرر للغير، في حين أن شبه الجحود هي وقائع غير قضائية التي من شأنها إحداث الفرر، ويدخل في باب الجحود وشب الجحود كلّ ما يتعلّق بالمسؤولية الشخصية والمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الشفوية.

نظريه قال فيها البعض إنها «من القانون المدني، بل من القانون عامة، بمثابة العمود الفقري من الجسم». فيصرف الالتزام إلى التزام المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو عدم القيام بعمل، وفي ذلك مدرستان واحدة شخصية وأخرى موضوعية، ويجد الالتزام مصدره في الواقع القانونية والأعمال القانونية، وتأتي الالتزامات الشخصية على كامل النعمة المالية وتجد فيه الشران العام.

ولم تكن للالتزام العيني تلك الشهادة في النظام والتنظيم في الأحكام حتى أن البعض أراد إبعاد عن الحق العيني، بحكم ميزته وأختلاطه بالحق الشخصي. فإذا كان التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني واضحًا، فإنه تأتي بعض الصور يكون فيها الاختلاط عكساً، وهذا شأن الالتزام العيني، ففيه شيء من الحق الشخصي وهي من الحق العيني. فيأخذ بفكرة إلزم الطرف الآخر بالقيام بعمل معين ولكن التزام يستند إلى ملكية المدين للعين يقوم بمقابلها ويختفي باختلافها، ولا ينتقل مع الشخص بل ينتقل مع العين. لذلك قبل أنه التزام عيني، كما في صورة إلزم الحائز للعقار بأن يدفع للثانية العاقد الذيون المستحقة أو التخلّي من العقار أو التطهير على معنى الفصل 282 م.ج.ع وكما في صورة إلزم الشريك في الحائط المشترك بأن يساهم في إصلاحه على معنى الفصل 74 م.ج.ع وكما في صورة إلزم مالك العقار المرتفق بمصاريف حفظ الارتفاق على معنى الفصل 183 م.ج.ع. ففي جميع هذه الصور وغيرها من الصور لم يتم التزم المالك بمحاجب التزام شخصي وإنما ملكيته للعقار كانت هي المحددة في الزام، فكلّي كان الالتزام مبنًى على ملكية العين، كان الالتزام عبء، وهو في نهاية الأمر مجرد امتداد للحق العيني وليس له علاقة بالحق الشخصي بالرغم من ذلك الالتزام الظاهري بالقيام بعمل معين ولكن عيني لأنه لا ينصرف إلى الضمان العام أي إلى النعمة المالية التابعة للمدين كما هي الصورة في الالتزام الشخصي، بل يرتبط عين معينة بالذات لا يتجاوزها، ولأنه كذلك يقوم وبختفي بملكية العقار، فيستقل أين يذهب العقار وحتى في صورة الميراث لا ينتقل الالتزام إلى الوارث بحكم واقعة الميراث بل بحكم ملكيته للعين، ولأن المدين كذلك يمكن أن يتخلص من التزامه إذا ترك العين أو نخلع عنها كما في صورة حائز العقار المرهن على معنى الفصل 285 م.ج.ع أو في صورة مصاريف الارتفاع على معنى الفصل 183 م.ج.ع.

أما الالتزام الذي فهو الالتزام بإعطاء أو تسليم ذات الشيء أو القيام بذلك العمل أو عدم القيام به، فهو من قبل التنفيذ العيني، أو هو من قبل التنفيذ الطبيعي على الشيء دون الرضاء بما يقابلة من مال. فيسلم الشيء إذا كان قيمياً أو ما يقوم مقامه إذا كان مثلياً، باستثناء التقدّم، وذلك بعد الفرز أو العد أو القيس أو الإحصاء.

أما الالتزام المالي أو التقدّم فهو الالتزام بدفع مبلغ معين من المال، وهو يجعل إلى معنى انتقال الملكية أي انتقال ملكية أوراق أو أدوات مالية، وهو وبالتالي نقل ملكية أشياء مثيلة، ولكن التقدّمات ليست من البضائع في شيء، فلها طبيعة خاصة تميّزها عن بقية الأشياء المثلية، فليس لها من قيمة في حد ذاتها إلا بقدر ما تمثله من وحدات مالية معترف بها قانوناً، وعلى ذلك الأساس فلها حكم خاص سواء على مستوى موضوع الشمن، فليس لها من طبيعة خاصة بحكم أن التقدّم ليست بضاعة، أو على مستوى التنفيذ حيث إنه يتخلص للدائنين حقه كاملاً في جميع الصور.

ولما كان المال شيئاً مثلياً رغم الخصوصية التي يتميّز بها فإن التنفيذ فيه، من حيث المبدأ، ليس عيناً. ولكن الصحيح أن الدائن في الالتزام المالي يحصل في جميع الصور على حقوقه كاملة. وهذا الفرض ذهب البعض إلى أن التنفيذ في الالتزام المالي المرتبط في حقيقة الأمر بخصوصية التقدّم la monnaie.

والأسهل أن الالتزام مجرد، بمعنى أن يكون نافذاً في الحال ووله طرفاً فقط وموضوع عددي. لكن الالتزام يمكن أن تدخل عليه عدة تغيرات فيتعلق على أجل أو شرط ويمكن أن تتمدد أطرافه (الالتزام متعدد الأطراف والالتزام الضامن) وماضيه (الالتزام متعددة المواجه وحالات غير القابل للقسمة

وقد عرف الالتزام الطبيعي عن طريق تطبيقات لعل أحدها ما يتعلّق بتنفيذ العقد الباطل بسبب خلل في الأهلية أو في الشكل أو بسبب خلل في الشروط المبادلة أو بتنفيذ الوصية الباطلة من قبل الورثة أو دفع مال الدائنين بعد الصلح أو دفع الدين بعد سقوطه وبدون اللعب والمرأة دفع الدين بعد أداء اليمين الخامسة أو بعد صدور حكم برفض التغري أو الالتزام بدفع التعويض عن ضرر غير مباشر وردة المال في غياب الشخصي بعض الحالات على وجه الخصوص، في حين وضعت بعض التشريعات الأخرى نصوصاً عامة دون حصر وأعطت القاضي حق الاجتهد والتقدير على غرار التشريع الألماني بالفصل 812 من المجلة المدنية والتشريع السوري بالفصل 72 فقرة 2 من المجلة الفيدرالية والتشريع المصري بالفصل 200 من التقين المدن. وقد ثأر المشرع التونسي باختصار المدرسة الحديثة في تأسيس الالتزام الطبيعي على اعتبارات أخلاقية ونص بالفصل 78 م.إ.ع على أنه لا يسع استرداد ما وقع دفعه وفاء بدين سقط بطرول المدة أو بأمر مستحسن ليس بواجب إذا كان الدافع من يملك التغريب جانباً ولو دفع ظناً منه أنه يلزم الأداء أو جهلاً بسقوط الدين. فيقوم الالتزام الطبيعي عملاً بأحكام الفصل 78 م.إ.ع في صورة دفع ما سقط بمرور المدة حتى لو كان المدين جاعلاً بسقوط الدين، ويقوم الالتزام الطبيعي كذلك عملاً بأحكام هذا الفصل إذا وقع الدفع بأمر مستحسن ليس بواجب إذا كان الدافع من يملك التغريب جانباً ولو دفع ظناً منه أنه يلزم الأداء، معنى ذلك أنه لا بد من أن يكون الدفع بأمر مستحسن ليس بواجب وهذا هو الواجب الأخلاقي وأن يكون الدافع من يملك التغريب جانباً وهو الشخص الذي توفر بجانبه أهمية الأداء بحيث يمكن أن يأتي أصحاب التبرع إلى جانب أصحاب الإداره والتغريب دون إذن مسبق وأن يكون الدافع يعلم بعدم لزوم الدفع أو علاجه. ويعود للفقه القضاة تعريف الأمر المستحسن أو الواجب الأخلاقي وهو في نهاية الأمر كل تصرف يتجاوز مستوى الالتزام القانوني أي أن يقوم المدين بأداء أمر بالرغم من غياب النص القانوني في الإلزم، فهو إما أن يكون الزاماً مدنياً في بيته واحتلت شروطه بشكل جعله غير متاح لأداءه أو أن يكون منه البداية التزاماً أخلاقياً. ويجب أن تقوم البينة في الاستحسان لدى الدافع أو كان لا بد أن تقوم لديه نظراً لجملة الظروف المحيطة بالدفع. وهي نتيجة وفاء وليس تبرع، ويجب الإضافة كذلك تطبيقاً لقواعد العامة أن الدفع، الذي يتزلزل منزلة الالتزام الطبيعي، منها كانت مواضعيه لا يمكن بحال أن يخالف النظام العام (الفصل 77 م.إ.ع). لذلك فإن جملة الصور التي سبق الإشارة إليها في تطبيقات الالتزام الطبيعي يمكن أن تعمد بالقانون التونسي باستثناء ما يتعلّق بالمقامرة والمرأة حيث منع الفصول 1455 إلى 1455 والحقيقة أن الالتزام الطبيعي يستند من حيث المصادر إلى نفس المصادر المعروفة في الالتزام أي التصرف القانوني والواقعية القانونية، ولكن اختلاف عن الالتزام المدني يخواجه عن ضوابط الواجبات القانونية، فلم يتم التسلق في العقد أو دفع الضرر غير المباشر على سبيل المثال، فهو خلل في الصناعة القانونية وإذا كانت متطلبات الالتزام الطبيعي معيبة شيئاً ما على ذلك التحرر، فإن الالتزام به يحدث أثراً على المستوى القانوني، فلا يسترّ المدين ما أداه وأن الوعد بادئه يكون سبباً جديداً لشنّ الالتزام المدني، بمعنى أن يلزم المدين بأدائه إذا وعد بالدفع. ولا يصح الحديث عن التجديد في الالتزام الطبيعي لأن التجديد يقتضي تغيير السبب أو الموضوع أو الأطراف ولا يصح الحديث عن المقاومة والنكارة في الالتزام الطبيعي لأن كلّهما يجعل إلى التنفيذ الجيري الذي لا يصلح مع الالتزام الطبيعي.

عدم القيام بعمل، وقلنا إنـ في الالتزام الشخصي ملخصتين، مدرسة شخصية ترتكز على العلاقة الشخصية للطرفين ومدرسة موضوعية ترتكز على حل الالتزام. وعلمنا أنـ له مصادر معيبة ومسموّناً مخدّداً. وندرك الآن أنـ الالتزام الشخصي إنـ هو امتداد للحق الشخصي. ولنا في ذلك نظرية متكاملة تعيد الأساس في

المدين في الحق العيني هم كافة الناس، على خلاف الصورة في الحق الشخصي متى يكون المدين شخصاً أو أشخاصاً معينين بالذات. ولكن الحق العيني كالحق الشخصي به دائن ومددين وموضوع. ومع ذلك يبقى الحق العيني مغيراً عن الحق الشخصي، لأن الحق العيني ليس فيه رابطة بين شخصين أو أكثر، وإنما سلطة يباشرها الشخص على العين، فتخالص له، دون تدخل أي طرف. في حين أن الحق الشخصي لا يكتمل إلا عبر شخص ثانٍ سواء بالزامه بإعطاء شيء، أو بإلزامه بالقيام بعمل معين أو بالزامه بعدم القيام بعمل معين. والواضح أن جميع الناس مدحورون إلى احترام هذه الحقوق سواء كانت حقوقاً شخصية أو عينية، فلا يصح أن يكون العامة هم الطرف الثاني في الحق العيني، والحالة تلك.

وحاول البعض الآخر من يتسمون إلى المدرسة المادية أو الم موضوعية في الالتزام، وخاصة منهم Saleilles و Lambert، عدم استقلالية الحق الشخصي باعتبار أن الحق الشخصي ليس في نهاية الأمر علاقة بين شخصين، بل هو حصر مالي مثل الحق العيني، فيجب النظر إلى محل الالتزام وليس إلى علاقة الأطراف. فهو عنصر من عناصر الذمة المالية مثل الحق العيني، ولا فرق بينهما في ذلك.

وقد سبق أن أشرنا إلى أهمية الأفكار المادية والموضوعية في فهم العديد من المؤسسات القانونية ومدى أهميتها في تسيير الحياة الاقتصادية في العصر الحالي كما في صورة السيد سالمه وإحالة الذين دون توقيف على إعلام أو موافقة الطرف الآخر... ولكن الفرق بين الحق الشخصي والحق العيني يبقى قائماً، وما زال قائماً إلى حد الآن، لأن هناك فرقاً جوهرياً بينهما وهو أن الحق العيني سلطة مباشرة على العين لا تتحتمل رابطة بين شخصين أو أكثر، فلا مدين في الحق العيني، فيكتفي وجود صاحب الحق وعمل الحق، في حين أن الحق الشخصي هو بالأسماء رابطة بين شخصين، فلا بد من وجود مدين، ويشترط توفر ثلاثة عناصر أساسية وهي المدين والدائن وعمل الحق، وإن كان كل من الحق العيني والحق الشخصي لا يارسان إلا في إطار القانون ويشمل جموعهما الذمة المالية La Patrimoine.

ومنزال القانون المدني المصري يعترض بهمها، فتجد مجلة الحقوق المدنية خاصة بالحقوق العينية. ولكل حق مصادر، فقد كان الحق الشخصي يستند فيما يخص إلى العقد وشبه العقد والجنة شبه الجنة والقانون أي إلى الاتفاques والالتزام من جانب واحد والفضاله والإثراء بدون سبب ودفع ما لا يجب والخطأ العمد والخطأ غير المعتد، وهو تقسيم اعتمدته Potier خلال مرحلة القانون الفرنسي القديم. وقد من هذا التقسيم إلى مجلة 1804 ومنها إلى الفصل الأول من مجلة الالتزامات والعقود التونسية. وقد انتقد رجال القانون، وعلى رأسهم كل من Planiol و Toulier، هذا التصنيف مع بداية القرن العشرين، لأنهم لم يكن يعكس الحقيقة حيث إن شبه العقد لا يتأسس على الإرادة وقد يأتي في صيغة غير مشروع. وأرجعوا مصادر الحقوق الشخصية إلى الاتفاques من ناحية والقانون من ناحية أخرى. ولم يستقر البحث حتى انتهى التصنيف في أيامه هنا إلى الأعمال القانونية Les faits juridiques والواقع القانونية Les actes juridiques، فيدخل في باب الأعمال القانونية العقد والالتزام من جانب واحد، ويدخل في باب الواقع القانونية الواقع غير المشروع أي الأعمال الصاربة والإثراء بدون سبب والواقع المشروعة ويدخل في ذلك دفع ما لا يجب والفضاله. ويمكن أن تردد جميع الصادر في نهاية الأمر إلى مفهوم الواقعية أي المحدث الذي يغير علاقات البشر، ويمكن أن تكون هذه الواقعية طبيعية أو اختيارية، وإذا كانت اختيارية يجوز أن تكون أعلاها قانونية أو وقائع قانونية.

والحقوق العينية مصادرها الخاصة، وهي العقد والوصية والميراث والشقة والحيازة والاستيلاء والقانون. فيمكن أن تردد إلى أعمال قانونية مثل العقد والوصية أو إلى وقائع قانونية مثل الحيازة والميراث والاستيلاء، والشقة فيها ما هو من قبل العمل القانوني، وهي الإعارات عن الاتفاques بإجراءات الشفاعة، وفيها ما هو من الواقع القانونية وهو الاشتراك.

ويتحلّد مضمون الحق العيني بالفكرة الأساسية فيه، وهو أن الحق العيني سلطة مباشرة على العين. معنى

والالتزام ابتدائي والالتزام التخييري)، فنقول عندئذ إنه الالتزام موصوف. وما إن يكتمل الالتزام حتى يطلب تطبيقه، وهو ثائر الالتزام. ومن الجائز بالنسبة إلى الحق الشخصي أن يقتضي رضايا أو جراها أي بواسطة الوسائل القاهرة الناتجة عن تدخل القضاء ومساعدي القضاء. والأغلب أن يكون التنفيذ بمثابة أي تعويضاً والأقل من ذلك أن يكون عيناً أي طبيعياً.

ويتفق الحق الشخصي بثلاث طرق، إما بالوفاء أي أداء الحق، ويمكن أن يكون الأداء طبيعياً أو بمثابة أو بما يقوم مقام الوفاء أي بواسطة التجديد والمقاصة والحادي التزم أو بدون وفاء أي بواسطة التنازل عن الحق أو استحالة التنفيذ أو الإقالة أو القتاد.

- الحق العيني: يتعين تعريف الحق العيني قبل بيان مضمونه وامتداده وحصر الحقوق العينية وطرق اكتسابها وتنبيتها وقضائتها.

فتعريف الحق العيني بأنه السلطة التي يمنحها القانون لشخص على شيء معين، فهي سلطة مباشرة بين الشخص والعين تذكر الفرد من استخلاص ما لهذا العين من فائدة اقتصادية، دون تدخل طرف ثالث. فهي ليست رابطة relation بين الشيء وصاحبها، وإنما سلطة pouvoir بمعنى أيجادها. فيفترض الحق العيني سلطة لها أبعاد قانونية وأخرى مادية وأخرى مالية، فتتصحر الأبعاد القانونية إلى ما يقتضي القانون في معاملة صاحب الشيء بالعين، فلا تخرج السلطة عن ضوابطها القانونية وتتصحر الأبعاد المادية إلى ممارسة صاحب الحق في حدود ما للعين من فوائد اقتصادية، فتخالص له إمكانية التصرف فيه سلباً أو إيجاباً في حليو خصائصه. وتتصحر الأبعاد المادية إلى اعتبار الحق العيني عنصرًا من عناصر الذمة المالية للشخص، مثله مثل الحق الشخصي، وعلى خلاف جملة من الحقوق التي تبقى خارجة عن الذمة المالية لفقدانها هذا العنصر المالي، مثل واجب حسن المعاملة بين الزوجين.

في حين أن الحق الشخصي، وكما سبق القول، هو علاقة بين شخصين يلتزم بموجهاها شخص يأن يؤدي للطرف الآخر شيئاً أو أن يقوم بعمل معين أو أن يتمتع عن أداء عمل محدد. فلا يتوصل الدائن بمحنة إلا عبر هذا الشخص. فيفترض الحق الشخصي إذن رابطة قانونية ورابطة شخصية ورابطة مالية. فتتصحر الرابطة القانونية إلى إمكانية إلزام المدين قانوناً على خلاف الحقوق الطبيعية التي تبقى خارجة عن أي إلزام قانوني، كما في صورة تقادم الحق، فيبقى عنصر المديونية وسيطر عنصر المسؤولية أي إمكانية إلزام المدين. وتتصحر الرابطة الشخصية إلى علاقة الدائن بالمدين، فكل التزام شخصي به دائن ومددين، ولا يمكن أن يستخلص الدائن بهذه إلا عبر هذا المدين. وذلك هو الرأي السائد إيماناً بابعاد المذهب الشخصي. ولكن المذهب الموضوعي في الالتزام يفترض أن الالتزام هو علاقة قانونية يلتزم بموجهاها شخص يأعطيه شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وذلك بالتركيز على موضوع الالتزام دون العلاقة الشخصية بين الطرفين، كما في صورة الالتزام من جانب واحد أو إحالة الدين أو الاشتراط مصلحة الغير أو المدين الحامل، وقد عرف هذا المذهب إشعاعاً سواء بالمدرسة الإسلامية أو المدرسة الألمانية، وربما كان الأساس في إعطاء التوضيح الكافي لتلك المؤسسات ومنع المشروعية المنطقية لتوارد مثل تلك المؤسسات. ولكن العلاقة في الالتزام الشخصي تبقى شخصية حتى لو اعتمدنا النظرية الموضوعية في الالتزام، لأن الدائن لا يخلص له الحق إلا عبر مدينه في نهاية الأمر، وإن لم يتواجدبداية، ثم إن مثلاً المدرسة الموضوعية في الالتزام قليلة، والأصل يذهب في أتجاه تدعيم الأفكار الشخصية في الالتزام.

ولكن المذاهب الفكرية مافتتة تحاول تغريب الحق الشخصي إلى الحق العيني والعكس بالعكس في أتجاه عدم التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي. فقد حاول منذ أوائل القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين كل من Planiol و Demogue إلغاء وجود الحق العيني بعيداً عن الحق الشخصي، لأن القانون لا ينظم إلا العلاقة بين الأشخاص، لذلك يقال دوماً إن القانون الخاص أو القانون المدني هي جملة القرائن التي تنظم علاقة الأشخاص فيما بينهم، والحقوق العينية من القانون الخامس. وغاية ما في الأمر أن

الحقوق المخارة عن الذمة المالية مثل الحالة الشخصية والحقوق المعنوية⁽¹⁾. وبره

المقصود بالحقوق العينية الأصلية، فإذا تختلف أحد العناصر، كانت حقوقا مترتبة عن الملكية، ويقال لها كذلك حقوق ناقصة، ومن ذلك حق الارتفاق وحق الانتفاع وغيرهما، وإذا انتصر حق الفرد على إمكانية التنفيذ على العقار مقتديا على بقية الدائنين، كان الحق من فييل الحقوق العينية التالية لاته يضمن دينا.

ويذكر كذلك أن حقوق الإزالة والكردار ودخلها وحق الماء والإجارة الطويلة قد توقف العمل بها وإن كانت خاصة بالعقار، ولم يرق من الحقوق العينية إلا حق الملكة الذي يمكن أن يشمل المقول والعقار على حد سواء وكل ذلك الامتياز والرهن وحق الانتفاع وحق الاستعمال بينما يبقى حق السكنى وحق الارتفاق من الحقوق الخاصة بالعقارات.

وتكسب الحقوق العينية بالعقد والمرااث والتقادم المكتسب والاستيلاء والقانون والانتصاف على معنى الفصل 22 م. ج.ع ويفاض إلى ذلك الشفعة والوصية. ويمكن أن تردد طرق اكتساب الحقوق العينية إلى الواقع القانونية والضرورات القانونية، فالميراث والتقادم والاستيلاء والانتصاف والشفعة من الواقع القانونية والعقد والوصية من التصرفات القانونية.

وما يميز الحقوق العينية أن المزاولة فيها عادة ما تتبع بالتنفيذ العيني وقلما تصرف إلى التمويه إلا إذا افترضنا هلاك العين. وتبقى الوسائل الاختيارية والجبرية ممكنة. وما يميزها كذلك أن المزاولة في أصل الحق لا يوجد الإنذار أو الإعلام قبل قيل نشر الدعوى. ولا بد من التمييز بين الحقوق العينية الأصلية والمترتبة والتبعة في بيان طرق اكتساب هذه الحقوق، حيث إن الحقوق العينية الأصلية أي الملكية لا تتبع، فهي حق دائم لا ينقضى ولو بانتقاله من طرف إلى طرف بشتى الطرق. أما الحقوق العينية المترتبة أي الانتفاع والارتفاق والاستعمال والسكنى فتشتت بعدم الاستعمال، أما الحقوق العينية التالية أي الامتياز والرهن، فيتشتت بصفة تبعة وأصلية. تبيعا يتضمن إذا انقضى الدين الذي يضمنه بالطرق العامة في الانقضاض، أصليا يتضمن بعدة طرق منها إسقاط حق الرهن وهلاك العين وال تمام الذمة والفسخ وإحالة الدين دون الرهن وبيع الرهن والتطهير. وتتميز الحقوق العينية التالية في أنها لا تتبع بالقادم.

(1) الذمة المالية هي جموع الحقوق المالية والواجبات المالية سواء كانت ذات طبيعة عينية أو شخصية، سواء كانت حاضرة أو مستقبلة، فهي جملة الحقوق والالتزامات ذات الطبيعة المالية الموجودة والتي ستوجه مستقبلا. فيخرج عن ذلك وجبرا الحقوق التي ليس لها قيمة مالية مثل حقوق الإنسان والحقوق الأدبية للمؤلف والولاية وغير ذلك من الحقوق المعنوية. وفي ذلك نظرية تناول تقليدية وأخرى حلية.

- النظريّة التقليديّة: أمّا النظريّة التقليديّة فتُنطّلِي في ربط الذمة المالية بالشخص ولا تعرف إلا بوجود ذمة مالية واحدة، فلا يمكن الحديث عن تعدد الذمم مهما كانت الصورة. فقد قالت النظريّة التقليديّة على العقارية، ورتّبها على التصرُّف التالي: الملكية، والإزالة والكردار ودخلها، وحق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنى، وحق الماء والإجارة الطويلة، وحق الارتفاق، والامتياز، والرهن العقاري. والواضح أن المشرع حاول أن يجمع الحقوق العينية بهذا الفصل وأرادها كذلك حضرا. وفعلا يمكن ميدانيا القول إن الفصل 12 م. ج.ع قد ورد على سبيل المحصر في ضبط الحقوق العينية العقارية. ولكن بعض الحقوق يقتضي خارجة عن الفصل 12 م. ج.ع بحكم الجملة الذي ظل يراقبها وأعني بذلك حق الميس، فكما ذهب البعض إلى أن حق الميس يعد من قبيل طرق التنفيذ، ذهب البعض الآخر إلى اعتباره من قبيل الحقوق العينية، لأنّه يستوجب كاملا المفاهيم في تعريف الحق العيني، وخاصة منها ما يتعلق بحق التتبع وحق التقديم، وفعلا أورد المشرع التونسي حق الميس بالفصل 193 م. ج.ع تحت باب التأمينات العينية وأوضاع آثار من الأسباب القانونية في التفصيل، وهو بذلك من الحقوق العينية في القانون التونسي، وإن غفل الفصل 12 م. ج.ع عن ذكره.

- النظريّة الجديدة: أمّا النظريّة الحديثة فقد فصلت بين الذمة المالية والشخص وربطت بين مفهوم الذمة ومفهوم التخصيص لغير الحديث عن إمكانية تعدد الذمم المالية. وبذلك أصبح لمفهوم الذمة معنى وظيفي يعدهما كيان مجرد حق. فمن الممكن حسب النظريّة الحديثة أن يخصّص مال لجهة معينة ويستثنى عن الذمة المالية الأصلية ويتحذّل نظاماً مميزاً، والبعض لا يضع أي قيد على تخصيص المال والبعض الآخر يشرط تدخل إرادة المشرع الصريحة للتقول بالتخصيص. والمثال في ذلك شركة الشخص

ذلك أن يكون مضمون الحق دوماً محددا فلا يمكن أن يكون مستقبلاً أو غير معين وفيه عنصر انصاحب الحق والعين، فيختفي المدين. ويعارض الكافة بهذا الحق ويمكن التخلّي عن العين حتى يتخالص المالك من جميع الالتزامات ويمكن أن تؤدي المبادرة إلى ملكية العين وترتبط بهذا الحق دعوى عينية وله خصوصية على مستوى التنفيذ، وهو دوماً عنصراً إيجابياً في الذمة المالية. كل ذلك ينبع عن هذه السلطة المباشرة في الحق العيني.

ولكن أهم نتيجة في هذه السلطة، هو أن صاحب الحق العيني له حق التتبع droit de suite وحق التقدم droit de préférence. ويقصد بحق التتبع هو أن يحق لصاحب الحق تبع العقار بيد أي طرف كان، فله أن يتبعه منها كان الشخص الذي يحوزه العين ومهما كان المالك، فلذلك تبع العقار إذا خرج منه للحانن ولصاحب حق الارتفاق أو حق الانتفاع تبع حقوقها أين انتقلت الرقة وللذان الرهن أو صاحب حق الامتياز تبع العقار منها كانت طريقة الانتقال ومهما كان المالك الجديد، فيرتبط حق التتبع بالعين وليس بالأشخاص. ويقصد بحق التقدم أن يتقدم صاحب الحق العيني عن بقية أصحاب الحقوق العينية إذا سبّهم في الترتيب ويختتم عن أصحاب الحقوق الشخصية. فهي أفضلية للحق العيني عن سائر الحقوق الأخرى. فيفضل المشتري للعقار عن باقي الدائنين الماديين، إذا حصل تزاع، ويفضل الرهن العقاري عن التأمينات الشخصية. وإذا تقدم صاحب الحق العيني في الترتيب يفضل كذلك عن بقية أصحاب حقوق العينية.

ولتكن الحق الشخصي يعني بعيداً عن هذه المضامين، وتحتَّل تلك الرابطة الشخصية مضمونة. فيفترض دوماً علاقة ثلاثة الدائن والمدين وحمل الحق، ولا حيازة مكسبة في الحقوق الشخصية بل هناك تقادم سقط يمكن أن يحصل الحق معه إذا فاتت آجال معيته، ويمكن أن يكون الحق مستقبلاً أو غير معين بداية ولا يعارض الكافة بهذا الحق، فهو نسبي في آخره بحيث لا يتجاوز أثره علاقة الطرفين. ولا يمكن أن يتخلى المدين عن التزاماته بखالصه عن العين، والذعرى فيه يقال لها دعوى شخصية، وطا عميات خاصة في التنفيذ. ويحصل هذا الحق عناصر إيجابية كما يحصل عناصر سلبية، وليس في هذا الحق تقدّم أو تفضيل، ولكن ذلك لا يعني أن أصحاب الحقوق الشخصية ينتقدون عناصر الحياة مطلقاً بل المقص هو الصحيح. فقد خذلت رجال القانون كثيراً عن حياة الدائن العادي. وتعتد تلك السلطة في الحق العيني وتلتزمه الراطبة في الحق الشخصي إلى جملة من المؤسسات القانونية، فتكون امتداداً إلى الحق العيني أو للحق الشخصي، ولعل أحدهما ما يتعلّق بالالتزام، فنقول إنما التزاماً عيناً أو التزاماً شخصياً وحلولاً عيناً أو حلولاً شخصياً.

وقد نص المشرع بالفصل 12 م. ج.ع على جملة الحقوق العينية التي ترد على العقار، وهي الحقوق العينية العقارية، ورتّبها على التصرُّف التالي: الملكية، والإزالة والكردار ودخلها، وحق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنى، وحق الماء والإجارة الطويلة، وحق الارتفاق، والامتياز، والرهن العقاري. والواضح أن المشرع حاول أن يجمع الحقوق العينية بهذا الفصل وأرادها كذلك حضرا. وفعلا يمكن ميدانيا القول إن الفصل 12 م. ج.ع قد ورد على سبيل المحصر في ضبط الحقوق العينية العقارية. ولكن البعض يذهب إلى أن حق الميس يعد من قبيل طرق التنفيذ، ذهب البعض الآخر إلى اعتباره من قبيل الحقوق العينية، لأنّه يستوجب كاملا المفاهيم في تعريف الحق العيني، وخاصة منها ما يتعلق بحق التتبع وحق التقديم، وفعلا أورد المشرع التونسي حق الميس بالفصل 193 م. ج.ع تحت باب التأمينات العينية وأوضاع آثار من الأسباب القانونية في التفصيل، وهو بذلك من الحقوق العينية في القانون التونسي، وإن غفل الفصل 12 م. ج.ع عن ذكره.

ويعد حق الملكية من أهم الحقوق العينية، فيخالص للملك الاستعمال والتصرف، وهو

الكتاب الأول

مصادر الالتزامات

النزاع المدني في شكله العام إلى جميع التزاعات المتعلقة بالحقوق الشخصية، وهي منازعة بين دائن وموذن بشكل عام وهو أصل المنازعات.

-مفهوم النظرية العامة للنزاع المدني: ويلاحظ أن النزاع المدني تفرعت عنه عدة تزاعات مثل التزاعات التجارية والشuttle، والأكيد أن لها جانبها من المخصوصية ويعد بها في حسم النزاع إلا أنه يرجع دوماً إلى الأحكام العامة في النزاع المدني في غياب الخاص من القواعد. وليس لنا أن ننزل إلى مستوى التفاصيل بل يتبع البقاء في مستوى الأصل، أي القواعد العامة في النزاع المدني المبنية بمجلة الالتزامات والعقود وذلك هو مفهوم النظرية العامة للنزاع المدني الذي يظل في نهاية الأمر مرتبطة بالنظرية العامة للالتزام المدني، وإن في ذلك مصادر وأحكاماً. فيرة المصدر إلى جملة الظروف التي كانت سبباً في نشأة الالتزام، وتزدة الأحكام إلى المال الذي سيعرفه الالتزام بعد نشأته فيفترض بيان طرق تنفيذه وانقضائه، وبين التنفيذ والانقضاء يمكن للالتزام أن يتخذ عدة أوصاف موضوعية كما يجوز أن يتقلّل من شخص إلى آخر وذلك في حدود الأحكام الواردة بمجلة الالتزامات والعقود، وقدر النزاع المدني أن يتناول طبيعة التزاعات المدنية المتصلة بكل هذه المصادر والأحكام، وعلى تلك الصورة ينبع حكم النزاع المدني مصدرها وتنفيذها ووصفاً وانتقالاً وانقضاؤها. وتلك هي موجبات النظرية العامة للنزاع المدني، فهي مسلية لمواطن التزاعات في النظرية العامة للالتزامات مصدرها وحدها. بقى أن نشرح المصادر في كتاب أول (الكتاب الأول) لتعرض للأحكام في كتاب ثانٍ (الكتاب الثاني) مع إبراز طبيعة التزاعات المرتبطة بها بالتتابع.

واحد والرهن وتحصيص فرقة المورث لذاته.

وترى النظرية الجديدة أنه يمكن الوصول إلى تحقيق جملة تلك الأفكار الواردة بالنظرية التقليدية دون التقيد بمفهومي المجتمع من المال والاندماج في الشخصية، إذ يمكن وجود شخص لإتمام التنفيذ دون حاجة إلى القسمان العام، فالملبوبيّة تقابلها المسؤولية، كما أنه لا يمكن القبول بانقضائه ديون الميت ومقابلتها دون وفاء إعمالاً لمبادئ العدالة والإنصاف، فتنقل الالتزامات بذلك إلى الورثة دون حاجة إلى فكرة مجموع المال، كما أن فكرة المحلول العيني التي تجعل الذمة المالية بمثابة الأشياء المثلثة متى يحل بعض المال مكان الآخر حلولاً عيناً، لا يمكن أن تثير بفكراً مجموع المال، بل إن فكرة التخصيص كافية لتحقيق أهداف المحلول العيني دون مجموع المال. واضح كذلك أنه يمكن الوصول إلى فكرة من إخالة التركة المسبوقة دون حاجة إلى مفهوم الاندماج.

وتسوّب الذمة المالية جميع الحقوق الشخصية والمبنية وهي الحقوق التي يمكن التنفيذ عليها إذ أن ما خرج عن الذمة المالية وهي الحقوق المعنوية وحقوق الحالة الشخصية لا يطالها التنفيذ ولا تستغل إلى الغير أصلاً.

الكتاب الأول

مصادر الالتزامات

من الممكن الإشارة في هذا الباب إلى تقسمات قديمة (1) وأخرى حديثة (2).

1- التقسمات القديمة

نص الفصل الأول من مجلة الالتزامات والعقود على أن «تعمير الذمة يترتب على الاتفاقيات وغيرها من التصریحات الإرادية وعن شبه العقود والجنه وشبهها». وما يلاحظ أن مجلة الالتزامات والعقود لم تشر أصلاً إلى القانون كمصدر من مصادر الالتزام لا بالفصل الأول ولا بغيره من الفصول، في حين أن معظم القوانين المقارنة نصت على هذا المصدر صراحة ضمن مصادر الالتزام⁽¹⁾. ويبدو الأمر ملفتاً للانتباه ويحتاج لبعض من التدقيق والتحليل.

-الاتفاقيات: أما الاتفاقيات فهي الأعمال التي توجب إرادةتين أو أكثر لانعقادها على وجه الإجمال، فهو الاتفاق الذي يوجب الإيجاب والقبول لنشأة الالتزام. ويحاول البعض أن يميز بين الاتفاق والعقد، فيجعل الاتفاق منشأ لالتزام أو ناقلاً له أو معدلاً له أو متهدلاً له، فهو الذي يتهم بنشأة الالتزام مثل عقد البيع الذي ينشئ التزامات على البائع والمشتري أو ينطلق مثل انتقال الدين بموجب الاتفاق أو بتعديله مثل الشروط التي تأتي على وصف الالتزام فتعدله أو تنهيه مثل صورة الوفاء بالدين. ويجعل هؤلاء العقد مقتضاً فقط على إنشاء الالتزام أو نقله، فلا يشمل العقد تعديل الالتزام أو انقضاءه. والحقيقة أن معظم رجال القانون لا يميزون بين العقد والاتفاق نظراً لغياب الأهمية التطبيقية في ذلك⁽²⁾.

-التصریحات الإرادية: أما التصریحات الإرادية فهي الالتزامات التي تصدر من جانب واحد⁽³⁾. ويدرك أن الفرنسيين لا يعترفون بالإرادة المنفردة في نشأة الالتزام

(1) يعد القانون المفسد الخامس بعد العقد وشبه العقد والجنة وشبه الجنة. الفصل 1101 و 1370 و 711 من المجلة المدنية الفرنسية.
Carbone.Jean: Op.cit,n° 5.

كما نص القانون المدني الجديد المصري في فصله 198 على ما يلي «الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها التصور القانوني الذي أنشأها».

عبد الرزاق السنهوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 1295.

(2) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ص 137.

(3) Mohamed Bagbag, De la declaration de volonté, source d'obligation dans le code des

الألمانية جعل التصريحات الإرادية معتمدة للنذمة بالرغم من اختلاف رجال القانون في تحديد نطاقها⁽¹⁾.

- شبہ العقود: أما شبہ العقود فهي أعمال جائزة ومحاباة يأتیها الشخص ويعلق عليها المشرع التزامات قانونية، ويدخل عادة في هذا الباب كل ما يتعلق بالفضالة (الفصول 719 م.أع إلى 719 م.أع)، والإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم (الفصول من 71 إلى 81 م.أع).

- الجنج وشبہها: أما الجنج فهي وقائع قصدية غير مشروعة تخرج عن النصرف المألف والعادي من شأنها إحداث الضرر للغير، في حين أن شبہ الجنج هي وقائع غير قصدية التي من شأنها إحداث الضرر، ويدخل في باب الجنج وشبہ الجنج كل ما يتعلق بالمسؤولية الشخصية والمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الشبيهة.

- القانون : القانون هو جملة من القواعد الملزمة والمجردة والدائمة المتصلة بالحياة الاجتماعية للبشر، ويجد أساسه من حيث الموضوع في جملة من الاعتبارات الطبيعية والوضعية، فيرة طبيعيا إلى جملة القواعد الطبيعية المقبولة جمعا التي تجد أساسها في ذات الإنسان أو عقله وقد ترقى إلى اعتبارات دينية سماوية وبردة وضعا إلى وضعية علمية وأخرى قانونية، عمليا تأسس القاعدة القانونية على جملة من الاعتبارات التاريخية والاقتصادية والاجتماعية، وضعيتا تأسس القاعدة على معنى قوة الدولة ومؤسس القاعدة. ويجد القانون مصدره من حيث الشكل في جملة من التصوص و المؤسس القاعدة. وتعتمد من له سلطة الإصدار، مرتبة ترتيبها هرميا انتلاقا من الدستور والقوانين القانونية، تعتمد من له سلطة الإصدار، مرتبة ترتيبها هرميا انتلاقا من الدستور والقوانين الأساسية والقوانين العادلة والمراسيم والأوامر والقرارات والمناشير⁽²⁾.

وتعد كلمة القانون قديمة قدم الإنسان وأصلها يوناني وتعني المسطورة المستقيمة أي النظام، ومنها انتقلت إلى البلدان اللاتينية، ولم يستعمل هذا المفهوم في البلدان العربية الإسلامية إلا أخيرا إذ المصطلح كان هو الفقه، ومع ذلك نجد بعض الاستعمالات لهذا المفهوم في القوانين الفقهية لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي (693-741هـ) وفي مؤلفات ابن وشد (فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال، الكشف عن مناهج الأدلة في عقائد الملة، تهافت التهافت، بداية المجتهد ونهاية المقتضى). وهو إجمالا جملة القواعد الملزمة للفرد في عيشه في المجتمع.

ولم يكن يعرف القانون بتقنيته وشكلياته المعاصرة، إذ أن تقيين القانون بمعنى تنظيمه بفصول وفصله في شكل هرمي ليس إلا ممارسة حديثة لم تظهر إلا في القرون الوسطى،

(1) ستكون لنا مناسبة لنفصّيل ما أجملنا في إطار باب الإرادة المتفقة كمصدر من مصادر الالتزام.

(2) Mohamed charfi : *Introduction à l'étude de droit*, Centre d'études de recherche et de publications, 1983, p.24 et suiv.

باعتبار أن العقد هو سبب تعمير النذمة حسب هذه المدرسة، ويفترض أن يتطلب الإيجاب من ناحية والقبول من الجهة الأخرى حتى يتكون الالتزام. ولكن المدرسة الألمانية، بحكم خصوصيتها في هذا المجال، تقول بالإرادة المتفقة في نشأة الالتزام حيث لا يشترط توافق الإرادتين في جميع الصور ويمكن أن تتوارد جملة من الحالات يقع فيها الالتزام منفردا متى يكون الالتزام صادرا من جانب واحد، ولا يحتاج هذا الالتزام إلى تدخل الطرف المقابل حتى يتكون، بل عادة ما يكون تدخله على مستوى التنفيذ فقط وليس على مستوى التكوين. ولكن المجلة الألمانية لا تأخذ بالإرادة المتفقة كقاعدة عامة، وكان اعتمادها لها هذا المصدر في حالات محددة ومضبوطة، فكان الأخذ بالإرادة المتفقة كمصدر منحصرا في بعض التطبيقات مثل الوعد بجائزة والإيجاب المقيد بأجل. ولاحظ أن الفقه الإسلامي يأخذ بالإرادة المتفقة في نشأة الالتزامات ولا يعلق تكوين الالتزام في جميع الصور على توافق الإيجاب والقبول، كما في صورة الجعل أي الوعد بجائزه والتطبيق وغير ذلك من الصور والحالات. وبينما أن مجلة الالتزامات والعقود أخذت بالإرادة المتفقة بالفصل الأول بالإشارة إلى مفهوم «غيرها من التصريحات الإرادية»، وجاءت الفصل 19 إلى 22 منها في الرضا الصادر من طرف واحد، ووضع الفصل 22 م.أع القاعدة العامة في أنه «إذا كان الالتزام من طرف واحد لزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للملزم له»، معنى ذلك أن تدخل الطرف الآخر لا يكون على مستوى القبول وإنما على مستوى التنفيذ، وذلك هو معنى الإرادة المتفقة. ولكن الفقه يقي متراجدا، فإذا ذهب البعض إلى إنكار دور الإرادة المتفقة في نشأة الالتزام، ذهب الآخرون إلى التوسيع في نطاقها لتشمل الفضالة والتزاكي والوصية والاشتراك لمصلحة طرف غير محدد والسد لأمر والإحالة وغير ذلك من الصور...، وذهب البعض الآخر إلى أن تطبيقاتها لا تتجاوز حدود الوعد بجائزه والإيجاب المرتبط بأجل على معنى الفصل 33 م.أع⁽¹⁾، وقال البعض الآخر بأن تطبيقات الإرادة المتفقة لا تتجاوز أحكام الفصول 18 و 19 و 20 و 21 م.أع. أي الوعد بجائزه، حيث إن الفصل 22 م.أع، حسب هذا الاتجاه، لا يضع مبدأ عاما في الإرادة المتفقة، وإنما هي صورة خاصة تتعلق بالوعد الملزم لجانب واحد، وهي حالة تعاقدية توجب تكوينها الإيجاب والقبول⁽²⁾. والملخص أن المشرع تأثيرا بالفقه الإسلامي والمدرسة

obligations et des contrats, op. cit.

(1) محمد الزين، العقد، 26 وما بعد.

(2) Mohamed Bagbag, op. cit.

إرادة الإنسان على معنى هذا الاتجاه⁽¹⁾. على أن أغلب رجال القانون انحازوا أخيرا

(1) فمع تكثف الصورة البشرية للفردية مع بداية القرن العشرين قامت الأصوات منادية بسقوط سلطان الإرادة، وبيت العلوم الحديثة عدم صحة الأفكار التحررية التي ادت في نهاية الأمر إلى كارثة 1929، واستفاق العالم من سباته لتجهيز أنظاره إلى حقيقة، كانت منذ زمن غير بعيد محل ترحيب، وهي أن الفردية لا تخدم أي طرف. وبيت العلوم الإنسانية عدم صحة الأفكار التي قامت عليها فلسفة كل من Kant و Rousseau وغيرهما. وبين فقهاء المدرسة التاريخية أمثال Savigny أن الفرد لا يمكنه أن يخلق القانون الذي يبني نتاج التاريخ، وبين كذلك المدرسة الاجتماعية بقيادة Compte Durkheim أن القانون هو نتاج العلاقات الاجتماعية وهو معيار موضوعي، في حين أن المدارس الاشتراكية قالت بأنه إغراق العلاقات الإنتاج لغيرها، ولعبت المدارس الكاثوليكية الاجتماعية دوراً كبيراً في نوع تدريس المذاهب الفردية.

وإذا كان القانون في حد ذاته نتاج العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والتاريخية، فلا شك في أن إرادة الإنسان مهما علا شأنها لا يمكن بحال أن تزاكي الضوابط القانونية التي تعتبر الوحيدة في تحديد الحقوق والواجبات. ونتيجة لهذا التفكير الحديث اتجه التطبيقي شيئاً فشيئاً إلى استبعاد النظريات الشخصية في الالتزام وقامت المصلحة في النظرية الموضوعية، وانقاد عدد من رجال القانون إلى صياغة أركان هذه النظرية التي ترمي إلى هدف أساسي وهو أن الإرادة لا يمكن بحال أن تكون السبب الوحيد في نشأة الالتزام، وبين Duguit أن الإرادة لا تصلح مطلقاً في أن تكون مصدر الالتزام بل إن القانون هو منشأ كل شيء⁽²⁾.

«Elle ne peut être qu'une loi de but, une règle une norme qui dirige et limite l'activité consciente et volontaire de l'homme, qui lui interdit certains actes et lui en impose certains autres». (p.70,n°5).

«Beaucoup d'individus, incapables de vouloir par eux-même, ont des droits, et on peut avoir des droits sans le savoir, on ne peut donc dire que le droit subjectif est une puissance de vouloir». (p.277,n°25).

Duguit,L: *Traité de droit constitutionnel*, Tome 1,op.cit.,pp 22-277.

ونفس هذا الرأي دافع عنه الفقيه Kelsen بشيء من التوسيع وهو أن إرادة الإنسان تتدخل في إبرام العقود، فقط أن هذه الإرادة لا تغير في حقيقة الأمر إلا عن المضمون القانوني الذي يبقى هو الأساس في تحديد مجمل الحقوق والواجبات، في حين رأى الفقيه Saleilles على التعبير الموضوعي للإرادة تأثيراً بالمدرسة الألمانية.

Kelsen,H :*La théorie juridique de la convention*, Arch, philosophie du droit 1940.
Saleilles,R :*Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 3 édition, Paris L.G.D.J 1925.

نجد ملخصاً لهذه النظريات بـ:

Mohamed Bag Bag, op.cit.,p. 84 et suiv.

Weill et Terre :*Droit civil, les obligations*, 4 éd., Dalloz, Paris 1986, n° 64 et suiv.

J.Ghestin :*Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation*, 2 éd. Paris L.G.D.J 1988, n° 162 et suiv.

وإذا كانت الترعة الفردية تقدس إرادة الفرد وتجعلها الوحيدة في الالتزام على أساس أن جميع الناس متساوون وأحرار، فإن الأفكار الفلسفية الحديثة سواء كانت تاريخية أو اجتماعية أو اقتصادية أو موضوعية غيّرت الفرد أمام مصلحة المجتمع، ولم يعد العقد مجرد تغيير عن الإرادة الفردية أو وسيلة من وسائل تصريف البصاعة يقدر ما هو استجابة للمصلفات الاجتماعية والاقتصادية، فلم يبق الالتزام مجرد علاقة شخصية بل هو واقعة اجتماعية لا يُؤخذ إلا بمعناها الخارجي. وفرض على الدولة ت بما

مع أنه يمكن الحديث عن تشريعات قديمة قدم الإنسان مثل تشريع حمورابي⁽¹⁾ ومدونة جستينيان ثم يلي ذلك ما ورد بكتاب الفقه الإسلامية.

ومع ازدهار العلوم القانونية وانتشارها في شكلها الجديد، أصبح القانون هو الأساس في تنظيم الدولة العصرية كما أصبح مفهوم سلطان القانون ودولة القانون من المفاهيم الأساسية في منظومة حقوق الإنسان وتنظيم الدولة الديمقراطية.

ومع سقوط مبدأ قدسي سلطان الإرادة الذي خلّ مسيطرًا على امتداد القرون 16 و 17 و 18 و 19 انحاز رجال القانون إلى جملة من الأبعاد الموضوعية ورؤى أن القانون وحده هو المنشئ للالتزام ولا يمكن الحديث أصلاً عن الحديثة الشائقة عن

(1) ويكيبيديا، الموسوعة الحرة: تعتبر شريعة حمورابي - سادس ملوك مملكة بابل القديمة - من أقدم الشرائع المكتوبة في التاريخ البشري . وتعود إلى العام 1790 قبل الميلاد وتشكل من مجموعة من القوانين، وهناك العديد من الشرائع المشابهة لمثل شريعة حمورابي والتي وصلتنا من بلاد آشور منها مجموعات القوانين والتشريعات تتضمن مخطوطة أور-نامو، وخطوطة إشتنا، وخطوطة لبت-إشتار ملك آسси إلأن تشريعات حمورابي هي الأولى في التاريخ التي تعتبر متكاملة وشمولة لكل نواحي الحياة في بابل.

وهي توضح قوانين وتشريعات وعقوبات لم يخترق القانون، ولقد ركزت على السرقة، والزراعة (أو رعاية الأغنام)، وإنلاف الممتلكات، وحقوق المرأة، وحقوق الأطفال، وحقوق العبيد، والقتل، والموت، والإصابات. وتحتلت العقوبات على حسب الطبقة التي ينحدر منها المتهم إحدى القوانين والضدية. ولا تقبل هذه القوانين الاعتراض، أو توسيع للأخطاء إذا ما وقعت. وعلى العكس من بقية ملوك تلك الفترة، فلم يزعم حمورابي أنه سليل الآلهة أو ذر ذات إلهية، إلا أنه وصف نفسه بخليل الآلهة. وفي الجزء العلوي من العمود ظهر حمورابي أمام عرش إله الشخص شمش. ورُقعت البند من 1 إلى 282 (مع الإشارة إلى أن البند 13، والبند من 66 لـ 99، و110، و111 مفقودة) على عمود طوله 8 أقدام 5.5 متراً، والمكون من حجر البازلت. ولقد اكتشف هذا العمود عام 1909 في سوسا - بمحافظة خوزستان حالياً - بإيران من قبل عالم الآثار المصري جوستافو جوكوير Gustave Jéquier أنسوسيري الأصيل. وقد قُتلت إلى إيران حين أخذها ملك العيلادين شتروك تاخونته Shutruk-Nakhunte كعنية في السنة الثانية عشر قبل الميلاد . ويعرض العود الآن في متحف اللوفر في باريس، فرنسا. مرسوم على الحجر الملك حمورابي وهو يسمح إلى إله الشمس الذي يسمى شمش الجال على عرشه وهناك كتاب تحت حمورابي يسجل القوانين. ووضع الحجر في مكان عام وسط مدينة بابل لفتح المجال أمام الجميع لرؤية هذه التشريعات الجميلة كي لا يتم التذرع بجهل القوانين كعذر.

ولقد تمت الإشارة إلى هذه الشريعة كأول مثال لمفهوم قانوني يشير إلى أن بعض القوانين ضرورية وأساسية حتى أنها تحظى قدرة الملك على تغييرها. وينقسم هذه القوانين على الحجر فإنها دائمة، وبهذا يحيى المفهوم والذي تم تكرسه في الأنظمة القانونية الحديثة وأعطت المصطلح مفهوم على الحجر ماهيته في الأنظمة العالمية. ويرى باخترن أبراهيم السيد سامي البدرى رئيس قسم علم الأديان المقارن- المعهد الإسلامي في بريطانيا يرى أن حمورابي جاء بعد إبراهيم بـ 300 عام وليس قبله وأن تسمية حمورابي تعني خليل الرب (لويس الآلهة) وما شريعة حمورابي إلا نسخة متصرف بها من نصوص النبي إبراهيم ولذا نجد التقارب بينها وبين التورات ممكناً مع عدمأخذ اليهود أي من القوانين من اليهودين بل هو الشبه المحاصل بين صحف النبي إبراهيم وصحف النبي موسى وهذا الأمر الذي حاول الكثيرون الالتفاف حوله لأسباب دينية أو سياسية.

الارتفاعات القانونية والامتيازات القانونية، فالقانون هو مصدرها ومنتجها، ويمكن أن يتدخل القانون لتحديد عناصر الالتزامات مثل ما يوجبه القانون على حائز العقار والبني بأرض الغير وما شابه ذلك. ويكون القانون في الأحوال الشخصية منشأ كما في صورة بيان واجبات النفقة على الأصول والفروع ومحدوداً لعناصر الالتزامات كما في صورة آثار عقد الزواج.

على أن الصورة تبدو مميزة في باب قانون الالتزامات، فقد نصت الفصل الأول من مجلة الالتزامات والعقود سنة 1906 على أن «تمير الذمة يترتب على اتفاقات وغيرها من التصریحات الإرادية وعن شبه العقود والجنه وشبهها». وبالتالي فإن الاتفاق والإرادة المترفردة أي التصرفات وشبه العقود أي الإثراء بدون سبب والمدفع غير المستحق والفضالة أي الواقع المنشورة والجنه وشبه الجنه أي العمل غير المشروع هي المصادر المباشرة العامة للالتزامات. وقد جمعت التصرفات والعمل غير المشروع والعمل المشروع جميع الالتزامات الواردة بمجلة الالتزامات والعقود، حيث جاء تحت باب الاتفاقيات والإرادة المترفردة كل ما يتعلق بالتصرفات بما في ذلك ما يتعلق بالعقود الخاصة، وجاء تحت باب شبه العقود كل ما يتعلق بالفضالة والإثراء بدون سبب والمدفع غير المستحق، وجاء تحت باب الجنه وما يتصل منها كل ما يتعلق بأنظمة المسؤولية

وتتجذر في القسمان العام.
ولم تكن للالتزام العيني تلك الشهرة في النظام والتنظيم في الأحكام حتى أن البعض أراد إبعاده عن الحق العيني، بحكم ميزته واحتلاطه بالحق الشخصي. فإذا كانت صورة الحق الشخصي والحق العيني على تلك الصورة، والتشير بينهما واضح وقائم، فإنه ثانٍ بعض الضرر يكون فيها الاختلاط معدناً، وهذا شأن الالتزام العيني، فيه شيء من الحق الشخصي شيء من الحق العيني. فما يأخذ بفكرة إلزام الطرف الآخر بالقيام بعمل معين ولكنه التزام يستند إلى ملكية المدين للعنين يقوم بقيامها ويختفي باختلافها، ولا يتقل مع الشخص بل يتقل مع العنين. لذلك قبل إثبات التزام عيني، كما في صورة إلزام الحائز للعقار بأن يدفع للدائن العاكل الذيون المستحقة أو التخلّي من المقار أو التطهير على معنى الفصل 282 م.ح.ع وكما في صورة إلزام الشرك في الخاتمة المشتركة بأن يساهم في إصلاحه على معنى الفصل 74 م.ح.ع، وكما في صورة إلزام مالك العقار المرتفق بمصاريف حفظ الارتفاع على معنى الفصل 183 م.ح.ع، فما في جميع هذه الصور وغيرها من الصور لم يتلزم المالك بموجب التزام شخصي وإنما ملكيته للعقار كانت هي المحددة في إلزامه، فكلما كان الالتزام مبنىً على ملكية العين، كان الالتزام عينياً، وهو في نهاية الأمر مجرد امتداد للحق العيني وليس له علاقة بالحق الشخصي بالرغم من ذلك الالتزام ظاهري بالقيام بعمل معين ولكنه عيني لأنّه لا يتصرف إلى القسمان العام أي إلى الذمة المالية الثابعة للمدين كما هي الصورة في الالتزام الشخصي، بل يرتبط معين معينة بالذات لا يتتجاوزها، وأنّه كذلك يقتوم وبخفيتكم بملكية العقار، فيبتلي أين يذهب العقار وحتى في صورة الميراث لا يتقل الالتزام إلى الوارث بحكم واقعة الميراث بل بحكم ملكيته للعنين، ولأن المدين كذلك يمكن أن يخلص من التزامه إذا ترك العين أو تخلى عنها كما في صورة حائز العقار المرتهن على معنى الفصل 285 م.ح.ع أو في صورة مصاريف الارتفاع على معنى الفصل 183 م.ح.ع.
علي كحلو: القانون العقاري الخاص، نشر مركز النشر الجامعي، 2009، ص 165.

إلى الأبعاد الذاتية وهو أن إرادة الإنسان لها الدور الأساسي في نشأة الالتزام، ولا يبقى للقانون إلا دوراً غير مباشر في نشأة الالتزام. فالقانون هو المحدد للمصادر المعتبرة في نشأة الالتزام وعند ذلك يقف دور القانون، بقي أن نعود للمصادر المباشرة في نشأة الالتزام وهو المصدر المعين قانوناً. على أنّ القانون بالرغم من ذلك من الممكن أن يكون في بعض الصور الخاصة مصدراً مباشراً للالتزام ويمكن كذلك أن يحدد عناصر الالتزامات الأطراف بعدما يكون النصر أو الواقع سبباً في إحداثها.

وعلى ذلك الأساس، وفي إطار المدرسة الذاتية، الأغلب أن يكون القانون مصدراً غير مباشر للالتزام بمعنى أن يحدد القانون المصادر المعتمدة في نشأة الالتزام فلا يبقى للقانون إلا دوراً غير مباشر، وقد يترك القانون الدور المباشر للتصرف أو الواقع ويقتصر دوره على بيان عناصر الالتزامات الأطراف بعدما نشأ الالتزام، وفي بعض الصور الخاصة جداً يمكن أن يكون للقانون دور مباشر في نشأة الالتزام منذ البداية. فذلك هي الأدوار الثلاثة للقانون في المدرسة الذاتية الدور غير المباشر عموماً ودور تحديد عناصر الالتزامات خصوصاً والدور المباشر في بعض الصور الخاصة.

وتبدو هذه الصورة واضحة في القانون الإداري أو القانون العام إجمالاً حيث يكون القانون منشأ للالتزام في أغلب الصور مثل الارتفاعات الإدارية والانتراع والتأمين وتحديد الملك العام والموافقة على التقسيمات العقارية والمعارضة بأمثلة الهيئة والجباية وحقوق الموظفين وغير ذلك من الصور.

أما في القانون الخاص، فالصور كثيرة بالنسبة إلى الحقوق العينية⁽¹⁾، وقد نص فعلاً الفصل 22 م.ح.ع. على أن القانون مصدرًا من مصادر الملكية، ويمكن الحديث عن لذلك بأن تتدخل لتنظيم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية دفعاً لتزوات الإنسان وظلمه وسلطته. وإذا كانت الإرادة في نظام مسلطتها هي الحرية والعدالة فهي في النظام الاجتماعي خاصة لسلطة المجتمع، ويتحدد مسؤوليتها باحتراها لمعايير الحرية والعدالة التي تفرضها الدولة. ومن ثم جاءت العقود المفروضة والعقود الشروذجية وعقود الإذعان.
يراجع في جميع ذلك، علي كحلو: نظام السجل العقاري، نشر مجمع الأطروح للكتاب المختص، 2009، ص. 93، عدد 112.

(1) الحقوق العينية ليست من الالتزامات ولكن الالتزام العيني فيه شيء من الالتزامات وبالتالي شيء من الحقوق الشخصية. حيث إن الالتزام الشخصي هو تلك الحالة القانونية التي يتلزم بموجبها شخص بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو عدم القيام بعمل، وقلنا إن في الالتزام الشخصي مدرستين، مدرسة شخصية ترتكز على العلاقة الشخصية للطرفين ومدرسة موضوعية ترتكز على محل الالتزام. وعلمنا أن له مصادر معينة وخصوصاً محلها. وندرك الآن أن الالتزام الشخصي إنما هو امتداد للحق الشخصي. ولذا في ذلك نظرية متكاملة تدعى الأساس في نظرية قال فيها البعض إنها من القانون المدني، بل ومن القانون عامة، بمعنى العمود الفقري من الجسم. فيتصرف الالتزام إلى التزام المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو عدم القيام بعمل، وفي ذلك مدرستان واحدة شخصية وأخرى موضوعية، ويجد الالتزام مصدراً في الواقع القانوني والأعمال القانونية، وتأتي الالتزامات الشخصية على كامل الذمة المالية

أو تحدثت عن إرادة الإنسان دون أن يكون راغبا في إحداث التزامات قانونية معينة⁽¹⁾. وبقي القانون مهيمنا على جميع ذلك، فهو المحدد لطبيعة الالتزامات وأحكامها وضوابطها بطريقة آمرة أو استيفائية، ولكنه ليس إلا مصدرا غير مباشر indirect في التصرف القانوني، إرادية أو غير إرادية تجد مصادراها المباشرة direct في التصرف القانوني أو في الواقع القانوني، فلا يصح الحديث عن الالتزام القانوني، أي أن يكون القانون مصدرًا مباشرًا للالتزام، إلا إذا نشأ الالتزام بمعزل عن أي عمل يقوم به البشر، سواء كان مصدرًا مباشرًا للالتزام، إلا إذا نشأ الالتزام بمعزل عن أي عمل يقوم به ذلك العقد والالتزام الانفرادي تصرفًا أو واقعة مشروعة كانت أو غير مشروعة بما في ذلك العقد والالتزام الانفرادي والعمل غير المشروع والعمل المشروع، فالالتزام القانوني «ينشأ مستقلاً عن كل فعل إيجابي أو سلبي يقوم به المدين وليس فقط أن المدين لم يرد الالتزام القانوني ولكنه أيضاً لم يتدخل أبداً في إنشائه⁽²⁾»، كما في صورة الالتزام بدفع الضرائب والالتزامات الأسرية (علاقة الآباء بالأنهاء والتزامات الأولياء والمقدمين...). وعلى ذلك الأساس، وتجاوزاً لمعنى الالتزام القانوني بذلك المعنى، تقسم مصادر الالتزام بين التصرفات القانونية (العنوان الأول) والواقع القانونية (العنوان الثاني)⁽³⁾، وهي المصادر المباشرة في الالتزام وينفس التحليل والمنظق هي مصادر التزام المدني⁽⁴⁾.

الشخصية وعن فعل الغير والشيئية. ولا يمكن وبالتالي فصل ما خرج عن الجنح وشبهها أي الخطأ والعمد عن الواقع غير المشروعة إذا لم يتوفّر الخطأ والعمد وردهما إلى القانون مباشرة والحال أن جمّع أنظمة المسؤولية جاءت تحت باب الجنح وما دخل في حكمها. والحقيقة أنّ المشرع كان يقصد الواقع غير المشروعة على وجه الإجمال. وبذلك بين المشرع مصادر الالتزامات المباشرة فلم يبق للقانون إلا دوراً غير مباشر، بل أنّ المشرع لم ينص أصلًا على أنّ القانون مصدرًا من مصادر الالتزام على أية حال. فلم نجد للقانون قدرة على نشأة الالتزامات في باب التصرفات وقد ارتفعت الإرادة المنفردة في التشريع التونسي إلى مرتبة المصادر العامة في الالتزامات، كما لم نجد للقانون في باب الجنح وما شابهها سندًا في نشأة الالتزامات. ومع ذلك فإنّ للقانون دوراً هاماً في بيان عناصر الالتزامات بعد أن يكون التصرف أو الواقع سبباً في نشأتها، كما هي الصورة بالنسبة إلى الرخصية والإرادة المنفردة في باب التصرفات وكما هي الصورة بالنسبة إلى التزامات الأجوار والفضولي والتغريبي في حوادث المرور وحوادث الشغل في باب الواقع، فيما إن نشأة الالتزام إرادة أو واقعاً في مثل هذه الصور حتى تكفل القانون بإظهار عناصره وحكم الالتزامات، وقد يعتمد القانون آلية خاصة فيأخذ بعض التصرفات أو الواقع فيظهر حكمها الخاص في صور محددة.

ولتكن أرى مع ذلك أنّ آلية بيان عناصر الالتزامات وقد نشأت إرادة أو واقعاً إلا تدخل غير مباشر للقانون في الالتزامات⁽⁵⁾، ومن أجل ذلك رقّماً كانت مجلة الالتزامات والعقود تركت الحديث عن القانون كمصدر من مصادر الالتزامات لأنّه يسّطة ليس مصدرًا مباشراً بل هو فقط مصدر غير مباشر، والقاعدة في جميع ذلك أنّ القانون لا يكون مصدرًا مباشراً في الالتزامات إلا في غياب أي صورة من صور التصرف أو الواقعة. وقد وجدت هذه القاعدة حظها في القانون العام وقانون الأسرة والحقوق العينية ولها بعض التطبيقات المحدودة في قانون الالتزامات.

2- التقسيمات الحديثة

لكلّ من الممكن تجاوز هذا التقسيم، وردة كلّ ما يتعلّق بالاتفاقات والتصرفات الإرادية والجنح أو شبه الجنح إما إلى العمل القانوني L'acte juridique أو الواقع القانوني Le fait juridique في نهاية الأمر. وهو التقسيم الحديث المعتمد بالفقه. فيدخل الاتفاق والتصرفات الإرادية في باب العمل أو التصرف القانوني، وهي الأعمال التي تنشأ عن إرادة الإنسان ويكون الإنسان راغباً في إحداث التزامات قانونية معينة، وبقي البقية ضمن الواقع القانوني وهي الواقع التي لا تحدث عن إرادة الإنسان

(1) بعض من رجال القانون يرى أنّ هذه الصور تعيّر لكون القانون مصدرًا مباشرًا للالتزامات. وهو فعلاً كذلك لكن ليس لنشأة الالتزام الأصلي وإنما الحكم الالتزام لا غير.

(1) François Terre, Philippe Simler, Yves lequette: Les obligations, p. 6, n° 5.
(2) Mazeau: Cours de droit civil, p. 354.

(3) هاده ما تتعاشى التشريعات الحديثة ضبط المصادر ببعض خاص، مثل التشريع الألماني والإيطالي والسوري والجزائري والعربي والمصري والأردني، ويرجع للتثويب الذي اعتمدته المشرع لمعرفة المصادر. ولكن بعض التشريعات الأخرى أوردت نصوصاً خاصة في بيان مصادر الالتزامات مثل القانون التونسي واللبناني والمغربي.

(4) من الممكن أن تتحمل بعض المؤسسات إلى مصادر مختلفة بين الواقع والأعمال مثل الفضائل وغيرها، ولكنه يبقى دوماً من الممكن ردّها إلى الأولى أو إلى الثانية لما يغلب عليها من أحکام قد تتصل بالصرف، أو الواقعية. وكان علينا أن نشير إلى هذا الاختلاط وقدرنا في تخليب البعض عن الآخر.

العنوان الأول

التصريفات القانونية

إن التصرفات القانونية هي ما يصدر عن إرادة البشر، فلما أن يصدر التصرف عن إرادة واحدة وذلك هو التصرف الأحادي (الجزء الأول) أو أن ينجر عن تلاقي الإرادتين، وذلك هو العقد أو الاتفاق (الجزء الثاني).

المبحث الأول: الجذور التاريخية التصرف الأحادي

لا يكون التصرف الأحادي تصرفاً قانونياً ملزماً إلا إذا أمكن إلزام الشخص الذي كان مصدر الالتزام ومنع من التراجع عن التزامه. فلا تكون الإرادة المنفردة مصدرة من مصادر الالتزام إلا إذا تجاوزت المستوى الأخلاقي وأخذت صاحبها لمستوى مدني وصحت الدعوى للغير. وتبدو الأسس القانونية للتصرف الأحادي متوفرة (الفصل الأول) ولهذا المصدر نظام يحكمه من حيث الشأة والأثار (الفصل الثاني).

الفصل الأول: أساس التصرف الأحادي

كثيراً ما يقدم التشريع الألماني على أنه الوجه الظاهر في التعريف بالالتزام الأحادي، بحكم اعتراف هذا التشريع بالتصرف الأحادي، والبعض يرى جذور هذه المؤسسة إلى رجل القانون النمساري Siegel سنة 1873 أو 1874⁽¹⁾ وآخرون أرجعها إلى رجل القانون الألماني Johann Kuntze سنة 1807⁽²⁾. والحقيقة أن أساس هذا التنظيم متوفّر بالتشريع الإسلامي، وتحدّث عنه رجال الفقه، بل إن الإرادة المنفردة أو ما يعبر عنه بالإيجاب غير المقترب بالقبول أو الالتزام أو التصرف مصدر مستقل وهم للالتزامات بالفقه الإسلامي. فكان لهذا التنظيم جذور تاريخية موغلة في القدم خلافاً لما يتوفّر بعض الكتب (المبحث الأول)، ومع ذلك ما زال الفقه يشكّل إلى حدّ اليوم في إمكانية أن تكون الإرادة المنفردة مصدرة من مصادر الالتزام مع أنها عرفت عدة تطبيقات مقارنة (المبحث الثاني)، وقد أفردت له مجلة الالتزامات والعقود أحکاماً خاصة ومميزة، كثُر الجدل حولها (المبحث الثالث).

المبحث الأول: الجذور التاريخية

مع أن القانون الروماني كان شكلياً وشخصياً، فقد حاول البعض البحث عن جذور لهذا النظام بهذا التشريع (الفقرة الأولى)، وكانت الإرادة المنفردة مصدرة من مصادر الالتزام بالتشريع الإسلامي، بحكم عناصر الموضوعية والإرادية التي كانت تميز هذا التشريع عن القانون الروماني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التشريع الروماني

التشريع الروماني هو تشريع شكلي في الحقيقة فلم تكن الإرادة أساس انعقاد الالتزامات، بل هو الشكل الذي يجعل من الالتزام التزاماً، ويقيم الشكل المفروض تقوم العلاقة القانونية⁽³⁾. وعلى ذلك الأساس لم يكن من الممكن الحديث عن الإرادة في تكوين العقود، إلا في وقت متاخر⁽⁴⁾. ثم إن الالتزام في تعريفات القانون الروماني، حتى لو أخذنا بالاتجاهات رجال القانون حديثاً ومذاهبهم في تفسير القانون الروماني، هو علاقة شخصية بين شخصين ورابطة بين دائن ودين. ومن أجل ذلك ما كان من الممكن الحديث عن إرادة منفردة في نشأة الالتزام، «فما كان من الممكن اعتبار الشخص بإمكانه أن يلتزم بقراراته المنفردة، فلم يعرف القانون الروماني إلا مصدراً واحداً للالتزامات: العقد الذي يفترض تلاقي الإرادتين»⁽⁵⁾.

غير أن البعض يشير إلا عدة تطبيقات آحادية في التصرف، ولم أنها لم تكن ذات إطار قانوني⁽⁶⁾، ومن ذلك الرؤسية، ولو أنها تبقى بعيدة عن مفهوم الالتزام الأحادي الذي يفترض عدم إمكانية التراجع عن الالتزام، بحكم عدم إمكانية مناقشة هذا التراجع وقد توقي الموصي، وتكوين المهر، ولم أنه أدرج ضمن العقود الشفافية بالقانون الروماني، والإقرار ولم أنه تصرف ثانوي وليس آحادياً، والالتزامات المترتبة عن الفضالة والجرم وشبه الجرم، ولم أنها ذات أساس قانونية وليس للإرادة المنفردة أثر في ذلك، والوعد المرجح إلى شخص غائب (الاشتراط لمصلحة الغير) أو شخص غير معين (الوعد بمحاباة) أو الموجّه إلى الآلهة (النذر).

(1) يراجع الباب الخاص بسلطان الإرادة وتاريخ هذا المبدأ.

(2) Fathi Abdelrahim Abdalla : op.cit., p. 391 et suiv.

(3) Henri et leon Mazeaud, Jean Mazeaud, et François Chabas: Leçons de droit civil, Les obligations, op. cit., p. 335, n° 358.

(4) راشد راشد: الإرادة المنفردة، كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه والقانون، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية تونس، ص 4 وما بعده.

(1) Henri et leon Mazeaud, Jean Mazeaud, et François Chabas: Leçons de droit civil, Les obligations, op. cit., p. 335, n° 358.

(2) A.Rieg: Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, thèse 1961.

نفرض أية شكليات للتصریح بالارادة من حيث المبدأ. فقط أن هذه الحرية لا تقبل إلا إذا تطابقت مع قول الشريعة في الأمانة ومراعاة حقوق الغير وحسن النية وغير ذلك من الآثار والحدود. ولما حملت الشريعة الشخص وزر العهد والعقد، فكان على الفرد أن يراعي العهد والعقد.

والملاحظ أن العقد والعهد صيغ تدلّ من حيث المبدأ على ما يقرره الشخص من جهة دون حاجة إلى أن تقابل إرادته مع إرادة أخرى. فكانت بذلك الإرادة المنفردة مصدراً من مصادر الالتزام في الشريعة الإسلامية. وفي ذلك ذهب الفقه، فالرغم من غياب نظرية عامة في الالتزام الأحادي، فقد عرف الفقه الإسلامي معنى الالتزام والالتزام الانفرادي الذي غالباً ما يأتي تحت تسمية التصرف أو الالتزام أو الإيجاب غير المقترب بالقبول⁽¹⁾، وأورد الفقهاء جملة من الصور يصح الحديث من خلالها عن التصرف الأحادي مثل العتق والوقف والطلاق بلا مال والإبراء والشفاعة والإفراج. ويدرك أن كلمة العقد كثيراً ما استعملت قدسياً في اتجاه التعبير الانفرادي للإرادة كما استعملت للدلالة على تلاقي إرادتين، ولو أن التغيرات المتأخرة جعلت العقد منحصراً فقط في ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله⁽²⁾، وجعلت التصریحات الانفرادية ضمن باب الالتزام، فيكون مفهوم الالتزام متجاوزاً حدود العقد، وميزته أنه يغطي جميع التصرفات الإرادية بما في ذلك تلاقي إرادتين والتصریحات المتفقة⁽³⁾. ويمكن أن نخلص من خلال ذلك إلى أن الإرادة المنفردة تعد مصدراً من مصادر الالتزام في الشريعة الإسلامية⁽⁴⁾.

هذا وقد حاول جانب من الفقه أخيراً جمع وتصنيف التصرفات الأحادية⁽⁵⁾، فقسمها إلى تصرفات تملك، مثل الوصية والوقف والكفالة والحوالات والجعالة والهبة والعمري والرقبة والعارية والعدة والتندر واليمين والرهن، وأخرى ليس فيها تملك، مثل الشفعة والإيجاب الملزم وإنهاء التصرف والعدول عنه وتظهير العقار وإجازة العقود والإسقاط. ولو أن البعض خير عدم اللجوء إلى مثل هذا التصنيف واختصار الحديث عن أهم التطبيقات للإرادة المنفردة، مثل الجعالة والكفالة والعارية والإيجاب للتعاقد⁽⁶⁾.

(1) يذكر أن الالتزام الانفرادي تسمية حديثة لم ترد بالفقه الإسلامي وإنما كانت لهذا التصرف مرادفات خاصة مثل الإيجاب غير المقترب بالقبول.

(2) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 346.

(3) يراجع تعريف الالتزام بالفقه الإسلامي في مقدمة هذا الكتاب.

(4) Mohamed Bagbag, *De la déclaration de volonté, source d'obligation dans le code des obligations et des contrats*, op. cit., p. 51 et suiv.

(5) علي الخفيف: التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 137 وما بعده.

(6) راشد راشد، المرجع السابق، ص 85 وما بعده.

ومع أن معظم رجال القانون لا يرون في هذه المؤسسات إلا تعبيراً عن إيجاب وقبول بحكم طبيعة القانون الروماني، والبعض منها أعمالاً خالية من أي التزام بحكم الرابطة الأخلاقية فيها⁽¹⁾، فإن البعض يرى أن التطبيقات الأخيرة في توجهات هذا التشريع جعلت من الوعدي أشكاله المتعددة، اشتراطاً لمصلحة الغير أو وعداً بالجائزة أو نذراً، قائمًا على أساس إرادة مفترضة⁽²⁾.

والحقيقة أن هذه التطبيقات المعزولة في التصرف الأحادي ليست إلا استثناء للأصل في التشريع الروماني وهو أن الالتزامات لا تقوم إلا باتفاق الطرفين وطبق أشكال معينة ومحددة. ولم يمر من هذه المؤسسات إلى القانون الفرنسي إلا ما يعرف بالاشتراط لمصلحة الغير أو الوعد بجائزه وسقطت معظم التطبيقات الأخرى التي ليس لها آثار قانونية في الالتزام والالتزام، بل هي تطبيقات أخلاقية لا تلزم أي طرف.

الفقرة الثانية: التشريع الإسلامي

لا شك في أن الرفاء بالعهد والعقود أمر مقرر شرعاً، «لَا إِيمَانَ آتَيْنَا أُولَئِنَا
بِالْعُقُودِ»⁽³⁾، «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسُؤُلَةً»⁽⁴⁾، «وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ
وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ يَعْدُّ تَوْكِيدَهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا»⁽⁵⁾. فصفة المؤمن أن
يراعي أماناته وعهده، «وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاجُونَ»⁽⁶⁾. وروي عن الرسول
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ «أَرَبِيعٌ، مِنْ كُنْ فِيهِ كَانَ مَنَافِقاً خَالِصًا وَمِنْ كُنْ فِيهِ خَحْصَلَةً
مِنْهُنَّ كَانَ فِيهِ خَحْصَلَةً مِنَ النَّفَاقِ حَتَّى يَتَرَكَهَا، إِذَا اتَّمَنَ خَانَ وَإِذَا حَدَثَ كَذَبٌ وَإِذَا
عَاهَدَ غَدَرٌ وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرٌ»⁽⁷⁾، وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «آية
المنافق ثلاثة، إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف، وإذا اتمن خان»⁽⁸⁾.

فالإنسان حرّ في تصرفاته من حيث المبدأ، فهو حرّ في أن يسلك الطريق الذي يرغبه ويختار لنفسه من الأمور ما يريد لها ويسخذه، والأهم من ذلك أن الشريعة لم

(1) Worms Réné: *De la volonté unilatérale comme source d'obligation en droit romain et en droit français*. Thèse, Paris, 1891.

(2) Villers: *Essai sur le « pollicitatio » à une république*, Rev. Historique de droit. 1933.
Goldberge Anna : *Essai d'une théorie générale de l'engagement juridique par volonté unilatérale, d'après le code civil Allemand*; Thèse, Nancy, 1913.

(3) سورة البانة، آية 1.

(4) سورة الإسراء، آية 34.

(5) سورة النحل، آية 91.

(6) سورة المؤمنون، آية 8.

(7) رواه الشخان.

(8) رواه مسلم.

وقد تكون إباحة فقط فيمنع من ذلك⁽¹⁾. ورکتها الإيجاب من المعتبر فقط ولا تحتاج لموافقة المستعير، وهو الرأي الغالب⁽²⁾، ويمنع العدول عنها في جميع الصور⁽³⁾، فلا بد أن ينقضى أجلها المحدد أو الفترة المنطقية للاتفاق في غياب الأجل أو تستخلص الفائدة منها، ولا يمكن إجبار المستعير على قبولها، فله إن شاء أخذها وإن شاء ردها. والإيجاب للتعاقد تصريح افرادي للإرادة وهو عرض للتعاقد قد يكون لشخص محدد حاضر أو غائب، والهام في ذلك أن الفقهاء جعلوه ملزما مع إمكانية التراجع عن الإيجاب قبل حصول الموافقة من الجهة الأخرى مع مراعاة أجل تلقي الإيجاب إن كان الطرف الآخر حاضراً أو غائباً، فهو يسيطر في الحالة الأولى وبقى الموجب ملزما لفترة قصيرة لا تتجاوز مجلس العقد وتراعي فترة إضافية بالنسبة إلى الحالة الثانية تكون كافية لوصول الإيجاب، وإذا وضع أجل كان ملزما للموجب، وإذا مات الموجب أو فقد أهليته قبل موافقة الطرف الآخر ليس للإيجاب أي أثر، كما أن الموجب له يقى على حريته في القبول أو عدم القبول. والملخص في ذلك أن الإيجاب للتعاقد حتى ولو لم يعلق على أجل يعده ملزما لصاحبه⁽⁴⁾.

والحقيقة أن التصرف الأحادي حسب التسمية الحديثة للإيجاب دون القبول لا ينحصر في هذه التطبيقات الأربع، بل إن مجده يتجاوز ذلك إلى ما تقدم ذكره، وأصبح من الجائز القول إن الإيجاب بالفقه الإسلامي يمكن أن ينشئ الالتزام بمفرده حيث من الممكن أن يقوم الالتزام صحيحا حتى قبل معرفة الدائن وأساسه القرآن والسنة في مراعاة العهد والعقد. وذلك ما يجعل الالتزام بالفقه الإسلامي التزاما ماديا على

(1) المحاذلة، المرجع السابق، ص 169.

(2) يقول البعض إن العارية تصرف ثانوي، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ص 54. وفي ذلك ذهبت مجلة الأحكام العدلية بالسادة 806.

(3) إن الذين ذهبوا في اتجاه اعتبار الإعارة تصرفًا ثانياً أجازوا إمكانية الرجوع.

(4) صحيح أن الفقه الإسلامي يحتاج لتفصيل وقد لا يكون التعميم مجددا من هذه الناحية، وفعلا نجد اختلافا كبيرا بين الفقهاء في تحديد أثر الإيجاب، فمنهم من يعذر بين المعاوضات وأعمال التبرع لجعل الأعمال في الأولى غير ملزمة على خلاف الثانية، ومنهم من يميز بين عبارات الإيجاب إن كانت بعبارات الماضي أو الحاضر والأمر فهي ملزمة في الأولى فقط. ولكنه مع ذلك يمكن الوصول إلى رأي واضح من خلال أهم الاجهادات، وهو أن الإيجاب ملزم على تلك الصورة، وتظهر من خلاله قيمة الإرادة المنفردة بالفقه الإسلامي وخاصة بالفقه المالكي.

ابن جزء الكلبي الغرناطي؛ الفرائين الفقهية، المرجع السابق، ص 280 وما بعد.

محضن خليل بن اسحاق في الفقه على مذهبمالك ابن أنس، 1900، ص 131.

علي الخيفي؛ المرجع السابق، ص 220 وما بعد.

الدسوقي؛ حاشية على الشرح الكبير، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 3 وما بعد.

رائد راشد، المرجع السابق، ص 105 وما بعد.

حيث إن الجعالة، وهي ما يعطي مقابل عمل في نهاية الأمر⁽¹⁾، يمكن أن توجه للعامة أو لطرف محدد وتجدد أساسها في الكتاب⁽²⁾ والستة⁽³⁾. فإذا جعل الشخص جعلا كان ملزما بذلك ولا يجوز له الرجوع إذا بادر الغير بالتنفيذ⁽⁴⁾. والكافلة، ويقال لها أيضا ضمانة وحملة وزعامة⁽⁵⁾ وهي مشروعة كتابا⁽⁶⁾ وسنة وأساسها حديث جابر⁽⁷⁾، وهي على توسيع كفالة المال وكفالة النفس، وتعرفيها أنها «عبارة عن ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصليل في المطالبة بنفس أو دين أو عين أو عمل⁽⁸⁾» أو هي «ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة شيء⁽⁹⁾» بحيث يجوز مطالبة الكفيل بالالتزام. وقدرأي جمهور الفقهاء أن الكفالة تصرف افرادي لا يحتاج إلى موافقة الطرف الآخر⁽¹⁰⁾، فتشاء بإرادته الكفيل فقط. أما العارية فهي «إباحة المالك منافع ملكه لغيره بلا عرض⁽¹¹⁾» أو هي «تمليك الممنوعة بلا عرض⁽¹²⁾» وسميت عارية لتعريفها عن العرض فهي عمل من أعمال البر، فقد تكون تملك فيخلاص للمستعير حق انتفاع فيسمع للمستعير بدوره بالإعارة للغير⁽¹³⁾.

(1) فهي «عقد على منفعة يظن حصولها كمن يلتزم بجعل معين لمن يرد عليه متاعه الضائع أو داته الشاردة أو يبني لها هذا الحاطط أو يخفر له هذا البر»، السيد سابق، المرجع السابق، ص 209.

(2) «ولما دخلوا على يوسف أوى إليه أخاه قال إلهي أنا أشكوك فلا يتبش بما كانوا يعملون، فلما جهزهم بجهازهم جعل السقاية في رحل أخيه ثم أذن مؤذن أيتها العير [يكلم لسارقون، قالوا وأقبلوا عليهم ماذا تقدرون، قالوا فقد صواع الملك ولم ي جاء به حمل بغير وأنا به زعيم] سورة يوسف، الآيات 69 و70 و72.

(3) أثر الرسول صلى الله عليه وسلم عملا قام به أحدهم بعد أن أخذ الجعل (قطع من الغنم) على الرقيقة أيام القرآن، البخاري، رواية عن أبي سعيد.

(4) يرى البعض غياب الالتزام في الجعالة، فلا شيء على المجاعل، ومنهم ابن حزم في المحلي، ولكن الجمهور أوجب الجعل وألزموا الجاعل على أساس الرفاء بالعقد والمهد.

(5) السيد سابق، المرجع السابق، ص 203.

(6) قال تعالى في سورة يوسف آية 66 «قال لن أرسلك معكم حتى تورتن موئلا من الله لتأتي بي» وقال تعالى في سورة يوسف كذلك آية 72 «ولم ي جاء به حمل بغير وأنا به زعيم»، والزعيم غلام حسب قول الرسوم صلى الله عليه وسلم ومعنى الغارم الضامن والزعيم هو الكفيل في نهاية الأمر.

(7) أبي الرسول صلى الله عليه وسلم أن يصلى على ميت كان عليه دين إلا بعد أن كفله أبو قادة.

(8) وهذا تعریف للأحناف أورده السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص 203.

(9) المادة 612 من مجلة الأحكام العدلية.

(10) وهو رأي المذاهب الثلاثة باستثناء بعض الآراء بالفقه الحنفي التي ذهب إلى أن الكفالة تصرف ثانوي. وقد ذهبت مجلة الأحكام العدلية بالمادة 621 إلى أن الكفالة تصرف آحادي، فتشاء الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل فقط ولكن يجوز للمكفول ردها. وقد ذهب جانب من الفقهاء إلى حد منع المدين من رفض الكفالة.

(11) السيد سابق، المرجع السابق، ص 168.

(12) راشد راشد، المرجع السابق، ص 100.

(13) أبو حنيفة ومالك، السيد سابق، المرجع السابق، ص 169.

الثانية، فإما أن تنجاز إلى التيار الأول أو إلى التيار الثاني، وعلى ذلك المثال عمل الفقه الحديث (الفقرة الأولى) والقانون المقارن (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التصرف الأحادي بالفقه

مع بداية القرن التاسع عشر كانت الاتجاهات الشخصية في الالتزام هي المسبرة في أوروبا، فكان الالتزام علاقة بين شخصين وعلى ذلك المثال تنشأ الالتزامات وليس دونها والحقوق فيها شخصية أو ذاتية وهي نتاج الإرادة الفردية من كل ناحية⁽¹⁾. لكنه مع آخر القرن التاسع عشر انحاز الرأي إلى المفاهيم الموضوعية في الالتزام والحقوق وأعتبر القانون هو المحدد لهذه الحقوق⁽²⁾. وظهرت عدة مدارس فقهية في ذلك الاتجاه من المدرسة الموضوعية لـ Duguit⁽³⁾ إلى المدرسة النمطية لـ Kelsen⁽⁴⁾ ومدرسة تصريح الإرادة لـ R. Saleilles⁽⁵⁾ وفي هذا الخضم ظهر Henrich Siegel سنة 1873 أو 1874 للحديث عن الالتزام بارادة منفردة بالتأليد العبرانية والبعض قال إن أول من تحدث عنها في العصر الحديث هو رجل القانون الألماني Johann Kuntze سنة 1807⁽⁶⁾، وهو أن الإيجاب وحده كاف لتكوين الالتزام بتاريخه ولا يحتاج إلى موافقة الطرف الآخر أو تلاقي الإرادتين ولا يجوز للموجب التراجع إذا ولد الإيجاب ثقة مشروعة لدى الغير لا يجوز الإخلال بها أي إذا باشر الطرف الآخر التنفيذ. فيتعين بذلك تجزئة العرض والقبول، فالعرض بمفرده يحمل التزاماً، فعلى من عبر عن إرادته أن يتلزم وسيقي على إجابة خلال المدة التي حددها أو خلال المدة المعقولة إذا لم يحدد المدة⁽⁷⁾، بصرف النظر عن القبول الذي يعتبر بمثابة تنفيذ الالتزام من الجهة المقابلة⁽⁸⁾. وعلى ذلك الأساس يمكن بناء كامل نظرية الالتزامات، وهي فكرة جديدة تقطع مع

(1) Mohamed Bagbag, *De la déclaration de volonté, source d'obligation dans le code des obligations et des contrats*, op. cit., p. 75 et suiv.

(2) Mohamed Bagbag, op. cit., p. 84 et suiv.

(3) Duguit: *Traité de droit constitutionnel*, Tome 1, 1927.

(4) Kelsen: *La théorie juridique de la convention*, archives de philosophie de droit, 1940.

(5) R. Saleilles: *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 3 édition, Paris L.G.D.J 1925.

(6) يراجع مبدأ سلطان الإرادة وتطوره في باب تقديم النظرية العامة للعقد.
(7) A.Rieg: *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse 1961.

(8) راشد راشد: المراجع السابق، ص 237.

(9) Mohamed Bagbag, op. cit., p. 44 et suiv.

خلاف التجارب اللاتينية، وعلى ذلك استقر رأي الفقهاء⁽¹⁰⁾. ولم يستثن ذلك الصور مجرد تطبيقات، بل إنها تدل على إمكانية قيام نظرية مستقلة في الالتزام بإرادة منفردة، وفي ذلك ذهب الفقه الحديث⁽¹¹⁾، ولو أن جانباً من الفقه يشكك في إمكانية أن تكون الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام بالفقه الإسلامي ويعتمدتها في بعض أعمال التبرع⁽¹²⁾. على أن ذلك يبقى صحيحاً بالنسبة إلى بعض الفقهاء وجانب من القوانين المقارنة.

المبحث الثاني:

التصرف الأحادي بالفقه والقوانين المقارنة

وهكذا فإن الجذور التاريخية تدل على وجود مدرستين مختلفتين، مدرسة لا تقول بالتصرف الانفرادي وتجعل العقد، التعبير الثنائي للإرادة، هو الأساس الوحيد في نشأة الالتزامات، ومدرسة تقوى الالتزام الأحادي وتأخذ بنتائج إلى جانب التصرفات

(1) ذهب أغلب رجال القانون إلى التأكيد على النزعة الموضوعية في أحكام الفقه الإسلامي وخاصة فيما يتعلق بالالتزام:
عبد الرزاق السنوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ص 27.

وحيد الدين سوار: التغيير عن الإرادة، ص 4.
مصطفى أحمد الررقاء: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، ص 55 عدد 28.

Mohamed Bagbag, *De la déclaration de volonté, source d'obligation dans le code des obligations et des contrats*, op. cit., p. 51 et suiv.

Chafik Chahata: *Théorie générale des obligations en droit musulman Hanéfite* 1969.

Linant de Bellego: *Traité de droit musulman comparé*, *Théorie générale de l'acte juridique* 1965.

L.Millot: *Introduction à l'étude du droit musulman*, Siréy 1957, p.207.

باستثناء البعض مثل: Morand في كتاب عن الفقه الإسلامي باللغة الفرنسية سنة 1910 في كتابة عن الفقه المالكي باللغة الإيطالية سنة 1926. ويبدو أن الكاتبين وقعوا في الخطأ بسبب ما وضعه الفقه من أحكام لفائدة الدائن في استخلاص دينه إذا ماتل المدين، حيث ذهب رأيهما إلى أن ذلك ت匪ة على شخص المدين وهو ما يجعل العلاقة في الالتزام شخصية، والحال أن الفقهاء لم يقرروا هذه الإجراءات للدائن بوصفه دائنا وإنما بسبب تلذذ المدين عن الدفع وهو في حالة يسر أما إذا كان في حالة عسر فنظرة لميسرة.

(2) عبد الرزاق السنوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الأول.
علي خبف: التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، المرجع السابق.

راشد راشد: الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في الفقه والقانون، المرجع السابق.
Slama Ahmed: *La conception de l'engagement unilatéral en droit civil comparé*, Thèse, Paris 1957.

(3) Chafik Chahata: *Théorie générale des obligations en droit musulman*, op. cit.

ونفس هذه الإرادة المنفردة تمنع نشأة الالتزام يكون الملزם ذاتاً ومديناً في نفس الوقت فلا وجود لأكثر من ذمة مالية حتى يصح الحديث عن نشأة التزام وكذلك بسبب حق الملزם بارادة منفردة في الرجوع، حيث يصح للملزם التراجع في أي وقت باعتبار أن الإرادة المنفردة التزاماً ذاتياً تجعل الملزם في نفس الوقت ذاتاً ومديناً، وبذلك فهو يتحكم في مآل هذا التصرف حسب مشيئته ورغبتها ويدخل الالتزام بارادة منفردة بذلك في مجال الوهم والغيبات فهو بذلك بمثابة الالتزام المتنحل، وهو كذلك عمل مخالف لمحكم القواعد الأصولية.

والواضح أن مثل هذا العمل لا تتوفر به شروط الحق الشخصي في غياب الدائن، ولا يمكن تصور قيام الالتزام في غيابه حيث إن مركز المدين وحده لا يمكن أن يكون سبباً في نشأة الالتزام وقد تقدم بطلانه لغياب السبب وتعارضه مع النظام العام وأحكام الذمة المالية. فلا يمكن بعد ذلك الحديث عن التزام بارادة منفردة إنما هو إيجاب يحتاج إلى قبول حتى ينشأ الالتزام، فلا بد من قيام علاقة بين المدين والمدان لقيام التصرف صحيحًا. فإذا قلنا إن الالتزام من جهة واحدة كاف فلا شيء يبرر التزام الدائن من جهة أخرى فلما أن الالتزام يقع في جهة واحدة ولا قيمة لهذا الالتزام أو أن الطرف الآخر رضي بهذا الالتزام وهذا هو العقد. وعلى ذلك الأساس ليس للإرادة المنفردة من قيمة نظرية، بل يعجز المنطق القانوني عن تقديم المبرد النظري لتأسيس نظرية الإرادة المنفردة أو التسليم بأحكامها.

2-المعارضة التطبيقية

تطبيقياً كثيراً ما يتقد الالتزام الانفرادي بأنه خطير وعديم الجدوى ولا يمكن تطبيقه⁽¹⁾.

فالخطر الأكبر أن الملزם يخول التراجع عن التزامه في كل وقت، فكما التزم يمكن التراجع بارادة منفردة، وربما كان تراجعه بسبب ما سيحمل عليه قانوناً من التزامات، ولاشك أن في مثل هذا الحال خطورة على استقرار المعاملات. وأكثر من ذلك أنه لا يمكن إثبات هذا الالتزام، فما كان من الممكن للملزם أن يقي صك التزامه ويوفر سند الإثبات، اللهم إلا إذا افترضنا اشتراط صورة معينة وشكل محدد في التصرف الأحادي⁽²⁾. وربما كان الخطير الأكبر هو التخلّي عن صيغة العقد في نشأة الالتزام إذا كان الإيجاب كافٌ من حيث التطبيق وتسقط بالتالي جميع التقاليد القانونية والمكتسبات الحضارية، وفي ذلك خطر على معنى العدالة، حيث لا يمكن أن يلزم الشخص بمجرد

(1) راشد راشد، المرجع السابق، ص 147 وما بعده.
 (2) Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 335, n° 358.

تقاليد القانون الروماني⁽³⁾. ووُجدت هذه الفكرة الترحيب والمساندة من عدد هام من رجال القانون وتناولوها بالتحليل والبيان (ب) بينما بقي البعض الآخر محافظاً على طبيعة الالتزامات في شكلها الروماني، وخاصة منهم الفرنسيون، وعارض توجيه هذه الأفكار الجديدة ورأى فيها نوعاً من الشذوذ⁽⁴⁾.

أ-اتجاهات معارضة للإرادة المنفردة

تميز المدرسة اللاتينية بمعارضتها للإرادة المنفردة تأثيراً بسواء القانون الروماني وإنقاد جانب من الفقه الحديث إلى ترك الإرادة المنفردة بل وأقصى حجتها في نشأة الالتزام وقوتها في أن تكون مصدراً من مصادر الالتزام. ومهما تعددت الآراء في ذلك فيمكن ردها إلى عنصرين، معارضة نظرية وأخرى تطبيقية.

1-المعارضة النظرية

نظرياً تبدو نظرية الإرادة المنفردة متناسقة مع مبدأ سلطان الإرادة فهي نوع من التعبير عن الإرادة، وعلى ذلك الأساس لم تكن فحوى المعارضه لسقوط الإرادة المنفردة بسبب تعارضها مع ذلك المبدأ وإنما كانت المعارضه على مستوى ضروريات المنطق القانوني السليم⁽⁵⁾، حيث رأى البعض، وأغلبهم من المدرسة الفرنسية⁽³⁾، أنه لا يجوز الحديث عن الالتزام بارادة منفردة بل لا يمكن أن يتواجد هذا الالتزام لأنه خال من أي سبب ويتعارض مع النظام العام ولا يمكن نهاية أن ينشأ أصلاً⁽⁴⁾ لأنها على فرض غير صحيحة وأسس غير دقيقة⁽⁵⁾.

للمما كان سبب التزام الشخص هو التزام الطرف الآخر، ولما كان الالتزام بارادة منفردة لا يوجب توفر الشخص المقابل أي الدائن، فلا يصح الحديث عن سبب في هذا الالتزام وهو بذلك تصرف باطل لخلوّه من السبب. ثم إن غياب الدائن وعدم اشتراط موافقة الطرف الآخر يمسك الملزם بالتزامه لأجل غير محدد وهو قيدٌ يتعارض مع ضوابط النظام العام في الالتزامات بشكل عام.

(1) يلاحظ أن أنصار التوجه الجديد في الإرادة المنفردة يجعلونها منشأة لجميع الالتزامات وكذلك منهية قبل التنفيذ. يعني أن لا مكان للعقد.

(2) Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 335 et suiv., n° 358 et suiv.

(3) Guihaire René: *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*, Thèse, Renne, 1900.

Thaller: *De la nature juridique du titre de crédit*. Annales de droit commercial et industriel, Tom. 20, 1905.

Chabas: *de la déclaration unilatérale de volonté en droit civil français*, Thèse, Paris, 1931.

(4) راشد راشد: المرجع السابق، ص 143 وما بعده.

(5) عبد الرزاق السنووري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 1285 وما بعده.

الجديدة في قدرة الإرادة المتفقة على إنشاء الالتزام وطرح توجهات المدرسة الألمانية في ذلك⁽¹⁾.

والملخص في جميع ذلك أن القول بتوافق الإرادتين في نشأة الالتزام غير دقيق حيث إن التوافق لا يحدث مطلقاً في الواقع في لحظة واحدة سواء كان التعاقد بمجلس واحد أو عن طريق المراسلة، بل إن الموجب يصرح بإيجابه وبثت على ذلك، وما يلزم الموجب على البالات ليس توافق الإرادتين وإنما سلطة الإرادة المتفقة، حتى أن موافقة الطرف الآخر ليس لها من مفعول سوى تنفيذ الالتزام أو الانضمام له حتى لا يلزم الدائن رغماً عن إرادته لا غير، وأكثر من ذلك قد لا يكون توافق الإرادتين ضرورياً في نشأة الالتزام، فقد يعبر الموجب عن إيجابه ثم يتوفى أو يفقد أحليته ومع ذلك ينشأ الالتزام إذا ما يאשר الطرف المقابل قبل علمه بحالة الوفاة أو فقدان الأهلية، فلا يمكن تفسير ذلك إلا لأن الإرادة المتفقة ملزمة بذاتها وليس من الضروري توافق الإرادتين.

ويبدو توافق الإرادتين ضرورياً من ضروب الماضي، فقد كان القانون الروماني يفرض جملة من الشكليات في نشأة الالتزام سرعان ما انحلت وتخلص منها التطبيق. فليس في المنطق القانوني ما يمنع الإرادة المتفقة من أن تكون أساس الالتزام بل هو التطور الطبيعي لدور الإرادة.

والحقيقة أن هناك جملة من المعاملات لا يمكن فهمها إلا بقبول سلطان الإرادة المتفقة كما في صورة العرض للجمهور والسد للحاميل وغيرهما، فكيف يلزم الموجب في غياب الدائن، فلا شك أن للإرادة المتفقة قوتها في نشأة الالتزام.

وليس صحيح أن الإرادة المتفقة ليس فيها سبب وتخالف النظام العام وضوابط الذمة المالية والحقوق الشخصية أو أنها ذات خطورة ولا يمكن تطبيقها في نهاية الأمر، حيث مع استبعاد النظرة التقليدية للالتزام كونه قيداً على حرية الشخص واستبعاد النظرة الشخصية للالتزام كونه علاقة بين شخصين وياعتبره أصبح عنصراً من عناصر الذمة المالية له مفاهيم موضوعية ويساهم في تداول المال وانتقاله ويجد سنته في القاعدة القانونية في نهاية الأمر، وليس من الضروري اشتراط العلاقة الشخصية التقليدية بتوفر الدائن والمدين بداية، بل إن تواجد الدائن في مرحلة لاحقة يبقى للالتزام صبغته الشخصية وتقع فيه الوساطة (وساطة المدين) والمطالبة على معنى تواعد الفقه.

Worms R.: De la volonté unilatérale comme source d'obligation en droit romain et en droit français, Thèse 891.

R. Saleilles: Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand, 3 édition, Paris L.G.D.J 1925.

(1) Ibidem.

قوله أو حديثه، وقد تنتقل الحرقق إلى ورثة الغير في صورة وفاة الموجب. ولا يعارض هذا الرأي بعثة عدم تطبيق الإرادة المتفقة في هذه الصور، فلا قيمة للمؤسسة إذا من تعبيتها بوجه عام، وقد يبقى الحق مهما إذا بقي على مستوى الإرادة المتفقة وقبل تحديد الغير المتفق⁽²⁾.

وهي عديمة الجدوى حيث من الممكن الاكتفاء بالعقد كمصدر إرادي، ولقد أمكن لفقه القضاء الفرنسي أن يضع حلولاً، في إطار نظرية العقد، لجميع المؤسسات القانونية الخاصة بما في ذلك الاشتراط لمصلحة الغير وسد الإحالة وغير ذلك دون اللجوء إلى معنى الإرادة المتفقة⁽³⁾. كما أن الإرادة المتفقة تنتهي في نهاية الأمر إلى تلقي مصادقة الطرف الآخر، فلا يخلص التنفيذ، وبالآخر القبول، إلا بتنفي موافقة الطرف المقابل أي الغير، وبذلك فإن مسنه الإرادة المتفقة هو العقد، وبذلك يفقد الالتزام الافتراضي صغنه الخاصة كمصدر للالتزام وبالتالي أهميته في نشأة الالتزام، والذي يحدث في الواقع غالباً أن المفاوضات تطول وتُعدل المواقف إلى أن تلقي الإرادات وليس للإرادة المتفقة من جدوى في ذلك⁽⁴⁾.

على أنه من الصعب تطبيق هذه المؤسسة فليس من المحكمة الأخذ بالأقوال مهما كانت طبيعتها، فقد لا يزن الشخص تصرحاته وتعبيراته وقد تكون الأحاديث جدية أو تافهة، فلا يمكن القول حيثذا أن كل قول التزام، فمثل ذلك قول يؤدي حتماً إلى إلزام شخص لم يكن ينوي الالتزام. وقد يصعب تحديد معيار يميز بين الأقوال الجدية وغيرها، فلا نكاد ندرك ما هو هام بالنسبة إلى الشخص وما هو غير ذلك، فتلك مسألة شخصية يصعب الوقوف على أبعادها. وأكثر من ذلك لا يمكن التحقق من عزم الملتزم في التراجع أو خلافه. وتلك صور تحمل ضرورة إلى عدم تطبيق هذه المؤسسة من حيث الواقع، ومع ذلك تبقى هذه الأفكار غير مقتنة وقد أمكن للتيار المخالف ردها.

ب-اتجاهات مساندة للإرادة المتفقة
ساند الكثير هذه التوجهات الجديدة من المدرسة الألمانية⁽⁵⁾ وحتى من المدرسة الفرنسية⁽⁶⁾، وقد سعى رجل القانون R. Saleilles إلى نشر التعاليم

(1) Planiol: Traité élémentaire de droit civil, Tome 2, 1909, P. 62 suiv.

(2) Henri et Leon Mazeaud, Jean Mazeaud, et François Chabas: Leçons de droit civil, Les obligations, op. cit., p. 335, n° 358.

(3) عبد الرزاق السنوسي، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 1286.

(4) Koppen, holzendorff, jacobi...

(5) وخاصة منهم:

Demogue: Notions fondamentales du droit privé 1911, Traité des obligations, 1933.

Colin -capitant et de la Morandiere: Cours élémentaire de droit civil, Tome 2, 1949.

Tard: Les transformations du droit, 1893.

أي قبل أن تولد ثقة الدائن بالتنفيذ. فهو بذلك التزام م محلول بمعنى أنه يجوز الرجوع فيه أو إنهاء الالتزام الانفرادي قبل التنفيذ. ولا يختلف ذلك عن نظرية العقد كثيراً حيث إن مجرد الإيجاب لا يلزم صاحبه، فقط يلزم إذا وافق الطرف المقابل. ففي نظرية الإرادة المنفردة يمكن القول بالالتزام المنحل والالتزام بالتنفيذ وموافقتها في نظرية العقد موافقة الطرف الآخر أي الالتزام بموافقة الطرف المقابل. فهو في الصورتين ملزم بطريقه لا رجوع فيها. والاختلاف بينهما هو في تاريخ نشأة الالتزام ففي الإرادة المنفردة يكون التاريخ هو يوم الإيجاب بينما في العقد يكون تاريخ النشأة هو يوم تلاقي الإرادتين. على أنه لا شيء يمنع أن يقوم الالتزام دون الدائن، فلما أخذ الالتزام صبغة موضوعية وأصبح عنصراً مالياً فلا قيمة لتلك العلاقة الشخصية بين الدائن والمدين. كما لا شيء يمنع من القول بجدية الإيجاب طالما أخذ به الطرف المقابل وبما شرط فيه ولا شيء يمنع كذلك من إقرار الرجوع عن الإيجاب طالما لم تحصل تلك الثقة الاجتماعية في الإيجاب أي التنفيذ.

الفقرة الثانية: التصرف الأحادي بالقوانين المقارنة

أن تكون الإرادة المنفردة مصدراً وحيداً في الالتزامات فتلك فكرة لم يعتمدتها أي تشريع، وإنما ذهبت بعض التشريعات إلى الأخذ بالإرادة المنفردة إلى جانب العقد وجعلتها مصدراً عاماً بينما ذهب البعض الآخر إلى الأخذ بالإرادة المنفردة في حالات خاصة ومحددة وأعتمدت بها بطريقة استثنائية، وعادة ما تشير إلى التشريع الفرنسي باعتباره يمثل النظرة المنكرة للإرادة المنفردة^(أ)، كما تشير إلى مجلة الأحكام العدلية التي من المفروض أن تعكس نظرية الفقه الإسلامي، وعلى الأقل الفقه الحنفي^(ب)، كما تشير إلى المجلة الألمانية باعتبارها عكست وجهة نظر التيار الجديد إلى حدّ مات^(ت)، كما أبانت التوجهات الجديدة تأثيراتها على التشريع الأوروبي والعربي^(ث).

أ- التشريع الفرنسي

لم تشر المجلة المدنية الفرنسية لسنة 1804 إلى الإرادة المنفردة في أي فصل من فصولها. فقد حدد الفصل 1370 مصادر الالتزام ولم يكن للإرادة المنفردة محل فيها^(١). وجهل فقه القضاء هذه المؤسسة الحديثة على امتداد سنوات طويلة وقائماً أشار

(١) مصادر الالتزام حسب الفصل 1370 هي العقد وشب العقد والجناحه وشب الجناحه والقانون.

الإسلامي^(٢)، فالعبرة ليست بوجود علاقة شخصية وإنما العبرة بـ «وجود شخص مدين متتحمل بالالتزام حقيقي»^(٣) فهو فعل مطلوب في شخص محدد^(٤) وذلك مقتضى الحق الشخصي^(٥). ولا شيء في الالتزام الانفرادي ما يعارض النظام العام وبالإمكان أن يتدخل المشرع في نهاية الأمر لمنع بعض الالتزامات إذا رأى فيها مخالفة للنظام العام، والسبب متوفّر بالالتزام الانفرادي فهو الرغبة في التبرع في الهبات وهو ما يحمل على العرف المقابل في العوض، على أن عدم تحديده بدأية لا يعني مطلقاً انعدامه. كما أن اتحاد الذمة لا يعيّب الالتزام الانفرادي في شيء. ويمكن تكييف حق الرجوع على أنه التزام قائم على شرط فاسخ وليس من خصوصية في الالتزام الانفرادي في ذلك. كما أنه ليس هناك من خصوصية في تقدير جدية الإيجاب من عدمه فذلك مسألة نفسانية تناولتها الإرادة الثانية في مجال العقود، وإنما الإرادة مائلها الجدية إذا ما خرجت وأصبحت عنصراً اجتماعياً بعول عليه وهي بذلك عنصر موضوعي تناوله محاكم الأصل بالبحث. ثم إنه ليس في المنطق ما يمنع التزام الشخص بإرادته المنفردة، بل إن سلطان الإرادة يدعم هذه الفكرة ولا يعارضها، فهي في نهاية الأمر تعبر عن الإرادة، ولا شيء فيها ينافي أو ينفي تنظيم المقدود، فالإمكان أن ينشأ الالتزام عن إرادة منفردة كما ينشأ عن إرادتين ولا شيء فيها يتعارض مع مبادئ العدالة فوقف الحق أو تجميده أو انتقاله للغير، حتى في حالة الوفاة أو فقدان الأهلية، إنما تقرر بذلك الإرادة الانفرادية الكافية لنشأة الحق أو نقله وبتاريخ الإيجاب وليس بتاريخ الموافقة من الطرف الآخر التي ليست إلا تصديقاً على ذلك الإيجاب. وعلى ذلك الأساس فإن الالتزام الانفرادي يجد مصدره في إرادة الشخص وليس في موافقة الطرف الآخر أو في القانون. فما موافقة الطرف الآخر إلا لتنفيذ الالتزام وما أحكام القانون إلا مصدراً غير مباشر لجميع الالتزامات سواء كانت إرادية أو غير إرادية. وبذلك فللالتزام الانفرادي أحکامه الخاصة ولا يتبع مطلقاً بالتصريف الثاني أو القانون.

والحقيقة أنه لا شيء يعيّب الإرادة المنفردة فلا شيء يمنع أن تكون الإرادة المنفردة مصدرًا من مصادر الالتزامات، بل إن ذلك يدعم سلطان الإرادة، ويكشف عن أهمية الإرادة في إنشاء الالتزام. كما أنها من الممكن أن تنهي الالتزام قبل تنفيذه من جهة الدائن

(١) عبد الرزاق الشهري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 83 وما بعدها.
رashed Rashed: المرجع السابق، ص 77.

(٢) Geny: Science et technique en droit positif, Tome 3, p. 235.

(٣) بذران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ص 367.

(٤) وإذا أخذتنا برأي بعض المدارس الم الموضوعية التي تبني وجود الحق الشخصي مثل مدرسة Duguit فإنه لا يصح أصلاً الحديث عن الطابع الشخصي للالتزام بل يجب الحديث عن الطابع الموضوعي للحق وليس للشخص من حق ذاتي إلا بقدر ما يقرره القانون.

على أساس الإرادة المتفقة، وحتى في صورة إذا ارتبط الإيجاب بأجل، قليل منهم أقر بالإرادة المتفقة كأساس لالتزام الموجب⁽¹⁾، واستبعدوا أغليهم حيث إن الالتزام لا يقع في هذه الصورة بتاريخ الإيجاب وإنما بتاريخ القبول، بل ذهب أحدهم⁽²⁾ إلى القول بعوْر عقد أولي *avant-contrat* بين الموجب والموجب له على أساسه وقع الاتفاق ضمنيا على أن يمسك الموجب إيجابه إلى نهاية الأجل المحدد. ونفس ذلك الأساس اعتبر كأساس في الوعد بجائزه حيث ذهب فقه القضاء الفرنسي إلى عدم إمكانية التراجع في ذلك الوعد إذا باشر الطرف المقابل الأعمال التي من أجلها حدث الوعد، ورأى الفقه أن هناك قبول ضمني لهذا الوعد على أساسه قام العقد الضمني. ولا حاجة إلى أساس الإرادة المتفقة في ذلك. ونفس القبول الضمني اعتمد لتبرير التزام المدين في انتقال المستنادات في المادة التجارية بالإحالة المباشرة أو بواسطة التظهير حسب إن كانت المستنادات اسمية أو لحامله حيث من الممكن اعتبار أن المدين عرض سندًا لكل حامل وقبله الطرف المقابل. ويبقى الاشتراط لمصلحة الغير بعيدا كل البعد عن مفهوم الإرادة المتفقة باعتبار أن أثر العقد على الغير كان نتيجة عقد مبرم بين طرفين، فهو يمثل الاستثناء للأثر التسبي للعقد، حيث تجاوز أثر العقد الأطراف المتعاقدة ليشمل الغير، وهي بذلك مؤسسة خاصة بعيدة كل البعد عن مفهوم الإرادة المتفقة. ونفس هذه المؤسسة كانت الأساس في تكيف الإيجاب الخاص بظهور العقار، فالعلاقة بين البائع والمشتري وانفع منها الغير أي الدائنين. وليس في قبول التركة التزام آحادي حيث إن الوارث ينفذ التزاما ينتمي إليه بموجب الإرث. وتبقى الفضالة مصدرًا مستقلًا ومميزة في نفس الوقت⁽³⁾، بل ذهب فقه القضاء في أكثر من صورة إلى منع أو إبطال بعض التصرفات قد توصف بكونها تصرفا آحاديا كما في صورة رصد أموال أو الإيماء لمصلحة خيرية لم تنشأ بعد، فلا يمكن تكوين مؤسسات خيرية بغير إرادة متفقة⁽⁴⁾.

والجمل في جميع ذلك أن القانون الروماني رأى أنه ما كان من الممكن اعتبار الشخص بإمكانه أن يلتزم بإرادته المتفقة، فلم يعرف القانون الروماني إلا مصدرا واحدا للالتزامات: العقد الذي يفترض تلاقي الإرادتين، وعلى ذلك الأساس تأثر محركو المجلة المدنية الفرنسية بالقائلين الرومانيين «لهم يتصوروا الإنشاء الإرادي

(1) Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit vivil, Les obligations*, op. cit., p. 339, n° 363.

(2) Demolombe: *Traité des contrats*, Tome 1, n° 65.

(3) ذهب Josserand إلى أن الفضالة تصرف قانوني انفرادي من حيث التكوين وملزم للجانبين من حيث الآثار.

Josserand: *Cours de droit civil français*, Paris 1930, Tome 2, n° 1448.

(4) H.Souleau: *L'acte de fondation en droit français*, Thèse, Paris 1969, dactyl. N°150.

إليها كأساس لاجهاداته⁽¹⁾. والحقيقة أن الآراء الفقهية المتشربة يوم تحرير المجلة المدنية ما كانت لتسمع باعتماد هذه المؤسسة⁽²⁾.

وحاول البعض أن يعتمد على أحكام الفصل 1108 من المجلة المدنية للقول بالإرادة المتفقة، حيث اشترط هذا الفصل في صحة الاتفاques موافقة الطرف الذي يلتزم فقط، لكن هذا الرأي لم يجد السند القانوني باعتبار أن الفصل 1108 جاء في الباب المتعلق بصلة الاتفاques وليس له علاقة بمعنى الإرادة المتفقة⁽³⁾. وقال آخرون بأن مصادر الالتزام الواردة بالفصل 1370 ليست حصرية بالقانون الفرنسي⁽⁴⁾. لكن هذا الرأي لم يلق المساندة، ورأى البعض أن هذه الفكرة لم تكن أصلا محل نقاش يوم تحرير ذلك الفصل⁽⁵⁾. وذهب الآخرون إلى أن المجلة ليس فيها قصل يتعارض مع الإرادة المتفقة، لكن هذا الرأي لم يلق بدوره المساندة واستبعد الفقه معنى الإرادة المتفقة من القانون الفرنسي بل وتعارضها مع أحكام المجلة في ضرورة توفر السبب في الالتزام (الفصل 1131) وقيام الإرادة المتفقة على شرط إرادي منع قانونا (1170) واتحاد الذمة (الفصل 1300).

وأكثر من ذلك لم تنجح محاولات البعض في إبراز بعض التطبيقات للإرادة المتفقة حتى ولو أن المجلة لم تبن الإرادة المتفقة كمصدر من مصادر الالتزامات، فمع نفيهم للإرادة المتفقة كمصدر عام من مصادر الالتزام أظهر جانب من الفقه بعض التطبيقات للإرادة المتفقة بالقانون الفرنسي مثل الإيجاب للتعاقد والوعد بجائزه والاشتراط لمصلحة الغير وإحالة الحق والفضالة وقبول التركة وتطهير العقار.

لكن الفقه الفرنسي يرى عدم صحة التوجيه، وأبرز خصوصية هذه المؤسسات دون الحاجة إلى الإرادة المتفقة. حيث إن المجلة المدنية تجعل الالتزام ناشتا بتاريخ القبول وليس بتاريخ الإيجاب، وعلى ذلك الأساس لا يمكن للإيجاب بمفرده أن يكون مصدرا من مصادر الالتزام، بل إن فقه القضاء ذهب إلى إسقاط الإيجاب إذا توافق صاحبه أو فقد الأهلية قبل الموافقة. وتبقى الإمكانية قائمة في سحب الإيجاب قبل الموافقة. فقط أن التراجع في وقت غير مناسب، أي إذا وصل الإيجاب إلى الطرف المقابل، اعتبر خطأ، أي تعسفا في حق التراجع، موجبا للتغويض على أساس المسؤولية التقتصيرية وليس

(1) Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit vivil, Les obligations*, op. cit., p. 338, n° 363.

(2) يذكر أن أحكام المجلة صيغت تأثيرا بأقوال الفقيه Pothier الذي جعل مصادر الالتزام في العقد وشبه العقد والجنة وشبه الجنة والقانون وليس للإرادة المتفقة من مكان في المصادر.

(3) Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit vivil, Les obligations*, op. cit., p. 338, n° 363.

(4) Matesco: *L'obligation unilatérale et le droit civil*, Thèse, Paris 1919, p. 52 et suiv.

(5) Geny: *Science et technique*, op. cit., p. 161 et suiv.

مصدراً لعدة تشيريعات حديثة مثل مجلة الالتزامات والعقود التونسية في باب المبادئ العامة⁽¹⁾.

على أن هذه المجلة على تفصيلاتها لم تورد نصاً خاصاً بالإرادة المنفردة، فلم تتحرر مادة خاصة في بيان أهمية الإرادة المنفردة في نشأة الحق، وإنما ذكرت بعض التطبيقات للإرادة المنفردة مثل الإقرار والشفعة والإبراء والكافلة. وواضح أن منهجية المجلة تأثرت بعمل الفقه فيأخذ الحالات الخاصة بالبحث والشرح دون استخراج الإطار العام للنماذج ولو أن المجلة حملت في بدايتها أهم المبادئ العامة الفقهية⁽²⁾.

ت- التشريع الألماني

لم يكن يعرف التشريع الألماني إلا العقد كمصدر للالتزامات أي تلاقي الإرادتين وكانت الإرادة الداخلية هي الأصل إلى حد متصرف القرن التاسع عشر⁽³⁾. إلا أنه مع أواخر القرن التاسع عشر بدأ الحديث بالفقه الألماني عن التصريح بالإرادة في شكلها الانفرادي وأصبح من الممكن الحديث عن التصرف الأحادي كمصدر من مصادر الالتزامات⁽⁴⁾. ولم يبدأ الحديث عن هذه النظرية الجديدة بفرنسا إلا مع بداية القرن العشرين وبالتحديد سنة 1901 عن طريق Raymond Saleilles⁽⁵⁾.

ورغم أن نظرية الإرادة المنفردة كانت وليدة الفقه الألماني إلا أن المجلة المدنية الألمانية الصادرة بتاريخ 18 أوت 1896 لم تعتمدتها كمصدر عام، بل اعتمدتتها بطريقة استثنائية في بعض الصور من خلال الفصول 82 و 130 و 557 و 658، حيث إن المبدأ والأصل هو ما أورده المجلة الألمانية بالفصل 305 من أنه «في غياب قواعد قانونية مخالفة فإن توفر العقد بين الطرفين ضروري في إنشاء الالتزامات أو تغيير محظوظها». وبطريقة استثنائية يمكن للإرادة المنفردة أن تكون مصدراً للالتزامات في رصد قيمة مالية لمتشاء لم تكون بعد وقف- (الفصل 82) وفي الوعود بحائزة (الفصلان 657 و 658) والسدادات لحامله، ويعد بالإرادة المنفردة في فهم صحة الإيجاب وقيام

(1) الفصول 532 وما بعده.

(2) سليم رستم ياز البناني: شرح مجلة الأحكام العدلية العثمانية، المرجع السابق.

(3) Mohamed Bagbag, op. cit., p. 41 et suiv.

(4) يذكر Siegel في كتابه أن هذه الفكرة الجديدة أعلنت عنها أول مرة بمؤتمر Giesen سنة 1854 بمناسبة مناقشة طبيعة الوعود الموجهة للجمهور مع أن الفكرة كانت بذلك قبل ذلك التاريخ. وتولى في ما بعد 1857 نشر دراسة حول السدادات لحامليها، كما نشر Jacobi kunitz سنة 1861 بعد ذلك دراسة حول التصرف الانفرادي.

(5) Mohamed Bagbag, op. cit., p. 43 et 44.

للالتزامات خارج علاقة الدائن والمدين⁽⁶⁾، ولا «يدو أن القانون الفرنسي حريص على تبني مفهوم هو أجنبى عنه»⁽⁷⁾. لكن البعض من المتأخرین حاول قدر الإمكان أن يجعل الحديث عن الإرادة المنفردة أمراً ممكناً بالقانون الفرنسي باعتبار أن المجلة لم تعتمد الإرادة المنفردة كما أنها لم تمنعها⁽⁸⁾. كما ذهب فقه القضاء في بعض الصور الاستثنائية إلى اعتماد أساس الإرادة المنفردة في الالتزام مثل حالة الإيجاب المقيد بأجل، حيث إن الرجوع قبل فوات الأجل اعتبر إخلالاً يتصرف أحادي حسب البعض، ولو أن فقه القضاء الفرنسي ظل حريصاً على نظرته التقليدية في عدم اعتبار الإرادة المنفردة⁽⁹⁾.

ب- مجلة الأحكام العدلية

الثابت أن مجلة الأحكام العدلية العثمانية (1869-1876) هي أول مجلة نشّت التشريع الإسلامي⁽¹⁰⁾، ووضعت له فصولاً على طريقة القوانين الحديثة⁽¹¹⁾، وكانت نتيجة حركة التقنيين التي عرفها العثمانيون في ذلك العصر وشملت عدة مجالات⁽¹²⁾. وقد جمع العثمانيون فيها الرأي الراجح بالفقه الحنفي في المادة المدنية بـ 1851 مادة بحکم أنه الفقه النافذ بالدولة العثمانية.

وقد حملت الفصول الأولى منها المبادئ العامة الفقهية، ثم اشتغلت على سنة عشر فصلاً في البيوع والإجارة والكافلة والحواله والرهن والأمانات والهبة والغصب والإتلاف، والحجير والإكراء والشفعة والشركات والوكالة والصلح والإبراء والإقرار والدعوى والبيانات والتحليف والقضاء. وبذلك اجتمع فيها ماله علاقة بالقانون المدني والقانون العيني وقانون الإجراءات. وتميزت بكونها لا تقتصر على الصياغة القانونية المقتضبة وإنما تأثرت بالطريقة الفقهية في الصياغة كذلك الأمثلة وخلافه، ومع ذلك فهي بمرتبة القانون الملزم للجميع وأمكن تطبيقها في كثير من البلدان العربية، بل كانت

(1) Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 335, n° 358.

(2) Ibidem, n° 370.

(3) Chabas: *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Thèse, Paris 1931, p. 138.

(4) راشد راشد: المرجع السابق، ص 33 وما بعده.

(5) سليم رستم باز البناني: شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، طبعة ثالثة مصححة ومزينة. طبع بإجازة نظارة المعارف الجليلة في الأستانة العلية، تاريخ الإجازة 30 ذي الحجه سنة 1305 هجرية عدد 540.

(6) يذكر التاريخ أن الإمام مالك رضي وضع مجلة فقهية سنة 140 هجرية تكون المرجع عند الفضلاء للقضاء على النقاشات والاختلافات الفقهية. وقيل كذلك إن الخليفة أبو يعقوب في عهد الموحدين صادق على مجلة تضمنت بعض الأحاديث الخالية من الجدل.

راشد راشد، المرجع السابق، ص 45.

(7) علي كحولون: نظام السجل العقاري، تحرير مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2009، ص 29.

عدد 11

وجه إليه. وتسري على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام⁽¹⁾.

2-تشريع البلدان العربية

لم يكن أمام الدول العربية وقد خرجت لتورها من الاستعمار إما أن تحافظ على أصولها الإسلامية أو تنقاد لتأثيرات المستعمر. والحقيقة أنه كان من الصعب التخلص من تأثيرات المستعمر وقد عمل على إدخال أحكامه بمعظم التشريعات بل إنه جعل ذلك هدفاً من أهداف وجوده⁽²⁾. ولهذا الفرض، وربما بسبب انتياد المغلوب بالغالب والرغبة في تقليد قوانين الغرب والسعى إلى مواكبة الجديد، انقادت معظم الدول العربية إجمالاً إلى تحرير قانون الالتزامات على شاكلة القانون الفرنسي ولم تجعل للإرادة المتفقة إلا مكاناً استثنائياً بحيث إنها أشارت إلى بعض التطبيقات متى تكون الإرادة المتفقة كافية في شأنه.

فرغم أن المشروع المصري أورد بالمادة 228 أحکاماً خاصة بالإرادة المتفقة وجعلها مصدرًا عاماً مثل العقد بعد أن وضع لها شروطاً على غرار المشروع الفرنسي الإيطالي ومن ذلك أن يكون التعبير عن الإرادة مكتوباً ومحدثاً بأجل ومتوفراً به جميع الشروط مثل العقد (الأهلية وخلو الإيجاب من العيوب والمحل والسبب)⁽³⁾، إلا أن هذه المادة لم تعتمد نهاية بالقانون المدني المصري، وجاء بالأعمال التحضيرية أن حذف هذا النص «كان عدولًا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المتفقة ملزمة واكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المتفقة تتشي التزاماً»⁽⁴⁾. وقد أورد المشروع بعض الحالات على وجه الحصر والتحديد بنصوص متباينة مثل الوعد بجائزه للجمهور (المادة 162) والإيجاب الملزم (المادة 93) وإنشاء المؤسسة

(1) عبد الرزاق السنوري: المجلد الأول، ص 1290، عدد 907.
 (2) Ali Mahjoubi: L'établissement du protectorat français en Tunisie, publications de l'université de Tunis 1977, p.203 et suiv.

علي كجعلون: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، ص 110 وما بعد، عدد 146 وما بعد.

(3) نص المادة 228 على ما يليه: إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدة معينة فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه إلى علم من وجه إليه مادام هذا لم يرفضه.

وتسري على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام.

يقي الإيجاب في العقود خاصتها للأحكام الخاصة به، ويسري حكم المادة التالية على كل وعد بجائزه إلى الجمهور.

(4) الأعمال التحضيرية، مشار إليها بالمجلد الأول، عبد الرزاق السنوري، المرجع السابق، ص 1291.

الالتزام حتى بعد وفاة أو فقدان هوية صاحبه (الفصل 130 فقرة ثانية)⁽¹⁾. معنى ذلك أنه لا يعتد بالإرادة المتفقة إلا في الحالات التي نص عليها المشرع صراحة وحصرياً⁽²⁾. ومع ذلك فإن أهمية المجلة الألمانية تبدو باللغة لأنها لأول مرة تكرس هذه النظرية الحديثة بفصل قانوني وضعي ولو كان ذلك بطريقة استثنائية.

ث-التشريعات الحديثة

من العلبيعي أن تأثير التشريعات الحديثة بالتجهيز الألماني فتجعل للإرادة المتفقة مكاناً استثنائياً حتى مع اعتراضها بالإرادة المتفقة كمصدر للالتزامات، وربما يتوجه البعض الآخر إلى أكثر من ذلك فيقيم للإرادة المتفقة مكاناً عاماً في المصادر، وعلى ذلك اختللت التشريعات الأوروبية (1) والتشريعات العربية (2).

1-التشريعات الأوروبية

بعد التشريع السويسري من أهم التشريعات التي أخذت بتجهيزات المجلة الألمانية، فمع صدور المجلة المدنية السويسرية بتاريخ 30 مارس 1911 بقي العقد إلى جانب العمل غير المشروع والإثراء بدون سبب هو المصدر العام في الالتزامات و جاءت الإرادة المتفقة حصرياً في بعض الفصول 3 و 4 و 5 و 8 و 9، وذلك بالنسبة إلى الإيجاب للتعاقد والوعد بجائزه. فإذا ضرب الموجب أجلاً للقبول بقي ملزماً إلى تاريخ انتفاء ذلك الأجل (الفصل 3) وإذا كان الإيجاب لشخص حاضر يمكن للموجب الرجوع إذا لم يقبل الإيجاب في الحال (الفصل 4) وإذا كان الإيجاب لشخص غير حاضر يبقى الموجب ملزماً إلى تاريخ إمكانية التوصل بإجابة موجهة في الموعد (الفصل 5) وببقى الوعد بالجائزة ملزماً لصاحب (الفصلان 8 و 9)⁽³⁾.

ويذكر كذلك أن المشروع الفرنسي الإيطالي جعل الالتزام المتفق مصدرًا عاماً للالتزامات مثل العقد واشترط ضرورة أن يكون التعبير عن الإرادة مكتوباً ومحدثاً بأجل. ويبقى الالتزام قائماً إلى نهاية ذلك الأجل فإذا انقضى الأجل ورفض الإيجاب سقط، وإذا لم يرفض فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه إلى علم من

(1) Henri et Leon Mazeaud, Jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 340, n° 366.

(2) انتقد R. Saleilles هذا التوجيه ورأى أنه كان بالإمكان اعتناد الإرادة المتفقة كمصدر عام مثل العقد، لكنه دفع بالتبشير الذي ربما كان السبب وراء تبني هذا الاتجاه، وهو أنه من الصعب التمييز بين الالتزام الجدي والآيات عن الحديث المجرد أو الجزائري.

Saleilles, R, op. cit. N° 142.

(3) Henri et Leon Mazeaud, Jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 342.

فقط إذا كان العمل من قبل التبرعات الممحضة بداية ونهاية⁽¹⁾، وذلك ما اعتمدته المشرع الأردني. وعلى ذلك المنوال سارت مجلة الالتزامات والعقود التونسية ولكن بشيء من التغيير.

المبحث الثالث:

التصريف الأحادي في مجلة الالتزامات والعقود

تعتبر مجلة الالتزام والعقود التونسية أول مجلة عربية صدرت في تقويم التشريع المدني في شكله الحديث حيث صدرت المجلة بتاريخ 15 ديسمبر 1906 ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1 جوان 1907. وقد أورد المشرع بالفصل الأول منها أن «تمير الذمة يترتب على الاتفاques وغيرها من التصریحات الإرادیة وعن شبه العقد والجنه وشبهها»، أي أن تمير الذمة كما يترتب على العقد يترتب على التصریحات الإرادیة أي التصریحات الانفرادیة، معنى ذلك أن الإرادة المنفردة تعد مصدراً عاماً للالتزامات بمجلة الالتزامات والعقود. كما نص الفصل الثاني، الوارد تحت باب «في تمير الذمة العقود وما شاكلها»، على أن «أركان العقد الذي يترتب عليه تمير الذمة هي أولاً أهلية الالتزام والإلزام وثانياً التصریح بالرضا بما يتبني عليه العقد تصریحاً معتبراً وثالثاً أن يكون المقصود من العقد مالاً معيناً يجوز التعاقد عليه ورابعاً أن يكون سبب الالتزام جائزة». ويلاحظ أن الصيغة العربية أشارت إلى كلمة العقد كترجمة لكلمة obligation المعروفة أن كلمة العقد أصولياً تدل على اقتران القبول بالإيجاب وتدل كذلك على معنى الإيجاب فقط. وعلى ذلك الأساس فإن ما يشترطه المشرع لصحة الالتزامات هو التصریح بالرضا ولم يشترط القبول لعلمه أن تمير الذمة كما يكون بالعقد يمكن أن يكون بالإرادة المنفردة⁽²⁾. ولما كانت الإرادة المنفردة مصدراً مستقلاً للالتزامات أوردت المجلة فرعاً خاصاً بالرضا الصادر من طرف واحد من خلال الفصول 18

(1) رشد راشد: المرجع السابق، ص 121 وما بعد.

(2) بعد صدور مجلة الالتزامات التونسية صدر قانون الالتزامات المغربي بتاريخ 1913 واللبناني بتاريخ 1932 والمصري بتاريخ 1948 والسوسي بتاريخ 1949 والعراقي بتاريخ 1951 واللبي بتاريخ 1953 والجزائري بتاريخ 1975 والأردني بتاريخ 1976.

(3) هناك اختلاف واضح بين الصيغة الفرنسية والنص العربي لمجلة الالتزامات والعقود، خاصة على مستوى العنونة بالكتاب الأول وصيغة الفصلين 1 و 2، والمعروف أن المجلة كتبت بيداه باللغة الفرنسية ثم ترجمت للغة العربية. ولربما كان من الواجب الرجوع للنص الفرنسي للوقوف على حقيقة العبارات. فإذا كان النص الفرنسي اعتمد عبارات déclaration de volonté للدلالة على الإرادة المنفردة obligations للدلالة على الالتزامات فإن النص العربي اعتمد مفهوم التصریحات الإرادیة وما شاكل العقود للدلالة على التصریحات الانفرادیة وعبارة العقد للدلالة على الالتزامات.

(المادة 70 فقرة ثانية) وتطهير العقار (المادة 1066) وتداول السنادات لحامله⁽⁴⁾، ويقى العقد والعمل غير المشروع والكسب بدون سبب والقانون هي الأسباب العامة في مصادر الالتزامات. نفس الموقف اعتمدته القانون المدني السوري واللبي وقد تأثر في صياغتها بتوجيه القانون المصري. وكذلك فعل المشرع العراقي سنة 1954 بعد أن كانت مجلة الأحكام العدلية منطبقاً إلى ذلك التاريخ، ونص قانون الموجبات والعقود اللبناني على الأعمال القانونية كمصدر للالتزام⁽⁵⁾، إلا أن الإرادة المنفردة ليس لها إلا مكاناً استثنائياً ولا تعتمد إلا في حالات محددة⁽³⁾، ويقى العقد المصدر الرئيس في نشأة الالتزامات⁽⁴⁾. وجعل القانون المدني الجزائري القانون والعقد والعمل المستحق للتعويض وشبه العقد مصدراً للالتزامات وليس للإرادة المنفردة إلا بعض التطبيقات الحصرية مثل الوعد بجازة والقوة الازلية للإيجاب.

ولم يستثن من ذلك إلا ما ورد بالقانون المدني الأردني والمغربي حيث كانت الإرادة المنفردة مصدراً عاماً إلى جانب العقد وشبه العقد والجرم وشبه الجرم بقانون الالتزامات والعقود المغربي وغير المشرع عن ذلك بالفصل الأول من القانون بعبارة «التصريفات الأخرى» حديثاً عن مصادر الالتزامات. ويفيد أن المجلة المغربية قد تأثرت بتوجيه مجلة الالتزامات والعقود التونسية. كما أن القانون المدني الأردني يعتمد التصريف الانفرادي كمصدر للالتزامات إلى جانب العقد والفعل الضار والفعل النافع والقانون، حيث يمكن أن ينشأ الالتزام عن إرادة منفردة ما لم يلزم الغير بشيء⁽⁶⁾. وهي بذلك مصدر عام إلى جانب بقية المصادر. والواضح أن التشريع الأردني اعتمد الفقه الإسلامي في صياغته للإرادة المنفردة، حيث إن الفكرة الراجحة بالفقه تقول بالإيجاب

(1) ولهذا الغرض ذهب عبد الرزاق السنهوري إلى أن مصدر هذه المؤسسات هو القانون في حد ذاته وليس الإرادة المنفردة، ففي غياب النص القانوني لا يمكن للإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً. عبد الرزاق السنهوري، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 1290.

ولو أن الإرادة المنفردة تبقى هي المصدر حسب البعض الآخر ولو كانت على سبيل الاستثناء. لأنه لا يمكن للقانون أن يكون مصدراً مباشراً إلا في غياب الإرادة والعمل المادي المشروع وغير المشروع. فيجد الالتزام مصدره حيتاً في النص القانوني مباشرة. راشد راشد: المرجع السابق، ص 134.

عبد المنعم فرج الصدقة: مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 581 وما بعد.

(2) الفصل 147 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(3) الفصل 148 فقرة ثانية من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(4) خليل جريج: النظرية العامة للموجبات، دار المنشورات الحقوقية مطبعة صادر 1988، ص 17 وما بعد.

(5) الفصول 250 إلى 255 من القانون المدني الأردني.

657 وما بعد من المجلة الألمانية التي تتطابق مع الفصول 19 و 20 وما بعد م.ا.ع وكذلك الفصل 147 من المجلة الألمانية المتعلقة بالإيجاب لحاضر الذي يتطابق مع الفصل 27 م.ا.ع. وهو ما جعل البعض يؤكد على أن مجلة الالتزامات والعقود التونسية نقلت تلك الأحكام عن المجلة الألمانية⁽¹⁾، كما كان النقل ثابتًا في عدة مواطن أخرى مثل الفصول الخاصة بالبطلان الجزئي أي الفصول 129 من المجلة الألمانية التي تتطابق مع الفصول 326 وما بعد م.ا.ع وكذلك النظام الخاص بإثبات المدين.

وحقيقة القول إنه ما كان للجنة التي تألفت لإعداد مجلة الالتزامات «أن لا تعتمد هذه الحركة العظيم من الأفكار التي جرت أوروبا نحو توحيد القانون»⁽²⁾ أو «أن تهمل كذلك الأشغال التشريعية الوفيرة العدد والأهمية التي أدت أخيرا إلى وضع عدة مجالات تذكر منها بالخصوص المجلة الاتحادية للالتزامات والمجلة التجارية الإيطالية والمجلة المدنية والتجارية الألمانية»⁽³⁾. وليس من المستبعد أن تكون مجلة الالتزامات قد نقلت أحكام المجلة الألمانية في ذلك وقد وجد النص القانوني جاهز التحرير، ولكن ذلك ما كان ليشجع اللجنة اعتماد هذا التوجه لو لا رأي الفقه الإسلامي في اعتبار الإرادة المتنفرة مصدرًا للالتزام، حيث إن «هذا النظام القانوني المبني على حسن النية جاء بحكم القسوة مفسحا المجال إلى أبعد حد لإرادة الإنسان ومتخلصا من التثبت بالشكليات. إذ أن إرادة الشخص مهما يكن المظهر الذي تتجلى فيه كافية وحدها لإنشاء الرابطة القانونية وقلما تجد في الفقه الإسلامي عملا من الأعمال توقف صحته أو يعلنه على مسألة شكلية ولقد كان المبدأ القائل بفاعلية الإرادة وحدها سائدا بجمع الأقطار»⁽⁴⁾. وما لاشك فيه أن الفقه الإسلامي كان ضمن المصادر المعتمدة في تحرير مجلة الالتزامات واستحق مكانة سامية، فكان على اللجنة «أن تسعى في تنظيم تلك المجموعة من المذاهب المتضاربة وتوضيح معالجتها وأن تستخرج منها المبادئ وأن تقيس قواعدها... ولقد اعتمدت اللجنة بصفة عامة المذهب المالكي الذي هو مذهب أغلب التونسيين إلا أنها لم تتردد في أن تعتن المذهب الحنفي كلما كانت قواعده منسجمة أكثر من قواعد الفقه المالكي مع التنظيم العام للمجلة ومع مبادئ القانون الأوروبي. ولا يوجد بالمشروع أي أثر لما هو مخالف لمذهب أشهر فقهاء

(1) Ibidem.

(2) تقرير صانعيانا، مقرر اللجنة التي تألفت لإعداد مشاريع القوانين التونسية، ترجمة محمود ابن الشيخ، مجلة الالتزامات والعقود التونسية معدّلة ومتعلقة على فصولها بأحكام القضاء، 1984، ص 11 وما بعد.

(3) نفس المرجع السابق.

(4) نفس المرجع السابق.

و 19 و 20 و 21 و 22 م.ا.ع، كما أوردت بابا خاصا بالاتفاقات من خلال الفصول 23 وما بعد وذلك تحت عنوان (القسم الثاني) «في التصریح بالرضا». فكما أن الاتفاق يمكن أن يكون مصدرا للالتزامات، فإن الإرادة المتنفرة كذلك وبينما المرتبة يمكن أن تكون مصدراً كذلك.

ومن ثم فإن الالتزام يتخذ شكله الموضوعي بهذه الفصول، فليس من المفروض أن يتواجد شخص الدائن بداية إذ يكفي أن يتوفّر المدين بقراره تعمير ذمته، فلا تشرط بداية تلك العلاقة الشخصية بين الدائن والمدين، حيث إن الالتزام في هذا الاتجاه مجرد قيمة مالية ولها دور اجتماعي في تداول المال بشكل عام. ولا يكتفى بتصریحات نفسية داخلية لدى المدين، بل يتشرط التغيير والتصریح على شاكلة تظهر الرغبة موضوعيا، فتجاوز التصریحات مجرد القرارات النفسية الداخلية لتشكل اجتماعيا في وقائع مادية محسوسة وخارجية.

وما كان من الممكن القول إن المجلة استقت هذه الأحكام من المجلة الفرنسية لاحتكمامها للإرادة الداخلية والحقيقة وتحويلها على شرط تلاقي الإرادتين في تكوين الالتزام، بالرغم من أن المجلة نقلت القانون الفرنسي في عدة مواطن أخرى وربما حرفيًا⁽⁵⁾. فإذاً أن نقول إنها تأثرت بالفقه الإسلامي أو أن نقول إنها تأثرت بالاتجاهات الحديثة بما في ذلك المجلة الألمانية. فإذاً ذهب البعض إلى أن ذلك «يتلاءم مع الفقه الإسلامي الذي يعتبر المصدر الأساسي لمجلة الالتزامات والعقود التونسية»⁽⁶⁾، فإن البعض الآخر رأى أن مجلة الالتزامات والعقود نقلت أحكام المجلة المدنية الألمانية وما كانت تفعل لو لا إباحة الفقه الإسلامي في ذلك⁽⁷⁾. حيث لم تظهر النظرية الحديثة في الالتزام المتنفر إلا في أواخر القرن التاسع عشر، وكانت محل حديث بين رجال القانون على ما تقدم من صور ولم يبدأ الحديث عن هذه النظرية الجديدة بفرنسا إلا مع بداية القرن العشرين وبالتالي سنة 1901 عن طريق Raymond Saleilles⁽⁸⁾. واعتمدت المجلة الألمانية الصادرة بتاريخ 18 أكتوبر 1896 هذا التوجه، والغريب أن المشروع الأولي لمجلة الالتزامات لسنة 1897 لم يحمل أي إشارة إلى معنى الإرادة المتنفرة وحملها المشروع الأولى لسنة 1899. والواضح أن التشابه كبير بين مجلة الالتزامات والعقود والمجلة الألمانية في تبويهما الخاص بالإرادة المتنفرة واعتبارها مصدرًا عاماً إلى جانب العقد وفي تحرير النصوص الخاصة بالوعد بجازة وهي الفصول

(1) محمد الشرفي وعلي المزغبي: مدخل للدراسة القانون، المركز القومي البيداغوجي تونس 1993، ص 269 وما بعد.

(2) راشد راشد: المرجع السابق، ص 119.

(3) Mohamed Bagbag, op. cit., p. 63 et suiv.

(4) Mohamed Bagbag, op. cit., p. 43 et 44.

للتعاقد سواء على أجل أو خلافه⁽¹⁾ والتزام ساحب الورقة التجارية في الستنات لحامنه وفتح الاعتماد غير القابل للرجوع والمساهمة بشركة بقصد التكريم والضمان البنكي عند أول طلب ونتيجة المفاوضات الاجتماعية في مجال الشغل، وغير ذلك من الحالات⁽²⁾. وقد لجأت محكمة التعقيب في عدة مناسبات لمعنى الإرادة المنفردة لفهم عدة مؤسسات مثل الشفعة⁽³⁾.

حتى الذaque، في حين لا تحتاج بعض الأعمال الأخرى إلى التعليل إلا في الحالات المعحدة نصاً. فلا وجود لمجلة إجراءات إدارية يمكن الاحتكام إليها لتحديد ضوابط العمل الإداري، لكن رجال القانون عادة ما يذكرون بالمبادئ العامة في ذلك، معنى أن العمل الإداري يمكن أن تتخذه الإدارة من تلقاه نفسها أو بطلب من المنظورين ويمكن أن يتخذ القرار بعد إعلام الغير أو خلافه وتقتضي بعض الأعمال الاستشارة المسبيقة. وقولهم في ذلك إن المبادرة والإعلام والاستشارة تهدى من المبادئ الإجرائية العامة

التي عادة ما يحکم إليها في تحديد بعض من المحدود الإجرائية في إعداد العمل الإداري ولا يمكن تطبيق القرار الإداري ومواجهة الغير به إلا بعد نشره بالنسبة إلى القرارات الترتيبية أو الإعلام به بالنسبة إلى القرارات الفردية. ومن القواعد العامة في القانون الإداري عدم رجعية القرار الإداري إلا إذا نصّ الشرع صراحة على ذلك أو كان تفاصلاً للحكم قاضياً بالغاء القرار الإداري أو في حالة السحب لقرار مشروع، وجميعها من الحالات الاستثنائية لعدم الرجعية. ويقتضي القرار الإداري بالقوية التنفيذية منذ نشره أي لا يحتاج للتحليل بالصيغة التنفيذية لتنفيذها، وهو بذلك يهدى من قبل الستنات التنفيذية غير القضائية. ويقتضي بقرينة المطابقة مع القانون وفقرة المشروعة والبعض قال بمحاجة الشيء المفضي به. ويُطلب بذلك الإذعان لهذا القرار حتى في صورة الطعن. وفي حالة عدم الانتصاع يمكن للإدارة تسليط عقوبات إدارية أو أن تطلب تسليط عقوبات جزائية أو أن تسعى إلى تنفيذ القرار جبراً. وينتهي القرار الإداري بالإلغاء أو التسحب، والقاعدة أنه يجوز إلغاء القرارات الترتيبية على خلاف القرارات الفردية، كما أنه يتوجه التمييز بين القرارات التي تشتمل حقاً والعكس، ففي الثانية فقط يمكن التسحب في كل وقت، أما في الأولى فلا يجوز التسحب إلا إذا كان القرار غير سليم ويفرض أن يقع قرار السحب في آجال الطعن.

عبد الله طلبة، مبادي القانون الإداري، ص 269 وما بعد.
توفيق بوعشبة: مبادي القانون الإداري، ص 184 وما بعد.

CH. Eisenmann : le droit administratif et le principe de légalité, E.D.C.E.p.25.
J.Chevalier : la dimension symbolique du principe de légalité, R.D.P.1990, p.1651.
Chapus,Droit administratif,p.804et suiv.
G.vedel;Pierre Delvolvé,Droit administratif,p.373 et suiv.
M.Hauriou,Droit administratif..,p.371 et suiv.
Yadh Ben Achour : Droit administratif,p.533 et suiv.

(1) قرار تعقيبي مدنى صادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 31 / 10 / 1960 نشرة محكمة التعقيب 1960 ص 58 وما بعد.

(2) راشد راشد: المرجع السابق، ص 172 وما بعد.

Mohamed Bagbag, op. cit., p. 339 et suiv.

(3) أعتبرت الدواوير المجتمعية بالقرار عدد 10488 الصادر بتاريخ 7 جانفي 1992 أن الشفعة ولكن كانت سبباً من أساس اكتساب الملكية بارادة منفردة إلا أنها تبقى خاصة لشروطها القانونية الواردة بالفصل 103 وما بعد.

R.T.D. 1992, p. 135 et suiv, obs. M.K. Charfeddine.

الإسلام⁽¹⁾. وفي ذلك الإطار كان النبي لفكرة أن الإرادة المنفردة مصدرها من مصادر الالتزامات، حيث انطلقت اللجنة من الإباحة الإسلامية وببحث عن الصياغة الحديثة، فلم تجد لها بمجلة الأحكام العدلية ووجدها بالمجلة الألمانية، ولو أن مجلة الأحكام العدلية كانت هي بدورها مصدرًا من مصادر مجلة الالتزامات والعقود ونقلت عنها عدة أحكام مثل المتعلقة بالمبادئ العامة للقانون⁽²⁾. معنى ذلك أن الفقه الإسلامي اعتمد من حيث الأصل في بيان نظام الإرادة المنفردة وأخذت اللجنة عن المجلة الألمانية الصياغة الشكلية المدعمة لذلك التوجه. وفعلاً نقرأ بهامش الفصول 18 إلى 23 من مشروع المجلة المدنية والتجارية التونسية لسنة 1899 إشارات للمدارس الإسلامية كأصل لهذه الفصول وخاصة الفقه المالكي⁽³⁾.

وعلى ذلك الأساس أورد المشرع بباب خاص، وهو الفرع الأول من القسم الثاني من الباب الأول من العنوان الثاني من الكتاب الأول، بالرضا الصادر من طرف واحد، وجمع بالفصول 18 و19 و20 و21 و22 م.اع المبادئ العامة للإرادة المنفردة، حيث ميز المشروع بوضوح بين الإيجاب الموجه لشخص غير محدث من خلال الفصول 18 و19 و20 و21 م.اع والإيجاب الموجه لشخص محدد من خلال الفصل 22 م.اع. وبين نظامهما في ذلك⁽⁴⁾.

وفعلاً وجدت الإرادة المنفردة بالقانون التونسي عدة تطبيقات، قد تخرج عن إطار مجلة الالتزامات والعقود⁽⁵⁾، فالإضافة إلى الوعود بعاجزة يمكن الإشارة إلى الإيجاب

(1) نفس المرجع السابق.

(2) الفصل 532 وما بعد.م.اع.

(3) D.Santillana: code civil et commercial tunisien, avant-projet discuté et adopté, Tunis 1899, imprimerie générale, J. Picard et comp. Rue al-Djazira.

(4) يراجع الباب الخاص بنظام التصريف الانفرادي.

(5) يصبح الحديث عن الإرادة المنفردة حتى بالنسبة إلى القانون الإداري حيث إن القرار الإداري هو الآلية الهاينة في ممارسة النشاط الإداري باعتباره تعبيراً منفرداً عن إرادة الإدارة، لكن بعضها من الأعمال المادية ما يحمل في طياته عمل قانوني مثل مكوث الإدارة. ويرتبط القرار بالسلطة الإدارية بمعنى أن يصدر عن سلطة إدارية والأغلب أن يكون تفديباً أي قابلاً للتنفيذ، معنى ذلك أن هناك قرارات إدارية لا تهدى تنفيذية مثل الأعمال التحضرية (اقترابات) والأعمال التموزجية والأعمال ذات الطابع الإرشادي. ويشير القرار الإداري من الأعمال الخاصة التي عادة ما تنشأ عن تبادل الإيجاب والقبول، في حين أن القرار الإداري يُعد تعبيراً عن امتيازات السلطة الإدارية. وتتوزع القرارات عادة بين قرارات ترتيبية وأخرى فردية. فقط أن القرارات الترتيبية الصادرة عن المخواص الذين يشرفون على مرفق عام تعتبر قرارات إدارية، كما أن القرارات غير الترتيبية المختلفة من قبل الشخص العام في إطار الملك الخاص للدولة أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية لا تهدى قرارات إدارية. ويقتضي إعداد القرار الإداري أن يصدر عن سلطة إدارية مختصة ويُتبع إجراءات خاصة، غير أنه لا وجود لإجراءات موحدة، فلكل عمل إجراءاته وتفاصيله، فمثلاً تقتضي مواصلة الموظف إدارياً ضمان

والخلاصة في جميع ذلك أن الإرادة المنفردة تعدّ مصدراً عاماً بمجلة الالتزامات منها مثل العقد والاتفاق، ويدخل جميعهما في معنى التصرف القانوني، ولا ينفي المصدر الأول المصدر الثاني، فلكل مجاله ونظامه.

الفصل الثاني: نظام التصرف الأحادي

أوردت مجلة الالتزامات فرعاً خاصاً بالتصريف الأحادي من خلال الفصول 18 إلى 22 م.أع، ولكن ذلك لا يعني أن بقية الفصول غير منطبقة على هذا التصرف، حيث وضع الفصل الثاني من مجلة الالتزامات والعقود أركان الالتزام أي الأهلية والتصریح بالرضاء والمحل والسبب وجعلها شاملة لتعمیر الذمة بالعقود وما شاكلها من التصرفات، معنى ذلك أن كل ما يدخل في باب الأركان يظل منطبقاً على التصریفات الانفرادیة أو الاختیاریة. كما أن التصریح الانفرادی، إذا ما توفرت شروطه ينشأ عنه التزام له طبيعة خاصة.

صحیح أن المشرع لم ییین بدقیق خصوصیة نشأة الالتزام الانفرادی وطبيعة آثاره، وكان من الأحسن لو فعل، ولكنه من الممكن استخراجها من خلال الأحكام الخاصة والعامية الواردة بمجلة الالتزامات والعقود. وذلك ما قام به الفقه على امتداد السنوات الأخيرة⁽¹⁾. ولنا أن نبرز مرحلة تکوین الالتزام الأحادي بدایة (المبحث الأول) قبل الحديث نهاية عن أثر هذا الالتزام (المبحث الثاني) وذلك ما يدخل في باب نظام التصریف الأحادي.

المبحث الأول: تکوین الالتزام الأحادي

يمکن للإرادة المنفردة إجمالاً أن تشیی إلزاماً أول مرتة، بمعنى أن تنقل الجانب السلبي في الذمة المالية، كما في صورة الوعد بجائزته على معنى الفصول 19 و 20 و 21 م.أع أو الإيجاب المقید بأجل على معنى الفصل 33 م.أع، أو أن تنقل الحق وهو التزام ياعطاء شيء، بمعنى أن تتفصّل الجانب الإيجابي في الذمة المالية، كما في صورة الوصیة والرثوة والإسقاط بالفقہ الإسلامي⁽²⁾، أو أن تقرّ الحق بمعنى أن تتفصّل الجانب الإيجابي في الذمة المالية، كما في صورة الإقرار واليمين بالفقہ الإسلامي، أو أن تعدل الحق أو تنهیه نهاية. ولیست تلك إلا الصور والحالات التي يرد عليها الالتزام، وليس للإرادة المنفردة خصوصیة في ذلك⁽³⁾. بقی أنه من الضروري الإشارة إلى أن عبارۃ

(1) راشد راشد: المرجع السابق، ص 172 وما بعد.

Mohamed Bagbag, op. cit., p. 110 et suiv.

(2) وحید الدین سوار: التعییر عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق.

(3) يجب الإشارة إلى أن الفصل 22 م.أع، نص على أن الملكية تكتسب بالعقد والميراث والتقادم والقانون والانتصاق واللاستيلام ولم یعن على الإرادة المنفردة. والقصد هو أن تنتقل الملكية بالعقد

الإرادة المنفردة، على أن المشرع ميز في ذلك بين التصريح بالإرادة المحددة الوجهة (1) وغيره غير المحددة الوجهة (2).

1- الشروط الشكلية في التصريح بالإرادة المحددة الوجهة

يكون التصريح محدد الوجهة إذا وجه لشخص محدد أو لعدد من الأشخاص المحددين، وذلك يعني أن التصريح لم يوجه إلى العامة بل وجه لجهة محددة جماعة أو فردًا بعينه. ويمكن أن يكون هذا الشخص أو الأشخاص حاضرين أو غائبين.

فإن كان المعين حاضراً من الواجب احترام مقتضيات مجلس العقد على معنى الفصول 27 و 29 و 30 و 32 م.أع بمعنى أن يمسك الموجب تصريحاته لفترة تأمل منطقية. وإن كان غائباً فوجب تحرير المراسلة أو إرسال رسول. وإذا وضع الأجل أخذ الموجب بذلك الأجل على معنى الفصول 28 و 33 و 34 م.أع⁽¹⁾.

وعلى ذلك الأساس فإن مراعاة قواعد مجلس العقد وتحrir المراسلة وإرسال الرسول واحترام الأجل هي الشروط الشكلية المعنية في التصريحات المحددة من حيث الوجهة. وهي شكليات ضرورية ليس لإثبات التصريح وإنما ضرورية لصحته. على أن المقصود بالشكل في هذا الباب ليست الكتابة، بل هو كل ما يضاف إلى القول والكلام حيث إن الرضائية لا تلادم مع آية حركة تتجاوز مستوى التعبير. وكل ما يتجاوز التعبير هو من قبيل الشكل في إطار التصريحات الانفرادية وفي إطار أحكام المدرسة الموضوعية بشكل عام.

2- الشروط الشكلية في التصريح بالإرادة غير المحددة الوجهة

يجب أن تتوفر في الإيجاب الموجه لل العامة نوع من الشكليات حتى يكون ملزمًا، فيعدما نص المشرع بالفصل 18 م.أع على أن « مجرد الوعد لا يترتب عليه الالتزام »، والمقصود بذلك الوعود غير الجدية التي لا تحمل الرغبة في الالتزام⁽²⁾، أدرك بالفصول المواتية 19 و 20 و 21 م.أع معنى الجدية في الالتزام بوضع جملة من الشروط الشكلية في الجعلة، حيث إن الوعود بالجمل يأخذى وسائل الإشهار لمن يأتي بشيء تلف أو يتم عمل آخر يعد مقبولاً من يأتي بشيء التالق أو يتم العمل ولو مع الجهل بالوعود ويلزم الوعود إنجاز وعده⁽³⁾، وبذلك اشترط المشرع أن تعتمد وسائل الإشهار في الجعلة سواء كانت مكتوبة أو مسموعة أو مرئية، وإذا فرض الأجل كان شرطاً شكلياً

(1) ستكون لها مناسبة لشرح أحكام مجلس العقد من خلال الفصول 27 و 29 و 30 و 32 م.أع وأحكام الفصول 28 و 33 و 34 م.أع في التعاقد بالمراسلة عند تعرضاً لشرح أحكام الرضا بالعقد.

(2) موافق الفصل 18 بمشروع المجلة المدنية والتجارية التونسية لسنة 1899.

(3) الفصل 19 م.أع.

التعهد الانفرادي قد يقصد بها في بعض الأحيان لدى البعض الالتزام المنشئ للحق باعتباره ما يحمل ضرورة لإنقال الجانب السليبي بالذمة المالية وليس لإضعاف الجانب الإيجاري الذي يحمل ضرورة إلى التصرفات الناقلة والمقررة⁽¹⁾. ولكن الإرادة المنفردة يمكن تلقيها أن تشمل جميع التصرفات الداخلة في معنى الالتزام⁽²⁾.

وباعتبار الإرادة المنفردة إنما هي في نهاية الأمر تصريح بالإرادة وجب أن تخضع لجملة الشروط الواردة بالفصل الثاني من مجلة الالتزامات والعقود بمعنى أن تتوفر الأهلية والإرادة والمحل والسبب. وإذا كانت أركان الأهلية والمحل والسبب لا تطرح إشكالاً وتبقى الأحكام العامة الواردة بالفصول 3 إلى 17 م.أع بالنسبة إلى الأهلية و 62 إلى 66 م.أع بالنسبة إلى المحل و 67 إلى 70 م.أع بالنسبة إلى السبب منطبق مع بعض الخصوصيات مراعاة للتصريح الانفرادي كما أن يكون في التصرف الانفرادي سبب واحد ويستبعد في المحل الالتزامات المتنقابلة وكل ما يكون نتيجة للطبيعة الثانية في التصرف، فإن الركن المتعلق بالإرادة فيه ما تختص به الإرادة المنفردة سواء على مستوى وجود التصريح (الفقرة الأولى) أو على مستوى سلامته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مميزات التصريح الانفرادي

التصريح الانفرادي له مميزاته سواء على مستوى الشكل (1) أو على مستوى الأصل (ب).

أ- الشروط الشكلية

يقوم الالتزام في مفهومه الشخصي على تلك الرابطة وال العلاقة بين الشخصين، وهي كافية لضمان استقرار المعاملات وأمانها، باعتبارها نتاج إرادة الطرفين، فيكتفي حينئذ قيام الثقة المتبادلة بين الطرفين دون حاجة إلى أي شكل من الأشكال. وبفقدان هذه العلاقة الشخصية في الالتزامات الموضوعية المعاصرة وتحت ضغط مطلب انتقال الالتزامات بوجه سريع لتأدية مطلب تداول رأس المال في مجتمع حديث اتسع الالتزام شكلًا حركيًا قطع مع ذلك الشكل الجامد في النظرية الشخصية، فكان الشكل في الالتزامات الموضوعية الضامن لاستقرار المعاملات وأمانها، وإذا كان الشكل هو الاستثناء في المدرسة الشخصية فإنه المبدأ في المدرسة الموضوعية⁽³⁾، وتلك حالة

والميراث والقانون وتكسب بذاته بالتقادم والاستيلاء والانتقام.

(1) راشد راشد: المرجع السابق، ص 192.

(2) Mohamed Bagbag, op. cit., p. 14 et suiv.

(3) حول أهمية الشكل في نظرية العقد يراجع تطور مبدأ سلطان الإرادة أسلفه.

بإرادة منفردة (1) مع توفر نية الالتزام (2) وأن تصرف النية ليس لالتزام الغير وإنما لالتزام الم المصرح نفسه (3).

1- الانفرادية المصدرية

يجب أن يكون التصريح انفرادياً بمعنى أن لا يقوم الشرط بصحبة الالتزام في تلاقي الإيجاب مع القبول بل يشرط فقط معنى الإيجاب، وكذلك الصورة في المشهور بالفقه الإسلامي بالنسبة إلى الوقف والإسقاط والكفالة والهبة وغير ذلك من التصرفات، فكلما اشترط المشرع صحة الالتزام على اقتران الإيجاب بالقبول إلا وكان التصرف ثانياً وبذلك يقطع مع التصريحات الانفرادية، وذلك هو توجه مجلة الالتزامات والعقوبة بالنسبة إلى الهبة والكفالة والإسقاط وغير ذلك من التصرفات الثانية. وعلى ذلك الأساس يفترض التصريح الانفرادي غياب أي تصريح ثالثي عقداً كان أو اتفاقاً، وهو تصرف انفرادي من حيث المصدر بمعنى أن الانفرادية محلها بداية الالتزام وتكون في شخص الملتم وليست في شخص آخر (4).

2- نية الالتزام

تبقي الإرادة هي الأساس في الالتزام، وهي ضرورية كذلك في الالتزام الانفرادي، ولا تقوم النية صحية في الالتزام إلا إذا أراد الفرد إحداث الآثار القانونية المرتبطة بالتعبير، فذلك المعنى تكون الإرادة وعياً وعلماً، وهي في القصد وعلم في إحداث الأثر القانوني. فإذا توفر الوعي دون العلم ما توقفت النية في الالتزام. وكذلك الصورة بالنسبة إلى الإخلال عمداً بواجب عدم الإضرار بالغير أو بالنسبة إلى الفضالة، فرغم توفر العمد وهو من الإرادة إلا أن ذلك لا يكفي لقيام النية في الالتزام لأن المخالف أو المتخل لم يكن ينوي حمل أو إحداث الآثار القانونية.

ولا يمكن للنية في الالتزام أن توفر في الإرادة المنفردة إلا إذا كان التعبير جدياً. وذلك مدار الفصل 18 م.أ.ع. فلا عمل بمجرد الوعد الذي لا توفر به معنى الجدية. ولا يكون التعبير الانفرادي جدياً إلا إذا كان خارجياً وأخذ شكلًا معيناً على معنى الفصول 19 و 20 و 21 م.أ.ع. ولذلك كان الفصل 18 م.أ.ع مرتبطاً ببقية الفصول 19 و 20 و 21 م.أ.ع بالنسبة إلى التصريحات الموجهة إلى شخص غير محدد. فلا تبرر نية الالتزام الجدية إلا مع توفر تلك الشكليات. وفي غياب تلك الشكليات يكون العرض مجرد وعد غير لازم على معنى الفصل 18 م.أ.ع. وفعلاً نقرأ بهوامش هذا الفصل بموضوع المجلة المدنية والتجارية التونسية لسنة 1899 أن «مناطق عبارة الفصل 18 هي النية. فيجب

(1) ولا يعني ذلك أن التصريح يجب أن يكون من شخص واحد، بل من الممكن أن يصدر التصريح الانفرادي عن علة أطراف كما أن بعد عدد من الشركاء بتخصيص الجائزة لمن يعبر على المطلوب.

مضماراً، فإذا قبل الرجوع في الوعد بالجعل بعد الشروع في العمل بمقتضاه فإن ضرب لذلك أجل عد على الوعاد إسقاطاً لحق رجوعه فيما وعد مدة الأجل (1)، والعبارة بالتاريخ في أفضلية الدائتين، فإذا أتم الأمر الموعود عليه أشخاص متعددون في آن واحد، يقسم الجعل بينهم وإذا تفاوتوا في وقت الإتمام كان الجعل لأسبقهم تاريخاً فإن اختلافاً في مقدار العمل كان لهم من الجعل يقدر عملهم فإن كان الجعل لا يقبل القسمة بيع إن، أمكن يعده وقسم ثمنه على المستحقين فإن لم تكن له قيمة في التجارة أو لا يمكن إعطاؤه إلا لواحد على ما يصرح الوعد فالمرجع حينذاك لقرعة (2).

ولا تتوقف الشروط الشكلية على الوعد بجائزة فقط بل إن جميع التصرفات الانفرادية توجب توفر هذا الشكل وعلى رأسها إعطاء المدين بالأوراق التجارية، وقد لا يتشرط مجرد القيام بأعمال إشهارية وإنما يفرض التحرير والكتابة.

وعلى ذلك الأساس فإن إتمام وسائل الإشهار أو تحرير الصك أو القيام بأي عمل يظهر الإرادة في إطار مادي خارجي يقوم حجة على جدية التصريح وبالتالي على صحة الالتزام بارادة منفردة. فقط أن الشكلية في هذا المعنى ليست الكتابة كما ققدم وإنما هو مفهوم يتصرف لجميع الآليات المادية التي تظهر حقيقة الإرادة وهو بذلك شكلاً مرن وبسيطة ومحركة (3).

والخلاصة في جميع ذلك أنه إذا كان الشكل يفرض عادةً لما لصحة العملية أو لمعارضة الغير أو لنشأة الحق، فإن شكليات الإرادة المنفردة شكلاً موجبة للصحة فيفترض توفرها بدايةً حتى ينشأ الالتزام وبشكل يظهر الإرادة طبق معطيات مادية خارجية، ولكنها شكلاً مرن وبسيطة ليس فيها تعقيد كما هي الصورة بالنسبة إلى الحالات الأخرى (4)، ولكنها كافية لإظهار معنى الجدية في الالتزام الانفرادي، وفي ذلك ذهب أغلب رجال القانون (5).

ب- الشروط الجوهرية

فحين تكون التصريحات الانفرادية ملزمة من حيث الجوهر يجب أن يكون التصريح منفرداً من حيث المصدر ومن حيث الآثار، فيجب أن يكون التصريح قد صدر فعلاً

(1) الفصل 20 م.أ.ع.

(2) الفصل 21 م.أ.ع.

(3) Flour: Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, dans *mélanges Ripert* 1950, T. I, p. 97.

(4) علي كحولون: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، ص 96 وما بعد، عدد 117 وما بعد.

(5) Mohamed Bagbag, op. cit., p. 135 et suiv.

راشد راشد، المرجع السابق، ص 236 وما بعد.

3-ذمة الالتزام الشخصي

يجب أن تقوم الذمة في الالتزام الانفرادي بشكل شخصي ليس من حيث المصدر وكذلك من حيث الآثار، بمعنى أن تتجه ذمة الملتم لحمل الالتزام على ذاته وليس على الغير، فيلزم الملتم بتنفيذ الالتزام بنفسه، بحيث أنه يبقى على التزامه طيلة الأجل المحدد أو طيلة أجل منطقى في غياب الأجل. ومتى ذلك لازمه أن يبقى الالتزام على عاقق صاحبه ما إن ينشأ ولا يحمل على الغير بأى طريقة كانت⁽¹⁾، فإن كان في الإرادة ما يحمل على الغير فهي قطعاً ليست إرادة منفردة، حيث إن شرط ذمة الالتزام في الإرادة المنفردة هو الالتزام الشخصي.

وعلى ذلك الأساس فإن الإيجاب للتعاقد والتزام المدين بالأوراق التجارية⁽²⁾ والاعتماد الموافق غير القابل للرجوع فيه⁽³⁾ وضمان الدفع عند أول طلب وفتح الاعتماد⁽⁴⁾ تعد فعلاً من قبيل التصرفات الأحادية لأنها فردية في مصادرها وأثارها مع القصد في التزام صاحبها بصفة فردية وفيها معنى إثقال الجانب السلي في الذمة المالية أو التنصيص من الجانب الإيجاري.

فيحمل معنى الإيجاب للتعاقد لمعنى الجدية والجسم في العرض بمعنى أن لا يبقى للطرف الآخر إلا التصرير بالقبول دون مراجعة أو تمديلاً وإلا أصبح إيجاباً جديداً فذلك يعني أن العرض تجاوز مجرد الدعوة للتعاقد وتضمن جميع المسائل الجوهرية للتعاقد. فعندئذ فقط يمكن أن يكون الإيجاب للتعاقد ملزماً، وما يلزم الموجب مسك إيجابه فترة معينة سواء حددت بأجل أو خلافه هو تلك القوة الإلزامية للإرادة المنفردة. وليس التزام المدين بالأوراق التجارية، سواء كانت شيئاً أو كمية أو سند الأمر، إلا التزاماً بإرادة منفردة لغایب الرابطة بين الملتم وبقية المظہرين والمستفيد نهاية، فقد يكون التزام المدين لحامله دون بيان المستفيد ومع ذلك يتبع الالتزام آثاره ولا يمكن أن يفهم ذلك إلا رجوعاً لمبادئ الإرادة المنفردة. ولا تصلح نظرية العقد أو المحوال أو آية نظرية أخرى لتقديم السند النظري لمعنى هذا الالتزام.

(1) ولا يعني ذلك أن الالتزام بإرادة منفردة لا يتغل إلى تركة المورث في صورة وفاته، بل إن وفاة من صدر منه الإيجاب أو تقيد تصرفه بعد صدور الإيجاب منه لا يمنع إتمام العقد على معنى الفصل 35 م.أ.ع.

(2) الشبك والكمياء وسند الأمر، الفصل 269 إلى 412 م.ت.

(3) يعرف الاعتماد الموافق على معنى الفصل 720 م.ت بأنه «هو الاعتماد الذي يفتحه أحد البنوك بطلب من شخص آخر لفائدة عميل له ويكون مضموناً بحيازة الوثائق المتمثلة فيها البضائع أثناء نقلها أو البضائع المعدة للنقل».

(4) الفصلان 705 و706 م.ت

أن تكون ذمة الالتزام جدية ليس فيها مزاح ولا تقوم على الظن والتخيّل أو الشك⁽¹⁾. كما يجب بالمثل مراعاة قواعد الشكل بالنسبة إلى التصريرات الموجهة إلى شخص معين على معنى الفصول 27 و29 و30 و32 و33 م.أ.ع، وذلك ما يبرز الجدية في ذمة الالتزام، ولذلك فإن التصريرات السريّة على معنى الفصل 26 م.أ.ع والمستاءات على معنى الفصل 25 م.أ.ع ليس لها وجود إذاء الغير ت عدم ظهورها خارجياً.

وإذا كان التصرير بالإرادة يمكن أن يقع داخلياً أي داخل النفس البشرية أو خارجها أي أن يتخذ التصرير شكلاً موضوعياً مادياً، وإذا كان التصرير بالإرادة الخارجية يمكن أن يقع صريحاً أي أن يتخذ معنى واحداً أو ضميناً أي أن يتخذ عدة معانٍ، فإن التصرير الانفرادي يجب أن يقع خارجياً بطريقة صريحة لا تدعى للشك، ولا يتحقق ذلك الشرط إلا إذا جاء التصرير بشكل موصوف على ما تقدم من شرح⁽²⁾. ولا توفر ذمة الالتزام في الإرادة المنفردة إلا إذا توفرت تلك الشروط أي الإرادة الخارجية الصريحة الشكلية وبها يتم التعبير عن الإرادة في الإرادة المنفردة وبلغ درجة كمال⁽³⁾. ولا يشترط في كمال التعبير الانفرادي قبول الطرف الآخر، فتلك مسألة لها علاقة بالاتفاقات الشائنة، إنما يعبر استلام التعبير من الغير عن نشأة الحق لهذا الغير، وتلك مسألة لها علاقة بآثار الإرادة المنفردة. إنما يجوز التمييز بين التعبير المطلق والتعبير المتعلق في التصرفات الانفرادية بهدف تمييز التصرفات الانفرادية التي تكون نهاية في حد ذاتها مثل الوعد بجازة والتصرفات الانفرادية المتلقاة التي تكون بداية أو تمهد لقيام تصرف ثانوي مثل الإيجاب للتعاقد وإن كان ملزماً في حد ذاته للموجب.

(1) D.Santillana: code civil et commercial tunisien, avant-projet discuté et adopté, Tunis 1899, imprimerie générale, J. Picard et comp. Rue al-Djazira.

ونقرأ بالهامش كذلك المصادر الإسلامية والغربية التي تأخذ بهذا المعنى.

(2) البعض لا يرى أن المشرع اشترط الشكل في التعبير الانفرادي وإن اشترط الإرادة الصريحة وذلك بسب اعتماد تعريف تقليدي للشكل وهو ضرورة الكتابة والتأكيد كذلك على أن المشرع لم يبين الوسائل الشكلية التي يجب اعتمادها. والحقيقة أنه في صورة اعتماد تعريف واسع للشكل بمعنى كل حرفة تضاف إلى القول نلاحظ كما سيق الإشارة إلى ذلك أن الشكل شرط الجدية في الالتزام الانفرادي.

راشد راشد، المرجع السابق، ص 249 وما يبعد.

(3) ميز Demogue بين التعبير المطلق والتعبير المتعلق للتعبير عن درجة كمال الإرادة المنفردة، ففي الأول يكتفى التعبير بمجرد صدوره وفي الثاني يكتفى بتلقّيه من الغير. وذلك بهدف جعل التصرير الانفرادي نهاية بتاريخ تلقّيه من الغير وليس بتاريخ إلقاءه من الملتم، كما هي الصورة بالنسبة إلى العقد. والحال أن الإرادة المنفردة تجعل التصرف نهاية من تاريخ إلقاءه وليس من تاريخ تلقّيه من الغير. Demogue: Traité des obligations , Tome 2, n° 346 et suiv.

بعضها يحمل التبيّن على البعض دون الآخر أو أن بعضها يتعيّن عن إرادة متفقة دون إرادة التزام صاحبها فردًا بالتزام نفسه⁽¹⁾.

فليس في الدعوة للتعاقد ما يحمل معنى الإرادة المتفقة لمصلحة الغير الحسم في العرض وافتقار الدعوة لمعناصرها الجوهرية، إنما هي مرحلة في المفاوضات لم يرتق العرض خاللها للدرجة الإيجاب للتعاقد بحكم إمكانية المراجعة والتعديل، وكذلك الصورة فيأغلب الدعوات للتعاقد مع أشخاص من المفروض أن تتوفر فيه جملة من الشروط الأولية. فلا بدّ من التأكيد من الصفة والشروط الجوهرية حتى يصح الحديث عن إيجاب عوضاً عن مجرد الدعوة.

وليس للإقرار على معنى الفصول 428 إلى 439 م.أع علاقة بالتصريف الانفرادي حيث إن الإقرار لا ينشئ الالتزام وإنما يقر الحق الموجود، وما كان للمقر أن يقر إلا بعد أن وجه عليه الطلب، أي أن الاتفاق حصل بين الطرفين، ونفس الصورة بالنسبة إلى اليمين على معنى الفصول 492 إلى 512 م.أع حيث إن اليمين إنما يكون بطلب من الجهة المقابلة ويتأسس على اتفاق مسبق، وهو ما يجعل اليمين بعيداً عن مقتضيات التصرف الأحادي. وببقى الاشتراط لمصلحة الغير على معنى الفصلين 38 و39 م.أع، خلافاً للبعض⁽²⁾، وتجاوزاً لجملة النظريات المعتمدة في فهم هذه المؤسسة، حيث أسلها البعض على نظرية الإيجاب⁽³⁾، وأخرون اعتمدوا الفضالة⁽⁴⁾ وذهب

(1) يراجع كذلك فيما يخص الإيماء والإجازة والإستعطاف، أحمد بن طالب، التقويت في ملك الغير، المرجع السابق، ص 338 وما بعده.

(2) Mohamed Bagbag, op. cit., p. 306 et suiv.

فيعد أن ذكر الكاتب بسوابن النقاشات المعتمدة في فهم أساس الاشتراط لمصلحة الغير بما في ذلك نظرية الإيجاب والفضالة والإرادة المتفقة، انتهى إلى أن الإرادة المتفقة هي التي يمكن أن تقوم سندًا في فهم آليات هذه المؤسسة تغria للصيغة الأحادية والتجزئة في تصرف المشرع، وهو ما يقوم سندًا كذلك في فهم الحق المباشر للمستفيد في علاقته مع المعهد وعدم إمكانية الرجوع في الاشتراط من قبل المشترط.

(3) وذلك بنشأة الحق لفائدة المترتب بموجب العقد المبرم بين وبين المعهد أو الملتزم، فيدخل الحق بالذمة المالية التابعة للمشترط ثم بعد ذلك يعرض المشترط هذا الحق على الغير المستفيد، فإن قبله ثناً العقد الجديد والثاني بين الغير والمشترط، وبدل هذه النظرة غير دقيقة لأن الاشتراط لمصلحة الغير لا يوجب موافقة الغير المستفيد، كما أن إيجاب المشترط يسقط بوفاته ومن شأن هذه النظرة أن تقي العمال بالذمة المالية للمشترط قبل إحالته إلى الذمة المالية للمستفيد، فيصبح التنفيذ على هذا المال من قبل ذاتي المشترط وهو ما يخالف مقتضيات الحق المباشر للمستفيد ويعارض مع تاريخ نشأة حق المستفيد أي تاريخ إبرام العقد بين المشترط والملتزم.

(4) حيث يقوم المشترط بإدارة حقوق الغير دون إذن منه، مع أن هذه النظرة تبقى بعيدة عن مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير حيث إن المشترط ليس وسيطاً أو وكلاً لأحد بل إنه يتصريف في حق نفسه.

وليس الاعتماد الموثق غير القابل للرجوع فيه *crédit documentaire* على معنى الفصول 720 إلى 727 من المجلة التجارية، تجاوزاً لعدة مؤسسات قدمها البعض على أنها أساس للاعتماد الموثق مثل الالتزام بالأوراق التجارية والاشتراك لمصلحة الغير والكتالة والحوالة، إلا التزاماً بارادة متفقة من جانب البنك، حيث إن التزام البنك في الاعتماد الموثق يكون بتاريخ إرسال خطاب الاعتماد من قبل البنك إلى المستفيد وليس بتاريخ الاتفاق بين الأمور والبنك ويصبح الاعتماد غير قابل للنقض بمجرد وصول خطاب الاعتماد إلى المستفيد وليس للبنك أن يعارض المستفيد بأي دفع ناتج عن علاقة البنك بالأمر، وهو ما يختلف عن طبيعة الاشتراك لمصلحة الغير وطبيعة التداول في الأوراق التجارية. والاعتماد الموثق ليس مجرد حالة على معنى الفصول 229 وما بعد م.أع، فليس فتح الاعتماد مجرد تكليف الغير بأداء الدين لطرف ثالث في اتفاقية تبرم بين المنيب والمناب لديه حيث إن الحالة تتضمن اتفاقاً يبرم بين المنيب déléguant (المدين) والمناب لديه délégitataire (المستفيد) أو أنها تفترض اتفاق جميع الأطراف المنيب والمناب عليه والمناب لديه، وهو ما يختلف بطبيعة الحال عن الاعتماد الموثق⁽¹⁾. كما أن هذا الاعتماد ليس مجرد كفالة يكفل بموجهاً البنك الوفاء بديون الآمر لفائدة المستفيد حيث إن الكفالة على معنى الفصول 478 وما بعد م.أع تعدد عقداً تبعياً للعقد الأصلي، بينما الاعتماد ينشأ مستقلاً عن عقد البيع الذي يمكن أن يكون أساساً لتكونه وتبقي البنك أجنبية عنه⁽²⁾. وبذلك فإن التزام البنك يتميز عن العقد المبرم بين البائع والمشتري وعن العقد المبرم بين الأمور والبنك بطبيعته الانفرادية⁽³⁾.

ونفس الصورة تظهر بالنسبة إلى ضمان الدفع عند أول طلب à ouverture de crédit première demande أو فتح الاعتماد première demande متى يلتزم البنك بالدفع لفائدة المستفيد بصرف النظر عن علاقة البنك بالأمر أو بالمستفيد، وإنما تقوم الإرادة المتفقة أساساً لفهم هذه المؤسسة التي أنتجهها التطبيق التجاري.

بينما تبقى مجرد الدعوة للتعاقد والفضالة والإشتراط لمصلحة الغير بعيدة والإقرار واليمين والعقد الملزم لجانب واحد والفضالة والإشتراط لمصلحة الغير بعيدة كل البعد عن التصرفات الأحادية لأنها ببساطة كانت نتيجة اتفاق بين طرفين ولو أن

(1) علي كحلو: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 150 وما بعده.

(2) الفصل 720 فقرة ثانية م.ث.

(3) علي كحلو: قانون التأمينات وطرق استخلاص الديون العامة والخاصة، مجتمع الأطروحات للكتاب المختص، 2011.

الوصي لا يلزم نفسه قليلاً له القدرة على تنفيذ التزامه إذ الوصية تملك بعد الموت، فليس على الموصي من واجب بعد الموت ويفع الواجب على الورثة والغير. ففي الوصية إرادة منفردة لكنها إرادة غير مكتملة لأنها لا تلزم صاحبها. وليس للموصي من قدرة سواء بعد الموت وحتى قبل الموت حيث إن صور الرجوع في الوصية وبطانتها محددة قانوناً وليس للإرادة المنفردة أصل في ذلك⁽¹⁾. والفضالة على معنى الفصول محددة قانوناً وليس للإرادة المنفردة أصل في ذلك⁽²⁾. وإنما هي عمل مادي أو تصرف قانوني، إدارياً إلى 1194 م.أ.ع، وخلافاً للبعض، إنما هي عمل مادي أو تصرف قانوني، إدارياً إلى 1179 كان أو تقويتاً، يقوم به الشخص ضرورة في مال الغير دون إذن صاحبه أو تفويض منه. فللشخصولي فعلاً متطلقات فردية، لكنه ليس له الإرادة في الزام نفسه، فما إن تحرّك فردياً حتى فرض عليه القانون إتمام الأعمال والتصرفات بشكل محدد قانوناً، ولذلك ليست الفضالة التزاماً بإرادة منفردة بل هي واقعة قانونية أو تصرف قانوني ربّ عليهم المشرع آثاراً قانونية.

ويمكن أن نخلص كما خلص البعض إلى أن الإرادة المنفردة هي «تصرف قانوني» بمقتضاه، يبرر شخص إلى الوجود، نيته في الالتزام شخصياً، عن طريق تعبيره عن إرادته الذاتية، بقصد إنشاء الالتزام على عنته⁽³⁾، ولكننا نضيف إلى ذلك أنه تصرف شكلي بمعنى أن تتوفر في التصرف نوع من الشكل في صياغته العامة المرنة والمتحركة. ولا يكفي أن يتواجد التصریح بهكذا تعريف بل يجب أن يسلم من أي عيب كذلك.

الفقرة الثانية: سلامة التصریح الانفرادي

كما أن الرضا يجب أن يكون موجوداً في التصریحات الانفرادية بمعنى أن يكون تصریحاً خارجياً يستشف منه الانفرادية في الالتزام الشخصي، فإنه بتنفس الترجمة يجب أن يكون تصریحاً سليماً من أي عيب يصيغه، على أنه من المفید في هذا الباب التمييز بين النظرة الموضوعية والشخصية لعيوب الرضا، وفي ذلك اختلف رجال القانون.

-المفهوم الموضوعي: وليس القصد من ذلك هو حماية الإرادة الداخلية الباطنية للملزم إذ التصریح الانفرادي هو تصریح خارجي تعريفاً بمعنى أن يعاني بصفة موضوعية خارج نسبية المتدخل، بل يجب بتنفس الترجمة اعتماد معيار موضوعي لعيوب بمعنى أن يواخذ كل ما يصيب التصریح من عيب ليس لأن فيه ما يصيب الإرادة الباطنية بل

(1) ويذكر كذلك أن الوصية تملك ما بعد الموت فهي بذلك تقل للملکية إلى شخص أي خروج مال من ذمة مالية وهي عبارة عمما يتصنف الجانب الإيجابي في الذمة المالية بحيث أن المستفيد يكتفي ما ينتقل إليه ويفقد للمحيل حق التصرف في ماله دون حله، بينما إنشاء الالتزام يختلف عن ذلك بمعنى أنه يحقق الجانب السلبي في الذمة المالية وتبقى الذمة المالية ضماناً لذلك الالتزام.

(2) راشد راشد، المرجع السابق، ص 236.

البعض الآخر إلى التصرف الأحادي من جانب المشرط⁽¹⁾، فإن الاشتراط لمصلحة الغير ينشأ نتيجة اتفاقية مبرمة بين المشرط والملزم وهي التي تبين حقوق المستفيد ويدانه سريان حقوقه من الاشتراط وهي التي تقوم سبباً في تمسك الملزم بجميع الدفعات في علاقته بالمستفيد، وليس نتيجة الإرادة المنفردة للمشرط، وإنما يمثل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء لقاعدة المفعول النسبي للعقود واستثناء لقاعدة أن لا يلزم الشخص غيره دون وكالة. كما أن الواجبات العائلية أو الأسرية الواردة بمجلة الأحوال الشخصية في التفقة ومرعاة حقوق الزوج أو الزوجة والحضانة والعلاقة بين الأبناء والتزامات الأولياء وما شابه ذلك إنما سنته عقد الزواج وما يتجاوز العقد ليس نتيجة الإرادة المنفردة وإنما ينحدر من القانون مباشرة وليس للإرادة المنفردة أساس في ذلك. والعقد الملزم لجانب واحد، وعلى خلاف العقد الملزم لجانبين، كان نتيجة اتفاق مسبق بين الطرفين فقط أنه ملزم لجانب دون الآخر مثل الهبة بدون عوض على معنى الفصل 200 م.أ.ش أو الكفالة على معنى الفصول 1478 إلى 1531 م.أ.ع، والوعد بالتعاقد، ولكنه يبقى عقداً باعتبار المصدر في الإيجاب والقبول. ولقد ذهب فقه القضاء في فترة معاينة إلى اعتبار الوعد الملزم لجانب واحد بمثابة التصریح الانفرادي أساساً الفصل 22 م.أ.ع وذلك بهدف سحب سحب الوعود من فريضة خصوص العقد لرخصة الولاية مسبقاً على معنى أمر 4 جوان⁽²⁾ 1957، كما ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الفصل 33 م.أ.ع في الإيجاب المعلن على أجل أساساً في ذلك⁽³⁾، بالرغم من أن الوعود الملزم لجانب واحد يبقى عقداً يفترض الإيجاب والقبول⁽⁴⁾. على أن محكمة التعقيب سرعان ما تراجعت عن ذلك الموقف وأرجعت الأمور إلى نصابها باعتبار هذا الوعود سواء كان ملزماً لجانب واحد أو للطرفين إنما هو عقد يحمل التزاماً بالقيام بعمل ما يدى ناتجاً عن إرادة الفرد على نقل الملكية⁽⁵⁾. ورغم أن الإضرار بالغير هو فعلًا عمل مادي ناتجاً عن إرادة الفرد على معنى الفصول 82 وما بعد ولكنه ليس من التصریح الانفرادي في شيء لأن المتدخل لا يزيد إلزام نفسه بذلك التدخل، بل إن القانون هو الذي يربّ آثاراً عن هذا العمل. فهو في نهاية الأمر إخلال بواجب قانوني لا وهو واجب عدم الإضرار بالغير. وليست الوصية، خلافاً للبعض، على معنى الفصول 171 إلى 196 م.أ.ع تصریفاً آحادياً لأن

(1) حيث يقوم الحق للغير نتيجة الإرادة المنفردة للمشرط ولا يشترط موافقة المستفيد.

(2) Cass. Civ. 30/10/1960, R.T.D., 1967, p. 209 note Bigot.

(3) E.Arfaoui: L'autorisation du gouvernement dans le contrat de vente immobilière, mémoire D.E.S., Tunis 1976, p.60 et suiv.

(4) M.K.Charfeddine: Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière; centre d'études de recherches et de publications 1993, p. 44 et suiv.

(5) قرار الدوائر المجتمعية عدد 90 جانفي 1976 المجلة القانونية التونسية 1976، 1، ص 103

و كذلك مجلة القضاء والتشريع 1976، عدد 2، ص 37.

كان موضوعياً، إذ المفاهيم الشخصية تتعارض أصلاً مع نظام الإرادة المنفردة. والقول بخلاف ذلك يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم إمكانية الحديث عن عيوب الإكراه والغلط والتغير والغبن في إطار باب الإرادة المنفردة.

النظرة الشخصية: على أن النظرة الشخصية لا ترى أي فرق بين التصريح الانفرادي والتصريح الثنائي في شأن عيوب الرضا، فقد أورد المشرع التصريح بالرضا بالقسم الثاني من الباب الأول من مجلة الالتزامات والعقود وشمل هذا القسم ثلاثة فروع: الفرع الأول خصص للرضا الصادر من طرف واحد (الفصول 18 إلى 22 م.اع.). الفرع الثاني خصص للتصرفات الثنائية (الفصول 23 إلى 42 م.اع.). أما الفرع الثالث فقد خصص لعيوب الرضا (الفصول 43 إلى 61 م.اع.). وهو ما يعني أن عيوب الرضا تطبق على التصريح مهما كانت طبيعته أحدياً أو ثانياً، مع مراعاة خصوصية التصريح الانفرادي في أنه انفرادي وليس ثانياً. ولم يربط المشرع بين عيوب الرضا والتصرف بل ربط بين العيوب والإرادة. ولما كانت الإرادة أمراً فقرياً قبل أن تظهر تحداث خارجياً آثارها، فإن عيوب الرضا إذا ما أخذت من إرادة المتصريح بصفة جوهرية فإنه يصح لها الأخير طلب الإبطال طبق القواعد العامة. وبالتالي فإن الغلط والإكراه والتغير والمرض والسكر إذا ما أبقى آثاره على الرضا وكان محدداً للتصرير فإنه يجوز الإبطال كما هي الصورة في باب العقود⁽¹⁾.
وتجاوزاً لما في النظرة الموضوعية والاتجاه الشخصي من مجادلة وإذا سلم التصرير من أي عيب وقامت الشروط الشكلية والجوهرية قامت الآثار.

المبحث الثاني: آثار الالتزام الأحادي

الأكيد أنه مع قيام الشروط الشكلية والجوهرية في التصرف الانفرادي قيام لحق المستفيد يلزم الملزم بمراعاته وتقوم فيه المسؤولية في صورة مخالفة قواعده. فذلك يعني أن آخر التصرف ياردادة منفردة يشمل المستفيد من ناحية (الفقرة الأولى) والملزم من ناحية أخرى (الفقرة الثانية).

(1) ويرى البعض أنه من الممكن الإبطال إذا ما توفر الغلط والإكراه لكنه لا يمكن في صورة التغير نظراً لأن المشرع لم ينص على الإبطال في هذه الصورة بل من الممكن طلب التعويض على أساس المسؤولية التصصيرية كما أن صورة الغبن لا يمكن أن توفر في حالة التصرف الانفرادي في باب الثانية.
واشـد راشـد، المرجـع السـابـق، صـ 294 وـ ما بـعـدـهـ.

لأنه يخل بمبدأ التوازن الموضوعي للالتزامات، فالاصل أن تباشر الالتزامات في غياب أي عيب وتحفظ قواعد المتناسبة الموضوعية بمعنى جميع الأساليب الخارجية عن السير العادي في المعاملات، والخلاف أن يظهر ما يخل بهذا التوازن الموضوعي. ولا يمكن أن يتحقق هذا التوازن إلا إذا أمكن مواجهة العيب أي العنصر الأجنبي في حد ذاته.

ولما كانت عيوب الرضا منحصرة في الغلط والتغير والإكراه والغبن وينضاف إلى ذلك ما يتعلق بحالتي السكر والمرض، فإن مقتضى الموضوعية فيها أن تؤخذ في حد ذاتها توصل للقول بإبطال التصرف ولا يعتقد بنتائجها في التأثير على باطن الملزم، فالإكراه يؤخذ في حد ذاته لأنه إكراه ترفضه القواعد السليمية في المعاملات وليس لأنه ألم المتدخل إرادة يتصرف لم يكن يريدنه⁽²⁾ وكذلك التغير فلا أنه جنحة في حد ذاته ويؤخذ الغلط باعتباره انتصار عن واقع الشيء وحقيقة فهو مجرد معاينة موضوعية يمعني أن يجد الغلط كفاية في واقع الحال دون الرجوع إلى اعتبارات نفسية أو رغبات شخصية والغبن ليس إلا الفارق بين حقيقة الشيء وما اعتمد⁽³⁾. وإذا كانت عيوب الرضا تطرح بعض الإشكاليات في تعريفها وخروجهما عن المفاهيم الشخصية كما سيأتي فإن المشرع اعتمد معياراً موضوعياً واضحاً في شأن الغبن، إذ الغبن في نهاية الأمر ليس إلا الفارق بين القيمة الحقيقية والقيمة المعتمدة، كما أن حالتي السكر والمرض الواردتان بالفصلين 58 و 59 م.اع. إلى جانب إطار الغبن الوارد بالفصل 60 م.اع كافية في حد ذاتها لتأسيس ما يعرف بعيوب الاستغلال المفضي لطلب إبطال التصريح على حد تعبير جانب من الفقه⁽⁴⁾.

فقد جاءت عيوب الرضا كنتيجة لمبدأ سلطان الإرادة واتصلت بمعنى الإرادة الباطنية، ولما اعتمد المشرع التونسي التصريحات الانفرادية كمصلحة مستقلة في الالتزامات وهو جانب موضوعي في الالتزام، فلا يمكن مطلقاً اعتماد نظرية عيوب الرضا في مستوى الشخصي في إطار التصريحات الانفرادية، فلا يؤخذ منها إلا ما

(1) Mohamed Bagbag, op. cit., p.177 « si la violence doit être sanctionnée, ce n'est pas tant qu'elle viole la volonté car, ou elle ne le fait pas du tout, ou elle le fait trop, mais parcequ'elle fausse le libre jeu des rapports obligataires, et perturbe la sécurité nécessaire dans le monde des affaires ».

(2) الهم أن القانون الروماني، بالرغم من طبيعته الشخصية وعدم اعترافه بالإرادة المنفردة، لم يعترف بعيوب الرضا على مستوى تكوين العقد بحكم الصبغة الشكلية التي يتميز بها فالعقد لا يمكن إلا بحسب أشكال ثلاثة، الوزن الصوري واللقطة والكتابة، ولم يكن لعيوب الرضا من أثر على تكوين العقد إلا بطريقة استثنائية حيث إن الغلط لا يؤدي للإبطال إلا إذا وقع في محل الالتزام أو في شخص المتعاقد أو في بعض الصفات كما أن التغير والإكراه يعذلان سببين يبردان الامتناع عن الوفاء بالعقد أو طلب الفسخ باعتبارهما من قبل الجنيح الذي يعاقب عنها بخلالها بواجب الزراقة في العقد، وما كان ذلك حماية لإرادة الطرفين. وللفقه الإسلامي رأي مميز في ذلك. يراجع باب الرضا في العقد.

(3) Mohamed Bagbag, op. cit., p196.

الفقرة الأولى، آثار التصرف بارادة منفردة على المستفيد

إذا كان من الممكن أن يعود المستفيد على التصرير الانفرادي بمجرد كماله، فمن المفروض أن تسأله عن تاريخ نشأة حق المستفيد. ففي أي لحظة يمكن القول إن التعبير عن الإرادة المنفردة خرجت عن إرادة صاحبها وأنشأت الحق للغير؟ فإذاً أن تأخذ بتاريخ التصرير بالإرادة أو بتاريخ اتصال علم الغير به أي بتاريخ التصدير أو بتاريخ الإسلام.

ويبدو أن المشرع قد وضع القاعدة العامة في كمال التصرير بالنسبة إلى المصح بالفصل 35 م.ا.ع حيث إنه «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»، معنى ذلك أن تصدير الإيجاب كاف في هذه الصورة أي أن التصرير إذا ما خرج عن صاحبه وأصبح قيمة موضوعية ألزمت صاحبها منذ ذلك التاريخ ولا تحتاج لتسليم.

فتقوم بذلك، حسب قول أول، الإمكانية أو الأمل للغير المستفيد من تاريخ كمال الالتزام أي من تاريخ التصدير، حيث تتحقق الإمكانية للغير في التعويل على موضوع التصدير، والأمل مقدمة للحق أو هو مجرد رخصة أو إباحة توصل لمعنى الحق إذا التمسها من أراد الاستفادة منها، حيث إن الحق سلطة م晦مة قانوناً تؤدي حتماً للسيطرة المادية على عناصر الحق بينما الرخصة هي الإمكانية القانونية في الوصول لذات الحق مثل الملكية فهي حق والملك رخصة. وعلى ذلك الأساس لا يميز الحق للمستفيد فعلياً إلا بتاريخ تفزيذ الالتزام تجاوزاً لأي علاقة مسبقة بين الملزم والغير.

على أن حق المستفيد هو في حقيقة الأمر حق مجرد أو هو تصور يتجاوز معنى السلطة المادية إذا أخذنا بالتعريف الافتراضي للحق باعتباره تصور ذهني يتجاوز معنى السلطة ويدخل في شأنه جميع المعاني الخاصة بالأمل والرخصة وغير ذلك. فيكون حق المستفيد قائماً بتاريخ كمال التصرير، على أن آثار هذا الحق لا تكتمل إلا بالممارسة الفعلية له^(١).

ولا يقبل هذا الحق التقادم وإنما يتعرض للسقوط والإمكانية الرجوع المخولة للملزم. فمع كمال الإرادة المنفردة تتحقق وضعيّة قانونية يستفيد منها الغير. والقاعدة العامة في ذلك أن الإرادة المنفردة ملزمة لصاحبها بتاريخ كمالها ولا يتقادم الحق فيها للغير وإنما يسقط إذا لم يمارس في الأجل على فرض أن الأجل فرض أو خلال مدة

(١) والحقيقة أن العبرة في الحقوق بمصدرها تصرفاً قانونياً كان أو واقعة، إنما تميز عادة بين وجود الحق وتقديره واستحقاقه وتنفيذه. فيربط الوجود بالمصدر على وجه التحديد، أما التقدير والاستحقاق والتتفيد تلك مراحل ثالثة وجود الحق وقد تزامن مع الوجود في بعض الأحيان.

منطقية. وكما نشأ الحق بارادة منفردة يمكن أن ينقضى بارادة منفردة وهو ما يعبر عنه بحق الرجوع إذا لم ينتفع الغير به في الأجل أو في المدة المنطقية. فما يميز الإرادة المنفردة حينئذ أن حق الغير يمكن أن يسقط إذا لم يمارس في الأجل وأن الملزم يقوم له حق الرجوع إذا لم يستفاد الغير بذلك الحق. ولذلك نص الفصل 20 م.ا.ع، في إطار التصريرات العامة على أنه «لا يقبل الرجوع في الرعد بالجعل بعد الشروع في العمل بمقتضاه فإن ضرب لذلك أجل عدد على الواقع إسقاطاً لحق رجوعه فيما وعدد مدة الأجل»؛ معنى ذلك وبطريقة عكسية أن المستفيد يسقط حقه إذا لم ينفذ خلال الأجل أو إذا لم يدار بالتنفيذ بعد أن كمل التصرف في صورة غياب الأجل. كما نص المشرع في إطار التصريرات المحددة من حيث الوجهة على نفس هذه القاعدة بالفصل 30 و 33 و 34 م.ا.ع.

على أن القاعدة العامة في ذلك، سواء كانت التصريرات موجهة لشخص محدد أو غير محدد، سواء كانت ملقة أو متلقاة، أن حق المستفيد لا ينشأ إلا بتسليم التصرير الذي قد تختلف صورته حسب إن كان التصرير موجه إلى شخص محدد فيسلم الرسالة أو كان غير موجه لشخص محدد فيحصل بالإشارة والإعلامات وباشر التنفيذ.

ولذلك نص الفصل 19 م.ا.ع بالنسبة إلى الوعود بجائزة وهر من التصريرات غير المحددة على أن «الوعود بالجعل يأخذون وسائل الإشهار لمن يأتي بشيء تلف أو يتم عمل آخر يعد مقبولاً من يأتي بشيء التالفة أو يتم العمل ولو مع الجهل بالوعود ويلزم الواقع إنجاز وعدة». معنى ذلك أن الإثبات بشيء التالفة أو إتمام العمل هي الواقعية القانونية المعبرة عن تنفيذ الالتزام وهو الواقعية التي جعلت الحق سلطة بعدما كان مجرد أمل أو رخصة، فلا يعain حينئذ حق المستفيد إلا بتاريخ تنفيذ الالتزام. ونفس الصورة أخذتها الفصل 21 م.ا.ع في صورة تعدد المستفيدين «إذاً أتم الأمر الموعد عليه أشخاص متعددون في آن واحد يقسم الجعل بينهم وإذا تفاوتوا في وقت الاتمام كان الجعل لأسبقيهم تاريخاً فإن اختلافاً في مقدار العمل كان لهم من الجهل يقدر عملهم فإن كان الجعل لا يقبل القسمة بيع إن أمكن بيعه وقسم ثمنه على المستحقين فإن لم تكن له قيمة في التجارة أو لا يمكن إعطاؤه إلا لواحد على ما يصرح الرعد فالمرجع حينئد للقرعة». وذلك يعني أن المساعدة في التنفيذ هو معيار مقدار الحق للمستفيد.

وليست هذه الصورة خاصة بالجعل أو الوعود بجائزة بل هي صورة يتجه اعتمادها بالنسبة إلى جميع الحالات التي يتمثل فيها التصرف الانفرادي دون بيان وجهة التصرير؛ ويبدو أن المشرع أخذ بنفس الاتجاه حتى في صورة إذا كان التصرير موجهها لشخص محدد كما في صورة القرض المؤتمن وفتح الاعتماد وغير ذلك من الصور، فلا يتعارض الالتزام آثاره بالنسبة إلى المستفيد إلا بتاريخ التسلیم، حيث نص الفصل 22 م.ا.ع يتعارض الالتزام آثاره بالنسبة إلى المستفيد إلا بتاريخ التسلیم، حيث نص الفصل 22 م.ا.ع

والخلاصة في جميع ذلك أن حق المستفيد لا يقوم إلا بتسليم التصريح الذي يمكن أن يتخذ عدة أشكال سواء كان التصريح لشخص محدد أو غير محدد، ويرتد حق المستفيد لبداية كمال التصريح الانفرادي أي إلى تاريخ التصدير بالنسبة إلى التصريحات الملقاة بينما لا يرتد الحق المتنقل.

الفقرة الثانية، آثار التصرف بارادة منفردة على الملزوم

مع كمال التصرف الانفرادي يحدث التصرف قوته الإلزامية في مواجهة المتصحّح، وبمخالفتها تقوم مسؤوليته.

-بداية التزام المتصحّح: ينشأ الالتزام بتاريخ التعبير عن الإرادة من قبل الملزوم، ويكمّل التصريح الانفرادي بتصديره وقد وردت القاعدة العامة في كمال التصريح بالفصل 35 م.أع حيث إنه «لا يمنع إتمام العقد وفاة من صدر منه الإيجاب أو تقديره تصرفه بعد صدور الإيجاب منه إذا حصل القبول من الطرف الآخر قبل علمه بوفاة صاحب الإيجاب أو تقديره». معنى ذلك أنه إذا خرج التصريح عن صاحبه في اتجاه الطرف الآخر يمكن انطلاقاً من تلك اللحظة التعويم عليه، ولا يهم إن توفي المتصحّح أو فقد أهلية حيث بالإمكان إلزامه. ذلك أنه انطلاقاً من توجيه التصريح ينفصل التصريح عن صاحبه ويتحدّث شكلاً اجتماعياً موضوعياً، ويمكن إثبات هذا التوجيه بجميع الوسائل باعتباره واقعة قانونية في نهاية الأمر⁽¹⁾. كما يمكن الأخذ بهذا المبدأ في جميع التصريحات سواء كانت موجهة لشخص محدد أو لغير ذلك وإن ورد الفصل 33 م.أع في إطار التصريحات الموجهة لشخص محدد.

وكنتيجة لذلك المبدأ يقوم الالتزام بتاريخ التصريح على ما تقدم من تفصيل، ويمكن للغير أن يتبعه بأثاره ويفقد بعدها الملزوم حق الرجوع عن الالتزام، معنى ذلك أن الملزوم بعد أن قام الالتزام صحيحًا بتوفر شروطه يمكن له الرجوع باتخاذ نفس الإجراءات والشكليات في نشأة الالتزام إذا لم يسع أي طرف إلى تنفيذ الالتزام، أما إذا بادر الغير بالتنفيذ سقط حق الرجوع وقام حق الغير في مواجهة الملزوم، أما إذا ضرب الملزوم أجلاً امتنع عن الرجوع خلال ذلك الأجل وإذا انقضى الأجل دون تنفيذ صبح

(1) ييدو أن مجلة الالتزامات التونسية قد نقلت الفصلين 130 و 153 من المجلة الألمانية التي أخذت بالنظر الموضعية للالتزام في جعل التصريح ملزماً حتى في صورة وفاة المتصحّح أو فقدانه الأهلية، وهو رأي لا تأخذ به المدرسة الفرنسية. رغم أن قمة القضاة بفرنسا اتجه في فترة معينة للأخذ بهذا الرأي لكن سرعان ما تراجع للحل التقليدي المخالف للحل الوارد بالفصل 33 م.أع وبأحكام المجلة الألمانية.

Mohamed Bagbag, op. cit., p. 273 et suiv.

على أنه «إذا كان الالتزام من طرف واحد لزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للملزوم له»، معنى ذلك أن التصرف الانفرادي وإن كمل بتصديره فلا يمكن للطرف الآخر أن يدعى حفناً إلا بتاريخ اتصاله بالإيجاب⁽²⁾.

كما أخذ المشرع بهذا الاتجاه في تحديد بداية حقوق الموجب حتى بالنسبة إلى القبول باعتباره تصريحاً انفرادياً من جانب الموجب له، فينشأ حق الموجب، أي حق الموجب في الرجوع في الإيجاب، بتاريخ توصله بجواب الموجب له أي بتسليميه الجواب وفي ذلك المعنى جاءت عبارات الفصلين 33 و 34 م.أع⁽³⁾.

على أن نظرية التصريح المطلق أي التصريح الذي يكون نهايّاً في حد ذاته والتصريح المتنقل أي التصريح الانفرادي الذي يكون تمهيداً لتصريف ثانٍ بالغة الأهمية في تحديد مدى رجعية حق المستفيد من عدمها⁽⁴⁾. فإذا كان التصرف ملقيًّا بمعنى أن يكون نهائياً مثل الوعد بجائزه وليس تمهيداً لتصريف ثانٍ، تكون إرادة الملزوم كافية لوحدها لنشأة الالتزام ولا تحتاج إلى إرادة مقابلة، فيما إن كمل التصرف حتى يحدث نتائجه القانونية، وينشأ حق المستفيد بذلك التاريخ، على أن أثر الالتزام لا يتحقق بطبيعة الحال إلا بالتنفيذ. وبذلك يعتمد تاريخ التسلّم ويبلغ الإشهاد في نشأة حق المستفيد على ما تقدم من تفصيل وينتفي الالتزام يعود تاريخه لبداية كمال الالتزام أي إلى بداية التصدير. وإذا كان التصرف الانفرادي ملقيًّا بمعنى أنه مقدمة لتصريف ثانٍ كما هي الصورة بالنسبة إلى الإيجاب للتعاقد، فيطلب توصل الموجب له بالإيجاب، وبذلك يكون تاريخ تلقي الإرادتين ببداية نشأة حق وليس في ذلك رجعية⁽⁵⁾.

(1) Souad Youssef Née Babai: L'acte juridique unilatéral source autonome d'obligation en droit privé, thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, p. 517 et suiv.

(2) وعلى ذلك الأساس يجب التمييز بعناية بين تحديد أثر الالتزام الانفرادي بالنسبة إلى المستفيد وببداية تلقي الإرادتين في التصرفات الثنائية. فهو في الأول تسلّم التصريح من طرف المستفيد وفي الثاني إعلان القبول على معنى الفصل 28 م.أع.

(3) ذكر أن فكرة التصريح المطلق والتصريح المتنقل هي فكرة ألمانية بالأصل وقال بها Demogue ، ولكنه جعل لهذه التصريحات على اختلاف أنواعها نفس الآثار حيث إن التصريح لا يكمل حسب هذا الاتجاه إلا بتسليم التصريح من الجهة مقابلة.

Demogue: Traité des obligations , Tome 2, p. 142 et suiv., n° 542 et suiv.
ولأنه من الممكن اعتماد تقسيمات أخرى بين التصريحات الموجهة إلى الكافة والتصريح الموجهة إلى شخص محدد لفهم أبعاد الانفرادية.

Mohamed Bagbag, op. cit., p. 233 et suiv.

Saleilles.R: Op. cit, p.9 et suiv.

ويمكن كذلك اعتماد تقسيمات أخرى في هذا الإطار بين التصريحات السليمة التي لا توجب الموافقة من الجهة الأخرى والتصريحات الإيجابية التي توجب ذلك على رأي Chabas.

Chabas: Op. cit., p. 19 et suiv.

(4) وحيد الدين سوار: التغير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق.

والأطراف. زمنيا يلتزم المتصح بمسك تصريحه إلى أن يقوم حق الرجوع على ما تقدم من تفصيل، موضوعا تنفذ الالتزامات على معنى الفصل 243 م.أع، أطراها يمتد أثر الالتزام إلى المتصح وورثته على معنى الفصل 241 م.أع.

وينفذ الالتزام طبق الفصول 248 وما بعد م.أع، وتجري أحكام عدم الوفاء على معنى الفصول 268 وما بعد م.أع . والملخص في جميع ذلك أن الالتزام ينفذ اختيارا أو قهرا ويمكن أن يكون عينا، فإذا استعصى التنفيذ العيني كان التنفيذ بمقابل طبق المبادئ العامة الواردة في تنفيذ الالتزام بوجه عام⁽¹⁾.

-**مسؤولية المتصح:** وعلى ذلك الأساس تقوم مسؤولية المتصح، فإذا خالف الملتزم قواعد الإرادة المنفردة تقوم المسؤولية. وليست المسؤولية في التصرف الإلزامي إلا مسؤولية مدنية أساسها الإلزامية للتصرف الانفرادي، وأساس القوة الإلزامية هي الإرادة نفسها، ولكن ليست إرادة الطرفين وإنما إرادة المتصح فقط.

فيمكن القول مبدئيا إن ضوابط المسؤولية هي المبادئ العامة المعلومة في المسؤولية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السمية سواء كانت مسؤولية تعاقدية أو تقصيرية في غياب نصوص خاصة بالمسؤولية في التصرف الانفرادي، خاصة وأن القانون هو المحدد في حقيقة الأمر لأحكام المسؤولية وليس لإرادة الأطراف أو الواقع أي أثر على أحكام المسؤولية.

والحقيقة أنه طالما تواجد التصرف القانوني لا تكون المسؤولية إلا مسؤولية مدنية مبنية على مخالفة التصرف ولو تدخل القانون في بعض الجوانب لتحديد أركان المسؤولية، لأن الإرادة هي التي كانت سببا في الالتزام وبالإرادة كذلك يمكن تعديل أحكام المسؤولية، وطالما لم يضع المشرع قواعد خاصة بالتصرف المنفرد في ذلك تبقى القواعد العامة الواردة في باب المسؤولية التعاقدية هي المتطبقة مع استبعاد القواعد الخاصة بالتصيرفات الثانية بطبعية الحال التي لا تتعاشي طبيعة مع أحكام التصرف الانفرادي، والقاعدة في ذلك أنه طالما ثبت تواجد التصرف يتبع وجوها تطبيقا لأحكام المسؤولية الخاصة بالتصرف، حيث إنها تجب ضرورة أحكام المسؤولية التقصيرية. وعلى ذلك الأساس تقوم المسؤولية بثبات الخطأ والضرر والعلاقة السمية، ووجه الخطأ هو التأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ ويشمل الضرر معناه المادي والمعنوي مع توفر شروطه في المباشرة والتتحقق على معنى الفصل 278 م.أع، وفوات الفرصة منضرر، وأساس العلاقة السمية تواجد سبب المضررة في تصرف المدين مع وعي الصورة في حالة توفر حالة من حالات القوة القاهرة والأمر الطارئ، وليس في ذلك

(1) علي كحلو: أحكام الالتزام، مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2009، ص 27 وما بعد.

الرجوع، فإذا ورد التنفيذ خلال الأجل لزم الملتزم. ولذلك نص الفصل 20 م.أع على أنه «لا يقبل الرجوع في الوعد بالجعل بعد الشروع في العمل بمقتضاه فإن ضرب لذلك أجل عد على الواجب إسقاطا لحق رجوعه فيما وعد مدة الأجل». وتلك أحكام خاصة بالتصيرفات العامة التي لم تعين فيها الوجهة، ويمكن تعميمها على جميع التصريحات العامة سواء كانت ملقة أو غير ملقة.

واعتمد المشرع نفس الاتجاه بالنسبة إلى التصريحات المحددة الوجهة سواء شخص حاضر أو شخص غائب، حيث بعد الالتزام ملزما للمتصح منذ تصديره ولا يصح له الرجوع إلا بنفس الشكلية وبعد التأكيد من توصل المستفيد بالتصريح أو عدم تنفيذه، أي بعد علم المتصح بجواب المستفيد أو بعد عدم تنفيذ التصريح. وبين تصدير التصريح وتسلیم أو علم الموجب بالجواب أو بالتنفيذ تقوم القوة الملزمة للتصريح الانفرادي. لذلك نص الفصل 30 م.أع، بالنسبة إلى الإيجاب الموجه لشخص حاضر، على أنه «يسوغ الرجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروط في العمل بمقتضاه من الطرف الآخر». فذلك يعني أنه إذا كان الإيجاب لحاضر يجب أن يمسك الموجب بإيجابه برره من الزمن تكون منطقية للطرف الآخر حسب مقتضيات مجلس العقد قبل رجوعه، وما يلزم الموجب بمسك إيجابه هو تلك القوة الإلزامية للإرادة المنفردة. وإذا حدد الموجب أجلا فلا مفر من مراعاة ذلك الأجل حيث إنه عملا بالفصل 33 م.أع «من صدر منه الإيجاب وعين أجلا لقبوله فهو ملزم للطرف الآخر إلى انقضاء الأجل فإن لم يأبه الجواب بالقبول في الأجل المذكور انفك التزامه». وإذا كان الإيجاب بالمراسلة لا بد من مراعاة الوقت المناسب لوصول الجواب إليه قبل تقرير الرجوع، حيث إنه عملا بأحكام الفصل 34 م.أع «من صدر منه إيجاب بمراسلة بلا تحديد أجل بقي ملزما إلى الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرح بخلافه في الكتاب. فإن صدر الجواب بالقبول في وقته ولم يبلغ إلا بعد انقضاء الأجل الكافي لإمكان وصول الجواب إليه بالوجه القياسي فالرسائل منه الإيجاب لا يلزم شيء» وبمعنى الحق لمن لحقهضرر في طلب تعويض الخسارة من تسبب فيها». معنى ذلك أن القوة الإلزامية للإرادة المنفردة تلزم الموجب بمراعاة الوقت المناسب لوصول الجواب إليه ومسك إيجابه إلى انقضاء الأجل الكافي لإمكان وصول الجواب إليه بالوجه القياسي. والأصل في جميع ذلك أنه لا يصح الرجوع في التصريح إلا بتوفير جملة من الأركان على ما تقدم من تفصيل إما بعد فوات الأجل أو بعد فوات الفترات الزمنية المنطقية.

-**أثر التصرف:** القوة الإلزامية، أثر الالتزام، تنفيذه: التصرف هو أساس الالتزام بمعنى أن أثر التصرف هو وجود الالتزام ولهذا الالتزام قوته من حيث الزمن والموضوع

الجزء الثاني التصروفات الناتجة عن إرادتين، العقد أو الاتفاق

خلافاً للاتفاق الأحادي بعد العقد أو الاتفاق نتيجة اتفاق ورضا الطرفين، وحتى يحدث هذا العقد آثاره يجب أن تتوفر به جملة من الشروط الضرورية⁽¹⁾. ولكن قبل الحديث عن شروط (الفصل الأول) وأثار العقد (الفصل الثاني) يتوجب تقديم النظرية العامة للعقد (فصل تمهيدي).

فصل تمهيدي:

تقديم النظرية العامة للعقد

يمكن الحديث اليوم عن نظرية عامة في العقد بحكم تناسق مبادئها ومنهجية تخطيطها وتجريد أحکامها، ولم تبرز هذه النظرية العامة إلا بعد أن فرأ رجال القانون واق التطبيقات التعاقدية في المدارس الكبرى واستخلصوا المبادئ العامة، مع أن التطبيقات الأولى لم تكن بهذه الدرجة من التعميم، بل إن العصر بدأ بالتفصيل قبل الوصول إلى التعميم. والحقيقة أن التعميم هو ما يميز العلوم القانونية مع بداية القرن الثامن عشر وذلك باستخراج قواعد عامة تكون منطلق تأثير الظواهر الاجتماعية ومرجع المعرف.

وقبل شرح مبادئ هذه النظرية العامة يتوجب تقديم لها بشرح معنى العقد (الفقرة الأولى) وبيان تقسيماته (الفقرة الثانية) وإبراز أهمية الإرادة (الفقرة الثالثة) والنيابة فيه (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: مفهوم العقد

للعقد عدة مفاهيم شخصية وموضوعية (ب)، ومع ذلك يمكن التوصل بداية لتعريف محدد للعقد⁽¹⁾.

(1) نَ العقد هو تصرف قانوني ناتج عن تلاقي الإرادتين، وإذا كانت النظرية العامة للالتفاهمات تتناوله دوماً في إطاره الداخلي، أي دون أن يتصل به عنصر من عناصر الخارجية التي تكون عادة متصرفاً محدداً في جمل العقد دولياً، فإنه من الممكن إلى جانب العقد الداخلي الإشارة إلى ميزات العقد الدولي، على كثعلون: مصادر الالتزام، التصرفات القانونية، العقد الداخلي والعقد الدولي، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص، تونس 2012.

من خصوصية بالنسبة إلى التصرف الانفرادي إلا ما لحق بالطبيعة الثانية للتصرف. كما تبقى المبادئ العامة في إجراءات دعوى المسؤولية وإنياتها منطبقة على دعوى المسؤولية المبنية على تصرف انفرادي. وتلك أحكام يتوجه تفصيلها في باب التصرفات الثانية الصادرة عن الجانبيين.

أ-تعريف العقد

ولا يسمى العقد عقدا إلا إذا اتفق الطرفان على إحداث الأثر القانوني بمعنى أن يلزم العرف الآخر قانونا إذا تأخر أو رفض التنفيذ نهاية. فإذا كان من مضمون الالتزام أن يتلزم الطرف بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو عدم القيام بعمل فإن العقد من تطبيقات الالتزام، حيث من الواجب أن تمثل به إحدى المضمون الثلاثة للالتزام. فإذا غاب المضمون عن الاتفاق فليس العمل بعقد، كما أن يساعد شخص الآخر على عبور الطريق أو يدعوه الصديق صديقه لعداء ويقبل الصديق الدعوة وكذلك المساعدات في العمل بين الزوج والزوجة والأب وأبنته والالتزامات أو الوعود السياسية، فليس في هذا العمل أي التزام. كذلك يعني أن المجاملة ليست سندًا في نشأة العقد⁽¹⁾، وكذلك صور مكارم الأخلاق ولراقة المعاملة والتزام الشرف. على أن الفيصل بين العقد والمجاملة رقيق جدًا وقد تقع بعض أعمال المجاملة في دائرة العقد، والواضح أن للقضاء دورا هاما في ذلك.

ولا يكون العقد عقدا إلا إذا كان له قيمة مالية، بمعنى أن تتصل مضمون العقد بحق شخصي أو عيني يدخل في تعريف الحقوق الذمية أي الدخلة في الذمة المالية للشخص، حيث إن أهم ما يدخل في تعريف الحقوق المالية والتي لها مكان بالذمة المالية هو ما يعرف بالحق الشخصي والحق العيني وهي حقوق داخلة في التعامل ويمكن التصرف فيها وإحالتها وتنقل إلى الورثة ويمكن عقلتها وتستقطع بمرور الزمن أما باقي الحقوق فهي حقوق خارجة عن دائرة الذمة المالية فليس لها قيمة مالية ولا يمكن التصرف فيها أو إحالتها أو عقلتها أو سقوطها بمرور الزمن. وتبقى الصعوبة منحصرة بطبيعة الحال في التمييز بين الحقوق المالية الداخلة في معنى الذمة المالية والأخرى الخارجية عنها⁽²⁾.

ذلك يعني أن اتفاق الطرفين لا يكفي، فقد يحصل رضاء الطرفين دون أن يقع العمل في حكم العقد، وكذلك الصورة بالنسبة إلى التبني والزواج وغير ذلك من الصور المشابهة. فالرغم من اتفاق الطرفين، الرجل والمرأة، فلا يعد الزواج عقدا بل هو مؤسسة بحكم انشغال التشريع بتحديد مضمونه.

ولا يمكن أن يكون العقد عقدا إلا إذا كان في منطقة القانون الخاص، فتخرج بذلك جميع الأعمال الداخلة في دائرة القانون العام عن معنى العقد في مفهومه الخاص. وتتخضع نهاية إلى المفاهيم الواردة بالقانون الدستوري والقانون الإداري

(1) وقد طرح الإشكال بفقه القضاء بفرنسا بالنسبة إلى الشخص الذي ينقل مجانا على وسيلة نقل صادف أن تعرّضت لحادث، فيهدف إخراج هذا الحادث من دائرة المسؤولية التعاقدية عادة ما تعود المحاكم لمعني المجاملة.

François Terré-Philippe Simler-Yves Lequette : *Les obligations*, op. cit., n°51.

(2) محمد الشرفي: المرجع السابق، ص. 265 وما بعد.

عادة ما تورد المجلات القانونية تعاريفات للعقد، فترى المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني بقوله «العقد اتفاق يتلزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، يمنع، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما»، وقد سلك القانون المدني الجزائري مسار القانون المدني الفرنسي في تعريف العقد وهي ترجمة حرفة لنص المادة 1101 من المجلة المدنية الفرنسية، حيث جمع هذا الفصل بين تعريف العقد والالتزام. وعرف المشروع الفرنسي الإيطالي بالفصل الأول العقد بأنه «اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها». غير أن مجلة الالتزامات والعقود التونسية لم تورد تعريفا سواء للعقد أو الاتفاق أو الالتزام.

وقد تستعمل تسمية العقد كما يجوز استعمال مفهوم الاتفاق، فليس هناك أي اختلاف بين العقد أو الاتفاق، فكلاهما يشتمل على الالتزام أو ينطليه أو يعدله أو ينهيه، وقد وردت العبارتان بمجلة الالتزامات والعقود دون التمييز بينهما في المضمون، بل إن الحديث عن العقود جاء بالفصول 23 وما بعد. ا.ع تحت عنوان «في الانفاق».

على أن البعض يجعل في ذلك تمييزا، فالاتفاق أشمل من العقد من حيث أنه يمكن أن يشتمل على الالتزام أو ينطليه أو يعدله أو ينهيه، في حين أن العقد، على معنى هذا الاتجاه، يختصر على إنشاء الالتزام أو تنفيذه. وكل عقد هو اتفاق بالضرورة وكل اتفاق ليس بعقد إذ لا يكتفى الأطراف بتعديل الالتزام أو إنهائه⁽¹⁾.

ويعود أصل هذا التمييز لرجال القانون الفرنسي القدماء Domat-Poitier، وانتقل هذا التمييز إلى المجلة المدنية الفرنسية بالتركيز على معنى النشأة في تعريف العقد بالفصل 1101⁽²⁾.

والحقيقة أن لا شيء يبرر هذا الاختلاف، فالعقد والاتفاق كلمات لمعنى واحد، وكلاهما يشتمل على الالتزام وينطليه أو يعدله أو ينهيه، ومن الممكن تعريف العقد بأنه توافق بين إرادتين لأحداث أثر قانوني ذي قيمة مالية في إطار القانون الخاص.

فالعقد توافق بين إرادتين بمعنى أن تقوم في العقد إرادة من جانبين، إيجاب وقبول، فإذا كانت الإرادة المفترضة تكفي بالتصريح من جانب واحد ليحدث الأثر، فإنه لا أثر في العقد إلا بتلاقي الإرادتين.

(1) محمد الزين: العقد، المراجع السابق، ص 35.

توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام، المدرسة الجامعية، 1988، ص 37 وما بعد.

(2) عبد الرزاق السنوسي: المجلد الأول، المراجع السابق، ص 137.
Weill et Terre : Droit civil, les obligations, 4^e édi. Dalloz, Paris 1986, n° 23 et suiv.

لمراقبة الإدارة وتوجيهها ويامكان الإدارة تعديل الالتزامات من جانب واحد وتوقيع الجزاءات على المعاقد إذا أخل بالتزاماته، ويمكن لها فسخ العقد بارادتها المفردة. والأغلب أن هذه الامتيازات لا تحتاج إلى تنصيص أو ذكر حتى تمارسها الإدارة بل هي مفروضة ضمنا.

وتبقى المحكمة الإدارية مختصة بالنظر في المسائل المتعلقة بالعقد الإداري، فقد نص الفصل 17 صراحة من قانون المحكمة الإدارية على أن المحكمة الإدارية تختص «في الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية»⁽¹⁾. وتبقى العقود الخاصة التي تبرمها الدولة خاضعة لأحكام القانون المدني في مجمله ويختص القاضي العدل بالنظر في القضايا المتعلقة به.

غير أنه من الممكن أن تتخذ الإدارة قرارات مفردة تكون بطيئتها مستقلة عن العقد وإن كانت لها علاقة بمحضه، فتخضع بعض الأعمال، تبدو منفصلة عن العملية الأصلية، لرقابة المشروعية فيها، وقد أجاز قسم المحكمة الإدارية النظر فيها طبق إجراءات الطعن بالالغاء تكريسا لنظرية الأعمال المنفصلة⁽²⁾ التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي⁽³⁾. وأخذت بها المحكمة الإدارية التونسية في أكثر من مرة⁽⁴⁾. ويتلخص منها أن القرارات المتعلقة بالأعمال السابقة للعقد (الموافقة والترخيص والتقييم) بما في ذلك مداولات المجلس البلدي المتضمنة لموافقتها على التقويم في جزء من الملك الخاص للبلدية⁽⁵⁾،

(1) القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 كما رقع تقبلا بموجب القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 وبموجب القانون الأساسي عدد 11 لسنة 2002 المؤرخ في 4 فبراير 2002 وبموجب القانون الأساسي عدد 10 لسنة 2003 المؤرخ في 15 فبراير 2003.

علي كحلون: نظام السجل العقاري، مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2009، ص 543 وما بعد وعدد 1109 وما بعد.

(2) لماء التقويم: الأعمال المنفصلة في قسم قضاء المحكمة الإدارية، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون العام، كلية الحقوق بسوسة، سنة 1996.

(3) Affaire «MARTIN » 04-08-1905, Gr.Ar.n°16.

(4) قرار المحكمة بين عيسى ضد وزير الفلاحة الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 1981 . وجاء بهذا القرار ما يلي: «من العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مرتكبا له جانباً، أحدهما متعاقدي والآخر إداري يجب أن تسير فيه الإدارة على مقتضى النظم الإدارية المقررة لذلك. فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد توافق فيها جميع خصائص القرارات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده .. فتخمس هذه المحكمة بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة للفوائين أو للأوامر وذلك دون أن يكون لغايتها مساس بذات العقد الذي يظل قائما بحالته إلى أن تفصل المحكمة المختصة في المازورة المتعلقة به».

(5) المحكمة الإدارية التونسية القضية عدد 201، 3 ماي 1980، الشركة التونسية لصناعة الحديد والبناءات المعدنية ضد وزير الداخلية ووالى توزر.

والقانون الدولي العام. وكذلك الاتفاقيات الدولية بين الدول والانتخابات بين الناخب والم منتخب.

ويجب تميز العقد المدني عن العقد الإداري بحكم تميز الأخير بجملة من العناصر تتجاوز حدود الأول. لكن الإدارة يمكن أن تبرم جملة من العقود الخاصة لا تختلف عن تلك التي تبرم بين الأفراد وتبقى خاصة في مجملها للقانون المدني باستثناء بعض الاستثناءات في إجراءات التعاقد واحتياطات السلط الإدارية، كما في صورة أن تبرم الإدارة عتد بيع أو إيجار بشأن ملكها الخاص أو عقد تأمين لفائدة ممتلكاتها المنقوله⁽¹⁾. والمعايير في العقد الإداري يتجزأ بين ما هو شكلي وما هو مادي، فلا بد شكليا أن يكون أحد المتعاقبين شخصا عاما، لكن ذلك لا يكفي لتميز العقد الإداري، فلا بد ماديا أن يكون للعقد علاقة بالمرفق العام أو يتضمن امتيازات السلطة العامة⁽²⁾. فقد كان القانون الإداري يستند في جملة تعريفاته لمفهوم المرفق العام لتحديد صيغة القانون الإداري ومبادئه وهو أن يكون هدف العقد تحقيق خدمة عامة أو أن يكون في خدمة أغراض المرفق مثل عقد الأشغال العامة والصفقات العمومية وغيرهما. وكان يعتقد أن العنصر العضوي في ارتباط المرفق العام بالشخص العام كفيل بتعريف المرفق العام، حيث كان الاستغلال دوما بطريقة مباشرة أو عن طريق لزمه. لكن الواقع تطور في اتجاه تمكين المؤسسات العامة على أنواعها الاقتصادية والتجارية، بل تمكين الخواص، من استغلال المرفق العام، مع الإبقاء على شرط الاستمرار والمساواة في تسيير المرفق العام. وقد بالتألي مفهوم المرفق العام خصوصيته في تعريف مجال القانون الإداري وبالتالي في تعريف العقد الإداري. لذلك اشترط التطبيق عنصر جديد إلى جانب المعنصر الأول وهو أن يتضمن العقد الإداري شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، مثل خصوص المعاهد لرقابة الإدارة أو الحلول محله في مرحلة تنفيذ العقد في صورة عجزه دون حاجة إلى الرجوع إلى القضاء أو فرض رسوم أو قيود على مستعملي المرفق. وذلك هو المقصود بامتيازات السلطة العامة، فهي شروط خارقة غريبة لم يأنسها القانون المدني في إبرام الاتفاقيات والعقود بأي شكل⁽³⁾. ولهذا الغرض كان للعقد الإداري نظامه الخاص سواء على مستوى نظام إبرامه أو على مستوى نظام تنفيذه أو نهايته. فعادة ما تحدد القوانين السلطة الإدارية الموقولة في إبرام العقد (الوالى أو الوزير...) أو طريقة اختيار المعاهد (مناقشة أو طلب العروض أو الاتفاق المباشر) وتخضع عملية التنفيذ

(1) محمد رضا جعجع: قانون إداري، نشر مركز النشر الجامعي، ص 232 عدد 229.

(2) قرار المحكمة الإدارية (الوهابي)، عدد 523 الصادر بتاريخ 30 جانفي 1989.

(3) الشروط العادلة في التعاقد واردة بالفصل 24 وما بعد. ا.ع في القوة الملزمة للعقد ونسبة أثر العقد والمعارضة به وبطلان العقد وفخمه ونقاشه ...

شخصيا تراعي فيها الاعتبارات الذاتية للمتعاقدين وإنما أن يكون موضوعيا تعتبر فيه المعايير الموضوعية. وتلك مسألة عادة ما يتناولها رجال القانون في إطار الحديث عن مبدأ سلطان الإرادة ونظام تطوره كما ميأسني شرحه.

الققرة الثالثية: تقسيمات العقد

تقسيمات العقد هي عملية قانونية يراد بها تعين القسم الذي يتميّز إليه العقد. وتقوم آلية هذا العمل على فكرة ربط العقد بقسم محدد وافتراض تقسيمات للعقد تقوم على التعارض والتباين بين أنظمتها أو التجانس بينها. وليس هذا العمل من مباحث المشرع أو القاضي بل هو من عمل رجال القانون. لكنّ أهميته محققة حيث يساعد هذا العمل القاضي على ضبط عناصر التكليف السليم للعقد حتى يخضع نهاية للنظام المناسب. فكلّ قسم طبيعة ونظامه القانوني، وبتحديد القسم يحدّد الإطار القانوني وبالتالي يسهل تكليف العقد التكليف السليم انطلاقاً من بعض التقسيمات.

وعادة ما يعتمد رجال القانون تقسيمات متعددة مثل التقسيمات التقليدية المعتمدة على التقسيم من حيث تنظيم العقود أي العقود المسماة وغير المسماة والعقود الداخلية والعقود الدولية ومن حيث تكوينه أي العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية ومن حيث آثارها أي العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد وعقود التبرع وعقود العوض والعقود المحددة والعقود الاحتمالية أو الغرر والعقود الفورية والعقود الزمنية. وظهرت تقسيمات حديثة على أساس صفة المتعاقدين فيميز بين العقود الرضائية وعقود الإذعان وعقود الاستهلاك وعقود التبعية وعقود المساواة، وعلى أساس هيكلة العقد فيميز بين العقد البسيط والعقد المختلط ومجموع العقود والعقود البادلية والعقود التنظيمية⁽¹⁾.

وبذلك فإنه من الممكن التمييز بين العقود الداخلية والعقود الدولية (أ) والعقود المسماة وغير المسماة (ب) والعقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية (ت) والعقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد (ث) وعقود التبرع وعقود العوض (ج) والعقود المحددة والعقود الاحتمالية أو الغرر (ح) والعقود الفورية والعقود الزمنية (خ) والعقود الرضائية وعقود الإذاعان (د) وعقود المساواة وعقود الاستهلاك وعقود التبعية (ذ) والعقود البسيطة والعقود المختلطة ومجموع العقود (ر) والعقود البادلية والعقود التنظيمية (ز).

(1) François Terré-Philippe Simler-Yves Lequette : Les obligations, op. cit., n° 55 et suiv.

والقرارات المتعلقة بالأعمال اللاحقة للعقد (التنفيذ والتعديل والانقضاء) تعدد من قبل الأعمال المنفصلة ويجوز للغير الطعن فيها بالإلغاء بطريقة دعوى تجاوز السلطة. على أنه لا يجوز بطبيعة الحال للمتعاقدين مع الإدارة عملاً بنظرية الدعوى الموازية L'exception du recours parallèle في هذه الأعمال أمام قاضي العقد سواء كان عدلياً أو إدارياً باستثناء الأعمال التي لها صبغة تربوية والمتعلقة بتنظيم وسير المرفق العام فيجوز الطعن فيها بصفة مستقلة، وما زاد على ذلك لا يتحقق الطعن فيه إلا في إطار الدعوى المتعلقة بالعقد.

وتبدو الاتفاques أو العقود الجماعية في ميدان الشغل إنشاء أو تعديلاً أو تطبيقاً أو مراجعة أو انقضاء⁽²⁾، ذات طبيعة ترتيبية أكثر منها عقد خاصة، فالرغم من قول رجال القانون المدني بخصوصها الإطار القانوني الخاص إعمالاً لمعنى الاشتراط لمصلحة الغير أو النية أو الوكالة فإن رجال القانون الإداري يرون في هذه الاتفاques مؤسسة ذات طبيعة ترتيبية خاصة إذا وسع المشرع انتطاق هذه الاتفاques على قطاعات أخرى⁽²⁾.

على أن تنص التوازن بين الطرفين المتعاقدين في إطار العلاقات الخاصة لا يخرج العمل من دائرة العقد كما في صورة عقود الإذاعان، فرغم أن بعض رجال القانون الإداري يحاول إخراج هذا الصنف من دائرة العقد بحكم طبيعة الإذاعان وانعدام ركن الاختيار إلا أن الاتجاه الغالب هو الإبقاء على الطبيعة العقدية لهذا العمل بالرغم من صفة الإذاعان. كما لا يخرج العقد من إطاره في حالة تعدد الأطراف أو المراوبي أو صيغة من حيث تفصيلاته أو تجرideas أو تأطيره، فتلك تفصيلات لا تخرج العقد عن إطاره طالما أنه يبقى في إطاره الخاص.

بـ-المفهوم الشخصي والموضوعي للعقد
 الواضح أن نظرية الالتزام بصفة عامة يختلف فيها الرأي بين المفهوم الشخصي والمفهوم الموضوعي كما تقدم. والاتجاه نفسه يتعين اعتماده بالنسبة إلى العقد. فمقتضى المفهوم الشخصي للعقد أن يكون العقد نتاج إرادة الطرفين وأي إرادة؟ الإرادة الباطنية، فالواجب البحث عن إرادة الطرفين الحقيقة من خلال بنود العقد. ومقتضى المفهوم الموضوعي أن يكون العقد قيمة مالية لا يعتد فيها إلا بالإرادة الظاهرة، وليس للأرادة من أهمية إلا في الحدود المطابقة مع المقتضيات التشريعية أي القانون.

فالعقد إنما أن يربط بالشخص أي بالذات البشرية وما يتبعها من آثار أو يقع التركيز على محل العقد منفصلاً عن ذات البشر وما يتبع عن ذلك. فلما أن يكون التحليل

(1) Tarchouna Mongi : La négociation collective en Tunisie, Thèse doctorat, Paris juin 1986, p. 18 et suiv.

(2) François Terré-Philippe Simler-Yves Lequette : Les obligations, op. cit., n° 54.

أ- العقود الداخلية أو المحلية والعقد الدولي
contrat interne- contrat international

العقد الداخلي أو المحلي هو العقد الذي تنظمه مجلة الالتزامات والعقد وهو المبرم بين التونسيين والمفروض أن ينفذ بالبلاد التونسية ولا يخرج مطلقاً عن هذا الإطار، بينما العقد الدولي هو العقد الذي يتمثل فيه عنصر من عناصر الخارجية سواء قانوناً باختلاف جنسية الطرفين أو اقتصادياً بخروج محل العقد عبر الحدود التونسية، وقد ورد تنظيمه بمجلة القانون الدولي الخاص⁽¹⁾.

ب- العقود المسماة وغير المسماة
العقود المسماة هي العقود التي ذكرها التشريع وبين نظامها القانوني، وقد تأتي هذه العقود على الملكية مثل البيع والمعارضة والهبة والصلح والقسمة أو على المنفعة مثل الكراء وعارية الاستعمال أو على العمل مثل الوكالة والعمل وغير ذلك من العقود المسماة. وقد جاءت هذه العقود مسماة بعدة مجلات قانونية بمجلة الالتزامات والعقود والمجلة التجارية ومجلة الحقوق العينية ومجلة التأمين وحتى بالنصوص الخاصة.
أما العقود غير المسماة فهي العقود التي لم يأت فيها نص قانوني ولم يسم المشروع إلى تنظيمها وتبقى خاضعة للأحكام العامة في الالتزامات فنفع صحيحة طالما أنها لم تخالف النظرية العامة للالتزامات.

وواضح أن العقود المسماة كانت قليلة العدد في البداية وما فتئت تسع القائمة لتشمل عدّة تطبيقات مثل الإيجار المالي وغيره من العقود التي قامت الحاجة في تنظيمها قانوناً.

ت- العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية
contrat consensuel- contrat solennel-contrat réel

العقود الرضائية هي العقود التي تكتفي برضاء الطرفين حتى تتعقد، فلا يشترط الشكل أي كتابة الحجة، ولا ترفع الطبيعة الرضائية عن العقد إذا وضع المشرع الشكل كوسيلة لإثبات، فلا ترفع إلا إذا أشترط المشرع الشكل كشرط لصحة العقد كما هي الصورة بالنسبة إلى عقد الهبة حيث يجب تحرير حجة رسمية في الغرض⁽²⁾،Undépendant du caractère scolaire. وتبقى الأهمية بارزة في التمييز بين الشكل كوسيلة لإثبات والشكل كشرط صحة، حيث يجوز إثبات العقد بالإقرار واليمين الخامسة في الأولى ولا يصح في الثانية.

(1) على كحولون: التصرفات القانونية، العقد الدولي، المرجع السابق، ص 499 وما بعد.

(2) الفصل 204 م.أ.ش.

والأصل أن العقود رضائية إلا ما استثناه المشرع، وقد بدأ التطبيق الروماني بشكلية مفرطة وانتهى العمل إلى نوع من الرضائية، في حين أن الرضائية هي الأساس في الفقه الإسلامي.

أما العقد العيني فهو العقد الذي لا يصح إلا بالتسليم أي تسليم المحل، كما هي الصورة في الهيئة ورغم المقول العيازي وعارية الاستعمال. وقد رأى البعض أن التسلیم يوازي الشكل في العقود الشكلية.

ث- العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد
contrats synallagmatiques -contrats unilatéraux

العقود الملزمة للجانبين هي العقود التي تجعل كل طرف في نفس الوقت مديينا ودائماً مثل عقد البيع، حيث يلتزم البائع بتسليم الشيء مقابل الثمن ويلتزم المشتري بدفع الثمن مقابل المحل، وهي من العقود المقابلة التي تحمل الطرفين وزر العقد.

أما العقود الملزمة لجانب واحد فهي العقود التي تحمل الالتزام على جانب واحد مثل الوديعة فيتحمل المستودع ورجل الحفاظ على الشيء وإرجاعه إلى صاحبه. وليس العقد الملزم لجانب واحد التزاماً من جانب واحد بطبيعة الحال، فإذا كان هذا الأخير يبني على إرادة واحدة من حيث النشأة فإن العقد الملزم لجانب واحد يتطلب موافقة الطرفين وإن وقع الحمل على طرف واحد.

وفي هذا التقسيم عدة آثار هامة، حيث يجوز الفسخ والدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين ويتحمل أحد الأطراف لوحده نتيجة استحالة التنفيذ، بينما لا يجوز الحديث عن الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتحمّل التبعي في العقود الملزمة لجانب واحد⁽¹⁾.

ج- عقود التبرع وعقود العوض أو المعاوضة
contrat à titre onéreux-contrat à titre gratuit

عقود التبرع هي العقود التي لا توجب المقابل، فيلزم المعاقد بتسليم الشيء أو القيام بعمل أو عدم القيام به دون أن يتلقى مقابل. ويمكن أن يكون التبرع تفصيلاً

(1) عرفت التطبيقات القديمة للقانون الروماني ما يُعرف بالعقد الملزم للجانبين غير النام، وهو متزلاً وسط بين العلزام لجانبين والعلزام لجانب واحد، وصورتها أن يكون العقد ملزماً لجانب واحد في بدايته ويلتزم أحد الأطراف بعد ذلك إزاء الطرف الآخر ببعض الالتزامات. وكان هذا العقد يتحقق في التنفيذ بالعقد الملزم للجانبين باشتراط حسن النية في التنفيذ. ولكن الممارسة الحالية تجاوزت هذا التمييز ولم يحد لهذا الصنف مكان بالأنظمة القانونية إذ أنه يدخل في حقيقة الأمر في باب العقود الملزمة لجانب واحد.

أو هبة bienfaisance أو العقود الفورية والعقود الزمنية أو المحدثة actes de liberalité . فإذا كان تفضلا لا تنتقل الملكية إلى العقاد معه كما في صورة الاستعارة service gratuit ، وإذا كانت هبة انتقلت الملكية . أما عقود المعاوضة فهي التي توجب المقابل ، كما في صورة البيع فتحصل البائع على الثمن ، على أنه من الممكن في نفس العقد أن يكون أحد الأطراف ملتزما بمقابل والآخر بدونه ، كما في صورة الكفالة بدون مقابل ، تعتبر الكفالة بمقابل بالنسبة إلى الدائن لأنه لم يقرض المال إلا بالكفالة وهو عقد بدون مقابل لأن الكفيل لم يطلب مقابلًا . ومن الممكن كذلك أن تكون بعض العقود في نفس الوقت بمقابل أو بدونها بحسب الاتفاق ، كما في صورة الكفالة بمقابل والوديعة بمقابل والوكالة بمقابل والقرض بمقابل وغير ذلك من العقود .

ولهذا التقسيم أهميته في حدود أن شخص العقاد معه له أهمية بالغة في هذه العقود وأنه لا يشتد في مسؤولية المترد مع مقارنة مع مسؤولية المعاوض ويشتد مع المترد لفائدة . وعادة ما تخضع عقود التبرع إلى صيغة شكلية في تكوينها ، ومن السهل الطعن في عقود التبرع بواسطة الدعوى البلدية ، ومن المفترض أن لا تكون عقود التبرع ضمن الأعمال التجارية القائمة على المبادرات والمضاربة والتوسط .

ح- العقود المحدثة والعقود الاحتمالية أو الغرر contrat commutatif- contrat aleatoire

العقود المحدثة هي العقود التي يحدد فيها يوم إبرام العقد ما يأخذ العقاد وما يعطى للطرف الآخر ، مثل بيع قطعة أرض بثمن معين ، وكل من الثمن والأرض محدث ، فلا شيء يبقى للاحتمال . أما العقود الاحتمالية ويقال لها كذلك عقود الغرر فهي العقود التي تبني على الاحتمال بحيث لا يعلم كل من الطرفين مقدار ما يأخذ أو ما يعطي ، فهو ما كان مستور العاقبة ، وتبقى التزامات الطرفين معلقة على حدث غير متحقق ، كما هي الصورة بالنسبة إلى عقد التأمين أو المراهنة . وتبعد أهمية هذه العقود من الناحية التطبيقية منحصرة في أنه من غير الممكن إبطالها لغير حكم قائمها على مبدأ الاحتمال منذ البداية L'alea chasse la lesion ، ومن أجل ذلك كانت هذه العقود محل جدل بالفقه الإسلامي⁽¹⁾ ، ولا يمكن الحديث عن نظرية الظروف الطارئة في هذه العقود لقيامها على الاحتمال .

(1) بعد الفقه الإسلامي هذا النوع من العقود باطل لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الغرر . لذلك فإن أي جهالة بالعقود على وقت إبرام العقد يعد غرراً داخلياً في دائرة التحرير مما يؤدي إلى بطلان العقد . وقصد بالغرر شرعاً أن يكون محل العقد مجهولاً أو معجزاً عنه أي غير مقدر على تسليمه كعبد آبق أو البعير شارد أو كالطير في الهواء أو المسماك في الماء أو أي غائب مجهول مكانه فيكون المتعاقدين غافلآ عن محل العقد . وعن أبي هريرة قال: (نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع

خ- العقود الفورية والعقود الزمنية أو المحدثة
contrat à exécution instantanée-contrat successif
العقود الفورية هي العقود التي لا تكتثر بعصر الزمن ، فينفذ العقد دفع واحدة مثل عقد البيع . وليس معنى ذلك أن الزمن لا يدخل في تعريف بعض العقود الفورية ، بل من الممكن أن يتداخل كما في صورة تأجيل دفع الثمن أو تقسيطه ، ولكن ذلك لا يغير من الطبيعة الفورية للعقد ، ذلك أن الزمن في هذه الصور ليس إلا عنصراً عرضياً ، والجوهر هو أن التنفيذ يخلص كتلة واحدة بمجرد استكمال دفع الثمن بمعنى أن ينتقل المحل مرة واحدة . أما العقود المستمرة ويقال لها كذلك محدثة فهي التي تتطلب فترة زمنية متعددة للتنفيذ ، فاما أن يكون التنفيذ مستمراً continue دون انقطاع كما في صورة عقد الكراء أو عقد العمل ، فتستمر المفعة في الكراء ويستمر العمل في الشغل ، أو أن يكون التنفيذ دوريا périodique حتى ولو تعلق بأشياء كما أن يتفق الطرفان على التزويد الدوري بسلع . والفائدة التطبيقية في هذا التقسيم تمثل في أنه في حالة الفسخ يكون الفسخ رجعياً في العقود الفورية وغير ذلك في العقود المستمرة ، فما استهلكه الزمن في العقود المستمرة لا يمكن الرجوع به ، على خلاف العقود الفورية . وكذلك الصورة إذا انقض الطرفان على وضع حد للعقد .

د- العقود التفاوضية وعقود الإذعان contrat de gré à gré et contrat d'adhésion

الأصل أن العقد يكون نتاج التفاوض بين الطرفين ، ولا شيء يخرج عن نطاق التفاوض ، ولكن طرف حق الدفاع على مصالحة بالطريقة التي يراها صالحة ، وهو الضامن في نهاية الأمر لهذه المصالحة . وتلك هي العقود التفاوضية .

المحصلة وعن بيع الغرر . وقد انتقل الحديث من التخصيص إلى التعميم لأن بيع المحصلة نوع من الغرر ويقصد به أن يقول بعثتك من هذه الشياط ما تقع عليه المحصلة التي أرميها أو يبعثك من هذه الأرض من هنا إلى ما تقع عليه المحصلة أو يبعثك وأنت بالخار إلى أن أرمي هذه المحصلة وبعد رميها يضرر البيع لازماً . وبعيداً هذا النوع من البيوع فيه جهالة من ناحية محل العقد فهو من بيع الغرر . والعلة من التهوي هنا هو أن بيع الغرر يؤدي عادة إلى الزراعة وإلى إشاعة العداوة والبغضاء بين المتعاقدين ومن صور بيع الغرر بيع حل الجبل وهو من بيع الجاهليات كأن الرجل يباع الجزء إلى أن تتبع الناقة ثم تتبع التي في بطئها والغرر هنا ناتج من الجهة الفاحشة في الأجل . وعن عبد الله بن عمر (إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حل الجبل) وهذا النقط عام فهو يشمل بيع الجاهليات آنف الذكر ويشمل أيضاً أن وسلام نهى عن بيع حل الجبل وهذا النقط عام فهو يشمل بيع الجاهليات آنف الذكر ويشمل أيضاً بيع ما في يطن العجلة والجهالة هنا ترجع إلى البيع ذاته وليس إلى الأجل . ومن صور بيع الغرر أيضاً حديث: نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامة وبيع المتابدة . والملامة هي لحس الرجل ثوب الآخر بيده ليلاً أو نهاراً ولا يقبله إلا بذلك ، والمتابة أن يثبت بشهادة ، أي بطرحة إلى الرجل وبينه الآخر إليه بشهادة ويكون ذلك بيعاً من غير نظر إلى الشهرين .

ممثلة في عقد واحد، ولذلك يكون العقد المختلط عقداً واحداً وليس مجموعة من العقود.
وعادة ما تطرح هذه العقود المختلطة إشكالاً حول النظام القانوني الذي يجب أن يعتمد، وذهب الرأي إلى طريقتين إما تطبيق النظام القانوني بالنسبة إلى كل عملية على حدة أو الاعتراف بخاصية العقد وتمييزه بنظام مستقل. والأغلب أن يتدخل المشرع بوضع نظام خاص لهذا العقد، كما في صورة عقد الإيجار المالي⁽¹⁾.

(1) القانون عدد 89 لسنة 1994 المؤرخ في 26 جويلية 1994 المتعلق بالإيجار المالي.
القاعدة أن المبادئ العامة تبقى منطبقاً إلا ما ورد على وجه الخصوص بهذا القانون الذي أراده المشرع متصلة بالنظام العام حيث تعتبر لاغية ولا عمل بها جميع البنود والشروط والاتفاقات المخالفة لأحكام هذا القانون، و«لا تطبق على عقد الإيجار المالي أحكام القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 والمتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوقين والمستورجين فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف». علماً أن عمليات الإيجار المالي تعتبر شكلًا من أشكال القروض المنصوص عليها بقانون البنك والمؤسسات المالية.
وتفتقر الإيجار المالي أن يرمي عند بين المؤجر والمستأجر بالتزام بمقتضاه المستأجر يدفع معيقات كراء على أقل أن يصبح مالكاً يوم دفع جميع الأقساط وتقى الملكة لفائدة الشركة المؤجرة إلى ذلك العين وهي بذلك في مركز الضمان بالنسبة إلى الشركة المفترضة، ويمكن أن يشمل الإيجار المقاولات والعقارات على حد سواء، حيث إن «الإيجار المالي هو عملية إيجار تجهيزات أو معدات أو عقارات مقننة أو منجنة لغرض الإيجار من قبل المؤجر الذي يبقى مالكاً لها، معدة للاستعمال في الأنشطة المهنية أو التجارية أو الصناعية أو الفلاحية أو الصيد البحري أو في الخدمات». ويتم الإيجار المالي بمقتضى عقد كتابي لمدة محددة ومقابل معلوم معين ويخلو للمستأجر انتهاء تلك التجهيزات أو المعدات أو العقارات أو البعens منها في نهاية أمد الإيجار مقابل ثمن متفق عليه يأخذ بعين الاعتبار على الأقل في جزء منه المبالغ المدفوعة بعنوان الإيجار. ويمكن للمستأجر افتتاح تلك التجهيزات أو المعدات أو العقارات أو البعض منها خلال مدة الإيجار باتفاق مع المؤجر».

وال واضح من جميع ذلك أن المستأجر لا يمكن أن يدعى ملكية الشيء قبل دفع جميع المعيقات، سواء بنهاية العقد أو خلال تف涕 العقد بالاتفاق مع المؤجر، فالملكية تبقى خالصة للمؤجر قبل ذلك التاريخ. وعلى المؤجر أن ينهي جميع الترسيمات الضرورية لحفظ حقه سواء كان الموضوع مقولاً أو عقاراً. ولا يمنع على المستأجر إحالة حقه إلى الغير قبل نهاية العقد، بل تجوز الإحالة ويحل المحال له محل المحيل في نفس الحقوق والواجبات معبقاء المحيل ضامناً في جميع الصور، «في صورة إحالة التجهيزات أو معدات أو عقارات تدخل إطار عملية إيجار مالي وأثناء مدة العملية يكون المحال له ملزماً بتنقيذ نفس التزامات المحيل الذي يبقى ضامناً فيها». ولا بد وبالتالي من إتمام الترسيمات لضمان الحق بحسب نوعية الحق.

وتكون خصوصية عقد الإيجار في أنه عقد إيجار في نفس الوقت وعقد بيع متعلق على شرط، ولذلك فإن الأقساط المدفوعة تعد معيقات كراء وهي نفس الوقت جزء من الثمن المسبق من قبل المكتري. فإذا أردنا تطبيق أحكام الكراء فإنه لا يمكن للمستأجر استرجاع معيقات الكراء وإذا اعتبرنا مادفع قاتماً محل التسقة في عقد البيع فإنه من الممكن استرجاعها أو حسابها ضمن ثمن الشراء، ولذلك فإن من الضروري أن يحصل عقد الكراء مسألة استرجاع هذه المبالغ من عدها في صورة إذا لم يستكمل المستأجر مدة الكراء. فيجب أن ينظم عقد الإيجار المالي العلاقات بين المؤجر والمستأجر وخاصة

غير أن التطور الاقتصادي ذهب في اتجاه احتكار المصالح وأصبحت القوى الاقتصادية العظمى تفرض على الطرف الضعيف عقوداً معينة دون أن يخلص لهذا الطرف الضعيف حق المناقشة أو المقاومة كما هي الصورة بالنسبة إلى عقود التأمين أو عقود النقل أو استهلاك الماء والكهرباء، وتلك هي عقود الإذعان، فليس للمتعاقد إلا الإذعان لشروط العقد أو تركه. وإذا تدخل المشرع لتتنظيم بعض عقود الإذعان بقواعد آمرة فإنه لم يفرض نظاماً عاماً في حماية الطرف ضعيف في هذه العقود.

ذ- عقود المساواة وعقود الاستهلاك وعقود التبعية

contrat égalitaire-contrat de consommation-contrat de dépendance
الأصل أن يكون المتعاقدان على قدم المساواة في العقد، مثل العقد المبرم بين المهنيين أو العقد المبرم بين المستهلكين، وتلك هي عقود المساواة. أما أن تكون العلاقة بين المهني والمستهلك، فتلك هي عقود الاستهلاك. وطبعتها أن يتحمل المستهلك شروط المهني، ومن أجل ذلك وضع المشرع إطاراً قانونياً في اتجاه حماية المستهلك ومن أهم القواعد فيها أن يحمل على المهني واجب الإعلام والإرشاد ورفض الشروط والمارسات التعسفية التي ربما يشتطرها المهني⁽²⁾.

وليست علاقة المستهلك بالمهني فقط ما يحتاج إلى هذه الحماية، فقد تتوفر علاقة التبعية بين مؤسسة وأخرى ومثالها عقود المتأولة ويخضع المهني إلى شروط المؤسسات التي ربما يكون لها القدرة على فرض سياسة معينة بحكم الوضعيات الاحتكارية، وتلك هي عقود التبعية، ومن أجل ذلك وضع المشرع جملة من الأحكام هيكلياً وأصلياً في اتجاه منع المنافسة غير المشروعة⁽²⁾.

ر- العقود البسيطة والعقود المختلطة ومجموع العقود

contrat simple –contrat complexe-groupes de contrats

العقد البسيط هو العمل المكون من عملية واحدة فلا تعدد فيه العقود مثل البيع فقط أو الشراء فقط وتلك هي العقود التقليدية المعتادة.
أما العقد المختلط فهو المكون من عدة عمليات قانونية في نفس الوقت فيصبح مزيجاً من عدة عمليات في نفس الوقت، فيختلط الكراء بالوديعة والبيع على سبيل المثال، كما في صورة الإيجار المالي فهو بيع وكراء وكما في صورة عقد الإقامة بنزل فهو كراء للمسكن وبيع للمأكولات ووديعة للإثاث. ولكن جملة هذه العمليات تبقى

(1) قانون 7 ديسمبر 1992 المتعلق بحماية المستهلك، الرائد الرسمي عدد 83 بتاريخ 15 ديسمبر 1992، ص 1583.

(2) القانون عدد 64 لسنة 1991 لموعد في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار كما هو منفتح في عدة مناسبات.

زـ العقود التبادلية والعقود التنظيمية contrat échange-contrat organisation

حاول رجال القانون أخيرا تقسيم العقود على أساس المضامين التي تحملها بالنظر لطبيعة العلاقات الاقتصادية الحديثة في انتقال رأس المال وتقديم الخدمات وفي تنظيم انتقالها وتقديمها. فجميع العقود التي تنتهي بانتقال المال أو الخدمة تسمى عقوداً تبادلية وجميع العقود التي تسعى إلى تنظيم مجال المال والخدمات بما في ذلك إنشاء الشركات والتعاونيات تعدد من قبل العقود التنظيمية. وليس من فائدة في هذا التقسيم إلا في حدود بيان طريقة التعاقد، فإذا كانت العقود التبادلية تقتضي العرض والطلب، فإن العقود التنظيمية تقتضي خيار التنظيم السليم لضمان حسن التداول.

الفقرة الثالثة : مبدأ سلطان الإرادة

لتذكّر أن مبدأ سلطان الإرادة صيغت أحکامه على امتداد القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، وتعد هذه الفترة هامة بحكم حجم التغيرات التي شهدتها المرحلة، فهي الفترة التي سقط خلالها النظام الإقطاعي وشهدت ولادة النظام الرأسمالي، وتشكلت خلالها معظم الاتجاهات الفلسفية، فطفت المذاهب الفردية وذهب القلن إلى أن إرادة الشخص وحريته ذاته كفيلة بتحقيق العدالة وضمان الأمن والاستقرار على جميع المستويات اقتصادياً واجتماعياً وسياسياً، واتجهت الأفكار إلى صياغة جملة من القواعد والمبادئ وأفرزت التطبيقات أصنافاً من الممارسات والتوجهات أصبحت تمثل العلامة المميزة والبارزة للقرن التاسع عشر. ولا شك في أن المجال القانوني لم يشأ عن ذلك، وأصبح مبدأ سلطان الإرادة هو المأثور من المبادئ خلال تلك الفترة^(١)،

(١) الإرادة هي القدرة التي يمتلكها الكائن الحي المفكّر في الارتباط والالتزام نتيجة براحت وأسباب محددة ومعينة، فهي درجة الوعي في الإنسان ومستوى تفكيره.

Foullée : La science sociale contemporaine, 2 édi 1885, p. 7.
Fathi Abdelrahim Abdalla : Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats civils, Etude comparative, Thèse, Publication de l'université du caire à Khartoum 1974, p. 204.

ويجب احترام الإرادة في حد ذاتها باعتبارها نتاج الحرية الفردية، "فالإنسان هو إرادة حرّة" على حد تعبير Caro، ولا يمكن للإنسان أن يلتزم إلا بإراداته، فهي القانون الذي يجب أن يحترم، ومني كان الإنسان حرّاً، ومني أراد كان الاعتقاد صحيحاً سليماً، فالعقد هو القواب على حد تعبير Foullée « Qui dit contractuel dit juste » , op. cit., p. 410.

وبالإرادة وحدها يمكن فهم العلاقة بين الأفراد أنفسهم أو في علاقتهم بالدولة، وهي في نفس الوقت المبدأ الأساسي في كامل نظرية الالتزام بوجه عام، فبها كل شيء يندرج وإليها المتنهي. Gounot : Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Thèse Dijon, 1912, p.27. « De la volonté libre, tout procède, à elle, tout aboutit » .

أما مجموع العقود فتمثل في عدة عقود متصلة عن بعضها بمعنى أن يحافظ كل عقد على طبيعته مع وجود رابط يجمعهم، ولا يعني مجموع العقود بعد الأطراف في العقد cocontrat، بل المقصود هو انفصال العقد عن بعضها مع توفر الرابط بينهم سواء معنى التسلسل في التعاقد أو معنى التعاقد الثاني أو معنى رجوع العقد لسبب واحد. وهي إحدى التطبيقات المعاصرة في عالم المعاملات والمال.

فمقتضى التسلسل في التعاقد chaîne de contrats أن يتكرر العاقد على نفس الشيء بين نفس الأطراف، فالرابط بين مجموع العقود هو الشيء المتعاقد عليه، كما في صورة تزود الناجر تفصيلاً من الناجر البائع بالجملة سواء كانت البضاعة نفسها أو مختلفة الطبيعة. ومقتضى التعاقد ثانية sous- contrat أن يستعين المعاقد بالغير لتنفيذ العقد وتلك هي المتناول أو الكراء ثانية أي كراء المحل لطرف ثالث. ومقتضى مرجمية السبب الواحد في التعاقد أن تعدد العقد مع توفر السبب الواحد في اتفاقه أي أن تعدد العقود مع توقيتها على سبب واحد كما في صورة القرض والتأمين على القرض تأميناً عيناً أو شخصياً.

والفائدة في العقد إذا اجتمعت على خلاف البساطة والمركة أن إبطال بعض العقود فيها قد ينجر عنه إبطال البعض الآخر وأنه يصح في الأغلب قيام الدعوى المباشرة لصالح صاحب العمل أو المالك الأصلي، المتعاقد مع المتعاقد الأول، في مواجهة المتعاقد الثاني، كما يصح لهذا الأخير توجيه الدعوى ضد الأول.

ما يتعلق منها بمعينات الإيجار وشروط فسخه بطلب من المستأجر. وإذا لم يرد في العقد تفصيلات لها علاقة بمعينات الإيجار وشروط فسخه بطلب من المستأجر فلا يمكن للمؤجر الرجوع إلى العقد لتأسيس حق، فلا يمكن للمؤجر اعتماد العقد الذي لا يتضمن بنوداً تتعلق بمعينات الإيجار وشروط فسخه بطلب من المستأجر للمطالبة بحقوقه. ويجب في هذه الصورة الرجوع إلى المبادئ العامة، وهو أنه من الضروري طرح جزء من النسبة في حدود ما يوافق كراء المعدات أو المقارارات التي اتفق بها المستأجر الذي يريد فسخ العقد. ويمكن اللجوء إلى الخبرة في هذا المجال وما يجيء فهو في حكم النسبة في عقد البيع ويمكن الاستئناس بأحكام العروبين في هذا الباب، فإذا كان الفسخ بطلب من الطرفين أو بسبب يرجع إلى المؤجر أو من المستأجر استرجاعه وإذا كان الفسخ بسبب يعود لخطأ المستأجر يجوز للمؤجر منك النسبة إلى حين القضاء بالدعوى بحسب الفسخ.

ولذا تتبع العقد في أجله ونذكر كل من جانبه ما يحمل عليه تنقل الملكية إلى المستأجر. ولا يحدث انتقال الملكية بحكم القانون، حيث يتم إحلال التجهيزات أو المعدات أو المقارارات المقتناة أو المنجزة فوق أرض المؤجر للمستأجر تفيضاً الوديع من طرف واحد. وإذا انتزع البناء فوق أرض المستأجر تتقل ملكيتها إليه عند نهاية عقد الإيجار بموجب الالتصاص. وفي هذه الحالة يجب أن يتضمن عقد الإيجار العالمي اتفاق الطرفين حول حقوق كل منها الموظفة على الأرض خلال مدة الإيجار. فلا بد من تغيير كتب في نهاية الأمر تضمن به حقوق الأطراف ويشار به إلى انتقال الملكية محل العقد للمستأجر حتى يمكن من ترسيم هذا الصك بالذفات المعدة للعرض بحسب مليحة الموضوع عقاراً كان أو مقولاً. وبذلك تتقل ملكية الشيء للمستأجر ويتقل معها الضمان.

وقد ساهم قول المتأخرین من الشراح في القانون الروماني وموقف الكنيسة وازدهار الحركات الفلسفية التحررية والجانب الاقتصادي المميز لتلك الفترة في ظهور مبدأ سلطان الإرادة الذي أصبح جاهزاً مع بداية القرن التاسع عشر، وتأسست كامل نظرية الالتزام على هذا المبدأ.

فمن حيث الشكل مبدأ الرضائية هو الأساس، فلا شيء يعيق التعاقد خارج إطار إرادة الطرفين، أي أن الشكل في نهاية الأمر يتعارض مع الحرية والإرادة، وإذا افترضت أحد المذهب إلى اعتبار وجود قانون طبيعي منن على حرية الفرد وزرادته، والحقيقة أن المدرسة الطبيعية دافست منذ القرن السادس عشر على تذكرت الحرية والمساواة، بمعنى أن جميع البشر متساوون وأحرار، ولا يمكن للإنسان أن يخضع للالتزام إلا بإرادته، وفي ذلك تطبيق لقاعدة طبيعية، ومادام الإنسان قد أراد، فلا شك في صحة الالتزام. ومن ثم جاءت الفلسفة الإرادية voluntarisme، يعني أن الإنسان لا يمكن أن يتزم إلا بإرادته. وقد حصلت الفتاعة خلال القرن الثامن عشر بالحقوق الذاتية للإنسان التي ارتفعت إلى مرتبة الحقوق الطبيعية، إضافة إلى فلسفة العقد الاجتماعي التي جاء بها Rousseau بمعنى أن الحياة الاجتماعية والسياسية لا يمكن أن تتم إلا بالعقد الذي لا يمكن أن ينشأ إلا بزارة الإنسان وفي ذلك حماية للحقوق المدنية.

وقد من جمیع ذلك أن إرادة الإنسان المزعز باعتبارها مستوى تحکیره ومقاييس وعيه هي العنصر الأساسي في كل التزام لا يضاهيها أي عنصر آخر مهما علا شأنه.

وقد جاءت هذه النظرة الجديدة نتيجة تفرق الحركات الفلسفية التحررية التي انتصرت على امتداد القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، (Hobbes-Pufendorf-Loch-Tomasius-Rousseau-Kant-Fichte-Hubert Languet-Grotius-Spinoza) وغالبت في إظهار الفردية على أنها الحقيقة المطلبي، وارتقي أحد المذهب إلى اعتبار وجود قانون طبيعي منن على حرية الفرد وزرادته، والحقيقة أن المدرسة الطبيعية دافست منذ القرن السادس عشر على تذكرت الحرية والمساواة، بمعنى أن جميع البشر متساوون وأحرار، ولا يمكن للإنسان أن يخضع للالتزام إلا بإرادته، وفي ذلك تطبيق لقاعدة طبيعية، ومادام الإنسان قد أراد، فلا شك في صحة الالتزام. ومن ثم جاءت الفلسفة الإرادية voluntarisme، يعني أن الإنسان لا يمكن أن يتزم إلا بإرادته. وقد حصلت الفتاعة خلال القرن الثامن عشر بالحقوق الذاتية للإنسان التي ارتفعت إلى مرتبة الحقوق الطبيعية، إضافة إلى فلسفة العقد الاجتماعي التي جاء بها Rousseau بمعنى أن الحياة الاجتماعية والسياسية لا يمكن أن تتم إلا بالعقد الذي لا يمكن أن ينشأ إلا بزارة الإنسان وفي ذلك حماية للحقوق المدنية.

Rousseau.JJ: *Du contrat social, collection 10-18.*

Goyard-Fabre Simone : *la nature, les lois, la liberté*, PUF 1993.

وقد أكد философ Kant الذي يعود له الفضل في تسمية «سلطان الإرادة» والداعم الرئيس على تذكرت الفردية القانونية أن الحرية في الالتزام والالتزام لا يمكن أن ينشأ إلا بإراده الإنسان.

Kant : *Elément métaphysique de la doctrine du droit*, tra, Barni, 1854, p. 44.
« une personne ne peut être soumise à d'autres lois que ce qu'elle se donne à elle même. Toute obligation dont elle ne serait pas elle même la source serait contraire à la dignité de l'individu »

وأصبح العقد بذلك أساس الصحة والشرعية وهو القانون الحقيقي الذي لا يعلو عليه أي قانون.

وقد تدعم هذا الاتجاه يقول المناهون الاقتصاديات التي طالبت بإباحة المجال أمام الفرد وإخضاع السوق لقانون العرض والطلب، ولم يحصل Adam Smith في التأكيد على أن الفردية هي الوسيلة الوحيدة في تسمية المصلحة الخاصة وبالتالي تسمية الصالح العام.

Adam Smith : *La richesse des nations*, 1776. « 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 »

Voir : Farjat, *Droit privé de l'économie, théorie des obligations*, p. 49.

والحقيقة أن العنصر الاقتصادي له أهمية بالغة في الدفع في اتجاه ظهور مبدأ سلطان الإرادة باعتبار أن المجتمع الرأسمالي أصبح يعتمد بالأساس على مبدأ تقسيم العمل بهدف استغلال الرأسمال وكثرة الإنتاج، ومن ثم كثرة المعاملات وسرعة تداولها التي لا يمكن أن تتناسب إلا مع مستوى معين من الرضائية بين الأفراد.

كما سبق للكنيسة في ذلك الوقت أن ركزت على ضرورة الوفاء بالمهد كأساس للالتزام بين الأفراد، وجعلت للالتزام أساساً دينية. وراح المتأخرون من القهوة براجحون أحکام القانون الروماني القديم ولم يتأخروا كثيراً عن التأكيد على أن القانون الروماني لا يبني بطلقاً دور الإرادة، مع أن القاعدة بالقانون الروماني حتى في زمانه المتأخر تقول بأن الإرادة وحدها لا تتشي الزماماً. وقولهم في ذلك إن الاتفاق

غير الشكلي *pactum nudum* يحمل التزاماً طبيعياً، كما أن الإرادة لها دورها في الاتفاق المكتوب، والذكرة في ذلك أن الإرادة لها مكانتها، لكنها لا تحدث أثر إلا إذا كانت « مكسوة بشيء من الشكل *pactum vestitum* vestimentum». ولا تنسى أن المبدأ بين التجار هو الرضائية، إضافة إلى أن العقود بالقانون الروماني ترم وتتفق بحسن نية . Fathi Abdelfrahim Abdalla op.cit., p. 127 et suiv.

وإذا كانت النزعة الفردية تقدس إرادة الفرد وتجعلها الوحيدة في الالتزام على أساس أن جميع الناس متساوون وأحرار، فإن الأفكار الفلسفية الحديثة سواء كانت تاريخية أو اجتماعية أو اقتصادية أو موضوعية غيرت الفرد أمام مصلحة المجتمع، ولم يعد العقد مجرد تعبر عن الإرادة الفردية أو وسيلة من وسائل تصريف البضاعة بقدر ما هو استجابة للمتطلبات الاجتماعية والاقتصادية، فلم يبق الالتزام مجرد علاقة شخصية بل هو واقعة اجتماعية لا يُؤخذ إلا بعناصرها الخارجية. وفرض على الدولة تبعاً لذلك بأن تتدخل لتنظيم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية دفعاً لنزوات الإنسان وظلمه وسلطته. وإذا كانت الإرادة في نظام سلطانها هي الحرية والعدالة فهي في النظام الاجتماعي خاضعة لسلطة المجتمع، ويتحدد مضمونها باحترامها لمعايير الحرية والعدالة التي تفرضها الدولة. ومن ثم جاءت العقود المفروضة والعقود التمذجية وعقود الإذعان.

لكن ذلك لا يعني إطلاقاً أن إرادة الإنسان في مثل هذه المدارس والأنظمة اضمحلت تماماً في تكوين الالتزام، بل العكس هو الصحيح، فقط أن الإرادة وضعت في إطار معين، فلا يمكن أن تكون فاعلة في مخالفة النظام العام والأخلاق العميدة، وتبقى معتمدة في البقية بصرف النظر عن الأسس المعتمدة في ذلك سواء كانت شخصية أو موضوعية. معنى ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة ورغم هذا التراجع فقد يبقى مستمراً. وأعلنها أحد الفقهاء صراحة: « أَتَى أَنْ تَكُونَ الرِّضَايَةُ هِيَ الْمِبْدَأُ، فَهَذَا أَمْرٌ لَا يُشَكُّ فِيهِ⁽¹⁾، وَتَكَادُ لَا تَخْلُو مِجْمَلُ كِتَابِ الْقَانُونِ مِنْ هَذِهِ الْمَلَاحَظَةِ⁽²⁾. وأقرت معظم المجالات القانونية استقرار هذا المبدأ⁽³⁾، بالرغم من اعتراف جانب من

(1) J.Flour : Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, dans mélanges Ripert 1950.T1,p.95. « Que le consensualisme doive être le principe, ce n'est pas douteux ».

(2) Carbonnier : op.cit.,p.160. « La règle est le consensualisme ».

(3) اعتمد هذا المبدأ منذ تحرير المجلة المدنية الفرنسية سنة 1804، وكان ظاهراً من خلال تحرير الفصلين 1108 و 1134، حيث نص الأول على شرط تكوين العقد دون الإشارة إلى أي شرط شكلي، في حين أن الثاني أشار إلى القوة الضرورية للاتفاقات باعتبار أن إرادة الطرفين تعد بمثابة القانون في علاقة الطرفين المتعاقدين. ورغم التضييق المستمر في مجال تدخل الإرادة واتساع مجال التظام العام، إلا أن القاعدة بقيت على حالها وهي عدم توقف العقد على أي شرط شكلي وضرورة البحث عن الإرادة الباطنية واحترام القوة المازمة للعقد.

وهو نفس الاتجاه الذي اعتمدته مجلة الالتزامات والعقود التونسية منذ سنة 1906، وقد صرحت منذ البداية بتبني المجلة لمبدأ سلطان الإرادة، ببرراً ذلك بمبدأ الرضائية المعروف بالفقه الإسلامي، قوله « إن إرادة الشخص مهما يكن المظهر الذي تتجلى فيه كافية وحدتها لإنشاء الرابطة القانونية وقلما تجد في الفقه الإسلامي عملاً من الأعمال توقف صحته أو بطلانه على مسألة شكليّة ». ولقد كان المبدأ القائل بفاعلية الإرادة سائداً بجميع الأقطار. (تقدير Santillana مقرر المشرع التمهيدي لمجلة المدنية والتجارية التونسية، منشور بمجلة الالتزامات، والعقود التونسية، تعلق محمود ابن الشيخ، تونس 1984، ص 14). ولهذا الأمر لم يعلق الفصل الثاني منها صحة الالتزام على

Savigny أن الفرد لا يمكنه أن يخلق القانون الذي يبقى نتاج التاريخ، وبين ذلك المدرسة الاجتماعية بقيادة Compte Durkheim أن القانون هو نتاج العلاقات الاجتماعية وهو معيظ موضوعي، في حين أن المدارس الاشتراكية قالت بأنه إفراز علاقات الإنتاج لأغير، ولعبت المدارس الكاثوليكية الاجتماعية دوراً كبيراً في نزع قدسيّة المذاهب الفردية. وإذا كان القانون في حد ذاته نتاج العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والتاريخية، فلا شك في أن إرادة الإنسان مهما علا شأنها لا يمكن بحال أن توازي الضوابط القانونية التي تعتبر الوحيدة في تحديد الحقوق والواجبات. وتبيّجة لهذا التفكير الحديث اتجه التطبيق شيئاً فشيئاً إلى استبعاد النظريات الشخصية في الالتزام وقامت المصلحة في النظرة الموضوعية، وانقاد عدد من رجال القانون إلى صياغة أركان هذه النظرية التي ترمي إلى هدف أساسي وهو أن الإرادة لا يمكن بحال أن تكون السبب الوحيد في نشأة الالتزام. وبين Duguit أن الإرادة لا تصلح مظالماً في أن تكون مصدر الالتزام بل إن القانون هو منشأ كل شيء⁽¹⁾. ونفس هذا الرأي دافع عنه الفقيه Kelsen صاحب المدرسة النمطية بشيء من التوسيع وهو أن إرادة الإنسان تتدخل في إبرام العقود، فقط أن هذه الإرادة لا تعبّر في حقيقة الأمر إلا عن المضمون القانوني الذي يبقى هو الأساس في تحديد مجمل الحقوق والواجبات أي أن الإرادة لها دور الاتارة في إبرام الالتزامات وليس لها دور النشأة⁽²⁾، في حين ركز الفقيه Saleilles على التغيير الموضوعي للإرادة تأثيراً بالمدرسة الألمانية أي أن الإرادة ليس لها وجود إلا باعتبارها واقعة اجتماعية⁽³⁾.

(1) Duguit L :Traité de droit constitutionnel, Tome 1,op.cit.,pp. 22-277.

« Elle ne peut être qu'une loi de but, une règle une norme qui dirige et limite l'activité consciente et volontaire de l'homme, qui lui interdit certains actes et lui en impose certains autres ». (p.70,n°5).

« Beaucoup d'individus, incapables de vouloir par eux-mêmes, ont des droits, et on peut avoir des droits sans le savoir, on ne peut donc dire que le droit subjectif est une puissance de vouloir ». (p.277,n°25).

وعلى ذلك الأساس لا يعترف هذا المفكرة بالحقوق الشخصية أو الذاتية لفرد يمعنى أن يكون للإرادة دور النشأة والزوال في الحق وإنما جميع الحقوق في رأيه هي حقوق موضوعية يمعنى أن القانون هو المحدد لهذه الحقوق من حيث النشأة والزوال.

(2) Kelsen H :La théorie juridique de la convention, Arch. philosophie du droit 1940.

(3) Saleilles R :Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand, 3 édition, Paris L.G.D.J 1925.

(4) تجد ملخصاً لهذه النظريات الثلاث في:

Mohamed Bag Bag, op.cit.,p. 84 et suiv.

Weill et Terre :Droit civil, les obligations, 4 éd., Dalloz, Paris 1986, n° 64 et suiv.

J.Ghestin :Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation, 2 éd. Paris L.G.D.J 1988, n° 162 et suiv.

لها أساسا بالفقه الإسلامي، من حيث أن التشريع الإسلامي لا يشترط الشكل في تكوين العقود على وجه الإجمال⁽¹⁾.

ويعد الشكل مظهرا من مظاهر التقنية القانونية أو الآليات الفنية la technique التي تعرف بأنها «الوسيلة والأداة المستعملة لغاية تحقيق هدف معين، فهي العنصر الم موضوعي والخارجي المكون للمحيط الذي تنمو فيه الإرادة وترتبط به»⁽²⁾، ولكن العلامة الأساسية للتقنية القانونية هي الشكل⁽³⁾، وبذلك تبتعد عن الأصل، أي أنها مجرد شكل من الأشكال لغاية تحقيق هدف معين، وهي في نهاية الأمر وسيلة من وسائل التنفيذ لغاية تحقيق هدف معين. وإذا كان الشكل في إطار العلاقات التعاقدية يحتوى الإرادة وبالتالي الحق الذاتي ويصبح عليها الصبغة الرسمية، ويسقط الشكل يسقط العقد، ولا أقل أن يكون الشكل وسيلة من وسائل الإثبات، فإن آلية الإشهار المرتبطة بمناهيم التسجّلات العينية تتضمن الرغبة في إعلام الكافة وترمي إلى نشر ملامح الالتزامات خارج إطار العلاقات الشخصية، ويتوقف عليها نشأة الحق أو انقضاؤه⁽⁴⁾. وبذلك يُعد الشكل بدوره آلية من الآليات أي وسيلة من الوسائل لغاية تحقيق هدف معين. ولهذا الغرض يمكن تعريف الشكل في آخر مظاهره بأنه مبدأ تقني يتضمن جملة من الوسائل الموضوعية المحددة قانونا لتحقيق هدف معين.

ولا يذهب في الاعتقاد أن الآليات التقنية أو الشكلية، حسب هذا التعريف، خالية من كل مبرر، بل إن لها أساسها النظرية ومصادرها القانونية. وقد يُسمى عَرْف Duhaut الشكلية الرومانية بأنها كل «عمل خارجي لا يتأسس اعتماده على مبررات منطقية أو ضروريات اجتماعية ويتوقف عليه نشأة أو انقضاء الحق»⁽⁵⁾، والواضح أن هذا التعريف لم يراع طبيعة المجتمع الروماني في ذلك الوقت، ولا يعطي الشكليات أساسها النظرية لم يكن العرفة معملاً في ظاهره، الموضوعية عوّض بدريجة كبيرة شرط الشكل. ولا يصح كذلك ربط الشكل بحسب شرط انعقاد الكتب باعتبار أن الشكليات في وقتنا الحالي يمكن أن تشمل عدة مستويات، وليس من المفروض أن يكون جزء الشكل هو البطلان، بل هناك من الصور ما يختلف عن ذلك كثيرا. وهذه الأساليب مجتمعة حاول الكاتب وضع صفة المبدئية عن

(1) تقرير سانيلانا، مقرر اللجنة التي تألفت لإعداد مشاريع القوانين التونسية. مجلة الالتزامات والعقود، ص 4، جمع ونشر محمود بالشيخ، طبعة ثانية 1984.

(2) Fathi Abdelrahim Abdalla :op.cit.,p. 341. « La technique est l'outil, c'est l'instrument utilisé pour parvenir à ce but, elle est l'élément objectif et extérieur qui forme le milieu dans lequel la volonté se développe et avec lequel elle se combine ».

(3) Ibid.,p.73. « ...parceque la technique n'est autre chose qu'une forme créée sans doute en vue d'une utilité particulière, mais qui ne cesse pas pour autant d'être une forme »

(4) على كحلون: أزمة السجلات العينية، أطروحة دكتوراء، كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس 2007.

على كحلون: نظام السجل العقاري، مجمع الأطروحى للكتاب المختص، 2009.
(5) Duhaut :De la forme, de ses caractères et ses règles en droit romain, thèse Nancy 1882, citée par Fathi Abdelrahim Abdalla :op.cit.,p. 26.

الفقه⁽¹⁾. ويقي جمهور المشتغلين في المجال القانوني « على وفائه للنظرية التقليدية مع تسلیمه بخلص سلطان الإرادة اعتبارا لأهمية القوانين الآمرة وتعددتها⁽²⁾ ».

وبذلك فقد تجاوز الفكر البشري في تلك المرحلة بالذات مخلفات القانون الروماني والشكلية الشعاعية التي ميزت قواعده، واتجه إلى نوع من الرضائية أصبحت هي الأساس سواء بالنسبة إلى المجلة المدنية الفرنسية، وقد كان مبدأ سلطان الإرادة وليد المدرسة الفرنسية، أو بالنسبة إلى مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي وجدت

أي شرط شكلي، واعتمدت نظرية عبوب الرضا بأكملها، وندعم ذلك بالتنصيص على القوة الملزمة للعقد بالفصل 242، وبضرورة البحث عن الإرادة الباطنية عند الانقضاء، بل إن محكمة العقبة التونسية ولشدة تأثيرها بهذا المبدأ وفضلت مطلقا وبدواورها المجتمعنة سنة 1975 تعديل العقد مما كانت الأسباب، احتراما لهذا المبدأ. (قرار تفصي مدني صادر عن الدوائر المجتمعنة تحت عدد 7919 بتاريخ 28 أبريل 1975. يراجع في جميع ذلك محمد الزين، المرجع السابق، ص 40 رقم 40).

(1) لكن جانيا من الفقه يشكك في بقاء الرضائية كبدا، وذهب التفكير إلى حد إقصاء الرضائية من دائرة المبادئ العامة حتى بالنسبة إلى بداية ظهور المجلة المدنية الفرنسية، ويؤكد أحد الكتاب المدنية، تكن شرائح القانون استخرجوا هذا المبدأ من خلال فراءتهم الخاصية للقاضيين 1134 و 1108 و 1106، وأمام سقوط النظريات الشخصية وقيام الموضوعية منها ظهرت عدة قراءات جديدة وكان من اللازم إعادة تحليل الفصلين من منطلقات حديثة، فالغاية الإلزامية للعقد المتحدى عنها بالفصل 1134 لا تقع إلا إذا كان العقد منعقدا على وجيه الصحيح أي مطابقا للقانون وهي صراحة بالجملة المدنية. Fathi Abdelrahim Abdalla,op.cit.,p. 470 et suiv.

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » تكون العرفة إلا في حدود احترام الضوابط القانونية، ثم إن القول بانعدام الشكل بالفصل 1108 فيه شيء من القبح باعتبار أن الشطب المنشود توفره خاصة في ظاهر، الموضوعية عوض بدريجة كبيرة شرط الشكل. ولا يصح كذلك ربط الشكل بحسب شرط انعقاد الكتب باعتبار أن الشكليات في وقتنا الحالي يمكن أن تشمل عدة مستويات، وليس من المفروض أن يكون جزء الشكل هو البطلان، بل هناك من الصور ما يختلف عن ذلك كثيرا. وهذه الأساليب مجتمعة حاول الكاتب وضع صفة المبدئية عن مفهوم الرضائية.

ونجد بعضًا من هذا الاتجاه عند أحد التارسين في تونس في قراءته الحديثة لمجلة الالتزامات والعقود التونسية عندما تذكر على موضوعية الالتزام من خلال مفهوم التعبير عن الإرادة الوارد بالفصل الأول من مجلة الالتزامات والعقود، حيث بين الأستاذ يقين في أطروحة المترشح إليها سابقا أن مفهوم التعبير عن الإرادة الوارد بالفصل الأول م.اع لم يتأثر بالمدارس الإرادية التي كانت منتشرة يوم تحريره، وإنما تأثر كثيرا بالمدرسة الألمانية والمدرسة الإسلامية في نظرهما الموضوعية للالتزام. وأبرز بالمناسبة مذهب الفقه التونسي (Chabas-Saleilles) (Chabas-Saleilles) وأتجاه الفقه الإسلامي وتأثيرات الصياغة المعتمدة بالفصل الأول م.اع، وأوضح المفاهيم الموضوعية للالتزام في معارضتها للمفاهيم الشخصية من حيث مميزات الالتزام وأشكال التعبير عن الإرادة، من 23 وما بعد. وفعلا تجد هذه الاتجاهات من يدعمها من الباحثين. (محمد الزين: المرجع السابق، ص 46).

(2) محمد الزين: المرجع السابق، ص 43.

الإمبراطورية الرومانية، وحافظت بعض التجارب مثل القانون الألماني⁽¹⁾

للتام العملة res، وهي شرط من شروط وجود الالتزام، لاته لم يكن يتصور تمام العملية دون أن يحصل الدائن على مقابل. ولم تظهر الكتابة الأولى وقت متأخر حتى أصبح رئيس العائلة يمسك دفترا عائليا codex يضمون به جميع المعاملات، فيقوم الدائن بإذن من المدين بإدراج دينه. ولم يكن هذا التصنيع في البداية إلا وسيلة من وسائل الإثبات، لكنه تطور بشكل أصبح بعد مشتملا للالتزام بحكم القوة الشفوية التي تالها الترسيم بهذا السجل. ومع نهاية العصر الأول انتهى التطبيق إلى التخلص عن طريقة التسجيل بالذئن، واتجه إلى اعتماد ما كان يعرف بـ syrapha وهو كتب يحرره الغير بحضور شاهد ويضميه المدين والشاهد و ما كان يعرف بـ chirographa وهو كتب يحرره المدين نفسه وبعرف من خلاله بالذين. وللراحدة من جهة أخرى فإذا العقد في القانون الروماني لا ينقل الملكية بل يحمل التزاما بنقل الملكية، وكان يجب تدخل أحد العناصر الثلاثة أي الأشهاد أو الدعوى أو التسلیم للفول بنقل الملكية، ثم أسطف المنصران الأول والثاني ويقى الثالث في أواخر تاريخ القانون الروماني.

وقد رأينا في بايه أن هذا الاتجاه الشكلي لم يصمد وتعبر بعض الشيء، وعاب رجال القانون في أواخر عهد القانون الروماني شيئا من الإرادة، لكن ثالثة أيضا أن هذا القانون لم يدخل أبدا عن طبيعته الشكلية حتى في أواخر عصره. معنى ذلك ويساطة أن الشكلية كانت هي الأصل والمبدأ في عهد القانون الروماني القديم، فلم تكن إرادة الإنسان قادرة لو جدها على أن تنسى التزاما أو أن تقلله، بل لإبد من تدخل منتصر خارجي المتمثل في الشكل للقول بنشاء العقد أو بقلقه، وبالتالي يربط الالتزام بهذا المعنى بالشكل وليس ببرادة الأطراف، وهذا الشكل ضروري في انعقاد العقد، وهو في الوقت ذاته كاف لانعقاده، فهو ضروري لأن العقد بذاته متى وجد انعقد العقد، سواء قامت إرادة المتعاقدين إلى جانب الشكل أو لم تقم، وسواء كانت الإرادة إذا قامت صحيحة أو معيبة، وسواء اتجهت إلى غرض مشروع أو غرض غير مشروع. فالشكل وجده لا الإرادة هو الذي يحدد العقد.» (عبد الرزاق السنهوري: المراجع السابق، المجلد الأول، ص 418 رقم 284). ويتجز عن ذلك أن العقود غير الشكلية لا تحمى بالدعوى القضائية. على أن الشكل في ذلك الوقت لم يكن منحصرا في أسلوب المدني، كما يخطئ من يعتقد أن الشكل هو الكتابة، بل إن الطرق كانت متعددة في ذلك، فينور الشكل معين، في النطق بكلمات معينة بطلب التصريف بها عند التعاقد أو القيام بمحركات محددة وتتوفر علامات معينة، وفي بعض الأحيان يشرط تدخل الغير كما نقدم.

عبد الرزاق السنهوري، المراجع السابق، المجلد الأول، ص 426.

محمد الشرفي، مدخل لدراسة القانون، المراجع السابق، ص 284.

جمال الصالحي، الشكلية في العقود العقارية، المراجع السابق، ص 14. وانظر في جميع ذلك بوجه عام:

توفيق حسن فرج: القانون الروماني، الدار الجامعية بيروت 1985.

Ladjili-Mouchette JEANNE : histoire juridique de la méditerranée, droit romain, droit musulman, publications S. 1990.

Monier Raymond :Manuel élémentaire de droit romain, les obligations, édit Domat-Montch 1944.

Bruhl Levy :Cours de droit romain, 1946.

Fathi Abdelrahim Abdalla,op.cit.,p. 25 et suiv.

Ihering: L'esprit du droit romain,op.cit.

(1) تجد نفس القاعدة الشكلية، حيث كانت الأعراف الألمانية تبدو معتمدة على الشكل والرموز، فأغلب العقود إنما تكون محفوظاً عبئية أو شكلية، وكان يعود على كاتب مخصص في تحرير العقود، أو توفر رمز معين لإبرام العقد كان يسلم المدين شيئاً إلى الدائن للدلالة على إبرام العقد، ولم يكن

معينة. وتأكد أن المصدر الرئيس في الشكليات هو القانون، وعادة ما لا تملك إرادة الأفراد استبعاد المشروع شكلاً، وإن أمكن للإرادة التدخل في فرض شكليات معينة إضافة لما هو مشروع. ويعمل عادة الشكل على جزء محدد سلفاً، وإذا تطور مفهوم الجزء عبر الوقت من البطلان إلى الإبطال وعدم المعارضية إلى عدم القبول والتشاة إلى الانقضاض، فإن المهم هو وجود جزء معين، وهو ما يميز الشكليات بوجه عام، ولهذا الفرض يؤكد Ihering على أن «العمل الشكلي... هو العمل الذي يجد جزاءه بالكتب في حد ذاته»⁽²⁾. معنى ذلك أن الأعمال الشكلية تحدد مصيرها بنفسها دون تدخل أي عنصر أجنبي، ولها من الأسس والمصادر ما يبرر وجودها، وهذا هو معنى الآليات الفنية الشكلية، بقي أن هذه الآليات لا تخرج عن إطار الاستثنائية أي أنها مجرد استثناء لمبدأ الرضائية.

ويؤكد رجال القانون أن الشكلية ليست وليدة اليوم، بل إن تاريخها يعود لأيام موعنة في القدم، ويؤكد الجميع أن القانون الروماني في عهده القديم هو قانون شكلي⁽²⁾، ثم ما فتئ أن نفلت تأثيراته مع اتساع رقعة

(1) Ihering,op.cit.,p. 165.

(2) لم يكن للإرادة أي أثر في تكوين العقد، وكانت العقود تقسم إلى ثلاثة أصناف، عقد يتم بوزن صوري *nexum* أي الشبطة على جسم المدين *manus injectio* والعقد الكتابي *litteris* والعقد الملغطي *verbis* الذي يتم باللفاظ معينة. وهذه الأشكال تعد مثل القوالب التي يصب بها أي نوع من المعاملات، فيفرض أن ثالث المعاملة على صيغة من هذه الأشكال، وهذا ما كان يسمى بالقانون الروماني بالتبسيط *causa civilis* أي الشكل القانوني ولا شيء غير ذلك. فتفيد الإرادة تماماً عن إطار المناقضة لأن سبب تكوين العقد ليس الإرادة في نهاية الأمر وإنما هذا الشكل، لذلك يقال عادة إن نظرية السبب غير معروفة بالقانون الروماني، ويشير إلى أن الملكية في القانون الروماني لا تنتقل بهذا العقد وإنما يشترط توفر صور خاصة لتقليلها وهي لا تخرج عنها يعرف بالأشكال العينية *mancipatio* والدعوى *traditio*.

وبعد هذه الشكلية مرتبطة أشد الارتباط بطبع المجتمع الروماني في ذلك الوقت، وهي افراز طبيعي لعلاقات الإنتاج في ذلك العصر، حيث إن مؤسسة رئيس العائلة كانت فاعلة في ذلك الزمان، وهي التي أقرت بقسط كبير في تلور جملة من المؤسسات القانونية، وما كان لظهور لرب العائلة متوجه ل حاجاتها، فقط عندما قامت الحاجة إلى التعامل مع الآخرين ظهر أول نوع من التعامل خاصة فيما تعلق بالاعارة. وكانت المعاملة في البداية تعتمد على المقايسة، ثم استعملت المعاداد التadaptive في مرحلة ثانية. لكن رئيس العائلة لم يكن بإمكانه أن يحصل على هذه المعاداد الشفوية، فكان يلتجأ إلى رهن الصيادة المستقبلية، ثم أتجه التطبيق إلى اعتبار شخص المدين نفسه ضماناً لأداء الدين وهذا ما عرف بـ *nexus*، وهي عملية تقوم على الوزن (أي الوزن الصوري للمدين) والنطق بكلمات محددة *nuncupatio*، وكان يتطلب لإنعام هذه العملية حضور العائلة وخمسة من الشهود، لكن هذه الآليات لم تعمّر كثيراً أمام ضرورة الرفع من سق المعاملات وسرعان ما تخلص التطبيق عن الوزن الصوري وأكفي بالتصريح *nuncupatio*، ومن تم ظهرت آلية جديدة عرفت بـ *stipulatio* وهي سؤال يوجهه الدائن إلى المدين ويحجب عنه هذا الأخير. ومع ظهور التقدّم المرقمة أصبح بالإمكان تسليمها للدائن

والقانوني الإنجليزي⁽¹⁾ على طابعها الشكلي المعين. لكنَّ هذه النظرة الفردية لم تصمد كثيراً وسرعان ما أمكن الحديث عن توجّه جديد مع بداية القرن العشرين، حيث إنَّ تراجع الرّضائية يقابلها من الجانب الآخر بالضرورة ازدهار الشكلية. وأصبحت العادة المعاصرة أشبه ما يكون بالقوالب الجاهزة التي يتحمّل الفرد أن يلتزم بضوابطها الشكليّة، وفي هذا الباب يأتي الحديث عن العقود التموذجية *standard* وعقود الإذعان متى يطلب من الطرف المقابل مجرد إتمام البيانات الشكليّة لتطابق إرادته مع المطلوب شكلاً. ويمكن الحديث في هذا الباب عن شكليات الشركات التجارية والأصول التجارية والاتفاقيات المشتركة والأوراق التجارية والاسئلة والإداريات، والأمثلة يمكن أن تعدد. فقط نعلم أنَّ الشكل أصبح مع بداية القرن العشرين، وحتى في أيامنا الحالية متعدد المراطن. لذلك أمكن التصريح بوجود توجّه حديث.

ولهذا التوجّه الحديث مبررات عدّة، ويمكن ردها إلى سببين، أولهما ضغوط الحياة المعاصرة وخاصة في جانبيها الاقتصادي وثانياً تأثير المدارس الموضوعية، وقد سبق بيان هذه الضغوط والإشارة إلى أنصار المدارس الموضوعية ومذاهبهم، وعلى رأسهم كل من *Duguit-Kelsen*. وانقادت الدولة، نتيجة لهذه الضغوط، وبحكم طبيعة تدخلها الحديث ودورها الجديد بالضرورة إلى فرض سياستها الشرعية في جميع الميادين اقتصادياً واجتماعياً، وكان ذلك عبر ضوابط شكلية محددة، لا قول فيها للإرادة. ولنعلم كذلك أنَّ الشكل هو التعبير المميز عن الإرادة في المدرسة الموضوعية⁽²⁾. لذلك

تعدد مواطن الشكل وصورة، فهل أنَّ الشكلية ارتفعت إلى مراتب المبادئ العامة؟ هناك من يحاول الوصول إلى اعتبار أنَّ الشكلية أصبحت هي المبدأ، بل هناك من تحدث عن نظرية عامة في الشكلية تحكمها جملة من الأسس والمصادر والضوابط، وظنَّ أنَّ ازدهار الشكلية مع بداية القرن العشرين هو انصراف لها وغلبة لأصدادها، وراح بعد مجالات تدخلها، ويصرّ على أنها لم تمت بناها حتى في زمن ازدهار الرّضائية أيام الثورة الفرنسية⁽³⁾.

(1) L'article 1341 du code civil : « Il doit être passé acte devant notaire ou sous signatures privées de toutes choses excédant la somme ou la valeur de 50 f, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 50 f ».

(2) مثل الفصول 394 المتعلق بعقد الزواج والفصل 931 المتعلق بالهبة والفصل 2-1250-2 المتعلق بالحلول الاتفاقي والفصل 2127 المتعلق بالترهن، وغيرها من الفصول مثل 1394 و 2217 و 815-819-2026.

(3) Bagbag Mohamed,op.cit.,p. 86 et suiv.

(4) Fathi Abdelrahim Abdalla,op.cit.,p. 391 et suiv.

والمبادئ الحرية⁽⁵⁾ على طابعها الشكلي المعين. لكنَّ فوز مذاهب العرينة والفردية والضغوطات الاقتصادية كما تقدّم سمح بتجاه الرّضائية على حساب الشكليات. لكنَّ السوابق لم تقف عند ذلك الحدّ، حيث مع تكشف الوجه السيء لمبادئ الحرية المطلقة توجّه التطبيق إلى نوع من الحداة قامت على أساس انتصار المدارس الموضوعية في التحليل والبيان. فهل ارتفعت الشكلية في توجّهها الحديث إلى مرتبة القواعد العامة؟

المعروف أنَّ القانون الفرنسي تأثر في البداية بشكلية القانون الروماني وكذلك بشكلية القانون الألماني أيام الغزو الفنلندي خلال القرن الخامس للميلاد كما تقدّم، لكنه مع بداية القرن الثالث عشر بدأت أسس الشكلية تسقط تحت ضغط القانون الكثسي والقراءات الجديدة للقانون الروماني وخاصة تحت تأثير المذاهب الفلسفية والاقتصادية، ومع بداية القرن التاسع عشر وجدت نظرية سلطان الإرادة القبول الحسن في معظم بلاد العالم. وأصبحت بالتالي الرّضائية هي المبدأ وحق الحديث عن الشكلية بصفة استثنائية فحسب، حيث إنَّ المجلة المدنية رغم اعتمادها سلطان الإرادة في معظم الفصول، فإنَّ القواعد الشكلية لم تغب تماماً سواء باشتراطها في إثبات المعاملات

بإمكان الرّضاة وجده أنْ يشرع التزاماً. لذلك أبقى الغزو الفنلندي لـ كامل منطقة وسط أوروبا (منطقة الغول Gaul) وإسبانيا وشمال إفريقيا خلال القرن الخامس تأثيرات جدّ هامة في هذا الاتجاه. وقد انقسمت الإمبراطورية الرومانية إلى شرقيّة وأخرى غربية مع الغزو الفنلندي خلال القرن الخامس للميلاد، ثم تكوّنت الإمبراطورية البيزنطية على الجزء التابع للإمبراطورية الرومانية الشرقية، وتفسّر هذه القاعدة الشكلية في التي ساهمت في تبلور النظرية الموضوعية للالتزام في القانون الألماني بشكل عام، وأبقيت تأثيراتها على التوجّه المعاصر وأحكام المجلة المدنية الألمانية الحديثة (1896).

Pedamo. Michel : le contrat en droit Allemand,LGDJ 1993.
Ladjili-Mouchette JEANNE,op.cit.

(1) يعتمد القانون الإنجليزي على السوابق وقواعد الإنصاف، والمعلوم أنه قانون قضائي بالدرجة الأولى، وانته التّطبيق القضائي إلى فرض جملة من الآليات والشكليات الضاربة في بعض الأحيان تكون ماءة مرتبطة بشرط الدّعوى، وذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار القانون الإنجليزي قانوناً شكلية في حدود أنه لا يترافق بوجود الحق خارج إطار الدّعوى. هذه الدّعوى التي أحاطتها التّطبيقات بحدود شكلية، فلا تقبل إذا لم تكن المعاملات محذرة طبق طريقة معينة، ويستفاد من ذلك أنَّ بدأ سلطان الإرادة لم يجد مكانه بالقانون الإنجليزي مثلاً حضي بالقبول لدى الفرنسيين، ويتحمّل رجال القانون عن «فردية عقلانية» بالقانون الإنجليزي أو «فردية تجريبية ولازمة» في نفس الوقت بحكم تأسيسها على تجربة التّطبيقات القضائية، ويدوّي هذا القانون متّحاً إلى التّجربة الموضوعية أكثر منها إلى المدرسة الشخصية.

Fathi Abdelrahim Abdalla :op.cit.,p. 160 et 244. « l'individualisme empirique et utilitaire des Anglo-Saxons

الإنسان والشكل، فلكلّ مجاله وأهدافه، حيث تبقى ملامح الإرادة حتى بالنسبة إلى أكثر المعاملات شكلاً، وليس من الضروري أن يقتصر الشكل بأسباب الالتزامات أو أن تتعرض المعاملة بالضرورة للبطلان، بل إن الشكلية الحديثة توفر في جميع الصور التي لا تكفي فيها الإرادة لتأسيس العمل، مهما كانت صور الشكل، وقد رأينا في بابه كيف أن جزاء الإخلال بالشكل لا يمتد بالضرورة إلى مطلب البطلان، ويجوز أن يشمل عدّة صور أخرى مثل عدم الاحتجاج وعدم القبول وغيرها. وتبعد هذه الطبيعة المرنة مطلوبية في عصرنا الحالي، وينعدم في شأنها الإجماع، وتقدم عادة على أنها « تُقْرَرُ المخاطر السببية لمثالية القانون المعاصر »⁽¹⁾. وبهذه الطبيعة السوية يمكن أن تقوم الشكلية بدورها الرئيسي وتتحقق وبالتالي الأهداف.

وأصبحت الشكلية مقبولة اعتبارا إلى الدور الهام الذي أصبح من الممكن تحقيقه من خلالها، بالإضافة إلى وظيفتها في الإثبات وفي حماية الرضاء ومضمون العقد وفي نشأة الالتزامات، يعترف إلى الشكلية بوظيفتها الاقتصادية والتوجيهية. ويمكن اختصار ذلك في كلمة واحدة: وهي أن الشكلية تنهض سدا في تحقيق أهداف النظام والحماية والأمن وهو المطلوب في عصر احتللت فيه المفاهيم وتضاريس المصالح وتعذر المعاملات سواء على المستوى الفردي أو الجماعي، ومن خلال هذه العممية تهدف القاعدة الشكلية إلى تحقيق مطلب العدالة. فيقول أحد الكتاب « إن التبرير الحقيقي للشكلية هو استبعاد عدم التوازن الذي عادة ما يكون هاما داخل إطار العلاقات القانونية وفرض العدالة... هذه العدالة التي كثيرا ما يصعب تحقيقها في إطار الرضائية الضيقة »⁽²⁾. ويقول آخر « إن الشكلية هي أداة يامكانها وقف حدة التطبيقات الرضائية الضيقة، هذه التطبيقات إن لم تمسكها الشكلية تصل إلى نوع من اختلال التوازن الفاسد في مستوى العلاقات القانونية »⁽³⁾. فعلاً إن الكتابة المسنقة للعقد تجعل المتعاقدين عالما بمحتواه في جميع مستوياته، ولا يمكن وبالتالي أن يلحق به أي ضرر، وهذا ما يسهل مهمة القاضي في فهم عناصر الاختلاف في حالة النزاع، ويأتي تدخل المأمور العمومي في هذا الاتجاه، كما أن عملية الإشهاد لا يمكن أن تثير إلا في حدود أنها تحمي حقوق جميع الأفراد بما فيهم الغير، ومن خلال ذلك تتحمّل حقوق المجموعة. ثم إنها تضمن سرعة المعاملات إذا فرضت بالمواطن الضرورية واللزمة إلى جانب الاطمئنان إلى

(1) Gény : *Science et technique*, 3 volume 1927, p. 202 « La forme juridique tend aujourd'hui à corriger les dangereux inconvenients du spiritualisme du droit moderne ».

(2) Fathi Abdelrahim Abdalla,op.cit.,p.421.

(3) Piedelievre : *Les transformations du formalisme dans les obligations civiles*,thèse Paris 1959, p. 214.

والحقيقة أن الواقع يخالف هذا الطرح من الأساس، حيث إن العصر بدأ بتفوق للشكلية، ثم سرعان ما وضعت في إطار ضيق لم تخرج منه أبداً⁽⁴⁾. ويؤكد جانب من الفقه وهو الأغلب « أن الابتعاد التدريجي عن الشكلية هو بالتأكيد إحدى المميزات الأساسية للقانون الحديث، وخاصة القانون المعاصر، ويرد تاريخ الأعمال القانونية إلى نفي مطرد للشكلية »⁽⁵⁾. صحيح أن مواطن الشكلية تعددت، وذلك أمر واضح ومطلوب باعتبار تعدد الحياة المعاصرة وتنوع المعاملات التجارية المعاصرة، لكن الشكلية لم تحصد الغلبة على حساب مبادئ الرضائية التي تبقى هي المبدأ، حيث لا يمكن بحال الاطمئنان إلى الشكلية والتجوء إليها إلا في الموارد التي حددتها المشرع سلفاً. وفي هذا الإطار تأتي عدة تطبيقات عادة ما يشار إليها في كتب الفقه على أنها المثال الطيب في إبراز ما أنتجه التوجه الاستثنائي في العلاقات المدنية⁽⁶⁾.

1. وليس من الغريب اشتراط الشكل في إبرام العقود، فرغم انجذاب القانون الفرنسي والقانون التونسي إلى الرضائية، إلا أنهما اشتراط الكتابة في عدّة موارد. وليس من الجديد أن يشترط الشكل لإثبات الالتزام وهي قاعدة معروفة ويشار إليها بأغلب الأنظمة القانونية، بل إن القانون الفرنسي ركز إلى شكلية تسجيل جملة من العمليات القانونية منذ سنة 1855 لمعارضة الغير وليس في ذلك حرج.

وتبدو الشكليات مطلوبة في تحقيق الأهداف، فمنذ زمن بعيد قال أرسسطو إنه « يجب إعطاء المادة شكلاً معيناً وإخضاع الإرادة لآلية معينة لضمان محتواها »⁽⁷⁾، وظل رجال القانون يرددون مقوله أرسسطو للدلالة على أهمية الشكل سواء من خلال طبيعتها أو من خلال وظيفتها حيث يقال دوماً إن الشكلية الرومانية كانت معقدة وحادة وأقرب إلى الطقوس الدينية منها إلى القواعد القانونية، لذا يكره دوماً اللجوء إليها للدلالة على الطبيعة السوية للشكلية. وعلى خلاف ذلك يقدم رجال القانون التوجه الحديث في الشكلية على أنه المستوى المطلوب في الشكلية باعتبارها أصبحت آليات مرنّة وبسيطة ومتخرّكة وهو المطلوب simple, souple et dynamique⁽⁸⁾ والقصد من ذلك أن لا تفرض الشكلية إلا بالمواطن الضرورية واللزمة والابتعاد عن المزاوجة بين إرادة

(1) M.Charfi : *Le formalisme en droit tunisien*, RTD 1976.Aussi : *Les conditions de forme du mariage en droit tunisien* RTD 66-67, p. 11.

(2) Josserand : « La repudiation progressive du formalisme est assurément une des caractéristiques maîtresses du droit moderne et surtout du droit contemporain. L'histoire des actes juridiques se ramène à une abolition constante ». La désolennisation du testament, chr. D.H. 1932, p. 73.

(3) محمد الزين: المرجع السابق، ص 49.

(4) Fathi Abdelrahim Abdalla,op.cit.,p.396.

(5) Flou,op.cit.,p.97.

هذه الفكرة لها أبعاد أخلاقية انتلقتا من أن الإنسان يتقبل مفهوم العدالة بوعيه ومنظمه الإنساني، والمنطق السليم يقتضي بالضرورة الوقوف بجانب أصحاب الحقوق وعدم تغليب الجوانب الشكلية، حيث لا يقبل أن يقف الضمير الحني بجانب التدليس والتغير وغيرهما. ومع إدراكنا أن القواعد الأخلاقية تبقى خارجة عن إطار القانون إذا لم تستوعبها قواعده، فإننا نلاحظ أن الدفع الأخلاقي لا يزدهر إلا في إطار نظام يعتمد على إرادة البشر حتى يتحقق الوقوف على مقاصدهم ومذاهبهم الشخصية، والأخلاق ليست في نهاية الأمر إلا التقدير الذاتي والمستوى النفسي في تدخل الفرد، معنى ذلك وبساطة أن الشكلية تصلب مع مفاهيم الأخلاق في حدود أن مبادئها تمنع الرجوع إلى المقادير الحقيقة للأطراف، ومهما كان الهدف الذي متوجهة سوف يتعارض بالضرورة مع رغبة الفرد الإنسانية.

كما أن الإرادة تفوز في حقيقة الأمر على الشكل الذي يتقدّم عادة بكونه مرادفاً للخطر والإزعاج. وفعلاً تبدو الحركة الاقتصادية المعاصرة متماشية مع البساطة والتلهّة وقلة الحركة في اتجاه تحقيق اللازم دون تعقيد. وقد فيما أدرك الكاتب Esmein أن «الشكلية غير قابلة للانطباق في الصور ذات الحضارة التجارية»⁽¹⁾. ثم إن الشكل يبقى دوماً في كل مناسبة مهدداً بصور البطلان الشكلي، ومن خلاله يسقط كامل العمل، وعادة ما يكون فهم الشكليات من الأمور المستعصية على البعض وهو الأغلبية، في مواجهة القلة الذين يتحقق لهم الوقوف على حفایتها. ومن ثم كان من الأحسن والأفضل الوقوف عند الإرادة الحقيقة للأطراف عوض الاكتفاء بصيغ شكلية قد لا تبين حقيقة إرادتهم. والحقيقة أن الإرادة باعتبارها العنصر الوعي في الإنسان تعلو ولا يعلى عليها في حدود أنه لا يمكن الاستغناء عنها مهما كانت الصور. فمن ناحية أولى لم تقطع النظريات الفلسفية وإلى وقت جد قريب عن تمجيد الإرادة البشرية باعتبارها المحرك في وجود الإنسان ومرجع تدخلاته، ومن هذا المنطلق تعتبر الفلسفة الوجودية أن حقيقة وجود الإنسان ورغم سقوط الفردية وطفيان المذاهب الموضوعية وحصر تدخل الإرادة في ناحية ثانية ورغم سقوط الفردية وطفيان المذاهب الموضوعية وحصر تدخل الإرادة في تحقيق الصالح العام أو النفع الاجتماعي وإسقاط الحقائق الذاتية فإنها تبقى هي الأساس والمرجع. صحيح أن الإرادة لم تبق هي الصحة وسقطت مقوله أن ذلك صحيح مادام هو نتاج الإرادة وأكّد Saleilles «أن ذلك يراد لأنّه صحيح»⁽²⁾، وصحيح كذلك أن الإرادة لم تعد تبرر إلا بمدى النفع الاجتماعي الذي تبقيه وأهمية الدور الاجتماعي الذي تؤديه،

(1) Esmein : *Les contrats dans le très ancien droit français*, 1883, p.679. « Le formalisme est inapplicable aux époques de civilisation commerçante ».

(2) Saleilles : *Dela déclaration de volonté*,op.cit., p. 351 « cela doit être voulu, parceque cela est juste ».

مضامين العمل القانوني بشكل عام⁽³⁾. وبهذا المعنى لا يمكن رفض الشكلية بل إنها تصبح عنصراً هاماً في الحياة المعاصرة وهي مطلوبة لتحقيق هذا الدور إذا احترمت تلك الحادثة. لكن الشكلية قد تكتسب في بعض الأحيان طبيعة حادة وتبقى محدودة الوظائف فسقوط الأهداف.

فعلى المستوى النظري، لم تستقبل الشكلية بشيء من القبول إذا تجاوزت الحد المطلوب، ولم يتردد أحد الفقهاء باعتبارها «إحدى العقبات الهامة إذا أحاطت بمجمل الأعمال القانونية»⁽⁴⁾، ويؤكد Ihering في هذا الاتجاه أن «العلامات المميزة التي تبرز مساوي الشكل هي خطورتها وصرامتها»⁽⁵⁾، وبهذا المعنى «يتعارض الشكل مع أهدافه المعلنة فنوسحاً أن يحقق الأمان والاستقرار بسقوطهما»⁽⁶⁾، ومن توفرت له الفرصة في إدراك خفايا الشكل بإمكانه خنق الآخرين⁽⁷⁾، معنى ذلك وبساطة أن الشكليات إذا لم تحافظ على بساطتها ومررتها ولزومها وكانت صارمة لا يمكن أن تتحقق الأهداف⁽⁸⁾.

ثم إن الشكلية تبدو متعارضة مع المبادئ الأخلاقية وتسقط العجان الثقافي في تكوين البشر، حيث إن نظام الشكلية، في نهاية الأمر، هو نظام منزوع لا يأخذ بعين الاعتبار إلا بمعارض العقد، أين لا يستطيع الدائن ملاحقة المدين من أجل التدليس، وبخصوص المدين لتدليس الدائن وفراغ إنسانته⁽⁹⁾، والأغرب أن يفتر الفقه انعدام الأخلاقيات بضرورات أمن المعاملات، ويصرّ على أنه «في بعض الأحيان يدو من القسروري التضخي بالأخلاق لصالح الأمن»⁽¹⁰⁾. والعبارة تكرر في معظم الدراسات والمؤلفات، والحال أن كامل القانون الوضعي يتأسس على فكرة العدالة، وللعلم فإن

(1) Demogue : *Notions fondamentales du droit privé*, 1911,p.112. « ...il devient (le formalisme) un moyen de rendre les affaires rapides et sûres lorsqu'il ne contient que l'indispensable, les moyens de régler rapidement les conditions d'un acte ».

(2) Ibidem, « Le formalisme est un embarras quand il n'est qu'une pompeuse escorte, le panache des actes juridiques ».

(3) Ihering,op.cit.,p.116 « Deux particularités resument les désavantages de la forme, son danger et son inconvénient ».

(4) Ibidem,p.172 « La forme va directement à l'encontre de son but.Au lieu d'augmenter la sûreté de la conclusion des contrats, elle l'anéantit ».

(5) Ibidem,p.157 « Qui sait se servir de la forme s'en fait une corde pour étrangler l'homme inexpérimenté ».

(6) Fathi Abdelrahim Abdalla,op.cit.,p.342.

(7) Girard : *Manuel élémentaire de droit romain*, 8 édi 1929, cité par Fathi Abdelrahim Abdalla,op.cit.,p.215 « Le formalisme est un système choquant qui ne tient compte que de la lettre du contrat, où le créancier dupé n'a pas recours contre la fraude du débiteur, où le débiteur est livré à la fois à la fraude et à l'inhumanité du créancier ».

(8) Planiol,Ripert et Boulanger : *Traité de droit civil*,Tome 2, p.125 « Dans certains cas il est nécessaire de sacrifier la moralité à la sécurité...on recourt aux formes simples en renonçant à toute autre condition ».

الشكل في الإثبات أو الصحة انحازت محكمة التعقيب في أكثر من صورة إلى الأولى (مثل عقد التأمين)^(١).
ونفس الصورة متوقفة بفقه قضاء محكمة التعقيب التونسية، ولنا أن نذكر يوم أصرت المحكمة على علوبية الأصل في مواجهة الشكل^(٢)، ورغم غلو ذلك الاتجاه في ذلك اليوم إلا أنه يبرر حقيقة التهديد الذي تعرّض له القواعد الشكلية. وقد انقادت المحكمة في أكثر من مناسبة وفي زمن غير بعيد إلى اعتبار أنّ المعارضنة بالرسوم واقعة ولو لم يتم الترسيم طبق الموجبات التونسية في نظام السجلات العينية، ولم يكن ذلك موقفاً منعزلاً بل هو المبدأ^(٣). معنى ذلك وببساطة، ومهما كان التطور، يبقى مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ وما يتجاوزه من شكل هو الاستثناء.

الفقرة الرابعة، النهاية في العقود

الواضح أنّ النيابة تدخل في باب النظرية العامة للعقد بحكم تجريد قواعدها، باعتبارها آلية تقوم على نية شخص آخر في إتمام التصرف، وعدم ارتباطها بأحد فروع العقد. ولو أنّ البعض يتناول النيابة في باب التعبير عن الإرادة^(٤) أو في باب الرضاء^(٥) والبعض الآخر يبحثها في باب أثر العقد من حيث الأطراف^(٦). وتبدو أهمية النيابة في النظرية العامة للعقد ثابتة باعتبارها طريقة تساعد على التعاقد والضغط على المصاريف والإتفاق وتسهم بالتالي في تنمية الحياة الاقتصادية والاجتماعية وتدالو وآس المال.

ولا تقوم الباية صحيحة إلا بقيام أسبابها (ت) وتتوفر شروطها (ث). وبقيام السبب والشرط يقع الأثر (ج)، ولكن الباية ليست كالبداية وينتزعن بدايته بيان المراحل التاريخية في ذلك (ب) وإبراز التغيرات الممكدة (أ).

(1) Voir pour tout cela : Fathi Abdelrahim Abdalla, op.cit., surtout p. 229 et 232.

(2) قرار محكمة التعقب التونسي عدد 3784 المؤرخ في 11 مارس 1980 م.ق.ت 1980، عدد 127، ص 5.

(3) علي كحولون: نظام السجل العقاري، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2009، ص 177 وما يليه.

(٤) عبد الرزاق السنوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص ١٨٩ وما بعد.

(5) محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص 92 وما بعد.
 (6) Caronniere L : Les obligations, op. cit. - 206 - 953

(6) Carbonnier J. :*Les obligations*, op. cit., p.206, n°53.

على المستوى التطبيقي، يقدم عادة التشريع الفرنسي على أنه الأسلوب التطبيقي لسلطان الإرادة في مواجهة التشريع الألماني على أنه التكرس الفعلي لأفكار المدرسة الموضوعية. لكن حقيقة الأمور تختلف عن ذلك كثيراً، حيث لا يمكن أن تتوارد القواعد الموضوعية في معرقل عن القواعد الشخصية والمعكس صحيح، ولا يخلو أي تشريع من هذا وذاك. ونرى أن الفصل 153 من المجلة المدنية الألمانية (B.G.B) أحد بالمبدا المنصوص عليه بالفصل 1156 من المجلة المدنية الفرنسية المتعلق بضرورة البحث عن الإرادة الفعلية، كما أن التشريع الفرنسي انتهز إلى الإرادة الظاهرة إذا كان الكتب واضحاً لا يحتاج إلى تأويل. وبالتالي ليس صحيح أن يقال: إن الفوز آل في النهاية لم المدرسة الموضوعية أو إن القواعد الشكلية لا تعنى مع الرضائية.

والحقيقة أن فقه القضاء نفسه وخاصة بفرنسا ومراجعة بعض القرارات التمهيدية لا يحذد كثيراً فكراً الشكل وعادة ما يسقط عدة أحكام شكلية في اتجاه إقرار مستوى من الرضائية، فقد توجهت المحاكم بداية إلى الاعتراف بالسكون المميز في تكوين العقد، واعرفت كذلك بالهبة غير المباشرة أي عندما تأتي الهبة في صورة اعتراف بدين وغيرها وإن لم تحرر العجالة الرسمية، كما اعترف بصحمة الرعد بالنسبة إلى العقود الشكلية وإن ورد في شكل غير رسمي (*promesse consensuelle du contrat solennel*)، وأسقط إجراء الإشهار لمعارضة الغير في أكثر من مناسبة وكلما علم الغير بوجود العقد ولو لم يسجل طبق القانون أو كان بسوء نية أو متوافقاً مع المشتري، وإذا قام الشك بين اشتراط

(1) Fathi Abdelrahim Abdalla :op.cit.,p.207 « l'institution est une volonté déterminée pour une fin qui, pour produire des effets de droit, s'intègre à une technique particulière ».

أ-تعريف النيابة

أصلاً في بدايته لرب الأسرة التعاقد في حق الأبناء والعيال إذا كان من شأن هذا التعامل أن يجعله مدينا، وبذلك لم تبرز فكرة النيابة كما بروزت في أيامنا هذه.

وعلى خلاف ذلك فقد اعنى الفقه الإسلامي بجميع مذاهبها بفكرة النيابة خاصة من خلال مؤسسي الولاية والرئاسة. وتدخل النيابة في باب التعاون على البر والتقوى لما فيها من فضائل. وثبتت مشروعيتها كتاباً وسنة، كما ثبت عن النبي صلّى الله عليه وسلم التوكيل في الزواج وتضاءء الدين وإثبات الحدود واستيفائها وغير ذلك⁽¹⁾.

ورغم اختلاف وجهات النظر بين الفقهاء، فإن بالمذاهب ما يأخذ بطبيعة النيابة كما هي اليوم، حيث يرجع حكم العقد وحقوقه إلى الموكيل دون الوكيل بالفقه الشافعى مثل النظريات الحديثة، على خلاف المحنفية التي ترى أن حكم العقد إلى الموكيل أما حقوق العقد فللوكيل⁽²⁾.

والحقيقة أن فكرة النيابة قد شهدت تطوراً عبر التاريخ، فإذا كانت البداية لا تجيز انصراف آثار العقد إلى الأصل وتبقي على استقلالية علاقة النائب والغير عن علاقة الأصل بالنائب وتوجب شروط التعاقد، أهلية ورضاه، في النائب، وليس في الأصل، فإن التطور قد حدث في اتجاه أن النائب يحمل محل الأصل بمعنى أن إرادة النائب تحمل محل إرادة الأصل، فيشترط الرضا في النائب وليس في الأصل وفي اتجاه أن آثر التصرف يتصرف مباشرة إلى الأصل. وبذلك فإن الأفكار الأولية تختلف جوهرياً مع فكرة الحلول، مع أنه كان يعتقد أن النائب يتمتع بقدرة إرادة الأصل بمعنى أن يشترط الرضا في الأصل وليس في النائب. والحقيقة أن فكرة التقمص تبقى مرتبطة بفكرة التعاقد بواسطة رسول وليس بفكرة النيابة، فنمة فرق دقيق بين النيابة والتعاقد بواسطة رسول، فإذا كان التعاقد بواسطة رسول يفترض بين غائبين ويتحقق الرسول شخصية المرسل بمعنى أن يشترط الرضا في المرسل إذا كانت الرسالة محددة، فإن النيابة ليست في التعاقد بين غائبين وأثرها يمرّ مباشرة إلى الأصل ويشترط رضا النائب وليس رضا الأصل. على أن التعاقد بواسطة رسول قد يختلط بالنيابة إذا كان الرسول حزاً في التعاقد واتخاذ الموقف الذي يراه صالحًا. ولذلك لا بد من التمييز بين فكرة الفصل بين العقود كما ظهرت أول مرة وفكرة التقمص والتعاقد بواسطة رسول ومعنى الحلول في النيابة.

ليست العلاقة التعاقدية في جميع الصور علاقة بين طرفين، فقد يتدخل طرف ثالث وهو النائب ليحل محل الأصل ويعقد باسم وبحسابه هذا الأخير، وتلك هي النيابة في العقود la représentation. وعلى ذلك الأساس فالنيابة هي آلية يتولى بموجبها النائب le représentant لبرام عقد لحساب شخص ثالث الأصل le représenté مع انتصار الآخر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو⁽³⁾، أو هي عملية قانونية تمثل في أن يرم شخص أول -النائب- لحساب وباسم شخص ثانى -الأصل- عقداً مع شخص ثالث -المعاقد-. تصرف آثاره إلى الأصل بعلم المعاقد⁽⁴⁾.

ولكن النيابة لا تشمل العقد فحسب، بل تشمل جميع التصرفات القانونية بما في ذلك الالتزام بإرادة منفردة، كما في صورة توجيه إنذار أو المصادقة على عقد باطل، وبذلك فإن النيابة في الحقيقة هي نظام قانوني مؤذن أن تحمل إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر هو الأصل في إنشاء تصرف قانوني تصرف آثاره إلى الأصل لا إلى النائب⁽⁵⁾.

ومهما تعددت التعريفات فالمبدأ واحد وهو قيام شخص مقام شخص آخر في إجراء التصرف ومقتضاه أن يقوم شخص ثالث -النائب- بـ تصرف باسم الأصل وتتصرف آثاره إلى الأصل كما لو كان هو من أثمه. وبذلك يخلص للأصل دعوى مباشرة في مواجهة المعاقد، كما لو كان هو من أبرم العقد. وذلك هو معنى نظرية النيابة في وقتنا.

ب-لحمة تاريخية

لم يكن القانون الروماني يعترف بهذا الأثر المباشر للنيابة، بل لم يكن يعترف بأى النيابة كما هي اليوم، فلم تكن الوكالة إلا علاقة ضيقة بين الوكيل والغير من ناحية والموكيل والوكيل من ناحية أخرى، وليس من علاقة بين الموكيل والغير، فكان هناك عقدين، الأول بين الموكيل والوكيل والثاني بين الوكيل والغير دون أن تقوم العلاقة المباشرة بين الموكيل والغير على أساس هذه العلاقة. ولم يكن القانون الروماني ليجزي

(1) Carbonnier J.: Les obligations, op. cit., p.206, n°53.

(2) عبد الرزاق السنوسي: المجلد الأول، المراجع السابق، ص 189 وم بعده.

(3) محمد الزين: العقد: المراجع السابق، ص 92 وما بعده.

(4) نفس المراجع السابق.

(1) السيد سابق: المراجع السابق، ص 164.

(2) السيد سابق: فقه السنة، المراجع السابق، ص 163 وابعه.

ت-أسباب النيابة
تجد النيابة سبباً إما في الاتفاق أو في القانون. فإذا كانت اتفاقية يرد سببها إلى اتفاق بين الأصيل والنائب وتحدد سلطة النائب بارادة الأصيل في الاتفاق والمثال في ذلك هي الوكالة وهي عقد «يكفل به شخصاً آخر بإجراء عمل جائز في حق المتبوب⁽¹⁾». وقد ورد تنظيم عقد الوكالة بمجلة الالتزامات والعقود بالفصول 1104 إلى 1121 م.أ.ع.

وإذا كان سبب النيابة هو القانون، فتحدد سلطة النائب بموجب نص القانون ويقال لهذه النيابة في بعض الأحيان النيابة القضائية في حدود أن القضاء يتدخل في تعين النائب طبق مقتضيات القانون. والأمثلة في ذلك متعددة مثل الولي⁽²⁾ والمقدم⁽³⁾ والوصي⁽⁴⁾ والمؤمن والمتصرف القضائي⁽⁵⁾ وأمين الفلسة⁽⁶⁾ والمصفي⁽⁷⁾ والذائن في الدعوى غير العاشرة⁽⁸⁾ ورئيس النقاية⁽⁹⁾ والقضولي⁽¹⁰⁾.

غير أن هناك العديد من الأعمال لا يمكن أن يقوم بها إلا المعنى بالأمر مثل أداء اليمين، فلا يمكن بالتالي للاتفاق أو القانون أن يكون سبباً في ذلك، بل يمنع النيابة أصلاً في مثل هذه الصور.

ث-شروط النيابة
لتقوم النيابة صحيحة إلا إذا كان تعامل النائب باسم الأصيل وتحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل وأن لا يتجاوز النائب حدود النيابة.

1-تعامل القائم باسم الأصيل

فالالأصل أن يتعامل النائب باسم الأصيل صراحة وضمنا، أي أن يكون الغير على علم بمركز النائب، فإذا لم يكن التصرف باسم الأصيل ما صحت النيابة ويتحمل النائب حيثذا أثر العملية كلها. على أنه يجوز في بعض الأحيان أن يسمع القانون بهذا العمل،

(1) الفصل 1104 م.أ.ع.

(2) أمر 4 مارس 1958 في تنظيم الولاية والكافلة والبني.

(3) أمر 18 جويلية 1957 المتعلق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرّفاتهم وحسابهم.

(4) القانون عدد 71 لسنة 1997 المؤرخ في 11 نوفمبر 1997 المتعلق بالمصنفين والمؤمنين العذلين وأئماء الفلسة والمتصروفين القضائيين.

(5) الفصل 446 وما بعد من المجلة التجارية.

(6) الفصول 135 و 137 و 138 و 139 م.ح.ع.

(7) الفصل 307 م.أ.ع.

(8) الفصول 85 وما بعد م.ح.ع.

(9) الفصول 1179 إلى 1194 م.أ.ع.

كما يجوز للأصيل أن يتعامل باسم مستعار، وهو ما يعرف بالوكالة المستترة أو النيابة المنقوصة أو التسيير أو النيابة غير المباشرة: فليس من الممنوع أن يتفق الأصيل مع النائب على منع الاسم الحقيقي للأصيل، كما أن المجلة التجارية نظمت بالفصل 601 وما بعد عقد الوساطة وهو «توكيل تاجر على أن يتعاقد مع غيره باسمه الخاص ولكن لحساب موكله أي مفوضه في هذا التعامل». فيجب في هذه الصورة نقل أثر العقد إلى الأصيل بعدهما يتعاقد النائب باسمه الخاص.

2- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

والنيابة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل بمعنى أن شروط الرضاة في العقد يجب أن تتوفر في النائب وليس في الأصيل، فكل ما يتعلق بوجود الرضاة وبطبيعته وبالعلم وبحسن النية وبسلامة الرضاة من العيوب يجب أن يعاين في طبيعة تدخل النائب وليس الأصيل. وذلك ما يميز النيابة عن التعاقد بواسطة رسول كما تقدم، فإذا كان الأخير ناقلاً لإرادة الأصيل فيجب أن يتتوفر الرضاة بالأصيل فإن الأول يحل محلها فيجب أن يتتوفر الرضاة في النائب.

على أن شرط الأهلية في النيابة الاتفاقيّة يجب توفره في الأصيل وليس في النائب، حيث يشترط على سبيل المثال «في صحة الوكالة أن يكون أهلاً لأن يجري بنفسه ما وكل عليه ولا يشترط ذلك في الوكيل بل يكفي فيه أن يكون عاقلاً مميراً ولو لم يكن أهلاً لاتمام ما وكل عليه بنفسه»⁽¹⁾. وتبقى النيابة القانونية مستندة إلى النص القانوني في تحديد أهلية النائب، وعادة ما يفترض المشرع في النيابة القانونية توفر الأهلية في النائب، كما هي الصورة في الولي والمقدم والوصي وغير ذلك.

3- تدخل النائب في حدود النيابة القانونية أو الاتفاقيّة

ويشترط أن يكون تدخل النائب في حدود النيابة القانونية أو الاتفاقيّة، والأصل أن تجاوز تلك الحدود يجعل النائب ملتمساً بصفة شخصية. ولكن المشرع وضع عدة صور خاصة تمكن من تفادي الأثار على الأصيل بالرغم من تجاوز حدود النيابة كما في صورة عزل أو وفاة الأصيل دون علم النائب أو في حالة إمضاء الأصيل للعمل أو تجاوز المحدود فيما ينفع الأصيل أو كان التجاوز يسيراً⁽²⁾.

وقد لا يكون للنائب نية من حيث الأصل، فيقع العمل في حكم التعاقد في حق الغير على معنى الفصل 40 م.أ.ع، ولا أثر لهذا العمل تجاه الأصيل إلا إذا توفرت

(1) الفصل 1105 م.أ.ع.

(2) الفصل 1155 م.أ.ع.

الفصل الأول: تكوين العقد

العقد لا يتكون مباشرة في جميع الحالات، فقد تسبقه اتفاقات تمهدية لتنظيم المناقشة (مبحث تمهدية)، ولا يتكون العقد إلا بتوفر شروط انعقاده (المبحث الأول)، وإذا ما حدث الإخلال بها وضي المشرع الجزء المدني المناسب (المبحث الثاني).

مبحث تمهدية: الاتفاقيات التمهيدية لتكوين العقد

غاية التفاوض هو الوصول إلى اتفاق نهائي⁽¹⁾، ولكن قبل الوصول إلى ذلك عادة ما يصل الأطراف إلى الاتفاق حول نقاط محددة، حيث إن المفاوضات يمكن أن تتمد

(1) تبدو أهمية المفاوضات في العقود بارزة لضماني إبرام عقد نهائي مريح ونافع، وليس هذه الأهمية ظاهرة بالنسبة إلى جميع العقود، فمتى ما يرمي بسرعة دون حاجة إلى المرور عبر هذه المرحلة الفضفاضة، وقد يرمي العقد في لحظات خاصة في المبادرات الإلكترونية الحديثة وكذلك إذا كان للطرفين سوابق في مجال التدخل، ولكن الأهمية تبرز في العقود المؤثرة التي تتناول مواضيع ذات حجم كبير خاصة من الوجهة الاقتصادية.

وعلى ذلك الأساس يدو النفاوض في العقد صناعة ليست في متداول الجميع بل لها من الفئتين والمحظيين من لهم القدرة على التفاوض بحكمة ودرأة، وتتطلب لها الشركات من لهم الخبرة والمعرفة في مجال التدخل، وأساس هذه الأهمية هو أن مادة التعاقد تخضع بشكل عام لمبدأ سلطان الإرادة وما يتبع عنه من آثار بما في ذلك حرية التعاقد من عدمه، فيحكم هذه الحرية وهذه السلطة يكون الاتفاق بالضرورة نتيجة إرادة الطرفين، ومن ثم نتيجة الاتفاق والنفاوض.

وغاية التفاوض هو الوصول إلى اتفاق نهائي، ولكن قبل الوصول إلى ذلك عادة ما يصل الأطراف إلى تنظيم طريقة التفاوض باتفاقات أولية. وحتى يحدث هذا الهدف يجب على المفاوضات الإحاطة بالموضوع بجمع كامل نقاط التفاوض وترتيبها طبقاً منهجه معينة وتوقع جميع الإشكاليات حتى يقع تجاوز نقاط الخلاف بطرح البذائع عبد الاقتضاء، فيجب أن يكون له علم تام بما سيفعل وبكيفية الفعل، ولكن الإحاطة بموضوع المناقشة لا يمكن بل لا بد للمفاوض أن يكون له علم بحقيقة الطرف المقابل ويرغباته وأهدافه من المشروع. وربما لا يكفي الإحاطة بالموضوع وبحقيقة رغبات الطرف المقابل بل تتطلب المفاوضات في مثل هذه العقود معرفة دقيقة بشخص المفاوض في الجهة المقابلة، فليست المفاوضات مجرد بين حواسيب أو ذات أسلوب رياضي حسابي بل هي بين أشخاص تملكون الرغبات الشعورية وتتابعهم الانطباعات الإنسانية، ومن هذه الناحية كانت العلاقات الشخصية في المعاملات هامة إلى هذه الدرجة بحكم قدرة البعض على التأثير والتأثير بحسب الظروف ودرجة الإقناع، فليس النجاح في المفاوضات كثيل المتعلق والمحجة بقدر ما هو مراد لحسن الاتصال بالآخر وبكيفية مخاطبته. فمن شأن المنطق أن يقتضي على ثلثيات التصرفات والتصریفات وغضاريف الإبداع في الشخص. فليس على المفاوض أن يبقى في قوالب جاهزة بل يجب أن تحكمه حرکة الذهن والإبداع بتصور الحلول والنتائج. ومن هذه الناحية كان العنصر البشري هاماً في المفاوضات.

ويصبح المخصوص في علم التفاوض كخلاصة لذلك، بوضع قواعد سلوكية محددة، يأن يسعى المفاوض إلى طرح الأسئلة والاستماع إلى الجواب وشرح موقفه وطلباته والتفاوض بحسن نية بقول الحقيقة والزراحة في المناقشة والتركيز على موضوع المناقشة وترك المناقشات الهامشية والتمسك

المصادقة اللاحقة منه، ويمكن في جميع الصور جماعة الغير بحسن نية من خلال ما يعرف بالوكالة الظاهرة إذا توفرت شروطها، الظاهر وحسن نية الغير⁽²⁾.

ومع منع على النائب التعاقد لصالح نفسه، فتلك قاعدة أقرها المشرع بالفصل 549 567 570 م.أ.ع وكذلك بالنسبة إلى مسيري الشركات خفية الاسم⁽²⁾.

ج-آثار النية

النياة، قانونية كانت أو اتفاقية، علاقة ثلاثة، علاقة الأصيل بالنائب وعلاقة النائب بالغير وعلاقة الأصيل بالغير.

1-علاقة الأصيل بالنائب

تحدد علاقة الأصيل بالنائب بمقتضى ما ورد بالعقد أو القانون، وبذلك فإن طبيعة تدخل النائب وسلطته مرجعها سبب النية، ومن المفترض أن يكون التصرف مطابقاً لتلك الحدود فإن تجاوز وقع العمل بما تقدم.

2-علاقة النائب بالغير

في علاقة النائب بالغير بعد النائب نائباً للأصيل، فلا شيء عليه ولا يلتزم بالعقد ولا حق له في العقد، إلا ما أورد المشرع على وجه الاستثناء، على أنه إذا أخطأ في تفديه للنياة تحمل عليه المسؤلية ومن الممكن أن يلزم بالتعويض، كما أن تجاوزه للحدود أو تصرفه بدون إنابة قد تحمله وزر العقد على ما تقدم من شرح.

3-علاقة الأصيل بالغير

إذا كملت النية تصبح العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير، وتنتهي مهمة النائب. فلا يلزم الغير بإبرام عقد ثانٍ مع الأصيل بل إن ما أبرمه النائب في حق الأصيل وبإسمه ينصرف أثره مباشرة إلى الأصيل، وذلك هو الأثر الهام في النية، ومن أجل ذلك كانت للنياة هذه الأهمية في النظرية العامة للعقد، بقي الآن الوقف على مراحل تكوين العقد.

(1) الفصل 1163 م.أ.ع.

(2) يمنع الاتجاه العام بالفقه الإسلامي وكذلك بالمدرسة الجرمانية (القانون الألماني والسويسري) التعاقد مع النفس على خلاف المدرسة اللاتينية (القانون الفرنسي) تجيزه.

الشرط في هذه الصورة تشجيعاً على إنهاء التفاوض في أقرب الأجال دون آية مخالفة إذا ما تجاوز الأطراف الأجل المحدد. ولكن ذلك يمكن أن يكون سندًا للطرف الآخر إذا ما أراد الخروج من التفاوض. كما أنه يمكن خلال المفاوضات أن تطرح مسائل خاصة لا يزيد الطرف المقابل كشفها لأهميتها وربما لخصوصيتها، فيكون ذلك محل اتفاق بأن يمنع على الطرف الآخر الكشف عن مضامين المفاوضات. ونظراً لأهمية المحاور التي تكون محل مناقشة في العقد عادةً ما ينتب الخبراء لإنهاء جميع الأعمال الفنية والدراسات الضرورية، وللأطراف في إطار التفاوض أن يتلقوا على الجهة التي تحمل نفقات الخبراء خاصة في صورة إذا لم يتمكن الأطراف من التعاقد نهائياً، كما أنه يمكن للأطراف في إطار مبدأ سلطان الإرادة أن يمنع البعض الآخر من التفاوض مع الغير في الموضوع محل المفاوضة ولو لفترة معينة ويلزمه بمراعاة احتكار التفاوض معه فقط. وقد يحمل الالتزام على الطرفين أو على أحدهما.

وتعتبر هذه الاتفاques مجرد اتفاques جزئية لها محورها الخاص بها، المدة أو مقابل الدراسات أو الاحتياط أو سرية المعلومات، وتبقى ملزمة للأطراف في حدود مضامينها المتفق عليها، ولكنها لا تقييد اتفاق الأطراف على العقد النهائي، ولو أنها ما كانت متواجدة لو لم تتوفر رغبة الأطراف في الوصول إلى اتفاق نهائي⁽¹⁾.

2- العقود الملزمة للتفاوض

قبل إبرام العقد يمكن للأطراف الالتزام بالتفاوض حول موضوع محدد. وبعد تكوين العقد يمكن للأطراف أن يتلزمو بالتفاوض بغاية تجديد العقد المبرم. ويمكن أن يكون هذا الاتفاق صريحاً ويأتي عادةً كشرط أولى يلزم الطرف الآخر بالنقاش في موضوع محدد. ولكن هذا الالتزام لا يلزم الطرف الآخر بالتعاقد، فقط أنه يلزم به مباشرة التفاوض بحسن نية وعدم رفض المناقشة في موضوع محدد دون أن يكون لذلك أثر على إبرام العقد النهائي بصفة فعلية، فما يلزم الطرف بموجب هذا الاتفاق هو عدم رفض المفاوضة. وفي صورة رفض التفاوض وقد سبق الالتزام صراحةً بذلك يلزم الطرف الآخر تعديلاً بغير الضرر في غياب إمكانية التنفيذ العيني. وفي غياب الاتفاق الصريح أي الالتزام بالتفاوض، يمكن كذلك طلب غرم الضرر إذا قطع الطرف

(1) ولهذا الغرض نص الفصل 24 م. اع على أنه «لا يعتبر العقد تاماً إذا صرخ المتعاقدان بإيقام بعض الشروط لعقد تالي فيما وقع عليه الاتفاق والحاله هذه لا يترتب عليه التزام ولو وقع تحرير الشروط الأولية بالكتابه».

ونص كذلك الفصل 23 م. اع على أنه «لا يتم الاتفاق إلا بتراضي المتعاقدين على أركان العقد وعلى بقية الشروط المبادحة التي جعلها المتعاقدان كرaken له وما غيره في الاتفاق إن العقد لا يعتبر عقداً جيداً بل يلحق بالاتفاق الأصلي إلا إذا صرخ بخلافه».

على سنوات، خاصة بالنسبة إلى المشاريع المعقدة والمركبة، دون إبرام العقد النهائي. ورغم كثتها يمكن رد الاتفاques التمهيدية إلى نوعين فمنها ما يكون له محل خاص به تجاوز المحتوى العقد الذي سيرم (الفقرة الأولى) ومنها ما يتعلق بتكرار العقد النهائي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاتفاques التمهيدية ذات المحتوى الخاص

يمكن أن تتعلق هذه العقود بتنظيم التفاوض في حد ذاته، وهو ما يعرف بعقود التفاوض (آ)، ويمكن كذلك أن تشمل مسائل جانبية ترتبط بمرحلة تنفيذ العقد في صورة إبرامه (ب).

أ- عقود التفاوض

عقد التفاوض هي العقود التي تهدف إلى تنظيم طريقة التفاوض بشكل عام، وما كانت لهذه العقود أن تتوارد لو لم يكن في الحسبان إبرام العقد النهائي. ورغم تعدد مضامينها يمكن ردّها إلى صورتين، العقود المنظمة للتفاوض في حد ذاته (1) والعقود الملزمة للتفاوض سواء قبل إبرام العقد النهائي أو بعده (2).

1- العقود المنظمة للتفاوض في حد ذاته

عادةً ما يحدث الاتفاق على نقاط جزئية قبل إبرام العقد النهائي. فمنها ما يشمل مصاريف الدراسات الأولية لموضوع التعاقد ومنها ما يشمل المحافظة على سرية المفاوضات ومنها ما يتعلق بمدة التفاوض ومنها ما يتعلق باشتراط أولوية التفاوض. فهي عبارة عن اتفاques تهدف إلى تنظيم طرق التفاوض وضمان آمانه ونجاحه بمحكم إمكانيةبقاء التفاوض لمدة طويلة.

فالمرة التي يقع الاتفاق حولها لإنهاء التفاوض يمكن أن تحمل التزاماً بتحقيق نتيجة فلا يمكن بحال تجاوز الأجل المحدد، وعلى أساسها يمكن فسخ ما اتفق عليه في صورة تجاوز المدة. لكنها من الممكن أن تحمل مجرد التزام ببذل عناء، فيكون

بالهام منه وعدم التراجع فيما سبق التنازل عنه واحترام المخاطب والجرأة عن تساؤلاته والمرؤنة في الحديث وعدم التنازل دون مقابل وضبط نقاط الاتفاق والاختلاف والشعور بالثقة في جميع الصور. والحقيقة أن عمل المفاوض لا يحصر خلال فترة ما قبل إبرام العقد النهائي بل يمتد إلى ما بعد إبرامه، فكثيراً ما تظهر صعوبات تالية تطلب التفاوض ليس لإعادة صياغة ما اتفق عليه وإنما لإيجاد حلٍ للإشكال المطروح. وقد يتنهى التفاوض إلى إبرام عقود تكميلية أو إلى شرح بنود الاتفاق الأصلي. ولكن التفاوض في مرحلة الأولية عادةً ما يصل إلى إبرام اتفاques تمهيدية لتكوين العقد النهائي.
Anne Bessonnet-Philippe Edouard Lamy: *Contrats d'affaires internationaux, guide pratique*, 2005, p. 47 et suiv.

الفقرة الثانية، العقود التمهيدية الخاصة بتكوين العقد النهائي

إذا كانت عقود التفاوض وعقود التمويل والتأمين لها محاور مستقلة عن أصل الالتزام، فإن بعض العقود التمهيدية ما يرتبط بتكوين العقد النهائي الأصلي، أي أنه يساهم بطريقة أو بأخرى في إبرام العقد النهائي، ويدخل في هذا الباب ما يعرف باشتراط الأولوية (أ) والوعد بالتعاقد (ب) والاتفاقات المبدئية (ت) والاتفاقات الجزئية (ث).

A-اشتراط الأولوية pacte de préférence

اشتراط الأولوية « هو العقد الذي يتعهد بموجبه طرف بأن يعطي الطرف الآخر الأولوية في التعاقد على موضوع معين إذا قرر يوما التعاقد في شأنه⁽¹⁾ ». وعادة ما تشرط الأولوية في عقود التوزيع بإدراج شرط « أول رفض » clause de premier refus أي أن المععقد يإمكانه التعامل مع الغير مع أول رفض للتعاقد الآخر، ولو أن مجالها يمكن أن يشمل عدة أنشطة. فليس في اشتراط الأولوية ما يلزم الطرف على التعاقد، وإنما يلزم بموجب ذلك على عرض الأمر على المستفيد إذا ما قرر التعاقد في شأن المثل المعين. فكل اتفاق مع الغير دون تقديم العرض للمستفيد بعد مخالفته للاتفاق، واضح أنه من الممكن للمتضارر طلب تعويض الأضرار على أساس أحكام المسؤلية التعاقدية لمخالفته اتفاق الأولوية مع إمكانية طلب إبطال العقد المبرم إذا ثبت التدليس والتواطؤ باتفاق المععقد والغير.

ب-الوعد بالتعاقد

بعد الوعود بالتعاقد من أهم العقود التمهيدية التي تمهد لإبرام العقد النهائي، فمن أجل تمكين الأطراف من الاستعداد جيداً أو للحصول على التراخيص الضرورية أو التمويلات والتأمينات المطلوبة، عادة ما يقع إبرام الوعود بالتعاقد. ويمكن أن يكون الوعود ملزماً لجانب واحد أو ملزماً لجانبين⁽²⁾.

فالوعود الملزمة لجانب واحد هو الوعود الذي يلزم الموجب بمسك الإيجاب ويبيّن للطرف الآخر حرية التعاقد أو خلافه، ويمكن أن يعلق الإيجاب على أجل محدد كما يمكن أن يقي بدون أجل، فلا يرفع الإيجاب في هذه الصورة إلا بعد إعلام الموجب طبق الإجراءات القانونية.

(1) محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص 115 و 116، عدد 148.
(2) Ezziddine Arfaoui: L'autorisation du gouverneur dans le contrat de vente immobilière, mémoire pour le D.E.S. de droit privé, Tunis 1977.

J.Fusseau: Des problèmes accueils posés par la promesse unilatérale de vente immobilière, R.T.D. civ., 1977, p. 483 et suiv.

Viatte: La promesse unilatérale de vente, G.P., I, P. 67 et suiv.

F.Benac-Schmidt: Le contrat de promesse unilatérale de vente, L.G.D.J., 1983, P. 18 suiv.

الأخر المفاوضات تعسفياً ولكن ليس على أساس المسؤولية التعاقدية لغياب العقد وإنما على أساس المسؤولية التنصيرية. على أنه إذا كان الاتفاق على التفاوض لم يكن صريحاً وإنما ضمنياً كما أن يقع تداول بعض الوثائق الهامة أو الانفاق حول نقاط جزئية وتبادل الرسائل وغير ذلك من الصور الضمنية، يمكن تأسيس طلب الغرم على أحكام المسؤولية التعاقدية حيث إن العقد في غياب الالتزام بشروط شكلية معينة يمكن أن ينشأ صراحة كما يمكن أن ينشأ خصمينا⁽³⁾.

وكما أن الالتزام بالتفاوض يحصل قبل إبرام العقد أو بعده، فإنه من الممكن كذلك الاتفاق على ضرورة المفاوضة بهدف مراجعة بنود العقد إذا حصلت مستقبلاً تغيرات في الظروف الاقتصادية قد تؤثر على محتوى العقد المبرم وذلك ما يعرف بشرط الإنصاف clause hardship. ولكن ذلك لا يعد التزاماً بالتعاقد أو وعداً بالتعاقد بل هو التزام بالتفاوض فقط قد لا يتهم بالضرورة إلى إتمام المراجعة إذا ما فشلت المفاوضات.

ب-العقود التمهيدية المرتبطة بمرحلة تنفيذ العقد الأصلي
تفرض العقود الهامة على المتعاقد أن يكون له علم بمحيط التعاقد وخاصة المسائل المالية ويسعى إلى معاشرة المفاوضات في شأنها في نفس الوقت تماماً كما هو الحال بالنسبة إلى المفاوضات الجارية في أصل الالتزام والوصول إلى إبرام اتفاق في شأنها تجاوزاً إلى أصل الالتزام. فشأن المسائل المالية أن تجعل الاتفاق مربحاً وتلك هي الغاية من التعاقد. وترتبط بهذه المفهود بجميع ما يتعلق بتمويل وتأمين وضمان المعاملات، فذلك يعني أن يجري المتدخل مفاوضات مع البنوك وشركات التأمين والوصول إلى اتفاق في شأن موضوع المناقضة من شأنه أن يضمن التمويل المناسب والضمان الضروري والتأمين الناجع عند الافتضاء وخاصة ما يتعلق بمصادقة الجهات البنكية على القروض المطلوبة. ويفتضي هذا الاتجاه أن يكون للمتدخل معرفة بالتشريعات الوطنية والأجنبية وبخيارات التأمين والضمان وبأنظمة الفروض لتخير الأسبل، تماماً بنفس الدرجة والحرص الذي يظهره المتدخل بالنسبة إلى العناصر الجبائية.

(1) ذهبت بعض القرارات التحكيمية فعلاً إلى اعتبار الالتزام الضمني بالتفاوض أساس المسؤولية التعاقدية في التعيين بمناسبة اتفاق لم يرد به ثمن المعاملة، فاعتبر ذلك التزام ضمني بالتفاوض لاستكمال الاتفاقي وأنقطع التفاوض يلزم بالتعويض على أساس أحكام المسؤولية التعاقدية. Rev.arb.1983.379.

Jean-Michel Jacquet: Le contrat international, p.75.

(2) PH.Fouchard: L'adaptation des contrats à la conjoncture économique, Rev.arb., p. 67.
(3) B.Oppitet: L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, La clause de hardship, Clunet, 1974, p. 794 à 814.

طالما أن الوعد لا ينجر عنه انتقال الملكية العقارية. وقد استقر فقه القضاء على ذلك وطلب التراخيص عملاً بأحكام أمر 1957 كما تمت تقييمه في جميع أعمال الإحالة والمساهمة في الشركات وإحالة الأسهم والشخص سواء بالنسبة إلى الشركات الفلاحية أو غيرها. وتخرج بعض العمليات عن التراخيص إذا كانت موضوع اتفاقية ثنائية مثل تلك التي تربط البلاد التونسية مع الياد الليبية أو الجزائرية، لكن إدارة الملكية العقارية لا تعمل بها حسب المذكورة عدد 8-78 المؤرخة في 19 سبتمبر 1995 الصادرة عن وزير أملاك الدولة بدعوى المعاملة بالمثل.

وإذا كان المستفيد بذلك أجنبيا، فيطلب ترخيص الوزير الأول عملاً بأحكام القانون عدد 31 لسنة 1959 المؤرخ في 28 فبراير 1959، ويسند الترخيص من طرف رئيس الجمهورية إذا تعاقبت العملية ببيع قطع أرض فلاجية لفائدة أشخاص ماديين أجانب طبق أحكام القانون عدد 56 لسنة 1969 المؤرخ في 22 سبتمبر 1969 المتعلق بإصلاح الأوضاع الفلاحية. ومن الضروري كذلك الاحتجاج بترخيص البنك المركزي إذا كان المستحق من العمليات أجنبيا غير مقيد عملاً بأحكام الأمر عدد 1696 لسنة 1993 المؤرخ في 16 أوت 1993 المتعلق بتنقيح الأمر عدد 608 لسنة 1977 المؤرخ في 27 جويلية 1977 المتعلق بشروط تقييم مجلة الفرق، والشرط يسري على الثروات المعنوية غير المقيمة. وإذا كان المستفيد مقيداً بشرط الاحتجاج بشهادة تفديج إثبات ثمن البيع بحساب انتظاري أو بحساب رأس مال. وإذا كان الدفع بالعملة الصعبة فلا بد من الاحتجاج بشهادة تفديج قيام هذا الشرط (شهادة مسلمة من سبط ينك).

وأورد أخيراً القانون عدد 29 لسنة 2000 المؤرخ في 6 مارس 2000 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 17 لسنة 1977 المؤرخ في 16 مارس 1977 المتعلق بإحداث وكالة الإصلاح الزراعي بالمناطق العمومية السقوية، أن كل إحالة بعوض أو بدونه لمقارنات كانتها بذوق تدخل الوكالة العقارية الفلاحية تحضير ترخيص مستحب من والي الجهة التي يوجد بها مقرها العقار موضوع الإجازة طبقاً للشروط المنصوص عليها بالأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 والمتعلق بالعمليات العقارية. كما أن القانون عدد 21 لسنة 1995 المؤرخ في 13 فبراير 1995 المتعلق بالعقارات الدولية الفلاحية كما وقع تنقيحه بموجب القانون عدد 48 لسنة 1996 المؤرخ في 10 جوان 1996 أشار إلى ضرورة ترخيص وزير أملاك الدولة في رهن حق الانتفاع وحتى بالنسبة إلى أعمال التثبيت بشكل عام. وأغلب التصوّص المتعلّقة بالملك العمومي للدولة سواء كان للماء أو للمناجم أو للسكك الحديدية أو للطرق أو للبحار أو للأثار توجّب الترخيص في هذه مواطن.

كما أنه في إطار التهيئة للزم المالك بذاته التخل العقاري أو دائرة المدخرات العقارية بإعلام المتضلع بحق الأولوية في الشراء (الفصوص 35 و 42 و 43 و 44). كما أنه في إطار حماية مجلة التراث يتعين إعلام الوزير المكلف بالتراث بكل تقويم لعقار محمي في أجل خمسة عشر يوماً (الفصل 34 من المجلة) وللتوكيد حق الأولوية في الشراء (الفصل 89). وقرضت مجلة الغابات عدة ضوابط في مواضع متعددة، القانون عدد 20 المزدوج في 13 أبريل 1988، الرائد الرسمي عدد 25 بتاريخ 15 فبراير 1988 ص 558.

ومن خلال هذه التراخيص والاعلامات يمكن للدولة إيجاداً أن ترافق العملية وأن توجهها إلى المطلوب أو أن تستعمل حقها في أولوية الشراء (القانون عدد 79 لسنة 1991 المؤرخ في 2 أكتوبر 1991 المتعلق بحق الأولوية للدولة في العمليات العقارية التي ينجز عنها نقل الملكية والتي تتوقف على ترخيص إداري) أو الشفعة (الفصل 113 من مجلة التسجيل والطابع الجبائي).
يراجع ما صدر أخيراً في هذا الجانب، القانون عدد 40 المؤرخ في 11 مايو 2005 يتعلق بإتمام الأمر المؤرخ في 4 يونيو 1957 المتعلق بالعمليات العقارية (الجريدة الرسمية عدد 41 بتاريخ 23 مايو 2005، ص 1827). وقد ألغى الأجلات من الترخيص المسبق في عمليات اقتناه أو توسيع الأراضي

والوعد الملزم لجانبين هو العقد الذي يلتزم بموجبه الطرفان بالتعاقد بعد أن يحصل الاتفاق على بنود العقد بمجرد إتمام بعض الشكليات أو الإجراءات الخاصة. وسواء كان الوع德 ملزماً لجانب واحد أو لجانبين فإن المعاهد الملزم يتحمل جميع الأضرار في صورة مخالفته كما يصبح للمعاهد طلب الإبطال في صورة إذا تعاقد المعاهد مع الغير سوء النية مخالفة لشروط الوعد.

وقد ذهبت محكمة التعقيب منذ سنة 1976 بدوائرها المجتمعية بالقرار عدد 12082 الصادر بتاريخ 30 جانفي 1976 إلى أن «الاتفاق الذي يبرم بين طرفين يبعد أحدهما الآخر بمقداره، بيعمه عقاراً معيناً يشمن معين ويعد الثاني الأول بشراء ذلك العقار بالثمن والشروط المتراضي عليها على أن ينجز البيع المذكور عند التحصيل على رخصة الولاية هو التزام بعمل يتضمن طرفاً، موضوعه حق شخصي لا حق عيني، فلا تنتقل به الملكية ولا تشرط فيه الرخصة المسبقة ويجوز لكل من المتعاقدين عند الالتحاق به أن يجر صاحبه على الرفقاء وعند التعدّر له العطالية بالغرم وذلك تطبيقاً لأحكام الفصل 273 م.أ⁽¹⁾. فذلك يعني أن الوعود الملزم لجانبين لا ينجر عنه إحالة الملكية بل يحمل فقط التزاماً بالقيام بالعمل، فلا يمكن أن يبطل بسبب غياب رخصة الولاية⁽²⁾، التي كانت مشترطة في صحة البيوعات العقارية إلى حد سنة 1977 بين التوسيتين⁽³⁾،

(١) مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل: قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التحقيق التونسية ١٩٦١-١٩٩٢، ص ٤١٧ وما بعده.

(2) وقد كانت وقائع القضية تدل على أن المعقّب ضدّه التزام بموجب كتب بخط اليد ببيع عقارين ينتمي بعدهم إلى رخصة الولاية وكتابة العقد النهائي. ويتحصّل رخصة الولاية رفض المالك إثبات عقد البيع النهائي بالرغم من تأمين الشهرين. فطلب المدعى الموعود له إلزام الوعاد بإثبات العقد النهائي وفي صورة رفضه فإنّيار الحكم قاتلاً مقام العقد، فقضت محكمة البداية لصالح الداعي، وباستئنافه قضت محكمة الاستئناف بعدم سماع الداعي، لبطلان العقد.

(3) اشترط المشرع جملة من الشكليات الهامة بغاية المرافقة وخاصة منها ما يتعلّق بالأذون والترخيص والإعلامات، حيث أوجب المشرع رخصة الوالي بالنسبة إلى العمليات العقارية منذ سنة 1957 بموجب أمر 4 جوان 1957 طبق ما وقع تفصيحة في عدة مناسبات، إلى أن تخلى عنها سنة 1977 بالنسبة إلى التوسيتين بموجب المرسوم عدد 4 لسنة 1977 المؤرخ في 21 سبتمبر 1977، واعترف أخيراً القانون عدد 38 لسنة 1992 المؤرخ في 27 أفريل 1992 بضعة المعاملات الواقعية بين التوسيتين خلال تلك الفترة ولو لم يتوفّر الترخيص، إذ لم تصدر في شأنها أحكام آخرت على قوّة ما أنتصا به القضاء.

غير أن المشرع أضاف إلى رخصة الولاية وعصبة وزير التجهيز بالنسبة إلى بيع ملك الأجانب المقاومة قبل 1956 بموجب القانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان 1983 والمتعلق بالعقارات التي هي على ملك الأجانب والمبنية أو المكتسبة قبل سنة 1956. وقد أحيلت اختصاصات وزير التجهيز في ذلك إلى وزير أملاك الدولة بموجب القانون عدد 20 لسنة 1992 المؤرخ في 3 فيفري 1992.

التوجه⁽¹⁾، كلما أمكن تكيف العملية على أنها وعد بالبيع⁽²⁾.

والمحلات المبنية بالمناطق الصناعية والأراضي بالمناطق السياحية وذلك للإنجاز مشاريع اقتصادية. نقدم لقى ولتشهيد بالقضون اللاحقة، وإذا كان لا يشترط مبدئياً طريقة معينة في الإثبات فإنه باشتراطها وهو الأغلب وجوب الالتزام بحدودها، وذلك هو معنى الإثبات المقيد في المادة المدنية على خلاف المادة الجزائية التي تخضع لمبدأ حرية الإثبات⁽²⁾».

(2) أما في الحالات التي ما كان من الممكن اعتبار وعد البيع ذهبت محكمة العقب العنكبي لتجاهي بطلان العقد بسبب غياب رخصة الولاية إلى تطبيق مؤسسة العقد الموقوف، فلا يمد العقد المبرم في غياب رخصة الولاية عقداً باطلًا بل هو عقد موقوف على رخصة الولاية، فينفذ بغير رخصة الولاية: قرار الدوائر المختصة عدد 8054 الصادر بتاريخ 23/12/1983، نشر مركز الدراسات القانونية القضائية بوزارة العدل، 1961/1992، ص 392.

ومسواء كان الرعد ملزماً لجانب واحد أو لجانبين فإنه بعد عقداً يفترض رضاء الطرفين بحسب طبيعة كل الالتزام وليس مجرد تصرف ناتج عن إرادة مفردة. فمقتضى الإرادة المنفردة أن توفر في التصرف جملة من الشروط الشكلية سواء كان مرجوها للخاصة أو العامة وأن يكتفى أصلًا بالرضا الوارد من جهة واحدة وهو ما يعبر عنه بالانفرادية المصدرية وأن توفر في الملتزم نسبة الالتزام الشخصي، وليس لمجال الإرادة المنفردة مجال عام بل هي بعض من الحالات يتتوفر فيها تعريف الإرادة المنفردة. أما الرعد بالبيع فهو عقد يجب توفر رضاء الطرفين ويشترط في صحته جملة الشروط المشروطة في صحة العقد من أهمية ورضا ومحل وسبب. فلا بد أن يصرح بالرضا ليجدها وقبولاً بطريقة شفهية أو صريحة وأن لا يتعلق بالرضا عيب من عيوب الرضا، ويجب أن ينصرف الرضا إلى محل الرعد بحيث تكون رغبة المتعاقدين واضحة في الأخذ بالرعد وأن توفر بال محل وصف ما يحمل إلى الرعد وأن يحدّد نعم البيع وطرق دفعه.

وللن شرط المشرع في صحة العقد المتعلقة بال عمليات العقارية على معنى الفصل 581 م.أ.ع جملة من الشروط الشكلية في صحة الكتب وهو أن يحرر الكتب الثابت التاريخ، فإن تخلف الرعد عن مراعاته لا يبطله إذ الرعد بالبيع لا ينقل الملكية العقارية بل يحمل على الطرف الآخر مجرد الالتزام الشخصي بالقيام بعمل.

وما كان من الممكن إلزام الراعي بإنتهاء العقد إلا إذا كان الاتفاق مبنياً على ما يحمل صراحة أو ضمناً إلى معنى الرعد. أما مجرد الالتزام بأداء مقدار مالي على سبيل المثال فهو مجرد الالتزام شخصي لا يرقى لمستوى الرعد ولا يقف حجة لإلزام الطرف الآخر ببرام العقد النهائي، طالما لم يتضمن ما يقصد الرعد أو التردد على موضوع محدد، بل هي مجرد حجة تتف适用 في الأداء لا غير. فلا يصح التزام الطرف الآخر ببرام العقد النهائي إلا إذا توفرت جملة شروط الرعد باعتباره عقد، فإن ثبت وجوب التنفيذ العيني للالتزام وهو الإلزام ببرام العقد النهائي وليس للدعوى ترك التنفيذ العيني إن كان ممكناً وطلب التعويض، فقط إذا تعلق التنفيذ العيني صح المرجع إلى التعويض، كما أن الراعي يقي طالباً بتعريف جميع الأضرار حتى في صورة التنفيذ العيني حيث إن المعاقد الملزم بتحمل جميع الأضرار في صورة مخالفته، كما يصح للمعاذن طلب الإبطال أو عدم المعارضه في صورة إذا تعاقد الراعي مع الغير سيء النية مخالفة لشروط الرعد.

ت-الاتفاقات المبدئية

الاتفاق المبدئي هو الاتفاق المبدئي المتصل بالعقد بمعنى أن يلدي الطرف استعداده من حيث المبدأ على إبرام العقد أي للتعاقد في مسألة محددة مستقبلاً، وكثيراً ما يحمل الأطراف إلى إبرام مثل هذه الاتفاques، واعتبر فقهاً أنه اتفاق على التفاوض وليس اتفاق على تكوين العقد، فهو يحمل فقط إلى ضرورة التفاوض ولا يحمل معنى آتيسنر⁽¹⁾ في باب المبادئ العامة للفانون بالفصل ٤٨ م.أ.ع وهو أن «ما يصدر من شخص لا يكون حجة له». فلا يمكن للشخص أن يستند لأقواله وتصرحياته أو إلى كتاب حررها أو أعدتها بنفسه دون أن تحمل إمضاء الطرف المقابل أو أن يعترف بها الشخص أو تقدم بحاجة إلى اتفاق من جانب له ولذلك كثيرون لا يخاطرون من إبرام عقد⁽²⁾، فما يحمل مطلقاً إلى التفاوض على أركان العقد، فهو مجرد مرحلة من التفاوض والاقتران، ولا يحمل مطلقاً إلى التفاوض على أركان العقد، فهو مجرد مرحلة من مراحل الوصول إلى العقد النهائي، ولكنها مرحلة هامة يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار في تأويل العقد النهائي، فهناك شعور وكان الطرف يتلزم فعلًا بالعقد بالموافقة على اتفاques بمبدئية حتى وإن كانت حقيقة الاتفاques المبدئية هي مجرد اتفاق على التفاوض أو اتفاق على الإبرام وليس على أركان العقد⁽²⁾.

ث-الاتفاques الجزئية

الاتفاques الجزئية هي الاتفاques التي تحتاج إلى استكمال أو تصويب، فطبيعة الاتفاques، خاصة بالنسبة إلى العقود الهامة، أن تكون معقدة وطويلة ويلجأ الأطراف المفاوضات، إلى تحرير محاضر قد تتضمن موافقة جزئية على بعض النقاط أو حاجة بعض الأركان إلى التصريح والتعدل. والقاعدة أن العقد لا يعتبر تاماً إذا صرح المتعاقدان بإبقاء بعض الشروط لعقد تالي فيما وقع عليه الاتفااق والحالة هذه لا يترتب عليه تكوين العقد النهائي ولو وقع تحرير الشروط الأولية بالكتاب، وما ورد بالفصل 24 م.أ.ع أن ما وقع عليه الاتفااق، والحال أن المتعاقدين صرحاً بإبقاء بعض الشروط لعقد تالي، لا يترتب عليه التزام ولو وقع تحرير الشروط الأولية بالكتاب، لا يعني أن ليس للمفاوضات أي آخر

بل يقصد بذلك أن لا يعتبر العقد النهائي تماماً لا غير.

ولكنه يجب الإشارة إلى أن الاتفاques الجزئية ليست من الاتفاques الإطارية cadre في شيء، فلاتفاques الإطارية موضوعها ومجالها فهي تحدد لفترة زمنية محددة موضوع العلاقة التعاقدية الأصلية (مثل عقود التزويد ببضاعة معينة) وتنص الضوابط

(1) Jean-Michel Jacquet: Le contrat international, op. cit., p.86.

(2) I. Najjar: L'accord de principe, D. 1991, chro. XIII.

ورابعاً أن يكون سبب الالتزام جائزًا. ولم يشترط الشكل في إبرام العقد، ذلك أن المبدأ الذي يحكم مجلة الالتزامات والعقود في معظم فصولها هو مبدأ سلطان الإرادة، ولم يأت الشكل إلا بصفة استثنائية، وإذا وضعته المشرع كان بمثابة الشرط الأول للعقد، وهو شرط شكلي (الفقرة الأولى) ينضاف إلى بقية الشروط الجوهرية في الأهلية (الفقرة الثانية) والرضا (الفقرة الثالثة) والموضوع (الفقرة الرابعة) والسبب (الفقرة الخامسة).

الفقرة الأولى: الشكل في العقد

الشكل آلية هامة في المعاملات يمكن أن تفرض لغاية الإثبات أو معارضة الغير أو نشأة الحق (أ) أو لغاية صحة الكتاب (ب).

أ-الإثبات والمعارضة ونشأة الحق في الشكل

الإثبات في الشكل هو أن يفرض المشرع شكلاً معيناً بغاية إثبات معاملة معينة مثل اشتراط الكتب في إثبات القسمة على معنى الفصل 116 م.اج، فيرد العقد صحيحًا حيث أنه لو لم يحرر الشكل، ولكن إثباته لا يقع إلا بتلك الصيغة أو ما يعادلها مثل الاعتراف واليمين المحاسنة ويمنع إثباتها بشهادة الشهود والقرائن⁽¹⁾.

والمعلوم أن الشّاع المدنى يخضع لقاعدة الإثبات المقيد والقصد من ذلك أن تكون وسائل الإثبات محددة ومرتبة. فلقد عدّ المشرع وسائل الإثبات بالفصل 427 م.اج ونص بالفصل 473 م.اج على قاعدة الإثبات كتابة في كل ما تجاوز ألف دينار في المعاملات إلا في الحالات الاستثنائية المحددة نصاً بالفصلين 477 و 478 م.اج، فلا يمكن بالتالي للأطراف وللقارضي أن يتجاوزوا منطوق هذه الحدود. فخلافاً لقاعدة الحرية في الإثبات المعتمدة في الإجراءات الجزائية تبقى مادة الإثبات في المادة المدنية رهينة هذه الفصول ومضمونها. فلا يمكن أن يأخذ القاضي ببيانه تجاوز هذا الحد، كما لا يمكن للأطراف أن يتخيراً ووسائل الإثبات ويستقروا منها ما يناسهم. صحيح أن نظرية الإثبات لا تهم النّظام العام على وجه الإجمال⁽²⁾، باستثناء بعض الحالات التي فرض فيها المشرع الإثبات بطريقة محددة كما أن تكون حجة رسمية⁽³⁾، لكنه إذا تمك

(1) والقاعدة العامة الواردة بالفصل 473 م.اج. أن ما يتجاوز ألف دينار في التصرفات لا يمكن إثباته بشهادة الشهود بل لا بد من تحرير كتب في الغرض.

(2) Abdallah fathi abdelrahim : aspects nouveaux du formalisme dans les contrats civils, op. cit., p. 458 et suiv.

(3) نص الفصل 422 م.اج على أنه لا يشترط في إثبات الالتزامات صورة مخصوصة إلا في الحالات التي نص القانون على صورة معينة، وأضاف الفصل 423 م.اج. أنه إذا عين القانون صورة للإثبات كان بها ولا بد إثبات الالتزام أو العقد عدا ما استثنى القانون في صورة مخصوصة.

الطارية للالتزام، فيلحق الأطراف كلما استدعت الحاجة إلى إبرام عقود تطبيقية. ولكن العقد الإطاري ملزم للطرفين في حدود ما اتفقا عليه.

وبعد العقد الإطاري وجها آخر للعقود الأصلية contrat de base التي تحدّد عادة اتفاق الأطراف على مشروع محدد بشيء من التفصيل مثل عقود نقل التكنولوجيا في ميدان محدد، وعلى أساسه تبرم جملة من العقود التفصيلية. فليس العقد الأصلي مجرد اتفاق على التفاوض بل هو عقد قائم ذاته بعد المصير لجملة من الاتفاques اللاحقة. كما أن الاتفاques الجزئية ليست من العقود المشروطة في شيء، حيث يمكن تعليق العقد على شرط توقيفي أو شرط فسخي، ويكون العقد بذلك موصفاً ولكنه يبقى بعيداً عن مفهوم الاتفاques الجزئية⁽⁴⁾.

وإذا تضمن العقد الإطاري أو العقد الأصلي أو بروتوكول الاتفاق protocole d'accord العناصر الأساسية للتعاقد أو من الأطراف إلى التنفيذ الفعلي فيما يدخل في التفصيل، فليس هناك حاجة إلى إبرام عقود تكميلية أو تفصيلية، ويكون العقد الأصلي كاف في حد ذاته ويرتفع إلى مرتبة العقود النهائية. وكذلك الصورة إذا ترك الاتفاق الأصلي بعض النقاط الهمائية دون حسم أو حصل الاتفاق على جميع النقاط الأصلية وبقيت أمور شكلية تتعلق بإعداد شكل العقد وإمضائه وتحرير حجة تجمع ما اتفق عليه سابقاً مع ثبوت موافقة الأطراف مسبقاً على جميع العناصر بتبادل الرسائل أو الأراء بمحاضر الجلسات أو انصراف الأطراف إلى التنفيذ الفعلي. ذلك يعني أن العقد قد نشأ ولو أنه مجرد عقد رضائي.

والحقيقة أنه ليس من السهل التمييز بين العقود الجزئية والاتفاques البديلية والعقود الإطارية والعقود الأصلية والعقود المشروطة، وعادة ما يطرح الإشكال أمام المحاكم المختصة، ويكون السؤال عادة حول مدى تكوين العقد من عدمه، وتتجه هذه الهيئات عادة إلى قراءة الواقع توصلًا لإجابة مقنعة⁽⁵⁾.

المبحث الأول: شروط تكوين العقد

نص الفصل الثاني من مجلة الالتزامات المعقود على أن أركان العقد الذي يترتب عليه تعمير النّمة هي أولاً أهلية الالتزام والإلزام وثانياً التصريح بالرضا بما ينتهي عليه العقد تصريحًا معتبراً وثالثاً أن يكون المقصود من العقد مالاً معيناً يجوز التعاقد عليه

(1) علي كحلون: أحکام الالتزام، نشر مجتمع الأطروش للكتاب المختص 2009، ص 101 وما بعده.

(2) ذُهبت بعض القرارات إلى تكون العقد ولو كان غير ممضى بصفة نهائية بل مضى بالأحرف الأولى paraphe ولم تحصل في شأنه بعض النقاط باعتبار أن الأطراف بادروا إلى التنفيذ الفعلي وكانت النقاط التي لم تحصل مجرد عناصر هامشية ليس لها تأثير على العقد الأصلي.

Jean-Michel Jacquet: Le contrat international, op. cit. p.90.

لم يشترط القانون صورة مخصوصة في إثبات عقد ووقع اتفاق صريح بين عاقديه بأن لا يعتبره باتا إلا بعد تحريره بصورة معلومة فالعقد لا يصح إلا إذا كان على الصورة المتفق عليها⁽¹⁾.

والهام في جميع ذلك أن جملة هذه الوسائل تتوقف على مبدأ عام وهو ما أورده المشرع في باب المبادئ العامة للقانون بالفصل 548 م.أ.ع وهو أن «ما يصدر من شخص لا يكون حجة له». فلا يمكن للشخص أن يستند لأقواله وتصریحاته أو إلى كتاب حررها أو أعدها بنفسه دون أن تحمل إمضاء الطرف المقابل أو أن يعترض بها الخصم أو تقوم بجانبها الوسائل الفنية، ولا يمكن الاستناد إلى تقدیرات شخصية دون أن تذعّمها الخبرة، فلو بعطا الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم⁽²⁾.

وللمبدأ عدة تطبيقات قانونية «فليس لأحد أن يكسب بالتقادم خلافاً للسند الذي حاز بمقتضاه فليس له حيثية أن يغير بنفسه لفائدة مبني حوزه» (الفصل 49 م.ح.ع)، وليس للشخص أن يخلق بنفسه سبباً للحق، فقتل المورث من موائع الإرث (الفصل 88 م.أ.ش) فمن استجعل الشيء عوقب بحرمانه، ومن سعى في نقض ما تم من جهةه فسيعه مردود عليه (الفصل 547 م.أ.ع)، وليس لهذا المبدأ إلا استثناءات قليلة قدرها المادحة على وجه الإجمال. فإنه من الممكن إثباتها بشهادة الشهود.

(1) الفصل 425 م.أ.ع.

(2) حديث شريف.

(3) الاطلاع على دفاتر التجار الفصول 461 إلى 469 م.أ.ع.

(4) القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلّق بالمبادرات والتجارة الإلكترونية.

-علي كحليون: الجوانب القانونية لتقنيات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، نشر دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2002.

-علي كحليون: مسؤولية المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في قانون الأعمال، ص 5 وما بعد.

-علي كحليون: المسؤولية المعلوماتية، إصدار مركز التّشـرـيع الجامعي 2005، ص 29 وما بعد -علي كحليون: مجموعة القرارات المتعلّقة بالمعلوماتية والاتصالات، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2001.

-علي كحليون: الاتصال والمعلومة بين الواقع والقانون، القضاة والتشريع أكتوبر 1998، ص 159 وما بعد.

-علي كحليون: التجارة الإلكترونية القضاة والتشريع في فبراير 2000، ص 11 وما بعد.

-علي كحليون: العقد الإلكتروني، القضاة والتشريع ديسمبر 2001، ص 43.

-علي كحليون: الإطار القانوني للمعلوماتية، القضاة والتشريع جويلية 2005، ص 13، وكذلك المجلة القانونية 2005، ص 273 وما بعد و 2006 ص 98 وما بعد.

الطرف المقابل بأحكام الإثبات تنتهي حرية الطرف المقابل، بل إن كثيراً من وسائل الإثبات يتوقف اعتمادها إلى حين تسجيلها بالقبضة المالية على معنى مجلة التسجيل والطابع الجبائي⁽¹⁾.

ولهذا الغرض نص الفصل 427 م.أ.ع على جملة الوسائل المقبولة وهي الإقرار والمحجة المكتوبة وشهادة الشهود والقريبة والبينة وأوردت مجلة الالتزامات والعقود نظام كل وسيلة بالحصول اللاحقة. وإذا كان لا يشترط مبدئياً طريقة معينة في الإثبات فإنه باشتراطها وهو الأغلب وجوب الالتزام بحدودها، وذلك هو معنى الإثبات المقيد في المادة المدنية على خلاف المادة الجزائية التي تخضع لمبدأ حرية الإثبات⁽²⁾. فلا يشترط في إثبات الالتزامات صورة مخصوصة إلا في الحالات التي نص القانون على صور معينة لإثباتها⁽³⁾. فالقاعدة في الإثبات المدني أن المعاملات التي يتجاوز قيمتها ألف دينار لا يمكن إثباتها بشهادة الشهود⁽⁴⁾، ويجب تحرير حجة رسمية أو غير رسمية لإثباتها، وببقى كذلك من الممكن إثباتها بالاعتراف واليمين الحاسم. وإذا كان التصرف في أقل من ألف دينار أو كانت فصولة مبهمة أو تعدد تحرير الحجة مادياً أو معنوياً أو توفرت بداية حجة مكتوبة أو كانت المعاملة بين التجار⁽⁵⁾ أو في إثبات وقائع المادحة على وجه الإجمال. فإنه من الممكن إثباتها بشهادة الشهود.

على أنه «إذا غير القانون صورة لإثبات التزام أو عقد كان لا بد لإثبات بها عدا ما استثنى القانون⁽⁶⁾. فإذا اشترط المشرع أن يكون الإثبات بالمحجة الرسمية كما في صورة البهبة وعقد الرواج أو بالترسم في دفاتر معينة فإنه لا يمكن إثبات إلا بذلك الصورة. وتفى الصورة المعينة للإثبات منطبقاً على جميع التغييرات التي تشمله حيث إنه «إذا غير القانون الكتابة صورة لإثبات عقد حملت على أنها معينة أيضاً لإثبات جميع التغييرات التي تحدث فيه»⁽⁷⁾.

والمقاعة كذلك أن نظرية الإثبات لا تهم النظام العام باستثناء ما أورده المشرع صراحة في الإثبات بطريقة مخصوصة، ففي غياب تفصيص واضح يجوز للأطراف الاتفاق على طريقة معينة ويجب أن تتحترم هذه الطريقة مراعاة لإرادة الأطراف «إذا

(1) القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993 المتّعلّق بإصدار مجلة معاليم التسجيل والطابع الجبائي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 39 بتاريخ 25 ماي 1993، ص 715.

(2) علي كحليون: دروس في الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص 31 وما بعد.

(3) الفصل 422 م.أ.ع..

(4) الفصل 473 م.أ.ع..

(5) الفصل 598 من المجلة التجارية.

(6) الفصل 423 م.أ.ع..

(7) الفصل 424 م.أ.ع..

ويمكن للمشروع من ناحية ثانية اعتماد شكليات معينة في الإشهار بغایة معارضة الغير، كما في صورة ترسيم عقد الكراء بإدارة الملكية العقارية على معنى الفصل 373 م.ح.ع بالنسبة إلى العقارات المسجلة أو كما في صورة تسجيل العقد بالقبضة المالية على معنى الفصل 581 م.أ.ع في البيع الخاص بالأصول العقارية أو الفصل 729 م.أ.ع الخاص بالكرياء إذا تجاوزت مدة السنة بالنسبة إلى العقارات غير المسجلة. وكما في صورة الإعلام بالإحالة لمعارضة المدين والغير بانتقال الحق على معنى الفصل 205 م.أ.ع. وحكم المعارضة أن العقد موجود بين الطرفين دون توقف على أي شرط شكلي ولكنه لا يتواجد إزاء الغير إلا بتاريخ إتمام تلك الشكلية سواء بالإدراج بإدارة الملكية العقارية بالنسبة إلى عقد الكراء أو التسجيل بالقبضة بالنسبة إلى العقارات غير المسجلة أو بالإعلام بالنسبة إلى الإحالة.

ويجوز كذلك من ناحية ثالثة أن يعلق المشروع وجود الحق أو بداية الحق على إتمام الشكلية، كما في صورة ترسيم الحقوق العينية بإدارة الملكية العقارية على معنى الفصل 373 م.ح.ع حيث لا ينشأ الحق العيني إلا بتاريخ ترسيمه بإدارة الملكية العقارية، وكما في صورة التأريخ في العوالة على معنى الفصل 238 م.أ.ع حيث لا يوجد الحق في حالة التزام بين الدائنين إلا من تاريخ نشأة الحق. وحكم ذلك أن العقد يرد صحيحاً بين الطرفين ولكن الحقوق المرتبطة به لا تبدأ إلا من تاريخ إتمام تلك الشكلية بالترسم النسبة إلى الحقوق العينية المسجلة وإدراج التاريخ في مثالنا الثاني.

والخلاصة في جميع ذلك أن الشكليات المشترطة سواء لإثبات المعاملة أو لمعارضة الغير أو لبيانه تتجاوز صحة الكتاب بين الطرفين بل لها علاقة بإقامة الحجة على وجود المعاملة أو لجعل العقد موجوداً في أعين الغير أو لضبط بداية وجود بعض الحقوق، وذلك يعني أن هذه الشروط الشكلية لم تتوضع كشرط صحة بالنسبة إلى العقد⁽¹⁾.

بــ الشكل وصحة العقد

تجاوزاً لاشرط المشرع في بعض الأحيان لصور محددة في إثبات المعاملة أو في إشهارها لتعلقها بالمصلحة الخاصة للخصوص، عادة ما أصبح المشرع يتدخل لنفرض طريقة شكلية معينة في تحرير العقد.

فكثيراً ما يشترط في العقود التي لها علاقة بالمادة العقارية نوع من الشكل في بيع العقار (الفصل 581 م.أ.ع) والمعاوضة (الفصل 719 م.أ.ع) والكرياء (الفصل

(1) علي كحلون: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، ص. 132 وما بعد، وص. 377 وما بعد.
علي كحلون: أحكام الالتزام: المرجع السابق، ص 71 وما بعد.

وعلى ذلك الأساس ما كان من الممكن للمدعى، على سبيل المثال، أن يكتفي بقائمة تقديرية في بيان قيمة المضرة، فليس ذلك ما يدخل في باب وسائل الإثبات المقبولة مدنياً، بل ما كان من الممكن للمحكمة أن تكتفي بذلك لقلب عباء الإثبات، فليس في ضعف الحجة ما يستدعي قلب العباء إلا تجاوز الدور القاضي المنعهد بالتزاع.

كما أن الإثبات لا يقبل في مجمله إذا كان يرمي إلى إثبات أمر يخالف النظام العام والأخلاق الجميلة أو ليس له علاقة بالدعوى، فلا يقبل الإثبات عموماً إذا كان مآلاته وجود التزام غير مباح أو لا قيام به قانوناً أو إذا كان مآلاته إثبات ما لا يصلح للدعوى⁽²⁾.

والمطلوب كذلك أن يراعي الإثبات مهما كانت طريقه جملة من القواعد الهمة أصبحت تعرف بقواعد التزاهة في الإثبات⁽³⁾، خاصة أمام تأثيرات التيار الإنساني في مجتمعنا الحالي. فلم يعد بالإمكان خرق حرمة السكنى أو السر المهني أو حرمة المراسلات أو الحياة الخاصة أو المعطيات الشخصية بدعوى الإثبات. فلم يكن الإنسان البدائي يطبع إلى أكثر من حماية جسده وذاته، ومع تطور المجتمع واستقرار الإنسان أصبح لل Mercer أهميته وحرمه، ومع اكتشاف وسائل الاتصالات الحديثة ظهر مفهوم حرمة المراسلات، ومع تبلور فكرة حقوق الإنسان أعيد صياغة جملة من الحقوق ومن ذلك حماية السر المهني والحياة الخاصة والمعطيات الشخصية. وقد أصبحت جميع هذه الحقوق تحت حماية القواعد الجنائية وأن اتهاها أصبح يمثل جريمة⁽⁴⁾. صحيح أن المشرع يسمح إلى حد ما بخرق هذه المبادئ بدعوى التحقيق الجنائي، ولكن لا شيء يبرر تجاوز حدودها خلال النظر في التزاع المدني، ولا يمكن أن تحظى رغبتنا في التحقيق المدني من قدر هذه الحقوق. وبعنة حرية البحث يمكن أن تسقط عناصر تزاهة الأبحاث المدنية وبالتالي وقار العدالة. فإذا رفض الفقه والقضاء الخروج عن ضوابط التزاهة حتى بالنسبة إلى الأبحاث الجنائية في عدة مواطن⁽⁵⁾، فلا أقل أن تبقى الأبحاث المدنية مهما كانت الصورة خاضعة لضوابط التزاهة.

(1) الفصل 426 م.أ.ع.

(2) Djemel.M : La loyauté dans le procès civil, mémoire D.E.A en droit privé, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis 1992.

(3) علي كحلون: المسؤولية المعلوماتية، المرجع السابق، ص 140 وما بعد.

(4) Hedi Lakoua : La loyauté dans la recherche des preuves en matière pénale, thèse, op.cit. تحدث الكاتب في الجزء الأول عن عناصر تزاهة وسائل الإثبات في المادة الجنائية (من صفحة 20 إلى 194)، ليتحدث في الجزء الثاني من بحثه عن حماية مبدأ التزاهة في وسائل الإثبات، سواء عن طريق المشرع أو عن طريق فقه القضاء (من صفحة 194 إلى 362).

فإما أن يرد شرط الصحة في بيان شكل العقد حجة رسمية أو غير رسمية بما في ذلك ثبوتية تاريخ المعاملة أو في بيان صفة المحرر عدل إشهاد أو محامي أو أعون إدارة الملكية العقارية أو في بيان الشخص المشمول بالحماية مثل الأمي أو في ضرورة توفر الأذون الإدارية الخاصة.

والمقاعدة العامة في جميع ذلك أن الشرط الشكلي إذا ما اشترط لصحة الكتب يكون بمثابة الشرط الشكلي الذي ينضاف إلى الأهلية والرضا والمحل والسبب ولا يوجد العقد في غيابه وهو بذلك بهم النظام العام جزاً له البطلان المطلق.

الفقرة الثانية، الأهلية

أوردت الفصول من ٣ إلى ١٧ م.أ.ع المبادئ العامة في حكم الأهلية، ولكن مجلة الأحوال الشخصية أنت كذلك بأحكام لها علاقة بالأهلية بالفصل ١٥٣ إلى ١٧٠^(١) كما أشارت عدة مجلات قانونية، المجلة التجارية ومجلة المرافعات المدنية ومجلة الالتزامات والعقود وغيرها، إلى شرط الأهلية وأثارها بعدة فصول متقدمة^(٢). وبتلخيص من ذلك أن للأهلية مبادئ عامة (أ) وأحكاماً خاصة (ب).

الزراعي بالمناطق العمومية المتقدمة، أن كل إحالة بعرض أو بدون تعارات كانت بدوائر تدخل الوكالة العقارية الفلاحية تخضع لترخيص مستقى من والي الجهة التي يوجد بذاته العقار موضوع الإحالة طبقاً للشروط المتصوص عليها بالأمر المؤرخ في ٤ جوان ١٩٥٧ والمتعلق بالعمليات العقارية. كما أن القانون عدد ٢١ لسنة ١٩٩٥ المؤرخ في ١٣ فيفري ١٩٩٥ المتعلق بالعقارات التوليدية الفلاحية كما وقع تقييمه بموجب القانون عدد ٤٨ لسنة ١٩٩٦ المؤرخ في ١٠ جوان ١٩٩٦ أشار إلى ضرورة ترخيص وزير أملاك الدولة في رهن حق الانتفاع وحى بالنسبة إلى أعمال التثوير بشكل عام. وأغلب التصوص المتعلقة بالملك العمومي للدولة سواء كان للمياه أو للمناجع أو للسلك الحديدي أو للطرقات أو للبحار أو للأثار توجب الترخيص في علة مواطن. وفرضت مجلة الغابات عنة ضوابط في موضع معددة، القانون عدد ٢٠ المؤرخ في ٢٣ أفريل ١٩٨٨ ، الرائد الرسمي عدد ٢٥ بتاريخ ١٥ أفريل ١٩٨٨ من ٥٥٨. وقد ألغى الآجال من الترخيص الصريح في عمليات اقتناه أو توسيع الأراضي والمحلات العينية بالمناطق الصناعية والأراضي بالمناطق السياحية وذلك للإنجاز مشاريع اقتصادية بموجب القانون عدد ٤٠ المؤرخ في ١١ ماي ٢٠٠٥ يتعلق بإندام الأمر المؤرخ في ٤ جوان ١٩٥٧ المتعلق بالعمليات العقارية (الرائد الرسمي عدد ٤٢ بتاريخ ٢٣ ماي ٢٠٠٦، ص ١٨٢٧).

(١) أوردت مجلة الأحوال الشخصية أحكاماً لها علاقة بالأهلية لما لذلك من علاقة بأحكام الولاية بوجه عام، وهو محور بتناوله الدارس في باب الأحوال الشخصية.
 (٢) يراجع الفصل ٥ من المجلة التجارية، وقد سبق إلقاءه، والفصل ٢٩ من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

729 م.أ.ع) والإنتزال (الفصل ٩٥٦ م.أ.ع) والكردار (الفصل ٩٨٠ م.أ.ع) والشركة (الفصل ١٢٥٤ م.أ.ع) والمعارضة (الفصل ١٤١٦ م.أ.ع) والصلح (الفصل ٤٦٦ م.أ.ع) والهبة (الفصل ٢٠٤ م.أ.ش). كما اشترط المشرع أن تحرر العقود الخاصة بالعنارات المسجلة بواسطة محامي أو عدل إشهاد أو أعون إدارة الملكية العقارية على معنى الفصل ٣٧٧ مكرر م.ج.ع^(١)، واحتظر أن تحرر الحجة الرسمية في حق الأمي على معنى الفصل ٤٥٤ م.أ.ع، ووضع المشرع كذلك شرط الإذن الإداري بالنسبة إلى أعلم العقود، وخاصة منها العقارية، الواقعة في حق الأجنبي أو في بعض العمليات الخاصة^(٢).

(١) أورد المشرع نفس المقادرة بالنسبة إلى بيع الأصل التجاري بالفصل ١٨٩ مكرر من المجلة التجارية حيث اشترط المشرع تحرير الحجة المتعلقة بالأصل التجاري بواسطة محامي. والحججة التي تحرر على غير تلك الصورة تعد باطلة بطلاناً مطلقاً.

(٢) اشترط المشرع جملة من السُّكُلَّات الهامة بغاية المراقبة وخاصة منها ما يتعلّق بالأذون والتراخيص والإعلانات، حيث أوجب المشرع رخصة الوالي بالنسبة إلى العمليات العقارية منذ سنة ١٩٥٧ بموجب أمر ٤ جوان ١٩٥٧ طبقاً ما وقع تقييمه في عدة مناسبات، إلى أن تخلّ عنها سنة ١٩٧٧ بالنسبة إلى التونسيين بموجب المرسوم عدد ٤ لسنة ١٩٧٧ المؤرخ في ٢١ سبتمبر ١٩٧٧، واعترف أحيراً القانون عدد ٤٨ لسنة ١٩٩٢ المؤرخ في ٢٧ أفريل ١٩٩٢ بصفة العمليات الرايعة بين التونسيين خلال تلك الفترة ولم يتم ترخيصها، إذ لم تنص في شأنها أحكام أخرى على قوّة ما أصلّ به القضاء.

قبل ١٩٥٦ بموجب القانون عدد ٦١ لسنة ١٩٨٣ المؤرخ في ٢٧ جوان ١٩٨٣ والمتعلق بالمقاربات التي هي على ملك الأجانب والمقيمة أو المحكمة قبل سنة ١٩٥٦. وقد أحيلت اختصاصات وزير التجهيز في ذلك إلى وزير أملاك الدولة بموجب القانون عدد ٢٠ لسنة ١٩٩٢ المؤرخ في ٣ فيفري ١٩٩٢.

وطلب التراخيص عملاً بأحكام أمر ١٩٥٧ كما تمت تقييمه في جميع أعمال الإحالة والمساهمة في الشركات وإحالة الأسماء والشخصين سواء بالنسبة إلى الشركات الفلاحية أو غيرها. وتخرج بعض العمليات عن الترخيص إذا كانت موضوع اتفاقية ثنائية مثل تلك التي تربط البلاد التونسية مع البلاد الليبية أو الجزائرية.

وإذا كان المستفيد بلداً أجنبية، فيطلب ترخيص الوزير الأول عملاً بأحكام القانون عدد ٣٧ لسنة ١٩٥٩ المؤرخ في ٢٨ فيفري ١٩٥٩، ويسند الترخيص من طرف رئيس الجمهورية إذا تعلقت العملية ببعض قطع أرض فلاحة لفائدة شخصين مأدين أجانب طبق أحكام القانون عدد ٥٦ لسنة ١٩٦٩ المؤرخ في ٢٢ سبتمبر ١٩٦٩ المتعلق بإصلاح الأراضي الفلاحية. ومن الضروري كذلك الاحتياج لترخيص البنك المركزي إذا كان المستفيد من العملية أجنبية غير مقيم عملاً بأحكام الأمر عدد ١٦٩٦ لسنة ١٩٩٣ المؤرخ في ١٦ أوت ١٩٩٣ المتعلق بتقييم الأمر عدد ٦٠٨ لسنة ١٩٧٧ المؤرخ في ٢٧ جويلية ١٩٧٧ المتعلق بشرط تطبيق مجلة الصرف. والشرط يسري على اللتوان المعنية غير المقيدة. وإذا كان المستفيد مقيداً بشرط الاحتياج بشهادة تفيد إيداع ثمن البيع بحساب انتظاري أو بحساب رأس مال. وإذا كان اللتوان بالعملة الصعبة فلا بد من الاحتياج بشهادة تفيد قيام هذا الشرط (شهادة مسلمة من وسيط بنكي). وأورد آخرها القانون عدد ٢٩ لسنة ٢٠٠٠ المؤرخ في ٦ مارس ٢٠٠٠ المتعلق بتقييم إتمام القانون عدد ١٧ لسنة ١٩٧٧ المؤرخ في ١٦ مارس ١٩٧٧ المتعلق بآليات وكالة الإصلاح

القانون^(١)، وإذا أتم الصغير المولى عليه الثمانية عشر عاماً كاملة ولم يسبق صدور حكم بالتجير عليه لسبب من الأسباب غير الصغر فإنه يصبح وجوباً رشداً له كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وتكون جميع تصرفاته نافذة^(٢) و«الاختلاف الأديان لا يترتب عليه فرق في أهلية التعاقد ولا فيما لغير المسلمين وعليهم من الحقوق الناشئة إلآت امانت الصبححة^(٣)».

وتفتقد أهلية الأداء لمن تعلّم عليه التعاقد بنفسه لصغر في السن أو لجنون أو لضعف في العقل أو لفسقه. ويعتبر محجوراً للصغر من لم يبلغ سن الرشد وهي ثمانى عشرة سنة كاملة^(٤)، والمجنون «هو الشخص الذي فقد عقله سواءً أكان جنونه مطبعاً يستغرق جميع أوقاته أو متقطعاً تعرّبه فترات يتربّط إليه عقله فيها»^(٥)، «أما ضعيف العقل فهو الشخص الغير كامل الوعي السبعة التأثير الذي لا يهتدى إلى التصرفات الراشحة ويغيب في المبالغات»^(٦)، والسفهاء هو الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف»^(٧). وفي ذلك أحکام خاصة.

-أحكام الأهلية

وضع المشرع التونسي تنظيمًا ميز من خلاله بين أعمال الصغير غير المميز والمحجور عليه لجنون والذوات المعنوية من ناحية وأعمال الصغير المميز والمحجور عليه لضعف في العقل أو لسعه من ناحية أخرى، بعد أن حدد سن الرشد، وهو ثمانى عشرة سنة كاملة على معنى الفصل 153 م.أ.ش، فيكتسب المرء أهلية كاملة ما لم يصدر حكم بالتحجير سواء لجنون أو لضعف في العقل أو لسعه.

١- الصغير غير المميز والمحجور عليه الجثون والذوات المعنوية
عملًا بأحكام الفصل ١٥٦ م.أ.ش يعتبر صغيراً غير مميز من لم يبلغ سن الثالثة عشر، ونكون جميع أعماله باطلة بدون استثناء سواء كانت من قبل أعمال التبع أو

(١) الفصل ٧ (جديد). اع نفع بالأمر المؤرخ في 25 ذي الحجة 1375 و ٣ أوت ١٩٥٦ ويوجب القانون عدد ٣٩ لسنة ٢٠١٠ المؤرخ في ٢٦ جويلية ٢٠١٠ المتعلق بتوحيد من الرشد المدني.

(2) الفصل 157 م.أ.ش. نفع بموجب القانون عدد 99 لسنة 2010 المورخ في 26 جويلية 2010 المتعلق بترحيد سن الرشد المدني.

الفصل 4: مراجع (3)

(٤) (الفصل الرابع)

(4) الفصل ١٥٣ م.ا.س.

(5) الفصل 160 م.أ.ش.

(6) الفصل 160 م.أ.ش.

(2) الفصل 164 ملخص

(٢) الفصل ١٦٤ م.م.س.

أ-المبادئ العامة في الأهلية

يمكن تعريف الأهلية بوجه عام بأنها قدرة الإنسان على الالتزام والإلزام وعلى مباشرة مهامه الشخصية بما يترتب عن تصرفه من حقوق وواجبات، وانعدام الأهلية أو نقصها يسمى الحجر، ونفرق قانوناً بين أهلية الوجوب (*jouissance*) وهي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمّل الواجبات التي يقرّها القانون، وأهلية الأداء (*exercice*) وهي صلاحية من له أهلية الوجوب في مهامه سنة ذلك الحجة، بنفسه⁽¹⁾.

والأهلية مفترضة مبدئياً لدى جميع الناس، وهي الأصل في جميعهم، ما لم يصرح القانون بخلافه. فترد أهلية الوجوب كاملة إلا في حالات استثنائية مثل ما أشار إليه المشرع بالفصول ٥٦٦ و ٥٦٧ و ٥٦٨ و ٥٦٩ م.أ.ع. من حرمة أعضاء المجالس الحكيمية وكتاب المحاكم والمحامون ووكلاًء الخصام وأعضاء الإدارة والمقدمين والمتصرين وأمناء التفليس والسماسرة والمخبراء في كسب الحقوق المتباين فيها لدى المحاكم أو ما هو نظرهم بالشراط أو بالإحالة^(٢)، أو ما أشار إليه الفصل ٥٤٩ م.أ.ع من حرمة من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير في أن يعقد لنفسه ولو بواسطة^(٣). فلكل شخص أهل للالتزام والإلتزام ما لم يصرح القانون بخلافه^(٤)، ولكل إنسان ذكر أكان أو أنشى تجاوز عمره ثمانين عشرة^(٥) سنة كاملة يعتبر رشيداً بمقتضى هذا

(٧) محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص ٨١.

(2) ورد الاستثناء في عدلة تصرّفه خاصّة مثل القانون عدد 55 لسنة 1981 المورّخ في 23 جوان 1981 المتعلّق بتنظيم مهنة الوكيل العقاري (الفصل 9) وغير ذلك من القوانين.

(3) تعتبر هذه الحالات ضمن حالات انعدام الأهلية متى يفقد الشخص أهلية الوجوب وأهلية الأداء أو التصرف وعادة ما يشار ضمن هذه الحالات إلى مرض الموت كما وردت أحكامه بالفصل 565 و 355 و 354 م اع وكذلك بالفصل 206 م.أ.ش باعتباره صورة من صور فقدان الأهلية، والحقيقة أن مرض الموت مؤسسة خاصة لا ترتبط بنظام الأهلية ولا بعموم الرضا، بل إنها تقوم على خصائص مبدأ المساواة بين الورثة، فكلما وقعت المحاجاة أثناء المرض الذي اتصل بالموت إلا وأمكن قانونا إزالة حكم المعاملة إلى منزلة الوصيصة، فليس هناك معنى لفقدان الأهلية كما ليس هناك معنى لعموم الرضا، نشير بين عموم: قانون مدني، العقود الخاصة، البيع والمعارضة، نشر مركز النشر الجامعي، 2007، عدد 30 وما بعد.

الفصل 3 مراجعة

(5) عوضت عبارة «العشرين سنة كاملة» بعبارة «الثماني عشرة سنة كاملة» بموجب القانون عدد 39 لسنة 2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010 المتعلق بتوحيد سن الرشد المدني بالفصلين 6 و 7 م.أ.ع و كذلك بالفصول 153 و 157 و 178 م.أ.ش وبالفصل 4 من القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 1 أوت 1957 المتعلق بالحالات المدنية وبالفصلين 4 و 12 من مجلة الجنسية وبالفصل 3 من القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب هاشمي للأطفال المهملين أو مجاهولي النسب المتخرج والمتهم بالقانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 7 جويلية 2003. وحلت عبارة «ويترخيص من الوالي» الواردة بالفقرة الثانية من الفصل 2 من القانون عدد 1 لسنة 2004 المؤرخ في 14 جانفي 2004 المتعلق بالخدمة الوطنية وحلت الفقرة الثانية من الفصل 29 من نفس القانون

الغير ولو بمصادقة الولي، أما أعمال الإدارة والتصرف فهي خاصة لـإجازة الولي، وتتوقف أعمال التصرف في حقه على توفر الإذن الخاص (الفصل 15 م.أع.) تجاوزاً لأعمال الإدارة التي يجوز أن يأتيها الولي بدون إذن، وتدخل في مثل هذا الحكم أعمال ضعيف العقل المحجور عليه بحكم 160-162 م.أ.ش، والسفية المحجور عليه بحكم 164 م.أ.ش) والمفلس (الفصل 5 م.أع.).

وعلى ذلك الأساس فإن أهلية الصغير المميز والمحجور عليه لضعف في العقل أو لسفه هي أهلية مقيدة فلا تقع أعمالهم نافذة من حيث المبدأ إلا أن تصريحهم إرادة الولي، «فلا الأشخاص الآتي بيانهم أهلية مقيدة وهم الصغير الذي عمره بين الثالثة عشرة والثانية عشرة سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه، والمحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسفه تصرفهم إذا لم يشاركهم فيها مقدموهم في العقود التي يقتضي القانون مشاركتهم فيها، والمحجور عليهم لتفليسهم». وكذلك كل من يمنع عليه القانون عقداً من العقود⁽¹⁾، مع إمكانية أن يبحث القاصر على أعمال نافذة ولو بدون مصادقة الولي. وبعض من الأعمال النافذة تبقى نافذة ولو بدون موافقة الولي «فلمن ليس له أهلية التعاقد والمدير لكسب ابنه الصغير أو السفية والولي وكل مدير لكسب وجه قانوني ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكل لنظرهم بمثل بيع ومعاوضة وكراء لمدة تتجاوز ثلاثة أعوام وإنزال وشركة ومقاسمة ورهن وغير ذلك مما هو مصرح به في القانون إلا يأخذ خاص من القاضي المختص ولا يعطى الإذن المذكور إلا عند الضرورة والمصلحة الواضحة للمذكور آنفاً⁽²⁾، وما تمهه الولي في مصلحة الصغير أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي على الصور المقررة بالقوانين تعتبر مثل الأعمال الصادرة من الرشيد المتولى مباشرة حقوقه بنفسه وهذه القاعدة لا تسحب على ما كان من قبل التبرع المحسن فإنه باطل ولو بالإذن المطلوب قانوناً كما يبطل الإقرار الحكمي بأمر لم تصدر من الولي نفسه⁽³⁾.

ولكن الطرف الآخر في العقد إذا كان راشداً وله الأهلية الكاملة ليس له أن يدفع بعد أهلية المعاقد الآخر توصلًا لإبطال الاتفاق، «فمن كان أهلاً للتعاقد ليس له أن ي Hutchinson بعد أهلية من عاقده⁽⁴⁾. فلا يمكن أن يصلح عيب الأهلية كسبب في حل العلاقة التعاقدية إذا تمسك به من ليس به علة. وعلى العكس يبقى الحق للولي أو للصغير بعد رشه طلب الإبطال على أساس عدم الأهلية، «فللولي أو المولى عليه بعد رشه القيام بفسخ عقد ما التزم به ولو مع استعماله للحيل القاضية بحمل المتعاقد معه على اعتقاد كونه رشيداً أو ماذداً من وليه أو أنه تاجر. لكن هذا لا يمنع منبقاء المولى عليه عامر

(1) الفصل 6 م.أع.

(2) الفصل 9 م.أع (نفع بالأمر المؤرخ في 25 ذي الحجة 1375 و 3 أوت 1956).

(3) الفصل 8 م.أع (نفع بالأمر المؤرخ في 25 ذي الحجة 1375 و 3 أوت 1956).

(4) الفصل 14 م.أع.

الإدارة أو التصرف، ويلحق بالصغر غير المميز المحجون الذي حكم بالتحجير عليه⁽¹⁾ وكذلك الذوات المعنوية المترتبة قانوناً متزنة الصغير⁽²⁾. فجميع أعمالهم باطلة بطلاً نافذاً وهم في حكم انعدام الأهلية مطلقاً⁽³⁾، ولا يمكن لهم التعاقد إلا بواسطة ولديهم القانوني سواء كان الأب أو الأم أو المقدم المعين قضاء أو الممثل القانوني حيث نص الفصل 5 م.أع على أن «الأشخاص الآتي بيانهم ليس لهم أهلية التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليهم. أولاً : الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاث عشرة سنة كاملة. ثانياً : الرشيد الذي اخْتَل شعوره بما أخرجته من الإدراك. ثالثاً : الذوات المعنوية المترتبة متزنة الصغير قانوناً».

ويجوز للولي بصفة عامة أن يلزم في حق القاصر عقود الاغتناء لفائدة القاصر وأعمال الإدارة بدون توقف على إذن خاص، أما أعمال الشّير لصالح الغير فهي ممنوعة ولا يصح أصلاً أن يأخذ القاضي بها، وتتحقق أعمال التصرف مثل البيع والمعاوضة والصلح والمقاسمة وغيرها لـإذن خاص يصدره رئيس المحكمة الابتدائية، «فالآب المدير لكسب ابنه الصغير أو السفية والولي وكل مدير لكسب وجه قانوني ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكل لنظرهم بمثل بيع ومعاوضة وكراء لمدة تتجاوز ثلاثة أعوام وإنزال وشركة ومقاسمة ورهن وغير ذلك مما هو مصرح به في القانون إلا يأخذ خاص من القاضي المختص ولا يعطى الإذن المذكور إلا عند الضرورة والمصلحة الواضحة للمذكور آنفاً⁽⁴⁾، وما تمهه الولي في مصلحة الصغير أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي على الصور المقررة بالقوانين تعتبر مثل الأفعال الصادرة من الرشيد المتولى مباشرة حقوقه بنفسه وهذه القاعدة لا تسحب على ما كان من قبل التبرع المحسن فإنه باطل ولو بالإذن المطلوب قانوناً كما يبطل الإقرار الحكمي بأمر لم تصدر من الولي نفسه⁽⁵⁾.

2- الصغير المميز والمحجور عليه لضعف في العقل أو لسفه

الصغير المميز هو الذي تجاوز سن الثالثة عشرة، و تكون أعماله نافذة إذا كانت من قبل التفع المحسن وباطلة إذا كانت من قبل القرار المحسن، ويتوقف نفاذها في غير الصورتين المذكورتين على إجازة الولي (الفصل 156 م.أ.ش)، وبالتالي فيإمكان الصبي المميز أن يلزم عقود الاغتناء بدون إجازة وليه، وبكره عليه أعمال الهيبات لفائدة

(1) الفصول 163-161-160 م.أ.ش.

(2) الفصل 5 م.أع (نفع بالأمر المؤرخ في 25 ذي الحجة 1375 و 3 أوت 1956).

(3) التصرف القانوني: محمد يقين، نشر مجمع الأطروش للكتاب لمختص، 2009، ص 38 عدد 42.

(4) الفصل 15 م.أع (نفع بالأمر المؤرخ في 25 ذي الحجة 1375 و 3 أوت 1956).

(5) الفصل 16 م.أع.

اقتضاء الفصل 6 من المجلة التجارية. وانتهى المشروع أخيراً إلى إلغاء الفصل 5 من المجلة التجارية بموجب القانون عدد 39 لسنة 2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010 رفعاً لكل التباس⁽¹⁾.

زواج القاصر يرشد إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية أو التجارية عملاً بأحكام الفصل 153 م.أ.ش كما هو متضح بموجب القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993، غير أنه بالرغم من تنقيح الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية بموجب القانون عدد 32 لسنة 2007 المؤرخ في 14 ماي 2007 بأن جعل المشروع سن الزواج بالنسبة إلى الذكر والأنثى ثمانى عشرة سنة كاملة، إلا أنه لم يشمل الفصل 153 م.أ.ش بالتنقيح وبقي الفصل على صيغته الواردة سنة 1993 وهو أن «زواج القاصر يرشد إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية أو التجارية»، وربما كان الحال يقتضي اعتماد النص المتأخر إعمالاً لقاعدة الفصل 542 م.أ.ع⁽²⁾، ولكن المشروع ربما رأى انعدام الفائدة من تنقيح الفصل 153 م.أ.ش ذلك أنه من الممكن أن يبرم عقد الزواج في أقل من سن الثمانية عشر عاماً إذا سلمت السلطة القضائية الإذن في ذلك على معنى الفقرة الأخيرة من الفصل 5 م.أ.ش⁽³⁾، وإذا كان الزواج في أقل من ذلك يمكن أن يرشد القاصر قانوناً إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره.

والأصل أن تصرفات الصغير المرشد في حدود ترشيده تكون نافذة صحيحة، غير أنه خلافاً لقاعدة الورادة أعلاه في إمكانية طلب الإبطال، فليس للصغير لمن تم ترشيده أن يطلب الإبطال بسبب عيب الأهلية، حيث إن «الصغير المأذون حكماً بتعاطي التجارة أو الصناعة لا يسوغ له طلب فسخ ما التزم به من جراء تجارته إذا كان ذلك داخلاً فيما أبى له من التصرف»⁽⁴⁾، ويعتبر الإذن إذا كان مطلقاً... شاملًا لجميع الأعمال

(1) الرائد الرسمي بتاريخ 30 جويلية 2010، عدد 61، ص.. 2108.

(2) محمد يقبي: *التصرف القانوني*، المرجع السابق، ص 42 عدد 45.

(3) نص الفصل 5 م.أ.ش بعد تنقيحة سنة 2007 بموجب القانون عدد 32 لسنة 2007 المؤرخ في 14 ماي 2007 على ما يلي: «يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية وزيادة على ذلك ذكر من لم يبلغ ثمانى عشرة سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد زواج وأيام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من المحاكم ولا يعطي الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين».

(4) الفصل 11 م.أ.ع.

الذمة بقدر ما انتفع به من جراء تلك العقدة حسب ما هو مقرر بهذا القانون (م.أ.ع)⁽⁵⁾، حيث إنه إذا تم الرشيد ما التزم به للصغر أو القاصر فهما متزوجان بقدر ما انتفعا به من جراء ذلك والمفعة المذكورة تعتبر حاصلة إذا أتفقا المال الذي أخذاه في مصاريف لازمة أو نافعة أو كان موجوداً عندهما»⁽²⁾.

- ترشيد القاصر بحكم القانون أو بحكم القضاء: ويدرك أن ترشيد الصغير على معنى الفصل 158 م.أ.ش يجعل من أعماله نافذة، حيث نص الفصل 158 م.أ.ش على أنه يمكن للمحاكم ترشيد الصغير ترشيداً مقيداً أو مطلقاً⁽³⁾، كما يمكن له الرجوع في هذا الترشيد، إن قام لديه موجب في ذلك حيث إن «الإذن بتعاطي التجارة يجوز الرجوع فيه في كل وقت لأسباب قوية بجازة من المحكمة بعد سماع مقال الصغير»⁽⁴⁾، وليس لولي الصغير أو المحجور عليه أن يستمر على تعاطي التجارة في حق من هو لنظره ما لم يكن مأذوناً في ذلك من القاضي الذي له النظر ولا يصدر هذا الإذن إلا لمصلحة واضحة للصغير أو المحجور عليه⁽⁵⁾.

واشتهر الفصل 159 م.أ.ش أنه لا يمكن ترشيد الصغير إذا لم يتم الخامسة عشرة، ويبدو هذا الفصل ظاهرياً متناقضاً مع الفصل 6 (قديم) من المجلة التجارية حيث أورد المشرع بهذا الفصل أنه «لا يجوز للقاصر الذي بلغ الثمانية عشر عاماً كاملاً ذكرها أو أشأن أن يتعاطى التجارة أو أن يعتبر رشيداً بالنظر للتعهدات التي التزم بها في أعمال تجارية إذا لم يحصل على ترشيده المطلوب». والحقيقة أنه لا تضارب بين الفصلين، فلا يمكن أن يرشد القاصر قضائياً إجمالاً إلا إذا أتم الخامسة عشرة من عمره، وبعد ذلك لا يمكن أن يرشد القاصر مطلقاً في أعماله التجارية إلا إذا أتم الثمانية عشر من عمره، وذلك ما

(1) الفصل 10 م.أ.ع.

(2) الفصل 13 م.أ.ع.

(3) إجراءياً يختص قاضي التقاضي بالنظر في ترشيد الصغير ترشيداً مقيداً حسب أحكام الفصول 83 و 154 و 158 و 160 من مجلة الأحوال الشخصية على معنى الفصل 7 من أمر 18 جويلية 1957 المتعلقة برئاسة المقدمين و مرافقة تصرفاتهم و حساباتهم كما هو متضح بموجب القانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فبراير 1989، ويقوم بخلاف حاكم التقاضي بالمحكمة الابتدائية بتونس حاكم برتبة وكيل رئيس بها، أما في بقية المحاكم الابتدائية فيقوم بذلك رئيس المحكمة أو من ينوبه، والأحكام التي يصدرها تكون ابتدائية ويقام بالقضايا التي من طرف من يهمه الأمر أو وكيل الجمهورية وقيام هذا الأخير يكون مجاناً ويقع الترافع على متنقفي قواعد المراءعات المدنية وتسائف أحكام لدى المحكمة الابتدائية التي هو متخصص بها لكن الاستئناف لا يوقف التنفيذ إلا بإذن خاص من رئيس المحكمة (الفصل 11 من الأمر المشار إليه). وما يتجاوز اختصاص قاضي التقاضي يبقى من اختصاص المحكمة الابتدائية في تركيتها التالية.

(4) الفصل 12 م.أ.ع.

(5) الفصل 17 م.أ.ع.

الرسائل المنقوله، بل إنه يضمن صلة الامضاء بصاحبه لا أكثر ولا أقل، إضافة إلى بعض المهام الأخرى التي لها علاقة بالإمضاء الإلكتروني. ويمكن فقط الوصول إلى معرفة مدى أهلية المعاعد بالاطلاع على شهادات المصادقة الإلكترونية التي تتضمن بالضرورة هوية المعنى بالأمر.

والحقيقة أن الواقع التجارى على شبكة الأنترنات لا تهتم بأهلية المتعاقدين بقدر ما تهتم بضمان الدفع الفورى وبرقم المعاملات، ولا تزيد إضافة جملة من الشروط والإجراءات التي ربما تعيق النشاط التجارى وتجعله أكثر تعقيداً مقارنة بما هو مطلوب في العالم المادى. حيث إن المعاملة الإلكترونية توجب بالضرورة الدفع الفورى الذى يكون إجمالاً بواسطة إدراج رقم بطاقة الدفع، وبالتالي يمكن مراقبة شرط الأهلية من خلال هذا الرقم. والأغلب أن لا ترافق هذه الواقع أهلية المعاعد لأن نسبة التشكي تظل ضئيلة أمام تعدد الإجراءات الدولية في التناقض وكيفتها المرتفعة مقارنة برقم المعاملة التجارية الذي يبقى محدوداً في أكثر الصور خاصة بالنسبة إلى المشتريات اليومية التي لا تمدّى في الواقع شراء فرض ضوئي مكتنز أو بعض الملابس اليومية على سبيل المثال⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة: الرضا

نص الفصل 2 م.أ.ع على ضرورة توفير «التصريح بالرضا» بما يبني عليه العقد تصريحاً معتبراً. فهو ضمن أركان العقد التي يترتب عليه تعمير الذمة إلى جانب الأهلية والموضوع والسبب. وبذلك يكون هدف الرضا هو إنشاء التزامات قانونية غير عنها

(1) - على كحلون: الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، نشر دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2002.

- على كحلون: مسوولية المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المتقدمة في قانون الأعمال، ص 5 وما بعد.

- على كحلون: المسؤولية المعلوماتية، إصدار مركز النشر الجامعي 2005، ص 29 وما بعد.

- على كحلون: مجموعة القوانين المتعلقة بالمعلوماتية والاتصالات، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2001.

- على كحلون: الاتصال والمعلومة بين الواقع والقانون، الفضاء والتشريع أكتوبر 1998، ص 159 وما بعد.

- على كحلون: التجارة الإلكترونية الفضاء والتشريع فبراير 2000، ص 11 وما بعد.

- على كحلون: العقد الإلكتروني، القضاء والتشريع ديسمبر 2001، ص 43.

- على كحلون: الإطار القانوني للمعلوماتية، الفضاء والتشريع جويلية 2005، ص 13. وكذلك المجلة القانونية 2005، ص 273 وما بعد و 2006 ص 98 وما بعد.

اللزمه لتعاطي التجارة المقتصدة به⁽²⁾، كما أن... عزل الصغير عن التجارة لا يؤثر في الأعمال التجارية التي شرع فيها وقت العزل⁽³⁾.

الأهلية الإلكترونية: تعتبر الأهلية شرطاً أساسياً في إبرام العقود، وقد بين المشرع التونسي أحکامها بمجلة الالتزامات والعقود بالفصول 3 إلى 17 على ما تقدم من أحکام. والمعلوم أن التعاقد مع ناقص الأهلية يعرض الكتب للإبطال. وبالتالي كان من المفترض أن يتتأكد المتعاقد من أهلية الطرف الآخر حتى ترد المعاملة صحيحة. وإذا كان من الممكن التأكد من أهلية المعاعد في غالباً المادي بالاطلاع على الهوية ومرaciبها، فإن ذلك قد يصعب تحقيقه في العالم الالامي، متى يكون المعنى بالأمر غالباً في مكان ما بهذه العالم. فكيف يمكن مراقبة توفر شروط الأهلية؟ خاصة إذا علمنا أن احتمال الغش والتخيّل من الأمور الواردة جدّاً في العالم الإلكتروني أو الافتراضي، حيث إن إمكانية إنشاء الواقع التجارى الوهمية على شبكة الأنترنات من الأمور الهامة بالنسبة إلى المولعين أو المهتمين بعالم الإعلامية. وبالتالي يمكن أن ينقاد الغير، الذي ربما ليست له درجة من المعرفة والحلق في علاقته وتعامله مع الشبكات المفتوحة، إلى التسليم بما ورد على شاشة الحاسوب، وأخذه مأخذ الجد، فتكون المعاملة بالضرورة متأمّسة على اعتبارات وهمية⁽⁴⁾. وقد تأخذ المسألة حجماً كبيراً من الأهمية لأن المعاملات التجارية الإلكترونية، أصبحت تأخذ قسطاً لا يُنكر من رقم المعاملات الدولية، حيث بنت الإحصائيات الأخيرة أن 27% فقط من المعاملات التجارية ما زالت تعتمد على الطرق التقليدية. وقد ناقشت الغرف التجارية والتدوّيات الدولية هذا الموضوع، ووضعت جملة من التوصيات أهمها ضرورة التثبت من أهلية التعاقد وصفته والتحرّي قبل إبرام العقد وضرورة الانضمام إلى معاهدة بروكسل للاستفادة من الأحكام الواردة بها والخاصّة بالتعويض عن حوادث الاحتيال والغش⁽⁵⁾. لذلك اتجه التفكير إلى خلق أدوات قانونية تسمح بمراقبة هوية المتدخلين، وكان ذلك عبر تدخل خدمات المصادقة الإلكترونية. خاصة إذا كانت المعاملة في فضاء مفتوح وبين أطراف ليس لهم معرفة سابقة. والأغلب أن ترد المعاملة التجارية على هذا التحوّل. لكن مزود المصادقة الإلكترونية لا يضمن أهلية المعاعد، ولا يتيّسر له إطلاقاً معرفة محتوى

(1) الفصل 11 م.أ.ع.

(2) الفصل 12 م.أ.ع.

(3) يذكر الأستاذ عباس العبيدي في مؤلفه «التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحيثيتها في الإثبات المدني»، المنشورات الحقوقية صادر، ص 86 وما بعد، أن دول العالم الثالث والعالم العربي كانت أكثر الدول عرضة للتحليل الذي قد يشمل التعاقد مع شركات وهمية أو أن تكون البضاعة نفسها لا تستجيب للمواصفات المطلوبة.

(4) عباس العبيدي، المرجع السابق.

+ الإرادة الصريحة *manifestations de volonté expresses* والضمنية *manifestations de volonté tacites*: الإرادة الصريحة هي كل تعبير واع مهما كانت أشكاله، ولا يشترط في ذلك الكتابة بل يدخل في إطار التعبير الصريح كل ما يدل دلالة واضحة على التعبير بما في ذلك الحركة وتحريك الرأس واليدين والإشارة واتخاذ موقف معين، كما في صورة البيع بالمزاد العلني حيث يعد تحريك الرأس إرادة صريحة وكذلك الصورة بالنسبة إلى الآخرين فيكتفي بالحركة وغير ذلك من الحركات والعلامات الظاهرة⁽¹⁾.

أما الإرادة الضمنية فهي التصرفات التي لم تعتمد صراحة لإبلاغ الغير بالرضا وإنما حركات ومواقف يستشف منها منطقاً إرادة الطرف المقابل. فليس الإرادة الضمنية إرادة صريحة لكونها ليست إرادة في نهاية الأمر وإنما قريبة تدل على الإرادة لذلك كانت الإرادة إرادة ضمنية. وتمثل الإرادة الضمنية عامة في موقف معين يتخذه الطرف المقابل دون التغيير عن الإرادة، كما في صورة تنفيذ الوكيل الوكالة دون تصريح مسبق أو في صورة إرجاع الدائن سند الدين أو بقاء المستأجر بال محل، فما يدل ضميناً من هذه المواقف أن الوكيل قبل الوكالة وأقر الدائن بتوصله بحقه ورضي المستأجر بتجديده الكراء، والعلامة البارزة في جميع ذلك أن الإرادة الضمنية تتفرض موقفاً واضحاً والأغلب أن ينصرف إلى إتمام الالتزام، فلا بدّ حينئذ أن نستخلص من تلك المواقف إرادة ضمنية.

وإذا كان السكتوت مجرد لا يعتد به لكونه لا يستشف منه أي موقف، فإن السكتوت الموصوف le silence circonstancié يمكن أن يكون بمثابة الإرادة الضمنية، وهو أن يتخد الطرف موقفاً يمكن أن يؤول في اتجاه معين كما في صورة أن يتجدد عقد كراء ضمنياً، فرغم فوات الأجل يبقى المتسوغ بال محل ولا يحرك المالك ساكتاً. فيكون السكون موصوفاً حينئذ إذا أعلم الطرف بتصرف الغير في حقه أو شاهد كيفية تصرف الغير في حقه ومع ذلك لا يحرك ساكناً وليس شيء يمنعه من التحرك في اتجاه منع الغير في التصرف أو ما شابه ذلك، فذلك هو السكتوت الموصوف الذي يمكن إنزاله متزلاً الإرادة الضمنية.

وهو «التمكن من ترجيح فعل الشيء أو تركه» والرضى وهو «الرغبة في الفعل والارتياب إليه». وإذا كان الجمهور لا يميزون بين الاختيار والرضا، فإن الحقيقة يميزون بينهما، ولذلك يقول الحنفية بالعقد الفاسد على خلاف بقية الفقهاء «إذا تحقق الاختيار دون الرضا انعقد العقد بينهم فاسداً وينقلب صحيحاً إذا تحقق الرضا في الوقت المناسب، وإذا لم يتحقق شيء من الرضا والاختيار كان العقد باطلًا». أما إذا تتحقق الرضا وهذا يستتبع تتحقق الاختيار حتماً، فإن العقد يكون صحيحاً.

بدران أبو العينين بدران، المراجع السابقة، ص 394.
(1) Carbonne Jean: *Les obligations*, op. cit. p.69, n° 14.

المشرع بصيغة تعبر الدمة، ولا يكفي التصرير بالرضا على معنى الفصل الثاني، بل يجب أن يكون تصريحاً معتبراً وبمعنى أدق لا يكفي التصرير بالرضا (أ) بل يجب أن يكون رضاً خالٍ من العيوب (ب).

أ- التصرير بالرضا يمكن أن يقع التصرير بعدة طرق (1)، ولكن التراضي بين الطرفين لا يحدث إلا في صورة تلاقي الإرادتين، الإيجاب والقبول (2).

1- كيفية التصرير بالرضا
الرضا هو التعبير عن الإرادة، إرادة الشخص على الالتزام، وبذلك تكون الإرادة هي القدرة القانونية للشخص على الالتزام، فهي العزم النهائي في الترابط. غير أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يتخذ عدة صور وأشكال، ولنا أن نبين الاتجاهات الفقهية والشرعية في ذلك.

- صور وأشكال التعبير عن الإرادة: الإرادة إما أن تكون باطنية أو خارجية كما يمكن أن تكون صريحة أو ضمنية.

+ الإرادة الباطنية *La volonté interne* والخارجية *La volonté externe*: الإرادة الباطنية هي ما يخلج في النفس من ميلات ومرامٍ، فهي رغبة الإنسان الداخلية. بينما الإرادة الخارجية أو الظاهرة، وهو ما اصطلاح على تسميتها بالتعبير عن الإرادة déclaration de volonté، هي الإرادة التي تظهر للغير أي تخرج عن مستواها النفسي ليصبح معطى اجتماعياً موضوعياً يعاين من قبل الغير، فهو في نهاية الأمر ما يصدر عن الإنسان ويستقل عن ذات الشخص.

ولا يشترط في مذهب الإرادة الظاهرة أن يعبر الطرف عن رأيه بصرامة بل إن الإرادة الظاهرة تحتمل الإرادة الصريحة وكذلك الإرادة الضمنية بمعنى أن التنفيذ المادي للالتزام يسكن أن يعبر عن إرادة ظاهرة. وإذا كان التفكير الإنساني يمرّ عبر الإدراك la conception والتدبر la délibération والقرار la volonté والتنفيذ l'exécution فإن القرار هو ما يمثل إرادة الإنسان الباطنية والتنفيذ هو ما يمثل الإرادة الخارجية مهمماً كان شكل التنفيذ⁽¹⁾. وبذلك تكون الإرادة الداخلية هي الإرادة النفسية volonté subjective بينما الإرادة الظاهرة هي الإرادة الموضوعية volonté objective⁽²⁾.

(1) يميّز الفقه الإسلامي بين الإرادة والاختيار والرضا، حيث إن الإرادة هي « مجرد اعتماد الفعل والاتجاه إليه» بينما الاخبار هو «التمكن من ترجيح فعل الشيء أو تركه» والرضى هو «الرغبة في الفعل والارتياب إليه».

بدران أبو العينين بدران، المراجع السابقة، ص 510.

(2) يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين الإرادة وهي « مجرد اعتماد الفعل والاتجاه إليه» والاختيار

الالتزام تجاوزاً لأي شكل خارجي، بينما لا تأخذ المذاهب الموضوعية إلا بالإرادة الظاهرة وأهم مظاهرها هو الشكل الخارجي الذي يكون أساس تقديم الإرادة، بمعنى أن يشترك الشكل، وهو معنوي موضوعي، في إظهار التعبير عن الإرادة مهما كانت طبيعة هذا الشكل⁽¹⁾، فلا يعتد بالإرادة إلا لكونها وردت بشكل معين باعتباره الضامن الوحديد في صحة الالتزام، ومؤدي ذلك أن لا يعتد بالإرادة الباطنية⁽²⁾.

-اتجاه المشرع التونسي: لا شك في أن مجلة الالتزامات والعقود تأثرت بالقانون الفرنسي⁽³⁾، ولكن مع ذلك كان للمدارس الإسلامية والألمانية أثر بفضل مجلـة الالتزامات والعقود⁽⁴⁾.

(1) يرى الفقه الإسلامي أن الإرادة الخارجية أي الصيغة لا توفر إلا بتوفر الإرادة الباطنية أي البة ولا يمكن لأحد أنها لا تتوارد دون الآخر، فلا يعتد بالإرادة الباطنية بمفرداتها كما لا يعتد بالإرادة الظاهرة بمفرداتها كما في صورة التصريح من قبل الصغير غير المميز، بل لا بد أن يتلاقى الباطن بالظاهر حتى يعتد بالإرادة وتلك هي النظرة الموضوعية في الفقه الإسلامي حيث «لا يكون لوجود إدحاماً منفرداً أثراً في وجود العقد، وترتباً تارياً عليه»، فلا يتعقد العقد بمجرد البة، ولو تصادق الطرافان على وجود نتائجهما، فمن نوى طلاقاً أو وفقاً مثلاً، لا يمكن بمحض ذاته وزعمته مطلقاً ولا واقفاً. وكذلك إذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها، فلا تقييد شيئاً، لأن هذه الإرادة هي الدليل المعتبر بما في النفس، فإذا لم توجد إرادة باطنة لا تكون في الظاهرة دلالة على شيء، وستفي عملهما، فالإشارة الصادرة من الصيغ غير المميز والنائم والمجنون لا اعتبار لها ولا أثر لها في وجود العقد ولا انعقاده. أما إذا وجدت الإرادة الظاهرة والباطنة، وتوافقت إدحاماً مع الإخري وتتوافقت كل الشروط المعتبرة فيما تم العقد وترتبت تارياً، وهكذا فإن النظرة الموضوعية المميزة للفقه الإسلامي تجعل من الإرادة الباطنية منعدمة لأن إرادة تتوافق مع الإرادة الظاهرة كما أنه لا يعتد بالإرادة الظاهرة بمفرداتها إذا لم تتوافق مع الإرادة الباطنية، فلا بد أن تتوفر الإرادتان الباطنية والظاهرة وتوافقاً حتى يحدث الأثر.

بدران أبو العينين بدران: *الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود*، نزيع مؤسسة شباب الجامعة، 1986، ص 392.

(2) كانت الأفكار السائدة إلى حد بداية القرن التاسع عشر هي الأنكار اللاتينية المتأثرة بنظرية القانون الروماني للالتزام باعتباره علاقة شخصية وعلاقة قانونية وعلاقة مالية، ولكن الفقه الألماني أو من تأثر بالفقه الألماني، عاود النظر في أصل الالتزام وأصبح الالتزام لديهم ليس علاقة شخصية بقدر ما هو علاقة موضوعية. وعلى ذلك الأساس تغيرت كامل المفاهيم المرتبطة بالمبادئ العامة للالتزامات، لذلك أصبح الفقه اليوم يميز دوماً بين المدارس اللاتينية والمدارس germanique والمدارس الإسلامية في تعريف الالتزام وملحقاته على وجه الإجمال.

يراجع مقدمة الكتاب في مفهوم الالتزام من حيث تعريفه وعناصره وأنواعه.

(3) والحقيقة أنه بالاطلاع على تقرير *santillana* مقرر اللجنة التي أصدرت مجلة الالتزامات والعقودلاحظ أن المحرر أشار إلى جميع المراجع الإسلامية والغربية في تحرير المجلة، مع أن التأثير بالقانون الفرنسي كان واضحـاً.

(4) محمود بن الشيخ: التعليق على مجلة الالتزامات والعقود، 1984، ص 11.

-الاتجاهات الفقهية: كانت الإرادة وأشكالها محور حديث المدارس الموضوعية والشخصية. فإذا رأت المدارس الشخصية صحة الإرادة الباطنية فإن المذاهب الموضوعية لا تأخذ إلا بالإرادة الخارجية.

بحكم ت Denis الاتجاه الشخصي للإرادة باعتبارها المحرك لتصرفات الشخص، ولما كان الشخص لا يلتزم إلا بإرادة تناها لكـل ضابط قانوني كان من اللازم أن تراعي حقيقة الإرادة في جميع أشكالها الباطنية، وهي نظرـة المدارس اللاتينية عموماً⁽¹⁾.

وبـحـكم تـجـريـد الـاتـزـامـ بالـمـدرـسـةـ المـوضـوعـةـ وـدورـهـ الـاجـتمـاعـيـ (2)ـ وـقـدـدانـ الإـرـادـةـ لـدورـهاـ الـإـنسـائـيـ لـدىـ عـدـدـ مـنـ رـجـالـ القـانـونـ مـنـ يـتـمـ لـلـمـدرـسـةـ المـوضـوعـةـ وـهيـ

Duguit kelsen Duguit حيث نفى الفقيه وجود الحقوق الذاتية أصلاً وقال بالحقوق الموضوعية بمعنى أن يكون القانون منشأ للالتزام وليس الإرادة⁽³⁾. ولهذا الغرض فإن الإرادة الداخلية لدى هذا الباحث ليس لها إلا دور أخلاقي ومتافيزيقي ولا يمكن بحال أن يكون لها قيمة قانونية أو اجتماعية. بينما ذهب Kelsen إلى أن الإرادة الداخلية مجرد دافع لبلورة الإرادة الموضوعية حيث ميز بين العالم المادي الخاضع للقوانين الطبيعية والعالم الاجتماعي الخاضع لجملة الضوابط القانونية⁽⁴⁾، فقط أن هذه الأخيرة يمكن أن تكون مصدر الالتزام، وحسب هذا المنصب هناك فرق بين العمل القانوني الذي يتدخل في إنشاء الالتزام والضوابط المنشطة في حد ذاتها التي تمثل في مجملها ما أسمـاهـ بالـضـوابـطـ العـلـيـاـ، فلا تـبرـرـ الضـوابـطـ الشـخصـيـ إلاـ يـكـونـهاـ مـتـطـابـقـةـ معـ الضـوابـطـ العـلـيـاـ، فـهيـ عـبـارـةـ عنـ وكـالـةـ تـسـندـ للـدـائـنـ للـتـعـاقـدـ فيـ إطارـ الضـوابـطـ العـلـيـاـ. وـيرـكـزـ R Saleilles علىـ أهمـيـةـ الضـوابـطـ الموضوعـيـةـ فيـ خـلـقـ الـاتـزـامـ (5)، فلا يـعتـدـ بالإـرـادـةـ الدـاخـلـيـةـ حتـىـ فيـ مـظـهـرـهاـ البـسيـطـ إلاـ يـكـونـهاـ جـاءـتـ مـقـاسـةـ معـ جـمـلةـ الضـوابـطـ المـوضـوعـةـ وـهيـ جـمـلةـ القـوـاـدـ السـلوـكـيـةـ التيـ يـخـضـعـ لهاـ الأـفـرـادـ فيـ مجـمـعـ ماـ، فـهيـ الواقعـ الـاجـتمـاعـيـ fait ou milieu socialـ

ـ فيـكونـ الـانـفـاقـ مـلـزـماـ لـلـيسـ لأنـ الأـطـرافـ أـرـادـوهـ بلـ لـأـنـ أـصـبـعـ يـمـثـلـ وـاقـعاـ اـجـتمـاعـياـ.ـ والـخـلاـصـةـ فيـ جـمـيعـ ذـلـكـ أـنـ المـدرـسـةـ الشـخصـيـةـ تـأـخـذـ بالإـرـادـةـ الحـقـيقـيـةـ أيـ الإـرـادـةـ الـبـاطـنـيـةـ ذاتـ الـمـسـتـوـيـ الـفـسـيـ وـالـشـخـصـيـ باـعـتـارـ أـنـ الشـخـصـ هوـ الضـامـنـ الوـحـيدـ فيـ

(1) Kant : Elément métaphysique de la doctrine du droit, op.cit.

(2) إن الالتزام حسب المدارس الموضوعية ليس مجرد علاقة بين شخصين بل هو واقع اجتماعي باعتبار أن الالتزام في نهاية الأمر ليس إلا انتظام بمجموعة أركانها محددة اجتماعياً.

(3) Duguit: Traité de droit constitutionnel, Tome troisième, Paris 1930.

(4) Kelsen H : La théorie juridique de la convention; op.cit.

(5) Saleilles.R :Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand, op.cit.

حصل القبول من الطرف الآخر قبل علمه بوفاة صاحب الإيجاب أو تقييد تصرفه⁽¹⁾. فتلك هي الإرادة الظاهرة بمعجم أشكالها.

وما يؤخذ من ذلك أن المشرع كان مزدوجا في اعتماده الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنية في نفس الوقت، فهي نظرة مزدوجة لأن المشرع لم يكتف بمراعاة أحكام وضوابط الإرادة الباطنية بل شملت فصول المجلة كذلك ضوابط واتجاه الإرادة الظاهرة. فكانت تأثيرات المدرسة اللاتينية واضحة من خلال مراعاة أحكام الإرادة الباطنية، ومع ذلك بقيت آثار المدارس الألمانية والإسلامية من خلال تبني المشرع لمفهوم الإرادة الظاهرة أو الإرادة الموضوعية وخاصة من خلال الفصلين 25 و 515 م.أع والفصل 29 و 35 و 42 م.أع⁽²⁾.

غير أنه كثيراً ما يتدخل القانون بقواعد أمرة لجعل التراضي يحدث طبق صيغة معينة فيشرط حيث إن إظهار الإرادة بشكل محدد قانوناً كما في صورة إبرام العقود الخاصة بالعقارات سواء كان يبعاً أو معاوضة أو هبة أو كراء أو صلحما على ما تقدم من تفصيل، وخاصة ما يتعلق بالعقارات المسجلة⁽³⁾. وقد يحدث أن يشرط المشرع نموذجاً type في تحرير العقد، كما في صورة العقود الفلاحية أو نموذج الاشتراك في الملكية أو عقود البيع في العقارات المسجلة أو عقود التأمين. فلا يمكن حيث أن تكون الإرادة إلا ظاهرة ولا تكون ظاهرة إلا بشكل معن دون آخر. والحقيقة أن الحياة المعاصرة، بحكم تشعب المعاملات فيها وتعقد المصالح وكثرة الإجراءات، تذهب في اتجاه اعتبار الشكل على حساب الباطن، وما هذه الأمثلة إلا تكريراً لهذا الاتجاه.

2- تلاقي الإرادتين

العقد يفترض تلاقي إرادتين، إرادة الإيجاب وإرادة القبول، إرادة البائع من ناحية وإرادة المشتري من ناحية أخرى على سبيل المثال، فلا بد من الإيجاب والقبول. ولكن ذلك لا يكفي، بل لا بد أن تلتقي الإرادتان على أركان العقد أي أن تتوافق الإرادتين، فلا يقع التراضي بين الطرفين إلا بتلاقي الإيجاب من ناحية والقبول من ناحية أخرى، ولا يعد التراضي حاصلاً إذا لم تتفق الإرادتان على نقاط محددة. ولا يكفي أن تلتقي

(1) الفصل 35 م.أع.

(2) والحقيقة أن هذه الأزدواجية ليست علامة القانون التونسي فقط، بل إن معظم التشريعات كان لها نفس الموقف بما في ذلك القانون الألماني والفرنسي. براجع ما أوردهنا حديثاً عن مبدأ سلطان الإرادة.

(3) براجع الفصول 377 وما بعده م.أع.

علي كحليون: نظام السجل العقاري، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2009، ص 486 وما بعد.

علي كحليون: القانون العقاري الخاص، نشر مركز النشر الجامعي، 2009، الجزء الثاني في نظام العقارات المجلة.

فقد أخذت مجلة الالتزامات والعقود بالإرادة الباطنية من خلال تجاوز الألفاظ والتراكيب في تفسير العقود وحماية المكاتب السرية، بمعنى أن تراعى الإرادة الحقيقة. وأخذت في نفس الوقت بمعنى الإرادة الظاهرة من خلال من التعرف على الإرادة الباطنية إذا كانت عبارة الكتب واضحة في إطار تأويل العقد وإسقاط أثر الاستثناءات والقيود إذا لم يعلم بها الطرف الآخر وتنظيمها لصور التعبير عن الإرادة الظاهرة من خلال الشروع في التنفيذ واعتبار السكوت الموصوف وإيقاء الإيجاب قائماً حتى في صورة وفاة الموجب بعد القبول من الطرف الآخر حيث لا يمكن أن تفهم تلك الاتجاهات إلا في إطار مراعاة أحكام الإرادة الظاهرة.

إذا تبنت المجلة مجمل أحكام سلطان الإرادة في الحرية التعاقدية والرضائية والقوة المعلمة للعقد⁽⁴⁾ وخاصة مراعاة الإرادة الباطنية حيث إن «العبرة بالمقاصد لا يظهر الألفاظ والتراكيب⁽⁵⁾» وتحمي المكاتب السرية على ذلك الأساس⁽⁶⁾، فإنه «إذا كانت عبارة الكتب صريحة فلا عبرة بالدلالة⁽⁷⁾»، فلا يجب البحث عند ذلك عن إرادة الأطراف، كما أن «الاستثناءات والقيود الواقعية من أحد المتعاقدين يغير أن يعلم بها الطرف الآخر لا تنقض الاتفاق ولا تقييد شيئاً من ظاهر لفظه⁽⁸⁾». وإذا كان الجواب بالقبول غير مطلوب لعارض العقد أو كان عرف التجارة لا يقتضيه تم العقد بمجرد شروع الطرف الآخر في العمل به وعدم الجواب يعتبر رضاه أيضاً إذا كان الإيجاب متعلقاً بمعاملة تجارية تقدم الشروع فيها بين الطرفين⁽⁹⁾ واعتراض الشيء للمزايدة يعتبر إيجاباً يقبله آخر مزيداً ويأخذ آخر ثمن ملزم بالوفاء به إذا رضي البائع بالثمن المبذول⁽¹⁰⁾». وبعد السكوت رضاه أو تصديقاً من شخص إذا وقع التصرف في حققه بمحضره أو أعلم به على الصورة المطلوبة ولم يعارض بشيء ولم يكن له في سكوته عنصر معتبر⁽¹¹⁾ و«لا يمنع إتمام العقد وفاة من صدر منه الإيجاب أو تقييد تصرفه بعد صدور الإيجاب منه إذا

(1) الفصل 242 م.أع.

(2) الفصل 515 م.أع.

(3) الفصل 26 م.أع «الحجج الناقضة للعقد ونحوها من المكاتب السرية لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتاج بها على غير ما لم يعلم بها ومن يصير إليه حق في المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصة بعد كالغير على معنى هذا الفصل»

(4) الفصل 513 م.أع.

(5) الفصل 25 م.أع.

(6) الفصل 29 م.أع.

(7) الفصل 36 م.أع.

(8) الفصل 42 م.أع.

وتقع تحرير الشروط الأولية بالكتابية^(٤)، فلا ينعقد العقد إلا بعد حصول الشرط كما في صورة عرض كمية محدودة من السلع فلا يتم العقد إلا إذا كانت السلعة موجودة ولا يتم الاتفاق إلا بتراسبي المتعاقدين على أركان العقد وعلى بقية الشروط المباحة التي جملتها المتعاقدان كركن له ..^(٥) أي أن يتفق الطرفان على جميع بنود العقد فيكون إلزامياً للأطراف.

كاملًا مستمدًا على جميع أدواته.
و والإيجاب يمكن أن يكون عاماً كما يمكن أن يكون خاصاً، حيث يمكن أن يوجه الإيجاب إلى العامة كما في صورة النقل العمومي أو المزاد العلني أو الدخول إلى المسرح والمهرجانات أو الإعلان بالجريدة أو يوجه إلى شخص محدد دون آخر كما في صورة انتداب شخص معين من المفروض أن تتوفر به جملة من المواصفات التي لا تتوفر بغيره، ويمكن أن يكون الإيجاب مجرد، كما يمكن أن يكون معلقاً على أجل، و يعتبر الإيجاب المجرد، هو الإيجاب القائم غير الملزم، حسب البعض⁽³⁾، حيث يمكن أن يتراجع الموجب بعد أن قدم عرضه دون أن يتوقف على أجل محدد حيث يسوغ الرجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروط في العمل بمقتضاه من الطرف الآخر⁽⁴⁾، غير أنه إذا كان هذا التراجع من شأنه أن يلحق الضرر بالطرف الآخر فيصبح لهذا الأخير طلب التعويض على أساس الفصلين 82 و 83 م.أ.ع في المسؤولية التقصيرية، خاصة وأن صيغة الفصل 30 م.أ.ع تلزم الموجب بتسكين الطرف المقابل من فترة تأمل وهي فترة لا تتجاوز حدود مجلس العقد أي الفترة التي يكون خلالهاطرفان منشغلين بالتفاوض دون انقطاع⁽⁵⁾. وعلى ذلك الأساس يسقط الإيجاب القائم غير الملزم إذا عدل الموجب قبل انقضائه مجلس العقد أو انقضى المجلس دون قبول.

الفصل 24 م.ا.ع.

الفصل 23

(3) محمد الزين، المترجم السابق، ص 104، عدد 129.

(4) الفصل 30 م.أ.ع

(4) الفصل 30 م.ا.ع
 (5) القانون الفرنسي أبقى على الحرية في التراجع بحكم عدم اعتبار أحكام التصرف الأحادي ونظرته في أن هنا التصرف الأحادي لا يمكن أن ينشأ بالالتزام. وقد يبحث رجال القانون بفرنسا عن الأساس القانوني في طلب التعويض إذا ما أحقن هذا التراجع الضرر للطرف الآخر. فعنهم من ذهب إلى معنى الالتزام بإرادة مفردة بالرغم من عدم اعتراف المشرع بهذه المؤسسة ومنهم من ذهب إلى مؤسسة التصرف في استعمال الحق ومنهم من ذهب إلى مؤسسة العقد التمهيدي. وذهب فقه القضاء إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، وتحديداً أحكام التصرف في استعمال الحق، راتضاً مؤسستي العقد التمهيدي والالتزام من جانب واحد، وفرض فقه القضاء أن ييفي الموجب للطرف المقابل أجلآً أبداً مناسباً، فإذا تراجع دون مراعاة هذا الأجل الأدبي كان من الممكن طلب التعويض على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية.

¹⁵ Carbonnier Jean: Les obligations, op. cit. p. 71, n° 15.

¹³⁰ محمد الدين: العقد، المترجم السابق، ص 105 عدد 130.

الإرادتان على موضوع محدد، بل يجب أن تقترب الإرادتان زمنياً بمعنى أن يتفق الطرفان في زمن معين يكون بداية العقد. فهو تلاقي نوعي وتلاقي موضوعي وتلاقي زمني.

ولكن الجديد أصعب من الممكن الحديث عن تلاقي الكتروني للرادتين، فبعدما كان التطبيق يقتصر على التلاقي المادي للرادتين أصبح اليوم من الممكن أن يتلاقي الإرادتان افتراضياً، وفي ذلك خصوصية يجب إبرازها مقارنة مع التلاقي المادي للرادتين.

النلاقي المادي للإرادتين: لنبين طبيعة الإيجاب والقبول قبل الإشارة إلى توافق الإرادتين واقتراحهما.

+طبيعة الإيجاب والقبول La nature: الإيجاب هو عرض جدي للتعاقد وهو بذلك تعبير عن الإرادة بجانب الموجب، بينما القبول هو الرضا بالعرض كما هو وهو بذلك تعبير عن الإرادة بجانب القابل، والإيجاب طبيعته كما للقبول طبيعته، ولكنه لا يشترط فيما شكل محلّد، بل إنّ الأصل أن يرد كلاماً حراً إذا اقضى المشرع بعض الإجراءات الخاصة⁽¹⁾، ويشملهما معنى التعبير الصريح والتغيير الضمني للإرادة على ما تقدم من أحكام، فقط أن الإيجاب يصعب تصوره في شكل ضمني، والأغلب أن يرد صريحاً في تفصيلاته المتعددة، على خلاف القبول الذي يجوز أن يرد صريحاً أو ضمنياً.

***طبيعة الإيجاب:** الإيجاب هو الإرادة الباتة في التعاقد، ولا يكون الإيجاب باتاً إلا إذا انقضت مرحلة التفاوض، صحيح أنه ليس من الضروري أن يمر الطرفان عبر مرحلة التفاوض، ومن الممكن أن يمرا مباشرة إلى التعاقد، كما في صورة التحديد المسبق لشن الخدمة أو البضاعة⁽²²⁾، لكن التعاقد يفترض في معظم الأحيان سبق التفاوض، ولا يحمل نقض التفاوض إلى المسؤولية التعاقدية بل إلى أحكام المسئولية التقتصيرية إذا أضرت المفاوض بحقوق الطرف الآخر. ولا يكون الإيجاب باتاً كذلك إذا كان معلقاً على شرط أو غير دقيق أو غير كامل. فلا يغير العقد تماماً إذا صرخ المتعاقدان بإيقاع بعض الشروط لعقد تالي فما وقع عليه الاتفاق والحالة هذه لا يترتب عليه التزام ولو

(١) والمثال الهام في ذلك هو التعاقد في شأن العقارات المسجلة.

¹ على كحلون: أحكام القانون العقاري، نشر دار المير، ان للنشر ، 2000.

¹ على كحلون: المفعول المنشئ للترسم، دار إسهامات في، أدبيات المؤسسة، 2002.

علي كحليون: مجموعة القوانين العقارية التونسية، 1885-2007، 1885-2007.

علي كحليون: نظام السجل العقاري، نشر مجتمع الأطروش للكتاب المختص، 2009.

¹ على كحلو: القانون العقاري الخاص، نشر مركز النشر الجامعي، 2009.

(2) Carbonnier.Jean: *Les obligations*, op.cit, p.66, n°13.

وعلى ذلك الأساس يأتي القبول على أشكال متعددة، فإذاً أن يكون صريحاً على دفعة واحدة أو مفصلاً أو سكتوناً موصفاً أو شريراً في التنفيذ أو مميزاً في عقود خاصة.

القبول المباشر: وهو أن يرضي المتعاقد معه بالعرض دون زيادة أو مناقشة، فبمجرد العرض يقبل المتعاقد موضوعه، وهي الصيغة التي أوردها المشرع بالفصل 32 م.أ.ع حيث يكتفي المجب بقوله قبلت، فينعقد الاتفاق على أساس هذا القبول المباشر. وعادة ما يحمل القانون والقاضي هذا الالتزام تابعاً ما كان للطرف أن يرضاهما تقدير المعنى العرف والإنصاف على معنى الفصل 243 م.أ.ع.⁽¹⁾

القبول المفصل: يحرص عادة الأطراف، خاصة إذا كان العقد نتيجة مفاوضات مطولة، على تفصيل بنود العقد وتوضيح صفات الاتفاق حتى أنه لا يبقى باب للتأويل والمراجعة. فلا يتم الاتفاق حيث لا بعد إتمام جميع الشروط⁽²⁾، وإذا حدث تغيير للعقد بعد الاتفاق لا يعتبر عقداً جديداً إلا إذا صرخ بخلافه بمعنى أن يصرخ الطرفان صراحة على جعل المراجعة عقداً مستقلاً⁽³⁾. بل عادة ما تحرر الشروط العامة المفصلة للعقد بكتاب مستقل ويشار بالاتفاق إلى الأحكام العامة، والواضح من ذلك أن التفصيات الواردة بالشروط العامة للعقد لا تلزم الأطراف إلا إذا وافق عليها الطرفان حيث إن ما يلزم الأطراف دون موافقة هي القواعد القانونية الأمارة لا غير، أما إذا كان نتيجة صياغة الأطراف فلا يلزمها إلا بموافقتها صراحة أو ضمناً. فلا يمكن لإرادة المتعاقدين المتنزئة أن تلزم الطرف المقابل في حالة عدم رضاه.

القبول في الشروع في التنفيذ: بعد الشروع في التنفيذ قبلة حيث نص الفصل 32 م.أ.ع على أن «العمل بالعقد بلا شرط» يعد قبولاً. وهو قبول ضمني. ويفهم من الشروع أن ينصرف المتعاقد إلى العمل بمقتضيات العقد أي أن ينصرف المجب إلى التنفيذ. فلا يقف المتعاقد عند الوسائل التحضيرية بمعنى أن يعد الوسائل التي تستعمل عادة في التنفيذ، كما في صورة أن يعد العامل جهاز الحراثة، بل يستعمل تلك الوسائل في تنفيذ ما ورد بالعرض، أي أن ينادر المجب إلى الاشتغال بالوسيلة أي أن ينادر المجب إلى الحراثة بصفة فعلية، على فرض أن الموجب كان يطلب حراثة مكان معين. وذلك هو الشروع في التنفيذ. فهو انصراف إلى الفعل على حدود ما ورد بالعرض. ولا ينصرف المجب إلى العقد فحسب بل هو انصراف بلا شرط، بمعنى أن لا يجادل المجب فيما قدمه الموجب من عرض.

(1) نص الفصل 243 م.أ.ع على ما يلي، يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرخ به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو المرف أو الإنصاف حسب طبيعته.

(2) الفصل 24 م.أ.ع.

(3) الفصل 23 م.أ.ع.

على أنه من الممكن الحديث عن التزام ملزم حتى في صورة عدم التقادم بأجل وتأسیس هذا التعويض على أساس الإخلال بتصرف آحادي، إذا اعتبرنا الإيجاب للتعاقد تصرفاً آحادياً حيث ولن كان من الممكن الرجوع في الالتزام الآحادي قبل علم الدائن فإنه لا يمكن الرجوع عنه بعد ذلك. فإذا علمه الدائن أو بلغه فلا يحق للموجب بعد ذلك، وكل رجوع عنده يعد إخلالاً بتصرف آحادي⁽¹⁾.

يعتبر الإيجاب المتعلق على أجل هو الإيجاب القائم الملزم صراحة حيث يبقى الموجب ملتزماً بعرضه إلى تاريخ انقضاء الأجل، ولا يمكن له التراجع قبل ذلك التاريخ، فلا يسقط الإيجاب القائم الملزم إلا بحلول الأجل أو إذا رفض قبل حلول الأجل، فمن صدر منه الإيجاب وعین أجلاً لقبوله فهو ملزم للطرف الآخر إلى انقضاء الأجل فإن لم يأته الجواب بالقبول في الأجل المذكور انفك التزامه⁽²⁾. وبعد الإيجاب القائم الملزم تصرف آحادياً إذا وضع الموجب الأجل بيارادته دون موافقة الطرف الآخر وهي أحد تطبيقات التصرف الآحادي، أما إذا تجّزج تحديد الأجل عن تفاوض بين الطرفين فهو وعد ملزم لجانب واحد وهو عقد ملزم للموجب. وعلى ذلك الأساس إذا تراجع الموجب قبل حلول الأجل فهو خرق للتصرف القانوني والأغلب أن يكون خرقاً للتصرف آحادي يلزم الموجب بالمساءلة المدنية على أساس أحكام التصرف القانوني⁽³⁾.

***طبيعة القبول:** القبول، كما هي الصورة بالنسبة إلى الإيجاب، تعبر عن الإرادة، وهو تعبير بات عن الإرادة. ويكون تعبير القبول باتاً إذا قامت الحجة على الموافقة سواءً صراحةً أو ضمناً. وإذا كان الأغلب بالنسبة إلى الإيجاب أن يكون صريحاً فإن الأغلب بالنسبة إلى القبول أن يكون ضمنياً ومتعدد في الأشكال. فيبعد أن أحد السكتوت الموصوف والشروع في العمل بالعقد حكم القبول، اتجهت الحياة المعاصرة إلى أنواع جديدة من العقود يكاد يضمحل فيها شرط الموافقة أو تقلص خلالها أعمال القبول بشكل كبير وخاصة منها البيوعات الواقعة على إطار مزاد على وعقود الإذعان والعقود التموذجية والعقود الجماعية. فتلك عقود خاصة عادة ما يفرض من خلالها على الطرف الضعيف جملة من الالتزامات لا يقدر على تعديلها وما كان ليزيدها لو تمتع بعافض من المتأورة والتفاوض.

(1) يراجع باب التصرف الآحادي من حيث أساسه وشروطه وأثاره.

(2) الفصل 33 م.أ.ع.

(3) بالرغم من أن الإيجاب المتعلق على أجل تصرف آحادياً في نهاية الأمر إلا أن فقه القضاء الفرنسي لم يعلق عليه أي أمر قانوني نظرًا لنظرية القانون الفرنسي والقانون اللاتيني على وجه الإجمال في عدم اعتبار التصرف الآحادي مصدراً للالتزام، فقط أن التراجع قبل الأجل بعد تمسكاً في استعمال الحق ويلزم الموجب بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

Carbone.Jean: Les obligation; op. cit., p. 71 n° 15.

القبول قد حدث وصح قانونا ولو أنه كان يصح الحديث عن إذعان لشروط العقد قبل الحديث عن القبول وكذلك الصورة بالنسبة إلى المزاد العلني والاتفاقات الجماعية والعقود التموذجية وعقود الإذعان.

«عرض الشيء للمزايدة يعتبر إيجابا يقبله آخر مزايده وبإذن آخر ثمن ملزم بالوفاء به إذا رضي البائع بالثمن المبذول»⁽¹⁾، فلا يتدخل المشارك في المزايدة في أوصاف العرض وطبيعته بل إن ذلك يحدد مسبقاً سواء كان ذلك في إطار تبوعات عقارية أو ببوعات خاصة بمنقولات حيث حددت مجلة المرافعات المدنية والت التجارية أصل الإجراءات التي يجب اتباعها في البيع بل إن المشارك لا يساهم في تحديد الثمن فله أن يزيد على الثمن الأول أو أن يصمت وإذا وقع عليه الثمن لا يملك التراجع، وتلك إجراءات خاصة أورد لها المشرع نصاً خاصاً.

conventions collectives وينظم البعض إلى البعض الآخر في العقود الجماعية وليكون المفاوض ولأن جميع أعضاء الجماعة لم يصادقوا فعلًا على الاتفاق وإنما يكتفى الجميع كما هي متحدة باسم الجماعة وبذلك الصفة يُمضي الاتفاق ويكتفى في حق الجميع بالفصول 42 م.أ.ع، حيث «بعد السكوت رضاء أو تصديقاً من شخص إذا وقع التصرف في حقوقه بمحضره أو أعلم به على الصورة المطلوبة ولم يعارض بشيء ولم يكن له في سكوته عذر معتبر»⁽⁴⁾، وعلى ذلك الأساس بعد السكوت ملابساً أو موصفاً: إذا وقع التصرف في حقوق المجبوب بمحضره أو إذا أعلم بالعرض على الصورة المطلوبة ورغمما عن ذلك لم يتخذ المجبوب أي إجراء ولم يظهر ما يمنع المجبوب من الحركة، ففي هذين الحالتين ينزل السكوت منزلة السكوت الموصوف وبعد قبولاً، وهي صور كثيرة ما تحدث في عالم التجارة، فعادة ما يتسلّم حريف البنك نسخة من حساباته فلا يعارض في محتواها ويرى سكوته في هذه الحالة إلى معنى المصادقة على ما جاء بتلك البيانات ولو كان بها نقائص.

القبول في العقد الخاصة: افتضلت الحياة العصرية أن تبرم العقود طبق نمط يكاد يخفى إرادة المتعاقدين أو أن يُخضع الأطراف لقواعد لم تكون محل مناقشة أو مجادلة، بل إن بنود العقد أصبحت تقرأ بعيداً عن أصل العقد، ومع ذلك لا يشك أحد في أن

(1) الفصل 29 م.أ.ع.
(2) قرار تنفيذي مدني عدد 3999 مؤرخ في 18 جوان 1981 نشرة محكمة التحقيق 1981، جزء 2، من 209.
(3) عبد الرزاق السنوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 225 عدد 114.
(4) الفصل 1109 م.أ.ع في باب الوكالة على سبيل المثال.
(5) قول مشهور لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.
(6) الفصل 42 م.أ.ع.

وينعد العقد بمجرد الشروع في التنفيذ خاصة «إذا كان الجواب بالقبول غير مطلوب لعارض العقد أو كان عرف التجارة لا يقتضيه... أو كان الإيجاب متعلقاً بمعاملة تجارية تقديم الشروع فيها بين الطرفين»⁽¹⁾، كما هي الصورة بالنسبة إلى عقد التقليل، فعادةً ما يصعد المحرف الوسيطة مباشرة دون المجادلة أو التفاوض⁽²⁾، فمقتضى الأعمال التجارية أن ينصرف المجبوب إلى التنفيذ مباشرة، فهو في نهاية الأمر تنفيذ اختياري للعرض يقوم مقام القبول، وقد أورد المشرع في شأنه قاعدة خاصة، بعدما ارتقى المبدأ إلى مستوى القواعد العامة في مادة العقود واشتغل به الفقه وفقه القضاء على مراحل الأيام⁽³⁾. ونجد اليوم عدة تطبيقات لهذا المبدأ بعدة فصول خاصة⁽⁴⁾.

القبول في السكوت الموصوف: لا يمكن أن يلزم الشخص ب مجرد السكوت، فلا يؤخذ الشخص بسكوته المجرد، «فلا ينسب لساكت قول»⁽⁵⁾. فلا يمكن بحال اعتبار السكوت المجرد بمثابة القبول الفضني، ولكنه إذا أصبح السكوت ملابساً يعني أن تحيط به جملة من الملابسات يمكن أن يرقى السكوت الملابس إلى معنى القبول الفضني، ولا يمكن اعتبار السكوت ملابساً إلا في حالات حصرية أوردها المشرع بالفصل 42 م.أ.ع، حيث «بعد السكوت رضاء أو تصديقاً من شخص إذا وقع التصرف في حقوقه بمحضره أو أعلم به على الصورة المطلوبة ولم يعارض بشيء ولم يكن له في سكوته عذر معتبر»⁽⁶⁾، وعلى ذلك الأساس بعد السكوت ملابساً أو موصفاً: إذا وقع التصرف في حقوق المجبوب بمحضره أو إذا أعلم بالعرض على الصورة المطلوبة ورغمما عن ذلك لم يتخذ المجبوب أي إجراء ولم يظهر ما يمنع المجبوب من الحركة، ففي هذين الحالتين ينزل السكوت منزلة السكوت الموصوف وبعد قبولاً، وهي صور كثيرة ما تحدث في عالم التجارة، فعادة ما يتسلّم حريف البنك نسخة من حساباته فلا يعارض في محتواها ويرى سكوته في هذه الحالة إلى معنى المصادقة على ما جاء بتلك البيانات ولو كان بها نقائص.

القبول في العقد الخاصة: افتضلت الحياة العصرية أن تبرم العقود طبق نمط يكاد يخفى إرادة المتعاقدين أو أن يُخضع الأطراف لقواعد لم تكون محل مناقشة أو مجادلة، بل إن بنود العقد أصبحت تقرأ بعيداً عن أصل العقد، ومع ذلك لا يشك أحد في أن

(1) الفصل 36 م.أ.ع.
(2) القانون عدد 30 لسنة 1987 المؤرخ في 12 جوان 1987 وقد جاء هذا القانون محدداً لشروط عقود كراء الأرض الفلاحية وشكلها ومدتها، الرائد الرسمي عدد 43 بتاريخ 16 جوان 1987 ص 768.

حيث إنه «يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرخ به فقط بل يلزم كل ما يتربّ على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الانصاف حسب طبيعته»⁽¹⁾ على معنى الفصل 234 م.أع. وإذا صرخ القانون بالنهي عن شيء معين كان إتيانه باطلًا لا ينبغي عليه شيء على معنى الفصل 539 م.أع. غير أن فقه القضاء لم يذهب في هذا الاتجاه وكثيراً ما يرفض التدخل مراعاة لإرادة الطرفين⁽²⁾. ويبدو أن المشرع أخذ بهذا الاتجاه الحديث في عقد التأمين حيث نص الفصل 12 منها على أنه تعتبر ملغاً «جميع الشروط العامة القاضية بسقوط حق المؤمن له عند مخالفته القوانين أو الترتيب إلا إذا كانت هذه المخالفة تشكل جنائية أو جنحة قصدية». وجميع الشروط القاضية بسقوط حق المؤمن له بسبب التأخير الذي يتحمله في إعلام السلطة بوقوع الحادث أو في تقديم الوثائق دون أن يمس ذلك بحق المؤمن في المطالبة بتعويض يتناسب مع الضرر الذي ألحقه به ذلك التأخير. وكل شرط لم يبرز بشكل ظاهر جداً وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط أو الاستثناء. وعلى ذلك الأساس يجوز للقاضي عدم الأخذ بتلك الشروط ولو كانت واردة بالعقد وذلك مراعاة لحقوق الطرف الضعيف.

+ توافق الإيجاب والقبول *La concordance*: يجب أن يتوافق الإيجاب والقبول بمعنى أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب دون زيادة أو نقصان. فالعقد يفترض إرادة من جهة وإرادة من جهة أخرى، على خلاف التصرف الأحادي، ويشترط أن تتطابق الإرادتين بمعنى أن يتفق القبول مع الإيجاب، ولابد للجواب موافقاً للإيجاب إذا اكتفى الموجب بقوله قبلت أو أجري العمل بالعقد بلا شرط⁽³⁾، فما عرضه الموجب قبله الطرف المقابل على حاته، وكذلك هو معنى التطابق أو التوافق بين الإيجاب والقبول. فإذا حدث أن أوقف القبول على شرط أو قيد يعتبر ذلك رفضاً للإيجاب مصحوباً بإيجاب آخر⁽⁴⁾ وكذلك في صورة الزيادة في الإيجاب أو التفقيض منه أو تدميله أو قبوله جزئياً، ففي جميع تلك الصور يُفقد التطابق وبالتالي يُرفض الإيجاب الأول ويُعدّ الرأي أو الموقف الأخير عرضاً جديداً تتطبّق عليه أحكام الإيجاب والقبول من جديد في الطبيعة والتوافق والاقتران⁽⁵⁾. وإذا صدر القبول كذلك بعد سقوط الإيجاب، على ما تقدم من تفصيل، فهو إيجاب جديد كما في صورة القبول بعد انقضاء المدة أو القبول بعد عدول الموجب أو القبول بعد انقضاء مجلس المقد أو في صورة تعديل الإيجاب.

(1) ستكون لنا مناسبة في الحديث عن أثر العقد في بابه.

(2) الفصل 32 م.أع.

(3) الفصل 31 م.أع.

(4) الفصل 24 م.أع.

وتبقى عقود الإذعان⁽¹⁾ هي العقود الهامة من حيث الواقع، فما يطلب عادة من المستف用力 الخدمة أن يضع إمضاءه دون مناقشة أو جدل، وكذلك الصورة بالنسبة إلى جميع الخدمات والمنافع التي يحتاجها الإنسان اليوم بما في ذلك العقود المبرمة مع شركات الكهرباء والغاز والاتصالات وما شابه ذلك، فتحكمها أن يذعن الطرف المقابل، وهو الطرف الضعيف، للقواعد المحددة مسبقاً وليس له أن يجادل محتواها أو أسعارها. وعلى ذلك الأساس فقد ذهب رجال القانون العام إلى أن عقود الإذعان ليست عقوداً بالمعنى القانوني للكلمة بل هي مجرد مؤسسات أو مراكز قانونية، حيث إن الالتزامات تتحدد بإرادة منفردة وعادة ما يكون لها شكل تنظيمي ولو أن لها صبغة خاصة⁽²⁾ بحكم غياب المواجهة المسبقة لبنيود العقد وأشكالها المجردة. غير أن رجال القانون المدني يعتبرون أن عقود الإذعان هي في نهاية عقود مدنية ولكن لها بعض الخصائص، ولو أن الاتجاه العام أبقى بعض التأثير على رجال القانون المدني حيث اعتبر Savatier أن عقد الإذعان هو «قاعدة لها خصوصية القانون⁽³⁾» وذهب غيره كذلك أمثال Lyon-Caen-Soinne إلى بعض من ذلك.

والحقيقة أن عقد الإذعان يبقى عقداً تتوفر به العلامات التقليدية في تعريف العقد، فلا يمكن مهما كانت الصورة إلزام المتعاقد بالشروط الواردة به إذا لم يصادق المعاقد عليها وكذلك يكفي لانعقاد الاتفاق بالرغم من سبق تحديد البنود من جهة واحدة. وعلى ذلك الأساس اتجه التطبيق بالقانون المقارن إلى تمكين القاضي المعهود من تعديل بنود العقد إذا حملت شروطاً موجبة⁽⁴⁾. غير أن مجلة الالتزامات والعقود لم تحمل قواعد خاصة بعقود الإذعان، وربما منعت القواعد الخاصة بتنفيذ العقد وخاصة أحكام الفصل 242 م.أع. تدخل القاضي في اتجاه تعديل بنود العقد في أي اتجاه⁽⁵⁾، ولو أنه يمكن الوصول إلى قواعد تسمح بتدخل القاضي انتلاقاً من أحكام الفصول 539 و 243 م.أع.

(1) وهي تسمية أطلقها Saleilles R منذ سنة 1901.

Saleilles R: Déclaration de volonté, op.cit., p.129.

(2) Hauriou Maurice: S. 1908, 3, 17., Mestre, S. 1926, 2; 113.

Carbonnier Jean: Les obligations, op. cit., p. 79, n° 17.

(3) Savatier: D. 1931, 1, 8.

(4) نص الفصل 149 من القانون المدني المصري على ما يليه «إذا تم العقد بطرق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تمسّك، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعني الطرف المتعاقن منها، وكذلك وفقاً لما تفرض به العدالة. ويفع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك». كما نص الفصل 157 كذلك على ما يليه «يفسر الشك في مصلحة المدين، ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن».

(5) نص الفصل 242 م.أع على ما يليه «ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضاهما أو في الصور المقررة قانوناً».

+اقتران الإيجاب والقبول **La rencontre**: اقتران الإيجاب والقبول هي لحظة تكوين العقد وحضور الطرفين لموجبات الالتزام، ويختلف نظام الاقتران باختلاف وضعية المتعاقدين إما أن يكون بمجلس واحد أو أن يكونا بين غائبين عن طريق المراسلة أو عن طريق رسول أو وكيل.

*اقتران الرضا في المجلس الواحد: المجلس الواحد في التعاقد هو الفترة الزمنية غير المقاطعة متى يكون الأطراف مشغلين بمناقشة العقد. فليس المكان ما يحدد مفهوم المجلس الواحد وإنما الزمان هو المحدد حقيقة لهذا المفهوم. وعلى ذلك الأساس اعتبار الفصل 27 م.أ.ع التعاقد بواسطة الهاتف بعقداً بين حاضرين بحكم توفر معنى المجلس الواحد⁽¹⁾. وفي ذلك ثلاث نظريات، نظرية فورية المجلس ونظرية اتحاد المجلس ونظرية خيار المجلس. أما نظرية فورية المجلس فهي التي تلزم بالجواب فوراً دون فترة تأمل وهي نظرية المالكية، في حين أن نظرية اتحاد المجلس، وهي نظرية الفقه، تسمح بإمكانية القبول إلى آخر المجلس، وتقول نظرية خيار المجلس، وهي نظرية الفقه الشاغفي، بالقبول الفوري مع إمكانية التراجع إلى نهاية مجلس العقد. ومع أن القراءة المستقلة للفصل 27 م.أ.ع يمكن أن تؤدي إلى معنى الفورية حيث نص الفصل 27 م.أ.ع على أنه «إذا عرض شخص على شخص آخر حاضر بمجلسه عقداً من العقد ولم يعين له أجل لقبوله أو رفضه فلا يترتب على ذلك شيء إن لم يقبله في الحين. وهذا الحكم يجري فيما يعرضه شخص على آخر بواسطة الهاتف»، إلا أن قراءة الفصل 27 م.أ.ع إلى جانب الفصل 30 م.أ.ع تحمل قطعاً إلى معنى اتحاد المجلس، وبمعنى أن يبقى للمحتجب فترة تأمل مadam المجلس منعدياً حيث نص الفصل 30 م.أ.ع على أنه «يسوغ الرجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في العمل بمقتضاه من الطرف الآخر».

والحقيقة أن فترة التأمل هي التي تمثل الاتجاهات الحديثة في القوانين المقارنة، بمعنى أن تقوم الفورية في الإيجاب إلى جانب فترة التأمل، وتبعد هي النظرية أكثر حكمة ولها من الواقعية ما يعكس حقيقة المعاملات ويضمن في نفس الوقت حقوق الأطراف. وعلى ذلك الأساس يحدث الاقتران على معنى مفهوم اتحاد المجلس في تكون العقد إما بالموافقة الفورية أو بالموافقة إلى آخر المجلس أي قبل أن ينقض المجلس وتقطع المناقشات.

لكنه من الممكن أن يعين الموجب أجلاً للجواب فيلتزم بذلك ويعتبر التراجع قبل حلوله على معنى الفصل 33 م.أ.ع «فمن صدر منه الإيجاب وغيره أجلاً لقبوله فهو

(1) ولكن التعاقد بواسطة الهاتف ييفي بعض الإشكاليات المرتبطة بالمكان بحكم تباعد طرف العقد: وعلى هذا الأساس عادة ما يقال إن التعاقد بالهاتف هو تعاقد بين حاضرين زمنياً وبين غائبين مكاناً.

ملزم للطرف الآخر إلى «انفك التزامه». وليس ذلك خر التعاقدية وانشغال بالعقد إلى حد

*اقتران الرضا بين غائبين: كثيراً ما يجواب بالقبول في الأجل المذكور وما يميز هذه العقود أنها تحتاج إلى فترة زمنية قد بل هو مدّ زمني للمناقشة فإذا كانت العقود الواقعه بمجلس واحد لا تجعل

يعلم بالقبول، فإنه ما يميز العقود بين غائبين هو ضرورة طريق البريد، لوصول القبول إلى علم الموجب. وهناك اختلاف بين صدور الموجب بهذا القبول. فمثى يمكن الحديث عن اقتران الرضا في هذه الصدور القبول أم زمن علم الموجب؟ ولا تخلو الإجابة من فائدة تطبيقها انعقاد العقد هام لمعرفة القانون المنطبق إذا تعاقبت النصوص القانونية وعام صورة هلاك العين والإفلات والوفاة وتحديد أحقيّة الموجب في التراجع من وضبط زمن انتقال الملكية وتكون العقد وتعيين بداية مواعيد السقوط وغير ذلك من الآثار الهامة، كما أن مكان العقد هام كذلك في تحديد مرجع النظر الترابي للمحاكم وفي قواعد القانون الدولي الخاص.

والإجابة عن هذا التساؤل ظهرت عدة مدارس فقهية أنتجت عدة نظريات، نظرية صدور القبول *déclaration* وهي التي تجعل الاقتران مرتبًا بتحقق القبول ونظرية تسليم القبول *l'information* وهي التي تجعل الاقتران مرتبًا بتحقق علم الموجب بالقبول. وقد انقسمت نظرية صدور القبول بدورها إلى نظريتين، نظرية إعلان القبول ونظرية تصدير القبول *la théorie de la déclaration* وهي التي لا تكتفي بمجرد القبول بل تتطلب إرسال القبول. كما انقسمت نظرية تسليم القبول إلى نظريتين، نظرية تسليم القبول *la théorie de la réception* أي أن يتسلم الموجب القبول دون شرط أن يعلم بهحواره ونظرية العلم بالقبول *la théorie de l'information* أي أن يعلم الموجب بصفة فعلية بمحض القبول. فإنما أن تقف بجانب الموجب أو بجانب الموجب له تحديد زمن اقتران الرضا.

وأمام هذا الاختلاف ذهبت مجلة الالتزامات والعقود منذ سنة 1906 إلى نظرية صدور القبول حيث نص الفصل 28 م.أ.ع على أنه «يتتم العقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطرف الآخر بالقبول والتعاقد بواسطة رسول أو غيره يتم في الوقت والجهة التي تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطرف الآخر للرسول». وربما كان الفصل 28 م.أ.ع أقرب إلى نظرية إعلان القبول منه إلى نظرية تصدير القبول. وعلى ذلك الأساس فإنه «لا

بواسطة الآلة، أي أن يتم برمجة الحاسوب مسبقاً لغاية إبرام العقود مع الجهة الأخرى في حدود بعض الشروط والضوابط. وبالتالي يمكن أن تتفاوض أجهزة الحاسوب في غياب إرادة الإنسان.

فهل يمكن اعتبار هذا الرضاء الإلكتروني؟ وهل أنه يستجيب لمقتضيات أركان الرضاء؟ ومن يتحمل تبعات الأخطاء التي يمكن أن تنسن إلى جهاز الحاسوب؟ لقد ناقش رجال القانون هذه المسألة، ومنهم من ذهب إلى اعتبار الحاسوب مجرد وسيلة من وسائل الاتصال، وبالتالي يتحقق الرضاء بمجرد استعمال هذه الوسيلة بالطريقة التي حددتها المعنى بالأمر، ومنهم من اعتبر الحاسوب وكلاً عن المتعاقدين⁽¹⁾، رغم ما في هذا الحال من نقصان لا تتماشى مع النظام العام للوكلالة التي تخضع بالضرورة لضوابط لا تتوفّر في علاقة المعاقد بجهاز الحاسوب. بل نادى بعضهم بضرورة إسناد الشخصية القانونية لجهاز الحاسوب، أي أن يعترف للجهاز بإمكانية القيام بالمعاملات القانونية، فنجد صحيحة، خاصة وأن الشخصية القانونية، على رأي هذا الجانب من الفقه⁽²⁾، لا ترتبط بشخص الإنسان بل إنه سبق أن اعترف بها للشخص المعنى، وبالتالي لا غرابة في أن تُسند الشخصية القانونية إلى أجهزة الحاسوب مع مطلع السنوات القادمة، التي سوف تكون بالضرورة سنوات الإعلامية.

وفعلاً بدأت الدول تفكّر في استحداث إطار جديد لضبط حدود تدخل أجهزة الإعلامية وصفتها وأهليتها في التعاقد، حيث تضمّن التقييم الأخير للمجلة التجارية الأمريكية حديثاً عن الذوات الإلكترونية وتعرّض لجهاز الحاسوب ولنظامه القانوني، لكنه يمكن في الوقت الراهن، وتجاوزاً لجميع الإشكاليات التقنية، ضبط التزامات الأطراف المتعاقدة بواسطة ما يعرف باتفاق التبادل الإلكتروني الذي يحدد مسبقاً كيفية الرضاء. وهي عبارة عن عقد رضائي توفر مسبقاً بين الطرفين لتحديد عدة جوانب قانونية وفنية، لكنه لا يمكن بطبيعة الحال سحب الاتفاق على جميع المتعاملين في المجال الإلكتروني.

ومهما تكن الوضعية فإنَّ مجرد الضغط على زر الموافقة يعتبر رضا، وإن كان تلقائياً إلى حد معين، فهو لا يخرج عن إطار المفهوم الحديث للإرادة التي تعمل في إطار عقود الإذاعان وضوابط المشرع، وبالتالي لا يمكن أن يقال إنَّ الرضاء على هذه

(1) نص الفصل 13 من القانون التمودجي للتجارة الإلكترونية للجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية على ما يلي:

«Un message de données est réputé émaner de l'expéditeur s'il a été envoyé... par un système d'information programmé par l'expéditeur ou en son nom pour fonctionner automatiquement»

(2) علي كحلو: المسؤولية المعلوماتية، المرجع السابق، ص 107.

يمعن إتمام العقد وفاة من صدر منه الإيجاب أو تقيد تصرفه بعد صدور الإيجاب منه إذا حصل القبول من الطرف الآخر قبل علمه بوفاة صاحب الإيجاب أو تقيد تصرفه⁽¹⁾.

ومع ذلك فإنَّ الموجب لا يمكن أن يتراجع عن إيجابه قبل فترة زمنية تكون مناسبة لتسليم القبول وإلا كان من الممكن إلزامه بغير الضرر عند الاقتضاء حيث نص الفصل 34 م.أع على أنه «من صدر منه إيجاب بمراسلة بلا تحديد أجل يقى ملزاً إلى الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرح بخلافه في الكتاب. فإن صدر الجواب بالقبول في وقته ولم يبلغه إلا بعد انتهاء الأجل الكافي لإمكان وصول الجواب إليه بالوجه القياسي فالصادر منه الإيجاب لا يلزمه شيء ويقى الحق لمن لحقه الضرر في طلب تعويض الخسارة من من تسبب فيها».

-الدلاقي الإلكتروني للإرادتين: يقع العقد الإلكتروني بصفة فورية وألية، ورغم ذلك فإنه يحتفظ بطبيعته كعقد، ملزم للطرفين أو لطرف واحد، ولا يقال إنه عقد شكلي، بمجرد أنه أنجز بهذه الطريقة، بل إنه عقد رضائي مثله مثل العقود الرضائية الأخرى، وقد أسقط المشرع التونسي التمييز بين الوثيقة الإلكترونية والوثيقة الورقية وأنزلهما متصلة واحدة⁽²⁾، وبالتالي لا يحتاج العقد الإلكتروني لتسجيل أو ترخيص لبرد صحيح. يقى أنه يقى في جميع جوانبه من قبيل عقود الإذاعان بما في ذلك من مظاهر الإذاعان.

ويميز إبرام العقد بالضرورة عبر مرحلة تسبق التكوير النهائي للعقد تعرف بالمناقشات الأولية التي يمكن أن تطول شيئاً ما يتم خلالها تبادل الإيجاب والقبول، لكنَّ الرضاء عبر الشبكات المعلوماتية يتحذ صوراً ومظاهراً مميزة يتوجه التعرض لها في نقطة أولى.

+طبيعة الرضاء الإلكتروني: بالرغم من أنَّ الرضاء في العقود الإلكترونية هو في نهاية الأمر رضاء إلكتروني ولكنه مع ذلك يقى رضاً واعياً إلى درجة معينة.

*رضا إلكتروني: إنَّ الرضاء في العالم الافتراضي يتحذ بالضرورة شكلاً إلكترونياً بمعنى أنَّ يعبر المتعاقد عن رضاه بمجرد الضغط عن المكان المخصص لذلك، الذي يمثل في نفس الوقت إعضاً إلكترونياً، وكانت وظيفة الامضاء هي الالتزام بمحظى الوثيقة الإلكترونية.

لكنَّ الآلة في الرضاء قد تتحذ عمماً معيناً أمام الممارسات المميزة التي يخولها العالم الإلكتروني، حيث إنَّ العروض بالواقع التجاري تكون مبرمجبة بصفة مسبقة ويمكن تحقيق الغرض في الشراء أو الاطلاع بمجرد احترام نظام الموقع، وعليه فإنَّ إرادة الإنسان من حيث عرض السلع أو الخدمات في مثل هذه الصور تكون غائبة بالضرورة. ويزداد الأمر تعقيداً إذا علمنا أنه بالإمكان تحقيق الشراء من الجهة الأخرى

(1) الفصل 35 م.أع.

(2) الفصل 453 مكرر م.أع.

40 لسنة 1998 المؤرخ في 2 جوان⁽¹⁾ 1998، واتخذ هاجس الإعلام أبعاداً أخرى من خلال القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادئ والتجارة الإلكترونية⁽²⁾.

- (1) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 2 جوان 1998. ونص بالفصل 28 منه على أنّ عملية البيع عن بعد يجب أن تكون موضوع وصل طلبة يوفّره التجار، ويكون الوصل مؤذناً ومضى من قبل المستهلك، وتتمّ باطالة كل طلبة لا تتفق التصيّصات التالية:
 - تعريف المؤسسة البائعة
 - عنوان البائع أو مسidi الخدمات وأرقام هاتفه
 - ذكر طبيعة وخاصية المتوجه أو الخدمة
 - سعر المتوجه أو الخدمة
 - شروط الدفع
 - طرق إرجاع المتوجه والإيدال وإرجاع المبلغ
 - إمكانية العدول عن الشراء

علمًا أنه يقصد بالبيع عن بعد حسب هذا القانون هو البيع باستعمال وسائل الاتصال بالمستهلك لترويج متوجه أو خدمة خارج الأماكن الاعتيادية للبيع، ويمكن أن تكون وسائل الاتصال المستعملة الهاتف والبلاط عن طريق التلفزة والإذاعة والبريد والنشرات أو آية وسيلة أخرى». وتعتبر هذه الأحكام بالنسبة إلى التشريع التونسي الخطورة الأولى في اتجاه تبني إطار شامل لحماية المستهلك في معاملاته الإلكترونية، وقد حرص من ذلك البابا على شفافية المعاملة بالقدر المطلوب حتى يكون رضا المستهلك تعبيرًا على دراية كاملة وواعية بالموضوع محل التعاقد.

(2) حيث نص المشرع بالفصل 25 منه على أنه يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومهبّهة قبل إبرام العقد المعلومات التالية:

- هوية وعنوان وهايف البائع أو مسidi الخدمات
- وصفًا كاملاً لمحظوظ مراحل إنجاز المعاملة
- طبيعة وخاصيات وسعر المتوجه
- كلفة تسليم المتوجه ومبلغ تأمّنه والأداءات المستوجبة
- الفترة التي يكون خلالها المتوجه معرضًا للأسعار المحددة
- شروط القسمانات التجارية والخدمة بعد البيع
- طرق وإجراءات الدفع عند الاقضاء شروط الفروض المقترنة
- طرق وأجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم إنجاز الالتزامات
- إمكانية العدول عن الشراء وأجله
- كيفية إقرار الطلبة
- طرق إرجاع المتوجه أو الإيدال وإرجاع المبلغ
- تكلفة استعمال تقنيات الاتصالات حين يتم احتسابها على أساس مختلف عن التعرفات الجاري بها العمل

-شروط قسخ العقد إذا كان لمدة غير محددة أو تفوق السنة
-المدة الدنيا للعقد، فيما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بمتوجه أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية.

الشكلة الإلكترونية لا يعتبر رضاء، بل أكثر من ذلك وأمام وعي المشرع بتلقائية الرضاء الإلكتروني، تدخل لتعديل الكفة وجعل الرضاء واعياً بوضع جملة من القيد في إطار حماية المستهلك على وجه التحديد.

*رضا واعي: أمام هيئة العروض التجارية على الشبكات المفتوحة وبالتحديد شبكة الأنترنات، وجنوح القائمين على اشتغال المواقع التجارية إلى إخفاء حقيقة البضاعة أو المتوجه المعروض، وشروط الشراء والبيع، حيث إنّها عادة ما تكون غير بارزة، وتصدور الرضاء في أكثر الأحوال بصفة تلقائية دون أن يكون مؤسساً على معرفة كاملة بحقيقة العرض، طرح التساؤل منذ ظهور الشبكات المعلوماتية الحديثة في اتجاه خلق آليات منطقية تسمح بإعادة التوازن بين البائع والمستهلك في هذا الفضاء الافتراضي، حتى لا يتحمل هذا الأخير سلبيات التعاقد التقليدي بمفرده. وطالب رجال القانون هذه مدة بضرورة تدخل أهل المهنة التجارية لوضع قواعد ذاتية ومتائق شرف لتحديد أخلاقيات المهنة ولبيان التزامات الطرفين، واقتراح إنشاء عدد من الهيأكل التحكيمية التي يمكن الرجوع إليها عند الحاجة لجسم الإشكاليات على المستوى التولى. واتجه التطبيق إلى التعويل على ما يعرف بإجراءات التصديق على المواقع أي أن تتدخل بعض الشركات للإشهاد بصحة وسلامة الممارسة التجارية، فتضيع علامة معينة أو مؤشراً (label)، بهدفطمأنة المستهلك والمتعامل مع الموقع بشكل عام⁽¹⁾. وسيق للاتحاد الأوروبي بتاريخ 20 ماي 1997 أن وضع جملة من القواعد بقصد حماية المستهلك أمام حدة عقود الإذعان الإلكترونية⁽²⁾. وقد سبق للمشرع التونسي كذلك أن تبني إطاراً عاماً لحماية المستهلك بمقتضى القانون عدد 117 لسنة 1992 المؤرخ في 7 ديسمبر⁽³⁾ 1992، ووضع أحکاماً أولية خاصة بالبيع عن بعد بمقتضى القانون عدد

(1) هناك عدة شركات دولية تقوم بعرض هذه الخدمة على أصحاب الواقع، فيطلب بداية أن يلتزم صاحب الموقع بجملة من القواعد مقابل أن تضع هذه الشركات علامتها في التصديق على محتوى الواقع، فإذا أخل صاحب الموقع بما تلزم به تسحب العلامة المشار إليها، وقد يتعرض لجانب من المسؤولية في علاقته بهذه الشركات.

(2) تتعلق هذه التوصية بالعقد عن بعد.

واهتمت بهذه التوصية أغلب البلدان الأوروبية، ذكر منها على سبيل الذكر القانون البلجيكي المتعلق بالعقد عن بعد المؤرخ في 25 ماي 1999 والقانون الإيطالي المؤرخ في 12 نوفمبر 1999 المتعلق بالعقد عن بعد. واليوم لا تكاد نجد نظيراً أوروبياً يخلو من قواعد تهدف إلى حماية المستهلك.

(3) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 15 ديسمبر 1992.
ونفذ أورده القانون بالعنوان الأول إطاراً عاماً لسلامة المتوجه، وضبط بالعنوان الثاني زيارة المعاملات الاقتصادية وفرض بالعنوان الثالث ضرورة إعلام المستهلك وضمان المتوجه، وانتهي بالعنوان الرابع إلى ضبط المخالفات والعقوبات.

الإيجاب: يتخذ الإيجاب الإلكتروني شكلاً ممثلاً، حيث يصرح الموجب بعرضه عبر الواقع التجارى على صفحات الواب، فيكون الإيجاب موجهاً إلى العامة، أو بواسطة البريد الإلكتروني فيكون الإيجاب تارة موجهاً إلى الخاصة وأخرى إلى عدد غير محدد من المستعملين، فيت忤ز شكل العرض الموجه إلى العامة. حيث بالإمكان الاشتراك بموقع معينة، ولو بصفة مجانية، مع تسليم عنوان البريد الخاص إلى الموقع، الذي يندر في كل مرة إلى توجيهه مراساته إلى جميع المشتركين، فيكون الإيجاب في مثل هذه الصور عادةً، والأغلب أن يقترب الإيجاب الإلكتروني بامضاء الموجب.

ومن خصائص الإيجاب أن يكون باتاً لا ينبع فيه، ودققاً مشتملاً على كامل أركان العقد⁽¹⁾، أي أن تحدد جميع شروط العقد انطلاقاً من تحديد المبيع وأوصافه ومروزاً بكيفية الدفع وانتهاء إلى كيفية التسليم. وقد علمنا أن العقد الإلكتروني يمتاز بضوابط تحمل على الموجب، حيث يطلب من هذا الأخير أن يوفر للمستهلك البيانات الضرورية للتعاقد على النحو الذي سبق شرحه. ويجب أن تكون هذه البيانات واضحة وشديدة الدلالة، وسهلة الإدراك، وقد لا يكفي أن تكون مرتبطة بالموقع بمجرد روابط إيرتكس، لتحمل في نهاية الأمر على المستهلك⁽²⁾. وإذا كان العرض باتاً بالدرجة الكافية، يلزم التاجر في حدود القانون، وقد رأى فقه القضاء في المدة الأخيرة «أن

صفحات واب الإشهارية تعتبر وثائق إلكترونية تعاقدية تلزم التاجر»⁽³⁾. لكن الإيجاب الإلكتروني ربما لا يكون باتاً بالدرجة الكافية، لأن لا يحدده ثمن العقد⁽⁴⁾، ويتساءل رجال القانون عادةً عن كيفية التصریع بالإيجاب والقبول في هذا الفضاء، الأمامي في مرحلة أولى، وعن مكان وتاريخ إبرام العقد في مرحلة ثانية باعتبار أن العقد عبر الشبكات المعلوماتية إنما هو عقد بالمراسلة أو عقد بين غائبين من حيث المكان، رغم الفرقة التي يتسم بها من حيث الزمان.

ل لكن الإيجاب الصريح يلزم صاحبه، بمعنى أن يمسك عرضه إلى أجل معقول، إذا خلا الإيجاب من أجل، وعادةً ما يرجع فقه القضاء إلى العرف التجاري. وإذا اقترب الإيجاب بأجل فرض، ويلزم التاجر في جميع الصور بتعويض الأضرار إذا تراجع في وقت غير جائز. وقد نصّ المشرع التونسي صراحةً بالفصل 33 على أن «من صدر منه الإيجاب وعين أجلاً لقيوه فهو ملزم للطرف الآخر إلى انتقامته الأجل، فإن لم

(1) محمد الزين، النظرية العامة للالتراتamas، العدد، ص 102.

(2) وقد ذهب فقه القضاء في أكثر من مناسبة إلى عدم الاختلاف بين الشروط الخاصة والشروط المجنحة.

(3) Valérie Sedallian, Droit de l'internet, NETPRESS, paris 1997, p. 192.

(4) تضمن العقد التموذجي المقترن من طرف الغرفة التجارية الفرنسية والجمعية الفرنسية للتجارة والتبادل الإلكتروني، أبواباً تتيح للناظر توجيه العرض لجامعة معينة، أو أن يكتفى بدعوة المستهلك إلى التفاوض.

وعلى ذلك الأساس كان الرضا الإلكتروني رضاً واعياً، بمعنى أن المستهلك بإمكانه أن يطلع على جميع البيانات قبل الضغط على مكان الموافقة⁽¹⁾، حيث يتعين على صاحب الموقع التجاري توفير هذه المعلومات الإلكترونية ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة. وهو نفس الاتجاه المعتمد فيأغلب الدول. ويعتبر الإخلال بهذا الواجب جريمة تعرض صاحبها للتتبع الجزائري على معنى الفصل 49 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية⁽²⁾، ويُعاقب كذلك كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضراً أو آجلاً بائيًّا شكل من الأشكال... وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعية أن هذا الشخص غير قادر على تميز أبعاد تعهاته أو كشف العجل والخدع المعتمدة بالالتزام أو إذا ثبت أنه كان تحت الضغط⁽³⁾.

لذلك يقال إن الرضا الإلكتروني هو رضاً واعياً، أي أنه ينبغي على إدراك كامل لمحتوى التعاقد وشروطه رغم طبيعة التعامل الإلكتروني، وبعد الاطلاع على مضمون العرض وعلى جميع البيانات، يغير المستهلك عن رضا بهذه الحركة البسيطة، وهي الضغط على مكان الموافقة، وهذا كاف للقول بحصول الرضا والالتزام. ورغمما عن ذلك لا يخلو الرضا من مخاطر.

+**تبادل الرضا الإلكتروني:** يعتبر تلاقي الإرادتين اللحظة الخامسة في تكوين العقد⁽⁴⁾، ويتساءل رجال القانون عادةً عن كيفية التصریع بالإيجاب والقبول في هذا الفضاء، الأمامي في مرحلة أولى، وعن مكان وتاريخ إبرام العقد في مرحلة ثانية باعتبار أن العقد عبر الشبكات المعلوماتية إنما هو عقد بالمراسلة أو عقد بين غائبين من حيث المكان، رغم الفرقة التي يتسم بها من حيث الزمان.

•**كيفية التصریع بالإيجاب والقبول**

(1) - Ben Ezzine Ichrak, le commerce électronique et la propriété industrielle, DBA, faculté de droit et des sciences politiques de tunis 1999-2000.

- Badii Ben Abbes, la formation du contrat de vente sur internet, DEA, faculté de droit de sfax 2001-2002.

- Elloumi abderraouf, la protection du consommateur dans le commerce électronique, DEA, faculté de droit de sfax 2001-2002.

(2) . نص الفصل 49 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه يعاقب كل مخالف لأحكام الفصول 25 و 27 و 29 والفرقة الثانية من الفصل 31 والفصل 34 والفرقة الأولى من الفصل 35، وتتعلق جميعها بإبرام العقد الإلكتروني.

(3) يرجى الفصل 50 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

(4) - Badii Ben Abbes, la formation du contrat de vente sur internet, DEA, faculté de droit de sfax 2001-2002.

على أنه يتعين على البائع قبل إبرام العقد، تمكين المستهلك من المراجعة النهائية لجميع اختياراته، وتمكينه من إقرار الطلبة أو تغييرها حسب إرادته، وكذلك الإطلاع على شهادة المصادقة الإلكترونية المتعلقة بامضائه. وتتم هذه المراجعة بصفة إلكترونية، وخلال فترات زمنية قصيرة.

ويقترب القبول في العالم الإلكتروني، بامضاء الموجب له بطريقة إلكترونية، سواء بارجاع المراسلة أو تحرير الطلبة عن طريق البريد الإلكتروني بعد إمضائهما بمفاسخه التسري، أو تقتصر المعاملة على الضغط على مكان معين بالموقع التجاري عبر صفحات الواب، فتقترن هذه العملية بالضغط على المفتاح العام للتاجر، فتصل المراسلة إلى صاحبها محفوظة بسلامتها وسريتها.

ويقترب القبول كذلك في العالم الإلكتروني بإدراج رقم بطاقة الدفع الإلكتروني، إجمالاً، لتأمين الدفع الفوري⁽¹⁾، حيث أصبح بالإمكان الدفع بصفة فورية و مباشرة. ويتحقق الدافع نتاج ضياع أو سرقة وسيلة الدفع أو استعمالها المزيف من قبل الغير، ويرفع عنه هذه المسؤولية بعد إعلام مصدرها حسب الطرق المتبعة بالعقد المبرم بين الطرفين أي المستهلك والبنك على وجه الإجمال. لكن استعمال وسيلة الدفع الإلكتروني دون تقديم الوسيلة وتحديد الهوية الإلكترونية لا يلزم صاحبها على معنى الفصل 37 من القانون عدد 83 لسنة 2000. وبالتالي فإن مجرد استعمال رقم البطاقة أو أي معرف آخر لا يكفي للقول بالتزام المستهلك، أي أن حالة مجرد الرقم مع الطيبة وإنع، وبالتالي لا يتطلب شكلاً معيناً للتغيير عن القبول. ولا يتطلب الفضاء الإلكتروني شروط إضافية، بل بمجرد الإطلاع على محتوى الموقع المناسب والوقوف على شروط التعاقد كما نقدم، يتم الضغط على مكان الموافقة فيكون العقد وفق صيغة منتجة لأثره، ولا يمكن أن يقال إن مجرد القيام بهذه الحركة لا يكفي للقول بتحقق القبول، لأن هذه العلامة الواضحة فيها من الدلالة ما يتجاوز ما هو مطلوب بالواقع المادي. ثم إن العقد الإلكتروني هو في حقيقة الأمر من قبيل عقود الإذعان، متى لا يملك المستهلك إلا الموافقة أو الشتكي، فإن رغب في الانضمام اكتفى بالإمساء،

(1) حول الدفع الإلكتروني يراجع على كحلون، التجارة الإلكترونية، مجلة القضاء والتشريع، المرجع السابق.

(2) وأنهى المشتري التونسي مسألة الدفع الإلكتروني بوضع إطار قانوني لوسائل الدفع الإلكتروني بموجب القانون عدد 51 لسنة 2005 المؤرخ في 27 جوان 2005 المتعلق بالتحويل الإلكتروني للأموال، وحدّد من خلاله المبادئ العامة والتزامات المصدر والتزامات المستهلك ووضع نهاية جملة من الأحكام الجزائية في تزوير أداة التحويل الإلكتروني أو في استعمال الأداة المزورة أو في استعمال الأداة دون إذن صاحبها. وقد انخرطت البنوك والمؤسسات المالية على وجه الإجمال فعلاً في هذا الاتجاه وأصبحت هذه الوسائل معتدلة بدرجة كبيرة في الحياة العامة. بل إن المشتري التونسي تدخل سنة 2004 في اتجاه تقييم الفقرة الأولى من الفصل 76 من مجلة المحاسبة العمومية بموجب القانون عدد 90 لسنة 2004 المؤرخ في 31 ديسمبر 2004 المتعلق بقانون المالية لسنة 2005 في اتجاه الاعتراف بطرق الدفع الإلكتروني والإقرار بإمكانية المصالح العمومية في التعامل بالأدوات الإلكترونية، قوله إن

يأنه الجواب بالقبول في الأجل المذكور إنفذاً التزاماً، وأضاف بالفصل 34 أن «من صدر منه إيجاب بمراسلة بلا تحديد أجل يجيء ملزوماً إلى الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرح بخلافه في الكتاب. فإن صدر الجواب بالقبول في وقته ولم يبلغ إلا بعد انقضاء الأجل الكافي لإمكان وصول الجواب إليه بالوجه القياسي فالضادر منه الإيجاب لا يلزم شيء، ويقى الحق لمن لحقهضرر في طلب تسويف الخسارة التي تتسبب فيها». وبقى جميع هذه القواعد فاعلة بالتسبية إلى العقد الإلكتروني، أي أن العارض يلزم بمسك عرضه أجلاً معقولاً، الذي يخضع في نهاية الأمر لاجتهد المحكمة، على أن يبقى للمتضلل طلب التسويف عند الاقتضاء.

لكرن شبكة الأنترنيتس تأتي بصورة غريبة للعرض والإيجاب بما في ذلك الإشهارات الكاذبة والإشهارات غير المطلوبة وهو ما يعرف بـ spamming، من شأنها أن تنتهي صور المخادعة. وقد حجر الفصل 27 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية على البائع تسليم متوج مشروط بطلب دفع، لم تصدر بشأنه طلبية من قبل المستهلك، وإنما ممكن مطالبة هذا الأخير بمحرر أو كلفة تسليمه. القبول: القبول هو تصریح من جانب الموجب له بقبول العرض على حالته دون شرط، فإذا تطابق مع الإيجاب تكون العقد. ويمكن أن يرد القبول صراحة أو ضمناً، بل إنه يفهم من خلال المبادرة بتنفيذ أركان العقد على معنى الفصول 29 و 32 و 42 وإنع، وبالتالي لا يتطلب شكلاً معيناً للتغيير عن القبول. ولا يتطلب الفضاء الإلكتروني شروط إضافية، بل بمجرد الإطلاع على محتوى الموقع المناسب والوقوف على شروط التعاقد كما نقدم، يتم الضغط على مكان الموافقة فيكون العقد وفق صيغة منتجة لأثره، ولا يمكن أن يقال إن مجرد القيام بهذه الحركة لا يكفي للقول بتحقق القبول، لأن هذه العلامة الواضحة فيها من الدلالة ما يتجاوز ما هو مطلوب بالواقع المادي. ثم إن العقد الإلكتروني هو في حقيقة الأمر من قبيل عقود الإذعان، متى لا يملك المستهلك إلا الموافقة أو الشتكي، فإن رغب في الانضمام اكتفى بالإمساء، فيكون القبول بمجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعدول بمصداقته بعد مناقشة ومقاآضاة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنا عنه، فهو مضطراً إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه.....هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصل بعوامل نفسية⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول في مصادر الالتزام، ص 229.

حماية المستهلك، وهو الرأي المعتمد على المستوى الدولي⁽¹⁾. ورغم أن مكان و زمن العقد بدأ يفقد قيمته التطبيقية، بحكم إمكانية الأطراف في تحديد جملة من الضوابط والأحكام اتفاقاً، لها علاقة بمسألة الاختصاص والقانون المنطبق وما شابه ذلك، إلا أن بعض الآثار ما زالت ترتبط بهذا التحديد، ولها علاقة بموضوع مسؤولية الأطراف⁽²⁾.

(1) تبدو نظرية تصدر القبول والعلم به الأكثر شيوعاً بين البلدان، مثل ذلك القانون الفرنسي والكندي والأمريكي والإنجليزي.

« le contrat est conclu au lieu et au moment où le message d'acceptation parvient dans le système de l'offrant ».

والملاحظ أن المشرع التونسي نقل أحكام الفصل 11 من مشروع التوصية الأوروبية الخاصة بالتجارة الإلكترونية الذي لم يعتمد أخيراً بالتزامن رقم 31 لسنة 2000 الصادرة بتاريخ 8 جوان 2000 الخاصة بهذا المجال. وكان الفصل 11 ينص على ما يلي:

« le contrat est conclu lorsque l'acceptant recevait un accusé de réception de l'offrant. Voir à ce sujet, le guide juridique du commerce électronique, op. cit. p. 93 et suivant. »

وقد يطرح السؤال، على الأقل على المستوى النظري، إذا ما توقي الموجب أو نقد أهلته بعد التصريح، أو الموجب له قبل العلم بالعرض، خاصة إذا لم يضع المشرع حلاً واضحاً لهذه المسألة، وقد اختلف الرأي بين المدرسة الموضوعية -نظرية صدور القبول- والمدرسة الشخصية -نظرية تسلیم القبول-.

(في بالنسبة إلى وفاة الموجب أو فقدة الأهلية، تتجه المدرسة الموضوعية إلى اعتبار هذا الإيجاب، فيلزم الورثة عند الاقتضاء بإزالة موذتهم، على خلاف المدرسة الشخصية، وبالنسبة إلى وفاة الموجب له أو فقدة الأهلية، وإذا علم بالإيجاب، انعقد العقد على رأي المدرسة الموضوعية، على خلاف رأي المدرسة الشخصية). لكن المشرع التونسي، وفي إطار النظرية الموضوعية التي تبناها بمجلة الالتزامات والعقود، نص صراحة بالفصل 35 ماءع على أنه « لا يمكن إتمام العقد وفاء 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 ». لكن هذه التحليل لا يتماشى بطبيعة الحال مع المذهب الشخصي المعتمد بالفصل 28 سابق الذكر، ومع طبيعة المفهود الغربي. يراجع عباس العبيدي، المرجع السابق.

(1) من المفيد التأكيد على أن القنطرة بالمكان المناسب كافٌ للقول بتحقق ركن القبول، وهو المحاصل في التعاقد بين المعنين، لكنه كثيراً ما يرافق القبول، بالنسبة إلى العقد المبرمة مع المستهلك، إما ضاء الموجب له الإلكتروني أو الدفع المباشر للثمن بواسطة البطاقات البنكية التي من المفترض أن تخضع لظام معين تكون البنوك من خلاله بمثابة الغير المصادق للتعرف ببوريه المستهلك الحرف ولضمان الدفع عبر نظام متافق عليه مسبقاً.

(2) في التالي يجب استبعاد حدوث تلاقي الإيجاب والقبول بمجلس واحد المشار إليها بالفصل 27 م-أع. ورغم ظاهر هذا الفصل في اشتراط صدور القبول العيني، فإن محكمة التعقب أقرت صحة القبول إلى آخر المجلس، أي لا بد من فترة تأمل، فإن تراجع الموجب دون مراعاتها قامت المسؤولية التقصيرية بناء على أحكام الفصلين 82 و 83 م-أع، أي أن التراجع بعد خرقاً للالتزامات قانونية وليس خرقاً للالتزام شخصي من جانب واحد حسب وجهة نظر أولى أو خرقاً للالتزام من جانب واحد حسب وجهة نظر ثانية، كما تقدّم في شرح الاترادي الأحادي، على خلاف الإيجاب المقترن بأجل متي يكون التراجع فيه خرقاً للالتزام من جانب واحد. غير أن التعاقد عن بعد يوجب إلى جانب ضرورة احترام فترة التأمل، احترام الفترة الزمنية المنطقية التي تكون كافية لعلم الموجب له، كما تقدّم.

(3) محمد الزين، العقد، المرجع السابق، ص 114.

- تحديد الوقت الذي يمكن التراجع خلاله عن التعاقد: حيث لا يمكن التراجع عن الإيجاب إذا قبله الموجب له في زمن محدد.

- تحديد زمن العدول عن الشراء: يمكن العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام تحتسب

بالنسبة إلى الخدمات بدءاً من تاريخ إبرام العقد، على معنى الفصل 30 من القانون عدد 83 لسنة

2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

- حساب مواعيد التقادم: ترعرع الداعوى في أجل محدد يحسب انطلاقاً من نشأة العقد.

- تحديد القانون المنطبق والمحكمة المختصة في العلاقات التجارية الدولية.

- لها أهمية كبيرة كذلك في حالة إفلات الشاجر.

الطبع القانونية، ويمكنه أن يسترجع المبالغ المدفوعة⁽¹⁾.
* مكان وتاريخ إبرام العقد: لا شك في أن العقد الإلكتروني هو عقد بالمراسلة رغم الفورانية التي يتسم بها⁽²⁾، فهو يعتمد بنظرية صدور القبول، أو بنظرية تسلیم القبول، وما بهما من تقسيمات على ما تقدم؟

وفي خضم هذا الجدل الفقهي اعتمد المشرع التونسي منذ سنة 1906 حالاً وأضحا بمجلة الالتزامات والعقود بقوله بالفصل 28 « يتم العقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطرف الآخر بالقبول »، أي أن المشرع التونسي تبنى نظرية صدور القبول « وبالتحديد مذهب إعلان القبول⁽³⁾ ». لكن المشرع التونسي وبمناسبة تحرير القانون عدد 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية اعتمد رأياً آخر مراعياً في ذلك طبيعة المعاملات الإلكترونية، التي وإن كانت معاملات بالمراسلة عبر وسائل الاتصال، فإنها تتم بصفة فورية وواحدة، وكان من المطلوب الحرص على إبقاء التسلد المثبت لمثل هذه المعاملة، بقوله بالفصل 28 « ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبة بواسطة وثيقة إلكترونية ممضدة وموجهة إلى المستهلك، مالم يتطرق الطرفاً على خلاف ذلك ». ويبدو أن المشرع التونسي من خلال هذا الفصل قد تبنى نظرية العلم بالقبول، أمام حاجيات الشجارة الإلكترونية وضرورة

الآدلة والمعاملات والإيرادات العامة تدفع إتاً نفداً أو بموجب أوامر صرف إدارية أو شيكات بنكية أو بريدية أو تحويلات للحساب الجاري البريدي المفتوح باسم المحاسب المختص أو بواسطة وسائل النفع الإلكتروني المتوفّق بها طبق التشريع الجاري به العمل المتعلق بالمبادلات الإلكترونية ». VOIR:: Thibault VERBIEST, « La nouvelle loi bleue sur le commerce électronique », Juriscom.net, 4 avril 2000:

voir aussi « Quelle est la valeur juridique des contrats en ligne ? », L'Echo, 8 décembre 1999.

(1) من المفيد التأكيد على أن القنطرة بالمكان المناسب كافٌ للقول بتحقق ركن القبول، وهو المحاصل في التعاقد بين المعنين، لكنه كثيراً ما يرافق القبول، بالنسبة إلى العقد المبرمة مع المستهلك، إما ضاء الموجب له الإلكتروني أو الدفع المباشر للثمن بواسطة البطاقات البنكية التي من المفترض أن تخضع لظام معين تكون البنوك من خلاله بمثابة الغير المصادق للتعرف ببوريه المستهلك الحرف ولضمان الدفع عبر نظام متافق عليه مسبقاً.

(2) في التالي يجب استبعاد حدوث تلاقي الإيجاب والقبول بمجلس واحد المشار إليها بالفصل 27 م-أع. ورغم ظاهر هذا الفصل في اشتراط صدور القبول العيني، فإن محكمة التعقب أقرت صحة القبول إلى آخر المجلس، أي لا بد من فترة تأمل، فإن تراجع الموجب دون مراعاتها قامت المسؤولية التقصيرية بناء على أحكام الفصلين 82 و 83 م-أع، أي أن التراجع بعد خرقاً للالتزامات قانونية وليس خرقاً للالتزام شخصي من جانب واحد حسب وجهة نظر أولى أو خرقاً للالتزام من جانب واحد حسب وجهة نظر ثانية، كما تقدّم في شرح الاترادي الأحادي، على خلاف الإيجاب المقترن بأجل متي يكون التراجع فيه خرقاً للالتزام من جانب واحد. غير أن التعاقد عن بعد يوجب إلى جانب ضرورة احترام فترة التأمل، احترام الفترة الزمنية المنطقية التي تكون كافية لعلم الموجب له، كما تقدّم.

(3) محمد الزين، العقد، المرجع السابق، ص 114.

يطاله شيء من الغلط أو التغريب أو الإكراه المعنوي أو الغبن حتى يكون صحيحاً، لذلك نص الفصل 43 م.أع على أن «الرضا» الصادر عن غلط أو عن تدليس أو عن إكراه يقبل الإبطال، وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود نظام عيوب الرضا بالفصل 43 إلى 61 م.أع. لتناول بالشرح أحكام الغلط (1) والإكراه (2) والتغريب (3) والغبن (4) ونتهي إلى بيان حالات خاصة في المرض والسكر والمعاملات الإلكترونية (5).

الفقهاء تصور نظرية عامة في عيوب الرضا وإنما كان القصد أن توسيع الشروط والأحكام بالنسبة إلى كل حالة، وجاءت الأحاديث مفصولة في الإكراه والتغريب والغلط والغبن وغير ذلك من الأسباب مثل حالة السكر والمرض حسب الحالات والصور، حيث عرف الفقهاء الإكراه بأنه [إجبار الشخص على أن يأتي أمرًا قولًا كان أو فعلًا من غير أن يكون له فيه رغبة ولا يلزمه شرعاً وهو على نوعين إكراه ملجم وهو إكراه قوي ونام ويتطلب التدخل المادي وإكراه غير ملجم وهو إكراه ضعيف ونافض ويطلب مجرد التهديد. فال الأول يفسد الاختيار والرضي مما والثاني يفسد الاختيار فقط ويرى البعض الآخر أن الإكراه بجميع أنواعه يسلب التصرف قوته الإلزامية ونفاذها ويرى آخرون أن التصرف يكون باطلاً إذا شاهده شيء من الإكراه ويرى أبو حنيفة أن العقد يكون فاسداً فقط وليس باطلاً وذهب جانب من الحنفية إلى أن الإكراه يجعل العقد غير نافذاً ويرى الجمهور أن الإكراه يجعل العقد إما غير صحيح أو غير لازم، والغلط، وهي حالة «أن يتصور العاقد محل العقد على هيئة أو صفات غير حقيقته التي هو بها»، صيحة ردتها الفقهاء في عدة مواطن، وهي على نوعين إما أن يكون غلطًا في الجنس أو غلطًا في الوصف. ولا يتعدد العقد أصلًا في حالة الغلط في الجنس عند الحمية وجزاؤه البطلان، ويُقيِّد الغلط في الوصف الغيار للطرف الآخر، وهو ما يعرف بخيار الوصف، والثين «أن يكون أحد العرضين في عقد المعاوضة لا يساوي الآخر في القيمة بأن يكون أقل منه أو أكثر» وهو على نوعين إما أن يكون عقد المعاوضة لا يساوي الآخر في القيمة بأن يكون أقل منه أو أكثر فيتحقق الغلط في صيحة بسيراً أو فاختناً، ولا أثر للغير ي sisir في التصرفات، بينما الغبن الفاحش يجعل التصرف غير صحيح في بعض العقود (مال الصغير ومال الدولة ومال الوقف)، وفي غير ذلك من العقود لا يكون للغبن الفاحش أثر إلا إذا كان نتيجة تغريب حسب البعض فبحص طلب الفسخ حيث، وفي صورة عدم توفر التغريب لا يجوز الفسخ حتى مع الغبن، فيكون العقد لازماً مع الغبن. ولم يشترط جانب من الفقه سبق التغريب وأخذلوا بالغين دون تغريب. وذهب البعض الآخر إلى طرح الأثر عن الغبن في جميع الصور ومهما كانت طبيعة، والتغريب وهو «إغراء العاقد وخداعه»، كان على نوعين فعلياً وقولياً، فاما القولي فهو ما يصدر عن اللسان مثل الكذب وحكمه أنه لا يؤثر على العقد فيرد العقد صحيحاً ولا زماً إلا إذا نتج عنه غير فللمغبون خيار الفسخ وأما الفعلي فهو ما ينتجه عن الحركة مثل أن يصيغ الثوم القديم ويقدم على أنه جديد وحكمه عدم لزوم العقد وللسخور خيار التغريب أي خيار الفسخ. ومكنا فإن ما يعرف اليوم بنظرية عيوب الرضا قد أورد الفقه الإسلامي بتفصيل في عدة مواطن بعضها على مستوى الرضا وبعض الآخر على مستوى اللزوم وكان ذلك بمناسبة الحديث عن المقدود الخاصة. وقد حاول أخيراً عدد من الفقهاء صياغة نظريات عامة في ذلك على أساس عمل الفقهاء التفصيلي. بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 509 وما بعد.

والملخص في جميع ذلك أن تكون العقد الإلكتروني، في نهاية الأمر، وإن كان لا ينشأ كثيراً عن المبادئ العامة المبنية بمجلة الالتزامات والعقود، باعتبار أن المعاملة الإلكترونية تبقى في نهاية الأمر معاملة تعاقدية، فإنَّ خصوصية المجال الإلكتروني تصبح على هذا النشاط التجاري شكلاً معيناً وتفرد بخاصيص ما فتت تكاثر بحكم تقد المسائل الفنية وتجددتها.

بـ-سلامة الرضا

لا يكفي أن يقع التصریع بالرضا بل لا بد أن يقع صحيحاً أي خال من العيوب. فلا يكفي أن يتواجد الرضا بل لا بد أن يكون صحيحاً. وقد لا يكون الرضا معيناً فحسب بل قد ينعدم أصلاً، كما في صورة التعاقد مع فاقد العقل أو الصغير غير المميز أو الغلط في ذات الشيء وهو غلط مانع والإكراه المادي، ففي جميع هذه الصور ينعدم الرضا أصلاً ويحصل الخلل حيث لا يوجد أو عدم وجود الرضا وهو ما يتجاوز بطبيعة الحال مجرد صحة أو عدم صحة الرضا.

ولكنه في بعض الصور، وبالرغم من وجود الرضا، قد يصاب بشيء من الخلل يسبب الغلط أو التغريب أو الإكراه المعنوي أو الغبن، وتلك هي عيوب الرضا المتصلة بصححه أو عدم صحته⁽¹⁾. فيجب حيبذ أن يكون الرضا خال من العيوب بمعنى أن لا

(1) لم تُقْبِح عيوب الرضا نظرية متكاملة إلا بعد أن فاز الاتجاه الرضائي واحتكم التطبيق لمبدأ سلطان الإرادة، فكان لا بد من حماية الإرادة من أثر العيوب، وظهرت على ذلك الأساس النظرية الشخصية لعيوب الرضا.

فلم يكن القانون الروماني يعترف بعيوب الرضا على مستوى تكوين العقد بحكم الصيغة الشكلية التي تشير بها فالعقد لا يكتفى بإحب أشكال ثلاثة، الوزن الصوري واللقط والكتابة، ولم يكن لعيوب الرضا من أثر على تكوين العقد إلا بطريقة استثنائية حيث إن الغلط لا يؤدي للأبطال إلا إذا وقع في محل الالتزام أو في شخص المتعاقد أو في بعض الصفات كما أن التغريب والإكراه يهدان سين يوران الامتناع عن الوفاء بالعقد أو طلب الفسخ باعتبارهما من قبل الجهة التي يعاقب عنها لأخلاقها بواجب التزاعة في العقد، وما كان ذلك حماية لإرادة الطرفين، وعلى ذلك الأساس عادة ما ينفي رجال القانون من القانون الروماني اعتماده نظرية العيب أو نظرية عيوب الرضا نظراً لصيغته الشكلية.

وقد ورث القانون الفرنسي هذه النظرية المتشددة والمحظوظة تحت تأثير الفقيه Domat Pothier بمحجة استقرار المعاملات وتحقيق العدالة العقلية وقد أخذت المجلة المدنية الفرنسية لسنة 1804 بعضها من ذلك، وانتقلت تلك النظرية إلى مجلة الالتزامات والعقود من خلال الفصول 43 إلى 61 م.أع حيث انحصرت عيوب الرضا في التغريب والغلط والإكراه ويفيد بقية الصور مثل حالة السكر والمرض خاصة لاجتهد القاضي.

Carbonnier Jean: Les obligations, op. cit., p.94, n°22.

محمد الزين، العقد، المرجع السابق، ص 122 وما بعد وعدد 156 وما بعد. والحقيقة أن الفقه الإسلامي قد تحدث عن عيوب الرضا دون أن ترقى الصياغة إلى مستوى المبادئ العامة بمعنى أنه لا يمكن الحديث عن نظرية عامة في عيوب الرضا بالفقه الإسلامي، فلم تكن غاية

1- الغلط

الرومانى⁽¹⁾، بمعنى أن يجد الغلط كافية في واقع الحال دون الرجوع إلى اعتبارات نفسية أو رغبات شخصية. لكن الفقه الحديث لم ير في هذا الاتجاه إفتاء مناسباً وخلص الاجتهد لوضع معيار كان هو الأساس في بيان مدى تأثير الغلط من عدمه، فليس من الضروري التمييز بين الغلط المانع أو المبطل أو عديم التأثير بل الأساس أن تضبط طبيعة الغلط الذي يعيّب الرضا وبالتالي يؤدي للإبطال، تجاوزاً للغلط المانع المتصل بوجود الرضا وليس بصحته، فكان الحديث عن الغلط الجوهرى حيث إن الغلط الذي يعيّب الرضا هو الغلط الجوهرى بمعنى أن تصرف نية المتعاقدين إلى أمر جوهرى قد يكون في شخص المتعاقدين أو في الشيء أو حتى في البواعث لولاه ما كان ليتعاقد⁽²⁾. وسقط التمييز وبالتالي بين تلك الأصناف وانتقل الحديث من مستوى الموضوع إلى مستوى الشخصي، وانتهى فقه القضاء الفرنسي في عدّة مناسبات إلى تبني المعيار الجوهرى في الغلط كأساس لطلب الإبطال⁽³⁾. يقى أن نشرح جميع حالات الغلط كما جاءت بمجلة الالتزامات والعقود ونبين شروطها وطريقة إثباتها.

- حالات الغلط: أوردت الفصول 44 و 45 و 46 م. اع حالات الغلط، ويتلخص منها أن الغلط يمكن أن يقع في القانون كما يمكن أن يقع في الواقع، وقد أفرد المشرع صراحة الفصل 44 م. اع للغلط في القانون بينما تناول الفصلان 45 و 46 م. اع الغلط في الواقع⁽⁴⁾.

(1) لم يعترض القانون الروماني إلا بالغلط في ذات المعقود عليه والغلط في شخص المتعاقدين أي الغلط المانع في نهاية الأمر واعترف في مرحلة أخيرة بالغلط في مادة المعقود عليه أي المادة التي صنعت منها الشيء، وهي صور موضوعية تعكس غياب نظرية عبود الرضا بهذا القانون. وقد اعتمد هذا الاتجاه بالجريدة المدنية الفرنسية، حيث نص الفصل 1110 على الغلط في مادة الشيء الذي كان الأساس في تطور فقه القضاء الفرنسي في مرحلة لاحقة.

(2) R.David: *La doctrine de l'erreur dans Pothier et son interprétation par la Common Law d'angleterre*, Etudes Capitant, 1939, p.145 et suiv.

Vivien Georges: *De l'erreur déterminante et substantielle*, Rev. trim. dr. Civ., 1992, p.305.

(3) Carbonnier.Jean: *Les obligations*, op. cit., p.99 n° 23.

انطلاقاً من الفصل 1110 من الجملة المدنية الفرنسية المتعلقة بالغلط في مادة الشيء انتهى فقه القضاء بفرضها إلى الصفة الجوهرية في الشيء، فليست مادة الشيء هي المادة التي يصنع منها الشيء بل هي الصفة الجوهرية التي تعاقد من أجلها المتعاقدان.

« L'erreur doit être considérée comme portant sur la substance de la chose lorsqu'elle est de telle nature que sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté » Civ.28 janvier 1913, S.13, 1,487.

ويذكر أن الفصل 1110 من الجملة المدنية الفرنسية ينص على يلي:

Art 1110 C.Civ. « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de chose qui en est l'objet ».

(4) هذا التقسيم بعد حديث العهد حيث لم يميز القانون الروماني بين الغلط في القانون والغلط في الواقع، والقاعدة أن الغلط في القانون لا يعده به أصلاً إلا في حالات استثنائية كما في صورة إذا وقع

الغلط هو تصوير الواقع على غير حقيقته، فهو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهّم غير الواقع⁽¹⁾ أو «حضور خاطئ للواقع في ذهن الإنسان»⁽²⁾، فهو انعكاس ذهني واهٍ لواقع الحال وحقيقة⁽³⁾. وقد يحدث الغلط في تفسير القانون أو فهم القاعدة القانونية، كما يحدث في تفسير الإرادة التعاقدية وقد يحدث في تكوين العقد. وما يهمنا في جميع ذلك هو الغلط في تكوين العقد وهو الغلط الذي يعيّب الإرادة وهو في نهاية الأمر غلط يشمل أحد عناصر العملية التعاقدية⁽⁴⁾.

والغلط حسب درجة تأثيره ثلاثة أصناف إما أن يكون غلطاً مانعاً erreur obstacle أو غلطاً مبطلاً nullité أو غلطاً فاقد التأثير erreur indifférente. فيعرف الغلط المانع بأنه غلط حول طبيعة العقد، كما أن يعتقد الشخص شراء موضوع محدد في حين كانت العملية مجرد كراء أو غلط حول ذات الموضوع كما أن يعتقد شراء عقار والحال أن البيع يتعلق بسيارة أو غلط حول السبب كما في صورة إذا رغب الوالد الخروج من الشيرع ياجراء القسمة مع الموصى له ثم يتضح أن الوصية باطلة أو أن الموصي تراجع عن الإيماء. ويعرف الغلط المبطل بأنه الغلط الذي يمكن أن يؤدي لطلب الإبطال ويشمل الغلط في شخص المتعاقدين أو في صفة الأساسية والغلط في في نوع الشيء المعقود عليه أو في صفة الموجبة للتعاقد. أما الغلط فاقد الآخر فهو كل ما يجعل إلى الغلط في صفات غير جوهرية سواء في الشخص أو في الموضوع أو الغلط في الحساب أو في التقديرات الاقتصادية وقيمة الشيء وكذلك الغلط في البواعث على التعاقد. فما يرتبط بغير الرضا حقيقة هو الغلط المبطل وجراوه البطلان النسبي، أما الغلط المانع فوجده أنه ينعدم الرضا أصلاً وجراوه البطلان المطلق، ويمرّ الغلط فاقد الآخر دون تأثير على وجود أو صحة الرضا.

ويذكر أن هذا التقسيم الثلاثي لأثر الغلط إنما هو نظرية تقليدية ورثها القانون الفرنسي عن تطبيقاته القديمة المعتمدة أساساً على اعتبارات موضوعية ورثها عن القانون

(1) عبد الرزاق السنوسي: *المجلد الأول*, المرجع السابق, ص 289, عدد 162.

(2) نبيلة الكراي: *حسن النية في المادة العقارية*, دار سمعة على لنشر تونس, 2005, ص 23.

(3) وعلى ذلك الأساس يجب التمييز بين الغلط والنقطة، فالغلط في نهاية الأمر تصور واهٍ للحقيقة، بينما الخطأ La faute هو مخالفة الواجب القانوني المفروض سواءً عمداً أو بدون علم وذلك بفعل ما لا يجب فعله وعدم فعل ما يجب فعله على معنى الفصلين 82 و 83 م. اع. كما يجب التمييز بين الغلط والجهل حيث إن الغلط هو تصور واهٍ للحقيقة بينما الجهل هو عدم وجود الحقيقة بذهن الشخص أصلاً.

(4) Carbonnier.Jean: *Les obligations*, op.cit., p.85, n° 19.

المتغفر في أصل الحكم لا يكون سبباً في الإبطال إلا إذا كان مما يغترف فيه على ما تقدم من حدود. وأكثر من ذلك فقد يمتنع المشرع حتى بالنسبة إلى هذا الصنف الثاني من القوانين طلب الإبطال بعلة جهل القانون كما في صورة الفصل 1473 م.أ.ع بالنسبة إلى عقد الصلح حيث نص المشرع على أنه «لا يسوغ القيام بفساد الصلح لجهل في أصل الحكم ..»⁽¹⁾. الواضح أن الفصل 44 م.أ.ع أشار إلى «جهل عاقده لما له من الحق» ولم يتحدث عن الغلط، فليس الغلط كالجهل، فإذا كان الغلط تصور واهم للحقيقة فإن الجهل غياب كامل للحقيقة بذهن الشخص.

+ الغلط في الواقع: الغلط في الواقع إما أن يكون غلطاً في الموضوع أو في الشخص.

* الغلط في الموضوع: فإذا كان الغلط في الموضوع كان الغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في صفتة. وعلى ذلك الأساس فقد جاء الفصل 45 م.أ.ع في الغلط في الموضوع حيث إن «الغلط في نفس الشيء» يكون موجباً للفخر لغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في صفتة الموضوع. ويقصد بالغلط في ذات المعقود عليه أن يشمل الغلط هوية المعقود عليه، فيقع العقد على موضوع لم يكن هو المعني بالتعاقد، لأن يتعاقد الطرفان على بيع سيارة معينة ثم تبين أن الموضوع شمل غير ذلك. وبعد هذا الغلط في الحقيقة غالباً ما تعاقد على بيع الرضاة فقط وإنما يعدمه، وهي صور من صور البطلان المطلق. وأما الغلط في نوع الشيء فهو غلط في جنس المعقود عليه، فمع بقاء الشيء ذاته كان الغلط حول نوعيته، كما أن تكون كمية القمح أو الشعير من نوعية لم تكن محل اتفاق أو تكون البقرات موضوع الشراء ليست من الجنس المتفق عليه. وأما الغلط في الصفة الموجبة للتعاقد فهو غلط حول الصفة الجوهرية التي تعاقد الشخص من أجلها، فما كان من الممكن التعاقد لو لا تلك الصفة الجوهرية التي من المفترض أن تتوفر بالموضوع. كأن يشتري الشخص عقاراً كان يعتقد أنه يفتح على ملك عام، ثم تبين أنه مغلق من الجهات الأربع.

* الغلط في الشخص: وإذا كان الغلط في الشخص كان الغلط في شخص المعocado أو في صفتة الأساسية . وعلى ذلك الأساس جاء الفصل 46 م.أ.ع في الغلط في الشخص حيث إن «الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفتة لا يكون موجباً للفسخ إلا إذا كانت ذات المتعاقدين معه أو صفتة من الأسباب الموجبة للرضا بالعقد». ففي

(1) ورغمما عن ذلك فقد ذهبت محكمة التعقيب سنة 1980 فيما يخالف قواعد الفصل 1473 م.أ.ع عندما أقرت إمكانية طلب إبطال عقد الصلح مع شرطة التأمين بسبب جهل المتغفر لما له من حق.

قرار تعقيبي مدني عدد 2078 المؤرخ في 17 أبريل 1980 نشرة محكمة التعقيب مجلد عدد 1 من

165 عدد 128 المرجع السابق، ص 165.

+ الغلط في القانون: من المعروف أن لا يؤودي الغلط في القانون إلى طلب الإبطال لأنه لا أحد يعتذر بجهله للقانون حيث نص الفصل 545 م.أ.ع على أن «جهل القانون لا يكون عذراً في ارتكاب متنوع أو فيما لا يخفى حتى على العوام وذلك بعد نشره ومضي المدة المعينة لإجراء العمل به»، ولكن هذه القاعدة لا تسرى حقيقة إلا على الأحكام التي لها علاقة بالنظام العام متى لا يجوز لأحد مخالفته مضامينها ولا يجوز لأحد دعاء الغلط أو الجهل، فلا أحد يستطيع أن يبرأ مدة عقد الكراء الفلاحي لأقل من ثلاث سنوات خلافاً لأحكام القانون عدد 30 لسنة 1987 المؤرخ في 12 يونيو⁽¹⁾ ولا أحد يمكن له طلب الإبطال بعلة الغلط في المدة بل إنها تفرض فرضاً تجاوزاً لاتفاق الأطراف. ولكنه فيما يتجاوز قواعد النظام العام ويتصل بالقواعد الاستيفائية يمكن طلب البطلان فيه على شرطين أولهما أن يكون الغلط هو السبب الوحيد أو السبب الأصلي في التعاقد وثانيهما أن يكون الغلط مما يعذر فيه بالجهل، ولذلك نص الفصل 44 م.أ.ع على أن «العقد المبني على جهل عاقده لما له من الحق يجوز فيه الفسخ في حالتين :

أولاً: إذا كان هو السبب الوحيد أو السبب الأصلي في التعاقد.

ثانياً: إذا كان مما يعذر فيه بالجهل». معنى ذلك أن يكون الغلط هو المحدد في التعاقد فلولا حضور ما كان يعتقد المتعاقدان بهته من أحكام ما كان له أن يمضي العقد، وذلك هو شرط أن يكون الغلط جوهرياً، كما أن يعتقد الشخص ملكية للشئون بالمخالف ثم تبين بعد البيع أنه يملك النصف أو أنه أنهى على مطلبه في زمن كان يعتقد أنها مازالت زوجته أو أنه كان يعتقد أنه ملزم بالمصاريف خلافاً لأصل القاعدة. وقيام صحة الغلط في ذلك مشروط بما يعذر فيه بالجهل، فليست جميع القواعد القانونية محل عذر وإنما فقط ما يتجاوز أحكام النظام العام منها على ما تقدم من صور وأضاف الفصل 545 م.أ.ع أن «تحتفي هذه القواعد على العوام» يمعنى أن لا تكون القاعدة مشهورة بدرجة يفترض علمها فعلياً من الكافية، ففي ذلك فقط يمكن الحديث عن الغلط في القانون، وقد أورد المشرع عدة تطبيقات لهذا الشرط كما في صورة الفصل 438 م.أ.ع، بالنسبة إلى الإقرار حيث إن «الغلط في أصل الحق لا يكون عذراً في الرجوع في الإقرار إلا إذا كان مما يغترف فيه أو تسبب في تدليس الخصم الآخر»، وهو تأكيد للقاعدة أن الغلط

الغلط من قاصر أو امرأة أو جندي ولم يرد في المجلة المدنية تميز بينهما، وإنما توصل الفقه إلى التفريق بينهما انطلاقاً من الفصلين 1350 و2052 من المجلة المدنية الذين منعاً إمكانية إبطال الصلح والإقرار القضائي. ولا يعتمد بالفقه الإسلامي بالغلط في الأحكام الشرعية. الواضح من خلال ذلك أن مجلة الالتزامات والعقود قد تأثرت بتطور فقه القضاء في تميزها بين الغلط في القانون والغلط في الواقع.

(1) الرائد الرسمي عدد 43 بتاريخ 16 يونيو 1987 ص 268.

الموكل تطبيقاً للشروط العامة في الغلط، أما إذا أثبت خطأ الوكيل فقط فليس له إلا طلب التعويض دون رفض طلب الإبطال الذي يبقى جائزًا في هذه الصورة على معنى الفصل 49 م.أع.

-شروط الغلط: كي يعتد بالغلط يجب أن يكون جوهرياً ومتغيراً وليس من الضروري أن يكون مشتركاً بين المتعاقدين.

+ يجب أن يكون الغلط جوهرياً: نص الفصل 46 م.أع صراحة على أن الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفتة لا يكون موجباً للفسخ إلا إذا كانت ذات المتعاقدين معه أو صفتة من الأسباب الموجبة للرضي بالعقد. كما نص الفصل 44 م.أع على العقد المبني على جهل عاقده لما له من الحق يجوز فيه الفسخ إذا كان هو السبب الوحيد أو السبب الأصلي في التعاقد. وتلك هي الصفة الجوهيرية في التعاقد. وإذا لم ينص المشرع صراحة على هذا الشرط بالفصل 45 م.أع المتعلق بالغلط في الموضوع من حيث ذاته ونوعه وصفته، فإن المبدأ العام الوارد بالفصل 48 م.أع يعطي هذا النص صيت نص على أنه «إذا وقع النظر في الغلط والجهل الواقع في المحقق أو في المتعاقدين عليه فعلى القاضي أن يراعي ظروف الأحوال وسن القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرًا أو أنثى». وذلك يعني أن المشرع اعتمد المعيار الشخصي في تقدير الغلط. فالجوهري حيثذا هو ما اعتبره الشخص بصرف النظر عن حقيقة الشيء، فانتداب شخص ذي مؤهلات علمية تمكّن صاحب العمل من طلب الإبطال إذا ثبت أن ليس للمتدبر شهادة هندسية في المجال ولكنه لا يمكنه طلب الإبطال إذا كان في ذهن صاحب العمل أن يتفعّل بخبرة العامل دون النظر إلى شهاداته العلمية، وعلى ذلك الأساس يفرض أن يكون الغلط جوهرياً حتى يجوز طلب الإبطال بمعنى أن يراعي الجانب النفسي للمتعاقدين، وما كان جوهرياً في العقد هو العنصر الذي تعاقده على أساسه الشخص، فلو لا ذلك العنصر ما كان ليبرم العقد.

+ يجب أن يكون الغلط متغيراً: لم ينص المشرع صراحة على هذا الشرط، غير أنه يمكن استخلاصه من الفصلين 44 و 48 م.أع حيث نص الفصل 44 م.أع على ما يعذر جهله في القانون ونص الفصل 48 م.أع على كيفية تقدير الغلط مراعاة لظروف الواقع وسن و الجنس المتعاقدين. ويؤخذ من ذلك أن لا يكون الغلط غلطًا إلا إذا كان متغيراً حيث إن الغلط غير المتغير لا يصلح سندًا لطلب الإبطال⁽¹⁾، ولا يقوم المنطق صحيحًا

(1) والحقيقة أن فقه القضاة يفرنسا هو من وضع هذا الشرط بالنسبة إلى جميع حالات الغلط. وأصبح شرطاً أساسياً في الغلط.

ولكن مع ذلك أسقطت بعض الشارع الحديث هذا الشرط وذكرت على الصياغات الجوهيرية.

بعض المقوود الذاتية التي توقف على شخص محدد كما بالنسبة إلى المحامي والطبيب والمهندسين وغيرهم يمكن أن يؤدي الغلط حول شخص المتعاقدين أو صفتة إلى الإبطال، وعلى ذلك الأساس ركز الفصل 46 م.أع على ذات المتعاقدين وصفتها متى تكون جوهيرية في العقد، والمقصود من ذلك أنها تكون هي السبب الوحيد في التعاقد، كما في صورة أن يهب شخص ماله لقريب له ثم يتضح أن ذلك الشخص ليس له قرابة بالواهب.

ويبدو أن هذه الحالات قد وردت على سبيل الحصر، فلا يمكن بعد ذلك الحديث عن الغلط في البواشر أو الغلط في القيمة، فلم يرد فيها نص خاص بالرغم من التفصيل الذي أورده المشرع في شأن حالات الغلط. وما كان من الممكن أن يضع المشرع نصاً خاصاً لذلك والواضح أن الغلط في القيمة إنما حكمه حكم الغبن، وما كان من الممكن أن يضع له المشرع قواعد خاصة كما أن الغلط في البواشر يبقى بعيداً في حقيقة الأمر عن محظوظ الرضاة ولا يمكن أن تشمله قواعد الغلط التي تهدف إلى حماية صحة الرضاة كما في صورة أن يبيع الشخص العقار في مرض موته ثم يشفى بعد ذلك، فلا يمكن طلب الإبطال على أساس غلط في الدوافع إلا إذا افترضنا أن أسباب الإبطال على أساس الغلط. وما يبقى من حالات الغلط، وعادة ما يشار إليه في باب الغلط متعدد الآثار، هو الغلط في الحساب، فقد جاء المشرع بحكم خاص فيه حيث نص المشرع صراحة على أن « مجرد الغلط في الحساب لا يترتب عليه فسخ العقد وإنما يصلح الغلط⁽²⁾».

هذا وقد أورد المشرع في باب الغلط حالة خاصة بالغلط من الواسطة حيث نص الفصل 49 م.أع على أنه «إذا وقع الغلط من الواسطة التي اتخذها أحد الطرفين فله القيام بفسخ العقد في الصور المقررة بالفصلين 45 و 46 أعلاه وهذا لا ينافي إجراء حكم القواعد العامة المتعلقة بالتقسيم وحكم الفصل 457 فيما يتعلق بالتلغاف خاصة». وقد يفهم من ذلك أن الموكيل بإمكانه طلب الإبطال إذا وقع الوكيل في غلط كما لو كان الموكيل طرفاً في العقد وهي قاعدة عامة تفهم من خلال أحكام الوكالة وما كان على المشرع أن يوردها بفضل خاص واللحالة تلك⁽²⁾. والحقيقة أن الفصل 49 م.أع ذهب إلى أكثر من ذلك فهو يتعلق بالغلط في الأوامر أي غلط في أوامر وتعليمات الموكيل، معنى ذلك أن يرمي الوكيل اتفاقاً خلافاً لتعليمات الموكيل، ففي هذه الصورة يجوز للموكيل طلب الإبطال إذا كان الغلط من قبل الأغلاط الواردة بالفصلين 45 و 46 م.أع، أي من قبل الغلط في الموضوع أو الغلط في الشخص وهو اتجاه قد يضر بالغير حسن النية المتعاقدين مع الوكيل، على أنه من الممكن تقاديم الإبطال إذا أثبت الغير خطأ

(1) الفصل 47 م.أع.

(2) الفصل 1104 م.أع وما بعد في الوكالة.

لم يكن على علم بالفرع الجوهري في ذهن الطرف الآخر فذلك يعني أنه كان بحسن نية ولا يصح بطبيعة الحال قبول الإبطال بالرغم من حسن نية الطرف الآخر، فلا يمكن قبول الإبطال إلا إذا كان على علم بالفرع الجوهري أو كان لا بد له أن يعلمه ولم يتصل المعاقد بذلك العنصر نهاية، في تلك الصورة فقط يجوز طلب الإبطال. فلا يمكن أن يتحمل حسن النية نتيجة كتمان الطرف الآخر حقيقة نيته وذلك من الخطأ الذي يجعل الغلط غير مبرر⁽¹⁾.

-إثبات الغلط: تبقى القواعد العامة فاعلة فيما يتعلق بعبء الإثبات وطريقته، ولكن المشرع أورد أحکاماً خاصة بالنسبة إلى كيفية تقديمها من خلال الفصل 48 م.أ.ع.

+ Ubء الإثبات وطريقته: البينة على المدعى، فعلى من يدعى الغلط إثباته. ولا يلزم المدعى بإثبات أنه وقع في الغلط وأن الغلط كان جوهرياً ومتغيراً بل يجب أن يثبت أن ما كان جوهرياً علّمه المعاقد الآخر أو كان لا بد أن يعلمه.

ويكون الإثبات بجميع الطرق المتعلقة بواقة قانونية، فالرغم من أن الإثبات متصل بمحض تصرف قانوني، فإنه مع ذلك يقى بعيداً عنه لتعلق الإثبات بأمر يخرج مما

تضمنه الكتب. وعلى ذلك الأساس يجوز الإثبات بالقرائن والشهود وغيرهما.

ولا شك في أن إثبات الغلط أمر ليس بالهين لتعلقه بمستويات نفسية ورغبات شخصية⁽²⁾، ولكن الواقع عادة ما يرشد إلى حقيقة الوعي، وبإثبات الواقع إثبات لمستوى محدد من التفكير. فمن دخل محلًا ليبيع القطع الأثرية القديمة يفترض قمنا أن ما اشتراه الشخص له قيمة أثرية، وذلك من الصفات الجوهريات التي يتصل بها المعاقد الآخر بصفة ضمنية. ويكتفى حيثيات طبيعة المحل لإثبات الصفة الجوهيرية المتصلة بالغير في مثل هذه الصورة⁽³⁾.

الحصول على رخصة في البناء من البلدية مالم يشترط بالعقد صلوحة البيع للبناء⁽¹⁾.
(1) لم تنص مجلة الالتزامات والعقود صراحة على هذه الشروط، ولكنها تتخلص بطبيعة الحال من خلال تعریف معنی الجوهري في الغلط. ولكن بعض القوانین المقارنة نصت صراحة على هذه الصوره مثل الفصل 120 من القانون المدني المصري حيث تنص على أنه «إذا وقع المعاقد في غلط جوهري، جاز له أن يطلب إبطال العقد إذا كان المعاقد الآخر قد وقع منه في الغلط، أو كان على علم به، أو كان عليه من السهل أن يعيشه».

(2) Arrêt de la première chambre civile de la cour de cassation française du 26 janvier 1972, D. 1972, p.517-518.

(3) لقد طرحت سائلة يبع اللوحات الأثرية بفتح القضاة بفرنسا إشكالاً وعادة ما ترفض دعاوى البائع إذا ما دعى وقوعه في الغلط كما في صورة أن يبيع قطعة أثرية على أساس أنها غير حقيقة ثم يتضح بعد البيع أنها قعلاً لرسام مشهور erreur sur la prestation fournie وذلك لصعوبة إثبات حقيقة البيع، وكان قفة القضاء عادة ما يرفض مثل هذه الدعاوى لتنص في الإثبات. ولكن الدائرة الأولى المدنية بمحكمة التعقيب الفرنسية تقضت بتاريخ 22 فبراير 1978 قرار محكمة الاستئناف بباريس التي رفضت إبطال العقد بالرغم من أن أ Gowان المتهم أثروا أن اللوحة لرسام معين علاوة على اعتقاد

في التمييز بين الغلط في القانون والغلط في الواقع في اشتراط الغلط المختصر، فكان على الشخص أن لا يكون عديم الاحتياط حتى يتمسك بالغلط. ويكون الغلط مختصر إذا كان سببه لا يعود لخطأ ينسب للمتعاقد أو هو الغلط الذي يقع في جميع الناس إذا وضعوا في نفس الموقع أو أغلب الناس على الأقل أو بساطة هي الحالة التي لا يمكن تجنبها، فما يميز الغلط المختصر هو الاشتراك بين الناس واستحالة التجنب. فإذا نسب الخطأ للمتعاقد بطريقة أو أخرى وتجاوز الخطأ المعتمد من قبل أغلب الناس وكان من الممكن تجنبه، والبعض يشترط الخطأ الفاحش⁽¹⁾، فالتأكيد أنها حالة من حالات الغلط غير المختصر التي لا تسمح بطلب الإبطال⁽²⁾.

+ يجب أن يكون الغلط مشتركاً أو فردياً يعلمه الطرف الآخر أو كان لا بد له أن يعلمه: أن يكون الغلط مشتركاً erreur commune فذلك يعني أن يقع الطرفان، كل من لجهته، في الغلط، كما يعتقد الطرفان التعاقد على بقراة من نوع محدد ثم يتضح ققاده فيها أو يتعاقد الطرفان على لوحة اعتقاد الطرفان أنها أثرية ثم تبين خلافاً لذلك. وإذا كان الغلط فردياً فذلك يعني أن يقع طرف واحد في الغلط دون الآخر. ولكن اشتراط البعض ضرورة أن يكون الغلط مشتركاً، فإنه بقراءة الفصول 44 إلى 49 م.أ.ع يتضح جلياً أن مجلة الالتزامات والعقود لم تشترط الاشتراك في الغلط حيث يكتفى أن يكون الغلط جوهرياً ومتغيراً بالنسبة إلى شخص واحد حتى تصبح المطالبة بالإبطال، ذلك أن الغلط يحمي رفقاء أحد المتعاقدين ويكتفى غلط أحدهما للقول بالإبطال. ولكنه إذا كان الغلط مشتركاً على ما تقدم من معنى الأكيد أنه من الممكن طلب الإبطال، فقط أن الاشتراط ليس شرطاً في الغلط، إذا يكتفى الغلط الفردي.

إذا كان ليس من الضروري أن يكون الغلط مشتركاً فإنه من الضروري أن يكون عنصر الغلط محل مجادلة أو لا بد أن يكون محل نقاش بين الطرفين يوم التعاقد، أي أن يكون المتعاقد على علم بالغلط أو كان لا بد له أن يعلمه، فذلك ما يعني أن الفرع كان جوهرياً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر. أما إذا لم يكن محل جدل صراحة أو ضمناً فذلك يعني أن الغلط قد تعلق ببعض الدوافع والبواعث التي تبقى خارجة عن إطار التعاقد ولا يصلح الغلط حيث أن يكون سبباً في الإبطال⁽³⁾. ثم إن الطرف الآخر إذا

عبد الرزاق السنهوري، المجلد الأول، المرجع السابق، من 289 عدد 162 وما بعده.
ويعنى ذلك بقى الشرط منطبقاً حتى في صورة عدم التضييق عليه صراحة حيث ما كان للشخص أن يتمسك بالغلط والحال أنه كان مهملاً والإهمال من الخطأ.

(1) محمد الزين، المرجع السابق، ص 132 عدد 170.

(2) نبيلة الكراي: حسن النية في المادة المقاربة، المرجع السابق، ص 60.

(3) قرار تقيي عد 2490 مورخ في 5 فبراير 1979 نشرة محكمة التعقيب 1979 ، ص 61.
حيث جاء في القرار «أنه لا يجوز لمن اشترى قطعة أرض بداع البناء أن يطلب إبطال البيع إذا تذرع له

٤- تقدير الغلط: يختلف تقدير الغلط حسب النظرة الموضوعية أو الذاتية. فإذا كانت النظرة موضوعية فيكتفي معاينة الغلط في حقيقة المتعاقدين فيه أي خارج ذهن المتعاقدين، وإذا كانت النظرة شخصية لا بد من إثبات الصفة الجوهريّة في ذهن المتعاقدين مع اختلاف التفاصيل ودرجةوعي كل شخص بالنظر لدرجة معرفة وعلم الشخص وسنه وكونه ذكراً أو أنثى، لذلك نص الفصل 48 م.ا.ع على أنه «إذا وقع النظر في الغلط والجهل الواقع في الحقوق أو في المتعاقدين عليه فعل القاضي أن يراعي ظروف الأحوال وسن القائم بالغلط وحاله وكونه ذكراً أو أنثى». لذلك كانت النظرة بمجلة الالتزامات والعقود نظرية شخصية تتجاوز حدود الإطار الموضوعي، فما يؤخذ من الواقع هو إثبات للحالة الشخصية للمتعاقدين.

وبناءً على ذلك أن مجلة الالتزامات والعقود قد تأثرت بالاتجاهات الحديثة بالفقه والقضاء الفرنسي واعتمدت بذلك النظرة الشخصية أو الذاتية ولكنها استبعدت بعض الأغلاط مثل الغلط في الحساب والغلط في القيمة فلا يمكن أن يؤدي الغلط في الحساب إلى طلب الإبطال وبقى الغلط في القيمة رهن أحكام الغن.

٢- الإكراه

الإكراه ضغط يقع على المتعاقدين فيlegate للتعاقد، فهو بمثابة القوة التي تدفع المتعاقدين فتحمله على التعاقد دون رغبة منه أو هو «إجبار الشخص على أن ياتي أمرًا قولاً كان أو فعلًا من غير أن يكون له فيه رغبة ولا يلزمته شرعاً»^(١)، فهي طريقة تحمل المتعاقدين على أمر غير مرغوب فيه.

وما يعيّب الرضاء هو ذلك الضغط الذي يحدث رهبة لدى المتعاقدين الآخر، فليس من الضروري أن يكون إكراهاً مادياً حتى يقع العيب في الرضاء، فذلك ما يحمل إلى انعدام الرضاء أصلاً، وهو يتجاوز مستوى سلامه الرضاء من العيوب ويصل بوجود الرضاء، كما أن يأخذ المتعاقدين الآخر ويجعله يمضي، كذلك من قبل الإكراه المادي الذي يرفعه إلى مستوى الجنحة الجزائية، مما يكتفي في إطار نظرية عيوب الرضاء هو أن يمارس الإكراه المعنوي الملحق للتعاقد دون أن تفقد الإرادة تماماً.

البائعين.

Arrêt de la première chambre civile de la cour de cassation française du 22 février 1978, D. 1978, p.601-602.

(١) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 511. أورد الكاتب التعريف حديثاً عن تعريفات الإكراه من قبل الفقهاء في الشريعة الإسلامية.

وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود أحکام الإكراه بالفصول من 50 إلى 55 تأثيراً بالقانون الفرنسي وباتجاهات الفقهاء والفقهاء في ذلك الزمان أي زمن تحرير مجلة الالتزامات والعقود. وقد بين المشرع من خلالها مفهوم الإكراه وشروطه.

-مفهوم الإكراه: عرف الفصل 50 م.ا.ع الإكراه بأنه «إجبار أحد بغير حق على أن يعمل عملاً لم يرتضه». فهو إجبار تعمّزه المشرعية ينتهي بالقيام بعمل لم يرتضيه المتعاقدان.

والإجبار هو الضغط أو التهديد أو العنف وليس من الضروري أن يكون إجباراً جسدياً وهو ما يعرف بالإكراه المادي أو الحسي كما في صورة أو يخدر المتعاقدين أو يحمل بالقوة المادية مثل الضرب على الإمامين بل يكفي التهديد والضغط النفسي الذي يحدث رهبة لدى المتعاقدين وهو ما يعرف بالإكراه المعنوي، وما يكتفي في إطار نظرية عيوب الرضاء هو التهديد النفسي دون العنف المادي.

وقد تعدد وسائل التهديد والعنف وليست هناك صورة مخصوصة في ذلك، نقل شخص وحجزه وضرره أو تهديده بإحراق منزله أو قتل ولده أو تغيير حاله بسحر وغيره أو المس من اعتباره وشرفه وغير ذلك من الحالات والصور...، والمهم في جميع ذلك أن يحدث الإكراه ألمًا بيدهن المكره أو اضطراب معنوي له بالـ في نفسه أو خوف عليها أو على عرضه أو ماله، فالخوف ليس على النفس فقط بل يشمل العرض والمال شرط أن يكون الضرر المتوقع فادحاً، فلو كان الضرر منعدماً أو يسيرًا ما كان يصبح الحديث عن الإكراه. غير أنه يتعمّن اعتماد المعيار الذاتي في تقدير أثر الإكراه لذلك نصّ المشرع على أن الإكراه لا يكون إكراهاً إلا إذا كان «من شأنه إحداث ألمًّا بيدهن المكره أو اضطراب معنوي له بالـ في نفسه أو خوف عليه أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح بالنسبة لسته وكونه ذكراً أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثيره»^(٢).

وعلى ذلك الأساس فإن جميع الوسائل المستعملة في الإكراه، سواء كانت مادية أو معنوية إنما هي ركن موضوعي في الإكراه وما يبقى في نفس الطرف الآخر من أثر إنما هو الركن المعنوي في الإكراه. وإذا ذهب البعض إلى اعتماد النظرة الموضوعية في الإكراه بالاكتفاء بتحليل الرسائل الموضوعية في الإكراه، فإن مجلة الالتزامات والعقود اتّخذت سبيل المذهب النفسي في ذلك، فلا بد أن يقدر الضرر الفادح أو أثر الإكراه تقديرًا شخصياً أو ذاتياً يمعنى أن يقدر الضرر بالنظر للسن المتعاقد وكونه ذكراً أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثيره^(٣).

(١) الفقرة الثانية من الفصل 51 م.ا.ع.

(٢) الفقرة الثانية من الفصل 51 م.ا.ع.

53 م.أع لا تمنع أن يصدر الإكراه عن أسباب غير بشرية كما في صورة أن يلجم الواقع والظروف إلى التعاقد كرها وهو ما يعرف بحالة الضرورة، فقد تلجم الظروف الخارجية الشخص إلى التعاقد كرها وتجعل الطرف الآخر يستغل هذه الظروف لصالحه بإجحاف. فلما كانت العبرة بوقع الإكراه وليس بالإكراه نفسه، فلا يهم حيث مصدر الإكراه إن كان الغير أو ظروف خارجية، كما في صورة أن يتعاقد الشخص المهدد بالفرق أو الموت أو الإفلاس على إنقاذ مقابل أموال غير عادلة. وبالرغم من أن القانون الفرنسي لم يضع قاعدة خاصة لحالة الضرورة تأثيراً بالقانون الروماني⁽¹⁾ إلا أن الفقه⁽²⁾ وفقه القضاء عادة ما يأخذ بهذا العنصر في طلب الإبطال⁽³⁾، كما ذهبت محكمة التعقب التونسية إلى نفس الرأي⁽⁴⁾، وقد سبق للفقه الملكي أن تحدث عن حالة الضرورة في باب الإكراه وجعلها سبباً من أسباب البطلان⁽⁵⁾. ومن ثم فإن الإكراه يمكن أن يكون من المتعاقد الآخر أو من الغير دون شرط التواطؤ أو من حالة الضرورة.

* على من يقع الإكراه: كما أنه ليس من الضروري أن يقع الإكراه على شخص المتعاقد، بل يوكل بالإكراه وإن وقع على شخص له قرابة مع المتعاقد المكره، لذلك نص الفصل 54 م.أع على أن «الإكراه يوجب فسخ العقد وإن وقع على من له قرابة قوية مع المتعاقد المكره على العقد». ولكن المشرع تحدث عن القرابة القوية التي يمكن أن تشمل جميع الأشخاص الذين لهم قرابة بالمتعاقد في نهاية الأمر، ويبدو النص العربي مختلفاً عن النص الفرنسي الذي اعتمد قرابة الدم، والاختلاف واضح بين علاقة القرابة وعلاقة الدم حيث إن علاقة القرابة يمكن أن تحتوي الزوجة وعلاقة المصاهرة بصفة عامة. ولكن ذلك لا يمنع الأخذ بالإكراه إذا وقع الإكراه على شخص ليس له قرابة قوية

(1) القانون الروماني يشترط أن يكون الإكراه متعمداً، وعلى ذلك الأساس ما كان من الممكن أن تكون حالة الضرورة إكراهاً، وذلك ما ييرر غياب الفاعلة بالملحق المدنية الفرنسية.

(2) Carbonnier.Jean: *Les obligations*, op. cit., p. 102, n° 23.

(3) ذهبت محكمة التعقب الفرنسية منذ قرار 27 أبريل 1887 (D. 1888 p. 263) إلى وضع مبدأ عام وهو أن الرضا ليس حراً إذا صدر نتيجة ضرر فادح دون التوقف على مصدر الضرر كونه نتيجة أمر طاري، وكانت القضية تتعلق باتفاق بين ريان السفينة ومتقلدي السفينة. وعلى ذلك الأساس صدر القانون الفرنسي الخاص بالإنقاذ والمساعدة البحرية بتاريخ 29 أبريل 1916 ونص صراحة على إمكانية مراجعة أو إبطال العقد المبرم تحت ضغط الأحداث.

Carbonnier.Jean: *Les obligations*, op. cit., p. 102, n° 23.

وقد ذهبت محكمة التعقب الفرنسية بتاريخ 5 جوان 1965 (b.civ. 1965 p. 40545) إلى إبطال عقد شغل لضمه شروط مجحفة بالنسبة إلى العامل الذي تعاقد نتيجة حاجته المؤكدة للمال بسبب مرض ابنه.

(4) ذهبت محكمة التعقب التونسية بتاريخ جوان 1976 إلى إمكانية الإبطال بسبب التعاقد تحت ضغط تجربة التعاقد سنة 1969، ولكن المحكمة لم تقض يومها لفائدة المدعى بسبب تقادم الدعوى.

(5) عبد الرزاق السنورى: *مصادر الحق في الفقه الإسلامي*, الجزء الثاني، ص 183 وما بعد.

ويؤخذ من جميع ذلك أن الإكراه إنما يعتد بأثره على نسبة المعاقد فتساءل دوماً عن مقدار خوف ورهبة المعاقد حتى يجعله يلجم ل التعاقد قهراً، والمعيار في ذلك ذاتياً، فيختلف التقدير باختلاف طبيعة الشخص وقدره وسته و موقعه ومكان الواقعه وزمانها، فما يعتبر إكراه بالنسبة إلى البعض ليس كذلك بالنسبة إلى الآخر وما يعتبر إكراه في زمن ومكان ليس كذلك في زمن ومكان غيرهما، مما يتحمله الشاب ورجل الأعمال والرجل العارف من تهديدات ليس كما تتحمله امرأة عجوز ورجل مسكين ورجل أمري وما يتحمله شخص على الأرض من تهديد ليس كما يتحمله شخص مهدداً بالفرق⁽¹⁾ أو السقوط من الطائرة، وما يعتد به في الإكراه في نهاية الأمر هي تلك الرهبة أو الخوف الذي ينتهي بالقيام بعمل لم يرتضيه المعاقد، على أن الناس لا تساوى في مقدار التحمل والأثر فكان من اللازم أن تراعي الاعتبارات النفسية والشخصية والملابسات الخارجية في تقدير أثر الإكراه، وتلك مسألة موضوعية تبقى من اختصاص قضاة الأصل ويستدلّ عليها بجميع وسائل الإثبات.

-شروط الإكراه: وضع المشرع شروطاً لها علاقة بجهة الإكراه وقواعد الإصابة.
+من حيث جهة الإكراه: نقطتان هامتان وضع لهما المشرع أحکاماً خاصة، ما هو مصدر الإكراه؟ وعلى من يقع الإكراه؟

* ما هو مصدر الإكراه: ليس من الضروري أن يصدر الإكراه عن المتعاقد الآخر، فقد جعل المشرع مصدر الإكراه متجاوزاً شخص المتنفع من العقد حيث نص الفصل 53 م.أع على أن «الإكراه يوجب الفسخ وإن لم يقع من المعاقد الذي انجرت له مفعمة بالعقد».

وعلى ذلك الأساس يمكن أن يصدر الإكراه عن المعاقد كما يمكن أن يصدر عن الغير، وليس من الضروري أن يكون المعاقد المتنفع بالعقد عالماً بإكراه الغير حيث إن الصيغة العامة الواردة بالفصل 53 م.أع ترفع شرط المشاركة بين الغير والمتنفع بالعقد⁽²⁾. فقد يكون غيراً غير مشارك أو مشاركاً⁽³⁾. بل إن الصيغة العامة الواردة بالفصل

(1) Cass. Française 27 avril 1887, D. 1888, p. 263.

وهو صورة تبين إمكانية طلب إبطال العقد السليم بين قائد السفينة المهدد بالفرق مع المتقدمين.
(2) يبدو المشرع قد نقل بذلك أحکام القانون الفرنسي الذي يميز بين التغير والإكراه، حيث إن تدخل الغير في التغير (يراجع الفصل 56 م.أع) يتوقف على التواطؤ بين المطرفين بينما لا يشترط العلم في الإكراه، والسبب في ذلك هو أن قواعد الإكراه توافق الإكراه في حد ذاتها. وهي نظرية ورثتها القانون الفرنسي عن القانون الروماني.

(3) بعض القوانين المقارنة تشرط علم المعاقد المتنفع حيث نص الفصل 128 من القانون المدني المصري على أنه إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفترض أن يعلم بهذه الإكراه.

بالمعاقد، مثل الصديق والخطيب، فمثل هذه الروابط قد تكون أشدّ من قرابة الأبوة أو الأخوة، ويفى الإشكال مرتباً بثباتات أثر الإكراه على شخص المعاقد وهذا هو المهم في الإكراه، والقاعدة في جميع ذلك أن ليس من الضروري أن يقع الإكراه على شخص المعاقد شرط أن يقع الإكراه وقوعه على شخص المعاقد.

+ من حيث الأصل: يشترط المشرع أن يكون الإكراه حاسماً وغير مشروع.

* يجب أن يكون الإكراه جوهرياً : يمعنى أن يكون حاسماً، فلا يمكن أن يؤدى الإكراه إلى الإبطال إلا إذا كان حاسماً أي ما كان المعاقد ليضع إمضاءه لولا تلك الحركة أو ذلك القول الموصوف بالإكراه، لذلك اشتهرت الفصل 51 م.أع أن « لا يمكن الإكراه موجباً لفسخ العقد إلا ... إذا كان الإكراه هو السبب الملحق للعقد⁽¹⁾ »، معنى ذلك أن يصل الإكراه حداً لا يقي للمعاقد الخيار، فلو كان من الممكن أن يوجد المعاقد سيلالكي لا يوافق ما كان للإكراه أن يكون حاسماً فذلك يعني أن يليغ الإكراه درجة من الحدة، غير أن تأثير الإكراه يختلف من شخص لأخر، فكان من اللازم أن يكون البحث ذاتياً أي شخصياً بحيث يعتمد بطبيعة الجنس وسنه ووضع البشر وغير ذلك من الظروف الخاصة، فلا يمكن الإكراه موجباً للإبطال إلا إذا كان الإكراه من شأنه إحداث ألم يدين المكره أو اضطراب معنوي له بالف نفسه أو خروف عليها أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح بالنسبة لسته وكونه ذكر أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثيره⁽²⁾.

وعلى ذلك الأساس فإن « الخوف المترتب على الحياة la crainte reverentielle لا يقتضي الفسخ إلا إذا صعبه تهديد قوي وضرب⁽³⁾ ». فقد يتورط الشخص نفرة على طرف آخر مثل علاقة الأب بالابن أو علاقة الزوج بالزوجة أو علاقة رجل الدين بالآخر أو علاقة الرئيس بالمرؤوس وغير ذلك من العلاقات وهذا التفوه يفي أثراً أدبياً على الطرف الآخر بحكم شدة العلاقة وقوتها التأثير وقد ينقاد الطرف إلى الموافقة حية واحتراماً، ومع ذلك لا يعد ذلك من قبيل الإكراه لأنه لم يرق إلى درجة الحسم، فقط أنه إذا صاحب هذه العلاقة شيء من التهديد القوي والضرب عندئذ يمكن الحديث عن صورة الإكراه المؤدي للإبطال وهو في نهاية الأمر ما يمكن أن يؤدي إلى معنى الإكراه المعنوي والإكراه المادي على ما تقدم من تفصيل.

(1) استعملت الصياغة العربية عبارة «الملحق» وهي عبارة معتمدة باللغة الإسلامية حيث يقسم الفقهاء الإكراه إلى إكراه ملحق وهو «ما كان بالتهديد أو بيئ أحد الأعضاء أو بالضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو المضبوط والإكراه غير الملحق وهو «ما كان بالتهديد بالجنس أو القيد أو الضرب الذي لا يخفي إلى التلف». وهو تقسم بين الإكراه المادي والإكراه المعنوي.

يدران أبو العينين بندران: المرجع السابق، ص 111.

(2) فقرة ثانية فصل 51 م.أع.

(3) الفصل 55 م.أع.

* يجب أن يكون الإكراه غير مشروع: فقد عرف الفصل 50 م.أع الإكراه على أنه «إجبار أحد بغير حق...». وتدلّ كلمة «غير حق» على شرط عدم المشروعية في الإكراه، معنى ذلك أن الإكراه إذا كان مشروعًا لا يفسد العقد كما في صورة التفوه الأدبي على معنى الفصل 55 م.أع، فهو نفرة مشروع لا يؤدي عادة إلى الإبطال إذا بقى في حدوده الأدية ومستواه التربوي، وكما في صورة التهديد بالتضليل أو بغير ذلك من الطرق القانونية على معنى الفصل 52 م.أع، كما في صورة أن يطالب الدائن بحقه وإلا اتخذ الإجراءات القانونية لضرر عقلة على أموال المدين، فطالما كانت الأهداف مشروعة والوسائل مشروعة فلا إكراه، وتمتد المشروعية بذلك إلى الوسائل والأهداف معاً.

ويعد الإكراه في نهاية الأمر على عكس ذلك وسيلة غير مشروعة لتحقيق أهداف غير مشروعة، على أن استعمال وسائل غير مشروعة لتحقيق غرض مشروع لا يرفع عن العمل صبغة الإكراه سواء كانت وسائل قانونية أو واقعية، كما في صورة أن يفاجأ السارق بفعله فيحرر اتفاقاً موجهاً مع المالك بهدف عدم الشكوى أو أن يفاجئ الزوج زوجته بصدق خيانته فيجعلها تمضي كتب اعتراف بدين أو أن يبيع المدين أحد عقاراته للدائن بسعر غير عادي تحت ضغط الشكوى⁽¹⁾ أو أن يهدد رجل أعمال امرأة عجوزاً ترحب في البقاء بالمحل الذي تسكنه بالزيادة في ثمن المبيع وبإخراجها من ذلك المنزل الذي سبق شراؤه من قبلها عن طريق المزايدة وجعلها تخوض كباً تخلّي بموجبه عن حقوقها في المنزل مقابل بيتها⁽²⁾، وإذا كان إضراب العمال أمراً مشروعاً إذا مورس طبق القانون، فإن اللجوء إلى العنف والضرب يحمل إلى إبطال الاتفاق المبرم⁽³⁾. ولذلك

(1) قرار تعفيسي مدني بتاريخ 26 أبريل 1969 1969 المجلة القانونية التونسية 1970، ص 239.
(2) Arrêt de la cour de cassation française 3 novembre 1959, D. 1960, p.187, note G. Holleaux.

(3) ذهب محكمة nantes الفرنسية بتاريخ 6 جانفي 1956 إلى إبطال اتفاق مضى من قبل ممثلي المنظمات المهنية تحديداً لأجر العمال بحججه أن الإمامه كان تحت ضغط تهديد العمال ولو أنه من حق العمال الإضراب عن العمل للمطالبة بحقوقهم. وكانت بذلك وسائل غير مشروعة لتحقيق أهداف مشروعة.

Tribunal civil de Nantes, 6 janvier 1956, gazette du palais, 1er sem., p. 61 - 62.

« S'il est de fait que la plupart des lois sociales qui ont aidé l'ouvrier à sortir de sa condition servile, ont été dictées par la force syndicale, les ouvriers trouvant « parfois par la grève ou même la violence les moyens de se faire entendre », l'exercice de la violence ne saurait être pour autant consacré.

Spécialement, il ya lieu de prononcer la nullité de l'accord signé à Nantes le 17 aout 1955 relatif à la fixation des salaires; dès lors qu'il apparaît que les représentants des organisations professionnelles patronales ont pu avoir légitimement conscience que s'ils avaient refusé l'accord demandé, un geste eut suffit pour déchaîner, avec leurs conséquences les plus graves, les réactions incontrôlables de la masse d'hommes qui les tenait à sa merci, que

الإكراه طلب الإبطال ولو أن الإكراه لم يقع من المعاقد الذي اتجررت له متفعة العقد⁽¹⁾ وإن وقع الإكراه كذلك على من له قرابة قوية مع المعاقد المكره على العقد⁽²⁾، فإن التغريب لا يؤدي إلى الإبطال إلا إذا «وقع من أحد الطرفين أو من نائبه أو من من تواطأ معه»⁽³⁾. كذلك يعني أن المشرع قد راعى في الإكراه المقتضيات النفسية في الرضاء وحرص على خلو الرضاء من العلل تجاوزاً لأصل الإكراه ومقتضيات الاعتبارات الأخلاقية في جعل المقررة شخصية، فقد انحني المشرع في نظام الإكراه بوضوح إلى معنى صحة الرضاء على حساب معنى عقاب الجنحة، وربما كان ذلك تأثيراً بأحكام الفقه الإسلامي الذي عنى بشدة بتنظيم أثر الإكراه على الرضاء⁽⁴⁾. وخلافاً لذلك كانت الغلبة في التغريب للاعتبارات الأخلاقية على حساب الاعتبارات النفسية، فلا يمكن أن يعذر بتغريب الغير إلا إذا كان متواطناً مع المعاقد أو علمه هذا الأخير، فثمة شيء ينسب إلى المعاقد وبذلك تتحقق شخصية المقررة في مستواها المدني.

على أن التغريب بوصفه جنحة مدنية يختلف بطبيعة الحال عن التحيل بوصفه جريمة على معنى الفصل 291 م.أ.ع، مما يشترطه المشرع جزائياً لقيام التحيل يختلف عن الجنحة المدنية بوصفها معيبة للرضا⁽⁵⁾. وقد أورد المشرع من خلال الفصول 43 و 56

(1) الفصل 53 م.أ.ع.

(2) الفصل 54 م.أ.ع.

(3) الفصل 56 م.أ.ع.

(4) عبد الرزاق السنوسي: مصادر الحق في الإسلام، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 183 وما بعده.

(5) نص الفصل 291 من المجلة الجزائية، كما هو منقح بالأمر المؤرخ في 8 أكتوبر 1935، على أنه يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام وبخطيئة قدرها الفان وأربعونا دينار كل من استعمل اسمه مدلساً أو صفات غير صحيحة أو التجاً للتحيل والخزعبلات التي من شأنها إثارة الغير بوجود مشاريع لا أصل لها في الحقيقة أو تفوه بألفاظه وهي أو التي من شأنها بعث الأمل في نجاح غرض من الأغراض أو الخوف من الإخفاق فيه أو وقوع إصابة أو غيرها من الحوادث الخطيرة ويكون قد تسلم أو حاول أن يتسلم أموالاً أو مقتولات أو رفقاء أو ممتلكات أو أوراقاً مالية أو وعوداً أو وصولات أو إيرادات واحتلاس بإحدى هذه الوسائل أو حاول أن يختلس الكل أو البعض من مال الغير».

ولا شك في أن جريمة التحيل جريمة متشعبة توفر أركانها بتورط إحدى العناصر الميتة تفصيلاً بالبعض، فيما يكتفي بكتفه بذنبه مثلاً الإكراه، وفيما يكتفى بالكتف بل لا يكتفى بالكتف بل لا يكتفى بالصمت والكتمان للقول بالتحيل والخزعبلات التي يكتب الكلب لون العقيقة فيخدع بها العجمي عليه، كما في صورة وجود توفر المظاهر الخارجية التي يكتب الكلب لون العقيقة لتثبت إكاذيب الحاتي، معنى ذلك إخراج سرجي أو استعمال وثائق غير حقيقة أو الاستعارة بشخص لتثبت إكاذيب الحاتي، معنى ذلك أن توفر علامات موضوعية تقنع الإنسان المجرد فيقوع في الخديعة بعداً عن الاعتبارات الشخصية، فهو تحليل موضوعي لا يستند لاعتبارات شخصية. ولهم الطرق الاحتيالية غاية في الإقناع بوجود مشاريع

نص الفصل 52 م.أ.ع على أن «الخوف المبني على التهديد بالتقاضي لدى المحاكم أو يغير ذلك من الطرق القانونية لا يوجب الفسخ إلا إذا كان التهديد مما يؤثر في الشخص المقصد به بالنسبة لحاله حتى سببت منه مانع بغير حق أو كان التهديد مصحوباً بأمور تقاضي الإكراه على معنى الفصل قبله»، كذلك يعني أن الأغراض كانت مشروعة لكن الوسائل تجاوزت المشروعة وإن كانت قانونية، كما نص الفصل 55 م.أ.ع على أن «الخوف المترتب على العياء la crainte reverentielle لا يقتضي الفسخ إلا إذا صحبه تهديد قوي وضربي»⁽¹⁾، كذلك يعني كذلك أن الوسائل، وهي وسائل واقعية، قد تجاوزت الحد المنشروع. فكلما تجاوزت الوسائل، سواء كانت واقعية أو قانونية الحد المسموح به ولو كانت الأهداف مشروعة إلا وكان العمل باطللا لإكراه فيه.

3-التغريب

التغريب هو كل حيلة وخداعة تهدف إلى إيقاع المتعاقد في الغلط فتدفعه للتعاقد، فهو بساطة «إغراء العاقد وخداعه»⁽²⁾ أو هو «إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد»⁽³⁾، وهو بذلك غلط مستعار بمعنى أن التغريب لا يكون تغريباً إلا إذا أدى إلى الغلط، مع أن الغلط يمكن أن يكون تلقائياً ولا يحتاج إلى التغريب، ولكن التغريب لا يبلغ أهدافه إلا بإيقاع المعاقد في الغلط⁽⁴⁾. وعلى ذلك الأساس كانت العلاقة قائمة بين التغريب والغلط. ورغمما عن ذلك يبقى التغريب مميزاً عن الغلط على عدة مستويات، حيث يجدو الإثبات في التغريب أيسر منه في الغلط، ولو أن جميع وسائل الإثبات تبقى ممكنة بالنسبة إلى المؤسسين، فلما كان الغلط يوجب إثبات اعتبارات نفسية توصلاباً لإبطال الكتب فإن التغريب يجعل الإثبات أيسر وقد تتوفر حملة من الواقع المادي يسهل إثباتها. ثم إن التغريب يعد خطأً -جنحة مدنية- موجباً للتعریض إلى جانب طلب الإبطال، كما أن سبب التغريب يمكن أن يؤدي إلى إبطال الكتب مهمماً كانت طبيعة الغلط الذي وقع فيه الطرف الآخر نتيجة لذلك، سواء كان غلطاً في البواعث أو القيمة أو الحساب خلافاً لنظام الغلط التلقائي.

ويعد التغريب جنحة مدنية مثل الإكراه، موجباً للتعریض إلى جانب الإبطال، غير أن الاختلاف واضح كذلك بين الإكراه والتغريب. فإذا كان من الممكن بالنسبة إلى

leur crainte a été sérieuse et a détruit leur liberté de consentement et qu'elle a déterminé directement le président du syndicat patronal à apposer sa signature ».

(1) الفصل 55 م.أ.ع.

(2) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 520 وما بعده.

(3) عبد الرزاق السنوسي: المجلد الأول، ص 318، عدد 179.

(4) Carbonnier.Jean: Les obligations, op. cit., p. 88-89, n°20.

المسري والبحث فهي «مجموع الوسائل الاحتيالية قوله كانت أو فعلية والتي من شأنها تضليل المعاقد وحمله على الرضا ما لم يكن ليفرض لولاه»⁽¹⁾.
والواضح أنه بتوفر أركان جريمة التحيل على معنى الفصل 291 م.ج يتوفّر التغريب في مستوٰه المدني، حيث يقتضي التحيل الجزائي استعمال طرق احتيالية تعني أن يستعمل اسماء مدلّساً أو صفات غير صحيحة أو خزعبلات وحيل، ولا يكفي بالصمت والكتمان للقول بالتحيل والخزعبلات بل لا يد من أعمال خارجية ولا يكفي بالكذب بل لا بد من أعمال خارجية تعني توفر المظاهر الخارجي الذي يكسب الكذب لون الحقيقة فيخدع بها المجنى عليه، كما في صورة وجود إخراج مسرحي أو استعمال وثائق غير حقيقية أو الاستعانة بشخص لتأييد أكاذيب الجنائي، تعنى ذلك أن تتوفر علامات موضوعية تقع الإنسان المجرد فيقع في الخديعة بعيداً عن الاعتبارات الشخصية، فهو تحيل موضوعي لا يستند لاعتبارات شخصية.

على أن التغريب المدني يتوفّر في غياب أركان جريمة التحيل، فإذا كان التحيل يقتضي أعمالاً خارجية ولا يكفي بالكذب، فإن التغريب يتوفّر بتوفر الكذب، وببقى الكذب قوله غير مقبول أخلاقياً مهما كانت طبيعته وزنته ويفتق رجال القانون على أثر الكذب مدنياً، فهو مؤدي لطلب الإبطال ولو كان مجرداً. على أنه، مع ذلك، يجب التمييز على مستوى تكوين العقود بين الكذب المجرد simple monsinge والكذب الموصوف أو التغريبي *monsinge déloyal*⁽²⁾، فكثيراً ما يسمح الواقع التجاري بتصرفات مقبولة تأتي تحت باب الكذب المجرد كما في صورة أن يشي التاجر على بضاعته وذلك هو الكذب المجرد، على أن الإفراط في تقديم السلع خلافاً لحقيقةها مع نية التضليل، دون اللجوء ضرورة لأعمال وحرّكات خارجية، يجعل الكذب موصوفاً. فإذا كان الكذب التغريبي، وهو الكذب الذي تجاوز الحد المسموح به في نهاية الأمر، غير مقبول ويؤدي بالضرورة إلى طلب الإبطال، فإنه مع ذلك يجب التمييز بالنسبة إلى الكذب المجرد بين ما يؤثر على تفسير المعاقد وبين ما هو غير ذلك، أي أن الكذب المجرد لا يمنع طلب الإبطال في جميع الصور بل يطلب النظر إلى أثر الكذب في تفسير المعاقد والأمر يختلف بين شخص وآخر، فإذا حمل الكذب على العائد ولو

(1) الفصل 143 من القانون المدني الأردني.
(2) يميز القانون الروماني بين الكذب المقبول أو المفتر dolo bonus والكذب غير المقبول أي المذموم dolo malus: فالكذب المقبول هو ما يتسامع فيه بالتجارة بغير وصف السلع والبضاعة بينما الكذب غير المقبول هو الذي يتجاوز الحد المسموح به والذي من شأنه أن يؤثر على تفسير المعاقد.

و 57 م.أ.ع عناصر التغريب المدني وشروطه، وقد تأثر في ذلك بالقانون الفرنسي⁽¹⁾.
عناصر التغريب: نص الفصل 56 م.أ.ع على أن «التغريب يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الطرفين أو من نائبه أو من كان متواططاً معه مخالفات أو كنایات حملت الطرف الآخر على العقد بحيث أنه لم يتم إلا بها وكذلك حكم التغريب الواقع من غير المتعاقدين إذا علمه من اتفق به»، فلا بد أن تقع مخالفات manoeuvres أو كنایات reticences تحمل الطرف الآخر على التعاقد، وفي ذلك ركن مادي وركن معنوي، مما يرتبط بأصل المخالفات والكنایات أي الطرق الاحتيالية المستعملة يحمل إلى الركن المادي أو الموضوعي وما يرتبط بأثر المخالفات والكنایات أي بأثر الطرق الاحتيالية في نفيية المعاقد الأخرى يحمل إلى الركن المعنوي أو النفسي. فلتغريب إذن ركن مادي وأخر معنوي.

+ الركن المادي في التغريب: ما يمثل الركن المادي في التغريب هي تلك الطرق الاحتيالية التي تتصف بالمخالفات والكنایات.

* المخالفات les manœuvres لغة يقال خاتل مخاتلة وجمعها مخالفات أي خادع وغافل وراء⁽²⁾، واصطلاحاً هي كل ما يحمل إلى معنى التمثيل والإخراج

وهمية أو ال欺罔 بوجود نفوذ أو اعتماد وهي أو يبعث الأمل في نجاح غرض من الأغراض، والتتجة في جميع ذلك تسلیم الشيء موضع التحيل بصفة إرادية، فقد يكون الموضوع أملاً أو متفوّلات أو رقايا أو أوراقاً مالية أو وصولات أو إبراءات. وينحصر الركن المعنوي في إدراك الجنائي لحقيقة أفعاله وعواقبها ووعيه باستعمال طرق غير شرعية بهدف الاستيلاء على أموال الغير، وذهب بعضهم إلى حصر الركن المعنوي في حقيقة الأهرار الناتجة عن التسلیم. وهو ركن يوجب الإثبات ويبقى خاصعاً لاجتهاد المحكمة تستوجه من الطرق الاحتيالية المستعملة ولا رقابة في ذلك المحكمة التعقب بشرط التغليل.

(1) يميز الفقه الإسلامي بين التغريب الفعلي والتغريب القولي بوصفهما حركتان تهدفان إلى [اغراء] العائد وخداعه، فإذا كان التغريب القولي هو كل قول غير صحيح صادر عن المعاقد أو وكيله، فإن التغريب الفعلي هو القيام بعمل معين بغرض إظهار الشيء على غير حقيقته كما في صورة أن يصفع الترب القديم ليظهر جديداً أو في صورة التصرية أي أن يجمع لعن البرقة مدة فيتبخر ضرعها خلافاً للحقيقة، وحكمهما أن التغريب القولي منه عنه شرعاً لكنه لا تأثير له على صحة العقد أو لزومه إلا إذا افترى بغبن المعاقد فيقوم للمغبون خيار الفسخ للقرين، على خلاف التغريب الفعلي فهو يؤدي إلى عدم لزوم العقد ويقوم للمعاقد خيار التغريب بهدف فسخ العقد. على أن الفقهاء اختلفوا في وصف الحالات التي تکون سبباً في قيام خيار التغريب من عدمه كما في صورة النصرية كما أوردوا حالات خاصة للتغريب كما في صورة إخفاء الغريب فيأخذ الموضوعين، وقد عرفت هذه الصورة بصورة الثلثين.
بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، 522 وما بعد.

(2) المعجم العربي الأساسي، من 380.

من الأغراض⁽¹⁾. والحقيقة أنَّ المشرع أورد عبارة الكثياب بالفصل 56 م.أع ترجمة لكلمة *réticence* أي الكتمان وهي ترجمة غير موفقة، فالكتيابات غير الكتمان، فإذا كانت الكتبيات على ذلك التعريف لغة وأصطلاحا فإن الكتمان هو السكوت والإخفاء المعتمد دون قول أو إشارة أو حركة، ولذلك يعرف هذا التغريب بالتغيير السليبي وإن كان الكتمان عملاً إيجابياً في حقيقة الأمر، ولما كان النص الفرنسي اعتمد عبارة الكتمان فلاشك أن الفصل 56 م.أع اعتبر الكتمان من قبل التغريب، وواضح أن محرري الفصل 56 م.أع تأثروا بجانب من الاتجاهات الفقهية⁽²⁾ وبما وصل إليه فقه القضاء الفرنسي حيث ولنن لم تنص المجلة المدنية على صورة الكتمان⁽³⁾، فقد ذهب فقه القضاء إلى اعتبار الكتمان حالة من حالات التغريب⁽⁴⁾، بعد أن رفض في عدة مناسبات اعتباره كذلك⁽⁵⁾. ويدرك أن الفقه الإسلامي يقول بخيار العيب في صورة الكتمان وهو صورة

سقماً * خيال يكتفي وخيال يكتفي النساء. الليث: يقول أهل البصرة فلان يكتفي بأبي عبد الله، وقال غيرهم: فلان يكتفي بعد الله، وقال الجوهرى: لا تقل يكتفي بعد الله، وقال الغراء: أفصح اللغات أن تقول كفى آخرك بعمرو، والثانية كفى آخرك بأبي عمرو، الثالثة كفى آخرك أبا عمرو، ويقال: كفى به وكفى به وأكتفي به وكفى به، وكفى به أبا زيد وبأبي زيد كفى، وهو كفى: كما تقول سقماً. وكفى الرؤيا: هي الأمثال التي يضررها ملك الرؤيا، يكتفي بها عن أغيان الأمور، وفي الحديث: إن للرؤيا كفى لها أسماء فكتورها يكتفى بها واعتبروها بأسمائها، الكفى: جمع كفى من قوله كفى عن الأمر وكتفت عنه إذا ورثت عنه بغيره، أراد متى لها أمثالاً إذا عبرت عنها، وهي التي يضررها ملك الرؤيا بالرجل في منامه لأنها يكتفى بها عن أغيان الأمور، كقولهم في تعبير النخل: إنها رجال ذوو أحساب من العرب، وفي الجوز: إنها رجال من العجم، لأن النخل أكثر ما يكون في بلاد العرب، والجوز أكثر ما يكون في بلاد العجم، وقوله: فاعتبروها بأسمائها أي اجعلوا أسماء ما يرى في النعام عبرة وقياساً، كان رأى رجالاً يسمى سالمًا فأوله بالسلامة، وعائناً فأوله بالعنمية.

(1) عبد الفتاح عبد الباقى: نظرية المقد، عدد 163.
 (2) يرى البعض أن محرري الفصل 56 م.أع تأثروا باتجاهات الفقه الإسلامي، وإن كان اعتبار السكوت تغريراً مسألة كانت محل نقاش ومجادلة يوم تحرير مجلة الالتزامات والعقود، ولربما انحاز محررو المجلة إلى الاتجاه القائل بضرورة اعتبار السكوت والكتمان تغريراً.

محمد الزين، المرجع السابق، ص 137، عدد 178.
 (3) لم ينص الفصل 1116 من المجلة المدنية الفرنسية على الكتمان وإنما أشار فقط إلى الطرق الاحتيالية *les manœuvres frauduleuses*. وقد روى أن الكتمان لا يعد من بين الطرق الاحتيالية لأنه يصح في إطار انتهاك المدرسة اليسيرالية التقليدية يأن يدافع كل شخص عن حقوقه في العقد بالطريقة التي يراها صالحة ولا يصبح أن سلم المعاقد وسائل دفاعه للطرف الآخر وذلك بكتف عيوب المتعاقدين.

(4) Cass.Civ. 17 février 1874, D. P. 1874, I, 193.
 Cass. Civ. 24 mai 1933, D. 1933, I, 143.
 (5) Cass. Civ. 30 mai 1927, S. 1928, I, 105.

كان مجرداً كان ذلك سبباً في الإبطال، وفي ذلك ذهب الفقه⁽¹⁾ والقضاء⁽²⁾ وصاحبتهما التشاريع في ذلك⁽³⁾.

* الكتبيات: لغة يقال كفى يكتفي كتبيات أي تكلم بما يستدل عليه ولم يصرح، وتجمع الكتبيات في البلاغة على كتبيات وهو لفظ أزيد به غير معناه الذي وضع له، وهي أنواع كتبيات عن موضوع مثل «الناطقون بالضاد» أي العرب وكتبيات عن صفة مثل «نظافة اليد أي العفة والأمانة» وكتبيات عن نسبة صفة لموضوع مثل «الذكاء ملء عين هذا الرجل» أي أن الرجل يتصرف بصفة الذكاء⁽⁴⁾، وعرف لسان العرب الكتبيات «بأن تتكلم بشيء» وتريد غيره⁽⁵⁾. وأصطلاحاً هو «التغيير عن شيء» معنٍ بالقطع غير صحيح في الدلالة عليه لغرض

(1) محمد الزين، المرجع السابق، ص 136، عدد 177.

J.Ghestin, op. cit., n° 429.

(2) Cass. Civ. Française, 22 décembre 1954 D. 1955, 254.

(3) تدخل المشرع في عدة مناسبات لمنع الإشهارات والمعاملات الكاذبة ولو كان بالطريقة الإلكترونية.

القانون عدد 612 لسنة 1992 المؤرخ في 7 ديسمبر 1992 المتعلق بحماية المستهلك، القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية (الفصل 50).

(4) المعجم العربي الأساطين، ص 1058.
 (5) لسان العرب لأبن مظفر: الكتبي على ثلاثة أوجه: أحدها أن يكتفي عن الشيء الذي يستثنى ذكره، والثاني أن يكتفي الرجل باسم توقيراً وتعظيمه، والثالث أن تقوم الكتبة مقام الاسم فيعرف صاحبها كما يعرف باسمه كأبي لهب اسمه عبد العزى، عرف بكتبيته فسم الله بها. قال الجوهرى: والكتيبة والكتيبة أيضاً واحدة الكني، واكتفى فلان بذلك، والكتبيات أن تكلم بشيء وتريد غيره، وكفى عن الأمر بغيره يكتفي كتبيات يعني إذا تكلم بغيره مما يستدل عليه نحو الرفض والغایط ونحوه. وفي الحديث: من تغزى بعزى بعزاء الجاهلة ف ساعده فأعضاوه بأبي أبيه ولا يكتفى. وفي حديث بعضهم: رأيت عليجاً يوم القيمة وقد تكتفى وتحمّل أي تبتر، من كفى عنه إذا ورزى، أو من الكتبة، كأنه ذكر كتبة عند العرب لغيره، وهو من شعار المبارزين في العرب، يقول أحدעם: أنا فلان وأنا أبو فلان؛ ومنه الحديث: خذها مني وأنا الغلام الفقاري.

وقول علي، رضي الله عنه: أنا أبو حسن القرم، وكتبت كتبتي عن قدرها بغيرها، وأغرب أصحابها بها فأصارخ ورجل كان وكتبت كاتون. قال ابن سيده: واستعمل سببويه الكتبة في علامة المضمر.

وكتبت الرجال بأبي فلان وأبا فلان على ثقليبة الفعل بعد إسقاط الحرف كتيبة وكتبة؛ قال: راهبة تكتفى بأبي أكتيبة يوهم أن غيره قد عرفه.

وكتبة فلان أبو فلان، وكذلك كتبته أي الذي يكتفي به، وكفى فلان أبو فلان، وكذلك كتبته؛ كلام همام عن اللحياني. وكتبة: لغة في كتبته. قال أبو عبيد: يقال كتبته الرجل وكتبه لفنان؛ وأنشد أبو زياد الكلامي؛ وإنبي لأنثور عن قلور بغيرها وقدور: اسم امرأة؛ قال ابن بوي: شاهد كتبته قول الشاعر؛ وقد أرسلت في السر أن قد فضحتي، وقد بُخْتَ باشحي في الشيب وما يكتفي وكتبي: من أسماء (« قوله أوركتي من أسماء الخ» في التكملة: هي على ما لم يسم فاعله، وكذلك يكتم، وأنشد: طاف الخيالان فهاجا

+ الركن المعنوي في التغريب: التغريب جنحة مدنية قصدية، وعلى ذلك الأساس كانت نية التضليل هي الركن المعنوي في هذه الجنحة، فلابد أن تتوفر في ذهن المعاعد الرغبة في تضليل المعاعد الآخر حتى يصح الحديث عن التغريب، بل لا بد أن يقع الطرف الآخر في الغلط نتيجة التضليل. لذلك يقال دوما إن التغريب هو غلط مستشار.. ولكن الغلط إذا كان نتيجة التضليل يحمل إلى الإبطال مهما كانت طبيعة الغلط، غلط في القيمة أو في الدوافع، لأن ما يؤخذ مدنيا في هذه الصورة ليس الغلط في حد ذاته، وإنما نتيجة التضليل. هذا وقد ظهرت حديثا نظرية جديدة ت يريد أن تفصل بين التغريب والغلط، فليس من الضروري أن يحمل التغريب للغلط، بل يكفي أن تتوفر الأعمال المادية للتغريب دون نية التضليل ودون أن يقع الغلط. فقد تتوفر جملة من الصور لا تدخل في إطار الغلط أو الإكراه ولا يمكن التوصل لإبطالها إلا إذا أخذنا بفكرة استقلالية التغريب عن الغلط أو الإكراه. ولا يعني ذلك أن يؤخذ السلوك التغريبي في حد ذاته، بل ما يعتبر هو أثر هذا السلوك على المعاعد الآخر. ولا يعني ذلك كذلك أن لا تنظر إلى نتائج هذا السلوك أو إلى مستوى النفسى، بل يؤخذ هذا السلوك ليس بسبب حمله للغلط أو الرهبة، بل بسبب آثاره على رضاء الطرف الآخر، فلم يكن المعاعد حرافيا تعاقده بل حمل إلى ذلك نتيجة التغريب دون أن يقع في الغلط أو يرهب⁽¹⁾.

وقد يرى البعض أنه يصعب التسليم بهذا الاتجاه لأن التغريب من شروطه أن يكون محدودا على معنى الفصل 56 م.أع، فلو لا ما كان للطرف الآخر أن يتعاقد، فإن سلمنا بتوفير التغريب على أساس الركن المادي دون نية التضليل، كذلك يعني أن التغريب ليس من الضروري أن يكون محدودا أو حاسما. وتلك مخالفة واضحة لشرط التغريب. والحقيقة أن التغريب يمكن أن يكون حاسما ومحدودا حتى ولو لم يؤد للغلط، فإذا كانت أغلب الصور تؤدي إلى الغلط، فإنه كثيرا ما تتوفر جملة من الحالات تباشر خلالها جملة من المخالفات والكتابات وتحمل الطرف على التعاقدين دون أن يصيغ الغلط أو الرهبة، فنقول حينئذ إن التغريب كان محدودا في التعاقدين في حدود أن المعاعد لم يكن حررا

(1) ذهبت محكمة Colmar بفرنسا بتاريخ 30 جانفي 1970 (J.C.P., 2, 16609) إلى إبطال عقد ببرم من قبل إمرأة سنتة بسبب التعب بعد أن لاحظت المحكمة أن إبرام العقد كان في ظروف غير طبيعية بسبب تواجد المرأة ببيت على امتداد ساعات طويلة واستمرار المناقشة ساعات بالليل ورفض أحد العدول إبرام الهيئة في مرحلة أولى. كما لاحظت أن تلك الأفعال لم توقع المرأة في الغلط ولم تُرهبها، وإنما حملتها إلى نوع من التعب، وانتهت المحكمة إلى أن التغريب لا يوجب بالضرورة الواقع في الغلط وإنما يقوم على انعدام تزاهة الوسائل المستعملة وليس من الضروري أن يتغير المنصر المعنى في التضليل بل يكفي توفر تلك الوسائل المادية التي تتفق آثارها على المعاعد الآخر. وبذلك أصبح التغريب مستقلًا عن الغلط ويتوقف دون حاجة إلى تضليل الغير.

Loussouam, Stark, Larroumet, (Flour et Aubert, Marty et Raynaud, Weill et Terre) (Mazeaud, Chabas) هذا وقد اختلف رجال القانون حول هذا الاتجاه، فمنهم من أقره،

خاصة لتأديليس بحيث ينهى التشريع عن الكتمان والإخفاء ويضع على المتعاقدين واجب الإعلام والإطلاع⁽²⁾.

والواضح أن مجرد الكتمان لا يعد مبدليا تغريبا لكونه لا يفي أي أثر، غير أن المعاعد يحمل عليه واجب الإعلام وأساس ذلك قد يكون اتفاق الأطراف أو القانون ذاته أو القاعدة العامة الثالثة بعدم الإضرار بالغير، فقد مرت التطبيق مع بداية القرن الثامن عشر بعده مراحل، فمع ظهور الأفكار التحررية والليبرالية قام الحق بجانب المعاعد بعدم اطلاع الطرف الآخر على عيوب المعقد عليه، ومع تكشف عيوب تلك الأفكار وتراجع الليبرالية التقليدية مع بداية القرن العشرين حُمل على المعاعد واجب الإعلام. وفعلا تدخل المشرع صراحة في عدة مناسبات لوضع واجب الإعلام خاصة في مجال التأمين والتعاقد عن بعد والكراء وحتى في البيع عن بعد آخر⁽³⁾ وغير ذلك من الحالات، وأصبح لواجب الإعلام أساس قانونية. ويمكن أن يكون اتفاق الأطراف ذاته أساسا للواجب. ولكن الحقيقة أكثر من ذلك، فتجاوز الأسس القانونية والاتفاقية يجد الواجب أساسه في هذه القاعدة العامة الثالثة بعدم إلحاق الضرار بالغير وعلى وجه التحديد بعدم غش الآخر. فكلما قام الواجب وتمثل بشروطه إلا وكانت حالة التغريب إذا أضرت المعاعد عن الحديث. وينتظر الواجب بشروطه إذا كان العيب معلوما من جانب واحد ورفض المعاعد الكشف عنه أو تعمد المعاعد الكتمان على واقعه وكان للطرف الآخر قاعدة في معرفتها، كما أن يكتسب الميكانيكي الأسعار المعمول بها وطريقة حسابها⁽⁴⁾ أو أن تتفق الأربعة على إنعام القسمة مع بقية الورثة وتخفي وصيتها عنهم أو أن يضرب البائع عن إعلام الطرف الآخر بعيوب حسان معروض للبيع⁽⁵⁾. فبحكم طبيعة العقد (مثل العقد المبرم بواسطة عدول إشهاد) وشخص المعاعد (مثل المهني في الهندسة والطب والتجارة والميكانيكي ...) وظروف التعاقد على وجه الإجمال أصبح يحمل على المعاعد واجب الإعلام بعدما كان من الجمك أن تخاذل موقف سلبي. والخلاصة في جميع ذلك أن الكتمان بعد تغريبا في جميع الصور إذا كان موضوع الكتمان مفينا ومحظيا بالنسبة للطرف الآخر ولم تكن لهذا الأخير القدرة على التوصل بما تخفي⁽⁶⁾.

(1) يقول الرسول صل الله عليه وسلم «المسلم أخر المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وبه عيب إلا ينبه له».

بندران أبو العينين بندران، المرجع السابق، ص 523.

(2) القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أورت 2000 المتعلقة بالعادلات التجارية الإلكترونية.

(3) Cass. Civ. 20 juin 1979, D. 1980, I, 38, note Larroumet.

(4) Cass. Civ. 24 mai 1933, D. 1933, I, 143.

(5) Cass. Civ. 17 février 1874, D. P. 1874, I, 193.

(6) Carbonne Jean: Les obligations, op. cit., p. 101 n°23.

+ يجب أن يقع التغريب من أحد الطرفين أو من نائبه أو من كان متواطئاً معه أو علمه المعاقدة على خلاف الإكراه، متى يجوز اعتماده مهما كانت جهته، فإن التغريب لا يعتد به إلا إذا صدر عن المتعاقد أو عن نائبه أو من كان متواطئاً معه، فقد يلجم المعاقد أو نائبه إلى التغريب، وقد يرد التغريب عن الغير باتفاق مع المعاقد وذلك هو التواطؤ، ولكن المشرع لم يشترط التواطؤ بل إن علم المستف用力 بما قام به الغير كاف للقول بالتواطؤ. لذلك نص الفصل 56 م.أع على أن «التغريب يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الطرفين أو من نائبه أو من كان متواطئاً معه مخالفات أو كنایات حملت الطرف الآخر على العقد بحيث أنه لم يتم إلا بها وكذلك حكم التغريب الواقع من غير المتعاقدين إذا علمه من اتفاع به»⁽¹⁾. وعلى ذلك الأساس فإن التغريب الواقع من الغير دون تواطؤ أو علم لا يؤدي للإبطال وذلك ما يميز التغريب عن الإكراه⁽²⁾.

4- الغبن

لغة يقال غبن يعني فهو غابن ومصدره الغبن وهو النقص⁽³⁾. وعرفه لسان العرب بالوكس⁽⁴⁾. وأصطلاحاً «أن يكون أحد العوضين في عقد المعاوضة لا يساوي الآخر

عبد الرزاق السنهوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 327، عدد 182.

Planiol et Ripert: *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, n° 207.
Weill et Terré: *Droit Civil, Les obligations*, n° 184.

(1) يأخذ القانون الروماني بالإكراه حتى لو صدر من الغير بينما لا يأخذ بالتجريء إلا إذا صدر من المعاقد معه وله دعوى خاصة ضد الغير. وقد يقى هذا التأثير بالقانون الفرنسي، غير أن فقه القضاء تطور في اتجاه اعتماد التغريب حتى ولو صدر من الغير سواء كان المعاقد متواطئاً أو كان من المفترض أن يعلم. واضعف أن الفصل 56 م.أع نقل اتجاه فقه القضاء بفرنسا.

(2) وهو تمييز لا يبرر له، لا يجد أساسه إلا في ذلك التمييز المعروف بالقانون الروماني بين التغريب والإكراه، وكان من المفروض أن يوحد المشرع الاتجاهات بين الإكراه والتغريب طالما أن الهدف واحد وهو معاية وفهمها على المعاقد وذلك بالأخذ بالإكراه أو تغريب الغير شرط عدم المعاقد صراحة أو ضمناً، وفي ذلك ثُنُب التشريع المصري الحديث.

عبد الرزاق السنهوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 330، عدد 184.

(3) المعجم العربي الأساسي، ص 882.

(4) الغبن بالتسكين، في اليع، والغبن ، بالتحريك، في الرأي. وغيت رأيك أي تبيه وضيقته. غبن الشيء وغبن فيه غبن: تبيه وأغفله وجهه؛ أشد ابن الأحراطي: غفيت كلبي آلاتنا، وحسن الجوار، وقوت النسب . والغبن ليسان. غيـت كلـا من حقـي عـنـ فـلـانـ أـيـ نـسـيـهـ وـغـيـطـتـ فـيـهـ. وـغـيـنـ رـأـيـهـ بـالـكـسـ، إـذـأـقـضـ، فـهـوـغـيـنـ أـيـ ضـعـيفـ الرـأـيـ، وـفـيـهـ غـيـانـهـ. وـغـيـنـ رـأـيـهـ بـالـكـسـ، إـذـأـقـضـ، فـهـوـغـيـنـ أـيـ ضـعـيفـ الرـأـيـ، وـفـيـهـ غـيـانـهـ: ضـعـفـ. وـقـالـوـاـ: غـيـنـ رـأـيـهـ، فـنـصـبـوـهـ عـلـىـ مـعـنـيـ قـعـلـ، وـلـانـ لـمـ يـلـقـيـ يـدـ، أـوـ عـلـىـ مـعـنـيـ غـيـنـ فـيـ رـأـيـهـ، أـوـ عـلـىـ التـمـيـزـ. النـادـرـ، قالـ الجـوهـريـ: قـوـلـهـ سـتـةـ قـسـتـهـ وـغـيـنـ رـأـيـهـ وـغـيـطـ عـيـشـهـ وـأـيـمـ بـطـهـ وـوـقـقـ أـمـرـهـ وـرـشـدـ أـمـرـهـ كـانـ الأـصـلـ سـفـقـتـ تـقـسـ زـيـدـ وـرـشـدـ أـمـرـهـ، فـلـمـ حـوـلـ الـفـعـلـ إـلـىـ الـرـجـلـ اـنـتـصـبـ ماـيـعـدـ بـوـقـعـ الـفـعـلـ عـلـيـهـ، لـأـنـهـ صـارـ فـيـ مـعـنـيـ سـقـةـ قـسـتـهـ، بـالـشـدـيدـ؛ هـذـاـ قـوـلـ الـبـصـرـيـنـ وـالـكـسـانـيـ، وـيـجـزـ عـدـهـ تـقـدـيمـ هـذـاـ

بالمعنى المطلوب⁽¹⁾. ثم إن مجلة الالتزامات والعقود لم تشرط أن يحدث التغريب غلطاً أو غيره، بل جعلت للتغريب شرطين لا علاقة لهما بالإكراه أو الغلط، ويمكن على ذلك الأساس أن يكون التغريب مستقلاً عن الغلط والإكراه.

شروط التغريب: يشترط أن يكون التغريب حاسماً أو جوهرياً أو محدداً ويجب أن يقع من أحد الطرفين أو من نائبه أو من كان متواطئاً معه.

+ يجب أن يكون التغريب حاسماً: وذلك يعني أن الوسائل المادية قد بلغت درجة من التأثير «حملت الطرف الآخر على العقد بحيث أنه لم يتم إلا بها»⁽²⁾، فلو لا تلك الوسائل ما كان ليبرم العقد، فيجب أن يكون التغريب هو الدافع على التعاقد، وذلك معنى أن يكون التغريب حاسماً أو جوهرياً أو محدداً أي أنه السبب الأصلي في التعاقد وحكمه أن يجب الإبطال فيه إضافة إلى طلب التعويض باعتبار أن التغريب خطأ يوجب التعويض في نهاية الأمر.

على أن التغريب كما يمكن أن يكون أصليا principal dol على هذا التحويل يمكن أن يكون عرضيا dol incident، ويكون التغريب عرضياً إذا لم يكن أصلياً ووقع في توقيع العقد أي أحد فروع العقد وحكمه أن لا يجب الإبطال فيه ويكتفى بتعويض الخسارة، لذلك نص الفصل 57 م.أع على أن «التغريب الواقع في توقيع العقد إذا لم يكن هو السبب الأصلي في التعاقد لا يوجب إلا تعويض الخسارة». وذلك يعني أن التغريب لم يكن حاسماً في إبرام العقد، فما كان لهذا التغريب أن يغير موقف المعاقد من رغبته في إبرام العقد وإنما اضطر إلى التعاقد بشروط أشد وهو ما يمكن اعتباره ضرراً موجباً للتعويض مع بقاء العقد قائماً، وذلك هو معنى التغريب العارض⁽³⁾.

والواضح أن تقدير مسألة الحسن وتمييز التغريب الأصلي عن العارض مسألة موضوعية تستقل بها محاكم الأصل وليس لمحكمة التعقيب من مراقبة شرط التعليل⁽⁴⁾. على أن الحجة تبقى على المتضرر في طلب الإبطال بإثبات أصل التغريب وصفته الجوهرية أو التعويض بإثبات الضرر⁽⁵⁾.

(1) Christian Larroumet: note sous arrêt 1 mars 1977, Dalloz Sirey, 1978, p.92 et suiv.

(2) الفصل 56 م.أع.

(3) Christian Larroumet: note sous arrêt I mars 1977, Dalloz Sirey, 1978, p.92 et suiv.

Christian Larroumet: note sous arrêt 11 juillet 1977, Dalloz Sirey, 1978, p.156 et suiv.

(4) قرار تعقيبي عدد 2490 مورخ في 5 فبراير 1979 نشرية محكمة التعقيب 1979 ، ص 61. لا يجوز لمن اشتري طعنة أرض بداعي البناء أن طلب إبطال البيع إذا تذرع له الحصول على رخصة في البناء من البلدية ما لم يشترط بالعقد صلوحية المبيع للبناء⁽⁶⁾.

(5) يتقد جانب من رجال القانون هنا التمييز بين التغريب الأصلي والتغريب العرضي ذلك أن التغريب سواء كان من الصنف الأول أو الثاني، فهو في نهاية الأمر ما جعل الشخص على التعاقد، ومن المنطقي أن يلقى نفس الجزاء.

في القيمة بأن يكون أقل منه أو أكثر⁽¹⁾، فهو ببساطة فقدان التساوي بين العرضين في العقد وهو في نهاية الأمر خسارة مالية لا تتحقق بأحد المتعاقدين في عقود المعاوضة

نتيجة وجود فارق معتبر ر من التعاقد بين القيمة الحقيقة للمعقود عليه والقيمة المعتمدة في العقد⁽²⁾.

والواضح من خلال ذلك أنه لا يصح الحديث عن الغبن إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية أو في العقود غير الاحتمالية التي تحمل التزاما على الجانبين على وجه الإجمال لأن الغبن في نهاية الأمر هو فقدان التعادل بين ما يعطيه المععقد وما يأخذه⁽³⁾، فلا يصح الحديث عن الغبن في عقد الهبة على سبيل المثال ولا يصح الحديث عن الغبن في العقود الاحتمالية التي تتطلب بالضرورة جانبا من الغبن، فعند الاحتمال لا يصح الحديث عن الغبن *l'aléa exclut la lésion*، وبذلك فإن الغبن مجاله عقود العوض الملازمة لجانبين وغير الاحتمالية⁽⁴⁾. ولا يصح الحديث عن الغبن إلا زمن إبرام العقد، فإذا اختلفت المعاdale بعد إبرام العقد، بذلك سبب يتتجاوز شروط تكوين العقد وينصل بالضرورة بشرط تنفيذه.

والواضح كذلك أن الغبن مؤسسة تتجاوز حدود الرضا ومدرسة عيوبه، فقد لا يرتبط بالضرورة بعيوب الرضا إلا إذا كان نتيجة للغلط أو التغير أو الإكراه، فإذا استقل عن ذلك ارتبط موضوعه بمحل العقد وعدالته أو باليوب التي قد تؤدي للإبطال على وجه الإجمال، فهو بذلك عيب في العقد وليس عيب في الرضا⁽⁵⁾. فنقول حيث إن الغبن تابع لنظرية عيوب الرضا إذا اتصل بالغلط والإكراه والتغير ومستقل عنها إذا اتصل بمحل العقد.

ولم يكن القانون الروماني ليكتثر بالغبن، فلم يرق الغبن أصلاً لمؤسسة خاصة بهذا القانون تجاوزاً لنظرية عيوب الرضا. وتتجاوز القانون الكensi هذا الوضع بإقرار جملة من القواعد الأخلاقية العادلة في عدالة الثمن ومحاربة الزبالة: غير أن اتجاه المجتمع الأوروبي مع أواخر القرن الثامن عشر في التحرر الاقتصادي والاجتماعي واتصاري القيم الفردية على حساب القيم الاجتماعية التضامنية جعلا من مسألة الغبن مسألة هامشية ليس لها من أثر على سلامة العقود إلا في حالات استثنائية اتصفت بالعادة أو الموضوعية حيث إن الغبن لم يكن ليشمل إلا حالات خاصة حصرية⁽⁶⁾.

(1) محمد الزين، المرجع السابق، ص 139.

(2) عبد الرزاق السنوري، المجلد الأول، المراجع السابق، ص 355، عدد 202.

(3) Carbonnier.Jean: op. cit., p. 143, n° 36.

(4) لذلك عادة ما يدرس رجال القانون أحكام الغبن بأبواب خارجة عن أحكام الرضا. Carbonnier.Jean: op. cit., p. 142, n° 36.

(5) Francois Terré, Philippe Simler, Yves lequette: *Les obligations*, op. cit., p. 242 et suiv., n° 288 et suiv.

(6) الحقيقة أن القانون الروماني كان ماديا في الغبن، فليس للغبن من أثر من حيث المبدأ، ولم تعتمد مدونة جوستينيان إلا بالنسبة إلى عقد البيع وبشرط أن يتتجاوز الاختلاف، النصف. وبالرغم من أن

المنصوص، كما يجوز غلامه ضرب زيد؛ وقال الفراء: لما حُول الفعل من النفس إلى صاحبها خرج ما بعده مُصرّاً ليُدلّ على أنَّ الشَّفَعَةَ فِيهِ، وكان حكمه أنَّ كونَ شَفَعَةَ زَيْدَ نَفْسًا لَاَنَّ الْمُفْسَرَ لَا يَكُونُ إِلَّا نَكْرًا، ولَاَنَّ تَرْكَ عَلَى اِضَافَةِ وَنَصْبِ كَتْصِبِ الْكَرْكَةِ تَسْبِهَا بِهَا، وَلَا يَجُوزُ عَنْهُ تَقْيِيمَهُ لَاَنَّ الْمُفْسَرَ لَا يَقْدِمُ، وَمَنْ قَوْلُهُمْ: ضَيَّقْتُ بِهِ دُرْعَاهُ وَطَبَّثْتُ بِهِ نَفْسَهُ، وَبِالْمَعْنَى ضَيَّقْتُ دُرْعَاهُ بِهِ وَطَبَّثْتُ نَفْسِي بِهِ. وَرَجُلٌ غَيْرُهُ وَمَغْيُونٌ فِي الرَّأْيِ وَالْعَقْلِ وَالدِّينِ، وَالْغَيْنُ فِي الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ: الْوَكْسُ، غَيْنُهُ يَعْنِي غَيْنَهُ اَكْثَرُ اَيْ خَدْعَهُ، وَقَدْ غَيْنُ فِيْهِ مَغْيُونٌ، وَقَدْ حَكِيَ بِفَيْحَ الْبَاءِ: قَوْلُهُ لَوْقَدْ حَكِيَ بِفَيْحَ الْبَاءِ، اَيْ حَكِيَ الْغَيْنُ فِي الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ كَمَا هُوَ نَصُ الْمُحْكَمِ وَالْقَامُوسِ. فِي الْبَيْعِ غَيْنٌ إِذَا غَلَّتْ عَنْهُ، يَعْنِي كَانَ أَوْ شَرَاءً. وَغَيْبَتُ الرَّجُلُ اَغْبَيَهُ اَشَدَّ الْبَيْعِ، وَهُوَ مِثْلُ الْغَيْنِ. اِبْنُ بَرْزَجٍ: غَيْنُ الرَّجُلِ غَيْنًا شَدِيدًا وَغَيْنُ اَشَدَّ الْعَبَائِلِ، وَلَا يَقُولُونَ فِي الرَّبِيعِ اَيْ رَبِيعَ اَشَدَّ الرَّبِيعِ وَالرَّبِيعَ؛ وَقَوْلُهُ: قَدْ كَانَ، فِي اَكْلِ الْكَرْبِصِ الْمَوْضُونِ، وَأَكْلَكَ التَّمَرَ بِغَيْرِ مَشْمُونٍ، لِغَيْنِهِ فِي ذَلِكَ عَيْنٌ مَغْيُونٌ. قَوْلُهُ: مَغْيُونٌ اَيْ اَنَّ غَيْرَهُمْ فِيْهِ (*) قَوْلُهُ: اَيْ اَنَّ غَيْرَهُمْ فِيْهِ كَذَا بِالاَصْلِ وَالْمُحْكَمِ اَيْ اَنَّ غَيْرَهُمْ يَعْيَنُهُمْ فِيْهِ. وَقَوْلُهُ: اَلَا اَنَّهُمْ لَا يَعْيَنُونَهُ، اَيْ لَا يَعْيَنُونَهُ، وَهُمْ يَجْدُونَهُ كَأَنَّهُ يَقُولُ هُمْ يَقْدُرُونَ عَلَيْهِ اَلَا اَنَّهُمْ لَا يَعْيَنُونَهُ، وَقَلِيلٌ غَيْبُوا النَّاسُ إِذَا لَمْ يَلْتَهُ غَيْرُهُمْ، وَغَيْنُهُ هَنَاءً: حَيٌّ، وَالْغَيْنُهُ مِنَ الْفَقِيرِ: كَالشَّيْئَةِ مِنَ الشَّمْ. وَقَالَ: اَكْرَى هَذَا الْأَمْرِ عَلَيْكُمْ غَيْنٌ، وَأَشَدَّ: اَجْتُولُ فِي الدَّارِ لَا اَرَاكَ، وَفِي السَّدَارِ اَنَا مُسْجَدٌ جَوَاهِرُهُمْ وَالْعَيْنُ اَلْبَيْطُ وَالرَّبِيعُ وَمَا اَطَافَ بِهِ.

وفي الحديث: كان إذا أطلق بدأ بمعاباته، المغارب: الأزفاغ، وهي تواطن الأقمار عند الغواقب، جمع معين من غبن الثوب إذا ثناه وعطقه، وهي تماطلت الجلد أيضاً. وفي حديث عكرمة: من متن معاباته فليتواضأ أمره بذلك استظهاراً واحتياطاً، فإن الغائب على من يلمس ذلك الموضع أن يتفق بيده على ذكره، وقيل: المغارب الأزفاغ والأبطة، واحدهما معين، وقال تعليق: كل ما تلقيت عليه فخذلوك فهو معين. وغيشت الشيء إذا اخْبَأْته في المغبن والغابر: الغابر عن العمل.

و يوم المغارب: يوم اليعت، من ذلك، وقيل: سمي بذلك لأن أهل الجنّة يغبنون ليه أهل النار بما يصر إليه أهل الجنّة من النعم ويتلقى فيه أهل النار من العذاب العظيم، ويعينون من ارتفعت منزلته في الجنّة من كان دون منزلته، وضرب الله ذلك مثلاً للثروة والبيع كما قال تعالى: هل أذْكُرْتُمْ عَلَى تجارة تُجَارِيكُمْ مِنْ عَلَابِ أَلَيْمٍ؟ وسُنَّتُ الْحُسْنُ عَنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: ذَلِكَ يَوْمُ الْمَعْتَبِينَ، فَقَالَ: غَيْنُ أَهْلِ الْجَنَّةِ أَهْلُ النَّارِ أَيْ اسْتَنْقُصُو عَوْلَاهُمْ بِالْجَيَارِهِمُ الْكَفَرِ عَلَى الْإِيمَانِ. وَنَظَرَ الْحُسْنُ إِلَى رَجُلٍ غَيْنَ آخَرَ فِي بَيْعٍ فَقَالَ: إِنَّ هَذَا يَغْبِنُ عَنْكُمْ أَيْ يَنْقُصُهُ، وَغَيْنُ الْتَّوْبَ يَعْيَنُهُ كُفَّهُ، وفي التهذيب: طال فَتَاه، وكذلك كَبَّه، وما فُطِعَ مِنْ أَطْرَافِ التَّوْبِ فَاسْفَقَهُ غَيْنٌ وَقَالَ الْأَعْشَنِي: يَسْاقِطُهُ كَسْقَاطُ الْغَيْنِ، وَالْغَيْنُ تَقْيِي الشَّيْءَ مِنْ دَلْوٍ أَوْ ثُوبٍ لِيَقْصُنَ مِنْ طَوْلِهِ. اِبْنُ شَمِيلٍ: يَقَالُ هَذِهِ النَّاقَةُ مَا شَيْنَتْ مِنْ نَافِعٍ ظَهَرَأَ.

(1) بدران أبو العينية بدران، المراجع السابق، ص 517.

ويبدو التأثير واضحًا بأحكام الفقه الإسلامي في صياغة أحكام الغين بمجلة الالتزامات والعقود، فرغم أن مجلة الالتزامات والعقود أخذت معظم أحكامها من القانون الفرنسي، فقد توفر بعض الأبراج ينعكس من خلالها أثر الفقه الإسلامي في تحرير فصول المجلة، ومن ذلك أحكام الغين⁽¹⁾. وكان الاختلاف واضحًا حول أحكام الغين بين القانون الروماني ومن بعده القانون الفرنسي من ناحية والفقه الإسلامي من ناحية أخرى. وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود أحكام الغين بالفصلين 60 و 61 ووضعت من خلال ذلك مبدأً أردفه باستثناء:

-المبدأ: نص الفصل 60 م. ا.ع على أن «الгин لا يفسخ العقد إلا إذا سبب عن تغیر العاقد الآخر أو من نابه أو من نابه في العقد عدا ما استثنى بالفصل الآتي». وبذلك فإنه لا يمكن للгин متفرداً أن يؤدي إلى الإبطال، فيجب أن يسبقه تغیر حتى تكون الإمكانية جائزة، وبهذا المعنى يكون للгин علاقة بنظرية عيوب الرضاء. غير أن هذا المعنى يجعل الغين تابعاً للتغیر وليس العكس، فكان الغين ليس له من وجود مستقل في غياب التغیر، ومن أجل ذلك ذهب البعض إلى أنه ليس ثمة حاجة إلى الفصل 60 م. ا.ع طالما أن أحكام التغیر كافية لطلب الإبطال في مثل هذه الصورة⁽²⁾. ويرى آخرون أن الفائدة من الفصل قائمة في حدود أنه لا وجود بمجلة الالتزامات والعقود لفصل يمنع الإبطال من أجل الغلط في القيمة سوى هذا الفصل، ففضل هذا الفصل أنه يجعل مجرد الغلط في القيمة ليس سبباً في الإبطال، فقط أنه إذا كان الغين نتيجة تغیر يمكن أن يؤدي إلى طلب الإبطال⁽³⁾، وذلك هو المبدأ.

والواضح أن المشرع أخذ بالفصل 60 م. ا.ع المشهور بأقوال الفقه الإسلامي، ولكنه كذلك أراد ضمان الاستقرار التعاقدى حيث إنه من الصعب في معظم الصور تحديد القيمة الحقيقة للعقد، فلا يمكن وضع الجزاء لما هو موضع جدل ومناقشة وروية. على أن هذه النظرة تأتي في إطار مراعاة سلطان الإرادة وضوابط المذهب الفردي والتحرري، فعلى الشخص أن يدافع على حقوقه وأن يكون في مستوى التزامه ولا يتضرر أن يتدخل الغير أو المشرع لحمايته. فيما كان نتيجة رضاه ولو اختلت المعاdale فهو تغيير عن الصحة والمطابقة والإرادة. وهو نفس الهدف الذي قاد المشرع لوضع الاستثناء.

-الاستثناء: نص الفصل 61 م. ا.ع على أن «الгин يفسخ العقد إذا كان المغبون ضئيراً أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضوره وليه أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانوناً ولو لم يقع تغیر من معاقده الآخر والгин في هذه الصورة هو ما إذا كان الفرق

(1) Knani Youssef: La lésion est elle une entité juridique autonome ? Rev. tun. dr., 1978, 1, p. 59 et suiv.

(2) Ibidem.

(3) محمد الزين، العقد، المرجع السابق، ص 140، عدد 182.

والحقيقة أن الفقه الإسلامي كانت له أحكامه الخاصة عكست ذلك بعد الأخلاقي الاجتماعي، وتتوفر بمذاهب الفقه جميع الاتجاهات وإن كان الرأي الغالب هو اعتماد الغين الفاسد إذا كان نتيجة تغیر⁽¹⁾.

هذا وقد ظهرت نظرية حديثة تسمى بنظرية الاستغلال L'exploitation اعتمدت بعد قوانين مقارنة، ومن ذلك القانون الألماني والسويسري والإيطالي والمصري وغير ذلك⁽²⁾، ووجهها أن لا يعتبر بالواقع المادي الموضوعي لتقدير الغين، كما هو الحال في الأنظمة المادية، وإنما يعتمد بالتقدير الشخصي، قيمة الشيء تحدد باعتبارات شخصية يذهب الشخص وليس باعتبارات موضوعية خارجية، كما أنه لا قيمة لنسبة الغين، الثالث أو الرابع أو غير ذلك، في تحديد الاستغلال. حيث يتتوفر الاستغلال كلما بلغ حدًا مطلقاً في ذهن المعاقد.

القانون الكنسى في المطالبة بضمان عدالة عقدية ومن ذلك جعل الشئ عادلاً ومحاربة الربا وغير ذلك، فإنه تحت ضغط مبدأ سلطان الإرادة أبقت المجلة الفرنسية على النظرية المادية للгин فلم تتمدد إلا بالنسبة إلى بعض الأشخاص (التصرف والمحجور عليهم بصفة عامة تدعيمًا لقواعد الأهلية) أما بالنسبة إلى غير المحجور عليهم فلم يعتمد الغين إلا بالنسبة إلى بعض المعاملات الحصرية وهي الغين الواقع في عقد القسمة إذا تجاوز الربع الواقع في عقد البيع إذا تجاوز نسبة 1/2 / 7، كما تضمنت نصوص خاصة بعض الحالات. ويلحق بذلك بعض القواعد المانعة للتعامل بالربا الفاسد والشروط المتعلقة contrats onéreux (الفصل 1844 فقرة 2 من المجلة العثمانية) والتعسف في القوة الاقتصادية بهدف الحصول على مكاسب شطة (قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلك).

(1) يعرف الفقهاء الغين بأنه اختلاف في أحد العوين وهو على نوعين غبن بسير، وهو ما يدخل تحت تقويم السقومين وتقديرهم أي من الممكن أن يصل إجهاد المقومين إلى ذلك المبلغ، وغبن فاسد إذا كان عكن ذلك أي ما يتجاوز تقديرات المقومين. ولا أثر للгин بسير في العقد على العقد على تعدد أنواعها فهو من قبيل الأمور التي يتسامح فيها إلا بالنسبة إلى بعض المعاملات مثل بيع الوصي لأموال اليتيم وتصرف المدين المحجور عليه في ماله وتصرف المريض في مرض موته، فللгин بسير أثر في ذلك. أما بالنسبة إلى الغين الفاسد فله تأثير على جميع المعاملات التي تقع في مال الوقت والمحجور عليه ويبيت المال دون شرط فهي بيوعات غير صحيحة. وما تجاوز ذلك أي في بقية المعاملات المالية، تتجه الفقهاء إلى ثلاثة آراء، فمنهم من يشتري التغیر لقول بالغين، ومنهم من لا يشتريه ومنهم من لا يرى ذلك ذهب المجلة العثمانية (المادة 356).

بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، 517 وما بعد.

عبد الرزاق السنتوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 133 وما بعد.

(2) نصت المادة 129 من القانون المدني المصري في فقرته الأولى على أنه «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بمرجع العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيباً بينا هذا المتعاقد».

الرضاة بالفصل 43 م.ا.ع وهي الغلط والتغیر والإکراه، وقد وردت هذه الصور على وجه العصر، فحتى الغبن لم يرد ذكره بالفصل 43 م.ا.ع. معنى ذلك أن حالة السكر ليست عيباً من عيوب الرضاة في حد ذاتها، وإنما يجعل السكر صاحبة، إذا ما بلغ حدّاً معيناً، سهل الانقياد والتأثير والوقوع في الغلط. وعلى ذلك الأساس فإن ما يؤخذ به الشخص في حالة السكر في مادة العقود ليس حالة السكر في حد ذاتها وإنما يتظر إلى مدى تأثيره بالإکراه والتغیر والغلط، والواضح أن حالة السكر المغيرة للشعور يجعل المتعاقد أكثر تأثيراً بعناد الإکراه والتغیر وأكثر إمكانية في الوقوع في الغلط. لذلك بعد أن نصّ المشرع بالفصل 58 م.ا.ع على أنه «إذا وقع العقد في حال السكر المغير للشعور وجب فسخه» أضاف بالفصل 59 م.ا.ع أن تقدير هذه الحالة يبقى موكلاً لنظر القاضي المعهد بالنزاع. فعلى القاضي المتعمد أن يعاين شروط الإکراه أو التغیر أو الغلط إذا وقع العقد في حالة السكر المغير للشعور. والخلاصة في جميع ذلك أن حالة السكر ليست سبباً مستقلاً في عيوب الرضاة وإنما سبب تابع لبقية العيوب المحددة إن الإکراه الصورة بالنسبة إلى الغبن المرتبط بالرضاة.

نصاء، كما هي الصورة بالنسبة إلى العين المربعة باتجاهه». —المرض: هو حالة صحية استثنائية تنتاب الشخص فتعدل من قدراته الجسدية والنفسية. وعلى ذلك الأساس فهي ليست حالة من حالات عيوب الرضاء إذ حدد المشرع حالات العيوب بقول فاصل وحصري بالفصل 43 م.أ.ع. فقط أنه إذا كان المعاقد يمرّ بحالة مرضية قد يكون عرضة للغلط أو الإكراه أو التغير أكثر من الإنسان العادي، وفي ذلك المعنى جاء الفصل 59 م.أ.ع عندما نص على أن «أسباب فسخ العقد المبنية على حالة مرض أو ما شاكله من الحالات موكولة لنظر القاضي»، فللقاضي في إطار سلطته التقديرية التأكيد من مدى تأثير المعاقد نظراً لحالته الصحية. وبهذا المعنى وبالتالي ذلك الحد يكون للمرض علاقة بمعنى الرضا.

وإلى ذلك الحديثون لمعرض حادثة بسيطة، وهي أن المقصود بذلك المرض لا المرض البسيط الذي يجب تمييزه عن مرض الموت ومرض الجنون. حيث إن مرض الجنون يجعل الشخص فاقداً للأهلية على معنى الفصل 5 م.أ.ع، وليس له أصلاً التعاقد إلا بواسطة من له النظر، بينما مرض الموت مؤسسة خاصة أورد المشرع أحكامها بالفصل 354 و 355 و 356 و 565 و 566 و 567 م.أ.ش في إطار الإستفاط والبيع والكفاله والهبة، وهي تعنى بالمحافظة على حقوق الورثة وليس لها علاقة بمعنى الرضا. فخلافاً للعدة اتجاهات قضائية حاولت الربط بين الرضا ومؤسسة مرض الموت⁽¹⁾، ييلو أساساً مرض الموت بعيداً عن إطار الرضا ومتضيئاته، فليس من أهدافه حماية إرادة المريض،

(١) قرار تعقيبي عدد ٣٩٧٠ الصادر بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٦٦، القضاة والشريع ١٩٦٦، ص ٢٩٩.
 قرار تعقيبي عدد ٤٤٠٨ الصادر بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٦٦، القضاة والشريع ١٩٦٧، ص ١٦

بين القيمة الحقيقة والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثالث». معنى ذلك أن مجرد الغلط في القيمتين في العقود المتعددة في حق القصر وعديمي الأهلية عموماً ولو كان بحضور من يزورهم قاتلوا ولو في غياب التغیر يمكن أن يؤدي إلى إبطال العقد شرط أن يكون عدم التعادل في العوض أكثر من الثالث. وعلى ذلك الأساس كان الغبن في هذه الصورة بعيداً عن إطار عيوب الرضاة ويتصل بمحل العقد. وإذا أخذ المشرع بالفصل 60 م.أ.ع بالاعتبارات التقنية فإنه اعتمد المعايير الموضوعية بالفصل 51 م.أ.ع.

والحقيقة أنَّ هذه التغيرات الموضوعية أوردها المشرع بالفصل 626 م.أ.ع بالنسبة إلى عقد البيع وكذلك بالفصل 125 م.ح.ع بالنسبة إلى عقد القسمة في حق القصر. حيث نصَّ الفصل 626 م.أ.ع على أنه «إذا كان البيع جزافاً أو عيناً معينة وبين في العقد قلره كيلاً أو عداً أو وزناً فليس للبائع أن يطلب الزيادة في الثمن إذا ظهر أنَّ البيع زائد في قدره عن القدر المسمى في العقد ولا للمشتري أن يطلب التخصيص من الثمن إذا ظهر أنَّ البيع يعكس ذلك إلا إذا كان الفرق زيادة أو نقصاً مما يبلغ نصف العشر وهذا الشرط يعمل به إن لم يكن منافياً للعرف ولم يحصل تراضٍ بين البائع والمشتري على خلافه». وعلى ذلك فإنَّ عدم المعادلة فيما يتجاوز 5 بالمائة في مقدار الأشياء المثلثة أو القيمية موضوع البيع يسمح بخيار المشتري في الإبقاء على العقد مع دفع ما زاد على الثمن أو طلب الإبطال، كما في صورة أن تفوق مساحة العقار المباع في الأشياء القيمة حدود 5 بالمائة مقارنة بمساحة المعيينة بالعقد. كما نصَّ الفصل 125 م.ح.ع. على أنَّ القسمة سواء كانت رضائية أو قضائية «تنقض بسبب الغبن إذا تعلق بمنابع من ليس له أهلية التصرف وكان الفرق في القيمة الرابع»؛ ففي جميع هذه الصور استقل الغبن عن بقية عيوب الرضاء، ولكنه باستقلاله أحذ شكللا مادياً واستقل تماماً عن إطار عيوب الرضاء واتصل بإطار محل التعاقد⁽¹⁾، فما يثبت الغبن في هذه الصورة هو تجاوز المعادلة مستويات رقمية محددة ثانوياً وليس الخلل في سلامة الرضاء.

5- الحالات الخاصة

أورد المشرع نصوصاً خاصة بحالة السكر المغير للشعور وبحالة المرض، كما وضع المشرع أحكماماً خاصة بالنسبة إلى المعاملات الالكترونية.

-السكر المغير للشعور: لا يبرم العقد إلا بتصریح الرضاء (الفصل 2 م.أع) ولا يكفي التصریح بل لابد أن يكون الرضاء سلیما من العیوب وقد حدد المشرع عیوب

(١) وعادة ما يدرس الغير بهذه الصورة في إطار المحفل إلى جانب عدّة صور شبيهة بالغير مثل عقود الربا المفاحش والتغافل في المراكز الاقتصادية وغير ذلك من العقود المضرة بالمتعاقددين، وعادة ما ترد في شأنها نصوص خاصة.

المعاملات الإلكترونية باطلة بحكم التعاقد مع أطراف وهميتين، ليس لهم وجود حقيقي، أمام مخاطر التحيل الإلكتروني، وقد ثبتت الإحصائيات أن أكثر من 47% من العمليات الواقعة بين الدول الأوروبية في السنوات الفارطة، هي في حقيقة الأمر عمليات تحيل، وقد أثارت هذه الظاهرة حفيظة العاملين في القطاع التجاري وخوف المؤسسات المالية الكبرى⁽¹⁾.

وإذا كان من الممكن التعرف على هوية المعاعد إذا كانت المعاملة بين مؤسسات معروفة وفي إطار شبكة مغلقة، فإن المخاطر تصبح حقيقة إذا كان التعاقد في إطار شبكة مفتوحة، وبين أطراف لا تربطهم معرفة مسبقة. فيرد الرضاء في مثل هذه الصور عبياً بحكم تبادله مع شخص غير محدد وغير معروف، ومن الوارد أن يتاحل الشخص الآخر هوة الغير، لكنه من الممكن التوفيق من خطورة هذه المظاهر إذا لجأ الطرفان إلى خدمات المصادقة الإلكترونية لغاية التعريف بالطرفين. ويمكن كذلك ضمان سلامة الحاجة وسرتها والتزامات الطرفين باستعمال وسائل التشفير، ومع ذلك يبقى الخطر قائماً بحكم حداثة المجال وعدم القدرة على التحكم في آلياته، وولع البعض بالمخاطر والمجازفة دون أن يتسلح بالمعرفة الكافية والمطلوبة في مثل هذه الصور.

القررة الرابعة : الموضوع أو المحل

نص الفصل 2 م.أ.ع على أن من بين أركان العقد «أن يكون المقصود من العقد مالاً معيناً يجوز التعاقد عليه». معنى ذلك أن يكون للالتزام محل أو موضوع، فهو في نهاية الأمر ما يتفق عليه الأطراف بالعقد. وهو بذلك شرط جوهري بالعقد لا تكتمل صورته إلا إذا توفرت الشروط، وقد أوردت الفصول 62 إلى 66 شروط المحل، على أن مفهوم المحل يحتاج إلى بيان (أ) قبل التعرض لمسألة شروطه (ب).

أ- مفهوم المحل في الالتزام

المحل هو ما اتفق عليه الطرفان في نهاية الأمر، على أنه من الضروري التمييز بعنابة بين محل الالتزام ومحل العقد، ولو أن المشرع يستعمل الأولى للدلالة على الثانية والعكس. فيتصدر محل العقد إلى العملية التي يباشرها العقد، أي حقيقة العملية، كما أن تكون يبيعاً أو هبة أو تسوييناً وما شابه ذلك، بينما محل الالتزام هو ما

(1) المنصب قرطاس، التجارة الإلكترونية والإشكاليات التطبيقية المطروحة، القضاء والتشريع جويلية 1999.

بل حماية حقوق الورثة، ولهذا الغرض فإن العمليات التي تقع خلال مرض الموت تأخذ نظام الوصية على معنى الفصلين 179 و 187 م.أ.ش بمعنى أن الإحالة إذا كانت للوارث لا تمضي إلا بعد مصادقة الورثة فإذا كانت لغير وارث مقتضى في الثالث بدون مصادقة والمصادقة فيما زاد على ذلك، وذلك ما يبرر أن أحکام مرض الموت وضعت بهدف حماية حقوق الورثة وليس حماية لإرادة المريض.

وعلى ذلك الأساس فإن شروط مرض الموت تتجاوز شروط المرض المجرد لاختلاف الأسس والأهداف، فإذا كان يكفي في إطار المرض المجرد إثبات ما يتعلق بالتجريح والإكراه والغلط ومدى تأثير المريض بذلك، فإنه يتسع في إطار مرض الموت إثبات أن المرض كان قاتلاً، بمعنى أن المرض كان مخيماً ومشمراً بالهلاك ومتصل بالموت⁽²⁾، وقد حمل المريض إلى محاباة أحد الأشخاص أو التكبير عن أخطاء سابقة أو التوبة عن عمل سابق مع ضرورة أن تكون النتيجة سلبية على حقوق الورثة، فتجاوزاً لمدى تأثير المريض لمصيري، فالعبرة بالنتيجة أي تعديل قواعد الميراث، ولهذا الغرض بالذات ذهب الفقه المالكي إلى تزيل مركز المحكوم عليه بالموت والمقاتلين متولة المريض مرض الموت، فما يخشى هو التأثير على قواعد الميراث العادلة وليس فقدان الإرادة⁽³⁾، حيث إن المريض مرض الموت يبقى على إرادة سلية وإن كان من الممكن إبطال جميع التصرفات التي أبرمها خلال تلك المدة، حتى أنه إذا نجا المريض من هلاك محظوظ ما كان له أن يطلب إبطال ما سبق إبرامه في غياب معنى حماية حقوق الورثة⁽⁴⁾.

- مخاطر الرضاء الإلكتروني: قدمنا أن المتعامل يمكن أن يتقاد إلى الغلط بسبب عدم القدرة على مراقبة أهلية المتعاقد طبق الصورة المذكورة، بل يمكن أن ترد أغلب

قرار مدنى عدد 11502 صادر بتاريخ جوان 1975 ، المجلة القانونية 1979 ، عدد 3، ص 107، تعليق محمد الدين.

(1) يراجع تعريف مرض الموت بالفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري، المجلد الرابع، ص 309، عدد 174.

(2) مختصر خليل.

(3) Y.L.De Bellefonds: Droit musulman comparé, T 1, n° 328 et suiv.
Y. Knani : La protection juridique du malade, Thèse, Paris 1980.
H. Marchaoui: Le malade et l'acte juridique patrimonial, mémoire DES, Tunis 1976.

(4) وفي ذلك ذهب فقه القضاء بقرار نديم عدد 5655، بدون تاريخ، منشور بالقضاء والشريع 1959، ص 254. وقد ميزت المحكمة بهذا القرار بوضوح بين أحکام الفصلين 565 م.أ.ع الخاص بالبيع و595 م.أ.ع الوارد في إطار عبوب الرضاء. وذهب كذلك محكمة التعقيب أخيراً في ذلك الاتجاه، قرار تعقيب عدد 2688 الصادر بتاريخ 29/3/1983.

بموضع العقد. فكأن الفصول 62 إلى 66 م.أ.ع تمثل المبادئ العامة في تعريف طبيعة التصرف، بينما تبرز الأحكام الخاصة طبيعة المعاملة. وما يوجه الحديث عن محل الالتزام هو إبراز معنى الإعطاء والعمل وعدم القيام بعمل، وما يوجه الحديث عن موضوع العقد هو إبراز حقيقة المعاملة بيعاً أو معاوضة أو هبة أو غير ذلك وما يدخل في ذلك من أحكام.

وتبدو أهمية المحل ثابتة في هذا العصر بحكم تطور القواعد الأممية التي أصبحت تحيط بإرادة الأطراف في التعاقد، فبعدما كان العقد ناتج إرادة الطرفين دون تدخل من أي جهة أصبح بالإمكان بحكم سقوط مبدأ سلطان الإرادة أن يتدخل المشرع لتعديل إرادة الأطراف بقواعد أممية وذلك هو معنى النظام العام في العقود الخاصة، وعلى ذلك الأساس تحدث رجال القانون عن ملاعنة أو تطابق العقد مع الموجبات الاجتماعية والاقتصادية⁽¹⁾.

ب- شروط المحل

المحل في الالتزام يخضع لشروط أورتها الفصول 62 إلى 66 م.أ.ع⁽¹⁾، كما أن محل العقد يجب أن يخضع للموجبات الاجتماعية في حماية حقوق المجتمع وحقوق الأفراد كذلك⁽²⁾.

1- شروط المحل في الالتزام

عملاً بأحكام الفصول 62 إلى 66 م.أ.ع يجب أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه، معيناً أو قابلاً للتعيين، ممكناً، موجوداً. فإذا تعلق المحل بشيءٍ غير النقود، كان من المفروض أن يكون الشيء موجوداً ويمكن التعامل فيه ومعيناً أو قابلاً للتعيين، فإذا كان نقوداً كان من اللازم أن يكون محدداً وموجوداً ومتاحاً. وإذا تعلق الالتزام بعمل إيجابي أو سلبي، يشترط التعيين والإباحة والإمكانية.

- يجب أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه: نص الفصل 62 م.أ.ع على أنه «لا يسوغ التعاقد إلا فيما يصح فيه التعامل من الأشياء والأعمال والحقوق المجردة»، فما لم تصرح القوانين بمنع التعاقد فيه يصح التعاقد فيه». وكان الفصل 2 م.أ.ع نص على «أن يكون المقصد من العقد ما لا معيناً يجوز التعاقد عليه». وعلى ذلك الأسانم فإن الأشياء قيمية كانت أو مثالية بما في ذلك النقود ثمن المعاملة والأعمال سواء كانت إيجابية أو سلبية والحقوق سواء كانت مادية أو معنوية أو عينية أو شخصية يجب أن يصح التعامل فيها بمعنى أن تكون في التجارة، ويتحمّل الشرط بذلك على الجميع عناصر الالتزام بما في ذلك نقل الملكية والقيام بعمل وعدم القيام بعمل.

(1) Carbonnier.Jean: *Les obligations*, op. cit., T 4 , p. 129 et suiv.

بحمل إلى طبيعة أداء الطرف الآخر prestation أي الطبيعة المجردة للأداء، إعطاء شيء أو القيام بعمل أو عدم القيام بعمل، أي تسليم شيء أو القيام بخدمة⁽¹⁾.

فإذا كان الإعطاء انصرف الآخر إلى نقل حق عيني، مثلاً أو عقاراً، مثلاً كان أو قيمياً، مادياً كان أو معنوياً⁽²⁾، وما ينقل قانوناً ليس ذات الشيء وإنما الحق، بمعنى أنه يحمل على المدين الالتزام بتسليم الشيء ذاته، ومن شرطه أن يكون مملوكاً لمن أحاله من حيث المبدأ⁽³⁾ و موجوداً ويمكن التعامل فيه ومحتدماً⁽⁴⁾. وإذا كان العمل أو عدم القيام بعمل كذلك يعني أن المدين لا ينقل حقاً وإنما يقوم بعمل إيجابي أو سلبي، وشرطه أن يكون ممكناً ومشروعًا وشخصياً من حيث المبدأ بالنسبة إلى المدين⁽⁵⁾ وله أهمية بالنسبة إلى الدائن⁽⁶⁾.

وإذا كان موضوع العقد، شمل الحديث طبيعة العملية أي العملية التي وقع عليها الاتفاق، فقد يتفق الأطراف على البيع أو المعاوضة أو الكراء أو الوديعة أو الهبة أو غير ذلك من العمليات. وقد كانت هذه العمليات محدودة تاريخياً، وكما تحدث بالقانون الروماني عن العقود المسماة، غير أنه مع الاحتكام إلى مبادئ سلطان الإرادة أصبح من الممكن الخروج عن العقود المسماة وإبرام ما لا نهاية من العقود شرط حصول الاتفاق، بين الطرفين. وما يشترط في موضوع العقد أن يكون مديناً فلا يخالف النظام العام والأخلاق الحميدة وعادلاً فلا يقع بغير وتنزهاً فلا يخفي المعاقد حقيقة التصرف عن العقود الأخرى⁽⁷⁾ وشرعياً فلا يتعسف فيه بشرط⁽⁸⁾.

وما يدخل في معنى المحل على معنى الفصول 62 إلى 66 م.أ.ع ليس محل العقد، وإنما يدخل في ذلك معنى موضوع الالتزام. فكلما كانت الإشارة إلى أحكام الفصول 62 إلى 66 م.أ.ع إلا وكانقصد هو محل الالتزام، وما تجاوز ذلك كانت له علاقة

(1) يراجع مقدمة الكتاب في تعريف الالتزامات وتحديد طبيعة كل التزام.

(2) كلمة الحقوق المعنوية تطرح إشكالية طبيعة الملكية الفكرية (الملكية الصناعية والملكية الأدبية)، فهل هي حقوق عينية أو هي حقوق خاصة ؟

(3) شرط أن يكون الشيء ملكاً للمحيل يوم العقد أمر محل اختلاف بين الشارع، فمن يجزي بيع ملك الغير والبيع المستقبلي مثل القانون التونسي لا يشترط أن تكون الملكية ثابتة للمحيل يوم العقد. بر اجع مسألة بيع ملك الغير لاحقاً.

(4) كانت لنا مناسبة بمقدمة الكتاب للإشارة إلى ذلك النقاش حول طبيعة الإعطاء إن كان التزاماً أو أثراً.

(5) والاستئام في ذلك هو ما يتعلّن بالتعاقد لمصلحة الغير على معنى الفصلين 40 و 41 م.أ.ع.

(6) Henri et leon Mazeaud, Jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit civil*, Les obligations, op. cit., p. 229 et suiv., n° 232 et suiv.

(7) Carbonnier.Jean: *Les obligations*, op. cit., T 4 , p. 129 et suiv.

(8) François Terré, Philippe Simler, Yves lequette: *Les obligations*, op. cit., p. 257 et suiv., n° 305 et suiv.

فرض أن المحل خاضع لتحديد السلطة العامة⁽¹⁾. ولكن بعض الأشياء تبقى خارجة بطيئتها عن المعاملات ولو لم يرد فيها نص خاص بحكم طبيعتها واستحالة التعامل في شأنها، ومثال ذلك الشمس والبحر والقمر والهواء وما شابه ذلك⁽²⁾.

يجب أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين: نص الفصل 63 م.أ.ع على «المعقود عليه يجب أن يكون معيناً ولو بالنوع أما مقداره وعده ففيجوز أن يكون غير معين وقت العقد بشرط إمكان تعينه فيما بعد». معنى ذلك أن ما يجب تعينه بالعقد هو نوع المتعاقدين عليه espèse أي نوعية الأشياء المثلية والقصد من ذلك جنس الشيء⁽³⁾ genre، شير أو قمح أو قطن، وما يتتجاوز ذلك ودخل في معنى المقدار والعدد لا يشترط تعينه بداية يوم التعاقد بل يكفي أن تكون الإمكانية قائمة في تعينه في ما بعد. ولكنه يتعين التمييز بين الأشياء المعينة الذات والأشياء المثلية لفهم معنى هذه الأحكام.

+ فإذا تعلق الموضوع بأشياء معينة الذات: مثل بيع سيارة أو عقار، فما يشترط أن ترد بالعقد جميع البيانات التي تتعلق بذات الشيء بحيث أنه من الممكن التعرف على ذات الشيء من خلال تلك البيانات، فإذا تعلقت العملية ببيع سيارة كان من المفروض أن يحدّد نوعها وقوتها وسنها وغير ذلك من البيانات الفنية الواجبة لتعريف ذات الشيء، وإذا تعلقت العملية بعقار كان من المفروض ذكر موقع العقار ومحنته وحدوده ومساحته وما ورد على وجه التقرير يتسامح فيه⁽⁴⁾، ولا تحتاج الأشياء القيمية من حيث

(1) القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والإسعار، كما هو متوقع بموجب القانون عدد 83 لسنة 1993 المؤرخ في 26 جويلية 1993 وبموجب القانون عدد 42 لسنة 1995 المؤرخ في 24 أفريل 1995 وبموجب القانون عدد 41 لسنة 1999 المؤرخ في 10 ماي 1999 وبموجب القانون عدد 74 لسنة 2003 المؤرخ في 11 نوفمبر 2003 وبموجب القانون عدد 60 لسنة 2005 المؤرخ في 18 جويلية 2005. وقد ألغى القانون الجديد القانون عدد 26 لسنة 1970 المؤرخ في 19 ماي 1970 الذي كان «يرتكز على مبدأ تدخل الدولة كتبية طبيعية للحماية التي تتمتع بها هيكل الاقتصاد وتتميز بغياب أحكام منظمة للمنافسة تحد ضروررة لسلامة المعاملات في اقتصاد السوق». وقد أقر القانون الجديد «مبدأ حرية تحديد الأسعار بالاعتماد على المنافسة الحرة. بطريقة تجعل من نظام حرية الأسعار القاعدة مع الإبقاء على إمكانية تدخل الإدارة عند اختلال السوق» (منشور وزير الاقتصاد الوطني يتعلق بتوضيح أحكام القانون عدد 64 لسنة 1991).

(2) عبد الرزاق الشهوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 397 وما بعده، عدد 222 وما بعده.

(3) وهي نفس الملاحظة التي يوردها رجال القانون عند الحديث عن الفصل 1129 من المجلة المدنية الفرنسية، حيث جاء بالفصل عبارة النوع والقصد من ذلك هو الجنس.

Carbonnier.Jean: *Les obligations*, op. cit, p. 106, n° 25.
(4) كثيراً ما تطرح البيوعات العقارية بعض الإشكاليات التي لها علاقة بذكر المساحة خاصة إذا كانت مساحة العقار الصعب أقل أو أكثر مما ورد بالعقد. فإذا وردت المساحة محددة فنصبلاً بالعقد كان من المفروض مراعاة هذه المساحة ولا يتسامح إلا في حدود ما يتجاوز 5 بالمائة زيادة أو نقصاناً (الفصل 626 م.أ.ع)، وإذا جاءت على وجه التقرير فإنه يتسامح في الاختلاف⁽⁵⁾.

علي كحليون: أحكام القانون العقاري، المرجع السابق، ص 379 وما بعده.

والمنبدأ أن ماله تمنعه القراءتين يصح التعامل فيه، والمقصود بذلك هي القواعد الآمرة التي تدخل في معنى النظام العام والأخلاق الحميدة، معنى أن الأشياء أو الأعمال أو المحرق طالما لا تتعارض مع النظام العام والأخلاق الحميدة تكون بالضرورة في دائرة التجارة، والتتجة في ذلك أنه لا يجوز مخالفه القواعد الخاصة بالنظام العام والأخلاق الحميدة.

وعادة ما يدخل في إطار النظام العام والأخلاق كل ما يتعلق بصحة وحياة وجسم الإنسان والمال العام للدولة وللمؤسسات العامة على وجه الإجمال وامتيازات السلطة العامة بوجه عام وأحكام العائلة. فلا يمكن التعامل في أشياء فاسدة تضر بصحة الإنسان⁽⁶⁾ ولا يمكن المتاجرة في الأعضاء البشرية، إلا ما استثناه القانون⁽⁷⁾، ولا يمكن التعاقد حول حياة الإنسان⁽⁸⁾، كما لا يجوز التعاقد في شأن أمور تدخل في معنى السيادة ومن ذلك الانتخابات والملك العام⁽⁹⁾ والوظيفة العمومية⁽¹⁰⁾ أو ما يتعلق بالجباية⁽¹¹⁾ ولا يجوز تغيير النظام العام الأسري⁽¹²⁾ وغير ذلك من الصور⁽¹³⁾. ويجب أن يقع التعامل بالتفوّد والأوراق المالية المحذّدة قانوناً⁽¹⁴⁾، وفي حدود الأسعار المضبوطة قانوناً على

(1) الفصل 525 م.أ.ع.

(2) القانون عدد 22 لسنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991 المتعلق بأحد الأعضاء البشرية وزرعها. الرائد الرسمي عدد 22 بتاريخ 29 مارس 1991، ص 474.

(3) رأت محكمة العقبق الفرنسية أن عرض فتاة صغيرة بعمل سينمائي بعد وشم جسدها يعد عملاً مخالف لنظام العام والأخلاق الحميدة.

Cass. 3 juin 1969, D. 1969, p. 136.

(4) علي كحليون: أحكام القانون العقاري، المرجع السابق، ص 222 وما بعده.

(5) القانون عدد 172 لسنة 1983 المؤرخ في 12 ديسمبر 1983 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام لأغوان الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية كما هو متوقع في عدة مناسبات وخاصة بموجب القانون عدد 20 لسنة 2003 المؤرخ في 17 مارس 2003.

(6) مجلة الإجرامات العجائية الصادرة بموجب القانون عدد 82 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000.

(7) محمد الحبيب الشريف: النظام العام الأسري، نشر المركز الجامعي.

(8) محمد بقق: التصرف القانوني، نشر مجمع الأطروش لكتاب المختص، ص 55 وما بعده.

(9) الفصول 259 و 260 و 261 م.أ.ع.

القانون عدد 18 لسنة 1976 المؤرخ في 21 جانفي 1976 المتعلق بتدوين التشريع الخاص بالصرف والتجارة الخارجية والمنظم للعلاقات بين البلاد التونسية والبلدان الأجنبية كيماً وقع تقييمه بالنصوص اللاحقة وخاصة القانون عدد 48 لسنة 1993 المؤرخ في 3 ماي 1993.

(10) القانون عدد 90 لسنة 1958 المؤرخ في 19 سبتمبر 1958 المتعلق بإنشاء وتنظيم البنك التونسي.

الأمر عدد 608 لسنة 1977 المؤرخ في 27 جويلية 1977 المتعلق بضبط شروط تطبيق مجلة الصرف والتجارة الخارجية كيماً وقع تقييمه بالنصوص اللاحقة وخاصة الأمر عدد 1693 المؤرخ في 16 أوت 1993 والأمر عدد 394 المؤرخ في 26 فبراير 2007.

وعلى ذلك الأساس فالتابعة على البائع إلى ذلك اليوم إذا هلك الشيء بقوة قاهرة، خلافاً للأشياء القيمية.

وإذا تعلق الموضوع بالثمن: وهو من الأشياء المثلية، فمن المفترض مبدئياً أن يعنى الثمن بالعقد، ويجب أن يكون الثمن مقدراً بالمال المعمول به فاتونا أي بالدينار التونسي داخلياً أو بالعملة الأجنبية إذا كانت المعاملة دولية⁽¹⁾، ولا معنى لتغيير قيمة العملة بعد ذلك، إلا إذا وضع الأطراف شرطاً مخالفاً⁽²⁾.

ولكنه ليس من الضرورة أن يكون الثمن معيناً يوم إبرام العقد بل يمكن أن يكون قابلاً للتعيين يوم التنفيذ. معنى ذلك أن لا يرد الثمن محدداً بالعقد وإنما ينص الطرفان فقط على طريقة حساب الثمن، كما أن يقال بالعقد أن يعتمد السعر القانوني يوم التسليم. ويشترط في ذلك أن لا تكون طريقة الحساب رهين إرادة أحد الطرفين، أي أن لا يبقى تحديد الثمن في نهاية الأمر رهين إرادة أحد الأطراف⁽³⁾. فقد يكون السعر القانوني المعمول به محدداً فاتونا من قبل السلطة العامة أو محدداً طبق نظام العرض والطلب⁽⁴⁾.

(1) الفصول 259 و 260 و 261 م.أع.
القانون عدد 18 لسنة 1976 المؤرخ في 21 جانفي 1976 المتعلق بتدوين التشريع الخاص بالصرف والتجارة الخارجية والمتعلق للعلاقات بين البلاد التونسية والبلدان الأجنبية كيما وقع تقييمه بالتصوّص للتعيين.

اللاحقة وخاصة القانون عدد 48 لسنة 1993 المؤرخ في 3 ماي 1993.

القانون عدد 90 لسنة 1958 المؤرخ في 19 سبتمبر 1958 المتعلق بإنشاء وتنظيم البنك التونسي.
الأمر عدد 608 لسنة 1977 المؤرخ في 27 جويلية 1977 المتعلق بضبط شروط تنظيق مجلة الصرف والتجارة الخارجية كيما وقع تقييمه بالتصوّص الأحكام وخاصة الأمر عدد 1693 المؤرخ في 16 اوت 1993 والأمر عدد 394 المؤرخ في 26 فيفري 2007.

(2) عبد الرزاق السهري: *المجلد الأول*, المرجع السابق، ص 389 وما بعده، عدد 124 وما بعده.
(3) Cass. Française: 11 octobre 1978, D. 1979, p. 135, note Roger Houin.

آيدت محكمة التحقيق قرار إبطال المعاملة بسبب أن تحديد الثمن كان رهين إرادة البائع، فقد أقرض البائع المشتري مبلغاً من المال شرط أن يتزود المشتري من السلع التي يعرضها البائع بالثمن الذي يحدده البائع.
Aussi, Cass. 21 juin 1976, JCP, 1978, 2, № 18983-18984, note Nuri Albala et Alain Corneveaux.

Cass. 11 juin 1980, D. 1983, p. 403, note Claude lieuhard.

(4) القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمناسفة والإسعار، كما هو منصوص بموجب القانون عدد 83 لسنة 1993 المؤرخ في 26 جويلية 1993 ويوجّب القانون عدد 42 لسنة 1995 المؤرخ في 24 أبريل 1995 ويوجّب القانون عدد 41 لسنة 1999 المؤرخ في 10 ماي 1999 ويوجّب القانون عدد 24 لسنة 2003 المؤرخ في 11 نوفمبر 2003 ويوجّب القانون عدد 60 لسنة 2005 المؤرخ في 18 جويلية 2005. وقد ألغى القانون الجديد القانون عدد 26 لسنة 1970 المؤرخ في 19 ماي 1970 الذي كان يجرّئ على مبدأ تدخل الدولة كنتيجة طبيعية للمعاشرة التي تتمتع بها ميائل الاقتصاد ويسعى بغير أحكام منظمة للمناسفة تعد ضرورية لسلامة المعاملات في اقتصاد

المبدأ إلى تحديد المقدار والعدد. وهذا هو حكم الفقه الإسلامي أنه «يلزم لصحة عقد المعاوضات المالية من الجانبين أن يكون كل من البدلين معيناً نافياً للجهالة الفاجحة». وكتيبة لذلك فإن الملكية تنتقل بتاريخ إبرام العقد في الأشياء القيمية، والتبيّن على المشتري ولو قبل التسليم إذا هلك العين قبل التسليم.

+ وإذا تعلق الموضوع بأشياء مثيلة: مثل بيع حبوب أو قطن أو صوف وما شابه ذلك، فما يشترط بالعقد هو تعين نوعها ومقدارها وعدها وجودتها، كما أن يقال بعث 50 كلغ من الحبوب الصلبة نوع كذا، فذلك ما توجه طبيعة الشيء في التعيين. ولكنه من الجائز أن يكون المعقود عليه في هذه الصورة معيناً بال النوع فقط، أما مقداره وعدهه وجودته فيجوز أن يكون غير معين وقت العقد بشرط إمكان تعينه فيما بعد أي يوم التنفيذ. أي أنه لا يشترط تعين الأشياء المثلية بجميع مقدارها وعدها وجودتها يوم إبرام العقد بل يمكن أن تكون قابلة للتغيير يوم التنفيذ. كما في صورة أن يلتزم نزول تقديم الغذاء بعدد من الزائرين طيلة يوم، مما عين بالعقد هو نوع الغذاء الذي سيقدمه التزّل، ولم يبين العقد كمية الغذاء الذي ستقدم، ولكنه يبقى من الممكن تقديرها لاحقاً حسب حاجيات الزائرين ورغبتهم في الأكل، وذلك هو معنى أن يكون المحل قابلاً للتغيير.

وكذلك بالنسبة إلى جودة *qualité* الشيء، ولو أن بعض الأشياء لها نوع واحد ولا تطرح جبّاً مسألة الكيف، ما أظن أنها داخلة في معنى النوع أو الجنس على معنى الفصل 63 م.أع. فإذا لم تحدد بالعقد، كان من المفترض أن يبقى بالإمكان تعينها لاحقاً سواء بصفة ضمئية من خلال اتفاق الطرفين أو اعتماداً على العرف والتطبيق، وعند الضرورة يمكن الاعتماد عن نوع الوسط في الشيء، وخير الأمور أوسطها. وبقى للقاضي في نهاية الأمر الدور الهام في تحديد إرادة الطرفين من خلال التصرف الصربيع والضمني للمعاملة وعرف الجهة ومتضيّفات المعاملة، والقاعدة الأساسية في ذلك أنه يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرّح به فقط بل يلزم كل ما تربّ على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنفاق حسب طبيعته⁽¹⁾. وذلك يعني أن إمكانية التعيين يجب أن لا تبقى رهينة إرادة المدين فقط وأن تعتمد المعايير الموضوعية في التعيين.

والميزة الأساسية بالنسبة إلى الأشياء المثلية أن الملكية لا تنتقل مع إبرام العقد بل يوم إتمام العقد والقياس والوزن بصفة فعلية حسب طبيعة الشيء موضوع المعاملة.

(1) الفصل 243 م.أع.

+ الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية: الاستحالة الطبيعية أن يستحيل الموضوع طبيعيا، لأن يبع الشخص جزءا من الشمس أو أن يتلزم العمل تحت الماء بدون الحاجة إلى معدات تقنية، فذلك يعني أن ذات المعقود عليه غير ممكن بالمرة. وقد تكون الاستحالة قانونية وهو أن يمنع القانون محل الالتزام، كأن يتلزم المدين توريد أدوات ممنوعة قانونا أو أن يتلزم المحامي الطعن بالتعقيب بعد فوات الأجل. وسواء كانت الاستحالة طبيعية أو قانونية يشرط أن تكون مطلقة.

+ الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية: الاستحالة المطلقة أن يستحيل المصل في حد ذاته موضوعا وليس بالنسبة إلى المدين شخصيا، فهو تقدير موضوعي وليس تقديرا شخصيا. فيجب أن تكون الاستحالة بالنسبة إلى جميع الناس، وتلك هي الاستحالة المطلقة، ولا يمكن أن تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا لصقت بذات الشيء وليس بالشخص، حيث بالإمكان في جميع الصور أن يتوارد الشخص الذي يامكانه توفير المحل إذا وقف على اعتبارات شخصية. وإذا وقفت الاستحالة على اعتبارات شخصية كانت نسبية.

ولا تبطل الاستحالة المطلقة التصرف إلا إذا كانت سابقة عن الاتفاق، فإذا كانت لاحقة كانت استحالة تتنفيذ. وإذا كانت الاستحالة استحالة محل بطل التصرف ويلزم المدين بالتعويض بطبيعة الحال، «فمن كان يعلم حين العقد عدم إمكان المعقود عليه أو كان من حقه أن يعلمه فعله تعريض الخسارة للطرف الآخر»⁽¹⁾. فقط أنه إذا كان الدائن عالما بما ذكر أي بالاستحالة أو كان من حقه أن يعلمه، فلا تلزمه الخسارة⁽²⁾. وبذلك كان للقصد والمعرفة المسبقة للاستحالة أهمية في حدود أن المعرفة المسبقة من المدين تلزمه بالتعويض ويرفع عنه واجب التعويض إذا كان الدائن عالما بالاستحالة، ولو أن العقد كان باطلًا في الصورتين. ويجري هذا الحكم في صورتين كذلك إذا كان المعقود عليه غير ممكن في البعض دون الباقي وصح العقد في ذلك البعض أو إذا كان بالعقد خيار التعيين أي التزام تخييري alternative obligation فقط المعدة للخيار غير ممكن⁽³⁾. فالبطلان يكون في جميع صور الاستحالة المطلقة، فقط أن سبق العلم بالاستحالة من قبل المدين أو الدائن أو من قبل الطرفين له تأثير على طلب التعويض كما تقدم. أما الاستحالة النسبية فهي لا تبطل التصرف مهما كانت الصورة، فقط أن المدين، وقد استعصى عليه التنفيذ عينا يلزم بالتعويض بمقابل.

(1) الفصل 65 م.أع.

(2) الفصل 65 م.أع.

(3) الفصل 65 م.أع.

معنى ذلك أنه من الممكن الاعتماد على اعتبارات موضوعية لتحديد الثمن ولو أن الثمن لم يحدد زمن إبرام العقد. ففلا ينص الفصل 579 م.أع. على أن «تعيين الثمن الذي انعقد عليه البيع لازم فلا يصح بيعت أو اشتريت بما يعينه فلان أو بمثل ما اشتري به فلانا» إلا إذا كان الثمن معلوما للمتعاقدین وقت البيع ويجوز الاعتماد على ما هو معين بقائمة السوق أو بتعريفة معينة أو على متوسط أسعار السوق إذا كان ثمن البيع لا يتغير فإن كان متغيرا حمل المتعاقدان على أنهما اعتمدوا متوسط الثمن الواقع». معنى ذلك أن ذكر الثمن، أي أن الثمن كان معينا، أو ذكر طريقة الحساب أي أن الثمن قابل للتغيير، واجبان لا بد منها لصحة العقد، وإذا لم تبين طريقة الحساب ولو ضمنيا يكون العقد باطلا لغياب الموضوع⁽⁴⁾.

ويقى للقاضي في مثل هذه الصور الدور الهام في إبراز إرادة الطرفين وبياناته أن يتقى العقد من البطلان كلما توفرت المناصر الموضوعية في التعيين. والحقيقة أنه من الممكن دوما أن يجد القاضي هذا العنصر الموضوعي لتعيين الثمن في الاقتصاد الموج، متى يكون الثمن محددا من قبل السلطة، فيكتفى الاعتماد على الثمن المحدد قانونا يوم التسليم⁽⁵⁾.

سيجب أن يكون المحل ممكنا: لا أحد يلزم في الاستحالة، فإذا قامت الاستحالة في الشيء المعقود عليه أو في العمل موضوع الالتزام كان العقد باطلا، ولذلك نص الفصل 64 م.أع. على أنه «إبطال العقد إذا كان على شيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون»، والمقصود بذلك أن تكون الاستحالة قبل إبرام العقد أي استحالة محل، ولو وقعت بعد الإبرام، كان العقد صحيحًا وتطرح حينها استحالة التنفيذ. فيما ينص عليه الفصل 64 م.أع هي استحالة المحل وليس استحالة التنفيذ. ويشترط في الاستحالة أن تكون مطلقة سواء كانت طبيعية أو قانونية.

وند أقر القانون الجديد «مبدأ حرية تحديد الأسعار بالاعتماد على المنافسة الحرية بطريقة تجعل من نظام حرية الأسعار القاعدة من الإبقاء على إمكانية تدخل الإدارة عند اختلال السوق» (منشور وزير الاقتصاد الوطني يتعلق بوضيح أحكام القانون عدد 64 لسنة 1991).

(1) رأت محكمة الاستئناف بتونس بالقرار عدد 68496 الصادر بتاريخ 12 نوفمبر 1975، المجلة القانونية التونسية، تعليق العربي هاشم، 1976، 1، ص 111 وما بعد (بالفرنسية). أن الثمن لم يعين في معاملة وقعت بين شركة لبيع العراد الكهربائية وشركة أخرى مشترية لهذه المادة، بعدما ارتفع ثمن السلع قانونا في تاريخ تسلیم البضاعة، وكان أقل من ذلك يوم تقديم الطلب. والحال أنه كان من الممكن الأخذ بالاعتبارات الموضوعية الضمنية في تحديد الثمن، ذلك أن الثمن في هذه الصورة لم يكن معينا وإنما قابل للتغيير.

(2) وفي ذلك ذهب قوه القضاء بفرنسا، نفس المرجع السابق.

الثمن وعدم صدق قيمته مقارنة مع حقيقة العملية. وقد ذهب فقه القضاء خاصة بفرنسا إلى القول بالبطلان المطلق لغياب المحل وأنزل عدم جدية الثمن منزلة عدم وجود المحل أصلاً وذهب بعض القرارات الأخرى إلى القول بالبطلان النسبي بخلاف أن مسألة الثمن إنما هي في حقيقة الأمر مسألة خاصة ليس لها علاقة بالمصلحة العامة، على أن المحاكم عادة ما ترفض طلب الإبطال إذا كان تحديد الثمن نتيجة التفاوض الحر⁽¹⁾.

+ الاستثناء: أورد الفصل 66 استثناء هاما لقاعدة وجود المحل يوم الإبرام، فقد يكون المقصود من الالتزام شيئاً مستقبلاً وغير محقق عدماً استثنى في القانون⁽²⁾. فيجوز على ذلك الأساس التعاقد على أشياء مستقبلية أو أشياء غير محققة تجاوزاً لما اشترطه مطلقاً⁽³⁾. وإذا كانت قاعدة من التعاقد على تركة مستقبلية تجد أساسها في القانون الروماني الذي يرى أن ذلك التعاقد بخلاف الأخلاق الحميدة لرغبة المتعاقدين في وفاة المورث، فإن بيع المعدوم قاعدة إسلامية أساسها منع الاحتمال والغدر في التعاقد⁽⁴⁾، ولو أن الفقه الإسلامي بدوره يجعل قواعد الميراث خارجة عن إطار اتفاق الأطراف، ويمكن الوصول إلى منع التعاقد عن تركة مستقبلية على ذلك الأساس⁽⁵⁾.

وعلى ذلك الأساس فقد يتعاقد الأطراف على أشياء مستقبلية محققة الوجود مستقبلاً كما في صورة التعاقد على بيع أشياء ستتصنف مستقبلاً أو شراء منزل أو شقة قبل البناء⁽⁶⁾، ويجوز كذلك «بيع الغلة في أصولها» وغيرها من المنتج البازار ولو قبل

(1) François Terré, Philippe Simler, Yves lequette: *Les obligations*, op. cit., p. 239, n° 281.

(2) وقد يتبادر القاعدة مخالفة لقواعد الفقه الإسلامي في معه لعقود الغدر، ولو أن الفقه الإسلامي ذاته يستتي بعض المعاملات من المنع كما هو الحال بالنسبة إلى التابع للأصل كما في صورة بيع أساس البناء تبعاً للبناء وكما هو الحال بالنسبة إلى ما يتضمن فيه عادة لحقوقه أو لمشكلة تمييزه، بمقدار الماء المستعمل في العمارة، كما ذهب ابن القيم إلى جواز التعامل في الشيء المستبدل إذا امتنع الغدر.

السيد سابق، المرجع السابق، ص 107.

عبد الرزاق السنوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 377، هامش عدد 7.

(3) كما هي متقدمة في عدة نتائج وخاصية بمحض القانون عدد 86 لسنة 2005 الصادر بتاريخ 15 أكتوبر 2005.

(4) الفصل 200 م.أ.ع.

(5) الفصل 206 م.ح.ع.

(6) يراجع القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فبراير 1990 المتعلقة بتحرير التشريع الخاص بالبحث العقاري، كما هو متضح بمحض القانون عدد 94 لسنة 2000 المؤرخ في 11 نوفمبر 2000 والقانون عدد 62 لسنة 2009 المؤرخ في 31 جويلية 2009، وذلك للوقوف على إجراءات بيع العقارات قبل إنجازها.

- يجب أن يكون المحل موجوداً: ينصرف شرط الوجود إلى ذات الشيء المعقود عليه على فرض أن الالتزام وقع على شيء وليس مجرد عمل إيجابي أو سلبي، وفي ذلك مبدأ واستثناء.

+المبدأ: أن يكون هذا الشيء موجوداً مادياً زمن إبرام العقد، وعلى ذلك الأساس لا يمكن التعاقد على شيء معدوم⁽¹⁾ فيبيع المعدوم باطل كثمرة لم تبرز أو ما في حصره شك كزرع لم ينت وحمل في بطن أنه⁽²⁾، ومن التزم بدين من جهة مقاومة أو مراهنة كان التزامه باطلًا قانوناً ولا عمل عليه⁽³⁾. ولا يسوغ التسليم في ميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه أو على شيء من جزيئاته ولو برضى المورث فالتعاقد فيما ذكر باطل مطلقاً⁽⁴⁾. وإذا كانت قاعدة من التعاقد على تركة مستقبلية تجد أساسها في القانون الروماني الذي يرى أن ذلك التعاقد بخلاف الأخلاق الحميدة لرغبة المتعاقدين في وفاة المورث، فإن بيع المعدوم قاعدة إسلامية أساسها منع الاحتمال والغدر في التعاقد⁽⁵⁾، ولو أن الفقه الإسلامي بدوره يجعل قواعد الميراث خارجة عن إطار اتفاق الأطراف، ويمكن الوصول إلى منع التعاقد عن تركة مستقبلية على ذلك الأساس⁽⁶⁾.

وعلى فرض أن الشيء كان موجوداً قبل إبرام العقد ثم هلك الشيء قبل الإبرام، فذلك يعني أن المحل غير موجود، أما إذا هلك بعد الإبرام، فليس لذلك تأثير على صحة الالتزام وإنما يتقلل الحديث عن مرحلة التنفيذ وتحمل التبعات والقصص عند الاقضاء.

وإذا كان الشيء تقدماً، أي ثمن المعاملة، انصرف شرط الوجود إلى جدية الثمن الشخصي بالالتزام، فلا يصح أن يكون الثمن رمزاً أو تافهاً مقارنة مع حقيقة المعاملة والإمكان الثمن غير موجود وكان العقد باطلًا لعدم وجود الثمن. وثمة فرق واضح بين عدم جدية الثمن والغبن في التصرف، حيث إن الغبن يفترض ثمناً غير متوازن لا يحمل ضرورة إلى الإبطال إلا إذا وجدت القاعدة القانونية، بينما تحمل عدم الجدية إلى تفاهة

(1) الفصل 574 م.أ.ع.

(2) الفصل 1452 م.أ.ع. الوارد في باب المقاومة والمراهنة الفصول من 1452 إلى 1457 م.أ.ع.

(3) الفصل 66 فقرة ثانية م.أ.ع.

(4) الغدر هو «كل بيع احتوى جهالاً أو تضمن مخاطرة أو قماراً» ويدخل في ذلك بيع الحصاة أي اعتماد ربي الحصاة في تقدير مساحة العقار المباع وبيع الغواص أي شراء ما قد يضره من نقطات البحر وبيع النتاج أي نتاج الماشية وبيع الملامة أي البيع بمجرد لبس الثياب دون تراض وبيع المناولة أي بيع للشخص دون تراض وبيع المحالة أي بيع الزرع وبيع المخاضرة أي بيع الشرة الخضراء قبل صلاحتها وبيع الصوف في الظهر والسمن من اللبن.

السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص 107.

(5) نفس المرجع السابق، ص 302 وما بعده.

2- شروط المحل في العقد

يجب أن يراعي المتعاقدان في اتفاقهما على عملية محددة حقوق المجتمع، فلا يتعارض الاتفاق مع موجبات النظام العام والأخلاق الحميدة، ويجب بالمثل حماية حقوق الأطراف، بضمانتها معتبر من العدالة والتزاهة العقدية.

يجب أن لا يخالف محل العقد النظام العام والأخلاق الحميدة: ييلو مفهوم النظام العام والأخلاق الحميدة من أشد المفاهيم غموضاً بحكم ارتباطه بضغط التطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي وانصرافه إلى مفاهيم متغيرة بحكم الوقت والزمن.

+النظام العام: ليس المفهوم خاصاً بالقانون المدني فحسب بل له تعرifات متعددة بالقانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص والقانون الداخلي أصلاً وإجراء. فإذا كان النظام العام في القانون الدولي الخاص يحمل إلى مراعاة ضوابط التراث الثقافي والحضاري والتوجهات التشريعية وحماية المصالح الاقتصادية للبلاد فإن النظام الأنظمة القانونية المقارنة، فتستبعد القاعدة الدولية مراعاة لخصوصية البلاد، فإن النظام العام الداخلي من شأنه المحافظة على التوجهات الهمامة والأساسية بقواعد ذات طبيعة آمرة، تجاوزاً لقواعد الاستيفائية والتفسيرية، حفظاً للأعبارات الثقافية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية في مواجهة إرادة الخواص في اتفاقاتهم. فهو بمثابة الضابط لطريقة عيش المجتمع في لحظة تاريخية معينة⁽¹⁾، وهو بذلك آلية هامة لترجمة الإرادة البشرية في مسلك محدد ولتحديد الخيارات. فهو في نهاية الأمر ما يرتبط بحق المجتمع على حساب حقوق الأفراد وما يرتبط بالمصلحة العامة، ولكن ذلك لا يعني أن النظام العام هو القانون العام، فإذا كانت قواعد القانون العام دستورية وإدارياً لها طبيعة النظام العام ضرورة فإن القانون العام لا يمثل النظام العام، فنمرة من قواعد النظام العام ما يرتبط بالقانون المدني على ذلك التعريف. فهو بذلك بمثابة النظام القانوني الذي يعلو إرادة الأطراف بحكم طبيعته المميزة وأهدافه العامة، وله مصادره الخاصة ومحتواه المميز.

مصادر النظام العام: ليس النظام العام من حيث المصدر هو القانون المكتوب أي النص القانوني، فكما يمكن أن ترد قاعدة النظام العام بالفصل القانوني يمكن أن تتمثل في مبدأ عام غير مكتوب، فكثيراً ما يتضمن المشرع صراحة على أنه لا يجوز مخالفته النص القانوني أو أن التصرف باطل إذا ما خالف القاعدة أو أنه يمنع القيام بعمل معين وذلك هو معنى النظام العام المكتوب *ordre public textuel* و*ordre public ordre public* وذلك هو الأساس في تحديد قواعد النظام حيث ما كان من الممكن التضييق على حرية الإرادة إلا بقواعد آمرة مكتوبة. ولكن التطور حصل في اتجاه الاعتراف بمصادر غير مكتوبة وذلك هو معنى النظام العام الضمني *Ordre public virtuel*، فعلى القاضي أن يجعل حداً

(1) Caronier.Jean: *Les obligations*, op. cit., p. 131 et suiv., n° 32 et suiv.

النضج⁽²⁾. وما يميز التعاقد على أشياء مستقبلية أن انتقال الملكية فيها لا يحصل إلا يوم تتحقق الشيء فعلاً وليس يوم التعاقد، فهي ضمن حالات تراخي انتقال الملكية، ولا يطالب المتعاقد من حيث المبدأ بدفع الثمن إلا يوم التتحقق إلا ما استثناء القانون والاتفاق. وإذا لم يتواجد الشيء مستقبلاً يكون العقد باطلًا. كما أن التعاقد على أشياء مستقبلية لا يكون كذلك إلا إذا علم الطرفان بذلك، فإذا كان الاعتقاد هو التعاقد على أشياء موجودة ثم ظهر بعد ذلك أنها مستوجدة مستقبلاً يمكن طلب البطلان على أساس غياب المحل أو الإبطال على أساس أحکام القفل. والتعاقد على أشياء مستقبلية محققة ليس بشرط حيث إن من أحکام الشرط أن يكون غير محقق⁽³⁾.

وقد يتعاقب الأطراف على أشياء مستقبلية احتمالية بمعنى أنها غير محققة الوجود، متى يكون الاحتمال أحد أركان المحل كما في صورة أن يقع التعاقد على أشياء غير ثابتة، فلا يعلم المتعاقد إن كان الشيء سيعتبر أو خلافه ومثال ذلك أن يتعاقب الشخص على حمولة مجهولة المصير. فيكون بذلك الاحتمال محل العقد، فهو بمثابة التعاقد على مجرد أمل، ويلزم المتعاقد على ذلك الأساس بدفع الثمن بصرف النظر عن توفر الأمل من عدمه، وأحسن مثال لذلك هو عقد التأمين⁽⁴⁾، حيث يلزم المؤمن بدفع معين التأمين بصرف النظر عن وقوع الحادث من عدمه، ولا يبطل العقد عدم وقوع الشيء المتعاقد حوله، بل يصل الالتزام صحيحًا بصرف النظر عن توفر الحق أو الشيء المتعاقد حوله. وعلى ذلك الأساس فإن الحق الاحتمالي ليس بحق مشروط حيث ولئن كان الشرط أمراً غير متحقق فهو بالمقابل غير مستحيل بمعنى أن توفره ممكن.

ويجب التمييز بعناية بين بيع الأشياء المستقبلية وبيع ملك الغير حيث إن بيع ملك الغير أمر جائز، وإن كان عن غير قصد، تحكمه القواعد الخاصة الواردة بالفصل 576 م.أع، ولا ينجر عن عدم مصادقة المالك الحقيقي بطلاق التصرف وإنما ينجر عن ذلك نسخ التصرف⁽⁵⁾. في حين أن التعاقد في أشياء مستقبلية أمر محل اتفاق مسبق بين الطرفين وأن عدم توفر الأشياء المستقبلية المحققة يجعل العقد باطلًا وأن عدم توفر الأشياء المستقبلية غير المحققة أي الاحتمالية لا يؤثر على صحة التصرف.

(1) الفصل 574 م.أع.

(2) على كحلون: أحکام الالتزام، المرجع السابق، ص 103 وما بعده.

(3) قرار تعقيبي عدد 7720 المورخ في 2 جانفي 1951 القضاء والتشريع 1962 عدد 1 ص 65.

(4) أحمد بن طالب: التقويت في ملك الغير، أطروحة دكتوراه، ص 53 وما بعده.

الضرر بالحرمة الجسدية والأدبية للشخص أو أن تخرق حدود الحياة الخاصة للفرد (اسمها وصورته وهوبيه وبياناته) إلا ما استثناه القانون⁽¹⁾.

ولكنه مع تطور الأفكار الفلسفية وإفلاس النظم القائمة على مبدأ سلطان الإرادة والآثار السلبية التي انتهت إليها تطبيق هذا الاتجاه، تغيرت المفاهيم والتوجهات والمواقوف وطغت الأفكار الاشتراكية أو الاجتماعية أو الليبرالية الجديدة وأصبح للدولة مع بداية القرن العشرين دورها الريادي في التوجيه والإحاطة في جميع المجالات وخاصة منها المجال الاقتصادي Etat-providence.

وعلى ذلك الأساس اتّخذ النظام العام شكلاً جديداً، فيعد أن كان جامداً محافظاً سلبياً فضائياً أصبح متّحركاً مجدداً إيجابياً تشيّعياً، أي أن المشرع تدخل في عدة مجالات بطريقة إيجابية وليس بمجرد وضع قواعد مانعة، ليس فقط لحماية المصالح التقليدية وإنما لتوجيه الاقتصاد أو لحمايته ومن ورائه حماية الطرف الضعيف. وأصبح من الممكن الحديث عن نظام عام اقتصادي سواء كان للتوجيه ordre public ou l'ordre économique de direction.

ونظام عام مهني ordre public professionnel. وبقصد بالنظام العام المهني، وهي أصل الحماية في الجوانب الاقتصادية، أن توفر القواعد الضابطة للمهنة، مثل مهنة الأطباء أو مهنة الصيادلة وغير ذلك من المهن الحرة، وذلك بهدف ضمان الممارسة العادلة والطبيعية للمهنة وإقصاء صور التعسف فيها ومن وراء ذلك حماية الخواص والأفراد الطالبين لهذه الخدمات. وعلى ذلك الأساس رُؤى أن تبطل الاتفاques الخاصة بالحرفاء أو تمارس المهنة خلافاً لقواعدها أو العمل بقاعدة النسبة في مهنة المحاماة⁽²⁾. وفعلاً يتوفّر اليوم لكل مهنة نظامها القانوني وقواعدها الأخلاقية في الممارسة⁽³⁾. وفعلاً قدّم مفهوم النظام العام المهني لظهور معارف بالنظام العام الاقتصادي بتوسيعه، توجيهاً وحماية، مع بداية القرن العشرين.

(1) علي كحولون: الإطار القانوني للإعلانية في تونس، المجلة القانونية التونسية 2005 ، ص. 273 وما بعده، 2006 ، ص. 89 وما بعد.

(2) François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette: Les obligations, op. cit., p. 298, n° 351. Caronniere Jean: Les obligations, op. cit., p. 300, n° 356.

ولو أن المرسوم الجديد عدد 79 لسنة 2011 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة في تونس قد أقر العمل بالنسبة.

(3) مثل مجلة واجبات الطبيب الصادرة بموجب القانون عدد 1155 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993 المتعلق بمجلة واجبات الطبيب، الرائد الرسمي عدد 40 بتاريخ 28 ماي 1 جوان ص 764. وكذلك القانون عدد 87 لسنة 1989 المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، الرائد الرسمي عدد 61 بتاريخ 12 سبتمبر 1989 ص 1371. وقد ألغى القانون عدد 87 بموجب المرسوم عدد 79 لسنة 2011 المؤرخ في 20 أوت 2011 الرائد الرسمي عدد 63 بتاريخ 23 أوت 2011 من

للاتفاques إعمالاً لجملة المبادئ الأساسية والأحكام الجوهرية والمصالح العامة في جميع المواد المدنية، فكان المشرع بخياره الأساسية في الأحوال الشخصية وقانون التأمين والقانون المدني والقانون العقاري وغير ذلك، قد وضع الملامع الأساسية للمادة التي لا يجوز قطعاً مخالفتها أو مناقضتها اتفاقاً، وذلك هو مجال النظام العام الضمني ومجال تدخل القاضي. وعلى ذلك فإنه من الممكن الحديث عن نظام عام أسري ونظام عام عقاري ونظام عام مدني وغير ذلك.

مضامين النظام العام: كان مبدأ سلطان الإرادة مع بداية القرن التاسع عشر هو الأساس، وما كان من الممكن القول بتحديد إرادة الأطراف إلا في حدود ما تأثيره الإرادة من حد ذاتي، ولم يكن لتدخل القاضي أي معنى إلا في حدود بعض القواعد السلبية المانعة والمحافظة حماية للأمس الاجتماعي التقليدية للدولة في غياب النص الصريح وقد أضررت الدولة خلال تلك المرحلة عن التدخل سواء توجّهها أو حماية وإنحصر دورها في مهام الشرطي الحافظ للأمن Etat-gendarme وقتلت أو انعدمت القواعد الأممية الوادفة لضمان مصالح الخصوص⁽¹⁾.

وعلى ذلك الأساس انحصر النظام العام التقليدي في بعض القواعد الجامدة في منع الاعتداء على البناء الذي يقوم عليه المجتمع، ويدخل في ذلك الدولة والعائلة والذات البشرية. فلا يمكن أن تغير الاتفاques من القواعد الدستورية أو الإدارية أو القضائية للدولة مثل الحرفيات العامة (الجمعيات والمعتقد والإقامة والعمل والتنقل والحرمة الجنسية والأدبية والزواج) والانتخابات ووظائف الدولة والالتزامات الجبائية وعدم تطبيق القانون الجنائي ومخالفة الاختصاص الحكمي للمحاكم⁽²⁾. ولا يمكن للاتفاques أن تختلف النظام العام العائلي سواء في مستوى الأهلية (سن الأهلية والولاية) أو الحالة المدنية (السن والجنسية والاسم والنسب) أو حتى بالنسبة إلى العلاقة بين الزوجين فيما يتتجاوز العلاقة المالية (واجبات الزوجين والطلاق وتربيّة الأطفال). ولا يمكن للاتفاques أن تعارض مبدأ استقلالية الفرد أو أن تلزمه باتفاقات خالدة أو أن تتحقق

(1) محمد بقق: التصرّف القانوني، المرجع السابق، ص 53 وما بعد.

عبد الرزاق السنووري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 399 وما بعد، عدد 228 وما بعد.

François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette: Les obligations, op. cit., p. 298, n° 351.

Caronniere Jean: Les obligations, op. cit., p. 132 et suiv., n° 32 et suiv.

Henri et Leon Mazeaud, Jean Mazeaud, et François Chabas: Leçons de droit civil, Les obligations, op. cit., p. 241 et suiv., n° 245 et suiv.

(2) مجموعة النصوص المتعلقة بالتنظيم السياسي والحرفيات العامة، منشورات المطبعة التونسية للجمهورية التونسية.

القراء على معنى القانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فبراير 1976 المتعلق

- أوناية. وأوكل المشرع إلى مجلس المنافسة بالفصل التاسع، إلى جانب عدة مهام استشارية أخرى، مهمة النظر في الدعاوى المتعلقة بالمارسة المخلة بالمنافسة كما هو منصوص عليه بالفصل 5 من هذا القانون⁽¹⁾ تمنع الأعمال المتفق عليها والاتفاقات الصرحية أو الضمنية والرامية إلى منع تطبيق قواعد المنافسة في السوق أو الحد منها أو الخروج عنها عندما تهدف إلى:
- 1- عرقلة تحديد الأسعار حسب التسلir الطبيعي لقاعدة العرض والطلب.
 - 2- الحد من دخول مؤسسات أخرى للسوق أو الحد من المنافسة المرة فيها.
 - 3- تحديد أو مراقبة الاتجاح أو النسبي أو الاستثمار أو التقدم التقني.
 - 4- تقسيم الأسواق أو مراكز التموين.

تمنع في كل الحالات عقود الامتياز والتسلir التجاري المصري. ويمنع أيضا الاستغلال المفرط لمركز تهيمن على السوق الداخلية أو على جزء هام منها أو لوضعية تعبئة اقتصادية يوجد فيها أحد الحرفاء أو المزوردين من لا توفر لهم حلول بديلة للتسويق أو التزويد أو إسداء الخدمات. ويمكن أن تتضمن حالات الاستغلال المفرط لوضعية هامة أو حالات تعبئة اقتصادية خاصة في الامتناع عن البيع أو الشراء أو تعاطي بيعوات أو شراءات مشرورة أوفرض أسعار دنيا لإعادة البيع أو فرض شروط تعييزية أو قطع العلاقات التجارية دون سبب موضوعي أو بسب رفض الخصوص إلى شروط تجارية مجحضة. يكون باطلاقاً طلقاتاً بحق القانون كل التزام أو اتفاق أو شرط تعاقدي يعلق بإحدى الممارسات المحجرة بهذا الفصل. وأضاف الفصل السادس أنه «لا تعتبر مخلة بحرية المنافسة الاتفاقيات أو الممارسات التي يثبت أصحابها أنها ضرورية لضمان تقدم تقني أو اقتصادي أو أنها تدار على المستهلكين قسطاً عادلاً من فوائدتها». وتتضمن هذه الممارسات إلى تعييز الوزير المكلف بالتجارة بعدأخذ رأي مجلس المنافسة⁽²⁾ ويجب عرض جميع الاتفاقيات والعقود التي من شأنها أن تخالف أحكام الفصول الخامس والستادس على موافقة الوزير المكلف بالتجارة.

فيما إذا ترى المتدخل مهما كانت طبيعة أعمالها مخلة بالشروط المعتبرة في احترام التسلir العادي للمنافسة، فإنه من الممكن مساءلة أمام مجلس المنافسة، كما إذا حاول السيطرة على السوق بفرض أسعار مسيئة أو تعاقد مع بعض الشركاء في اتجاه فرض شروط خاصة أو بهدف تقسيم السوق، إلى غير ذلك من أعمال التركيز الاقتصادي.

ويحق للوزير المكلف بالتجارة، سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من الحكومة، والمؤسسات الاقتصادية أو المنظمات المهنية أو النقابية أو هيئات المستهلكين أو غرف الفلاحة أو الصناعة والتجارة، أن يعرضوا دعواهم أمام مجلس المنافسة، إذا لم تفرض بمرور الزمن، والأجل في ذلك ثلاثة سنوات ابتداء من تاريخ ارتكابها. ويمكن للمجلس أن يتمهد بالقضية من تلقاء نفسه في صورة سحب الأطراف للدعوى أو في حال بقى التحقيقات في قضية مشورة لديه وجود ممارسات مخلة بالمنافسة في سوق ذات صلة مباشرة بالسوق موضوع الدعوى.

وتறع الدعاوى إلى مقر المجلس في أربعين نظائر سواه مباشرة أو عن طريق محامي، ويحال تنظر منها إلى الوزير المكلف بالتجارة، عند الاقتضاء. وتحال العريضة إلى المقرر لغاية البحث فيها وإتمام التحريات اللازمة والضرورية، ويمكنه أن يستعين بناء من الخبراء أو أن يتوجه على عين المكان بعد إعلام رئيس المجلس. وبعد الانتهاء من البحث، يحرر المقرر تقريراً يحمله رئيس المجلس إلى الأطراف المختلفة بواسطة رسائل مضمونة الوصول، ويتعين عليهم الرد عليه في أجل شهر سواء بأنفسهم أو عن طريق محامي، ومن المفترض أن يتضمن الرد وسائل دفاعهم، ويطلع متذوب الحكومة بدوره على هذا التقرير للذىف على وجهة النظر العامة. ثم تنشر القضية بجلسات دورية أمام الدائرة المختصة يتم خلالها سماع المخالف وجميع الأطراف الذين بإمكانهم تقديم الإشارة، والمراعفة، وتصرف القضية

ويقصد بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي أن توجه المعاملات التعاقدية فيما ينفع المصلحة الاجتماعية توصلاً لتحقيق الأبعاد والمرامي الاقتصادية، ويدخل في ذلك كل ما يتعلق بالأذون الإدارية، وهي عديدة⁽³⁾، وتحديد الأسعار على معنى القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والإسعار⁽⁴⁾، وتوجيه السوق على معنى ذات القانون فلا يفترض مراعاة الشروط الخاصة بذات المعاملة بل يتحتم كذلك إعمالاً لهذا الاتجاه مراعاة قواعد المنافسة المنشورة، فلا يصح احتكار السوق أو استغلال المراكز الاقتصادية أو القيام بأى نشاط من شأنه الإخلال بضوابط المنافسة المنشورة⁽⁵⁾. ويدخل في هذا الباب كذلك مراعاة بنود العقد ومعنى

1591، ويشار إلى أن الفصل 38 منه تضمن إمكانية العمل بالنسبة. وكذلك القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فبراير 1990 المتعلق بتحرير التشريع الخاص بالبعث العقاري، كما هو ممعن بوجوب القانون عدد 94 لسنة 2000 المؤرخ في 11 نوفمبر 2000 والقانون عدد 62 لسنة 2009 المؤرخ في 31 جويلية 2009.

(1) علي كحلو: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، ص 320، هامش عدد 5.
(2) كما هو منعقد، سبق ذكره.

(3) الفصلان 5 و 6 من قانون المنافسة والأسعار، وقد جمل المشروع من خلال القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والإسعار الاختصاص من قبل الهيئة متخصصة في حالة الزراع تسمى مجلس المنافسة.

ويعتبر مجلس المنافسة هيئة مستقلة (وتضييق طرق التنظيم الإداري والمالي وسير أعمال مجلس المنافسة بأمر يرتكز بالفتح من الوزير المكلف بالتجارة). وبعد مجلس المنافسة ظاهراً الداخلي (الأمر عدد 1567 لسنة 1996 المؤرخ في 9 سبتمبر 1996 المتعلق بتضييق طرق التنظيم المالي والإداري وسير أعمال مجلس المنافسة كما وقع تضييقه بموجب الأمر عدد 324 لسنة 2000 المؤرخ في 7 فبراير 2000، والأمر عدد 325 لسنة 2000 المؤرخ في 7 فبراير 2000 المتعلق بضبط مقدار المنحة الخصوصية المسندة إلى نائب الرئيس وللأعضاء وللકاتب القار و للمقرر العام وللمقررين غير العاملين لمجلس المنافسة ومتذوب الحكومة الذي يداع على المصلحة العامة ويتبع الوزير المكلف بالتجارة). وقد اختلف رجال القانون حول الطبيعة القانونية لمجلس، فمنهم من اعتبره هيئة إدارية مستقلة ومنهم من اعتبره هيئة قضائية مستقلة (إيلاس بوقديدة، لجنة المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة، كلية الحقوق بسوسة 1993-1994)، لكن المشروع يدو أنه انحاز إلى الطبيعة القضائية، خاصة بعد التقييم الذي اعتمدته سنة 1995 حتى تخلّى عن عبارة «اللجنة» وتبين مفهوم «المجلس»، ودعم الترجمة القضائية له، ويرتكب المجلس من رئيس مباشر كامل الوقت لمدة خمس سنوات غير قابلة للتجديد إذا كان ينتهي إلى السلك القضائي، وقابلة للتجديد مرة واحدة إذا كان من بين الشخصيات ذات الكفاءة في الميدان الاقتصادي أو ميدان المنافسة أو الاستهلاك، ونائبين ينتهيان إلى المحكمة الإدارية ودائرة المحاسبات لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، وبالنسبة لهم أربعة نفحة من الرتبة الثانية على الأقل لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، وأربع شخصيات من أصحاب المهنة لمدة أربع سنوات غير قابلة للتجديد وشخصيات من ذوى الخبرة لمدة ست سنوات بدون تجديد. إضافة إلى مقرر المجلس والكاتب القار، وتحدد داخل مجلس المنافسة دائرة أو عدة دوائر متخصصة ويسقط رئيس المجلس في بداية كل سنة قضائية عدها وتركيبتها ويعين أعضاءها. وترتکب الدائرة من ثلاثة أعضاء إلى جانب رئيس الدائرة الذي يكون عادة إمام رئيس المجلس

معين تجاوزاً لرغبة الأطراف بل للحدّ من تعسف الطرف القوي وإسقاط الشروط المجحفة، فتأتي تلك القواعد الفورية ذات الطبيعة الأمرة مهيمنة على أصل القواعد العامة التي عادة ما تكون مجرد قواعد استيفائية. وربما كان التشريع الخاص بحماية المستهلك على معنى قانون 7 ديسمبر⁽¹⁾ 1992 هو الأساس اليوم في إدراكه معنى النظام العام الاقتصادي الحمائي، حيث فرضت السياسة الاقتصادية الجديدة المتأثرة بأبعاد تضامنية وتكافلية اعتماد جملة من الأحكام في اتجاه ضمان سلامه المتوجات ونراها المعاملات وضمان المنتوج وإعلام المستهلك، ولم تبق المعالجة في مستوى المدني بل وضع المشرع جملة من الأحكام الجزائية لفرض مراعاة تلك الجوانب.

هذا وقد ذهب الفقه وفقه القضاة إلى التمييز بين النظام العام الاقتصادي الترجيبي والنظام العام الحمائي على أساس الجزاء، فجزء الأول البطلان المطلق وجاء الثاني البطلان النسبي، ولكنه من الصعب في حقيقة الأمر في معظم الصور أن نميز بين الحالتين، فلا نعلم إن كانت القواعد الخاصة بعقد الكراء التجاري أو المدني مرتبطة بالأول أو بالثاني⁽²⁾، وربما كان الصواب هو القول بالبطلان المطلق مع ضرورة الرجوع لأصل النص المنظم في أغلب الصور لتحديد الجزاء المناسب، وذلك يعني أنه بإمكان أي شخص أن يثير هذا الدفع ويحوز كذلك للمحكمة إثارته من تلقائه نفسها ويمكن التمسك به أول مرة أمام محكمة التعقيب⁽³⁾.

والحقيقة أن مفهوم النظام العام لم يرق في حدوده الاقتصادية وأصبح من الممكن الحديث عن نظام عام عقاري ويدخل في ذلك كل ما يرتبط بقيود الملكية لفائدة المصلحة الخاصة (حق البقاء وحق الأولوية في الشراء وتنظيم ملكية الأجانب ونظام الشيع العام والإيجاري) أو المصلحة العامة (النهاية القلاحية والعمارية واعتبارات الملكية العامة)⁽⁴⁾. ويمكن الحديث كذلك حتى عن نظام عام ثقافي يموجب جملة القواعد الأمرة ذات العلاقة بما في ذلك ضرورة استعمال اللغة العربية في بعض المجالات، كما يحوز الحديث عن نظام عام اجتماعي إشارة للعلاقة بين الأعراف والعاملين وعن نظام عام مالي إشارة لواجبات الأطراف في اعتماد الفائدة القانونية⁽⁵⁾ واحترام الضوابط

بإصدار مجلة الشغل كما هي منقحة في عدة مناسبات.

(1) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 15 ديسمبر 1992، عدد 83، ص 1583.

(2) François Terre, Philippe Simler, Yves lequette: *Les obligations*, op. cit., p. 298, n° 351. Carbonnier Jean: *Les obligations*, op. cit., p. 304, n° 360.

(3) Carbonnier Jean: *Les obligations*, op. cit., p.134, n°33.

(4) على كحليون: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، عدد 299 وما بعد.

(5) الفصل 1100 م.أ.ع والقانون عدد 64 لسنة 1999 المؤرخ في 15 جويلية 1999 المتعلق بنسبة الفائدة المشطة كما هو منقح بموجب القانون عدد 56 لسنة 2008 المؤرخ في 4 أوت 2008. الرائد الرسمي عدد 63 بتاريخ 5 أوت 2008 ص 2821.

بضبط العلاقات بين المالكين والمكترين لمحلات معدة للسكنى والحرف أو الإدارة العمومية⁽⁶⁾ وكذلك القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسugin والمتسugin فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف⁽⁷⁾. فلا تصح المراجعة إلا في حدود الضوابط التشريعية وطبق الإجراءات المحددة.

ويقصد بالنظام العام الجمائي أن يضع المشرع القواعد الأمرة في اتجاه ضمان التوازن الطبيعي بين التزامات الأطراف حماية للطرف الضعيف، وكذلك الصورة بالنسبة إلى عقد الكراء⁽⁸⁾ وعقد التأمين⁽⁹⁾ وعقد الشغل⁽¹⁰⁾ حيث يلزم الأطراف باتباع مضمون

أخيراً للحكم، والمعلوم أن جلسات الدوائر تكون سوية، وكل دائرة تتكون من أربعة أعضاء، ولكن عضو مهم صوت، وإذا تناولت الأصوات قدم صوت الرئيس، ويحضر الكاتب والمقرر بالجلسات، لكنهما لا يشاركا في التصويت، ويجوز التخرج في أي عضو من أعضاء الدائرة طبق الأحكام العامة المبينة بالفصل 248 م.م.ت.

ويصرح مجلس المنافسة برفض المدعوى إذا كانت الواقع لا تدخل ضمن مشمولاته أو كانت غير مدعاة بوسائل إثبات، ويمكن للمجلس بذاته، في صورة قبول المدعوى أصلاً، أن يصرح بأن الممارسات المعروضة على نظر المجلس تستوجب أولاً العقاب، وأن تسلط، عند الاقتضاء، على المخالفين عقوبة مالية، التي يمكن أن تصل إلى حد نسبة 5 بالمائة من رقم معاملات المتدخل، ويمكن لها كذلك عند الاقتضاء:

- توجيه أوامر للمتعاملين المعنين لإنها الممارسات المخالفة لحرية المنافسة، وذلك في أجل معين أو فرض شروط خاصة عليهم في ممارسة نشاطهم.
- إعلان الإغلاق المؤقت للمؤسسة أو المؤسسات المدانة لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر، على أنه لا يمكن إعادة فتح هذه المؤسسات إلا بعد أن تضع حدًا للممارسات موضوع إدانتها.

- إحالة الملف على وكيل الجمهورية قصد القيام بالتشعيات الجزائية. وقد أورد قانون المنافسة تسمى كاملاً في بيان الجرائم.

وتحلى القرارات الصادرة عن المجلس بالصيغة التمهيدية من طرف رئيسها، وتبلغ إلى المعنين بواسطة عدل متفق، ويمكن الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية. وإذا رأت المحكمة الإدارية تقضي القرارات باحالته، تتعقد حيثذاك الجلسة العامة لمجلس المنافسة، ويشترط أن يحضر نصف أعضائه على الأقل ومن بينهم أربعة قضاة حتى تكون المداولات قانونية، ولا يجوز للأعضاء الذين يتوافر فيهم التفصية أن يشاركون في الجلسة العامة.

(1) الرائد الرسمي عدد 13 بتاريخ 20 فيفري 1976، ص 520.

(2) الرائد الرسمي عدد 38 بتاريخ 31 ماي و3 جوان 1977 ص 1549.

(3) القانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فيفري 1976 المتعلق بضبط العلاقات بين المالكين والمكترين لمحلات معدة للسكنى والحرفة أو الإدارة العمومية وكذلك القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسugin والمتسugin فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف.

(4) مجلة التأمين الصادرة بموجب القانون عدد 24 لسنة 1992 المؤرخ في 9 مارس 1992 المتعلق بإصدار مجلة التأمين كما هي منقحة في عدة مناسبات.

(5) مجلة الشغل الصادرة بموجب القانون عدد 27 لسنة 1966 المؤرخ في 30 أفريل 1966 المتعلق

تاريجية معينة، ويعود للقاضي في نهاية الأمر الاجتهاد في تحديد مضامين هذه القواعد وفرض لزومها تجاوزاً للقواعد التشريعية الصريحة.

قواعد ما يأتي التشريع على أهم القواعد الأخلاقية في منع المقامرة والمراءة (الفصول 1452 إلى 1457 م.أ.ع) وحجر التعامل بالبيع فيما حجره الشرع إلا ما رخصت التجارة فيه (الفصل 525 م.أ.ع) وغير ذلك من القواعد، وقد تأتي التصوص الجزئية بآمس هام في الطلب المدني كأن يشرط الشخص المقابل في الكشف عن مجرم⁽¹⁾ أو لاستحقاق مال للسكوت عن عمل معين⁽²⁾. ولكنه يبقى للقاضي أن يستخلص هذه القواعد الأخلاقية من العرف والتقاليد وطبيعة عيش المجتمع في غياب النص الصريح كأن يبطل العقد بسبب استعمال المنزل كدار بغا أو أن تبطل المخادنة والعلاقات الجنسية بين نفس الجنس، وغير ذلك من الصور المشابهة وخاصة منها يتعلق بالعلاقات الجنسية غير المشروعة وما يصل بها من مافع مالية، وقد ذهب فقه القضاء الفرنسي في فترة محددة إلى منع عقد سمي باتفاق «الهاتف» Claque وهو اتفاق يقع بين صاحب المسرح وجمع من الأشخاص بهدف التصفيق يوم تقديم العروض بالمسرح⁽³⁾. فجميع تلك الأعمال تعد باطلة بطلاناً مطلقاً لساستها بالأخلاق الحميدة. يجحب أن لا يخالف محل العقد معنى العدالة العقدية: ليست العدالة العقدية في المساواة بين الطرفين، فذلك مسألة لا تضمنها المعاملات المدنية، فكثيراً ما يكون طرفاً العقد في مراكز مختلفة، وهي الصورة الأغلب. ولكن العدالة العقدية أن تكون العمليات موضوع العقد متوازنة بين الطرفين في حدود الضوابط القانونية، فلا يغبن أحد الأطراف، وأن لا يتعسف أحد الأطراف بشرط غير مباح. فرغم أنه أصبح من الممكن الحديث عن عقود الإذعان وما شابه ذلك التي من شأنها إسقاط عنصر المساواة بين الطرفين، فإنه من الممكن المحافظة، بالرغم عن ذلك، عن مستوى معين من العدالة عبر مؤسسة الغبن ومنع الشروط التعسفية.

+ الغبن الموضوعي: سبق أن وقفها على النظام القانوني للبنين وقلنا إن من أحكماته ما يتصل بنظرية عيوب الرضاء ومنه ما يتصل ب محل العقد، ونورد في هذا الباب ما قلناه وكان له علاقة بالمحل. حيث نصّ الفصل 61 م.أ.ع على أن «الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيراً أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضوره وله أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانوناً ولو لم يقع تغيير من عما عاشه الآخر والغبن في هذه الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقة والقيمة المذكورة بالعقد أكبر من الثلث». معنى

(1) الفصل 296 م.بج. في معن البشاره.

(2) الفصل 83 وما بعد م.ج في الإرشاد والإرشاد.

(3) عبد الرزاق السهري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 413، عدد 241.

المالية في العقد على وجه الإجمال بما في ذلك العملة المستعملة وسقوف الأثمان وعن نظام عام مدني ويدخل في ذلك معنى حماية حسن النية في المعاملات العقدية ورفض الاتفاقيات المنسقطة لحق التقاضي وتحمل المسؤولية في حالة العمد والخطأ الفاحش وغير ذلك من القواعد ذات الصلة⁽¹⁾. ولكنه يمكن بطريقة أخرى رد هذه التفصيلات للنظام العام سواء في شكله العام القديم أو في شكله الاقتصادي الحديث لارتباطها بعلاقة مالية في نهاية الأمر.

+ الأخلاق الحميدة: هي جملة القواعد السلوكية ذات الطابع الأدبي التي تلزم الطرف أو الأطراف في مجتمع معين بالتصريف طبق طريقة أخلاقية معينة، ومن مميزاتها أنها متقلبة ومتحولة لا تتفق عند حد معين، ولها كذلك مصادرها ومضمونها.

مصادر الأخلاق الحميدة: قد تجد الأخلاق الحميدة مصدرها في النص القانوني ذاته، فينص المشرع صراحة على منع تصرفات معينة أو أنه يدفع في اتجاه معين دون آخر حسب ثقافة المجتمع والمستوى الحضاري الذي وصل إليه، فمن شأن القاعدة الأخلاقية أنها متغيرة، وعادة ما يعكس التشريع حضارة المجتمع، ولكن أصل الأخلاق الحميدة ليست في النص القانوني وإنما في الدين والعرف والتقاليد والعقل البشري، فشأن الدين أن يضع الحدود التي لا يمكن تجاوزها مع الإبقاء على قاعدة التطور فيما يتتجاوز ذلك، وشأن العرف والتقاليد أن تقرز الحاجة الأخلاقية وحكمها التطور، وشأن الفكر أن يرتبط بالقواعد الطبيعية السامية في العدل والإنصاف والمساواة والخير والمساعدة ونفي الجور والاعتراف بالجميل وغير ذلك. وعلى ذلك الأساس يمكن رد الأخلاق الحميدة إلى مصادر مثالية أو إلى مصادر واقعية، ولكنه لا يجب الخلط بين الأخلاق الحميدة والأخلاق، حيث إن مفهوم الأخلاق مفهوم داخلي يدفع الفرد في اتجاه الكمال والمثالية، بينما الأخلاق الحميدة المقصودة في هذا الباب عنصر خارجي تستوعبه المعاملات الاجتماعية الخارجية.

مضامين الأخلاق الحميدة: تشمل القواعد الأخلاق الحميدة جميع المجالات، فمن خلالها تظهر أخلاقيات التوجهات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ولكن الأخلاق الحميدة تجتمع على واحدة وهو أنها ذات مضامين نسبية يمعنى أن معظم القواعد الأخلاقية تبقى خاصة لمعيار التطور، فمن القواعد ما يندثر، مثل الرق، ومن القواعد ما يظهر، مثل التأمين على الحياة، تجاوزاً لبعض القواعد الجامدة التي لا يشملها عنصر التطور. وليس المقصود خاصاً بكل شخص وإنما هي جملة من القواعد الموضوعية الأخلاقية ترقى لضوابط الفكر الجماعي في مجتمع ما وفي لحظة

(1) الفصل 244 م.أ.ع.

النزاعات بما في ذلك التحكيم وتحديد المحكمة المختصة. فالكل يسعى من جانبه إلى رعاية مصالحه المشروعة بشرط ملائمة، وليس في ذلك حرج.

بقي أن بعض الشروط تبقى غير جائزه لمعنى العدالة العقدية، وقد أوردها المشرع بخصوص خاصة ويدو أن المجال الاقتصادي كان الأول في منع مثل هذه الشروط خاصة منها القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار حيث يمنع البيع بالخسارة قصد الهيمنة على السوق ومن أجل فرض سعر أعلى لإعادة البيع ومن أجل تطبيق شروط بيع تميزية⁽¹⁾. فتمتنع عملاً بأحكام الفصل 26 من نفس القانون كل عملية إعادة بيع بالخسارة أو عرض إعادة بيع لكل متوجه على حالته بسعر دون سعر الحقيقي لشرائه ويمنع عملاً بأحكام الفصل 28 من نفس القانون فرض ضيغة دنيا على إعادة بيع متوجه أو بضاعة أو إسناد خدمة مباشرة أو غير مباشرة ويمنع كذلك على معنى الفصل 29 من نفس القانون على كل تاجر أو صناعي أو حرفي وكذلك على كل مسidi خدمات أن يطبق على طرف اقتصادي أو يحصل منه على أسعار أو آجال دفع أو شروط بيع أو أساليب بيع أو شراء تميزية بمقابل حقيقي مسبباً على هذا النحو لذلك الطرف ضرراً أو فائدة على مستوى المنافسة أو أن يربط بيع متوجه أو إسناد خدمة بشراء متوجات أخرى أو كمية مفروضة في نفس الوقت. فجميع هذه الشروط تعد باطلة.

بقي أن أغلب القواعد التي أوردها المشرع والتي من الممكن أن يستشف منها نوع من العدالة التعاقدية قد ارتبطت بالناحية الاقتصادية بهدف ضمان التوازن في مبدأ المنافسة، وقد يدخل في هذا الباب ما أورده المشرع بالفصل 5 من قانون المنافسة والأسعار عندما منع الأعمال المتفق عليها والاتفاقات الصريحة أو الضمنية والزامية عرقلة تحديد الأسعار حب الشير الطبيعي لقاعدة العرض والطلب أو الحد من دخول مؤسسات أخرى للسوق أو الحد من المنافسة العرة فيها أو تحديد أو مراقبة الاتجاح أو الشوبق أو الاستثمار أو التقديم التقني أو تقسيم الأسواق أو مراكز التموين. كما من عقود الامتياز والتمثيل التجاري الحصري. ويمنع أيضاً الاستغلال المفرط لمركزه على السوق الداخلية أو على جزء هام منها أو لوضعية تبعية اقتصادية يوجد مهمن على السوق بديلة أو تتوفر لهم حلول بديلة للتسويق أو التزويد أو فيها أحد الحرفاء أو المزودين من لا تتوفر لهم حلول بديلة للتسويق أو التزويد أو إسناد الخدمات. ويمكن أن تتمثل حالات الاستغلال المفرط لوضعية هيمنة أو حالات تبعية اقتصادية خاصة في الامتناع عن البيع أو الشراء أو تعاطي بيوغات أو شراءات

(1) الفصل 39 من القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار.

ذلك أن مجرد الخلط في القيمة في العقود المتعلقة في حق القصر وعديمي الأهلية عموماً ولو كان يحضور من ينورهم قانوناً ولو في غياب التغريب يمكن أن يؤدي إلى إبطال العقد شرط أن يكون عدم العادل في العرض أكثر من الثلث. وعلى ذلك الأساس كان الغرض في هذه الصورة بعيداً عن إطار عيوب الرضاة ويتصل بمحل العقد. وإذا أخذ المشرع بالفصل 60 م.أع بالاعتبارات النفسية فإنه اعتمد المعايير الموضوعية بالفصل 61 م.أع.

والحقيقة أن هذه المعايير الموضوعية أوردها المشرع بالفصل 626 م.أع بالنسبة إلى عقد البيع وكذلك بالفصل 125 م.جع. بالنسبة إلى عقد القسمة في حق القصر. حيث نص الفصل 626 م.أع. على أنه «إذا كان المبيع جزاً أو عيناً معينة وبين في العقد قدره كيلاً أو عداً أو وزناً فليس للبائع أن يطلب الزيادة في الثمن إذا ظهر أن المبيع زائد في قدره عن القدر المسمى في العقد ولا للمشتري أن يطلب التناقص من الثمن إذا ظهر أن المبيع يعكس ذلك إلا إذا كان الفرق زيادة أو نقصاً مما يبلغ نصف العشر وهذا الشرط يجعل به إن لم يكن منافياً للعرف ولم يحصل تزاحم بين البائع والمشتري على خلافه». وعلى ذلك فإنعدام المعايير فيما يتجاوز 5 بالمائة في مقادير الأشياء المثلية أو القيمة موضوع البيع يسمح بخيار المشتري في الإبقاء على العقد مع دفع ما زاد على الثمن أو طلب الإبطال، كما في صورة أن تفوق مساحة العقار المباع في الأشياء القيمية حدود 5 بالمائة مقارنة بمساحة المعينة بالعقد. كما نص الفصل 125 م.جع على أن القسمة سواء كانت رضائية أو قضائية «تقضى بحسب الغرض إذا تعلق بمتاب من ليس له أهلية التصرف وكان الفرق في القسمة الرابع». ففي جميع هذه الصور استقل الغرض عن بقية عيوب الرضاة، ولكنه باستقلاله أخذ شكلاً مادياً واستقل تماماً عن إطار عيوب الرضاة واتصل بإطار محل التعاقد⁽¹⁾، فما يثبت الغرض في هذه الصورة هو تجاوز المعايير مستويات رقمية محددة قانوناً وليس الخلط في سلامة الرضاة.

+ الشروط العقدية التعسفية: للأطراف كامل الحرية في اختيار البنود التعاقدية الملائمة لمنافعهم ومصالحهم، وبإمكانهم الاتفاق على أي شرط قد يضمن تلك المصالح، وقد تتعدد هذه الشروط من حيث الواقع، فمنها ما يرتبط بأجل العقد وبتجديده أو بتأويله ومراجعة البنود ومنها ما يرتبط بتاريخ التسليم وكيفية التنفيذ ومنها ما يرتبط بتحديد المسئولة وبالشرط التغريبي عند الاقضاء ومنها ما يرتبط بحسب

(1) واحدة ما يدرس الغرض بهذه الصورة في إطار المحل إلى جانب عدة صور شبيهة بالغرض مثل عقود الربا الفاحش والتغريبي في المراكز الاقتصادية وغير ذلك من العقود المضرة بالمعاقدين، وعادة ما ترد في شأنها نصوص خاصة.

بوجود العقد كان العقد غير موجود فعلا وإنما أظهره المدين بهدف تهريب المال من الدائنين، ف تكون الصورية في هذه الحالة مطلقة. وإذا تعلقت الصورية بطبيعة العقد اتخد العقد الظاهر شكلا يخالف حقيقته، كما في صورة أن يظهر العقد على شكل بيع عوض هبة. وإذا شملت الصورية شخص المععقد كانت الرغبة في عدم إظهار المستفيد من العقد، كما أن يتعاقد المحامي أو الموظف تحت اسم مستعار. وإذا تعلقت الصورية بال محل كانت الصورية تهدف إلى عدم إظهار الموضوع، كما في صورة أن يستر الثمن الحقيقي للمعاملة، وتكون الصورية في هذه الحالات الأخيرة تسبية.

ويرى جانب من الفقه أن إخفاء الحقيقة إنما هو عمل ينطوي على كذب ومن المفروض أن لا يعترف المشرع لا بالكتب الظاهر ولا بالكتاب المستور⁽¹⁾. ويرى البعض الآخر أن العقد السري هو الصحيح ومن المفروض أن يتقرر بطلان العقد الصوري، مراعاة لازرادة الحقيقة⁽²⁾. لكن هذا الحل قد يضر بمصالح الغير حسن النية، لذلك اتجه الرأي إلى إبقاء العقد السري فاعلا بين المتعاقدين فقط، أما الغير فيما كانه التعول على العقد الظاهر⁽³⁾، وانحاز التشريع التونسي إلى هذا الرأي الأخير ونص بالفصل 26 م.أ.ع على أن «الحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكaitب السرية لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم ولا يتحقق بها على الغير ما لم يعلم بها ومن يصير إليه حق في المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصة يعد كالغير على معنى هذا الفصل». وبذلك ميز المشرع بين العقد الحقيقي السري عن العقد الظاهر، فالاول يبقى فاعلا بين المتعاقدين وورثتهما، والثاني يعتمد به إزاء الغير. وقد أخذ المشرع بالمفهوم الواسع للغير بهذا الفصل بأن جعل كل من ينجر له حق من المتعاقدين أي الخلف الخاص بمثابة الغير.

ويقى دوما للدائنين حق إثبات صورية المعاملة ليتحقق بحقيقة التصرف وبيع المال إلى النمة المالية للمدين، وبذلك تظهر أهمية دعوى الصورية في المحافظة على الضمان العام⁽⁴⁾. فإذا قام الدائن بطلب التنفيذ على مال المدين فلا شك أن العقد الضمان يتحقق بالعقد الظاهر لردة طلب الدائن، فتقوم المصلحة حيثية للدائنين في إثبات الظاهر سيحتاج بالعقد الظاهر لردة طلب الدائن، فتقوم المصلحة حيثية للدائنين في إثبات حقيقة التصرف والتمسك بالعقد السري توصلا لإنتهاء أعمال التنفيذ بعد أن عاد المال إلى الضمان العام، ومن هذه الناحية كانت أهمية دعوى الصورية وعلاقتها بحماية

مشروعية أو فرض أسعار دنيا لإعادة البيع أو فرض شروط تميزية أو قطع العلاقات التجارية دون سبب موضوعي أو بسبب رفض الخصوص إلى شروط تجارية مجحفة. ويكون باطلاقا بطلاقا مطلقا بحكم القانون كل التزام أو اتفاق أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحجورة بالفصل 5 من قانون المنافسة، إلا إذا ثبت أصحاب هذه الاتفاques أنها ضرورية لضمان تقدم تقني أو اقتصادي أو أنها تدر على المستعملين قسطا عادلا من فوائدها. وتتضمن هذه الممارسات إلى ترخيص الوزير المكلف بالتجارة بعدأخذ رأي مجلس المنافسة.

وكان من المطلوب أن يتدخل المشرع لتمرير مبدأ العدالة حفظا للتوازن بين الأطراف، بأهم الشروط التي تبدو تعسفية وكانت محل خاصية منها ما يتعلق بالشرط التغريمي وبحق القضاء في مراجعة بنود العقد واعتماد حالة الطوارئ، لكن المشرع التونسي لم يورد قواعد صريحة في هذا الباب وبقي الفقه والقضاء متزدرا ولو أن فقه القضاء كان محافظا فيأغلب الصور كما سيأتي في بابه⁽⁵⁾.

- يجب أن لا يخالف محل العقد معنى النزاهة العقدية: النزاهة ضابط استقر العمل به بجميع فروع القانون اجرائيا وأصوليا وأصبح من الممكن الحديث عن نزاهة الإجراءات ووسائل الإثبات⁽⁶⁾، كما أصبح من الممكن الحديث عن النزاهة العقدية⁽⁷⁾، ووجهها أن تفرض الصحة في المعاملات بتفوي صور الكذب والخداع والتلبيس والتحليل. وليس ذلك ما يقف عند القواعد الجزائية في منع التحيل وغير ذلك، بل هي قواعد مدنية أصبحت تفرض تجاوزا للقواعد الجزائية، والأمثلة كثيرة في ذلك، فبموجب جانب من الصورية والتحليل على القانون بما في ذلك التحيل الجبائي ويمنع إتمام التصرفات إضرارا بحقوق الدائنين.

+ الصورية: تغير الصورية بمثابة الكذب المتبادل بين الطرفين وذلك بأن يظهر الأطراف المال في أعين الغير خلافا لواقعه بتحريف عقد ظاهر يخالف مضامون العقد المستور. فينشأ عن ذلك عقد حقيقي مستتر وعقد آخر ظاهر صوري. ومن ذلك ظهر العقد الظاهر *acte apparent* والعقد الصوري *acte simulé-fictif* والعقد المستتر *acte secret -réel*. وقد تعدد حالات الصورية، لكنه من الممكن ردتها إلى حالات أربعة وجود العقد وطبيعته وشخص المععقد ومحل الالتزام. فإذا تعلقت الصورية

(1) Caronnier.Jean,op.cit.,p. 152,n°39.

محمد الزين، المرجع السابق، ص 349.

(2) الفصل 117 من المجلة المدنية الألمانية.

(3) وهذا هو معنى الفصل 1321 من المجلة المدنية الفرنسية.

(4) M.k.Charfeddine, *Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière*, C.E.R.P., 1993,p. 318 à331.

(1) سنورد لمناقشة هذه المسائل عند الحديث عن أثر العقد.

(2) على كحليون: دروس في الإجراءات الجزائية، نشر مجمع الأطروحات للكتاب المختصر، ص 31 وما بعد.

علي كحليون: حقيقة العمل القضائي، القضاء والتشريع، جانفي 2009، ص 15 وما بعد.

(3) Caronnier. Jean: *Les obligations*, op. cit., p. 152 et suiv., n° 39 et suiv.

+ الإضرار بحقوق الدائنين: نص الفصل 306 م.اع في فقرته الأولى على أنه «يجوز للدائنين أن يطعنوا في حق أنفسهم في العقود التي تهمها مدينيهم بأنه تمها لإضرارهم في حقوقهم تغريباً وتسلسلاً لكن بدون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصية أو باليراث». ذلك يعني أن المدين لا يجب أن يتصرف في حقوقه بنية الإضرار بحقوق الدائن، فكلما تواجد التصرف وتوفرت نية الإضرار إلا وأمكن للدائن أن يطعن في العقود التي تهمها المدين. وتلك هي الدعوى البليانية التي توجب توفر شرط التصرف القانوني وشرط الإضرار بحقوق الدائنين وشرط التسلس والتغريب يعني أن تكون للمدين النية في الإضرار بالدائن، أي أن يكون المدين قاصداً ما اترفق من عمل أي إساره. وميزة التغريب في الدعوى البليانية أنه لا يوجه إلى المتعاقدين الآخر بالتصريف وإنما الطرف خارج إطار التعاقد وهو دائن المدين المتعاقدين. وذلك هو الفرق بين التغريب في الرضاء والتغريب في الدعوى البليانية.

ولكن الدعوى البليانية، باعتبارها ضمن دعاوى الضمان العام، لا ترمي إلى إبطال تصرف المدين، بل من آثارها عدم معارضته الدائن بالتصريف الذي أتاه المدين إضراراً بحقوق هذا الأخير. وبذلك يجوز للدائن أن يطعن في العقود التي أبرمها مدينه إذا كان من آثارها خروج المال من الضمان العام. فهي على خلاف الدعوى غير المباشرة لا تهدف إلى القيام محل المدين فيما له على الغير⁽¹⁾، وإنما تقوم الدائن في حق نفسه بهدف عدم تفاذ تصرف المدين في مواجهته، وهي بذلك ليست دعوى تعويض أو إبطال، وإنما دعوى عدم تفاذ تصرف المدين، ولكنها تبقى دعوى شخصية، وليس دعوى عينية أو مختلطة لأنها تستند لحق شخصي ولو كانت ترمي إلى عدم تفاذ تصرف ناقل للملكية، ولذلك أسماء البعض بالدعوى العلاجية على غرار الدعوى الصورية⁽²⁾. ومن صفاتها أنها دعوى تكميلية أو اختيارية بمعنى أن المدعى عليه بإمكانه أن يدفع بضرورة التجريد أي التنفيذ بداية على أموال المدين⁽³⁾. ولكن الدعوى البليانية تجمع مع بقية الدعاوى

2000 المؤرخ في 9 أكتوبر 2000.

(1) الدعوى غير المباشرة هي الدعوى التي يقوم بها الدائن بدل المدين ونهاية عنه للطالبة بما لهذا الأخير لدى الغير على معنى الفصول 306 و 307 و 308 م.اع.

علي كحلوان: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 73 وما بعده.

(2) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 307 و 271.

(3) يختلف الدفع بالتجريد بالدعوى البليانية عمّا هو عليه الحال بالكافلة حيث إن الدفع بالتجريد بالكافلة على معنى الفصل 1498 م.اع يوجب على الكفيل بيان الأصول الثابتة للمدين، خلافاً لما في الحال بالنسبة إلى الدعوى البليانية، فلا يطالب المدعى عليه ببيان مكاسب المدين. وكان على المدعى في الدعوى إثبات عنصر الضرر.

فقد نص الفصل 1498 م.اع على ما يلي «إذا طلوب الكفيل كان له الحق أن يخلف الدائن بتحصي كسب المدين أولاً من متقول أو غير متقول وأن بين له ما يمكن وضع اليده عليه منها بشرط أن تكون المكاسب

الضمان العام وبوسائل المحافظة على الضمان العام منها مثل الدعوى البوليصة أو الدعوى غير المباشرة⁽¹⁾.

ولكن الصورية لا تقبل في جميع الصور، بل أرادها المشرع باطلة في عدة صور خاصة فقد نص المشرع صراحة على بطلان الانفاق الحقيقي أو الانفاق الحقيقي والانفاق الظاهر معاً، كما في صورة الشراء الواقع لفائدة القضاة أو كتبة المحاكم أو المحامين أو العدول أو الموظفين أو الخبراء والمساورة تحت أسماء مستعارة (الفصول 566 و 567 و 568 و 569 م.اع)، وقد ينص المشرع على نقل الملكية لفائدة الدولة كما في صورة عدم ذكر الشمن الحقيقي بالعقود الخاصة للتسجيل بالقبضة المالية⁽²⁾.

+ التحويل على القانون: يعرف التحويل على القانون La fraude à la loi بأنه الرغبة في تجاوز تطبيق القاعدة القانونية التي قد تبدو مقلقة للأطراف المتعاقدة. وإذا كان من الممكن للأطراف اختيار الطريقة المثلثة في التعاقد واختيار القاعدة القانونية المنطبقة في نهاية الأمر، فعادة ما ينص المشرع صراحة على بطلان الانفاقات التي تنتهي إلى استبعاد تطبيق القاعدة القانونية، كما هي الصورة بالنسبة إلى كراء المحلات التجارية على معنى القانون عدد 97 لسنة 1977 المؤرخ في 25 مايو 1977 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوugin والمتسوugin فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال الصناعي حيث إن «البنود والشروط والاتفاقات التي من شأنها التيل من حق التجديد المحدث بهذه القانون أو من أحكام الفصلين 23 و 26 من هذا القانون تكون لاغية ولا عمل بها مهما كان شكلها»⁽³⁾. وقد تلاقى الصورية مع التحويل على القانون إذا كان التحويل من قبل التحويل الجبائي بوجه خاص حيث وضع المشرع بمجلة الحقوق والإجراءات الجنائية عقوبة جزائية في مواجهة كل شخص قام «بافتغال وضعيات قانونية غير حقيقة أو تقديم وثائق مزورة أو إخفاء الطبيعة القانونية الحقيقة لعقد أو اتفاقية قصد الاتفاق بامتيازات جبائية أو التنصيص من الأداء المستوجب أو استرجاعه» أو قام «بعمليات تؤدي إلى تحويل الممتلكات إلى الغير قصد التملص من تسديد الديون الجنائية»⁽⁴⁾.

(1) علي كحلوان: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 71 وما بعد.

(2) الفصل 113 من مجلة التسجيل الصادرة بموجب القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993.

(3) الفصل 92 من القانون عدد 97 لسنة 1977 المؤرخ في 25 مايو 1977 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوugin والمتسوugin فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي.

(4) الفصل 101 من مجلة الإجراءات والحقوق الجنائية الصادرة بموجب القانون عدد 82 لسنة

الفقرة الخامسة: السبب

في الصورية والحلول محل المدين فيما له على الغير في أن جميئها يهدف إلى حماية الضمان العام⁽¹⁾. ولكن أساس الدعوى البليانية، تجاوزاً لمعنى الضمان العام، يمكن في ذلك التصرف غير النزيه الذي يتمثل في نية الإضرار بحقوق الدائن. والخلاصة في جميع ذلك أن فقدان التزامه بالصورية أو الكذب أو التحيل أو التغريب يمكن أن تجعل العقد باطلًا في معظم الصرور.

1- لمحة تأريخية
 - القانون الروماني: لم يكن يعرف القانون الروماني في بدايته معنى السبب، فلم يكن السبب شرط صحة في العقد أوركتا من أركانه، فإذا كان العقد بدون سبب أو قام على سبب غير مشروع كان من الممكن القيام على أساس الإثراء بدون سبب لاسترجاع ما دفع باطلًا، وكانت بذلك دعوى الاسترداد على أساس الإثراء بدون سبب قائمة لتمكن المدعى من استرجاع ما دفعه بدون سبب. وقد كانت جميع العقود في بداية تاريخ القانون الروماني شكلية إما بما يعرف بالوزن الصوري للمدين أو عقوداً كتابية أو عقوداً لفظية، فيتمثل الشكل في هذا الوزن الصوري أو في هذه الكتابة أو في هذه الألفاظ المحددة، وكان ذلك يعرف بالسبب المعنوي في الالتزام *causa civilis*. ومع الوقت تراجعت العقود الشكلية وتركت المجال للعقود الرضائية متى أصبح من الممكن الحديث عن السبب في نهاية العمل بالقانون الروماني، ولكن السبب كان له مفهوم موضوعي لا يتغير فهو واحد في جميع العقود. ومع ذلك لم يأت القانون الروماني بنظرية عامة في السبب في أي مرحلة من مراحل تطوره⁽²⁾.

- الفقه الإسلامي: لم يرد السبب ضمن أركان العقد وشروط صحته وهي العاقدان والإيجاب والقبول والمحل والصيغة⁽³⁾. وقد قال بذلك جمهور الفقهاء باستثناء الفقه الحنفي الذي جعل أركان العقد متمثلة في الإيجاب والقبول فقط. ولذلك لم تظهر يظهر شرطاً من شروط العقد⁽⁴⁾، وما كان من الممكن أصلاً الحديث عن نظرية عامة في هذا الباب⁽⁵⁾.

(1) عبد الرزاق السنوسي: المجلد الأول، المرجع السابق، ص. 417 وما بعد.

محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص 169 وما بعد، هذه 224 وما بعد.

Carbognier.Jean,Les obligations, op.cit.,p.119 et suiv.
 François Terré, Philippe Simler, Yves lequette: Les obligations, op. cit., p. 298, n° 351.
 Carbognier.Jean: Les obligations, op. cit., p. 269 et suiv. n° 316 et suiv.
 Henri et Ieon Mazeaud, Jean Mazeaud, et François Chabas: Leçons de droit vivital, Les obligations, op. cit., p.249 et suiv. n° 258 et suiv.

(2) الإيجاب والقبول هو ما يصدر عن الطرفين، ويشرط تفهم التوافق ووضوح الدلالة مع اعتبار موجودات مجلس العقد، والمراد بالصيغة هي الصور والعبارات الكافية عن الإرادة، فقد تكون لفظاً أو كتابة أو إشارة أو أفعالاً كما في صورة السكوت.

(3) لا يجعل الفقه الإسلامي للدowاج أي أثر على الاتفاقيات.

بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ص 485 وما بعد.

(4) بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ص 369 وما بعد.

السبب هو الغرض والهدف من العقد، وتساءل دوماً لماذا يتعاقد الإنسان؟ وعند الإجابة يمكن السبب، حيث لا يعقل مبدئياً أن لا يكون السبب حاضراً في كل النزاع، فلا بد أن يكون لكل مععقد سبب في العقد، وطبيعة التصرفات الإنسانية أن تكون لها غاية. على أنه من الممكن أن يختلف معنى السبب بحسب الاتجاه المعتمد، فقد يكون السبب المقصد هو السبب القريب المتوفّر في العقد أي ما يرميه المععقد من الطرف الآخر في نهاية الأمر وتلك هي النظرة الموضوعية للسبب ويمكن كذلك أن يكون لكل مععقد سبب خاص به خارج إطار العقد وتلك هي النظرة الشخصية للسبب وقد تتفق مع اتجاه يرفع عن السبب كل فائدة لأن الرضا الصحيح والمحل المشروع كاف لجعل المعاملة صحيحة وذلك هو التصرف المجرد، وقد نشطت، تجاوزاً للاتجاهات الموضوعية والشخصية وال مجردة، أن يواافق السبب المعطيات الاقتصادية والاجتماعية حتى يكون حري بالحماية، وتلك هي النظرة الاقتصادية للسبب.

والحقيقة أن السبب لم يستقر على مفهوم محدد واختلفت الاتجاهات بين الآراء الموضوعية والشخصية وال مجردة والاقتصادية، فيما أن ولد حتى تدفعه الأفكار واختلطت المفاهيم في شأنه، وكان من المناسب أن نشرح هذا التطور في نظرية السبب في نقطة أولى (أ) ونinin موقف مجلة الالتزامات والعقود في نقطة ثانية (ب).

أ- تطور مفهوم السبب

لم تكمل نظرية السبب إلا أخيراً حيث كان لها تاريخاً مkan ضيق ماتسع يتسع⁽¹⁾، ولم تكن النتيجة واحدة، بل تعددت النظريات والاتجاهات⁽²⁾.

البلاد التونسية.

وحينذا يوقف ما شرع فيه من إجراءات لمطالبة الكفيل إلى أن يتم تعيين مكاتب المدين الأصيل وللدينان أن يتحدد ضد الكفيل ما يلزم من الوسائل لحفظ حقوقه وإذا كان يهد الدينان شيء مما للدينين على وجه الرهن أو الجبس فعلية أن يستوفي حقه من ذلك إلا إذا كان الرهن في ديون أخرى ولا يفي بمحاجتها⁽¹⁾.
 (1) يجب تمييز الدعوى البليانية عن بعض الصور الخاصة كما في صورة الاعتراض على الحكم على معنى القصور 168 وما بعد. م.م.ت.

الهدف من وراء ذلك أن تستقر المعاملات وتقل تدخلات القاضي بالعقد⁽¹⁾. ولكن التفكير التقليدي، حسب المدرسة اللاتينية، لم يصل مطلقاً إلى التصرف المجرد المالي من السبب، بل قال فقط بهذا الاتجاه الموضوعي في جعل السبب عنصراً داخلياً مجرداً وواحداً بالنسبة إلى كل صنف من أصناف العقود.

2- اتجاهات السبب

منذ أن صاغ Domat نظرية السبب لم تعرف النظرية استقراراً بل كانت محل جدل بين رجال القانون واختلفت القوانين المقارنة في مضامينها.

- الاتجاهات الققهية في السبب: فرغم كثرة الاتجاهات واختلاف الأقوال في شأن السبب فإنه يمكن رؤية الاتجاهات إلى فئتين، فئة موضوعية وأخرى شخصية، ومن خلال ذلك ظهرت نظرة وسطية أو نظرية مختلطة تحاول أن توفق بين الاتجاهين، فهي في نهاية الأمر ثلاثة اتجاهات.

+ الاتجاه الموضوعي في السبب: لهذا الاتجاه أحكماء الخاصة وحصلت منه الفائدة لأهميته، غير أنه لم يلق إجماع رجال القانون وكان محل نقد.

- أحكماء الاتجاه الموضوعي: يمكن تقسيم الاتجاه الموضوعي إلى اتجاهين، الاتجاه التقليدي واتجاه التصرف المجرد.

* الاتجاه التقليدي: كانت البداية للاتجاه الأول، ويعرف بالنظرية التقليدية، ويجد أساسه في بعض المعانى الرومانية للعقود الرضائية، في أواخر زمانها، وما قام به Domat⁽²⁾ ومن بعده Pothier⁽³⁾. وقد انظم لذلك عدد كبير من رجال القانون⁽⁴⁾. ووجه هذا الاتجاه أنه يرتكز على عناصر ثابتة ومجردة، فالسبب واحد في كل فئة من العقود لا يتغير، فهي نية التبرع في عقود التبرع من جهة وتسليم الشيء من جهة أخرى وهو ما يتطرقه المعاعد من الطرف الآخر في العقود الملزمة لجانبين وهو سبق التسلیم في العقود العينية الملزمة لجانب واحد وهو ما يحمل على الطرف الملزم في العقود الرضائية الملزمة لجانب واحد⁽⁵⁾.

وتتميز هذه النظرة بين السبب الإنساني cause efficiente وهو مصدر الالتزام والسبب الدافع cause impulsive وهو الباعث ومن خصائصه أنه خارج العقد وشخصي

(1) Ibidem.

(2) Op. cit.

(3) Pothier: *Les obligations*, éd. Bugnet, t2, n° 42 et suiv. p. 24 et suiv.

(4) وخاصية منهم Capitant في كتابه السبب في الالتزامات، ولو أن الكاتب خرج عن أصول النظر التقليدية يجعل السبب على مستوى التنفيذ وبالقول بالباعث في تصرفات التبرع، فليس السبب في التبرعات هي نية التبرع بل هو ما دفع المتبرع إلى التبرع.

(5) François Terré, Philippe Simler, Yves lequette: *Les obligations*, op. cit., p. 272 et suiv. n° 318 et suiv.

- القانون الكنسي: تحدث رجال القانون الكنسي خلال القرن الثامن عن السبب كشرط من شروط صحة الالتزام، حيث مع اعتقادهم بقدرة الإرادة وتضييف الشكل وحفظ المهد أصبحت الإرادة هي الأساس في تكون العقد ولا بد أن يكون لهذه الإرادة غرض شرعي، وبذلك ظهر السبب في المعاملات، لكنه اتخد بعداً نسانياً باعتباره أصبح يوازي الدافع الذي يمكن أن يختلف من شخص إلى آخر⁽¹⁾. فقد تحدث رجال القانون عن التزامات الأطراف والم مقابل في المعاملات توصلاً لضمان التوازن بين الأطراف، ولكن الجانب الأخلاقي لديهم ما كان ليقف عند ذلك الحد الفني في المعاملات، بل فرض أن يكون الدافع وهو عنصر فلسفي، متنطبقاً مع الموجبات الأخلاقية الدينية ويعود للقاضي البحث حول هذه الأبعاد الأخلاقية.

- القانون الفرنسي القديم: خلال القرن السابع عشر صاغ الفقيه الفرنسي Domat نظرية السبب لأول مرة بوضع آليات السبب ونظمها في معظم العقود⁽²⁾. وبذلك أصبح الحديث ممكناً عن نظرية عامة في السبب، ولكنه كان متاثراً بالنظرية الموضوعية للقانون الروماني، حيث كان السبب لدى Domat واحداً لا يتغير حسب كل صنف من العقود، فهو في عقود التبرع نية التبرع وهو في العقود الملزمة لجانبين ما يزيده المعاعد من الطرف الآخر، كما في صورة البيع ما يمثل السبب بالنسبة إلى البائع هو توصله بالشمن وما يمثل السبب بالنسبة إلى المشتري هو تسليم للمبيع، وهو في العقد العيني الملزم لجانب واحد ما قام به العرف الآخر أي التسليم، كما في صورة عارية الاستعمال حيث يكون تسليم الشيء بداية هو سبب الالتزام بإرجاعه. غير أن الفقيه Domat ألغى مناقشة العقود الرضائية الملزمة لجانب واحد كما في صورة الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد والوعد بالقرض والوعد بتنفيذ التزام، وال واضح أن السبب فيها حسب هذا الاتجاه هو ما يتطرقه الطرف من هذا الوعد أي ما سيحصل على الطرف المقابل بعد إبرام العقد النهائي⁽³⁾. والحقيقة أن السبب حسب هذا المفهوم هو المقابل في العقد باستثناء ما يتعلق بنية التبرع في عقود التبرع.

كما أميز Domat بوضوح بين السبب والداعي، حيث إن السبب أمر موضوعي داخلي بالعقد لا يخضع لاجتهد القاضي بينما الداعي أمر نفسى وشخصي ويختلف من واحد إلى آخر ولا يصلح أن يكون سبباً للعقد حماية للمعاملات التعاقدية وأمتها. وكان

(1) Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit civil*, Les obligations, op. cit., p.250, n°259.

(2) Domat: *Lois civiles*, livre 2, titre 1, section 1, n°5.

(3) Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit civil*, Les obligations, op. cit., p. 252, n° 264.

ويحمل شرط المشروعية في المدرسة التقليدية إلى عدم مخالفته القانون والنظام العام والأخلاق الحميدة، وهو شرط يتميز عن مشروعية المحل، فقد يكون المحل مشروعًا ومع ذلك يكون السبب غير مشروع كما في صورة أن يتسلم شخص مبلغًا من المال مقابل ارتکابه لجريمة معينة، فأخذ المال من جهة محل مشروع ولكن سببه وهو ارتکاب الجريمة غير مشروع.

*الصرف المجرد: بعد التصرف المجرد نظرة حديثة وهو التصرف الذي يؤخذ بصفته بصرف النظر عن وجود السبب من عدمه خلافاً للتصرف بسبب أي التصرف الذي يقوم على وجود وصحة ومشروعية السبب، فلا حاجة للسبب أصلًا ولو في شكله الموضوعي، وتقوم الصحة في المستند تجاوزاً المعنى وجود أو صحة أو مشروعية السبب. ولا يعني ذلك أن السبب غير موجود ولكنه ليس شرطاً من شروط التصرف فلا يبحث فيه أصلًا. فإذا كانت الرضائية تأخذ بالإرادة الباطنية وبضرورة توفر السبب، فإن مبدأ الظاهر يأخذ بالإرادة الظاهرة ولا يكتفى للسبب، وهو اتجاه المدرسة الجرمانية⁽¹⁾.

أهمية الاتجاه الموضوعي في السبب: لا شك أن القول المجرد والمحدد مسبقاً يحقق استقرار المعاملات ويعتبر على الأطمئنان والارتياح، فلا يخشى من التأويلات المتناقضة ولا يخشى من تدخلات القضاء في الالتزامات التعاقدية، فلما كانت الأسباب محددة سلفاً بالنسبة إلى كل عقد فما على القاضي إلا الأخذ بما سبق تحديده فلا يتعداه البحث حول دواع من طبيعتها الاختلاف ولا يتعداها لتقدير قيمة المقابل الذي كان نتيجة اتفاق الطرفين، وبذلك تقل صور البطلان والإبطال وستقر المعاملات.

وبناءً على هذه النظرية المجردة متناسقة مع مبدأ الحرية الاقتصادية فيما يطلب في هذه الأنظمة هو سرعة المعاملات والأخذ بالظاهر، فلا مجال لمحاكمة النوايا التي تبقى بعيدة عن حكم الظاهر. وبذلك يظهر التناقض بين الاتجاه الموضوعي في السبب وموجبات الظاهر في المعاملات. وقد يكون حكم الظاهر أفضل إذا أخذنا بمعنى التصرف المجرد المخالي من السبب.

وال واضح من خلال ذلك أن السبب الموضوعي ليس آلية لضمان عدالة العقد، فلا يمكن للقاضي التدخل لتعديل المقابل، فثمة فرق واضح بين توازن الالتزامات وأنعدام السبب، فلا سيل للقول بأنعدام السبب إلا في صورة غيابه مطلقاً، أما إذا تواجد ولو قدر التوازن فلا سيل للمراجعة إلا في صورة الغبن، وتلك مسألة تخرج بطبعها الحال عن موضوع السبب.

عبد الرزاق الشهوري، المجلد الأول، المراجع السابق، ص 443، عدد 269.

علي كحلو: أحكام الالتزام، المراجع السابق، ص 88.

(1) عبد الرزاق الشهوري: المجلد الأول، المراجع السابق، ص 463 وما يليه، عدد 258 وما يليه.

ومعذراً، فقد يكون الدافع لشراء المنزل بغية السكنى به أو بغية استعماله كمتزل دعاية، ولذلك ما كان لهذا الدافع أي أثر على الالتزامات، والسبب الفصلي cause finale وهو الفصyd المباشر أو الغاية المباشرة وهو سبب حالي و قريب، بينما الدافع هو سبب غير مباشر وبعيد. وبعد السبب الفصلي هو السبب المعتمد في الالتزامات، وهو الذي يفي بحاجة التجدد والموضوعية في السبب، فهو واحد لا يتغير ومكانه داخل العقد وليس بمقتضيات المتعاقدين.

ونفترض النظرية الموضوعية كذلك أن السبب يجب أن يتتوفر عند إبرام العقد ويبقى إلى نهاية التنفيذ، وعلى ذلك المعنى بتأسیس الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وسقوط الالتزام بقوة قاهرة في الالتزامات المقابلة حيث مع انعدام السبب يجوز الدفع بعدم التنفيذ ويمكن طلب الفسخ ويسقط الالتزام.

وتشترط النظرية الموضوعية في السبب أن يتواجد وأن يكون صحيحاً ومشروع، وبذلك يكون الوجود والصحة والمشروعية هي الشروط المعتمدة في السبب موضوعياً. وجود السبب ليس صفة في الشيء وإنما أصل الشيء، وهو ما يجب أن يتواجد، وقد يتعدم السبب إذا ما انعدم المقابل أصلًا أو كان تافهاً في الالتزامات المقابلة. وقد يختلف السبب على مستوى التنفيذ في العقود المخلصة لجانبين فيصبح الدفع بعدم التنفيذ أو طلب الفسخ. وفيقد السبب في الالتزامات العينية المخلصة لجانب واحد إذا لم يسبق تسليم الشيء. كما يفقد السبب في الالتزامات الرضائية المخلصة لجانب واحد إذا تخلف المقابل الذي أراده المتعاقد أو كان يأمل في وجوده كما في صورة أن بعد شخص بدفع مال تبين أنه غير مدين به، وبذلك بالنسبة إلى التبرعات أن تتوفر نية التبرع أي الرضا في نهاية الأمر وليس أكثر دون الارتكاء إلى معنى الواقع.

ويحمل شرط الصحة في السبب إلى انعدام عيوب الرضا والأغلب أن يكون غلطًا في السبب، فإذا ما أكره الشخص على التعاقد أو وهم الطرفان وجود الشيء أو ابني الالتزام على الصورة، وإذا كان من الممكن للغير حسن النية التعويل على هذه التصرفات، فإنه يمكن لأحد الأطراف طلب بطلان هذا التصرف لعدم صحة السبب، كما في صورة أن يدفع الوارث الدين ثم يتبين أنه سبق الدفع للدائن من المورث قبل وفاته. ولا يمكن مطلقاً حسب هذا الاتجاه أن يرقى الغلط في السبب إلى الغلط في الواقع، بل إنه يحمل فقط إلى الغلط في ذات الشيء محل التعاقد. كما أن الصورة ليست سبباً من أسباب البطلان أو الإبطال في حد ذاتها، وإنما قد تتحمل الصورة إلى التعاقد بدون سبب موضوعي وجوداً أو صحة أو مشروعية ومن أجل ذلك يكون التصرف باطلًا وليس من أجل الصورة⁽²⁾.

(1) François Terre, Philippe Simler, Yves lequette: Les obligations, op. cit., p. 282, n° 331.

المحل والرضا، فلا يمكن إبطال هذا التصرف إلا على أساس السبب الموضوعي و هو المقابل الذي أخذه المعاقد أو يتضرر. كما أن الأهمية تبقى فاعلة كذلك بالنسبة إلى العقود الملزمة لجانبين، قليلاً صحيح أن الالتزامات تنشأ في نفس الوقت، فلا بد أن يبقى السبب المقابل، وعلى ذلك الأساس كان الترابط بين الالتزامات، فما يمثل سبب لأحد الطرفين هو مقابل للطرف الآخر، فما هو باطل لغياب المحل بالنسبة إلى الأول فهو باطل لغياب السبب بالنسبة إلى الآخر.⁽¹⁾

+ الاتجاه الشخصي في السبب: للاتجاه الشخصي أحكامه وأنصاره وأهميته ونقاشه.

أحكام الاتجاه الشخصي في السبب: السبب في الاتجاه الشخصي هو الباعث الذي يمكن أن يختلف من شخص لأنخر وهو بذلك ذاتي وخارجي عن العقد، فليس موطن الباعث عبارات التصرف وبنوته إنما ذكر وذهن المعاقد. على أنه ليس بباعث فردي بل لا بد أن يكون محل مجادلة ومعرفة من الطرفين ولو بصفة ضمنية، فهو بذلك دافع ثانوي. ولكن لا يشترط علم الطرفين به أو اتفاقهما مسبقاً بل يكتفى بمساهمة المعاقد في الباعث دون الاتفاق أو المعرفة المسبقة. فقد وقف Capitant عند دائرة الاتفاق المسبق عندما تحدث عن دائرة التعاقد في الباعث أو الدوافع المشتركة mobiles communes غير أن الاتجاهات الحديثة الشخصية نزلت إلى مرتبة العلم ثم إلى درجة المساهمة فقط. وبين الاتفاق والعلم والمساهمة فروقات كبيرة. فالمحض بالاتفاق هو ما قاله Capitant والمقصود بالعلم هو علم المعاقد بالمقصد دون الاتفاق مع المعاقد أو كان لا بد له أن يعلم وذلك هو اتجاه فقه القضاة الفرنسي⁽²⁾ (وأجل من رجال القانون⁽³⁾) والمقصود بالمساهمة هو درجة تدخل المعاقد في الباعث دون اتفاق أو علم صريح وضمني بمقصد المعاقد⁽⁴⁾. فهو تقدير لظروف التعاقد في نهاية الأمر، على أن الاتجاه

(1) Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit vivil, Les obligations*, op. cit., p. 254 suiv. n° 266 et suiv.

(2) François Terré, Philippe Simler, Yves lequette: *Les obligations*, op. cit., p. 280, n° 328. Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit vivil, Les obligations*, op. cit., p.257 et suiv. n° 267 et suiv.

عادة ما تأخذ محكمة التعقب بالدافع ظالماً على الطرف الآخر في العقود الملزمة لجانبين كما في صورة شراء عقار لجعله متزلاً دعارة أو لملعب القمار وكذلك الشأن بالنسبة إلى العقود العينة فمتي ثبت أحد القرص لتحقيق غرض غير مشروع يكون العقد باطلًا وكذلك بالنسبة إلى التبرعات، متى كان فقه القضاة أكثر شدة في الأخذ بالدافع ولا يشترط اجمالاً علم الطرف الآخر، فيكون التبرع باطلاً كلما كان الدافع غير مشروع كما في صورة أن يهب الرجل مالاً لجعل زوجته توافق على الانفصال ودياً أو يتبرع لنائله ابن غير شرعي أو أن يتبرع لخليته لإيقافها عنه.

(3) Josserand: *Les mobiles dans les actes juridiques*, n° 108 et suiv.

(4) عبد الرزاق السنوري: *المجلد الأول*, المرجع السابق, ص 457 وما بعد عدد 283 وما بعد.

فقد الاتجاه الموضوعي في السبب: منذ بداية القرن التاسع عشر ظهرت العديد من الأفكار المناقضة لأفكار المدرسة الموضوعية بل لشرط السبب في الالتزامات على وجه الإجمال وتساءل Ernest منذ سنة 1826 عما إذا كان السبب شرطاً أساسياً في صحة الاتفاques⁽¹⁾? وبين أن السبب ليس له جدوى وقد يختلط بشرط الرضا والمحل وتبعه في ذلك عدد من رجال القانون، ولعل النقد الهام جاء على لسان رجل القانون Planiol متى بين أن النظرية الموضوعية هي في حقيقة الأمر نظرية مغلولة من الأساس وقادرة الجدوى⁽²⁾. فهي مغلولة لأن التزامات الأطراف في العقود الملزمة لجانبين تنشأ في نفس الوقت فهي التزامات مرتبطة، فلا يمكن بعد ذلك أن يكون الواحد سبباً للأخر، وما يسمى سبباً في العقود العينة الملزمة لجانب واحد إنما هو في حقيقة الأمر مصدر للالتزام. وهي عديمة الجدوى لأنه يمكن الاستعاضة عنها بأحكام الرضا والمحل، ففي الالتزامات المقابلة يمكن البطلان لغياب المحل ولا يضيف السبب شيئاً وفي العقود الملزمة لجانب واحد يؤدي غياب السبب إلى عدم وجود الالتزام أصلاً، وفي التبرعات لا يخرج المعيار عن شرط الرضا، ولا يمكن مطلاقاً للنية المجردة أن تتحقق بطلان العقد.

والحقيقة أن اعتبار تسليم الشيء سبب في التصرفات العينة الملزمة لجانب واجب لا يضيف شيئاً باعتبار أن تسليم الشيء في العقود العينة إنما هو شرط صحة وهو في نهاية الأمر محل الالتزام، وحتى لم كان هذا الشيء مخالف للنظام العام والأخلاق الحميدة، فيكتفي التعويل على أحكام المحل توصلًا ببطلان التصرف.

كما أن اعتبار نية التبرع في التبرعات لا يضيف شيئاً حيث بالإمكان إبطال التصرف أو بطلانه على أساس أحكام الرضا كلما كان الغلل في هذه النية، فتقترن نية التبرع بموجبات الرضا وأحكامه، كما لو أبرم العقد من قبل شخص مجتنون. ولكن نية التبرع تبقى مع ذلك هامة في حدود تكيف العملية وتمييزها عن مفهومي الغرين في المعاملات وتفاهم المحل، والمجمل في ذلك أن النظرية التقليدية تعالج سبب الالتزام دون سبب العقد الذي يمكن أن يختلف من شخص إلى شخص.

لكنه يبدو أن أهمية الاتجاه الموضوعي تبقى مع ذلك ظاهرة بالنسبة إلى الالتزامات الرضائية الملزمة لجانب واحد أو الملزمة لجانبين، حيث من الممكن أن يكون السبب الموضوعي هاماً في الالتزامات الرضائية الملزمة لجانب واحد، خارج إطار الرضا والمحل، فقد يلتزم شخص بالدفع في مبلغ ظهر أنه ليس بمدين فيه، فرغم صحة

(1) Ernest: *La cause est -elle une condition essentielle pour la validité des convention ?* 1828.

(2) Planiol: *Traité élémentaire*, n° 1037.

الخطورة، حيث إن التصرف يظل مهدداً بالإبطال في كل وقت وهو بذلك لا يتماشى مع رغبة استقرار المعاملات وينحاز إلى حماية الإرادة أكثر من حماية المعاملات وفي ذلك ضرر للحياة الاقتصادية وقد كان لعنصر من عناصر التنمية. بل ذهب آخرون إلى أن العدالة التعاقدية، لا ترتبط بإرادة الأطراف وإنفساتهم بل بعناصر موضوعية خارجة عن إطار العقد، فهو في نهاية الأمر ما يتحقق التوازن الكمي بين القيمتين، فهو بذلك عنصر من عناصر التوازن الاقتصادي في العقد، وهو معيار موضوعي لا دخل فيه للباعت⁽¹⁾. +الاتجاه التوفيقى في السبب: أمام سلبيات النظرة الموضوعية والنظرية الشخصية ظهرت تيارات توفيقية حاولت التوفيق بين الاتجاهين والتعميل على أحسن ما في

الاتجاهين، وقد كان كل من Jacques Maury و H.Capitant على رأس هذا التوجه. أما بالنسبة إلى⁽²⁾ H.Capitant فتبدو أقواله توفيقية بين الاتجاهين، شخصية Josserand وموضوعية Domat، ولو أن منطلق حديثه كان للدفاع عن النظرية التقليدية، فهو يأخذ بمعنى السبب القصدى في الالتزامات باعتبارها مقابلاً أو نة تبع حسب طبيعة التصرف، ويسقط ما ذهب إليه Planiol في نقده للنظرية التقليدية، وأبقى على التمييز الواضح بين السبب والباعت. على أنه يجعل السبب في تفہی الالتزام، فيتجاوز معنى السبب مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ، كما أنه يأخذ بالباعت في حالتين، في التبرعات وفي حالة اتفاق الطرفين على الباعت، أي إذا أصبح الباعت داخل دائرة التعاقد وكان محل اتفاق بين الطرفين⁽³⁾. ويبدو أن H.Capitant أعطى السبب أهمية ويعنى بالباعت حجم السبب باعتبار أن السبب حسب هذا الاتجاه لا يكون فاعلاً على مستوى تكوين الالتزامات فقط بل كذلك على مستوى التنفيذ، ويقوم السبب سناً في فهم الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل التبعية. والحقيقة أن السبب ليس له علاقة بالتنفيذ، حيث تبقى إشكالياته على مستوى تكوين التصرف، أما إشكاليات التنفيذ فلها من المستندات ما يتجاوز معنى السبب.

أما بالنسبة إلى Jacques Maury⁽⁴⁾ فقد اعتمد معيار المقابل المقصود، أو المقابل المالي والاقتصادي المتفق عليه، وهي نظرية موضوعية في نهاية الأمر، حيث إن عدم وجود هذا المقابل هو تخلف للسبب كما أن تخلف صفات أو ذات المقابل هو غلط في السبب، وهو غلط في ذات الشيء وصفاته في نهاية الأمر. على أن هذا الاتجاه

(1) Louis Lucas: *Volonté et cause*, thèse, Dijon 1918.

وانظر في شرح هذا الاتجاه، محمد الزين، المرجع السابق، ص 174.

(2) H.Capitant: *De la cause des obligation*, 3^e édition, op. cit.

(3) La cause est le motif déterminant intégré au contrat.

(4) Jacques Maury: *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, Toulouse 1920.

الأكبر بين رجال القانون يميز بين المعاوضات والتبرعات، فيكون العلم أو المساعدة واجبين في المعاوضات دون التبرعات التي لا يشترط فيها اتفاق أو علم أو مساعدة والبعض يشترط العلم.

والملخص في جميع ذلك أن الاتجاهات الشخصية انحصرت في أفكار أربعة، مع توافقها في اشتراط الباعت دون السبب، فإما أن يكون الباعت فردياً لا حاجة له للاتفاق أو العلم أو المساعدة، والأغلب أن يكون ذلك في التبرعات، أو أن يكون ثانياً فيشترط الاتفاق أو العلم أو المساعدة.

أنصار الاتجاه الشخصي في السبب:⁽¹⁾ Josserand كان من الذين دافعوا من أجل استقرار القول الشخصي في السبب، فالسبب عنده يوافق الدوافع، فهي نظرية نفسانية للسبب، وقد وجد في اتجاه محكمة التحكيم الفرنسية أرضية مزنة وعنصراً مساندة خاصة بالنسبة إلى التبرعات متى اكتفى فقه القضاء بالدفوع دون العلم. وقد ذهب مذهب عدد من رجال القانون في عصره⁽²⁾.

وهي النظرة الحسنة لدى السنوري، فقد كتب في اتجاه استبعاد النظرية التقليدية دون خسارة، ونعتها بالعجز والقصور « فهي نظرية يمكن استبعادها دون آية خسارة تلحق القانون، إذ يسهل تحرير جميع التباع التي يراد أن ترتب عليها وذلك بالرجوع إلى أساس قانوني آخر لا علاقة له بالسبب⁽³⁾.

أهمية الاتجاه الشخصي في السبب: والفائدة من هذه النظرية الشخصية أنها تحيط المعاملة الاقتصادية بشيء من المشروعية الخارجية والنفسية، فهو ما يحمل إلى مراقبة المعاملة التعاقدية من الوجهة الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية حماية حقوق المجتمع، ليس من خلال بنود العقد ولكن من خلال تقييمات وشعور الأطراف المتعاقدة، حيث إن الاعتماد على معنى الدوافع يمكن أن يسهل البطلان الذي ما كان ليحدث لو كان الأساس هو السبب الموضوعي. وقد أرادت المدرسة الكنيسية في بدايتها أن تجعل السبب بهذا التعريف الشخصي عنصراً من عناصر العدالة العقدية وقد من قيد الإرادة بالحديث عن توازن الالتزامات⁽⁴⁾.

نقائص الاتجاه الشخصي في السبب: يأخذ الاتجاه الشخصي بسبب العقد دون سبب الالتزام، ويقول الاتجاه الشخصي في نهاية الأمر بالباعت في العقد، وهو عنصر يختلف من شخص إلى شخص، ثم إنه ليس للشخص باعت واحد، وفي ذلك تكمن

(1) Josserand: *Les mobiles dans les actes juridiques*, n° 108 et suiv.

(2) أمثلة Demogue.

(3) عبد الرزاق السنوري: *المجلد الأول*، المرجع السابق، ص 455، عدد 281.

(4) محمد الزين، العقد، المرجع السابق، ص 174، عدد 229.

حالة الحق⁽¹⁾ وحالة الدين⁽²⁾ والإبادة على الوفاء⁽³⁾ والتنازل عن الحق الشخصي⁽⁴⁾ والأوراق التجارية ولربما كانت أحكم نظام الإشهار العيني مميزة في هذا الجانب⁽⁵⁾، حيث إن الملكية لا تكتسب في قانون 5 ماي 1872 إلا بموجب الترسيم بالسجل العقاري الواقع على إثر تولية⁽⁶⁾، أي أن نقل الملكية لا يحدث بمجرد الاتفاق كما لا يقع بمجرد الترسيم بالسجل بل لا بد من التولية وهو ما يعادل « التسلیم traditio » بالقانون الروماني. وبقصد بالتولية أن يحضر البائع والمشتري أمام القاضي ويعلنان بإرادة حرّة نقل الملكية. وتقع الانتقالات على ذلك الشرط شرط أن تكون الملكية مرسمة سابقاً باستثناء بعض الحالات (مثل الإرث والوصية والانتزاع). وقبل إتمام مراسيم التولية لا يمكن مطلقاً طلب الترسيم بل يجوز فقط طلب تقييد الحق فيما احتياطياً لحفظ الحق⁽⁷⁾، وقبل أن تقع التولية على ما تقدم، لا يمكن أن يدعى الدائن إلا حقاً شخصياً يمنع ترسيمه، وإذا ما وقع الترسيم على تلك الصورة وانتقلت الملكية إلى الغير حسن النية ما كان من الممكن مطلقاً طلب إبطال الترسيم ولو أن الصك أو الكتب كان فاقد للسبب أو أبنى على سبب غير صحيح أو غير مشروع⁽⁸⁾. معنى ذلك أنه في جميع صور التصرف المجرد ليس للمتضرر طلب الإبطال أو البطلان لغياب السبب أو لعدم مشروعيته أو لعدم صحته وإنما له حق الرجوع بالتعويض والأغلب أن يكون ذلك على الأساس الأثراء بدون سبب. وقد تأثرت عدة بلدان بهذا الاتجاه كما بالنسبة إلى القانون السوري⁽⁹⁾ والقانون التماساوي⁽¹⁰⁾.

القانون الأنجلزي والأمريكي: تأخذ المدرسة الأنجلوأمريكية بما يعرف بفكرة consideration وهو ما يعادل مفهوم السبب في المدارس اللاتينية⁽¹¹⁾.

(1) الفصلان 394 و 413 من التقنين المدني الألماني.

(2) الفصول 414 وما بعد من التقنين المدني الألماني.

(3) الفصل 748 من التقنين المدني الألماني.

(4) الفصل 397 من التقنين المدني الألماني.

(5) على كملون: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، ص 183 وعدد 338.

(6) Art 1 « En cas d'aliénation volontaire, la propriété d'un immeuble n'est acquise que par une inscription au livre foncier, faite à la suite d'un acte d'investiture »

(7) Art 64 « ...l'acheteur de la parcelle ou de l'immeuble détaché pourra avant l'acte d'investiture faire insérer une prénotiation pour réservé son droit... ».

(8) الفصل 9 من قانون 5 ماي 1872 الخاص بالملكية العقارية.
Annuaire de legislation étrangère 1873, p. 208 et suiv.

(9) الفصول 164 وما بعد في حالة الحق والفصل 179 في حالة الدين والفصل 775 في التنازل عن الحق الشخصي والفصل 467 في الإثابة في الوفاء.

(10) لم يشر التقنين التماساوي إلى السبب إلا بالفصل 901 من التقنين المدني بالنسبة إلى عقود المعاوضات، وأخذ بالعناصر الموضوعية بالعقد دون البراءة.

(11) Carbonnier.Jean: Les obligations, op. cit., p. 121, n° 30.

يخرج عن المعيار الموضوعي كلما تعلق الأمر بتقدير مطابقة السبب للأخلاق الحميدة والنظام العام، عندئذ يجب اعتماد معيار الباعث وليس معيار السبب الموضوعي، وذلك بهدف حماية التصرف وضمان مطابقة التصرف للموجبات الاجتماعية⁽¹²⁾.

والملخص لهذه الاتجاهات التوفيقية أنها تأخذ بالأحكام الموضوعية ولكنها تأخذ بالباعث كلما قامت الضرورة لحماية مصلحة مشروعة دون أخرى. ولهذا الغرض كثير من الاتجاهات قالت بالوظيفة الاقتصادية للسبب، فلا يحمي السبب إلا بقدر تضمه لمصالح حرية بالحماية، فلا يحمي السبب إذا كان يهدف إلى تحقيق أهداف تانية اجتماعية أو غير متوجه اقتصادياً. والحقيقة أن ذلك مرد إلى محل ومدى مطابقته للنظام العام الاقتصادي. ومن الاتجاهات، التي يمكن اعتبارها توفيقية كذلك، من يميز بين السبب في الالتزام والسبب في العقد، فإذا نظرنا بالنظرية الموضوعية في الالتزام والباعث في العقد⁽¹³⁾.

- الاتجاهات التشريعية في السبب: اختلفت التشريعات كما اختلف رجال القانون.

التشريع الفرنسي: وردت الصياغة الأولى للسبب مع تحرير المجلة المدنية الفرنسية سنة 1804 متأثرة بالنظرة الموضوعية للسبب على قول الفقيه Domat. وقد أورد المشرع الفرنسي مفهوم السبب بالمجلة بالفصل 1108 والفصل 1131 إلى 1133. فنص الفصل 1131 على «أن الالتزام لا يت俊 أي أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب أو كان مبنياً على سبب غير صحيح أو على سبب غير مشروع»، ونص الفصل 1132 على أن «الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه»، ونص الفصل 1133 على أن «السبب يكون غير مشروع إذا منع القانون أو إذا كان مخالفًا للأداب والنظام العام. فيشترط في السبب أن يكون موجوداً وصحيحاً وجائزًا على صيغة المعايير الموضوعية، كما لم تفصل هذه الفصول بين أحكام الغلط وأحكام السبب بل إن الغلط في السبب يحمل إلى الغلط في الصفة الجوهريّة للمحل، ولكن فقه القضاء بفرنسا تجاوز هذه المعايير وأخذ نهاية بالمعايير النفسية».

- القانون الألماني: نظراً للاعتبارات الموضوعية التي تقوم عليها المدرسة الجرمانية، اتخد السبب في الالتزامات المسببة مفهوماً موضوعياً لا يأخذ بالباعث، بل أكثر من ذلك، ظهر بهذه المدرسة ما يعرف بالتصرف المجرد وهو التصرف الخالي من السبب، فليس السبب شرطاً من شروط صحته حتى في صيغة الموضوعية، بل يقوم التصرف، بصرف النظر عن وجود السبب من عدمه ويظهر ذلك جلياً في نظام

(1) محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص 172، عدد 228.

(2) Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, n° 21 et suiv.

فلو أن المشرع قصد الباعث ما كان ليربط السبب بالالتزام بالفصل 67 م.أع، كما أن افتراض أن يبني الالتزام على غير سبب هو افتراض لا يمكن أن يدرك إلا في إطار المدرسة الموضوعية حيث إن المدرسة الحديثة تجعل للعقد سبباً في جميع الصور ولا يمكن أن يغيب مطلقاً طالما أن السبب ارتكى لمعنى الباعث فلكل شخص باعث في اتفاقه مع الطرف الآخر، والملخص في ذلك أن شرط الوجود لا يمكن أن يعالج ويفهم إلا بطبق الطريقة التقليدية الموضوعية.

ورغم هذا الاتجاه الموضوعي فإنه لا يمكن الأخذ بمعنى العدالة العقدية المبنية على التوازن الموضوعي للالتزامات باعتبار أن فكرة التوازن الاقتصادي لا تتناسب مع نظام الغبن المعتمد بمجلة الالتزامات والعقود، ولكن ذلك لا يمنع من الأخذ بمفهوم عدم السبب أصلاً أو زم من الاتفاق أو كونه نافها للقول بعدم وجود السبب.

على أن المشرع لم يعتمد صراحة وكقاعدة عامة مفهوم الالتزام المجرد الخالي من السبب على معنى المدرسة الألمانية، فلم يأت بالمبادئ العامة ما يفيد إمكانية فiam الالتزام بدون سبب، فقد اعتمد المشرع نظرية الالتزام المسبب فكل «الالتزام يحمل على سبب ثابت جائز ولو لم يصرح به»⁽¹⁾، ومع ذلك يمكن أن نجد عدة تطبيقات لهذا الاتجاه بفضل متاثرة بمجلة الحقوق العينية والمجلة التجارية وحتى مجلة الالتزامات والعقود حتى يقوم الالتزام دون حاجة إلى سبب.

فقد أوردت مجلة الحقوق العينية عدة صور للالتزام المجرد كما في نظام الترسيمات المتزامنة مع حكم التسجيل العقاري على معنى الفصلين 308 و 350 م.ح.ع، حيث تكتسب هذه الحجج سند الترسم قوتها الثبوتية المطلقة في مواجهة الكافحة بعد صدور حكم التسجيل العقاري بصرف النظر عن سببها تواجد أو لم يتواجد وكما في صورة الترسيمات الإدارية اللاحقة إذا انتقل الحق للغير حسن النية على معنى الفصل 305 فقرة ثانية م.ح.ع، حيث إن ترسم الكتب بإدارة الملكية العقارية وانتقال الحق للغير بحسن نية يجعل التصرف الأخير صحيحًا بصرف النظر عن السبب⁽²⁾.

وأوردت المجلة التجارية هذا المفهوم من خلال نظام الأوراق التجارية الشيك والكمبيالة والستد للأمر حيث تداول هذه المستندات بصرف النظر عن سببها حيث لا يمكن للساحب أن يتمتع عن الوفاء بعلمه أنه لم يتوصّل بالمقابل⁽³⁾.

(1) الفصل 68 م.أع.

(2) على كھلۇن: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، ص 160 وما بعد، عدد 270 وما بعد.

علي كھلۇن: القانون العقاري الخاص، نشر مركز النشر الجامعي، 2009، ص 466 وما بعد.

(3) الفصل 269 وما بعد من المجلة التجارية.

القانون الإيطالي: اعتمدت المجلة المدنية الإيطالية لسنة 1942 مفهوم السبب كشرط من شروط التصرف، ولكنها جعلت للسبب مفهوماً اجتماعياً وبمعنى أن السبب في التصرف يجب أن يلعب دوراً اجتماعياً واقتصادياً، فلا تتحرج العبرية التعاقدية على معنى الفصل 1322 من المجلة إلا إذا كانت تهدف إلى تحقيق مصالح حرية بالحماية تطبيقاً للمنظومة القانونية المعتمدة، فلا يمكن بعد ذلك حماية الأسباب التافهة غير المنتجة اقتصادياً واجتماعياً، وفي ذلك يمكن شرط الوجود والمشروعية في السبب.

بـ مفهوم السبب وشروطه بمجلة الالتزامات والعقود أورد المشرع التونسي أحكام السبب من خلال الفصول 67 إلى 70 م.أع، ووضع من خلالها شروط السبب (2) وأحكم طريقة إثباته (3)، ولنا أن ندرك من خلال ذلك اتجاه مجلة الالتزامات والعقود في السبب (1).

1- اتجاه مجلة الالتزامات والعقود في السبب
نص الفصل 2 م.أع على أن من بين أركان العقد «أن يكون سبب الالتزام جائزًا»، كما نص الفصل 67 م.أع على أن «الالتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه». والسبب غير الجائز عبارة عما يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام، وأول ما يلاحظ من خلال ذلك أن المشرع اشترط فقط أن يكون السبب موجوداً وجائزًا ولم يشترط أن يكون صحيحاً. ولم تبين مجلة الالتزامات والعقود كذلك الاتجاه المعتمد صراحة، فهل وقع الخيار سنة 1906 على الاتجاه الموضوعي أم الاتجاه الشخصي؟

والواضح أن المشرع أسقط شرط الصحة في السبب لأنّه يحمل إلى نظام الغلط، وما علينا إلا الرجوع إلى نظام الغلط حتى ندرك ماهية الغلط في السبب، ولما كان المشرع أورد حالات الغلط على وجه الحصر ولم يورد معنى الغلط في السبب، فلا شيك حينئذ أن يُرد الغلط في السبب إلى الغلط في ذات المعقود عليه أي المحل ولا يمكن أن يحمل مطلقاً إلى الغلط في الدوافع، فلم تبين المشرع في إطار أحكام الغلط معنى الغلط في البواعث⁽¹⁾.

وال واضح من ذلك أن المشرع نص بالفصل 2 م.أع، على «أن يكون سبب الالتزام جائزًا»، كما نصّ الفصل 67 م.أع على أن «الالتزام المبني على غير سبب..» أي أن المشرع وضع السبب للالتزام وليس للعقد وهو ما يدلّ على أن السبب يجب أن يفهم في وجوده على معنى اتجاه المدرسة التقليدية وليس حسب اتجاه المدرسة الحديثة في الباعث، حيث إن السبب المجرد يلزم الالتزام بينما الباعث يلزم الإرادة في العقد،

(1) يراجع باب الغلط على معنى الفصول 44 إلى 49 م.أع.

ويكون السبب موجوداً في الالتزام على معنى الفصل 67 م.أع إذا توفر ما يحمل على الطرف المقابل في الالتزامات المقابلة، وينعدم السبب إذا خلا الالتزام من المدخل زمن الاتفاق كأن يقع التعاقد على حمولة غرفت في البحر أو كان تافهاً كأن يتفق المعاعد مع شخص لم يقدم شيئاً في الالتزام أو لم يوجد المحل مطلقاً كأن يقع تأمين ضرر غير موجود⁽¹⁾. ويتوفر السبب في الالتزامات الملزمة لجانب واحد في ما أخذه المعاعد ببداية كما في صورة التزامه برد ما قبضه أو تسليمه بداية أو في ما يتظره من الالتزام كما في صورة الوعد بالبيع. ويتوفر السبب في التبرعات بتوفير نية التبرع.

ويكون السبب مشروعًا على معنى الفصل 67 م.أع إذا لم يخالف القانون أو النظام العام أو الأخلاق الحميدة. فيحمل القانون إلى جملة القواعد الأمرة ويفهم من النظام العام جملة القواعد الجوهرية المكتوبة وغير المكتوبة والتي تتصل بعنصر السيادة أو حرمة العائلة والفرد تقليدياً وكل ما يدخل في إطار معنى النظام العام الاقتصادي حب التعريف الحديث للنظام العام، وتردة الأخلاق الحميدة إلى جملة القواعد الاجتماعية المكتوبة وغير المكتوبة التي ترقى لمستوى الضابط الاجتماعي، فهي من العرف يمكن الفكر الجمعي الملزم⁽²⁾.

وما يميز مشروعية السبب عن مشروعية المحل أن مشروعية السبب ليست في بنود العقد، فتلك صورة يمكن أن تأتي تحت جزاء المحل غير المشروع، وإنما خارج بنود العقد، فيمكن أن يكون المحل مشروعًا ومع ذلك يكون السبب غير مشروع، كما في صورة أن يكون كراء المحل بغية ممارسة الرفيلة أو الميسر وغير ذلك من الحالات المخالفة للأخلاق الحميدة وكما في صورة أن يتافق المعاهدي مع المحرف على قسمة ما تقضي به المحكمة⁽³⁾، ذلك أن السبب إذا ما ارتقى إلى الباعث خرج عن بنود العقد وأخذ مفهوماً شخصياً يختلف من عقد إلى آخر ومن شخص إلى آخر.

ورغم أن المشرع لم بين بالفصل 67 م.أع أو في غيره من الفصول طبيعة هذا الباعث إن كان فردياً أو ثابتاً، فإنه من الأسلم أن يشترط الباعث المحدد المشترك بمعنى أن يتافق الطرفان على سبب غير مشروع أو أن يكون الطرف الآخر على علم بهذا السبب أو على الأقل كان عليه أن يعلم في غياب اتفاق مسبق، وبقى من الصعب الفصل بالسبب

(1) Carbone Jean: *Les obligations*, op. cit., p.111-119, n°26-27-28.

(2) سبق أن عرنا النظام العام والأخلاق الحميدة في إطار المحل ويفى ذلك التعريف فاعلاً بالنسبة إلى السبب.

(3) ولو أن المرسوم الحديث المنظم لمهنة المحاماة عدد 79 لسنة 2011 الصادر بتاريخ 20 أوت 2011 سمع للمحامي بالعمل وفق قاعدة النسبة مع المحرف.

كما أن مجلة الالتزامات والعقود أوردت هذا المفهوم في عنة مواطن ولعل أهمها ما يتعلق بعدم إمكانية معارضة الكفيل للدائن بسبب بعده لعلاقة الكفيل بالمدين الأصلي، فليس للكفيل أن يعارض الدائن إلا «بما للمددين من وجہ المعارضۃ سواء تعلقت بأصل الدين أو بذات المدين مع ما تعلق منها بعدم أهلية المدين وله أن يتحقق بذلك ولو لم يوافقه عليه المدين أو تركه وله أن يعارض بما هو خاص بذات العدين كاسقاط الدين للذات المدين»⁽¹⁾، ولكنه لا يصح معارضۃ الدائن بسبب بعده لعلاقة الكفيل بالمدين، فذلك يعني أن التزام الكفيل في علاقته مع الدائن هو التزام بدون سبب⁽²⁾.

غير أن المشرع باشتراطه بالفصل 67 م.أع المشروعية في السبب عزف انعدام المشروعية بقوله إن «السبب غير الجائز عبارة عما يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام». وهو مفهوم واسع يمكن أن يشمل إطار التعاقد وتجاوز إطار الالتزام، بمعنى أن هذا المفهوم يمكن أن يشمل معنى الدوافع والبواعث على مذهب المدرسة الحديثة، حيث إن شرط المشروعية على مذهب المدرسة التقليدية لا يفي بالحاجة ولا يمكن أن يكون وسيلة حسنة لمراقبة العقد، فلا تخرج المشروعية في مفهومها التقليدي عن مفهوم مشروعية المحل، ومن أجل تحقيق المشروعية وحدتها قامت نظرية السبب الحديثة. وبذلك اشترط المشرع بأن يكون السبب جائزًا وعزف السبب غير الجائز بمخالفة السبب القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام ولا يمكن أن تتحقق المشروعية الحقيقة إلا بإعطاء السبب مفهوماً شخصياً، فيعتمد الباعث عوض السبب المجرد من هذه الناحية. فإذا كان المشرع موضوعياً في وجود السبب كان شخصياً في مشروعيته وبذلك يمكن مراقبة التصرف وفرض تطابقه مع التوجهات الاجتماعية والاقتصادية، وبذلك أخذ رجال القانون في تونس⁽³⁾.

2- شروط السبب من خلال مجلة الالتزامات والعقود

نص الفصل 2 م.أع على أن من بين أركان العقد «أن يكون سبب الالتزام جائزًا»، كما نص الفصل 67 م.أع على أن «الالتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه. والسبب غير الجائز عبارة عما يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام». وأدركنا من خلال ذلك أن المشرع يشترط في السبب أن يكون موجوداً طبق أفكار المذهب الموضوعي وجائزًا طبق أفكار المدرسة الشخصية.

(1) الفصل 1502 م.أع.

(2) علي كحصون: قانون التأمينات واستخلاص الدين العام والخاصية، منشورات مجتمع الأطروش للكتاب المختص، تونس 2011، ص. 511 وما بعد.

(3) محمد الزين، المقد، المرجع السابق، ص. 175 وما بعد، عدد 233 وما بعد.

حدث وأن رفع التصریح بالسبب في الكتب فإنه لا يمكن الإثبات فيما يخالف الكتب
شهادة الشهود عملاً بأحكام الفصل 474 م.أ.ع وإنما لا بد من الكتب.

البحث الثاني، جزاء الإخلال بشروط العقد

إذا تخلفت شروط إبرام العقد قام الجزاء، والجزاء هو البطلان على ما ورد بمجلة الالتزامات والعقود بالفصل 325 إلى 338 م.أ.ع، وقد أورد المشرع العنوان السادس «في بطلان الالتزامات وفسخها» وبين من خلاله ما يتصل بطبيعة جزاء البطلان (الفقرة الثانية) ويدعوى البطلان (الفقرة الثالثة) وأثارها (الفقرة الرابعة). على أنّ جزاء الإخلال بشروط العقد عرف تطوراً تاريخياً يتعين الإشارة إليه في نقطتين أولى، حتى أنه أصبح من الممكن، اليوم الحديث عن نظرية عامة في البطلان (الفقرة الأولى).^[1]

الفقرة الأولى: المحة تاريخية

للفقه الإسلامي (أ) نظرية في تدرج الجزاءات تبدو مختلفة عن نظرة المدرسة اللاتينية وخاصة منها المدرسة الفرنسية (ب)، ولتساءل عن تأثير هذه المدارس بمجلة الآلات: إيات و العقود الأخيرة (ت).

أ-الجزاء التدريجي بالفقه الإسلامي

البعض يرى أن تلاقي الإيجاب والقبول هو ما يمثل أركان العقد بالفقه الإسلامي لدى المعلوم أن تلاقي الإيجاب والقبول هو ما يمثل أركان العقد بالفقه الإسلامي لدى أغلب فقهاء المدارس الإسلامية⁽²⁾، ويشترط كذلك وجود عاقدين ذي أهلية وتوفر الصيغة أي اللفظ الذي يعبر عن إرادة المتعاقدين وبين المراد من العقد فيظهر إلى

الكتب أو لإثبات ما ليس به ولو كان ذلك في قدر من المال أقل من ألف دينار، علماً أنَّ هذه القاعدة لا تكون فاعلة إذا كانت عبارة العقد بمهمة أو نجحت صورة من صور التغطير المادي أو المعنوي على النحو الآتي: ٤٢٨ - ٤٢٧.

معنى المصطلين (47) و (48) م.م.ج، أو كانت المقدمة بين (49) و (50).
 (1) تعرف النظرية بأنها البناء المفكري المجرد والشامل لموضوع معين، فهي مجموع الأفكار النظرية التفصيلية والمترابطة الشاملة لموضوع مجلد، ومن صفاتها التجريد والشموليّة، والراهن أن العصر الحديث هو عصر النظريات العامة في مادة القانون، فعوض درامة الحالة الواقعية توصلاً لحل قانوني اتجهت نهاية رجال القانون إلى صياغة النظريات العامة لتأثير مؤسسة معينة دون التوقف عند المعالجة الواقعية والتفصيلية لبعض الظواهر، ومن نتائج النظريات العامة أنها تقدم الحل الشامل والعام دون تقادم على ما تتضمنه الحالات الخاصة.

فوق على ماقتصد بالحالات الخاصة.
François Geny: *Science et technique en droit privé*, op. cit., Tome 3, 1921, n° 142 et suiv.

^{١١} التبرتى: ملوك القبائل، ج ٣، ص ٤٣ وما بعده، عدد ٢٥ وما بعده.

(2) الدرر، كـ: أصل الشريعة في الإسلام، النازع العربي للكتاب، 1976.

الفردي الذي لم يعلمه الطرف الآخر وما كان له أن يعلمه. وذلك بهدف حماية استقرار المعاملات التعاقدية⁽²⁾ وتحقيق التناست مع أحكام الغلط⁽²⁾.

3- إثبات السبب

القاعدة العامة أن «كل التزام يحمل على سبب ثابت جائز ولو لم يصرح به⁽³⁾». فكل التزام يقوم على سبب وذلك هو الالتزام المسبب سواء ورد ذكره بالعقد أو لم يرد، وإذا كانت الالتزامات المقابلة أي الملزمة لجانبين تظهر بصورة تكاد تكون آكية وجود السبب بإظهار ما يحمل على كل طرف فإن الالتزامات الملزمة لجانب واحد، كما في صورة الوعد بلغ مبلغ مالي، أو التبرعات عادة ما لا تظهر السبب، كما لا تظهر عادة مشروعية السبب بالفاظ التصرف. ويفترض أن يكون السبب على صوريته ثابتًا وجائزًا، وهي قرينة قانونية على ثبوت مشروعية السبب، فليس للمصرح أن يثبت وجود السبب أو مشروعنته، بل إن «السبب المصرح به يحمل على الحقيقة إلى أن يثبت خلافه⁽⁴⁾»، أي أن يفترض أن السبب المصرح به ليس صوريًا.

ولكن هذه الفرينة بسيطة حيث يجوز للطرف المقابل أن يثبت أن السبب غير موجود أو أن حقيقة تناقض ما صرخ به الأطراف بالتصريف ويكتفي أن يحتاج بالتصريح الصوري، وما كان من الممكن مطلقاً إثبات العكس لو كان التصرف مجرداً أي ليس السبب شرعاً من شروط الصحة، أما وقد اعتبر المشرع التصرف مسبباً فيجوز إثبات العكس وببقى كذلك للطرف المقابل أن يرد الإثبات بإثبات وجود السبب أو مشروعيته «فإذا ثبت أن السبب المقصود به إنما هو في الحقيقة غير موجود أو غير جائز فعلى من يدع أن العقد مأجوراً أن يثبت ذلك»⁽⁵⁾

والقاعدة العامة في ذلك أنه في صورة عدم التنصيص على السب يمكن الإثبات بمجمل الطرق خلافاً للقاعدة الواردة بالفصل 474 م.أع. حيث إن الإثبات لا يهدف إلى إثبات ما يخالف مضمون الكتب وإنما لإثبات عدم وجود السب أو وجوده أو مشروعيته أو عدم مشروعيته، وهي صور تخرج بطيئتها عن لفاظ التصرف^(٤). وإذا

(١) لا يبدو فقه القضاء واضحًا في هذه المسألة، فإذا ذُهبت بعض القرارات إلى القول بالدفاع الثنائي (قرار تعقيبي عدد ٩١٢٣ مؤرخ في ٨ نوفمبر ١٩٥٥، مجلة القضاء والتشريع ١٩٦٠، عدد ٩ و ١٠)، من (١٥٤) ذُهبت الأخرى إلى خلاف ذلك (قرار تعقيبي عدد ٢١٩٤١ نورخ في ٥ جانفي ١٩٨٩ القضاء والنشر بمدحه عدد ٧، ص ٦٣).

(2) يجمع باب الغلط.

(3) الفصل 68 م.أ.ع.

الفصل 69 م.أ.ع. (4)

الفصل 70 م.أ.ع.

(6) ينص الفصل 474 م.أع على أنه لا تقبل بينة الشهود فيما بين المتعاقدين لمعارضة ما تضمنه

الإصدار لكنه يتمتع بأهلية التعاقد مثل الفضولي وتصرف الصغير المميز فيتوقف العقد الموقوف على إجازة من له حق الإجازة. وينقسم العقد النافذ إلى عقد لازم وعقد غير لازم، والعقد اللازم هو كلّ عقد صحيح نافذ لا يقبل الفسخ إلا برضاء الطرفين، مع استثناء العقود التي لا يمكن فيها الفسخ حتى برضاء الطرفين مثل الخلع والطلاق على مال. أما العقد غير اللازم فهو كلّ عقد يستطيع أحد طرفيه أن يفسخه بدون توقف على رضاء الطرف الآخر كالوكالة والعارية والرصبة. «وأكثر الفقهاء غير الحنفية قالوا إن العقد الصحيح لا يكون إلا نافذاً، وليس عندهم عقد صحيح موقف، وذلك راجع إلى أنهم اشتربطاً لانعقاد العقد كون العاقد له ولایة إنشاء العقد⁽¹⁾». ولكن المالكية يقولون بالعقد الموقوف⁽²⁾.

والخلاصة في ذلك أنّ جزء الإخلال بأركان ووصف العقد، وهي في نهاية الأمر شروط تكوين العقد، لا تلقي نفس الجزاء في جميع الصور والحالات بل إنّ الجزاء يتدرج من البطلان إلى الفساد والوقف وعدم اللزوم. فكلّ حالة جزاها بقدر الخلل الذي أصابها، أي أنّ الجزاء يكون بحسب قوّة وأثر الخلل. فجزء تخلف الركن هو البطلان وجزء تخلف الوصف هو الفساد وجزء تخلف ولایة الإصدار هو الوقف حيث إنّ قيام الحق الانفرادي في الفسخ هو عدم اللزوم. وتلك هي توجهات المذهب وجزء قيام الحق الانفرادي في الترجمة أنه دقيق في وضع الجزاء المناسب، فلكلّ الحنفية في تدرج الجزاء، وفضل هذا الترجمة أنه دقيق في وضع الجزاء المناسب، فالكلّ حالة جزاها بقدر حجمها. فلو سمح القول بجزء واحد ما كان هذا الجزاء أن يحيط بجميع تفصيلات الخلل، حيث إنّ طبيعة الخلل أن يختلف من صورة إلى أخرى، ومن المنطقي أن يختلف الجزاء من صورة إلى صورة.

بـ-تجربة القانون المقارن

ميز القانون الروماني بين توسيع من البطلان، البطلان الوجوي والبطلان الاختياري، فيقوم البطلان الوجوي كلما تخلف ركن أساسى في العقد، ويقى البطلان الاختياري رهن اجتياح القاضى le prêteur le préteur حيث يحسب صفتهم كما في صورة حماية القصر والمتضرر من الإكراه والتغريب⁽³⁾.

(1) بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ص 506.

(2) أحمد بن طالب: التقويم في ملوك القبر، المرجع السابق، ص 226 وما بعد.

(3) Carbonnier.Jean: Les obligations, op. cit., p. 56, n° 50.
Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: Leçons de droit civil, Les obligations, op. cit., p. 281.

الوجود وبين ذلك الكلام والكتابة والإشارة ويمكن أن تكون الصيغة منجزة أي نهاية أو مضافة أي تكميلية أو معلقة أي شرطية وأخيراً المحلّ. ووقع الانفاق بين جميع الفقهاء على أنّ العقد لا يوجد إلا بتوفير هذه الشروط الأربع، وجود عاقددين وتلاقي إرادتي الإيجاب والقبول والصيغة والمحلّ. لكنهم اختلفوا في بيان أركان العقد، فهل أنّ جميع هذه العناصر تعدّ أركاناً للعقد أم أنّ بعضها فقط يقع في حكم الركن؟ وعلى ذلك الأساس فإنّ فقهاء الحنفية يرون أنّ الإيجاب والقبول فقط هو ركن العقد، وما زاد على ذلك فهو من اللوازם. أما باقية المدارس فتجعل العناصر الأربعية أركاناً للعقد. وجعل للأركان وصف كافية البيع بمدّة وما شابه ذلك أي ما زاد على الركن والشرط. فإذا توفّرت الأركان والأوصاف كان العقد صحيحًا وهو ما كان مشروعاً بأصله (الأركان الأربعية) ووصفه. وإذا خلا العقد من أحد أركانه الأربعية أو تخلف وصفه، أي ما كان الخلل في أصله أو في وصفه كان العقد غير صحيح عند الجمهور. أما بالنسبة إلى الحنفية فيميزون بين أصل العقد أي العاقد والصيغة والمحلّ ووصف العقد أي وصف ينتهي عنه الشارع، فإذا تخلف أصل العقد كان العقد باطلًا وهو مالم يشرع بأصله ولا بوصفه، فليس لهذا العقد وجود ولا انعقاد. أما إذا تخلف الوصف يكون العقد حيئناً فاسداً وهو ما شرع بأصله دون وصفه لتوفّر شروط الانعقاد دون الوصف، ومكذا يميز الفقهاء الحنفية بين العقد الباطل والعقد الفاسد على خلاف بقية المذاهب.

ويرد هنا الاختلاف بين المذاهب إلى اختلاف رأيهم في أنّ النهي عن المنهى عنه، فإذا ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا خلاف بين الأصل والوصف وينجر عنهما جمعاً أو انفراداً بالبطلان وعدم وجود العقد وغياب الأثر، يقول فقهاء الحنفية بالتفصيل، حيث يكون العقد باطلًا ولا ينجر عنه أي أنّ إذا رجع الخلل إلى أصل العقد أي العاقد أو المحل أو الصيغة، وإذا شمل النهي الوصف فقط فإنّ الرأي لديهم أن يترعرع بطلان هذا الوصف فقط دون الأصل الذي لا يطاله حكم البطلان. والجزاء في ذلك وسط بين الصحيح والباطل، فيكون العقد الذي تخلفت أو صافه عقداً فاسداً، ولهذا العقد الفاسد أحكامه الخاصة، فإذا حصل القبض بإذن البائع ترتب الآثار ويمكن فسخه بالترافق أو بواسطة القاضي إذا علمه أما إذا تغيرت حالة المعقد عليه مما كانت عليه قبل القبض كما في صورة الاستهلاك أو انتقال الملكة للغير ينعد حيئناً فسخه. على أنّ فقهاء الحنفية يجعلون جزاء الفساد والبطلان في العقد النافذ للملكية والعقود التي بها التزامات متناسبة فقط، وما تجاوز ذلك ليس فيه فرق بين الفساد والبطلان.

وينقسم العقد الصحيح، أي توفر به الأصل والوصف، عند الحنفية إلى عقد نافذ وعقد غير نافذ. والعقد النافذ هو الذي يصدر من الشخص الذي له ولایة إصداره ولایة أصلية أو نیابة والعقد الموقوف هو الذي يصدر من الشخص الذي ليس له ولایة

المطلق إذا حدث أن وقع الخلل على قاعدة تصل بالنظام العام ويكون البطلان نسبياً إذا اتصل الخلل بقاعدة تصل بالمصلحة الخاصة⁽¹⁾. فكل ما يتعلق بشكل العقد وبوجود الأهلية والرضا أركاناً والسبب والمحل أركاناً وشروطها يتصل بالنظام العام وكل ما يتعلق بسلامة الرضاء يتصل بالبطلان النسبي. وبذلك أصبحت المعيار في البطلان معياراً موضوعياً بعدهما كان شخصياً، فلا يعتد بخطورة الخلل بل يعتد بطبيعة القاعدة القانونية المعتمدة عليها⁽²⁾.

على أن اعتماد معيار النظام العام قد لا يقيم الحل اعتباراً لغموض مبدأ النظام العام واسع مجاله وقال البعض الآخر بالوقوف على الهدف الذي ترمي إليه القاعدة مع إبقاء الحرية للقاضي في القول بالجزاء المناسب دون وضع نصوص مسبقة⁽³⁾.

والخلاصة في جميع ذلك أن المدرسة التقليدية تقول بقاعدة أن لا بطلان بدون نص، ومقتضى ذلك ولازمه أن يتوفّر النص المحدد لجزاء البطلان بنوعه حتى يجوز تقضي بالبطلان. وتقول المدرسة الحديثة بحرية القاضي في تسلیط الجزاء كلما تختلف تقضي بالبطلان. الهدف الذي ترمي القاعدة إلى حمايته دون أن يسبق وضع نص خاص يقضي بالبطلان. فالنظرية التقليدية تقييد القاضي بمراعاة النص التشريعي والنظرية الحديثة تمكّن القاضي من إعمال دوره في النظر والاجتهاد والخلق بحسب تختلف هدف الحماية، وتبعد النظرية التقليدية أكثر حماية للأطراف لسبق معرفتهم بالجزاء الذي يمكن أن يسلطه القاضي في نهاية الأمر، كما تبعد النظرية الحديثة أكثر حماية لحقوق المجتمع، ولكنها ذات خطورة على حقوق الأطراف حيث يظل العقد مهدداً بالبطلان في كل وقت، ولكنها تأخذ بعين الاعتبار عناصر التطور وظاهرة الحرائق الاقتصادية والاجتماعي.

والأوضح أن الشارع المقارنة اتجهت إلى هذه النظرة الحديثة ليس بمادة القانون المدني فقط بل حتى بالنسبة إلى مادة الإجراءات مدنية وجزائية، فغالباً ما تضع هذه القوانين معايير جوهريّة، الاعتداء على النظام العام والإجراءات الأساسية وحق الدفاع، تكون سندًا للقاضي في الحكم بالإبطال أو البطلان إلى جانب البطلان الصريح أي

(1) وعلى ذلك الأساس يقوم البطلان الإجرائي بالفصل 14 م.م.م.ت. والبطلان في المادة الجنائية بالفصل 199 م.أ.ج.

علي تحلون: البطلان الأجرائي في العمل القضائي، القضاء والتشريع، نوفمبر 2009، ص 49 وما بعد.

علي تحلون: دروس في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 18 وما بعد.

(2) Japiot: Des nullités en matière d'actes juridiques, Th. Dijon, 1909.

(3) محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص 191، عدد 254.

وقام القانون الفرنسي القديم على التمييز بين البطلان المطلّق والبطلان النسبي⁽⁴⁾، وزاد آخرون جزء ثالثاً وهو الانعدام⁽⁵⁾. فما يشمل شكل العقد وأركانه وهي الرضا والمحل والسبب والأهلية يحمل إلى عدم وجود العقد فلا يتصور وجود العقد بدونها وما يشمل الشروط التي تستوجبها الأركان، كما أن يكون المحل معيناً ومشروعاً وأن يكون السبب مشروعًا، يحمل إلى البطلان المطلّق. وإذا شمل الخلل عيوب الرضاء، العين والإكراه والتغريم، كان البطلان نسبياً. فهو جزء قائم على خطورة الخلل، فإذا ما غابت بعض الأركان الهامة، كما أن يقع الغلط في ذات المعقود عليه أو في طبيعة العقد كان العقد منعدماً وإذا شمل الخلل شروط العقد كان العقد باطلًا بطلاناً مطلقاً وإذا شمل الخلل عيوب الرضاء كان البطلان نسبياً. وعلى ذلك الأساس قامت الجراءات الثلاثة، الانعدام L'inexistence والبطلان المطلّق La nullité absolue والبطلان النسبي La nullité relative⁽⁶⁾.

على أن كلمة رجال القانون لم تجتمع على جزاء الانعدام، فإذا أخذ به جانب منهم⁽⁷⁾، وذهب فقه القضاء الفرنسي إلى ذلك في عدة مواطن⁽⁸⁾، أنكر الأغلبية هذا التوجّه⁽⁹⁾، فهو ليس إلا وجهاً من وجوه البطلان المطلّق⁽¹⁰⁾.

وقد حاول البعض أن يجعل الجزاء متعدد الأوصاف والمواطن تجاوزاً لهذا التقسيم الثلاثي بحسب حجم الخلل الذي يصيب العقد، ولكن التطبيق تجاوز الطلب إلى أن استقر التقسيم الثنائي بين المطلّق والنسيبي، وتغيرت الأسس، فبعد أن كان الأساس في ذلك هو خطورة الخلل، اعتمد معيار التظام العام والمصلحة الخاصة فيكون البطلان

(1) وإذا كان من الممكن طلب بطلان العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، فإن العقد القابل للإبطال النسبي لم يكن يتسرّ إلا بعد الحصول على رخصة خاصة تسلم من السلطة العدلية باسم الملك تسمى: Rخصة الإبطال lettre de rescission، ومن ذلك جامت عبارة action en rescission Well et Terre: Les obligations, 4^e éd. Dalloz, 1986, n° 289.

محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص 188، عدد 250.

(2) Loyer: Des actes inexistant, thèse Rennes, 1908.

(3) Carbonnier.Jean: Les obligations, p. 191, n° 50.

(4) Aury et Rau, Bonnecase.

(5) Req. 30 décembre 1902, S. 0, 1, 257.

Crim. 25 mai 1938, D. H. 38, 453.

Civ. 22 juin 1976, D. 1977, 617.

(6) Planiol-Esmein-Ghestin.

(7) كان عقد الزواج هو الأرضية التي أظهرت جزاء الانعدام حيث ما كان لتصريح المحكمة بالبطلان إلا بمحض نص قانوني سابق الرخص، ولم تواجهت بعض الحالات يطلب فيها البطلان ولم يصدر في شأنها نص صريح كان المتجه إلى هذا الجزاء لتفصيله هنا التفصّل كما في صورة أن يكون المتعاقدان من نفس الجنس.

عبد الرزاق السنوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 490، عدد 300.

هذه الصياغة غير موقعة⁽¹⁾، حيث إن الفسخ هو جزء عدم تنفيذ الالتزامات المتقابلة وليس جزاء الإخلال بقواعد تكوين التصرف، ولكن المشرع أورد عبارة الفسخ كترجمة لعبارة «*rescission*» للدلالة على نسبة البطلان⁽²⁾، ومع ذلك لا شيء يبرر استعمال عبارة الفسخ وهي تُصرَف عادةً لمفهوم الفسخ بسبب عدم التنفيذ⁽³⁾، وكان على المشرع أن يستعمل صياغة تدل على معنى البطلان النسبي مثل عبارة الإبطال annulation حتى يرفع بعض اللبس خاصة في الحالات التي يختلف خلالها رجال القانون حول الجزء المناسب للبطلان النسبي أو الفسخ بسبب عدم التنفيذ⁽⁴⁾. ويمكن أن يشتد التساؤل خاصة وأن المشرع يستعمل عبارة الفسخ للدلالة على البطلان النسبي كما هي الصورة بالنسبة إلى الباب الثاني من العنوان السادس «في فسخ الالتزام» وكذلك بالنسبة إلى جزاء الإخلال بقواعد التنفيذ، كما هي الصورة في الباب الثالث من العنوان الخامس في عدم الوفاء بالالتزامات وما يتربّع عن ذلك. فكان من المفترض أن يوضح الفصل في إطار الباب العام حتى نعي حجم الجزاء الذي أراده المشرع، وما كان ليحدث هذا اللبس لو استعمل المشرع العبارات الصحيحة والدقique⁽⁵⁾.

(1) أحمد بن طالب: *الغريز في ملك الغير*, المرجع السابق, ص 158.

(2) سبق أن أشرنا إلى أن عبارة *rescission* صياغة فرنكية تمود لزمن القانون الفرنسي القديم. فإذا كان من الممكن طلب بطلان العقد بسبب مخالفة العرف والأوامر الملكية بدون شكليات مسبقة وذلك هو في البطلان، والأغلب أن يكون مطلقاً، فإن التجوّه لقواعد القانون الروماني، ولو تطبقات عامة في ذلك الوقت، يهدف طلب الإبطال، وهو ما يجعل العقد قابلاً للإبطال النسبي، لم يكن متيسر إلا بعد الحصول على رخصة خاصة تسلم من السلط العدلية باسم الملك تسمى: رخصة الإبطال lettre de rescission، ومن ذلك جاءت عبارة action en rescission. وكان ذلك بمثابة الإباحة الملكية في تطبيق القواعد الرومانية. وقد استعملت هذه الصياغة الفرنسية للدلالة على البطلان المطلق والبطلان النسبي، حيث إن دعوى الإبطال action en rescission تكون دوماً دعوى إبطال نسبي، وبدل أن نتهم هذه الدعوى تلصص اليوم بالقانون الفرنسي ليشمل فقط الدعوى التي تهدف إلى إبطال العقد بسبب الغبن.

Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit vivil, Les obligations*, op. cit., p. 283, n° 294.

(3) حاول البعض أن يرجع استعمال عبارة «الفسخ» في باب البطلان إلى تكوين مترجمي مجلة الالتزامات والمقدمة تأثيراً بالفقه الإسلامي، وتحديداً تأثيراً بالفقه الحنفي الذي يقول بفسخ العقد الفاسد كنتيجة لتميز العقد الباطل عن العقد القائم بالفقه الحنفي.

محمد الزين: *المقدمة*, المرجع السابق, ص 185، عدد 243.

(4) طرحت عبارة الفسخ الواردة بالقلم 576 م.أ.ع في جزاء بيع ملك الغير إشكالاً بين رجال القانون وما بعد.

علي كمعلون: دروس في الإجراءات الجزائية, المرجع السابق, ص 18 وما بعد.

(2) محمد الزين: *المقدمة*, المرجع السابق, ص 189، عدد 250.

(3) Carbonnie.Jean: *Les obligations*, op. cit., p. 191, n° 50.

(4) العنوان السادس من الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود.

(5) علي كمعلون: *أحكام الالتزام*, المرجع السابق, ص 26.

التنصيص صراحة على جزاء البطلان من قبل المشرع⁽¹⁾. كما أخذت معظم البلدان بهذا التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي⁽²⁾.
ويقف البطلان في معظم الصور قضائياً بمعنى أن يصدر في شأنه الحكم القضائي، وقلما يكتفى بالبطلان الوجوبي الذي لا يحتاج إلى تدخل القضاء، فحتى البطلان المطلق يحتاج إلى تصريح المحكمة ولو أن الأحكام في هذا الشأن ليست إلا أحكاماً مصريحة بالبطلان وليست منشئة له. على أن المجلة الألمانية خالفت هذا الاتجاه وأعتمدت البطلان الوجوبي وقلما يتجه الأطراف إلى القضاء، باستثناء مادة الزواج⁽³⁾.
توجه القانون التونسي

أورد المشرع عنواناً خاصاً «في بطلان الالتزامات وفسخها»⁽⁴⁾، وبطريق هذا الاتجاه عدّة تساؤلات من حيث التنظيم (1) والصياغة (2) وال موضوع (3).

1- من حيث التنظيم

أورد المشرع عنواناً سادساً بمجلة الالتزامات والعقود «في بطلان الالتزامات وفسخها» وذلك بعد أن أورد في عنوان أول أسباب تعديل الذمة وفي عنوان ثالث أسباب تعديل الذمة بالعقود وما شاكلها وفي عنوان ثالث فيما يتغير به الالتزام وفي عنوان رابع انتقال الالتزامات وفي عنوان خامس فيما يتربّع على الالتزامات. وكان من المفترض أن يتقدم جزاء البطلان عن أحكام تعديل الالتزام وأحكام انتقالها وأثارها حيث إن البطلان جزء الإخلال بقواعد تكوين الالتزام أي المصدر بينما التغيير والانتقال والآثار لها علاقة بأسكم الالتزام وهو ما يفترض قيام الالتزام صحيحاً بعد ما تهيأت له الصحة في التكوين. فكان من المفترض والحالة تلك أن يتقدم العنوان السادس الخاص بالبطلان عن بقية العنوانين ويأتي مباشرةً بعد العنوان الأول والعنوان الثاني⁽⁵⁾.

2- من حيث اللغة

أورد المشرع الباب السادس تحت صيغة «في بطلان الالتزامات وفسخها»، وهي ترجمة للصياغة الفرنسية «de la nullité et de la rescission des obligations». وتبدو

(1) علي كمعلون: *البطلان الأجرائي في العمل القضائي، القضاء والتشريع*, نوفمبر 2009, ص 49 وما بعد.

علي كمعلون: دروس في الإجراءات الجزائية, المرجع السابق, ص 18 وما بعد.

(2) محمد الزين: *المقدمة*, المرجع السابق, ص 189, عدد 250.

(3) Carbonnie.Jean: *Les obligations*, op. cit., p. 191, n° 50.

(4) العنوان السادس من الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود.

(5) علي كمعلون: *أحكام الالتزام*, المرجع السابق, ص 26.

3- من حيث الموضوع

الواضح أن المشرع ميز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، حيث أورد الباب الأول من العنوان السادس في بطلان الالتزامات (الفصول 325 إلى 329 م.إع.) والمقصود بذلك هو البطلان المطلق، كما أورد الباب الثاني من العنوان السادس في فسخ الالتزام (الفصول من 330 إلى 338 م.إع.) والمقصود بذلك هو البطلان النسبي. ولم يعتمد المشرع مفهوم الانعدام في الجزاء⁽¹⁾، كما لم يعتمد طريقة التدرج في الجزاء المعرفة بالفقه الاسلامي، (البطلان والفساد والوقف وعدم الالتزام)⁽²⁾.

والواضح أن المشرع تأثر مبدئياً بالمدرسة التقليدية في البطلان والإبطال⁽³⁾، وذلك لأن نفس تفصيلاً على حالات البطلان والإبطال وميز بينهما على أساس حجم الخلل، فخلل الركن جزاؤه البطلان المطلق وخلل شروط الصنعة جزاؤه البطلان النسبي، ولكنه لا شيء يمنع من القول بالبطلان والإبطال في غير الحالات المنصوص عليها نصاً ورجوعاً للمبادئ العامة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود، فلم يضع المشرع نصاً صريحاً في منع البطلان أو الإبطال إلا بتوفير النص الخاص.

بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود، ورغمما عن ذلك أبقى المشرع على هذا القموض دون تعديل أو مراجعة.

(١) ولو أن الصيغة الواردة بالفصل 325 م.أع يمكّن أن تتحمل البعض للحديث عن الانعدام: «ليس للالتزام الباطل من أصله عمل ولا يترتّب عليه شيء» إلا استرداد ما وقع بغير حق بموجب ذلك الالتزام، وبطليان الالتزام من أصله في الصورتين الآتتين أولاً: إذا خلا عن ركن من ركائزه ثانياً: إذا حكم القانون بطلاً له في صورة معينة. والحقيقة أن النقاش قد يبقى على المستوى النظري دون أن يطال المستثرو التطبيقي حيث سوء كان الجزء الانعدام أو البطلان المتعلق بالتبيّنة واحدة على معنى الفصل 325 م.أع، ولربما كان الأفضل استبعاد جزء الانعدام من دائرة النقاش أصلًا.

(2) على أنه من الواجب الإشارة إلى أن المشرع أورد مفهوم العقد الموقوف في عدة فصول كما في صورة الفصل 156 م.أع. مني يتوقف نفاذ تصرفات المميز على إجازة الولى وصورة الفصل 576 م.أع في توقيت صحة بيع ملك الغير على إجازة المالك. وفعلا ذهب عدد من رجال القانون إلى أن المشرع اعتمد مفهوم الرفق في هذه المؤسسات وغيرها من المؤسسات مثل البيع في مرض الموت (الفصل 565 م.أع) والإسقاط بمرض الموت (الفصلان 354 و 355 م.أع). وقد لا يفهم هذه المؤسسات إلا بوجهها. أحکام هذه المادة سة.

²⁴ محمد الزين: العقد، المرجع السابق، من 196، عدد 260 وكتل ذلك من 186 وعدد 245 . فتحي الورتاني: العقد الموقوف في القانون المدني، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

Noureddine Ghazouani: Réflexions sur la vente de la chose d'autrui, Rev. tun. dr. 1987, p. 119.

على خلاف الجانب الآخر من رجال القانون.

¹ احمد بن حنبل: التفويت في ملك الغير، المترجم السابق، ص 216 وما بعده.

(3) محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص ١٩٣، عدد

¹⁵ أحمد بن طالب: التفويت في ملك الغير، المترجم السابق، ص 158 وما بعده.

فقد بين المشرع حالات البطلان بالنسبة إلى البطلان المطلق وهو أن يخلو الالتزام عن ركن من أركانه أو إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة، فلما أن يكون البطلان صريحاً بالنص أو يخلو النص من أحد أركانه، أهمية الوجوب وجود الرضا والسبب والمحل، وهي صيغة ظلت المدرسة التقليدية ترددتها كدليل على حجم الخلل المودي لجزاء البطلان. ويجوز طلب الإبطال في الصور المبينة بالفصول 8 و 43 و 58 و 61 م.أ.ع وهي التعاقد من قبل الصغير المميز وعيوب الرضا (الغلط والتغيير والإكراه) ووقوع العقد في حالة السكر المغير للشعور وحالة الغبن⁽¹⁾. ولكن المشرع لم يحضر جمجمة حالات البطلان ولا يمكن له أصلاً أن يحصرها⁽²⁾، فليست القاعدة القانونية كاملة حتى تفي بحاجة الإحاطة بجميع حالات البطلان⁽³⁾، وفعلاً كثيراً ما سها المشرع عن ذكر جزء البطلان كما في صورة مخالفة المحل أو السبب للأخلاق الحميدة والنظام العام على معنى الفصلين 62 و 67 م.أ.ع. فلا يعني ذلك أن مخالفة هذه الضوابط لا تحمل إلى البطلان. بل إن المشرع أبقى الخيار للمحكمة في أن تقضي بالبطلان في عدة حالات كما في صورة حالة المرض المعيب للرضا على معنى الفصل 59 م.أ.ع. كما أن فقه القضاء كثيراً ما أقر البطلان أو الإبطال حتى في صورة غياب أي تنصيص كما بالنسبة إلى العقود المبرمة في شأن العقار إذا لم يحرر في شأنها كتب ثابت التاريخ على معنى الفصل 581 م.أ.ع. فرغم أن المشرع لم يضع جزاً البطلان ومم ذلك استقر الاتجاه القضائي على بطلانها⁽⁴⁾.

(1) اعتمدت الصياغة الفرنسية للفصل 330 م.أ.ع ما يفيد أن لا بطلان بدون نص حين أشار إلى أن طلب الإبطال ممكן في الحالات المشار إليها بمجلة الالتزامات والعقود وفي جميع الحالات الأخرى إلا معاذة قاتلها.

«L'action en rescission a lieu dans les cas prévus au présent code , articles 8,43,58,60,61 et dans les autres cas déterminée par la loi»

غير أن الصياغة الأخيرة «في الصور الأخرى المحدثة قانوناً» لم تقل إلى النص العربي.
 (2) نص المشرع في عدة فصول خاصة وردت في باب العقودة الخاصة على جزاء البطلان مثل الفصول 8 و 19 و 36 م.أ.ع في عقد التأمين والفصل 566 إلى 569 و 571 و 574 و 575 م.أ.ع في عقد البيع والفصلان 731 و 733 م.أ.ع في عقد التكراء والفصل 833 و 834 و 858 و 879 و 880 م.أ.ع في الإجارة والفصل 1023 م.أ.ع في الوديعة والفصل 1085 م.أ.ع في القرض والفصلان 1107 و 1108 م.أ.ع في الركالة والفصلان 1207 و 1218 م.أ.ع في المضاربة. ولكن هذه الصور لا يمكن أن تجمع جميع حالات البطلان مهما كانت دقة المشرع وحرصه بحكم تطور العلاقات الاجتماعية والمعاهد الإنسانية، وطبيعة العلوم الإنسانية أنها متغيرة، بل إن العلوم الصحيحة نفسها لا تدعى الكمال وتظل الحقيقة نسبة في جميع الصور.

(3) محمد الزين: العقل، المرجع السابق، ص 194، عدد 259، 1994.

(4) أحمد بن طالب: تحليل الفصل 581 م.أع، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1989-1990، ص 56 وما بعد.

القصة الثانية: مطبيعة جزاء الإخلال بشروط العقد

الجزاء هو البطلان في نهاية الأمر ويعين من هذه الناحية التوقف على مفهومه من خلال تعريفه وتمييزه عن الجزاءات الأخرى.⁽¹⁾ ويظهر البطلان أنه متعدد الحالات والأنواع ويعين من هذه الناحية بيان حالات وأنواع البطلان (ب) والأصل أن يكون البطلان قضائياً مهما تعدد المفاهيم والحالات (ت).

أ- مفهوم البطلان

البطلان هو جزاء الإخلال بشروط التكوين، فلا يقوم التصرف صحيحًا إلا بتوفر الشروط القانونية في الاعقاد. وإذا تأخرت الشروط أو أصابها خلل كان البطلان. فذلك يعني أن البطلان يكون دوماً على مستوى الاعقاد والتكوين، فهي معايير لتأخر الشروط الواجبة في التكوين وجزاؤها البطلان. فإذا كان الجزاء في المادة الجزائية الموضوعية يحمل إلى تسلیط العقوبة الجزائية من سجن وخطية وعمل لفائدة المصلحة العامة وتعريض جزائي⁽²⁾، يكون جزاء الإخلال بشروط العقد في المادة المدنية هو البطلان.⁽³⁾ على أنّ البطلان الذي يلحق شروط تكوين العقد هو بطلان موضوعي ويعين تمييز عن البطلان الإجرائي الذي يلحق الإخلال بالشكليات الإجرائية⁽⁴⁾. وبهدف البطلان أو الإبطال دوماً إلى انتقاد شروط تكوين التصرف بهدف منه من إحداث الآثار القانونية والعودة إلى تاريخ ما قبل الاعقاد⁽⁵⁾.

(1) علي كحولون: التعليق على مجلة الاجراءات الجزائية، نشر مجمع الاطرش للكتاب المختص 2010.

(2) ولكن التشريعات الحديثة كثيراً ما تذهب في اتجاه وضع عقوبة جزائية في صورة مخالفة شروط تكوين العقد وذلك حماية للطرف الضيف بالعقد وتناشياً ما مقتضيات أهداف النظام العام في مفهومه الاقتصادي الحديث حماية للمستهلك أو للعامل وما شابه ذلك. تكون العقوبة الجزائية بهذه الطريقة تهديداً للطرف الذي يريد مخالفة شروط العقد. ولكلها من ناحية أخرى تجعل العلاقات التعاقدية أكثر صرامة وشدة وقد تتجاوز المستوى المدني في العلاقات التعاقدية باعتبارها ناجها لإرادة الأطراف.

(3) علي كحولون: البطلان الإجرائي، المرجع السابق.

(4) ولكنه لا يجوز للقاضي الجزائري المعهد بالفرع المدني أن يقضى بالبطلان أو الإبطال إلا إذا توفر النص القانوني الخاص حيث إن الدعوى المدنية حق لكل من لحقه شخصياً ضرر نشاً مباشرة عن الجريمة على معنى الفصل 7 م.إـجـ، معنى ذلك أن لا تلزم المحكمة إلا بالقضاء بما يلزم تحريضاً عن الضرر الذي لا يمكن أن يكون إلا مادياً أو معنوياً، شرط أن يكون الضرر شخصياً و المباشراً والمعريضاً مقابل يجب تمييزه عن التنفيذ العيني، ولا يمكن للمحكمة الجزائية أن تتجاوز حدود الغرم، فلا يمكن أن تصرح ببطلان الرسوم والكتاب أو فسخها أو إعدامها أو الشطب على الترسيمات المتعلقة بها في الجرائم التي لها علاقة بهذه الرسوم، إلا إذا نص المشرع صراحة على ذلك، فيكون ذلك من قبيل المقابل العيني أو الشعريض العيني، ومن شروطه أن لا يقضى به إلا إذا توفر النص الخاص، حيث لا يدخل ذلك في باب تعريف الضرر على معنى الفصل 7 م.إـجـ. فقد تتوفر عدة حالات تجاوز المشرع

والحقيقة أن القاعدة العامة الواردة بالفصل 539 مـ.إـع تبقى هي الستد في تحقيق البطلان أو الإبطال خارج أي تضييق صريح، «فإذا صرخ القانون بالنهي عن شيء معين كان إثنانه باطلًا لا يبني عليه شيء». فكما أن البطلان أو الإبطال يكتونان صريحيين نصاً يجوز أن يكونا بالقوة أو افتراضها virtual. فإذا من المشرع عملاً معيناً أو وضع صيغة إيجابية، فالتأكيد أن القيام بها أو الامتناع عنها عمل باطل أو قابل للإبطال بحسب طبيعة الحق المعتمد عليه، فإذا دخلت القاعدة في معنى المصلحة العامة كان البطلان مطلقاً وإذا كانت المصلحة الخاصة أساس القاعدة كان الإبطال نسبياً. وعلى ذلك الأساس ذهب عدد من رجال القانون إلى القول بإبطال العقود التي يبرمها الموارث قبل توسيم نقل الملكية بموجب العيراث على معنى الفصل 373 مـ.إـع⁽¹⁾.

على أن هذا الاتجاه قد يشير بذلك النقاش حول معيار التمييز بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة. والأصل أن تعتمد طبيعة القاعدة القانونية في ذلك، ولا يقوم التمييز في هذا الباب بين القاعدة الآمرة والقاعدة الاستيفائية أو المكملة أو التأويلية، حيث يبقى الجواز ممكناً في مخالفة القاعدة الاستيفائية، ولكن التمييز ممكن في إطار القاعدة الآمرة نفسها فمنها ما يحمي المصلحة العامة ومنها ما يتصل بالمصلحة الخاصة، وقد تذكرنا هذه التفرقة بالتمييز بين النظام التوجيهي والنظام العام العجماني⁽²⁾. والخلاصة في جميع ذلك أنه يمكن أن تلقي التصرفات جزاء البطلان أو الإبطال كلما وجد النص الخاص القاضي بالجزاء أو خالف المتعاقدان ركتنا من أركان العقد وواجبات النظام العام والأخلاق الحميدة وكلما أتى العقد عملاً نهي المشرع عنه أو تقاعس عن عمل محدد فرضه المشرع ولو أن المشرع لم ينص على الجزاء، ويمكن الوصول حسب هذا الاتجاه إلى نفس الاتجاه المعمول به في مادة الاجراءات، حيث يمكن وضع جزاء البطلان أو الإبطال كلما توفر النص القانوني الصريح وكلما خالف المتعاقدان المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة حسب الصور، وبذلك تبدو قاعدة أن «الإبطال بدون نص» تاصرة عن بيان حقيقة توجيه المشرع وفاحصة عن الإحاطة بحوانب التطور وخاصة منها تطور مفهوم النظام العام في مظاهره التوجيهية أو الخعائية⁽³⁾.

(1) علي كحولون: التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحرين، نشر مجمع الاطرش للكتاب المختص، 2010، ص 527 وما بعد.

(2) Gérard Farjat: L'ordre public économique, Thèse Dijon, 1963.

(3) ييدون تauledة لا بطلان بدون نص تبقى فاعلة بالنسبة إلى عقد الزواج حيث بعد أن حدد المشرع شروط عقد الزواج، شكلاً ومحهرياً، بالفصل من 1 إلى 20 مـ.إـع أورد حالات البطلان تفصيلاً بالفصل 21 مـ.إـع قوله إن «الزواج الفاسد هو الذي افترن بشروط يتناهى مع جواهر العقد أو العقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثالث والفقرة الأولى من الفصل الخامس والفصل 15 و 16 و 17 و 18 و 19 و 20 من هذه المجلة...»

inexistence والوقف وعدم التزوم.

جزاء الفسخ: الفسخ هو جزء عدم تنفيذ العقد الملزم للجانبين، وليس جزءاً بالإخلال بشروط التكوير. معنى ذلك أن ينشأ العقد صحيحاً كاملاً ويتأخر أحد الأطراف عن تنفيذه، فيقوم الحق للطرف الآخر في طلب الفسخ. وهو جزء خاص بالعقود الملزمة لجانبين، وقد يكون نتيجة حكم قضائي أو شرط فسخي. ولا تصرح به المحكمة إلا في حالة استحالة التنفيذ مطلقاً، والفسخ له آثار رجعية ويعيد الأطراف إلى بداية انعقاده ولا يستثنى من ذلك إلا العقود الزمنية التي ليس فيها رجعية.

وعادة ما تميز بين الشرط الفاسخ والشرط الفسخي والشرط الفاسخ الضمني pacte commissoire tacite وشرط سقوط الحق.

فالشرط الفاسخ أن تكون الواقعية من شأنها أن تقضي على الالتزام، كان يشترط الشخص انقضاء الالتزام إذا رزق ولداً، فينشأ الالتزام ويوجد ويمكن تنفيذه منذ البداية، لكنه يبقى مهدداً من حيث الانقضاء والزوال. والحقيقة أن الشرط الفاسخ بالنسبة إلى طرف معين هو في نفس الوقت شرط واقف بالنسبة إلى الطرف الآخر.

إذا اشتربط الطرفان صراحةً أن عدم وفاء أحدهما بما التزم به يوجب الفسخ العقد بمجرد وقوع ذلك، وذلك هو الشرط الفسخي. وإذا لم يشترط الطرفان الفسخ صراحةً، فذلك مصريح به قانوناً كستجة لعملية التنفيذ في الالتزامات المتبادلة، ويجوز للطرفين طلب الفسخ، وذلك هو الشرط الفاسخ الضمني. فمحل الشرط الفاسخ هي إرادة الطرفين في أمر عارض غير متحقق ومحتمل الواقع مستقبلاً لم يضبطه القانون، وسند الشرط الفسخي أو الشرط الفاسخ الضمني هو مجال تنفيذ الالتزامات المقابلة، ولها عدة حالات يكون فيها من الممكن القول بالشرط دون أن يكون ذلك من قبيل الشرط الفاسخ، مثل الشرط الجزائري وشرط الصحة وغيرهما، وفي هذا الباب نص قانوننا من طلب الفسخ إذا لم ينفذ الآخر التزامه. وإذا كانت النهاية تتشابه بين الشرط العقد فإن العقد ينفسخ بمجرد وقوع ذلك، وذلك هو الشرط الفسخي، وإذا لم يقع الشرط على الفسخ بسبب عدم التنفيذ، فإن الالتزامات المتبادلة تتمكن المعاهدة قانوناً من طلب الفسخ إذا لم ينفذ الآخر التزامه. وهو أن يقتضي الالتزام، الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمني والشرط الفسخي، فالاختلاف واضح بينها، حيث لا يجب في الشرط الفاسخ المعتبر للوصف أي إنذار ولا يملك القاضي تعديل الالتزام أو التمديد فيه أو إيهال المدين ولا يمكن للمدين أن يتفاداه بعرض الأداء، في حين أنه من الممكن بالنسبة إلى الالتزامات المقابلة أن يعرض المدين الوفاء والإهمال فيه ممكناً ولا يكون الفسخ آلياً، إلا إذا جاء الشرط الفسخي

وبحسب هذا المفهوم يختلف جزاء البطلان عن الفسخ resolution وعدم الاحتجاج

من خلالها معنى التعويض المالي إلى معنى التعويض العيني، كما هو الشأن بالنسبة إلى استرجاع الحوز على معنى الفصل 55 م.م.ت أو إثلاف الكتاب وبطلان الزواج على معنى الفصل 256 م.اج. فيمكن في هذه الصور الحكم بارجاع الحوز في جريمة افتتاح الحوز بالقرفة أو بإعدام الكتاب في جرائم التزوير والتلبيس أو بطلان الزواج في جريمة الزواج على خلاف الصيغ القانونية أو الزواج بثانية نظراً لتوفر النص القانوني تجاوزاً للمعنى الفصل 7 م.اج، ولكنه لا يمكن بحال الحكم بطلبات مدنية في الفسخ أو الإعدام في مواطن لم يأت فيها نص خاص، بل أكثر من ذلك لا يجوز مطلقاً الحكم بالتشطيب على الترميمات المدرجة بالسجل العقاري في الحالات التي نص خلالها المشرع على جزاء البطلان أو الفسخ أو الإعدام، فلا يمكن للقضاء الجزائري أن يصرح بالتشطيب إلا إذا توفر النص القاضي بإمكانية التشطيب صراحةً وعلى وجه التفصيص.

والواضح من خلال ذلك أن التعويض على معنى الفصل 7 م.اج كان رهن ثبوت الجريمة وثبتوت العلاقة المباشرة والشخصية بين الضرر والجريمة، فلا يمكن أن يتعذر التعويض إلى سائل خارجة عن ذلك الإطار حيث لا يمكن التعويض عن الأضرار الحاسمة للشاحنة على سبيل المثال إذا أهيل الجاني على المحكمة المختصة لمقاضاته من أجل الجرح على وجه الخطأ. فمهما كانت طبيعة الاتهامة على مجلس الحكم سواء من أجل جرائم الاعتداء على المال أو من أجل جرائم الاعتداء على الشخص (الاعتداء على الذات أو الشرف أو الحرية) لا يمكن بحال أن يمتنع التعويض على أساس الفصل 7 م.اج إلى إبطال الرسوم أو فسخها أو إعادتها إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحةً لفقدان العلاقة السببية في المباشرة والشخصية، وبالآخر لا يمكن القضاء بالتشطيب لكونه جزاء عيناً يبقى بعيداً كلّاً بعد عن الجريمة وتقطع خالله العلاقة المباشرة والشخصية.

ثم إن غاية القانون الجزائري تختلف تماماً عن أهداف القانون المدني، فقد يكون العمل مخالفًا للقانون الجزائري وصحيحاً في مستوى المدني كما في صورة بيع ملك الغير، فهو جريمة على معنى الفصل 292 م.ج وهو عمل صحيح على معنى الفصل 576 م.اج، وكما في صورة البيع مرتين قبل الترسيم بإدارة الملكية العقارية، فرغم أن البيع الثاني صحيح في مستوى المدني بحكم عدم خروج الملكية عن البيانق قبل الترسيم مراعاة لشرط الترسيم في نشأة الحق العيني بالنسبة إلى العقارات المسجلة فإن أركان جريمة البيع مرتين تتوفر بالرغم عن ذلك على معنى الفصل 292 م.ج. ففي جميع هذه الصور وفي غيرها من الصور المشابهة، في الخيانة والاستياء على مشترك وغيرهما، لا يهدف القانون الجزائري إلا إلى مؤاخذة تصرف الجاني من أجل السلوك الإجرامي وسوء النية دون أن يكون للجزاء ضرورة أثر على صحة المعاملات المدنية ولا يمكن القضاء بإبطال العقد حيث إن التجريم لا يدخل ضرورة على الإبطال وليس دليلاً حتمياً على عدم صحة الكتاب. وليس صحيح أن يلزム التعويض بطلان الإنفاق، فكثيراً ما يمكن الحكم بالتعويض دون لزوم الفسخ أو الإبطال. وعلى ذلك الأساس فإن البطلان أو الفسخ ليسا دريفين حتى للجرائم الجزائية، فبحكم مبدأ استقلالية القانون الجزائري يقع المجال بين أهداف القانون المدني والقانون الجزائري.

على كھللون: القانون العقاري الخاص، المرجع السابق، ص 463 وما بعده.

على كھللون: دروس في الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص 87 وما بعده.

على كھللون: التعليق على مجلة الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، لتعليق على الفصل 7 م.اج، ص 37 وما بعده.

على كھللون: دعوى بإبطال البيع لما سبق بيده والتشطيب على الترميمات بالسجل العقاري، مجلة القانونية، عدد أكتوبر وسبتمبر 2013.

عقدا إداريا لتضمنه شرط سقوط الحق والنزاع فيه نزاع إداري، وفي ذلك ذهب مجلس التنازع⁽¹⁾.

ـ جزاء عدم الاحتجاج: ويقال له كذلك عدم النفاذ وعدم المعارضة وعدم السريان. ووجهه أن يرد العقد صحيحا بين الطرفين ويتحقق آثاره ولكن لا يعارض به الغير أو لا يسري على الغير أو لا يحتاج به على الغير إلا بإتمام شكليات محددة ضبطها المشرع، فليس للعقد من أثر على الغير إلا من تاريخ إتمام الشكليات، وذلك هو الاحتجاج، معنى ذلك أن الغير يمكن أن ينكر وجود العقد أو تاريخه قبل إتمام الشكليات المفروضة، ولا يتنقل الحق المرتبط بالعقد في مواجهة الغير إلا بإتمام تلك الشكليات⁽²⁾.

وفي إطار التغويت في أملاك الدولة:

ـ أمر عدد 199 لسنة 1970 المؤرخ في 9 جوان 1970 المتعلق بإسناد الأراضي الذاتية ذات الصبغة الفلاحية وشروط التغويت فيها (الفصل 14).

ـ القانون عدد 39 لسنة 1972 المؤرخ في 27 أبريل 1972 المتعلق ببيع الأراضي المكتسبة من طرف الدولة وذلك لبناء المقارارات وتهيئة المدن وتوزيعها (الفصل 7).

ـ القانون عدد 21 لسنة 1995 المؤرخ في 13 فبراير 1995 المتعلق بالعقارات الذاتية الفلاحية كما هو منقح بموجب القانون عدد 48 لسنة 1996 المؤرخ في 10 جوان 1996 وبموجب القانون عدد 11 لسنة 1998 المؤرخ في 10 فبراير 1998 (الفصل 15 جديد).

وستلتفت من ذلك أن نهاية العقد الإداري، في صورة مخالفة الشروط القانونية، تحدد بصدور قرار في الغرض من الجهة المختصة يعرف بقرار التجريد. والحقيقة أن ذلك ليس إلا تطبيقاً للمفهوم العقود الإدارية ياعتذرها عقوداً ويرجعها شخصاً متغرياً عام يقصد تسيير مرفق عام وظهور فيها ثبات في الأداء بأحكام القانون العام ويتجلى ذلك إما بتضمين تلك العقود شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص أو بالسماح للتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير العرق العام، عبد الله طلبة، مباديء القانون

الإداري، ص 289. وتنص هذه المعاودة بأنكارها فيحق للإدارة في حالة تأثير التعاقد في تنفيذ شروط

العقد أو إهماله أو امتناعه أن تفرد بتوقيع الجزاءات التحاذية القدر الذي يتناسب وتقدير التعاقد معها دون حاجة إلى التفصيص على ذلك في العقد بل دون حاجة إلى الالتجاه للقضاء كما هو الحال

في مجال العقود المدنية. وأخيراً فإن للإدارة المتعاقدة إنتهاء العقد إذا رأت أن اعتبارات الصالح العام تقتضي ذلك. نفس المرجع السابق، ص 229. ويفهم من ذلك أن إرادة الإدارة تبقى هي المحدهدة في نقل الحق أو إسقاطه دون حاجة إلى ترسيم. ورغم الإشارة في بعض العقود الإدارية إلى شرط سقوط

الحق أو إلى قرارات التجريد التي يمكن أن تखدعاً الإدارة فلا يعني ذلك أن الغير لا يعارض بهذه الشروط في صورة عدم إدراجها بالسجل العقاري أو أنها لا تكون إلا إذا أدرجت به، بل هي عملية إشهارها توبيخة لا أكبر ولا أقل لا يعتد أثراً لها الرغبة في إعلام الغير بحقيقة المعاملات الإدارية، ولكن

نقل الملكية وسقوطه يعني خاصتها لقرار الإدارة لا غير.

علي كحولون: القانون العقاري الخاص، طبعة ثانية، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2010، ص 402 وما بعد، مرجع عدد 5.

وكذلك على كحولون: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، ص 138، مرجع عدد 6.

(1) محسن الرياحي: فقه قضاء مجلس تنازع الاختصاص (2006-1999)، 2007، نشر المركز الجامعي.

(2) Duclas: L'opposabilité, L.G.D.J. 1984, Tome 1, n° 348.

صريحاً سواء في الفسخ بدون حكم أو في منع الإمهال أو في الاستغناء عن الإنذار، فيعتمد حبذاً بإرادة الطرفين، فيقع الفسخ دون حاجة إلى حكم أو إنذار أو إمهال. ولكن بالرغم من ذلك يبقى الفرق واضحًا بين الشرط الفاسخ والشرط الفاسخي أو الشرط الفاسخي الضمني، وهو أن الشرط الفاسخ يستند في جميع الصور إلى إرادة الطرفين ولا يتعلق بالضرورة بالتزامات مترابطة، في حين أن الشرط الفاسخ الضمني أو الشرط الفاسخي مجالهما هو الالتزامات المترابطة، ويقع الشرط الفاسخ الضمني دون حاجة إلى اتفاق سابق، بل هو مفروضاً قانوناً، على أنه من الممكن نهاية تعديل الاتفاق من حيث الإنذار أو الإمهال أو حاجة الحكم بواسطة ما يعرف بالشرط الفاسخي⁽¹⁾.

أما شرط سقوط الحق فليس من ذلك شيء، فلا تعالج أحکامه على مستوى الإبرام والتكون وإنما على مستوى التنفيذ، وليس له علاقة بطرق انتقامه التصرف، الوفاء وما يقوم مقام الوفاء (التجديد والمقاومة واتحاد الذمة) وبدون وفاء (الإقالة والقادم والإبراء واستحالة التنفيذ)⁽²⁾. وليس له علاقة باتفاق الطرفين في الشرط الفاسخ والشرط الفاسخي ولا بالشرط الفاسخي الضمني ولا يمكن أحد أطراف العقد قانوناً في إنهاء العقد من جانب واحد كما بالنسبة إلى عقد الشغل وعقد التأمين، فليس شرط سقوط الحق آلية مدنية وإنما يرتبط بالممارسة الإدارية، فهو آلية إدارية تهدف إلى تحقيق المصلحية العامة وضمان المعرف العام ومصلحة المجموعة ومن خلاله تغير الإدارة عن امتيازات السلطة العامة⁽³⁾، ولذلك كان العقد المبرم مع الدولة في شراء أرض دولية

(1) علي كحولون: أحکام الالتزام، المرجع السابق، ص 104.

(2) الفصول 339 إلى 419 م.اع.

علي كحولون: أحکام الالتزام، المرجع السابق، ص 199 وما بعد.

(3) وعادة ما ينص المشرع على شرط سقوط الحق بالعقود الإدارية المبرمة في إطار تهمة المناطق الصناعية والسوابحة والسكنية:

ـ القانون عدد 21 لسنة 1973 المؤرخ في 14 أبريل 1973 المتعلق بتهيئة المناطق السياحية والصناعية والسكنية (الفصل 13).

ـ أمر عدد 216 لسنة 1973 المؤرخ في 15 مايو 1973 المتعلق بتنظيم وتسخير الوكالة العقارية السياحية (الفصل 10 والفصل 11). والملغى بموجب الأمر عدد 1114 لسنة 2007 المؤرخ في 2 مאי 2007 (الفصول 11-10-9).

ـ أمر عدد 598 لسنة 1973 المؤرخ في 19 نوفمبر 1973 المتعلق بتنظيم وتسخير الوكالة العقارية الصناعية (الفصول 11-10-9-8)، الملغى بموجب القانون عدد 37 لسنة 1991 المؤرخ في 8 جوان 1991 المتعلقة بإحداث الوكالة العقارية الصناعية كما هو منقح بموجب القانون عدد 31 لسنة 1997 المؤرخ في 8 جوان 1991 (الفصل 2) ويوجبه بموجب القانون عدد 34 لسنة 2009 المؤرخ في 23 جوان 2009.

ـ أمر مؤرخ في 21 جانفي 1974 المتعلق بتنظيم وتسخير الوكالة العقارية للسكنى (الفصول 11-10-12).

في العقار المسجل على معنى الفصل 373 م.د.ع إلا بترسيمه بالسجل العقاري⁽¹⁾. ولا يعارض الغير ببيع الأصل التجاري على معنى الفصل 191 من المجلة التجارية إلا بإشهاره طبق القانون بالرائد الرسمي ولا يعارض الغير بتكون الشركات إلا بإشهارها طبق القانون على معنى الفصل 15 من مجلة الشركات التجارية. ويصح للدائن بواسطة الدعوى البليانية على معنى الفصل 306 م.د.ع أن يطلب في الدعوى عدم معارضته بالعقد التي حررها مدنه إضراراً بمصالحة⁽²⁾.

فلا يكفي رضاء الطرفين وإبرام العقد إجمالاً، لمعارضة الغير، بل لا بد من القيام بشكلية محددة بحسب طبيعة النص اعتبارها المشرع محددة في معارضه الغير، والقاعدة العامة أنَّ خلفاء السلف في العقد لهم مركز الغير في مواجهة بعضهم البعض ولا يصح معارضتهم بالعقد إلا بإتمام الشكلية المحددة إلا ما استثنى المشرع صراحة.

-الاتساع: الاتساع، على خلاف البطلان، لا يشمل مرحلة تكوين العقد، بل يرتبط بعقد سبق أن تكون صحيحاً مثل الفسخ الصريح أو الضمني والشرط الفاسد. وهو يرتبط بواقعة مستقبلية. وعلى خلاف الفسخ أو الشرط الفاسد لا يرتبط الاتساع بإرادة الطرفين في العقد، بل بواقعة مستقبلية أوردها المشرع، كما في صورة الاتساع

الوصية بموت الموصي له قبل الموصي على معنى الفصل 197 م.أ.ش⁽³⁾.

-الانعدام: هو أن لا يتواجد العقد أصلاً بحكم طبيعة الخلل الذي أصاب العقد، فلم يختلف أحد الأركان فقط، بل إن الخلل ارتقى درجة ما بعدها درجة إلى حد القول بانعدام وجود العقد أصلاً، كما في صورة أن يتزعزع الرضاء كرهها بالقوة المادية، فما كان من الممكن القول بوجود العقد أو تكوينه أصلاً، وما كان من الممكن الحديث عما يشبه

(1) وقد كان الفصل 373 م.د.ع قبل تقييمه سنة 1992 بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 يعتمد مبدأ الاحتجاج كأثر لترسيم الرسوم والكتاب بالسجل العقاري واعتمد منذ ذلك التاريخ مبدأ المفعول المنشئ للترسيم، غير أن هذا المبدأ الجديد لا يطبق بحكم السياسة التدريجية التي أرادها المشرع لهذا المبدأ إلا على الرسوم العقارية المحدثة بعد سنة 1998 أو الرسوم العقارية التي سبق أن خضعت لإجراءات التحرين على معنى القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 وقضت المحكمة بتطبيقه أبداً أيام الرسوم أي الرسوم العقارية المحدثة قبل سنة 1998 أو التي لم يسبق لها الخضوع لإجراءات التحرين فما زالت خاصة لمبدأ الاحتجاج.

على كھلۇن: التحین العقاري وآثره على مبدأ المفعول المنشئ للترسيم، ص 166 وما بعد. على كھلۇن: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، ص 147 وما بعد، عدد 232 وما بعد.

على كھلۇن: القانون العقاري الخاص، المرجع السابق، ص 398 وما بعد.

(2) على كھلۇن: أحکام الالتزام، المرجع السابق، ص 82 م.د.ع.

(3) نصت الصياغة الفرنسية للالفصل 197 م.أ.ش على جزء الاتساع *caducité*، بينما نصت الصياغة العربية على جزء البطلان. وقد أورد المشرع الفصول 197 و198 و199 م.أ.ش تحت باب اتساع الرخصة de la *caducité des legs*.

في حين اعتمدت الصياغة العربية جزء البطلان. ولو أن الفرق واضح بين المؤتنين.

فيغير تاريخ الكتب الغير الرسمي بين المتعاقدين وورثتهم ومن انجر لهم حقوق منهم بصفة خاصة وبالتالي عن مدinetهم ولا يكون التاريخ المذكور حجة على الغير على معنى الفصل 450 م.د.ع. إلا من يوم تسجيل الكتب بتونس أو بالبلاد الأجنبية أو من يوم إيداع الكتب تحت يد المأمور العمومي (العدل ونحوه) أو من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت إن كان الذي أمضى الحجة بصفة كونه عاقداً أو بصفة كونه شاهداً قد توفى أو عجز عن الكتابة عجزاً بدنياً أو من تاريخ الاطلاع على الكتب أو من تاريخ التغريف به من المأمور العمومي المأذون بذلك أو من قاض بتونس أو بالبلاد الأجنبية أو من يوم تضمين الكتب بالعقد المحرر من المأمور العمومي المأذون بذلك بتونس أو بالبلاد الأجنبية أو إذا كان التاريخ ناتجاً من بيانات أخرى يترتب عليها الثبوت الثامن. ومن انجر له حق من أحد الطرفين على وجه خاص يعتبر غيراً فيما يتعلق بضمون هذا الفصل إذا لم يكن قيامهم في حق مدينتهم.

والحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكاتب السرية لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتاج بها على الغير عملاً بأحكام الفصل 26 م.د.ع. مالم يعلم بها ومن يصير إليه حق في المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصة بعد كالغير على معنى هذا الفصل.

ولا يعارض الغير بعقد البيع في العقار غير المسجل إلا بتسجيله بالقباضة المالية على معنى الفصل 587 م.د.ع. ولا يعارض الغير بعقد المعاوضة في الأصول العقارية على معنى الفصل 719 م.د.ع إلا بتسجيله بالقباضة المالية وكراء العقارات لأكثر من عام لا يحتاج بها على الغير إلا إذا كان مسجلاً حسب القانون على معنى الفصل 729 م.د.ع. ولا يعارض الغير بعقد الصلح الواقع على أصول عقارية على معنى الفصل 1466 م.د.ع. إلا بتسجيله بالقباضة المالية.

ولا يسري الإسقاط لوارث في مرض الموت ولا يعارض الورثة بذلك إلا بمصادقتهم على معنى الفصل 354 م.د.ع ولا يسري الإسقاط في مرض الموت لغير الوارث فيما يتتجاوز الثالث إلا بمصادقة الورثة على معنى الفصل 355 م.د.ع ولا يعارض الغير بإحالة الحق إلا بإعلام المدين بانتقال الحق أو قبولة الانتقال بكتب ثابت التاريخ على معنى الفصل 205 م.د.ع. وإحالة أكريبة العقارات أو غيرها مما يقبل الرهن العقاري أو المداخليل الدورية المرتبة عليها لا تغيرها إلا إذا كانت لمدة تزيد على عام واحد وحررت بكتب ثابت التاريخ على معنى الفصل 206 م.د.ع. وكذلك الشأن بالنسبة إلى الحوالة على معنى الفصلين 237 و 238 م.د.ع. ولا يعارض الغير بالكراء

ما قبضه منه بمقتضى العقد المفسوخ، معنى ذلك أن الإقالة من حيث المبدأ أثراً رجعياً، فتحمل الإقالة إلى تاريخ بداية الالتزام ويرجع كل طرف ما عليه للطرف الآخر، ولكنه كثيراً ما يتعذر هذا الأمر الرجعي، كما في الصورة العقود المستمرة (حيث ينجر على تفضها مجرد انقراضها قبل آجالها المحددة لها بالعقد ولكن دون أي أثر على الماضي⁽¹⁾)، وتنتسب عدم الرجوعية كذلك على العقود الجينية، «من ذلك أن القرض الريضاني لعقد بيع لا يترتب عليه قانوناً محوأثار البيع بالنسبة إلى الماضي كما هو الحال إلا بما إذا تعلق بموجبه ملكية المبيع مجدداً إلى مالكها الأصلي اعتباراً من تاريخه، ويترتب عن ذلك من وجاهة جبائية ضرورة دفع معلوم نقل جديد⁽²⁾». ولهذا الغرض نص الفصل 418 م.أ.ع. في آخره على أنه كلما اندعدت الرجوعية كان ذلك تجديداً وليس إقالة، (وكلما تغير شيء من العقد الأصلي فسدت به الإقالة وصار بذلك عقداً جديداً⁽³⁾). وفي

جنيع المواطن التي تصح فيها الرجوعية لا يمكن أن يكون لها أي أثر على الغير الذي اكتسب حقوقاً على محل الالتزام، حيث إن «الإقالة لا تضر غير المتعاقدين من اكتساب حقاً فيما وقعت فيه الإقالة إذا كان اكتسابهم لذلك على وجه جائز»⁽⁴⁾.

-الوقت: العقد الموقوف هو عقد صحيح وتوفرت به شروط الاعقاد ولكنه غير نافذ لعدم توفر شروط النفاذ وهو الملك والأهلية، فإذا كان العقد الموقوف هو الذي يصدر من الشخص الذي له ولاء إصداره ولاية عامة أو نهاية فإن العقد الموقوف هو الذي يصدر من الشخص الذي ليس له ولاء الإصدار لكنه يتمتع بأهلية التعاقد مثل الفوضولي الذي يتصرف في ملك غيره وتصرف الصغير المميز وكذلك البيع الصادر في مرض الموت فيتوقف نفاذ التصرف على إجازة من له حق الإجازة، وبرهنة مفهوم العقد الموقوف إلى الفقه الإسلامي وتحديداً الفقه الحنفي وأخذ بذلك الفقه المالكي، ويدو أن الصياغة العربية لمجلة الالتزامات أوردت بفصول متباينة بعضاً من هذا المفهوم دون أن تأخذ بالمؤسسة بباب البطلان⁽⁵⁾.

(1) محمد الزين، المرجع السابق، عدد 330.

(2) نفس المرجع السابق.

(3) الفصل 418 م.أ.ع

(4) الفصل 419 م.أ.ع

(5) نسبت أن اشرنا إلى أن جانباً من رجال القانون يصر على تبني المشرع التونسي لمفهوم العقد الموقوف وخاصة بالنسبة إلى بيع ملك الغير بالفصل 556 م.أ.ع وبالنسبة إلى البيع في مرض الموت بالفصل 354 و 355 و 565 و 1481 م.أ.ع. وبالنسبة إلى تصرفات المميز بالفصل 156 م.أ.ش ولو أن الجانب الآخر من رجال القانون يرى عكس ذلك.

العقد، فلا يكتفى بجزء البطلان المطلق والحالات تلك، بل لا بد أن يتوارد مستوى أرقى من جزء البطلان المطلق وهو الانعدام، وقد قال جانب من رجال القانون بهذا الجزء لكن الاتفاق حصل بين أغلب رجال القانون على أن البطلان يمكن أن يكون مطلقاً أو نسبياً فقط تجاوزاً لجزء الانعدام⁽¹⁾، وفي ذلك ذهبت مجلة الالتزامات والعقود -الإقالة: ويقال لها الانفساح وهي اتفاق الطرفين على وضع حد للالتزام حيث تنتهي الالتزامات الناشئة من العقد إذا تراضى الطرفان على فسخها إن التعاقد في الصور التي يبيحها القانون⁽²⁾. معنى ذلك أنه لا يمكن للأراداة المنفردة أن تضع حد للالتزام إلا في المواطن التي استثنى المشرع أو اقتضتها طبيعة الالتزام أو العقد، مثل عزل الوكيل، فلا يقتضي الإرادة الموكيل⁽³⁾، وتمد الإقالة بذلك شكلاً إرادياً في القضاء، الالتزام على غرار الإبراء، وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود من خلال الفصول 414 إلى 419 م.أ.ع شروط الإقالة وأثارها⁽⁴⁾.

فترض الإقالة، باعتبارها تصرفاً قانونياً، موافقة الطرفين، ويشرط فيها ما يشترط في العقود من حيث أركان صحتها، الأهلية والرضا والسبب والموضوع، ويشرط في ذلك أهمية التصرف والتغويت، وعلى ذلك الأساس فإن «المقدم والوصي والمدير وغيرهم من المبادرين بالنشابة عن غيرهم لا تصح منهم الإقالة إلا في الصور المذكورة للتغويت حسب النشابة التي تقتضي تصرفهم وبعد إتمام الموجبات التي يقتضيها مع وجود مصلحة في ذلك لمتهمهم⁽⁵⁾». فلا تصح الإقالة إلا بتصدور الإذن في الجهة القضائية المختصة، ولم يشترط المشرع شكلاً معيناً في الإقالة، بل يمكن أن تستثنف من السكوت الموصوف، «تصح الإقالة بالسكوت كرد كل ما اخذه من الآخر ثمناً ومشتاً بعد البيع»⁽⁶⁾. ولا تصح الإقالة من حيث الموضوع «إذا انعدمت العين التي وقع عليها العقد أو تعیت أو تغيرت بسبب الصنع أو إذا تعذر على الطرفين بسبب آخر استرجاع جميع ما أخذاه من بعضهما إلا إذا اتفق الفريقان في هذين الصورتين على جبر الفرق»⁽⁷⁾.

وإذا توفرت شروطها وانعقدت على الوجه الصحيح يرجع المتعاقدان بموجب الإقالة من حيث المبدأ إلى ما كانوا عليه حين التعاقد، وعلى كل منهما أن يرد لصاحبه

(1) عبد الرزاق الشهوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 489، عدد 300.

(2) الفصل 414 م.أ.ع

(3) محمد الزين، العقد، المرجع السابق، ص 242 وما بعد.

(4) علي كحولون: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 239 وما بعد.

(5) الفصل 416 م.أ.ع

(6) الفصل 415 م.أ.ع

(7) الفصل 417 م.أ.ع

-**عدم التزوم:** العقد اللازم هو كل عقد صحيح نافذ لا يقبل الفسخ إلا برضاء الطرفين، مع استثناء العقود التي ليس فيها فسخ حتى برضاء الطرفين، مثل المخلع والطلاق على مال بالفقه الإسلامي. أما العقد غير اللازم فهو عقد يمكن لأحد طرفيه أن يفسخه بدون توقف على رضاء الطرف الآخر كالوكالة والوصية والعارية. وبعد عدم التزوم مفهوماً فقهياً إسلامياً أو رده الفقه الحنفي كتبيعة لتفصيل الجزاء والتدرج فيه، وهو يشمل العقد الصحيح الذي يمكن تقسيمه إلى عقد موقوف وعقد نافذ، وما هو نافذ ينقسم إلى لازم وغير لازم. وبينما جزاء عدم التزوم نهاية الجزاءات وهو أقرب إلى الفسخ منه إلى البطلان، غير أن مجلة الالتزامات والعقود لم تعتمد هذا التدرج في الجزاء كما سبق الإشارة إلى ذلك.

بـ-متعدد حالات وأنواع البطلان
أراد المشرع بالعنوان السادس من الكتاب الأول أن يميز بين البطلان المطلق والبطلان النسي (rescission)، وعلى ذلك الأساس جاءت حالات البطلان مفصلة حسب نوع البطلان (2).

1-أنواع البطلان

ميز المشرع بوضوح بين البطلان المطلق والبطلان النسي، حيث أوردت الفصول 325 م.إع. إلى 329 م.إع. نظام البطلان المطلق كما أوردت الفصول 330 م.إع. إلى 338 م.إع. مفهوم البطلان النسي. وعبر المشرع عن البطلان المطلق ببطلان الالتزام كما اعتبر عن البطلان النسي بفسخ الالتزام. وميز بين البطلان المطلق والبطلان النسي على أساس الركن وشروط الصحة، فالركن هو شرط جوهري وأساسي لا يقوم العقد بغيره وشروط الصحة شرط لا يتكون العقد بغيرها ومن طبيعتها أنها تؤدي على الركن، فهي بمثابة الوصف للركن، فالرضاء يجب أن يكون موجوداً والرضا ركن، ويجب أن يكون الرضا صحيحاً خال من العيوب، والخلو من العيوب شرط صحة. وعلى ذلك الأساس فإن البطلان ليس جزاء واحداً وإنما يتخذ طبيعة الحق موضوع البطلان، فإذا كان الهدف حماية protection، بمعنى أن تهدف القاعدة إلى حماية فئة معينة مثل القاصر والسفهاء وضييف العقل والمغبون، يتمثل البطلان الطبيعية النسية وإن كان الهدف ضمان أركان العقد (وجود الأهلية والرضا والمحل والسبب) أو توجيهها تحقيقاً لخيارات المشرع بنص صريح في فرض شكلية معينة أو في ضمان مشروعية المحل ومشروعية السبب كان البطلان مطلقاً. فكان البطلان المطلق حالة خطيرة من حالات المرض أو حالة مستعصية لا يرجى البرء منها والبطلان النسي حالة مرخصة يمكن البرء منها. وعلى ذلك الأساس ميزت مجلة الالتزامات والعقود بين البطلان المطلق والبطلان النسي،

فليس البطلان مجرد نتيجة حتمية ومنطقية لخلل التكوين، بل إنها وسيلة من وسائل السياسة التشريعية للمشرع يطوعها بهدف موازنه الإخلال بشروط تكون التصرف طبق خيارات المشرع وأهدافه. فلما كان البطلان وسيلة ردع تقع على من يريد الإخلال بالشروط وفي نفس الوقت وسيلة تحمي المشروعية فإنه من المنطقي أن يكون الجزاء يحسب أهمية الحق المراد حمايته ويحسب أهمية القاعدة موضوع الإخلال. فإن كانت الحقوق خاصة والهدف هو حماية بعض المصالح الشخصية كان البطلان نسبياً وإن كانت الحقوق عامة والهدف يتصل بالمصلحة العامة كان البطلان المطلق. وعلى ذلك الأساس كان معيار التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسي، فكلما أصاب المخلل قاعدة تحمي المصلحة العامة كان البطلان من الفئة الأولى وإذا أصاب المخلل هي المعيار في التمييز كما ذهب القدامي وإنما طبيعة الحق المعتمد هو المعيار المعتمد حديثاً⁽¹⁾.

2-حالات البطلان

إذا أرجعنا شروط تكون التصرف إلى الشكل والأهلية والرضا والمحل والسبب
تكون حالات البطلان كالتالي:

-بالنسبة إلى الشكل: الشكل يمكن أن يوضع قانوناً بغاية الصحة أو الإثبات أو المعارضة أو الإنشاء⁽²⁾. فإذا كان الشكل شرط صحة كان الشكل شرطاً خامساً لتكون العقد ويدونه لا يقوم التصرف صحيحاً، ويمكن في هذا الباب أن يشترط المشرع كتابة حججة رسمية كما في صورة عقد الهبة (الفصل 204 م.أش.) وعقد الزواج (الفصل 4 م.إش.) أو حججة غير رسمية كما بالنسبة إلى الوصية (الفصل 176 م.أش.) ويمكن كذلك أن يشترط الحصول على التراخيص الإدارية ليكون التصرف صحيحاً كما في صورة اشتراط الحصول على رخصة الولاية مسبقاً⁽³⁾، ويمكن أن يشترط المشرع كتابة

(1) خليل جريج: النظرية العامة للالتزامات، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، 1988، ص 316 وما بعده.

(2) Carbonnier.Jean: *Les obligations*, op. cit., p. 160 et suiv.

(3) اشترط المشرع جملة من التشكيلات الهامة بغاية المراقبة وخاصة منها ما يتعلّق بالأدون والتراخيص والإعلامات، حيث أوجب المشرع رخصة الوالي بالنسبة إلى العمليات العقارية منذ سنة 1957 بمرجع أمر 4 جوان 1957 طبق ما وقع تغييره في عدة مناسبات، إلى أن تحلّ عنها سنة 1977 بالنسبة إلى التونسيين بموجب المرسوم عدد 4 لسنة 1977 المؤرخ في 21 سبتمبر 1977، واعترف أخيراً القانون عدد 38 لسنة 1992 المؤرخ في 27 أفريل 1992 صحة المعاملات الواقعة بين التونسيين خلال تلك الفترة ولو لم يتوفر الترخيص، إذالم تصدر في شأنها أحكام أحرزت على قوتها ما تتصل به القضاء.

العقد من قبل هيكل محدثة وإلا كان العقد باطلًا بطلاناً مطلقاً كما في صورة الفصل

غير أن المشرع أضاف إلى رخصة الولاية رخصة وزير التجهيز بالنسبة إلى بيع ملك الأجانب المقاومة قبل 1956 بموجب القانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان 1983 والمتصل بالعقارات التي هي على ملك الأجانب والمبنية أو المكتسبة قبل سنة 1956. وقد أحيلت اختصاصات وزير التجهيز في ذلك إلى وزير أملاك الدولة بموجب القانون عدد 20 لسنة 1992 المؤرخ في 3 فبراير 1992.

ونطلب التراخيص عملاً بأحكام أمر 1957 كما تم تقييده في جميع أعمال الإحالة والمساهمة في الشركات وإحالة الأسهم والمحصص سواء بالنسبة إلى الشركات الفلاحية أو غيرها. وتخرج بعض العمليات عن التراخيص إذا كانت موضوع اتفاقية ثنائية مثل تلك التي تربط البلاد التونسية مع البلاد الآلية أو الجزائرية في المجال العقاري، لكن إدارة الملكية العقارية لا تعمل بها حسب المذكورة عدد 8-78 المؤرخة في 19 سبتمبر 1995 الصادرة عن وزير أملاك الدولة بدعوى المعاملة بالمثل.

وإذا كان المستفيد بذلك أجنبياً، فيطلب ترخيص الوزير الأول عملاً بأحكام القانون عدد 31 لسنة 1959 المؤرخ في 28 فبراير 1959، وينفذ التراخيص من طرف رئيس الجمهورية إذا تعلقت العملية ببيع قطع أرض فلاجية لفائدة أشخاص مأذنون أجانب طبق أحكام القانون عدد 55 لسنة 1969 المؤرخ في 22 سبتمبر 1969 المتصل بإصلاح الأوضاع الفلاحية. ومن الضروري كذلك الاحتجاج بترخيص البنك المركزي إذا كان المتعلق من العملية أجنبياً غير مقيم عملاً بأحكام الأمر عدد 1696 لسنة 1993 المؤرخ في 16 أوت 1993 المتصل بتقييم الأمر عدد 608 لسنة 1977 المؤرخ في 27 جويلية 1977 المتصل بشرط تطبيق مجلة الصرف. والشرط يسري على التراخيص غير المقيمة. وإذا كان المستفيد فيما يشترط الاحتجاج بشهادة تفيد بإيداع ثمن البيع بحساب القنطرى أو بحساب رأس مال، وإذا كان الدفع بالعملة الصعبة فلا بد من الاحتجاج بشهادة تفيد قيام هذا الشرط (شهادة مسلمة من وسيط ينفي).

وأورد آخرما القانون عدد 29 لسنة 2000 المؤرخ في 6 مارس 2000 المتعلق بتقييم وإنعام القانون عدد 17 لسنة 1977 المؤرخ في 16 مارس 1977 المتصل بإحداث وكالة الإصلاح الزراعي بالمناطق العمومية التسوية، أن كل إحالة بعوض أو بدونه لعقارات كائنة بدوائر تدخل الوكالة العقارية الفلاحية تخضع لترخيص مست من والي الجهة التي يوجد بدارتها العقار موضوع الإحالة طبقاً للشروط المنصوص عليها بالأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 والمتعلق بالعمليات العقارية. كما أن القانون عدد 21 لسنة 1995 المؤرخ في 13 فبراير 1995 المتعلق بالعقارات الدولية الفلاحية كما وقع تقييده بموجب القانون عدد 48 لسنة 1996 المؤرخ في 10 جوان 1996 وأشار إلى ضرورة ترخيص وزير أملاك الدولة في رهن حق الانتفاع وحق بالنسبة إلى أعمال التقويم بشكل عام. وأغلب التصوص المتعلق بالملك العمومي للدولة سواء كان للمياه أو للسكك الحديدية أو للطرقات أو للبحار أو للأثار توجب التراخيص في هذه مواطن.

كما أنه في إطار التهيئة يلزم المالك بذاته التدخل العقاري أو دائرة المستشارات العقارية بإعلام المعنف بحق الأولوية في الشراء (الفصول 35 و 42 و 43 و 44). كما أنه في إطار حماية مجلة حماية التراث يتعين إعلام الوزير المسئول بالتراث بكل تمويه لعقار محمي في أجل خمسة عشر يوماً (الفصل 94 من المجلة) وللدولة حق الأولوية في الشراء (الفصل 89). وفرضت مجلة العادات عدة ضوابط في مراضع متعددة، القانون عدد 20 المؤرخ في 13 أفريل 1988، الرائد الرسمي عدد 25 بتاريخ 15 أفريل 1988 من 558.

ومن خلال هذه التراخيص والإعلامات يمكن للدولة [بشكلها أن تراقب العملية وأن توجهها إلى المطلوب أو أن تستعمل حقها في أولوية الشراء (القانون عدد 79 لسنة 1991 المؤرخ في 2 أوت

377 مكرر - جـ 4 في اشتراط تحرير الكتاب المقدمة للترسميم بإدارة الملكية العقارية من قبل المحامي وأعوان إدارة الملكية العقارية وعدل الإشهاد. والقاعدة أن الشكل إذا فرض للصحة لا يعوضه الرضاء، فقد يتفق الأطراف دون تحرير الحجة، ومع ذلك لا يفتر التصرف صحيحاً، ذلك أن الشروط الشكلي إذا ما فرض للصحة، لا يعوضه رضاء الأطراف. والجزاء في ذلك هو البطلان المطلق⁽¹⁾، فكان العقد لم يوجد أصلاً⁽²⁾. وليس من الضروري أن ينص المشرع على البطلان في صورة عدم تحرير الحجة، فتلك صورة تذكرنا بقاعدة أن لا بطلان بدون نص⁽³⁾، فإذا نص المشرع صراحة على البطلان اعتمد البطلان وإذا فرض المشرع الشكل دون الإشارة إلى الجزاء كان من الممكن الأخذ بجزء البطلان إن عملاً لأفكار المذهب الحديث في البطلان⁽⁴⁾، وفي ذلك ذهب محكمة التعقيب التونسية بالنسبة إلى الفصل 581 م.م.أع في اشتراط الحجة ثابتة التاريخ بالنسبة إلى بيع العقار، ولو أن الفصل لم ينص على جزء البطلان⁽⁵⁾.

وإذا فرض الكتب لغاية الإثبات، كما في صورة الفصل 116 م.م.أع في إثبات المقاومة أو إذا تجاوزت قيمة الالتزام ألف دينار بصفة عامة على معنى الفصل 473 م.م.أع، كان التصرف صحيحـاً ولو لم تحرر الحجة في ذلك، بقـي أنه لا يمكن إثبات التصرف بشهادة الشهود والقرائن، وبقـي المجال ممكـناً في إثبات التصرف اعتـرافـاـ

1991 المتعلق بحق الأولوية للدولة في العمليات العقارية التي ينبع عنها نقل الملكية والتي توقف على ترخيص إداري أو التفعة (الفصل 113 من مجلة التسجيل والطابع الجبائي). يراجع ما صدر أخيراً في هذا الجانب، القانون عدد 40 المؤرخ في 11 ماي 2005 يتعلق بإتمام الأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 المتعلق بالعمليات العقارية (الرائد الرسمي عدد 41 بتاريخ 23 ماي 2006، ص 1827)، وقد ألغى الأجانب من التراخيص المسبق في عمليات اقتداء أو توسيع الأراضي وال محللات المبنية بالمناطق الصناعية والأراضي بالمناطق السياحية وذلك للإنجاز مشاريع التصادية، على كھلون: القانون العقاري الخاص، تـشـريعـاً مـجمـعـاً لـلـأـطـرـشـ لـلـكـتـابـ المـخـضـ، 2010، ص 197. (1) ذهب بعض المحاكم إلى القول بالبطلان النـسـيـ وأغلـبـ الـاتـجـاهـاتـ تـعـتـدـ الـبـطـلـانـ المـطـلـقـ ربـما تـأـيـداـ بـالـقـاـنـونـ الـرـوـمـانـيـ.

Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et Francois Chabas: *Leçons de droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 287, n° 300.

أحمد بن طالب: *تحليل الفصل 581 م.م.أع*، المرجع السابق، ص 65 وما بعد.

(2) Carboenier.Jean: *Les obligations*, op. cit., p: 161, n° 41.

(3) تقول النظرية التقليدية أنه إذا وضع المشرع شرطاً شكلياً ولم يعقبه بوضع جزء البطلان كان الشكل وسيلة إثبات فقط وليس شرط صحة.

Carboenier.Jean: *Les obligations*, op. cit., p. 162, n° 41.

(4) Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et Francois Chabas: *Leçons de droit civil, Les obligations*, op. cit., p.285, n° 296.

(5) محمود بن الشيخ: *مجلة الالترامات والعقود*، معدلة وملقة على فصولها بأحكام القضاء، ص .252

أو بتجهيز اليمين الحاسمة⁽¹⁾، كما أنه إذا تتوفرت صورة من صورة التعتن المادي أو المعنوي (الفصلان 477 و 478 م.أ.ع) يفتح المجال للإثبات بجمع الوسائل.

وإذا فرض الكتب لغاية المعارضه كان القصد إنعام الشكلية المفروضة توصلها لمعارضة الغير، كما في صورة معارضه الغير بالتسجيل بالقاضية المالية بالنسبة إلى العقارات غير المسجلة على معنى الفصل 581 م.أ.ع، وليس لذلك أثر على صحة الكتب المحرر، وإنما تفرض الشكلية فقط لمعارضه الغير⁽²⁾.

وإذا فرضت الشكلية لغاية الإثبات، كما بالنسبة إلى مبدأ المفعول المنشع للترسيم في نظام الإشهار العيني على معنى الفصل 305 م.ح.ع، تعلقت نشأة الحق العيني بإتمام شكلية الترسيم بإدارة الملكية العقارية، ولكن ذلك ليس له تأثير على صحة التصرف في الأصل حيث يبقى العقد صحيحًا ولو لم يتم المعنى بالأمر شكلاً الترسيم⁽³⁾.

والخلاصة في جميع ذلك أن الشرط الشكلي لا ينبع عنه البطلان المطلق إلا إذا فرض كشرط صحة، سواء نص المشروع صراحة على جزاء البطلان أو لم ينص. أما إذا كانت الغاية هي الإثبات أو المعارضه أو نشأة الحق العيني، فيليس لغياب الشكل من أثر على صحة الكتب مهما كانت طبيعة الشكلية سواء لغاية الإثبات أو لغاية الإشهار أو لغاية إدارية أو لغاية مالية أو لغير ذلك من الغايات.

بالسبة إلى الأهلية: إذا فصلنا أحكام الأهلية، وجوباً وأداء، كانت حالات البطلان في شأنها كالآتي:

+ بالنسبة إلى الصغير غير المميز (الفصل 156 م.أ.ش والفصل 325 م.أ.ع) وفقد العقل (الفصل 163 م.أ.ش والفصل 325 م.أ.ع) يكون البطلان مطلقاً لغياب ركن من أركان العقد وهو الرضا، فتفع جميع التصرفات المبرمة من قبلهم باطلة بطلاناً مطلقاً. أما بالنسبة إلى الصغير المميز أي الذي تجاوز 13 سنة (الفصل 330 م.أ.ع والفصل 156 م.أ.ش فقرة ثانية) وبالسبة إلى ضعيف العقل والسفهية (الفصلان 162 و 165 م.أ.ش والفصلان 8 و 30 م.أ.ع) يكون البطلان نسبياً إذا عقدوا عقداً دون حضور من يمثلهم.

+ ويكون البطلان في مرض الموت نسبياً (الفصل 565 م.أ.ع) وإخلال الحقوق المتنازع فيها للقضاء وكتاب المحاكم والمحامين بأية طريقة ولو بواسطة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً وكذلك الحقوق المكلفين ببعها فلا يصح إحالتها إلى من ذكر تحت جزاء

(1) الفصل 420 وما بعده م.أ.ع.

(2) أحمد بن طالب: تحليل الفصل 581 م.أ.ع، المرجع السابق، ص 96 وما بعد.

(3) علي كحلو: نظام المسجل العقاري، المرجع السابق، ص 132 وما بعد، عدد 190 وما بعد. على كحلو: القانون العقاري الخاص، المرجع السابق، ص 395 وما بعد.

البطلان المطلق (الفصول 566 و 567 و 570 م.أ.ع) وليس للمساورة والخبراء أن يشرروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم للأموال المأمورين ببعها أو بتقويمها سواء كانت تلك الأموال متنولات أو عقارات، والبطلان في ذلك مطلق (الفصلان 569 و 570 م.أ.ع) وتصرف النائب لنفسه باطل بطلاناً نسبياً (الفصول 549 و 568 و 570 م.أ.ع). بالنسبة إلى الرضا: يمكن أن ينعدم الرضا أصلًا أو أن يكون معيناً فحسب. فإذا انعدم الرضا، كما في صورة الغلط المانع أي الغلط في طبيعة العقد أو الإكراه المادي أو إبرام العقد من قبل الطفل غير المميز أو فقد العقل، كان التصرف باطلًا بطلاناً مطلقاً لغياب ركن من أركان العقد وهو الرضا (الفصلان 2 و 325 م.أ.ع). أما إذا تuib الرضا فقط بسبب الغلط والتغیر والإكراه والغبن (الفصول 43 و 60 و 61 م.أ.ع و 125 م.ح.ع) فالبطلان نسبياً.

- بالنسبة إلى المثل: المثل محل ركن من أركان العقد، فإذا انعدم المثل أو استحال أو كان غير مشروع، فالجزاء هو البطلان المطلق (الفصلان 64 و 62 م.أ.ع). ويدخل في ذلك التعاقد على تركة مستقبلية (الفصل 66 م.أ.ع).

- بالنسبة إلى السبب: السبب ركن من أركان العقد (الفصل 2 م.أ.ع). فإذا انعدم أو كان غير مشروع كان الجزاء هو البطلان المطلق (الفصل 325 م.أ.ع).

والخلاصة في جميع ذلك أن خلل الشكل والمثل والسبب جزاًء البطلان المطلق مهما تعددت الصور في ذلك، وأهلية الأداء جزاًءها البطلان النسبي باستثناء ما يتعلق بتصرفات فقد العقل والصغر غير المميز، وأهلية الوجوب جزاًءها البطلان المطلق باستثناء ما يتعلق بتصرف النائب لنفسه، وانعدام الرضا جزاًءه البطلان المطلق وما تuib من الرضا جزاًءه البطلان النسبي⁽¹⁾.

ت- الطبيعة القضائية للبطلان

الأصل أن البطلان أو الإبطال قضائي يمعنى أن لا يصدر حكم البطلان أو الإبطال إلا عن طريق القضاء⁽²⁾، ولو أنه من الممكن للأطراف السعي إلى تنادي الإجراءات

(1) ونص المشروع في عدة فصول خاصة وردت في باب العقود الخاصة على جزاء البطلان مثل الفصول 8 و 12 و 19 و 36 م.د.ت في عقد التأمين والفصل 566 إلى 569 و 571 و 574 و 575 م.أ.ع في عقد البيع والفصلان 731 و 733 م.أ.ع في عقد الكراء والفصل 834 و 833 و 858 و 879 م.أ.ع في الإيجارة والفصل 1023 م.أ.ع في الوديعة والفصل 1085 م.أ.ع في القرض والفصلان 1107 و 1108 م.أ.ع في الوكالة والفصلان 1207 و 1218 م.أ.ع في المضاربة. ولا بد بطبيعة الحال من الوفوق على الأحكام الخاصة الواردة في شأن العقود الخاصة وعند التعتن يتغير العودة إلى المبادئ العامة.

القضائية صلحا(2)، كما أن المشرع عادة ما يضع إجراءات أولية قد تمنع تحرير العقود الباطلة أو القابلة للإبطال (1).

1-المراقبة الأولية

كثيراً ما تتدخل الإدارة إلى فرض إجراءات دقيقة توصلًا لإبرام العقد النهائي. فلا يبرم العقد حيث لا إذا توفرت الشروط، وكأن الإدارة أرادت بتدخلها منع تحرير العقود الباطلة، وهي بذلك نوع من أنواع المراقبة الأولية للعقد. ويدخل في ذلك جميع الأذون الذي تفرضها الإدارة لاتمام عمل محدد، في المجال العقاري⁽¹⁾ وفي مجال التجارة الخارجية⁽²⁾، وغير ذلك من المجالات. ويمكن للإدارة أن ترفض تسليم الرخص كلما ترأت لها عدم صحة البنود الاتفافية. بل إن إبرام العقد دون مراعاة ضروريات الع ragazza الأولية يمكن أن يحمل إلى التبعات الجزائية وتحميل المتعاقدين المسؤولية الجزائية كما هي الصورة بالنسبة إلى التشريع الخاص بالصرف والتجارة الخارجية على معنى القانون عدد 18 لسنة 1976 المؤرخ في 21 جانفي 1976 كما هو منقح في عدة مناسبات⁽³⁾.

2-البطلان الافتراضي

يقي دوماً للإرادة مكانها، فللأطراف الاتفاق صلحاً على عدم صحة العقد المبرم وتنظيم الأمور في ذلك، وذهب رجال القانون إلى أن هذا البطلان يسمى بطلاناً افتراضياً⁽⁴⁾. ولا يسمى هذا الاتفاق بطلاناً اتفاقياً إلا إذا أقر الطرفان خلل العقد واعتبر الاتفاق نتائج الحال. فإذا تصادقاً الطرفان على وقف العقد وإناء مفعوله مستقبلاً فذلك نوع من أنواع الإقامة وليس بإبطال وإذارك الطرفان العقد القديم وتصادقاً على إبرام عقد جديد فذلك نوع من أنواع التجديد. وليس الإقامة أو الانفساخ أو التجديد باتفاق على البطلان.

3-ضرورة صدور حكم قضائي بالبطلان أو الإبطال

الأصل أن يكون البطلان أو الإبطال قضائي، ففي غياب الحل القضائي، كثيراً ما يظهر العقد صحيحاً ولو كان به خلل وعادة ما يتمسك أحد الطرفين بصحته والآخر

(1) أمر 4 جوان 1957 طبق ما وقع تفقيحة في عدة مناسبات والخاص بالعمليات العقارية. مرجع سابق.

(2) القانون عدد 18 لسنة 1976 المؤرخ في 21 جانفي 1976 كما هو منقح في 2003 والمتعلق بمراجعة وتدوين التشريع الخاص بالصرف والتجارة الخارجية والمنظم للعلاقات بين البلاد التونسية والبلدان الأجنبية. وكذلك الأمر عدد 608 لسنة 1977 المؤرخ في 27 جويلية 1977 كما هو منقح والخاص بتطبيق القانون عدد 18. حيث إن التعاقد مع الأجنبي يتطلب موافقة البنك المركزي في هذا الجانب.

(3) المرجع السابق.
(4) François Terré, Philippe Simler, Yves lequette; *Les obligations*, op. cit., p. 308, n° 364.

بالعكس، ولا بد من تدخل القضاء لجسم المنازعه وصدور حكم في الغرض. على أن البطلان المنطلق، ويدخل في ذلك معنى الانعدام، لا يحتاج إلى حكم منشى بل يكتفى مجرد التصريح بالبطلان، فكان الحكم كافٍ للبطلان. خلافاً للإبطال متى يكون الحكم منشأ، ويكتفى للقاضي دور تقديره هام في الحكم بالإبطال أو خلافه. ويجب التأكيد على أن أسباب البطلان أو الإبطال هي أسباب قانونية ومني توفرت الأسباب صدر الحكم بالبطلان أو الإبطال. غير أنه إذا توفرت أسباب البطلان المطلق لا تملك المحكمة إلا النطق بالبطلان، على خلاف الإبطال فيه الخيار للمحكمة إن شاءت أبطلت وإن شاءت أبقت العقد وفي ذلك مبتوى من التقدير قد لا يصح أعماله في حالة البطلان المطلق. معنى ذلك أن السلطة التقديرية للمحكمة لا تكون فاعلة إلا بالنسبة إلى البطلان النسبي، كما في صورة طلب الإبطال على أساس حالة مرض وما شاكلها من الحالات على معنى الفصل 59 م.أ.ع. وكما في صورة إبطال تصرفات ضعيف العقل قبل الحجر على معنى الفصل 163 م.أ.ش حيث تبقى خاصية التقديرات القاضي وخياره وكذلك الصورة بالفصل 190 من المجلة التجارية إذا أعمل المتعاقدان ذكر البيانات المقررة بعد إحالة الأصل التجاري⁽¹⁾. فلا يمكن الإبطال إذا ثبت أن إعلام الأطراف تحقق حتى في صورة غياب البيانات التي فرضها المشرع وأن الرضاء كان سليماً حتى مع حالة المرض وضعف العقل.

الفقرة الثالثة: دعوى البطلان

فلما كان الأصل أن تعهد المحكمة بالتزاع كان لا بد من رفع الدعوى والتماس القضاء للتصرّف بالبطلان أو إنشاء الإبطال، وتلك هي دعوى البطلان. على أن البطلان أو الإبطال لا يحصل في جميع الصور عن طريق الدعوى بل من الجائز أن يكون عن طريق الدفع، معنى أن ترفع الدعوى من المدعي في الأصل وتقوم المصلحة للمدعي عليه في الدفع بالبطلان أو الإبطال. غير أن الأصل والأغلب في الواقع أن يكون طلب البطلان أو الإبطال عن طريق الدعوى، والأكيد أن شكل الدعوى ووضوابطها سيفختلف باختلاف طبيعة الجزاء بداية (أ) ونهاية (ب).

(1) ويمكن أن تشمل الصورة جميع الحالات التي يوجب فيها المشرع تضمين العقد بعض البيانات الوجوبية لغاية الإعلام دون التعرض على جزء المخالف، كما في صورة الفصل 377 م.ع. والفصل 377 ثالثاً م.ع من فرض المشرع تضمين العقد المخالع للترسم بادارة الملكية العقارية جملة من البيانات والإجراءات الضرورية، حيث يكتفى للمحكمة السلطة التقديرية في الحكم بالإبطال كلما ثبت أن إعلام المعاهد الآخر لم يتحقق بالكلية المطلوبة.

أ-أطراف الدعوى
للطرف المعنى أن يرفع الدعوى، غير أن أطراف الدعوى تختلف باختلاف طبيعة
الجزاء في الإبطال (1) أو في البطلان (2).

1-أطراف الدعوى في البطلان النسبي

لا يمكن أن يرفع الدعوى في البطلان النسبي إلا الشخص الذي أراد المشرع
حمايةه أو من ينويه، فهو المتضرر من الإكراه والتغير والغلط والغبن (الفصل 331 م.إع)
والصغير المميز (الفصل 8 م.إع) ومن ينويهم. ولا يمكن للمتعاقدين الآخر طلب
الإبطال، «فمن كان أهلاً للتعاقد ليس له أن يجتاز بعدم أهلية من عاقدة» (الفصل 14
م.إع).
ويستقل طلب الإبطال إلى الورقة صراحة عملاً بأحكام الفصل 333 م.إع، وكذلك

إلى الخلف الخاص وحتى إلى الدائن العادي في إطار ممارسة الداعي غير المباشرة
والقيام مكان المدين على معنى الفصل 306 فقرة ثانية م.إع، كما أن يطالب الوارث
بإبطال عقد أبده المورث كرها أو يطالب المشتري الثاني، خلف خاص، لتعدارف من
قاصر بعد بلوغه سن الرشد بإبطال بيع أول سبق للقاصر إبراهيم مع الغير قبل بلوغه سن
الرشد⁽¹⁾، أو أن يقوم الدائن العادي مكان المدين برفع الدعوى في اتجاه طلب إبطال
عقد «بناء على عدم أهلية المدين أو صغر سن»⁽²⁾.

ولا يمارس الخلف العام والخلف الخاص والدائن العادي دعوى الإبطال إلا
بطريقة غير مباشرة بمعنى أن تنتقل حقوق المدين إليهم بوصفهم دائرين طبق الضوابط
القانونية الداخلية في ذلك المعنى، فليست الممارسة في الإبطال حق شخصي مباشر
لهؤلاء الأطراف وإنما دعوى مقوله أجازها المشرع صراحة بالنسبة إلى الخلف العام
على معنى الفصل 333 م.إع وبالنسبة إلى الخلف الخاص على معنى الفصل 241
م.إع⁽³⁾ وبالنسبة إلى الدائن العادي على معنى الفصل 306 فقرة ثانية م.إع، وهي
 بذلك دعوى غير مباشرة.

ولا يصح لغير هؤلاء، الخلف العام والخلف الخاص والدائن العادي⁽⁴⁾، طلب
الإبطال، وهم في نهاية الأمر أطراف يشملهم معنى أطراف العقد، فلا يصح للغير

(1) Larroumet: *Le contrat*, n° 551.

(2) الفصل 306 م.إع. فقرة ثانية.

(3) يمكن للفصل 306 فقرة ثانية م.إع كذلك أن يكون سداً في طلب الإبطال من قبل الخلف
الخاص، حيث إذا كان للدائن العادي أن ينوب المدين في طلب الإبطال إذا تقاضى المدين على معنى
الفصل 306 فقرة ثانية م.إع فإنه من باب أولى أن يتمتع الخلف الخاص، وهو أعلى درجة من الدائن
العادى، ولو أن القاعدة العامة الواردة بالفصل 241 م.إع كافة لكي تكون أساس الدعوى.

(4) Aubert: *Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur*,

المطلق وهو من يخرج عن إطار من ذكر طلب الإبطال ولا يصح للقاضي إثارة الإبطال
إذا لم يكن الإبطال محل طلب أو دفع⁽¹⁾.

2-أطراف الدعوى في البطلان المطلق

لما كان هدف البطلان المطلق هو حماية المصلحة العامة فمن المفروض مبدئياً
أن يصح التمسك بالبطلان من طرف جميع أفراد المجتمع. فليس للالتزام الباطل
من أصله موضوعاً أي عمل. لا يحق لكل شخص على مستوى الإجراءات الجزائية
أن يرفع الشكوى ولو لم يكن طرقاً في التزاع⁽²⁾. فمقتضى حماية المصلحة العامة أن
تقوم المصلحة بجانب كل شخص في الشكوى والدفع. فما يثار في المصلحة العامة
ليست المصالح الشخصية وإنما تحقيق الصالح العام وما يعتبره المشرع أو السياسة
الشرعية يوجه عام حماية لكل فرد، حيث إن المصلحة العامة درجة تفوق مستوى
درجة المصلحة الخاصة. ورغمما عن ذلك لم يورد المشرع قاعدة موضوعية عامة في
هذا الاتجاه⁽³⁾، ولو أن المشرع قد المصلحة العامة بالفصل 557 م.إع إذا تعارضت
مع المصلحة الخاصة، وفرض عدم معارضته النظام العام والأخلاق الحميدة بالفصل
544 م.إع. ورغمما عن ذلك فإنه من الممكن استخراج جملة من المبادئ الموضوعية
انتلاقاً من المبادئ العامة للقانون.

وأول القواعد أن من يستطيع ادعاء البطلان أو الدفع به في نظام الإبطال له أن
يتمسك بالبطلان ويدخل في ذلك أطراف العقد والخلف العام والخلف الخاص
والدائن العادي.

فليست الخلافة العامة إلا خلافة مال تنتقل بموجتها الحقوق إلى الوارث ويرتبط
بالحق جميع التواقيع والضمادات والدعوى على معنى الفصل 241 م.إع، وليس
الخلافة الخاصة إلا خلافة في حدود الحق المنقول ويستقل مع الحق الدعاوى التي

Rev.trim.dr. civ, 1969, p.692 et suiv.

(1) عبد الرزاق السنوسي: المجلد الثاني، ص 582 وما بعد، عدد 329 وما بعد.

محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص 206، عدد 279.

François Teré, Philippe Simler, Yves Lequette: *Les obligations*, op. cit., p.310 et suiv, n° 370.

Henri et leon Mazeaud, Jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit civil*, Les obligations, op. cit., p.291 et suiv, n° 308 et suiv.

Carboneau Jean: *Les obligations*, op. cit., p.184-185, n° 48.

(2) علي كحلو: دروس في الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص 62 وما بعد.

(3) أورد المشرع المصري قاعدة صريحة في البطلان المطلق بالفقرة الأولى من المادة 141 من
القانون المدني: «إذا كان العقد باطلًا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي
به من تلقاه نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة».

الاسترداد وليس لها علاقة بدعوى البطلان وغالباً ما يبرم العقد وتباشر أعمال التنفيذ ويقع البطلان مهما كانت جهة الطلب في العقد فيمنع على المخالف طلب الاسترداد بحجج أنه خالف الأخلاق الحميدة، وذلك هو معنى أن لا ينسى المعاقد إلى نقض مات من جهته وأن سعيه مردود عليه، غير أن المشرع أتى باستثناء وحيد خلافاً لـأصل القاعدة وهو أن إجازة القانون صراحة يمكن أن تتمكن المخالف من الاسترداد.

ويجوز لكل شخص خارج إطار الأطراف والخلف خلافة عامة أو خاصة في العقد والدائن العادي أن يطلب البطلان، شرط أن يثبت المصلحة في ذلك، فلله عقد أثره النسبي بين الطرفين وليس للعقد من حجج إلا بين الأطراف المتعاقدة، ولكن ما يتبع هذه القوة المازمة للعقد بين الطرفين هو أن العقد يصبح واقعة قانونية بالنسبة إلى الغير ومؤداها أن لا يقوم الغير بأي عمل يمنع تنفيذ العقد، وعلى أساس هذه الواقعية تقوم معارضه الغير بالعقد حتى لو لم يكن طرفاً فيه وعلى أساس هذه الواقعية تقوم بالمرة المصلحة للغير في طلب البطلان، ولا تقوم المصلحة للغير إلا إذا تمثل البطلان في حق ثابت أي أن يكون المصلحة بجانبهم، كما سيأتي.

وإذا صع للطرف المتضرر رفع الدعوى أو الدفع بها، فإنه يصبح للطرف المقابل في العقد الباطل التسلك بذلك أو الدفع به مع قيام المصلحة في جانبها، ولا يمكن أن يعارض المعاقد بالقاعدة الواردة بالفصل 547 م.أ.ع في أن «من سعي في نقض ما تم من جهة فسيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح» ذلك أن قاعدة الفصل 547 م.أ.ع في أصلها⁽²⁾ لا تمنع طلب البطلان وإنما وضعت بهدف منع المعاقد من استرداد ما سبق دفعه على أساس العقد الباطل⁽³⁾ وهي بذلك قاعدة متصلة بدعوى جار منافس لا غير⁽⁴⁾.

والحقيقة أن المصلحة المطلوبة في القيام أساسها الفصل 19 م.م.ت. وهي المبنية التي يجيئها المدعي من الدعوى سواء مفعمة مادية أو معنوية قليلة أو كبيرة⁽⁵⁾، ومن شروطها أن تكون قانونية بمعنى أن يقع الاعتداء على حق يحميه القانون مهما كانت طبيعة الحق مادياً كان أو معنوياً وشخصية بمعنى أن لا تكون المصلحة للغير و المباشرة بمعنى أن تكون هناك رابطة سيئة و موجودة بمعنى أن تكون المصلحة محققة في الحال أو المال (مستقبلية) وأن لا تكون مجرد مصلحة احتمالية⁽⁶⁾. غير أن فقه القضاء يجد أنه متشدد في شرط المصلحة المنشروط توفره بجانب الغير المنع في دعوى البطلان المطلقة. وكثيراً ما يستبعد طلب الغير في البطلان ولو أن المصلحة قائمة على معنى الفصل 19 م.م.ت⁽⁷⁾.

obligations, op. cit., p.292, n° 308.

(1) عبد الرزاق السنوسي: المجلد الأول، المرجع السابق، ص. 527، عدد 327.

(2) François Terré, Philippe Simler, Yves lequette: Op. cit., p. 312, n° 371.

(3) قرار الدوائر المختصة عدد 31 بتاريخ 10/12/1981، مجلة الإجراءات المدنية والتجارية، تعليق نور الدين الغزواني، ص 173.

(4) نفس المرجع السابق.

(5) قرار الدوائر المختصة عدد 11115 الصادر بتاريخ 29 آغسطس 2010 (غير منشور): ذاعت الدوائر

ترتبط به على معنى الفصل 241 م.أ.ع، كما في صورة أن تنتقل ملكية العقار للمشتري، خلف خاص، فيإمكانه أن يرفع الدعوى ضد المتسوّغ ويإمكانه أن يتمسك بجميع الأسباب التي كان من الممكن للسلف أن يتمسك بها في مواجهة المتسوّغ، وللدان العادي على أساس الفصل 306 م.أ.ع أن يمارس الدعوى غير المباشرة في مواجهة مدينين المدينين. ومع أن الأصل أن الدعوى التي يمارسها الدائن العادي هي دعوى غير مباشرة وتقوم على فكرة النيابة، نيابة الدائن للمدين على أساس الفصل 306 م.أ.ع، فقد ذهب البعض، في إطار البطلان المطلقي، إلى أن دعوى الدائن ليست دعوى غير مباشرة وإنما دعوى مباشرة تقوم على أساس مصلحة الدائن الشخصية في رفع دعوى البطلان⁽⁸⁾. فله رفع الدعوى إذا أثبتت المصلحة في القيام، ونفس الملاحظة يمكن إثارتها كذلك بالنسبة إلى الورثة والخلف الخاص، فإذا كان الأصل أن يمارس الخلفاء الدعوى انتقالاً من السلف، فإنه مع اعتبارهم غيراً يصح لهم القيام مباشرة إذا ثبتت المصلحة بجانبهم، كما سيأتي.

وإذا صع للطرف المتضرر رفع الدعوى أو الدفع بها، فإنه يصبح للطرف المقابل في العقد الباطل التسلك بذلك أو الدفع به مع قيام المصلحة في جانبها، ولا يمكن أن يعارض المعاقد بالقاعدة الواردة بالفصل 547 م.أ.ع في أن «من سعي في نقض ما تم من جهة فسيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح» ذلك أن قاعدة الفصل 547 م.أ.ع في أصلها⁽⁹⁾ لا تمنع طلب البطلان وإنما وضعت بهدف منع المعاقد من استرداد ما سبق دفعه على أساس العقد الباطل⁽¹⁰⁾ وهي بذلك قاعدة متصلة بدعوى

(1) Flour et Aubert: *Les obligations*, n° 335

(2) تجد هذه القاعدة أصولها بالقانون الروماني وعرفت عدة تطبيقات بفقه القضاء الفرنسي بالرغم من أن المجلة المدنية الفرنسية لم تتعندها ووجهها أنه في صورة بطلان الالتزام وخلافاً للقاعدة العامة في الزام كل معاقد براجح من جهة ما سبق تسلمه تفليداً للالتزام يمنع على المعاقد الاسترداد إذا كان سبب البطلان يعود لأعبارات أخلاقية مختلفة تنسب له، وإذا كان الغلبل من الجانبيين فإنه يمنع على كلاهما طلب الاسترجاع، وتنعد هذه القاعدة لأنها تحمل إلى نوع من الاتهام بدون سبب ذلك أنه في حالة تسلم المترد موضع البيع قبل دفع الثمن وبين أن المترد كان معذلاً للدعارة، فإنه يصبح للطرف المتضرر طلب البطلان من الإبقاء على المترد دون دفع الثمن، على أن القاعدة قائمة حيث إنها لا تشجع على إبرام العقود المخالفة لجملة الضوابط الأخلاقية خشية أن يمتحن على المخالف طلب الاسترداد، وعرفت القاعدة تطبيقاً شاملاً بفقه القضاء الفرنسي بالنسبة إلى دور القمار ومتاجر الدعاية، على أن القاعدة لا تشمل إلا الأسباب الأخلاقية *immorale* ولا تضم الأسباب غير الجائزه *illicite*، ويندو أساس القاعدة من تعلقها بحماية الأخلاق الحميدة والنظام العام والبعض ربطه بمبدأ نزاعة الأداء أو شرف القضاء.

Carbonnier Jean: *Les obligations*, op. cit., p. 192 et suiv., n° 50.

(3) François Terré, Philippe Simler, Yves lequette: *Les obligations*, op. cit., p.312, n° 371. Assi n° 403 - 404-405.

Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit civil*, Les

والحقيقة أن للجانب الإجرائي أثرا في ذلك، ويمكن الاستئناس بالأحكام العامة الواردة بمجلة المرافعات المدنية، فمقتضى النظام العام أن يشير القاضي في أي مرحلة من مراحل التقاضي ولو بصفة تلقائية إذا تعهد بالقضية طبقاً لإجراءات العادية⁽¹⁾.

وتبقى النيابة العمومية هي الأساس في طلب البطلان رأساً كلما كان الأمر له مساس بالنظام العام. حيث يمكن للنيابة العمومية القيام بالقضايا كلما كانت هناك مصلحة شرعية تهم النظام العام (الفصل 251 م.أ.ع) وعلى المحكمة أن تمكن النيابة العمومية من الاطلاع على القضايا الخاصة بالدولة والهيئات العمومية والاختصاص الحكمي وعديمي الأهلية والمفقودين والتوجりع في الحكم ومخالفة القانون الجزائري ودعوى الزور، ويمكن للنيابة طلب البطلان حيتل مخالفة النظام العام (الفصل 251 م.م.ت). ويمكن للادعاء بمحكمة التعقيب أن يشير مطاعن جديدة إذا كانت مرتبطة بالنظام العام، ويدخل في ذلك معنى البطلان المطلق (الفصل 187 م.م.ت).

والخلاصة في جميع ذلك أن البطلان المطلق يمكن إثارته من جميع الأطراف، الخلف العام والخلف الخاص والدائن العادي وغير بشرط المصلحة والمحكمة والنيابة العمومية، في أي مرحلة من مراحل التقاضي ولو لأول مرة أمام محكمة التعقيب.

(1) إن الإشكال يدوّن محسوماً على المستوى الإجرائي باعتماد قواعد إجرائية وأخصحة في التمسك بالقواعد الإجرائية التي لها علاقة بالنظام العام ، حيث إن «المستقطبات كلها وجوهية وتتمسك بها المحكمة من تقاء نفسها» (الفصل 73 م.م.ت)⁽²⁾ وعلى المحكمة أن تثير إخلالات النظام العام والإجراءات الأساسية من تقاء نفسها (الفصل 14 م.م.ت) ويمكن للأطراف في كل طور أن يتمسكون لقواعد مرجع النظر الحكمي (الفصل 17 م.م.ت) ويمكن للادعاء بمحكمة التعقيب أن يشير مطاعن جديدة إذا كانت مرتبطة بالنظام العام (الفصل 187 م.م.ت). ويمكن للنيابة العمومية القيام بالقضايا كلما كانت هناك مصلحة شرعية تهم النظام العام (الفصل 251 م.أ.ع) وعلى المحكمة أن تتمكن النيابة العمومية من الاطلاع على القضايا الخاصة بالدولة والهيئات العمومية والاختصاص الحكمي وعديمي الأهلية والمفقودين والتوجريع في الحكم ومخالفة القانون الجزائري ودعوى الزور (الفصل 251 م.م.ت).

ولئن كانت هذه القواعد قد جاءت بمجلة الإجراءات المدنية وحالجت خروقات القواعد الشكلية والإجرائية فإنها مع ذلك تبقى ضمن القواعد العامة للقانون ويجوز قانون الاستئناس بأحكامها مرجعاً أو قياساً لأنها ببساطة قواعد عامة تشملها القاعدة الراودة بالفصل 535 م.أ.ع في اعتماد التفاصيل والقواعد العامة للقانون في غياب النص القانوني الصريح. والأكيد أن القول بخصوصية القواعد الإجرائية والخاص يبقى في إطار ما هو خاص ولا تشمله القاعدة الراودة بالفصل 535 م.أ.ع، قوله ضعيف لا يصح الاستناد إليه. وقد وردت القواعد المشار إليها أعلاه بالجزء التمهيدي من مجلة الإجراءات المدنية في الأحكام العامة.

والقاعدة كذلك أن يشير القاضي المعهود البطلان المطلق من تقاء نفسه إذا تعهد قانوناً بطلب تنفيذ العقد⁽³⁾. فلا يمكن بطبيعة الحال للقاضي أن يتعهد تلقائياً بالدعوى للقضاء بالبطلان، فلا بد أن تنشر أمامه الواقع الخاص بالبطلان طبق القانون، أي أن يسبق رفع الدعوى من قبل الأطراف أو النيابة العمومية، فإذا كان طلب الأطراف والنيابة العمومية في البطلان قليلاً إشكالاً، ولكن الإشكال يطرح إذا كانت الدعوى ترمي إلى القضاء بأمر ليس فيه طلب البطلان ووقف التقاضي من خلال أولاق الملف على عنصر من عناصر النظام العام، فهل يجوز حينذاك للمحكمة التصرّف بالبطلان المطلق؟ والجواب واضح في حقيقة الأمر وهو أن المحكمة تحكمها قواعد إجرائية أساسية في ذلك، فلا يجوز لها، في غياب نص صريح⁽⁴⁾، الحكم بما يتجاوز طلبات الأطراف⁽⁵⁾ ولكنه يفرض على المحكمة أن تعارض طلبات الأطراف بأحكام النظام العام، فعلى المحكمة تطبيق القاعدة القانونية الملائمة للنزاع، ومتى قضى التقاضي على معنى القواعد العامة الواردة بالفصول 539 و 544 و 557 م:أع أن لا تخالفه الأعراف أو اتفاقات الأطراف، وذلك هو السند في تمسك المحكمة تلقائياً بعناصر النظام العام لمعارضة طلبات الأطراف، فعلى المحكمة تطبيق القاعدة القانونية الملائمة، كذلك ما يدخل في دائرة اختصاصها⁽⁶⁾.

المجتمعنة إلى رفض طلب الورثة في إبطال عقد أبوهه موثرهم مع الغير بملء مخالفة شرط مقوط الحق الواردة في القانون عدد 21 لسنة 1995 المؤرخ في 13 فبراير 1995 المتعلقة بالعقارات الدولية الفلاحية وذلك على أساس انتفاء ركن المصلحة بجانب الورثة.

(1) محمد الدين: العقد، المراجع السابق، ص 202 وما بعد، عدد 273 وما بعد.

(2) أورد المشرع المصري نصاً صريحاً في البطلان المطلق، حيث نصت المادة 141 من القانون المدني على لي: «إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسّك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة».

(3) الفصل 175 م.م.ت.

(4) كانت هذه النقطة محل نقاش بالقانون الفرنسي، فإذا كان التوجه العام هو التمييز بين البطلان والبطلان النسي، حيث يصبح إثارة البطلان المطلق تلقائياً من المحكمة تخلافاً للبطلان النسي، فإن بعض القرارات التفصية حنت على المحكمة عدم تجاوز طلبات الأطراف. غير أن المشرع بتعديل مجلة الإجراءات المدنية صوب هذا الاتجاه بتحويل المحكمة بإثارة البطلان المطلق على شرط تأسيس البطلان على الواقع المعروفة أمامها (الفصل 7، فقرة أولى مجلة الإجراءات الجديدة) ومراعاة مبدأ المواجهة بين الطرفين (الفصل 16، فقرة ثانية مجلة الإجراءات الجديدة). وقد أثبتى هذا الاتجاه الجديد كذلك على أحکام الفصل 12، فقرة أولى من مجلة الإجراءات المدنية الجديدة الذي جاء فيه «أن القاضي يفصل التزاع عملاً بالقواعد القانونية المنطقية عليه»، وليس في ذلك فرق بين البطلان المطلق والبطلان النسي، فإذا توفرت عناصر البطلان المطلق يمكن للمحكمة أن تقضي به تجاوزاً طلبات الأطراف.

François Terre, Philippe Simler, Yves lequette: *Les obligations*, op. cit., p. 309, n° 366.

بـ-انقضاء دعوى البطلان
نظرا لخصوصية البطلان المطلق فإن الدعوى فيه لا تنتهي إلا بامضاء العقد ولا بالقادم، خلافاً للدعوى البطلان النسبي التي يمكن أن تنتهي مسواء بامضاء العقد (1) أو بالقادم (2).

1- امضاء العقد

ويختلف مفهوم التصحيف régularisation عن مفهوم الإصلاح ومفهوم التعديل (1). فالإصلاح la rectification يقصد به تدارك الأغلاط المادية التي لا تخرج عن الغلط في الحساب والحالات المدنية والأرقام التي نسبت للأحكام (2). ويقصد بالتعديل modification إبقاء الأصل على حالته وإضافة تصصيقات جديدة (3). ويقصد بالتصحيف régularisation تدارك النقائص لجعل الكتاب مطابقة لما يقتضيه القانون، أي أن الكتب تضمن تصصيقات مغلوطة أو غير مطابقة للحقيقة أو أنه سها عن ذكرها أصلاً جعلته قابلة للإبطال (4). ومن آثار التصحيف أن صحته لا تبقى في مستوى الطرفين بل يعارض بها الكافية وبطريقة رجعية تعود لبداية التصرف القابل للإبطال. ولا يكون للتصحيف هذا الأثر إلا إذا ورد في مواطن حتمتها الضرورة واتصلت بأحد العناصر الموضوعية للتصرف وخاصة إذا أورد المشرع مواطنها ضرامة، كما في صورة تصحيف الرثائق المقدمة للترسيم بإدارة الملكية العقارية على معنى الفصل 7 من القانون عدد 34 لسنة 2001 المتعلّق بالتحيين العقاري، في حالة إذا اعترى التصرف سهوا أو نقصاً أو غلطاً أو خللاً أو عدم تطابق (5). وكما في صورة معارضة طلب نقص القسمة من قبل الدائنين بخلاص الدين من أحد الشركاء على معنى الفصلين 121 و 122 م.ح.ن، وكما في صورة التسوية المنصوص عليه بمجلة الشركات التجارية في صورة مخالفة شكليات الإشهار على معنى الفصل 17 من مجلة الشركات التجارية، حيث مكن المشرع من تلافي طلب الإبطال باتمام اجراءات محلّدة (6). فالأغلب أن تلافي النقص في المواطن المحددة قانوناً أو في المواطن الموضوعية المستعملة اتفاقاً بين الطرفين هو من قبيل التصحيف، وبذلك يرد التصحيف على عقد قابل للإبطال بتقديم العنصر الذي كان ينقص التصرف، وما تجاوز ذلك فهو من قبيل الإمضاء. وإذا كان من الممكن نظرها التمييز بين التصحيف والإمساء، على أساس أن الأول تقديم لعنصر النقص والثاني تنازل عن دعوى الإبطال، فإنه من حيث الواقع كثيراً ما يشتبه الأول بالثاني وقد يختلطان (7).

(1) Dupeyron: *La régularisation des actes nuls*, thèse, Toulouse, éd. 1973, préface P. Héraud.

(2) الفصل 256 م.م.ن، والمفصلان 332 و 391 م.ح.ن.

(3) الفصل 262 م.ح.ن.

(4) علي كحلون: القانون العقاري الخاص، طبعة ثانية، ص 664.

(5) علي كحلون: التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2010، ص 629.

(6) يراجع على سبيل المثال الفصل 107 و 108 و 179 من مجلة الشركات التجارية، أحمد الورفلقي: الوجيز في قانون الشركات التجارية، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2009.

(7) François Terre, Philippe Simler, Yves lequette: op. cit., n° 373.

-مفهومه: إمضاء العقد la confirmation هو تنازل من له الحق في طلب البطلان النسبي عن طلب الإبطال (1)، فهو تصرف قانوني يتخدنه المستحب بإمضاء العقد ولو أنه كان من الممكن طلب إبطاله. وقد يعبر عنه بالإجازة (2)، ولو أن الإجازة يمكن أن تتخذ تعريفاً مستقلاً في بعض الصور الخاصة كما في صورة الإجازة في بيع ملك الغير حيث إن الإجازة على معنى الفصل 576 م.أ.ع لا تصرف إلى عقد قابل للإبطال وإنما تُعني بعقد صحيح، حيث إن بيع ملك الغير صحيح في القانون التونسي (3).

ويجب التمييز بمعناه بين الإمضاء من ناحية وبقية المؤسسات القريبة في التصديق la ratification وإعادة صياغة العقد la réfection والتصحيف la régulation والإصلاح la rectification والتعديل la modification والتتجديد la novation.

فالتصديق la ratification هو تصرف يصدر عن الغير، أي غير الأطراف المتعاقدة، بموجبه يرتكب الغير أن تجري أحكام العقد عليه من تاريخ إبرامه، فرغم أن الغير لم يكن طرفاً بالعقد ومع ذلك يرضي بأن ينضم إلى العقد فتشمله أحكامه، ويكون بذلك في حكم طرف العقد. كذلك ما تطلبته مؤسسة التعاقد من أجل الغير التي لها آثار مشابهة لأثر الإمضاء (4).

أما إعادة صياغة العقد la réfection فهو تصرف جديد يتطلب الرضاء والقبول من جديد. على أنه يتميز برفع عنصر الإبطال الذي كان يشوب العقد الأول، وليس لهذا العقد الثاني من أثر إلا بداية من تاريخه، فليس له من أثر رجعي لتاريخ تكوين العقد الأول (5).

(1) Couturier: *La confirmation des actes nuls*, thèse, 1969, L.G.D.J., 1972.

(2) الفصول 156 و 162 و 165 و 179 م.أ.ش.

(3) أحمد بن طالب: بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص 338 وما بعد.

(4) الفصول 40 و 41 و 42 م.أ.ع.

(5) محمد الزيين: العقد، المرجع السابق، ص 207، عدد 282.

أحمد بن طالب: التغيرات في ملك الغير، المرجع السابق، ص 338 وما بعد.

François Terre, Philippe Simler, Yves lequette: *Les obligations*, op. cit., p. 314 suiv., n° 373 et suiv.

والتجديد *La novation* هو «انقضاء التزام بإنشاء التزام آخر عوضه»⁽¹⁾. فيفرض أن يتواجد الالتزام الأول ويقرر الطرفان إبرام التزام جديد يكون من آثاره انقضاء الالتزام الأول. وهو بذلك تصرف قانوني يشترط فيه أن يقوم العقد القديم صحيحاً ويرم العقد الجديد صحيحاً، فيشترط بذلك توافق الطرفين الأول والجديد مع ضرورة أن يكون العقد الأول والثاني صحيحين. ويشترط توفر نسبة الطرفين في التجديد مع شرط الأهلية والرضا. وبذلك يشترط في التجديد الرضا والأهلية والنية والصحة في العقددين الأول والجديد، ومن آثاره انقضاء الأول الصحيح واعتماد الثاني، وليس من الضرورة أن يستوعب العقد الجديد ما كان مضمون بالأول⁽²⁾.

- مجال: مجال إمضاء العقد هي العقود القابلة للإبطال أي البطلان النسبي، حيث يمكن لمن يمسك حق الإبطال أن يتنازل عنه على معنى الفصلين 337 و 338 م.أ.ع. والقاعدة أن البطلان المطلق لا يحتمل الإمضاء، حيث إن «إمضاء الالتزام الباطل من أصله أو التصديق عليه لا عمل عليه» (الفصل 329 م.أ.ع.). فلما كان الإبطال قرينة المصلحة الخاصة والبطلان قرينة المصلحة العامة، فإنه يجوز لمن خصصت له القاعدة أن يتنازل، وما كان لتنازله أن يمسني في مواجهة المصلحة العامة أو أن يكون له أثر في ذلك.

وعلى ذلك الأساس يسري الإمضاء على جميع حالات نقص الأهلية في ضعف العقل والفسدة والتمييز وغياب الرضا في الغلط والتغیر والإكراه والغبن. ويذهب الفقه والقضاء الحديث كذلك، وخاصة بفرنسا، إلى أن بعضًا من شروط المحل والسب إذا كانت في معنى النظام العام الاقتصادي الحماقى، وباعتبار أنها وضعت من أجل الطرف الضعيف، فإن البطلان فيها يكون نسبياً ويجوز وبالتالي لهذا الطرف أن يمسضها⁽³⁾. على أن هذا الاتجاه يبدو أنه يتعارض مع الفصل 329 م.أ.ع. في القانون التونسي الذي منع صرامة الإمضاء في حالات البطلان المطلق ويتعارض مع النظرة التقليدية التي اعتمدتها المشرع بمجلة الالتزامات والعقود إجمالاً.

ورغم أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا يطبق التصحیح أو الإمضاء فإنه يجوز إعادة صياغته *refection* بعد أن أصبح باطلًا وذلك بتحرير عقد جديد توفر به جميع الشروط القانونية، كما في صورة أن تحرر الهيئة بكتاب غير رسمي، فهي باطلة بطلاناً مطلقاً على معنى الفصل 204 م.أ.ش، ولا تطبق الإمضاء أو التصحیح، ولكنه من الممكن إعادة عقد جديد طبق الصيغ القانونية. وليس لهذا العقد من أثر إلا بداية من تاريخه بطبيعة

الحال، فلا رجعة في إعادة الصياغة. كما أنه من الممكن قانوناً أن يتدخل المشرع صراحة ويمكن، بصفة استثنائية، من تصحيح بعض التصرفات التي من الممكن أن تكون باطلة بطلاناً مطلقاً، كما في صورة تختلف بعض الشكليات في الإبرام التي تجعل العقد باطلًا، ومع ذلك يجيز المشرع صحتها خلافاً للقاعدة العامة. والأمثلة كثيرة في ذلك، فقد تدخل المشرع بموجب القانون عدد 38 المؤرخ في 27 أبريل 1992 وجعل العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً بسبب عدم التحصيل على رخصة الولاية في إبرام العقود الخاصة بالعمليات العقارية صحيحة وذلك بالنسبة إلى جميع العقود المبرمة قبل سنة 1977 يوم كانت الرخصة مفروضة بالنسبة إلى التونسيين، باستثناء العقود التي صدر في شأنها حكم أحرز على قوة الشيء المقتضي به⁽⁴⁾.

- شروطه: الإمضاء تصرف قانوني يشترط فيه توفر الشروط الشكلية والأصلية. شكلياً، ومن حيث المبدأ، فإن الإمضاء يمكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً. فإن كان صريحاً يعبر المتყن بحق طلب الإبطال صراحة عن تخليه عن طلب الإبطال، ولا يصح الإمضاء «إلا إذا تضمن مضمون ذلك الالتزام مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر التقصى الموجب للفسخ»⁽⁵⁾ أي أنه يجب أن يذكر سبب الإبطال. وإن لم يكن صريحاً كفى إجراء العمل بالعقد أي اعتماد تفاصيل العقد. «إذا لم يحصل إمضاء الالتزام أو التصديق عليه بوجه صريح كفى إجراء العمل به اختياراً في الكل أو البعض»⁽⁶⁾.

وإذا كان شكل التصرف *instrumentum* يبقى رهن طبيعة العملية، فإن كان الالتزام يتعلق بالقيام بعمل أو بعدم القيام بعمل فالرخصة هي الأساس، وتبقى الكتابة هامة كوسيلة إثبات، فإن تتعلق بمتقول فرضت الكتابة صحة بالنسبة إلى رهن المنقول⁽⁷⁾ وبالنسبة إلى المعنقولات المسجلة، أي السفن والطائرات⁽⁸⁾، وإن تعلق الإمضاء بعقار كانت الكتابة واجبة، سواء كان العقار مسجلاً⁽⁹⁾ أو غير مسجل⁽¹⁰⁾، ورغمما عن ذلك فإن الإمضاء لا يتشرط في صحته كتابة حجوة، مهما كانت طبيعة العملية، وإنما يبقى المشروع بمجلة الالتزامات والعقود إجمالاً.

(1) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 5 ماي 1992، عدد 27 لسنة 1992، ص 516.

(2) الفصل 337 م.أ.ع.

(3) الفصل 338 م.أ.ع.

(4) الفصل 218 م.وح.ع.

(5) الفصلان 581 م.أ.ع و 204 م.أ.ش.

(6) الفصول 377 و 377 مكرر و 377 ثالثاً م.وح.ع.

(7) الفصل 581 م.أ.ع.

(8) ولا يمكن اعتبار قاعدة توالي الشكليات أو أن الفرع يتبع الأصل توصلاً إلى فرض أصل شكليات

(11) الفصل 357 م.أ.ع.

(2) علي كحولون: *أحكام الالتزام*، المرجع السابق، ص 217 وما بعد.

(3) François Terre, Philippe Simler, Yves lequette: op. cit., n° 375.

المشتري الثاني أو يبقى العقار مثلاً بالرغم من حسب المثال. وذلك معنى أن لا يضر الإمضاء بالغير، ولا تقوم هذه الحماية إلا إذا كان الغير حسن النية، بمعنى أن لا يكون عالماً أو كان لا بد أن يعلم بالغيب الذي أصاب العقد، أي بسبب الإبطال. والمقصود بالغير في هذه الصورة ليس الغير المطلق الذي ليس له آية علاقة بالعقد، ولا يمكن بحال أن يضره الإمضاء، بل المقصود هو الخلف الخاص وهو الذي انتقل إليه حقاً معيناً من العاقد المستفعت بالإبطال، ويتحقق بذلك الدائن العادي. فذلك من أراد المشرع حمايته من خلال الفصل 338 م.أع. أما الورثة أبي الخلف العام فيلزمون بجميع الأعمال التي أبرمها موكلهم وليس لهم حماية خاصة في أثر الإمضاء⁽¹⁾.

2-التقادم

تبعد الصورة مختلفة بين البطلان المطلق (البطلان) والبطلان النسبي (الإبطال).
التقادم في البطلان: لم يزود المشرع في باب البطلان أي بالفصل 325 إلى 329 م.أع. معنى تقادم البطلان. فرغم أن المشرع أورد بباب الإبطال أي الفصول 330 إلى 338 م.أع. نظام التقادم مدة وبداية ونهاية إلا أنه لم يورد أي فصل خاص بالتقادم في باب البطلان.

والظاهر من خلال ذلك أن المشرع أراد أن لا تخضع دعوى البطلان المطلق إلى التقادم، فلما كان الالتزام الباطل بطلاناً مطلقاً لا عمل عليه من أصحابه ولا يجرز إمضاء ذلك الالتزام، مما كانت الصورة والمعلوم لا يقلب صحيحاً، مما طالت المدة، ما كان من الممكن، والحالة تلك القول بالتقادم. إذ التقادم يعني أساساً على المصادقة الضمنية والبطلان المطلق لا يقبل الإمضاء أو التصديق⁽²⁾. وبالرغم من توجيه الفقه إلى تجاوز

الضرورية فهو في مقام بداية الحججة الكتابية، ويمكن جبرتذ قبول الشهادة بالبينة، وإذا لم تحرر أية حجة تبقى الإمكانية قائمة في قبول الاعتراف واليمين والقرائين⁽³⁾.
أصلياً، وباعتبار أن الإمضاء تصرف قانوني فلا بد من توفر الشروط العامة في الأهلية والرضا والمحل والسبب. على أنه، مهما كانت طبيعة الإمضاء، فلا يصح إلا إذا وقف المتفق على سبب الإبطال وعلمه، فإذا لم يحصل إمساء الالتزام أو التصديق عليه بوجه صحيح كفى إجراء العمل به اختياراً في الكل أو البعض من علم عيوبه وذلك بعد الوقت الذي أمكن فيه إمساء العقد أو التصديق عليه بوجه صحيح⁽⁴⁾. فذلك يعني أن يصدر الإمضاء عن الشخص المعنى بالحماية وأن يكون الإمساء بعد إبرام العقد وأن لا يقع صحيحاً إلا بعد أن يدرك المستقوع حقيقة الخلل وأن يكتف هذا الخلل فعلاً وتدفع المتفق الرغبة في إمضائه.

-أثاره: يمكن التمييز بين الآثار في علاقه الطرفين والأثار إزاء الغير.
+ الآثار بين الطرفين: إذا أمضى المتعاقدين العقد القابل للإبطال استقر العقد بصفة نهاية ويطريقة رجعية تعود لبداية إبراهيم ويمتن المتعاقدان مستقبلاً من إثارة مسألة الإبطال من جديد عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع، فمقتضى الإمساء «ترك الوسائل والاعتراضات الممكن القيام بها على الالتزام القابل للإبطال»⁽⁵⁾. ولا يسري هذا الترك إلا على السبب المعلوم من المعاقد، فإن توفرت بعض الأسباب لم يسبق إمساها بقيت محللاً للإبطال، كما أن الإمساء من قبل أحد المتعاقدين، إذا تعدد المتعاقدون من جانب واحد، لا يسري على بقية المتعاقدين بحكم أن الإمساء عمل غير نافع لبقية المتعاقدين، والتضامن قاعدة لا يسري إلا فيما كان نافعاً للجميع.

+ الأثار إزاء الغير: نص الفصل 338 فقرة ثانية م.أع على ما يلي «...أما الحقوق الحاصلة للغير قانوناً وعن حسن نية قبل التصديق على العقد أو إجراء العمل به فتجري عليها القاعدة المقررة بالفصل 336». وقاعدة الفصل 336 م.أع أن «الحقوق التي اكتسبها الغير قانوناً عن حسن نية فتجري عليها الأحكام الخاصة المتعلقة بالعقود الخاصة». وما يؤخذ من ذلك أن الإمساء لا يضر بحقوق الغير حسن النية. فلو أن قاصراً باع عقاره ولم يبلغ سن الرشد وقبل إمسائه باعه أو ررهه، ثم عن للراشد إمساء العقد، فليس لهذا الإمساء من أثر إزاء المشتري الثاني أو المرتهن، فتمر الملكية إلى

(1) Henri et leon Mazeaud, Jean-Mazeaud, et Francois Chabas: *Leçons de droit civil, Les obligations*, op. cit., p.295 et suiv. n°314.

(2) التقادم المسقط هو جزء مرور الزمن وعدم التبصر والإهمال، وربما يحمل في طياته فرية على النفع، فهو بذلك يتعلق بال الموضوع وليس بالإجراءات، لكنه يسقط الذرعى ولا يسقط الحق. وقد قيل قد يدعا إن التقادم يسقط الذرعى والحق معاً، ولكن جانباً من ذلك الفقه كان يقر ببقاء حقوق طبيعية ياعتبر أن الالتزام يتضمن جانباً من المسؤولية وجانباً من المديونية، فتسقط المسؤولية بتقادم الذرعى وتبقى المديونية، ويرى البعض في هذه المديونية التزاماً مدنياً متوقفاً، في حين يرى فيه البعض الآخر التزاماً أخلاقياً. ويدو أن المشرع التونسي اعتمد النظرة العاجلة في سقوط الذرعى دون الحق (الفصلان 384-389 م.أع)، على أن سقوط الذرعى لا يعني بقاء التزام طبيعى على معنى الفصلين 74 و 78 م.أع. ورغم ظاهر التقادم المسقط في أنه يتعارض مع الأخلاق والعدل والإنصاف فإن الفقه كثيراً ما يلجأ إلى فكرة التنازل وقرية الوفاء وحتى العقوبة لتبرير مقتضيات التقادم. والحقيقة أن التقادم قرض رغبة في استقرار المعاملات وربما لمساعدة البعض في ترك جانب من الديون المترآكة. لكن ذلك لا يعني أن أحكام التقادم تتصل بالظامن العام وإن كانت المصلحة العامة من غايته. فيمكن من حيث المبدأ الاتفاق على الزيادة أو التقصان في آجاله ولا يقوم مرور الزمن بنفسه في سقوط المطالبة بل يقوم به من

العملية على نظام الإمساء، طالما أن المشرع لم يفرض أية شكلية في ذلك.
احمد بن طالب: *التفويت في ملك الغير*، المرجع السابق، ص 336 وما بعد.

(1) الفصل 420 وما بعد م.أع.

(2) الفصل 338 م.أع.

(3) الفصل 338 م.أع.

-النظام في الإبطال: الإبطال يمكن أن يكون عن طريق الدعوى كما يمكن أن يكون عن طريق الدفع (*l'exception de nullité*).
+ الإبطال عن طريق الدعوى: إجازة الإبطال بالدعوى أمر مقرر قانونا حيث نص الفصل 330 م.أ.ع على أنه «يجوز القيام بالفسخ (أي الإبطال *rescission*) في الصور المبينة بالفصول 8 و43 و58 و60 و61 من هذا القانون...»، فخلافا للبطلان المطلق أوردت مجلة الالتزامات والعقود نصا خاصا في إجازة الإبطال.
ويسقط القيام بدعوى الإبطال بمضي عام إلا إذا صرخ القانون بمدة أخرى. ولا يبدأ سريان المدة في صورة الإكراه إلا من يوم زواله وفي صورة الغلط أو التغريب إلا من وقت الإطلاع عليه وبالنسبة إلى عقود القاصرين إلا من يوم رشدهم فيما يتعلق بالمحجور عليهم وعديمي الأهلية إلا من يوم رفع الحجر عنهم أو من يوم موتهم. أما ما يخص ورثة المحجور عليه الذي مات تحت قيد الحجر والمحبون الرشيد فمن يوم حوز الشيء المتعاقد عليه⁽¹⁾. وتنتقل الدعوى إلى الوارث في المدة التي بقيت لموته⁽²⁾. كما تسري مدة العام في الإبطال على الدولة والإدارات البلدية وغيرهما من الذوات المعنوية وتحسب بداية المدة من يوم بصير العقد باتا على مقتضى القوانين والتراخيص الإدارية⁽³⁾.
على أن بداية سريان المدة قد تتأخر إلى أجل غير محدد، لذلك وضع المشرع أجلا أقصى لا يمكن تجاوزه مهما كانت الصورة، حيث إن القيام بالإبطال يستقطع على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد⁽⁴⁾.

اعتماد طريقة النقاد حتى تستقر المعاملات، فلا يمكن للعقد أن يبقى على مر الأيام ومهما طالت المدة مهددا بالبطلان. ولكن هذه الاتجاه يبدو ضعيفا طالما أنه لا يمكن تأسيس المطالبة على أساس العقد بعد مضي 15 سنة، فمقتضى ذلك، تجاوزا لجواز البطلان، أن يتحقق مطلب استقرار المعاملات.
محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص 215-214، عدد 294.

- (1) الفصل 331 م.أ.ع.
- (2) الفصل 333 م.أ.ع.
- (3) الفصل 332 م.أ.ع.
- (4) الفصل 334 م.أ.ع.

جزاء الانعدام: فإن الطبيعة المطلقة للبطلان تأبى أن تقادم الدعوى فيه⁽¹⁾. وما كان من الممكن تطبيق القاعدة الواردة بالفصل 402 م.أ.ع وهو أن «كل دعوى ناشئة عن تعمير الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة عدا ما استثنى بعد ما قرره القانون في صور مخصوصة»، حيث إن دعوى البطلان ليست من الدعاوى الناشئة عن تعمير الذمة، إذ أن تعمير الذمة «يترب على الاتفاques وغيرها من التصریحات الإرادية وعن شبه العقود والجنج وشیهها» على معنى الفصل الأول من مجلة الالتزامات والعقود، بل إن دعوى البطلان أساسها نص القانون ذاته⁽²⁾.
ورغم القول بعدم تقادم دعوى البطلان المطلقة، فإنه مع ذلك لا يمكن أن تكون الاتفاques مصدرًا للمطالبة بعد 15 سنة تطبيقا للفصل 402 م.أ.ع، سواء تقدم العقد أو لم ينفذ، ويدخل في ذلك معنى الاسترداد⁽³⁾.

له مصلحة فيه، وليس للحاكم أن يستند إليه من عند نفسه (الفصل 385 م.أ.ع)، ويعود للدائن والكفيل والمتضامن والورثة الحق في التشكك بالنفاد بالتقادم (الفصل 387 م.أ.ع). ولا يتحقق التشكك بالحكم إلا من طريق اللعن باستثناء صورة الدعوى المستقلة التي يمكن أن يرفعها الدائن عملا بأحكام الفصل 306 م.أ.ع. وتفق الإمكانيات واردة سوا أيام المحاكم الابتدائية أو الاستئنافية، لكنه لا يجوز اللعن به لأول مرة أمام محكمة التعقب بطبيعة الحال. وإذا اتسع ترك حق التشكك بهذا الحق قبل حصوله، فإذا انقضى الزمان ساعي الترك سواء صرامة أو ضعفها. وإذا تدخل المشرع لتعديل هذه الأجال فالقاعدة أن يغير الأجل الجديد مع حفظ الحقوق المكتسبة.

ويختلف التقادم المسقط *prescription extinguitive* من التقادم المكتسب *prescription acquisitive* وعنه *السقوط الإجرائي* *l'échéance* وعن مواعيد التقويض *forclusion* وعن سقوط الخصومة *la nullité* والبطلان *péremption d'instance*.

على كھلون: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 244 وما بعد.

(1) صدرت عدة قرارات تعقيبة في اتجاه القول بعدم تقادم دعوى البطلان المطلقة:
القرار التعقبي عدد 11113 بتاريخ 25 ديسمبر 1984، نشرة محكمة التعقب 1984، مجلد 2، ص 273.

حکم مدنی صادر عن محکمة ناحیة تونس تحت عدد 13229 بتاريخ 27 مارس 1990 الأحداث القانونیة التونسیة، عدد 3، ص 97، تعلیق کمال شرف الدین.

(2) محمد الزین: العقد، المرجع السابق، ص 214، عدد 293.

(3) كانت تلك هي الصورة بفتح وفقه القضاة الفرنسي على أساس جزاء الانعدام، ولكنه اتجه أخيرا إلى القول بقادم دعوى البطلان المطلقة على أساس التصور العادي الوارد في باب التقادم (الفصل 2262 من المجلة المدنیة) ورغبة في تحقيق مطلب استقرار المعاملات المدنیة.
François Terré, Philippe Simler, Yves lequette: op. cit., p. 323 et suiv., n°389.

وبغض القوانيں اعتمدت نصا صریحا في التقادم كما هي الصورة بالنسبة إلى القانون المدني المصري الجديد، فبعد أن كان يقول بعدم التقادم، أصبحت القاعدة هي التقادم ونص الفصل 141 منه على ما يلي: «تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد».

عبد الرزاق السنہری: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 519، عدد 319.

والحقيقة أن البطلان المطلقة يأس التقادم، ولكن رغبة استقرار المعاملات هي التي تدفع في اتجاه

وإذا تقادمت الدعوى بموروث الزمن فإنه يمنع تقديم الدعوى في شأنه مستقبلاً. على أن «سقوط الدعوى بموروث المدة لا يجري حكمه إلا في حق من انعقد بينهم الالتزام»^(١). فلو صخَّ القائم للدائن في إطار الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البليانية أو الدعوى الصورية ما كان ليعارض بقادم دعوى البطلان^(٢). وما يقادم فيحقيقة الأمر هي الدعوى وليس الحق، فذلك يعني أن حق الإبطال يبقى قائماً بالرغم من تقادم الدعوى، ولذلك فإن الدفع بالإبطال لا يقادم مطلقاً.

+ الإبطال عن طريق الدفع: نص الفصل 335 م.أ.ع على أنه «يجوز لمن طولب بالوفاء بالعقد أن يحتج ببطلانه في جميع الأحوال التي يسعي له القائم فيها بذلك الدعوى. ولا يسقط حقه في ذلك بموروث المدة المعينة بالفصل 330 و 331 و 332 و 333 و 334». فرغم تجاوز مدة التقادم يصح لمن طولب بالتنفيذ أن يدفع الطلب الأصلي بالإبطال وهي مجرد وسيلة من وسائل الدفاع لردة الدعوى الأصلية، فذلك يعني أن العقد يبقى جاملاً لعيوبه بالرغم من تقادم الدعوى في شأنه^(٣).

المحكمة يترتب عليه إلغاء جميع الإجراءات بما في ذلك عريضة الدعوى ولا يقطع التقادم كذلك ينذر موجه إلى المدين قبل المطالبة القضائية أو القيام بتسجيل الرسوم لدى القاضية المالية. ويمكن أن تحصل المطالبة خارج المحكمة بعد أن يحصل الدائن على حكم، فمجرد توجيه الإعلان لتنفيذ الحكم الصادر في الغرض تقطع مدة التقادم، وذلك ما يفهم من الفصل 395 م.أ.ع عندما صرَّح أن المطالبة بالرقابة يمكن أن تكون تغيير طريقة القضاء، ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا إذا كان الدائن سند تنفيذي فيمد إلى إعلام المدين بضرورة التنفيذ. وتقطع مدة التقادم كذلك بمجرد مباشرة الدائن لإجراءات العقلة سواء كانت تحفظية أو توقيفية أو تفديمية، والذي يقطع المدة ليس الإعلام الموجه للمدين وإنما أعمال العقلة أي محضر العقلة الذي يحرر على التنفيذ طبقاً لإجراءات العقل على معنى الأكبة:

أولاً : إذا قام الدائن على المدين وطالب بالوفاء بما عليه قضائياً أو بطريقة أخرى بما له تاريخ ثابت ولو كان الطلب لدى محكمة غير مختصة أو كان باطلاً لغير شكله.

ثانياً : إذا أتى الدائن عملاً من الأعمال القانونية لعقلة أموال مدنه لاستبقاء حقه منها أو استئذن من له النظر في اتخاذ تلك الوسائل.

ثالثاً : إذا اتى الدائن عملاً من الأفعال القانونية لعقلة أموال مدنه لاستبقاء حقه منها أو استئذن من له رابعاً: يقطع موروث الزمان بكل أمر يترتب عليه اعتراض المدين يعوق ذاته كتحرير الحساب بغيرها أو دفع شيء من الدين على الحساب إذا ثبت الدفع بكتاب ثابت التاريخ أو طلب المدين أجلاً للدفع أو إتيانه بضامن أو بتوبيخة أخرى أو احتجاجه بالمقاصة عند قيام الدائن عليه.

وبالتالي من ذلك أن الانقطاع قد يجد سبيلاً في تصرف الدائن أو المدين. فكل ما يقوم به الدائن من مطالبة، سواء كانت قضائية أو غير قضائية أو تقييد حقه مع بقية الدائنين أو مباشرة إجراءات العقلة يؤدي جتماً إلى انقطاع المدة، ويقصد بالمطالبة القضائية عريضة الدعوى التي توجه إلى المطلوب وهي مطلقة الخصومة القضائية، ولا يهم إن قام الدائن لدى محكمة مختصة أو ورفض طلبه بعد ذلك ولو لأسباب شكلية، فما يغدو الانقطاع هو مجرد القيام بتاريخ ثابت، فقد تقضي المحكمة في الأصل لفائدة الدائن أو ترفض طلبه أصلاً أو شكلاً. وقد يكون القيام بالمحكمة غير مختصة، كل ذلك لا يؤثر على انقطاع الخصومة. فقد جعل المشرع رفض الدعوى شكلاً قاطعاً لمدة التقادم، ومن باع أولى أن يعتمد الحكم القاضي برفض الدعوى أصلاً. ولكن ترك الخصومة يطلب من الدائن بعد نشر القضية وكذلك الحكم يسقط الخصومة لا تقطع بهما مدة التقادم، حيث إن الحكم يسقط الخصومة لدى

ويذكر كذلك أن مدة التقادم قابلة للوقف على معنى الفصلين 391 و 392 م.أ.ع^(٤) والانقطاع على معنى الفصلين 396 و 397 م.أ.ع^(٥).

(١) عملاً بأحكام الفصلين 391 و 392 م.أ.ع يقف سريان المدة بين الزوجين مالم يتحل عقد الزواج بينهما وبين الوالدين وأولادهما وبين القاصر والذوات المعونة وبين المقدم والمدير والوصي مالم تتفصل ولا يتم لهم سقوط الدعوى بوجهه بات. ويتوقف سقوط الدعوى بموروث الزمان في حق القاصرين الغير المأذونين بالتصريف وغيرهم من لاأهلية لهم إن لم يكن لهم وصي أو مقدم إلى وقت رشدتهم أو ترشيحهم أو تعين مقدم عنهم ولا يتوقف سقوط موروث الزمان فيخصوص الكبيبات بسبب من الأسباب ولو على القاصرين وغير الرشداء وإنما يبقى لهم حق الرجوع على مقدميهم وأوصيائهم. وبالتالي من ذلك أن سريان المدة يتوقف بالنسبة إلى الزوجين وبالنسبة إلى القصر والمجنونين. فقد وضعت قاعدة الوقف بين الزوجين حفاظاً على العلاقة الأسرية ووضعت القاعدة في حق التصر حماية لدعيمي الأخلاة والمجنونين.

وتبدو هذه الحالات حصرياً، فلا يجوز التوسيع فيها أو تعديها بأي طريقة، ولو أن المشرع التونسي أخذ بالفصل 393 م.أ.ع بالقررة القاهرة التي تمنع الدائن من القيام بحقوقه وهي إحدى الحالات الواقعية التي تحمل إلى الوقف لأسباب واقعية، وربما تكون سندًا لفقه القضاء فيبني الوقف لأسباب واقعية التي تنسف إلى الحالات القانونية المشار إليها. ولكنه مع ذلك يجب التأكيد على حصرية حالات الوقف، حيث إن ما أوردته المشرع بالفصل 393 م.أ.ع إنما له علاقة ببداية سريان المدة وليس له علاقة بحالات الوقف التي تفترض البساطة ثم الوقف.

علي كحلون: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 260.

(٢) الفصل 333 م.أ.ع.

(٣) يوجد من الفصلين 396 و 397 م.أ.ع أن موروث الزمان المعين لسقوط الدعوى ينقطع في الصور الآتية :

أولاً : إذا قام الدائن على المدين وطالب بالوفاء بما عليه قضائياً أو بطريقة أخرى بما له تاريخ ثابت ولو ثانياً : إذا طلب الدائن تقييد دينه مع بقية ديون المفلس.

ثالثاً : إذا اتى الدائن عملاً من الأفعال القانونية لعقلة أموال مدنه لاستبقاء حقه منها أو استئذن من له النظر في اتخاذ تلك الوسائل.

رابعاً: يقطع موروث الزمان بكل أمر يترتب عليه اعتراض المدين يعوق ذاته كتحرير الحساب بغيرها أو دفع شيء من الدين على الحساب إذا ثبت الدفع بكتاب ثابت التاريخ أو طلب المدين أجلاً للدفع أو إتيانه بضامن أو بتوبيخة أخرى أو احتجاجه بالمقاصة عند قيام الدائن عليه.

وبالتالي من ذلك أن الانقطاع قد يجد سبيلاً في تصرف الدائن أو المدين. فكل ما يقوم به الدائن من مطالبة، سواء كانت قضائية أو غير قضائية أو تقييد حقه مع بقية الدائنين أو مباشرة إجراءات العقلة يؤدي جتماً إلى انقطاع المدة، ويقصد بالمطالبة القضائية عريضة الدعوى التي توجه إلى المطلوب وهي مطلقة الخصومة القضائية، ولا يهم إن قام الدائن لدى محكمة مختصة أو ورفض طلبه بعد ذلك ولو لأسباب شكلية، فما يغدو الانقطاع هو مجرد القيام بتاريخ ثابت، فقد تقضي المحكمة في الأصل لفائدة الدائن أو ترفض طلبه أصلاً أو شكلاً. وقد يكون القيام بالمحكمة غير مختصة، كل ذلك لا يؤثر على انقطاع الخصومة. فقد جعل المشرع رفض الدعوى شكلاً قاطعاً لمدة التقادم، ومن باع أولى أن يعتمد الحكم القاضي برفض الدعوى أصلاً. ولكن ترك الخصومة يطلب من الدائن بعد نشر القضية وكذلك الحكم يسقط الخصومة لا تقطع بهما مدة التقادم، حيث إن الحكم يسقط الخصومة لدى

Guestin: Le contrat Formation op. cit. n° 868.

(١) الفصل 338 م.أ.ع.

(٢) علي كحلون: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 61 وما بعده.

(٣) تعود أصل هذه القاعدة لقمه القضاء بفرنسا في قراءة لمجلة المدنية في باب التقادم وجعله منصرفاً للدعوى وليس للدفع، ولكن القمة الحديث يجعل الاستقرار التعاقدى سندًا لهذا الاتجاه، ولو أنبقاء الدفع دون الدعوى لا يفسر إلا بكون التقادم ليس له من أثر إلا على سقوط الدعوى دون الحق. Fleur (J) et Aubert: Les obligation, L'acte juridique, op. cit., n° 354.

القاعدة أن البطلان سواء كان مطلقاً أو نسبياً لهما نفس الآثار، فالاختلاف بينها متوفّر قبل الحكم، على مستوى أطراف الدعوى والإمضاء والتقادم، أما وقد قضى بالبطلان فلا وجه للتمييز بينهما، ومع ذلك فإنه من الممكن الإشارة إلى آثار أصلية (أ) وأخرى عرضية (ب).

أ- الآثار الأصلية للبطلان

الأصل أن يمتد البطلان إلى كامل العقد (1) وأن يكون الأثر رجعياً يقوم فيه الاسترداد بين طرفين العقد (2).

1- امتداد البطلان

-المبدأ هو البطلان الكلي: الأصل أن بطلان الالتزام الأصلي يتهمي ببطلان ما التحق به من الالتزامات وأن بطلان بعض الالتزام يبطل جميعه، فذلك ما قرره المشرع بالفصلين 326 و 327 م.أ.ع. أي أن البطلان من حيث الأصل هو بطلان كلي، فهي قرينة على عدم تجزئة العقد⁽¹⁾. وصورة ذلك أن يشمل الخلل شرعاً أساساً من شروط العقد مثل غياب السبب أو الموضوع أو الرضا أو الأهلية. وينقضى مع الالتزام الأصلي جميع التوابع، كما تنتقض التأمينات، شخصية كانت أو عينية، بانقضاض الالتزام الأصلي⁽²⁾.

الاستثناء هو البطلان الجزائري: فيعد أن قرر المشرع بالفصل 326 م.أ.ع. أنه «إذا بطل الالتزام الأصلي بطل ما التحق به من الالتزامات»، قرار في آخره الاستثناء «إلا إذا انتقضى نوعها أو القانون ما يخالف ذلك ويطلان الالتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الأصل». كما أنه بعد أن قرر بالفصل 327 م.أ.ع. أن «بطلان بعض الالتزام يبطل جميعه»، أورد في آخره الاستثناء «إلا إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل فيستمر بصورة عقد خاص»، وعبر تلك الاستثناءات عن حالات البطلان الجزائري.

وعلى ذلك الأساس يكون البطلان جزئياً إذا انتقض طبيعة الالتزام أو القانون بقائه جزئياً أو كان الخلل على مستوى الالتزام التابع أو كان من الممكن للعقد أن يستمر بدون الجزء الباطل.

فمقتضي طبيعة الالتزام أن لا تقوم الوحدة في الالتزام بمعنى أن يجوز تجزئة الالتزام ويفصل القانون أن لا يمنع القانون بقاء العقد بصفة جزئية. وتبدو هذه الشروط مكملاً

(1) يراجع في الالتزام غير القابل للانقسام والتجزئة، على كحلون: إحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 143 وما بعده.

(2) الفصل 1512 م.أ.ع. والفصل 263 م.أ.ع. والفصل 291 م.أ.ع.

علي كحلون: قانون التأمينات، نشر مجمع الأطروش للمكتاب المختص، 2011 م، ص. 370.

لقواعدة أن يستمر العقد بدون الجزء الباطل، بمعنى أن حذف الجزء الباطل ليس له تأثير على استمرار العقد بدوته، ولا يمكن أن يتحقق ذلك بطبيعة الحال إلا إذا أمكن تجزئة الالتزام ولا يمنع القانون بقاء العقد بصفة جزئية⁽¹⁾، كما في صورة أن يشمل العقد عدة أطراف، وبطلانه بالنسبة إلى أحدهم لا يمنع بقاء العقد بالنسبة إلى البقية، وكما في صورة العقود المتراكبة أو مجموعة العقود، وبطلان الواحد لا يمنع من استمرار البقية، وتلك هي نظرية انتقاد العقد *réduction du contrat*⁽²⁾.

ومقتضى الالتزام التابع *accessoire* أن لا يكون له تأثير على أصل الالتزام، كما هي الصورة بالنسبة إلى الشرط الفسخني والشرط التعريفي وشرط التحكيم والتآمينات وغير ذلك من الشروط التي لا تأثير لها على بند الالتزام، فيمكن أن يستمر العقدتجاوزاً للخلل الذي قد يصيب هذه الشروط التبعية.

ويبدو للقاضي المعتمد دور هام في فهم إرادة الأطراف توصلاً للقول بالبطلان الجزائري أو الكلي، وذلك بهدف تحقيق استمرارية العلاقات التعاقدية، ولو أن التطبيقات القضائية قلماً تبرر اعتماد المحاكم لمفهوم البطلان الجزائري⁽³⁾.

على أنه لا يمكن بحال بالنسبة إلى القانون التونسي تنفيص الالتزامات *procédé de reduction* بمعنى أن يصبح للقاضي المعتمد أمام ارتفاع الثمن بالعقد أو اعتماد آجال بعيدة أو غير ذلك من الصور المشابهة أن يتدخل في اتجاه تعديل الثمن أو الأجل ما لم يكن مأذوناً قانوناً. كذلك ما يخالف مقتضيات القوة الملزمة للعقد⁽⁴⁾ وقواعد الغبن⁽⁵⁾ وقواعد الأجل بمجلة الالتزامات⁽⁶⁾.

(1) عادة ما يتدخل المشرع بنصوص خاصة لمنع البطلان الجزائري، كما في صورة الفصل 1475 م.أ.ع بالنسبة إلى عقد الصلح.

(2) يرى الفقه أن مجلة الالتزامات والعقود كرس البطلان الجزائري تقلاً عن المجلة المدنية الأساسية الجزئية أو كان الخلل على مستوى الالتزام التابع أو كان من الممكن للعقد أن يستمر بدون الجزء الباطل.

محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص 226 وما بعده، عدد 309 وما بعده.

(3) ذهب فقه القضاء الفرنسي إلى اعتماد معيار شخصي، تجاوزاً للصور المحددة قانوناً، في فهم معنى الالتزام الذي يمكن أن يستمر دون الجزء الباطل، وذلك باعتبار مفهوم الالتزام المحدد لرضا الأطراف، نكلاً ما كان الجزء الباطل ليس محدوداً بالنسبة إلى الأطراف، وكان الباقى محدوداً إلا وأمكن للعقد أن يستمر جزئياً.

François Terré, Philippe Simler, Yves lequette: op. cit., p. 327 et suiv. n° 395 et suiv.

(4) الفصل 242 م.أ.ع.

(5) الفصلان 60 و 61 م.أ.ع.

(6) الفصل 137 م.أ.ع.

2-اثر الرجعى والاسترداد

الأثر الرجعي هو أن يعود الطرفان بحكم البطلان أو الإبطال إلى تاريخ إبرام العقد، فليس لجزاء البطلان بنوعيه أثر على المستقبل فقط وإنما له آثار على الماضي، والاسترداد هو أن يصبح لكل طرف استرداد ما دفعه بموجب العقد، والواضح من ذلك أن الاسترداد لا يقوم إلا بشرط سبق تنفيذ العقد. ولكن الأثر في ذلك يختلف بحسب العلاقة بين الأطراف أو إزاء الغير.

بين الأطراف؛ نص الفصل 325 م.أ.ع على أنه «ليس للالتزام الباطل من أصله عمل ولا يترب عليه شيء إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام»، كما نص الفصل 336 م.أ.ع في طالمه أنه «إذا بسخ الالتزام عاد الطرفان إلى ما كانوا عليه عند التعاقد ويجب حيثث على كل منهما أن يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد المذكور أو من حرجه».

فالمندأ في ذلك أن يتضي الالتزام تماماً وتاريخ إبراهيم، وإذا سبق التنفيذ كلياً أو جزئياً يمكن لكل طرف استرداد مسبق دفعه. فالعقد الباطل ليس له وجود فلا يقتصر الآخر على المستقبل وإنما يشمل تاريخه منه إبراهيم، ويجب على الأطراف إرجاع ما سبق تسلمه عيناً علم، حالته إلا إذا تذر بحكم هلاكه أو استهلاكه فتحت حسنه دفع المقابل.

على أن هذا المبدأ لا يخلو من استثناءات هامة بحكم طبيعة الالتزامات التي تقتضي التنفيذ دون إمكانية الرجوع إلى البداية أو الاسترداد المقصود بذلك هي العقود الزمنية أو بحكم القانون متى نص القانون على عدم الاسترداد والمقصود بذلك هي حالة الحال شهدة والرغبة في حماية الفاقد وصورة الالتزامات المخالفة للأخلاقي.

العقود الزمنية: العقد الزمني هو العقد الذي ينفذ زمنياً بصفة متواصلة، مثل عقد الكراء وعقد الشغل وعقد الشركة وغير ذلك من العقود المشابهة، حيث يتضمن عقد التسلق قيام الأجير بالعمل بصفة متواصلة خلال الأوقات المحددة كما يتضمن عقد الكراء انتفاع المكتري بال محل بصفة متواصلة حسب طبيعة المكرى ويقتضي عقد الشركة تنفيذ الالتزامات بصفة متواصلة، وهي التزامات غير تقدمة في نهاية الأمر. فإذا صرخ إبطال العقد، فإنه لا يمكن بطبيعة الحال إلزام المعاقد برد ما انتفع به عيناً لاستحالة الطلب، فلا يمكن إلزام المكتري أو رب العمل بردة ما انتفع به عيناً، مع إمكانية أن يبقى الطلب ممكناً في طلب التسويف. ولكنمهما كانت الصورة لا يمكن بالنسبة إلى العقود الزمنية محظوظ العقد الباطل⁽¹⁾، فكان العقد أنتج آثاره خلال فترة معينة ليقال بعد تاريخ

(1) فقد تحدث البعض عن إقالة ميجرة الاستقالة المبكرة. François Terre, Philippe Simler, Yves lequette: op. cit., p. 333, n° 400.

³¹¹ (2) على كحيلين: القانون العقاري الخاص، المراجع السابق، ص 311.

³³ المأمور الجندي: الفوز بالغلة وردعا من طرف الحائز بشبهة، القضاء التونسي، لسنة 1948.

٤٠% مص

(١) وعلى ذلك الأساس فإن الشخصية المعنوية للشركة تتواءل إلى حين نهاية التصفية بالرغم من انحلالها تسبباً من الأسباب. الفصل 1318 وما بعده مارع.

صورة البطلان، فالاستثناء أن يمنع الاسترداد بسبب مخالفة الالتزام للأخلاق الحميدة إلا إذا نص المشرع صراحة على إمكانية الاسترداد بالرغم من عدم مشروعية الالتزام في أصله، ولو أن منطق البطلان يتعارض مع فكرة عدم الاسترداد وتبعد فكرة الاعتراف بحق الاسترداد أقرب إلى المنطق القانوني⁽¹⁾.

ويفسر البعض جملة هذه الاستثناءات بكون العقد الباطل يحدث بعض الأثر بالرغم من بطلانه، وهو الاتجاه السائد. على أن أحد رجال القانون لم يقبل بهذه الفكرة من كون العقد الباطل يحدث أثراً، فعنده أن الباطل لا يحدث أي أثر، وإذا أحدث العقد أثراً كذلك يعني أنه صحيح بصفة جزئية، فكانت نظرية البطلان الجزئي عند هذا الكاتب أساس لفهم مخلفات آثار العقد الباطل⁽²⁾.

-إذاء الغير: من حيث المبدأ، فإن أثر البطلان بنوعين يسري على الغير، فالآخر جمعي مع الاسترداد في صورة سبق التنفيذ. على أن هذه القاعدة ليس لها أثر إذاء الغير حسن النية، حيث نص الفصل 336 م.أ.ع في آخره على ما يلي⁽³⁾... وأما الحقوق التي اكتسبها الغير قانوناً عن حسن نية فتتجزىء عليها الأحكام الخاصة المتعلقة بالعقود الخاصة».

+المبدأ: فإذا كان العقد الميرم بين البائع والمشتري باطلاً بسبب من الأسباب مثل الإكراه، فإن المشتري لا يملك أن يجعل المدخل إلى مشتري ثانٍ أو أن يرتب عليه تأميناً فلا يجوز لشخص أن يمنع غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق⁽⁴⁾، فبطلان العقد بين البائع الأول والمشتري الأول ينجز عنه ضرورة بطلان العقد بين المشتري الأول والمشتري الثاني أو المشتري الأول والدائن الغرتهن، أي أن البائع الأول من الممكن في صورة البطلان أن يستردة المدخل خال من الرهون والتحمّلات بالرغم من قيام المشتري بعمل من أعمال التقويم. ولكن ذلك ليس إلا مجرد مبدأ، فالاستثناءات كانت أن تذهب المبدأ وكثيراً ما يعتمد بالاستثناء لاستبعاد الآثار السيئة للبطلان. والحقيقة أن أثر البطلان في الرجعية والاسترداد إذاء الغير لا يقتصر المنطق ولو أن المبادئ العامة تجيزه، ومن أجل ذلك كانت الاستثناءات كثيرة في القول بعدم معارضته الغير بالبطلان إذا انتقلت إليه حقوق العقد.

(1) ومن أجل ذلك تراجع المشرع المصري عن تبني هذه القاعدة بالقانون المدني الجديد ولو أن مشروع تقييم القانون المدني أورد في البداية مضمون هذه القاعدة بالمادة 201 منه.

عبد الرزاق السنوسي: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 535، عدد 337.

(2) J.Piedelievre: Des effets produits par les actes nuls, these, Paris, p. 116 et suiv.

ويرى الأستاذ محمد الزين، العقد، المرجع السابق، ص 219 ، عدد 298، أن إمكانية تأثير المشرع التونسي بهذا الاتجاه واردة بالفصل 326 م.أ.ع.

(3) الفصل 551 م.أ.ع.

المذكورة تعتبر حاصلة إذا أتفق المال الذي أخذته في مصاريف لازمة أو نافعة أو كان موجوداً عندك، ليس بتاريخ العقد وإنما بتاريخ رفع الدعوى. والواضح أن هذه القاعدة وضعت من أجل حماية القاصر، ولكنها قد تحمل للمعاقدين الآخر الضرر، لأن الأغلب أن ترفع دعوى البطلان بعد أن يكون القاصر قد بدأ محل العقد، ومن السهل أن تقضي المحكمة برفض الاسترداد بعد أن تعاين أن القاصر لم يتضاع بالعقد بتاريخ الدعوى.

+قاعدة من سعي في تضليل ماتم من جهةه فسعيه مردود عليه: نص الفصل 547 م.أ.ع في أن «من سعي في تضليل ما تم من جهةه فسعيه مردود عليه إلا إذا أحيا القانون ذلك بوجه صريح»، وهي قاعدة متصلة بعدم مشروعية الالتزامات وتجد جذورها بالقانون الروماني⁽⁵⁾. وقد وضعت، ليس لتضليل البطلان، وإنما بهدف منع المعاقدين من استرداد ما سبق دفعه على أساس العقد الباطل⁽⁶⁾. وهي بذلك قاعدة متصلة بدعوى الاسترداد وليس لها علاقة بدعوى البطلان وغالباً ما يبرم العقد ويتاجر بأعمال التنفيذ ويقع البطلان مهما كانت جهة الطلب في العقد فيمنع على المخالف طلب الاسترداد بحجة أن التزامه خالف الأخلاق الحميدة، وذلك هو معنى أن لا يسعى المعاقدين إلى تضليل ما تم من جهةه وأن سعيه مردود عليه، غير أن المشرع أدى باستثناء وحيد خلافاً لأصل القاعدة وهو أن إجازة القانون صراحة يمكن أن تتمكن المخالف من الاسترداد، كما أن العبارات الواردة بالفصل 547 م.أ.ع ربما لا تقتصر على الالتزام المخالف للأخلاق الحميدة وتشمل جميع الالتزامات غير المشروعية وغير الجائزة. فإذا كانت القاعدة أن يقوم الاسترداد في

(1) تجد هذه القاعدة أصولها بالقانون الروماني وعرفت عدة تعريفات بفقه القضاء الفرنسي بالرغم من أن المجلة المدنية الفرنسية لم تعتمدها ووجهها أنه في صورة بطلان الالتزام وخلافاً للقاعدة العامة في الرام كل معاقد يرجأ من جهةه ما سبق تسلمه تنفيذاً للالتزام يمنع على المعاقدين الاسترداد إذا كان سبب البطلان يعود لاعتبارات أخلاقية مختلفة تسب له. وإذا كان الحال من الجائز فإنه يمنع على كلها طلب الاسترجاع. وتنعد هذه القاعدة لأنها تحمل إلى نوع من الاتهام بدون سبب ذلك أنه في حالة تسلم المترجل موضوع البيع قبل دفع الثمن وتبين أن المترجل كان معداً للذمار، فإنه يصح للطرف المتضرر طلب البطلان مع الإبقاء على المترجل دون دفع الثمن، على أن الفائدة من القاعدة قائمة حيث إنها لا تشجع على لزام العقود المخالف لجملة الضوابط الأخلاقية خشية أن يمنع على المخالف طلب الاسترداد. وعرفت القاعدة تعريفاً شاملاً بفقه القضاء الفرنسي بالنسبة إلى دور القمار ومتازلة الدعاوى، على أن القاعدة لا تشمل إلا الأسباب الأخلاقية *immorale* ولا تضم الأسباب غير الجائزة *illicite*. ويبدو أساس القاعدة مرتبطة بحماية الأخلاق الحميدة والنظام العام والبعض ربطة بمبدأ نزاهة الأدلة أو شرف القضاء.

Carbognier.Jean: Les obligations, op. cit., p. 192 et suiv., n° 50.

(2) François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette: Les obligations, op. cit., p.312, n° 371. Assi n° 403 - 404-405.

Henri et leon Mazeaud, Jean Mazeaud, et François Chabas: Leçons de droit civil, Les obligations, op. cit., p.292, n° 308.

الاستثناءات: أوره الفصل 336 م.أع. قاعدة الاستثناء وهو أنّ الحقوق التي اكتسبها الغير قانوناً عن حسن نية تجري عليها الأحكام الخاصة المتعلقة بالعقود الخاصة، معنى ذلك أن لا يطلاع في مواجهة الغير حسن النية بشرط أن تتطابق القواعد المتعلقة بالعقود الخاصة مثل القواعد الواردة في باب عقد البيع وعقد الكراء وعقد الشركة وغير ذلك من العقود الخاصة. فالشرط الأساس في عدم المعارضية هو حسن نية الغير، ولكن ذلك غير كافٍ بل لا بدّ من مراعاة الشروط الخاصة المتعلقة بالعقود الخاصة.

فيما يخص العقارات غير المسجلة، تخضع مدة القوادم إلى عشر سنوات إذا انجر الحجز بحسن نية وبمقتضى عمل قانوني من شأنه أن تنتقل به الملكية لو صدر من له الحق، والغير في حسن النية بوقت تلقي الحق على معنى الفصل 46 م.ح.ع. فالمشتري بحسن نية يمكن أن يملك العقار بالتقادم القصير حتى لو انجرت له الملكية بعقد قابل للإبطال، فلا يعارض بإبطال العقد. كما أن إبطال الترسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي اكتسب حقوقاً على العقار عن حسن نية واعتتماداً على الترسيمات الواردة بالسجل بالنسبة إلى العقارات المسجلة على معنى الفقرة الثانية من الفصل 305 م.ح.ع. فلا يعارض الغير الذي تعاقد على أساس بيانات السجل العقاري وكان بحسن نية بإبطال أو بطلان العقد سند الترسيم.⁽¹⁾

والمعلوم أنّ عقد الكراء، وباعتباره عمل من أعمال الإدارة⁽²⁾، يبقى ولو تقرر بطلان أو إبطال عقد المكري⁽³⁾، حيث إنّ «خروج الملك من يد مالكه طوعاً أو كرهاً لا يفسخ الكراء وإنما يحل المالك الجديد محل القديم فيما له وعليه من الحقوق في الكراء المذكور إن كان عقد الكراء حالياً من التدليس وله تاريخ ثابت سابق على تاريخ التفويت»⁽⁴⁾.

(1) على كحلون: القانون العقاري الخاص، المرجع السابق، 313 وما بعد و459 وما بعد. على كحلون: التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحبي، المرجع السابق، التعليق على الفصل 305 م.ح.ع، والتعليق على الفصل 46 م.ح.ع، ص 177 وما بعد، وص 365 وما بعد.

(2) والحكم يسري على جميع أعمال الإدارة، ويدرك أنّ الأعمال القانونية تقسم عادة بين أعمال إدارة وأعمال تقويم وأعمال تبرع.

(3) لكنّ هذا الحل لا ينطبق على عقود الكراء الخاصة سواء للقانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فيفري 1976 المتعلق بضبط العلاقات بين المالكين والمكريين لمخلات معدلة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية وكذلك القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلّق بتنظيم العلاقات بين المسوغين والمستسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في التحرف. ذلك أنّ أحكام هذه القوانين تتطابق بصرف النظر عن اتفاقات الأطراف ولها صبغة أمرة تتجاوز أثار البطلان أو الإبطال.

(4) الفصل 798 م.أع.

كما لا يمكن للممثلين القانونيين للشركة إضافة إلى الشركاء في شركة المقاومة أو الشرك الوحديد في شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، معارضة الغير بطلان الشركة في صورة عدم احترام شكليات الإشهر المفروضة لتكوين الشركة⁽¹⁾. والحقيقة أن نظرية الظاهر، وهي أن يظهر الشخص مالكاً أو مكتسباً لحق في أعين الغير والحال أنه غير مالك أو غير مكتسب لهذا الحق ويعتقد هذا الشخص كذلك بملكه أو بحقه، كما في صورة الوارث الظاهر وهو أن تمر الملكية إلى الشخص وراثة ثم يظهر الوارث الحقيقي والحاائز الظاهر فهو أن يحوز الشخص الأرض ثم يظهر المالك الحقيقي، والمشتري للظاهر وهو أن ينتقل الملك إلى المشتري ثم يظهر المالك الحقيقي، وبذلك المعنى يكون الظاهر أن يظهر غير المالك أو غير المستحق للحق وكأنه المالك أو صاحب الحق الحقيقي والحال أنه ليس بمالك أو ليس بصاحب حق، ويشترط في نظرية الظاهر أن يكون الغير حسن النية وأن يقع الطرفان في الغلط المشتراك، أي أن يعم الظاهر قصد المالك أو المستحق الظاهر والغير على حد سواء بمعنى أن يعتقد المالك الظاهر والغير بصحبة الملكية أو أن يعتقد الطرفان بتوفير الحق على وجه الإجمال.

ولم ينظم المشرع التونسي نظرية الظاهر من حيث النشأة والأثار بباب مستقل ومع ذلك لم يكن المفهوم غالباً بل ظهر بعدة فصول متتالية كما هي الصورة بالفصل 26 م.أع. ويمكن اعتباره بمثابة النص العام في الظاهر والمستأجر، وكذلك الفصلان 252 و 399 م.أع في الوارث الظاهر والحاائز الظاهر والفصل 46 م.ح.ع في الحائز الظاهر والفصل 576 م.أع في المالك الظاهر والفصل 1163 م.أع في الوكالة الظاهرية.

وبحكم الظاهر أن تحفظ حقوق الغير المتعاقد مع المالك الظاهر شرط أن يكون الغير حسن النية. ويبدو أنّ أحكام نظرية المالك الظاهر كانت نتيجة اجتهاد المحاكم الفرنسية، فالرغم من غياب النص القانوني وفقر السوابق انتهت المحاكم إلى وضع نظرية متناسقة في الملكية الظاهرة بهدف حماية الغير شرط أن يتتوفر تعريف الظاهر أي الغلط المشتراك وأن يكون الغير حسن النية وقد حصرت المحاكم الفرنسية تطبيقات الظاهر في أعمال التفويت ببعض. ويبدو أن المشرع التونسي نقل هذه المبادئ وأحكام بخصوص متناثرة على ما تقدم⁽²⁾.

وإذا كان مفهوم حسن النية عموماً يحمل إلى الجهل والغلط وعدم الإحاطة بالحقيقة وعدم ارتکاب خطأ فاحش أو تعمد الفعل والغضب ويرتبط بمستويات شخصية، فإن

(1) الفصول 14 إلى 20 من مجلة الشركات التجارية، وخاصة الفصلان 17 و 18 منها.

(2) نيلة الكراي، حسن النية في المادة العقارية، المرجع السابق، ص 183 وما بعد. Millet: La propriété apparente, Thèse, Paris 1901, p.140 et suiv.

1-تحول العقد الباطل conversion du contrat

يعود أصل نظرية تحول العقد الباطل إلى القانون الألماني، وأخذت بها القوانين المتأثرة بهذا القانون مثل القانون السويسري والقانون الإيطالي. فقد نص الفصل 140 من المجلة الألمانية على أنه «إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر، فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانوا يريدانه لو كانا علماً بالبطلان». معنى ذلك أنَّ أصل الاتفاق باطل لعدم توفر شروطه، ولكن الشروط الباقية يمكن أن تكون سندًا لقيام التزام جديد لا يوجِّب إلا الشروط المتبقية، كما في صورة بطلان الكمية لعدم توفر شروطها الشكلية ومع ذلك يمكن اعتبارها بمثابة الاعتراف بدين، فالاتفاق الأصلي باطل لعدم توفر الشروط، وما بقي من الشروط يحمل التزام بدين.

ويخرج من الفصل 140 من القانون الألماني الشروط الأساسية لتحول العقد الباطل، فلا بد من بطلان الاتفاق الأصلي بطلاناً كاملاً فلو كان العقد الأصلي صحيحًا أو أمكن انتقاده جزئياً ما كان من الممكن تحول العقد ويجب أن تتوفر بالتصريف الباطل عناصر يقرّم عليها اتفاق جديد دون زيادة عناصر جديدة ويجب أن يفترض القاضي أن إرادة الطرفين انصرفت إلى الأخذ بهذه العناصر المتبقية، فلو علم الطرفان بطلان الالتزام الأصلي كان لهما أن يأخذوا بهذه العناصر المتبقية وذلك معنى الإرادة المفترضة في تحول العقد الباطل. فمقتضى تحول العقد الباطل أن يستخرج القاضي من الواقع المتبقية التزاماً يعبر عن إرادة الطرفين افتراضاً⁽¹⁾.

وذلك هو المعنى الذي أخذت به مجلة الالتزامات والعقود سنة 1906⁽²⁾، عندما نصت بالفصل 328 م.أ.ع على أنه «إذا بطل الالتزام وكانت به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام»⁽³⁾.

2-المسؤولية الناتجة عن البطلان

العقد الباطل واقعة قانونية وليس تصرف قانوني، وبذلك فإنَّ المسؤولية التي يمكن أن تقوم بسبب البطلان أو الإبطال هي مسؤولية تقديرية تقوم على الخطأ والضرر والعلاقة السببية⁽⁴⁾. ولا يقضى بالتعويض إلا إذا توفرت الشروط العامة في المسؤولية

(1) عبد الرزاق السنورى: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 499 وما بعد، عدد 307 وما بعد.

(2) محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص 229 وما بعد، عدد 314.

(3) أحمد بن طالب: بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص 212 وما بعد.

(4) قد يما تحدث Ihering عن نظرية الخطأ عند تكوين العقد وجعل الأساس فيها هو العقد الباطل ذاته، أي أن هذه المسؤولية لا تقوم على واقعة قانونية بل تصرف قانوني، معنى أن المسؤولية في بطلان العقد هي مسؤولية تعاقدية في نهاية الأمر وليس مسؤولية تقديرية. ولكن هذه النظرية لم تجد حضورها

القواعد الخاصة الواردة في حكم العقود الخاصة عادة ما تأتي بضوابط إضافية إلى جانب شرط حسن النية، كما في صورة اشتراط الكتب ثابت التاريخ⁽¹⁾ أو الاطلاع على بيانات المسجل⁽²⁾. فذلك يعني أنَّ المشرع لا يكتفى بالمفهوم الشخصي لحسن النية في مبادئه العامة، وإنما يضع إلى جانب ذلك المعيار الشخصي معياراً تقنياً موضوعياً⁽³⁾.

كما أنه إذا كان مفهوم الغير، محل الحماية، يشمل إجمالاً كل من يخرج عن دائرة أطراف العقد والخلف العام والخلف الخاص على معنى الفصل 241 م.أ.ع أو الفصل 305 م.ح.ع، فإنَّ بعض الفصول القانونية جاءت بتعريف مميز للغير، كما في صورة الفصل 26 م.أ.ع حيث يعد كالغير «من يشير إليه حق من المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصة»، أي أنَّ الخلف الخاص يعد غيراً على معنى الفصل 26 م.أ.ع⁽⁴⁾.

على آن، من الوجهة الإجرائية، لا يمكن أن يعارض الغير بطلان إلا إذا كان طرفاً في دعوى البطلان، فلا يمكن معارضته بحكم البطلان لنسيبة الأحكام المدنية، فلا بد من إدخاله بالدعوى حتى يصبح معارضته بنتيجة الحكم. كما أنه لا يصح للضامن أن يستحق، فلا يمكن للمعاقد وكان سبب الإبطال أو البطلان أن يسترة المحلف، صحيح أنه من الس肯 طلب الإبطال أو البطلان، لكنه يمنع من الاسترداد مع إمكانية التعويض بطبيعة الحال⁽⁵⁾.

بـ- الآثار العرضية

الأثر الأساس في دعوى البطلان هو رجوع الطرفين إلى بداية تحرير العقد وقيام حق الاسترداد مع مراعاة حجم الاستثناءات في ذلك. ولا تحدث تلك الآثار نتيجة تصرف قانوني بل هي نتيجة وقائع قانونية، حيث إن العقد الباطل لا أثر له في إزام أيٍ من الطرفين، فليس العقد الباطل بتصريف قانوني حتى يتبع عنه فكرة الإلزام، وإنما هو مجرد واقعة قانونية⁽⁶⁾. ولكنه مع ذلك يمكن الحديث عن بعض الآثار الجانبيّة، ولها علاقة بإمكانية تحول العقد الباطل (1) ويمسؤولية الأطراف عن البطلان (2).

(1) مثل الفصل 298 م.ح.ع.

(2) مثل الفصل 305 م.ح.ع.

(3) علي كحلو: القانون العقاري الخاص، المرجع السابق، ص 469 وما بعد.

(4) علي كحلو: القانون العقاري الخاص، المرجع السابق، ص 469 وما بعد.

(5) سبق الإشارة إلى قاعدة الفصل 547 م.أ.ع.

(6) وقد يكون لهذه الواقع آثار هامة في إحداث جانب من الآثار الهامة بالنسبة إلى بعض العقود الخاصة مثل عقد الزواج حيث يتبع عن عقد الزواج الباطل إذا أتيق الدخول على معنى الفصل 22 م.أ.ش استحقاق الزواج للمهير وثبوت النسب ووجوب العدة وحرمة المصاهرة.

كما أن العقد الغالب للإبطال يمكن أن يكون سندًا في الشفعة وفي التمسك بالحيازة القصيرة. على كحلو: القانون العقاري الخاص، نشر مركز النشر الجامسي، 2009، ص 294 و 336.

الفصل الثاني: آثار العقد

- التمييز بين آثار العقد وأثار الالتزام: آثار العقد هو الالتزام ذاته، فإذا صاح التصرف وُجد الالتزام. وإذا وجد الالتزام تعين التنفيذ، ولذلك عادةً ما تميز بين آثار العقد وهو الالتزام وأثار الالتزام وهو التنفيذ. وإذا كان الالتزام، كأثر للعقد، يحمل إلى تحديد طبيعة هذا الالتزام والوقف عند جزاء الإخلال به، فإنَّ التنفيذ، كأثر للالتزام، يحمل إلى تحديد طبيعة التنفيذ وطريقه وأشكاله⁽¹⁾ وضمانه⁽²⁾.

وإذا ذهب البعض إلى التمييز بمعناه بين آثار العقد وأثار الالتزام على تلك الصورة⁽³⁾، فإنَّ البعض الآخر يخلط بين الآثرين لأنَّ أثر العقد سيحمل بالضرورة إلى الحديث عن آثار الالتزام، فتحديد طبيعة الالتزام وطريقة تنفيذه هي من الآثار المقصودة عند الحديث عن آثر العقد، وعندهم أنَّ آثر العقد، يحمل إما إلى تنفيذ العقد فيتعين بيان إطار تنفيذ العقد من حيث المكان والزمان وال موضوع وبيان صعوبات التنفيذ أو إلى عدم التنفيذ فيخلاص الحديث عن التعريف وفسخ العقد⁽⁴⁾.

والحقيقة أنَّ الخلط ممكن تطبيقاً بين آثر العقد وأثر الالتزام، لأنَّ العقد تعليقياً ينفذ أو لا ينفذ، فلا يتوقف الحديث عند طبيعة الالتزام ويمر مباشرةً إلى ذكر التنفيذ، فتختلط الآثار، ومن الجائز حينئذ مسايرة التطبيق والإشارة إلى التنفيذ وعدم التنفيذ بإبراز

(1) أشكال التنفيذ: التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري والتنفيذ العيني والتنفيذ بالتعريف أو المقابل.

علي كجلون: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 27 وما بعد.

(2) ضمان تنفيذ الالتزام: تجاوزاً لظرف التنفيذ، البيئة بمجلة المرافعات المدنية (العقل بأنواعها، تحفظية وتوفيقية وتنفيذية) وتجاوزاً للتأمينات العينية (الاميال والرهن والحبس) والشخصية (الخلفاء والتضامن وغير ذلك)، فإن القانون المدني يضمن تنفيذ الالتزام بوسائل سمت بالوسائل الوسطية بين التحفظ والتنفيذ أو بالوسائل العلاجية وهي جملة الدعاوى التي يمكن للدائن أن يرفعها ضد مدعيه، الدعوى غير المباشرة والدعوى الصورية والدعوى البليانية.

علي كجلون: نفس المرجع السابق.

(3) مثل التشريع اللبناني حيث أورد الفصل الثاني من الكتاب الثاني (الفصول 221 إلى 247) الأحكام الخاصة بآثار العقد ثم خصص الكتاب الثاني (الفصول من 249 إلى 361) للحديث عن آثار الالتزام.

وكذلك فعل المشرع المصري.

خليل جربع: النظرية العامة للالتزامات، دار المنشورات الحقوقية 1988، ص 5 وما بعد.

(4) Carriou, Jean: Les obligations, op. cit., p. 203 à 332.

Henri et leon Mazeaud, Jean Mazeaud, et François Chabas: Leçons de droit civil, Les obligations, op. cit., p. 832 et suiv.

Jacques Ghérim, avec le concours de Christophe Jamin et Marc Billian: Les effets du contrat, 2 édi., J.G.D.J., 1996, p. I suiv.

مع مراعاة النصوص الخاصة إن وجدت. فخطأ المعاهد هو دفع المعاهد الآخر للتعاقد نتيجةً مما صرَّح به أو ما قدَّمه من وثائق ورسومات اقتبعت بها الطرف الآخر وهو عالم بعدم صحتها على سبيل المثال، والضرر يتمثل إجمالاً في فوات الفرصة في إبرام صفقة يتسع بها المعاهد. ولا يمكن للغير أن يدعي الضرر الموجب للتعويض، بل إنَّ أحد الطرفين في العقد الباطل بإمكانه طلب التعويض نتيجةً للضرر الذي أصابه إذا أثبت الشروط العامة.

ولكن العقد إذا نجا من عيوب الإبرام ومخاطر الأركان والصفات، لا شك في أنَّ له من الآثار التعاقدية الهامة ما يتعلَّق.

في التطبيق وذهب معظم رجال القانون إلى أنَّ المسؤولية في هذه الصورة أساسها الواقعية القانونية وليس العقد. فليس للعقد الباطل من أثر سوى الاسترداد مع مراعاة الاستثناءات في ذلك.

Ihering: Des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites, t 2, p. 1 et suiv.

Satelles, R: De la responsabilité précontractuelle, RTD civ. 1907, 697.

عبد الرزاق السنوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 505 وما بعد، عدد 309 وما بعد.

محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص 224، عدد 305، عدد 305.

-مفهوم القوة الملزمة للعقد: والواضح أن طبيعة الالتزام الناتج عن إرادة الطرفين يتصرف بمواصفات القانون في القوة، وإذا حللت القوة الملزمة محل الالتزام كانت القوة الملزمة للعقد هي الأثر المباشر له، فائز العقد ينحصر ببساطة في مدى قوة القانون التعاوني الذي كان نتيجة اتفاق الطرفين. وقد أورد الفصل 242 م.أع. الفارق الفاصل 242 م.أع. أن ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضائهم أو في الصور المقررة في القانون».

ولهذه القاعدة أساس أخلاقية واقتصادية واجتماعية وفلسفية في حقيقة الأمر، أخلاقياً تجد القاعدة أساسها في معنى الوفاء بالعقود والوفاء بالعهد على وجه الإجمال، اقتصادياً تجد القاعدة أساسها في مبدأ استقرار المعاملات، اجتماعياً تلقى أساسها في معنى العدالة العقدية، فلسفياً يرتد الأساس إلى معنى سلطان الإرادة بشكل عام.

وتروي هذه القوة الملزمة للعقد إلى مرتبة عالية إذا كان أساسها سلطان الإرادة، بل إنها تأخذ شكلًا حاداً، فطالما كان العقد نتيجة وفاق وتراضي كانت قوته في الالتزام تعادل قوة القانون أو أكثر، ولو كان القانون أو القاضي المعهود بتزاع خاص بالعقد، مراجعة أو تعديل مضمونه مهما كانت الأسباب والعلل.

وإذا عاد الأساس إلى اعتبارات أخلاقية أو اجتماعية أو اقتصادية لا شك في أن العدالة التعاقدية والضرورة الاجتماعية والاقتصادية تحدّ من إطلاق القوة الملزمة للعقد مراعاة للجوانب الاجتماعية والأخلاقية والاقتصادية حيث يمكن للقانون والقاضي على حد سواء ضبط حدودها تجاوزاً لرأدة الأطراف ومراعاة لحسن النية والإنصاف. فليست القوة الملزمة حيث مجرد نتاج لإرادة الأطراف، بل تجاوز بضوابط حسن النية ومبررات الإنصاف، وذلك يعني أن يعطي الاتفاق أبعاداً أخلاقية.

ولكن هذه القوة تظلّ أسفل من قوة القانون مهما كان الأساس في ذلك لأنّه ببساطة هو من سمح بجعل اتفاق الطرفين له تلك القوة. فليس للاتفاق تلك القوة إلا إذا «العقد على الوجه الصحيح» أي إذا اكتملت الشروط القانونية في تكوين العقد. وليس لقوة العقد إلا مفعولاً نسبياً بين الأطراف المتعاقدة وفي حدود موضوعه وخلال الزمن المحدد، فليس له ذلك المفعول العام لأثر القاعدة القانونية. فكان العقد رباط بين

قبل أن ينتقل الالتزام أو أن يقضى. فالمنطلق في أحکام الالتزام هو تواجد الالتزام فعلاً. فإذا تجاوزنا مسألة نشأة الالتزام، تواجه الدين créance ويمكن طلب التنفيذ وذلك هو أثر الالتزام، لكن الالتزام يمكن أن يائي على أوصاف متعددة، فكما أنه يمكن أن يكون مجرد يجوز أن يكون موصفاً، وذلك هو المقصود بأوصاف الالتزام، وإذا خير الدائن أو المدين إحالة الدين كان انتقال الالتزام، وإذا انتهى الالتزام ليس من الأسباب كان انتفاء الالتزام، وبين النشأة وما يتعلّق بها من أثر والانتفاضة وما يرتبط به من نهاية يتحذّل الالتزام أو صفات متعددة ويمكن أن ينتقل من شخص إلى شخص».

الإشكاليات المتعلقة بذلك. ولنست تلك الطريقة إلا محاولة لخلط النظري بالتطبيق وهي في نفس الوقت محاولة واقعية أكثر منها نظرية.

وقد لا تميز مجلة الالتزامات والعقود التونسية بين آثار العقد وأثار الالتزامات بوجه عام، حيث تناول العنوان الخامس من المجلة، انتلاقاً من الفصل 240 م.أع. إلى غاية الفصل 324 م.أع. فيما يترتب على الالتزامات، وأفراد الباب الأول منه إلى ما يترتب على الالتزامات بوجه عام وتحدد في الباب الثاني عن الوفاء بالالتزامات، فيما تحدّث الباب الثالث عن عدم الوفاء بالالتزامات. ولو أن الباب الأول من المجلة قد جاء ميّزاً للأثار العامة المرتبطة بالعقد⁽¹⁾.

ولكن الدراسة النظرية توجب الوقوف عنه المفاهيم النظرية بالتحليل والبيان، وإعطاء كلّ مرحلة ما تستحق من العُظُم والشرح والابتعاد أكثر ما يمكن عن الخلط بين المفاهيم وعدم تغلب الواقع على النظري. لذلك كان من اللازم التمييز بعناية بين أثر العقد وأثر الالتزام، فإذا كان أثر الالتزام يحمل إلى بيان طريقة وأشكال التنفيذ، فإنّ أثر العقد يحمل إلى تحديد وضبط طبيعة الالتزام الذي أوجده العقد وبيان جزاء الإخلال بضوابطه⁽²⁾.

(1) وكذلك فعلت المجلة المدنية الفرنسية حيث لم تميز بينهما وخلطت بين آثار العقد وأثار الالتزام.

خليل جرب: النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 5 وما بعد.

(2) وعادة ما يدرس أثر العقد بمقدار الالتزام، ويدرس أثر الالتزام بباب أحکام الالتزام. وقد كانت درستنا أحکام الالتزام بكتاب مستقل تحت عنوان «أحكام الالتزام»، وجمعتنا فيه أحکام الالتزام انتلاقاً من آثاره فأوصافه فانتقاله فاقتضائه. وقد قلنا في هذا الكتاب (ص 25-26) إنه «إذا كان للتصريح القانوني والواقعة القانونية، باعتبارهما مصادر الالتزام، خصوصية من حيث الشأنة والقوة الالتزامية والأثار القانونية، فإن للالتزام أحکاماً عامة تشمل جميع المصادر مما تعددت وتتنوعت، سواء كانت اتفاقيات أو جنح، وذلك ما يعرف بالنظرية العامة للالتزام، أوالنظام العام للالتزام le régime général des obligations . وعادة ما يتناول رجال القانون من خلالها دراسة مصادر الالتزام les sources des obligations Obligations وأثاره، وأوصافه les effets وانتقاله les modalités des obligations transmission وانقضائه des obligations extinction des obligations . لكنه كثيراً ما تأتي هذه الأحكام متاثرة بين الكتب والمراجع وتليلاً ما تأتي متاثرة، فمنهم من يتناول بالدرس مصادر الالتزام ومتهم من يتناول أحکام الالتزام ومنهم من يتناول صفتها. فإذا جمعنا شتايتها كانت النظرية العامة للالتزام، وهي مجلل الفروع القانونية التي تساهم في صياغة النظام العام للالتزام مهما كانت المصادر في ذلك انتلاقاً من شأنه إلى عملية انتفاضة. فإذا الحصر الحديث عن أحکام الالتزام تجاوزنا مسألة الشأنة والمصادر ليخلص الحديث عن حكمه بعد أن أصبحت حقيقة، فإذا كان أثر الواقعية القانونية أو التصرف القانوني هو الالتزام فإنّ أثر الالتزام هو التنفيذ، لكن الالتزام لا يأتي على صورة واحدة بل يمكن أن تعدد أوصافه فيأتي على أوصاف متعددة وبالإمكان بقائه من شخص إلى شخص، وكما أن لكل بداية نهاية، فيمكن للالتزام أن يقتضي بصورة محددة. فتكون بذلك عبارة أحکام الالتزام مفهومها يحمل إلى كل ما يتعلق بأثر الالتزام مهما كان المصدر في ذلك وإلى كل ما يتعلق بأوصافه وصوره تقدّم وإنقضائه. فإذا كان التصرف القانوني أو الواقعية القانونية يتشكل الالتزام بشئ وسائل التنفيذ وما يتعلّق بها من أوصاف

والقوله⁽¹⁾ مستقررين على حال وكان الاختلاف أساس المادة وتزورت عدة تقسيمات قليدية حاول جانب من الفقه الحديث تجاوزها، بل إن التشاريع قد تأتي بحلول متناقضة على نفس الشيء، وكان لمجلة الالتزامات والعقود رأي في ذلك.

-**التقسيمات التقليدية:** استقر الفقه مدة طويلة على اعتبار القوة الملزمة لالتزام الآتعاقدين أي الأطراف التي تبادلت الرضاء والقبول بالعقد مباشرة أو بواسطة، مع أنه من الممكن إن الحق البعض بأطراف العقد ولو أنهم لم يشاركوا في إبرامه. كذلك يعني أن الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد وهي أساس نسبة أثر العقد مع إمكانية الحق البعض بذاته الأطراف دون اشتراط مشاركتهم في تكوين العقد. واستقر الرأي كذلك على اعتبار توفر بعض الاستثناءات للأثر النسبي لأثر العقد، حيث من الممكن أن تشمل القوة الملزمة الغير بإرادة الأطراف كما هي الصورة بالنسبة إلى الاشتراك بمصلحة الغير

استمد حقه من مدينه باائع العقار الذي هو ليس غيرا بالنسبة للمشتري ولا يمكن وبالتالي لهذا العامل أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو لمدينه بااعتبار أن العقلة لا تكتسب حق الأولوية وهو حق شخصي تجاه مدينه، وحيث تأسسا على ذلك واعتباراً وأن حقه مستمد من مدينه فإنه لا يهد «غيرا» بالنسبة للمشتري على معنى أحكام الفصل 305 المذكور وأضحي الطعن والحال ما ذكر غير وجهه ويتجه رده.

في حين ذهبت، واستناداً على نفس الواقع تقريراً (إطال عقلة عقارية) بالقرار التعقيبي عدد 18436 الصادر بتاريخ 05/02/2003 (المراجع السابق، ص 573) إلى اعتبار الدائن العادي غير أقولاً «حيث استقر الرأي على تعريف الغير بكل شخص أجنبي عن دائرة التعاقد أي كل من لا تطاله القوة الالزامية للعقد. وحيث ينطبق هذا التعريف على المعقة العاقلة باعتبارها دائنة المالكة الأصلية للعقار المعمول ولا علاقة لها بشراء المعتبرة لنصفه وبالتالي لا يتجاوز معارضتها بذلك الشراء غير المرسم». وذهب إلى نفس الاتجاه بالقضية 14025 الصادرة بتاريخ 06/06/2002 (المراجع السابق، ص 567) فولاً «حيث اقتضى الفصل 305 من م.ح.ع أن كل حق لا يعارض به الغير إلا بتبرسيمه بإدارة الملكية العقارية وإبداء من تاريخ ذلك الترسم وتقييمها على ذلك فإن كل شخص أجنبي عن العقد المعقب بذاته يهد غيراً ولا يمكن وبالتالي معارضته بالحق الغير مرسم بالسجل العقاري المتعلق بالعقار موضوع العقلة، إذ أنه لا يمكن التمييز بين الأشخاص المعتبرين من الغير غالباً كانت عبارة النص مطلقة».

علي كحولون: القانون العقاري الخاص، المراجع السابق، ص 476 وما بعد.
(1) عدد من رجال القانون يعتبرون أن التخلف الخاص طرف في العقد في حدود ما انتقل إليه من حقوق وواجبات، والمدد الآخر لا يعتبرونه طرفاً في العقد ولو أن بي العقد المبرم من قبل السلف جانيا من الأثر عليهم، وكذلك بالنسبة إلى الدائن العادي. كما أن زمن تحديد أطراف العقد كان محل نقاش كذلك، فهل ي Roxذ بتاريخ تكوين العقد أم يمكن اعتبار تاريخ تنفيذ العقد؟

عبد الرزاق السنوري: المجلد الأول، المراجع السابق، ص 540 وما بعد، عدد 342 وما بعد.

محمد الزين: العقد، المراجع السابق، ص 299 وما بعد، عدد 403 وما بعد.
Carbouin.Jean: *Les obligations*, op. cit., p. 203 et suiv.
Jacques Ghéstim, avec le concours de Christophe Jamain et Marc Billiau: *Les effets du contrat*, op. cit., p. 382 et suiv., n° 329 et suiv.
François Terré, Philippe Simler, Yves lequette: *Les obligations*, op. cit., p.346 et suiv., n° 413 et suiv.

معاقدية والقانون رباط بين جميع أفراد المجتمع، ومن ذلك جاء المفهوم النسبي للعقد والمفهوم العام للقانون.

وإذا كانت طبيعة الالتزام تكمن في القوة الملزمة للقانون التعاقدى، فإنه من الطبيعي أن يدرس إطار القوة الملزمة للعقد كآخر له. ويتعين على ذلك الأساس بيان إطار هذه القوة الملزمة (المبحث الأول) وجذء الإخلاص بهذه القوة الملزمة (المبحث الثاني).

المبحث الأول، إطار القوة الملزمة للعقد

ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المعاقدين ولا ينقض إلا برضاهما أو في الصور المقررة في القانون، معنى ذلك أن الرابطة التعاقدية تمتد إلى أطراف العقد والتي موضوعه وتعمل في زمن محدد، كذلك يعني أن للقوة الملزمة إطارها الشخصي (الفقرة الأولى) وال موضوعي (الفقرة الثانية) وال الزمني (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى، الإطار الشخصي للقوة الملزمة

من من الأشخاص يعتبر ملزماً بالعقد؟ وقد يظهر الجواب سهلاً باعتبار أن الملزم بالعقد هو من أراد العقد ورضي به وذلك هو الطرف في العقد، وغيره لا يلزم بالعقد وذلك هو الغير tiers، وذلك هو المفهوم النسبي للأثر العقد. ولكن القانون المدني أبعد من أن يستقر على جواب واحد، فيبين الطرف والغير حالات وسط تأخذ من الأول والثاني بعض الأوصاف، وقد يأخذ الشخص صفة التبرير والطرف في نفس الوقت. وعلى ذلك الأساس لم يكن فقه القضايا⁽¹⁾

(1) فقد ترددت المحاكم كثيراً في شأن الدائن العادي، وربما تناقضت الأحكام والمصورة واحدة، فقد ذهب محكمة التعقيب بالقرار التقديمي عدد 22817 الصادر بتاريخ 18/04/1991 (غير مشور)، ملحوظ بأطروحة حاتم الروابي، المراجع السابق، ص 554 إلى اعتبار الدائن العادي ليس غيراً، وكانت الواقع تفيد أن المالك المرسم فوت في العقار موضع الزراع إلى طرف ثالث الذي لم يهد إلى إدراج كتبه بالسجل، فبادر دائن البائع بإذاره وبإثر إجراءات تبنيت العقار وانتهت الدعوى بتبيهه. فقام المشتري غير المرسم بطلب إطال العقلة عملاً بإحكام الفصل 427 م.م.ت باعتبارها سلطنت على ملك الغير وأبطلت العقلة بداية وذهبت محكمة التعقيب إلى هذا الاتجاه باعتبار أن الدائن العادي ليس غيراً بالنسبة إلى مشتري العقار وبالتالي يمكن معارضته دون أن يكون المشتري مرسمًا. قوله إن الفصل 305 من م.ح.ع. وللن نص على أن كل حق لا يعارض به الغير إلا بتبرسيمه بإدارة الملكية العقارية وابتداء من تاريخ الترسم. إلا أنه لم يحدد مفهوم «الغير» لذلك كان لزاماً تحديد هذا المفهوم المرجوع لأحكام القانون العام وبالضبط إلى أحكام الفصل 241 من مجلة الالتزامات والعقود الذي تحدث عن العقود السارية فيصبح الغير ما استثنى من القاعدة العامة بالنسبة لتلك العقود وهو كل شخص انجر له حق بوجه خاص. وحيث إن السؤال المطروح في قضية الحال هل أن الدائن الذي قام بإجراء العقلة (المعقب) يعتبر غيراً بالنسبة لمشتري العقار المعقب ضده أم لا؟ حيث ما من شك أن القائم بالعقلة قد

ورغم تعدد هذه التقسيمات الحديثة يمكن أن يكتفي بمحاجلة الأستاذ Jacques Ghestin⁽¹⁾، حيث رأى الكاتب أن العقد عادة ما يتطلب تدخل أطراف ثالثة في إبرامه إذا كان تكوين العقد بواسطة وأنه يجب التمييز بين مرحلة تكوين العقد وتنفيذ، فلا يعُد طرفاً في العقد إلا الطرف الذي ساهم بإرادته فعليها مهما كانت طبيعة المرحلة أما البقية فهم مرتبطون بأثر العقد. وبذلك ينحصر الأطراف على مستوى تكوين العقد في الأطراف المتعاقدة شخصياً أو نيابة. أما على مستوى التنفيذ، فيعُد طرفاً في العقد من حل محل الأطراف المتعاقدة أو من الحق بهم. ويدخل في ذلك موافقة من أبرم العقد لفائدة لاحقاً وإحالة العقد المبرم من قبل الوكيل شخصياً إلى الموكل بموافقة المعاهد مع الوكيل وكذلك من صادق على اتفاقية جماعية أو أصبح شريكاً في الشركة بشراء أسهم أو حصص، والخلف العام واندماج الشركات والإحالة القانونية للعقود مثل عقد الكراء وعقد الشغل وعقد التأمين، على خلاف الإحالة الاتفاقيّة للعقد متى لا يكون المجال له إلا طرفاً في العقد الجديد. ويمكن للطرف أن يفقد صفة في صورة الخروج أو الاستقالة من الشركة أو الاتفاقية الجماعية، كما يفقد المحيل صفة كطرف بإحالة العقد.

ويعد غيراً حسب هذا الاتجاه كلّ شخص لم تكن له صفة الطرف حتى ولو ارتبط إيجاباً أو سلباً بعض من آثار العقد طالما أنه لا يمكن له تكوين أو تعديل أو إنهاء العقد باتفاق جميع الأطراف. ويدخل في ذلك الغير المطلق والدائني العادي حتى إذا مارس دعاوى الضمان العام وكذلك الخلف الخاص حتى ولو ارتبط بعض إيجابيات أو سلبيات العقد طالما أنه ليس له القدرة على إنشاء وتعديل أو إنهاء العقد الذي أبرمه السلف. ومع ذلك فإن بعض الغير يশتملهم بعض من آثر القوة الملزمة دون أن تكون لهم صفة الطرف لكونهم ليس لهم القدرة على تعديل أو إنهاء العقد باتفاق الأطراف، ويدخل في ذلك الاشتراط المصلحة الغير والتعهد عن الغير والدعوى المباشرة، كما أن الصور كثيرة متى يصبح الغير دائناً أو مدييناً بموجب العقد المبرم من الغير دون أن يكتسب هذا الغير صفة الطرف.

والخلاصة في جميع ذلك أنَّ الأطراف بالعقد هم من أبرموا العقد أصلّة أو نيابة، نيابة قانونية أو اتفاقية، وانضموا إليه إذا كان القانون يسمح بذلك أو جلوا محل الأطراف المتعاقدة بحاله الرضاعيات التعاقدية، سواء كانت مأدوناً بها أو مفروضة قانوناً، وارتبطوا سلباً أو إيجاباً بأثره الملزم وأمتازوا بمعيّنات الصفة أي القدرة على تعديل أو

السنوات الفارطة، ونجد في الاتجاهات أخلاقيات كثيرة.
Jacques Ghestin, avec le concours de Christophe Jamin et Marc Billiau: *Les effets du contrat*, op. cit., p. 389 et suiv., n° 336 et suiv.

(1) Jacques Ghestin, op. cit., p. 388 et suiv., n° 335 et suiv.

والتعهد عن الغير⁽¹⁾؛ معنى ذلك أنَّ معنى الطرف في العقد يمتد للشخص المعقد أصلّة أو نيابة وإلى الأشخاص الملحقة بالأطراف إرادة أو قانوناً. ولا تشمل القوّة الملزمة للعقد إلا من كان ضمن هذا التعريف، وفي هذه الدائرة فقط يمكن الحديث عن المسؤولية التعاقدية عند الاقتضاء.

وعلى ذلك الأساس يعُد طرفاً في العقد المتعاقدون سواء تعاقدوا مباشرةً أو بواسطة من ينوبهم والخلف العام أي الورثة والخلف الخاص أي من انجر له حق محدث من السلف وفي حدود الحقوق المتنقلة والدائني العادي أي من ليس له حق محدث بعينة أو ضمان خاص وإنما له ضمان عام على الذمة المالية للمدين في حدود دعاوى الضمان العام التي يمكن أن يمارسها الدائن في مواجهة المدين أي الدعوى البليانية والدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة والدعوى الصورية.

ويعد غيراً تبعاً لذلك وبطريقة عكسية كلّ شخص خارج إطار تعريف المعاهد والخلف العام والخلف الخاص والدائني العادي⁽²⁾؛ ولا يلتزم الغير بالقوة الملزمة للعقد وإنما يعارض بالعقد باعتباره راقعة اجتماعية ربما تكون أساساً للمسؤولية التقصيرية عند الاقتضاء إذا لم يراع الغير هذا العقد أو عارض تنفيذه.

- التقسيمات الحديثة: ظهر للبعض أنَّ هذا التقسيم التقليدي لا يفي بالحاجة، فليس للخلف الخاص وضعية موحدة حتى يلحق بالآطراف، فهو في نفس الوقت دائم عادي وغير مطلق وخلف خاص، فالمشتري للعقار يعد خلفاً خاصاً للبيع بالنسبة إلى محل البيع أي العقار على سبيل المثال، وتنتقل إليه العقود التي أبرمها السلف أي البائع والتي لها علاقة بالعقار مثل حق الارتفاق، ولكنه في نفس الوقت دائم عادي باعتبار أنَّ البائع ملزم بضمان المبيع لفائدة وهوأخيراً غيراً مطلقاً بالنسبة إلى العقود التي يبرمها سلفه فيما يتجاوز العقار موضوع البيع. كما أنَّ الدائن العادي لا يمكن أن يعتبر ضمن الأطراف بمجرد أنْ مكنته المشعر من ممارسة دعاوى الضمان، فهو في نهاية الأمر غير ولو مكتئن المشرع من ممارسة بعض الدعاوى التي تعتبر امتيازاً للدائنين أو أنَّ المصلحة الاجتماعية تقتضي هذا التوجه دون أن يتحذ الدائن العادي مركز الطرف في العقد بالضرورة. كما أنه ليس صحيحاً أن يرتبط تعريف الأطراف بتكون العقد، حيث يجوز أن يعرف طرف العقد على مستوى تنفيذه العقد، كما أنَّ الإرادة لا تكون دوماً هي الأساس في تعريف الطرف بل إنَّ القاعدة القانونية يمكن أن تلحظ بعض الأشخاص بدائرة الأطراف دون أن تكون لهم آية علاقة بالعقد⁽³⁾.

(1) Carboneau Jean: *Les obligations*, op. cit., p.201 et suiv., n° 52 et suiv.

(2) Jacques Ghestin, avec le concours de Christophe Jamin et Marc Billiau: *Les effets du contrat*, op. cit., p. 383 et suiv., n° 331 et suiv.

(3) الحقيقة أنَّ معيار التمييز بين الطرف في العقد والغير كان محل نقاش بين رجال القانون على امتداد

ويحمل تناووت distortion صعب الفهم بين الوضعيات المتشابهة حيث اعتبر المحال له غيراً والمحال أنه يحمل محل المحيل في حين أن الوارث يحمل محل المورث وهو من الأطراف ويتضمن جانباً من التناقض paradoxal بتطبيق صفة الطرف على المتنفع من الاشتراط لمصلحة الغير في حالة موافقته لاحقاً وإخراجه من دائرة استثناءات الآخر النسبي لأثر العقد. ولم ير الكاتب فائدة في هذا التقسيم الجديد باعتبار أنه لا يحدد بدقة دائرة القوة الملزمة للعقد حيث إن معيار الارتباط بحقوق وواجبات العقد المقترن في التقسيم يتوزع بشكل عميق بين الغير والطرف، كما شُكِّل الكاتب في إمكانية تطبيق معيار الإرادة في تحديد مركز الطرف، ورَكِّز على صور محددة وهي موافقة المتنفع من الاشتراط لمصلحة الغير وموافقة الوارث وموافقة المحال له⁽¹⁾. فـ موافقة المتنفع من الاشتراط علامة مميزة باعتبار الحقوق المنشأة أصلاً ولا تسري موافقة الوارث على عقد محلي حتى يشتمل معيار الإرادة، بينما توفر الإرادة بالنسبة إلى المحال له صراحة أو ضمناً ولا يمكن اعتباره غيراً على ذلك الأساس وتشمله المسؤولية التعاقدية عند الاقتضاء، تجاوزاً للإحالة القانونية. ولاحظ الكاتب أخيراً أن معيار الإرادة بهذا الشكل يحمل مضامين متقلبة حسب الصور وقد يؤدي اعتماده تطبيقياً إلى نوع من الفصر. وأكد على أنه ليس من الضرورة نقل النقاش على مستوى التنفيذ، بل لا بد من التمييز بين الآخر الملزم للعقد وانتقال الالتزامات، وأن الفصل 1165 (المجلة الجنائية الفرنسية) نص خاص جاء في زمن تكوين العقد، فلا يمكن للطرفين بإرادتهما أن يلزموا الغير ولا يمكن لهذا الغير أن لا يكتفى بوجود العقد، على أنه يمكن للغير أن يتضمن لدائرة الأطراف بحكم القانون أو الإرادة. وخِير نهاية استقرار التقسيمات التقليدية المتوفرة على المجازفة بحلول وتقسيمات جديدة قد لا تقوم فيها الحاجة، مع اعترافه بعدم كمال جميع التقسيمات التي تأخذ مرتكزي الغير والطرف بالدراسة.

كما انتقدت السيدة Gelfussi-Thibierge⁽²⁾ هذه المحاولة في اتجاه أنه طلبنا أمكِن تحديد الطرف بمعايير واضحة، إرادة أو قانوناً، فلا حاجة إلى المحقق البعض بتأثيره الأطراف أي لا حاجة إلى القول بفكرة الإلهاق، بل يجب اعتماد هذا المعيار للفصل بين الأطراف والغير، وأكَّدت على أن اعتماد معيار الإرادة في جميع الصور لتحديد أطراف العقد قد لا يفي بالحاجة وقد تكون الإرادة المشروطة صورية في بعض الأحيان كما هو الحال بالنسبة إلى الخلف العام. ورأَت أن المحاولات الجديدة في التقسيم

(1) يأخذ الكاتب بمعيار الإرادة في تحديد الطرف بالنسبة إلى المعاقد أصلية أو نيابة وكذلك بالنسبة إلى التهدى من الغير.

(2) De l'élargissement de la notion de partie au contrat ... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif , Rev.trim.dr.civ. 1994, p.275 et suiv.

إنها العقد طبق الإجراءات التعاقدية أي طبق اتفاق الأطراف. وبقي البقية ضمن الغير. ولكن البعض من هذا الغير يتفع بالآخر الملزم للعقد أو يتلقأه استثناء للمفعول النسبي لأنَّ العقد. ولكنه مع ذلك لا يمكن اعتبارهم أطرافاً لأنَّهم ليسوا بالوضعية المشابهة للأطراف إلا بصفة جزئية ولا يتمتعون بامتيازات صفة الطرف أي القدرة على تعديل أو إنهاء العقد طبق الإجراءات التعاقدية أي بعد اتفاق الأطراف. فالقانون هو الذي جعلهم ذاتيين أو مدينين تجاوزاً لإرادتهم⁽¹⁾.

وال فكرة الأساسية في هذا التقسيم الحديث هو أنه يمكن للشخص أن يكون طرفاً بالعقد ولو لم يشارك في إبرام العقد بذاته، سواء لإبرام العقد بواسطة أو لأنَّه أصبح قانوناً مرتبطة بأثر العقد إيجاباً أو سلباً، تجاوزاً للفكرة المعاصرة التي تشمل الغير فقط. وعلى ذلك الأساس فإنه بعد طرفاً في العقد ويشتمل المضمر النسبي للعقد الأطراف المتعاقدة وكل طرف مرتبط بأثر العقد بمعنى أن يتفع إيجاباً أو سلباً بأثر العقد. و شأن هذا التقسيم الحديث أنه يتلاقي ضبابية التقسيم القديم الذي يقوم على التمييز بين الغير الحقيقي وشبه الغير بما أنَّ هذا الأخير يعدَّ ضمن أطراف العقد. وفضل هذا التنظيم كذلك أنه يجعل تحديد الأطراف المرتبطة بالعقد les parties liées بالعقد les parties liées على مستوى تكوين العقد وإنما على مستوى تفاصيل العقد. فالغير على ذلك الأساس هو كل شخص غير مرتبط بالعقد ولا يتمتع بصفة أو صرورة بالعقد مستوى المعاصرة، والأطراف هم الخاضعون للقوة الملزمة للعقد على شرط التمييز بين الأطراف المتعاقدة والأطراف المرتبطة بالعقد، فالغير يجب أن يراعي ويعتزم العقد وتلك هي المعاصرة، والملزمون بقوة العقد يطالهم أثر العقد إيجاباً وسلباً.

و واضح أنَّ هذا التمييز لا يأخذ بسلطان الإرادة كمعيار لضبط القوة الملزمة للعقد وإنما يأخذ بمبدأ العدالة التعاقدية والضرورة الاجتماعية. ولكنَّه لا يفهم من ترك سلطان الإرادة على أنه ترك لاتفاق الأطراف في العقد، فلا يمكن أن يتراوح العقد وأثره إلا متى كان التصريح بالإرادة. فلا يمكن الحديث عن ارتباط تعاقدي في غياب إرادة أطراف العقد. ولا يمكن إسناد صفة الطرف بالعقد إلا من كانت له الإرادة في تحمل أثر العقد، مهما كان زمن التصريح بالإرادة. فإذا شمل أثر العقد شخصاً مع غياب إرادته، فيبقى ذلك الشخص غيراً حتى لو ارتبط بأثر العقد، وعلى ذلك الأساس كان التمييز بين أطراف العقد من ناحية والغير المرتبطة بالقوة الملزمة للعقد من ناحية أخرى.

وقد انتقد هذه المحاولة Jean-Luc Aubert⁽²⁾ قوله إنَّ هذا التقسيم الجديد بين الغير والطرف تقسيم غير مستقرٍ hétérogène ويتغير بتغير الوضع في نفس الصيغ

(1) Jacques Ghislain, op. cit., p. 415.

(2) Rev. trim.dr.civ. 1993, p.263 et suiv.

وعلى ذلك الأساس فقد حسم المشرع التونسي بالالفصول 240 و 241 و 242 و 245 م.أ.ع عدّة نقاط هامة في تحديد الأطراف والغير، فليس الطرف إلا المعادف أصلًا أو نيابة ويتنزل الخلف العام والخلف الخاص منزلة الطرف في للعقد في حدود الالتزامات المترتبة إليهم. والغير، وبالتالي عكس، هو كل ما يتتجاوز المتعاقدين والخلف، بقى أن نشرح معنى هذه المفاهيم، أطراف العقد (أ) والغير في العقد (ب).

أ-أطراف العقد

قبل ضبط دائرة أطراف العقد وبيان القائمة في ذلك (2) نحاول أن نضع معياراً لتعريف الطرف في العقد (1).

1-معيار تحديد أطراف العقد

الطرف في العقد هو الشخص الذي رضي بالعقد أصلًا أو نيابة، اتفاقاً أو قانوناً، فهو الذي حضر بشخصه تكرين العقد وكذلك هو الشخص الذي كلف الغير بتمثيله في العقد أو صنع تمثيله قانوناً. ولا يعين الطرف إلا على مستوى تكرين العقد، فقد نصت الفصول 240 و 241 و 242 م.أ.ع صراحة على المتعاقدين دون سواهما. فليس من الممكن الحديث عن أطراف العقد على مستوى تنفيذ العقد، بل إن تنفيذ العقد يستدعي الحديث عن انتقال الالتزامات وفي ذلك معنى الخلافة، خلافة عامة أو خاصة ويدخل في ذلك معنى إحالة الالتزامات وإحالة الأسماء في الشركات وغير ذلك من الصور⁽¹⁾. وقد ألحق القانون الخلف العام أي الورثة والخلف الخاص بدائرة الأطراف بنص صريح. وعلى ذلك الأساس يعد طرفا في العقد كل من أراد العقد أصلًا أو نيابة أو الحق قانوناً بدائرة الأطراف. ولهذا الطرف الحق في تعديل بنود العقد أو إنهائه باتفاق الطرفين، كما أن الخلل فيه يتحمل إلى المسؤولية التعاقدية وليس للمسؤولية التقصيرية.

2-تحديد أطراف العقد

نخلص من جميع ذلك أن أطراف العقد هم على التوالي: المتعاقدان والخلف العام والخلف الخاص.

(1) ويمكن القول كذلك أن الانضمام إلى العقد إنما في حقيقة الأمر مسألة تصل بإحالة بعض الحقوق للخلف الخاص المنضم، وإنما قد يظهر الانضمام إلى الانتفاقات الجماعية في المادة التشغيلية وأنه شأن قانوني يتتجاوز إرادة الأطراف، فلا تطبق الاتفاقية الجماعية إلا بعد المصادقة عليها طبق القانون، وتصبح حينئذ وكأنها النظام الداخلي للمهنة.

Carbognier.Jean: *Les obligations*, op. cit., p.204, n°52.

سعت إلى توسيع رقعة أطراف العقد زمنيا انتقالاً من إرادة التعاقد إلى إرادة الرغبة في الارتباط بالعقد، من زمن تكوين العقد إلى زمن تطبيقه. واقتصرت اعتماد تقسيم حديث في اتجاه توسيع دائرة أطراف العقد استناداً إلى مصادر أطراف العقد، حيث إن الطرف في العقد ليس نتاج الإرادة فقط بل يمكن للقانون أن يكون مصدراً في ذلك، فيعتبر شخصاً معيناً ضمن دائرة أطراف العقد ولو لم يصرح بإرادته. وعلى ذلك الأساس ميزت في اقتراحاتها بين الأطراف في زمن تكوين العقد، وهم الأطراف بموجب الإرادة أصلًا أو نيابة والأطراف بموجب القانون وهم الأشخاص الممثلين قانوناً في العقد، والأطراف زمن تطبيق العقد، وهم الأطراف بموجب الإرادة وهو الحال له في حالة العقد ومصادقة المستفيد من العقد في التعاقد لمصلحة الغير، والأطراف بموجب القانون وهم الورثة والمحال له قانوناً. وبعد غيرها تبعاً لذلك كل شخص لا يخضع للقوة الملزمة للعقد إرادة أو قانوناً وهم على صفتين، الغير غير الخاضع للقوة الملزمة أي الغير المطلق والدائن العادي والخلف الخاص، والغير الخاضع للقوة الملزمة أي المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير⁽²⁾.

- الخيار في مجلة الالتزامات والمقدود: أورد الباب الأول من العنوان الخامس ما يترتب عن الالتزامات مطلقاً، وبعد أن وضع الفصل 242 م.أ.ع قاعدة القوة الملزمة للعقد بالقول إنه «ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا يتضمن إلا برضاهما أو في الصور المقررة في القانون»، بين الفصل 240 م.أ.ع الإطار الشخصي للقوة الملزمة للعقد «فلا يلزم العقد إلا العاقدين ولا ينجر منه للغير ضرر ولا نفع إلا في الصور التي نص عليها القانون»، وبعد «المدين مسؤولاً بما يصلح من نائبه وغيره ومن استعان بهم على إجراء الالتزام كما لو صدر ذلك منه ولو عليهم الرجوع حيث يجب قانوناً⁽²⁾، وأنزل الخلف العام والخلف الخاص منزلة الأطراف بالفصل 241 م.أ.ع حيث نص على أن «الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضاً على ورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم ما لم يصرح بخلاف ذلك أو يتحقق من طبيعة الالتزام بمقتضى العقد والقانون لكن لا يلزم الورثة إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة مثاباتهم. فإن امتنعوا من قبول الإرث فلا يلزمهم ولا شيء عليهم من دين وورثتهم وحيثئذ لا يسع أرباب الدين إلا تبع مختلف المديnen».

(1) وفعلاً عبد المؤلف Jacques Ghestin ، على إثر هذا النقد، بعض الاتجاهات في الطبعة الثانية من كتابه «أثار العقد» التي صدرت بتاريخ 1996 وخاصة يقرير الأساس القانوني في الالتحاق بالأطراف، ولكن الشكل العام للتقسيم يبقى كما هو.

(2) الفصل 245 م.أ.ع.

المورث) التنفيذ على أموال الوارث مطلقاً. فتبقى الذمة المالية للمورث مختلفة ومفروضة عن الذمة المالية للوارث. ذلك أن الوراثة بالفقه الإسلامي هي وراثة مال وليس وراثة شخص. فلا تكون شخصية الوارث استمراً الشخصية المورث، فلا يأخذ عنه التزاماته، فلا تختلط أموال المورث بأموال الوارث. وسواء قلنا إن انتقال التركة كان بتاريخ الوفاة أو بغيره، فلا تخلص التركة للوارث إلا بعد تجهيز الميت ودفع حقوق الدائنين وحقوق الموصي لهم، وقد افترض كل من الحنفية والشافعية استمرار شخصية الميت إلى حد سداد الدين، أي بقاء الذمة المالية للمورث قائمة إلى ما بعد يوم الوفاة، أي إلى حد سداد الدين. وهو مجرد افتراض لتبرير تصفية ديون التركة بعد وفاة المورث دون أن تختلط أموال المورث بأموال الوارث. لكن المالكية أنكروا أن تستمر شخصية المورث لأن الذمة المالية لا تستقيم إلا مع الحياة وإنما تبقى الديون متصلة بتركة المورث لفصلها عن ذمة الوارث وعن ذمة المورث سواء باستاد الشخصية المعنوية لهذا المال أو بتخصيصه للدائنين أو بتوفّر ذمة مالية مستقلة على معنى الاتجاهات الحديثة في الفقه. وإذا ذهب بعض الحنابلة إلى رأي المالكية وانضم البعض الآخر إلى رأي الشافعية والحنفية، فإن لهم رأياً مخصوصاً في أن الديون لا تتعلق بذمة الميت أو بالتركة وإنما بذمة الوارث في حدود ما يتركه المورث من أموال. فيجوز أن ينفذ الدين على الذمة المالية للوارث، دون الالتزام بأعيان معينة، لكن في حدود الأموال المختلفة. معنى ذلك، حسب الفقه الحنبلي، أن الملكية تنتقل فوراً بممات المورث، وتتم الحقوق والديون إلى الذمة المالية للوارث وتختلط أموال المورث وأموال الوارث ويجوز لدائن المورث التنفيذ على أي مال من أموال الذمة المالية للوارث، ولكن دوماً في حدود ما خلفه المورث. وإذا تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين ذهب معظم المذاهب الإسلامية إما إلى بطلان التصرف أو إلى صحته مع توقيف نفاذه على إجازة الدائن وذلك حماية لحقوق الدائنين. ويمكن أن يستوعب المذهب الواحد الرأي الأول والرأي الثاني في نفس الوقت دون أن يكون ذلك مرتبلاً بمسألة وقت نقل الملكية أو تعلق الدين بالذمة المالية للمورث أو للوارث أو بالتركة. ولكن الفقه الإسلامي لم ينظم إجراءات جماعية في ضبط أعيان التركة وتصفيتها واستخلاص حقوق الدائنين، ولكنه ضمن حماية الدائنين ياقرر حق عيني للدائنين بمعنى تقديم الدائنين وأفضليتهم عن الوارث ودائنيهم.

وتبعد التركة، يجعل التصرف قبل سداد الدين باطلأ أو موقفاً على إجازة الدائن. أما القانون الروسي ومن بعده القانون الفرنسي فيختلفان عن مفهوم وراثة المال المعمول به بالفقه الإسلامي، ويقولون بوراثة الشخص، بمعنى أن تنتقل التركة إلى الوارث محملة بالديون والحقوق وتختلط أموال المورث وأموال الوارث ويجوز التنفيذ على أموال الوارث وكأنه دائن شخصي بالدين. ففقط يمكن للوارث أن يرفض التركة

-المتعاقدان: المتعاقد هو من رضى بالعقد أصلالة أو نيابة، أي من تعاقد بنفسه أو بواسطة، فلا يهم حضور الشخص ز من إبرام العقد بقدر ما يطلب رضاه، فالرضاء بالعقد هو أساس تحديد معنى المتعاقد⁽¹⁾.

ولا يعتبر طرفاً في العقد من ساهم فقط في تكوين العقد المبرم من قبل آخرين، مثل موافقة الولى في إبرام عقد الزواج من قبل القاصر وموافقة المكتري في إ حاله الكراء التجاري وموافقة الشريك على الكراء المبرم من قبل صاحب حق الانتفاع وإمساء عدل الإشهاد بالعقد، وغير ذلك من الصور المشابهة. فليس لهؤلاء إلا دور محدود ينتهي بانتهاء الموافقة المطلوبة، وليس لهم حق في إنهاء العقد أو حتى تعديله اتفاقاً، معنى ذلك أنه إذا بقيت المشاركة في مستوى الإذن كان صاحب الإذن خارج دائرة إطار العقد. واستقر الرأي على أن إبرام العقد بواسطة نائب نيابة قانونية أو اتفاقية تستند إلى المناصب صفة الطرف إذا تصرف الوكيل أو النائب بشكل عام في حدود الاتفاق أو القانون⁽²⁾.

-الخلف العام: يعد الوارث من الخلف العام الذي تنتقل إليه ملكية أعيان التركة أي مجمل الحقوق المالية. ولا تنتقل إليه الحقوق المتهمة قانوناً بممات المورث مثل حق الانتفاع والحقوق المالية ذات الطبيعة الخاصة مثل التفقة والحقوق غير المالية مثل الولاية والطلاق وغير ذلك.

ويستحق الإرث بممات المورث ولو حكماً وبتحقق حياة الوارث من بعده على معنى الفصل 85 م.أ.ش، أي أن ملكية الأعيان تنتقل إلى الوارث زمن الوفاة ولا تتأجل إلى ما بعد سداد الدين، وهو قول معروف بالفقه الشافعي في مذهب العجيد وأشهر الروايتين عند الحنابلة⁽³⁾.

وإذا كانت الحقوق تنتقل على تلك الصورة، فإن انتقال الديون فيها قول مخصوص. أما بالنسبة إلى الشريعة الإسلامية، فالمشهور أن التركة لا تنتقل إلى الوراثة إلا خالصة من الديون، أي أن الحقوق تنتقل إلى الورثة، وتبقى الديون بتركة الميت ولا تنتقل إلى الوارث، فلا تدخل بالذمة المالية للوارث، ولا يستطيع الدائنين (أي دائنو

(1) محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص 303 وما بعده، عدد 406.

(2) Jacques Ghelin, avec le concours de Christophe Jamin et Marc Billiau: *Les effets du contrat*, op. cit., p.403, n°346.

François Terré, Philippe Simler, Yves lequette: *Les obligations*, p. 385, n°462.

(3) اختلفت مواقف فقهاء الإسلام في تحديد زمن انتقال الملكية، فمنهم ذهب إلى تأخير الانتقال إلى ما بعد سداد الدين، وهو الفقه المالكي، ومنهم من يرى بين صورتين صورة استغراق التركة لكافل الدين، فلا تنتقل، وصورة عدم استغرقها، فتنقل بممات المورث، وهو موقف الشافعية، ومنهم من ذهب إلى أن الانتقال يحدث بمجرد الوفاة وهو موقف الشافعية في مذهبهم الجديد والحنابلة في أشهر الروايتين. يراجع عبد الرزاق السنوري، المجلد التاسع، المرجع السابق، ص 95.

الرومانى في وراثة الشخص بنتقل كامل الالتزامات، واحتلاط أموال الوراث بأموال المورث. وأكمل الفصل 241 م.أ.ع في نهايته بما له أصل بالقانون الفرنسي وهو أن الورثة «إذا امتنعوا من قبول الإرث فلا يلزمهم شيء ولا شيء عليهم من دين مورثهم وحيثذا لا يسع أصحاب الدين إلا تتبع مختلف المدين». فيكون بذلك الفصل 241 م.أ.ع قد أخذ جل أحکامه من القانون الفرنسي، فلم تختلف إلا قاعدة قبول الميراث بشرط التجنیب أو الجرد. وأخذ فقط فكرة الالتزام في حدود الإرث من الحنابلة⁽¹⁾. وإذا تصرف الوراث في التركة قبل سداد الدين، وقد منع الفصل 553 م.أ.ع الإرث إلا بعد أداء الدين، ولا يجوز لشخص أن يمنع غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق عملاً بأحكام الفصل 551 م.أ.ع، أمكن إبطال التصرف حيث إذا «صرح القانون بالنهي عن شيء معين كان إتيانه باطلًا لا يبني عليه شيء» « عملاً بأحكام الفصل 539 م.أ.ع⁽²⁾ . والملخص في جميع ذلك أن الحقوق في القانون التونسي تنتقل بتاريخ الوفاة وتتصرف مضمونها إلى الذمة المالية للوارث تختلط بأموال الوراث. ويخلص للدائن حقاً عيناً أو قل رهنا قانونياً في التفضيل والتشعّع، فيتقدم على الوراث وداتي الوراث، ويجوز أن يفقد الدائن على أي مال من الأموال التابعة للذمة المالية للوارث، لكن لا يمكن إزامه إلا في حدود منابه ويقدر سهمه في التركة، كما يجوز له في نهاية الأمر رفض التركة بجملتها، فيتخلص من تتبع الدينين⁽³⁾.

ويتزل الخلف العام بذلك منزلة الطرف، وليس الإرادة هي أساس جعله طرفاً في العقد، ولو أنه بإمكان الوراث أن يرفض التركة، ولكن القانون هو الأساس في ذلكحقيقة، حيث أنزل المشرع الخلف العام صراحة بالفصل 241 م.أ.ع متزلاً للطرف دون حاجة إلى معالجة مسألة الإرادة.

-الخلف الخاص: الخلف الخاص هو «من يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عيناً على هذا الشيء»⁽⁴⁾. فقد ينتقل إلى الخلف الخاص حقاً عيناً مثل ملكية أرض أو حق ارتفاق وقد ينتقل إلى الخلف الخاص حقاً شخصياً مثل الحقوق

(1) وهو نفس الرأي المشار إليه بالفصلين 196 و 222 م.أ.ع.

(2) وتوجه الداعي على الوراث فرداً أو على جميع الورثة، ولا يمكن للوارث أن يدفع بانقسام الدين على الورثة. وإذا ورثت على أحدهم كان نائباً على البقية.

(3) يمكن القول وهو الأصح أن مجلة الأحوال الشخصية قد اعتمدت صراحة مبدأ وراثة المال بالتأكيد على أن المقرض فقط هي التي تنتقل إلى الورثة وليس الالتزامات التي تبقى مرتبطة بتركة المورث، وبذلك يعد ما ورد بالفصل 241 م.أ.ع في شأن التزامات الورثة في علاقتهم بداعي الوراث قد نسخ بمضمون الفصل 87 م.أ.ش، المعروف أن مجلة الأحوال الشخصية قد جاءت بعد مجلة الالتزامات والعقود.

(4) عبد الرزاق السنوسي: المجلد الأول، ص 546 وما بعد، عدد 350 وما بعد.

فيتخلص بذلك من جميع الديون أو أن يقبل التركة بشرط الجرد أي التجنیب والإفراز (sous bénéfice d'inventaire)، فتبقى بذلك التركة مستقلة عن أموال الوراث وتعلق الديون بالتركة ويضمن الوراث أن لا تتجاوز حقوق الدائنين مجال التركة. وهذا ما يشهي مركز الوراث بالشريعة الإسلامية.

أما المشرع التونسي فقد نص بالفصل 85 م.أ.ش على أن الإرث يستحق بموت المورث ولو حكماً وبتحقق حياة الوراث من بعده، معنى ذلك أن الميراث ينتقل إلى الوراث يوم الوفاة، وحدد الفصل 87 م.أ.ش قائمة الديون التي يجب دفعها ترتيباً، فإذا في المرتبة الأولى المحقوق المتعلقة بعين التركة أي الالتزامات المحملة على الأموال العينية ثم مصاريف التجهيز والذفن ثم الديون الثابتة في الذمة ثم الوصية الصحيحة النافذة وأخيراً يأتي الميراث. وينتلي يقدم الثنائي على الوراث وهي نفس القاعدة التي تضمنها الفصل 553 م.أ.ع من أن «الدائن يقدم على الوراث ولا إرث إلا بعد أداء الدين». وكان المشرع اعتمد عبارة حق الدائن المعتمدة بالفقه الإسلامي، فيخلص المدائين رهنا قانونياً بخواصه استخلاص دينه بداية قبل الورثة. ويدو من خلال الفصلين 85 و 87 م.أ.ش أن المشرع اعتمد تاريخ الوفاء كterminus toreditis لتحديد نقل التركة، وهو رأي الشافعية وأشهر الروايتين لدى الحنابلة. وأخذ بفكرة انصراف الدين إلى التركة، بدليل قول الفصل 87 م.أ.ش « يؤدي من التركة...»، وهو رأي المالكية. فلا ترتبط الديون بشخصية الوراث على رأي الحنابلة أو بشخصية الموزث على رأي الشافعية والحنفية. ولكن هذا الرأي يختلف شيئاً ما عمما ورد بالفصل 241 م.أ.ع، حيث نص هذا الفصل على أن «الالتزامات لا تجري أحکامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضاً على ورثهم وعلى من ترث له حق منهم ما لم يصرح بخلاف ذلك أو يتخ من طبيعة الالتزام بمقتضى العقد أو القانون لكن لا يلزم الورثة إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة منابتهم. فإن امتنعوا من قبول الإرث فلا يلزمهم ولا شيء عليهم من دين مورثهم وحيثذا لا يسع أصحاب الدين إلا تتبع مختلف المدين». وفيهم من خلال ذلك أن المبدأ هو تقبل الوراث بالتزامات جميعها بحقوقها ودونها، ولا يستثنى من ذلك إلا ما خرج اتفاقاً، لأن يتحقق المورث مع ذاته بانتهاء الالتزام بموته، أو طبيعة، لأن يكون شخص المورث هاماً ومحدوداً في الالتزام، أو قانوناً، كما في صورة نهاية حق الانتفاع بموت المتنفع. وتتصدر الالتزامات إلى الذمة المالية للوارث، فتحتل أموال الموزث بأموال الوراث، وبإمكان الدائن التنفيذ على الذمة المالية للوارث. فقط أن الورثة لا يلزمهم إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة منابتهم. وإلى حد الآن أخذ الفصل 241 م.أ.ع، بالذهب الحنبلي. ولو وقف هذا الفصل عند ذلك الحد لفتنا إن المشرع التونسي ثار بهذا المذهب لا غير. لكن هذا الفصل يدو أنه تأثر بالقانون الفرنسي وبفكرة القانون

وتطبيقاً للالفصل 241 م.أع فالذي ينتقل إلى الخلف الخاص يمكن أن يكون حقاً عيناً أو حقاً شخصياً. فجميع العقود التي أبرمها السلف والتي كان من شأنها إنشاء حق عيني على العين موضوع الانتقال تنتقل مع العين إلى الخلف العين، فذلك يعني أن الحقوق العينية المرتبطة بالعين موضوع الانتقال تنتقل مع العين إلى الخلف الخاص، ويدخل في ذلك جميع الحقوق العينية المترتبة عن الملكية مثل حق الارتفاع وحق الانفصال وجميع الحقوق العينية التبعية مثل الرهن والامتياز. والحقيقة أن هذه الحقوق تنتقل ليس فقط لأن السلف كان سبباً في إيجادها، بل لأنها مرتبطة بالعين المترتبة أو أنها من مستلزمات الحق أي مكملة أو محددة للحق العيني. أما العقود الشخصية فتنتقل في وجهها الإيجابي إلى الخلف الخاص باعتبارها تابعة *accessoire* للحقوق المحالة مثل عقود التأمين والضمان⁽¹⁾ وعقود عدم المتناسبة لصالح السلف وحق الخلف الخاص في رفع دعوى العقوبات الخفية ضدّ البائع للسلف ودعواه ضدّ مقاول البناء. وفترض دوماً أن السلف أبرمها لفائدة الخلف بوصفها مكملة للحق موضوع الإحالة. وتبقى الالتزامات الشخصية في وجهها السليبي محملة على السلف ولا تنتقل من حيث المبدأ إلى الخلف الخاص، فذلك يعني أن الخلف الخاص يعذر غيرها بالنسبة إلى هذه العقود ولا يمكن أن تحمل عليه بأي شكل من الأشكال، فمن المفترض أن لا يحمل الخلف الخاص وزر أعمال السلف. ولكن إرادة الأطراف والتشريع يجزئان في عدة صور انتقال مثل هذه الالتزامات إلى الخلف الخاص، وكذلك انتقال عقود الكراء وعقود الشغل بالرغم من بيع الأصل⁽²⁾.

والواضح من جميع ذلك أنه يتشرط في انتقال الالتزامات إلى الخلف الخاص أن تكون الالتزامات ذات علاقة مع الشيء المترتب ومن مستلزماته في غياب اتفاق صريح بين الطرفين أو توفر نص قانوني خاص وأن تكون قد نشأت قبل إحالة الحق إلى الخلف الخاص. ويقع للقاضي المختص دور هام في ضبط التزامات الأطراف.

+ الاستثناء: نص الفصل 241 م.أع صراحة على «الالتزامات لا تجري أحکامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضاً على من ترتب له حق منهم مالم يصرح بخلاف ذلك أو يتبع من طبيعة الالتزام إلى الخلف». ورد الفصل 241 م.أع صريحاً في سحب الالتزامات على الخلف الخاص، سواء كانت إيجابية أو سلبية، على خلاف بعض التشريعات التي لم تنص صراحة على هذا الأمر مثل التشريع الفرنسي بالفصل 1122⁽³⁾، بينما أوردت بعض التشريعات الأخرى نظاماً مفصلاً لهذا الأمر مثل القانون المصري بالمادة 146⁽⁴⁾.

والالتزامات التي تنتقل إلى المحال له من المحيل، فلا بدّ من نقل شيء مخصوص حتى توفر صفة الخلف الخاص، فمن تلقى الشيء المخصوص يسمى خلف خاص ومن تلقى شيء سلف. فإذا كان الشخص مجرد حق شخصي في الذمة المالية فذلك ما يعرف بالدائن ولا يشمله مركز الخلف الخاص. والأغلب في الواقع أن تنتقل للخلف الخاص حقوق عينية محددة، سواء كانت أصلية أي ملكية الشيء، أو مجرد حقوق متفرعة مثل الارتفاع أو الانفصال أو تبعية مثل الرهن. ولكن الحديث عن نقل الحقوق الشخصية إلى الخلف، الخاص أمر جائز⁽⁵⁾!

والسؤال المطروح هو التالي: فإذا أجرى السلف على الشيء المحال أو المترتب معاملات محددة فهل تنتقل هذه المعاملات سلباً أو إيجاباً إلى الخلف الخاص باعتباره قد تلقى الشيء من السلف؟

الواضح أن مجلة الالتزامات والعقود قد حسمت المسألة صراحة بالفصل 241 م.أع، حيث نص على أن «الالتزامات لا تجري أحکامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضاً... على من ترتب له حق منهم مالم يصرح بخلاف ذلك أو يتبع من طبيعة الالتزام بمقتضى العقد أو القانون...»، وعلى ذلك الأساس فالمنبدأ هو انتقال الالتزامات إلى الخلف، الخاص، مع مراعاة الاستثناءات المحددة وبعض من الحالات الخاصة⁽⁶⁾.

+ المنبدأ: ورد الفصل 241 م.أع صريحاً في سحب الالتزامات على الخلف الخاص، سواء كانت إيجابية أو سلبية، على خلاف بعض التشريعات التي لم تنص صراحة على هذا الأمر مثل التشريع الفرنسي بالفصل 1122⁽⁷⁾، بينما أوردت بعض التشريعات الأخرى نظاماً مفصلاً لهذا الأمر مثل القانون المصري بالمادة 146⁽⁸⁾.

(1) François Terré, Philippe Simler, Yves lequette: *Les obligations*, op. cit., p. 394 et suiv., n°474.

(2) نقل الفصل 241 م.أع صورة انتقال الالتزامات، سلباً وإيجاباً، إلى الخلف الخاص من التشريع الإيطالي كما يظهر من خلال تعليق صانعينا على الفصل 264 من المشروع الأول للمجلة المدنية والتجارية التونسية، ولم يعتمد صيغة الفصل 1122 من السجلة المدنية الفرنسية التي لم يرد بها معنى انتقال الالتزامات إلى الخلف الخاص بالمعنى الإيجابي والسلبي، وكان ذلك سبباً في اعتبار الخلف الخاص بالفقه الفرنسي وفي أغلب كتب القانون غيرها خارج إطار أطراف العقد.

محمد الزين: *العقد*, ص 306 وما بعده, عدد 411 وما بعد.

(3) اكتفى الفصل 1122 من المجلة المدنية الفرنسية بالتصنيف على أن «من يتشرط التزاماً لنفسه محظوظ على كونه اشتراه أيضاً بورثه وليس ترتب له حق منه...». وسرى الفقه على اعتبار أن الحقوق العينية تنتقل باعتبارها لاحقة للعين المترتبة أما الحقوق الشخصية فلا تنتقل إلا في وجهها الإيجابي أما المدبرون فيبقى خارجة عن إطار الانتقال ويفقد المحال له غيراً في ذلك إلا إذا وردت الاستثناءات صريحة اتفاقاً أو قانوناً.

Carboneau Jean: *Les obligations*, op. cit., p.226 et suiv., n°59 et suiv.

(4) نصت المادة 146 من القانون المدني الجديد المصري على أنه «إذا أنشأ العقد الالتزامات وحقوقاً

شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه».

(1) نص المشرع صراحة بالفصل 22 من مجلة التأمين على انتقال عقد التأمين.

(2) الفصل 798 م.أع بالنسبة إلى عقد الكراء.

الفصل 15 من مجلة الشغل بالنسبة إلى عقد الشغل.

الملزمة للعقد، في بعض الأحيان، دون أن يكون طرفاً في العقد استثناءً للأثر النسبي للعقد.

-**الغير المطلق:** الغير من حيث المبدأ هو الذي ليس له علاقة بالعقد لا من قريب ولا من بعيد، فليس بالطرف الذي أبرم العقد ولا تلحظه آثار العقد مطلقاً، ولا يمكن وضعه في إطار الخلف العام أو الخاص أو الدائن العادي أو في باب استثناءات الآخر النسبي للعقد، فذلك هو الغير المطلق *tiers absolu*.

-**الدائن العادي:** الدائن العادي هو الذي ليس له حق أو تأمين خاص على مدته، فإنه ضمان عام على الذمة المالية للمدينين ويتأثر حقه سلباً أو إيجاباً بمجمل التغييرات التي قد تلحق بالذمة المالية، كما في صورة أن يكون الدائن العادي دائناً بمبلغ معين في مواجهة مدته.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الدائن العادي بمثابة الخلف العام بحكم الصمام العام الذي يعرف مركز الدائن العادي، وربما يجد هذا الاتجاه ما يدعمه بحكم

تأثير الدائن العادي بجملة التغييرات التي تلحق الذمة المالية للمدينين⁽¹⁾. والحقيقة أن الدائن العادي يبقى غيره ليس له علاقة بالقوة الملزمة للعقد، وإن تردد قته القضاء في أكثر من مناسبة في ضبط هويته الحقيقة⁽²⁾. غير أنه بحكم الصمام العام

(1) J.Bonnecase : La condition juridique du créancier chirographaire, RTD. Civ. 1920, 103.

(2) فقد ترددت المحاكم كثيراً في شأن الدائن العادي، وربما ناقشت الأحكام والصورة واحدة. فقد ذاعت محكمة التعقيب بالقرار التعقيبي عدد 27817 الصادر بتاريخ 1991/04/18 (غير مشور، ملحوظ باطروحة حاشي الرؤوفى، المرجع السابق، ص 554) إلى اعتبار الدائن العادي ليس غيراً، وكانت الواقع تفيد أن المالك المرسم فوت في العقار موضوع النزاع إلى طرف ثالث الذي لم يعمد إلى إدراج كتبه بالسجل، فبادر دائن البائع بإلغائه وياشر بإجراءات تبييت العقار وانتهت الدعوى بنته. فقام

المشتري غير المرسم بطلب إبطال العقلة عملاً بحكم الفصل 427 م.م.ت باعتبارها تسلطت على ذلك الغير وأبطلت العقلة بدلالة وذهبت محكمة التعقيب إلى هذا الاتجاه باعتبار أن الدائن العادي ليس

غيراً بالنسبة إلى مشتري العقار وبالتالي يمكن معارضته دون أن يكون المشتري مرسماً. قوله إن الفصل 305 من م.ح.ع ويشن نفس على أن كل حق لا يعارض به الغير إلا بترسيمه بإدارة الملكية العقارية وإبداءه من تاريخ الترسيم. إلا أنه لم يحدد مفهوم «الغير» لذلك كان لزاماً لتحديد هذا المفهوم الرجوع لأحكام القانون العام وبالضبط إلى أحكام الفصل 241 من مجلة الالتزامات والعقد الذي تحدث عن العقد السري فيصبح الغير ما استثنى من القاعدة العامة بالنسبة ل تلك العقود وهو كل شخص انجر له حق يوجه خاص. وحيث إن السؤال المطروح في قضية الحال هل أن الدائن الذي قام بإجراء العقلة

العقب) يعتبر غيراً بالنسبة لمشتري العقار المعتبر ضده أم لا؟ حيث ما من شك أن القائم بالعقلة قد استمد حقه من مدته باعتبار العقار الذي هو ليس غيراً بالنسبة للمشتري ولا يمكن وبالتالي لهذا العاقل أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو لمدينه باعتبار أن العقلة لا تكتبه حق الأولوية وهو حق شخصي تجاه مدته. وحيث تأسساً على ذلك واعتباراً وأن حقه مستمد من مدته فإنه لا يهد «غيراً» بالنسبة للمشتري

على معنى أحكام الفصل 305 المذكور وأضمن الطعن وأضمن الطعن والحال ما ذكر غير وجهه ويتجه رد^{هـ} (1) يراجع الفصل 22 من مجلة التأمين على سبيل المثال.
(2) علي كحلو: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 88.

تنقل الالتزامات مهما كانت طبيعتها في صورة اتفاق الأطراف على عدم نقلها أو منع نقلها قانوناً أو أن طبيعتها الشخصية تمنعها من المرور إلى الخلف الخاص. فإذا كانت إرادة الطرفين أو إرادة المشرع صريحة في من الانتقال بذلك أمر هين، فيكتفي الوقوف على معنى الإرادة ومحوها توصلها لتحديد الحقوق أو الالتزامات الممنوع نقلها، وكثيراً ما يتدخل القانون لمنع انتقال جانب من ذلك إلى الخلف الخاص⁽¹⁾. ولا يستثنى من ذلك إلا ما تعلق بالنظام العام. فلا تقدر إرادة الأطراف حينئذ على منعه.

وتحمل طبيعة الالتزامات إلى معنى الالتزامات الخاصة بشخص السلف، فكل التزام مرتبط بشخص السلف لا يمكن أن يمر للخلف الخاص، فقد كانت الطبيعة الخاصة للحق محددة في نشأة الحق فلا مجال بعد ذلك أن يستفيد منه الخلف، وكذلك الصلح الذي يبرمه السلف مع الغير لتقديم تسهيلات في الدفع أساسها العلاقة الشخصية بين الطرفين. وكذلك اتفاق السلف مع المقاول للقيام بعمل معين. ويدو أن للفاضي دوراً هاماً في تحديد الالتزامات المتعلقة بشخص السلف والتي ليست كذلك.

+ صورة خاصة: ولكن الخلف الخاص بعد غيرها في بعض الصور الخاصة حتى بالنسبة إلى الحقوق أو الالتزامات المنقوله إليه كما هي الصورة بالنسبة إلى الصورية حيث نص الفصل 26 م.أ.ع على أن «الحجج الناقضة للعقد ونحوها من المكابib السرية لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتاج بها على الغير ما لم يعلم بها ومن يصير إليه حق من المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصة بعد كالغير على معنى هذا الفصل». معنى ذلك أن الخلف الخاص اعتبر غيراً منذ البداية في نظام الصورية⁽²⁾، ولا حاجة إلى ما قبل تفصيلاً.

بـ- الغير في العقد

يعرف الغير بما يخالف الأطراف في العقد، فالغير هو كل من خرج عن تعريف العقد ويعارض بالعقد، فيلزم بمراعاة العقد. فإذا كان الطرف في العقد ملزاً بضوابط العقد فإن الغير مدعو إلى مراعاة العقد، ولنا أن نحدد الغير في مرحلة أولى (1) قبل الحديث عن المعارضة بالعقد (2).

1- تحديد الغير

بالإضافة إلى أن الخلف الخاص يمكن أن يكون استثنائياً أو في بعض الحالات الخاصة من التغير كما تقدم، فإن الغير يمكن أن يكون مطلقاً أو دائناً عادياً أو تشمله القوة

(1) يراجع الفصل 22 من مجلة التأمين على سبيل المثال.

(2) علي كحلو: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 88.

+ التعاقد للغير: les contrats pour autrui تمثل صورنا الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير مظهرا من مظاهر التعاقد للغير، وهي تحمل آثاراً أرادها المتعاقدان صراحة.

* الاشتراط لمصلحة الغير: la stipulation pour autrui الاشتراط لمصلحة الغير له مفهوم تطور عبر التاريخ ويتيح آثاراً محددة إذا توفرت شروطه. مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير: الاشتراط لمصلحة الغير هو عمل قانوني يشرط في شخص يسمى المشترط stipulant على شخص آخر يسمى المتعهد أو الملزم بهنفiciare. promettant بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المتفق⁽¹⁾. فهو اتفاق بين طرفين يهدف أن تخلص الفائدة لطرف ثالث خارج إطار التعاقد كما في صورة التأمين على الحياة والهبة بعوض كان يشترط التواهب على الموهوب له القيام بعمل محدد لفائدة الغير وકاشراتط البائع على المشتري أن يدفع الشئون لشخص معين. ففي جميع هذه الصور قدر الطرفان المتعاقدان بإرادة حرة أن تخلص الآثار إلى الغير ويحق لهاذا الأخير أن يطالب بأثر العقد بل يمكن أن يلزم الملزم بالتنفيذ بالرغم من أنه ليس طرفا في العقد وذلك هو معنى الاستثناء في أثر العقد.

ويذلك فإن الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد في الحقيقة بين طرفين المشترط والمتعهد أو المتعهد ولا دخل للمستぬ في ذلك وأصل الاشتراط أن يشرط المشترط بالعقد على المتعهد حقاً للغير يكون سندًا للمدعوى المباشرة التي تخلص للغير، ولكن العقد يكون باسم المشترط وبإمضائه ويتحقق له مصلحة شخصية. وليس المشترط مجرد نائب، نهاية قانونية أو اتفاقية أو فضولي، فشأن النهاية أو الفضائل أن يكون التحرك بالنيابة عن الغير، الأصيل أو رب العمل، بينما يتعاقد المشترط بنفسه وله في ذلك مصلحة شخصية مادية كانت أو معنوية وذلك هو ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير والفضائل. وحقيقة الاشتراط لمصلحة الغير أن يشرط المشترط حقاً للغير فلو صح أن اشتراط المشترط حقاً لنفسه ثم قرر تحويله إلى الغير لكن الأمر مذعنة للحديث عن عقد أول وعقد ثاني. بينما الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد واحد يشرط من خلاله المشترط حقاً للغير. ولكن ذلك لا ينفي مصلحة المشترط في هذا العقد بلليس تدخله نيابة عن الغير بل هو تدخل يتحقق للمتدخل مصلحة ثانية سواء كانت مادية أو معنوية.

تطور مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير: ليست صورة الاشتراط لمصلحة الغير إلا حالة حديثة تجيز امتداد أثر العقد للغير تجاوزاً لمبدأ الأثر النسبي للعقد. فلم تكن المؤسسة معروفة في البداية في القانون الروماني لقيام هذا القانون على مبدأ أساسى

(1) محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص. 320 وما بعد، عدد 429 وما بعد.

المحمول على الذمة المالية فقد مكّن المشروع الدائن العادي إذا ما توفرت الشروط ممارسة الدعوى الضورالية لإظهار حقيقة الاتفاق السري على معنى الفصل 26 م.أ.ع أو ممارسة الدعوى البليانية طلب عدم معارضته بجملة من العقود المضرة بحقوقه على معنى الفصل 306 فقرة أولى م.أ.ع أو ممارسة الدعوى غير المباشرة للاستثمار بما للمددين من حق لدى الغير على معنى الفصول 306 فقرة ثانية و307 و308 م.أ.ع. ففي جميع هذه الدعاوى يلحق أثر العقد الدائن العادي بحكم القانون ولو أنه ليس ضمن الأطراف الذين بإمكانهم تعديل العقد أو إنهائه وذلك في حدود أن يطلب الدائن العادي بعدم معارضته بالعقود التي أبرمها مدینه لهزيم المال أو أن يتمسك بالعقد الحقيقي لارجاع المال إلى الذمة المالية أو أن يطلب الغير بما للمددين من حق على الغير تطبيقاً لمعنى «أعلى الضمان العام». وفي غير هذه الصور ليس للدائن أن يدعى حقاً على العقد بل يمكن اعتباره غيراً مطلقاً يعارض بالعقد أو يستفيد به باعتباره واقعة قانونية لا غير⁽¹⁾. الغير الذي تشمله القوة الملزمة دون أن يكون طرفاً في العقد: أثر العقد هي تلك القوة الملزمة التي تلزم الشخص وتجعله متزماً بالعقد فهي الرابطة التي تجد آثارها بالعقد وتجعله متزماً بالعقد، ولا تشمل هذه الرابطة من حيث المبدأ إلا أطراف العقد على ما تقدم من شرح، ولكنه استثناء لهذا المبدأ، وبالإضافة إلى الصورة الخاصة بالدائن العادي، فإنه من الممكن تعاقدياً أن يرمي العقد لفائدة الغير خارج إطار النهاية القانونية، كما أنه من الممكن قانوناً أن تخلص للغير دعوى مباشرة في مواجهة أحد المتعاقدين ولو أنه لم يكن لهذا الغير طرفاً في العقد، ربما لتحقيق معنى العدالة حيث يقتضي هذا الاعتبار أن يتفعّل الغير بأثر العقد ولو لم يكن طرفاً في العقد، بمعنى أن ليس له القدرة في تعديل العقد أو إنهائه. وتمثل حالات التعاقد للغير خارج إطار النهاية والدعوى المباشرة استثناء للأثر النسبي للعقد، حيث يتواجد الغير في هذه الصور ملزماً بالعقد، اتفاقاً أو قانوناً، ولو أنه ليس طرفاً في العقد.

الصادر بتاريخ 2003/02/05 (المراجع السابق، ص 573) إلى اعتبار الدائن العادي غيراً قولاً حيث استقر الرأي على تعريف الغير بكونه كل شخص أجنبى عن دائرة التعاقد أي كل من لا تطاله القوة اللازمة للعقد. وحيث بتطبيق هذا التعريف على المعقبة العاقلة باعتبارها دائنة للملكية الأصلية للعقار المعمول ولا علاقة لها شراء المعرفة لصفه وبالتالي لا تجوز معارضتها لذلك الشراء غير المرسم.⁽²⁾ وذهب إلى نفس الاتجاه بالقضية 14025 الصادرة بتاريخ 2002/06/06 (المراجع السابق ص 567) قولاً حيث انتهى الفصل 305 من مرجع أن كل حق لا يعارض به الغير إلا بتوصيمه بإدارة الملكية العقارية وإبداء من تاريخ ذلك الترسيم وتغريعاً على ذلك فإن كل شخص أجنبى عن العقد الرابط بين المعقب ضدهما بعد غيرها ولا يمكن وبالتالي معارضته بالحق الغير مرسم بالسجل العقاري المتعلق بالعقار موضوع العقدة، إذ أنه لا يمكن التمييز بين الأشخاص المعتبرين من الغير طالما كانت عبارة النص مطلقة.⁽³⁾

(1) علي كعبون: النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المراجع السابق، ص 71 وما بعد.

الالتزام بتحقيق نتيجة وواجب السلامة المعمول بها في الالتزامات التعاقدية، كما في صورة الضرر الذي يصيب الغير بسبب انفجار شقة بسبب أشغال قام بها المقاول، فكان عقد المقاولة أبى لفائدة الغير المتضرر حتى يمكنه تأسيس دعوه على أساس المسؤولية التعاقدية فيتفق بقرينة الخطأ المعمولة على المسوول⁽¹⁾.

شروط الاشتراط لمصلحة الغير: شرطان أساسيان في الاشتراط لمصلحة الغير يمكن استخراجهما من خلال الفصلين 38 و 39 م.أ.ع، أن يتوفّر العقد بين المشترط والمعتهد وأن يتواجد المستفuw.

في اعتبار الاشتراط عقد يجب أن يتوفّر الشروط العامة في العقد، الرضا والأهلية والموضوع والسبب، ويمكن أن يكون العقد ضمن عقود التبرع كما يمكن أن يكون بعوض، ويجب أن يتضمن العقد في محله شرطاً يخلص للغير. وليس من الضروري أن يكون الشرط صريحاً بل ذهب الفقه وفقه القضاء إلى جعله ضمنياً. وإذا بطل العقد أو أبطل بطل الشرط بالتبعة.

ويجب أن يكون الشرط لفائدة الغير المستفيد، ولا حاجة إلى أن يكون معيناً بالعقد بل يمكن أن يكون قابلاً للتعيين زمن التنفيذ، ولا يشترط أن توفر بجانبه أهلية الأداء بل يكفي أن يكون مميزاً أي يتجاوز الثالثة عشر من العمر، فيصبح طبق القواعد العامة أن يتلقى الصغير المميز جميع أعمال التبرع دون حاجة إلى أن يكون ممثلاً من قبل وليه أو مقدمه أو نائبه على وجه الإجمال.

آثار الاشتراط لمصلحة الغير: الاشتراط لمصلحة الغير علاقة ثلاثة المشترط والمعتهد والممتفع، وترتبط الآثار بعلاقة كل واحد مع الآخر، علاقة المشترط والمعتهد بعلاقة المعهود والمستفيد وعلاقة المستفيد والمشترط.

علاقة المشترط والمعتهد: علاقة المشترط والمعتهد تحكمها الضوابط الواردة بالعقد المبرم بين الطرفين. فللمشترط أن يطالب المعهود بالتنفيذ، عيناً كان إذا كان الأمر ممكناً أو تعويضاً في صورة العكس، وبإمكانه أن يطلب الفسخ عند الاقتضاء بسبب عدم التنفيذ. معنى ذلك أنه يجوز للمشترط غصب المعهود بتنفيذ الشرط كلاماً كان ذلك ممكناً.

علاقة المعهود والمستفيد: يخلص للغير المستفuw دعوى مباشرة في مواجهة المعهود، وفي ذلك تكمن أهمية الاشتراط لمصلحة الغير، ويمكن للممتفع على ذلك الأساس غصب المعهود على التنفيذ. ولكنه لا يجوز له طلب فسخ أو بطلان العقد، ذلك أنه ممكناً.

(1) عبد الرزاق السنوسي: المجلد الأول، المرجع السابق، ص. 562 وما بعد، عدد 325 وما بعد.

محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص. 320 وما بعد، عدد 429 وما بعد.
Boris Starck-Henri Roland-Laurent Boyer : Obligations, Contrat, p. 543 et suiv.

وهو أن العقد لا يمكن أن يحدث أثراً للغير وهو ما يعرف بمبدأ ذاتية آثار الالتزام، ولكن هذا القانون سرعان ما اتطور في اتجاه تمكين الغير من الدعوى المباشرة في البداية دفعاً ثم بواسطة الدعوى الأصلية في حالات خاصة وهي حالة اشتراط المورث لمصلحة ورثته وحالة اشتراط الواهب على الموهوب له بالقيام بعمل محدد لفائدة الغير وحاله الاشتراط في بعض العقود الخاصة مثل عقد الوديعة والعارية والرهن والمهرب. وكان القانون الروماني في البداية يعترض للمشتري وضع شرط جزائي حتى يفي الملتم بالتزاماته، ثم تخلى عنها التطبيق. وانتقلت هذه الصور الخاصة إلى القانون الفرنسي القديم. على أن المجلة المدنية الفرنسية لسنة 1804 أعادت صياغة القاعدة الرومانية في منع أثر العقد على الغير ولم تجزء إلا في صورتين، الهيئة المشروطة والمعاوضة بشرط أن يضع المشتري فيها حقاً لنفسه.

والواضح أن فقه القضاء لم يقف عند ذلك الحد بل انتهى إلى تجاوز القيود التشريعية والقول بصحمة الاشتراط لفائدة الغير حتى في غير تلك الصور وخاصة في مجال التأمين، بل اعترف بصحمة الاشتراط حتى ولو لم يكن المستفuw معروفاً زمان الاشتراط، والواضح كذلك أن أساس الاشتراط لمصلحة الغير هي الإرادة الصريحة للطرفين في تعيين الغير بأثر الغير.

ويبدو أن مجلة الالتزامات والعقود أخذت باخر ما توصل إليه فقه القضاء، فيعد أن نص الفصل 37 م.أ.ع على أنه «ليس لأحد إلزام غيره أو قبول التزام له إذ لم يكن ماذوناً في النهاية منه بتوكييل منه أو بولاية حكمية» أورد المشرع بالفصل 38 م.أ.ع أنه «يسوغ اشتراط شرط تعود مثفعته على الغير وإن لم يعين الغير إذا كان ذلك ضمن عقد بعوض أو في تبرع بين المتعاقدين. وحيثما ينفذ الشرط مباشرة في حق ذلك الغير ويكون له القيام به على الملتم إلا إذا منع عليه القيام في العقد أو على شرط معينة، وإذا اشترط شيء للغير فأعلم الذي اشتراه بعدم قبوله له فلا عمل على الشروط». وانتهى الفصل 39 م.أ.ع إلى أنه «يسوغ لمن اشتراه على معاقدة شيئاً لم تعرفه الغير أن يطلب مع ذلك الغير تنفيذ الشرط إلا إذا ظهر من العقد أن التنفيذ لا يجوز طلبه إلا من ذلك الغير». وبذلك أصبح الاشتراط لمصلحة الغير قاعدة عامة لا تتوقف على صور خاصة بل

يمكن أن تأتي في باب العوض أو التبرع ويتميز الاشتراط بوضوح عن النهاية القانونية أو الانفافية واعترف المشرع بالدعوى المباشرة للممتفع الذي لا يشترط معرفته زمان التعاقد. ومن أهم تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير اشتراط الواهب والبائع ومرسل البضاعة والتأمين على الحياة والتأمين لحساب من يملك الشيء وغير ذلك من الحالات، بل إن فقه القضاء عادة ما يلجأ إلى هذه المؤسسة كلما أراد تأسيس المسؤولية على أحكام المسئولة التعاقدية رغبة في ضمان التعويض بحكم الآثار المرتبطة بطبيعة

ذلك في أجل لا يتجاوز 15 يوماً فإذا لم ترد المصادقة خلال ذلك الأجل انفك التعاقد وليس على المععقد الغرم طالما أنَّ الطرفين كانا على علم بذلك. وقد أورد المشرع حكم التعاقد في حق الغير بالفصلين 40 و 41 م. اع حيث نص الفصل 40 على أنه «يصح التعاقد في حق الغير على شرط تصديقه فيكون حينئذ للطرف الآخر أن يسأل من نص التعاقد في حقه الموافقة أو عدمها فإذا لم يعلم بموافقته في أجل مناسب غایته خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلامه بالعقد انفك التزام صاحبه. وأضاف الفصل 41 م. اع. أنَّ «التصديق على العقد كالتوكيل وقد يكون دلالة أي بإجراء العمل بالعقد من طرف من وقع العقد في حقه وأحكامه تجري على المصدق لزومها والتزاماً من وقت انعقاد العقد ما لم يوجد شرط يخالف ذلك ولا تجري في حق الغير إلا من يوم التصديق».

ولذلك فإنه إذا تصرف الطرف بوصفة وكيل دون أن تكون له وكالة أو تجاوز حدود وكالته يلزم بالتعويض للطرف الآخر إلا إذا كان المععقد الآخر غالباً بالتجاوز أو بغير الوكالة فلا تعريض ولا يسقط حق التعويض إلا إذا صادق الموكِّل نهاية، وفي ذلك نص الفصل 1156 م. اع على أنه «إذا تصرف الوكيل بلا وكالة أو تجاوز حدود وكالته لزم غرم الخسارة لمن عاقدته إن لم يتيسر إتسام ما تعاقداً عليه إلا إذا أعلمه بحقيقة الحال من أول الأمر أو ثبت أنه كان عالماً بها.....».

والواضح من ذلك أنَّ التعاقد في حق الغير بشرط التصديق أو تجاوز حدود الوكالة أو التصرف بدون وكالة ليست حالة من حالات التعاقد عن الغير، فمقتضى التعاقد عن الغير أن يلتزم المععقد شخصياً بالإثبات بتصديق الغير أي أن يلتزم بالعقد باسمه الخاص، وهو ما يميز التعاقد عن الوكالة أو الفضالرة. ومن أجل ذلك تظهر هذه المؤسسة وكأنها استثناء لمبدأ النسبية التعاقدية، ولكنها ليست كذلك حقيقة ذلك أنَّ التزام المتعهد هو التزام للذاته محلاً وليس للغير ولا يمكن بحال الإزام الغير إلا إذا صادق هذا الأخير على انضمامه إلى العقد وهو تصرف ثانٍ ينضاف إلى الأول. وفي ذلك يمكن الاختلاف بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعاقد عن الغير، فليس في التعاقد حق مباشر للغير على خلاف الاشتراط لمصلحة الغير. على أنَّ التزام المتعهد بالإثبات بموافقة الغير ليس مجرد التزام يبذل عنابة بل هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يحمل على المتعهد بذلك أقصى ما لديه من عنابة في اتجاه حصول موافقة الغير، بل يتحمل عليه تحقيق الموافقة نتيجة. وذلك ما يميز التعاقد عن الكفالة cautionnement وعن التزام السعي بموافقة الغير bons offices. فليست الكفالة إلا ضماناً لتنفيذ العقد وليس ضماناً لانعقاده وليس الإنعام بالسعي في جعل الغير يوافق إلا التزاماً بذلك عنابة يختلف عن التعاقد عن الغير⁽¹⁾.

يُتَّبَّعُ غيرَهُ عن العقد المبرم بين المُشَرَّط والمُتعَهَّد، بل يتحقَّقُ له رفض الحقُّ أي الشرط. ويُبيَّنُ الحقُّ قائماً للمُتعَهَّد في التمسك في مواجهة المُنتَفِع بجميع الدفعات التي تجده سندَهَا بالعقد.

على أنَّ حقَّ المستفيد ينشأ بتاريخ العقد ولا يحتاج أصلًا إلى موافقته، وبعد المستفيد ذاتَه للمُتعَهَّد بتاريخ العقد، وعلى ذلك الأساس فإنه يصبح لدى الثاني المستفيد اعتبار هذا الحق ضمن الذمة المالية للمُنتَفِع وممارسة الحقوق الداخلة في ذلك المعنى. كما يجوز للدائني المتعهد أن يتمسكوا بجميع الدفع التي كان للمتعهد حقَّ التمسك بها في مواجهة المُنتَفِع.

وقد رأى البعض أنَّ أساس هذه الدعوى المباشرة هي الفضالة ورأى البعض الآخر أنَّ الأساس يعود إلى الإرادة المفتردة وأخذ البعض الآخر بنظرية الإحالات، والحقيقة أنَّ لا شيءَ من ذلك يمكن أن يثير الدعوى المباشرة بل إنَّ مؤسسة الاشتراط لمصلحة الغير ذاتها هي التي تقوم سندًا للدعوى المباشرة دون حاجة إلى البحث عن التبرير خارج إطار الاشتراط لمصلحة الغير، وتلك هي أهمية الاشتراط لمصلحة الغير.

علاقة المُشَرَّط والمُستَفِيد: للمُستَفِيد حقٌ في العقد وليس له حقٌ في مواجهة المُشَرَّط، فليس للمُستَفِيد الرجوع على المُشَرَّط إذا تناهى المُتعَهَّد عن التنفيذ. ولا يُعدُّ المستفيد خلفاً عاماً للمُشَرَّط فلا ينتقل الحق إلى المستفيد بموجب الميراث بل بموجب العقد. ولا شأن لدى الثاني المُشَرَّط بهذا الحق بعد موته.

ولا يمكن للمُشَرَّط نقض الاشتراط من جانب واحد إلا إذا جاء بالعقد ما يسمح بذلك، معنى ذلك أنه في صورة سكت العقد فلا حق للمُشَرَّط نقض العقد من جانب واحد. كما أنَّ الحق المباشر ينشأ للمُستَفِيد من العقد ولا يدخل مطلقاً إلى الذمة المالية للمُشَرَّط، فلا يصبح لدى الثاني المُشَرَّط عقلة لهذا المال أو التنفيذ عليه أو التمسك بالدعوى البليانية.

* التعاقد عن الغير la promesse de porte-fort المبدأ أنه «ليس لأحد إلزام غيره أو قبول التزام له إن لم يكن مأذوناً في النهاية عنه بتوكيلاً منه أو بولاية حكمية»⁽²⁾. فليس من الممكن للمعاهد إلزام الغير إلا في إطار نظام التمثيل الإرادي أو القانوني، وذلك هو معنى النسبية في آخر الغير.

على أنه يصح التعاقد في حق الغير بشرط أن يلقى العقد تصديق هذا الغير، أي أن يتفق العرفان على معاملة محددة تكون لفائدة الغير بعلم الطرفين ولا يسري هذا العقد في حق الغير إلا من يوم نصيحته، حيث إن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، على أن يكون

(1) François Terrié, Philippe Sitler, Yves Jequette: Les obligations, op. cit., p.403 et suiv.
n° 485.

(2) الفصل 37 م. اع.

بالتزاماته. وإذا لم يتيسر التصديق فكأن المتعهد قد أخفق في التزامه ويلزم بالتعويض ما لم ينفذ محل العقد كما يريده المتعاقد الآخر.

+
+
الدعوى المباشرة: لنجاول بيان مفهوم الدعوى المباشرة قبل الحديث عن نظامها.
مفهوم الدعوى المباشرة هي آلية مميزة قضي إلى توفر حق مباشر للدائن في مواجهة مدين المدين، فهو قيام الغير باسمه وفي مصلحته في مواجهة مدين المدين. ولكن هذه المؤسسة ليست مجرد دعوى قضائية في الحقيقة بل هي حق قائم الذات موجود ولو لم تمارس الدعوى. فقط إذا قامت المتأذعة بتصح لهذا الغير التماس القضاء بالدعوى، على خلاف دعاوى الضمان العام (الدعوى البليانية وغير اللهمباشرة والصورية) التي لا ينشأ فيها الحق إلا بعد القيام.

وهي بذلك تعديل لمبدأ نسية أثر العقد. فرغم أن الدائن غير مقارنة بأطراف العقد ومع ذلك يقوم الحق في مواجهة مدين المدين بطلب من الدائن الأصلي. ولكنها ليست تعديلاً لمبدأ النسبية فقط بل هي كذلك قريبة من مفهوم التأمين، وليس المقصود بذلك التأمين العيني بل الشخصي منه، حيث يعد المدين الثاني بمثابة التأمين الشخصي للدائن العادي، فليس له ذمة المدين الأول بل يمكن أن يطال التبع الذمة المالية للثاني، وبذلك تتحقق شروط التأمينات الشخصية باعتباره إضافة ذمة مالية لأخرى. فليست الدعوى المباشرة امتياز *un privilege* بالمعنى العيني للتأمين بمعنى التقدم عن بقية الدائنين وتبعية هذا الحق للدين الأصلي، بل هو مجرد تأمين شخصي في حدود أنه بمقتضى هذه الدعوى المباشرة توفر للدائن ذمة مالية إضافية إلى جانب الذمة المالية الأصلية. وبذلك فإن الدعوى المباشرة مميزة في أحکامها ولا تقترب بأية مؤسسة أخرى، فليست هذه الدعوى من قبيل الوكالة أو الفضاله لقيام الغير باسمه الخاص ولصالحه، فليس في الدعوى المباشرة زيارة لأي طرف. وليست من قبيل دعاوى الضمان العام أو الامتياز كما تقدم وليست من قبيل طرق التنفيذ تحفظياً أو تنفيذاً أو توقيفاً فليس من شروطها طلب الإذن أو توفر السند التنفيذي وليست من قبيل انتقال الالتزامات في وجهها المطلق (حالة الحق وحالة الدين) أو الحلول أو الحوالة فليس فيها معنى الوفاء بالالتزام أو انتقال الحق وليست من قبيل التجديد أو المقاومة وغير ذلك من

أحكامه الخاصة به دون أن يقترب بأية مؤسسة أخرى.

وما يميز هذه الدعوى أنها لا تمارس إلا في الصور التي حدتها القانون ولفائدة عدد من الدائنين الذين يتواجدون في حكم القانون. لكنه من المفيد الإشارة إلى أن فقه القضاء وفي إطار مدار اجتهاده سبق له أن استخلص توفر هذه الدعوى من خلال

ولم تضع مجلة الالتزامات والعقود نصاً خاصاً في التعهد عن الغير، ولم يرد المبدأ ضمن المبادئ العامة للالتزامات في الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود⁽¹⁾. على أنّ المجلة تضمنت بعض التطبيقات لهذا المبدأ كما ورد بأخر الفصل 1556 م.أ.ع، حيث بعد أن نصّ هذا الفصل في طالعه على حكم التصرف بدون وكالة أو تجاوز الوكالة ونظام التعويض أشار في آخره، إلى أن « كل ذلك ما لم يتكلّل بإتمام العقد»، بمعنى أن تكمل المعاهد بإتمام العقد والمقصود بذلك التعهد عن الغير لا يلزم المعاهد بالتعويض إذا حضيت المعاملة بتصديق الغير وذلك خلافاً لصورة أن لا يصادق الغير فيحمل على الغير واجب التعويض.

على أنّ فقه القضاء اعترف بهذه المؤسسة في أكثر من مناسبة، والأمثلة في ذلك كثيرة، وخاصة منها تعهد المتقاسم بمصادقة الصغير بعد بلوغه سن الرشد حتى تتم المقاومة دون أن يرغم الأطراف على طلب الترجيح الفضائي بداية. وعادة ما تقع هذه المعاملات بين الأقارب وتأسس غالباً على عنصر الثقة بين الطرفين. والمثال في ذلك تعهد المشتري بالتحصيل على القروض المناسبة لتمويل الشراء.

وليس في آثار التعهد عن الغير أكثر من صورتين إما أن يصادق الغير أو لا يصادق، وليس في ذلك صورة مخصوصة في التصديق. فقد تكون صريحة أو ضعفه بإجراء العمل بالعقد أو حتى بالسكوت الموصوف.

ولا تختلف الصورة عن الآثار المرتبطة بالتعاقد في حق الغير. فإذا وافق الغير أو صادق برأ البعض أن ذلك بمثابة التصرف الأحادي⁽²⁾ ويرى البعض الآخر أن ذلك عقد جديد⁽³⁾. فأخذ الاتجاه الأول بفكرة أن التصرفات الأحادية مصدر من مصادر الالتزامات والتصديق أحد تطبيقاته أما الرأي الثاني فيعني هذا الاتجاه. والرأي عندنا أن المشرع التونسي يأخذ بالتصرفات الأحادية كمصدر من مصادر الالتزامات وهذه الصورة أحد تطبيقات النظرية⁽⁴⁾. وليس من أثر لهذا التصديق بالنسبة إلى الغير إلا من تاريخ تصريحه. ويقوم هذا التصديق بالنسبة إلى المتعهد بمثابة وفاء هذا الأخير

(1) يغض الفوانين المقارنة نصراً على هذا المبدأ حيث نصت المادة 153 من القانون المدني المصري على سبيل المثال على ما يلي: «إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده». فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاهد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض لأنّه يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به. أما إذا قيل الغير هذا التهدى، فإن قبوله لا يتيح أثراً إلا من وقت صدوره، مالم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التهدى».

(2) محمد الزين: العقد، المراجع السابق، ص. 344، عدد 468.

(3) عبد الرزاق الشهوري: المجلد عبد 1، ص. 559، عدد 362.

(4) يراجع باب التصرفات الأحادية، الفصل 18 إلى 22 م.أ.ع.

معنى الفصل 1068 م.ا.ع⁽¹⁾ أو دعوى المكري الأصلي ضد المكري الثاني على معنى الفصلين 775 و 776 م.ا.ع⁽²⁾ أو دعوى المتضرر من الحادث في مواجهة شركة التأمين على معنى الفصل 26 من مجلة التأمين⁽³⁾ وغير ذلك من الصور. ورغم أن الدعوى المباشرة واحدة وهو أن الغير بإمكانه القيام باسمه الخاص ولمصلحة الخاصة في مواجهة الغير فإن جانباً من رجال القانون يحاول اعتماد تصنيفات داخل معنى الدعوى المباشرة على أساس طبيعة تدخل المشرع في إقرار هذا الحق⁽⁴⁾. ويمكن على ذلك الأساس التمييز بين الدعوى المباشرة الخاصة وهي الخاصة بحالة معينة والدعوى المباشرة العامة التي تقرّ للغير التدخل في جميع الصور والكلمة وهو أن الدين لا يصبح دفعه إلا إلى هذا الغير وغير الكلمة وهو أن الدفع يمكن أن يقع بين يدي مدين الغير إذا لم ترفع الدعوى في مواجهة مدين المدين والدعوى المباشرة التي تهدف إلى المطالبة بالوفاء أو القضاء بالمسؤولية.

على أن تدخل المشرع في إقرار الحق المباشر قد ينحرف عن طبيعة الدعوى المباشرة وضوابطها، فقد ينص المشرع على هذا الحق دون أن تقوم الشروط وقد يختلط التدخل بعض المؤسسات القرية كما يبقي بيانها، كما تحدثت عن الدعوى المباشرة في التأمين

متاكدة فإن سلسلة للغير بدون إذن ضمن إلا إذا أثبت أنها لو بقيت تحت يده لتفلت. وإذا كان مأذوناً بتأمينها منه غيره فلا يضمن إلا :

أولاً - إذا احتار من لا يصلح لقبول الوديعة.
ثانياً - أو اختار الصالح وأذن له بما يتعذر عنه الضرر.
وللمردود مطالبة ذلك الغير رأساً في جميع الأحوال التي تقضي مطالبة المسترد الأصلي ويقى حقه في النيل على هذا الأخير.

(1) الفصل 1068 م.ا.ع «إذا أحال المستغير لغيره الانتفاع بالعارية أو جعل للغير حقاً فيها فللغير القيام مباشرة على هذا الغير بما له أن يقوم به على المستغير».

(2) الفصل 775 م.ا.ع «المكري الثاني مطلوب للمكري يقدر ما عليه المكري الأول وقت إنذاره بأن لا يدفع للأول ولا يعتد بما دفعه معجلاً إلا إذا كان التعجل عرف المكان وآتي بحججه في الدفع ثابتة التاريخ».

الفصل 776 م.ا.ع «للمركري أن يطالب المكري الثاني كلما جاز له مطالبة الأول. وله الرجوع على المكري الأول الذي له الحق في التداخل في النزاع».

وعدد اقتداء أحد الكراه للمكري لي أن يطالب المكري الثاني «ترجم العين». (3) الفصل 26 من مجلة التأمين «للمتضرر الحق في مطالبة المؤمن مباشرة في حدود الضرر الحصول له وقيمة التأمين المحددة بالعقد». وقد كان الفصل 5 من الأمر عدد 80 لسنة 1961 المؤرخ في 30 خفيفي 1961 المتعلق بتنظيم القانون عدد 21 لسنة 1960 المؤرخ في 30 نوفمبر 1960 الصادر في تقرير وجوب تأمين المسؤولية المدنية بالنسبة إلى أصحاب العربات ذات المحرك السائر على الأرض، قبل إلغائه ينص على «أن التأمين يتولد عنه لفائدة الشخص المتضرر حق خاص يطالب به المؤمن بالكسر».

(4) François Terre, Philippe Simier, Yves lequette: *Les obligations*, op. cit., p.880, n° 1093.

بعض النصوص الغامضة والمقال الهام في ذلك هي الدعوى المباشرة التي يمارسها المتضرر في مواجهة شركة التأمين⁽¹⁾، بل إن التطبيق كان البداية في نشأة هذه الدعاوى وسرعان ما تدخل التشريع الإقاراتها قانوناً حتى أصبح المبدأ أن القانون هو أساس هذا الحق⁽²⁾. ويمكن القول نهاية إن هذه الدعوى لا تمارس من حيث المبدأ إلا في الحالات المنصوص عليها قانوناً مع الاعتراف للقضاء بدوره الخلاق والمبدع في ذلك.

فليس العقد هو مصدر هذا الحق بل نص القانون هو المصدر في ذلك، ويجد القانون أساسه النظري في هذا الجانب في أوامر الإنصاف والعدالة وواقعيًا في استفهام الغير المدين من العملية والترتبط بين الترامات وحقوق الغير الدائن والغير المدين وإقرار حق التهويض للغير وضمان الوفاء بالدين. تلك هي الأسس الواقعية والنظيرية التي عادة ما تدفع المشرع إلى إقرار هذا الحق المباشر⁽³⁾.

لكن البعض يخلط بين أحکام هذه المؤسسة والمؤسسات القرية في بيان الأساس، كما أن يفترض قيام الدعوى المباشرة على معنى الاشتراط لمصلحة الغير أو الامتياز أو الزيارة أو الإثراء بدون سبب والحال أن أحکام هذه المؤسسات بعيدة كل البعد عن معنى الدعوى المباشرة. إن الدعوى المباشرة لا تمارس إلا بنص شرعي خارج إطار المؤسسات المعروفة، وعادة ما يكون منطق العدالة والإنصاف وترتبط الالتزامات وضمان الوفاء بالدين وإقرار حق التهويض هو الأساس في تكريس هذا الحق قانوناً.

وعلى ذلك الأساس مكن القانون الدائن العادي في عدة صور من الدعوى المباشرة استثناء لأحكام الفصل 240 م.ا.ع لاستخلاص دينه كما في صورة دعوى الموكل ضد نائب الوكيل على معنى الفصل 1130 م.ا.ع⁽⁴⁾ أو دعوى الأجير المستخدم ضد رب العمل على معنى الفصل 887 م.ا.ع⁽⁵⁾ أو دعوى المودع ضد المستودع الثاني على معنى الفصل 1006 م.ا.ع⁽⁶⁾ أو دعوى المغير ضد الغير المتعامل مع المستغير على

(1) François Terre, Philippe Simier, Yves lequette: *Les obligations*, op. cit., p.876, n° 1090.
(2) الفصل 26 من مجلة التأمين.

(3) عبد الرزاق السنهوري: المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 978 وما بعد، عدد 555 وما بعد.

(4) الفصل 1068 م.ا.ع «إذا أحال المستغير لغيره الانتفاع بالعارية أو جعل للغير حقاً فيها فللغير القيام مباشرة على هذا الغير بما له أن يقوم به على المستغير».

(5) الفصل 887 م.ا.ع «للأجزاء والصناع المستخدمين في بناء أو غيره من الأعمال الجارية على وجه المقاولة أن يطالبوا المالك رأساً بالبالغ المترتبة في ذمته للمقاول عند إجراء المقلة عليها من أحد هم أو بعد ذلك».

ولهم حق التقدم على غيرهم كل منهم يقدر ما يخصه في المبالغ التي يدفعها المالك لهم مباشرة بأمر من المحكمة أما الذين لهم اتفاق مع المقاول الأصلي والمزودون بالمواد الأولية فليس لهم مطالبة المستأجر وأساساً إنما لهم أن يقروا عليهم بدعوى وحقوق المقاول الأصلي».

(6) الفصل 1006 م.ا.ع «ليس للمستودع أن يكلف غيره بحفظ الوديعة إلا بإذن صاحبها أو لضرورة

الأداء، فيما يقوم مقام الأداء، المقاومة واتخاد النزعة أو بدون أداء الإلماط واستحالة التنفيذ والتقادم، وله كذلك أن يتمسك ببطلان أو إبطال أو فسخ العقد المبرم بينه وبين الدائن الأصلي.

العلاقة بين الدائن والمدين الأصلي: خصوصية الدعوى المباشرة أنها لا تفقد حق الغير في مواجهة الدائن الأصلي، فليس في الدعوى ما يحمل إلى معنى التجديد، بل إن الدعوى المباشرة توفر للغير مدينا ثانياً ينضاف إلى الأول أي أن تتوفر للغير ذمة مالية ثانية إلى جانب الأولى، وبذلك فهي وسيلة تأمين. فمن الممكن توجيه الطلب على مدين المدينين والوفاء إلى الغير يبرئ المدين ومن الممكن كذلك توجيه الطلب على المدين قبل مدين المدينين ولا اعتراض في ذلك. على أن إمكانية القيام ضدّ الطرفين إنذار الدائن أو إعساره حتى يصبح قيام الغير، فلا يشترط أصلاً الأخذ بعين الاعتبار حالة الدائن المالية، إذ أنّ حق الغير مباشر ولا يمرّ عبر المدين بل يتلقاه الدائن مباشرة في مواجهة مدين المدين.⁽¹⁾

العلاقة بين المدين ومدينه: من شأن الدعوى المباشرة أن توفر أمام مدين المدين دائنان الدائن الأصلي والغير المستفيد من الدعوى المباشرة. وعلى ذلك الأساس يجوز قبل الإنذار من المستفيد أو القيام أن يوفي بالحق بين أيدي الدائن الأصلي وهذا الدفع يبرئ ذمه ويستطيع بطبيعة الحال أن يتمسك في مواجهة الدائن الأصلي بجميع الدفوعات المرتبطة بعلاقة الطرفين كأنّ يتمسك ببطلان العقد المبرم بينهما. أما بعد إنذاره أو قيام المستفيد فليس لمدين المدين أن يوفي بالحق بين أيدي الدائن الأصلي، ويجب أن يقع الوفاء بين أيدي المستفيد. على أن هذا الوفاء يبرئ بطبيعة الحال الدائن الأصلي.

العلاقة بين الغير والدائنين: حق المستفيد حق مباشر خارج عن الذمة المالية للدائن الأصلي. وعلى ذلك الأساس لا يمكن بحال أن يلقى الغير مزاحمة دائني المدين مهما كانت طبيعة هؤلاء الدائنين. ولذلك يقترب حق المستفيد في علاقته بدائني الدائن الأصلي بالامتياز في معنى التأمينات. فيتقدّم المستفيد عن جميع دائني الدائن الأصلي مدين الغير ولو سبقوه إلى إجراء العقلة، فمبجرد الاعتراض يخلص للغير المستفيد حق التقديم. وذلك ما يميز الحقوق الناتجة عن الدعوى المباشرة مقارنة مع الدعوى غير المباشرة.

وخلال ذلك يبقى التراحم ممكناً مع دائني مدين المدين. فإذا سبق المستفيد إلى طلب الحق أو عقلته كانت له الأساسية إذا انتهت الإجراءات. أما إذا لم تستوف الإجراءات واعتراض دائني المدين سقط المستفيد في حكم التراحم طبق الإجراءات العامة

(1) على كحالون: أحکام الالتزام، المرجع السابق، ص. 137.

على الحياة والحال أن هذا التأمين هو في نهاية الأمر اشتراط لمصلحة الغير وليس حقاً مباشراً. والقاعدة العامة أن الدعوى المباشرة أساسها القانون وليس الاتفاق ولا تجد أساسها في منطق التعاقد. وهي استثناء لقاعدة الآخر النسي للعقد.

***نظام الدعوى المباشرة:** للدعوى المباشرة حق مباشر للغير في مواجهة مدين المدين. فلا يشترط أن يكون نائباً للمدين في قيامه ضدّ مدين المدين كما هي الصورة في الدعوى غير المباشرة، بل يقوم الغير في حق نفسه ولصالحه، وليس الدعوى المباشرة حلولاً في حق المدين فلا يطلب الدائن الغير الحلول محل الدائن، ولا يشترط سبق إنذار الدائن أو إعساره حتى يصبح قيام الغير، فلا يشترط أصلاً الأخذ بعين الاعتبار حالة الدائن المالية، إذ أنّ حق الغير مباشر ولا يمرّ عبر المدين بل يتلقاه الدائن مباشرة في مواجهة مدين المدين.

ولا يشترط القيام بالدعوى المباشرة أن يكون حق الغير ثابتاً مستحق الأداء وقابل التنفيذ بمعنى أن يكون بيد الغير سند تفديه، كذلك ما يشترط في أعمال التنفيذ، والدعوى المباشرة ليست إجراء تفدياً صرفاً، بل يكفي أن يكون حق الغير ثابتاً مستحقاً بحسب طبيعة الدعوى المباشرة، كاملة أو ناقصة، تهدف إلى الرفقاء بالدين أو المسئولة، أي لا بدّ من الرجوع إلى النص القانوني المنشئ للحق لتحديد الشروط، فإذا كان الرجوع إلى الفصل 26 من مجلة التأمين في تحديد حق المتضرر المباشر في مواجهة شركة التأمين، فلا بدّ من إثبات الضرر المنسوب إلى المسؤول المؤمن لفائدة حتى يصبح مطالبة شركة التأمين، وهي دعوى مسئولة في نهاية الأمر توجب توفر الشرفot. الموجبة في دعوى المسئولة.

أثار الدعوى المباشرة: يتبع تحديد الآثار أخذها بالاعتبار للعلاقة الثالثة في الدعوى المباشرة الدائن الغير والمدين الأصلي ومدين المدين وينضاف إلى ذلك دائني الطرفين.

العلاقة بين الدائن ومدين المدين: حق الغير الدائن حق مباشر في مواجهة مدين المدين. فبمجرد إنذاره أو قيامه لدى القضاء يتجمد حق الغير بين أيدي مدين المدين تماماً كما هي الصورة بالنسبة إلى أثر العقلة التحفظية ولا يصبح حيّزاً لمدين المدين أن يدفع الحق إلى الدائن الأصلي أي مدين الغير ولا يمكن له كذلك القيام بأي عمل تصرف يشمل حق الغير بذلك. فقط أنه قبل الإنذار أو القيام وإذا كان القانون لا يمنع الوفاء بين أيدي الدائن الأصلي يكون هذا الأداء مبرراً لمدين المدين.

وفي المقابل يجوز لمدين المدين في مواجهة الغير أن يدفع بجميع الدفوعات الخاصة به والخاصة بالدائن كذلك، فله أن يدفع بسبق الوفاء قبل الإنذار بجميع الطرق

أو شخصياً يعارض به الكافة باعتباره حقاً ذاتياً *droit subjectif*, وذلك هو الأساس الحقيقي للمعارضة⁽¹⁾.

ومؤدي ذلك أن يقوم الواجب على الغير في أن لا يفعل أمراً من شأنه أن يمنع سريان آثار العقد، فإن فعل قامت مسؤولية الغير، فهو التزام بعدم القيام بعمل، ولكن المعارضه بالعقد لا توقف عند ذلك الحد، فلا تلزم الغير بأن يتمتنع عن القيام بعمل يمنع آثر العقد، بل تعني كذلك أنه من الممكن للغير أن يتمتنع بالعقد لإثبات أمر يرهمه، كما أن يتمتنع المتضرر في مواجهة المسؤول تقصيرياً بعقد يربط هذا الأخير بطرف آخر لإثبات أن المسؤول لم يلتزم بالشروط الفنية المفروضة عليه تعاقدياً⁽²⁾.

ويذكر كذلك أنه يتشرط في بعض الأحيان القيام بإشهارات معينة لمعارضة الغير سواء في مجال الحقوق العينية أو الحقوق الشخصية، فلا يمكن حيث معارضه الغير إلا بتوفر الشروط المحددة قانوناً، ومن حق الغير إذا لم تتجز الإشهارات أن يتتجاهل العقد تماماً فلا يمكن مطلقاً معارضته بذلك، كما في صورة التسجيل بالقبضة المالية لعقد البيع على معنى الفصل 587 م. ا.ع «فلا يجوز الاحتياج بالعقد على الغير إلا إذا سجل بقبضة المالية مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة» وكذلك الصورة بالنسبة إلى عقد المعاوضة بالفصل 719 م. ا.ع وعقد الكراء بالفصل 729 م. ا.ع وعقد الصلح بالفصل 1466 م. ا.ع وقد يشترط المشرع كتب ثابت التاريخ لمعارضة الغير كما هي الصورة بالنسبة إلى إحالة عقد الكراء بالفصل 206 م. ا.ع، أو إعلامه كما في صورة إحالة الحق على معنى الفصل 205 م. ا.ع أو الحلول على معنى الفصل 228 م. ا.ع والأمثلة كثيرة في ذلك⁽³⁾.

(1) تذكرنا هذه الفكرة برأي الأستاذ Planiol في تقرير الحق العيني والحق الشخصي، وقد قلنا بكلاب القانون العقاري الخاص، ص 155 مايل¹ ولكن المذاهب الفكرية مافتئت تحاول تقرير الحق الشخصي إلى الحق العيني والعكس بالعكس في اتجاهه هدم التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي، فقد حاول منذ أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين كل من Planiol Demogue² إلغاء وجود الحقوق العينية بعيداً عن الحقوق الشخصية، لأن القانون لا ينظم إلا العلاقة بين الأشخاص، لذلك يقال دوماً إن القانون الخاص أو القانون المدني هي جملة القوانين التي تنظم علاقة الأشخاص فيما بينهم، والحقوق العينية من القانون الخاص، وخاصة ما في الأمر أن المدين في الحق العيني هم كافة الناس، على خلاف الصورة في الحق الشخصي متى يكون المدين شخصاً أو أشخاصاً معيناً بالذات. ولكن الحق العيني كالحق الشخصي به دافن ومدبن وم موضوع³.

(2) محمد الزين: المرجع السابق، ص 316، عدد 427.

(3) الأمثلة كثيرة حتى بالنسبة إلى المتفقون: إحالة السفن والطائرات والأصل التجاري ومعدات التجهيز.

يراجع في جميع ذلك، على كخلون: قانون التأمينات، المرجع السابق، ص 15 وما بعده.

فيقدم الامتياز ومن بعده الرهن ويليه الحبس ثم الديون العادلة، وليس الغير المستفيد إلا إذاً عادياً في هذه الصورة.

وبجور على ذلك الأساس لدى الثاني مدين المدين القيام بالإجراءات التنفيذية وعقلة المال وإذا لم يتمكن الغير المستفيد من الاعتراض كانت الإجراءات سليمة⁽⁴⁾؛

2- معارضه الغير بالعقد *opposabilité*

فكرة المعارضه بالعقد فكرة قضائية في بدايتها، وكان فقه القضاء يفرضها أساساً منذ أواخر القرن التاسع عشر، وأول تطبيقاتها شملت انتقال الملكية، ثم سرعان ما شمل التطبيق الحقوق الشخصية⁽⁵⁾. وأخذ الفقه بهذا التطبيق وسانده⁽⁶⁾.

وتأدى فكرة المعارضه على أنه ولن كانت القوة الملزمة للعقد لا تلزم إلا المتعاقدين، كما هي الصورة بالنسبة إلى المشتري والبائع في عقد البيع، فال الأول ملزم بدفع الثمن والثاني ملزم بالتسليم، فإن العقد مع ذلك أصبح واقعاً موضوعياً واجتماعياً ويتعين على الغير مراجعة وجوده، وذلك هو معنى المعارضه.

ويحاول البعض أن يؤسس مبدأ معارضه الغير على أساس سلطان الإرادة ومبدأ القوة الملزمة ذاته وليس على أساس أحكام المسؤولية⁽⁷⁾. ويرى البعض الآخر أن القوة الملزمة للعقد لا تصلح كأساس للمعارضه ويعتمدون المسؤولية التقصيرية للغير بسبب مخالفة واقعة قانونية⁽⁸⁾، بل إن القوة الملزمة للعقد لا يمكن أن تكون إلا سند المبدأ الآخر النسي للعقد دون غيره.

والحقيقة أن القوة الملزمة للعقد والمعارضه بالعقد مبدأ متكاملان⁽⁹⁾، وإن اختلفا أساساً، للإحاطة بأثار العقد، فليست القوة الملزمة للعقد أو الآخر النسي للعقد أساسياً للمعارضه كما يحب البعض أن يجعلهما كذلك، بل إن مبدأ المعارضه يجد أساسه حقيقة في ضرورة مراعاة الحقوق الذاتية بشكل عام، فالحق سواء كان عيناً

(1) Jacques Ghestin, avec le concours de Christophe Jamin et Marc Billiau: *Les effets du contrat*, op. cit., p.771 à 883.

François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette: *Les obligations*, op. cit., p. 884-885, n° 1097 et suiv.

(2) J.Duclos : *L'opposabilité*, essai d'une théorie générale, L.G.D.J., Paris, 1973.

(3) Jacques Ghestin, avec le concours de Christophe Jamin et Marc Billiau: *Les effets du contrat*, op. cit., p. 375 et 376, n° 325.

(4) J.Flor et J.L.Aubert : *Les obligations*, Vol. 1, 5 ème édit., n° 434.

(5) J.Duclos : Op. cit., n° 130.

(6) محمد الزين: المرجع السابق، ص 313، عدد 421. ويستند في ذلك إلى فقه قضاة محكمة التعقب الترسية.

Civ. Com. 19/10/1954, D.S. 1956, p. 78.

الفقرة الثانية: الإطار الموضوعي للقوة الملزمة للعقد

فيعد أن وضع الفصل 242 م.أع قاعدة القوة الملزمة للعقد بالقول إنه «ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضانتهما أو في الصور المقررة في القانون»، بين بالفصل 243 م.أع الإطار الموضوعي لأثر العقد حيث «يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرخ به فقط بل يلزم كل ما ترب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته». ولا يسوغ لعائد أن يشترط عدم إزامه بما يتبع من خطنه الفاحش أو تعمده⁽¹⁾. وعلى ذلك الأساس فقد بين المشرع التونسي القوة الملزمة من حيث موضوعها على اعتبارات أخلاقية واجتماعية واقتصادية⁽²⁾ ووفر آليات تحقيق هذه الأبعاد (ب).

أ- الأسس الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية للجوانب الموضوعية في القوة الإلزامية للعقد

لهذه الأسس مراجع تاريخية (1) وأخرى موضوعية (2).

1- المراجع التاريخية

يقال دوماً إن القانون الروماني يميز بين عقود حسن النية وعقود القانون الصرف⁽³⁾، وتوجهت المدارس اللاتينية⁽⁴⁾ والجرمانية⁽⁵⁾ أخيراً إلى اعتبار حسن النية في تنفيذ العقود⁽⁶⁾.

وحسن النية أساس الفقه الإسلامي، فقد جاء بتقرير «صاتيلانا»⁽⁷⁾ مقرر اللجنة التي تألفت لإعداد مشاريع القوانين التونسية أن القانون المدني الإسلامي يبني على مبدأين: المساواة وحسن النية، والحقيقة أن العقود بالفقه الإسلامي «مبنية على الاستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع فالوفاء بالعقود كالوفاء بالمهود وهي جمجمتها من نتائج الأمانة والصدق⁽⁸⁾». ويتوفر المصدر المرجعي بالأيات القرآنية الكريمة وبالآدلة

(1) الفصل 244 م.أع.

(2) Jean Carbonier : *Les obligations*, op. cit., p. 200.

(3) الفصل 1134 فقرة ثالثة من المجلة المدنية الفرنسية.

(4) إضافة إلى الفقرة 242 من المجلة الألمانية B.G.B ذهب فقه القضاء الألماني إلى تأسيس نظرية مراجعة العقد على أساس مبدأ حسن النية.

(5) G.Lyon-Caen: *De l'évolution de la notion de bonne foi*, RTD civ. 1946, 75.
Bénabent: *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Trav.Ass.H. Capitant 1992, p.291 et suiv.

(6) محمود بن الشيخ: *مجلة الالتزامات والعقود التونسية*, معدة و沐تملاً على نصوصها بأحكام القضاء، ص 11 وما بعد.

(7) صبحي المحمصاني: *الدعائم الخلقية*, ص. 496.

والقاعدة العامة في ذلك أن معارضة الغير بالعقد لا تصح سواه تعلق التقل بحق عيني أو حق شخصي إلا بإنجاز الشكلية المفروضة (التسجيل بالقبضة أو التسجيل بإدارة الملكية العقارية أو الإعلام...), والأغلب أنها تفرض في انتقال الحقوق العينية العقارية⁽¹⁾ والحقوق المتنقلة الهامة كما هي الصورة بالنسبة إلى السفن والطائرات والسيارات⁽²⁾، وفي النصوص الحديثة في انتقال أو رهن الديون⁽³⁾. علماً أن المقتول على وجه العموم، حكماً خاصاً تطبيقاً لقاعدة الحيازة سند الملكية الواردة بالخصوص 488 إلى 491 م.أع و 53 إلى 55 م.ح.ع التي تحسم الإشكالات الخاصة بتعلق مدعى المالكية والتزاع القائم بين العاوز والماليك الحقيقي، ولو أن المشرع يفترض في بعض الصور الإعلام كما هي الصورة في حالة تعدد رهن المتنقل على معنى الفصل 258 م.ح.ع. وإذا لم تفرض شكلية معينة في الحق الشخصي يعتمد بالعلم الفعلي للعقد حتى تصح المعارضة إلا إذا نص المشرع صراحة على افتراض العلم أو عدم ضروريته أصلًا⁽⁴⁾.

(1) على كحلون: *القانون العقاري الخاص*, المرجع السابق, 395 وما بعد.

(2) يمكن تنظيم سجلات خاصة تسجل هذه المتنقلات وإشهار الحقوق المتعلقة بها مثل سجل التسفن على معنى مجلة التجارة البحرية النصوص من 23 إلى 41 وسجل الطائرات على معنى القانون عدد 58 لسنة 1999 المؤرخ في 29 جوان 1999 المتعلق بإصدار مجلة الطيران المدني كما هو متضح بموجب القانون عدد 57 لسنة 2004 المؤرخ في 12 جويلية 2004 النصوص من 3 إلى 66. وتسجل العربات على معنى الفصول 69 و 72 و 73 و 74 و 75 و 76 و 77 و 78 و 79 و 80 و 81 و 82 و 83 و 84 و 85 و 86 و 87 و 88 و 89 و 90 و 91 و 92 و 93 و 94 و 95 و 96 و 97 و 98 و 99 و 100 و 101 و 102 و 103 و 104 و 105 و 106 و 107 و 108 و 109 و 110 و 111 و 112 و 113 و 114 و 115 و 116 و 117 و 118 و 119 و 120 و 121 و 122 و 123 و 124 و 125 و 126 و 127 و 128 و 129 و 130 و 131 و 132 و 133 و 134 و 135 و 136 و 137 و 138 و 139 و 140 و 141 و 142 و 143 و 144 و 145 و 146 و 147 و 148 و 149 و 150 و 151 و 152 و 153 و 154 و 155 و 156 و 157 و 158 و 159 و 160 و 161 و 162 و 163 و 164 و 165 و 166 و 167 و 168 و 169 و 170 و 171 و 172 و 173 و 174 و 175 و 176 و 177 و 178 و 179 و 180 و 181 و 182 و 183 و 184 و 185 و 186 و 187 و 188 و 189 و 190 و 191 و 192 و 193 و 194 و 195 و 196 و 197 و 198 و 199 و 200 و 201 و 202 و 203 و 204 و 205 و 206 و 207 و 208 و 209 و 210 و 211 و 212 و 213 و 214 و 215 و 216 و 217 و 218 و 219 و 220 و 221 و 222 و 223 و 224 و 225 و 226 و 227 و 228 و 229 و 230 و 231 و 232 و 233 و 234 و 235 و 236 و 237 و 238 و 239 و 240 و 241 و 242 و 243 و 244 و 245 و 246 و 247 و 248 و 249 و 250 و 251 و 252 و 253 و 254 و 255 و 256 و 257 و 258 و 259 و 260 و 261 و 262 و 263 و 264 و 265 و 266 و 267 و 268 و 269 و 270 و 271 و 272 و 273 و 274 و 275 و 276 و 277 و 278 و 279 و 280 و 281 و 282 و 283 و 284 و 285 و 286 و 287 و 288 و 289 و 290 و 291 و 292 و 293 و 294 و 295 و 296 و 297 و 298 و 299 و 300 و 301 و 302 و 303 و 304 و 305 و 306 و 307 و 308 و 309 و 310 و 311 و 312 و 313 و 314 و 315 و 316 و 317 و 318 و 319 و 320 و 321 و 322 و 323 و 324 و 325 و 326 و 327 و 328 و 329 و 330 و 331 و 332 و 333 و 334 و 335 و 336 و 337 و 338 و 339 و 340 و 341 و 342 و 343 و 344 و 345 و 346 و 347 و 348 و 349 و 350 و 351 و 352 و 353 و 354 و 355 و 356 و 357 و 358 و 359 و 360 و 361 و 362 و 363 و 364 و 365 و 366 و 367 و 368 و 369 و 370 و 371 و 372 و 373 و 374 و 375 و 376 و 377 و 378 و 379 و 380 و 381 و 382 و 383 و 384 و 385 و 386 و 387 و 388 و 389 و 390 و 391 و 392 و 393 و 394 و 395 و 396 و 397 و 398 و 399 و 400 و 401 و 402 و 403 و 404 و 405 و 406 و 407 و 408 و 409 و 410 و 411 و 412 و 413 و 414 و 415 و 416 و 417 و 418 و 419 و 420 و 421 و 422 و 423 و 424 و 425 و 426 و 427 و 428 و 429 و 430 و 431 و 432 و 433 و 434 و 435 و 436 و 437 و 438 و 439 و 440 و 441 و 442 و 443 و 444 و 445 و 446 و 447 و 448 و 449 و 450 و 451 و 452 و 453 و 454 و 455 و 456 و 457 و 458 و 459 و 460 و 461 و 462 و 463 و 464 و 465 و 466 و 467 و 468 و 469 و 470 و 471 و 472 و 473 و 474 و 475 و 476 و 477 و 478 و 479 و 480 و 481 و 482 و 483 و 484 و 485 و 486 و 487 و 488 و 489 و 490 و 491 و 492 و 493 و 494 و 495 و 496 و 497 و 498 و 499 و 500 و 501 و 502 و 503 و 504 و 505 و 506 و 507 و 508 و 509 و 510 و 511 و 512 و 513 و 514 و 515 و 516 و 517 و 518 و 519 و 520 و 521 و 522 و 523 و 524 و 525 و 526 و 527 و 528 و 529 و 530 و 531 و 532 و 533 و 534 و 535 و 536 و 537 و 538 و 539 و 540 و 541 و 542 و 543 و 544 و 545 و 546 و 547 و 548 و 549 و 550 و 551 و 552 و 553 و 554 و 555 و 556 و 557 و 558 و 559 و 560 و 561 و 562 و 563 و 564 و 565 و 566 و 567 و 568 و 569 و 570 و 571 و 572 و 573 و 574 و 575 و 576 و 577 و 578 و 579 و 580 و 581 و 582 و 583 و 584 و 585 و 586 و 587 و 588 و 589 و 590 و 591 و 592 و 593 و 594 و 595 و 596 و 597 و 598 و 599 و 600 و 601 و 602 و 603 و 604 و 605 و 606 و 607 و 608 و 609 و 610 و 611 و 612 و 613 و 614 و 615 و 616 و 617 و 618 و 619 و 620 و 621 و 622 و 623 و 624 و 625 و 626 و 627 و 628 و 629 و 630 و 631 و 632 و 633 و 634 و 635 و 636 و 637 و 638 و 639 و 640 و 641 و 642 و 643 و 644 و 645 و 646 و 647 و 648 و 649 و 650 و 651 و 652 و 653 و 654 و 655 و 656 و 657 و 658 و 659 و 660 و 661 و 662 و 663 و 664 و 665 و 666 و 667 و 668 و 669 و 670 و 671 و 672 و 673 و 674 و 675 و 676 و 677 و 678 و 679 و 680 و 681 و 682 و 683 و 684 و 685 و 686 و 687 و 688 و 689 و 690 و 691 و 692 و 693 و 694 و 695 و 696 و 697 و 698 و 699 و 700 و 701 و 702 و 703 و 704 و 705 و 706 و 707 و 708 و 709 و 710 و 711 و 712 و 713 و 714 و 715 و 716 و 717 و 718 و 719 و 720 و 721 و 722 و 723 و 724 و 725 و 726 و 727 و 728 و 729 و 730 و 731 و 732 و 733 و 734 و 735 و 736 و 737 و 738 و 739 و 740 و 741 و 742 و 743 و 744 و 745 و 746 و 747 و 748 و 749 و 750 و 751 و 752 و 753 و 754 و 755 و 756 و 757 و 758 و 759 و 760 و 761 و 762 و 763 و 764 و 765 و 766 و 767 و 768 و 769 و 770 و 771 و 772 و 773 و 774 و 775 و 776 و 777 و 778 و 779 و 780 و 781 و 782 و 783 و 784 و 785 و 786 و 787 و 788 و 789 و 790 و 791 و 792 و 793 و 794 و 795 و 796 و 797 و 798 و 799 و 800 و 801 و 802 و 803 و 804 و 805 و 806 و 807 و 808 و 809 و 810 و 811 و 812 و 813 و 814 و 815 و 816 و 817 و 818 و 819 و 820 و 821 و 822 و 823 و 824 و 825 و 826 و 827 و 828 و 829 و 830 و 831 و 832 و 833 و 834 و 835 و 836 و 837 و 838 و 839 و 840 و 841 و 842 و 843 و 844 و 845 و 846 و 847 و 848 و 849 و 850 و 851 و 852 و 853 و 854 و 855 و 856 و 857 و 858 و 859 و 860 و 861 و 862 و 863 و 864 و 865 و 866 و 867 و 868 و 869 و 870 و 871 و 872 و 873 و 874 و 875 و 876 و 877 و 878 و 879 و 880 و 881 و 882 و 883 و 884 و 885 و 886 و 887 و 888 و 889 و 890 و 891 و 892 و 893 و 894 و 895 و 896 و 897 و 898 و 899 و 900 و 901 و 902 و 903 و 904 و 905 و 906 و 907 و 908 و 909 و 910 و 911 و 912 و 913 و 914 و 915 و 916 و 917 و 918 و 919 و 920 و 921 و 922 و 923 و 924 و 925 و 926 و 927 و 928 و 929 و 930 و 931 و 932 و 933 و 934 و 935 و 936 و 937 و 938 و 939 و 940 و 941 و 942 و 943 و 944 و 945 و 946 و 947 و 948 و 949 و 950 و 951 و 952 و 953 و 954 و 955 و 956 و 957 و 958 و 959 و 960 و 961 و 962 و 963 و 964 و 965 و 966 و 967 و 968 و 969 و 970 و 971 و 972 و 973 و 974 و 975 و 976 و 977 و 978 و 979 و 980 و 981 و 982 و 983 و 984 و 985 و 986 و 987 و 988 و 989 و 990 و 991 و 992 و 993 و 994 و 995 و 996 و 997 و 998 و 999 و 1000 و 1001 و 1002 و 1003 و 1004 و 1005 و 1006 و 1007 و 1008 و 1009 و 10010 و 10011 و 10012 و 10013 و 10014 و 10015 و 10016 و 10017 و 10018 و 10019 و 10020 و 10021 و 10022 و 10023 و 10024 و 10025 و 10026 و 10027 و 10028 و 10029 و 10030 و 10031 و 10032 و 10033 و 10034 و 10035 و 10036 و 10037 و 10038 و 10039 و 10040 و 10041 و 10042 و 10043 و 10044 و 10045 و 10046 و 10047 و 10048 و 10049 و 10050 و 10051 و 10052 و 10053 و 10054 و 10055 و 10056 و 10057 و 10058 و 10059 و 10060 و 10061 و 10062 و 10063 و 10064 و 10065 و 10066 و 10067 و 10068 و 10069 و 10070 و 10071 و 10072 و 10073 و 10074 و 10075 و 10076 و 10077 و 10078 و 10079 و 10080 و 10081 و 10082 و 10083 و 10084 و 10085 و 10086 و 10087 و 10088 و 10089 و 10090 و 10091 و 10092 و 10093 و 10094 و 10095 و 10096 و 10097 و 10098 و 10099 و 100100 و 100101 و 100102 و 100103 و 100104 و 100105 و 100106 و 100107 و 100108 و 100109 و 100110 و 100111 و 100112 و 100113 و 100114 و 100115 و 100116 و 100117 و 100118 و 100119 و 100120 و 100121 و 100122 و 100123 و 100124 و 100125 و 100126 و 100127 و 100128 و 100129 و 100130 و 100131 و 100132 و 100133 و 100134 و 100135 و 100136 و 100137 و 100138 و 100139 و 100140 و 100141 و 100142 و 100143 و 100144 و 100145 و 100146 و 100147 و 100148 و 100149 و 100150 و 100151 و 100152 و 100153 و 100154 و 100155 و 100156 و 100157 و 100158 و 100159 و 100160 و 100161 و 100162 و 100163 و 100164 و 100165 و 100166 و 100167 و 100168 و 100169 و 100170 و 100171 و 100172 و 100173 و 100174 و 100175 و 100176 و 100177 و 100178 و 100179 و 100180 و 100181 و 100182 و 100183 و 100184 و 100185 و 100186 و 100187 و 100188 و 100189 و 100190 و 100191 و 100192 و 100193 و 100194 و 100195 و 100196 و 100197 و 100198 و 100199 و 100200 و 100201 و 100202 و 100203 و 100204 و 100205 و 100206 و 100207 و 100208 و 100209 و 100210 و 100211 و 100212 و 100213 و 100214 و 100215 و 100216 و 100217 و 100218 و 100219 و 100220 و 100221 و 100222 و 100223 و 100224 و 100225 و 100226 و 100227 و 100228 و 100229 و 100230 و 100231 و 100232 و 100233 و 100234 و 100235 و 100236 و 100237 و 100238 و 100239 و 100240 و 100241 و 100242 و 100243 و 100244 و 100245 و 100246 و 100247 و 100248 و 100249 و 100250 و 100251 و 100252 و 100253 و 100254 و 100255 و 100256 و 100257 و 100258 و 100259 و 100260 و 100261 و 100262 و 100263 و 100264 و 100265 و 100266 و 100267 و 100268 و 100269 و 100270 و 100271 و 100272 و 100273 و 100274 و 100275 و 100276 و 100277 و 100278 و 100279 و 100280 و 100281 و 100282 و 100283 و 100284 و 100285 و 100286 و 100287 و 100288 و 100289 و 100290 و 100291 و 100292 و 100293 و 100294 و 100295 و 100296 و 100297 و 100298 و 100299 و 100300 و 100301 و 100302 و 100303 و 100304 و 100305 و 100306 و 100307 و 100308 و 100309 و 100310 و 100311 و 100312 و 100313 و 100314 و 100315 و 100316 و 100317 و 100318 و 100319 و 100320 و 100321 و 100322 و 100323 و 100324 و 100325 و 100326 و 100327 و 100328 و 100329 و 100330 و 100331 و 100332 و 100333 و 100334 و 100335 و 100336 و 100337 و 100338 و 100339 و 100340 و 100341 و 100342 و 100343 و 100344 و 100345 و 100346 و 100347 و 100348 و 100349 و 100350 و 100351 و 100352 و 100353 و 100354 و 100355 و 100356 و 100357 و 100358 و 100359 و 100360 و 100361 و 100362 و 100363 و 100364 و 100365 و 100366 و 100367 و 100368 و 100369 و 100370 و 100371 و 100372 و 100373 و 100374 و 100375 و 100376 و 100377 و 100378 و 100379 و 100380 و 100381 و 100382 و 100383 و 100384 و 100385 و 100386 و 100387 و 100388 و 100389 و 100390 و 100391 و 100392 و 100393 و 100394 و 100395 و 100396 و 100397 و 100398 و 100399 و 100400 و 100401 و 100402 و 100403 و 100404 و 100405 و 100406 و 100407 و 100408 و 100409 و 100410 و 100411 و 100412 و 100413 و 100414 و 100415 و 100416 و 100417 و 100418 و 100419 و 100420 و 100421 و 100422 و 100423 و 100424 و 100425 و 100426 و 100427 و 100428 و 100429 و 100430 و 100431 و 100432 و 100433 و 100434 و 100435 و 100436 و 100437 و 100438 و 100439 و 100440 و 100441 و 100442 و 100443 و 100444 و 100445 و 100446 و 100447 و 100448 و 100449 و 100450 و 100451 و 100452 و 100453 و 100454 و 100455 و 100456 و 100457 و 100458 و 100459 و 100460 و 100461 و 100462 و 100463 و 100464 و 100465 و 100466 و 100467 و 100468 و 100469 و 100470 و 100471 و 100472 و 100473 و 100474 و 100475 و 100476 و 100477 و 100478 و 100479 و 100480 و 100481 و 100482 و 100483 و 100484 و 100485 و 100486 و 100487 و 100488 و 100489 و 100490 و 100491 و 100492 و 100493 و 100494 و 100495 و 100496 و 100497 و 100498 و 100499 و 100500 و 100501 و 100502 و 100503 و 100504 و 100505 و 100506 و 100507 و 100508 و 100509 و 100510 و 100511 و 100512 و 100513 و 100514 و 100515 و 100516 و 100517 و 100518 و 100519 و 100520 و 100521 و 100522 و 100523 و 100524 و 100525 و 100526 و 100527 و 100528 و 100529 و 100530 و 100531 و 100532 و 100533 و 100534 و 100535 و 100536 و 100537 و 100538 و 100539 و 100540 و 100541 و 100542 و 100543 و 100544 و 100545 و 100546 و 100547 و 100548 و 100549 و 100550 و 100551 و 100552 و 100553 و 100554 و 100555 و 100556 و 100557 و 100558 و 100559 و 100560 و 100561 و 100562 و 100563 و 100564 و 100565 و 100566 و 100567 و 100568 و 100569 و 100570 و 100571 و 100572 و 100573 و 100574 و 100575 و 100576 و 100577 و 100578 و 100579 و 100580 و 100581 و 100582 و 100583 و 100584 و 100585 و 100586 و 100587 و 100588 و 100589 و 100590 و 100591 و 100592 و 100593 و 100594 و 100595 و 100596 و 100597 و 100598 و 10059

استخرجت العديد من الأحكام الهامة في باب الالتزامات^(١). ولو أن الفقه الإسلامي لم يضع نظرية عامة لحسن النية بل كانت الأحكام تولد بمناسبة معالجة الوضعيات حالة بحالة^(٢)، وكان من الممكن للفقه الحديث أن يبني هذه النظرية^(٣).

2- المراجع الموضوعية

يتمثل الإطار الموضوعي للنقطة المطروحة في أحكام الفصل 243 م.أ.ع حيث « يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرخ به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الانصاف حسب طبيعته»، ومؤدي ذلك أن يتحقق الوفاء بالالتزامات بحسن نية ولا يقف الوفاء بالالتزامات عند مفهوم حسن النية بل يتعداه إلى جميع الأحكام القانونية ذات الصلة وإلى معاني العرف والإنصاف.

- مفهوم الوفاء بالالتزامات: فالوفاء بالالتزامات هو غاية القانون المدني وسبب وجوده فليس في القانون المدني من هدف أسمى من أن تدفع الحقوق لأصحابها. والحقيقة أن النظرية العامة للالتزامات جميعها تقوم على هذا المبدأ الأساسي وهو وفاء المدين بالدين بمعنى ضمان حقوق الدائنين واستجتمع المشرع جملة من القواعد الأصلية والإجرائية بهدف تمكين الدائن من استخلاص حقه، وما تنظيم المؤسسات

والمهود ما كانوا يتعاهدون عليه من الحلف وغيره. وقال علي بن أبي طلحة، عن ابن عباس في قوله يا ليها الذين آمنوا أوفوا بالعقود يعني بالعقود: يعني ما أحل الله وما حرم ، وما حرض وما حد في القرآن كله ، فلا تقدروا ولا تنكروا ، ثم شدد في ذلك فقال والذين يقضون عهد الله من بعد ميقاته ويفقعنون ما أمر الله به أن يوصل (إلى قوله سوء الدار) (الرعد: 25). وقال الفضاحاك : أوفوا بالعقود (قال: ما أحل الله وما حرم وما أخذ الله من الميثاق على من أقر بالإيمان بالنبي صلى الله عليه وسلم والكتاب أن يوفوا بما أخذ الله عليهم من الغلال والحرام: (وقال قيد بن سلم أوفوا بالعقود) (قال هي ستة: عهد الله ، وعقد الحلف ، وعقد الشركة ، وعقد البيع ، وعقد التناحر ، وعقد اليمين . وقال محمد بن كعب: هي خمسة منها: حلف الجاهلية ، وشركة المعاوضة . وقد استدل بعض من ذهب إلى أنه لا خيار في مجلس البيع بهذه الآية) أوفوا بالعقود (قال: فهذا يدل على لزوم العقد وثبوته ، فيقتضي نفي خيار المجلس ، وهذا مذهب أبي حنيفة ومالك وخالفهما الشافعي وأحمد بن سنبل والجمهور ، والحقيقة في ذلك ما ثبت في الصحيحين ، عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: البيعان بالختار ما لم يضرقا ^و وفي لفظ للبغاري: إذا تابع الرجال فكل واحد منهم بالختار ما لم يتفرقا ^و وهذا صريح في إثبات خيار المجلس المتبعق لعقد البيع ، وليس هذا منافية للزوم العقد ، بل هو من مقتضياته شرعا ، فالالتزام من تمام الوفاء بالعقد. (موقع شرح ابن كثير).

(1) أبو الحسن التسلي: البهجة في شرح التحفة، الطبعة الثانية، ١٩٥١، مصر.
 (2) حسين بن سليمي: حسن النية في تفہیم العقود، حسب أحكام الفصل 243 م.أ.ع، تعریب محمد بن سالم، ١٩٩٣، ص. ١١ و مابعد.

(3) فاضل شاكر التسيمي: نظرية الحوادث الطارئة بين القانون والشريعة، دكتوراه، بغداد، ١٩٧٩.
 محمد عبد الجناد محمد: بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، جامعة القاهرة، ١٩٧٧.

الشريعة^(٤) وتناقلت كتب الفقه هذا المبدأ لقوته سنته وحججته معانيه^(٥). هيا أيتها الذين آمنوا أوفوا بالعقود^(٦)، تلك هي القاعدة الأساسية في تفہیم العقد، والعقد في هذه الآية يحمل إلى جميع ما يلتزم به الشخص المؤمن من عهود، تصرفاً آحادياً أو ثائباً، وواجب المؤمن أن يراعي شريعة الله في تفہیم العهود^(٧). وعلى أساس هذه القاعدة

(١) وللتآخيات الشرفية تزويجاً الإنسان اعتماداً بالغاً والأحاديث المتعلقة بحسن التوايا والإخلاص لله أكثر من أن تتحقق، فلا قيمة لعمل لا يراد به وجه الله ولا قيمة لعمل لا تتمثل به مضامين رسالة الإسلام في الأخلاق والمعاملات سواء على المستوى الفردي أو الجماعي. ومن أهم أحاديث رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) في ذلك ما يلي:

- لا قول إلا بعمل، ولا قول ولا عمل إلا بآيتها، ولا قول وعمل وبئه لا ياصابه الشدة.

- وعنه (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) إنما الأعمال بالثبات، ولكن أمري ما ثوابي.

- وعنه (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) في وصيته له لأبي ذئراً يا أبا ذئراً، لكن لك في كل شيء نية، حتى في اليوم والأكل (...) يا أبا ذئراً، هم بالحسنة وإن لم تعملها، لكنك لا تكتب من الغافلين.

- وعنه (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) بية المؤمن غير من عمله، وبيبة المسايق شرمن عمله، وكل عمل على بيته.

- وعنه (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) آله قال: أخف على أشيء الشرك، قبل له: أبشركون من بعدك؟ فقال: أما لهم لا يعبدون شمساً ولا قمراً ولا رثناً ولا حجرًا ولكنهم يربون بأعمالهم، والزياد هو الشرك... ^(٨) (فَمَنْ كَانَ يَرْجُوا لِفَاقَةً رَبِّهِ فَلَيَقْعُلَ عَمَلاً صَالِحاً وَلَا يَرْتَكِبْ بِعِتَادَهُ أَخْدَاهُ). الكهف/ ١١٥

- وعنه (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) لا يقبل الله تعالى دعاء المرافق.

- وعنه (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) لا يقبل الله واحد يكفره الزوجة كلها.

- وعنه (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) أعمل لوجه واحد يكفرك الزوجة كلها.

- وعنه (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) ينادي في القيمة: أين الذين كانوا يهدون الناس؟ فرموا وخدوا أجوركم من عملتم له، فإنني لا أقبل عملاً خالطاً شيء من الدنيا.

- وعنه (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) إن الله تعالى لا يقبل من العمل إلا ما كان له حال صاحباً وابتغي به وجهه.

- وعنه (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) أما علامة المخلص فاربعة: يسلم قلبه، وتسليم جوارحه، ويدلل خيره، وكف شره.

(٢) عن أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم - يقول: (إنما الأفعال بالثبات وإنما يكفل المأموري ما تؤدي قمنه كائنة هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله وزر شرطه ومتى كانت هجرته إلى ذي قبره يصيغها أو إلى أمراً ينكحها كفهجرته إلى ما هاجر إلية). وبعد هذا الحديث القاعدة العامة في العمل بالثبات، وقال عنه الإمام الشافعي - رحمه الله -: « حدبت النية يدخل في سبعين باباً من الفقه، وما ترك لمبطل ولا مضار ولا محتال حاجة إلى لقاء الله تعالى ». وقال التنوبي: « لم يرد الشافعي - رحمه الله -. انحصار أبوابه في هذا العدد، فإنها أكثر من ذلك ». وقال الشوكاني - رحمه الله -: « وهذا الحديث قاعدة من قواعد الإسلام، حتى تليل إنه ثالث العلم ». وقال كذلك: « وهو على انتقاده حقيق بأن يفرد له مصنف مستقل ». وقال عبد الرحمن بن مهدي: « من أراد أن يصنف كتاباً فليبدأ بهذا الحديث ». وعمل بهذه الصيغة البخاري - رحمه الله -. بدأ به في صحيحه، وكذلك تقي الدين المقدسي في كتابه « العدة الأحكام »، وكذلك السيوطي في « جامعه الصغير »، والتوزي في المجموع، وقال أبو عبيد: « ليس في الأحاديث أجمع ولا أغنى ولا لائق ولا أكثر فائدة منه ».

(٣) سورة العنكبوت، آية عد ١.

(٤) قال ابن عباس ومجاهد: يعني بالعقود: العهود . وحكي ابن جوير الإجماع على ذلك قال :

والمحامية للشيء محل العقد ومتضمن التزامه أن يتحقق هدف العقد موضوعاً ويخلص المععقد في تنفيذ ما المترم به فلا ينحي إلى أنواع الغش والتزوير أو التدليس وأن يسعى المععقد إلى تنفيذ التزاماته دون تحايل، فلا يمكن للناقل أن يسلك طريقاً بعيداً على سبيل المثال إذا كان من الممكن اعتماد طريق أقرب، فذلك ما يدخل في باب التزاهة، ومتضمني واجب التعاون أن يحمل على المععقد واجب الإرشاد والإعلام وحفظ حقوق المععقد وصيانة مكاسبه، فعلى المععقد أن يعلم المععقد الآخر بكل ما يتعلق بموضوع العقد وأن لا يخفى عنه شيئاً وعليه أن يحرص على صيانة حق معاقده من التلف والفساد عن الاقتضاء⁽¹⁾.

والواضح أنه تجاوز البعض الواجبات المحددة قانوناً في بعض العقود في الضمان كما هي الصورة في عقد البيع والأمان أو السلامة كما هي الصورة في عقد النقل وتتجاوزاً لبعض الأحكام القانونية التي تجد فعلاً أساسها في معنى حسن النية مثل إمكانية الفسخ والدفع بعدم التنفيذ ونقضي الدين وغير ذلك، فإن للقاضي عملاً بمبدأ حسن النية الوارد بالفصل 243 م.أ.ع أن يتدخل ليس فقط لإدراكه بنود العقد بل لإقرار مضمون إلزامي إضافي وإنشاء التزامات جديدة على كاهل المتعاقدين بحسب طبيعة العقد ومن ذلك جاءت واجبات التعاون والمعاضة والإرشاد والحرص على حقوق الغير وصيانتها وبالإمكان تعليم واجبات الضمان والأمان على جميع العقود بناءً على مبدأ حسن النية. وكان حسن النية من جهة ثانية هو المبرر في اعتماد نظرية الظروف الطارئة ببعض القوانين المقارنة وأوصل إلى إمكانية تعديل بنود العقد بحسب تغير الظروف يوم تنفيذ العقد وذلك ما يعني أن التنفيذ يجب أن يكون بحسن نية ولا شيء يمنع من اعتماد نفس التحليل بالقانون التونسي انطلاقاً من المعنى الوارد بالفصل 243 م.أ.ع. كما سيأتي بيانه.

-مفهوم القانون: المعلوم أن القواعد القانونية الآمرة تلزم المتعاقدين تجاوزاً لما ورد بالعقد وتدخل وبالتالي في إطار القوة المعلمة للعقد، بل أكثر من ذلك ففي حالة غياب الاتفاق الصريح يعتمد بالقواعد القانونية الاستيفائية التي تلزم الطرفين المتعاقدين، وذلك هو المعنى الوارد بالفصل 243 م.أ.ع في أنه «...لا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون....».

-مفهوم العرف: ليس العرف كمصدر ثانوي للتشريع ما قصده الفصل 243 م.أ.ع بل العرف الذي يعتد به في بيان محتوى العقود غير السمعاء، وكثيراً ما يتداخل المشرع صراحةً بتصوّص صريحة تمكّن من الرجوع إلى العرف، كما هي الصورة بالفصلين 637

(1) وفضلاً أوردت بعض الفصول بعض التطبيقات لهذا المبدأ مثل الفصل 778 م.أ.ع في عقد الكراء والفصل 1134 م.أ.ع في عقد الوكالة والفصل 7 من مجلة التأمين، محمد الزين، العقد، المرجع السابق، ص. 239 وما بعد.

المدنية على نعدها إلا لضمان استخلاص الحق⁽²⁾ وتنهض الطرق الإجرائية سندًا لتحقيق هذا الغرض الأصلي⁽³⁾.

-مفهوم حسن النية: ويجب أن يكون هذا الوفاء بأمانة بمعنى بحسن نية، وقد يتحقق هذا المفهوم معنى ذاتياً أو موضوعياً.

+غير المفهوم الذاتي لحسن النية في الالتزامات، وهو مفهوم تقليدي⁽⁴⁾، إلى المقصود المشترك للطرفين المتعاقدين، فيجب تحديد إرادة الطرفين، ومتضمن حسن النية أن تنفذ إرادة الطرفين لا غير، ولا يمكن البحث بحرية عن الإرادة المشتركة بل يجب التقدّم بما ورد بنود العقد إلا إذا كانت معانٍ العقد غامضةً فيمكن عند الاقتضاء اللجوء إلى بحث حر لكشف حقيقة الاتفاق، ولكنه لا يمكن مهما كانت الصورة الخروج عن إطار إرادة الطرفين في تحديد معنى الوفاء بأمانة.

وذلك هي الصورة التي ظلّ فقه القضاء في تونس يذكر بها ومنع في أكثر من مناسبة تجاوز حدود الاتفاق وفرض أحکامه على طرف في العقد وكان ذلك هو الاتجاه الذي قام سندًا في رفض تعديل بنود العقد بما في ذلك الشرط التغريمي وغيره من الصور⁽⁵⁾.

+ويرى المفهوم الموضوعي إلى عناصر خارجية، عناصر خارج إطار معنى الإرادة المشتركة، فلا يعتقد بنود العقد فحسب بل يعتقد بكل ما يحمل إلى معنى الانصاف الاجتماعي⁽⁶⁾ الذي يمكن أن يبرر بعبارات المصلحة العامة والنظام العام والأخلاق الحميدة والإنصاف حسب البعض⁽⁷⁾.

ولكن الحقيقة أن حسن النية يتجاوز جميع تلك المعاني فهو مبدأ قانوني عام، قد لا يحتاج إلى تضليل قانوني يكرسه، وينصرف هذا المعنى الموضوعي في المادة التعاقدية إلى واجب الضمان *devoir de garantie* وواجب الأمان أو السلامة *devoir de sécurité* وواجب التزاهة *devoir de loyauté* وواجب التعاون بين المتعاقدين *devoir de collaboration*، ومتضمن الضمان أن يضمن المععقد محل العقد من تشوش ومتلازمة الغير ومتضمن الأمان أن يحرص المععقد على السلامة الجسدية للمععقد

(1) بما في ذلك قواعد المسؤولية ودعاوى الضمان العام وأحكام التأمينات وغيرها.

(2) العقل بأنواعها ت�فيظية وتفقيهية وتنفيذية.

يراجع في جميع ذلك: علي كحليون، قانون التأمينات واستخلاص التأمين العام والخاص، المرجع السادس.

(3) حسين بن سليمان: حسن النية في تنفيذ العقود، المرجع السابق، ص. 24 وما بعد.

(4) ستكون لنا مناسبة في شرح هذه البادئ، أتظر أسلفه، باب تعديل العقد.

(5) Voujin : La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français, These Paris, L.G.D.J. 1939 ? p. 86

(6) حسين بن سليمان، المرجع السابق، ص. 29 وما بعد.

فهو القاعدة الطبيعية لمعنى العدل الحقيقي. فإلى جانب العدالة القانونية التي تتمثل في تطبيق القانون على جميع الناس بالتساوي يظهر الإنصاف وكأنه في مستوى العدل الطبيعي. وبهذا المعنى فإن الإنصاف أرقى درجة من العدالة القانونية. وهذا ما يفسر خروج التطبيقات القضائية في بعض الأحيان عن القاعدة القانونية بعلة قدر الإنصاف وإن كانت القاعدة الأصولية لا تجيز تجاوز النص القانوني إذا كانت عبارته واضحة⁽¹⁾. على أن الإنصاف يمكن أن يرقى إلى مرتبة القواعد العامة للقوانين على معنى الفصل 535 م.أ.ع ومن الممكن اللجوء إليه في غياب النص الصريح، وبعد الإنصاف في المادة التعاقدية هاما بما أنه مطلوب قاتلنا لهم وإدراك حقيقة بنود العقد وبالتالي إطار القوة الملزمة في العقد، ولذلك نص الفصل 243 م.أ.ع صراحة على أنه «لا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث ... الإنصاف حسب طبيعته». فلا بد من تفعيل عناصر الإنصاف أي عناصر العدل الطبيعي توصلاً لتحديد حقيقة التزامات الأطراف وما يتبع عنها من آثار. وفي هذا الإطار تدرك اتجاهات القضاء في وضع التزامات إضافية على كاهل المتعاقد، كما في صورة أن يحمل الطبيب وأجب تحقيق نتيجة وليس بذلك عتابة⁽²⁾.

والمجمل في ذلك أن المراتجع الموضوعية للقوة الملزمة تدفع في اتجاه تراعاة معاني حسن النية والقواعد القانونية ذات الصلة وأحكام العرف والإنصاف دون توقف عند حدود المعانى الواردة بالعقد. فذلك يعني أن للقاضي دوراً هاماً في فهم العناصر الداخلية والخارجية للعقد ويدخل جميع ذلك ضرورة في الإطار الموضوعي للقوة الملزمة، غير أن فقد القضاة التونسي كثيراً ما كان تقليدياً وذاتياً في فهم أحكام الفصل 243 م.أ.ع وبالتالي في إدراك إطار القوة الملزمة.

بـ-آيات تحقيق الاعتبارات الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية للجوانب الموضوعية في القوة الالزامية للعقد

ما يتحقق الجوانب الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية في موضوع العقد ويجعل العقد يعبر فعلاً عن أراده صاحبه هو أن يقول بالطريقة السليمة (1) ويكيّف طبق

(1) جاء بقرار محكمة التعيق التونسية عدد 3784 المترتب في 11 مارس 1980 م.ق.ت 1980 عدد 5 ص 127 مابلي، وحيث إنه لمن كان من وظائف هذه المحكمة التهير على سلامة تطبيق القانون موضوعياً وإجرائياً، إلا أنه لا ينبغي كذلك أن يغرب عنها أن الغاية من تطبيق القواعد الإجرائية إنما قصد بها أولاً وقبل كل شيء إلى تأمين التسلل الكفيف بداعل الحق وتمكن صاحبه منه، أما إذا تعارضت القاعدة الإجرائية مع ذلك الحق وأصبحت في بعض الصور حاثلاً دون تأميمه بل وسبباً في هدره وضياعه فإنه يصبح من أوكرد واجبات القضاء، وهو العارض الأمين على حقوق المتعاقدين لأن هذه الإجراءات الشكلية على تحليق البید القاضي بأن «الحق يعلو ولا يعلى عليه وأن ما بعد الحق لا يضرالله».

(2) حسين بن سليمان، المرجع السابق، ص. 75-74.

674 من المجلة التجارية والفصل 799 م.أ.ع في عقد الكراء، والفصل 1211 م.أ.ع في الفراض والفصل 1004 م.أ.ع في الوديعة والفصل 1114 م.أ.ع في التوكيل⁽¹⁾. وعادة ما نحتمل التجارة إلى قواعد عرفية تكون الأساس في المعاملات تجاوزاً لأي إطار اتفافي مسبق، فعلى القاضي حينئذ أن يثير تلك العادة لتكون سندًا في فهم التزامات الأطراف. فهي مجمل الأصول التطبيقية التي تحيط عمل التجار ويكون لها وقع القاعدة الملزمة للطرفين. ولعل التجارة الدولية كانت مثلاً في ذلك إلى أن أصبح من الممكن لدى بعض رجال القانون الحديث عن قانون عبر وطني أساسه عادات التجار وسابق فقه القضاء في ذلك⁽²⁾.

-«مفهوم الإنصاف: الإنصاف هو فورة غريزية كامنة في ضمير الإنسان تدفع في اتجاه تصور العدل على صورته الحقيقية، فهو صورة من صور الجانب الإيجابي في طبيعة البشر، فكل إنسان به جانب من الخير والشر، والإنصاف صورة من الجانب الخيري،

(1) محمد الزين، العقد، المرجع السابق، ص. 258 وما بعده، عدد 347 وما بعده.
(2) انوضح أن الاعتماد المطلق على قواعد التبادل لا يحسن الإشكال فقد قبل إن قواعد التبادل ذات منع ذاتي إذ تعبّر على رغبة تشريعية لدولة معينة بذلك وما رضي به هذه الدولة لا ترضي به غيرها وما كان من الممكن والحقيقة تلك أن تجد هيئة التحكيم ومن ورائها الأطراف المتعاقبة الحل في جملة القواعد المتصلة بأحكام القانون الدولي الخاص، كما أن الاتفاقيات الدولية التي أحاطت بعضها بموجبة في البيع والتسلل والاعتراضات وغيرها ومن الممكن أن تكون سندًا للهيئة التحكيم، ولكنها لا يمكن أن تحسن الإشكال نهاية لأنها قد لا تتطابق جميع المجالات وتبقى إجمالاً رهينة المصادقة من قبل الدول المتعاقبة. لذلك أنتهى التحكيم الدولي إلى اعتماد قواعد الأعراف التجارية الدولية (J.Paulsson : *La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI*, Rev.arb.1990.55).

وتبرر أهمية العرف التجاري في أنه يتمثل في جملة من القواعد التقافية التي تحيط عمل التجارة الدولية فهو ليس بقانون مكتوب أو تابع لدولة دون أخرى بل هو إفراز طبيعي وتلقائي لجملة المعاملات بين التجار وهو نتيجة لتكرار القاعدة وأهم التطبيقات الدولية في عالم التجارة.

ولكن ذلك لا يمنع تقيين الأعراف التجارية بل اتجاه التطبيق إلى ضبط جملة هذه الأعراف في عدة مجالات محددة مثل التجارة البحرية وبيع المصنفات الأدبية أو التجارة برجه عام مثل مواصفات غرفة التجارة الدولية وقد توضّع جملة من المبادئ العامة في مجال محدد من قبل المتدخلين أنفسهم أو تعمّد الغفران التموزجية في نشاط محدد. ولكن مصدر هذه المواصفات على تعمّدها هو العرف التجاري لا غير ويمكن تطويرها أو تغييرها كلما تغير العرف.

فليس الأعراف الدولية في نهاية الأمر قواعد تابعة لدولة معينة أو منظمة محددة أو أنها تمثل نظاماً قانونياً ثالثاً ينضاف إلى النظام الدولي أو إلى أنظمة الدول الداخلية، بل هي مجرد قواعد عامة أو مبادئ عامة تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية.

وإذا كانت هيئة التحكيم حرّة في تحديد القانون المنطبق أو أنها حولت الاستناد إلى قواعد العدل والإنصاف فلا شك في أنها من الممكن الاعتماد على الأعراف الدولية لجسم الإشكال. وقد تنص الفصل 73 من مجلة التحكيم التونسية صراحة على أن هيئة التحكيم تبت في جميع الأحوال في التبادل ووفقاً لشروط العقد مع الأخذ بعين الاعتبار العرف التجاري المنطبق على المعاملة.

المقتضيات القانونية (2) وأن يمكن الأطراف نهاية من تعديل بنود العقد عند الاقتضاء (3).

١- تأويل بنود العقد

فديختلف الطرفان المتعاقدان حول بنود محددة مضمون بالعقد فتقوم الحاجة إلى التأويل، ولكن تأويل العقد ليس أمراً مهتماً بل تحكمه قواعد محددة. فكما أنّ للقانون طرق محددة في التأويل فإنّ للعقد طرقاً مخصوصة في ذلك (٤). وقد أورد المشرع قواعد

(١) أوردت مجلة الالتزامات والعقود قواعد تأويل القانون ضمن باب «في بعض قواعد عامة تتعلق بالقانون» بالفصل ٥٣٢ إلى ٥٦٣ م.أ.ع. وللحكم في ذلك عنده طرق فلا تتفق عند شرح عبارات النص، وهو ما يسمى بالشرح على المتن، متى تتفق المحكمة عند حرفي النص التشعيعي دون تجاوز، فمن شأن هذه الطريقة أن تبقى على جمود التشريع وبفقد القضاء ذلك الدور الخالق، وإنما لها في البحث الحر طريقة مثل في الخلق والإبداع، فلا تكون النصوص القانونية المتوفرة حينئذ إلا في مقام التمثيل الموضوعي مثل بقية المعطيات التاريخية والمنطقية، ومن شأن هذه الطريقة أن تسد الفراغات التشريعية وتنهض بالنصوص التشريعية الموجودة في اتجاه مواكبة التطور والتغيرات الاقتصادية والاجتماعية، وليس طريقة البحث الحر من قيد إلا مراعاة لقواعد التأويل في الشرح والقياس والمنطق الوارد بالفصل ٥٣٢ م.أ.ع وما بعد، ونتائجها محققة في فهم إرادة المشرع وتجاوز جمود النصوص القانونية والخروج عن ضيق شكلها وإبداع ما لا نهاية من القواعد والضوابط.

ويبدو المشرع مندراً لأهمية قاعدة البحث الحر في التأويل، فيعد أن نص بالفصل ٥٣٢ م.أ.ع على أن «نص القانون لا يتحمل إلا المعنى الذي تفضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واسع القانون»، وهي قاعدة الشرح على المتن، التي هي بقية الفصل إلى تحرير الطرق المنطقية والقياسية في التأويل.

فيطبق قاعدة الشرح أن يكتفي القاضي بتفسير الألفاظ الواردة بالنص التشيعي، فيقف على معانيها وروض كل كلمة في الجملة ويرى أهمية الفراسيل والتقاط وغير ذلك من التكاليف اللغوية. وذلك ما أورد المشرع بالفصل ٥٣٢ م.أ.ع.

والقياس مقرر بأحكام الفصل ٥٣٥ م.أ.ع «فإذا تغير الحكم يتضمن صريح من القانون اعتبار القياس...». ويترتب القياس مدة أشكال، فهو تماثلي أو طردي يعني أن الحالات المتماثلة تجد نفس الحكم، وهو بالعكس يعني أن جواز الشيء فيه من لشيء ومن الشيء» جواز لضد (الفصل ٥٣٤ م.أ.ع) «فإذا خص القانون صورة معينة بقى إطلاقه في جميع الصور الأخرى»، وهو بالأحرى حيث إن «من أمكنه الأكبر أمكنه الأقل» (الفصل ٥٥٠ م.أ.ع)، وتلك هي الصور الثلاث للقياس.

وترتبط قواعد المنطقية في التأويل بإبقاء الاستثناء في حدود الاستثناء وترك العام على صومعه والأخذ بآسباب القاعدة القانونية، فيما يقيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المخصوص مدة وصورة» (الفصل ٥٤٠ م.أ.ع). وإذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها» (الفصل ٥٣٣ م.أ.ع). و«ما يحكم به القانون ليس معين جرى العمل به كلما وجد السبب المذكور» (الفصل ٥٣٦ م.أ.ع) «وأما أجزاء القانون ليس معين بطل بزواله» (الفصل ٥٣٧ م.أ.ع) و«الممتوح قانوناً ليس معلوم بصير جائز بزوال السبب» (الفصل ٥٣٨ م.أ.ع).

وال واضح أن هذه الأحكام تختلف شيئاً ما عن أحكام تأويل العقد الواردة ٥١٣ إلى ٥٣١ م.أ.ع ضمن باب «في تفسير العقود».

التأويل بالفصل ٥١٣ إلى ٥٣١ م.أ.ع تحت باب «في تفسير العقود»، وإن للقاضي دوراً هاماً في ذلك.

-**قواعد التأويل:** القاعدة الأساسية في التأويل هو أنه لا يجوز التأويل مطلقاً إذا كانت عبارات العقد واضحة، فلا يمكن التأويل إلا إذا كانت بنود العقد غامضة، فإذا كانت عبارة الكتب صريحة فلا عبرة بالدلالة (١). فليس من الممكن الاجتهاد في المواطن التي لا يصح فيها الاجتهاد. فمعنى كان العقد واضحاً في عباراته صريحاً في معانيه فلا نبحث عن الدلالة التي يمكن أن تتجاوز حقيقة العبارات، ويجب أن ينفذ العقد على ما ورد به من قواعد واضحة وينزم الأطراف بذلك جبراً عند الاقتضاء. وإذا كان العقد غامضاً، عندئذ يجوز التأويل وفي ذلك يحتمل إلى جملة القواعد الواردة بمجلة الالتزامات والعقود، فلا تطبق قواعد التأويل إلا بتوفير شرط الغموض. ومؤدي هذه الفكرة أنّ مجلة الالتزامات والعقود تأخذ مبدئياً بفكرة الإرادة الظاهرة، وهي فكرة تنتهي إلى أفكار المدرسة الموضوعية (٢).

ويكون العقد غامضاً في ثلاث صور على معنى الفصل ٥١٤ م.أ.ع:

- إذا كانت عبارته مناقضة للمقصود ولصریح الغرض منه عند تحريره: أي تستعمل عبارات تناقض الغرض من العقد.

- إذا كانت عبارته غير واضحة في نفسها أو قاصرة عن بيان مراد صاحبها: أي أن تتصدر العبارات المستعملة عن أداء المعنى المطلوب.

- إذا كان وجوب الريب تناقضاً في فصول الكتب أو جب ترداداً في حقيقة مدلولها: أي أن تناقض بنود العقد فيما بينها فيحمل الفصل معنى ينافق المعنى الوارد في بقية الفصول (٣).

فإذا توفرت حالة من حالات الغموض قام التأويل صحيحاً، والقاعدة الأساسية في ذلك هو أن «العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الأنماط والتراث» (٤)، بمعنى أن لا يقف القاضي في حدود المعاني الشكلية بل يبحث عن الإرادة الحقيقة من وراء المعاني، وتنتهي هذه الفكرة إلى أفكار المدرسة الشخصية التي تنسب عادة إلى

(١) الفصل ٥١٣ م.أ.ع.

(٢) علي كحولون: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، ص ٩١ وما بعد، عدد ١١٢ وما بعد.

(٣) الفصل ٥١٤ م.أ.ع.

(٤) الفصل ٥١٥ م.أ.ع.

صريح أن الوصف لا يعود إلا للأخير فإن كان العطف يتم عاد الوصف على ما بعده. والشرط بعد المتعاطفين يعود إلى جميعها⁽¹⁾. و «إذا ذكر المبلغ أو المقدار بلسان القلم وبالرقم معا فالمعتمد عند الخلاف ما صرخ به بلسان القلم إلا إذا تبيّن جهة الغلط بوجه ثابت . وتجري هذه القاعدة أيضا في خصوص الكمباليات⁽²⁾». و «إذا تكرر في الكتب ذكر المقدار أو المبلغ بلسان القلم فالمعتمد عند الخلاف الأقل ثدرا إلا إذا تبيّن جهة الغلط بوجه ثابت⁽³⁾».

وغاية التأويل إنفاذ العقد من الزوال «فإذا كان في الكتب عبارة أو فصل يحتمل معنيين كان حملها على ما فيه فائدة أولى من حملها على ما لا فائدة منه⁽⁴⁾»، وعدم التضييق «فمن كان له القيام بدعوتين مبنيتين على سبب واحد فاختار أحدهما لا يحمل على أنه تنازل عن الأخرى⁽⁵⁾». والتخفيف عن المدين حيث إن «التفسير عند الريب يكون بما هو أخف على المدين بيعمه⁽⁶⁾»، فعند الشك يؤخذ بما هو نافع للمدين بشرط أن يؤدي المدين الاستيفائية . والتسامح في تأويل الهبات «فما كان غرضه التبرع يتسامح في تفسيره بخلاف ما كان فيه عوض⁽⁷⁾»، على أن عبارة التنازل عن الحق يجب أن تكون واضحة حتى يعتد بها «فلا يتسامح فيما فيه التنازل عن حق بل ينحصر المقصود فيما يقتضيه صريح عبارته بغير أن يتواتر فيها بالشرح وما كان في معناه ريب لا يبني عليه التنازل⁽⁸⁾». وإذا لم يتيسر بيان المقصود من العبارات في حدود ما هو مباح قانونا بالرغم من تفعيل جميع المبادئ فلا يؤخذ بالفصل ويدخل في حكم البطلان، «فإذا لم يعط التفسير حقيقة أو مجازا معنى معقولا مطابقا للقانون بطل الفصل⁽⁹⁾».

ويعد تأويل ذات الفصل يجب أن تربط جميع الفصول بعضها وأن يعي القاضي قدر قاعدة عدم التجزئة حيث إن «ذكر بعض ما لا يتجرأ ذكره كله في بعض التنازل عن حق الشفعة ككله⁽¹⁰⁾» وأن «الفصول الكتب تؤول بعضها بأن يعطي لكل منها المعنى الذي يقتضيه جملة الكتب وإذا تناقضت الفصول كان العمل بالمتاخر في نسق الكتابة⁽¹¹⁾».

(1) الفصل 520 م.أ.ع.

(2) الفصل 527 م.أ.ع.

(3) الفصل 528 م.أ.ع.

(4) الفصل 518 م.أ.ع.

(5) الفصل 523 م.أ.ع.

(6) الفصل 529 م.أ.ع.

(7) الفصل 521 م.أ.ع.

(8) الفصل 522 م.أ.ع.

(9) الفصل 531 م.أ.ع.

(10) الفصل 525 م.أ.ع.

(11) الفصل 517 م.أ.ع.

مبدأ سلطان الإرادة وإلى المدرسة الفرنسيّة⁽¹⁾، ومنها انتقلت إلى مجلة الالتزامات والعقود⁽²⁾.

وبذلك أخذت مجلة الالتزامات والعقود بالنظرتين الموضوعية والشخصية في نفس الوقت، موضوعية إذا كان الكتب واضحا فلا حاجة حينذاك إلى معرفة حقيقة الإرادة، وشخصية إذا قام واجب التأويل بسبب الغموض.

وقد وضعت مجلة الالتزامات والعقود قواعد عامة للتأنويل يجب الأخذ بها كلما تعدد إلى عناصر خارجية extrinsèque.

+التأويل الداخلي: فمقتضى التأويل الداخلي للعقد أن يقف القاضي عند عبارات النص وألقاظه توصلًا لتحديد الإرادة المشتركة للمتعاقدين. فيجب أن يعتمد بمفهوم العبارات المستعملة في حدود موضوع العقد ومحله حيث إن « العبارة وإن أطلقت لا تحمل إلا على ما قصد التعاقد فيه أو الالتزام به⁽³⁾»، وهي قاعدة تدخل في باب التأويل الموضوعي للعبارات وإن كانت الغاية هي البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

ولطريقة كتابة اللغة ورسوها أهمية في التأويل حيث إن «الوصف بعد متعاطفين يعود إليها جميعا كما في قوله (وهب لأبنائي وأبناء أبنائي الذكور) إلا إذا تبين بوجه

(1) Kelsen.H :La théorie juridique de la convention, Arch, philosophie du droit 1940.
Saleilles.R :Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand, 3 édition, Paris L.G.D.J 1925.

Mohamed Bag Bag, op.cit., p. 84 et suiv.
Weill et Terre :Droit civil, les obligations, 4 éd., Dalloz, Paris 1986, n° 64 et suiv.
J.Ghestin :Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation, 2 éd. Paris L.G.D.J 1988, n° 162 et suiv.
J.Flour : Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, dans mélanges Ripert 1950. T1,p.95. « Que le consensualisme doive être le principe, ce n'est pas douteux ». Carbonnier : op.cit., p.160 . « La règle est le consensualisme ».

Fathi Abdelrahim Abdalla,op.cit., p. 470 et suiv.
(2) صرح Santillana منذ البداية بتبنّي مجلة الالتزامات والعقود التونسية لمبدأ سلطان الإرادة، ميرزا ذلك بمبدأ الرّضاية المعروف بالفقه الإسلامي ، قوله إن إرادة الشخص بهما يكن المظهر الذي تتجلى فيه كافية وحدتها لإنشاء الرابطة القانونية وقلما تجد في الفقه الإسلامي عملا من الأعمال توقف صحته أو يطلقه على مسألة شكلية . ولقد كان السيد القاسم بناعالية الإرادة سادسا يجمع الأقطار⁽⁴⁾ (تقرير Santillana مقرر المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية، متشرور بمجلة الالتزامات والعقود التونسية، تعليق محمود ابن الشيخ، تونس 1984، ص 14). ولهذا الأمر لم يعلق الفصل الثاني منها صحة الالتزام على أي شرط شكلي، واعتمدت نظرية عبوب الرّضايا بأكملها، وتدعم ذلك بالتصنيص على القوة الملزمة للعقد بالفصل 242، وبضرورة البحث عن الإرادة الباطنية عند الاقضاء.

على كحلون: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، ص 94، عدد 113، الماهمش عدد 3.
(3) الفصل 530 م.أ.ع.

- دور القاضي في التأويل: يحمل على القاضي واجب التأويل كلما توفر خصوص العقد. وليس ذلك مجرد إمكانية بل واجب محمول على القاضي بتفعيل أدوات التأويل كلما توفرت الشروط⁽¹⁾.

والواضح أن اختلاف القراءات للعقد مجرد مسائل موضوعية لا ترقى لمستوى المسألة القانونية. فمقتضى المسألة الموضوعية أن تبقى المعالجة القضائية في مستوى فهم الواقع والتقدير دون شرح لنص قانوني. ومقتضى المسألة القانونية أن ترقى المعالجة إلى مستوى معانٍ النص القانوني. فإذا كان الاختلاف الموضوعي يقى في مستوى العناصر المادية للتزاع فإن الاختلاف القانوني يشمل محتوى النص القانوني ذاته.

والتأكيد أن تحديد إرادة الطرفين بالعقد⁽²⁾، وهي مسائل خارجة عن محتوى النص القانوني، إنما لقواعد التأويل الواردة بالفصل من 513 إلى 531 م. اع ليس إلا مسألة واقعية question de fait تدخل في سلطة الاجتهاد لقضاة الأصل⁽³⁾. فليس لمحكمة التعقيب من رأي، أمام حالة من حالات التأويل الذي يقى ضمن سلطة محاكم الأصل، إلا أن تعين حسن تطبيق القانون لا أكثر⁽⁴⁾، شرط أن يكون القرار المتقد معلاً كما يجب وتلك مسألة تخرج عن معنى التأويل وتدخل في باب واجب تعليل الأحكام⁽⁵⁾.

على أن المسائل التي ترتبط بالتأويل يمكن أن ترقى إلى مستوى المسائل القانونية إذا رفضت محكمة الأصل تطبيق العقد المبرم بين الطرفين refus d'application du contrat أو في حالة سوء التكيف القانوني للعقد mauvaise qualification أي أن تخرج محكمة الأصل عن حقيقة العقد كما أن تعتمد تكيف الهيئة بدل الكراه أو في حالة تحرير العقد denaturalisation du contrat⁽⁶⁾، أي أن تعطي المحكمة بنود العقد تفسيراً محدداً في الوقت الذي لا يحتاج فيه العقد لأي تأويل بحكم وضوحه⁽⁷⁾، فذلك

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 1268 بتاريخ 29 مارس 1979، نشرية محكمة التعقيب 1980، ص. 558.

(2) Ben Salem M. Moncef : Essai sur le rôle du juge en matière d'interprétation des contrats, thèse 1978, p. 73 et suiv.

(3) J.Carbonnier : Les obligations, tome 4, p.249 et suiv., n°66 et suiv.

François Terré-Philippe Simler-Yves Lequette : Les obligations, p.353 et suiv.

(4) البعض من رجال القانون مثل Raynaut-Mazeaud - Marty طالب بضرورة إخضاع مسألة تأويل العقود إلى مرافقة محكمة التعقيب لضبط اتجاه معنية في التأويل بحسب صنف العقد.

(5) الفصل 123 م.م.ت.

(6) J.Voulet : Le grief de dénaturation devant la cour de cassation, J.C.P. 1971, n° 2410.

(7) الفصل 513 م.اع.

وتطبق قاعدة عدم التجزئة كذلك على العقود المترابطة أو المسترسلة، فمتى قام الترابط بين هذه العقود لا بد من اعتبار جميعها في تأويل البعض⁽¹⁾.

+ التأويل الخارجي: ومقتضى التأويل الخارجي أن تعتمد عناصر خارجة عن عبارات وألفاظ الفصل توصلًا لتقرير جملة من الواجبات الإضافية تجاوزاً للإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة. والقاعدة الأصولية في ذلك هو ما أورده المشرع بالفصل 243 م.اع سابق الذكر حيث «يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرّح به فقط بل يلزم كل ما قرّب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته». فمقتضى هذه القاعدة أن يتدخل القاضي على مستوى تنفيذ العقد لإبراز حقيقة الالتزام اعتباراً لمعنى حسن النية ولجملة الضوابط القانونية والعرفية ولأفكار الإنصاف، فلا يقف القاضي عند ما صرّح به الطرفان بالعقد بل يدخل في معنى التزامهما كل ما جاء بالقانون والعرف والإنصاف على ما تقدم من شرح.

وفعلاً لا يكتفى فقط بما صرّح به الطرفان بالعقد حيث إن «التصريح بصورة من الصور التي ينطبق عليها الالتزام لا يعد تفاصيلاً لغيرها مما يتزلف عليه الالتزام قانوناً ولو لم يقع به التصريح⁽²⁾». فمن الممكن أن يدخل في التزام الأطراف جملة من العناصر لم يصرّح بها الطرفان ولكنها نتيجة حتمية لمذات الالتزام. وللقاضي إبراز هذه الأحكام والنتائج تأليلاً للعقد.

وللعرف أهميته في المادة التعاقدية «فالمعمول به عادة بمحل الكتب كالمشروط نصاً وكذلك ما هو من طبيعة الأمر المقصود⁽³⁾». وتحمل العبارات على حقيقة معناها حسبما هو معتمد بمحل تحرير الكتب إلا إذا ثبت قصد تخصيصها بمعنى خاص وإذا كانت العبارة مستعملة في الاستلاح لمعنى خاص حملت عليه⁽⁴⁾. و«ما ذكر على وجه التقرير من عدد أو كيل أو وزن وغيرها من المقادير كتحيز كذا وزهاء كذا فهو عبارة عن القدر المتسامح فيه عرفاً أو عادة بالمكان⁽⁵⁾».

وعلى ذلك ذلك الأساس فكل ما يدخل في معنى حسن النية والقانون والعرف والإنصاف يدخل في دائرة تأليل العقد، وذلك هو معنى التأويل الخارجي. وإن للقاضي دوراً في ذلك.

(1) يراجع باب المفاسد والتمييز بين العقود الجزئية والعقود الأصلية والعقود الإطارية.

(2) الفصل 524 م.اع.

(3) الفصل 516 م.اع.

(4) الفصل 519 م.اع.

(5) الفصل 526 م.اع.

للأحكام التعاقدية يسعى إلى ضبط الإرادة المشتركة داخلياً وإلى استخراج الأحكام المتصلة بالالتزامات خارجياً. فلا يقف التأويل عند اعتبارات الشخصية بل ينعدم إلى اعتبارات الموضوعية.

2- تكييف العقد

تكييف العقد هي العملية القانونية التي ترمي إلى تحديد الطبيعة القانونية للعقد la qualification. فإذا كان التأويل يرمي إلى فهم عبارات النص توصلاً لتحديد الإرادة المشتركة للطرفين وبيان الالتزامات المرتبطة بالعقد، فإن التكييف يسعى إلى إلحاق العقد بالنظام القانوني الملائم، كما أن يكييف العقد على أنه معاوضة أو بيع أو هبة أو غير ذلك. فليس في التكييف ما يتصل بالواقع، بل هي عملية قانونية ترمي إلى تطبيق الوصف الملائم على العقد بغاية تطبيق الإطار القانوني الملائم. وعلى ذلك الأساس فإن التأويل مسألة واقعية بينما التكييف مسألة قانونية صرفة. ومن هذه الناحية يخضع التكييف لمراقبة محكمة التعقيب ضرورة وكل غلط في التكييف يلقى الجزاء المناسب (النفس) la fausse qualification.

ولا يقتيد القاضي بالتكيف الوارد بالعقد، فقد يذهب الأطراف إلى اعتبار الكتبية وال الحال أنه مقاسمة على سبيل المثال، بل يعود له إعادة التكييف السليم بحسب المعطيات القانونية المتوفرة لديه⁽¹⁾. وفي ذلك يمكن دور القاضي في استخلاص النتائج القانونية للعقد.

3- تعديل بنود العقد

هل يمكن تعديل بنود العقد إذا تغيرت الظروف؟ والمسألة تحمل إلى ملاءمة العقد مع الظروف الطارئة بمراجعة كامل عناصر العقد نظراً للتغير الأوضاع بسبب الحروب والأزمات والكوارث وغير ذلك من الحوادث. وتبدو المسألة محاطة بمبدئين متناقضين، مبدأ مراعاة إرادة الطرفين pacta sunt servanda ومبدأ الظروف الطارئة rebus sic stantibus. فإذا كان مبدأ مراعاة إرادة الطرفين يحمل إلى ضرورة الإبقاء على بنود العقد مهما كانت المتغيرات مراعاة لإرادة الطرفين فإن مبدأ الظروف الطارئة يحمل إلى ضرورة مراجعة بنود العقد، كاملاً البنود، بتغير الظروف.

والأصل أن بنود العقد لا يمكن مراجعتها بعلة تغير الأوضاع والظروف، فلا يمكن أن يرجع العائد على أمر أراده مهما كانت الظروف. ولكن الانتعال من الأنظمة القطاعية وتشكل الأنظمة الرأسمالية وما يتبع عنها من أزمات اقتصادية وظاهرة امتداد

(1) قرار الدواائر المختصة عدد 12082 المؤرخ في 30 جانفي 1976، القضاء والتشريع 1976، عدد 2، ص. 37 وما بعد.

ما يختلف عن الغلط في التأويل erreur d'interprétation الذي لا يمكن أن يُباشر إلا إذا كان العقد عاملاً يحتاج إلى تأويل⁽²⁾. ففي جميع هذه الحالات الأربعة يرقى الإشكال إلى مستوى المسألة القانونية لأنّ في ذلك ما يخالف القوة الملزمة للعقد الوارد في الفصل 242 م.أع.

والخلاصة أنّ دور القاضي في تأويل العقد ينحصر في تحديد إرادة الأطراف وكل ما يرتبط بإطار القوة الملزمة إعمالاً لقواعد التأويل والاحكام القاعدة الخاصة الواردة بالفصل 243 م.أع دون رفض لمضمون العقد أو تحريف لبنوده أو غلط⁽²⁾. وإذا كان القاضي في تأويله للقاعدة القانونية يسعى إلى تطوير المنظومة القانونية ومن أجل ذلك يعتبر فقه القضاء مصدراً من مصادر التشريع⁽³⁾، فإنّ دور فقه القضاء في تأويله

(1) الفصل 515 م.أع.

(2) François Terré-Philippe Simler-Yves Lequette : Les obligations, p. 353 et suiv.

(3) القضاء ليس سلطة تشريعية ولكنه سلطة قضائية تحسم النزاعات انطلاقاً من النصوص الشرعية الموضوعة. فلا سلطان على القضاة في قصائم لغير القانون (الفصل 65 من الدستور التونسي). ومع ذلك فالقضاء مصدر من مصادر التشريع ولو أنه مصدر ثانوي. فيحكم الأجهادات وتراثها تستقر السابقة ذيلهم محكمة المصدر ذاتها والمحاكم السفلية في التنظيم القضائي. ولتوجيهات المحكمة العليا أهمية في بناء السوق وضمان استقرارها، فتضمن المحكمة العليا لسوابقها ويطعن قضاة الأصل بذلك. وبهذا المعنى يكون فقه القضاء مصدراً من مصادر التشريع.

ولا تخلل الصورة إلا بتحقيق واجب الاستقرار والتنظيم في السابقة، فليس ذلك يعني أن تخلى المحاكم المبادئ العامة، ذلك شأن التشريع، ولكن شأنها أن تبني التنظيم بقواعد متناسقة ومقاهيم شاملة وأن تحافظ على استقرار السابقة مع إمكانية تطويرها في الوقت المناسب فإذا اقتضت الضرورة، وذلك انطلاقاً مما تتوفر من نصوص قانونية.

ولا ينبغي هنا الدور على نصوص شرعية واضحة أو غامضة بل إنه على القاضي أن لا يمتنع عن القضاء ولو بسكوت أو غموض القانون (الفصل 108 م.رج.). فعل القاضي في حالة الفراغ القانوني أن يعتمد على كامل المنظومة القانونية بما في ذلك المبادئ العامة المكتوبة أو غير المكتوبة لاستنباط الحلول ولو كانت تلك الأحكام الشرعية خارج إطار نفطة البحث.

والأمثلة كثيرة في هذا المعنى سواء كانت محلية أو بالقانون المقارن، فقد عظمت فكرة السوق بالقانون التقليدي لاعتماده على فكرة السوق، وكان فقه القضاء بفرنسا سبباً في نشأة العديد من الأنظمة القانونية بما في ذلك نظام المسؤولية الشديدة على سبيل المثال. واستقرت عنده سوابق بفقه قضاء محكمة التعقيب التونسية، في الرعد بالبيع ومرض الموت ومسؤولية الفصل 96 م.أع والشرط التغريبي، وغير ذلك من الصور (قرارات الدواiers المختصة لمحكمة التعقيب التونسية، بداية من 1961، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية).

ويبدو هنا المطلب مفروضاً فرضاً بحكم عدم كمال النص الشرعي وعدم كمال المنظومة القانونية بوجه عام، فلا يدعى التشريع مطلقاً صفة الكمال، ومن ذلك شرح الدور الهام للقضاء في استخراج الحلول واستبانت الأحكام من خلال النصوص المتوفرة ولو كانت في غير مجال البحث. ولا يمكن لهذا الدور أن يكتمل إلا متى كان القضاء خلاقاً متيكراً لا يتوقد عند حرفة النص أو غموضه أو فراغه.

-Belaid Sadek: Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, L.G.D.J, 1974.
-Abdessalem Damak: Le juge pénal et la promotion des droits de l'homme en Tunisie, 2002.

والجزائري والليبي والإيطالي والهولندي والنمساوي⁽¹⁾، ويمكن الأخذ بنفس الاتجاه بالفقه الإسلامي والقانوني الكنسي⁽²⁾.

وقد أخذ القانون التونسي فعلاً بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، حيث نص الفصل 243 م.أ.ع على أنه «يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرخ به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته»⁽³⁾. وإذيرى البعض أن الفصل 243 م.أ.ع لا يمكن أن يحمل إلى إمكانية تعديل العقد لظرف طارىء حيث إن الفصل 243 م.أ.ع يوافق الفصل 1135 من المجلة المدنية الفرنسية ولم يأخذ فقه القضاء بفرنسا بإمكانية التعديل على أساس الفصل 1135، مما دفع المشرع الفرنسي إلى التدخل صراحة بموجب القانون عدد 597 لسنة 1975 المؤرخ في 9 جويلية 1975 معدلًا للالفصلين 1152 و1231 في اتجاه إقرار إمكانية تعديل الشرط الجزائى⁽⁴⁾، يرى البعض الآخر أن مفهوم حسن النية الوارد بالفصل 243 م.أ.ع يمكن أن يكون أساساً لنظرية الظروف الطارئة⁽⁵⁾. وقد نص المشرع التونسي فعلاً على إمكانية المراجعة في بعض الحالات الخاصة مثل الفصلين 814 و815 م.أ.ع في عقد الكراء⁽⁶⁾ والفصل

(1) نصت المادة 148 من القانون المدني المصري الجديد على ما يلى ١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجهه حسن النية، 2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعادة بحسب طبيعة الالتزام. ومع ذلك إذا طرأ تحوّلات حادثة عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تؤدي إلى تغيير الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للفاضى، تبعاً للظريف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويفعل بالطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

(2) عبد الرزاق السنهوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 629 وما بعده.

(3) الفصل 243 م.أ.ع يوافق الفصل 1135 من المجلة المدنية الفرنسية.
(4) Ali mezghani : Le cadre juridique des relations commerciales internationales de la Tunisie, op. cit., p.338 et suiv.

(5) حسين بن سليمان: حسن النية في تنفيذ العقود، 1993.
(6) الفصل 814 م.أ.ع «إذا تغير على المكتري حرث الأرض أو ينذرها بأمر طارئ أو قوة قاهرة فله أن يقرم بإسقاط الكراء أو استرجاع ما دفعه معجلاً بشرطين : أولاً - أن يكون الأمر الطارئ أو القوة القاهرة غير ناشطة من فعله ومن تقصيره. ثانياً - أن لا تكون متعلقة بذاته».

الفصل 815 م.أ.ع (نصح بالأمر المؤرخ في 4 ماي 1920) «إذا زرع المكتري الأرض ثم أصبح زرعاً كله بأمر طارئ أو قوة قاهرة ويلأ تقصير منه فله إسقاط الكراء واسترجاع ما دفعه معجلاً. وإن أحجم البعض فلا إسقاط ولا استرجاع إلا إذا كان المجاج أكثر من النصف. كما لا إسقاط ولا استرجاع إذا حصل المكتري على عوض ما خسره من تسبب فيه أو شركة التأمين. والقيام بإسقاط الكراء أو الحط منه في الصورة المقترنة بهذا الفصل يجب أن يقع قبل غرة أكتوبر من العام الذي وقعت فيه إجاجة الزرع كله أو البعض منه بأمر طارئ أو قوة قاهرة ولا سقط حق القائم».

المقد على فترات زمنية طويلة أتيح اختلال واضح بين حقيقة العقد وواقع الحال، ودفع البعض للمطالبة بضرورة مراجعة العقد حتى يواكب العقد المتغيرات، فقد يلزم المدين بمحض الالتفاق على الوفاء بالتزامات مجحفة تفوق قدرته. وإذا كان الأصل بالفقه أنه لا يجوز تجاوز إرادة الطرفين، فإنَّ الاتجاهات الفقهية الأخيرة، سواء بفرنسا أو ألمانيا، بالقانون الدولي العام أو الخاص، قالت بضرورة المراجعة وحاولت أن تجد السند في ذلك، فقال البعض بأنَّ عدم المراجعة مرتب باتفاق ضمني بعدم تغير الظروف، فإذا تغيرت الظروف فذلك ما يخرج عن الالتفاق، وردة البعض الآخر هذا السند بحججة أنَّ هذا الالتفاق ليس ثانياً وإنما يبقى أحادي الجانب، وقال البعض الآخر إنه من الممكن الرجوع إلى الحالات الخاصة التي أوردها المشرع في إمكانية التعديل لتعيمها على جميع الحالات، وردة الجانب الآخر هذا السند بحججة أنَّ ما هو خاص لا يمكن أن يكون عاماً. وقال البعض الآخر بتغير سبب العقد كستد في التعديل، وردة الجانب الآخر هذا السند بحججة أن التشريع عادة ما ينظم حالات الغبن ولا يمكن بالتالي لتغير السبب أن يحمل إلى إمكانية التعديل، وقال البعض الآخر بالتعسف في استعمال الحق، وردة هذا السند لغاب نية الأضرار لدى الطرفين.

والحقيقة أنَّ الأساس الصحيح في المراجعة هو مبدأ حسن النية، حيث إن العقد تتفد حسن نية، بمعنى أن يكون الوفاء بالعقد بأمانة فيحمل على الأطراف المتعاقدة واجب التزاهة أي واجب الأخلاص وواجب التعاون أي واجب الإرشاد والإعلام وحفظ حقوق المعاقد وصيانة مكاسبه، وما كان لواجب حسن النية أن يتوفّر إذا أصبح التنفيذ يخالف إرادة الطرفين الحقيقة⁽¹⁾. فالأساس في التعديل هو تكافؤ الالتزامات، فكل طرف تعامل ورضي بالعقد باعتبار أن ما رضي به يحمل على الجهة المقابلة، فإذا تغيرت الالتزامات المقابلة سقط أساس التعاقد وأصبح من الممكن تعديل بدون العقد. وترى المدرسة الألمانية حسب هذا الاتجاه أنه لا يمكن المراجعة إلا إذا كان هناك فرق مشط لم يتسبب فيه المدين ولم يكن متوقعاً من البداية وأن يصبح مرهقاً لا طاقة للمدين على رده⁽²⁾.

وفعلاً كرس فقه القضاء بألمانيا هذا الاتجاه، على خلاف فقه القضاء بفرنسا⁽³⁾. وذهب بعض التشريع إلى حد تبني هذا الاتجاه صراحة مثل القانون المصري

(1) محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص 246 وما بعده، عدد 333 وما بعده.

(2) نفس الرجع السابق.

(3) Carbonnier, Jean: Les obligations, op. cit., p. 252 et suiv., n°67 et suiv.

rigueur injuste-hardship⁽¹⁾. الواضح من ذلك أن أساس المراجعة ليس التسريع وإنما رغبة الأطراف. فهو شرط يضمن بالعقد يوم تحريره. ولكنه يختلف عن الغبن، ليس لأن الغبن له أساس شرعي فقط، بل لأن الغبن يعاني على مستوى توقيت وإبرام العقد بينما شرط الملاعة مع المتغيرات الاقتصادية rigueur injuste-hardship يعاني على مستوى تنفيذ العقد. فليست الالتزامات الواردة بالعقد ما يحمل إلى المراجعة وإنما وقوع حدث غير متوقع خارج إطار بند العقد هو ما يحمل إلى المراجعة، مثل الحرب والكوارث والأزمات وغير ذلك من الحوادث. وما يشترط أساساً أن يكون الحدث غير متوقع يوم إبرام العقد أي أن يكون للحادث مبدئياً طبيعة القوة القاهرة، وليس الحادث في حد ذاته ما يفترض عدم التوقع، بل ما يفترض ذلك هو يوم وقوعه وطبيعته وجده، حيث إن مجرد الاتفاق على الشرط هو توقيع بحصول الخلل، ولكن ما يجعله الأطراف هو وقوع الحادث فعلاً زماناً ومكاناً وحاجماً وطبيعة، ومن هذه الناحية يختلف شرط hardship مع مفهوم القوة القاهرة. ولا يشترط أن يكون للحادث طبيعة محددة بل يمكن أن يكون له طبيعة اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية أو تجارية أو فنية أو مالية. فإذا انحصر الشرط في حادث معين قد يصبح شرطاً متعلقاً بالعملة أو بالقوة القاهرة فقط. وإلى جانب عدم التوقع يشترط أن يكون أثر الحادث مضراً بشكل شديد لأحد الأطراف المتعاقدة بشكل يضر بالتوازن التعاقدى ويعد بالمعايير الموضوعي في بيان خلل التوازن التعاقدى.

إذا توفرت شروط المراجعة في عدم التوقع وخلل التوازن، يجب إعادة التوازن للعقد، ولا يشمل التعديل عنصر دون آخر بل يشمل كامل عناصر العقد، وبذلك فإن شرط hardship يحمل إلى ملاعة العقد مع الظروف الجديدة، وهو بذلك يختلف عن شرط العملة clauses monétaires أو شرط إعادة جدولة الأسعار clause de indexation التي لها عناصر محددة ويختلف كذلك عن شرط الإنقاذ clause sauvegarde المعتمد به في الاتفاقيات الدولية الذي يرمي إلى وقف العمل بالقاعدة محل الإشكال. وعلى ذلك الأساس فإن شرط hardship يحمل إلى واحد إعادة التفاوض حول جميع أركان العقد، وإن تفاصيل أحد الأطراف على ذلك يحمل إلى المسؤولية التعاقدية. ولكن الشرط لا يحمل ضرورة إلى التوصل إلى حل، فما يلزم التوصل إلى حل محدد. وتبقى عناصر العقد فاعلة إلى حد التوصل إلى حل جديد، فلا يمكن أن يتوقف أثره بحصول الحادث، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة على وقف تنفيذ

(1) B.Oppetit: L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, La clause «Hardship», J. 1974, p. 797.

1088 م.أ.ع في القرض⁽²⁾ والفصل 276 م.ج.ع في الرحمن وغير ذلك من الحالات⁽³⁾ لكن فقه القضاء التونسي، وتحت تأثير قاعدة الفصل 242 م.أ.ع في القوة الملزمة للعقد، مازال متمسكاً بعدم إمكانية تدخل القاضي بهدف مراجعة العقد، وقد رد فقه القضاء في عدة مناسبات طلب المراجعة مهما كانت الأسباب والحالات، وذكرت محكمة التعقيب في عدة مناسبات «بأن الشرط التغريبي لم يرد به نص خاص في القانون وإنما يعود في حقيقته إلى التزام بتعويض الضرر بمبلغ معين يتحقق عليه الطرفان مسبقاً وهو بهذه الصفة خاضع لقواعد العادة للالتزامات القاضية بأنّ ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون بين المتعاقدين حسب الفصل 242 م.أ.ع، وأن الحكم المطعون فيه باستناده على الفصل 278 م.أ.ع قد قام على غير أساس قانوني، فليس للمحكمة أن تتدخل فيه بالزيادة أو التقصى إذ أنه لا يهم النظام العام ولا يمس بالأخلاق الحميدة⁽⁴⁾.

ويبدو أن اتجاه التحكيم الدولي كان متاثراً بمبدأ مراعاة إرادة الطرفين⁽⁵⁾ ولا يأخذ بمبدأ الظروف الطارئة في العقود الدولية⁽⁶⁾، تأثراً بمبدأ الوفاء بالعهد⁽⁷⁾. وذلك ما دفع النطبيات الدولية في العقود إلى الاتفاق مسبقاً على شرط الملاعة مع المتغيرات الاقتصادية hardship clause. وأصبح هذا الشرط من الآليات التعاقدية المعتمد بها بكثرة في العقود الدولية خاصة بعد أزمة النفط سنة 1973، وعادة ما يسعى التحكيم الدولي إلى استخراج هذا الشرط حتى بصفة ضمنية من خلال بند العقد إذا اقتضت الصوره التعديل⁽⁸⁾.

ويعرف شرط الملاعة مع المتغيرات الاقتصادية بأنه «شرط تعاقدي يمكن للأطراف بمحاجة طلب مراجعة العقد إذا حصلت تغيرات في المعطيات السابقة التي من أجلها تعاقد الطرفان ومن شأنها تعديل توازن العقد إلى درجة الإضرار بشدة بأحد الطرفين

(1) الفصل 1088 م.أ.ع «للمقرض أن يحبس القرض إذا أفسر المقرض بعد العقد بحيث يتوقع ضياع كل القرض أو بعضه على المقرض ولو الجلس أيضاً إذا كان عسر المقرض قبل العقد ولم يطلع عليه المقرض إلا بعده».

(2) الفصل 276 م.أ.ع «إذا علقت العقود المرهونة أو تعطى بحيث أصبحت غير كافية لضمان الدين كان للدان العقد في طلب الرفقاء بالدين، على أنه إذا كان البلاك أو المطلب بغیر فعل المدين جاز لهذا الأخير أن يعرض لدائنه رهنا عقارياً إضافياً».

(3) قرار تعقيب عدد 7919 مذরخ في 28 آفريل 1975 ن 1976 ص 97.

(4) Ph. Fouchard: L'adaptation des contrats à la conjoncture économique, R.A. 1979, p. 80.

(5) Sentence Saphire, Sentence Aramco, Sentence Dupuy.

(6) Ali mezghani : Le cadre juridique des relations commerciales internationales de la Tunisie, op. cit., p.340.

(7) شرط الملاعة مع الظروف الجديدة مبدأ من مبادئ القانون الموحد. الفصل 6.2.2

على أن التشريع عادة ما يتدخل في بعض الصور لوضع المدة الدنيا أو الأقصى لبعض العقود وقد يمنع العقود المؤبدة⁽¹⁾. وقد يفرض بقاء المعاهد بموضوع العقد تجاوزاً لاتفاق الأطراف⁽²⁾.

(1) يراجع الفصل 11 من القانون عدد 21 لسنة 1995 المؤرخ في 13 فبراير 1995 المتعلق بالعقارات الدولية الفلاحية الذي نص على أن لا تقل مدة الكراء عن 3 سنوات وبالنسبة إلى شركات الإيجاء يمكن أن تكون المدة بين 25 و 40 سنة. والفصل 806 م.أ.ع في كراء الأراضي الفلاحية الذي جعل مدة الكراء لافتقر 40 سنة. وقد حجت مجلة الحقوق العينية منذ صدورها سنة 1965 الكراء المؤبد بالفصل 191 م.ح.ع.

(2) تدخل المشرع منذ سنة 1976 بموجب القانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فبراير 1976 كما هو متضح بموجب القانون عدد 122 لسنة 1993 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993 المتعلق بضبط العلاقات بين المالكين والمكترين لمحلات معدة للسكن أو الحرفة أو الإداره العمومية. (الإذان الرسمي عدد 13 بتاريخ 20 فبراير 1976، ص 520). يمتنع كل شخص طبيعي أو معنوي يشغل بوجه الكراء عند صدور هذا القانون محلاماً معداً للسكنى أو الحرفة أو الإداره العمومية التي لا تكتسي صبغة تجارية أو صناعية والتي تم بناؤها قبل غرة جانفي 1970 بحق البقاء قانوناً ويدون تحديد للمدة ولا القيام بأي إجراء، وذلك بدون اعتبار لكل شرط وارد بالعقد مخالف لهذا القانون أو بحكم قاضي بالإخراج لانتهاء المدة. وينتقل هذا الحق إلى القرین والإيجاء القصر حتى يلوغهم سن الميلاد وأبنته المعوقين والأصول شرط أن يبيتوا انهم ساكنون له لمدة تزيد عن السنة ولا يملكون محل سكنى كانوا بناة لا يتعذر شعاعها ثلاثة كيلومترا حول المعلم المكتري. لكن هذا الحق يسقط إذا ثبت أن للمكتري عقاراً آخر في الحدود المشار إليها أو أنه لم يشغل بصورة فعلية المحل المكتري طيلة المدة القانونية وهي شهرين على الأقل. كما أن المالك لا يعارض بحق البقاء في حالة صور كما إذا تحصل على رخصة هدم وبناء أو القيام باشغال ترميم أو لبناء محل سكنى بالأرض البيضاء أو ليس عليه هو أو أصوله أو فروعه. ويلتزم المالك في كل ذلك بإتمام إجرامات خاصة في التبيه على المكتري بالإخلاء قبل ستة أشهر على الأقل، ويتحقق للمكتري أن ينزع في ذلك أمام المحكمة المختصة خلال أجل ثلاثة أشهر التالية لتاريخ التبيه والأعدّ قابلاً لطلب الإخلاء.

كما يشار إلى أن المشرع أورد بموجب القانون عدد 20 لسنة 2008 المؤرخ في 4 مارس 2008 المتعلق بتنقيح مجلة الأحوال الشخصية من خلال إضافة 5 فقرات للالفصل 56 م.أ.ش ما يعرف بحق البقاء لفائدة الحاضنة، فولا إله إلا رب للحاضنة عند إزام الأب بإسكانها مع المحسوبين حق البقاء في المسكن الذي على ملك الأب ويزول هذا الحق بزوال موجهه. وفي صورة إزام الأب بإسكان الحاضنة مع المحسوبين في المسكن الذي في تسرعه يستر الأب على أيام معيقات الكراء إلى زوال الموجب، وعند إزام الأب بأداء منحة سكن لفائدة الحاضنة ومحضونها يتم تقديرها بحسب وسع الأب وحاجيات المحسوبين وحال الوقت والإعسار. ولا يحول حق البقاء المنحو للحاضنة ومحضونها بالمسكن الذي على ملك الأب دون إمكانية التفويت فيه بعوض أو بدونه أو رهن شريطة التنصيص على هذا الحق بحسب التفويت أو الرهن. ويمكن مراجعة الحكم المتعلق سكنى الحاضنة إذا طرأ تغير في الظروف والأحوال وتنتهي المحكمة في مطلب المراجعة وفقاً لإجراءات القضاء الاجتماعي وعليها عند البت في ذلك تقدير أمباب المرأة مع مراعاة مصلحة المحسوبين. وتفى القرارات الموربة الصادرة عن قاضي الأسرة بخصوص سكنى الحاضنة ومحضونها تابلة للمراجعة طبقاً للإجراءات المقررة لها. كما أصبح عدم التنصيص على حق الحاضنة في حق البقاء بعد التفويت أو الرهن أو إخراج الحاضنة من المحل المحكم بسكنها ومحضونها به يمثل جريمة من اختصاص قاضي الناحية على معنى الفصل

العقد إذا لم يتمكنا من الاتفاق، فإذا اتفق الطرفان على شروط جديدة كان التنفيذ على أساسها، وإذا لم يتفق الطرفان، أي أن المفاوضات لم تنته إلى اتفاق يراعي الظروف الجديدة، وفي غياب أي اتفاق في معنى الإقالة *resiliation* يبقى العقد نظرياً على حاله دون مراجعة⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة، الإطار الزمني للقوة الملزمة للعقد

أورد الفصل 242 م.أ.ع في حدثة عن قاعدة القوة الملزمة للعقد أن ما انعقد على الوجه الصحيح يلزم مقام القانون فيما بين المتعاقدين «ولا ينقض إلا ببرهانهما أو في الصور المقررة في القانون»، معنى ذلك أن مدة العقد هو الزمن المحدد لاتفاقه وفي ذلك يمكن الإطار الزمني للقوة الملزمة⁽¹⁾، ومني اتفاق الطرفان على الزمن فلا يمكن نقضه إلا برهانهما أو في الصور المقررة في القانون (ب).

أ- مدة العقد

للطرفين حق تعين مدة العقد من حيث المبدأ فتتمدّ القوة الملزمة، شخصياً و موضوعياً، على مدى تلك المدة، وقد يجوز تعليق بداية أو نهاية العقد على أجل أو شرط معينين⁽²⁾.

فقد لا يحتاج الأطراف في معظم الأحيان إلى تحديد مدة للعقد وقد ينفذ العقد حيناً وقد يحتاجون في البعض الآخر إلى وضع مدة محددة للعقد. ويسري الالتزام حيناً بقوته خلال مدة العقد، وذلك ما يميز العقود الحية instantané والعقود المستمرة successif. فمقتضى العقد الحي أن تنفذ الالتزامات فيه حيناً دون حاجة إلى ذكر المدة، كما هي الصورة بالنسبة إلى عقد البيع. ومقتضى العقد المستمر أن يمتد التنفيذ على مدة محددة والبعض يتتحدث عن العقود المسترسلة échélonné وهي صورة تكرار العقود المرتبطة بالالتزام أصلي. وقد يكون العقد المستمر محدد المدة أو غير ذلك. فتحتعدد مدة الاستمرار في البعض وتترك في البعض الآخر، كما هي الصورة بعقد الشغل، ومن المفترض أن يتحقق للعقود الأخرى في العقود المستمرة غير المحددة وقفه بارادة منفردة⁽³⁾.

(1) يراجع باب نظام العقد الدولي.

(2) تدخل حواسة الأجل والشرط عادة في باب النظرية العامة لأحكام الالتزام، وهو ما يجعل الالتزام موصفاً من حيث بداية أو نهاية الأجل، والأمر يتتجاوزحقيقة إطار القوة الملزمة للعقد، ولا يدخل في باب العقد إلا في حدود الإشارة إلى أن المتعاقدين يإمكانهما تعليق بداية أو نهاية العقد على أجل أو شرط. تكون مدة العقد محددة حيث تشتقا.

(3) على ك Fulton: أحكام الالتزام، المرجع السابق، باب الشرط والأجل، ص. 103 وما بعد. J.Carbonnier : Les obligations, op. cit., p. 243 et suiv.

نقض العقد

وفي ذلك مبدأ (١) تحكمه عدّة استثناءات (٢).

I-المقدمة

المبدأ أن طالما انعقد العقد برضاء الطرفين فلا يجوز تضييه إلا برضاء الطرفين، فذلك هو مقتضى القوة المازلة للعقد. ولذلك نص الفصل 242 م.أع على أن «ما انعقد على الرجاء الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضائهم...». ولا يمكن لأحد الطرفين بمفرده من حيث المبدأ أن يسعى إلى تضييع العقد من جانبها، فذلك ما يخرج عن إطار القوة المازلة للعقد وأن العقد شريعة الطرفين، والمقاعدة الأصولية القانونية تقتضي أن ما انعقد على شكل معين لا ينقض إلا بغير اعتراف ذلك الشكل، فلا يمكن لنص القانون أن يلغى إلا باخر فلا يمكن لأمر أو قرار أن يلغى نص الدستور أو القانون ولا يمكن للواقع أن ينهي عملاً إدارياً إذا سبق إنشاؤه بقرار مكتوب. وكذلك الصورة بالنسبة إلى العقد، فلما كانت إرادة الطرفين هي أساس نشأة العقد، مما كان من الممكن وضع حد لهذا العقد إلا بتدخل الإرادتين معاً. وذلك ما يعنى بالاقالة الاختيارية أو انفصال العقد la résiliation volontaire.

والإقالة اتفاق الطرفين على وضع حد للالتزام حيث «تنفسح الالتزامات الناشطة من العقود إذا تراضى الطرفان على فسخها أثر التعاقد في الصور التي يبيحها القانون»^(١). معنى ذلك أنه لا يمكن للإرادة المترفة أن تضع حد للالتزام إلا في المواطن التي استثناء المشرع أو اقتضتها طبيعة الالتزام أو العقد، مثل عزل الوكيل، فلا يقتضي إلا إرادة الموكيل^(٢). وتعذر الإقالة بذلك شكلاً إرادياً في انتفاء الالتزام على غرار الإبراء.

نقطة إذا أراد الشاغل أن يعمك بمقتضيات حق البقاء، أن يسلك الطريق الذي أراده المشرع فيجمع الشروط الواجبة، ولا يمكن أن يكون ذلك إلا أمام المحكمة الابتدائية في إطار دعوى حلول أو دعوى اصلية، ويطلب منه بدأها أن يذعن إجمالاً إلى موجبات الدعوى المجزئة وله أن يناقش بمقتضيات حق البقاء أمام المحكمة المختصة إذا اكتملت الشروط.

فمفضلي الاشتغال بحسن نية أن يكون حلول الشاغل بالمكان على وجه الفضل باذن المالك أو وكيله أو السلطة المخولة لها حتى الشهر على تلك العقارات، أو المدخول إلى العقار دون استعمال العنف (الأعمال التحضيرية لقانون 27 جوان 1983)، فهي مجرد عناصر مادية لا تكتمل بها شروط الحجز الذي يوجب توفر الركين المادي والمعنوي. ولا يصح لهذا الوضع المادي من قيمة عينية إلا إذا توفرت الشروط الواردة بتلك القانون، ولا تكون المنازعة في حقبقاء أيام قاضي الناحية بل أمام المحكمة الابتدائية، حيث إن الدفع بحق البقاء دفع بعناصر شخصية لا يصح الدفع بها أمام القاضي الحوزي. بل أكثر من ذلك لا يصح منازعة الحقوق المرسمة بحقوق لم تكتمل بعد، فإذا أصبح للمدعى صك ثبات الحق العيني أو حكم صادر في الغرض عندئذ فقط يمكن منازعة الحق المرسم طبق الإجراءات القانونية.

الفصل 414 م.أ.ع (1)

(2) محمد الزين، العقد، المترجم السابق، ص 242 وما بعده.

و 96 مكرر إ.ش. (الإذ الرسمى للجمهورىة التونسية 11 مارس 2008، عدد 21، ص 2004).
كما منح المرسوم عدد 13 لسنة 1981 المؤرخ في 1 سبتمبر 1981 كما هو متضح بموجب القانون
عدد 123 لسنة 1993 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993 المستوugin أو الشاغلين عن حسن نية ل محلات
معدة للسكنى أو ذات الاستعمال المعنوي التي هي على ملك الأجانب والعربة أو المكتبة قبل غرة
يوليول 1956 حق البقاء دون القيام بأى إجراء ودون تحديد للندة (الإذ الرسمى عدد 55 بتاريخ
4 سبتمبر 1981، ص 2150. وقعت المصادقة عليه بموجب القانون عدد 89 لسنة 1981 المؤرخ
في 4 دسمبر 1981).

ومع أن عقد الكراء في مبادئ العادة يتنتقل في حالة البيع ويحل المالك الجديد محل القديم، فيما له وعليه من الحقوق في الكراء، فيبقى مع ذلك مجرد دين لا يسدل للمكري إلا حق شخصي ولا يمكن أن يدفع عن أي حق عيني في علاقته بالموكري، فليس للمكري إذا شاربه الغير إلا دعوة المالك لل蔓اضلة عملاً بالفصل 750 م.أع لردة الدعوى الأصلية، كذلك يعني أن ليس للمكري حق عيني يمكن التمسك به، ولا شيء في الحقيقة يتغير في حق البقاء وإن تدخل المشرع بقواعد خاصة ذات طبيعة أمراً في فرض البقاء، فليس من طبيعة حق المقام الخلود، وهي طبيعة الحق العيني من حيث المبدأ، إذ للمالك حق استرجاع العقار في الحالات التي جدها الغائب ولا يمكن لحق البقاء أن يتنتقل إلى الورثة بل إلى أشخاص محددون إلى من هو في كفالة أو إلى أفراد عائلته والأغلب أن ينتهي هذا الحق بالوفاة، وقد وضع في البداية إلى أجل معين، والحقيقة أنه حتى في صورة فرض خلوه هذا الحق تشريعاً فإنه لا شيء يزيد قطعاً بالطبيعة العينية لحق العيني إذ لا تشرط هذه الصفة بالنسبة إلى جميع الحقوق العينية، فحق الانتفاع حق عيني ومع ذلك فهو ليس بخالد، وما كان من الممكن القول إن ما جاء بحق البقاء من قواعد وخاصة تحديد معين الكراء ليس من صنع المسوغ بل من صنع المشرع الذي يمكن أن يفهم على أنه تجزئة لحق العيني ذلك أنه كثيراً ما يتداخل المشرع بقواعد أمراً لصالحطرف الضيف دون أن يكون متيناً في نشأة أي حق عيني جديد، ومن أجل ذلك منعت التصوص الخاصة إحالة حق البقاء ولو أن المبادئ العامة لا تمنع إجازة الكراء أو إعادة الكراء (الفصل 222 م.أع)، بل إن القواعد الخاصة مازالت تحمل المسؤلية الائتمانات الشخصية الناتجة عن عقد الكراء والمميزة لحق الشخصي وخاصة منها واجب تسليم المكري وحفظه بحيث يكون صالحاماً أعلاه، خاصة أمام رغبة المالك للأثبات بالإصلاحات الالزامية في اتجاه تمكين المكري من استعمال المكري في أحسن الظروف يحكم التصرف وإنما يقدر ما تطلبها الإصلاحات وواجب الضمان في مواجهة ادعاءات الغير سواء كان الشعب قانونياً أو مادياً (ضمان الانتفاع والاستحقاق)، والخلاصة أن حق البقاء مجرد حق شخصي ليس له علاقة بالحقوق العينية حتى بعد دخول هذه القوانين الخاصة حيز التنفيذ، فليس حق البقاء إلا آلية وقائية لتجاوز أزمة السكن أوردها المشرع بقواعد خاصة حتى لا يتعارض الجانب على الآخر، مع ظهور العلاقة قائمة بين المكري والمكري على بما يترتب عن ذلك من التزامات شخصية.

ذلك يعني أن النظام الوارد يقتلون حق البقاء ليس له علاقة بمعنى الحق العيني ولا يسند لصاحب حق التملك بالحماية الموزية بل يبقى المالك هو صاحب الشأن في ذلك طلباً ودفعاً. فليست هذه الآليات إلا مجرد إمكانية قانونية لا يمكن التمسك بأحكامها إلا مع توفر الشروط. وبمعنى آخر فإنليس في تلك القوانيين ما يؤدي إلى حماية وضع اليد قبل أن تكتمل الشروط، فلن يريد بالشرع ما يوصي إلى حماية الشاغل بحسن نية بموجب الدعوى الموزية حتى في مبارتها العامة الواردة بمجلة المرافعات المدنية للغذاء الركن المعنوي في وضع اليد، ولا يمكن بالتالي معارضة الحاجز باعتبارات تعود إلى معنى الغير الشاغل بحسن نية. ومن باب أولى لا يمكن مطلقاً معارضه المالك المرسم بالسجل العيني بمعنى الغير الشاغل للعقارات.

وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود من خلال الفصول 414 إلى 419 م.أع شروط الإقالة وأثارها⁽¹⁾.

-شروط النقض: الإقالة تصرف قانوني بفترض فيها موافقة الطرفين، ويشترط في الإقالة ما يشترط في العقود من حيث أركان صحتها، الأهلية والرضا والسبب والموضوع. ويشترط في ذلك أهمية التصرف والتقويت، وعلى ذلك الأساس فإن «المقدم والوصي والمدير وغيرهم من المباشرين بالنيابة عن غيرهم لا تصح منهم الإقالة إلا في الصور المذكورة للتقويت حسب النيابة التي تقتضي تصرفهم وبعد إتمام الموجبات التي يقتضيها مع وجود مصلحة في ذلك لمنوبيهم⁽²⁾، فلا تصح الإقالة إلا بتصدور إذن في الجهة القضائية المختصة. ولم يشترط المشرع شكلاً معيناً في الإقالة، بل يمكن أن تستثني من السكتوت الم موضوع، «فتصح الإقالة بالسكتوت كرد كل ما أخذه من الآخر ثمناً ومثمناً بعد البيع⁽³⁾، إلا إذا افترضنا اشتراط المشرع شروط خاصة كما هي الصورة في العقود الخاصة للترسيم بإدارة الملكية العقارية⁽⁴⁾. ولا تصح الإقالة من حيث الموضوع «إذا انعدمت العين التي وقع عليها العقد أو تعفيت أو تغيرت بسبب الصنع أو إذا تغدر على الطرفين بسبب آخر استرجاع جميع ما أخذاه من بعضهما بعضاً إلا إذا اتفق الفريقان في هذين الصورتين على جبر الفرق⁽⁵⁾».

-آثار النقض: يرجع المتعاقدان بموجب الإقالة من حيث المبدأ إلى ما كانوا عليه حين التعاقد. وعلى كل منهما أن يرد لصاحبه ما قضاه منه بمقتضى العقد المفسوخ. معنى ذلك أن للإقالة من حيث المبدأ آثار رجعية. فتحمل الإقالة إلى تاريخ بداية الالتزام ويرجع كل طرف ما عليه للطرف الآخر. ولكنه كثيراً ما يتغدر هذا الآثر الرجعي، كما في الصورة العقود المستمرة «حيث ينجز على نقضها مجرد افتراضها قبل آجالها المحددة لها بالعقد ولكن دون أي آثر على الماضي⁽⁶⁾»، وتتسحب عدم الرجعية كذلك على العقود الحينية، «من ذلك أن النقض الرضائي لعقد بيع لا يترتب عليه قانوناً محظوظاً بيئته بالنسبة إلى الماضي كما هو الحال في صورتي الفسخ والبطلان. الأمر الذي

(1) وتد نقلت مجلة الالتزامات والعقود توجهات نقه القضاء الفرنسي في الإقالة.
François Terre-Philippe Simler-Yves Lequette : Les obligations, p.377 et suiv., n° 451 et suiv.

(2) الفصل 416 م.أع

(3) الفصل 415 م.أع

(4) على كحلون: نظام السجل العقاري، التعليق على مجلة الحقوق العينية، القانون العقاري الخاص، المعمول المنشئ للترسيم، المراجع السابقة.

(5) الفصل 417 م.أع

(6) محمد الزين، المرجع السابق، عدد 330.

يستخلص منه أن عقد النقض ليس إلا بيعاً جديداً تستقبل بموجبه ملكية العين مجدداً إلى مالكها الأصلي اعتباراً من تاريخه. ويترتب عن ذلك من وجهة جبائية ضرورة دفع معلوم تقل جديداً⁽¹⁾. ولهذا الغرض نص الفصل 418 م.أع في آخره على أنه كلما انعدت الرجعية كان ذلك تجديداً وليس إقالة، «إنكلما تغير شيء من العقد الأصلي فسدت به الإقالة وصار بذلك عقداً جديداً⁽²⁾».

وفي جميع المواطن التي تصح فيها الرجعية لا يمكن أن يكون لها أي آثر على الغير الذي اكتسب حقوقاً على محل الالتزام، حيث إن «الإقالة لا تضر غير المتعاقدين من اكتسب حقاً فيما وقعت فيه الإقالة إذا كان اكتسابهم لذلك على وجه جائز⁽³⁾».

على أن الطرفين يلماكاهما جعل الإقالة لا تسرى على الماضي فلا يكون لها أي آثر رجعي ولا تسرى أحکامها إلا مستقبلاً أي أن يوضع حدًّا للعقد مستقبلاً مع بقاء الآثار قبل إبرام اتفاق النقض؛ وذلك يعني أنه في حالة سكتوت الطرفين عن آثر الإقالة يكون لها آثر رجعي، فقط إذا جاء الاتفاق صريحاً في رفض الرجعية حيثُد فقط يكون للإقالة آثر مستقبلي⁽⁴⁾.

2- الاستثناء

يجوز النقض من جانب واحد إذا اتفق الطرفان مسبقاً على ذلك كما يمكن للمشرع أن يسمح بذلك في صور مختلفة.

-الإباحة الاتفاقية في النقض الأحادي: هل يمكن للطرفين المتعاقدين أن يتفقا على تمكين أحدهما حرية نقض الاتفاق دون رجوع إلى الطرف الآخر أو موافقته؟ ومن الممكن ميدياً الجواب بالإيجاب، فليس النقض الأحادي في هذه الصورة إلا نتيجة اتفاق الطرفين حقيقة، ومادام الأمر كذلك فليس من الممكن منع المعاقد من ممارسة حقه طبق اتفاق الطرفين⁽⁵⁾. ولا تمثل هذه الصورة استثناءً حقيقياً على حد تعبير البعض⁽⁶⁾.

ويعتبر شرط النقض الأحادي clause de dédit شرطاً اتفاقياً تقع عليه إرادة الطرفين مسبقاً، بمعنى أن يتفق الأطراف مسبقاً على حق أحد المتعاقدين في وقف العقد بارادة

(1) نفس المرجع السابق.

(2) الفصل 418 م.أع

(3) الفصل 419 م.أع

(4) على كحلون: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص. 239 وما بعد.

(5) L.Boyer : La clause de dédit, Mélanges, P.Raynaud, 1985, p. 41 et suiv.

(6) François Terre-Philippe Simler-Yves Lequette : Les obligations, p. 380 et suiv., n° 456 et suiv.

في إمضاء العقد أو فسخه .. أي أنه يمكن في الالتزامات المتقابلة أن تكون إرادة أحدهما فاعلة سواء في الإمضاء أو الفسخ. فإذا لم يعن أجل في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معينة فإن لكل من المتعاقدين إلزم الآخر بالتصريح بما استقر عليه رأيه في مدة معقولة (الفصل 122 م.أع). وإذا قضى الأجل ولم يصرح العائد بأنه يريد الفسخ صار العقد با蔓 من تاريخه. وبعكس ذلك إذا صرخ العائد بالفسخ صار العقد كأن لم يكن (الفصل 123 م.أع).

على أن هذه القاعدة ليست مطلقة في الالتزامات المتقابلة، فقد نص الفصل 121 م.أع في آخره على أن .. وهذا الشرط لا يصح في الهبة والإقرار بالدين والإبراء منه، معنى ذلك أنه لا عمل بخيار الشرط في مثل هذه المعاملات، فلا يمكن أن يقف الالتزام أو يزول بارادة الواهب أو المسقط.

والملخص في ذلك أن إرادة المدين الممحضة لا تكون فاعلة في الشرط الواقع والالتزامات الملزمة لجانب المدين فقط، فلا يمكن أن يقي المدين الخيار لنفسه في هذه الصورة إن شاء أفضى العقد وإن شاء رفض. مع أنه يمكن للطرفين الإبقاء على هذا الخيار (سواء في الإمضاء أو الفسخ) في الالتزامات المتقابلة متى يكون العقد ملزماً للطرفين، مثل عقد البيع، غير أنه لا يعمل بشرط الخيار بالنسبة إلى بعض المعاملات ولو كانت متقابلة وقد أورزها المشرع بالفصل 121 م.أع وهي الهبة والإقرار بالدين والإبراء منه، فليس فيها خيار الشرط⁽¹⁾.

(1) الواضح أن المشرع أورد من خلال الفصل 121 م.أع مؤسسة خيار الشرط المعروفة بالفقه الإسلامي، وكانت لهذه المؤسسة عدة تطبيقات بعدة فصول متتالية بمجلة الالتزامات مثل الفصل 587 م.أع في البيع.

فإلى جانب عدة خيارات يقول بها الفقه الإسلامي مثل خيار قوات الوضف وختار التغير وختار الرؤية وختار التعيين والقدر وختار العيب نظم الشارع خيار الشرط، وهو أن يعطي المعائد حق إمضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة تبعاً لاتفاق الطرفين بالعقد، كما أن يقال بالعقد إنه باع الشيء على أن يعطي الخيار خلال مدة معينة، أسبوع أو شهر، فينسخ العقد، فإذا فات الشهر دون قول كان العقد لازماً. ويمكن أن يكون الخيار لفائدة الطرفين أو لأحدهما في الإمضاء أو الفسخ وقد يشترط للغير. ويدرك أن الفقه الإسلامي يميز بين العقد اللازم وغير اللازم، ويكون العقد لازماً إذا لم يكن للمعائد خيار الفسخ أي لا يملك حتى الفسخ دون رضاء الطرف الآخر. وأساسه قول الرسول صلى الله عليه وسلم لعبان بن منفذ الأنصارى، وقد كان يعن في المعاملات ورفع أمره للنبي «إذا بآمنت فقل لا تخلة» (لا غش ولا خداع) ولـي الخيار ثلاثة أيام». ووأوضح أن المدة الواردة بالحديث الشريف هي ثلاثة أيام ولكن البعض أبقى المدة رهين اتفاق الطرفين. ويشترط في العقد أن يكون لازماً يقبل الفسخ حتى لو كان لزومه لجانب واحد، ويدخل في ذلك عدة عقود بما في ذلك البيع والقسمة والحواله والكتفالة والإجارة والمسافة والمزارعة والصلح والرهن، ويفى العقود غير الازمة بعيدة عن خيار الشرط لأنها تقبل الفسخ من جانب واحد وهي الرديعة والركالة والوصبة والعارة والهبة ولا خيار كذلك في العقود التي لا تقبل الفسخ مثل الزواج والطلاق والخلع والرجعة حيث إن الأثر فيها يحدث بمجرد صدور العبارة ولا يصح

منفرداً. ومن هذه الناحية يجب أن لا يخالف الشرط الأحكام القانونية الواردية في باب الشرط⁽²⁾.

كل شرط تعلق بما يخالف الأخلاق الحميدة أو القانون فإنه باطل وبه يبطل العقد. وكل شرط من شأنه أن يمنع أو يقيد على إنسان تعاطي ما له من الحقوق البشرية كحق التزوج و مباشرة حقوقه المدنية فإنه باطل وبه يبطل العقد ولا يجري هذا الحكم فيما إذا تعهد إنسان بعدم تعاطي تجارة أو صناعة معلومة في جهة أو لعدة معينة. وكل شرط ينافي مقتضى العقد فهو باطل وبه يبطل العقد. وقد يصح هذا العقد إذا رضي الخصم رضاء صريحًا بترك القيام بهذا الشرط. ولا يصح الشرط الذي لا فائدة فيه لمشترطه أو لغيره أو بالنسبة إلى موضوع العقد⁽³⁾.

ولا يصح الشرط إذا كان وجوده يتوقف على تدخل إرادة المدين الممحضة، وذلك هو الشرط الإرادى. فمن الشروط ما يترك للصادفة condition casuelle أو يكون مختلطًا condition mixte بمعنى أن فيه شيء من الواقع والإرادة مثل شرط الزواج بشخص محدد، ومنها ما يترك لإرادة طرفى التزاع condition potestative، كذلك هو الشرط الإرادى، فإنما أن يكون شرطاً إرادياً بسيطاً condition simple potestative بمعنى أن يصطحب شيء من الظروف الخارجية عن الإرادة مثل صورة التجاج في امتحان أو شرطاً إرادياً محضاً condition purement potestative بمعنى أن يتوقف الشرط على إرادة أحد الأطراف دون قيد ودون تدخل لأي ظرف خارجي. وقد تكون هذه الإرادة الممحضة إرادة المدين أو إرادة الدائن. وجميع الشروط سواء كانت متروكة للصادفة أو متروكة لإرادة الدائن، فهي صحيحة، بمعنى أن ترقى وجود الالتزام على إرادة المدين الممحضة لا يجعل الشرط غير متحقق وبالتالي لا يصح به الالتزام، لذلك نص الفصل 121 م.أع على أن الالتزام يبطل إذا كان وجوده موقعاً على مجرد رضاء الملزم.

والمقصود بذلك هو الشرط الواقع وليس الشرط الفاسد. فالشرط الفاسد حتى ولو كان متروكاً لإرادة المدين يبقى صحيحاً⁽⁴⁾، لكن ما قصده المشرع من خلال هذا الفصل هو الشرط الواقع. و المجال هذه القاعدة هي الالتزامات الملزمة لجانب واحد، فيمنع وقف الشرط على إرادة المدين الممحضة أي أن يتصرف المدين من تلقاء نفسه.

لكن هذه القاعدة لا يعمل بها في الالتزامات المتقابلة أي الملزمة لجانبين، لذلك نص الفصل 121 م.أع في آخره، على أن «الكل من المتعاقدين أن يقي لنفسه الخيار

(1) الفصول 116 إلى 135 م.ان.

(2) الفصول 117 إلى 120 م.ان.

(3) الفصل 123 م.ان.

وقد اتجه التشريع في الأيام الأخيرة ومراعاة إلى جملة من الآليات الحديثة في التعامل إلى إقرار حق الرجوع droit de repentir للطرف الضعيف بعد إبرام العقد، خاصة في إطار البيع بالتقسيط والبيع عن بعد الإلكتروني، فقد اتجهت التشريع في هذه القوانين إلى حماية المستهلك بإقرار حق الرجوع، حيث يبقى الحق في العدول حقوق من حقوق المستهلك على معنى القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، يتستك به بدون أن يبين الأسباب، لكنه في نفس الوقت واجب يحمل على البائع، الذي لا يملك التفصيق فيه بأية طريقة كانت. ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقاً في العقد. وأختار المشرع التونسي أجل عشرة أيام يكون المستهلك خلالها محقاً في العدول عن الشراء، على خلاف بعض التشريعات التي استقرت وأيها على أجل سبعة أيام مثل القانون البلجيكي⁽¹⁾. ويحسب هذا الأجل بداية من تاريخ تسليم البضاعة من قبل المستهلك، وبالنسبة إلى الخدمات فيحسب الأجل بداية من تاريخ إبرام العقد. لكن المستهلك يتحمل جميع المصارييف الناتجة عن إرجاع البضاعة. وإذا كانت عملية الشراء ناتجة كلية أو جزئياً عن قرض منح إلى المستهلك من قبل البائع أو الغير على أساس عقد ميرم بين البائع والغير، فإن العدول يفسخ عقد القرض بدون تعويض. لكنه لا يتحقق للمستهلك العدول عن الشراء إذا طلب توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول ووفر البائع ذلك، أو إذا تم تزويده بمتوجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمتوجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها، أو إذا قام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو المقولة آلياً، أو إذا تعلقت المعاملة بشراء الصحف والمجلات⁽²⁾.

وهذا الرأي يعد متناسقاً مع ما أورده المشرع بالقانون عدد 39 لسنة 1998 المؤرخ في 2 جوان 1998 المتعلق بالبيوغات بالتقسيط، حيث إن البيع يعتبر تماماً حال وقوع التسليم الكلي أو الجزئي للمتوج أو أداء الخدمة موضوع العقد أو في حالة دفع تسبقة من قبل المستهلك. ولا يمكن المطالبة بتقديم التسقة ما لم يكن المتوج متوفراً وقابل للتسليم حالاً للمستهلك. ويجب على التاجر أن يمكن المستهلك من ممارسة الحق في العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحسب بداية من تاريخ إتمام العقد. غير

(1) يراجع القانون البلجيكي المؤرخ في 25 ماي 1999 وقد اعتمد بتوصية الاتحاد الأوروبي الصادرة في 20 ماي 1997 التي اعتمدت أجل سبعة أيام، لكن القانون الإيطالي المؤرخ في 12 نوفمبر 1999، اعتمد أجل عشرة أيام خلافاً للتوصية الأوروبية.

على كحالون: المسؤولية المعمولية، نشر مركز الشر الجامعي، 2005، باب المسؤولية التعاقدية.

(2) الفصل 30 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

على أن المقصود بحق التقاضي في هذا الباب على وجه الدقة أن ينشأ العقد صحيح على يتفق الطرفان على تمكين أحد الأطراف من حق وقفه. وقد يتفق الطرفان على أن هذا الوقف، فلديكون وقلاً جدياً أو مستقبلاً، وإذا لم يتفق الطرفان على أن هذا الوقف كان رجعياً، وفي ذلك فهو يشتبه بالشرط الفاسد.

وبهذا المعنى فإن شرط التقاضي يختلف عن عدة مؤسسات قريبة، مثل الشرط التغريمي أو الغرامة التهديدية أو الغربون⁽¹⁾، التي تسعى إلى إزام المدين بالتنفيذ وفي صورة الرفض أو التأخير فإنه يمكن إلزامه بدفع الغرامة أو جبس قيمة العربون، كما أنه لا يمنع في هذه المؤسسات مباشرة التنفيذ العربي باستعمال الوسائل القهريه مدنياً⁽²⁾.

- الإباحة القانونية في التقاضي الأحادي: قد يتوفّر النص القانوني الذي يسمح بامكانية التقاضي من جهة واحدة تجاوزاً لإرادة الطرفين. والأغلب أن تكون الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية هي الأساس في فرض هذا الاتجاه القانوني.

وتبدو الالتزامات المستمرة هي المعنية من حيث المبدأ بهذا التدخل التشريعي، والأغلب أن تكون التزامات غير محددة المدة كما هي الصورة بالنسبة إلى عقد الشغل أو عقد الكراء، فيصبح قانوناً لأحد الأطراف أن يضع حدّاً للعقد. وقد يشترط المشرع جملة من الشروط حتى يكون التقاض قانونياً، كما يشترط الخطأ القادح في عقد الشغل (الفصل 14 مجلة الشغل) أو الضرر (الفصل 796 م.أع). وقد يفرض المشرع جملة من الإجراءات حماية للطرف الضعيف (الفصل 14 مكرر مجلة الشغل). وبعض من العقود محددة المدة يمكن أن تكون قانوناً محل التدخل نظراً لطبيعتها كما هي الصورة خاصة بالنسبة إلى عقد الوكالة (الفصل 1157 م.أع) أو الوديعة (الفصل 1008 م.أع).

وإذا كانت القاعدة في جميع ذلك أن المشرع عادة ما يسمح إلى المعاقدين حق التقاض دون فرض التزامات أو إجراءات خاصة، فإنه في الأغلب أن يصاحب هذا الحق جملة من الالتزامات والإجراءات. فإذا خالف المعاقدين جملة تلك الواجبات والإجراءات وقع المعاقدين في الخطأ وكان لزاماً القضاء بالتعويض. وفي جميع الصور التي يسعى خلالها المعاقدين إلى تقاض العقد دون توفر الإمكانية القانونية كان مخططاً ويلزم بالتعويض.

ال الخيار كذلك في العقود التي تشتّرط القبض بمجلس العقد مثل الصرف والسلم. ويعتني الخيار بالتبديل عنه في الأجل المعقول لإمساء أو فسخ وإذا مضى الأجل دون تغيير مَرْكَانْ لم يكن، وإذا توقي من له الخيار انتقل الخيار للورثة حسب البعض وقال الحنفية والحنبلية بعدم الانتقال لأن الخيار رغبة ومشيئة.

بدران أبو العينين بدران: الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظريّة الملكية والعقد، المرجع السابق، ص 525 وما يبعد.

(1) أحكام العربون بالفصل 303 و 304 و 305 م.أع.

(2) على كحالون: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص. 32 وما يبعد.

المبحث الثاني: جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد

إذا أخل المعاعد بمقتضيات القوة الملزمة، شخصياً أو موضوعياً أو زمنياً، يامكان المعاعد الآخر أن يدفع بدأة بعدم التنفيذ من جانبها، فيتعلق التنفيذ(الفقرة الأولى) وإذا تأخر عن التنفيذ أو رفضه وإذا استعصى التنفيذ العيني للعقد ولو بالقوة قامت المسؤولة التعاقدية (الفقرة الثانية) وللمدعى طلب فسخ العقد نهاية إذا لم ينفذ المعاعد التزاماته، فينزل العقد برمتة(الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى، الدفع بعدم التنفيذ

- النصوص القانونية: نص الفصل 246 م. اع على أنه «ليس لأحد أن يقوم بمحن ناتج من الالتزام ما لم يثبت أنه قد وفى من جهة أو عرض أن يوفى بما أو جبه عليه ذلك الالتزام بمقتضى شروطه أو بمقتضى القانون والعرف». وأضاف الفصل 247 م. اع أنه «إذا كان الالتزام من الطرفين فلا يحدهما أن يتمتع من إتمام ما عليه حتى يتم الآخر ما يقابل ذلك من العقد إلا إذا اكتفى العقد أو العرف تعجيل أحد الطرفين بما عليه. وإذا كان على أحد أن يوفى بما عليه لعدة أشخاص فله أن يتمتع من أداء ما عليه لأحدهم حتى يتمموا جميعاً ما يجب عليهم».

- فقه القضاء: وقد ذهب فقه القضاء في أكثر من صورة إلى... أن الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضغط وقائية أو هي وسيلة دفاع وقائية تخالص للطرف الآخر في الالتزامات المقابلة أو التبادلية وأساسها المعاملة بالمثل في الالتزامات المدنية، وهو بذلك حق شخصي أقرب للمشرع استثناء للقوة الملزمة للعقد. وليس في الدفع بعدم التنفيذ ما يحمل إلى عدم تنفيذ الالتزامات مطلقاً وبصفة نهائية، فلا حق للمعاعد الآخر أن يدفع بعدم التنفيذ إذا رضي الجانب الآخر بالتنفيذ أو لم تقم الحجة على رفضه للتنفيذ أصلاً⁽¹⁾.

-تعريف: وبذلك فإن الدفع بعدم التنفيذ، جزاء خاص من الممكن للتعاقد أن يتمسك به تلقائيا دون الاستناد إلى حكم قضائي إذا لم يسع الطرف المقابل إلى تنفيذ التزامه، بمعنى أن يصح للتعاقد عدم تنفيذ ما يحمل عليه إذا رفض الطرف المقابل تنفيذ التزامه.. فهو إجراء وقتى ولا يهدف إلى زوال العقد بل ينجز عن وقف أمر العقد إلى أن يتولى الطرف المقابل تنفيذ ما التزم به⁽²⁾. وهو بذلك وسيلة دفاع ليست وسيلة هجوم⁽³⁾. وهي كذلك وسيلة تأمين شخصية، بحكم علم العساعد وهو يتعاقد أن له

أن هذا الأجل ينقضى إذا وقع تسليم المتوجه بطلب من المستهلك. كما أن ممارسة حق العدول عن الشراء تبطل البيع. غير أن التاجر لا يكون ملزاً بالتسليم أو بأداء الخدمة خلال مهلة العدول عن الشراء ويتحمل التاجر مسؤولية الآثار الناجمة عن التسليم الذي يتم قبل انتهاء مهلة العدول عن الشراء. واضعف أن القانون عدد 39 لسنة 1998 يميز بين مرحلة إبرام العقد ونفاده.

ومنه النظرة تختلف عمّا أورده المشرع بالقانون عدد 40 لسنة 1998 المؤرخ في 2 جوان 1998 المتعلق بطرق البيع والإشهار التجاري، حيث إن العقد لا يلزم أصلاً إلا بعد مرور عشرة أيام عمل تحسب بدأة من تاريخ تحرير الطلبة ويحق للمسهلك العدول عن طلبيته قبل القضاء هذا الأجل بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ، ولا يمكن تسليم أي متوجه أو المطالبة بأي خلاص قبل القضاء أجل العدول عن الشراء، ولذلك يجب في الصورة الثانية الحديث عن مهلة تفكير *délai de réflexion* عوضاً عن حق الرجوع⁽⁴⁾، فمقتضى مهلة التفكير أن لا يتكون العقد إلا بعد مهلة معينة رأها المشرع ضرورية لإقرار الطلبة في تكون العقد، ومقتضى حق الرجوع أن يتكون العقد بدأة ثم يقوم الحق قانوناً في الرجوع أو التراجع في أجل محدد.

ويبدو أن المشرع التونسي من خلال القانون عدد 83 لسنة 2000 قد انحاز إلى الاتجاه الأول وهو الفصل بين مرحلة تكون العقد ونفاده. وربما تذكرنا هذه الصورة بملهيب الفقه الإسلامي في التفريق بين وجوب العقد وصحته ونفاده ولزومه⁽⁵⁾.

(1) قرار تعيني عدد 39930 صادر بتاريخ 30 جوان 2010، غير منشور.

(2) François Terré-Philippe Simler-Yves Lequette : Les obligations, p.502 et suiv., n° 609 et suiv.

(3) Boris Starck-Henri Roland-Laurent Boyer : Obligations, Contrat, quatrième édition, p. 715, n°1703.

(1) François Terré-Philippe Simler-Yves Lequette : Les obligations, p.212 et suiv., n° 255 et suiv.

(2) علي كحالون: المسئولة المعلوماتية، المرجع السابق، ص. 125 وما بعده.

يمكن الطرف المقابل من إمكانية الدفع الذي يرمي إلى وقف التنفيذ إلى أن ينفذ الآخر ما عليه، فهو نتيجة مباشرة ومنطقية لقوة العقد الملزمة للطرفين.

-لحمة تاريخية: ولم تظهر عبارة الدفع بعدم التنفيذ إلا خلال مرحلة القانون الفرنسي القديم أي خلال القرون الوسطى، فهي عبارة صدرت عن المتأخرین من شراح القانون الروماني الذي لم يكن يعرف إلا ما سمي بالدفع بالغش الذي يسمح للمعاقف بالدفع في جميع العقود المبنية على حسن نية⁽¹⁾، دون توقيف على العقود الملزمة للمجانيين⁽²⁾. والغريب أن القانون الفرنسي لم يخصص الدفع بعدم التنفيذ بغض خاص، ولم يجعله مبدأ عاماً، بل أورد بعض التطبيقات لهذا المبدأ غير المعлен عنه، كما هي الصورة بعقد البيع⁽³⁾، وكان لفقه القضاء دور في بيان نظام هذا المبدأ، على خلاف المشرعين الألماني والسويسري الذين أوردا في شأنه نصوصاً خاصة ورفعاً درجة إلى مرتبة المبادئ العامة. ومن ذلك انتقال الأحكام إلى مجلة الالتزامات والعقود سنة 1906 من خلال الفصلين 246 و 247 م.أ.⁽⁴⁾، وقد أورد من خلالها المشرع التونسي شروط (أ) و آثار الدفع بعدم التنفيذ(ب).

أ-شروط الدفع بعدم التنفيذ
لا بد من توفر جملة من الشروط الأصلية (1) حتى تكون ممارسة الحق قانونية (2).

1-الشروط الأصلية

يشترط في الدفع بعدم التنفيذ أن تكون الالتزامات متقابلة ومتداخلة وواجبة التنفيذ حالاً وأن يوفي المعاقف بما هو لازم من جهته. فمقتضى التقابل أن لا تعمل القاعدة في العقود الملزمة لجانب واحد ومتضمن التداخل أن تتجزء الالتزامات عن العقد نفسه، ولو كانت ناتجة عن إبطاله أو فسخه وما يتبع عن ذلك من طلبات الترجيع، فلا يتمسك الطرفان بالتزام خارج إطار العلاقة التعاقدية، كما أن يدفع المتسبغ بعدم دفع الكراء بعلة أنه أصبح دائناً للمالك. ومتضنى التنفيذ الحالى أن تكون الالتزامات مستحقة الأداء حالاً، كما كان من الممكن الدفع بعدم التنفيذ إذا اختلفت الالتزامات من حيث قوتها الدين، كأن يكون الالتزام الأول مدنياً والأخر طبيعياً أو يكون الأول ملقاً على شرط أو أجل والأخر مستحق الأداء أو يكون الأول ملزماً بالدفع بالحاضر والأخر بالتقسيط.

(1) عبد الرزاق السنهوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص. 729، عدد 493.

(2) François Terre-Philippe Simler-Yves Lequette : Les obligations, p. 503, n°610.

(3) الفصول 1651 و 1655 و 1612 و 1604 من المجلة المدنية الفرنسية.

(4) محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص. 289.

ضمانة شخصية في الدفع بعدم التنفيذ عند الاقتضاء تأخذ حكم العقلة التوفيقية على حق المعاقف وهو من شأنه أن يطمئن المعاقف ويدفعه إلى التعاقد دون خشبة⁽¹⁾. والدفع وسيلة ضغط أو تهديد نهاية فاما تناعم المعاقف عن التنفيذ يضطر الطرف المقابل إلى التسامس التنفيذ من جانبه أو المبادرة به حتى تخلص له حقوق العقد⁽²⁾.

-أساس الدفع بعدم التنفيذ: راجع الفقه إلى عنة أحسن لبرير الدفع بعدم التنفيذ، نظرية السبب وحق الحبس والقوة الملزمة للعقد.

فالسبب هو أن يكون التزام الأول سبب التزام الطرف الثاني، ويرفض الأول التنفيذ يصبح للثاني الامتناع عن التنفيذ لغياب السبب. ولكن الفقه يرى أن هذا الأساس ضيق بحكم أن السبب شرط من شروط صحة العقد وليس شرطاً من شروط التنفيذ وهو مجال أوسع لا يختصر على الالتزامات المقابلة.

والجesis أن يحبس المعاقف موضوع العقد إلى أن ينفذ الطرف الآخر ما عليه. ورغم أن المؤسسين لهما وجه من التشابه بحكم الطبيعة الخاصة لهما، فإن حق الحبس يختلف كثيراً عن الدفع بعدم التنفيذ من عدة جوانب⁽³⁾، وإن لم ير البعض اختلافاً بينهما⁽⁴⁾. فالحبس حق عيني تمثل به حقوق الأفضلية والتبع ويعارض به الكافة ولا يعتد به إلا في المواريث التي عددها القانون ولا يختصر على الالتزامات المقابلة خلافاً للدفع بعدم التنفيذ فهو حق شخصي لا يعملا به إلا في العقود الملزمة للطرفين.

ويقى الأساس الصحيح للدفع بعدم التنفيذ هو القوة الملزمة للعقد، فهو التسليمة الحتمية والمنطقية لكل إخلال بالالتزامات التعاقدية. فمقتضى القوة الملزمة للعقد أن تتفق الالتزامات في نفس الوقت في غياب شروط مخالفة، وما كان من الممكن أن يلزم المعاقف على التنفيذ قبل الآخر، فذلك ما يخالف تصریح الطرفين في العقد أو ما يحمل إلى تعديل معانى القوة الملزمة للعقد، لذلك كانت القوة الملزمة فعلاً هي الأساس الصحيح لإمكانية الدفع بعدم التنفيذ.

وبذلك فإن الدفع ليس من قبيل السبب أو الحبس أو المقاضاة أو تقسيط الدين، فالمقاضاة تعرفها وهي التوافق بين الديون جنساً ونظامها الخاص كما ورد بالفصل 369 إلى 381 م.أ، وللتخصيص حكمه اتفاقاً أو قانوناً أو قضاء، فلا يقضى به إلا في حدود ما اتفق عليه أو ما أجازه القانون على معنى الفصل 137 م.أ⁽⁵⁾. إن الدفع بعدم التنفيذ مؤسسة خاصة مميزة ولها أساس وحيد وهو أن الإخلال بالقوة الملزمة للعقد

(1) Boris Starck-Henri Roland- Laurent Boyer :Op. cit., p. 716, n° 1705.

(2) Boris Starck-Henri Roland- Laurent Boyer :Op. cit., p. 716, n° 1705.

(3) محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص. 291-290، عدد 390-392.

(4) عبد الرزاق السنهوري: المجلد الأول، المرجع السابق، عدد 500.

(5) علي تحلوون: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص. 199 وما بعد.

لتعذر الوقف. وقد يتعذر التنفيذ مطلقاً إذا توفرت حالة من حالات القوة القاهرة، حيث يجوز للمعاقد الدفع بعدم التنفيذ ويعذر نهاية تنفيذ العقد⁽¹⁾.

ويختلف أثر الدفع بعدم التنفيذ بين الطرفين وإزاء الغير، فإذا كان أثر الوقف يسري بين الطرفين في جميع الصور، فإنه يتعين التمييز بين صورتين في الأثر إزاء الغير. فإذا استند الغير إلى نفس العقد موضوع الدفع فإنه يعارض بالدفع، وإذا استند لحقوق ذاتية خارجة عن إطار العقد فإنه لا يعارض بالدفع. ويجب التدقيق كذلك أن الغير لا يعارض بالدفع إلا إذا ثبتت حقوقه قانوناً بعد ثبوت حق المعاقد، فإذا ثامت حقوقه قبل حقوق المعاقد فإنه لا يعارض بالدفع. كما في صورة أن يكرى المالك العقار ثم يفترط فيه بالبيع بعد أن يرتهن، فلا يجوز للمكري الاستئناف عن تسلیم المحل إذا لم يكن لكراته تاريخ ثابت قبل أن يمارس المالك تلك العمليات⁽²⁾.

الفقرة الثانية: المسؤولية التعاقدية

إذا قام العقد صحيحاً وتعذر تنفيذ العقد عيناً قامت المسؤولية التعاقدية، معنى ذلك أن التنفيذ العيني بعد الأجل اتفاقاً أو قضاة لا يتحمل إلى معنى المسؤولية التعاقدية. فلا تقوم هذه المسؤولية إلا إذا تعذر التنفيذ العيني بأي شكل من الأشكال. ولذلك نقول إن المسؤولية التعاقدية هي المسؤولية التي تهدف إلى التعويض نتيجة عدم التنفيذ العيني، فهي حق التعریض بسبب عدم التنفيذ العيني كما هو وارد باتفاق الطرفين. فلا يصح التنفيذ بمقابل إلا إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً، ويصبح التنفيذ العيني مستحيلًا إذا هلك العين أو انتقل إلى الغير فيما يتعلق بنقل الملكية أو إذا كان التنفيذ في التزام العمل يتوقف على شخص المدين ورفض التنفيذ ولم تفلح إجراءات التهديد المالي أو إذا خالف المدين التزام المنع. ففي هذه الصور فقط يصبح التنفيذ مستحيلًا فيطلب الدائن التنفيذ بالتعويض، وتلك هي المسؤولية التعاقدية.

ويجب أن تكون الاستحالة مطلقة بمعنى أن التنفيذ يأشر عيناً حتى لو كان مرها للعديين، ولا تتحقق الاستحالة المطلقة إلا في الصور المذكورة. معنى ذلك أنه تجاوزاً لتلك الحالات في الاستحالة فإن التنفيذ عيناً يكون ملزماً.

ولا يمكن للدائن ترك التنفيذ العيني لطلب التنفيذ بمقابل. ولا يحق له ذلك إلا إذا كانت الاستحالة جزئية بمعنى أن يكون التنفيذ عيناً جائزًا بصفة جزئية فيحق له في هذه الصورة طلب التنفيذ عيناً في الجزء والتعويض في البقية أو طلب المقابل في الكل،

(1) Boris Starck-Henri Roland- Laurent Boyer :Op. cit., p.726 et suiv., n° 1733 et suiv.

(2) الفصل 798 م. اع.

ولا يمكن للمعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ إذا لم يعرض من جانبه ما عليه للطرف الآخر، فعليه أن يبدي استعداده للتنفيذ حتى يصبح الدفع، وله أن يدفع في هذه الصورة حتى إذا باقي بعض من الالتزام دون تنفيذ، فقد نص الفصل 247 م. اع في آخره على أنه «إذا كان على أحد أن يوفى بما عليه لعدة أشخاص فله أن يتمتع من أداء ما عليه لأحد هؤلاء حتى يتمموا جميعاً ما يجب عليهم». وله كذلك في هذه الصورة أن يدفع بالمبidaً مهما كان السبب في ذلك خطأ الطرف المقابل أو سبباً أجنبياً يرتبط بالقوة القاهرة.

ولا يمكن كذلك للمعاقد أن يدفع بالمبidaً إذا التزم مسبقاً بالعقد بتعجيل التزامه قبل الطرف المقابل أو كان العرف يقتضي ذلك. فعليه في هذه الصورة أن يبدأ بالتنفيذ أولًا ولا يصح له الدفع، ولذلك نص الفصل 247 م. اع في أوله على أنه «إذا كان الالتزام من الطرفين فالأخذهما أن يتمتع من إتمام ما عليه حتى يتم الآخر ما يقابل ذلك من العقد إلا إذا اقتضى العقد أو العرف تعجيل أحد الطرفين بما عليه».

2-شروط الممارسة

الدفع بعدم التنفيذ إجراء خاص لا يستند إلى سبق القضاء فيه، فليس من الضرورة أن يصدر حكم في الغرض وليس من الضروري إنذار المدين مسبقاً، بل بمجرد توفر الشروط الأصلية يمكن للمعاقد أن يتمسك بالدفع.

على أن الدفع قد لا يكون في موضعه، وقد يتمسك الطرفان بعدم التنفيذ غلطًا، عندئذ يرفع الأمر للقضاء الذي يامكانه مراقبة حسن الدفع وعند الاتضاع من الممكن القضاء بالتعويض إذا ثبت الإخلال بالشروط الجوهرية. فهي في نهاية الأمر ممارسة حرفة خاصة لمراقبة القضاء.

ب-آثار الدفع بعدم التنفيذ

الأثر الأساسي في الدفع بعدم التنفيذ هو وقف التنفيذ، فليس من أهداف الدفع أن يفسخ العقد وإنما وقفه إلى أجل وقتى إلى حين متابعة التنفيذ، فإذا كان الالتزام في تسليم شيء، أمكن للدائن الامتناع عن تسليمه وإذا كان الالتزام في القيام بعمل امتنع عن أدائه وإذا كان في الامتناع عن شيء فعل ضدة. وليس هناك فرق بين العقود الحينية أو المستمرة.

على أن هناك بعض العقود لا تتحمل الوقف، بمعنى أن الامتناع عن تنفيذها يحمل مباشرة إلى الفسخ دون المرور عبر مرحلة الوقف، كما في صورة أن ينفذ الالتزام في زمن محدد مع تعذر تنفيذه خارج ذلك الزمن، فإن أي امتناع يحمل ضرورة إلى الفسخ،

مخالفة للالتزام إذا كان جائزًا، ويكون التنفيذ في هذه الصورة بالمقابل العيني، وهو من قبيل التععرض العيني⁽¹⁾.

والخلاصة أن التنفيذ بم مقابل execution par équivalent أو بطرق التعريض والخطة الجزئي أو فسخ العقد مع تعريض الخسارة في كلتا الحالتين⁽²⁾. وهذا التعريض المستحق يكون بمثابة التعريض عن عدم التنفيذ العيني ذاته سواء بصفة كلية أو جزئية⁽³⁾.

وذلك هي الصورة الوحيدة التي يقوم فيها الخيار. وذلك ما يتيسر فهمه من الفصل 273 م.أع في فقرة الثانية «فإن كان الوفاء لا يتيسر إلا في البعض جاز للدائنين إما طلاق الوفاءالجزئي أو فسخ العقد مع تعريض الخسارة في كلتا الحالتين».⁽⁴⁾ وهذا التعريض المستحق يمكن بمثابة التعريض عن عدم التنفيذ العيني ذاته سواء بصفة كلية أو جزئية dommages-intérêts compensatoires.

ولكن المدين يمكن أن يتأخر عن التنفيذ دون أن يمتنع التنفيذ العيني أخيراً في حق الدائنين في هذه الصورة طلب التعريض عن التأخير dommages-intérêts moratoires وهو بمثابة عدم التنفيذالجزئي، لأن التنفيذ الكامل هو الذي يتم في موعده⁽⁵⁾. ويمكن للدائنين أن يجمع بين التعريض عن التأخير والتعريض عن التنفيذ العيني ذاته، أو بين التعريض عن التأخير والتنفيذ العيني.

ولا يشترط في التنفيذ بم مقابل أن يكون المدين معتمداً في عدم الوفاء أو المماطلة وقد نص الفصل 277 م.أع على أن «عدم الوفاء بالعقد أو المماطلة بالخسارة ولو لم يعتمد المدين ذلك»، بل يكفي أن يتأخر المدين عن الموعد أو أن يصبح التنفيذ العيني مستحيلاً على ما تقدم، ولم يكن للدائنين عذر في ذلك وهذا هو السبب الصحيح الذي قصدته المشرع بالفصل 268 م.أع، أي الحالات الفجائية والقاهرة القاهرة و فعل الدائن و فعل الغير. أي أن المدين يمكن أن يدفع عنه التنفيذ بم مقابل إذا ثبت أن عدم التنفيذ العيني في وقته أو تأخره كان نتيجة لتلك العوائد. ولكنه إذا تأخر المدين ولم يكن له عذر وتلف الشيء الملزם به أو تعييب بسبب طارئ أو قوة قاهرة أثناء مماطلة المدين فالعليه، وذلك نتيجة لتبسيه في التأخير، ولزمت المدين في هذه الصورة الأخيرة قيمته وقت حلول الأجل فإن لم يأت الطالب بحججه في القيمة وجب تقديرها على مقتضى ما يضمه المطلوب إذا لم يتيسر وجه آخر بشرط أن يكون الوصف مشبهاً تعصيده اليمين فإن امتنع المطلوب من أداء اليمين فالقول قول الطالب يسميه.

ويمكن أن يكون التنفيذ بم مقابل تقدماً بالمال كما يمكن أن يكون التعريض عينياً. والأصل أن يكون التعريض بالمال، لكن الالتزام السليبي أي بعدم القيام بالعمل بحمل بالضرورة إلى عدم إمكانية التنفيذ العيني إذا ما خالف المدين المنع، كما في صورة مخالفة المدين لواجب عدم البناء. فيجوز في هذه الصورة إتلاف ما قام به المدين عيناً

(1) يرى البعض أنه بمحض للدائن حق الخيار بين طلب التنفيذ العيني أو التعريض على أساس الفصل 273 م.أع، ولا يمكن إلزام الدائن على التنفيذ العيني بدلًا عن التعريض.

محمد الدين: المقدمة، المرجع السابق، ص 262 وما بعده.

(2) سليمان مرقس، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 141.

أ- شروط المسؤولية التعاقدية

لا تتحقق مسؤولية المدين إلا إذا توفرت بعاجله جملة من الشروط الإيجابية (1) وتعلّر عليه دفع المسؤلية عنه (2).

1- الشروط الإيجابية في المسؤولية التعاقدية

لأنه تلزم المدين إلا بتوفّر الخطأ التعاقدية والضرر والعلاقة السببية بينهما. - الخطأ التعاقدى: يطرح الخطأ التعاقدى عن إشكاليات لعل من أهمها ما يتعلّق بمفهومه وتصنيفاته وإثباته.

+مفهوم الخطأ: نص الفصل 277 م.أع على أن «عدم الوفاء بالعقد أو المماطلة فيها يوجّب القيام بالخسارة ولو لم يعتمد المدين ذلك». فالوفاء بالعقد يقتضي أن ينفذ العقد طبقاً لبنوده، تقلياً للملكية أو قياماً بالعمل أو عدم القيام به. والمماطلة أن «يتأخّر المدين عن الوفاء بما التزم به في الكل أو في البعض لسبب غير صحيح»⁽¹⁾. فإن كان بالعقد أجل اعتبر المدين مماطلة بمضي الأجل وإنما وجب إنذاره على معنى الفصل 269 م.أع حتى يعتبر المدين مماطلة⁽²⁾. وعلى ذلك الأساس فالخطأ التعاقدى هو عدم تنفيذ العقد أو التأخير في تنفيذه، كلاً أو بعضاً، بصرف النظر عن تعمّد المدين أو عدم تعمّده.

+تصنيفات الخطأ: وقد ذهب الفقه في البداية إلى اعتماد تقسيمات في الخطأ نمّ سرعان ما هجرها التطبيق في اتجاه اعتماد ما يعرف بالالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام

(1) ويجب تمييز معنى التنفيذ الجيري والتنفيذ العيني والتنفيذ بم مقابل عن معنى الفسخ. فلا يقوم الفسخ إلا بالنسبة إلى الالتزامات التعاقدية المقابلة وفي حالة استحالة التنفيذ. وإذا كان من الممكن للدائنين طلب التعريض عن التأخير مع الفسخ إذا استحال التنفيذ العيني نهاية، فإنه لا يجوز له طلب الفسخ إذا أصبح التنفيذ العيني جائز ولو بقيت الإمكانيّة قائمة في طلب التعريض عن التأخير، فليس إذا كانت هناك استحالة جزئية.

(2) الفصل 268 م.أع.

(3) الفصول 268 إلى 272 م.أع.

أوردت المجلة مفهوم الالتزام بتحقيق نتيجة ومسؤولية الوكيل. (الفصلان 1131 و 1132 م.ا.ع) أو المستودع (الفصلان 1020 و 1021 م.ا.ع). بمجلة الالتزامات والعقود حيث قدرت المجلة مسؤولية الوكيل والمستودع بحسب حجم الخطأ، وقد نص الفصل 278 م.ا.ع صراحة على أنّ «...اعتبار الأحوال الخاصة بكل قضية موكول لمحكمة القاضي وعليه أن يقدر الخسائر ويجعل فيها تفاوتاً بحسب خطأ المدين أو تغريبه...». ذلك يعني أن التمييز بين طبيعة الأخطاء يقىء ذا أهمية في بعض الصور، فقد يتأثر التعريض بحجم الخطأ إن كان خطأ متعمداً أو خطأ فاحشاً أو خطأ غير متعمد. فالخطأ غير القصد هو الخطأ الناتج عن إهمال أو عدم تصرّف وهو الأغلب في المسؤولية التعاقدية. والتغريب هو سوء النية، أي قصد المدين. وليس التغريب بالفصل 278 م.ا.ع ما يعرف على مستوى تكوين العقد، بل المقصود هو التغريب على مستوى تنفيذ العقد. وعادة ما يرقى الخطأ الفاحش إلى مستوى الخطأ العمد، فهو إهمال مبالغ فيه إلى درجة أن يُظن بأن المدين فعلها قصدًا. وإذا اتضحت الضرورة إعمال التفرقة بين طبيعة الأخطاء توصلاً لتقدير حجر الضرر وبالتالي مقدار التعريض، فإنه يعود للقاضي الاجتياز مع مراعاة طبيعة الالتزامات التي قال فيها المشرع بدرج الخطأ من عدمه كما هي الصورة بعهدى الركالة والرودية⁽¹⁾.

غير أن فقه القضاء مدعماً باتجاهات الفقه أرسى قواعد الاتجاهات الحديثة في النتيجة وبذلعناية وبين أحکامها، ورؤى أن لها مجالاً منسعاً، كما تخلى التطبيق عن نظرية تدرج الخطأ التعاقدية وأصبحت قاعدة التعريض الكامل للضرر أساس المسؤولية المدنية سواء كانت مسؤولية تعاقدية أو تقصيرية⁽²⁾.

+إثبات الخطأ: والراهن أن تقسيم الخطأ إلى تحقيق نتيجة وبذل عناية فضلاً على أنه تجاوز تقسيم الخطأ إلى درجات بحسب خطورته ودخول مواجهة المدين بجميع الأخطاء حتى ولو كانت تافهة فإنه يسر طريقة إثبات الخطأ وأصبح من الممكن التمييز بين الخطأ المفترض والخطأ المثبت.

في جميع الالتزامات بتحقيق نتيجة ليس للمتضرر إثبات الخطأ وإنما ينقلب عبء الإثبات على المدين، إذ يكفي المتضرر إثبات وجود العقد وطبيعة الالتزام حتى يعفى من الإثبات ويحمل الإثبات رداً حيثذا على المدين. ولكنه ليس إلا خطأ مفترضاً إذ يصح للدين وقد حُمل عبء الإثبات أن يرد عنه المسؤولية بإثبات عنصر أجنبي مثل

(1) يراجع كذلك الفصل 287 م.ا.ع.

(2) Caronnier : *Les obligations*, op. cit., p.272 et suiv., n° 71.
Boris Starck-Henri Roland- Laurent Boyer : Op. cit., p.608 et suiv., n° 1453 et suiv.
François Terre-Philippe Simler-Yves Lequette : *Les obligations*, p.440 et suiv., n° 542 et suiv.

بذل عناية. وبعد أن تم تقسيم الخطأ التعاقدى إلى خطأ فادح وآخر بسيط وآخر تافه، تخلى الفقه والقضاء عن هذا الاتجاه واستقر الرأي على تقسيم الالتزامات التعاقدية إلى التزام بتحقيق نتيجة والالتزام بذل عناية. حيث إن الخطأ التعاقدى هو عدم الوفاء بالالتزام أو التقصير فيه، ولا تقوم المسؤولية التعاقدية بدونه.

وقد حاول الفقه في مرحلة أولى تصنيف الأخطاء التعاقدية إلى أخطاء جسمية وأخرى بسيطة وثالثة تافهة، فلا يعتد إلا بالأولى إذا كان العقد في منفعة الدائن، ويعتد بالثانية إذا كان العقد في منفعة الطرفين ولا يعتد بالأخيرة إلا إذا كان العقد في منفعة المدين وحده. لكن الفقه تجاوز هذا التصنيف، وتأنّر كثيراً بنظرية R. Demogue التي صاغها منذ سنة 1924، والتي فسّرت الالتزام إلى صفين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام بذل عناية، فإذا كان الأول التزم المدين بتحقيق النتيجة ولا يمكن أن ينفصّل من المسؤولية إلا بآيات العنصر الخارجي، وإذا كان الثاني يمكن للمدين أن ينفصّل من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بجميع ما يلزم، وحاول الشّرّاح على امتداد السنوات الفارطة وضع جملة من المعايير لتمييز الأول عن الثاني، فمنهم من قال بمعيار الاحتمال، ومنهم من ركز على دور الدائن في الالتزام، فإذا كان دوزا سليماً، كان الالتزام بتحقيق نتيجة، وإذا كان لييجاً، كان الالتزام بذل عناية.

وانتهلاً من ذلك أصبح من الممكن تحديد طبيعة الالتزام بوجه عام، فإذا كانت الالتزامات بشكل عام لا تخرج عن الالتزام بنقل ملكية والالتزام بالقيام بعمل والالتزام بعدم القيام بعمل، فقد صبح القول إن الالتزام بنقل الملكية هو التزام بتحقيق نتيجة في جميع الصور سواء تعلق بمنقول أو بعقار، فقط أنه يجب التفريق بين الأشياء معينة الذات والأشياء معينة النوع، فلا نقل للملكية بالنسبة إلى الأشياء معينة النوع إلا بعد فرزها، والالتزام بالقيام بعمل معين يمكن أن يكون التزاماً بذل عناية، كما يمكن أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة. والالتزام بذل عناية في ذلك يمكن أن يشمل شيئاً، فيلزم المدين بتصريف الوسائل الممكنة في حفظه أو إدارته، أو عملاً معيناً فيلزم بتصريف واجب الاحتياط واليقظة وبذل العناية الكافية. وإذا كان الالتزام بالقيام بعمل التزاماً بنتيجة فقد يتعلّق بضرورة إتمام عمل معين أو بتسليم شيء محدد سواء بصفة مستقلة عن العقد أو كنتيجة لهذا العقد. والمعلوم أن الالتزام بالامتناع عن عمل هو التزام بتحقيق نتيجة في جميع الصور، ويحصل القرار بمجرد مخالفة الواجب.

ورغم أهمية هذا التطور فإن مجلة الالتزامات والعقود لم تورد أحکامه تفصيلاً، كما لم تورد أحکام النظرية التقليدية في تدرج الخطأ بالرغم من أنه من الممكن الإشارة إلى بعض القواعد المتناثرة بالتشريع التونسي في النظريتين التقليدية أو الحديثة، كما هي الصورة بالنسبة إلى عقد النقل بالمجلة التجارية (الفصول 653 إلى 656) حيث

+ مفهوم الضرر: عدم التنفيذ أو التأخير فيه هو ما يمثل فعلاً الضرر للدائن في المسؤولية التعاقدية ويتصرف عدم التنفيذ إلى غياب التنفيذ كلياً أو جزئياً، ويتحقق التنفيذ المعيّب أو الناقص *défectueux* بعدم التنفيذ⁽¹⁾. وبفهم عدم التنفيذ على أنه غياب كامل للتنفيذ، يعني أن يضرب المدين عن الوفاء بما التزم به بالعقد. وبفهم التنفيذ الجزئي على أنه تنفيذ لجانب من جوانب العقد تنفيذاً كلياً. والحقيقة أنَّ التنفيذ الجزئي ليس مجرد عملية حسابية تصرُّف إلى حجم التنفيذ مقارنة بما ورد بالعقد من التزامات بل هي عملية نفسية كذلك يرجع فيها إلى ما استقرَّ في ذهن الدائن تحديداً لطبيعة الالتزام سواء كان التزاماً أصلياً أو التزاماً هامشياً. والأغلب أن يرث التنفيذ الجزئي إلى التنفيذ المعيّب الواقع مقام عدم التنفيذ الكلي. ولا يقف الضرر عند عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو معيناً بل يتجه إلى مجرد التأخير، يعني أنَّ التنفيذ بعد الأجل المحدد بالعقد أو بعد الإعلان عن الاقتضاء فيه من الضرر ما يتحقق بحق الدائن.

- إثبات الضرر: والأغلب أنه بمجرد عدم التنفيذ أو التأخير يثبت الضرر بجانب الدائن، ومع ذلك فإنه يحمل على الدائن إثبات الضرر، والراهن أنَّ الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق، كتابة أو اختباراً أو شهادة.

فإذا كان يفترض فعلاً أنَّ التأخير أو عدم التنفيذ يمثل ضرراً بالنسبة إلى الدائن فإنه من الممكن نظرياً افتراض تجاوز الأجل أو عدم التنفيذ دون ضرر⁽²⁾. ولذلك فإنه يلزم الدائن بإثبات الضرر. وليس في ذلك إلا استثناء واحد أورده الفصل 278 م.أ.ع. يتعلق بالالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي، حيث إنه في «الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين فترم الضرر لا يكون إلا بالحكم بأداء الفائض الذي عينه القانون». ويحكم بهذا الغرم دون أن يلزم الدائن بإثبات حصول أي خسارة».

- عناصر الضرر: نص الفصل 278 م.أ.ع على عناصر الضرر في المسؤولية التعاقدية، وهو النقص الحقيقي في مال الدائن *la perte éprouvée* وفوات الربح *le dommage matériel*. وذلك ما يعرف بالضرر المادي *gain manqué* في ذلك أنَّ يصيب الضرر مال الدائن قحسب بل يمكن أن يلحق جسد الدائن كما في صورة عقد نقل المسافرين، وعلى ذلك الأساس فالضرر المادي يمكن أن يلحق مال الدائن أو بدنه أو مكاسبه.

وخاصية الضرر في المسؤولية التعاقدية أنَّ يكون حالاً بمعنى وقوعه فعلاً ومتوقعاً يوم تحرير العقد أي محقق الواقع في المستقبل، بمعنى أنَّ لا يلام المدين قانوناً عن أي تقصير أو عدم مبالاة إلا إذا كان الالتزام محدداً في العقد يوم تحرير العقد. وما

(1) Carbonnier Jean : *Les obligations*, op. cit., p.270, n°71.

(2) عبد الرزاق الستهوري: *المجلد الأول*, المرجع السابق, ص. 679, عدد 446 وما بعد.

القوة القاهرة وما يأخذ حكمها. ولكنه لا يمكنه التفصي من المسؤولية بإثبات أنه فعل كل ما يلزم.

وفي جميع صور الالتزامات ببذل عنابة فإنه يتبع على المتضرر إثبات الخطأ بجانب المدين، إثبات أنه لم يفعل ما يلزم، والمعيار في ذلك هو الإنسان العادي، فيسأل المدين عن الأخطاء مهما كانت تافهة إلا إذا أورد المشرع أو الاتفاق ما يغفر المدين من الأخطاء التافهة أو البسيطة.

وبتقى الصعوبة مرتبطة تطبيقاً في تحديد الالتزامات التي تتمي لهذه الأصناف في النتيجة والعناية إعمالاً لتلك المعايير النظرية. فقد اختلف فقه القضاء على سبيل المثال في تحديد الالتزام بالسلامة الجسدية، فإذا كانت التزاماً بتحقيق نتيجة في عقد النقل فإنها بذلك عنابة بالنسبة إلى التزامات صاحب التزيل⁽¹⁾.

+ الخطأ الشخصي والخطأ عن فعل الغير والخطأ عن فعل الشيء: ولنست مسؤولة المدين في المسؤولية التعاقدية، وأساسها عدم التنفيذ أو التأخير فيه، مجرد مسؤولية عن الفعل الشخصي، بل من الممكن الحديث عن المسؤولية الشخصية أو المسؤولية عن فعل الغير أو المسؤولية عن فعل الشيء. فمقتضى المسؤولية الشخصية للمدين أن ينسب عدم التنفيذ أو التأخير فيه إلى شخص المدين ذاته على ما تقدم من تفصيل، ومقتضى المسؤولية عن فعل الغير أن « يوجد عقد صحيح بين المسؤول والمضرور و... يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد»⁽²⁾. وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود مبدأ عاماً في ذلك حيث نص الفصل 245 م.أ.ع على أن «المدين مسؤول بما يصدر من نائبه وغيره من استعان بهم على إجراء الالتزام كما لو صدر ذلك منه ولو الرجوع عليهم حيث يجب قانوننا». ومقتضى المسؤولية عن الأشياء أن يكون الضرر نتيجة الشيء محل العقد وليس نتيجة فعل شخصي للمدين كما في صورة أن تفجير وسيلة النقل المستعملة في عقد النقل. على أنه ليس هناك فرق بين هذه المسؤوليات في تقرير مسؤولية المدين، فأساسها هو التمييز بين الالتزام بفعل شيء أو الالتزام بتحقيق نتيجة على ما تقدم من شرح.

- الضرر التعاقدى: لعل من أهم ما يطرحه الضرر من إشكاليات هو ما يتعلّق بمفهومه وإثباته وعناصره وشروطه.

(1) قرار محكمة النقض عدد 10578 الصادر بتاريخ 7 نوفمبر 1979، نشرية محكمة العقب 1974، ج 2، ص. 118.

(2) محمد الزين: *العقد*, المرجع السابق, ص. 271-270.

منضرر المباشر غير المتوقع الذي لا يمكن تعويضه إلا إذا كان المالك سيء النية، أما المرض فهوضرر غير المباشر وغير المتوقع الذي لا يمكن تعويضه⁽¹⁾.

- العلاقة السببية: تطرح العلاقة السببية أربع مسائل هامة، مفهوم العلاقة السببية، نظريات السببية، شروط العلاقة السببية، إثبات السببية.

+ مفهوم العلاقة السببية: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر هي الرابطة بين الخطأ والضرر، فلا يكفي أن يتتوفر الخطأ من جهة والضرر من جهة أخرى، بل لا بد من علاقة مباشرة بينهما. وهو شرط مستقل بذلك عن الخطأ والضرر. وقد ورد الشرط ضروريا بالفصل 278 م.أع عندما اشترط أن تكون الخسارة «جراء عدم الوفاء بالعقد».

+ نظريات السببية: تعددت النظريات في شأن العلاقة السببية، ولكن يمكن ردها إلى اثنين، نظرية تكافؤ الأسباب *la théorie de l'équivalence des conditions* ونظرية السبب المتعجج *la théorie de la cause adéquate (cause générique)*. فمقتضى تكافؤ الأسباب أن يعتد بأي سبب مهما كانت طبيعته مباشرأ أو غير مباشر بعيداً أو غير بعيد، فيكفي أن يكون له صلة بالخطأ مهما كانت طبيعة هذه الصلة. وربما كان حسن هذه النظرية هو أنها توفر للمتضرر في جميع الصور تعويضاً وتسهيل عليه أمر الإثبات. ومقتضى السبب المتعجج هو أن لا يعتد إلا بالسبب المتعجج وهو الذي يحدث عادة الضرر دون الأخذ بالسبب المارض الذي لا يحدث عادة هذا الضرر.

+ شروط السببية: الشيطان الأمساك هو أن تكون السببية متوجهة وبماشة. فإذا اشتراط أن تكون الخسارة جراء عدم التنفيذ أخذت مجلة الالتزامات والعقود بنظرية السبب المتعجج، وهو الخطأ المألوف الذي يتعجج عادة الضرر. ولكن لا يكفي أن يكون السبب متوججاً غير عارض بل يجب أن يكون مباشراً، بمعنى أن يكون هو السبب الوحيد في إحداث الضرر. فقد يتتوفر السبب المتعجج دون أن يكون سبباً في إحداث الضرر كما في صورة أن يرث الضرر إلى سبب أجنبية مع توفر خطأ المدين.

+ إثبات العلاقة السببية: ويلزم المدين في جميع الصور بإثبات العلاقة السببية بجمع الطرق، وإن كانت في أغلب الصور من حيث الواقع مفترضة. ولكن المدين يامكانه قطع السببية بإثبات السبب الأجنبي، فيعني من المسؤولية.

2- إعفاء المدين من المسؤولية

قد توفر بعض الصور القانونية تمنع عن المدين المسؤولية، ولكن يجوز للمدين في إطار المسؤولية التعاقدية أن يشتري عدم مسؤوليته منذ البداية. وبذلك يمكن أن يبرأ الإعفاء إلى أسباب قانونية وأخرى اتفاقية.

(1) مثال أوردته الأستاذ عبد الرزاق السنوري، المجلد الأول، المرجع السابق، ص. 684، عدد 451.

خرج عن موجبات الالتزامات التعاقدية المحملة مسبقاً يدخل في باب الاحتمالات التي تخرج بطبعتها عن الضرر التعاقدى، فلا يدخل الضرر الاحتمالي *le dommage imprévisible* في باب الضرر التعاقدى⁽¹⁾.

ولكن المدين يلزم بتعويض جميع الأضرار حتى ولو لم تكن متوقعة يوم تحرير العقد إذا كان المدين سيء النية، فكل ضرر مقصود من المدين لا ينفي مسؤولية هذا الأخير بتعويضه حتى ولو كان احتمالياً بمعنى غير متحقق زمن العقد. وبل حتى بذلك الخطأ الفاحش، ولا تخرج المسئولية بهكذا صفة عن إطار المسؤولية التعاقدية، فمقتضى عدم الجمع بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية أن تبقى للمسؤولية التعاقدية خصوصيتها. فلو صلح خروج المسؤولية عن إطارها التعاقدى لخرجت بمجرد عدم الانتهاء دون حاجة إلى اشتراط سوء النية أو الخطأ الفاحش. وإنما الصحيح أن تبقى المسؤولية التعاقدية حتى في صورة سوء النية والخطأ الفاحش بحكم الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية. ولذلك نص الفصل 278 م.أع في آخره على أنه «يمكن للذائن الذي حصل له بسبب سوء نية مدينه ضرر زيادة على المماطلة أن يحصل على جبر ضرره...».

على أن اتجاهات القانون المقارن وخاصة على مستوى التطبيقات القضائية⁽²⁾ قد ذهبت في اتجاه الاعتراف بالضرر المعنوي *le dommage moral* حتى بالنسبة إلى المسؤولية التعاقدية على غرار المسؤولية التقصيرية. ورغم أن مجلة الالتزامات والعقودة لم تشر إلى معنى الضرر المعنوي في المسؤولية التعاقدية من خلال الفصل 278 م.أع، فإنه لا شيء يمنع من الأخذه، وفعلاً كثيراً ما تقضي المحاكم بالضرر المعنوي في إطار عدم تنفيذ عقد التقل خاصة إذا الحق الضرر شخص المسافر⁽³⁾.

+ شروط الضرر: وما يشترط في الضرر في نهاية الأمر أن يكون مباشراً *direct* متحققاً حتى ولو كان مستقبلياً حال من الاحتمال إلا في حالتي سوء النية والخطأ الفاحش. كما في صورة أن يضطر المتسوّغ إلى تسويغ محل جديد بسبب عدم قيام المالك بالتزاماته، ويعتبر التسلق تلف بعض من الأثاث، وربما يصاب المتسوّغ بمرض. فالآكيد أن الفرق في الكراهة هو الضرر المباشر المتوقع الذي يجب تعويضه، أما إتلاف الأثاث فهو

(1) ولست هنا بقصد معالجة مفهوم نظرية الظروف الطارئة التي تسمح للمدين بتعديل بنود العقد، فتلك مسألة سبق دراستها في باب القوة المطلقة للعقد. ثمة فارق كبير بين الضرر الاحتمالي ومفهوم الظروف الطارئة.

François Terré-Philippe Simier-Yves Lequette : *Les obligations*, p.438, n°538.
(2) اعترف فيه القضاء بفترسيا بالضرر المعنوي في إطار المسؤولية التعاقدية منذ بداية القرن العشرين: Tb. Com. Seine, 20 février 1932, Gaz. Pal. 1932-1-895.

(3) قرار تعقيبي عدد 16957 المؤرخ في 25 أبريل 1989، نشرة محكمة التعقيب 1989، ص. 149.

وغيرها، ولذلك نص الفصل 283 م.أع على أن «القوة القاهرة التي لا يندر معها الوفاء بالعقود هي كل ما لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء وقلة أمطار وزوابع وحرائق وجراحت أو كفرو أجنبي أو فعل الأمير».

لكن فقه القضاء لم يعتبر مثل هذه الكوارث إلا إذا كانت غير متوقعة ولا يمكن دفعها، حيث إن الأمطار الغزيرة والضباب والرياح القروية لا يمكن أن تعتبر قوة قاهرة، لأنها تبقى متوقعة و من باب أولى لا تعتبر الأخطاء الميكانيكية من قبل القوة القاهرة اللهم إلا إذا كان العيب يعود للصانع، وانفجار العجلة لا يعد قوة قاهرة وإن ذهبت بعض القرارات في اتجاه مختلف. والأغلب أن الأخطاء البشرية لا تتناسب مع شروط القوة القاهرة، وبالتالي لا تعتبر حالة الطريق أو عدم معرفة السائق للمكان علة يعتد بها. ولم يأخذ فقه القضاء بالذبح المفاجئ لحرسات بعرية السيارة كقوة قاهرة قد تؤدي بالسائق إلى ارتكاب حادث، والحالة مثلها إذا اصطدم طائر يلتور السيارة، أو شق الطريق فجأة. لكن بعض القرارات التعقيبية اعتبرت أن الأزمة القلبية المفاجئة تعد من قبل القوة القاهرة، وإن كان بالإمكان إبعاد مسألة القوة القاهرة إذا كان الشخص يشكوا من عوارض مرضية سابقة⁽¹⁾.

- (1) قرار تعقيبي مدني عدد 5345 الصادر بتاريخ 3 - 3 - 1982 نشرية محكمة التعقيب 2 ص 279 .
 قرار تعقيبي مدني عدد 12890 الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 1985 نشرية محكمة التعقيب 2 ص 352 .
 قرار تعقيبي مدني عدد 9846 الصادر بتاريخ 4 جوان 1973 نشرية محكمة التعقيب ص 968 .
 قرار تعقيبي مدني عدد 4959 الصادر بتاريخ 17 فبراير 1982 نشرية محكمة التعقيب 1 ص 387 .
 قرار تعقيبي مدني عدد 16 819 الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 1986 النشرية 2 ص 288 .
 قرار تعقيبي عدد 16888 الصادر بتاريخ 5 جانفي 1987 النشرية ص 303 .
 قرار تعقيبي عدد 45822 الصادر بتاريخ 16 مارس 1995 قرارات التوازن المجتمعية لمحكمة التعقيب 1994 - 1995 أمشورات مركز التراثات القانونية والقضائية .
 قرار تعقيبي مدني عدد 28564 الصادر بتاريخ 16 مارس 1995 قرارات الدوائر المجتمعية لمحكمة التعقيب 1994 - 1995 .
 محمد الحبيب الشريف حول الدفع بالقوة القاهرة في قضايا حادث المورور للفضاء والتسيير مای . 1992

Dahdouh Habib ,L'indemnisation des victimes d'accident d'automobile :comparaison des droit français et tunisien .Thèse PARIS 1 -1984 .

Aussi ,Regard sur quinze ans de jurisprudence en matière de responsabilité du fait des choses inanimées,RJL ,Juillet 1997 .

التّيجاني عيد: إشكالية حجية الحكم الجنائي على المدني وامكانية التعويض على معنى المادة 96 م.أع، القضاء والتشريع، فيفري 1991 .

محمد الزين: دروس في القانون المدني، المسؤولية التقصيرية، السنة الثانية 1995 - 1996 كلية الحقوق بتونس .

Nadhir Ben Ammou,l'évolution recente de la jurisprudence en matière de responsabilité civile,RJD , 1996, p. 2.

-الاعفاء القانوني: نص الفصل 282 م.أع على أنه « لا يلزم المدين بتعويض الخسارة إذا ثبت سببا غير منسوب إليه منعه من الوفاء أو آخره عنه كالقوة القاهرة والأمر الطارئ ومحاطة الدائن». وبذلك فإن إثبات السبب غير المنسب للمدين، وهو السبب الأجنبي، يرفع عنه وزير التعويض، فينصرف الإعفاء إلى عدم مساعدة المدين على أساس العقد. وقد أورد المشرع بعضا من الأسباب التي لا تنسب إلى المدين وهي القوة القاهرة والأمر الطارئ ومحاطة المدين. ولم يورد المشرع ذلك إلا على وجه التنصيص وليس على وجه الحصر معنى ذلك أنه من الممكن التفكير في عدة صور أخرى تتجاوز ما ذكر وعادة ما يشير رجال القانون إلى عمل الدائن والغير .

ولكنه لا يمكن للمدين إثبات عدم خطئه فقط حتى يتمكن من التفصي من المسؤولية⁽¹⁾. فإذا ما كان من الممكن في الالتزام بذلك عنابة إقامة العجة على المدين إلا بإثبات خطئه فإن أقيمت ثبتت المسؤولية وإن تذرع على الدائن ذلك تفصي المدين، فإنه من الواضح أن إثبات المدين غياب الخطأ بجانبه في الالتزام بتحقيق نتيجة، وقد افترض الخطأ بجانبه، لا يؤدي قطعا إلى إعفائه من التعويض، فلا يمكن للمدين أن يتفصي من المسؤولية في ذلك إلا بإثبات العنصر الأجنبي، القوة القاهرة أو الأمر الطارئ وعمل الدائن أو محاطة الدائن أو عمل الغير. معنى ذلك أن الأسباب التي لا تنس

لعنصر أجنبي تبقى محملة افتراضا على المدين في الالتزام بتحقيق نتيجة .

+القوة القاهرة والأمر الطارئ: تعرف القوة القاهرة عادة على أنها العمل أو الحادث الخارجي extérieurité الذي لا يمكن دفعه irrésistibilité أو توقعه imprévisibilité فهو خارجي عن محيط المدين أي عن مجال تدخل المدين فليس له آية صلة بنشاط المدين، فليس من القوة القاهرة إذا ارتبط الحال بأحد أعران المدين أو بتجهيزاته، وهو غير متوقع بمعنى أن لا يمكن للإنسان العادي توقعه زمن تحرير العقد، وهو غير قابل للدفع بمعنى أن لا حول ولا قوة للمدين في رده، ويشترط في ذلك أن تكون الاستحالة مطلقة، فهو كان من الممكن رد القوة بشيء من التعب والنفقة فلا تتوفر القوة القاهرة .

ورغم أن البعض يحاول أن يميز بين القوة القاهرة والأمر الطارئ، فيشتهر في الأولى جميع الصفات الثلاثة، وتكتفي الثانية بعنصر عدم الدفع وعدم التوقع، إلا أن الفقه مجتمع على عدم التمييز بينهما⁽²⁾ .

ويمكن للقوة أن تجد سببها سواء في الطبيعة مثل الزلازل والفيضانات وغيره أو عمل الأمير أي تدخل السلطة مثل أمر الانتزاع أو عمل الإنسان مثل الثورات والإضرابات

(1) Carbonnier : Les obligations, op. cit., p. 285, n° 74.

(2) محمد الحبيب الشريف: هل يجوز التمييز بين القوة القاهرة والأمر الطارئ، القضاء والتشريع، عدد 7، ص. 25 وما بعد، 1987

ولكن أكثر ما يلاحظ بالنسبة إلى العقود الدولية هو أن القوة القاهرة لا ترفع عن المدين أية مسؤولية ولا تدنه نهاية للعقد. فإذا كان المبدأ هو أن المدين لا يلزم بتعریض الخسارة إذا أثبت سبباً غير منسوب إليه منعه من الوفاء أو آخره عنه كالفوارة والأمر الطارئ^١، فإن العقد الدولي عادة ما تتضمن على كاهل المدين بداية واجب الإعلام بوقوع الحادث الذي مثل حالة القوة القاهرة تحت ضغط تعریض الضرر للدائنين في صورة التخلف عن الإعلام حتى ينها الدائن لأنّار القوة القاهرة. ثم إن العقد الدولي لا تكتفي بواجب الإعلام بل إنها تلزم المدين باتخاذ الإجراءات اللازمة والوسائل الكفيلة بتجاوز الحادث والرجوع إلى تنفيذ العقد في أقرب الأجال سواء بإرادة المدين وحده أو بعد الاتفاق مع الدائن وأن كل إخلال بالالتزام التعاقدى يجعل المدين ملزماً بتعریض إلا إذا رفض الدائن التنفيذ صراحة. ذلك يعني أن العقد لا يتنهى بوقوع حالة القوة القاهرة بل يوقف بصفة مؤقتة لا غير ليتواصل التنفيذ بعد زوال آثار الحادث وعادة ما تشير العقود الدولية إلى أجل الوقف أو أجل موافقة التنفيذ. فالتنفيذ المتأخر أفضل من عدم التنفيذ دولياً نظراً لأهمية العقد الدولي وارتباط معظمها بالمصالح الحيوية للبلدان المتأخرة اقتصادياً. وتلزم العقود الدولية تبعاً لذلك الطرفان بمجرد حصول الحادث على مباشرة المفاوضات لبيان طريقة موافصلة التنفيذ وتوزيع المصارييف عند الاقضاء وضبط التزامات الأطراف بصفة عامة، فتسعى المفاوضات إلى إعادة ملامدة العقد مع الظروف الجديدة ويدرك عادة بالعقد مدة المفاوضات وبداية سريانها، على أن المفاوضات في هذه الحالة لا يمكن أن تشمل إلا آثار القوة القاهرة أي الالتزامات المرتبطة بالحادث إلا إذا رغب الطرفان في مراجعة كامل بنود العقد.

والواضح أن واجب المفاوضة حول آثار القوة القاهرة يتضمن العقد شرط القوة القاهرة يمكن أن يكون صراحة كما يمكن أن يكون ضمنياً، فمجرد تضمين شرط القوة القاهرة يحمل ضرورة إلى واجب المفاوضة^(١)، وتلك هي ميزة هذه الآلية التعاقدية على مستوى العقود الدولية خلافاً للقانون الوطني أو المحلي، فتلك قاعدة لها علاقة بمفهوم القواعد عبر الوطنية^(٢). *lex-m mercatoria*.

ويمكن للأطراف تبعاً لذلك الاتفاق فعلاً حول كيفية ملامدة العقد مع الظروف الجديدة، وفي الصورة المعاكسة عادة ما تشير العقود الدولية إما إلى نهاية العقد بفشل المفاوضات أو اللجوء إلى التحكيم الذي يسعى إلى تقرير وجهات النظر أو اتخاذ

(1) Sentence n° 2291, 1975, chr.Y. Derains, Journal de droit international, 1976, p. 989.

(2) شرط القوة القاهرة مبدأ من مبادئ القانون الموحد *unidroit*. الفصل 7.1.7. وقد أخذ تعریف القوة القاهرة من اتفاقية فيما حول البيع الدولي للبضائع، وألزم بضرورة إعلام الدائن، وأبقى على خربة الأطراف في وقت أو فسخ العقد.

على أن القوة القاهرة والأمر الطارئ لا يتوفّر إلا إذا غاب خطأ المدين مطلقاً، ولذلك نص الفصل 283 م.أع في آخره على أنه... ولا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة قاهرة إلا إذا ثبت المدين أنه استعمل كل العزم في دربه. وكذلك السبب الحادث من خطأ متقدم من المدين فإنه لا يعتبر قوة قاهرة».

ويشار كذلك إلى أن توفر القوة زمن تأخر المدين عن التنفيذ أي بعد ثبوت مماطلة المدين لا يرفع عن المدين المسؤولية، ولذلك نص الفصل 280 م.أع على أنه «إذا تلف الشيء الملزם به أو تعيب بسبب طارئ أو قوة قاهرة أثناء مماطلة المدين فالتعة عليه».

وإذا توفرت القوة القاهرة والأمر الطارئ بشروطها وصفاتها وحالاتها لا يبيس معها الوفاء بالعقد، فلا تغفي المدين من تنفيذ العقد نقلأ للمملكة أو قياماً بالعمل أو عدم القيام به، بل تعفيه من تعریض الضرر مطلقاً.

ولكن خصوصية المعاملات الدولية وتشعب التجارة الدولية جعلت مجال القوة القاهرة شاسعاً ومتغيراً من حيث الأثر، فلا يمكن للقوة القاهرة أن ترفع عن المدين كامل المسؤولية وإنما أصبح لها أثر محلود بحكم الاتفاق المسبق على طبيعة هذه القوة وعلى آثارها في تنفيذ العقد، فمجال القوة القاهرة أصبح يتسع لجملة من الحالات لا يعترف بها القانون الوطني ولا تؤدي القوة القاهرة إلى نهاية العقد بل يلزم المدين بتجاوز الحادث الذي مثل القوة القاهرة في اتجاه تنفيذ العقد. وعلى ذلك الأساس عرف شرط القوة القاهرة في العقود الدولية عدة تطبيقات هامة، وأصبح من العادة تضمين العقود الدولية شرط القوة القاهرة، ومن هذه الناحية أصبح شرط القوة القاهرة آلية من آليات العقود الدولية.

فعادة ما تورد العقود الدولية هذه الحالات كأمثلة للقوة القاهرة، ولكن التطبيق ذهب في اتجاه توسيع مجالها وتشير أغلب العقود الدولية إلى حالة الإضرار على وجه التخصيص لأنها كانت محل جدل وإلى غلق المحلات بسبب قرار إداري وكثيراً ما تضمن العقود الدولية صيغاً قد تثير بعض الإشكاليات من حيث التأويل كما يشار إلى عبارة «الصعوبات» التي تمنع تنفيذ العقد كمثال للقوة القاهرة. وإذا كانت حالة القوة القاهرة تتوقف في نهاية الأمر على توفر الشروط، فإن بعض الأمثلة تحدّ من شدتها، فلا يشترط الاستحالة المطلقة مثل أن يجعل القوة القاهرة تمنع التنفيذ في ظروف غير عادية ولا تمنعه مطلقاً ولا يشترط الخارجية مثل اعتبار تدخل السلطة العامة من قبل القوة القاهرة، بل اعتبرت لوازماً التنمية الاقتصادية بالنسبة إلى الدول الضعيفة اقتصادياً حالة من حالات القوة القاهرة إذا حتمت اعتماد حلول تشريعية تمنع تنفيذ العقد، مثل حالة التأميم. وبذلك اتسعت قائمة تطبيقات القوة القاهرة في العقود الدولية.

+ عمل الدائن: عمل الدائن سبب مستقل عن القوة القاهرة أو الأمر الطارئ و مماطلة الدائن يتنهى إذا ما توفرت شروطه إلى إعفاء المدين من التعويض، ورغم أن مجلة الالتزامات والعقود لو تورد النسب صراحة بالفصل 282 م.أع. فإن بعض النصوص الخاصة نصت صراحة على السبب، كما هي الصورة بالنسبة إلى عقد النقل بالمجلة التجارية⁽¹⁾. فلا يمكن للدائن أن يتمسك بالتعويض وهو سببضرر، كما أن يلقي المسافر نفسه من وسيلة النقل فيترى أو يخرج، وشرط عمل الدائن المنفي إلى إعفاء المدين هو أن يكون العمل بالنسبة إلى المدين حادثا غير متوقع وصعب الدفع. فإن كان من الممكن ردةضرر ولم يفعل المدين أو كان من الممكن توقعه فلا يمكن إعفاء المدين، وما سقط من ذلك هو عنصر الخارجية باعتبار أن الدائن مشمول بدائرة تدخل المدين، فيجب أن يستغرق الدائن كامل الخطأ حتى يعفى المدين، وقد لا يشترط في بعض الصور توفر الخطأ بجانب الدائن كما أن يكون ضرر البضاعة المنقوله ناتجا عن عيب فيها⁽²⁾.

+ عمل الغير: عمل الغير سبب مستقل عن القوة القاهرة والأمر الطارئ و مماطلة الدائن أو عمله. وإذا كان المدين يسأل عن عمل تابعيه فإن عمل ما دون ذلك من الغير يرفع عن المدين واجب التعويض شرط أن يكون العمل غير متوقع وغير ممكنا الدفع، كما أن تسبب سرقة الموضع للغير. فرغ أن الغير يدخل في دائرة تدخل المدين فإن إثبات عدم القدرة على دفع أو توقع عمل الغير من الممكن أن يرفع عن المدين المسؤولية.

- الإعفاء الأنافي: والمقصود بذلك هو الاتفاق على مبدأ المسؤولية وليس الاتفاق على طريقة التعويض كما سيأتي.

وال واضح أنه من حيث المبدأ وطالما أن إرادة الطرفين هي الأساس في العلاقات التعاقدية فإنه لا شيء يمنع من أن يتفق الطرفان على إعفاء أحدهما إذا وقع الضرر. وفعلا يقوم مبدأ سلطان الإرادة الذي ت أكد خلال القرن الثامن عشر كأساس لهذه النتيجة. وقد أثبت الفقهاء الإسلاميون صحة البيع بشرط البراءة من العيوب، إلا إذا كان البائع عالما بالعيوب فلا ينفعه شرط البراءة⁽³⁾. ويمكن على ذلك الأساس أن تتصور اشتراط المعاهد عدم مسؤوليتها أو مسؤولية من يتبعه في تنفيذ العقد، كما تتصور أن يتفق الطرفان زيادة في مسؤولية الطرفان عما هو محدد بالقانون، خلافاً للمسؤولية التقصيرية التي لا تتلاءم مع شرط الإعفاء من المسؤولية.

(1) الفصل 654 م.ت.

(2) الفصل 639 المجلة التجارية.

(3) السيد سابق: فقه السنة، المجلد الثالث، ص. 116.

قرار حاسم في الموضوع حسب مقتضيات التحكيم المتفق حوله، ورغمما عن ذلك قد تنص بعض العقود الدولية على نهاية العقد بحصول الحادث وتسمح بما ذلك لأحد المتعاقدين بالبحث عن شريك آخر طبق القواعد العامة لأثر القوة القاهرة⁽⁴⁾.

+ مماطلة الدائن: نص الفصل 282 م.أع كذلك على أنه « لا يلزم المدين بتعويض الخسارة إذا ثبتت سبباً غير منسوب إليه منه من الوفاء أو آخر عنه ... (ك) مماطلة الدائن». وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود مفهوم مماطلة الدائن بالفصوص 284 إلى 288. فيعد الدائن مماطللا إذا امتنع بلا وجه المقرر بالعقد أو الذي يقتضيه طبيعة الالتزام وبعد سكوت الدائن أو مغيبه وقت لزوم مباشرته للوفاء بالعقد امتناع⁽⁵⁾. معنى ذلك أن يعرض المدين التنفيذ عرضاً قانونياً على معنى الفصول 289 إلى 302 م.أع. فيعرض المدين ما عليه وتأمين الملزم به ومع ذلك يمتنع الدائن من قبول التنفيذ بدون سبب مشروع. ولا يكفي سكوت الدائن أو غيابه لرفع المماطلة عن الدائن إذا كان العرض طبق ما يقتضيه العقد. فقط أنه لا يمكن اعتبار الدائن مماطللا إذا عرض المدين أداء ما التزم به وكان في الواقع غير قادر على ذلك⁽⁶⁾، كما لا يحمل الدائن على أنه مماطل إذا امتنع من قبول الدين امتناعاً وقيتا في صورة إذا كان الدين بلا أجل معين أو إذا كان للمدين الحق في أداء الدين قبل الأجل المعين. لكن الدائن بعد مماطللا إذا امتنع من قبول الأداء ولو كان امتناعه وقيتا إذا أعمله المدين بقصده الوفاء بما التزم به وضرب لها أجلاً معقولاً في ذلك⁽⁷⁾.

وإذا توفرت شروط المماطلة والمحجة على المدين، أعني هذا الأخير من التعويض، فإذا «تلف أو تعيب الشيء» الذي التزم به المدين فضمانه على الدائن من وقت ابتداء مماطلته ولا يضمن المدين من ذلك الوقت إلا ما تنتج عن تدليسه وتقديره الفاحش⁽⁸⁾. فلا يلزم المدين إلا برد الغلة التي تحصل عليها من وقت مماطلة الدائن ولله الحق في طلب ما أتفقاً من ذلك الوقت لحفظ وحماية الشيء الذي التزم به واسترداد المصاريف التي صرفها لعرض الأداء على الدائن⁽⁹⁾.

(1) Ali mezghani : Le cadre juridique des relations commerciales interlitionales de la Tunisie, op.cit., p.312 et suiv.

(2) الفصل 284 م.أع.

(3) الفصل 285 م.أع.

(4) الفصل 286 م.أع.

(5) الفصل 287 م.أع.

(6) الفصل 288 م.أع.

كما نص الفصل ٦٥٧ من المجلة التجارية على أنه «فيما عدا الحالات التي ينبع فيها للناقل أو مستخدمه ارتكابه خطأ فاحشاً أو تعمد الخطأ يجوز للناقل أن يشترط لكن مع إعلام المسافر بالشرط إعفاء كلية أو جزئياً من مسؤوليته المتناسبة عن التأخير أو الأضرار غير البدنية الحادثة للمسافر». معنى ذلك أنه لا يمكن للناقل أن يشترط عدم مسؤولية في الأضرار التي تصيب البدن في جميع الصور ويبقى له الحق في ذلك في الأضرار غير البدنية مع مراعاة الأخطاء المتعتمدة والفاحشة التي لا تدخل في باب الإعفاء. . . . والخلاصة في جميع ذلك أنه يجوز الاتفاق على عدم المسؤولية أو الزيادة فيها تعاقدياً ولكن اتفاق الإعفاء ليس له أثر إذا ارتكب المدين خطأ فاحشاً أو تعمد عدم التنفيذ.

آثار المسؤولية التعاقدية

فإذا أتيم الذليل على ترور شروط استحقاق التعويض، وقد تقدم القول في ذلك، أحدثت المسئولية أثراً وهو حق التعويض. والأغلب أن تمارس الدعوى أمام المحكمة المختصة في مواجهة المدين لازمامه جبراً يدفع مقدار التعويض. ولا يمكن اللجوء إلى الغصب إلا بعد إثبات المدين (1) وللمحكمة عدة طرق في تقدير التعويض (2).

١- إنذار المديين

يعتبر المدين مماطلًا إذا تأخر عن الوفاء بما التزم به في الكل أو في البعض لسبب غير صحيح⁽²¹⁾. فلا يجوز للمدين التأخر عن التنفيذ إلا إذا قام العذر الشرعي فانويناً أو اتفاقاً أو قضاءً. وباستثناء تلك الصور بعد المدين مماطلًا، ولكنه لا يعتبر كذلك إلا بعد إنذاره. والإذنار أو الإنذار *la demeure* حالة قانونية يعتبر المدين فيها ممتنعاً عن الوفاء بالتزاماته أو مقصرًا في الوفاء بها⁽²²⁾. فلما يجوز مباشرة التنفيذ الجبري، سواء كان عيناً أو بمقابل، إلا بعد إنذاره في الحالات المعينة وطبق الإجراءات المعينة ليحدث الإنذار آثاره القانونية.

حالات الإنذار: القاعدة العامة أن الدائن يلزم بإذار المدين لطلب التنفيذ الجريء، سواء كان التأخير في تنفيذ كامل الالتزام أو في جزء منه، ولا يجوز قانوناً مباشرة أعمال التنفيذ إلا بعد إتمام شرط الإنذار، وإذا حل أجل الالتزام بعد وفاة المدين فلا يعتبر ورثته مماظلين إلا بعد أن ينذرهم الدائن أو من ناب عنه بالوقاء إنذاراً صريحاً فإن كان فيهم قاصر أو صغير وجب إنذار الولى بالوفاة⁽⁴³⁾، معنى ذلك أنه يطلب من الدائن في

(1) الفصل 268 م.أ.ع.

(2) سليمان هرفس، المرجع السابق، ص 75.

(3) الفصل ٢٧١ م.أ.ع.

على أنَّ تطور المنطق القانوني، مع الإقرار بإمكانية أن يتفق الطرفان على الزيادة في حجم المسؤولية، انتهى إلى أنه ما كان من الممكن إعفاء المدين من المسؤولية والمحال أنه تعمد عدم التنفيذ أو يكاد، فهو قول يدعو المدين منذ البداية إلى عدم التنفيذ، ويرتقي الخطأ الفاحش إلى مرتبة العمد في هذا. معنى ذلك أنه إذا كان من الممكن التسامح في شأن الأخطاء البسيطة، والتقدير في ذلك للقاضي المعهود، فإنه ما كان من الممكن إعفاء المدين إذا تعمد عدم التنفيذ أو ارتكب خطأ فاحشاً حتى ولو سبق أن أشترط عدم مسؤوليته.

وبذلك أخذ الفقه المقارن وخاصة فقه القضاء بفرنسا⁽¹⁾. ولكن ما كان ليعفي المدين حتى ولو ارتكب خطأ بسيطاً، بل رأى أن شرط عدم المسؤولية من شأنه قلب عباءة الإثبات لا غير وأخذ بفكرة الجمع بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، فإذا ارتكب المدين خطأ بسيطاً كان من شأن شرط عدم المسؤولية أن يعفيه من المسؤولية التعاقدية دون المسؤولية التقصيرية والفرق فقط هو أن الدائن كان معفى من الإثبات في صورة غياب الشرط على أساس المسؤولية التعاقدية فيالتزام بتحقيق نتيجة أصبح ملزماً به مع الشرط على أساس المسؤولية التقصيرية، حيث كان لفقه القضاء بفرنسا رأي في شأن تطبيق الفصل 1382 من المجلة المدنية وهو أن مسامنه لها علاقة بالنظام العام، ويجوز للدائن أو للمتضرر في صورة إذا أثبت الخطأ أن يطلب التعويضتجاوزاً لأي شرط مسبق⁽²⁾.

ولذلك أوردت مجلة الالتزامات والعقود منه سنة 1906 م الفصل 244 م.أ.ع أنه
لا يسوغ لعائد أن يشترط عدم إلزامه بما يتبع من خطته الفاحش أو تعتمدة، وهو تأثير
واضح بذلك الاتجاه. ولكنه من الصعب القول ببقاء المساعدة على مستوى المسؤولية
التضاريسية حتى على أساس الفصل 82 م.أ.ع الموافق للالفصل 1382 من المجلة المدنية
الفرنسية، حيث إن اتجاه الجمع بين المسؤولين التعاقدية والتضاريسية أمر لا يجد
الإجماع وقد ظهر محلاً جدل لم يتمه بعد.

والحقيقة أن المبدأ الوارد بالفصل 244 م.أ.ع قد وجد عدة تطبيقات في التشريع التونسي حيث نص الفصل 644 من المجلة التجارية على أنه « يكون باطلًا كل شرط من معهده التقليل باغفاله كلية من المسؤولية في حالة التلف الكلي أو العجزي أو التعيب،

Jean Carbonnier : *Les obligations*, op. cit., p. 304 et suiv., n° 78 et suiv. (1) François Terre-Philippe Simler-Yves Lequette : *Les obligations*, p. 486 et suiv., n° 592 et suiv.

(2) ويندرج هذا الاتجاه في قلب عبء الإثبات أو التمييز بين الالتزام بتحقق نتيجة والالتزام ببذل عناءة قدriماً إذ يعود إلى سنة 1874، Civ. 4 fév. 1874, S. 1874, I. 273; D. 1874, I. 305.

وجه من قبول الأداء من المدين أو من نائه إذا عرضا إتمام ذلك على الوجه المقرر بالعقد أو الذي يقتضيه طبيعة الالتزام. وبعد سكوت الدائن أو مغيبه وقت لزوم مباشرةه للوفاء بالعقد بالمثل امتناع⁽¹⁾. على أنه لا يهد الدائن مماطلة إذا عرض المدين أداء ما التزم به وكان في الواقع غير قادر على ذلك⁽²⁾. كما لا يحمل الدائن على أنه مماطلة إذا امتنع من قبول الدين امتناعاً وقيتاً إذا كان الدين بلا أجل معين أو إذا كان للمدين الحق في أداء الدين قبل الأجل المعين. وعلى عكس ذلك بعد الدائن مماطلة إذا امتنع من قبول الأداء ولو كان امتناعه وقيتاً إذا أعلم المدين بقصده الوفاء بما التزم به وضرر له أجلاً معقولاً في ذلك⁽³⁾. وكثيجة لذلك فالضمان على الدائن، فإذا تلف أو تعيب الشيء الذي التزم به المدين فضمانه على الدائن من وقت ابتداء مماطلته ولا يضمن المدين من ذلك الوقت إلا ما تجُّع عن تدليسه وتقصيره الفاحش⁽⁴⁾. ولا يلزم المدين إلا برد الغلة التي تحصل عليها من وقت مماطلة الدائن وللحق في طلب ما اتفقه من ذلك الوقت لحفظ وصيانته الشيء الذي التزم به واسترداد المصاريف التي صرفها العرض الأداء على الدائن⁽⁵⁾. والخلاصة في ذلك أن الالتزام يصبح غير ممكن بفعل الدائن إذا ماطل الدائن بأن عرض المدين التنفيذ بصفة جدية ورفضه الدائن بدون مبرر قانوني على ما تقدم من تفصيل⁽⁶⁾.

أما إذا صار الالتزام غير ممكن بفعل المدين، فلا حاجة لإنذاره لإتمام التنفيذ، وقد أصبح الالتزام غير ممكن، ويصبح التنفيذ غير ممكن بمجرد مخالفة المدين للتزام سلبي بعدم القيام بعمل معين، وكذلك مخالفة واجب عدم الإضرار بالغير وواجب عدم المنافسة على سبيل المثال، وقد نص الفصل 276 م.أ.ع على أنه «إذا كان موضوع الالتزام النهائي عن عمل شيء فالالتزام مطالب بالخسارة بمجرد مخالفته لذلك»، فالمطلوب أن يمتنع المدين عن المخالفة، وبمجرد تجاوز المنع موضوع الالتزام يصبح التنفيذ غير ممكن، وكذلك بالنسبة إلى نقل الملكية والتزام العمل، فيصبح التنفيذ فيما غير ممكن إذا أحال المدين الموضوع لغير الدائن أو كان الالتزام بعمل لا يمكن أن يقع إلا في وقت معين وتعاقب المدين عن تنفيذ الالتزام في ذلك الوقت، كما في صورة رفع مطلب التعقيب بالنسبة إلى محامي الذي يجب أن يقع في زمن محدد، بمجرد تجاوز

(1) الفصل 284 م.أ.ع.

(2) الفصل 285 م.أ.ع.

(3) الفصل 286 م.أ.ع.

(4) الفصل 287 م.أ.ع.

(5) الفصل 288 م.أ.ع.

(6) على كھلۇن: أحكام الالتزام، المرجع السابق. يراجع العنوان الرابع منه في اتفقاء الالتزام وخصوصاً ما يتعلق بإجراءات الوفاء والأداء.

حالة وفاة المدين أن يوجه إنذاره إلى جميع الورثة أو من يتوهم قانوناً المباشرة إجراءات التنفيذ.

ولكن الدائن لا يحتاج إلى إنذار المدين إذا أورد العقد تاريخاً ثابتاً في تحديد زمن التنفيذ وتجاوز المدين ذلك التاريخ. فبمجرد تجاوز الأجل المحدد بالعقد بعد المدين مماطلة، حيث نصت الفقرة الأولى من الفصل 269 م.أ.ع على أن المدين بعد مماطلة بمضي الأجل المعين في العقد فإذا لم يعين أجل فلا يهد المدين مماطلة إلا بعد أن يتذرع الدائن أو ناته القانوني بوجه صريح بالوفاء بما عليه⁽¹⁾. ولا يطلب من الأطراف المتباينة اشتراط المماطلة بقوات الأجل بالعقد حتى يكون المدين مماطلة، بل إن ذكر أجل التنفيذ بالعقد كاف لجعل المدين مماطلة بحكم القانون، إذا ما تجاوز المدين ذلك الأجل⁽²⁾.

غير أنه بالنسبة إلى الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين فترم الشرر لا يكون إلا بالحكم بأداء الفائض الذي عينه القانون بدون أن يلزم الدائن بثبات حصول أي خسارة. ويكون الغرم اعتباراً من اليوم الذي صدر فيه إنذار للمدين من طرف الدائن⁽³⁾. معنى ذلك أن الفائض القانوني في الالتزام يدفع مبلغ مالي لا يحكم به إلا بعد الإنذار، مما كانت الصورة ولو تضمن العقد أجلاً معيناً في التنفيذ.

ولا يجب على الدائن أن يذرع المدين إذا امتنع المدين من الوفاء امتناعاً صريحاً أو إذا صار الوفاء غير ممكن⁽⁴⁾. وفي نفس الامتناع الصريح الوقوف على إرادة المدين صراحة، ولا تكفي الإرادة الضمنية، فيفترض أن يعتذر المدين عن موقفه صراحة بشكل لا يدعو للشك، لأن حالة الشك تفترض لصالح المدين، ويكون الإنذار لازماً عندئذ، لكن المشرع لم يشرط الكتابة في هذه الصورة، بل اشتراط فقط أن يكون الامتناع صريحاً، ولا شك أن التصريح إما يدون فيكون التصريح كتابة أو لا يدون فيكون التصريح شفاهياً، فإن لم يدون كان على الدائن أن يثبت تصريح المدين حتى لا يواخذ عن تأخيره عن إنذار المدين. على أنه يمكن للطرفين، الدائن والمدين، أن يتفقاً مسبقاً على عدم الإذار، حيث إن الإذار لا يهم النظام العام ويمكن مخالفة قواعده بتصریح الطرفين، وبصیر الالتزام غير ممكن بفعل المدين أو بفعل الدائن، فإن كان بفعل الدائن، فلا شيء على المدين، ويتحمل الدائن نتيجة مماطلته⁽⁵⁾. وبعد الدائن مماطلة إذا امتنع بلا

(1) الفصل 269 م.أ.ع.

(2) خلافاً لبعض القوانين المقارنة مثل القانون المصري، حيث لا يكفي ذكر أجل التنفيذ، بل لا بد من الإشارة إلى إعطاء الدائن من الإنذار حتى يكون للأجل آثاره.

(3) الفصل 278 م.أ.ع.

(4) الفصل 270 م.أ.ع.

(5) الفصول 284 إلى 288 م.أ.ع في مماطلة الدائن.

وال faktورات والتقييدات والتحريزات وغير ذلك من الحجج، ويدخل في هذا الباب الفاكس والاتصالات الحديثة مثل البريد الإلكتروني، خاصة بعد أن اعترف المشرع بالوثيقة الإلكترونية⁽¹⁾. ويشمل معنى الكتابة كذلك الإعلام بتنفيذ الأحكام وكل ما

(1) يراجع الفصل 453 مكرر م.أ.ع. كما أضيف بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 «الوثيقة الإلكترونية هي الرثيقة المكتوبة من مجموعة أحرف وأرقام أو آية إشارات رقمية بما في ذلك تلك المتداولة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محظى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة. وتعد الوثيقة الإلكترونية كتابة غير رسمية إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة متوفقة بها ومدعمة بإضفاء إلكتروني». كما اعترف المشرع بمحفوظ نفس القانون بالامضاء الإلكتروني وقام بتنقيح الفصل 453 م.أ.ع وأصبحت صياغته كما يلي: «يجب أن يكون الإمضاء يد العائد نفسه بأعلى الكتب والطابع لا يقوم مقامه بحيث يعتبر وجوده كعده». ويمثل الإضفاء في وضع اسم أو علامة خاصة بخط يد العائد نفسه مدحمة بالكتب المرسوم بها أو إذا كان الإلكتروني في استعمال شواط تعريف موثوق به يضمن صلة الإمضاء المذكور بالوثيقة الإلكترونية المرتبطة به، واعترف كذلك بنفس القانون بنسخ الوثائق الإلكترونية بتنقيح الفصلين 470 و 471 م.أ.ع، حيث نص الفصل 470 م.أ.ع على أن «نسخ الحجج الرسمية وغير الرسمية المأخوذة من الأصل تعتبر كأصولها إذا شهد بصفتها المأمورون العدوميون المأذونون بذلك بالبلدان المأخذة بها النسخ أو إذا أقر بصحتها الطرف المحتاج بها ضده أو إذا كانت مفضحة من طرفه أو إذا تم إنجازها وفق وسائل فنية توفر كل الضمانات لمواقبتها لأصولها». وفي صورة عدم توفر هذه الشروط يتم عرضها على الاختبار لبيان مدى صحتها. كما نص الفصل 471 م.أ.ع على أن «الحجج الخاصة أو المموجبة الموجودة بخلاف المكاسب العمومية إذا أخذ المكلفت بها تساخ منها طبق القوانين اعتبرت كأصولها وتجرى هذه القاعدة على النسخ المأخوذة من دفاتر المحاكم المستنسخ بها الحجج إذا شهد بمحظتها الأصلية أو إذا تم إنجاز تلك النسخ وفقاً للوسائل المشار إليها بالفصل المتقدم. وتتحقق أحكام الفقرة السابقة إذا لم يحتفظ طرف ما أو مرتمن على الوثائق بأصل السندي وقدم نسخة ثانية ودائمة لها. وتغير نسخة ثانية ودائمة كل متنسخ يؤدي إلى تغير في شكل السندي المادي غير قابل للرجوع فيه مثل الميكروفون وفيسوكيل وسيلة خزن الإلكتروني أو ضوئي أخرى».

يراجع النظام القانوني في الإيابات الإلكترونية والمسؤولية الإلكترونية:
علي كحلون: *العبارات القانونية لقواعد الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية*، نشر دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2002.
علي كحلون: *مسؤولية المتداخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية*، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في قانون الأعمال، ص 5 وما بعد.

علي كحلون: *المسؤولية المعلوماتية*، إصدار مركز التحرير الجامعي 2005، ص 29 وما بعد
علي كحلون: *مجموعة القوانيين المتعلقة بالمعلوماتية والاتصالات*، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2001.
علي كحلون: *الاتصال والمعلومة بين الواقع والقانون، القضاء والتشريع* أكتوبر 1998، ص 159 وما بعد.

علي كحلون: *التجارة الإلكترونية القضاء والتشريع* فبراير 2000، ص 11 وما بعد.
علي كحلون: *العقد الإلكتروني، القضاء والتشريع ديسمبر 2001*، ص 43.
علي كحلون: *الإطار القانوني للمعلوماتية، القضاء والتشريع جويلية 2005*، ص 13. وكذلك المجلة القانونية 2005، ص 273 وما يليه 2006 ص 98 وما بعد.

أجل رفع الالتزام أو التعقيب يصبح الالتزام غير ممكن. ولا حاجة حينذاك إلى الإنذار. ويكون التنفيذ غير ممكن كذلك إذا أصبح التنفيذ غير مجدٍ، كما إذا التزم شخص معين بإقامة إصلاحات على مسرح يفترض أن تقع به احتفالات معينة في أجل محدد، فرغم أنه من الممكن إتمام الأعمال بعد تاريخ العمل، لكن تلك الأعمال تفتقد للجدوى التي كانت سبباً في الالتزام. ويكون التنفيذ غير ممكن كذلك بحكم طبيعة الأشياء، كما إذا تأخر الناقل عن إيصال المسافر أو الآلات في وقت معقول، فلا حاجة إلى الإنذار وقد تحفظت المخالفة. وتتحقق بذلك حالاً اندفاع الجدوى وطبيعة الأشياء بحالة استحالة التنفيذ، ولا يجب الإنذار فيهم. غير أنه من المفروض أن تكون الاستحالة مطلقة حتى يعفي الدائن من الإنذار، تجاوزاً للحالات فقدان الجدوى وطبيعة الأشياء، فإذا كان التنفيذ ممكناً بعد تجاوز الظروف التي من الممكن أن يقع فيها التنفيذ ويقتضي الجدوى قائمة، تجاوزاً لصورة ما إذا كان بالعقد أجل محدد، يشترط الإنذار لطلب التنفيذ، لكنه يبقى للدائن بطبيعة الحال طلب التعويض عن الفترة التي كان من المفروض أن ينفذ خلالها الالتزام⁽²⁾.

-إجراءات الإنذار: يجب على الدائن، في صورة غياب الأجل المحدد بالعقد أو ما يقوم مقامه، أن ينذر المدين بوجه صريح بالوفاء بما عليه، ويجب أن يكون الإنذار كتابة وقد يكون بر رسالة تلغيفية أو بمكتوب مضمون الوصول أو بطلب المدين للحضور لدى المحكمة ولو كانت غير مختصة⁽³⁾. وبذلك فرض المشرع أن يكون الإنذار كتابة من حيث البدأ وأشار إلى بعض الحالات تقوم مقام الإنذار. ولم يستلزم صيغة معينة في الكتابة، فلم يشترط أن يكون الإنذار بواسطة عدل تنفيذ على معنى أحکام مجلة الإجراءات المدنية والتجارية⁽⁴⁾، ويمكن تأثيرنا أن تنجذب شكليات الإنذار دون حاجة إلى تكليف عدل تنفيذ، معنى ذلك أن الإنذار ليس محضراً زمياً يحرره مأمور عمومي⁽⁵⁾، وما يشترطه المشرع صراحة أن يكون الإنذار كتابة، ويدخل في ذلك الباب كل ما تعتبره مجلة الالتزامات والعقود كتابة على معنى الفصل 447 م.أ.ع. بما في ذلك الحجج الرسمية والحجج غير الرسمية والرسائل التلغيفية ودفاتر الخصوم وقوائم التجار

(1) تتيح الأحكام المراددة بالكتاب الأول بمجلة الالتزامات والعقود في المبادئ العامة، وذلك يعني أنه من الممكن أن ترد أحكام خاصة في باب العقود الخاصة، مثل عقد الوكالة.

(2) الفصل 269 م.أ.ع.

(3) الفصول 5 إلى 11 م.م.م.

(4) يعتبر القانون الفرنسي، وكذلك القانون المصري، أن إنذار المدين هو ورقة رسمية تصاغ بمحضر رسمي، ولا يقوم مقام الورقة الرسمية حسب الفصل 1139 من المجلة المدنية الفرنسية إلا بغضن الصور التي أوردتها المشرع على سبيل المحضر مثل المحضر أمام قاضي الصلح والتشييه على المدين والمطالبة القضائية والمحجز.

أو بمقابل إضافة بطبيعة الحال إلى أصل الحق. «إذا تلف الشيء الملزם به أو تعيب بسبب طارئ أو قوة قاهرة أثناء مماطلة المدين فالتبعة عليه»⁽¹⁾. أي أن المدين يتحمل تبعات المماطلة يجعله يتحمل مسؤولية هلاك العين بقوة قاهرة أو أمر طارئ، كما في صورة إذا تناقض المدين عن تسليم الشيء بالرغم من إنذاره. وبذلك يتحمل المدين نتيجة المماطلة بتعويض الأضرار والمصاريف وتحمل تبعة هلاك العين. والمفید في جميع ذلك أنه لا يمكن اللجوء إلى وسائل الجبر في مواجهة المدين إلا بعد إنذارهطبق القانون.

2- طرق تقدير التعويض

لا تخرج مسألة تقدير الضرر عن ثلات طرق: التعويض القضائي، والتعويض القانوني، والتعويض الاتفاقي.

-**التعويض القضائي:** فالبدأ أن يكون التعويض قضائياً، يعني أن يخضع تقدير التعويض لاجتهاد القاضي، وهو حز في ذلك يشرط التعليل.⁽²⁾ والأصل في ذلك أن يكون التعويض كاملاً، يعني أن تقتصر قيمة التعويض بحقيقة الضرر، على أن لا يتتجاوز التعويض قيمة الحقيقة، وأن لا يعوض الضرر مرتين⁽³⁾. وتعتبر الأضرار مهما كانت

(1) الفصل 280 م.أع.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 6625 الصادر بتاريخ 26 فبراير 1952 مجلة القضاء والتشريع 1960 ص 28.

قرار مدني عدد 437 مؤرخ في 16 جانفي 1961 مجلة القضاء والتشريع عدد 7 1962 ص 28.

قرار مدني عدد 544 مؤرخ في 16 جانفي 1961 مجلة العناصر التي اعتمدت لتقدير معنـى الفرامة العادي.

قرار جاجي تعقيبي عدد 1387 مؤرخ في 8 فبراير 1962 مجلة القضاء والتشريع عدد 1 لسنة 1965 ص 6 «تقدير مبلغ التعويض عن ضرر نشأ عن جنحة غير خاضع لرقابة محكمة التحقيق ما دام هنا التقدير في حدود الضرر الأثمـي مباشرة عن تلك الجنحة».

قرار تعقيبي عدد 8209 مؤرخ في 25 أوت 1971 مجلة القضاء والتشريع عدد 8 لسنة 1972 ص 59.

-**قرار تعقيبي عدد 1129** «إذ تحديد مقدار الغرم وإن كان في آخر الأمر راجعا إلى اجتهد حكام الأصل الآثمـي مع ذلك يجب عليهم إلزـام العناصر التي لا أحـظـوها في تـرـيقـ مـقـدـارـهـ حتىـ يكونـ اـجـتـهـادـهـمـ مـيـتـاـ علىـ اعتـبارـاتـ منـطقـةـ مـقـبـولـةـ تـجـهـيـمـ وـصـفـةـ الـاعـتـباـطـ فـيـ الـقـدـيرـ،ـ وـلـاـ يـكـفـيـ مـثـلـاـ القـوـلـ أـنـ مـقـدـارـ الـغـرـمـ المـحـكـوبـ بـهـ اـبـداـيـاـ زـهـيدـ بـدـونـ توـضـيـعـ العـنـاصـرـ الـمـعـتـمـدةـ فـيـ الـقـدـيرـ».

ويراجـعـ كذلكـ القرـارـ التعـقيـبيـ عـدـدـ 5565ـ موـرـخـ فيـ 27ـ ماـيـ 1970ـ مجلـةـ القـضاـءـ وـالـتـشـريعـ عـدـدـ 8ـ لـسـنـةـ 1970ـ صـ 829ـ 89ـ .

قرار تعقيبي مدني عدد 11319 الصادر بتاريخ 16 ماي 1985 نشرة محكمة التعقيب 1985 ص 223.

قرار تعقيبي عدد 1090 المؤرخ في 6 جانفي 1988 نشرة محكمة التعقيب 1988 ص 306.

(3) إذا ضمن المتضرر التعويض من جهة معينة فلا يحق له أن يطالب جهة أخرى بذلك، وليس له أن يطالب بالتعويض على أساس نفس الضرر ليحصل على تعويض ثانٍ إذا كان للمبالغ المحكوم بها

يتعلق بإجراءات التنفيذ تحفظها أو توقيها أو تنفيذاً. ولا تعد الكتابة المفروضة شرط صحة لإنعام الإجراء، وإنما هي وسيلة إثبات فقط، لكنه من حيث الواقع وبحكم انتشار مهنة عدل التنفيذ، فعادة ما يقع الموجوء إلى خدمات العدول لإنجاز المطلوب، فتنطبق بالذاتي إجراءات التبليغ الواردة بمجلة الإجراءات المدنية.

ويجب أن يذكر الدائن في الإنذار، مهما كانت صيغته، أنه يطلب من المدين الوفاء بما التزم به في مدة معقولة، وأنه إذا مضى هذا الأجل فإن الدائن يُعد نفسه بريئاً مما تهـدـ به⁽⁴⁾.

ولا يعتبر إنذار الدائن للمدين بالوفاء منجزاً من الناحية القانونية إذا وقع في وقت أو في محل لا يجب فيه الوفاء⁽⁵⁾. وقد حددت مجلة الالتزامات والعقود بالفصل 248 إلى 26.7 الوقت والمحل في الوفاء بالالتزامات⁽⁶⁾.

ويقرم مقام الكتابة الإنذار بواسطة رسالة تلغيفية أو بمكتوب مضمون الوصول أو يطلب المدين للحضور لدى المحكمة ولو كانت غير مختصة، وبذلك وضع المشرع ثلاث حالات تقوم مقام المكتوب. وهي الرسالة التلغيفية والمكتوب المضمون الوصول والمطالبة القضائية. فقد أشار المشرع بالفصل 269 م.أع إلى الرسالة التلغيفية كنتيجة لاعتراض مجلة الالتزامات والعقود بالتلغيف كمحاجة غير رسمية⁽⁷⁾، لأنها وسيلة الاتصال الوحيدة الأكثر جدأة التي كانت متوفرة زمن تحرير مجلة الالتزامات والعقود. وقد رأينا أن الوسائل الحديثة في الاتصالات التي ظهرت أخيراً، مثل البريد الإلكتروني، يمكن أن تعتبر وسائل مكتوبة. وتجاوزت بذلك مجلة الالتزامات معنى الرسائل مضمونة الوصول. وتقوم، مقام الكتب، بالمطالبة القضائية أي تحرير عريضة الدعوى ولو كانت المحكمة غير مختصة، لأن عدم الاختصاص لا يبطل رغبة الدائن في طلب تنفيذ الالتزام.

-**آثار الإنذار:** إذا تحقق الإنذار، صراحة أو حكماً، في المواطن التي اشتراهـاـ المـشـرـعـ،ـ يـعـدـ المـدـيـنـ مـماـطـلاـ.ـ وـهـوـ مـقـدـمةـ لـازـمـةـ لـجـبـ الـمـدـيـنـ عـلـىـ التـنـفـيـذـ.ـ وـيـعـدـ المـدـيـنـ مـيـاـنـاـلـاـ بـعـدـ فـوـاتـ الأـجـلـ وـلـوـ لـمـ يـكـنـ مـعـتـمـداـ حـيـثـ إـنـ «ـعـلـمـ الـوـفـاءـ بـالـعـقـودـ أـوـ الـمـاتـالـةـ فـيـهـ يـوـجـبـ الـقـيـامـ بـالـخـسـارـةـ وـلـوـ لـمـ يـعـدـ الـمـدـيـنـ ذـلـكـ»⁽⁸⁾.ـ وـيـعـدـ المـدـيـنـ بـعـدـ ذـلـكـ تعـويـضـ الـضـرـرـ عـنـ التـأـخـيرـ وـجـمـيعـ مـصـارـيفـ الـقـضـيـةـ سـوـاءـ كـانـ التـنـفـيـذـ عـيـنـاـ

(1) الفصل 269 م.أع.

(2) الفصل 272 م.أع.

(3) يراجع خاصة الفصلين 259 و 262 م.أع.

(4) يراجع الفصل 455 م.أع.

(5) الفصل 277 م.أع.

ويفترض أن يشمل التعويض بالتأني الإتلاف الكلّي أوجزي للمكاسب أو الندام التفع منها أو ثمن إصلاحها في إطار الأضرار التي تصيب المكاسب، والمصاريف الضروريّة⁽¹⁾ والعجز المؤقت⁽²⁾ والعجز المستمر⁽³⁾ والوفاة⁽⁴⁾ في إطار الأضرار التي تصيب الجسد.

(1) ولا يقضى لا براجح المصاريف العاديّة دون الكيدهية والتي لها علاقة مباشرة بالضرر.
 (2) ويشمل ما صرفة المتضرر وما فاته من فرض خلال فترة الاستراحة لحين البرء النهائي أو استقرار الحالة.

(3) ويطرح العجز المستمر مسألتين، الأولى تتعلّق بتحديد نسبة العجز وبنوأه الأطباء المختصون، ويعتمد في ذلك على عدّة قواعد مثل قاعدة بالتزار وقاعدة قابريل، والثانية تتعلّق بقدر القرر وبنوأه الفحصاء، ولهم في ذلك عادة طرق.

(4) طرحت الوفاة عادة تساؤلات فيما يتعلق بضرر الموت بالنسبة إلى البنت نفسه، ولم يستقرّ الفقه على رأي، فمنهم من ذهب إلى أن الموت تخلّف بالضرورة ضرراً مادياً للبيت فتشاً الداعي وتنقل إلى الورثة، ومنهم من ينكر تماماً وجود هذا القرر، ومنهم من يأخذ مكاناً وسطاً بينه وبين دعوى التعويض عن المصاريف التي تكبّدتها الميت في صورة إذا لم تكن الوفاة فوريّة، وهو الرأي الغالب.

يقي أن الورثة والأقارب من حفظهم رفع الداعوى الخاصة بهم والتي ترمي إلى تعويض الأضرار المادية التي لحقت بهم إذا كان المترف في ملزماً بالإنفاق عليهم قاتلوا أو أثفأوا. ويمكن للغير إيجاداً رفع الداعوى الخاصة لغایة طلب التعويض عن الأضرار المعنوية التي زرّماً لحقت به بشرط إقامة الدليل على وجود مثل هذا القرر الذي يتأسّس في نهاية الأمر على رابطة المحبة والتقدّر، ومع أن القانون التونسي لم يحدّد نائمة المتضرّرين بالتبعة فإن بعض الشاريع الزمت نفسها بالخلف المطالبة به إذا سبقت وتنقل أخرى الداعوى التي أقامها الموزّث في حياته إلى الورثة لغاية التعويض عن الأضرار المعنوية التي تحقّق أن لحقت بالموثر وكذلك المصاريف التي تكبّدتها المورث في قائم حياته.

على أنه يجب التعرّيق في هذه الصورة بين القرر المادي والضرر المعنوي، حيث إن القرر المادي ينتقل إلى الخلف إذا سبق أن ثبت للخلف، أمّا القرر الأدبي فلا يمكن للخلف المطالبة به إذا سبق للخلف أن طالب به أو حدد مسبقاً بين المتضرر والموزّث. ويدرك أن الوارث يتمتع بدعوى من يرثها عن أصله، ويمارسها باعتباره خلفاً، وهي الداعوى الموروثة، ودعوى شخصية يقيمها بصفة أصلية بسبب ما أصابه من ضرر مادي إذا كان الموزّث ملزماً بالإنفاق، أو يسيب ما أصابه من ضرر أدبي ينعكس على بصفة شخصية. ويمكن للغير أن يطالب بالتعويض عن الأضرار المادية التي لحقت به وإن لم يكن من بين الورثة، كما إذا كان المترف يرعاه ويكتفه. وقد يكون الطالب في التعويض عن القرر الأدبي كل من تربطه بالمترف علاقة محبة واحترام، ولا يشترط أن يكون وارثاً، بل يمكن أن يكون من الأقارب وترتبطه بالمترف علاقة قرابة ومحاباة، خاصة وأن المشرع التونسي لم يحدّد قائمة الأشخاص الذين يمكنهم إدّاعه القرر الأدبي، على خلاف بعض الشاريع القفارنة، والملخص في جميع ذلك أنه لا يجوز طلب التعويض في حالة وجود المتضرر على قيد الحياة، فإن مات تخلص للورثة دعريان، دعوى متقدمة عن أصله الحالك ودعوى شخصية مباشرة، تنتقل بموجب الوفاة جميع الحقوق والواجبات إلى الورثة إلا ما استثناه القانون أو طبيعة الحقوق والواجبات أو اتفاق الأطراف قبل الوفاة، وتنطبق تلك الأحكام على مجمل الأضرار المادية والمعنوية، ولكن طبيعة الالتزامات والحقوق تقتضي أن القرر المادي، وهي المصاريف التي يكون قد تكبّدتها الحالك قبل وفاته، تمر مباشرة إلى الورثة بدون شرط أو قيد، ولكن الأضرار المعنوية، وبحكم طبيتها، وهو كل ما يتعلق بالألام والأرجاع، لا يمر إلى الورثة مباشرة إلا إذا تهيّأت لها الظروف وأصبحت ذات قيمة مالية، ولا يتحقق ذلك إلا إذا صدر فيها حكم

ناهية، فتعتبر جميع عناصره، ولا يقضى بالتعويض الرزمي إلا إذا تقيد القاضي بطلبات المدعى.

ويغوص القاضي عن القرر المادي والضرر الأدبي، على شرط أن يكون القرر مباشرة ومحقاً⁽⁵⁾، على أن يستبعد القرر الاحتمالي من دائرة التعويض، على خلاف فوات الفرصة التي يغوص عنها.

وإذا كان القرر الأدبي لا يخضع لمعيار واضح⁽²⁾ لاته من الصعب تقدير الألم⁽³⁾ والتشوه⁽⁴⁾ والحرمان من ميامٍ الحياة ومنتها⁽⁵⁾ على أساس نجتمع حولها الآراء، فإنه من السهولة بمكان تقدير القرر المادي الذي يرتكز على أساس منطقية من القرروري بيانها بالحكم ولا تعرّض للنقض من طرف محكمة العقب.

والضرر المادي في نهاية الأمر هو «عبارة عما نقص من مال الدائن حقيقة وعما فاته من الزرع من جراء عدم الوفاء بالعقد، أو التأخير في تنفيذه» على معنى الفصل 278 م.أ.ع في إطار المسؤولية التعاقدية، ويفترض أن يشمل التعويض عدم نقل الملكية أو القيام بعمل من نوع اتفاقاً أو عدم القيام بعمل مطلوب.

صيغة تعويضية، وبالتالي لا يحق أن يطالب المتضرر من حادث شغل بالتعويض مرتّة ثانية على أساس المسؤولية المدنية إلا في حدود التعويضات التكميلية عملاً بأحكام الفصل 5 من قانون 1994، ويقي العذر لتصديق القسان الاجتماعي في الرجوع على المسؤول. وإذا تعدد المسؤولون تمام التبعي غداً أحدهم ولو حق الرجوع على البنت، أو ضدّ جميعهم في حدود الأضرار التي تسبّبوا إليها.

لكنه لا يمنع على المتضرر الجمع بين التعويضات التي لها صيغة تعويضية والبالغ التي يستحقها على أساس التأمين على الحياة، لأن الأولى سببها الجنحة وشبه الجنحة والثانية سببها العقد، ويحوز لشركات التأمين أن ترجع على المسؤول في حالة الجنحة أو شبه الجنحة أي التأمين على المسؤولية إذا ما تحقق التضامن، ولا يجوز لها أن ترجع في صورة العقد أي التأمين على الحياة.

يراجع الفصل 21 من مجلة التأمين الصادرة بموجب قانون 1992 في تقرير حق الرجوع، والفصل 35 من نفس المجلة في سعّ الرجوع في إطار التأمين على الحياة.

يراجع الحكم المدني الابتدائي عدد 17505 مؤرخ في 14 نوفمبر 1959 مجلة القضاء والتشريع عدد 6 لسنة 1960 ص 467-63.

(1) ويدرك الفقهاء في هذا الباب أن القرر في إطار المسؤولية التعاقدية لا يغوص عنه إلا إذا كان مباشرة ومتقدماً يوم إبرام العقد إلا في صورة الخطأ الجسيم والتلبيس، على خلاف القرر في إطار المسؤولية التقصيرية الذي يغوص عنه إذا كان مباشرة ومتقدماً أو غير متقدّم.

(2) قرار تعقيبي ملني عدد 8313 مؤرخ في 30 ديسمبر 1971 ن 1972 ص 144 * مقاييس تقدير الغرامة العادلة الوارد بها الفصل 107 م.أ.ع غير مقاييس تقدير الغرامة الأدبية ويفinci فيها إثبات الرابطة التسبيّة بين الحادث والضرر وإبراز درجة الآلام وجسامته المصايب ليكون القضاة فيها محرواً على تعليمه القانوني وتبريره القضائي⁹.

(3) نتيجة المخصوص لعمليات جراحية أو نتيجة الإصابات والاعتداء على الشرف والكرامة.

(4) الإخلال بالذمة الجمالية.

(5) مثل الحق في ممارسة الرياضة أو الموسيقى إلى غير ذلك من منع الحياة مثل الصيام والجنس.

التطبيقات القضائية كثيرة ما تأثر بها العنصر، خاصة وأن الفصل 278 م.أع أشار إلى «أن اعتبار الأحوال الخاصة بكل قضية موكول لحكم القاضي وعليه أن يقدر الخسائر ويجعل بها تفاصيل بحسب خطأ المدين أو تغريبه»، وإن كان مفهوم هذه الفقرة لا يتعذر في جملة الأمر تخويل الحق في استعمال قواعد العدل والاتساع، ولا يمكن أن تكون جسامنة الخطأ في نهاية الأمر هي المحددة في تقدير التعويض.

+ بالنسبة إلى حكم التعويض: الأصل أن يتورض الضرر الموجود يوم صدور الحكم، أي جميع الأضرار الحالية والمتواعدة يوم الحكم، ولا تقضى المحكمة إلا بعد تحقق الضرر أو البرء النهائي بالنسبة إلى الأضرار التي تصيب الجسد⁽¹⁾، ويؤجل الحكم إذا لم يلائم الجرح ولم تثبت درجة السقوط النهائي. ويجوز للمحكمة أن تقضي بإسناد غرامة وقافية على أساس الفصل 167 م.أع والفصل 126 م.م.ت. وإذا صدر الحكم الابتدائي وتفاقم الضرر يجوز المطالبة به، ولا يعتبر ذلك من باب الطلبات الجديدة أمام محكمة الاستئناف عملاً بأحكام الفصل 147 م.م.ت طالما أنه يتأسس على نفس السبب⁽²⁾.

وأسعار التعويض مرجعها يوم صدور الحكم وليس يوم وقوع الضرر، باعتبار أن حكم التعويض وإن كان كافياً للحق فهو منشى للدين، على خلاف مجرد طلب استرجاع المصارييف فيحتمل فيها إلى الوثائق سند الدين.

ويكون حكم التعويض عادة بالمال، على أنه في بعض الأحيان يسمح المشرع ببعض الإجراءات التكميلية مثل نشر الحكم الصادر في الغرض تعويضاً عن الضرر الأدبي، فيكون التعويض غير نقدي في هذه الصورة، ويمكن أن يكون التعويض في شكل رأس المال أو جرعة عمرية قابلة للمراجعة حسب ارتفاع الأسعار إذا ما نصت المحكمة على ذلك، بصرف النظر عن طلبات المدعى، ويجوز إجمالاً ضم الضرر الأدبي والضرر المادي ليتحقق المتضرر مبلغاً معيناً.

(1) قرار مدنى تعقىي عدد 3634 مؤرخ في 13 فبراير 1973 مجلة القضاء والتشريع عدد 5-6 1974 ص 377-379. إذا قضت المحكمة بغرامة في حادث مرور وقوع على شخص وأثبتت الخبر الطبي أن حالته الصحية لم تستقر وأن البرء النهائي لا يتم إلا بعد ستة أشهر كان فضاؤها مستنداً إلى أمر غير قادر وستهدفاً للنقض.

(2) قرار مدنى تعقىي عدد 3608 مؤرخ في 28 مارس 1967 مجلة القضاء والتشريع عدد 1 لسنة 1968 ص 38 الذي تقدير أهمية الضرر ومداته أمر موضوعي أو كله القانون إلى اجتهاد قاضي الموضع، ولا تزيد حيثنا على محكمة الاستئناف إذا قضت بتقييم مبلغ الضرر بناء على أنه ثقاب.

وقد أورد الفصلان 280 و281 م.أع حكماً خاصاً في حالةضرر الناتج عن قوة قاهرة زمن معاطلة المدين حيث إنه «إذا تلف الشيء الملزمه به أو تعيب بسبب طارئ أو قوة قاهرة أثناء معاطلة المدين فالتبعة عليه⁽³⁾». لزمت المدين قيمته وقت حلول الأجل فإن لم يأت الطالب بحجة في القيمة وجب تقديرها على مقتضى ما يصفه المطلوب إذا لم يتيسر وجه آخر بشرط أن يكون الوصف مشيناً تعصباً اليهين فإن امتنع المطلوب من أداء اليهين فالقول قول الطالب يفيه⁽⁴⁾.

وعادة ما يلتجأ القاضي إلى تكليف الخبراء المختصين سواءً لتحديد قيمة المضررة أو لتعيين نسب العجز، وإن كانت نتيجة الاختبار لا تلزم القاضي من حيث المبدأ، فهي من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها في مثل هذه القضايا مهما تعدد ستدتها. ورغم وجود عدة طرق حسابية وتفصيمية في التعويض⁽⁵⁾، فلا شيء يلزمه منها القاضي الذي يقتضي سيد الموقف في اعتماد البعض دون الآخر، لكنه من الضروري الاقتداء بعض المبادئ العامة التي استقر عليها الفقه وفقه القضاء وحصل الإجماع حولها، وأصبحت تمثل المبادئ العامة في قضايا التعويض.

+ بالنسبة إلى المتضرر: الأصل في ذلك أن يثبت المدعى في الدعوى العناصر التي سيتأسس عليها التعويض، ولا تترتب الطلب للرفض، ويكون التعويض على أساس ذاتية تعتبر فيها المعطيات الخاصة بالمتضرر، بمعنى أن التعويض يتأثر بالوضع المالي أو الجسدي للمتضرر.

+ بالنسبة إلى المسؤول: لا يعتمد حالة يسره وثرائه أو عسره، لكن التطبيقات القضائية كثيرة ما تأثر بمثل هذه العناصر، وربما تكون هي المحددة في تقدير التعويض. ولا يعتمد كذلك بحسبه الخطأ الذي أفضى إلى الضرر، لأن التعويض ليس عقوبة جزائية، لكن

قبل الرفاهة أو رفع الهالك في شأنها الدعوى ولم يصدر الحكم بعد أو حدّدت قيمة التعويض تقديرًا، ففي جملة تلك الحالات يمكن القول بانتقال الضرر المعنوي للورثة، وذلك هو المفهوم الوارد بالفصل 85 م.أع في تحديد زمن انتقال أموال المورث والذى لا يمكن إدراك مضامنه إلا رجوعاً لأحكام الفصل 241 م.أع في بيان طبيعة الحقوق المترتبة. معنى ذلك أن المحفوظ والالتزامات لا تنتقل إلى الوراثة إلا إذا أصبح لها قيمة مالية، وإذا كان الحق المادي يمتلك هذه الطبيعة بدلاً، فإن الضرر المعنوي يتحاج إلى اتفاق لتحديد قدره، فيتحقق الاتمام، أو دعوى نظرها، فتنتقل الدعوى، أو حكم قضيّت قيمته، فيتحقق الحكم، أمّا الدعوى الباطلة، في حالة الموت، فلا يمتلكها الورثة فقط، وإنما تخلص لكل شخص دائن في الضرر المادي ولكل شخص تربطه بالهالك علاقة محبة مشروعة في الضرر المعنوي.

(1) الفصل 280 م.أع.
(2) الفصل 281 م.أع.
(3) مثل الطريقة الحسابية المعتمدة على ضريب الأجر السنوي في نسبة العجز ثم في الرقم المواتق لغير المتضرر، بالنسبة إلى الأضرار تصيب الجسد، وهي طريقة تعتمد على سعائر ذاتية، والطريقة الحسابية بالنقطة، بمعنى أن تضرب نسبة العجز في مبلغ معين يعتمد القاضي تقدير منه لكل نقطة.

درجت المحاكم قبل صدور قانون 1994 بصرف التعويض التكميلي في شكل جرائية عمرية تفيضاً لأحكام الفصل 6 من قانون فواجع الشغل المبني، رغم النقاشات التي أثارها هذا الفصل⁽¹⁾. لكن قانون 1994 لم يحيي الصيغة القديمة بالفصل 5 منه، ويحوز أن تأتي التعويضات منجمة أو في شكل رأسمال. المهم أن يطالب المتضرر بالتعويض الأصلي أمام قاضي الناحية المختص طبق أحكام قانون 1994 إذا فشلت التسوية الآلية والصلحية، وبيف لـ الحق في طلب التعويض التكميلي أمام المحاكم المختصة طبق القانون العام سواء أمام الدائرة الجنائية أو أمام الدائرة المدنية، بالنسبة إلى الأضرار المادية التي لم تعرّض وكامل الأضرار المعنية. ولا يمكن أن يعارض المتضرر، في طلبه المتعلق بالضرر المعنوي، بعدم الاختصاص بعلة ضرورة سبق تعهد قاضي الناحية. وبيف الدفع جائز إذا تعلق الطلب بجزء الضرر المادي الذي لم يعرّض. ويحق لصندوق الضمان نهاية استرجاع المبالغ التي دفعها سواء بالتدخل بالقضية المشورة، أو بطريقة العقلة التوفيقية بجانب صناديق التأمين، لكنه لا يحق له استرجاع التعويضات التكميلية.

والواضح أن قاضي التعويض في مثل هذه القضايا لا يتمتع بكثير من الحرية حيث إن دوره يتلخص في تطبيق الجداول المحددة قانوناً، ولا يحق له أن ينزل بالتعويض أو أن يضيف إليه.

ويدرج في هذا الباب كذلك ما يعرف بنظام التعويض المسقوف المعتمد به بحوادث النقل الجوي الدولي الخاضع لاتفاقية فرسوفيا⁽²⁾، والنقل البحري الدولي الخاضع لاتفاقية هامبورغ لسنة 1978 بعدما كان خاضعاً لاتفاقية بروكسال⁽³⁾ أو النقل البحري

ماي 2000.
(1) محمد محجوب طيطري، حادث الشغل المزدوج لا تسقط في الفرامة المعنية، القضاء والتشريع نيفري 1997.

(2) يراجع مجلة الطيران المدني الجديدة وخاصة الفصل 118 منها، القانون عدد 58 لسنة 1999 المؤرخ في 29 جوان 1999. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 6 جويلية 1999 عدد 54.

(3) نصت المادة 6: في حدود المسؤولية من اتفاقية هامبورغ لسنة 1978 المصدق عليها من قبل البلاد التونسية على ما يلي:

-(أ) تحديد مسؤولية الناقل عن الهلاك الناجم عن هلاك البضاعة أو تلفها وفقاً لأحكام المادة (5) بمبلغ 835 وحدة حسابية عن كل طرد أو وحدة شحن أخرى أو 2.5 وحدة حسابية عن كل كيلوجرام يهلك أو يتلف من الوزن الإجمالي للبضاعة أيهما أعلى:

(ب) تحديد مسؤولية الناقل عن التأخير في التسليم وفقاً لأحكام المادة (5) بمبلغ يعادل مثلي ونصف مثلي أجوره النقل المستحقة الدفع من البضائع المتأخرة، على ألا يتتجاوز هذا المبلغ مجموع أجوره النقل المستحقة الدفع بوجب عقد النقل البحري.

(ج) في أي حال من الأحوال لا يتعدي مجموع مسؤولية الناقل بمقتضى الفقرتين

وإذا ما تفاقم الضرر بعد صدور حكم بـ، فلا مفر من رفع قضية أصلية، ولا يعارض المتضرر بمبدأ انتقال القضاء. فيتقرر تعريض النسبة التي تخرج عن القسط موضوع الحكم الأول⁽⁴⁾.

-**التعويض القانوني:** وهو التعويض الذي حدده المشرع نصاً، ولا يحق للقاضي أن ينزل عنه أو يضيف إليه، فيتلخص دور القاضي في تطبيق المداول والعنصر والنسب المحددة قانوناً على غرار ما نص عليه المشرع بالفصل 278 مـ.اع فيما يتعلق بأداء القاضي القانوني⁽⁵⁾، حيث إن غرم الضرر لا يكون إلا بالحكم بأداء القاضي الذي عينه القانون.

ويرد في هذا الباب التعويض في حوادث المرور على معنى القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 وكذلك التعويض الجغرافي على حوادث الشغل والأمراض المهنية على معنى القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 24 فيفري 1994 المتعلقة بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية في القطاع الخاص، والقانون عدد 56 لسنة 1995 المؤرخ في 28 جوان 1995 المتعلّق بالنظام الخاص للتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية في القطاع العمومي⁽⁶⁾. وأكثر ما يطرّحه هذا النظام من إشكاليات هو ما يتعلق بإمكانية مراجعة الأحكام الصادرة بالتعويض، وبلاحقة المطالبة بالتعويض التكميلي في صورة الحادث المزدوج، وذلك حين يكون للحوادث صبغة شغلية وصبغة عامة في نفس الوقت، فينشأ للمتضرر حق التعويض على معنى قانون حوادث الشغل وهو الأصل، ويتعلق بالتعويض عن الضرر المادي، وبيف لـ الحق في المطالبة بتعويض تكميلي في صورة إذا ارتكب المؤجر خطأ عمدياً أو خطأ جزئياً أو إذا تسبّب الغير في شأنه،⁽⁷⁾ وهو يشمل أجزاء الضرر المادي التي لم تعرّض وكامل الضرر المعنوي. وقد

(1) على خلاف التعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية التي يجوز مراجعتها بحكم القانون.

(2) الفصل 1100 مـ.اع، إذا لم يضبط الأطراف نسبة الفوائض فإن القاضي الذي يقع تطبيقه هو التالي:

أولاً: في المادة المدنية بسايي هذا القاضي 7 بالمائة.
ثانياً: في المادة التجارية تساوي نسبة القاضي القانوني النسبة القصوى للإ حصادات البنكية المقررة من طرف البنك المركزي مع إضافة نصف نقطة.

(3) هناك أنظمة خاصة بال العسكريين وتراث الأمن الداخلي، القانون عدد 70 لسنة 1972 المؤرخ في 11 نوفمبر 1972 المتعلّق بالمسؤولية على المرسوم عدد 3 لسنة 1972 المتعلّق بضبط نظام الجريارات العسكرية للنقل، والقانون عدد 70 لسنة 1982 المؤرخ في 6 أوت 1982 المتعلّق بضبط القانون الأساسي العام لتراث الأمن الداخلي.

(4) التعويض التكميلي في قانون فواجع الشغل، التجاري عبد والمتصف، كشو، القضاء والتشريع

ويذكر كذلك في هذا الباب أن الأطراف بإمكانهم تحديد سقف معين للتعويض لا يمكن تجاوزه، وهو عمل صحيح يأخذ حكم الشرط التغريبي إلا إذا أورد المشرع شرطا مخالفا في ذلك حيث عادة ما يتدخل لمنع مثل هذا التحديد بالنسبة إلى بعض العقود الخاصة⁽³⁾.

الفقرة الثالثة: الفسخ

-مفهوم الفسخ: الفسخ هو جزء عدم التنفيذ العقد. فكما أن البطلان أو الإبطال جزء الإخلال بشروط العقد، فإن الفسخ جزء لعدم تنفيذه وهو ما يفترض استكمال العقد لجميع شروطه الجوهرية والشكلية وأن يمنع التنفيذ فيحل العقد بمحض الفسخ.

وليس الفسخ هو الجزاء الوحيد الممكن قبل إنجاز التنفيذ، فقد يتحقق الطرفان على وقف التنفيذ أو عدم مباشرته وتلك هي الإقالة résiliation volontaire أو تكون للمتعاقد القدرة القانونية على وقف العقد من جهة واحدة résiliation unilatérale كما هي الصورة في عقد الشغل أو التأمين أو الوكالة أو الوديعة وغير ذلك من الصور. وقد يتعدّر التنفيذ بسبب أحجني عن المدين وتلك هي الاستحالة في التنفيذ المفضية إلى انقضاء الالتزام impossibilité d'exécution. ولكن الفسخ هو الجزاء الذي يمكن أن يشترطه الأطراف صراحة أو ضمناً بسبب عدم التنفيذ الذي يرثى إلى عمل أحد المتعاقدين وذلك خارج إطار القدرة على وقف العقد أحدياً أو ثانياً أو قانونياً ويطلب في أكثر الصور تدخل القضاء للحكم به.

وقد سبق أن بيننا الفرق بين الفسخ والشرط الفاسخ والشرط الفُسْخِي والشرط الفاسخ الضمني والبطلان والإبطال والمعارضة والإقالة والوقف والتزوم⁽²⁾، بقى أن نميز بين الفسخ وانقضاء العقد. فإذا كان الفسخ يفترض عدم استكمال تنفيذ العقد بسبب من الأسباب التي يمكن أن تردد إلى عمل المدين بعدم توفرت به جميع شروط التكوير، فإن الانقضاض يفترض تمام التنفيذ بسبب من الأسباب، فقد يتوقف العقد بسبب الوفاء أصلًا أو تعويضاً أو بما يقام الوفاء أي بموجب المقاصلة أو التجديد أو اختلاط الذمة أو بدون وفاء لتنازل الدائن أو الإقالة أو استحالة التنفيذ أو التقادم. فالفسخ يفترض عدم التنفيذ، فهو نهاية غير طبيعية للعقد، بينما الانقضاض يفترض تنفيذ مقتضيات العقد طبعاً أو حكماً.

(1) Jean Carbonnier : *Les obligations*, op. cit., p. 308-309, n° 78.

(2) يراجع باب المعاشرة الفصول 325 وما بعده م.ا.ع.

الداخلي الخاضع للمجلة التجارية البحرية^(١). ويلتزم قاضي التعويض في هذا النظام بعدم تجاوز المقادير التي حدددها المشرع مسبقاً، لكنه يجوز أن يتزل بقيمة التعويض إلى درجة أقل.

-التعويض الاتفاقي: وهو التعويض المحدث مسبقاً اتفاقاً بين الأطراف الذين يحددون مقداره، في صورة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، ويمكن أن يتم هذا الاتفاق في إطار المسؤولية التعاقدية وهو ما يعرف بالشرط الجزائري. وقد ذكرت محكمة التحكيم في عددة مناسبات « بأن الشرط التغريبي لم يرد به نص خاص في القانون وإنما يعود في حقيقته إلى التزام بتعويض الضرر بمبلغ معين يتفق عليه الطرفان مسبقاً وهو بهذه الصفة خاضع للقواعد العامة للالتزامات القاضية بأن ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون»، بين المتعاقدين حسب الفصل 242 م.إع، وأن الحكم المطعون فيه باستاده على الفصل 278 م.إع قد قام على غير أساس قانوني، وليس للمحكمة أن تتدخل فيه بالزيادة أو التقصيán إذ أنه لا يهم النظام العام ولا يمس بالأخلاق الحميدة^(٣)». ويحدد مقدار التعويض في هذا الباب اتفاقاً، ولا يستحق إلا بعد إعذار المدين، وهو تعويض جزافي، فيحرم على المحكمة التزول بمقداره أو الترفيغ فيه.^(٤)

(١) من هذه الفقرة بالنسبة للهلاك الكلي للضفاعة التي تعتقد هذه المسؤولية بشانه.

٢٣- لحساب أي المبلغين أكبر وفقاً لل الفقرة (١) من هذه المادة تسرى القواعد التالية:

في ملوكه للناقل أو مقعده منه باى شكل آخر وحدة شحن مستقلة واحد.

3 - يقصد بالوحدة الحسابية، الوحدة المنصوص عليها في المدة 26.

4 - يجوز الاتفاق بين الناقل والشاحن على تعين حدود المسؤولية تتجاوز الحدود المنصوص عليها في الفقرة (1).

(١) محمد الجمي، التعريف عن القبر البدني، ص ٣٩٤.

(2) قرار تعقب عدد 2919 مدعى في 28 آذار 1975 أولاً، ثم في 1976.

(3) لذلك قامت عدة أجهزة بتبادل مدخلاتها الفاضل لغاية تعايناً من المعا

الطازلة، وتختلف عدة تشاريع لغاية تعديل القوانين في اتجاه إقرار مبادئ تهدف إلى السماح بتدخل القضاء لغاية تعديل بنود الاتفاق كلما كان مجدها بالنسبة إلى المدين أمام كثرة عقود الإذاعان. لكن قرار القضاء التونسي ومنذ قرار التراير المجتمعة المشار إليه التزم بعدم التدخل في بنود الاتفاق ثنائية على أحكام الفصل 240 مراجع.

مراجع في نفس التباق:

قرار تعقيبي ملني مؤرخ في 20 جوان 1968 مجلة القضاء والتشريع 1969.

-أسباب فسخ: يرد حق الفسخ لدى البعض إلى نظرية السبب، فالالتزام يقابل الآخر في الالتزامات المقابلة وبسقوط أحدهما يعطى الآخر حق الفسخ. فلا يعاني السبب على مستوى شروط تكوب العقد بل يلاحظ كذلك على مستوى التنفيذ، فتختلف التنفيذ من جانب يوسع الحق للجانب الآخر في الفسخ، والبعض الآخر يجعل الفسخ قائمًا على الحق الضمني في الفسخ، ومتضاهه أن الالتزامات المقابلة تقوم على فرضية التنفيذ المتزامن للالتزامات من الجانبين، وبخلاف الوارد يمكن طلب الفسخ من الآخر ويقول المذهب الثالث بسبب ترابط الالتزامات في الواجبات المقابلة بمعنى أن الارتباط بين الالتزامات يسمح بطلب الفسخ إذا سقط عنصر من عناصر الالتزامات المترابطة. ويرى البعض الرابع أن الأساس هو حسن النية في تنفيذ العقود، فمتضاهه أن لا ينفذ الالتزام من جانب إلا بتوفير الآخر، وبخلاف أحدهما يصبح الطلب للأخر⁽¹⁾.

-تاريخ الفسخ: الحقيقة أن نظرية الفسخ لم تظهر على وجهها الحالى إلا بعد أن تراكمت التصورات والاجتهادات وبقي منها ما يصلح إلى العصر، وشأنها شأن بقية القواعد المرتبطة بالواقع وصحت فيها الاجتهد والعقل، وفي ذلك رأى في أكبر المدارس الفقهية.

+القانون الروماني: لم يكن القانون الروماني يسمح في البداية بفسخ العقد حيث إن الالتزامات في العقد تعد مستقلة عن بعضها ويجوز لأحد الأطراف أن يطلب من جهته التنفيذ كلما تقاوم الطرف المقابل عن التنفيذ. ولكنه مع تطور المعاملات أصبح من الممكن القول بالفسخ في بعض العقود الخاصة مثل عقد البيع في صورة عدم دفع الثمن. كما أنه من الممكن تضمين العقد شرطاً صريحاً في الفسخ، وقد أصبح هذا الشرط منصوصاً عليه بصفة ضمنية في عقود البيع وفي جميع العقود الملزمة لجانبين، بمعنى أنه يصح الفسخ حتى في صورة إذا لم يسبق اشتراطه إذا توفرت شروطه وذلك هو معنى الشرط الفاسخ الضمني⁽²⁾. وقد انتقل ذلك الحق أو هذا المبدأ إلى القانون الفرنسي القديم وأمكن تطويره مع التأكيد على ضرورة إمكانية الفسخ قانوناً إذا توفرت الشروط بتدخل من السلطة القضائية، خاصة بعد أن تطورت نظرية السبب بدفع من القانون الكثسي وبذلك أخذت المجلة المدنية الفرنسية في معظم العقود المقابلة⁽³⁾.

وقد قام فعلاً الفصل 1184 من المجلة المدنية الفرنسية⁽¹⁾ على هذا الشرط الضمني في الفسخ⁽²⁾.

+الفقه الإسلامي: الأصل في المفود شرعاً لزوم لقوله تعالى : «إِنَّمَا أَلْهَا الَّذِينَ آتَيْنَا أُوقُودًا بِالْمُقْرُودِ»⁽³⁾. لكنه لا شيء يمنع الفسخ في الشريعة الإسلامية لعدة أسباب، وقد قال عليه الصلاة والسلام : «المسلمون على شرطهم». صحيح أنه لم يسبق وضع نظرية عامة في الفسخ، ولربما اختلف الفقهاء في الرأي الواحد⁽⁴⁾، لكن الفقهاء استخرجوا العديد من الأسباب عادة ما تكون التدلي في الفسخ⁽⁵⁾.

(1) L'article 1184 du code civil « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisferait point à son engagement ».

(2) Carbonier : Les obligations, op. cit., p. 322 et suiv. n° 81.

(3) سورة المائدة آية عدده 1.

(4) الفقه المالكي:

محمد بن أحمد بن رشد: بداية المجتهد ونهاية المتقصد، طبعة مصورة عن طبعة الخانجي دار الفكر.
إبراهيم بن فرجون: تبصرة العحكم في أصول الأقضية ومتاجع الأحكام، مطبعة البهية، مصر.
محمد عزف الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب القاهرة.

أحمد بن إدريس القرافي: الفروق، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.

محمد بن محمد الخطاب: مواهب الجليل، مطبعة السعادة.

الفقه الحنفي:

زين الدين بن نجم: الأشاء والناظر، دار الصناعة العاملة، مؤسسة الحلبي.
أبو بكر بن مسعود الكشاني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الإمام بالقلعة القاهرة.

محمد أمين المعروف بابن عابدين: حاشية ابن عابدين، ردة المحثار على النز المختار، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.

شمس الدين الشرسفي: البسطور، دار المعرفة بيروت.

الفقه الشافعى:

علي بن محمد بن حبيب الماوردي: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مطبعة مصطفى الحلبي.
جلال الدين عبد الرحمن السيوطي: الأشاء والناظر، دار إحياء الكتب العربية القاهرة.

محمد بن محمد الغزالى: إحياء علوم الدين، الطبعة الأولى.

محى الدين بن ذكري الله بن يحيى بن شرف النووي: المجموع، شركة العلماء.

إبراهيم الشيرازى: المهذب في فقه الإمام الشافعى، دار المعرفة بيروت.

الفقه الحنفي:

ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن دين العالمين، دار الجيل لبنان. والطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مطبعة الأداب.

أحمد بن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الرايعي والرعية، المطبعة السلفية القاهرة. ومجموع فتاوى ابن تيمية، مطبعة المعارف الرباط.

الفقه الطاهري:

علي بن أحمد بن حزم: المحلى، المكتب التجاري للنشر والتوزيع، بيروت.

(5) عبد الرزاق السنووري: المجلد الأول، المراجع السابقة، ص. 895، عدد 463.

(1) Boris Starck-Henri Roland-Laurent Boyer : Op. cit., p. 692 et suiv., n° 1646 et suiv.

(2) V. Boyer : Recherches historiques sur la résolution des contrats, Th. Toulouse 1924.

(3) François Terré-Philippe Simler-Yves Lequette : Les obligations, p.510 et suiv., n° 623.

*أسباب الفسخ: وترد أسباب الفسخ في الشريعة الإسلامية إلى خمس حالات على الأقل: الاتفاق أو التراضي ومنه الإقالة، الخيار، عدم التزوم، استحالة تنفيذ أحد التزامات العقد المقابلة، والفساد.

فيفسخ العقد براضي الطرفين، والمثال في ذلك الإقالة، وهو وضع حد للعقد بإرادته الطرفين، ولهذه الإقالة أثر رجعي. وأكثر استعمالها قبل تبضيع المبيع ولكنها تنص في المضاربة والشركة. «فمن اشتري شيئاً ثم ظهر له عدم حاجته إليه أو باع شيئاً ثم بدا له أنه يحتاج إليه. فلكل منهما أن يطلب الإقالة ويفسخ العقد»⁽¹⁾. والإقالة عمل محبذ شرعاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «من أقال مسلماً أقال الله عثرته». وقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الإقالة ليست بيعاً بل هي إزالة لما هو موجود، على خلاف المالكية.

والخيار هو أن يتفق الطرفان على حق المعاقد في إمضاء العقد أو فسخه لخيار الشرط بينهما أو خيار الرؤية أو خيار التعيين أو خيار ذلك من الخيارات، أي أن يقوم الحق للمعاقد في الفسخ إذا سبق اشتراطه أو م肯 المعاقد من الرؤية أو عن غير العيب. ويدرك أن الفقه الإسلامي يتميز بقوله بالخيارات وهو أن يعطي المعاقد حق إمضاء العقد أو فسخه بعد تمامه لوقوفه على العيب أو بعد الرؤية والتقليل مما شابه ذلك. «فمن أجل ذلك كله شرع لأحد المتعاقدين أو كلاهما حتى قسخ العقد وبعد تمامه تفادياً لهذا الاجزأ ودفعاً للأضرار التي تلحقه لو لم يقع له هذا الحق وهو حق الفسخ»⁽²⁾. وقد عد الفقهاء قرابة تسعة عشر خياراً بعضه يستند إلى نص خاص والبعض الآخر إلى القياس والبادئ العامة والأحكام الشرعية. وقد لا يتطلب الفسخ فيها إلى تدخل القاضي والبعض الآخر يوجه كما هي الصورة بالنسبة إلى خيار العيب⁽³⁾.

عبد الرزاق السنوري: مصادر الحق في الإسلام، دار التراث العربي، بيروت.

عبد المنعم فرج الصنة: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون ارسيفي في المعاملات المالية،

إصدار معهد البحوث والدراسات العربية في جامعة الدول العربية، 1970.

(1) السيد سابق: فقه السنة، المرجع السابق، ص 124.

(2) بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ص 525.

(3) خيار الشرط هو أن يدرج حق الإضاة، أو الفسخ بالعقد خلال ثلاثة أيام أو أكثر بحسب المذهب، خيار الرؤية هو أن يكون الحق للمعاقد بإمضاء العقد أو فسخه بعد رؤية المعرض إذا لم يسبق له الاطلاع عليه.

الخيار العيب هو أن يصبح للمعاقد حق الإمساء أو الفسخ إذا عثر المعاقد على عيب.

الخيار المجلس هو أن يكون الحق للمعاقد في الفسخ ما لم يتفق مجلس العقد بعد أن يكون قبل العقد.

الخيار التعيين وهو أن يعين المعاقد موضوعاً معيناً من بين المواريثين المطرожة بعد أجل مدين من الانعقاد.

الخيار النقد وهو أن يدفع الثمن في أجل معين وإذا لم يدفع أمكناً الفسخ.

والمعلوم أنه يجوز في العقود غير الازمة طلب الفسخ وكذلك الصورة في العarde والقرض والوديعة والشركة والوكالة، فكلها عقود غير لازمة يجوز فسخها متى شاء أحد الطرفين المتعاقدين.

والواضح أنه يجوز الفسخ إذا استحال التنفيذ. ويفسخ العقد عند الحفنة في المعاملات للفساد بحكم الشرع لإزالة سبب فساد العقد كجهالة المبيع أو الثمن أو الأجل أو وسائل التزنيق أو نحو ذلك.

*أنواع الفسخ: والفسخ أنواع، فإذاً يكون اتفاقياً أو فضائياً أو بحكم الشرع أو للأعذار أو لاستحالة التنفيذ أو للإفلاس والإعسار والمعاطلة أو بسبب عدم إجازة العقد الموقوف أو بسبب الاستحقاق.

والفسخ بإرادة العاقدين هو أن يكون بالإمكان الفسخ بإرادة الطرفين، فكما أن العقد يبرم بإرادة الطرفين فإنه من الممكن فسخه بإرادتها. وفي بعض الأحيان يجوز الفسخ بإرادة منفردة كما في حالة الخيار.

ويفسخ العقد للعذر عند الحفنة في بعض الحالات كما في صورة عقد الإجارة وعقد المزارعة، والمقصود بذلك الأعذار الطارئة التي تمنع أحد المتعاقدين من التنفيذ أو أحدهما. لأن التنفيذ مع العذر يلحق بالمعاقدضرراً. على خلاف الجمهور فالأخيل عندهم عدم الفسخ بالعذر وربما أخذوا بالعذر في حالات قليلة. على أن هلاك المعقود عليه المعين من شأنه أن يتهم إلى تعذر التسليم ويفسخ العقد. واختلف الفقهاء في صورة إذا تعذر التسليم لغير سبب هلاك العين.

وللمعاقد خيار الفسخ في حالة الإفلاس على رأي المالكية والشافعية والحنابلة والرجوع بعين ماله، عملاً بقول صلى الله عليه وسلم: «من أدرك ماله بعيته عند العذر عليه المعاوضات قد أفلس فهو أحق به من غيره». ونفس الحكم يطبق عند العنابة بالنسبة إلى المعاوضات كالإجارة والقرض. وللفقه الإسلامي قول خاص في فسخ عقد الزواج⁽¹⁾.

ولجميع هذه الخيارات وغيرها مثل خيار الوصف والتغير نظام ربما يختلف بحسب طبيعة الاتجاهات الفقهية.

بدران أبو العينين بدران، نفس المرجع السابق.

(1) يمكن أن يكون التبرير بين الزوجين فسخاً للعقد، كما يمكن أن يكون طلاقاً. ويجوز أن يكون الفسخ تصاعدياً أو غيره. فهو تصاعدياً إجمالاً في حالة جنون أحد الزوجين وعدم التبرير عند الحفنة وعدم الكفاءة ونفسيان المهر وفي سائل لها علاقة باختلاف الدين. ولا يتوقف الفسخ على تدخل القاضي في حالة فساد العقد في أصله، كالزواج بغير شهود وحرمة المصاہرة بين الزوجين ورقة الزوج بحسب الحفنة.

+مجلة الالتزامات والعقود؛ وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود أحكام الفسخ بالفصلين 273 و 274 م.أع. وبعدة فصول متاثرة ولم تجعل له بابا خاصا بل وردت الأحكام ضمن الباب العام «في عدم الوفاء بالالتزامات وما يترتب عن ذلك». على أنه من الممكن من خلال المجموع بيان شروط الفسخ (١) وأنواعه (ب) وأثاره (ت).

أ-شروط الفسخ

لا يمكن طلب الفسخ إلا إذا استحال التنفيذ مطلقا (١) وتعلقت الالتزامات بعدد ملزم للجانبين (٢).

١-استحالة التنفيذ

نص الفصل 273 م.أع بالفقرة الأولى والثانية على أنه «إذا حل الأجل وتأخر المدين عن الوفاء فللديان الحق أن يخصب المدين على الوفاء إن كان ممكنا وإلا ففسخ العقد.....».

فإن كان الوفاء لا يتيسر إلا في البعض جاز للدائنين إما طلب الوفاء الجزئي أو فسخ العقد.....».

معنى ذلك أنه لا يصح الفسخ إلا إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا، ويصبح التنفيذ العيني مستحيلا إذا هلك العين أو انتقل إلى الغير فيما يتعلق بنقل الملكية أو إذا كان التنفيذ في التزام العمل يتوقف على شخص المدين أو في زمن محدد ورفض التنفيذ ولم تفلح إجراءات التهديد المالي أو إذا خالف المدين التزام المنع. ففي هذه الصور فقط يصبح التنفيذ مستحيلا ويمكن حينئذ طلب الفسخ.

(١) بحث السيوطي أثر الفسخ بالنسبة إلى الماضي بعنوان: هل يرفع الفسخ العقد من أصله أو من حيئه؟ فقال:

- أ- فسخ البيع بخيار العيب والتصرية: الأصح أنه من حيئه.
- ب- الفسخ بخيار العيب والتصرية: الأصح من حيئه.
- ج- ثلف البيع قبل القبض: الأصح الانسحاص من حين الثلف.
- د- الفسخ بالتحالف بين البائع والمشتري: الأصح من حيئه.
- هـ- التسلم: يرجع الفسخ إلى عين رأس المال.
- و- الفسخ بالغليس: من حيئه.
- ز- الرجوع في الهبة: من حيئه قطعاً.

ح- فسخ النكاح بأحد العيوب: الأصح من حيئه.

ط- الإلقاء على العول بأنها فسخ: الأصح من حيئه.

(٢) هذا التنظيم ورد بموقع المجموعة التأولية للمحاماة بالأئرنات.

عبد الرزاق السنوري: مصادر الحق في الإسلام، دار التراث العربي، بيروت.

عبد المنعم فرج الصدقة: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المعاملات المالية، إصدار معهد البحوث والدراسات العربية في جامعة الدول العربية، 1970.

بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص. 557-556.

ويفسخ العقد الموقر فإذا لم تحصل المصادقة ممن له ولاية أو ملك عند القائلين باتفاقه.

* أثار الفسخ: ومن آثار الفسخ نهاية بين المتعاقدين وإزاء الغير، فمن آثر الفسخ أن ينحل العقد إلا إذا انتقلت الملكية إلى الغير فلا فسخ عند الحتفية، على خلاف الشافعية والحنابلة فعندتهم أن حق الفسخ يبقى قائما ولا ينفذ تصرف المشتري. وذهبوا المالكي إلى أنه لا فسخ إذا أصبح البيع بين أيدي المشتري. وبعث الفقهاء مسألة أثر الفسخ فهل يرفع الفسخ العقد من أصله أو من حيئه؟ أي هل له أثر رجعي أم آثاره ترتبط بالمستقبل فحسب؟ وقد اختلف الفقهاء في ذلك بحسب الحالات فالشافعية لا تأخذ في الأغلب بالرجوعية وكذلك الصورة بالنسبة إلى المالكي والحنفية^(١).

والملحوظ في جميع ذلك أن بعض الحالات في الفسخ على معنى الفقه الإسلامي ربما تأتي في باب انقضاض العقد أو إقالته أو بطلانه أو إبطاله وهي مفاهيم خارجة عن معنى الفسخ، ومع ذلك فإن في اتجاه الفقه الإسلامي ما يحمل إلى معنى الفسخ في مفهومه الضيق كما هي الصورة بالنسبة إلى خيار التقد أي عدم دفع الثمن، فمقتضاه «أن يتبع إثناين على أنه إذا لم ينقد المشتري الثمن في مدة معينة فلا يبع بينهما، فإذا تقد المشتري الثمن في المدة المحددة تم البيع، وإذا لم ينقده فيها كان البيع فاسدا إذا بقي البيع على حاله، وقد يثبت هذا الخيار للبائع، كما إذا تبع إثناين وقبض البائع الثمن وقال إنما ردت الثمن في هذه المدة فلا يبع بينا وقبل الآخر، فإنه يكون للبائع حق رد الثمن في هذه المدة، فإن رده نسد البيع، وإن لم يرده تم العقد^(٢).

(١) بحث السيوطي أثر الفسخ بالنسبة إلى الماضي بعنوان: هل يرفع الفسخ العقد من أصله أو من حيئه؟ فقال:

أ- فسخ البيع بخيار العيب والتصرية: الأصح أنه من حيئه.

ب- الفسخ بخيار العيب والتصرية: الأصح من حيئه.

ج- ثلف البيع قبل القبض: الأصح الانسحاص من حين الثلف.

د- الفسخ بالتحالف بين البائع والمشتري: الأصح من حيئه.

هـ- التسلم: يرجع الفسخ إلى عين رأس المال.

و- الفسخ بالغليس: من حيئه.

ز- الرجوع في الهبة: من حيئه قطعاً.

ح- فسخ النكاح بأحد العيوب: الأصح من حيئه.

ط- الإلقاء على العول بأنها فسخ: الأصح من حيئه.

(٢) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص. 557-556.

ذلك إلا إذا كانت الاستحالة جزئية بمعنى أن يكون التنفيذ عيناً جائزًا بصفة جزئية فيحق له في هذه الصورة طلب التنفيذ عيناً في الجزء أو طلب الفسخ في الكل، وتلك هي الصورة الوحيدة التي يقوم فيها الخيار، وذلك ما يتيسر فهمه من الفصل 273 م.أع في فقرته الثانية فإن كان الوفاء لا يتيسر إلا في البعض جاز للدائن إما طلب الرفاء الجزائري أو فسخ العقد.....

2- ضرورة تعلق الفسخ بالعقود الملزمة للجانبين

لم ينص الفصلان 273 و 274 م.أع صراحة على ضرورة تعلق الفسخ بالعقد الملزمة للجانبين، ولكن الشرط من البداهة بمكان إلى أن اشتراطه لم يكن لازماً. فمقتضى العقود الملزمة للجانبين أن يغول المعاقد على التزام الآخر فإذا أخل أحدهما بالتزامه فإنه من البديهي أن يطلب الطرف الآخر فسخ العقد لسقوط معنى التقابل أو الارتباط في الالتزامات الملزمة للجانبين.

ولكن ذلك ليس إلا المبدأ فإنه من الممكن أن يمتد الفسخ إلى بعض العقود الملزمة لجانب واحد، كما هي الصورة بالنسبة إلى عقد الرهن أو عقد القرض، فإن عدم دفع الفوائد في القرض أو عدم الاعتناء بالمرهون يمكن أن يؤدي إلى طلب الفسخ⁽¹⁾. ولو أن البعض لا يرى في هذا الجزء فسخاً وإنما سقوطاً ويرى البعض الآخر أن هذه العقود ليست ملزمة لجانب واحد بل هي ملزمة لجانبين⁽²⁾.

كما أنه لا يمكن الفسخ في بعض العقود الملزمة للجانبين، فليس من الممكن فسخ عقد القسمة بل أوردت مجلة الحقوق العينية بالفصل 125 إجراءات خاصة في تقضي القسمة بسبب الإكراه أو الغلط أو التغريب⁽³⁾. ربما بسبب طبيعة عقد القسمة وترتبط

قرار تعقيبي عدد 15102، المؤرخ في 7 أكتوبر 1986، نشرية محكمة التعقب 1986، عدد 2، ص.

222

قرار تعقيبي عدد 20128، المؤرخ في 17 جانفي 1989، القضاء والتشريع 1960، ص. 23.

(1) الفصل 264 م.ح.ع.

(2) عبد الرزاق السنهوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص. 697، عدد 467.

(3) الفصل 125 م.ح.ع «القسمة الرضائية أو الحكيمية باتفاق لا رجوع فيها ولا تقضي إلا بسبب الإكراه أو الغلط أو التغريب».

كما تقضي بحسب الغرين إذا تعلق بمنابع من ليس له أهلية التصرف وكان الفرق في القسمة الرابع.

الفصل 126 م.ح.ع «لا يقام بدعوى تقضي القسمة لأن طرف عام من تاريخ وقوعها».

قرار تعقيبي عدد 1316 المؤرخ في 5 فبراير 1960، القضاء والتشريع 1960، ص. 395.

قرار تعقيبي عدد 4704 المؤرخ في 8 جوان 1982، نشرية محكمة التعقيب 1982، ص. 192، مجلة

عدد 3.

الانفساخ⁽⁴⁾. ويرى البعض الآخر⁽⁵⁾ وخاصة فقه القضاء بفرنسا أنها حالة من حالات الفسخ ويجرز للمحكمة أن تقضي بها إذا ما تتوفر الشروط⁽⁶⁾. ولم تكن مجلة الالتزامات والعقود واضحة في ذلك. فبعد أن أوردت بالفصل 273 م.أع عدم الوفاء بالالتزامات من قبل المدين دون بيان سببه مع اشتراط أن لا يكون الفسخ إلا بحكم يثبت بالفصلين 275 و 276 معنى الاستحالة في الالتزام بعمل والالتزام بعدم القيام بعمل وحددت بالفصل 274 نظام الشرط الفسخي دون اشتراط تدخل القضاء وانتهت إلى بيان نظام تحمل التبعات بالفصلين 280 و 281 دون اشتراط تدخل القضاء أو الإشارة إلى معنى الفسخ. ولكن ذلك لا يمنع مطلقاً تدخل القضاء في حالة الاستحالة لقوة قاهرة ولكن ليس للتصریح بالفسخ وإنما للتصریح بالانقضاض الالتزام بموجب القوة القاهرة وذلك هو الانفساخ القانوني résiliation juridique.

ذلك يعني ببساطة أن الاستحالة المطلقة المؤدية للفسخ يجب أن تكون ناتجة عن فعل المدين وليس بسبب أجنبي، فإن كانت لسبب أجنبي فهي حالة من حالات الانقضاض بدون وفاء تتجاوز معنى الفسخ، ولكن بعض الاتجاهات تخلط بين المعنيين الأول والثاني.

وال واضح أن مجلة الالتزامات والعقود خيرت بقاء العقد أو إنفاذه على زواله، فليس من الممكن طلب الفسخ بالقانون التونسي إلا إذا تعلق التنفيذ العيني مطلقاً على ذلك المعنى، وقد سلكت المجلة بذلك مسلك القانون الألماني⁽⁷⁾ وتتجاوزت الرأي الغربي في تمكين الدائن من خيار الفسخ حتى ولو لم تتوفر الاستحالة المطلقة⁽⁸⁾. فلا يمكن للدائن في جميع الصور ترك التنفيذ العيني إذا كان ممكناً لطلب الفسخ، وليس للدائن خيار من حيث المبدأ، وفي ذلك ذهب فقه القضاء التونسي⁽⁹⁾. فلا يحق له

(1) Carbonnier : Les obligations, p. 327 «Pourtant, s'il s'élève un litige soit sur le principe même de l'attribution des risques, soit sur l'étendue ou l'origine de l'impossibilité d'exécuter, il faudra bien plaider. Mais le juge, saisi du litige, se bornera à constater, le cas échéant, que les obligations se sont éteintes de part et d'autre, il n'a pas à prononcer la résolution ou résiliation du contrat».

(2) François Terre-Philippe Simler-Yves Lequente : Les obligations, p.515.

(3) Cass. Com. 28 avril 1982, RTD. Civ. 1983, 340. Obs. Chabas.

(4) الفصلان 324 و 325 من المجلة الألمانية.

(5) الفصل 1184 من المجلة المدنية الفرنسية.

محمد الزين: العقد، المرجع السابق، ص. 294.

(6) قرار الدوائر المختصة عدد 11637 الصادر بتاريخ 16 أكتوبر 1989 نشرية محكمة التعقيب 1989، ص. 397.

قرار تعقيبي عدد 1316 المؤرخ في 5 فبراير 1960، القضاء والتشريع 1960، ص. 395.

قرار تعقيبي عدد 4704 المؤرخ في 8 جوان 1982، نشرية محكمة التعقيب 1982، ص. 192، مجلة

عدد 3.

المصالح والأثار التطبيقية الهامة⁽¹⁾. ويخلص عقد التأمين وهو من العقود الاحتمالية إلى إجراءات خاصة في سقوط الحق عوضاً عن الفسخ بسبب عدم دفع قسط التأمين⁽²⁾.

بـ- أنواع الفسخ

الأصل أن يكون الفسخ قضائياً⁽¹⁾ ولكنه من الممكن أن يتصدّر الطرفان بالعقد على أن العقد يعد في حكم المفسوخ بمجرد مخالفة الالتزامات التعاقدية وذلك هو الشرط الفسخي⁽²⁾ كما يجوز أن يكون الفسخ قانونياً دون حاجة إلى تصريح المحكمة⁽³⁾. ويجب تمييز حالات الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي والفسخ القانوني بما يعرف باستحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة وما يلحقه من تبعات⁽⁴⁾.

1- الفسخ القضائي

نص الفصل 273 م.إ.ع في آخره على أن «فسخ العقد لا يكون إلا بحكم». فيجب على الدائن وقد اسْتَحَالَ التنفيذ أن يرفع دعواه إلى المحكمة المختصة دون حاجة إلى سبق إنذار وليس على المحكمة إلا التثبت من توفر شرطي الاستحالة والمقابلة في الالتزامات حتى تكتفي بالفسخ. والواضح أنه يصبح للمحكمة المتعهدة الاجتهد في تحديد طبيعة الاستحالة، وليس لها أن تكتفي بالفسخ كلما تبين أنه من الممكن التنفيذ عينياً إذا مكن المدين من أجل أو أي تسهيلات أخرى. على أنه ما إن تقع المحكمة على الاستحالة حتى تلزم بالقضاء بالفسخ فليس لها الاجتهد في أمر الفسخ بمعنى أن ترفض الفسخ مع توفر شروطه.

وقد سبق أن أشرنا إلى أن مجلة الالتزامات والعقود اتّخذت اتجاه المدرسة الألمانية في منح الخيار بين التنفيذ العيني أو الفسخ، فطالما أنه من الممكن التنفيذ عيناً فليس من الممكن الفسخ إلا في حالة التنفيذ الجرئي فيصبح الخيار. وهو اتجاه يخالف تعاليم المدرسة الفرنسية ومن تأثير باحكمها مثل القانون المصري.

وتُرفع دعوى الفسخ إلى المحكمة الابتدائية أو محكمة الناحية بحسب قيمة العقد وتنقطع الدعوى طبق الأجال العامة الواردة بالفصل 402 م.إ.ع وهي خمس عشرة سنة بداية من تاريخ ثبوت الاستحالة.
ويصبح لأحد المتعاقدين طلب الفسخ كما يصبح ذلك للدائنين بواسطة دعوى الحلول أو الدعوى غير المباشرة والكفيل.

2- الفسخ الاتفاقي

نص الفصل 274 م.إ.ع على أنه «إذا اشترط العقدان أن عدم وفاء أحدهما بما التزم به يوجب فسخ العقد فإن العقد ينفخ بمجرد وقوع ذلك». وذلك هو الشرط الفسخي. والشرط الفسخي أو الشرط الفاسخ الضمني pacte commissoire tacite هو أن يشترط المتعاقدان صمتاً أو صراحةً أن عدم تنفيذ الالتزام يوجب الفسخ، فإذا اشترط الطرفان صراحةً أن عدم وفاء أحدهما بما التزم به يوجب الفسخ انفسخ العقد بمجرد وقوع ذلك، وذلك هو الشرط الفسخي موضوع الفصل 274 م.إ.ع. وإذا لم يشترط الطرفان الفسخ صراحةً، فذلك مصري به قانوناً كتيبة لعدم التنفيذ في الالتزامات المتبادلة، ويجوز للطرفين طلب الفسخ، وذلك هو الشرط الفاسخ الضمني. ويجب تمييز الشرط الفسخي عن الشرط الفاسخ موضوع الفصول 116 وما بعد م.إ.ع، فمحل الشرط الفاسخ هي إرادة الطرفين في أمر عارض مستقبلي غير محقق وغير مستحيل لم يصطبّه القانون، و minden الشرط الفسخي أو الشرط الفاسخ الضمني هو مجال تنفيذ الالتزامات المقابلة، وعادةً ما تزد الشروط متعددة في عدة مجالات دون أن تكون لها طبيعة الشرط الفاسخ مثل شرط صحة العقد والشرط التغريمي وغيرهما، ومن ذلك نص الفصل 274 م.إ.ع على أنه «إذا اشترط العقدان أن عدم وفاء أحدهما بما التزم به يوجب فسخ العقد فإن العقد ينفخ بمجرد وقوع ذلك» وذلك هو الشرط الفسخي، وإذا لم يقع الشرط على الفسخ بسبب عدم التنفيذ، فإن الالتزامات المتبادلة تتمكن المعادن من طلب الفسخ إذا لم ينفذ الآخر التزامه. وإذا كانت النهاية تتشابه بين الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمني والشرط الفسخي، وهو أن يكتفي الالتزام، فالاختلاف واضح بينها، حيث لا يجب في الشرط الفاسخ المعتبر للوصفت أي إنذار ولا يملك القاضي تعديل الالتزام أو التعدي فيه أو إمهال المدين ولا يمكن للمدين أن يتفاداه بعرض الأداء، في حين أنه من الممكن بالنسبة إلى الالتزامات المقابلة أن يعرض المدين الرفاء والإمهال فيه ممكناً ولا يكون الفسخ آلياً، إلا إذا جاء الشرط الفسخي صريحاً سواء في الفسخ بدون حكم أو في منع الإمهال أو في الاستغناء عن الإنذار، فيعتمد حينئذ بإرادة الطرفين، فيقع الفسخ دون حاجة إلى حكم أو إنذار أو إمهال. ولكن

(1) ومن أجل ذلك منع الفئة والقضاء الدعوى البليانية في عقد القسمة. يذهب الفقه وفقه القضاء وكذلك القانون المقارن (مثل الفصل 1167 من المجلة العدلية الفرنسية) إلى عدم إمكانية خضوع عقد القسمة إلى الدعوى البليانية بحكم طبيعة عقد القسمة وترتبط المصالح وطابعها العائلي، ولأنه من الواجب استدعاء الدائنين للحضور وبالتالي يتحقق لهم حق مراقبة القسمة. ولم تورد مجلة الالتزامات أحکاماً خاصة في ذلك. وأوردت مجلة الحقوق العينية صورة خاصة تجيز للدائنين تقضي القسمة بسبب عدم حضورهم، الفصلان 121 و 122 م.ج.

François Terre Philippe Simler Yves Lequette : Droit civil, Les obligations, 6 édition, p.859, n°1066.

(2) الفصل 11 من مجلة التأمين.

الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنفاق حسب طبيعته⁽¹⁾. ولا يمكن للقاضي أن يتخذ موقفاً سلبياً إذا ثبت أمامه سوء النية.

ويذكر أخيراً أن حرية الأطراف ليس مطلقاً في جميع الصور فقد يتدخل المشرع لمنع الفسخ من البداية كما هي الصور بالنسبة إلى الملكية التجارية⁽²⁾ أو فرض الفسخ بالرغم من إرادة الطرفين⁽³⁾ أو يضع جملة من الشروط لطلب الفسخ⁽⁴⁾ وقد يوضع القاعدة في اتجاه تأخير طلب الفسخ. وفي هذا الباب يأتي الحديث عن الفسخ القانوني.

3- الفسخ القانوني

ليس المقصود من الفسخ القانوني هو الشرط الفاسخ الضمني أي الإمكانيات المفترضة قانوناً في الفسخ تجاوزاً لاتفاق الطرفين في صورة عدم التنفيذ، بل المقصود هي الحالات الصريحة التي يوجب فيها القانون صراحة الفسخ الوجوبي. فلا ينافي الخيار للطرفين الدائن والمدين. فإذا كان الشرط الفاسخي لا يقع إذا رغب الدائن في التنفيذ بالرغم من الخلل، فإن الفسخ القانوني أو بالاصح الانفساخ بحكم القانون لا ينافي للدائن أي خيار فيقع الفسخ حتى ولو رضي الطرفان بالتنفيذ. والأمثلة كثيرة في ذلك كما هي الصورة بالفسخ الوجوبي على معنى الفسخ 22 من مجلة التأمين⁽⁵⁾. فليس للطرفين تعديل أحكامه وحتى لو تدخل القضاة كان الحكم كائناً للحق.

(1) الفصل 243 م. اع.

(2) القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوغين والمتسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف.

(3) نص الفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوغين والمتسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف على ما يلي: «يسن عقد الكراء عند عدم الخلاص لمعين الكراء في الأجل المتفق عليها وذلك بعد مضي ثلاثة أشهر على صدور تنبية بالدفع بواسطة عمل تنفيذ ولو يأتى بنتيجه. ويجب أن ينص بالتنبية على هذا الأجل المشار إليه ولأن يكون ملغي. ولا يمكن التمديد في الأجل المذكور ويكون الفسخ حسبا».

(4) نص الفصل 21 من القانون 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فيفري 1976 المتعلق بضبط العلاقات بين المالكين والمكترين لمحلات معدة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العامة على ما يلي: «دون اعتبار كل تنصيص مختلف فإن الشرط المدرج بعقدة الكراء القاضي بالفسخ الوجوبي عند عدم دفع معلوم الكراء في الأداء المتفق عليها لا يكون نافذاً المفعول إلا بعد مضي شهر من التنبيه على الكاري عن طريق عدل متقد لمن يقع الخلاص إثره. ويجب أن ينص بالتنبية على هذا الأجل ولا عبد باطل».

(5) الفصل 22 من مجلة التأمين ينافي التأمين سارياً وجوباً في صورة وفاة المؤمن له أو التفويت في الشيء المؤمن عليه لصالح الوارث أو المشتري أو من آكل إليه الحق على أن يتحمل الوارث أو المشتري أو من آكل إليه الحق تفويض ما يلتزم به المؤمن له تجاهه في المدة المؤمن بموجب عقد التأمين. إلا أن عقد التأمين يتوقف وجوهاً في حالة التفويت في عربة ذات محرك بعد عشرة أيام من تاريخ التفويت، ويمكن

بالرغم من ذلك يبقى الفرق واضحًا بين الشرط الفاسخ والشرط الضمني أو الشرط الفاسخ الضمني، وهو أن الشرط الفاسخ يستند في جميع الصور إلى إرادة الطرفين ولا يتعلق بالضرورة بالالتزامات مقابلة، في حين أن الشرط الفاسخ الضمني أو الشرط الضمني مجالهما هو الالتزامات مقابلة، ويقع الشرط الفاسخ الضمني دون حاجة إلى اتفاق سابق، بل هو مفروض قانوناً، على أنه من الممكن تعديل نهاية الاتفاق من حيث الإنذار أو الإمهال أو حاجة الحكم بواسطة ما يعرف بالشرط الضمني. ولذلك يجب التمييز بين عدة حالات متشابهة قد يشتغل فيها حكم الشرط الضمني.

فقد يرد الشرط الضمني مجرداً كما هي الصورة إذا نص العقد على الفسخ بسبب عدم تنفيذ الالتزام فلا يمنع الاتجاه إلى القضاء في هذه الصورة ولا يمنع القضاء من الاجتهد أو إمهال المدين ولا يرفع على الدائن واجب الإنذار ويكون للحكم أثر منشئ في هذه الصورة وقد يذكر بالعقد بأن العقد يفسخ من تلقاء نفسه de plein droit فيرفع حق الاجتهد بما في ذلك إمكانية الإمهال وإن يبقى حق الاتجاه للقضاء قائماً للتصریح بالفسخ ولا يرفع الفسخ التلقائي واجب الإنذار بل يفرض حتى ولو اتفق الطرفان على ذلك ويكون للحكم أثر منشئ في هذه الصورة. وقد يتفق الطرفان على الفسخ التلقائي دون حاجة إلى حكم، فلا يلزم الحكم في هذه الصورة للتصریح بالفسخ، فقط إذا تنازع الطرفان يرفع الأمر للقضاء لمعاينة الفسخ ويكون لهذا الحكم أثر كاشف وليس منشئاً كما هو الحال في الصور الأولى ولا يرفع على الدائن في هذه الصورة واجب الإنذار. فلا يرفع عليه ذلك إلا إذا كان الاتفاقي بالعقد على الفسخ التلقائي دون حاجة إلى حكم أو إنذار، ففي هذه الصورة فقط يكون الفسخ تلقائياً دون حاجة إلى تدخل القضاء أو الاجتهد أو إنذار، وحتى لو تنازع الطرفان ورفع الأمر للقضاء فليس للحكم إلا معقولاً كائناً في هذه الصورة.

ويشار كذلك إلى أنه من الممكن للطرفين الاتفاق منذ البداية على استبعاد الفسخ، فليس الفسخ من النظام العام حتى لا يملك الطرفان أمر الفسخ، فلهم الإمكانية منذ البداية في التنصيص بالعقد على منع الفسخ مهما كانت الصورة. وليس ذلك إلا تكريساً لحرمة الطرفين في التعاقد.

ولذلك فإنه بالرغم من أن الشرط الضمني لا يوجب الحكم بالفسخ أي الاتجاه إلى القضاء، فإنه إذا تعهدت المحكمة على ذلك الأساس فليس لها مبدئياً الاجتهد في ما لا يشترط. وإن في جميع ذلك استثناءً واحداً وهو التعسف في الشرط، فكلما ثبت سوء نية المتعاقدين أو ثبت للمحكمة حق الاجتهد وربما رد الفسخ نهاية أو الحكم به، ذلك أن الالتزامات توفي مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرحت به فقط بل يلزم كل ما ترتب على

4- انقضاء العقد بسبب أجنبي وتحمل التبعات

لا التزام بمستحيل l'impossible n'est pas à faire، تلك هي القاعدة العامة في استحالة التنفيذ أو تغدر التنفيذ، فإذا استحال التنفيذ تغدر التنفيذ وانقضى الالتزام بدون تنفيذ، وقد أوردت الفصول من 345 إلى 349 م.أع شروط التغدر وأثاره، وليس هناك صورة استحالة التنفيذ بسبب أجنبي صورة من صور الفسخ، كما تقدم بل هي صورة من صور انقضاء العقد لاستحالة التنفيذ، وليس للفسخ معنى في ذلك، ويطبق هذا المبدأ حتى بالنسبة إلى الاستحالة الجزئية على معنى الفصل 346 م.أع، فلا يقوم الخيار للدائن في الفسخ أو الإبقاء على العقد إلا إذا كانت الاستحالة الجزئية ناتجة عن فعل المدين، أما إذا كانت ناتجة عن سبب أجنبي فلا يجوز الحديث عن الفسخ⁽¹⁾ «فإذا صار الشيء الذي وقع عليه العقد غير ممكن طبيعة أو قاتلنا بدون فعل المدين أو تقصيره وقبل أن يعد ممطلاً فقد انقضى العقد»⁽²⁾، وينقضي بموجب التغدر الالتزام الأصلي وجميع ضماناته العينة والشخصية، وإذا تعدد المدينون ينقضى الالتزام في حقهم وتنتهي جميع الضمانات كذلك في حقهم جميعاً، ولكن الحقوق والدعوى التي تظل مرتقبة بالالتزام، كما في صورة التأمين على المحل موضوع التغدر، تتقل وجوباً إلى الدائن، «فإذا انقضى العقد لعدم إمكان الوفاء به من غير تقصير من المدين فما كان له من الحقوق والدعوى من حيث موضوع الدين يتقل للدائن»⁽³⁾.

على أن تحمل تبعه الاستحالة في الالتزام تختلف باختلاف طبيعة الالتزام إن كان ملزم الجانب واحد أو لجانبين، فإذا كان الالتزام ملزماً لجانب واحد، مثل عقد التوديع، كانت الاستحالة مانعة للوفاء بجانب المدين وتبرئ ذمته تماماً وليس للدائن من شيء لا عيناً ولا تعويضاً، فيكون الهلاك يحيط على الدائن، أما إذا كان الالتزام ملزماً لجانبين،

(1) نص الفصل 280 م.أع على أنه «إذا تلف الشيء الملزمه به أو تعيي بسبب طارئ أو قوة نافرة أثناء مطالله المدين فالثبعة عليه». وأضاف الفصل 281 م.أع أنه «إذا كان ما قرر بالفصل المتقدم وتلف الشيء لزمت المدين قيمته وقت حلول الأجل فإن لم يأت الطالب بمحنة فيقيمة وجب تقديمها على مقتضى ما يصفه المطلوب إذالم يتيسر وجه آخر يشرط أن يكون الوصف مشيناً تعصده اليدين فإن امتنع المطلوب من أداء اليدين فالقول قول الطالب ي pemine».

(2) يراجع الفصلان 282 و 283 م.أع في تعرف القوة القاهرة.

(3) الفصل 282 - لا يلزم المدين بتعويض الخسارة إذا أثبت سبباً غير متسبب إليه منه من الوفاء، أو آخر عنه كالقوة القاهرة والأمر الطارئ وبمطاطلة الدائن.

(4) الفصل 283 - القوة القاهرة التي لا يتيح لها الوفاء بالعقد هي كل ما لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء وقلة أمطار وزوابع وحرائق وجحاد أو كفرو أجنبي أو فعل الأمير، ولا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة قاهرة إلا إذا ثبت المدين أنه استعمل كل الحزم في درءه، وكذلك السبب الحادث من خطأ متقدم من المدين فإنه لا يعتبر قوة قاهرة.

(5) الفصل 345 م.أع.

(6) الفصل 345 م.أع.

(7) الفصل 347 م.أع.

لكل من الطرفين فسخ العقد وإذا لم يتم الفسخ من أحدهما أو لم يقع إستئناف العمل به ياتفاق من المؤمن والمغوفت له فإن الفسخ يتم وجوباً بانتهاء أجل شهرين من تاريخ التغريب ولا يمكن للمؤمن، في تأمين المسؤولية المدنية بالنسبة لأصحاب العربات البرية ذات المحرك، معارضته فسحابياً العوارض أو من يؤول إليهم الحق بتوقف العقد الوارد في الفقرة الثانية من هذا الفصل ويجب على المؤمن له أن يعلم المؤمن بتاريخ التغريب بر رسالة مضمونة الوصول.

(1) نص الفصل 345 م.أع على ما يلي: «فإذا صار الوفاء غير ممكن في البعض فقط بطل العقد فيه وبقى الخيار للدائن بين قبول التنفيذ الجندي وبين نسخ العقد في الكل إذا كانت طبيعة الالتزام لا تقتضي القesse بدون مضررة عليه».

(2) الفصل 345 م.أع.

فإذا وقع الفسخ ارتد العقد إلى بدايته وأرجع كل طرف ما للآخر إذا سبق تفويض العقد، فمن أخذ الشمن أرجعه لصاحبه ومن تسلم الشيء أعاده لصاحبه. وإذا هلك الشيء أو انتقل إلى الغير التزم الطرف بقيمة الشيء وتلك هي موجبات الرجعية⁽¹⁾. وبعد المعاقد في هذه الصورة حسن النية فليس عليه أن يرده من الغلة إلا ما كان موجوداً منها وقت القيام عليه من مستحقها وما حصل له منها من ذلك التاريخ وعليه مصاريف الحفظ والاستغلال⁽²⁾.

ويعتبر كامل العقد كأن لم يوجد أصلاً، ولكن ذلك لا يسقط الشروط التي وجدت من البداية لسوية هذه المرحلة مثل الشرط التغريبي أو التزام العامل بعدم العمل لدى شخص متافق على سبيل المثال.

غير أنه لا عمل بالرجوعية في العقود الزمنية، مثل عقود الإيجار والتأمين والشغل وغيرها، فمقتضى هذه العقود أن تستهلك الحقوق قبل صدور الحكم بالفسخ أو تقريره بحسب الصور، فلا عمل بها قبل تاريخ الفسخ.

ويعد بالرجوعية حتى في مواجهة الغير، فإذا تقرر فسخ عقد الشراء على سبيل المثال وسبق تقييد دعوى الفسخ قبل التقويم بالبيع للغير فإنه يلزم الغير باسترجاع الشيء لصاحبه الأول وقد قضي بفسخ العقد. على أنه لا يمكن بطبيعة الحال معارضه الغير حسن النية بالفسخ، فإذا انتقل الشيء إلى الغير وكان حسن النية بأن اعتمد على بيانات السجل العقاري على سبيل المثال وأمكن له الترسيم، فلا أثر للفسخ في مواجهته بعد ذلك. ويمكن للغير حائز المقاول أن يتمسك كذلك بقاعدة الحجز سند الملكية في المقاول⁽³⁾.

كما في صورة البيع، فيحمل على البائع التسليم ويحمل على المشتري دفع الشمن. فإذا انقضى الالتزام من الجانب الأول انقضى الالتزام المقابل بالثانية ولا يحق للجانب الأول طلب الوفاء بالالتزام من الجهة المقابلة، وحتى لو تم الوفاء فيمكن فيه الاسترداد، فيكون الهلاك حينئذ على المدين. لذلك نص الفصل 348 م.أ.ع على أنه «إذا لم يتيسر الوفاء بالعقد بغير اختيار العاقدين وبغير مطلب من المدين برأته ذمته ويسقط حقه في طلب ما عسى أن يترتب في ذمة المعاقد الآخر». فإن كان المعاقد الآخر قد وفى بما عليه فله استرداد جميع ما أداء أو ببعضه بحسب الحال⁽⁴⁾. فقط أنه يجوز للمدين مطالبة الدائن بالوفاء إذا كان تمتّ الوفاء ناتجاً عن مطالحة الدائن، حيث إنه «إذا كان عدم الوفاء من فعل الدائن أو من سبب آخر ينسب إليه فللمدين الحق في طلب الوفاء بما له على معاقدة غير أنه يلزم له أن يوفي له بما يفضل عنده بسبب عدم تنفيذ التزامه أو بما اتفق به من الشيء المتعاقد عليه»⁽⁵⁾.

ويجب الإشارة كذلك إلى أنه إذا حمل الطرف الآخر التبعية قانوناً أو اتفاقاً، يكون الضمان عليه في حالة الهلاك بقدرة قاهرة، كما في صورة الفصل 585 م.أ.ع حيث ينص الميعاد في ضمان المشتري من لحظة تكوين البيع ولو قبل التسليم نتيجة لانتقال الملكية بصفة آلية، فلو سبق للبائع أن تسلم الشمن، وقد هلك الشيء، فما يصح للمشتري استرداده كما أنه يصح للبائع طلبه إذا لم يسبق تسلمه، ذلك أن التبعية في هذه الصورة على المشتري أي الدائن في هذه الصورة؟

الفسخ أن يصدر الحكم بفسخ العقد أو أن يتحقق وجوباً عن العقد أو القانون. عند الاقتضاء دون حاجة إلى تدخل القضاء. وليس في الفسخ تعويض كذلك ما يدخل في معنى المسؤولية التعاقدية كما تقدم شرحها. فمقتضى الفسخ أن ينحل العقد ويعدّ كأن لم يكن موجوداً مطلقاً. ومن طبيعة الفسخ أنه رجعي بين الطرفين أو الغير.

والغريب أن مجلة الالتزامات والعقود لم تورد نصاً صريحاً في ذلك، بل استقر عمل المحاكم والفقه على ربط الرجعية بأثر الفسخ كما هي الصورة بالنسبة إلى الإبطال⁽⁶⁾. ولكن الفرق كبير بين الإبطال والفسخ. فال الأول جزء عدم مراعاة شروط تكوين العقد بينما الثاني جزء عدم التنفيذ المنسب لأحد الطرفين بعدما تكون صحيحة وقامت جميع الشروط فيه صحيحة.

(1) يمكن للمحكمة أن تقضي بالتشطب على الترسيمات بالسجل العقاري أو في غيره من السجلات المرجوة في ترسيم الحق إذا ما قضي بالفسخ.

(2) الفصل 42 م.ح.ع.

(3) الفصول 53-55-54 م.ح.ع.

(1) الفصل 348 م.أ.ع

(2) الفصل 349 م.أ.ع

(3) محمد الزين: العقد، المرجع السادس، ص 296، عدد 401.

العنوان الثاني:

الواقع القانونية

فإذا تركنا الالتزام القانوني جانبا، تردد مصادر الالتزام إلى التصرفات القانونية والواقع القانونية⁽¹⁾، وهي المصادر المباشرة في الالتزام⁽²⁾.

إذا تركنا التصرفات القانونية⁽³⁾ وهو ما يصدر عن إرادة البشر، سواء نشأ التصرف عن إرادة واحدة أي التصرف الأحادي أو انجر عن تلاقي الإرادتين، أي العقد أو الاتفاق، فإن الواقع القانونية، محور دراستنا في هذا العنوان، تردد إجمالا إلى الأعمال المادية غير المشروعة، ويدخل في ذلك باب المسؤولية التقصيرية، والأعمال المشروعة ويدخل في ذلك باب الفضالة والإثراء بدون سبب واسترجاع ما لا يجب دفعه. فقد تكون هذه الواقع غير مشروعة بمعنى الخروج عن السلوك الاجتماعي العادي والإتيان بعمل ضار أي الجححة وشبه الجححة بحسب إن كان العمل معتمدا أو خلافه (الباب الأول) كما يمكن أن تكون الواقع مشروعة وهي أعمال غير منوعة يتضمن بها الغير وهو ما يعرف بشبه العقد ومع ذلك يمكن أن تكون أساسا لمن قام بها في مطالبة الغير (الباب الثاني).

الباب الأول: الواقع غير المشروعة، كسب من أسباب المسؤولية

الباب الثاني: الواقع المشروعة، كسب من أسباب المسؤولية

(1) عادة ما تحاكي التشريعات الحديثة ضبط المصادر بتصنف خاص، مثل التشريع الألماني والإيطالي والسوري والجزائري والعراقي والمصري والأردني، ويرجع للتبييب الذي اعتمدته المشرع لمعرفة المصادر، ولكن بعض التشريعات الأخرى أوردت نصوصا خاصة في بيان مصادر الالتزامات مثل القانون التونسي واللبناني والمغربي.

(2) من الممكن أن تحمل بعض المؤسسات إلى مصادر مختلطة بين الواقع والأعمال مثل الفضالة وغيرها، ولكنه يبقى دوما من الممكن ردها إلى الأولى أو إلى الثانية لما ينقلب عليها من أحکام قد تحصل بالتصرف أو الواقعه. وكان علينا أن نشير إلى هذا الاختلاط وقدرتنا في تخلص البعض عن الآخر.

(3) وقد كانت محور كتاب خاص تحت عنوان التصرفات القانونية (الإرادة المنفردة والاتفاق).

الواقع غير المشروع

الواقع غير المشروع وقائع لا يجوزها القانون، وقد يتعمد الفاعل إحداثها أو لا يعتمد أصلاً، وهي السبب المباشر في الضرر، ولكن القانون يرتكب عن هذا العمل غير السماح نتائج قانونية. وكل ما يتحقق عن الواقع غير المشروع يتدرج ضمن باب المسؤولية التقصيرية، وقد يردد إلى العمل الشخصي أو فعل الغير أو فعل الشيء، ولكن عمل نظامه القانوني يعين إبراز مميزاته الموضوعية (الفصل الثاني) ولنا أن نبين في مرحلة أخرى مميزات دعوى المسؤولية المستندة لأحكام المسؤولية التقصيرية (الفصل الثالث)، ومع ذلك يتتوفر بهذه المسؤولية أحكام مشتركة يوجب توفرها بدايةً مهما كانت طبيعة المسؤولية (الفصل الأول). ويتعين قبل الحديث عن الأحكام المشتركة والخاصة بكل نظام وقبل إظهار خصوصية دعوى المسؤولية المستندة لأحكام المسؤولية التقصيرية تقديم النظرية العامة في المسؤولية التقصيرية بذكر المراجع التاريخية وتميزها عن بقية الأنظمة (فصل تمهيدي).

نصل تمهيدي:

تقديم النظرية العامة في المسؤولية التقصيرية

النظرية العامة للمسؤولية التقصيرية نظام حديث لم يتحقق إلا بعد أن تدافعت الأفكار واختلفت إلى أن استقر التطبيق في أيامه الأخيرة على نظام محدد (المبحث الأول) وأصبح للمسؤولية التقصيرية مميزاتها وعناصرها وهي بذلك تميز عن باقي أنظمة المسؤولية مهما كانت طبيعتها جزائية أو مدنية أو تأديبية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مراحل تطور المسؤولية التقصيرية

أن يسأل الشخص عن أعماله وأفعاله، فهذابدأ أقره الإنسان منذ وجوده، لكن درجة المسؤولية وصورها وتطبيقاتها وظرفتها وأشكالها وأسسه ظلّ يتتطور عبر العصور، منذ العهد الإغريقي ووصولاً إلى تطبيقات القانون الفرنسي القديم (الفقرة الأولى) ولللفقه

القانونية *faits juridiques* حسب التصنيف الحديث، وهذا التقسيم هو المعمول به حالياً⁽¹⁾.

وقد فرق القانون الفرنسي القديم بوضوح بين عناصر المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية والمسؤولية الجزائية؛ وأصبح التطبيق يميز بين التغريض والجزاء، ولم يستقر هذا الرأي إلا بعد أن تراكمت التطبيقات على امتداد أعوام زمنية متى كان التغريض يتترنح منزلة العقوبة.

-المجلة المدنية الفرنسية: الأكيد أن فكرة الخطأ لم تكن هي المسقطة بمشاريع المجلة المدنية، بل كان الهدف أن يحصل المتضرر على حكم عادل أو منصف، فالغرض على من أحدهما كان الصورة⁽²⁾. لكن الصياغة الأخيرة للفصلين 1382 و 1383 من المجلة المدنية ارتأت تأسيس المسؤولية الشخصية على فكرة الخطأ، وهو خطأ مثبت عندما كان أو خلافه، وما ورد بعد ذلك بالفصل 1384 و 1385 و 1386 في المسؤولية عن فعل الغير وعن الشيء جامداً أو غير جامد لم يقطع مع هذا الأساس وإنما فيه تغيير لعب الإليات، ولكن الأمر لم يرق على تلك الصورة أيام التغيرات الشديدة التي شهدتها المجتمع اقتصادياً واجتماعياً بتغير علاقات الإنتاج وشكل عيش الأفراد فيه وترافق الاكتشافات والاختراعات العلمية ونمو التكنولوجيا والتقنية⁽³⁾. وانتهى الأمر إلى تغيير الأحكام وفرض نوع من المسؤولية الموضوعية في عدة مجالات خاصة منها حوادث الشغل والمرور وصدرت عدة قوانين في هذا المعنى، وكان لفهم القضاء بفرنسا دور هام في الدفع في هذا الاتجاه.

-فقه القضاء الفرنسي: المعلوم أن التقاضي بفرنسا بدأ انطلاقاً من أحكام الفصل 1384 الذي نص في فقرته الأولى على أن كل شخص ضمان الضرر الذي هو في حفظه، فإما أن يصرف لهذه الفقرة بالاستقلالية الكاملة أو أن تردد إلى مضمون الفصلين 1385 المتعلق بالمسؤولية عن الحيوان و 1386 المتعلق بالمسؤولية عن البناء، لكن فقه القضاة انحاز في البداية إلى المفهوم الثاني أي الرجوع إلى أحكام الفصلين 1382 و 1383 كلما كانت الصورة لا تتعلق بالمسؤولية عن الحيوان أو البناء، وأول القرارات في ذلك هو قرار 1870 المتعلق بانفجار آلة يخارية، متى ألمت محكمة التعقيب المتضرر بضرورة إثبات الخطأ، وقد وجد هذا القرار ترحيباً لدى جانب من الفقهاء الذين كانوا يعارضون الفكرة التي كانت تسسيطر يومها وبدأت في التشكّل والمتعلقة بتأسيس المسؤولية على عنصر الملكية، وحاول البعض تأسيس المسؤولية على مجرد

(1) على كحولون: النظرية العامة للألتزامات والعقود، أحكام الالتزام، ص 5 وما بعد.

(2) Carboenier : *Les obligations*, op. cit. p.346, n°87.

(3) Cf. Savatier : *Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1952.

الإسلامي رأى مميز في ذلك (الفقرة الثانية في ذلك) ولم يقف الحراك الفكري عند ذلك العذبل كان لرجال القانون والفكر توجهات حديثة لم تتف إلى حد اليوم (الفقرة الثالثة) وكان للبلاد التونسية توجه في ذلك سواء من خلال أحكام مجلة الالتزامات والعقود أو من خلال التطبيقات القضائية (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: تطور أفكار المدرسة اللاتينية

-القانون الإغريقي: كان القانون اليوناني يميز بين الضرر الناتج عن العمد، ويبحث فيه التغريض مضاعفاً والضرر الناتج عن إهمال وتتجه فيه تعويضات بسيطة. لكن هذه الاتجاه انتقده الفيلسوف أفلاطون في « كتاب القوانين » وأكد أن جميع الأفعال التي تصدر عن الشخص إنما هي أعمال غير إرادية لأن إرادة الأشخاص لا يمكن أن تؤدي إلى الضرر، بل إن الشخص السيء هو الذي يفعل ضد إرادته، واقتراح أن يقع التمييز بين الأفعال التي لا تحدث إلا خسارة ويطلب فيها تعويض بسيط وبين الأفعال التي تؤدي إلى اغتصاب حق، والغافر وضمن أن تعامل بشدة⁽¹⁾.

-القانون الروماني: أما القانون الروماني وإن مكن القضاة من تقدير التغريض، فإنه لم يكن يميز بين التغريض والعقوبة، بل إنه يميز بين الجريمة من ناحية *delicta* والعقد *contractus* من ناحية أخرى، واحتللت فكرة الجزاء بالتجريم. وقد جاء بالفصل 4 من اللوحة 8 من قانون الألواح الائتمانية عشر أن من نال من سلامه غيره البدنية يعاقب بخطوة خاصة تدفع للمتضرر. ويدرك أن أحد أثرياء روما *Lucius Versatius* كان يهوى صفع كل من يعترضه ويأسه عيده بدفع المعلوم فلا تقام الدعوى ضده، وعلى ذلك اعتبره خروج عن السلوك العادي لرب الأسرة، وظل متمسكاً بالاتجاه الشخصي في الالتزام والخطأ والمسؤولية.

-القانون الفرنسي القديم: واعتمد الفقيه Poitier (القانون الفرنسي القديم) تصنيفاً ظلّ هو المنسيط لمدة طويلة وقسم الالتزامات إلى جرائم وشبه جرائم وعقود وشبه عقود، لكن هذا التصنيف اندلع أخيراً واستقر الرأي على أن الواقع هي في نهاية الأمر مصادر الالتزام، ويمكن أن تكون طبيعية أو اختيارية، فإذا كانت الأخيرة فيمكن أن تكون وقائع مادية أو أعمالاً قانونية، ويمكن أن تصدر الأعمال القانونية عن إرادة منفردة أو عن إرادة الطرفين. وترتدي مصادر الالتزام إلى الأعمال القانونية *actes juridiques* والواقع

(1) على كحولون: دعوى التغريض، المرجع السابق، ص 59 وما بعد.

التعقيب نقضت القرار الاستئنافي سنة 1927 بدعوى أن لا فرق بين أن يكون الشيء بيد الإنسان أو خلاقه مادام هذا الشيء خطرا في حد ذاته. غير أن محكمة الإحالة (محكمة الاستئناف بـ Lyon) تمسكت بالتعريف التقليدي للفعل المستقل للشيء، حيث لا يمكن تطبيق الفصل 1384 إلا إذا كان بالشيء عيب. وهذا القرار كان محل طعن للمرة الثانية، ورأى الدوائر المجتمعنة سنة 1930 أن المسؤولية الشيئية ترتبط بمفهوم الحراسة، وابتعدت كلية عن مفهوم الفعل المستقل للشيء. كما أن التمييز بين الأشياء الخطيرة وغير الخطيرة لتطبيق أحكام الفصل 1384 لم يضمن كثيرا وتدخلت عنه الدوائر المجتمعنة في نفس القرار، لأنه يقع على مسأله التمييز بين فعل الإنسان وفعل الشيء، وقد اشتغل رجال القانون كثيرا بالمعرفة مميزات الشيء الخطير من عدمه واقتصر البعض مفهوم الآلة الذاتية *dynamisme propre*، لكن اليوم لم يعد من موجب في التغزقة وأصبح من الممكن تطبيق أحكام الفصل 1384 مهما كانت طبيعة هذا الشيء.

وكان فقه القضاء يقتضي من مجال انتطاق الفصل 1384 صورتي النقل المجاني والتصادم بين عربتين. بالنسبة إلى الصورة الأولى أصدرت محكمة التعقيب منذ سنة 1928 قرارا مبدئيا أعلنت بموجبه أن أحكام الفصل 1384 لا يمكن أن تكون فاعلة في صورة النقل المجاني، حيث إن القرينة التي وضعها الفصل 1384 لا تحمي إلا المته过错رين الذين لم يساهموا في تحريك الشيء، الأمر الذي يستبعد صورة النقل المجاني، والأساس في ذلك هو القبول بالمخاطر، ولا يمكن من الوجهة الأخلاقية أن يعاقب الشخص على سلوكه الطيب إزاء المتضرر. لكن هذه المبررات كثيرا ما تتقدد وظل فقه القضاء يتدخل للتضييق في اتجاه قرار 1928، وذلك بالتوسيع في مفهوم خطأ الناقل، واستبسط مفهوم الخطأ بالقوية، الأمر الذي أدى في نهاية الأمر إلى التخلص بصفة نهائية عن هذا الاتجاه، وكان ذلك سنة 1968 حيث انتقد مفهوم « الخطأ بالقوية » *virtuelle*، وتم اعتماد القرينة الفصل 1384 في مواجهة السائق الذي لا يمكن أن ينفصى منها إلا بآيات عدم الدفع وعدم التوقع، كما سيأتي. أما بالنسبة إلى صورة التصادم بين عربتين فيعد أن ذمت محكمة التعقيب إلى إعادة قرينة المسؤولية على أساس الفصل 1384 وأبقت على انتطاق الفصلين 1382 و 1383، تراجعت أخيرا واعتمدت القرينة المتبادلة سواء وقع الضرر على جانب واحد أو على الجانبين.

هذا وقد ابتعد فقه القضاء والفقه رويدا رويدا عن مفهوم الخطأ في المسؤولية الشيئية، فيعد أن كان المتضرر يتحمل عبء الإثبات، انتقال العبء إلى المسؤول يحكم القرينة القابلة للتحضن، ثم سرعان ما أصبحت هذه القرينة غير قابلة للتحضن، فقط ينفصى السائق إذا أثبتت القوة القاهرة والأمر الطارئ (1927)، ولم تقل الدوائر المجتمعنة سنة 1930 بقرينة الخطأ، بل قالت بقرينة المسؤولية، وعدلت بعض القرارات من موقف

المسؤولية الشيئية وإن لم يخرج الاتجاه عن مفهوم الخطأ، وأنزم صاحب العمل بالضمان سلامة العملة من الحوادث للوصول إلى إقرار تعويض عادل، لكن التجربة لم تنجح. وفي مرحلة ثانية حاول فقه القضاء تأويل الفصل 1386 تأويلا واسعا ليشمل العقارات الحكيمية والطبيعية على حد سواء، وحتى المنشآت في بعض الأحيان (شجرة، مدرج، آلة)، ليضمن التعويض للمتضرر، فلا يطلب من المدعى إثبات الخطأ بل يطلب منه إثبات الخلل في بناء الشيء. وفي مرحلة ثالثة انتقل النقاش إلى مستوى أحكام الفقرة الأولى من الفصل 1384، ويعود الفضل إلى الفقيه البلجيكي Laurant الذي رأى في هذه الفقرة مبدأ مستقلًا، وتبين عدد من رجال القانون لهذا التأويل (مثل Josserant - Saleilles) ليؤسسوا المسؤولية عن فعل الأشياء بعيدا عن فكرة الخطأ.

وأول تطبيق لهذا الاتجاه كان القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 1896 (انفجار السخان التابع لمركب انجز عنه وفاة الميكانيكي) حيث ألزم المالك بالتعويض على أساس الفقرة الأولى من الفصل 1384، لكن المحكمة اشتطرت يومها ضرورة إثبات عيب الشيء الذي سيفتح التخلص عنه فيما بعد. لكن هذا الاتجاه سرعان ما تراجعت عنه سنة 1897 عندما سمحت للمالك بتفادي الخطأ عنه. ورجعت المحكمة سنة 1914 إلى نفس الموقف المعلن سنة 1896، وانطلاقا من سنة 1920 تخلصت الدائرة المدنية عن مفهوم عيب الشيء لتطبيق أحكام الفصل 1384، وثبتت محكمة التعقيب سنة 1927 مفهوم الشيء الخطير لتطبيق أحكام الفصل 1384، وانطلاقا من سنة 1930 أصبح من الممكن الحديث عن المسؤولية الشيئية مهما كانت طبيعة هذا الشيء سواء كان به عيب أو كان خطرا أو خلاف ذلك.

وكان النقاش على أشدّه للفصل بين فعل الشيء وفعل الإنسان، فالصورة الأولى توجب تطبيق الفصل 1384 فيعني المتضرر من إثبات الخطأ والصورة الثانية توجب تطبيق الفصلين 1382 و 1383 ويطلب من المتضرر إثبات الخطأ. وذهب فقه القضاء في أيامه الأولى إلى مفهوم « فعل الشيء المستقل » لتطبيق أحكام الفصل 1384، أي أن لا تكون الوسيلة بيد الإنسان أو أن تحمل عينا ولو كانت بيد الإنسان، معنى ذلك أن الفصل 1383 ينطبق إذا كان الشيء بيد الإنسان ولا يحمل عينا. لكنه انطلاقا من سنة 1920 (وتدعم هذا الاتجاه سنة 1921 وسنة 1924) تخلص الدائرة المدنية بمحكمه التعقيب عن مفهوم عيب الشيء وطبقت أحكام الفصل 1384 بعيدا عن شرط العيب. ولم يقنع هذا الاتجاه بعض الدوائر وطلت المحاكم متارجحة إلى حدود قرار Jannh'eur سنة 1930، حيث عن المحكمة الاستئناف بـ Besançon نقض الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة Belfort بدعوى أن الفصل المنطبق هو 1382 وكان على المتضرر إثبات الخطأ خلافا لما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية، لكن محكمة

التعاقدية⁽¹⁾). فقد وضع الفقه قواعد عامة في الاعتداء على المكاسب في حالتي الغصب والإتلاف. فالغصب هو أخذ المال دون إذن صاحبه⁽²⁾ ويجب على الغاصب رد المغصوب لو كان قائماً أو رداً قيمته لو هلك حتى لو كان الهلاك يقتصر قاهرة، والإتلاف قد يكون مباشرةً أو تسيباً. فالاتلاف مباشرةً هو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين المباشر والتلف فعل آخر، والإتلاف تسيباً يكون بعمل يقع على الشيء فيفضي إلى تلف آخر، فمن قطع جبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وإنكساره. ويكون حيثذا قد أتلف الجبل مباشرةً، وكسر القنديل تسيباً. والقاعدة أن للمباشر ضامن وإن لم يتعذر والمتسبّب غير ضامن إلا إذا كان متعمداً أو متعدياً⁽²⁾. ففي هذين الصورتين يضع الفقهاء نظرة موضوعية بحيث يطلب التعويض شرط الحصول علىضرر يصرف النظر عن خطأ المسؤول من عدمه، ويشترط الفقهاء أن يكون هناك علاقة سلبية بين الفعل الضار والضرر سواءً مباشرةً أو تسيباً كما تقدم.

والخلاصة في ذلك أنَّ الفقه الإسلامي يضع في مثل هذين الصورتين أحسن ما أصبح يسمى اليوم بالمسؤولية الموضوعية، ولهذا الغرض يسأل عديمو التمييز فقهاً وعليهم الشسان من أموراً لهم؛ فيحكم على غير البالغ «في التعدي في الأموال بحكم البالغ إذا كان يعقل فيغير ما أتلفه إنْ كان له مال فإنْ لم يكن له مال اتبع به»⁽³⁾. والحقيقة أنَّ الفقه الإسلامي يعرِّف التعدي أو النصب أو الاتلاف بكونه الفعل غير المشروع دون الرجوع إلى الحالة التشريحية التي كان عليها الفاعل لتقدير تصرُّفاته.

إليه مثله أو قيمة غيره المثل فيما له مثل ويرد القيمة فيها لا مثيل له وتعتبر القيمة في ذلك يوم القصب لا يوم الرءة وقال الشافعى وأبو حنيفة إنما يرد المثل ولا يرد الشيئ والفوائت الذى يرد إلى المثل أو القيمة هو علاوه المقصوب أو تقصانه أو حدوث عيب مقدس فيه... وأجمعوا على الضمان إذا كان تلفه بجناية من الخاصب... ومن غصب أرضها فىها له الخمار بين هدم البيان وإزالته ويأخذ الغاصب أراضيه وبين تركه على أن يعطي الغاصب قيمة أراضى البيان... ومن غصب أرضها فليس فيها أشجارا لا يorum بقلمها وللمقصوب منه أن يعطيه قيمتها... وإذا تقصن المقصوب عند الغاصب فصاحبه متغير بين أن يأخذ قيمته يوم القصب ويرتكب للخاصب وبين أن يأخذ قيمة القص... والتدنى أعم من القصب لأنه يمكن أن يشمل أحد الرتبة وهو القصب ويشمل كذلك أحد المتنفع دون الرتبة وهو ضرب من القصب... والاستهلاك بخلاف الشيء... ويجرى مجواه التسبب في التلف كمن فتح حارتنا الرجل فتركه متوفيا شرق أو نفع قفص طائر فطار أو حل دائمة فهربت... فهو ضامن لما استهلاكه أو أتلفه أو تسبب في اتلافه سواء قيل كله عمدا أو خطأ

(٤) ضمان الهمة والموصيّة والعارية والرهن والوديعة والقراض والإجارة والصناعة وغير ذلك من العقود المعتبرة بالفقه.

(2) أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي: المراجع السابق، ص 340.
مجمع الفسحات، مشار إليه بالمجلد الأول، عبد الرزاق السنوري، المراجع السابق، ص 8.12
هامش عدد ١.

(3) أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، الغرناطي؛ المترجم السابق، ص 338.

هذا القرار باعتمادها على مفهوم المسؤولية الكاملة *de plein droit*. ورغم المحاولات الفقهية في الحديث عن الخطأ في الحراسة، إلا أن القرارات الأخيرة لم تأخذ بهذه المعيار والتجهيز المحاكم إلى أحسن موضوعية وحملت عديمي التمييز المسؤولية منذ سنة 1964 خلافاً للقرار صدر سنة 1947، وتدعى هذا الاتجاه بتدخل المشرع سنة 1968 بموجب قانون 3 جانفي 1968 وأضاف إلى المجلة المدنية الفصل 489-2 والذى حمل عديمي التمييز المسؤولية. ومؤدى ذلك أن المتضرر لا يطلب منه إثبات الخطأ بجانب المسؤول، بل إن المسؤولية الشبيهة لا تحتكم أصلاً إلى اعتبارات

لقرة الثانية، الفقه الإسلامي

للفقه الإسلامي تصنيفه الخاص في مصادر الالتزام⁽²⁾. وقد عالج الفقه الإسلامي شأنه شأن المدرسة الإنقلو-سكسونية والمدرسة الجرمانية، كل حالة على حدة، وانحاز لبعض المآخذ، التقطة الموضوعية في الالتزام والمسؤولية والخطأ.

وإذا أخذنا بالتقسيم الحديث في الاعتداء على المكاسب والاعتداء على الذات
نلاحظ أن الفقه الإسلامي وضع قرارات خاصة بالنسبة إلى كل حالة. فالضمان في
الاعتداء على المكاسب أو ما يُعرف بالأموال والذمة والأرش وحكومة عدل بالنسبة
إلى الاعتداء على الذات.

فقد أوردت المدارس الفقهية الضمان في باب ما يعرف بالغصب والتعدى والإتلاف عموماً⁽³⁾، إضافة إلى ضمان من انتقلت إليه الملكية وهو ما يعرف اليوم بباب المسؤولية

(1) علي كحلون: دعوى التعويض في حوادث المرور، نشر نجم العرش للكتاب المختص، ص 59 وما بعد.

علي كحلون: إشكاليات نظام التعريض في حوادث المرور من خلال القانون عدد 86 لسنة 2005 المورخ في 15 أكتوبر 2005، الفضاء والتشريع،AVORIL 2010 ص 83 وما يليه.

(2) علاء الدين خروفة: *عقد القرض في الشريعة الإسلامية*, دراسة مقارنة مع القانون الوضعي, مؤسسة نونق بيروت, الطبعة الأولى 1982.

مقدمة أبو العينين بدران: *الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود*، 1982، ص 362 وما يليه.

براجع المقدمة

(3) وتفصيل ذلك على ما ورد في كتاب أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكوفي الغناطي: *القوانين الفقهية*، الدار العربية للكتاب، ص 334 وما بعد. كما يلي: الغصب هوأخذ رقبة الملك أو مقتنه بغیر إذن المالك على وجه الغالب والغير دون حرابة. وذلك أنأخذ أموال الناس بالباطل على عشرة أوجه كلها حرام والمعحكم فيها مختلف المعاشرة والنصب والسرقة والاختلاس والمخاولة والإذلال والغهور في الخصم بإنكار الحق أو دعوى الباطل والقمار والمرشوة والغش. والغصب فيه حن الله السجن والضرب وحق المقصوب وهو أن يرث إليه ما غصبه فإن كان المقصوب فاتحاً رده بيعته إليه وإن كان قد فات رده

وأستردا إلى المخاطر، فإلى مدرسة الخطأ الاجتماعي وتقوم هذه المدرسة على فكرة الخطأ مع تعديل مضمونه، فالخطأ حسب هذه المدرسة ليس الخطأ الأخلاقي وإنما هو العمل الموضوعي الذي لا يرتكبه الإنسان العادي والذي يحدث ضرراً وانتهاء إلى ملسوسة الضمان وقد دافع عنها الفقيه Starck⁽¹⁾، حيث يرى أنه لا خلاف بين النظرة الموضوعية والنظرية الشخصية، لأنهما يتمسكان بتحليل عناصر الخطأ بجانب المسؤول وأغفال المتضرر الذي لحقهضرر، ومن واجب القانون أن يضمن التعويض لمن تضرر، فهو لا يهم الخطأ الذي يمكن أن يؤدي إلى المسؤولية المدنية إذا ما توفر ولكنه لا يعتبره عنصرا ضروريا في التعويض الذي يجب أن يفرض على أساس مبدأ الضمان، فتعويض الضرر واجب على أساس الضمان بمجرد أن يلحق الضرر بالمكاسب أو الذات تجاوزاً لفكرة الخطأ.

وحصل الاختلاف بين الفقهاء حول ضرورة تجاوز فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية، وانخرط أغلب رجال القانون في اتجاه تبني السياسة الموضوعية لفسير معظم الظواهر، وكانت فعلاً الأساس في تقديم معظم الحلول القانونية.

لكن النظرة الموضوعية لم تتصد في عدة مجالات وارتدى التطبيقات إلى نوع من الأسس الشخصية خاصة في مجال البيئة والمعلوماتية، حيث قبل إن المناهج الموضوعية في المسؤولية تُؤتي أثراً سلبياً على نزعة هذه القطاعات، وانحصر التوجه في ضمان الملاعة بين مصلحة المتضرر من ناحية ومصلحة المجتمع من ناحية أخرى⁽²⁾. كما أن فكرة الاختلاط بين الجزاء والتعويض عادت لتسسيطر على التشريع الحديث⁽³⁾. لكن هذا التأثير لم يلحظ مسائلي حوادث المرور وحوادث الشغل اللتين كانتا الأساس في ظهور الأساس الموضوعية في التعويض، بل تطور الفقه والقضاء نحو صياغة نظرية موضوعية. ويمكن التأكيد بدون خطأ على أن الفقه والقضاء، وأمام الرغبة في ضمان تعويض عادل للمتضررين خاصة في حوادث الطرقات، قد تطور بشكل ملحوظ في اتجاه صياغة نظام حديث يبلو مكملاً سواء في تحديد الأطراف الذين يحق لهم التعويض أو في بيان المسؤول المدني أو في ضبط أساس التعويض ونوعية الأضرار وكيفية تقديرها أو في تحديد طريقة الدفع أو في باب الإجراءات.

(1) Starck :Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée . thèse Paris 1947.

(2) علي كحلو: المسؤولية المعلوماتية، مركز النشر الجامعي، تونس 2005.

(3) اتجهت التشريع الحديثة إلى اعتماد مفهوم التعويض الجزائري بمعنى أن تعرّض الفكرة الجزائرية إلزام المتهם بدفع قيمة مالية، وقد أضيفت أحكام التعويض الجزائري للملفحة الجزائية التونسية بموجب القانون عدد 68 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009.

وقد دخلت فكرة العقوبة الجنائية مع التعويض بالفقه الإسلامي بالنسبة إلى القتل الذي يقع على الجسم أو الذات، وجزاؤه الدية والأرش وحكومة عدل. أما الدية، وهي قيمة تعويضية محددة، فتحجب في القتل غير العمد⁽¹⁾ وفي الجنائية على ما دون التسعين غير عمد على عضو يمكن فيه المماللة (قطع عضو). والأرش جزء من الدية، فإذا أصبت بعض من العضو فالدية تجب بنسبة ما أصبت، وتسمى هذه الحالة أرشاً. وتكون حكومة العدل فيما لا يجحب فيه قصاص أو دية أو أرش، أي في الجنائية على ما لا يمكن رد المبالغة، عمداً كان أو غير عمداً، ويترك تقدير الجزاء إلى القاضي، وهي أغلب حالات الجراح والشجاج⁽²⁾. وقد قسم الفقهاء صور الجراح والشجاج إلى عشرة: المخارصة وهي التي تشق الجلد قليلاً وبالباضعة وهي التي تشق اللحم بعد الجلد والذمية وهي التي تنزل الدم والملاحة وهي التي تغوص في الدم والسمحاق وهي التي يبقى بها وبين العظم جلة رقيقة والموضحة وهي التي تكشف عن العظم والهاشمة وهي التي تكسر العظم وتهشم والمتقلة وهي التي توضح وتهشم العظم حتى يتخل منها العظم والمأمومة وهي التي تصل إلى جلد الرأس والجافة وهي التي تصل الجوف⁽³⁾.

الفقرة الثالثة، التوجهات الحديثة

لم يقت الفقه والقضاء عند ذلك الحد بل إنه تحت تأثير التقدم العلمي وظهور الآلات الميكانيكية وطبيعت العمل بها، أضطرر الفقه والقضاء إلى إعادة صياغة أسس المسؤولية من جديد وتشيّع المدارس؛ إلى مذهب عدّة، فمن المدرسة الموضوعية وتعود أفكارها إلى المدرسة الوضعية الإيطالية ورائدتها Ferri. وقد سبق لها أن انتقدت منذ بداية القرن العشرين النظرية الشخصية التي تعتمد على الخطأ في تحديد المسؤولية، والمعلوم أن الخطأ يركبة التعلي والتمييز، يتطلب جانباً من الاعتبارات الشخصية التي قد تعيق طلب التعويض، وإلى المدرسة المختلطة حيث يرى جانب من الفقه Demoge-Savatier⁽¹⁾ أن المسؤولية يجب أن تتبع عن فكرة الخطأ أيام تطور المجتمع وتحوله من مجتمع فلاحي إلى مجتمع صناعي، لأن منظومة الخطأ لا تكفل الرغبة في ضمان التعويض للمتضررين. فتأسس المسؤولية أصلاً على الخطأ

(1) ونجب الدية كذلك في القتل العمد إذا عفا الوالى مخلافاً للشاعر وأبن حجل فإذا وقع العقوبة على القصاص ولا يأخذ الوالى شيئاً.

(2) الشجاج هو الإصابات التي تقع بازدأن والوجه، وهي كلها لا قصاص فيها إلا الموضحة إذا كانت عمداً، لأنها لا يمكن مراعاة المسائلة فيها.

(3) أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي: القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ص 349 وما بعد.

عبد الرزاق الشهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الالتزام بوجه عام، ص 823.

الفقرة الرابعة، التوجّهات الحديثة في تونس

لقد تأثّرت مجلّة الالتزامات والعقود في صياغتها لأحكام المسؤولية بأحكام المجلّة المدنيّة الفرنسية وتطور اجتهداد فقه القضاء بفرنسا⁽¹⁾ غير أنّ المحاكم التونسيّة كان لها رأي خاص في قراءة تلك الأحكام (ب).

أمّة مجلّة الالتزامات والعقود

أوردت مجلّة الالتزامات والعقود أحكام المسؤولية التقصيرية تحت باب «في الالتزامات الناشئة من الجنح وشبه الجنح» وجاء الفصلان 82 و83 في المسؤولية الشخصيّة، وأوردت الفصول 84 إلى 92 تطبيقات للخطأ الشخصي في مسؤوليّة الدولة ومسؤوليّة النشر ومسؤوليّة المنافسة والإشهار والاعتداء على الملكيّة الصناعيّة وشخصيّ المشرع الفصلين 99 و100 لضمار الجوار والفصل 103 للتعسف في استعمال الحق، وجاء الفصل 93 في المسؤوليّة عن الضرر الناشئ عن المختبلين وغيرهم من علليّ العقل وشخصيّ الفصل 93 مكرر لمسؤوليّة الأب والأم عن الطفل ومسؤوليّة أصحاب المصانع والمعلمين عن الضرر الناشئ عن متدربيهم وتلاميذهم وجاء الفصلان 94 و95 في المسؤوليّة عن الحيوان وأورد الفصل 96 نظام المسؤوليّة عن الأشياء الجامدة كما أورد الفصلان 97 و98 نظام المسؤوليّة عن البناء، ويبيّن بقية الفصول جانباً من طرق رد الدعوى بسبب حالة السكر (الفصل 102) والدفاع الشعري (الفصل 104) وصغر السن (الفصل 105) والجنون والبكم والصم (الفصل 106) وجانباً من طريقة التعرّيف في عناصر التعويض (الفصل 107) والتضامن (108) و(109) وانتقال الدعوى (الفصل 114) وتقادها (الفصل 115)، واحتضان المحكمة المدنيّة (الفصل 101).

والواضح أنّ المشرع التونسي أخذ سنة 1906 بالتنظيم التي انتهي إلّيها الفقه والقضاء والقوانين المقارنة وخاصة ما جاءت به المجلّة المدنيّة الفرنسية، وحاول أن يدمج بعض الاتجاهات الفقيهية والقضائيّة التي كانت تسسيطر يومها تأثيراً بالمفاهيم الموضوعية للمسؤوليّة.

ولم ينفع هذا الباب المتعلّق بالمسؤوليّة التقصيرية إلا مرتين سنة 1965 وسنة 1995، حيث ألغيت الفصول 110 و111 و112 و113 م.أ.ع بموجب القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12 فيفري 1965 المتعلّق بإصدار مجلّة الحقوق العينيّة بعد أن استوّت م.ح.ع. أحكام هذه الفصول ونفع الفصل 93 وأضيف الفصل 93 مكرر بموجب القانون عدد 95 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 رغبة في تحسين الصياغة الواردة في باب المسؤوليّة عن فعل الغير.

ولا يعني ذلك مطلقاً أنّ المسؤوليّة التقصيرية لا يمكن أن تقوم على الخطأ في أيّة صورة من الصور، بل العكس هو الصحيح إذ أنّ موضوع المسؤوليّة قد شمل إطار المسؤوليّة عن فعل الغير والمسؤوليّة عن الأشياء أما المسؤوليّة الشخصيّة فقد بقيت مبنية على خطأ بجانب الفاعل، واستقرّ الرأي أخيراً على اعتبار الخطأ التقصيري هو ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغرض قصد الضرر أو بقصده، وهو في نهاية الأمر إلحاد ضرر غير مشروع بالغير أو الإخلال بالتزام سابق أو الإخلال بواجب الائتمان أو الإخلال بواجب أو الإخلال بالتزام قانوني، وفيه ركن مادي وركن معنوي، ويتمثل الركن المادي في التعدي أو الإخلال بواجب قانوني، ويؤخذ فيه بالمعايير الموضوعي على خلاف المعيار الشخصي، لكنّ الموضوعية لا تشمل الظروف الخارجيّة مثل المكان والزمان، بل تشمل الظروف الداخلية مثل السنّ والجنس والحالة الاجتماعيّة وليس هناك تعدي في حالات ثلاثة، حالة الدفاع الشعريّ وحالة تنفيذ أمر الرئيس أو القانون وحالة القبررة، والخطأ في نهاية الأمر هو الانحراف عن السلوك العادي للرجل العادي، لكنّ هذا الخروج عن السلوك العادي قد يأتيه الشخص إذا خرج عن الرخصة أو خرج عن حدود الحق أو تعسّف في استعماله، وهي مفاهيم يتّجه التمييز بينها بمعناها، فالرخصة هي إباحة التصرّف كالتجاوز والكتابة والنشر والتّملك والتّعاقد، إلى غير ذلك من الحرّيات، أمّا الحق فهو مصلحة معينة مرسمة الحدود بمحكمها القانون مثل الملكيّة فهي حقّ والتملك فهي رخصة، فالإنسان في سعيه يمارس حرّياته في حدود الرخصة المسموح بها، فإذا تحصل على حقّ ما من الحقوق، أصبحت الممارسة في إطار ضيق لهذا الحق، والمطلوب في الرخصة أن تمارس مع شيء من الحيطة والتّبصر واليقظة، فإذا انحرّت عن التصرّف العادي وقع الخطأ، وكذلك ينظر إلى الخروج عن الحق فإذا خرج صاحبه عن حدوده وقع الخطأ، وكلّ حقّ حدوده وضوابطه مثل أن يبني المالك فوق حدود أرضه، وكان الاعتقاد السائد قدّيماً أنّ الشخص إذا تصرّف في حدود حقّه لا تلقي على عاته أيّة مسؤوليّة، لكنّ الفقه الحديث أثبت أنّ الخطأ يمكن أن يرتكب ولو أنّ صاحبه لم يخرج عن حدوده وإنّما تعسّف في استعماله، فيحصل التعسّف إذا قصد صاحب الحقّ الإضرار بالغير أو رجع الضّرر رجحاناً كبيراً أو انتفت مسؤوليّة المصالح التي يرمي إليها صاحب الحق، ومن هنا كانت التّفرقة الحديثة بين الممارسة في حدود الرخصة والمارسة في حدود الحقّ والتعسّف في استعماله، ويتمثل الركن المعنوي في معيار التمييز، على خلاف المدرسة الموضوعيّة التي تقول بالمسؤوليّة حتى بالنسبة إلى غير المميز، وبالتالي إذا أتى المستعمل بشكل عام أمراً فيه تعدي لواجب ومن شأنه إلحاد الضّرر بالغير، وقامت العلاقة السببية بين هذا الخطأ وهذا الضّرر، تحقّقت المسؤوليّة التقصيرية الشخصيّة.

بـ-الفقه والقضاء

رأى فقه القضاء في بداية العمل بمجلة الالتزامات والعقود أن جميع أبواب المسؤولية تبني على مبدأ الخطأ حتى أن مسؤولية السائق في حوادث المرور هي مسؤولية شخصية يرجع فيها إلى الفصلين 82 و 83 م.أع، وهي في نهاية الأمر مخالفة للقواعد المتبعة بمجلة الطرقات. وعلى المدعي إثبات هذا الخطأ عملاً بأحكام الفصل 420 م.أع، وإذا تعذر الإثبات يتضمن السائق من المسئولية. وحاولت بعض الدوائر المدنية خلافاً لبعض الدوائر الجزائية أن توسع في مفهوم الخطأ المنسوب إلى السائق، بحيث أن الخطأ يمكن أن يستثنى من خلال أحكام الفصل 10 (قديم) من مجلة الطرقات وهو إجمالاً عدم السيطرة على وسيلة النقل.

وكان من الممكن أن يلجأ للتطبيق إلى أحكام الفصل 96 م.أع الذي كتب بطريقه تسمح بتحميل السائق كامل المسؤولية بعيداً عن فكرة الخطأ، فيعني المدعي من إثبات أي خطأ، «فعلى كل إنسان ضمان الضرر الناشئ مما هو في حفظه إذا تبين أن سبب الضرر من نفس تلك الأشياء إلا إذا ثبت ما يلي: -أولاً: أنه فعل كل ما يلزم لمنع القفز -ثانياً: أن الضرر نشأ بسبب أمر طارئ أو قرارة قاهرة أو بسبب من لحمه». وبالتالي فإن السائق لا يمكن أن يتضمن من المسئولية إلا إذا ثبتت الفقرة الأولى والفرقة الثانية مجتمعتين، معنى ذلك أن هناك قرينة مسؤولية فيتحمل السائق كامل المسؤولية في جميع الصور. والحقيقة أن هذا الفصل كتب في زمن كان النقاش على أشده، ولا شك في أن المشروع كان يسعى إلى تنظيم أحكام المسؤولية بعيداً عن فكرة إثبات الخطأ فيعني المتضرر من إثبات عناصر الخطأ، ولا يطالب إلا بإثبات عنصر الضرر والعلاقة السببية القائمة بين الضرر والوسيلة.

لكن التطبيقات القضائية المتددة لم ترق بالفصل 96 إلى حد قرينة المسؤولية، وقد بدا التأويل جيداً منذ قرار⁽¹⁾ 1961 حين نقضت محكمة التحقيق القرار الاستثنائي الذي قضى بعدم مسؤولية السائق، لكن ذلك لم يكن يتيح انجاز محكمة التحقيق إلى قرينة المسؤولية، فقط أن قضاة الأصل لم يبيتوا بوضوح الخطأ المنسوب إلى المتضرر حتى يتضمن السائق، ولو أن قضاة الأصل انحرافوا إلى تجزئة المسؤولية لرضيت محكمة التحقيق، والمعلوم أن تأسيس المسؤولية المدنية على قرينة الخطأ لا يتعارض مع مبدأ توزيع المسؤولية، وذهبت محكمة التحقيق سنة 1973 إلى وضع الفصلين 83 و 96 على قدم المساواة، فقط يختلف الإثبات في مسألة عبء الإثبات، فيطالع المدعي بإثبات الخطأ على معنى الفصل 83، في حين ينقلب عبء الإثبات على معنى الفصل

(1) Dabdouh Habib, l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile, Thèse pour le doctorat op.cit.

96 على كامل الطرف المسؤول، ويمكن أن يتضمن أن المسؤولية إذا ما انتفى الخطأ بجانبه، ولو كان ذلك عن طريق القضاء الجنائي.

واستقر فقه القضاء على إقصاء أحكام الفصل 96 كلما تعلق الأمر بحادث نقل مجاني أو نصادم بين عريتين، فيطلب في هذين الصورتين إثبات الخطأ في جانب الطرف الآخر بناء على أحكام الفصلين 83 و 82. وكان من المفروض أن لا تقصى مثل هذه الحالات من دائرة الفصل 96 م.أع. وقد حاولت بعض المحاكم الابتدائية اعتماد أحكام هذا الفصل في النقل المجاني، وهو الرأي القواب خاصية وأن الفصل 96 م.أع، لم يستثن صورة النقل المجاني، كما أن أمر 1961 الخاص بالتأمين اعتبر المسافر المجاني بمثابة الغير الذي يجب حمايته، وبالتالي لا يمتنع في إنكار قرينة الفصل 96 م.أع.

والأشد أن محكمة التحقيق تشددت في فهم عنصر التسببية، حيث إن السائق لا يعتبر مسؤولاً إلا إذا كانت الوسيلة في حالة حركة ولها علاقة مباشرة مع القسر، أي أن تكون متخركة، ومن المفروض أن يتوفّر التلازم بين الشيء والمفترض، وبالتالي تفقد التسببية إذا كانت الوسيلة غير متخركة وليس لها دور إيجابي.

لكلّ هذا التأويل الضيق يخالف أحكام الفصل 96 م.أع. كما تقدم، وكان من الممكن الرجوع إلى تأويل حرفي حتى يتحقق القول بالنظرية الموضوعية للمسؤولية خاصة وأن الفصل 554 م.أع. نص بصرامة على أنّ من له التماقّيل التوابع، وكان من الممكن الاعتماد على الرؤيا الموضوعية للفقه الإسلامي للقرار مسؤولية موضوعية.

ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد، وظل رجال القانون يطالعون منذ مدة بالابتعاد عن النظرة الشخصية التي لا تؤمن في حقيقة الأمر للمفترض أساساً منطقياً في جبر الأضرار، وخير البعض تأسيس أحكام الفصل 96 م.أع. على قرينة المسؤولية، وانتقد البعض الآخر مفهوم القرينة سواء كانت مؤسسة على خطأ أو مسؤولية، وأشاروا إلى أن أحكام المسؤولية الشديدة لا يمكن تأسيسها إلا على نظرية التبعية، لضمان التعويض للمفترضين من الحوادث مهمما كانت الأسباب، فكل من كانت له المتفق عليه من الوسيلة المستعملة يتحمل تبعية الأضرار التي تحدثها، والغنم بالغرم، خاصة وأنّ المشرع التونسي نص صراحة على هذا المبدأ بالفصل 554 م.أع. بقوله «الخراج بالضمان أي من له النما فعليه التوار»، وقد سبق لمحكمة التحقيق أن اعتمد هذا الأساس، في قرارات متعدلة. واتجهت محكمة التحقيق بداية من سنة 1987 إلى اعتماد قرينة المسؤولية، واتهت اتجاه الدوائر المجتمعنة سنة 1995 إلى مزيد بلورة أساس المسؤولية التي يقرّها الفصل 96 م.أع. معتبرة أن أحكام هذا الفصل تستند إلى «الضمان»، أو إلى «الحفظ»، وكانت النية تتجه يومها إلى الاقتراب أكثر فأكثر من النظرة الموضوعية.

بإيقاع العقوبة ولا يجوز الصلح من حيث المبدأ في الدعوى الجزائية وتتخضع الجريمة إجمالاً إلى ركن شرعي وركن معنوي وركن معنوي، فلا يمكن تسلیط العقوبة إلا بسبق توفر النصّ الجنائي ولا يمكن أن ثبتت الجريمة إلا بتوفّر الركن الجنائي والمعنوي، والواضح أنّ أغلب الجرائم هي جرائم عمدية تتوجّب توفر النية، وللقانون الجنائي الآيات في البحث وإثارة الدّعوى وممارستها والحكم فيها والطعن فيها وتنفيذ أحكامها وأتأهيل المحكوم عليهم، حيث تخضع الدّعوى الجنائية لمرحلة إجرائية أساسها الاستماع عن طريق الضابطة العدلية وفاضي التحقيق ودائرة الاتهام يكون للنيابة العمومية دور هام خلالها ثم تصرف القضية لطريقها الجنائي. وينفذ الحكم بواسطة النيابة العمومية، ويمكن أن يتوقف التنفيذ وقبلاً بسبب من الأسباب القانونية أو أن ينقضى تماماً⁽¹⁾.

بينما المسؤولية التقصيرية تقوم فيها الدّعوى الجنائية وهي ملك للأطراف ولا دخل للنيابة العمومية في ذلك وتحكم لضوابط الإجراءات الادعائية من حيث المبدأ ويتوالى المحكوم لفائدة نفسه تنفيذ الحكم بواسطة عدل التنفيذ. وتهدّف الدّعوى الجنائية في المسؤولية التقصيرية إلى التعويض عن الفعل الضار عيناً أو بمقابل في حدود الضوابط الواردة بمجلة الالتزامات والعقود.

ولكن ذلك لا يعني غياب أي ترابط بين الدّعوى الجنائية والدعوى الجنائية، بل العكس هو الصحيح فكثيراً ما يتبع عن نفس الفعل جريمة لها عقوبة جنائية ودعوى الجنائية تهدف إلى التعويض مثل ارتكاب حادث مرور أو سرقة. فالغير وغير ذلك من الجرائم، مع أنه من الممكن في بعض الأحيان أن توفر الجريمة في غياب إمكانية الطلب المدني مثل مسك سلاح بدون رخصة أو أن يتوفّر الطلب المدني في غياب آية جريمة مثل المسؤولية عن البناء أو مضمار الجحوار وغير ذلك من الأفعال⁽²⁾.

- المسؤولية التقصيرية الجنائية والمسؤولية الإدارية: القانون الإداري ينظم العلاقة بين الموظف والإدارة والمواطن، فإن ارتكاب الموظف خطأ في مهته يمكن أن تلقى عليه المسؤولية التأديبية بحسب القانون المنظم للموظف فتسلط على الموظف العقوبة التأديبية المناسبة من الإنذار إلى العزل، ويمكن أن يكون نفس الفعل مصدرًا للمواصلة الجنائية والتأديبية كما يمكن أن يكون الفعل محل مسالة تأديبية فحسب، وتستند الإدارة في علاقتها بالمواطن إلى جملة من التصرفات والواقع⁽³⁾، فإذا كان سند الخلل

(1) علي كحولون: دروس في الاجرامات الجنائية، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2009.

(2) سألي على تفصيلات الترابط بين الدّعوى الجنائية والدعوى الجنائية وآثاره في بابه، يراجع باب دعوى المسؤولية.

(3) القانون عدد 40 لسنة 1972 المartzخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإدارية كما وقع تقييمه بموجب القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 ويموجب القانون

والمحصل في ذلك أن المدعى سوف لن يثبت خطأ المسؤول، لأنّ عبء الإثبات يحمل على المسؤول حسب البعض، أو لأنّ فكرة الخطأ غير موجودة تماماً حسب البعض الآخر. ورغم تردد محكمة التعقيب على امتداد عدة سنوات فقد استقرّ فقه قضاء الدّوائر المجتمعية أخيراً سواء بالقضية عدد 1751 الصادرة بتاريخ 30 ماي 2002 أو بالقضية عدد 10480 الصادرة بتاريخ 27 فيري 2003 على تأسيس الفصل 96 م.أ.ع على أساس موضوعية، حيث أشارت المحكمة بوضوح بالقضية عدد 10480 إلى «أنه يؤخذ من أحكام الفصل 96 م.أ.ع. أن قيام العلاقة السببية بين الشيء والضرر تنشأ عن قريبة قانونية على مسؤولية الحافظ. وهذه القريبة لا يكفي لدحضها إثبات الحافظ أنه فعل كل ما يلزم لمنع الضرر بل حتى في هذه الحالة يبقى مسؤولاً إلى أن يثبت أيهما السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو الأمر الطارئ أو خطأ المتضرر أو الغير»⁽⁴⁾.

المبحث الثاني: مميزات المسؤولية التقصيرية

-تعريف المسؤولية التقصيرية: المسؤولية التقصيرية هي المسؤولية الناتجة عن خرق واجب قانوني سواء كان الفعل عمداً أو غير عمداً. فإذا كان المعيار في تحديد الخرق هو طبيعة الشخص وقدراته ومسنه وجنسه كان المعيار شخصياً وإذا اعتمدنا معيار خارج الشخص كان المعيار في العدّي موضوعياً.

والأصل أن تكون المسؤولية قانونية أو أدبية والمسؤولية القانونية إما تكون جنائية أو غير جنائية، وما هو غير جنائي إما أن يكون مسؤولة إدارية أو مدنية والمسؤولية المدنية إما أن تكون تعاقدية أو غير تعاقدية وكذلك الإدارية. والمسؤولية التقصيرية في إطار المسؤولية المدنية هي مسؤولة قانونية مدنية غير أدبية وغير جنائية وغير إدارية وغير تعاقدية.

-المسؤولية التقصيرية والمسؤولية الأدبية: فالمسؤولية الأدبية أشمل بكثير من المسؤولية القانونية إذ تصل بالضمير وحدوده وعلاقة الإنسان به وبجميع الناس، فهي مسؤولية ذاتية مكانتها الضمير والنفس وهي واقعة ولو في غياب الضرر. بينما المسؤولية القانونية أساسها القانون وحدوده ولا تتوفّر إلا بتوفّر الضرر في علاقة الإنسان بالإنسان.

-المسؤولية التقصيرية والمسؤولية الجنائية: وتتميز المسؤولية التقصيرية كذلك عن المسؤولية الجنائية إذ الضرر في المسؤولية الجنائية يصيب المجتمع كافة والجزاء هو العقوبة الجنائية الواردة بالمجلة الجنائية والنصوص الخاصة، الإعدام أو السجن أو الخطية أو العمل للمصلحة العامة أو التعويض الجنائي، وطالبت النيابة العمومية

(1) علي كحولون: دعوى التعويض في حوادث المرور، المرجع السابق، ص 71 وما بعد.

ورغمما عن ذلك حاول البعض⁽¹⁾ القول بوحدة المسؤولية unité de responsabilité عوضا عن ازدواجية المسؤولية dualité de responsabilité، بعلة أن المسؤولية واحدة سواء كانت تعاقدية أو تقصيرية فالإخلال واقع بالتزام سابق في الاثنين وليس في المسؤوليتين ما يميز بعضها عن الآخر، إذ الأهلية ليست شرطا من شروط المسؤولية وليس في الإثبات ما يميز الواحدة عن الأخرى والإعذار لا يرتبط بطبيعة المسؤولية بل بطبيعة الالتزام وكذلك الفرض غير المتوقع كما يرتبط التضامن والتقادم والإعفاء بالقانون وليس بطبيعة المسؤولية.

والحقيقة أن الاختلاف والتمييز بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية يبقى قائما، فلا أحد ينكر أن سبب المسؤولية التعاقدية هو عدم تنفيذ بنود العقد الذي كان محل اتفاق بين الطرفين بينما المسؤولية التقصيرية ليس فيها عقد بل هو إخلال يرتكب قانوني، ومن ثم كان نظام كل مسؤولية مختلفا عن الآخر.

ومن أجل ذلك لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين cumul) أو الخيار بينهما option)، فلا يجوز الجمع بمعنى أن لا يصح للمتضرر القيام على أساس المسؤولية التعاقدية ثم على أساس المسؤولية التقصيرية فيحصل على تعويضين أو أن يحصل على تعويض واحد بعد أن رفض واحد منها أو أن يتلقى الأحسن في النظائر. ولا يجوز الخيار بمعنى أن يختار المتضرر السند الأصلح عقدا أو واقعة كما ذهب البعض، فمعنى توفر العقد فلا يمكن القيام إلا على أساس المسؤولية التعاقدية، وهو الأدق والأصولي والأقرب إلى المبادئ القانونية⁽²⁾.

(1) Planiol : Traité élémentaire, II.n° 812 et suiv.

Planiol et Ripert : Traité pratique de droit civil, tome 6 et 7.

Planiol – Esmein... Les obligations.

(2) هذا الموضوع له علاقة بمسألة سبب الدعوى، وسيقع تناوله في باب دعوى المسؤولية. ولكن لشأن من الآن أن الشند أو السبب القانوني الذي تأسس عليه الطلبات يختزل البعض في التصرف أو الواقعية القانونية أي مصادر الحق المباشرة، ومنهم من يحصره في الظروف الواقعية المتناثكة بها لإثبات الحق، أي جملة العناصر المنشطة للحق المتناثع فيه وهي وقائع الدعوى ومنهم من يجعله محضرا في النص القانوني.

وحيث إن مجلة الإجراءات المدنية جعلت السبب محضرا في الواقع القانوني والأسائد القانونية، خلافا لاتجاه القانون الفرنسي، ولم تأخذها بجزءه البطلان بالفصل 21 م.م.ت وقدرت إمكانية تغير سبب الدعوى استثنائيا بالفصل 148 م.م.ت، كان يستند في البداية إلى خطأ شخصي، ثم إلى خطأ عن فعل الشيء في طور الاستئناف، أو أن يتمسك بالخطأ المثبت في البداية، والخطأ المفترض في طور الاستئناف، بل إنه يمكن للمحكمة تغير سبب الدعوى تجاهزا للسبب وبين بعرضة الدعوى ولا بعد ذلك من قبيل الطلبات الجديدة. كما أن رفض الدعوى على سبب محمد لا يجوز إعادة رفعها على سبب آخر إذا كانت الواقع نفسها، ذلك أن المجلة انحازت إلى التعريف الواسع لسبب الدعوى، فهو إخلال المدعى عليه بمصلحة مشروعة للمنتعي، فهو جملة الواقع المادية التي يجب أن يرزها

هو التصرف قامت المسؤولية الإدارية التعاقدية وإذا كان الواقع هو السندي في المسائلة كانت المسؤولية الإدارية تقصيرية، عادة ما يرجع فيها إلى أحكام القانون الإداري لكنه كثيرا ما يتسنى بالقواعد العامة المواردة بمجلة الالتزامات والعقود⁽¹⁾.

– المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية: تقوم المسؤولية التعاقدية على أساس الإخلال بالتزام تعاقدي، فهي نتيجة التأخير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو عدم تنفيذه جزئيا أو كليا، ويكون الدائن والمدين على معرفة سابقة بحكم سبق المفاوض والإمساء على العقد. وبذلك فإن المسؤولية التعاقدية تقوم بين الطرفين المتعاقددين وعلى أساس وجود عقد صحيح وتختلف المدين عن تنفيذه، فإذا كان الخلل قبل إبرام العقد أو لم يثبت إبرامه أو ثبت بطلان العقد أو إمكانية إبطاله بعد إبرامه فلا تقوم المسؤولية التعاقدية بل تبقى المسؤولية تقصيرية، ولا تقوم المسؤولية التعاقدية إلا إذا تأخر المدين في التنفيذ أو تقرر التنفيذ بسبب المدين، ولا يقوم معنى عدم التنفيذ إلا إذا رفض المدين تنفيذ أحكام العقد التي كانت محل اتفاق⁽²⁾.

وللمسؤولية التعاقدية نظام مميز، فيشترط فيها أهلية الرشد في التعاقد ويلزم الدائن بإثبات وجود العقد بدأة ولا تقوم المماطلة إلا بالإذار ولا تتعرض إلا للأضرار المعلومة يوم التعاقد وليس فيها تضامن إلا بسبق الاتفاق ولها آجال مميزة في التقادم ويجوز إيقاع الإعفاء منها اتفاقا.

يبقى المسؤولية التقصيرية قائمة على الإخلال بواجب قانوني وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير وليس للطرفين أي الدائن والمدين معرفة سابقة ببعضها. وهي تقوم في حدود الفعل الضار والضرر والعلاقة السيئة بينهما. ويبقى للقضاء تحديد التغريم في نهاية الأمر مع إمكانية أن يحدد اتفاقا أو قانونا في بعض الأحيان. وليس في المسؤولية التقصيرية اتفاق سابق وإنما حجم الفعل الضار وطبيعته هو المحدد لطبيعة المسؤولية وقيمة التعويض.

وللمسؤولية التقصيرية نظام مميز بحيث تقوم المسؤولية فيها على ركن التمييز والأصل أن يثبت الدائن الضرار والفعل الضار والعلاقة السيئة وليس فيها إعذار ويمكن تعويض الأضرار المتوقعة في الحال والمآل والتضامن مفترض فيها ولها آجال خاصة في التقادم ولا يجوز الإعفاء منها مسبقا.

الأساسي عدد 11 لسنة 2002 المؤرخ في 4 فبراير 2002 ويعوجب القانون الأساسي عدد 10 لسنة 2003 المؤرخ في 15 فبراير 2003.

(1) مستعرض لاحقا لدعوى المسؤولية أمام المحكمة الإدارية. يراجع باب دعوى المسؤولية.

محمد الصالح بن عيسى: الدعوى المتعلقة بمسؤولية الإدارية أمام المحكمة الإدارية، مقالة منشورة بكلية إصلاح القضاء الإداري، مركز نشر الجامعي تونس، 1999، ص 147.

(2) معنى ذلك أن الضرر الناجم عن أمر ليس فيه ضمان المتعاقدين يخرج عن إطار المسؤولية التعاقدية.

تهدف ضوابط المسؤولية فقط إلى تعويض الضرر وبذلك فإن الضرر هو الأساس في المسؤولية ويتوفر هذا الشرط في جميع صور المسؤولية مهما تعدد وتنوعت، فالأشياء الجامدة وغير الجامدة وأفعال الإنسان إذا كانت لا تخطر فإنها يمكن أن تكون سبباً في إلحاق الضرر، ولذلك فإن الخطأ ليس سبباً تشرك فيه جميع صور المسؤولية، بل إن البعض من الأنظمة يتأسس على الخطأ والبعض الآخر يفترضه البعض الآخر لا يشترطه أصلاً، على أنه من المنطقي أن تتوفر العلاقة السببية بين الضرر والفعل، وبذلك فإن جميع أنظمة المسؤولية تشرك في الضرر (المبحث الأول) وال العلاقة السببية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الضرر

الضرر هو ما يصيب ذات المتضرر أو مكتابه، وهو ركن أساسي في المسائلة مهما كان سند الطلب، مسؤولية شخصية أو مسؤولية عن فعل الغير أو مسؤولية شبيهة، ومهما كانت وجهة النظر شخصية أو موضوعية، ومع ذلك فلا يمكن الأخذ بالضرر إلا إذا توفر شروطه (الفقرة الأولى) مهما كان نوعه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط الضرر

نص الفصل 107 م. اع. على أن «الخسارة الناشئة عن جنحة أو ما يتزلف منها تشمل ما تلف حقيقة طالبها وما صرفه أو لابد أن يصرفه لتدارك حوافر الفعل المضر به والأرباح المعتادة التي حرم منها بسبب ذلك الفعل وتقدير الخسارة من المحكمة يختلف باختلاف سبب الضرر من كونه تغيراً أو خطأً، وقد أورد هذا الفصل الشروط الخاصة بالضرر فلا بد أن يكون الضرر محققاً أي ما تلف حقيقة في الحال أو المال وأن يقع الضرر بسبب الفعل المضر أي أن يكون مباشر أو لا يمكن أن يطلب الضرر إلا من تضرر في ذاته ومآلاته وهو الطالب أي أن يكون الضرر شخصياً.

وبذلك فإنه يجب أن يكون الضرر مباشراً (أ) محققاً (ب) وشخصياً (ت). تلك هي الشروط الثلاثة في الضرر.

أ- يجب أن يكون الضرر مباشراً

يكون الضرر مباشراً إذا كان نتيجة لفعل المضر، فهو تماقبت الأضرار والنتائج لل فعل الواحد فلا يعتمد إلا بالضرر المباشر، فلو توجه عن السبب الواحد علة أضرار كما

وقد ناقش الفقه والقضاء في هذا الباب مسألة الخيار أو الجمع بين المسؤولتين، التعاقدية والتقصيرية، والمبدأ في ذلك أنه إذا توفرت شروط المسؤولية التعاقدية فلا يمكن القيام إلا على أساسها باعتبار أن الفصل 242 م. اع نص صراحة على أن «ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا يقضى إلا برضائهما أو في الصور المقررة في القانون»، والأصل في ذلك أن المسؤولية التعاقدية تجب المسؤولية التقصيرية وهو الرأي الغالب بالقضاء، رغم بعض الآراء المخالفه لهذا الاتجاه.

كما أن محكمة التعقيب التونسية تدخلت في عدة صور لتبيّن أن أساس مسؤولية التألف على وجه المثال هو العقد⁽¹⁾، معنى ذلك أنه لا يمكن للمتضارر تأسيس دعوه على أساس المسؤولية التقصيرية إذا كان مرتبطة بالشركة بعقد نقل، ويطلب هذا الخلق تنظيمياً للعمل القضائي واحتراماً للمبادئ القانونية.

لكن محكمة التعقيب وأشارت سنة 1995 في قرارها عدد 42389 الصادر بتاريخ 16-3-1995 إلى أنه «توفر للمتضارر من حادث طريق علة أساس قانونية لطلب التعويض كمسؤولية التقصيرية والمسؤولية الشبيهة والمسؤولية التعاقدية وهو حر في الاختيار بينها». وإذا خلصنا إلى أن دعوى التعويض في حوادث المزور يمكن أن تؤسس على اعتبارات تعاقدية أو تقصيرية، والملجأ في ذلك هو أحكام الفصول 96-83-82 م. اع، والمتضارر حر حسب هذا الاتجاه في اختيار السند القانوني المناسب، والحقيقة أن محكمة التعقيب التونسية وباستثناء بعض الصور الخاصة لم تلتزم باتجاه واضح بل إن القرارات التعقيبية قد تقضي بالتعويض ولا نكاد ندرك الأساس الذي اعتمده⁽²⁾.

بقي الآن أن نبين الشروط المشتركة في المسؤولية التقصيرية، بعد أن قدمنا لأحكام المسؤولية التقصيرية.

الفصل الأول:

الشروط المشتركة في المسؤولية التقصيرية

المتضارر وذلك هو المعيار في تحديد سبب الدعوى من خلال مجلة المرافعات المدنية، فلا يرغم المدعى أصلاً على إدراج النص القانوني، وعلى فرض أنه استند إلى نص قانوني دون آخر، فلا شيء يمنع القاضي من تكيف الواقع وتطبيق النص القانوني الشليم، حيث إن الدفعات القانونية الصرفية وخاصة ما يتعلق بعنصر التكيف فهو من مشمولات عمل المحكمة.

(1) يراجع القرار التعقيبي عدد 10624 الصادر بتاريخ 17 جانفي 1985 ن. م. ت، 1985 ج. 1، ص. 190.

(2) يراجع القرار عدد 6221 الصادر بتاريخ 6 أوت 1981.

ورغمًا عن ذلك حاول البعض عوضًا عن ازدواجية المسؤولية dualité de responsabilité، بعلة أن المسؤولية واحدة سواء كانت تعاقدية أو تقصيرية فالإخلال واقع بالتزام سابق في الاثنين وليس في المسؤولتين ما يميز بعضها عن الآخر، إذ الأهلية ليست شرطا من شروط المسؤولية وليس في الإثبات ما يميز الواحدة عن الأخرى والإعذار لا يرتبط بطبيعة المسؤولية بل بطبيعة الالتزام وكذلك الضرر غير المتوقع كما يرتبط التضامن والتقادم والإعفاء بالقانون وليس بطبيعة المسؤولية.

والحقيقة أن الاختلاف والتمييز بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية يبقى قائما، فلا أحد ينكر أن سبب المسؤولية التعاقدية هو عدم تفويت بنود العقد الذي كان محل اتفاق بين الطرفين بينما المسؤولية التقصيرية ليس فيها عقد بل هو إخلال بواجب قانوني، ومن ثم كان نظام كل مسؤولية مختلفا عن الآخر.

ومن أجل ذلك لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين cumul) أو الخيار بينهما option)، فلا يجوز الجمع بمعنى أن لا يصح للمتضارر القيام على أساس المسؤولية التعاقدية ثم على أساس المسؤولية التقصيرية فيحصل على تعويضين أو أن يحصل على تعويض واحد بعد أن رفض واحد منها أو أن يتغى الأحسن في النظائر، ولا يجوز الخيار بمعنى أن يختار المتضارر المستأصل عقدا أو واقعة كما ذهب البعض، فمعنى توفر العقد فلا يمكن القيام إلا على أساس المسؤولية التعاقدية، وهو الأدق والأصول والأقرب إلى المبادئ القانونية⁽²⁾.

(1) Planiol : *Traité élémentaire*, II.n° 812 et suiv.

Planiol et Ripert : *Traité pratique de droit civil*, tome 6 et 7.

Planiol – Esmein... Les obligations..

(2) هذا الموضوع له علاقة بمسألة سبب الدعوى، وسبقه تناوله في باب دعوى المسؤولية، ولكن لنشير من الآن أن السند أو السبب القانوني الذي تناوله عليه الطيارات يختزل البعض في التصرف أو الواقعية القانونية أي مصادر الحق المباشرة، منهم من يحصره في الظروف الواقعية المتنسّك بها لإثبات الحق، أي جملة المناصر المتشنة للحق المتنازع فيه وهي وقائع الدعوى ومنهم من يجعله منحصرا في النص القانوني.

وحيث إن مجلة الإجراءات المدنية جعلت السبب منحصرًا في الواقع القانوني والأسانيد القانونية، خلافاً لاتجاه القانون الفرنسي، ولم تأخذها بجزء البطلان بالفصل 71 م.م.م.ت وقدرت إمكانية تغير سبب الدعوى استناداً بالفصل 148 م.م.ت، كان يستند في البداية إلى خطأ شخصي، ثم إلى خطأ عن فعل الشيء في طور الاستئناف، أو أن يتمسك بالخطأ المثبت في البداية، والخطأ المفترض في طور الاستئناف، بل إنه يمكن للمحكمة تغيير سبب الدعوى تجاوزاً للسبب المبين بعرضة الدعوى ولا يعد ذلك من قبيل الطلبات الجديدة. كما أن رفض الدعوى على سبب محدث لا يجوز إعادة رفعها على سبب آخر إذا كانت الواقع نفسها، ذلك أن المجلة احنازت إلى التعريف الواسع لسبب الدعوى، فهو إخلال المدعى عليه بمصلحة مشروعه للمدعى، فهو جملة الواقع المادية التي يجب أن يبررها

هو التصرف قامت المسؤولية الإدارية التعاقدية وإذا كان الواقع هو السند في المسائلة كانت المسؤولية الإدارية تقصيرية، عادة ما يرجع فيها إلى أحكام القانون الإداري لكنه كثيراً ما يستأنس بالقواعد العامة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود⁽¹⁾.
المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية: تقوم المسؤولية التعاقدية على أساس الإخلال بالتزام تعاقدي، فهي نتيجة التأخير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو عدم تفويتها جزئياً أو كلياً، ويكون الدائن والمدين على معرفة سابقة بحكم سبق التفاوض والإمضاء على العقد. وبذلك فإن المسؤولية التعاقدية تقوم بين الطرفين المتعاقدين وعلى أساس وجود عقد صحيح وتخلف المدين عن تنفيذه، فإذا كان الخلل قبل إبرام العقد أو لم يثبت إبرامه أو ثبت بطلان العقد أو إمكانية إبطاله بعد إبرامه فلا تقوم المسؤولية التعاقدية بل تبقى المسؤولية تقصيرية، ولا تقوم المسؤولية التعاقدية إلا إذا تأخر المدين في التنفيذ أو تذرع التنفيذ بسبب المدين، ولا يقوم معنى عدم التنفيذ إلا إذا رفض المدين تنفيذ أحكام العقد التي كانت محل اتفاق⁽²⁾.

وللمسؤولية التعاقدية نظام مميز، فيشترط فيها أهلية الرشد في التعاقد ويلزم الدائن بإثبات وجود العقد بدأه ولا تقوم المساطلة إلا بالإذنار ولا تعوض إلا الأضرار المعلومة يوم التعاقد وليس فيها تضامن إلا بسبق الاتفاق ولها آجال منمزة في التقادم ويجوز إيقاع الإعفاء منها اتفاقا.

بينما تبقى المسؤولية التقصيرية قائمة على الإخلال بواجب قانوني وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير وليس للطرفين أي الدائن والمدين معرفة سابقة ببعضها. وهي تقوم في حدود الفعل الضار والضرر والعلاقة المسببة بينهما، ويقتصر القضاء تحليلاً التعويض في نهاية الأمر مع إمكانية أن يحدّد اتفاقاً أو قانوناً في بعض الأحيان، فليس في المسؤولية التقصيرية اتفاق سابق وإنما حجم الفعل الضار وطبيعته هو المحدد لطبيعة المسؤولية وقيمة التعويض.

وللمسؤولية التقصيرية نظام مميز بحيث تقوم المسؤولية فيها على ركن التمييز والأصل أن يثبت الدائن الضرر والفعل الضار والعلاقة المسببة وليس فيها إعذار ويمكن تعويض الأضرار المتوقعة في الحال والمال والتضامن متفرض فيها ولها آجال خاصة في التقادم ولا يجوز الإعفاء منها مسبقاً.

الأساسي عدد 11 لسنة 2002 المؤرخ في 4 فيفري 2002 وبموجب القانون الأساسي عدد 10 لسنة 2003 المؤرخ في 15 فيفري 2003.

(1) مستعرض لاحقاً لدعوى المسؤولية أمام المحكمة الإدارية، يراجع باب دعوى المسؤولية.

محمد الصالح بن عيسى: الدعوى المتعلقة بمسؤولية الإدارة أمام المحكمة الإدارية، مقالة منشورة في كتاب إصلاح القضاء الإداري، مركز إنشر الجامعي تونس، 1999، ص 142.

(2) معنى ذلك أن الضرر الناتج عن أمر ليس فيه ضمان المتعاقدين يخرج عن إطار المسؤولية التعاقدية.

ويعرف هذه الشرط بعض التعديلات كذلك بالنسبة إلى الضرر الذي يدعى الشخص المعنوي فهل أن الضرر يمكن أن يكون شخصيا إذا طلب الشركة التعويض؟ وليس للذات المعنوية شخصية مادية ولا يمكن بالتالي أن يكون الضرر شخصيا. واحدة ما يقع التمييز بين الضرر الذي يصيب أحد الشركاء شخصيا والضرر الذي يصيب الشخص المعنوي ذاته. ومع ذلك يبقى الشرط قائما إذ أن الشخص المعنوي هو الممثل للمصلحة الجماعية للشركة وأن الضرر الذي يصيب جميع الشركاء إنما هو في الحقيقة ضرر يصيب الشخص المعنوي وهو ضرر شخصي⁽¹⁾.

الفقرة الثانية، أنواع الضرر

نص الفصل 82 م.أ.ع. على أن الضرر يكون حسناً أو معتبراً، وكذلك فعل الفصل 83 م.أ.ع. ورغم أن العبارات لم تذكر في باب المسؤولية عن فعل الغير أو المسؤولية الشيئية فإن الأمر واحد، حيث استقر الرأي فقهيا وقضاء على أن الضرر يمكن أن يكون في نهاية الأمر مهما كان نوعه إما ماديا (أ) أو معتبرا (ب).

أ-الضرر المادي
يطرح الضرر المادي ثلاث إشكالات هامة: شروطه (1) أنواعه (2) وانتقاله (3).

1-شروط الضرر المادي
يجب أن يكون الضرر المادي محققا وأن يقع الإخلال بحق أو بمصلحة مالية مشروعة.

يجب أن يكون الضرر المادي محققا: أي أن يكون وقع فعلاً أو أنه سيقع حتماً أي أن يكون ضرراً حالياً أو مستقبلاً، في الحال مثل الموت وإنلاف عضو أو المال.

(1) أدرك الفقة صورة الضرر الذي يصيب الشخص المعنوي وأعضاء يقول خاص، فإذا وقع الضرر على جماعة، ولم تكن لهذه الجماعة الشخصية المعنوية، نشأت لكل فرد دعوى شخصية، وإذا كانت لهذه الجماعة الشخصية المعنوية، يجب التمييز بين المصلحة الفردية للشخص والمصلحة الجماعية الشخصية للشخص المعنوي والمصلحة الجماعية العامة للشخص المعنوي، فتشمل للعضو دعوى شخصية إذا ما نضررت المصلحة الفردية، وتشمل دعوى شخصية للشخص المعنوي إذا ما أصيبت المصلحة الخاصة أو العامة للشخص المعنوي، وقد تقرر أن الشخص المعنوي يتضرر مادياً ومعتبراً ويحق بواسطة من يمثله طلب التعويض، وكان الطلب قائماً في الاعتداء على حق ثابت. ويبيّن للقاضي مطلق الحرمة في تحديد قيمة وتقديره في غياب معايير علمية أو قانونية لني طريقة ضبطه. وليس بالمجلة المدنية ما يعارض هذا الاتجاه.

مثل العجز المستمر الذي سيؤثر حتماً على إنتاجية العامل، والضرر المستقبلي ليس هو الضرر الاحصائي الذي ربما يقع أو لا يقع وهو خارج عن دائرة الضرر على خلاف فوات الفرجمة فهي من الأضرار المحققة وقد تقدم شرح ذلك.
يجب أن يقع الإخلال بحق: الحق قيمة مادية ومحنة وقد تستخدم مفاهيم موضوعية أو ذاتية بحسب المدارس والمناهج حيث قال البعض إن الحق لا يمكن أن يكون إلا موضوعياً يمعنى أن القانون هو المحدد للحق وليس من الممكن الحديث عن حقوق ذاتية. وقال البعض الآخر بالمفهوم ذاتي للحق. ويدخل في معنى الحق مادياً كل ما له قيمة مالية ويدخل في معنى الحق معتبراً كل ما له قيمة معتبرة للشخص مثل الحقوق الأدبية والحقوق المترتبة بالحالة الشخصية، مثل الولاية وحق الطلاق والنسب، ولا تشمل الثمرة المالية للشخص إلا ما يدخل في معنى الحق العادي الذي يمكن أن يكون في نهاية الأمر إما حسناً علينا أو حسناً شخصياً.

ولم يكن من البسيط الاعتراف بالحق ذاتي للشخص، فقد رفضت المدارس الثالثية وجود الحق ذاتي من الأصل؛ فليس ما يسمى بالحق إلا روابط بعيدة عن ذات الشخص⁽²⁾. ورفضت بعض المدارس الوضعية بدورها مفهوم الحق ورأى فيه مجرد علاقة موضوعية يحددها القانون وليس للشخص أي دخل في ذلك⁽³⁾. ولكنه استقر الرأي لدى معظم رجال القانون الحديث عن نظرية الحقوق ذاتية⁽⁴⁾. وأصبح الحق ذاتي وجوده في النظرية العامة.

وقد انعكس اختلافات رجال القانون على تعريف الحق بحسب المدارس الموضوعية أو الشخصية. فإذا عرفت المدارس الشخصية الحق وعلى رأسها الفقيه Savigny بكونه سلطة إرادية um pouvoir de volonté يقرّرها القانون ذهب المدارس الموضوعية وعلى رأسها الفقيه Ihering إلى أن الحق مصلحة محمية قانونا intérêt juridiquement protégé. فالتعريف الشخصي يركّز على طبيعة تدخل إرادة الشخص والتعريف الموضوعي يركّز على أهمية تدخل القانون في حماية أو بيان حدود الحق. ولذلك ظهرت منتصف القرن العشرين بعض النظريات الوسطية التي حاولت التوفيق بين النظريتين الشخصية والموضوعية. فقد تقدم Dabin في كتابه «الحق ذاتي» سنة 1952 بأربعة عناصر اعتبرها مختبئة في تعريف الحق: الاستئثار والتحكم واحترام

(1) Jacques Ghestin : Traité de droit civil, introduction générale, par Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, 3 ème éd. L.G.D.J. Paris, 1990, n° 166 et suiv. p. 123 et suiv.

(2) DUGUIT : Traité de droit constitutionnel, Tome troisième, Paris 1930, troisième édition en cinq volumes, p. 635-674, n° 94.

(3) محمد الشرفي: مدخل لدراسة القانون، ص. 263 وما بعد.
محمد كمال شرف الدين: قانون مدني، النظرية العامة، ص. 170، عدد 159.

تدخل في باب الضرر، فهي جملة الأرباح المعتادة التي حرم منها المتضرر بسبب الفعل الضار. فكلّما كان من شأن الفعل وفي جميع الحالات أن يفوت على المتضرر الفرصة في جني الربح كلّما كان ذلك من قبيل فوات الفرصة. فرغم أنّ الفرصة أمر محتمل فإن ضياعها محقق، كما في صورة فوات فرصة القيام بإجراءات الشفعة أو المشاركة في تبييت عقار أو مناقصه، وغير ذلك من الحالات.

ولذلك لا بدّ من التمييز بين الضرر المحقق الحالى فعلًا والضرر المتحقق الذي سيحصل مستقبلاً وفوات الفرصة والضرر الاحتمالي.

تـ- يجب أن يكون الضرر شخصيا

يكون الضرر شخصياً إذا أصاب الضرر طالب التعويض في ذاته أو ماله. ولا يمكن من حيث المبدأ بطبيعة الحال أن يطلب الغير التعويض شخصياً عن الضرر والحال أنّ المتضرر مازال على قيد الحياة. وقد تسأله رجال القانون فعلًا في هذا الباب عن إمكانية الغير في المطالبة بالتعويض وإن كان المتضرر على قيد الحياة، مثل الأب الذي يشاهد ابنته تتعدّب وهي مقعدة بسبب الحادث، أو الأم التي تشاهد ابنتها تتألم يومياً. ورغم أن بعض المحاكم الفرنسية اتخذت أحکاماً في هذا الاتجاه⁽¹⁾، واعتمده الاتحاد الأوروبي بقراره عدد 75 في شخص الأب والأم وفي حالات استثنائية⁽²⁾. إلا أنّ الفقه يكاد يجمع على إنكار حق الغير في المطالبة بالتعويض لأنّ الضرر المطالب به في نهاية الأمر لا يعتبر مباشراً ومحقاً. لكنّ محكمة التعقيب التونسية نقضت سنة 1992 القرار الاستثنائي الذي رفض دعوى الزوج في المطالبة بالأضرار التي لحقت به بسبب تعرض زوجته، التي مازالت على قيد الحياة، لحادث أفقداها رحمها، وبالتالي القدرة على الإحسان الجنسي، متبررة أنّ الضرر يمكن أن يصيب شخصين، في حين أنّ محكمة الاستئناف نفت أن يكون الضرر الذي أصاب الزوج من قبيل الأضرار المباشرة⁽³⁾. ومع ذلك يبقى المبدأ قائماً وهو أنّ الضرر يجب أن يكون شخصياً⁽⁴⁾.

(1) Civ 13 mars 1971 , ga. du pal., 1971-1-1971.

Crim 15 février 1972, J.C.P., 1972-4-p. 75.

(2) (le père, la mère, et le conjoint de la victime qui en raison d'une atteinte à l'intégrité physique ou morale de celle-ci subissent des souffrances d'un caractère exceptionnel.)

(3) قرار تعقيبي مدني عدد 27207 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1992 نشرة محكمة التعقيب 1992 ص 542.

(4) بقى أنه من الممكن بطبيعة الحال أن يتربّض المتضرر عليه أو مقدمه وحتى النير في بعض الصور، ولكنها تبقى مجرد زيارة قانونية أو اتفاقية في حق المضرر وسائلي الحديث مقصلاً في ذلك في باب دعوى المسؤولية.

في صورة أن يرتكب الأب حادثاً فيصاب في بدنه ويتأخر عن عمله وعن بيته وأصدقائه ويتعذر عليه إعطاء بعض الدروس الخاصة لأحد التلاميذ فيرفض هذا التلميذ الانسحاق إلى المدرسة دون مراجعة كما تعود لم تراجع التائج المدرسي، وكما في صورة أن يتأخّر الناقل عن موافقة المصنوع بالمواد الأولوية فيتوقف المصنوع وتتراجع نتائجه فيعزز جانب من العملة ويضرّر أفراد القرية بسبب عدم تزويدها بالمواد المصنوعة... والحقيقة أنّ لكلّ فعل عدة نتائج فلا يعتمد إلا بال نتيجة المباشرة أي التي تكون نتيجة طبيعية للعمل فلا ينظر إلى النتائج مهما تعددت طالما أنها ليست مباشرة. ويكون الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يتمكّن المضرر من تفاديه ببذل مجهود قليل، ولو كان من الممكن تفاديه الغير ببذل مجهود قليل ما صح القول بالشرط المباشر.

وليسقصد من العلاقة المباشرة بين الفعل والضرر أن يكون الضرر محققاً، فشّة فرق شاسع بين أن يكون الضرر مباشراً وبين أن يكون محققاً فشرط المباشرة مستقل بذلك عن شرط التحقق. فإذا كان شرط المباشرة يستبعد الأضرار غير المباشرة التي ليست نتيجة طبيعية للفعل فإن شرط التحقق يؤدي إلى ما خسره المضرر فعلًا أو ما يمكن أن يخسره لرفع الضرر.

بـ- يجب أن يكون الضرر محققاً

الضرر المتحقق هو الذي يفقّر النّعة المالية للمضرر وجوهاً في الحال أو المال فهو ما أنفقه المضرر فعلًا لرفع الضرر وكان لازماً لرفع الضرر وإذا لم ينفق يؤخذ بالمقابل الحقيقي الذي من المفترض أن ينفقه حتماً لرفع الضرر الحالى فعلًا. كما في صورة أن يتضرر عربة المضرر فقد يتوجه إلى ميكانيكي ويصلح العربة وهو ما أنفقه فعلًا وقد لا يصلح ويطلب تكليف خبير لتقدير الضرر ويطلب إلزام المسؤول بذلك القيمة لرفع الضرر. وقد لا يتحقق الضرر في الحال بل في المستقبل كما في صورة أن يتسبّب الحادث في عطب المحرّك فلا يشعر السائق بالخلل إلا بعد يوم أو يومين فتنفجر السيارة وكما في صورة أن يتضاعف الضرر فيعرض عن هذا الضرر بدعوى جديدة ولا يعارض المتضرر باتصال القضاء. وبذلك فإنّ الضرر يكون محققاً في الحال أي ما أنفقه فعلًا وفي المال أي ما يجب إنفاقه لرفع الضرر. فيكون التتحقق في الحال وفي المستقبل. ولا يشترط أن يكون تتحقق الضرر في المستقبل متوقعاً بل يتوفّر الشرط حتى ولو كان الضرر غير متوقع. غير أنّ الضرر الاحتمالي ليس من الأضرار المتحققة، فشّة فرق شاسع بين التتحقق ولو كان في المستقبل والاحتمال. ويكون الضرر متحقّقاً إذا قام الشّك في وقوعه مستقبلاً بصفة أصلية فهو ليس من الأضرار المعتادة التي تتصل بالفعل. على أن فوات الفرصة ليس من الأضرار المعتادة بل هو من الأضرار المستقبلية التي

يتحقق خاصّة لاجتِهاد المحكمة، وقد تعرّف في البداية تحديد قائمة من يستحقّه إلا أنَّ القوانين ذُهبت أخيراً إلى تحديد هذه القائمة خاصة في مجال حوادث المروّر وحوادث الشغل. يبقى الله لا يمكن القضاء بهذه الضرورة إلا إذا توفرت شروطه (١) بالرغم من تعدد أنواعه (٢) والمجادلة في شأن انتقاله إلى الورثة أو الغير (٣).

١- شروط الفرد المعنوي

لا يشترط في الضرر المعنوي الاعتداء على حق مالي أو الاعتداء على مصلحة مالية
مشروعه ذلك أن الضرر المعنوي يبقى خارج الذمة المالية فهو من الحقوق غير الذمية،
بل يشترط أن يقع الاعتداء على حق معنوي أو على مصلحة معنوية:
فجميع الحقوق المعنوية وهي الحقوق الخارجية عن الذمة يعوض عنها معتبراً إذا
وقع الاعتداء ومن ذلك الحق في الصورة والحق في الحرية والحق في الاسم وغير
ذلك من الحقوق المعنوية. وقد كان الحق في الحياة محل جدل، فهل يعوض عنها معتبراً
عن ضرر الوفاة^(١)؟
وقد لا يتتوفر الحق أصلاً فلا يتتوفر تعريف الحق وهم بذلك يمكن التعبير عن مجرد

الشعور بالأسى والحسرة وهي من المصالح المعنوية الثابتة.
على أن الاعتداء على الحقوق الذمية، وبالإضافة إلىضرر المادي الذي يتوجه، يمكن أن يؤدي إلىإيذان الأضرار به إلى نوع من الحسراة والألم يكون سندًا في طلب التعويض معنويًا، كما في صورة الاعتداء على حق الملكية، فهو من الحقوق العينية الداخلية في الذمة المالية ويحوض مادياً عن المصارييف التي أتفقها المالك وما كان من الممكن أن يتفقها وفوات الفرصة على معنى الفصل 107 م.أ.ع ولكن الحسراة التي يحسن بها المالك في الاعتداء على حقه يمثل كذلك ضرراً معنويًا ثابتاً يجوز طلب التعويض عنه معنويًا. والحقيقة أن سند التعويض ليس الحق الذمي وإنما ما شعر به الدائن من أسى وحسراة فذلك هو سند التعويض.

ومهما كانت الصورة يتشرط أن يكونضرر ولو كان معنوياً أن يكون محققاً في الحال أو المال أي ثابتاً حالاً أو مستقبلاً، فإن وقム كان الشوط منجزاً وإن كان مستقبلاً

(١) وقد أثار ضرر الموت عدّة نقاشات بين الفقهاء، فمنهم من أجازه، وحتى لو أُجيز التعويض عن الألم الذي أحس به المترىقي فإنه يطرح السؤال حول إمكانية انتقاله إلى الورثة والأغلب أنه لا يمكن القول بانتقال الحقوق المعنوية، ومن رجال القانون منأخذ حلاً وسطاً ومتراً بين الموت الفوري والموت المؤجل، ولم يستقر فقه القضاء على رأي واضح، وإن كان الرأي الغالب هو عدم اعتبار ضرر الموت إلا إذا كان موجلاً وبصفة مصاريف علاج وأدوية فيحق حينئذ للورثة المطالبة بذلك وهو طلب مرتبط بنظام التعويض، عن: الفرد العادي.

¹⁸⁸ بيراجم محمد التجاني، التعريض عن الضرر البذني، مطبعة باسم بي، 1997، ص.

الدعوى فتعم الدعوى إلى الورثة ويامكانهم المطالبة بما صرفة فعلاً أو ما كان لا بد أن يصرفه لتفادي الضرر وكذلك ما فات المورث من فرض. حيث إن حق التعويض ينشأ بتاريخ مصدره وكل ما يرتبط بالضرر المادي يدخل في معنى اللذة المالية وينتقل إلى الورثة بموجب الرفقة. بل أكثر من ذلك يمكن أن يتغلق حق المطالبة إلى دائن المورث في إطار الدعوى غير المباشرة على معنى الفصل 306 فقرة ثانية م.أ.ع حيث لم يمنع المشرع الدائن من المطالبة إلا في حدود الحقوق الناشئة عن جنحة أو شبه جنحة وقعت على الذات والمقصود بذلك الأضرار المعنوية دون المادية ودون ما يتصل بالأضرار المادية التي تلحق المكاسب. على أنه لا يمكن بطبيعة الحال للغير أن يطالب بالتعويض في حالة وحدة المنسوب . فـ غاب أي علاقة دائنة.

ويذكر أن الوراث يتمتع بدعويين، دعوى يرثها عن أصله، ويسارسها باعتباره خلفاً وهي الدعوى الموروثة وهو الدعوى المنشورة، ودعوى شخصية يقيمها بصفة أصلية بسبب ما أصابه من ضرر مادي إذا كان المورث متزماً بالإتفاق، ويمكن للغير أن يطالب بالتعويض عن الأضرار المادية التي لحقت به وإن لم يكن من بين الوراثة، كما إذا كان المترتب على إهماله.

والملخص في جميع ذلك أنه لا يجوز للغير غير الدائن طلب التغويض عن الضرر المادي، في حالة وجود المتضرر على قيد الحياة، فإن مات تخلص للورثة دعويان، دعوى متعلقة عن أصله الهاilk ودعوى شخصية مباشرة، فتنتقل بموجب الوفاة جميع الحقوق والواجبات إلى الورثة إلا ما استثناه القانون أو طبيعة الحقوق والواجبات أو اتفاق الأطراف قبل الوفاة، وتنطبق تلك الأحكام على مجلمل الأضرار المادية وهي المصاريق التي يكون قد تكبدتها الهاilk قبل وفاته، فتُمرر مباشرة إلى الورثة بدون شرط أو قيد، أما الدعوى الشخصية، في حالة الموت، فلا يمتلكها الوارث فقط، وإنما تخلص لكل شخص دائن في المقرر المادي.

بــ الضــرــرــ الــمــعــنــوــيــ

كان الضرر المعنوي محل جدل حول مشروعية الحكم به ومن يستحقه. وقد بدأت الاتجاهات في رفض التعميض عن هذا الضرر لأنّه لا شيء يمكن أن يعوض فعلاً الألام والأوجاع التي يشعر بها الشخص، لكن التطبيق انتهى إلى القبول بهذا الاتجاه إذ أن التعميض لا يسمح مطلقاً بالضرر بل يخفف من وقوع الألام والأوجاع⁽¹⁾. ومن طبيعته أنه

(١) يقر القانون الروماني بالتمويم عن الفسر المعنوي وانتقلت القاعدة إلى القانون الفرنسي القديم ثم القانون الفرنسي الحديث ومنه إلى أغلب القوانين الحديثة وأخذت مجلة الالتزامات والعقود بهما الفرد بالفصل: ٨٣ و ٨٢ م. ا.ع.

2- أنواع الضرر المادي

الضرر المادي هو ما يصيب الذات البشرية أو المكاسب مثولاً كان أو عقاراً. فإذا أصبت الذات انصرف الضرر إلى الجرح أو إتلاف عضو وربما الوفاة. وإذا أصبت المكاسب انصرف الضرر إلى الإنلاف الكلبي أو الجزئي للشيء⁽¹⁾.

ولذلك فإنه إذا كان الضرر على الجسد يعرض قانوناً عن المصاريف التي أنفقها المتضرر فعلاً أو التي من المفترض أن يصرفها للمداواة وعن العجز الوظيفي أي المرابع التي خسرها طيلة فترة العجز وعن العجز المستمر أي عن ضرره المهني والبدني وعن الوفاة أي الضرر الاقتصادي الذي يصيب المتضررين.

وإذا أصاب الضرر المكاسب يعرض قانوناً عن المصاريف التي أنفقها المتضرر فعلاً أو التي يجب أن يصرفها لرفع الضرر أي قيمة الإنلاف الكلبي أو الجزئي وعن قيمة الحرمان منها أي من استعمالها واستغلالها.

3- انتقال الضرر المادي

لا يطرح الضرر المادي في انتقاله إلى الورثة إشكالاً يذكر ويرجع عادة إلى المبادئ العامة في النظرية العامة لتقدير انتقال الحقوق إلى الورثة وهي الفصول 199 وما بعد في انتقال الالتزامات والفصل 241 م.أ.ع والفصل 553 م.أ.ع والفصلان 85 و 87 م.أ.ش ووجهها أن انتقال الالتزام إما أن يكون بسبب الوفاة أو بين الأحياء، فإذا كان بسبب الوفاة، فالوراثة وراثة مال وتنتقل التركة إلى الوارث بتاريخ موت المورث والمتقل هي الحقوق وليس الديون التي تبقى للدائني المورث، وما يتقل من هذه الحقوق هي الحقوق العينية والحقوق الشخصية أي الحقوق المالية التي تمثل قيمة مالية وهي التي تكون مجمل الـذمة المالية للشخص⁽²⁾.

وإذا أخذنا بذلك المبادئ يمكن الوصول إلى حلول واضحة، فإذا توفي المورث على الفور دون أن يسبق له المعالجة أو الإنفاق على مكسب أو ما شابه ذلك، فلا شيء دخل الذمة المالية للمورث ولا شيء ينتقل بالتالي إلى الورثة إلا إذا افترضنا أن المورث قبل وفاته اضطر إلى الإنفاق أو كان عليه أن ينفق لندارك ضرر لحق بمكسب أو ذات وفاته فرضه فإنه يصبح للورثة رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض عن ذلك، فإذا فاتت فترة عن الحادث ثم توفي المورث بسبب الحادث دون رفع الدعوى أو التصالح في شأن الضرر، مما أنفقه المورث حقيقة وما فقده من مال نتيجة عدم عمله يمر إلى الورثة بوصفها حقوقاً مالية وتصبح فيها التبعوى، أما إذا فاتت فترة زمنية عن الحادث وأبرم المورث الصالح فيمر عقد الصلح إلى الورثة، أما ذا بقي حياً فترة معينة وأمكن له رفع

(1) علي كحلون: القانون العقاري الخاص، نشر المركز الجامعي للنشر، 2009، ص 282 وما بعد.

غير للحق وتدخل القانون لحماية الحق، فالحق «سلطة يستدعاها القانون لشخص معين ويضفي عليها حمايته بحيث يكون لصاحب الحق أن يتصرف بمقتضاه فيما يملكه، وهو ما يمثل الحق العيني أو فيما هو مستحق له وهو ما يمثل الحق الشخصي⁽³⁾.

على أنه من الممكن القول إن معظم رجال القانون قد انخراطوا إلى النظرة الذاتية للحق أي إلى الرأي القائل بتوفير الحقوق الذاتية حتى ولو اختلوا في تعريف الحق شخصياً أو موضوعياً، فمن رجال القانون من يعترف بالحقوق الذاتية ويقدم تعريفاً موضوعياً للحق باعتباره مصلحة ملموسة قانوناً⁽⁴⁾.

وعادة ما تقسم الحقوق الذاتية بحسب معيار النعة المالية، أي الحقوق الداخلية بالذمة المالية والحقوق الخارجية عنها، أو بحسب موضوع الحق، الحق العيني أو الحق الشخصي، أو بحسب مصادر الحق، الواقع القانونية والتصرفات القانونية. ولكن أهم ما يدخل في تعريف الحقوق المادية والتي لها مكان بالذمة المالية هو ما يعرف بالحق الشخصي والحق العيني وهي حقوق داخلة في التعامل ويمكن التصرف فيها وإحالتها ونتقل إلى الورثة ويمكن عقلتها وتنقطع بمرور الزمن أما باقي الحقوق فهي حقوق خارجة عن دائرة الذمة المالية فليس لها قيمة مالية ولا يمكن التصرف فيها أو إحالتها أو عقلتها أو انتقالها أو سقوطها بمرور الزمن، وتفيق الصعوبة منحصرة بطبيعة الحال في التمييز بين الحقوق المالية الداخلية في معنى الذمة المالية والأخرى الخارجية عنها⁽⁵⁾. وما يشمل الضرر المادي هي الحقوق الذاتية سواء كانت حقوقاً شخصية أو عينية مثل حق الملكية وحق سلامة العضو البدني والحق في النفس وغير ذلك من الحقوق. وكل اعتداء على الحقوق الذاتية هو ضرر مادي موجب التعويض.

يجب أن يقع الإخلال بمصلحة مالية مشروعة: قد لا يكون الاعتداء على حق بذلك التعريف ولكن ضرر بسيط مجرد مصلحة مالية دون أن ترقى إلى المصلحة إلى مستوى الحق، كما في صورة أن يتضرر شخص بوفاة آخر ليس ملزاً بالإتفاق عليه وإنما تعود المتضرر أن يتسلم راتباً شهرياً من هذا الشخص، فرفاته تمثل بالنسبة إليه اعتداء على مصلحة مالية، ومن شروط هذه المصلحة المالية أن تكون مشروعة بمعنى أن يقرها القانون، وعادة ما يشار إلى مثال الخلية التي تطلب التعويض عن وفاة حليلها، فليس من الممكن الاستجابة قانوناً للطلب لأن الاعتداء لم يكن على مصلحة مالية مشروعة.

(1) التعرّيب وارد بكتاب، محمد كمال شرف الدين، قانون مدنى، المرجع السابق، عدد 160.

(2) عبد الرزاق السنورى: المجلد الثامن، المرجع السابق، ص. 707.

(3) محمد الشرفى: المرجع السابق، ص. 265 وما بعد.

من تربطه بالمتوافق علاقة مجنة واحترام، ولا يشترط أن يكون وارثاً، بل يكفي أن يكون من الأقارب وترتبطه بالمتوافق علاقة قرابة ومصاهرة خاصة وأن المشرع التونسي لم يحدّد إجمالاً قائمة الأشخاص الذين بإمكانهم إدعاءضرر الأديبي، على خلاف بعض التشريعات المقارنة.

والخلاصة في جميع ذلك أن طبيعة الالتزامات والحقوق تقتضي أن الضرر المادي يمتد مباشرة إلى الورثة بدون شرط أو قيد، ولكن الأضرار المعنوية، وبحكم طبيعتها، وهو كل ما يتعلّق بالألام والأوجاع، لا يمتد إلى الورثة مباشرة إلا إذا ثبّت لها الظروف وأصبحت ذات قيمة مالية، ولا يتحقق ذلك إلا إذا صدر فيها حكم قبل الوفاة أو رفع الهاulk في شأنها الداعوى ولم يصدر الحكم بعد مع سبق تحديد قيمتها اتفاقاً أو صلحاً أو خددت قيمة التعويض اتفاقاً أو صلحاً قبل رفع الداعوى. ففي جملة تلك الحالات يمكن القول بانتقال الضرر المعنوي للورثة أما في غيرها فلا ينتقل.

المبحث الثاني: العلاقة السببية

نفت مجلة الالتزامات والعقود ضراحة في جميع مواطن المسؤولية الناتجة عن الفعل غير المشروع على ركن السببية بالفصلين 82 و 83 في المسؤولية الشخصية والفصل 93 في المسؤولية عن فعل الغير والفصل 94 في المسؤولية عن الحيوان والفصل 96 في المسؤولية عن الأشياء الجامدة والفصل 97 في المسؤولية عن البناء، فلابد أن توفر الرابطة بين الفعل والضرر، وهو بذلك ركن مستقل عن الخطأ والضرر، كما في صورة أن تحمل المسوؤلية على أساس نظرية التبعية فرغ غياب الخطأ يشرط أن يتوفّر السبب والضرر وكما في صورة المسؤولية المفترضة فلا يثبت المتضرر إلا الضرر والعلاقة السببية، وكما في صورة أن يكون الضرر نتيجة خطأ المتضرر. وعادة ما يقدم رجال القانون مثال الشخص الذي دس السم لشخص آخر بنية قتله لكنه يحضر منعرف آخر على عين المكان ويتوى قتل الشخص المستهدف بمذنس، فلم يقتل الشخص بالسم وإنما هلك بطلقة المسدس فرغ غياب خطأ واضح (دس السم) إلا أن العلاقة السببية بين ذلك الخطأ والضرر لم تتوفر.

على أن العلاقة تبقى دوماً وطيدة بين الضرر والسبب، فلا يمكن المواجهة بالضرر في غياب العلاقة السببية ويبقى للمطلوب رد الداعوى بإثبات ما يقطع العلاقة بين الضرر والسبب، وتلك هي صورة السببية بين مصلحة المدعى في إثبات قيام العلاقة السببية (الفقرة الأولى) ومصلحة المدعى عليه في نفي العلاقة (الفقرة الثانية).

هو التعرّف المعتمد أخيراً، وبذلك فإن الدعوى القضائية ليست حقاً موضوعياً بل هي مفهوماً إجرائياً ومن خصائصها أنها تابعة للحق، فهي التي تحمي الحق وليس العken، وأمام حلّة هذه النقاشات ذهبت بعض القوانين المقارنة إلى وضع قواعد قانونية

صريحة مثل المشرع المصري (المادة 222 من القانون المدني) وقانون الالتزامات السوري (الفصل 47) والقانون النمساوي (الفصل 1327) والمشروع الفرنسي الإيطالي (الفصل 85) والقانون اللبناني (الفصل 134) والقانون البولوني (الفصل 146). وبقي الإشكال محل جدل بالقضاء والفقه الفرنسي، وكانت الرغبة وأصحة في إقرار التعويض للورثة، ومن أجل ذلك قال فقه القضاء بمروء حق التعويض منذ سنة 1933 ووجد التبرير في مفهوم عقد التنازل حيث إن المورث عندما يتفق مع الناقل على نقله إلى مكان معين يكون هذا العقد لفائدة ولفاء ورثته في صورة وفاته وهو الأساس في انتقال حق التعويض، وإذا بقي على قيد الحياة ذهبت محكمة التعقيب الفرنسية منذ سنة 1942 إلى إمكانية الورثة في طلب التعويض عما أنفقه المورث وكذلك عن

الضرر المعنوي انتقالاً وانتهت محكمة التعقيب أخيراً إلى قبول مروء حق التعويض إلى

الورثة حتى إذا توفي المورث حالاً نتيجة الحادث. وما يبرر هذا الاتجاه هو الرغبة في

ضمان أكثر ما يمكن من التعويض وليس الرغبة في تطبيق المبادئ القانونية. وفي ذلك

ذهبت محكمة التعقيب التونسية بدوائرها المجتمعية بتاريخ 29 أفريل 2010 تحت عدد

(1) 15885.

أما الفقه فقط ظل منقسمًا فمنهم من انحاز إلى رغبة التعويض، ومنهم خاصة Mazeaud وTerré وغيرهما وحجتهم في ذلك أن حق التعويض عن الضرر المعنوي ينتقل إلى الورثة ومنهم من تمسك بالمبادئ القانونية وخاصة منهم Carbonnier Jean وEsmein Josserand. وغيرهم وحجتهم في ذلك أن الضرر شخصي وخاص بالمورث ولا ينتقل إلى الورثة⁽²⁾.

ويذكر أن الوارث يتمتع بدعوى، دعوى يرثها عن أصله، ويمارسها باعتباره خلفاً، وهي الدعوى المورثة أي المنشورة بموجب الإرث وقد كان الضرر المعنوي محل جدل في ذلك، ودعوى شخصية يقيمها بصفة أصلية بسبب ما أصابه من ضرر أدبي ينعكس عليه بصفة شخصية. وقد يكون الطالب في التعويض عن الضرر الأديبي كل

(1) قرار غير منتشر.

(2) Carbonnier : *Les obligations*, op. cit., p.362 « le préjudice résultant des souffrances endurées par victime est un préjudice éminemment personnel, l'action en dommages-intérêts fondée sur le dommage apparaît comme une de ces actions vindictives spirantes qui s'éteignent par la mort du titulaire, s'il meurt sans l'avoir intentée, il est présumé avoir pardonné ».

الحقوق الخاصة بالورث، ولا يجوز أصلاً للدائن في الدعوى غير المباشرة التنفيذ على الحقوق المترتبة للمدين عن جنحة أو شبهها على معنى الفصل 306 فقرة ثانية م.أ.ع. والمقصود بذلك هي الحقوق المعنوية.

والخلاصة في جميع ذلك أن الحق المترتب على الشخص والخارج عن مفهوم الذمة المالية أو منع إحالتها وانتقالها قانوناً أو اتفاقاً لا تنتقل إلى الورثة. والمعروف أن الحقوق الخارجية عن الذمة المالية لا تقبل العقلة والرهن ولا تنتقل للغير والورثة ولا يمكن أن تكون محل تنفيذ.

وإذا أخذنا بذلك المبادئ بالنسبة إلى حالة الوفاة يمكن الوصول إلى حلول واضحة، فإذا توفى المورث على الفور بسبب الحادث فقد اعتدى على حق المتوفى في الحياة وشعر المتوفى بالألم وهي أضرار شخصية ومحنة لا تنتقل إلى الورثة، فإذا فاتت فترة عن الحادث ثم توفي المورث بسبب الحادث دون رفع الدعوى أو التصالح في شأن الضرر، فيما أتفقه المورث حقيقة وما فدحه من مال نتيجة عدم عمله يمتد إلى الورثة بوصفها حفروقاً مالية، أما ما شعر به المورث من ألم فقدان الحياة نهاية هي حقوقاً معنوية وخاصة لا تمر إلى الورثة، أما إذا فاتت فترة زمنية عن الحادث وأبرم المورث الصلح فيمر عقد الصلح إلى الورثة، أما ذا باقي حيا فترة معينة وأمكن له فقط رفع الدعوى فتمر الدعوى إلى الورثة بوصفها مفهوماً مادياً إجرائياً يحمي الحق، لكنه لا يمكن للورثة نهاية إلا المطالبة بالحقوق المالية الثابتة للمورث، أي أنه في غياب المصاريف التي أتفقها فعلاً المورث أو ما كان له فعلاً أن يتلقى وفي غياب الاتفاق على قيمة التعويض لا يمكن للورثة طلب التعويض عن الأضرار الخاصة والمحنة التي حدثت للمورث إلا إذا افترضنا أنه في إطار الدعوى التي سبق أن رفعها المورث في قائم حياته قد سبق عرضه على الشخص الطبي وبسب الصلح في شأنه قبل صدور الحكم أو أن المدعى عليه رضي بدفع مقدار معين في مقابل ذلك الضرر.

ولا يمكن مطلقاً القول بأن المورث يكتسب حق التعويض بمجرد الوفاة ولو قبل الاتفاق أو صدور حكم وهو بذلك متقول للورثة لا محالة، حيث ولن كانت الحقوق تكتسب بمصدرها وهي الواقعية المنتجة للضرر فإن الضرر المعنوي يكتسب لصاحبه من ذلك التاريخ لكنه لا ينتقل إلى الورثة نظراً لطبيعته الشخصية إلا إذا دخل إلى الذمة المالية أي أصبح له قيمة مالية، أما انتقال مجرد الدعوى فلا يؤسس لحق في النقل لأن الدعوى مجرد إمكانية إجرائية لا غير فيبعد أن كانت في مفهومها الذاتي التقليدي هي الحق ذاته أصبحت في التعريف الموضوعي الحديث مجرد مركز قانوني لا غير، وهي فيما ليست الإمكانية القانونية في الاتجاه للقضاء بل هي الاتجاه الفعلي للقضاء وذلك

كان حتمياً. ولا يكون الضرر المعنوي ثابتاً إذا كان محتملاً، قد يقع ولا يقع، فصفة الاحتمال تفهي عن الضرر المعنوي صفة الشبوت.

2-أنواع الضرر المعنوي

الضرر المعنوي، في نهاية الأمر، هو إحساس بالألم والحسرة وقد يكون نتيجة الاعتداء على حقوق متعلقة بالذات الإنسانية أو بالمكاسب.

إذا كان نتيجة الاعتداء على الذات يمكن أن يكون نتيجة ضرر يصيب الجسد ويتلخص في الآلام والأوجاع والتلوث بالوجه أو بأحد أعضائه وهو ما يعرف بالضرر الجمالي وكذلك في العرمان من متع الحياة مثل متعة الرياضة أو المتعة الجنسية وغيرهما. ويمكن أن يكون نتيجة الاعتداء على الكرامة أي الضرر الذي يصيب الشرف والاعتبار والعرض. ويمكن أخيراً أن يكون نتيجة الضرر الذي يصيب العاطفة والشعور والحنان.

وإذا كان الاعتداء على المكاسب فهو بالأكيد الشعور بالحسرة والآلام والقهر نتيجة الاعتداء على الحقوق الثابتة مثل حق الملكية وسائر الحقوق العينية وغيرها.

3-انتقال الضرر المعنوي

يطرح انتقال الضرر المعنوي العديد من الإشكاليات النظرية والتطبيقية على خلاف الضرر المادي، والحقيقة أن المشرع لم يضع نصاً خاصاً في ذلك وكان لا بد من الرجوع إلى العبادى العامة حيث إنه إذا لم يتتوفر النص الصريح اعتمد القیام فإن يقى شك جرى العمل على مقتضى القواعد العامة للقانون على معنى الفصل 535 م.أ.ع؛ والأساس في النظرية العامة هي الفصول 199 وما بعد في انتقال الالتزامات والفصل 241 م.أ.ع والفصل 553 م.أ.ع وفصلان 85 و87 م.أ.ش ووجهها أن انتقال الالتزام إما أن يكون بسبب الوفاة أو بين الأحياء، فإذا كان بسبب الوفاة فالوراثة وراثة مال وتنقل التركة إلى الوارث بتاريخ موت المورث والمتقل هي الحقوق وليس الدين التي تبقى لذاتي المورث، وما ينتقل من هذه الحقوق هي الحقوق العينية والحقوق الشخصية أي الحقوق المالية التي تمثل قيمة مالية وهي التي تكون مجمل الذمة المالية للشخص، وتبقى الحقوق الخاصة بالمورث أي حقوق الحال الشخصية وحقوق الشخصية والحقوق المعنوية خارج إطار الذمة المالية ولا تنتقل بطبيعتها إلى الورثة. وقد وردت القاعدة صريحة بالنسبة إلى انتقال الحقوق بين الأحياء فلا يقع الانتقال بالنسبة إلى حقوق الشخصية (الفصل 20.1 م.أ.ع) كما وردت القاعدة صريحة في انتقال الالتزامات التعاقدية إلى الوارث على معنى الفصل 241 م.أ.ع فلا تنتقل الالتزامات إلى الورثة إذا سمعها القانون أو الاتفاق أو كانت بطبيعتها لا تنقل والمقصود بذلك

1- القوة القاهرة والأمر الطارئ

تعرف القوة القاهرة عادة بأنها العمل أو الحادث الخارجي *extériorité* الذي لا يمكن دفعه *irrésistibilité* أو توقعه *prévisibilité*. فهو خارجي عن محيط المدعى عليه أي عن مجال تدخله وليس له آية صلة بنشاطه، فليس من القوة القاهرة إذا ارتبط الخلل بأحد أعون المطلوب أو بتجهيزاته، وهي غير متوقفة بمعنى أن لا يمكن للإنسان الأكثر حرضاً توقعها يوم وقوع الحادث، فهي ليست مجرد استحالة نسبية بل يفترض أن تكون الاستحالة مطلقة، وهي غير قابلة للدفع بمعنى أن لا حول ولا قوة للمطلوب في ردها، ويشترط في ذلك أن تكون الاستحالة مطلقة بالنسبة إلى كل طرف في مكانه، فلو كان من الممكن رد القوة بشيء من التعب والتلفقة فلا تتوفر القوة القاهرة، وهذا هو الفرق بين القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة في العقود، فإذا كانت استحالة الدفع مطلقة في القوة القاهرة فإن نظرية الحوادث الطارئة تجعل من الأمر طارئاً إذا أصبح التنفيذ مرهقاً ولو أنه ليس بمستحبلاً.

ويمكن للقوة أن تجذبها سواء في الطبيعة مثل الزلازل والفيضانات وغيره أو عمل الأمير أي تدخل السلطة مثل أمر الارتفاع أو عمل الإنسان مثل الثورات والإضرابات وغيرها، ولذلك نص الفصل 283 م.أع. على أن «القوة القاهرة هي كل ما لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء وقلة أمطار وزوابع وحرائق وجراد أو كغزو أجنبي أو فعل الأمير»⁽¹⁾.

لكن فقه القضاء⁽²⁾ لم يعتبر مثل هذه الكوارث إلا إذا كانت غير متوقعة ولا يمكن دفعها، حيث إن الأمطار الغزيرة والضباب والرياح القوية لا يمكن أن تعتبر قوة قاهرة إلا أنها تبقى متوقعة و من باب أولى لا تعتبر الأخطاء الميكانيكية من قبل القوة القاهرة اللهم إلا إذا كان العيب يعود للصانع، وإن فجر العجلة لا بعد قوة قاهرة، وإن ذهبت بعض القرارات في اتجاه مخالف، والأغلب أن الأخطاء البشرية لا تتناسب مع شروط

(1) الفصل 282 م.أع ورد في باب العقود لكنه من الممكن الأخذ بهذا التعريف في باب المسؤولية التقصيرية.

(2) يشار إلى أن محكمة التحكيم الفرنسية لم تعتبر الصور التالية من قبل القوة القاهرة: -بقاء السبب أجنبي انفلاق المجلة. العيب التالهي والخلل الميكانيكي. التوغل الصحي. الأمطار والثلوج والضباب والإبهار. إبقاء الحصى من العبرة الأمامية إذا لم تتجاوز العبرة السرعة العادلة. تدخل الحيوان. توقيف الأشلاء الحضراء. التدخل الشلي للعربة.

ويعذر من قبل القوة القاهرة:

-نفاجاء الأرضية الشديدة. الأرضية المبللة بالبرول. وتناقض القرارات في خصوص وجود جهة ملقاة على الأرض، وكانت محكمة التحكيم كذلك تعتبر التوغل الصحي من قبل القوة القاهرة. على كحولون: دعوى التعويض في حوادث المرور، مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2010.

القدرة القاهرة، وبالتالي لا تعتبر حالة الطريق أو عدم معرفة السائق للمكان علة يعتمد بها، ولم يأخذ فقه القضاء بالدخول المفاجع لمحضرات بغيرية السيارة كقدرة قاهرة قد تؤدي بالسائق إلى ارتكاب حادث، والحالات مثلها إذا اصطدم طافر بيلور السيارة، أو شق الطريق فجأة. لكن بعض القرارات التمهيدية اعتبرت أن الأزمة القلبية المفاجئة تهدى من قبل القوة القاهرة، وإن كان بالإمكان إبعاد مسألة القوة القاهرة إذا كان الشخص يشكوا من عوارض مرضية سابقة⁽¹⁾.

علي أن القوة القاهرة والأمر الطارئ لا يتوفران إلا إذا غاب خطأ المدين مطلقاً قبل وقوع الحادث أو في أثناءه، ولذلك نص الفصل 104 م.أع. في آخره على أنه «لا ضمان يمضي حوصلت بأمر طارئ أو قوة قاهرة إذا لم يكن هناك خطأ ينسب إلى المدعى عليه قبل وقوع الحادثة أو في أثنائها».

ورغم أن البعض يحاول أن يميز بين القوة القاهرة والأمر الطارئ، فيشتهر في الأولى جميع الصفات الثلاثة، وتكتفي الثانية بتصنيف عدم الدفع وعدم التوقع، أو يشترط في الأولى صفة الإطلاق وفي الثانية النسبية، إلا أن الفقه مجتمع على عدم التمييز بينهما⁽²⁾.

(1) قرار تعقيبي مدنى عدد 5345 الصادر بتاريخ 3-3-1982 نشرته محكمة التحكيم 2 من 279 قرار تعقيبي مدنى عدد 12890 الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 1985 نشرته محكمة التحكيم 2 من 352.

قرار تعقيبي مدنى عدد 9846 الصادر بتاريخ 4 جوان 1973 نشرته محكمة التحكيم 2 من 968.

قرار تعقيبي مدنى عدد 4959 الصادر بتاريخ 17 فبراير 1982 نشرته محكمة التحكيم 1 من 387.

قرار تعقيبي مدنى عدد 1619 الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 1986 النشرية 2 من 288.

قرار تعقيبي عدد 16888 الصادر بتاريخ 5 جانفي 1987 النشرية 2 من 303.

قرار تعقيبي عدد 45822 الصادر بتاريخ 16 مارس 1995 قرارات الدواائر المجتمعية لمحكمة التحكيم 1994-1995.

قرار تعقيبي مدنى عدد 28564 الصادر بتاريخ 16 مارس 1995 قرارات الدواائر المجتمعية لمحكمة التحكيم 1994-1995.

محمد العبيب الشريف أحوال الدفع بالقدرة القاهرة في قضايا حادث المترو للقضاء والتشريع مای 1992

Dahdouh Habib : L'indemnisation des victimes d'accident d'automobile : comparaison des droit français et tunisien. Thèse PARIS I-1984.

Aussi ,Regard sur quinze ans de jurisprudence en matière de responsabilité du fait des choses inanimées, R.JL, Juillet 1997 .

التبجاني عبيد: إشكالية حجية الحكم الجنائي على المدني وإمكانية التمويض على معنى المادة 96 م.أع، القضاء والتشريع، فيفري 1991 .

سحنون الزين: دروس في القانون المدني، المسؤولية التقصيرية، السنة الثانية 1995-1996 كلية الحقوق بتونس.

Nadhir Ben Aminou : L'évolution récente de la jurisprudence en matière de responsabilité civile, RTD., 1996, p. 2.

(2) محمد العبيب الشريف: هل يجوز التمييز بين القوة القاهرة والأمر الطارئ، القضاء والتشريع،

الفقرة الأولى: قيام العلاقة السببية

العلاقة السببية هي العلاقة بين الضرر والفعل، وليست العلاقة السببية مجرد تلاقي زمانى أو مكانى بين الفعل والضرر بل هي تلك العلاقة المباشرة (أ) والمتنجة (ب) والمثبتة (ت) بين الفعل والضرر.

أ- العلاقة المباشرة للسببية

يشترط في السببية العلاقة المباشرة بين الضرر والفعل بمعنى أنّ الفعل هو المؤدي ضرورة إلى الضرر، والضرر هو النتيجة الحتمية للفعل. ويعتَدُ في تقدير شرط المباشرة بالمعيار العادى في التقدير فكلما كان الفعل عادة ما يؤدى إلى الضرر إلا وتوفر ركن المباشرة. فلا يؤخذ بأقصى الحل أو بأدنى حل بل يعتَدُ بالنتيجة الوسطى. وقد غير المشرع عن طبيعة هذه العلاقة في جميع القصوص مما كان شكل المسؤولية صراحة أو ضئلاً.

ب- العلاقة المتنجة للسببية

يشترط كذلك أن يكون السبب متنجاً بمعنى أنّ السبب هو المتنج للضرر وليس غيره من الأسباب، فهو الذي عادة ما يؤدى إلى الضرر. ولتحديد السبب المتنج ظهرت عدّة نظريات، ومنها نظرية السبب القريب أي اعتماد أقرب سبب زمياً ونظرية تكافؤ الأسباب théorie de l'équivalence أي أن يعتَدُ بأي سبب مهما كان موقعه وزمانه وقوته ونظرية السبب المتنج théorie de la causalité adéquate وهي نظرية تميز بين السبب العارض الذي لا يؤدى حتماً وفي جميع الحالات للضرر والسبب المتنج وهو السبب الذي عادة ما يؤدى للضرر⁽¹⁾. الواضح أنّ مجلة الالتزامات والعقود أخذت بالسبب المتنج، فلا يمكن الأخذ بالسبب القريب أو بتعذر السبب.

ت- العلاقة المثبتة للسببية

ولا يكفي أن تكون العلاقة السببية مباشرة ومنتجة بل يجب أن تكون مثبتة أي يجب أن يتحقق الدليل القطعى على ثبوتها. فإذا لم يقم الدليل على ذلك ما كان من الممكن الأخذ بالسبب وما كان من الممكن القضاء بالتعريض المناسب. وإذا تداخلت الأسباب وما أمكن تحديد قبر كل سبب بقى الضرر محمولاً بالتضامن لذلك نص الفصل 108 م.أ.ع. على أنه «إذا حدث ضرر من أشخاص متعددين معاً فعليهم ضمانه بالخيار ولا فرق بين المباشر لل فعل والمتواطن والمغربي» وأضاف الفصل 109 م.أ.ع. أن «حكم الفصل 108 يجري فيما إذا وجب ضمان الضرر على عدة أشخاص وتعذر تعين الفاعل لذلك أو قدر ما يستحب لكل منهم في إحداث الضرر».

(1) تجد هذه النظريات أساسها بالمدرسة الألمانية.

الفقرة الثانية: قطع العلاقة السببية

قطع العلاقة في صورتين إما أن لا تتوفر شروط العلاقة السببية (أ) أو إذا توفر العنصر الأجنبي (ب).

أ-غياب شروط العلاقة السببية

منطقياً تقطع العلاقة السببية إذا غابت شروط العلاقة السببية وبالتحديد إذا لم يقم الدليل على توفر العلاقة المباشرة والمتنجة، فقد يتعدّر على المطالب بالإثبات في الدعوى إثبات طبيعة هذه العلاقة. فلم يقم الدليل على الرابطة المباشرة بين الضرر والسبب أولم يقم الدليل على أن السبب كان متوجاً.

على أن السبب المتنج يمكن أن ينفرد كما يمكن أن يتعَدَّ. فالسبب الواحد هو السبب المتنج المفضي منطقياً إلى الضرر وتعَدَّ الأسباب هو مشاركة المضرور في السبب فيتوفر سبب الفاعل وسبب المضرور، فإذا كانت قواعد المسؤولية تسمح بتوزيع المسؤولية كما هي الصورة بالنسبة إلى المسؤولية الشخصية وأمكن تعين ما يحمل على كل طرف توزيع المسؤولية وإذا تعذر بيان حدود ما يحمل على كل طرف تحمل المسؤولية على جميعهم على عدد الرؤوس على معنى الفصلين 108 و 109 م.أ.ع وإذا استترى المضرور كاملاً السبب بالرغم من مشاركة السبب الآخر انقطعت العلاقة السببية وتحتمل كامل المسؤولية.

ويذكر أن صورة تعَدَّ الأسباب تختلف تماماً عن صورة تسلسل الأضرار حيث إن مقتضى تعَدَّ الأسباب أن يبقى الضرر واحداً بينما تقتضي صورة تسلسل الأضرار أن تعَدَّ الأضرار والسبب المتنج واحداً كما في صورة أن يصاب العامل بسبب واحد فيختلف عن العمل ويختلفه يتوقف المصنوع الذي يعمل به ويصاب أفراد العائلة بمرض وتكثر المنازعات بين أفرادها وغير ذلك من النتائج المتسلسلة.

والخلاصة أن تعَدَّ إثبات العلاقة المباشرة والمتنجة يتجرّ عنده حتماً قطع العلاقة تجاوزاً الحالات توزيع المسؤولية أو استغراقها كما سيأتي بيانه في صورة توفر العنصر الأجنبي. والأغلب أن يكون قطع العلاقة السببية ناتجاً عن هذا العنصر الأجنبي.

ب- توفر العنصر الأجنبي

العنصر الأجنبي هو كل سبب لا ينبع لمن افترض قيامه بالفعل. وقد نص الفصل 104 م.أ.ع. على أنه «لا ضمان بمصرّة حصلت بأمر طارئ أو قوة قاهرة إذا لم يكن هناك خطأ ينسب إلى المدعى عليه قبل وقوع الحادثة أو في أثنائها». فلا يمكن للمدعى عليه أن يتمسك بالفقرة القاهرة والأمر الطارئ أو العادت الفجائية إذا صاحبها خطأه (1). ويجب الإضافة إلى ذلك وبنفس الدرجة خطأ المضرور (2) وخطأ الغير (3).

الفصل الثاني:

أنظمة المسؤولية التقصيرية

انتهى التطبيق إلى تنظيم المسؤولية الناتجة عن الأفعال غير المنشورة أو ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية إلى مسؤولية عن الفعل الشخصي (المبحث الأول) ومسؤولية عن فعل الغير (مسؤولية عن فعل المختبل وعليه العقل ومسؤولية عن فعل الأبناء ومسؤولية عن فعل المربض والتلميذ ومسؤولية عن فعل التابع) (المبحث الثاني) ومسؤولية عن فعل الشيء سواء كان جامداً أو متحركاً (المبحث الثالث).

المبحث الأول: المسؤولية الشخصية

المسؤولية الشخصية هي المسؤولية القائمة على الفعل الضار الشخصي. وبعد الفصلان 82 و 83 م.أ.ع. الإطار العام لهذه المسؤولية، حيث نص الفصل 82 م.أ.ع. على أنه «من تسبب في ضرر غيره عمداً منه واختياراً بلا وجه قانوني سواء كان الضرر حسياً أو معنوياً فعليه جبرضرر الناشر عن فعله إذا ثبت أن ذلك الفعل هو المرجع للضرر مباشرةً، ولا عمل بكل شرط يخالف ذلك». كما نص الفصل 83 م.أ.ع. على أنه «من تسبب في ضرر غيره خطأً سواء كانت المضرة حسية أو معنوية فهو مسؤول بخطئه إذا ثبت أنه هو السبب الموجب للضرر مباشرةً، وكل شرط يخالف ذلك لا عمل عليه، والخطأ هو ترك وجب فعله أو وجوب تركه بغير قصد الضرر». وليس من فرق في نظام الفصلين إلا في أن الفصل 82 م.أ.ع. عني بالفعل المتعبد بينما عن الفصل 83 م.أ.ع. بالفعل غير المتعبد. وقد أورد المشرع من خلالهما أركان أو شروط المسؤولية الشخصية وهي الفعل الضار والضرر والعلاقة السببية⁽¹⁾. وقد سبق أن تعرضنا إلى شرطي الضرر والعلاقة السببية، بقي أن نشرح شرط الفعل الضار الشخصي (الفقرة الأولى).

غير أن مجلة الالتزامات والعقود بعد أن وضعت المبدأ العام في المسؤولية الشخصية من خلال الفصلين 82 و 83 بيت جملة التطبيقات الهامة للفعل الشخصي من خلال الفصول 84 إلى 92 م.أ.ع. (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط المسؤولية الشخصية

الفعل الضار الشخصي والضرر والعلاقة السببية هي جملة شروط المسؤولية، وقد تقدم شرح كلّ ما يتعلق بالضرر والعلاقة السببية. وما شرطان من عموم أنظمة المسؤولية، بقي أن نشرح ما يتعلق بالفعل الضار الشخصي الركن الخاص بالمسؤولية الشخصية.

وقد تواتر القول إن الفعل الضار الشخصي هو الخطأ الشخصي وهو تعبير غير دقيق حيث إن الخطأ هو الفعل غير المعتمد والحال أن الفعل الضار الشخصي يمكن أن يكون غير معتمد وهو الخطأ، ويجوز أن يكون عمداً وهو ليس بخطأ بل هو فعل معتمد، ولذلك لا يصح القول الخطأ المعتمد إذ الخطأ لا يكون إلا غير معتمد. ولهذا الغرض لم تحدث مجلة الالتزام بالفصل 82 إلا عن الفعل المعتمد. ولم تذكر مطلاقاً الخطأ بينما تحدث الفصل 83 م.أ.ع عن الخطأ فقط وهو الفعل غير المعتمد⁽²⁾. والأكيد أن الحكم

(1) ويدل ذلك عن ثراء اللغة العربية، فالخطأ مصدر لأن خطأ يخطئ فهو مخطئ ومنه الخطأ وهو غير العمد. وخطئ يخطئ فهو خاطئ وهو العمد ويؤخذ الخطأ من فعل خطئ كذلك وهو العمد. مفهوم الخطأ في لسان العرب لابن مطرور: الخطأ والخطاء: ضد الصواب. وقد أخطأه وفي التزيل: «ليس عليكم بذلتكم شيئاً أخطأتم به» هذه بالباء لأنها في معنى عذراً ثم أو غلطتم: يقول رؤوفة: يأثُر إِنْ أَخْطَأْتُ أَنْ تَنْسِيَ، فَأَنْتَ لَا تَنْسِي، وَلَا تَمْوِيْثٌ فِيْنَهُ أَنْ يَكْتُبَ ذَكْرَ الْكَمَالِ وَالْفَضْلِ، وَمَوْلَى رَوْفَةَ يَأْثُرُ إِنْ أَخْطَأْتُ أَنْ تَنْسِيَ، وَذَلِكَ أَنَّ مِنْ حَقِيقَةِ الشَّرْطِ وَجْهًا أَنْ يَكُونَ الثَّانِي مُسْبِّبًا مِنَ الْأَوَّلِ نَحْرُوكُوكَ: إِنْ رَزَقْتَ أَكْثَرَ مِنْكَ، فَالْكَرَامَةُ مُسْبِّبَةٌ عَنِ الْزِيَارَةِ، وَلَيْسَ كُوْنَ اللَّهَ سَبْعَاهُ غَيْرَ نَاسٍ وَلَا مُخْطَطٍ أَمْرًا مُشَبِّبًا عَنْ حَطَّأْتُ رَوْفَةَ، وَلَا عَنِ إِصَابَتِهِ، إِنَّمَا تَلَكَ صَفَةً لَهُ عَزَّاصَةٌ مِنْ صَفَاتِ نَفْسِهِ لَكَنَّهُ كَلَامٌ مَحْمُولٌ عَلَى مَعْنَادِهِ، أَيْ: إِنْ أَخْطَأْتُ أَنْ تَنْسِيَ، تَأْعُفُ عَنِ التَّقْصِيِّ وَفَضْلِكَ؛ وَقَدْ يُمَدَّ الخطأ وَقُرِئَ بِهِما قَوْلُهُ تَعَالَى: وَمَنْ تَقْلِيْلَ مُؤْمِنًا حَطَّأْهُ.

وأخطأ وتحطأ بمعنى، ولا تقل أخطأه، وبعضهم يقوله. وأنطأه قوله «وأنطأه» ما قبله عبارة الصلاح وما بعده عبارة المحكم ولينظر لم وضع المؤلف هذه الجملة هنا.

وتحطأ له في هذه المسألة وتحطأه كلامهما: أرأي الله تعالى خطئ قيده، الأخيرة عن الزجاجي حكاها في الجملة.

وأنطأه الطريق: عذر عنه.

وأنطأه الرأي الفرض: لم يعنه.

وأنطأه تزوءه إذا طلب حاجته فلم يستجع ولم يصمت شيئاً. وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما أنه سُئل عن رجلٍ جعل أمراً زرائه بيدها فقال: أنت طالب ثلاثة.

قال: خطأ الله تزأها ألا طلبت نفسها، قال لمن طلب حاجة فلم يستجع: أخطأ تزوءك، أراد جعل الله تزأها خططاً لا يصيدها سترة.

ويروي: خطأ الله تزأها، بلا همز، ويكون من خططه، وهو مذكور في موضعه، ويجوز أن يكون من خطأ الله عنك السوء أي جعله يتحطأك، يريد يتحطأها فلا يُمطرها، ويكون من باب المعنل اللام، وفي

(1) يوافق الفصلان 82 و 83 م.أ.ع الفصلان 1382 و 1383 من المجلة المدنية الفرنسية.

وإذا شارك المضرور والمدعى عليه في الضرر ولم تتوفر صورة الاستغراق بقى الخطأ مشتركاً وتوزع المسؤولية على الطرفين، فإذا أمكن بيان نسبة تدخل كل طرف تحدد المسؤولية بحسب جسامته خطأ كل طرف وليس في ذلك تضامن، وإذا تعلّم بيان هذه النسبة تقوم التجزئة على أساس عدد الرؤوس مع التضامن في الطلب على معنى المسؤولية.

⁽¹⁾ الفصلين 108 و 109 م. ا.ع.

ولا سبيل لتوزيع المسؤولية أو جعلها مشتركة أو القول بفكرة الاستغراق إذا كان نظام المسؤولية لا يقوم على الخطأ، فلا تقطع العلاقة السببية إلا إذا كان خطأ المضرور في مرتبة القوة القاهرة بالنسبة إلى المطلوب، وفي غيابها تبقى العلاقة قائمة ولو مع مشاركة المضرور، كما هي الصورة بالنسبة إلى أحكام الفصل 96 م. ا.ع. في المسؤولية الشبيهة.

3- خطأ الغير

إذا وقع جميع الخطأ من الغير فليس للمدعى عليه آية علاقة سببية بالضرر، أما إذا شارك الغير في الضرر فلا تخلي الصورة من أمرين إما أن يستغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه كما في الصور المبنية أو أن يبقى الخطأ مشتركاً سواء بين المدعى عليه والغير أو بين المدعى عليه والغير والمضرور، فيقع العمل بأحكام الفصلين 108 و 109 م. ا.ع. إذا تعلّم توزيع المسؤولية.

ولا سبيل لتوزيع المسؤولية أو جعلها مشتركة أو القول بفكرة الاستغراق إذا كان نظام المسؤولية لا يقوم على الخطأ، فلا تقطع العلاقة السببية إلا إذا كان خطأ الغير في مرتبة القوة القاهرة بالنسبة إلى المطلوب، وفي غيابها تبقى العلاقة قائمة ولو مع مشاركة الغير، كما هي الصورة بالنسبة إلى أحكام الفصل 96 م. ا.ع. في المسؤولية الشبيهة.

(1) اعتمد مجلـة الالتزامـات والعـقود الفـصلـين 108 و 109 م. ا.ع. تأثـيراً بالـقانونـ الفـرنـسيـ، وقد نقلـ القانونـ المصريـ نفسـ الأـحكـامـ بالـمـادـةـ 169ـ مـدـنـيـ قولـاً إـنـهـ «إـذـ تـعـدـ المـسـؤـلـونـ عنـ الـعـملـ الـقارـ كـانـواـ مـتضـامـنـينـ فـيـ الزـامـهمـ بـتـعـريـضـ الـضـرـرـ،ـ وـتـكـونـ المـسـؤـلـيـةـ فـيـماـ يـنـهـمـ بـالـتسـاوـيـ،ـ إـذـ عـيـنـ القـاضـيـ نـصـيبـ كـلـ مـنهـمـ فـيـ التـعـويـضـ».

محمدـ المـالـكيـ:ـ مـحـاضـراتـ فـيـ شـرـحـ الـقـانـونـ الـمـلـنـيـ الـتـونـسـيـ،ـ توـنـسـ 1980ـ،ـ مـنـ 109ـ وـماـ بـعـدـ.ـ A. Well et F. Terre : Droit civil, les obligations, Précis Dalloz, 4 éd. 1986, n° 614 et suiv.

على أن من يؤمن المسؤولية على نظرية التبعـةـ أيـ منـ لهـ النـماـ فـعـلـهـ التـوابـعـ،ـ لاـ يـقـرـ التـقـضـيـ مـنـ المسـؤـلـيـةـ إـلاـ فـيـ حـالـةـ القـوـةـ الـقـاهـرـةـ الـتـيـ تـوجـبـ عـدـهـمـ توـفـرـ الصـفاتـ الـثـلـاثـةـ،ـ أـمـاـ الـأـمـرـ الطـارـئـ الـذـيـ لـاـ يـوـجـبـ رـكـنـ الـخـارـجـيـةـ فـإـنـهـ لـاـ يـحـمـلـ قـطـعاـ لـلـتـقـضـيـ مـنـ المسـؤـلـيـةـ.

وإذا توفرت القـوـةـ الـقـاهـرـةـ وـالـأـمـرـ الطـارـئـ بـشـرـوـطـهـاـ وـصـفـاتـهـاـ وـحـالـاتـهـاـ توـفـرـ العـنـصـرـ الـأـجـنبـيـ وـانـقـطـعـتـ الـعـلـاقـةـ السـبـبـيـةـ.

2- خطأ المضرور

إذا ثبتـ أـنـ الـمـضـرـورـ أـضـرـ بـنـفـسـهـ وـكـانـ هـذـاـ الـفـعـلـ هـوـ السـبـبـ الـوحـيدـ الـمـقـضـيـ إـلـىـ الـضـرـرـ انـقـطـعـتـ الـعـلـاقـةـ السـبـبـيـةـ،ـ إـذـ شـارـكـ الـمـضـرـورـ فـيـ الـضـرـرـ بـمـعـنـيـ أـنـ تـكـونـ لـهـ نـسـبةـ فـيـ المسـؤـلـيـةـ،ـ فـإـنـهـ يـتـحـمـلـ كـامـلـ الـمـسـؤـلـيـةـ إـذـ استـغـرـقـ كـامـلـ الـخـطـأـ،ـ فـيـاـنـ لـمـ يـسـتـغـرـقـ بـقـيـ الـخـطـأـ مـشـرـكـاـ.

ويستغرق المضرور الخطأ ويتحمل المسؤولية كاملة في حالتين على الأقل، إذا كان أحد الخطأين يفوق الآخر كثيراً أو إذا كان أحد الخطأين نتيجة للأخر. وتحدد الصورة الأولى إذا تعمد الفاعل الفعل أو ارتكب خطأ فاحشاً. ويكون الخطأ جسماً إذا رضي المضرور بالضرر كما في صورة أن تعابر الخليل خليلها فلا يمكنها طلب التعويض وقد رفضت بالضرر⁽¹⁾: على أن الرضاء بالضرر لا يؤدي دوماً إلى استغراق المضرور بل يتنهى إلى مسؤولية مخفقة أو مشتركة، فلا يمكن أن تؤدي الصورة إلى الاستغراق إلا إذا كان الخطأ فاحشاً⁽²⁾. ويمكن أن يكون خطأ المضرور نتيجة خطأ المدعى عليه فيستغرق خطأ المدعى عليه خطأ المضرور ويتحمل المدعى عليه كاملاً المسؤولية كما في صورة أن يشجع المضرور نصيحة المدعى عليه، وقد تكون عادة نصيحة أهل الاختصاص مثل الطبيب والمحامي والمهندس والمقاول وغير ذلك. ويمكن أن يكون خطأ المدعى عليه نتيجة خطأ المضرور فيستغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه، ويتحمل المضرور المسؤولية كاملة، كما في صورة أن يطلب المضرور من شخص إعطاءه دواء أعده بنفسه وقد ثبت في ما بعد أن جرعة الدواء فاسدة⁽³⁾.

(1) 1987، عدد 7، ص. 25 وما بعده.

(2) محمد المتصف بوفقة: خواطر حول الطبيعة القانونية للخطأ، المجلة القانونية التونسية، 1983، ص 1983 وما بعده.

(3) G.Viney : Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable, faute lourde, D. 1975, chro.p.263 et suiv.

(3) أنور سلطان: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1983، ص 305 وما بعده.

الفصل الثاني:

أنظمة المسؤولية التقصيرية

انتهى التطبيق إلى تنظيم المسؤولية الناتجة عن الأعمال غير المنشورة أو ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية إلى مسؤولية عن الفعل الشخصي (المبحث الأول) ومسؤولية عن فعل الغير (مسؤولية عن فعل المختبل وعليه العقل ومسؤولية عن فعل الآباء ومسؤولية عن فعل المتربيين والتلميذ ومسؤولية عن فعل التابع) (المبحث الثاني) ومسؤولية عن فعل الشيء سواء كان جامداً أو متحركاً (المبحث الثالث).

المبحث الأول: المسؤولية الشخصية

المسؤولية الشخصية هي المسؤولية القائمة على الفعل الضار الشخصي. وبعد الفصلان 82 و 83 م.أ.ع، الإطار العام لهذه المسؤولية، حيث نص الفصل 82 م.أ.ع، على أنه «من تسبب في ضرر غيره عمداً منه واختياراً بلا وجه قانوني سواء كان الضرار حسياً أو معنوياً فعليه جبرضرر الناشر عن فعله إذا ثبت أن ذلك الفعل هو الموجب للضرر مباشرةً، ولا عمل بكل شرط يخالف ذلك». كما نص الفصل 83 م.أ.ع، على أنه «من تسبب في مضرة غيره خطأً سواء كانت المضرة حسية أو معنوية فهو مسؤول بخطته إذا ثبت أنه هو السبب الموجب للمضرة مباشرةً، وكل شرط يخالف ذلك لا يعلم عليه، والخطأ هو ترك وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد الضرر». وليس من فرق في نظام الفصلين إلا في أن الفصل 82 م.أ.ع، عني بالفعل المعتمد بينما عن الفصل 83 م.أ.ع، بالفعل غير المعتمد. وقد أورد المشرع من خلالهما أركان أو شروط المسؤولية الشخصية وهي الفعل الضار والضرر والعلاقة السببية⁽¹⁾. وقد سبق أن تعرضا إلى شرط الضرر والعلاقة السببية، بقي أن نشرح شرط الفعل الضار الشخصي (الفقرة الأولى).

غير أن مجلة الالتزامات والعقود بعد أن وضعت المبدأ العام في المسؤولية الشخصية من خلال الفصلين 82 و 83 ينت جملة التطبيقات الهامة للفعل الشخصي من خلال الفصول 84 إلى 92 م.أ.ع، (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط المسؤولية الشخصية

ال فعل الضار الشخصي والضرر والعلاقة السببية هي جملة شروط المسؤولية، وقد تقدم شرح كلّ ما يتعلق بالضرر والعلاقة السببية وهما شرطان من عموم أنظمة المسؤولية. بقى أن نشرح ما يتعلق بالفعل الضار الشخصي الركن الخاص بالمسؤولية الشخصية.

وقد تواتر القول إنّ الفعل الضار الشخصي هو الخطأ الشخصي وهو تغيير غير دقيق حيث إن الخطأ هو الفعل غير المعتمد والحال أنّ الفعل الضار الشخصي يمكن أن يكون غير معتمد وهو الخطأ ويجوز أن يكون عمداً وهو ليس بخطأ بل هو فعل معتمد، ولذلك لا يصح القول الخطأ المعتمد إذ الخطأ لا يكون إلا غير معتمد. ولهذا الغرض لم تتحدث مجلة الالتزام بالفصل 82 إلا عن الفعل المعتمد ولم تذكر مطلقا الخطأ بينما تحدثت الفصل 83 م.أ.ع عن الخطأ فقط وهو الفعل غير المعتمد⁽¹⁾. والأكيد أن الحكم

(1) يدل ذلك عن ثراء اللغة العربية، فالخطأ مصدر لأن خطأ يخطئ فهو مخطئ ومنه الخطأ وهو غير العمد. وخطئ يخطئ فهو خاطئ وهو العمد ويؤخذ الخطأ من فعل خطئ كذلك وهو العمد. مفهوم الخطأ في لسان العرب لابن نصرور: الخطأ والخطأة: ضد الصواب. وقد أخطأه، وفي الترتيل: «وليس عليكم جنائث فيما أخطأتم به» عليه بالباء لأنه في معنى عذرتُم أو غلطتم، وقول رؤبة: يأرث إِنْ أَخْطَأْتُ، أو تسبَّتْ، «أَنْتَ لَا تَنْسِي، وَلَا تَمْوِيْتُ فِيَّ إِنْ كَفَرْتَ بِهِ» والفضل، وهو السبب من القوء وهو المسبب، وذلك لأنّ من حقيقة الشرط وجوابه أن يكون الثاني مُسْبِباً عن الأول نحو قوله: إنْ رَأَيْتَ أَكْرَمَتْكَ، فالكرامة مُسَبِّبَةٌ عن الزيارة، وليس كون الله سبحانه غير ناس ولا مُخطئٍ أثراً مُسَبِّبَةٍ عن خطأ زرقة، ولا عن إصابته، إنما ذلك صفة له عز اسمه من صفات نفسه لكنه كلام محمول على معناه، أي: إن أخطأت أو تسببت، فأعفْتُ عن التّعْبِي وفَضَّلْتُ؛ وقد يُمْدَد الخطأ وفرقاً يهـما قوله تعالى: وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً.

وأخطأه وأنْخَطَه بمعنى، ولا تقل أخطأته، وبعضهم يقوله: وأنْخَطَه قوله «وأخطأه» ما قبله عبارة الصبحان وما بعده عبارة المحكم ولินظر لم وضع المؤلف هذه الجملة هنا.

وأخطأه له في هذه المسألة وتحاطأ كلّاهما: أرأي أنه مُخطئ فيها، الأخيرة عن الزجاجي سكتها في الجملة.

وأخطأ الطريق: عَذَلَ عَنْه.

وأخطأ الرأي العرض: لم يُعْسِه.

وأخطأ تزوّه إذا طلب حاجته فلم يتجه ولم يُعْسِه شيئاً. وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما: أنه سُئل عن رجُل جعل أمر امرأته بيدها فقال: أَنْتَ طالق ثلاثة

قال: خطأ الله تزأماً أَلَا طلَّقَ نسْهَا، يقال لمن طلَّق حاجةً فلم يتجه: أَخْطَأَ تزوّك، أَرَادَ جعل الله

توأماً مُخطئاً لا يُعْسِيهَا فطرة.

ويروى: خطأ الله تزأماً، بلا همز، ويكون من خطأه، وهو مذكور في موضعه، ويجوز أن يكون من خطأ الله عنك السوء أي جعل يتخطلك يريد تبعذها فلا يُعْسِهَا، ويكون من باب المعنل اللام، وبه

(1) يوافق الفصلان 82 و 83 م.أ.ع الفصلان 1382 و 1383 من المجلة المدنية الفرنسية.

يختلف باختلاف الصورة عمداً أو خطأ^(١).

سواء كان عمداً أو خطأً يعرف الفعل الضار الشخصي بكونه إخلالاً بواجب قانوني على غرار المسؤولية التعاقدية فهي نتيجة الإخلال بالتزام تعاقدي. وإذا كان الالتزام التعاقدى يمكن أن يكون بذل عناء أو محقق النتيجة فإن الالتزام في المسؤولية التقصيرية يكون دوماً التزاماً ببذل عناء وهو أن تكون للشخص الجبطة واليقظة المطلوبتين في العمل فإذا خرج عن ذلك الضابط قامت المسؤولية التقصيرية.

ويجب أن يفهم الواجب القانوني موضوع الإخلال في معناه الواسع فيدخل في ذلك القوانين العامة والخاصة والأوامر والقرارات والمناشير سواء كانت مكتوبة أو عرفية بما في ذلك الأخلاق الحميدة والسلوك الاجتماعي السوي والقواعد المهنية الغرافية. فليس العرف الاجتماعي إلا مصدراً من مصادر التشريع في غياب النص الصريح، ويقوم مقام القانون في تلك الصور. ومتى أدى العرف أن لا ينحرف الشخص عن السلوك المتعارف عليه اجتماعياً.

وبالرغم من وضوح التعريف في مخالفته الواجب القانوني فقد حاول جانب من رجال القانون تقديم تعرifications متعددة لمعنى الفعل الضار الشخصي عمداً كان أو خطأً يوجه عام. فقد رأى البعض أنه إخلال بحق أو بواجب وهو في الحقيقة بيان لمضمون الواجب القانوني في نهاية الأمر حيث إن القواعد القانونية على تعددتها ترمي في نهاية الواجب القانوني في نهاية الأمر حيث إن القواعد القانونية على تعددتها ترمي في نهاية الأمر إلى تحديد دائرة الحقوق والواجبات سواء كانت لها طبيعة شخصية أو عينية، ذمية كانت أو غير ذمية. ومنهم من ذهب إلى أن الخطأ مخالفة للواجب الأخلاقي أو للسلوك العادي للإنسان وهو في نهاية الأمر مخالفة للواجب القانوني إذ أن الواجب الأخلاقي ليس إلا واجب قانوني في معناه الواسع في نهاية الأمر. ورأى البعض الآخر أنه إخلال بالثقة المشروعة la confiance légitime trompée حيث إن الشخص مجالاً في الممارسة تقف عند حدود حقوق البقية، فإن اختل التوازن كان ذلك إخلالاً بالثقة المشروعة. ومنهم من اكتفى بربط الفعل الضار بالعمل غير المشروع لا غير. وقد حاول الأستاذ Planiol أن يبين مصادرين الفعل الضار باعتباره إخلال بالتزام سابق، وقد بينما أنه إخلال بالتزام قانوني سابق، فقد يحمل هذا الواجب إلى فرض الامتناع عن العنف والكفر عن الغش والإحجام عن عمل تقصيه المهارة وفرض اليقظة والحرص في تأدية واجب الرقابة على الأشياء والأشخاص^(٢).

وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود تعريفاً للخطأ بالفصل 83 وهو «ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد الضرر»، ويمكن تعريف الفعل المتعتمد كذلك على معنى الفصل 82 م.أ.ع بأنه ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بقصد

(١) خليل جريج: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 136 في تعدد النظريات في تحديد الخطأ.

(٢) وختلف حكم الشريعة في الخطأ والعمد: عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إن الله تجاوز عن أبي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» (حديث حسن رواه ابن ماجة والبيهقي وغيرهما. وجاء في قوله تعالى: {إِنَّا لَا تَوَاحَدْنَا إِنْ تَبَيَّنَ لَنَا أَخْطَأَنَا رَبُّنَا وَلَا تَعْلَمُ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْنَا عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلَنَا إِنَّا لَا تَحْمِلُنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ} (البقرة: 286)، وقوله سبحانه: «وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكُمْ مَا تَعْدُتُ قَلْوَبَكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا حِيمًا» (الأحزاب: ٥). والحديث الذي بين أيدينا ما هو إلا مظہر من مظاهر رفع الأغلال والأصار عن أممٍ بينما صلى الله عليه وسلم ، ويتحقق ذلك إذا علمتنا أن هذا الحديث يدخل فيه كثير من الأحكام الشرعية في مختلف أبواب العلم ، حتى إن الإمام التزوبي رحمه الله قال: «وَهُنَّا هُنَّا حِدَثٌ أَشْتَمَ عَلَى فَوَانِدَ رَأْمُورٍ مَهْمَةٍ ، لَوْ جُمِعْتُ لِبَلْغَتْ مَسْتَهَا وَصَدَقَ الْإِيمَانُ فِي ذَلِكَ ، لَأَنَّا إِذَا أَتَمْنَا أَعْمَالَ الْعِيَادَ فَإِنَّا لَا تَخْلُمْنَا حَالِنِينَ: أَنْ نَكُونَ صَادِرَةً عَنْ قَصْدٍ وَالْخِيَارِ مِنَ الْمَكْلُوفِ - وَهُنَّا هُنَّا حِدَثٌ أَشْتَمَ عَلَى فَوَانِدَ عَلَيْهِ صَاحِبِهِ وَيَوْا حَدِبَهُ - ، أَوْ أَنْ يَكُونَ عَيْنَهُ مَبْيَانًا عَلَى الْفَصْدِ وَالْأَخْيَارِ ، وَهُنَّا يَشْمَلُ الْإِكْرَاءَ وَالنَّسِانَ وَالْخَطَأَ ، وَهُوَ مَا جَاءَ الْمَحِيدَ بِبِيَانِهِ ، فَإِنَّمَا الْخَطَأَ ، فَهُوَ أَنْ يَرِيدَ الْإِنْسَانَ فَعْلَ شَيْءٍ ، فَلَيَأْتِي فَعْلَهُ عَلَى غَيْرِ مَرَادِهِ ، فَهُنَّا قَدْ يَبْيَأُتُ الشَّرِيعَةَ أَنَّ اللَّهَ تَدْجَازُ عَنِهِ ، وَلَمْ يَوْا خَدْ صَاحِبِهِ - وَلَعَلَّ مِنْ لَطِيفِ الْأَمْثَالِ فِي هَذَا الْبَابِ ، مَا ذَكَرَهُ الْبَخَارِيُّ وَرَسُولُهُ فِي غَزْوَةِ خَيْرِ الْمُسْلِمِينَ تَبَارِزُ الصَّحَابِيُّ الْجَلِيلُ عَاصِمُ بْنُ الْأَكْوَرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَعَ مُشْرِكٍ ، فَلَرَادَ عَامِرٌ أَنْ يَقْتُلَ ذَلِكَ الْمَشْرِكَ فَرَجَعَتْ ضَرِبَتِهِ عَلَى نَفْسِهِ فَمَاتَ ، فَتَحَدَّثَ لَنَفْسِهِ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ هَامِرًا قَتَلَ نَفْسَهُ فَبَطَلَ بِذَلِكَ عَمَلَهُ ، فَذَهَبَ أَعْوَاهُ سَلَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُوَ يَكْتُبُ فَتَّالَ لَهُ: (بَاتَكِ؟) قَالَ لَهُ: (قَاتَلَ أَنْتَكِ؟) قَالَ: (نَفَرَ مِنْ أَصْحَابِكِ) ، قَالَ: (كَذَبَ أَنْتَكِ) ، قَالَ: (بَلْ لَهُ الْأَجْرُ بِطْلَ عَمَلِهِ) ، فَقَالَ: (فَقَيْ هَذِهِ الْحَادِثَةَ لَمْ يَقْصُدْ هَذَا الصَّحَابَيْنَ أَنْ يَقْتُلَ نَفْسَهُ ، بَلْ كَانَ يَرِيدَ أَنْ يَقْتُلَ ذَلِكَ الْمَشْرِكَ فَجَاءَتْ ضَرِبَتِهِ عَلَيْهِ ، فَبَيْنَ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ فَعَلَهُ هَذَا مَعْقُورٌ عَنِهِ).

على أن رفع الاتهام والخرج عن المخطىء لا يعني بالضرورة عدم ترتيب أحكام خطنه عليه، خصوصاً فيما يتعلق بحقوق العباد؛ لذلك يطالب المسلم بالدية والكافر إذا اقتل سالماً خططاً، كما يأدين الله تعالى ذلك في قوله: «وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا حَتَّىٰ مَنْ قَتَلْ مُؤْمِنًا حَتَّىٰ تَعَزِّيزَ رَقْبَةَ مُؤْمِنٍ وَرَبِّهِ شُكْلَةً إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَشَدُّهُ أَفَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوِّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَعَزِّيزَ رَقْبَةَ مُؤْمِنٍ كَانَ مِنْ قَوْمٍ يَتَكَبَّرُ وَيَنْهَمُ مُبَاتِئَ قَرْبَةَ مُؤْمِنٍ إِلَى أَهْلِهِ وَتَعَزِّيزَ رَقْبَةَ مُؤْمِنٍ فَنَلَمْ يَجِدْ ثَبَيْتَمْ شَهْرَيْنَ مُتَبَاهِيْنَ شَوَّهَمْ مِنَ الْهَوَى وَكَانَ اللَّهُ عَلَيْهَا حَكِيمًا» (النَّاس: 92).

وأما النسيان: فقد يبيت الشريعة أنه معقول عنه، ويشهد لذلك قوله تعالى: «إِنَّا لَا تَوَاحَدْنَا إِنْ تَبَيَّنَ لَنَا أَنْطَلَاتُكُمْ» (البقرة: 286)، ومع ذلك فإن الأحكام الأخرى تترتب عليه كذا، كما أشرنا سابقاً، فمن نسي الصلاة فيجب عليه أن يقضيها متى ما ذكرها، ومن نسي الوضوء ثم صلى فإنه تلزم بإعادة تلك الصلاة، ونالت هذه الأحوال: الإكراه، فقد يكره العبد على فعل شيء لا يريده، وحيثلي لا يقع عليه الاتهام أو الحرج. وقد أنزل الله تعالى قوله: «مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مِنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْعَنٌ بِالْإِيمَانِ» (المحل: 106) لما أجر المشركون عمار بن ياسر رضي الله عنه على قول كلمة الكفر، وكانت هذه الآية دليلاً على تقيي الحرج عن كل من كانت حاله كذلك. وقد استثنى أهل العلم جملة من المسائل لا تدخل ضمن قاعدة رفع الحرج بالإكراه، نحو قتل النفس المقصومة أو الزنا ونحو ذلك مما ذكره أهل العلم في كتب قواعد الفقه.

وحاصل الأمر، فإن هذا الحديث من أوضح الأدلة على سر منهج الإسلام وسمانته، كما إنه دليل على فضل هذه الأمة على غيرها من الأمم، حيث حفظ الله عنها ما كان على الأمم قبلها، فله الحمد من قتل ومن بعد على نعمة الإسلام. (موقع مقالات إسلام وآب).

أيضاً حديث شهidan رضي الله عنه أنه قال لامرأة ملكت أقرها فطلقت زوجها: إن الله حطأ توأمها أي لم تُنجح في فعلها ولم تُصيب ما أرادت من الخلاص.

الفراء: خطى الشَّهْمَ وخطا، لغتان (١)، قوله «خطى السهم وخطا لغتان» كذا في النسخ وشرح القاموس والذي في التهذيب عن الفراء عن أبي عبيدة وكذلك في صنحاج الجوهري عن أبي عبيدة خطى وأخططا لغتان بمعنى وعبارة المصباح قال أبو عبيدة: خطى خطأ من باب حلم وأخططا بمعنى واحد لمن ينسب على غير عمد.

وقال غيره خطى في الدين وأخططا في كل شيء عادة كان أو غير عاده وقيل خطى إذا تعمد الخطأ فانظره وسبق المولف نجزه وكل الموج في ما يليه من الكتب خطأ عنك السوء تلائياً مفتاح الثاني والخطأ: أرض يحيط بها المطر ويصيب أخرى قربها.

ويقال: خطأ عنك السوء: إذا دفعوا له أن يدفع عن السوء، وقال ابن السكري: يقال: خطأ عنك السوء، وقال أبو زيد: خطأ عنك السوء أي أخطاك البلاء.

وخطأ الرجل يتغلب خطأ ويطأ على فعله: أذنب، وخطأه شفاعة وخططيها: تسبه إلى الخطأ، وقال له أخطأته، يقال: إن أخطأت مخططي، وإن أشتقت مسوئي عليّ أي فعل لي قد أثأته، وخطأته له في المسألة أي أخطأته.

قال أبو في بن مطر المازني: لا أليلًا خلقي، جابر، * لأن عيلتك لم يقتل تخطيات البطل أحشأه، * وأبغز يومي، فلم يتعجل والخطأ: مالم يتعتمد، والخطأ: مائتمع، وفي الحديث: قتل الخطأ ديه كذا وكذا من ضد النساء، وهو أن يقتل اسماً يقتلك من غير أن تشهد قتله، أو لا تشهد ضربه بما قتله به.

وقد تذكر ذكر الخطأ والخطية في الحديث، وأخطأنا بخطيء إذا شكل سبيل الخطأ عمداً وشهواً، ويقال: خطيء بمعنى أخطأ، وقيل: خطيء إذا تعمد،

ويقال لمن أراد شيئاً ففعل غيره أو فعل غير الصواب: أخطأ، وفي حديث الحكوفي: فأخطأ يدرئ حتى أذرع برداه، أي غلط.

قال: يقال لمن أراد شيئاً ففعل غيره: أخطأ، كما يقال لمن قصد ذلك، كأنه في استعماله غلط فأخذ درع بعض سلاحه عرض رداءه.

ويروى: خطأ من الخطوط: التقى، والأول أكثر، وفي حديث الدجال: أنه ثالث آلة، قاتل النساء بالخطايا: يقال: رجل خطأ إذا كان ملائماً للخطايا غير تارك لها، وهو من أئمة المسلمين، ومعنى يخولن بالخطايا أي بالكفرة والغصنة الذين يكونون تبعاً ص: 67 للدجال، وقوله يخعلن النساء: على قول من يقول: أكذوب البراغيث، ومنه قول الآخر: يخعون يخصلن السليم أناقيره وقال الأموي: السخطي: من أراد الصواب، فصار إلى غيره، والخطاطي: من تعمد لما لا ينبغي، وتقول: لأن تخطي في العلم أسر من أن تخطي في الدين.

ويقال: قد خطأ إذا أخطأ، فانا أخطأ وأنا خطاطي، قال المتنبّي: سمعت أبا الهيثم يقول: خطأ: لما سمعه عمداً، وهو الذنب، وأخطأ: لما صنعه خطأ، غير عمداً، قال: والخطاط مهمور مقصور: اسم من أخطأ خطأ وإخطاء، قال: وخطيئ خطأ، بكسر الخطاء، مقصور، إذا أخطأ، وأنت زَبْ * كريم، لا تلقي بيك الدُّمُومُ والخطيئَ: الذنب على عندك.

والخطاط: عياذك بخطاؤك، وأنت زَبْ * كريم، لا تلقي بيك الدُّمُومُ والخطيئَ: الذنب على عندك، والخطاط: الذنب في قوله تعالى: إن قتلهم كان خطأ كبيراً، أي إنما.

وقال تعالى: **«إِنَّكُمْ خَاطِئُونَ، أَيْ أَتَوْبُونَ»**.
والخطيئة، على فعيله: الذنب، ولكن أن تُشتدّ الباء لأنَّ كل باء ساكتة قبلها كسرة، أو واو ساكتة قبلها ضمة، وهذا زائدتان للباء لا للالحال، ولا هما من نفس الكلمة ، فإنك تقلب الهمزة بعد الواو وأواه وبعد الباء ياء ومؤديه وتفعل في متبرع متبرع، وهي حبي وحبي، بشديد الواو والباء، والجمع خطايا، نادر، وحكي أبو زيد في جمده خطايا، بهمزتين، على فعالي، فلما اجتمع الهمزة زان فثبت الثانية ياء لأن قبلها كسرة ثم استقلت، والجمع تقبل، وهو مع ذلك معتل، فثبتت الباء أليها ثم قلت الهمزة الأولى ياء لخلافتها بين الآلين، وقال الليث: الخطيبة فعيله، وجميعها كان يعني أن يكون خطائين، بهمزتين، فاستقلوا الشاء همزتين، فخفقا الأخيرة منها كما يخفق جائع على هذا القباب، وذكرها أن تكون عليه مثل على جاني لأن تلك الهمزة زانة، وهذه أصلية، ففروا بخطايا إلى يائماً، وجدوا له في الأسماء الصالحة ظفيراً، وذلك مثل: طاهر وطاهرة وطهارة.

وقال أبو إسحق التحري في قوله تعالى تأثر لكم خطاياكم.

قال: الأصل في خطايا كان خطاياً فاعلم، فيجب أن يُردد من هذه الباء همسة تقصير خطائي مثل خطأ عي، فتحتاج همزتان، فثبتت الثانية ياء تقصير خطائي مثل خطأ عي، ثم يجب أن تقلب الباء والكسرة إلى الفتحة والألف فيصير خطاء مثل خطاء، فيجب أن تبدل الهمزة ياء لوقوعها بين الفين، تقصير خطايا، وإنما أبدلا الهمزة حين وقعت بين الفين لأن الهمزة مجازة لللافات، فاجتمع ثلاثة أحرف من جنس واحد: قال: وهذا الذي ذكرنا مذهب سيرورة.

الأزهرى في المعين في قوله تعالى: لا تبتئوا سلطوات الشيطان، قال: فرأى بعضهم خطوات الشيطان بين الخطية: المأثم، قال أبو منصور: ما علمت أن أحداً من قراء الأمسار قرأ بالهمزة ولا يعني له قوله تعالى: والذي أطمع أن يغفر لي خططي يوم الدين، قال الزجاج: جاء في التفسير: أن خططيه قوله: إن سارة أخيه، وقوله: بل فقله كبر لهم، وقوله: أتي سقيمه، قال: ومعنى خططي أن الآباء بشر، وقد تجوز أن تقع عليهم الخطيبة إلا أنهم، صلوات الله عليهم، لا تكون منهم الكبيرة لأنهم تغشرون، صلوات الله عليهم أجمعين، وقد أخطأ وخطي، لغتان بمعنى واحد.

قال أمرق القيس: يا أهْفَتْ هذِهِ أَخْطِيَّنَ كَاهِلًا أَيْ إِذْ أَخْطَأَنَ كَاهِلًا، قال: ووجه الكلام فيه: أنت أخطأ بالآلة، فردة إلى الثالثي لأن الأصل، فجعل خططين بمعنى أخطاء، وهذا الشعر عن به الخطأ، وإن لم يضر لها ذكر، وهذا مثل قوله عز وجل: حتى توارثت بالرجاج.

وحكي أبو علي الفارس عن أبي زيد: أخطأ خطاطية، جاء بال مصدر على لفظ فاعلية، كالعاشرة والجازية، وفي الترتيل: والسوئيقات بالخطاطية.

وفي حديث ابن عمر، رضي الله عنهما، أنهم تصيبوا أحاجة يترافقونها وقد جعلوا تصاحبها كُل خطاطة من تبلهم، أي كُل واحدة لا تُصيّبها، والخطاطة هبها بمعنى الخطاطية.

وقولهم: ما أخطأنا إنما هو تجيئ بين خططي لا بين خططاً.

وفي المثل: مع الخطاطي سهم صائب، يضرر الذي يكثُر الخطأ و يأتي الآخرين بالصواب، وروى ثعلب أن ابن الأعرابي أشده، ولا يُستيقن المصمار، في كُل توطن، * من الخطأ عبد الجد، إلا عرّابها لكنه امرأة ما قُبِّلَتْ نُسُهُ لَهُ، * خطأها (١)، إذ أخطأته، أو صوانيها (٢) قوله «خطاطتها كذا بالنسخ والذى في سرح القاموس خطاطتها بالأفراد وتعل الخطاء فيها بمعنى متبرع.

ويقال: خططينا يوم يمرّبى أن لا أرى فيه ثلاثة، وخططت ليلة تمرّبى أن لا أرى فلاناً في اليوم، كقوله: طبل ليلة وطبل يوم (٢) قوله «كتوله طبل ليلة إلخ» كذا في النسخ وشرح القاموس.

وقتها ولذلك نص الفصل 83 م.أع. في تعريف الخطأ على أنه «ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغرض الضرر».

-شروع التعدّي

يشترط في التعدي، خطأ كان أو عمداً، إيجاباً أو سلباً، أن يكون اجتماعياً غير مألف وغير مشروع.

-التعدي على غير مألف اجتماعياً: ويمكن مثلياً لقياس ضابط التعدي أن تعتمد معياراً شخصياً أو موضوعياً.

أما المعيار الشخصي فلا ينظر فيه إلى التعدّي في حد ذاته بل ينظر فيه إلى الشخص المعتدي، فتعتبر شخصيته في الاعتداء، فهي دراسة شخصية لشخص المعتدي، وبذلك يقترب المعيار الشخصي بالاعتبارات الذاتية والأدبية للشخص، فلا يكون الخطأ خطأ إلا إذا أحس المعتدي بالاعتداء، وهو بذلك معيار يختلف من شخص إلى شخص، فيما يعتبر اعتداء بالنسبة إلى البعض لا يعتبر كذلك بالنسبة إلى البعض الآخر، فلا يعتبر الخطأ المألوف لدى جميع الناس بل يعتبر ما هو خاص بشخصية المعتدي، وهو معيار يقى خاضعا لاجتهادات المحاكم ويبدو أنه صعب البيان لأنه ليس من السهل الإحاطة بالفكرة الشخصية المعتمدة.

أما المعيار الموضوعي فهو معيار مجرد ودقيق، فلا يعتد بشخصية المعتمدي بل يتظر إلى ذات العمل خارج شخصية المعتمدي، فهو العمل غير المألف اجتماعياً، فإذا كان المعيار الشخصي يناتس على دراسة نفسانية فإن المعيار الموضوعي يناتس على اعتبارات اجتماعية. فيناس الخطأ بتصرف الإنسان العادي أي رب الأسرة العاقل والمتوسط كما ذهب فقه القضاء إلى ذلك *bon père de famille*. ومن شأن هذا المعيار أنه ينطبق على الكافة فلا يأخذ بخصوصية الشخص الواحد إذ العبرة بالعمل المجرد الاجتماعي وليس بذاتية الشخص. ولا يراعي المعيار الموضوعي توافر المعتمدي أو نفسه زمن ارتكاب المحادثة. ويجب التدقيق أن هذا التجريد لا يشمل إلا الظروف الداخلية لشخص المعتمدي فلا يعتد بجنسه كونه ذكراً أو أنثى أو حالته الاجتماعية كونه فقيراً أو غنياً أو سنه كونه قاصراً أو راشداً أما الظروف الخارجية عن شخص المعتمدي أي مكان وزمان ارتكاب الفعل الضار فيراعي فيها الذاتية بمعنى أنه يعتد بطبيعة المكان والزمان في ارتكاب الحادث إذ أنه مجرد عناصر موضوعية تدخل في تقدير الخطأ من عدمه وهي عناصر موضوعية في نهاية الأمر. ويجب التأكيد كذلك على أنه في جملة الأعمال التي لا يقوم بها إلا الشيوخ أو النساء أو الأطفال أو صيفاً معيناً من البشر يجب اعتماد العادي من النساء والأطفال والشيوخ والصيف لضبط الخطأ. وليس في ذلك

خروج عن المعيار الموضوعي في حقيقة الأمر إذ الأخذ بالمتوسط من المتدخلين ليس أخذًا بالمعايير الثنائي، إنما وعيا بمقتضيات المعيار الموضوعي.

ويعد للمضرور إثبات هذا العنصر الاجتماعي الخارج عن المألف والإثبات حزب الجميع الوسائل إذ أن الأمر يرتبط بإثبات واقعة قانونية ويبقى الإثبات في نهاية الأمر خاضعاً لاجهادات محكمة الموضوع.

وقد انتهت الغلبة إلى هذا المعيار الموضوعي في تقدير الخطأ فقة وقضاء إذ الله الأكثر ضبطاً وحسماً ولا يدفع في اتجاه تناقض التوجهات ويضمّن أكثر ما يمكن مراقبة احتمادات المحاكم من قِبَل محكمة التمعق.

الاعتداء عمل غير مشروع؛ فلا يعتبر العمل اعتداء إلا إذا كان غير مشروع أي لا تجيزه جملة الأحكام القانونية. على أنه من الممكن أن يكون الاعتداء عملاً مشروعاً خارج دائرة الخطأ على الأقل في أربع صور: الدفاع الشرعي وأمر القانون وحالة الضرورة والرضاء بالضرر.

+ الدفاع الشرعي: نص الفصل 104 م.أع على أنه لا يضمن على من اضطر إلى الدفاع الشرعي.... والدفاع الشرعي هو حالة من التهجم إلى دفع ضولة حسائل أراد التعدي على النفس أو المال سواء كان ذلك للعداوة أو لغيره، كما نص الفصل 39 م.ج. على أنه «لا جريمة على من دفع ضحى عرض حياته أو حياة أحد أقاربه لخطر حتمي ولم تتمكنه النجاة منه بوجه آخر. والأقارب هم: أولاً: الأصول والفرع، ثانياً: الأشواة والأخوات، ثالثاً: الزوج والزوجة. أما إذا كان الشخص المعرض للخطر من غير هؤلاء الأقارب، فللماضي الاعتناء في تقديم درجة المساعدة له».

ويذلك يعد الدفاع الشرعي من أسباب عدم المواجهة الجزائية والمدنية مع بعض الاختلاف في شروط الأخذ بالدفاع، ولا يكون الدفاع شرعاً على المستوى المدني إلا إذا تتوفرت به ثلاثة شروط:

أولاً: وجود خطر في الحال أو المال على نفس الدافع أو ماله أو على نفس ومال الأقارب والغير: فلا يشترط أن يقع الخطر فعلاً بل يخشى وقوعه في المستقبل فيكتفي مجرد الخشية من وقوعه، وهو اعتداء على المال والنفس على خلاف الاعتداء في المادة الجزائية فيجب أن يكون على النفس، وهو اعتداء على الدافع والأقارب والغير أي من له علاقة بالدافع ولو لم يكن من الأقارب. وقد حدد الفصل ٣٩ م-ج قائمة الأقارب وهم الأصول والفرع والأخوة والأخوات والزوج والزوجة، ولم يأخذ بمفهوم الغير بصفة آلية بل أبقى الاجتهاد للمحكمة إذا كان الاعتداء خارج هذه القائمة فإذا «كان الشخص المعرض للخطر من غير هؤلاء الأقارب فاللاقاضي الاجتهاد في تقدير درجة المسؤولية».

-**ال فعل الإيجابي والفعل السلبي:** وقد يتخذ التعدي مظهراً أو سلوكاً إيجابياً أي لا يتوفّر الخطأ إلا بالقيام بأعمال إيجابية مثل أن يعتدي الفاعل على المضرور ضرباً أو يلقي الجار الفضلات بأرض جاره وغير ذلك من الحالات أو قد يتخذ مظهراً سلبياً بالأمتناع أي يتمثل الخطأ في الموقف السليبي للفاعل مثل أن لا يستجذ الشخص الآخر أو أن لا يتحرّك السائق في فوق السيارة حتى لا تصطدم بالأخرى وغير ذلك من الحالات فقد يكون الموقف السليبي موضوع المؤاخذة محل تنظيم من التشريع نصاً وقد توجد في شأنه قاعدة عامة وقد يتمثل الموقف السليبي في عدم الإتيان بالحركة المطلوبة في

الضرر، وباعتبار أن الفصلين 82 و 83 م.أ.ع إنما جاءا بباب الالتزامات الناشئة عن الجح وشبه الجح، فإن الضابط والمحدّد لواجب الترك والفعل إنما هو القانون ليس بوصفه مصدراً مباشرة للالتزام بل باعتباره مصدر غير مباشر، إذ تبقى الواقعية القانونية في حالة الجنحة وشبه الجنحة هي المصدر المباشر للالتزام.
والواضح من خلال فرائدة الفصلين 82 و 83 م.أ.ع أن للفعل الضار ركين ركن مادي ويتمثل في الاعتداء (1) وركن معنوي ويتمثل في التمييز (2).

أ-التعدي la culpabilité

للتعدي، باعتباره عمل مادي في نهاية الأمر، عدة مظاهر (1) ويوجب توفر جملة من الشروط (2).

1-مظاهر التعدي

التعدي عمل مادي لا يمكن حصره، فجميع الأفعال الإنسانية يمكن أن تتحدد شكل التعدي إذا خرجت عن الضوابط المفروضة، وقد ترقى إلى حد مخالفته القوانين الجزائية وقد تبقى في مستواها المدني، ولكنها لا تخرج عن كونها أعمالاً عمدية أو غير عمدية في البعض أو أعمالاً إيجابية أو سلبية في البعض الآخر.

-**الفعل العمدي والفعل غير العمدي:** الركن المادي في الفعل الضار الشخصي هو التعدي وقد يكون فعلاً متعمداً على معنى الفصل 82 م.أ.ع. وهو الجنحة المدنية أي جميع الأعمال المادية القصدية غير المشروعة وقد يكون عملاً غير قصدي على معنى الفصل 83 م.أ.ع. وهو شبه الجنحة أي جميع الأعمال المادية غير المشروعة وغير القصدية⁽¹⁾. وقدرأينا أن المفهوم الصحيح للخطأ هو الفعل غير المتمم، بينما لا يصح القول الخطأ العمدي إذ الخطأ لا يكون إلا غير عمدي. والضابط بين العمدي وغيره هو الحالة النفسية للمعتدي، فمقتضى العمد أن يقصد الفاعل تحقيق الضرر بينما الخطأ لا يفترض عمداً بل هو مجرد خروج عن التصرف العادي⁽²⁾.

يعالج على مستوى النية.
والعمد هو النية المجردة في ارتكاب الجريمة على ما عرفها القانون، فهي القصد في ارتكاب الجريمة. والقصد في جانب من العلم والإرادة، فلا ينحصر القصد في جانب العلم فحسب، بل يمتد إلى ما يشمل الإرادة، فهو علم بعناصر الجريمة وإرادة متوجهة إلى تحقيق هذه العناصر أو إلى تبرتها. فلا يكفي العلم بالتبني، بل لا بد من إرادة في التتحقق. وقد قامت نظرية الإرادة في دحض أنكار نظرية العلم في فهمها لمعنى القصد على تلك الصورة، أي في اعتقادها على معنى العلم والإرادة معاً في فهم معنى القصد والعمد. والعلم مفهوم ينصرف إلى معرفة ما يشمل جميع العناصر القانونية للجريمة، وحيث يتغافل الغلط ينتهي العلم. فيقتضي العلم الإحاطة بوقائع الجريمة وبخطورة الفعل وبمكان وزمان الفعل وبصفة المجنى عليه عند الاقتضاء وتوقع النتيجة ويفترض دوماً العلم بالقانون. وتعد الإرادة نشطاً نفسياً يتجه إلى تحقيق غرض عن طريق وسيلة معينة، فهي ظاهرة نفسية، وهي قوة يسعّن بها الإنسان للتأثير على ما يحيط به من أشخاص وأشياء، وهي المحرك لأنواع من السلوك ذات طبيعة مادية تحدث في العالم الخارجي من الآثار المادية ما يشعّ به الإنسان حاجاته المتعددة. فهي نشاط نفسي يصدر عن وهي وإدراكه، فيفترض العلم بالغرض المستهدف وبالوسيلة التي يسعّن بها للبلوغ هذا الغرض، ويمر التفكير الإنساني وجوهاً بمراحل متعددة انطلاقاً من الإدراك conception ثم التدبر délibération فيرن الشخص الأمر وينتبره، ثم ثانية مرحلة ثالثة وهي إضفاء العزيمة في الأمر والبت فيه، وهذه هي الإرادة volition، فإذا انعقدت لم يبق إلا مرحلة رابعة وهي التنفيذ execution أي تحقيق الغرض (الركن المادي)، وبذلك تختلف الإرادة، باعتبارها نشاطاً نفسيّاً، عن مفهوم الغرض باعتباره الهدف القربي الذي تتجه إليه الإرادة، وتختلف الإرادة عن الغاية (أو الدافع) باعتبار الغاية مدخلاً بعيد التتحقق. وتعده الجنحة متصردة سواء كان القصد مباشراً أو احتتمالاً، ويكون القصد مباشراً، مهما كانت درجاته، إذا اتجهت الإرادة بقينا إلى الاعتداء على حق يحميه القانون. ويكون احتمالياً إذا توفر الجاني حصول الفعل قبل بالمخاطر، وتحتاج كل جريمة إلى قصد عام (علم وإرادة) إضافة إلى القصد الشخصي (علم خاص وإرادة خاصة). ويمكن أن يكون القصد محدوداً أي مخصوصاً بمقدمة معينة فتقع الجريمة على شخص معين يداته أو غير محدود أي دون تحديد لمقدمة معينة فتقع الجريمة على شخص غير معين بذاته.
والواضح أن البحث وراء القصد الجنائي مسألة موضوعية يتناولها نصّاء الأصل بعيداً عن ضوابط القانون المدني في حسن النية وسوتها وأحكام عبء الإثبات فيها ويسقرّونها معاً تجمع لديهم من وقائع ويشكلّونها من ظاهر الأشياء تحت ضغط الوجдан الحالص، وتطلق أيديهم في ذلك دون خصبة رقابة محكمة التقييب شرط التعليل.

(1) محمد عييد: الخطأ في المسؤولية عن العمل الشخصي في ضوء القانون التونسي والمغربي، الفضاء والتشريع، 1982، عدد 2 ص 13.

(2) يميز القانون الجزائري بين الإضمار والمدحّث إن الإضمار هو النية الواقعية قبل مباشرة الاعتداء على الغير عملاً بأحكام الفصل 202 مج، فهي ساقية القصد، فيلزم الإضمار سبق عزم الجنائي على ارتكاب الجنحة والتفكير فيها وفي عواقبها والتعميم على اقترافها ثم الإقدام عليها وهو هادي البال. فيتوفّر الإضمار عندما يفتقر الجنائي في جريمته وفي عواقبها ويعذر سلاحاً لاقرافتها ثم يقدم على تنفيذها وهو هادي البال شاغراً بخطورة ما هو مقدم على ارتكابه. وبذلك يستوجب الإضمار العزم على ارتكاب الجنحة وهدوء البال والشطب لارتكاب الجنحة وإعداد العدة لها وجود فاصل زمني بين العزم على ارتكاب الجنحة وبين اقترافها. والتّردّد من الإضمار، فقط أنه مفهوم موضوعي، في حين أن الإضمار

الجبر» على معنى الفصل 41 م.أع.، والقاعدة الواردة في باب الإكراه بالفصل 55 م.أع. تقتضي كذلك أن الخوف المترتب على الحياة لا يعتد به إلا إذا صاحبه تهديد أو ضرب. وقد وضع حكم التمييز في المادة المدنية والجزائية منذ القدم، منذ العهد الروماني والإسلامي، وبذلك انتقلت إلى القوانين الحديثة والقانون التونسي. فلا يسأل الصبي فقد التمييز جزائياً «فلا يعاقب من لم يتجاوز سنه ثلاثة عشر عاماً كاملاً عند ارتكابه الجريمة أو فقد العقل»⁽¹⁾. وأخذ المجنون حكم الصبي غير المميز. وأوردت مجلة الاتزامات نفس المبدأ بالفصل 105 حيث «لا ضمان على الصغير الغير المميز وكذلك المجنون حال جنونه، فإذا كان للصغير درجة من التمييز تمكّنه من معرفة العاقد وجبت عليه العهدة». ومن التمييز ثلاثة عشرة سنة على معنى القواعد العامة الواردة بالفصل 3 وما بعدم إتباع⁽²⁾.

وبذلك يعدّ غير مميز ولا عهدة مالية عليه في التعريض الصبي الذي لم يتجاوز الثالثة عشر من عمره والمجنون جنوناً كاملاً والسكر غير الاختياري ويتحقق بذلك كل ما كان غير اختياري ويذهب العقل مثل المخدرات والتسميم المعنافي والصرع ومرض النوم وغير ذلك من الحالات.

ويعدّ مميزاً وتحمّل العهدة المالية الصبي الذي تجاوز الثالثة عشر من العمر وضييف العقل والسفه والصم والبكم والأصم⁽³⁾ وما كان اختيارياً ويذهب العقل مثل حالة السكر الاختيارية⁽⁴⁾.

2- تطبيق شرط التمييز

للتمييز نطاق ضيق في المسؤولية التقصيرية. فلا يحمل الشرط على إطلاقه بل يرمي إلى جملة الحالات التطبيقية التي تؤدي إلى ضيق مجال تطبيق المبدأ.

فلا يعتدّ بانعدام التمييز أولاً إلا إذا كان انعدام التمييز مطلقاً. ولذلك نصّ الفصل 105 م.أع. في فقرة الأخيرة على أنه «إذا كان للصغير درجة من التمييز تمكّنه من معرفة العاقد وجبت عليه العهدة» كما نصّ الفصل 106 م.أع. على أنه «على الصم البكم ومن بعقولهم خبال ضمان ما يصدّر منهم إذا كانت لهم درجة من التمييز يدركون بها عاقد فعلهم». معنى ذلك أنه إذا لم يثبت الجنون المطبق أو فقدان العقل بصفة مطلقة بأية صورة من الصور فلا يمكن القول بانعدام التمييز.

(1) الفصل 38 من المجلة الجزائية، ويراجع كذلك مجلة حقوق الطفل.

(2) درس الصحاح: مسؤولية الطفل غير المميز في جرائم البسيء، القضاء والشرع، 1978، عدد 8 من 39.

(3) الفصل 106 م.أع.

(4) الفصل 102 م.أع.

ملك أو حتى إعدامه. غير أن الاعتداء على الذات ولو أنه لا يخرج عن القاعدة مثل المشاركة في مقابلة رياضية أو الخوض لعملية جراحية حيث يكون الفعل الضار مشروعاً، فإن عدم مراعاة ضوابط اللعبة الرياضية أو العملية الجراحية وغير ذلك من الحالات المشابهة لا يرفع عن الفعل عدم مشروعيته. معنى ذلك أن رضاء المضرور لا يؤدي دوماً إلى مشروعية الفعل واستغراقضرر من قبل المتضرر إلا إذا راعى الفاعل مقتضيات التدخل. فإذا خرج عن الضوابط بقي الفعل غير مبرر⁽¹⁾.

ب- التمييز
للتمييز مفهوم خاص (1) ونطاق ضيق (2) في المسؤولية التقصيرية.

1- مفهوم التمييز في المسؤولية التقصيرية

التمييز هو الركن المعنوي في الخطأ، فلا يعتد بالتمييز في هذه الصورة للتفريق بين الفعل المعتمد وغير المعتمد كذلك ما يرمي إلى الإرادة la volonté بشكل عام بل يعتد بالتمييز في هذه الحالة كعنصر إدراك discernement لإنداد الفعل الضار imputabilité وبالتالي للتتفيد على الذمة المالية الثابعة للمُسْؤُل، وحتى لو وجهت الدعوى على من ينويه فإنه يحق لها الأخير الرجوع على المسؤول الحقيقي.

والأكيد أن الإرادة مشترطة في العمل التقصيرى سواء كان الفعل معتمداً أو غير معتمد ولكنها تأخذ شكلاً مميزاً في الباب التقصيرى مقارنة مع الاتزامات التعاقدية، إذ يفترض أن تكون للمتعاقد الأهلية التعاقدية بينما يشترط في المسؤولية التقصيرية عنصر التمييز فقط، والتمييز ليس الأهلية بل هو إدراك الفاعل لمعنى الفعل الضار والخطورته، فهو عنصر في تعريف الخطأ التقصيرى وبه تقوم المسؤولية التقصيرية في اعتبار العهدة المالية من مال من أخطأ.

ويذكر بداية أن جبر الشخص بشكل ينتهي إلى فقدان الإرادة مطلقاً يحمل على كل حال إلى عدم إمكانية إسناد الفعل للواقع عليه الجبر. فمن ارتكب خطأ وهو في حالة جبر فلا عهدة عليه. ولذلك فإنه عملاً بالفصل 102 م.أع. «إذا كان إنسان على حالة سكر وارتكب جنحة أو شبهاً فإنها لا تمنع القيام بالخسارة الناشئة عن فعله إذا كان سكره اختيارياً فإذا كان غير اختياري فلا عهدة مالية عليه وعلى الإثبات». بلا مسؤولية على من أكره غصباً لتناول مشروبات أو تناول مادة أذهبت عقله تماماً مثل المخدرات أو التسميم المعنافيسي. ويمكن أن يكون الجبر مادياً كما يمكن أن يكون معنوياً، على أن «طاعة المجرم بسبب شدة تعظيمه لمن يأمره بارتكاب جريمة لا تنجز له منها صفة

(1) G.Viney : Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable, faute lourde, D. 1975, chro.p.263 et suiv.

بالفقه الإسلامي وهو أنه لا واجب مع العجز ولا حرام مع الفرورة، فللضرورة أحکامها طبق هذه القاعدة الأصولية. فما ورد بمجلة الالتزامات والعقود يرد إلى حالات الدفاع الشرعي والقوة القاهرة وما ورد بالمجلة الجزائية يرد إلى حالات الدفاع الشعري والغضب وأمر القانون. والفرق شاسع بين حالة الضرورة في تصور الفقه والقضاء ويفيد المؤسسات الشبيهة.

أما الدفاع الشرعي فهو صورة رد الضرر الواقع في الحال والمآل على النفس والمال بأدوات تناوب الضرر المحتلم أما أمر القانون فهو التطبيق السليم لمقتضيات القانون أو الأذون الصادرة على ضوء أما الغصب فهو الإكراه المطلق الذي ي عدم الإرادة والملجح لل فعل أما القوة القاهرة فهي جميع الأسباب غير المتوقعة والخارجية والمستجنب دفعها. أما حالة الضرورة فليست من ذلك في شيء فإذا كان الفقه والقضاء قد اشترط أن يقع الخطر على الذات والمال وعلى شخص المعتمدي عليه أو أقاربه في حالة الضرورة فإن مصدرها يختلف تماماً عن مصادر بقية المؤسسات، فلها مصدر أجنبى عن الأطراف. فالفعل قد صدر عن الفاعل والدافع في حالة الدفاع الشرعي بينما يعود المصدر في حالة الضرورة إلى أسباب أجنبية عن الطرفين. ولا ترقى حالة الضرورة إلى مرتبة القوة القاهرة، ففيها شيء من ذلك ولكنها أقل حدة، فلو صبر من وقع عليه الضرر وتجلّد لما وقع عليه الفعل، في حين أن القوة القاهرة لا تبقى للمتضرر الخيار أو هامش المناورة ويكون وقوع الفعل حتمياً مهماً كانت الصورة.

ولذلك يشترط في حالة الضرورة أن يكون مصدر الخطر أجنبياً عن الطرف وأن يقع الخطر على المتضرر أو غيره على المال أو النفس والأهم في ذلك أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد وأقوى بكثير من الضرر الذي وقع كما في صورة أن تكون السفينة مهددة بالغرق إذا لم يسع الريان إلى تخفيف الحمولة برميها بالبحر. فالشيء من البضاعة أقل أهمية من حياة البشر. فإذا تساوى الخطر الأول والثاني أو كان أقل منه ارتباً الشرط.

+ الرضاء بالضرر: لم تنص مجلة الالتزامات على صورة الرضاء بالضرر كصورة من الصور التي تجعل الفعل الضار فعلاً مشروعاً. ولكن الفقه والقضاء المقارن وقياساً على المبادئ الجزائية ذهب في اتجاه أن لا ضرر في حالة رضاء المتضرر بالضرر⁽¹⁾. فلا يكون الفعل الضار أمراً غير مشروع إذا سبق الفعل رضاء المتضرر. على أنه من الواجب التمييز بين الاعتداء على المكاتب والذات البشرية في هذا الباب. فمالك الشيء يستطيع أن يسمع لغيره بالاعتداء على الشيء منقولاً كان أو عقاراً ولا يمكن أن يوضع المعتمدي في مركز المخالف لسبق الرضاء إذ المالك بإمكانه التغريب فيما

ثالثاً: أن يكون الخطر عملاً غير مشروع؛ أي أن يكون ما وقع على الدافع ليس من قبل الأعمال المشروعة، فإذا كان ما وقع عليه بأمر القانون وليس له أن يتمسك بالدافع الشرعي.

ثالثاً: أن يكون الدافع بالتناسب: أي أن يكون الدفع بالقدر اللازم دون مجاوزة أو تفريط، فيجب قيام التناوب بين الخطر الذي يتهذه و الوسيلة المستعملة لردة الخطر. ويوضح بالمعايير الموضوعي في تحديد مقدار التناوب، وإذا تبين تجاوز الدافع مقدار التناوب تبقى المسئولية قائمة مع مراعاة أحكام الاشتراك في المسئولية وقواعد الاستغراق.

+ أمر القانون: نص الفصل 42 م.ج. على أنه «لا عقاب على من ارتكب فعلًا بمقتضى نص قانوني أو إذن من السلطة التي لها النظر». فلا يمكن للشخص الذي تقدّم بأمر من يليه السلطة العامة أو تقدّم مقتضيات القانون أن يؤخذ جزائياً ومن باب أولى مدنياً. ولكنه يشترط أن يكون الإذن قد صدر من له النظر أي من له الصفة في اتخاذ القرار أو سبق توفير النص القانوني في غياب الإذن. فلا بد أن يستند المتدخل إلى نص القانون أو الإذن في تدخله مع شرط أن يصدر الإذن من له الصفة قانوناً. ويجب أن يكون القرار من الأعمال الإدارية واجبة التطبيق عادة، فهو أمر واجب التطبيق طبق القانون. فلا يجوز على سبيل المثال إيقاف شخص خارج إطار التسلس إلا بعد إذن النيابة العمومية أو التمديد فيه دون الإذن الكافي للنيابة العمومية⁽¹⁾. على أنه لا يشترط أن يرافق المتفق مشروعية القرار المطلوب تنفيذه أي أن يرافق المتفق مدى صحة اعتماد ذلك القرار بل يشترط فقط أن يعتقد المتفق في مشروعية القرار المطلوب تنفيذه. قليس من مهم المتفق أن يرافق تطابق الإذن مع المقتضيات القانونية فلا يمكن أن يتمسك المتفق بعدم التنفيذ بعلة عدم المشروعية أي مخالفة مقتضيات القانون إذ يمكن أن يصدر القرار من له النظر ويكون من الأفعال التي تطبق قانوناً ويعتقد المتفق في مشروعيته. ويجب أخيراً أن يقدّم القرار تجاه زائر لكن المشروعية والاعتقاد فيه بجميع وسائل الحبطة والبيقة أي أن يذل المتفق الجهد في تمرير القرار دون تهاون أو تقصير. وكل خروج عن ضوابط أمر القانون وإذن السلطة يبقى على مسؤولية الفاعل.

+ حالة الضرورة: لقد ذهب الفقه والقضاء وجائب من القانون المقارن إلى اعتبار حالة الضرورة من الأسباب التي تجعل العمل الضار أمراً مشروعاً، كما هي الصورة في نظرية الظروف الطارئة بالنسبة إلى المسئولية التعاقدية. غير أن مجلة الالتزامات والعقود وحتى المجلة الجزائية لم يشيراً مطلقاً إلى حالة الضرورة. وبينما الأمر محسوماً

(1) الفصل 13 مكرر م.اج.

(1) Carbonnier : Les obligations, op.cit., p.386.

1-الحالة العامة في الأخطاء الإدارية

الموظف وهو العامل في إحدى الإدارات العمومية والخاضع لنظام التقاعد والجبيطة الاجتماعية يعمل باسم الإدارة ولفائدةها ومن المفروض أن تحل الإدارة محله في أي خطأ يرتكبه الموظف. وفعلا نص الفصل 84 م.ا.ع. على أن «المسؤولية المقررة بالفصلين أحدهما (أي المسؤولية الشخصية الواردة بالفصلين 82 و 83 م.ا.ع) تسبح على الدولة ولو من حيث تصرفها كسلطة عومية وعلى الإدارات البلدية وغيرها من الإدارات العمومية فيما يتعلق بالفعل أو الخطأ الصادر من نوابها أو مستخدميها حال مباشرتهم لما كلوا به مع بقاء حق من حصل لهضره في القيام على من ذكر في خاصية ذاتهم».

والحقيقة أن مسؤولية الشخص العام أقرها المشرع التونسي منذ سنة 1888 وتدعى هذا الاتجاه بالفصل 84 م.ا.ع بصدره مجلة الالتزامات سنة 1906 وبقيت الصورة على حالها إلى أن صدر قانون 1996 وألغي أمر 1888. وعرفت المسئولية الإدارية نظراً بعد ذلك إلى أن أصبح من الممكن التمييز بين المسئولية القائمة على الخطأ والمسؤولية القائمة على المخاطر. وتحتمل الدولة مسؤولية الفعل كشخص عام إذا كان الخطأ مرافقاً أي الخطأ الواقع بمناسبة العمل أو بسبب العمل سواء كانت أعمالاً لها علاقة بالأشغال العامة أو الأعمال المضرة والخطيرة أو الأعمال غير الشرعية، وتكون المحكمة الإدارية هي المختصة بهذا التزاع. أما إذا كان الخطأ خارج العمل أو كان فعلاً متعمداً أو فاحشاً فيتحمّل الموظف بصفة شخصية وتبقى المحاكم العدلية هي المختصة من حيث المبدأ.

ولذلك نص الفصل 85 م.ا.ع على « أنه إذا تسبب موظف أو مستخدم بإدارة عمومية في مضررة غيره حسية أو معنوية حال مباشرته لما كلف به وكان ذلك عمداً أو خطأ فاحشاً منه، فهو ملزم بغير ذلك فإذا ثبت أن السبب الموجب لذلك هو تعتمده أو خطوه. لكن إذا كان الخطأ غير فاحش فلا قيام لمن حصلت له المضررة على الموظف إلا إذا لم تكن له وسيلة أخرى للتوصيل على حقه».

ولهذا الغرض يمكن أن يسأل الموظف، عن الخطأ الشخصي الذي غالباً ما يتمثل في الخطأ الذي يصدر خارج نطاق الوظيفة أو في الخطأ الذي يصدر عن سلوك غير عادي للموظف أو في الخطأ الذي يرتكبه الموظف بسوء نية. كما يعد خطأ شخصياً الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الموظف وإن كان هذا الخطأ غير عمدي على أن يكون هذا النوع من الخطأ واقعاً في نطاق أعمال التنفيذ المادي لما تقتضيه المخدمة أو الوظيفة الإدارية⁽¹⁾؛ ويكون القيام في هذه الصورة ضد الموظف نفسه أمام المحاكم العادلة.

لكن التطبيق بين عدم قدرة الموظف عموماً على دفع المبالغ المحكوم بها، فاتجه الفقه بفرنسا خاصة إلى إمكانية الجمع بين مسؤولية الموظف ومسؤولية الإدارة⁽²⁾، معنى أن المتضرر يمكنه أن يطالب الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي حصلت له أمام القضاء الإداري. ويمكن للإدارة في مرحلة ثانية الرجوع على الموظف لمطالبة بدفع المبالغ المدفوعة، ويكون ذلك بواسطة مقرر إداري يمكن الطعن فيه بالإلغاء أمام المحكمة الإدارية.

لكله إذا وقع تتبع الموظف من أجل أخطاء شخصية والحال أنها مجرد أخطاء مرفقية، وصدرت ضده أحكام بالتعويض، يجب على الإدارة أن «تحمّل ما قد يصدر ضده من أحكام بغرم القبر» على معنى الفصل الثامن من القانون الأساسي للوظيفة العمومية⁽³⁾. كما يتبع على الإدارة اقتسام المسؤولية مع الموظف إذا كان الخطأ مشتركاً بين الموظف والإدارة. ولا يمكن أن يطلب ذلك إلا أمام المحكمة الإدارية صاحبة الاختصاص.

ويذكر أن الدولة تحل محل الموظف في جميع الأخطاء المرفقية، وقد كرست المحكمة الإدارية هذا التوجه في مسؤولية الطبيب ورجال التعليم والمحادث المرتكب بواسطة الأعوان الإداريين، بل إن المحكمة الإدارية توسيت في مفهوم الخطأ المرفقى لغاية إقرار ضمان الدولة⁽⁴⁾.

ومختصر القول إن الموظف يمكن أن يسأل شخصياً أمام القضاء العادي بسبب الأخطاء الجسيمة التي تبرر سوء نيته في الإضرار بالغير وسبب أعماله المقصودة، مع أن قانون الوظيفة العمومية يحميه إجمالاً من الدعاوى التي يمكن أن تثار ضده بسبب الأخطاء المرفقية، التي تبقى من اختصاص المحكمة الإدارية⁽⁵⁾.

(1) مير قرار «pelletier» بين الخطأ المرفقى والخطأ الشخصى، ومتى قرار 3 Anguet في 1911 الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي من إمكانية الجمع بين الخطأين ، وأصبح من الممكن الجمع بين مسؤولية الإدارة ومسؤولية الموظف منذ قرار lemonnier الصادر بتاريخ 26 جويلية 1918 .

(2) يراجع قانون 1983 المتعلّق بالنظام الأساسي للوظيفة العمومية كما وقع تقييمه.

(3) أقرت المحكمة الإدارية ضمان الدولة في جميع الأخطاء التي ترتكب بواسطة أعران التعليم ولرئاسيات الأقاليم عمداً وأدinya على المستوى الجزائري، وذلك بناء على أحكام الأمر المؤرخ في 17 سبتمبر 1937 قبل إلغائه، وقد جاء بالفصل الأول من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 8 جوان 1996 المتعلّق بتوسيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية أن الدولة تحل محل أعضاء التعليم العمومي في نطاق التشريع الجاري به العمل. وهو نفس المرفق الذي اتخذه قمة القضاء بفرنسا.

حياة لا مين، حلول مسؤولية الدولة محل مسؤولية أعضاء التعليم العمومي، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعقّفة في العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 1996 - 1997 .

(4) يسأل الموظف مدنياً إذا ألحق الخطأ الذي ارتكبه ضرراً مدنياً سواء لإدارة أو للغير، لكنه لا يسأل

(1) توفيق بربشة، مبادئ القانون الإداري التونسي، ص 226

والواضح أن التمييز شرط يرتبط بالإنسان كشخص طبيعي فلا يطال الشخص المعنوي. ولذلك لا يشترط في الشخص المعنوي عنصر التمييز. والحقيقة أن التعدي والتمييز شرطا الخطأ، لا يمكن بحال أن يتوفرا بالشخص المعنوي بل يتوفرا في الشخص الطبيعي من يمثل الشخص المعنوي، واستقر الرأي على الحق ما يقوم به النائب بالشخص المعنوي كما لو صدرت الأفعال عنه. فهو مجرد افتراض قانوني لا غير. والبعض يتحدث عن مسؤولية التابع عن فعل تابعه⁽¹⁾. ولذلك أصبح من الممكن مواجهة الشخص المعنوي جزائياً بعض العقوبات تماشياً مع طبيعته بالخطيئة والمصادرة والحل⁽²⁾، وأصبح من السهل كذلك مقاضاة الشخص المعنوي مدنياً وتدفع التعويضات من ماله الخاص إذا كان الفعل قد وقع من قبل من يمثل الشخص المعنوي وهو يقع بتأدية مهامه أو يناسبها. أما إذا وقع الفعل خارج المهام أو كانت الأفعال متعمدة أو فاحشة فهي تبقى أخطاء شخصية للشخص الطبيعي الذي ارتكبها ولا تردد إلى الشخص المعنوي بأية حال.

الفقرة الثانية، تطبيقات الخطأ

بعد أن أوردت مجلة الالتزامات والعقود التعريف العام للخطأ والفعل الضار بالفصلين 82 و 83 م.أع. أوردت الفصول من 84 إلى 92 م.أع. عدّة تطبيقات للخطأ. والحقيقة أن ما ورد بتلك الفصول لا يعكس جميع صور الخطأ بل هي الصور الهامة زمن تحرير المجلة سنة 1906. فقد أوردت الفصول 84 إلى 86 م.أع خطأ الموظف (أ) وأوردت الفصول 87 إلى 89 الخطأ في الوسائل السمعية البصرية (ب) وأوردت الفصول 90 إلى 92 م.أع الخطأ في مجال الملكية الصناعية (ت) وانتهت المجلة إلى بيان مضار الجوار بالفصلين 99 و 100 م.أع (ث) والتعسف في استعمال الحق بالفصل 103 م.أع (ج). ولكن مجال الأخطاء أوسع من أن يضبط بحكم خاص ويبقى المجال شاسعاً لا حذله بحكم تطور المعاملات واتساع مجالها.

أ- خطأ موظفي الدولة

أورد الفصلان 84 و 85 م.أع مسؤولية الدولة كشخص عام عن أفعال الموظفين في الأخطاء المرفقة (1) كما أورد الفصل 86 م.أع حالة خاصة بالأخطاء القضائية (2).

(1) Carbonnier : Les obligations op.cit.p. 383.

(2) ورد الحل صريحاً في المجلة الديوباتية الحديثة.

ولا يشترط التمييز إلا إذا كان الفاعل في مركز المسؤول أمّا إذا كان في مركز المضرر فلا تأثير لأنعدام التمييز يعني بفعل غير المميز في توزيع المسؤولية. كما لا يعتقد بشرط انعدام المسؤولية إذا كانت مسؤولية عديم التمييز قائمة على مسؤولية لا تقبل الذليل المعاكس كما هي الصورة بالفصل 96 م.أع، بوصفه حافظاً للشيء. على أنه إذا انعدم التمييز فلا شك أن يتوجب غير المميز أو المجنون أو مقدمته أو كفيلي وهو المسؤول عن فعل الغير فاصلوا أو مجذونا أو تلميذنا أو عاملنا. ولكنها مسؤولية ذاتية فلا حق لهؤلاء في الرجوع على عديم التمييز إذ لا يواحد عديم التمييز في هذه الصورة مطلقاً. أما إذا كان الفاعل مميزاً فتقوم المسؤولية عن فعل الغير طبق القانون ويحق لمن وجهت ضده الدعوى في الرجوع على مال القاصر أو ضعيف العقل أو السفيه. ولا يؤدي انعدام التمييز إلى انعدام المسؤولية مطلقاً إلا إذا كان عديم التمييز هو المسؤول وحده ولم يتتوفر من هو في مركز المسؤول عن فعل الغير ذاتياً أو بالتبعة أو بصفة شخصية. وهي صورة تكاد لا تتتوفر من حيث الواقع إذ يتتوفر دوماً من هو مسؤول عن فعل عديم التمييز سواء بصفة شخصية مثل إكراه الشخص على تناول المخدرات فأذهب عمله أو ذاتية مثل مسؤولية الآباء والأمهات والأولياء وأرباب المصانع والمدرسيين، إلا إذا افترضنا أن المسؤول عن عديم التمييز قد رد عنده الدعوى بالطرق المبينة بالفصلين 93 و 93 مكرر م.أع. كما سيأتي شرحه في باب المسؤولية عن فعل الغير.

والتمييز ليس شرطاً للمسؤولية في المدرسة الموضوعية فإذا كان الصبي لا يستطيع إحداث الخطأ فهو يستطيع إلحاق الضرر إذ لا يشترط في المدرسة الموضوعية لقيام المسؤولية إلا شرط الضرر والعلاقة السببية. وقد انتقدت المدرسة الموضوعية فكرة أن لا يدفع الصبي من ماله مقدار التعويض إذا كان غير مميز إذ من الجائز أن يكون الصبي غير المميز من الأثرياء ولا يمكن بالتالي حرمان المتضرر من الضمان. ولذلك قالت المدرسة الموضوعية بفكرة بأنه غير المميز مسؤول لا بصفة شخصية. وفعلاً اعتمدت بعض التشريعات هذا التوجه صراحة مثل القانون الفرنسي⁽¹⁾ لكن مجلة الالتزامات والعقود أبقيت على شرط التمييز بالنسبة إلى القسر للقول بالمسؤولية وأخذت بالنظرية الشخصية في المسؤولية حيث « لا ضمان على الصغير الغير المميز وكذلك المجنون حال جنونه».

(1) اتجهت المحاكم بفرنسا إلى أسس موضوعية وحملت عديمي التمييز المسؤولية منذ سنة 1964 خلال القرار صدر سنة 1947، وتدعى هذا الاتجاه بتدخل المشرع سنة 1968 بوجوب قانون 3 جانفي 1968 وأضاف إلى المجلة المدنية الفصل 2-489-489-489 الذي حمل عديمي التمييز المسؤولية. على كحلون: دعوى التعويض في حوادث المترو، مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2010.

2-الحالة الخاصة في الأخطاء القضائية

أورد الفصل 86 م.اج. حالة خاصة بالخطأ القضائي باعتباره مرفقا عاما، فهو في معنى الخطأ القضائي القابل للتعويض، فإذا أخل مأمور قضائي بواجب مسؤوليته فهو مسؤولة بالحسارة لمن لحقهضرر من ذلك كلما اقتضت الأحكام الجنائية مواجهته. فتجاوزا للجزاء الذي يمكن أن يلحق بالعمل في حد ذاته، من الممكن أن ترقى المواجهة إلى مستوى حدود المسؤولية الشخصية سواء أديها أو جزئيا أو مدنيا.

+تأدبيا: من الممكن أن تطال الباحث عقوبات تأدبية من جراء خرق مبدأ التزاهة في وسائل الإثبات، ويمكن أن تطال العقوبة قاضي التحقيق وأعوان الضابطة العدلية على حد سواء. وقد أشار الفصل 49 من القانون عدد 70 لسنة 1982 المؤرخ في 5 أوت 1982 المتعلق بضبط القانون الأساسي العام لقوات الأمن الداخلي إلى أن «كل خطأ شخصي أو نهائون فادح يرتكبه عون قوات الأمن الداخلي أثناء ممارسته وظيفته أو بمناسبة مباشرة لها يعرضه لعقاب تأديبي»⁽¹⁾. وال واضح أن المشرع التونسي استبعد الخطأ المرفق من إطار المواجهة التأدبية، وهو الخطأ الذي يقع خارج إطار التعهد أو الغداحة⁽²⁾. وتعود السلطة التأدية لوزير الداخلية ولمجلس الشرف الخاص بالسلك⁽³⁾. كما ألزم الفصل 24 من القانون الأساسي للقضاة على القاضي أن يتوجب «كل عمل أو سلوك من شأنه المس بكرامة القضاة»⁽⁴⁾ ونص الفصل 50 كذلك على «أن كل

صناعية وتجارية وخاصة للتشريع المتعلق بالمركبات الخفية الاسم وهي طبقا للتصنيف الوارد بالأمر عدد 564 المؤرخ في 1997/3/31 مؤسسة عمومية لا تكتسي صبغة إدارية وتحتبر شناها عمومية لأن تمثلها في إطار قواعد القانون العام السالف الذكر وفي نطاق تنفيذها المرفق عام ولغاية تحقيق مصلحة عامة من شأنه أن ينزل عملها المتداعي شأنه منزلة العمل الإداري. وحيث يترتب عن ذلك... أن الأشخاص المنظر في التزاع الرهن أضحى مقنودا لجهاز القضاء الإداري». (قرار عدد 17 مؤرخ في 24 ماي 2000). وقد تكررت الصيغة في عدة قرارات (عدد 16 بتاريخ 24 ماي 2000). وذهب محكمة التعقب في عدة مناسبات (قرار محكمة التعقب عدد 7544 بتاريخ 8 ماي 2001 وعدد 23411 بتاريخ 7 ماي 2003).

(1) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الثلاثاء 10 والجمعة 13 أوت 1982 صفحة 1827 عدد 54، وقد نص القانون عدد 70 لسنة 1982 بموجب القانون عدد 58 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000، الرائد الرسمي 16 جوان 2000 من 1485 عدد 48.

(2) ولكنه يجوز دوما لмаوري الضابطة العدلية المخول لهم بمقتضى الفصل 12 م.اج تكليف المأمورين الآخرين أن يتبعوا أيضا القضايا من أبدى من ذكر بقصد تعاطي الأعمال فيها بأنفسهم. غير أنه يجب داشما على مأمورى الضابطة العدلية التخلى عن القضية بمجرد ما يتولى الأفعال فيها وكيل الجمهورية أو مساعدته أو حاكم التحقيق، كما عليهم تسليم ذى الشبهة حالا إليهم مع التقارير المعتبرة والأشياء المحجوزة لكشف التحقيقة. (الفصل 16 م.اج).

(3) الفصل 46 وما بعد من القانون المشار إليه سابقا.

(4) القانون عدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 14 جويلية 1967 المتعلق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والقانون الأساسي للقضاة.

عمل من شأنه أن يخل بواجبات الوظيفة أو الشرف أو الكرامة يقوم به القاضي يتكون منه خطأ موجب للتأديب». وقد نص الفصل 83 م.اج صراحة على أن «عدم مراعاة الصيغة القانونية في تحرير البطاقات القضائية لا يترتب عنه بطلانها إلا أن ذلك يرجب المؤاخدة التأدبية...» وتعود السلطة التأدية للمجلس الأعلى للقضاء⁽¹⁾. والخلاصة في أن الأخطاء القضائية يمكن أن تؤدي في بعض الأحيان إلى مجرد المواجهة التأدبية.
+جزائيا: أوردت المجلة الجزائية التونسية على غرار المجلة الفرنسية⁽²⁾ بابا «في تجاوز حد السلطة وفي عدم القيام بواجبات وظيفة عمومية» في اتجاهه مؤاخدة الموظف بشكل عام جزائيا من أجل الاعتداء بالعنف الشديد (الفصل 101 م.اج) وإخضاع شخص للتعذيب (الفصل 101 مكرر) والاعتداء على حرمة السكنى (102) والاعتداء على الحرريات الذاتية (103) والتحصيل على منقول أو عقار بامتناع وسائل غير شرعية (104 م.اج) والتعسف في التسخير (105 م.اج) والاستطعام والمؤونة والتقل باستعمال وسائل غير شرعية (106 م.اج) والاعتصام (الفصل 107 م.اج) والامتناع عن القضاء (الفصل 108 م.اج) وإنشاء السر المهني (109 م.اج) والإخلال بواجب إلقاء القبض على المتهم (110 م.اج) والتغافل في حراسة مسجون (111 م.اج) والاستمرار في وظيفة بعد العزل (الفصل 113). وتجاوز الجملة هذه الجرائم إذا استعمل الموظف شخصا من وظيفته أو وسائل تابعة لها يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها لتلك الجريمة بزيادة الثالث (114 م.اج). إضافة بطبيعة الحال إلى جرائم الارتشاء من الموظف (الفصول 83 إلى 94 م.اج) والاحتلاس من قبل الموظف (الفصول 95 إلى 98 م.اج). والظاهر أن جميع هذه القواعد لها علاقة بمسألة الإثبات وتحديدا بمسألة التزاهة في وسائل الإثبات، ومن المفترض أن تكون هذه المبادئ عاملا في مراعاة جانب التزاهة. والخوف أن يتسع التطبيق في مفهوم «الأسباب الشرعية» في اتخاذ الإجراء حتى لا

(1) يفترض أعود السلطة التأدية في مواجهة ضباط الضابطة العدلية لدائرة الاتهام (الفصول 224 إلى 230 م.اج) ويمكن أن تتمد المعرفة من الإنذار إلى المنع من مباشرة الإثبات العدلية بصفة مؤقتة أو مؤبدة في حلهود مرجع نظر محكمة الاستئناف أو على كامل تراب الجمهورية، وإذا عاينت ما يستدعي التتبع العزائي تحيل الملف إلى المدعى العام، وبخضم القضاة للقانون الأساسي عدد 1270 لسنة 1958 المؤرخ في 1958-12-22 وتعود السلطة التأدية لل到底是 المحجومة لمحكمة التحقيقات التي تحد المجلس الأعلى للقضاء، وكان في البداية من الممكن الطعن في قراراتها لدى مجلس الدولة، غير أن المشرع الفرنسي أقطع هذه الإمكانيّة، وأصبحت القرارات باهتة. وكان الفصل 43 من ذلك القانون أشار إلى أن «كل إخلال من طرف القاضي لواجبات عمله ولشرفها وحاسبيها وكرامتها يمثل خطأ تأدبيا». وقد سار الفقه والقضاء على اعتبار الإخلال بواجب التزاهة في الإثبات عنصرا يستحق إثارة الإجراءات التأدية.

(2) الفصل 114 إلى 122 من المجلة الفرنسية في ليفاف شخص بدون إذن قانوني والفصل 198 في معاملة الموظف بأكثر شدة والفصل 186 في الاعتداء بالعنف قصد الحصول على اعتذاف.

من طرف الغير من أجل خطأ غير فادح انجر عن ممارسة الوظيف، يجب على الادارة أن تتحمل ما قد يصدر ضده من أحكام بغرم القسر.¹ كما نص الفصل 85 م.انع على أنه إذا تسبب موظف أو مستخدم بإدارة عمومية في مضرة غيره مضررة حسية أو معنوية حال مباشرته لما كلف به وكان ذلك عمداً أو خطأ فاحشاً منه فهو ملزم بمحبر ذلك إذا ثبت أن السبب الموجب لذلك هو تعمده أو خطأه، لكن إذا كان الخطأ غير فاحش فلا قيام لمن حصلت له المضرة على الموظف إلا إذا لم تكن له وسيلة أخرى للتوصل إلى حقه.²

وبالتالي يمكن أن يطلب أعون الضابطة العدلية لتعويض الضرر بصفة شخصية إذا كان الخطأ متعمداً أو فاحشاً، ويكون ذلك من اختصاص محاكم الحق العام⁽¹⁾. وقد انتهى التطبيق إلى أن الأخطاء العادلة أي الأخطاء المرفقة تبقى من اختصاص المحكمة الإدارية وتحل الدولة محل الموظف في الأداء.

غير أن القانون التونسي، وعلى غرار عدّة بلدان⁽²⁾، اعتمد إجراءات خاصة في موازنة القضاة مدنيا وبصفة شخصية بالفصلين 199 و 200 م.م.ت طبق الإجراءات

(1) الفصل 22 من قانون قوات الأمن الداخلي.
 (2) نصت مجلة الإجراءات الجزائية الفرنسية على إجراءات خاصة في التعويض في مثل هذه الصور، وهو الإجراء المعروف *prise à partie*، في صورة التغري أو التلبيس أو الخطأ المهني القادح في التحقيق أو الحكم، إذا نص المشرع في هذه الدعوى صراحة، إذا نص المشرع على مسؤولية القاضي المدنية، صورة رفض الحكم في التازلة. وأشار الفصل 505 منذ سنة 1933 إلى أن الدولة تحال محل القضاة في التعويض ولها حق الرجوع عند الاقضاء. وينطبق هذا النظام على ضباط الضابطة العدلية والنيابة العمومية عند مباشرتهم لوظيفتهم ولا تطبق التصويم العاشر في التعويض (الفصول 1382 و 1384 وما بعد من المجلة المدنية). ولم يمد هذا النظام ليشمل الخبراء الذين يخضعون للقواعد العامة في المسؤولية المدنية. ولا يخضعون للإجراءات الخاصة إلا في حدود الأبحاث العدلية، أما ما زاد على ذلك فهو من اختصاص المحكمة الإدارية التي عادة ما تتمسك بدورها بالخطأ غير المختىء في مواجهة أعون الضابطة العدلية. وتقتضي الإجراءات الخاصة في التعويض تعهد المحكمة الاستئناف إذا كان القاضي أو الضابط تابعاً للمحكمة الإبتدائية أو محكمة التقييب إذا كانوا تابعين لمحكمة الاستئناف بعد الحصول على إذن رئيس محكمة الاستئناف أو رئيس محكمة التقييب حسب الصور، وهي صورة الرفض يمكن اللعن في هذا القرار، وإذا قضت المحكمة بالتعويض يبقى الحكم الأصلي على حاله دون تغيير. ولا يمكن التعويض خارج إطار هذه الإجراءات إلا في صورة تدخل المشرع صراحة مثل القانون عدد 2064 المؤرخ في 17 جويلية 1970 الخاص بتعويض الإيقاف التحفظي في صورة ترك السبيل أو عدم سماع الدعوى. وكان يعتقد في البداية أن طلبات التعويض عن الأخطاء القضائية لا يمكن أن تعالج إلا طبق الإجراءات الخاصة أمام القضاء العدلاني وطبق تلك الشروط، يمعن أنه لا يمكن طلب التعويض خارج تلك الشروط وخاصة بالنسبة إلى الأخطاء العادلة. لكن فقه القضاء تطور في اتجاه التهدئة طبق المبادئ العامة في التعويض مع إحلال الدولة محل الموظف منذ سنة 1933 إلى أن صدر قانون 1970 ساق الذكر. وكان المشرع الفرنسي أقر منذ قانون 8 جوان 1895 في صورة خطأ ارتكبه المحاكم العدلية يمكن لحكم المراجعة الذي قضى بعدم سماع الدعوى أن يحكم بالتعويض للمتضارر (الفصل 626

يخرج التصرّف عن إطاره القانوني. والواضح أنه من السهل الانتقال إلى ذلك المستوى خاصة وأن الأبحاث عادة ما تكون في مواجهة متهم تُنسب إليه جملة من الأفعال الجزائية، وربما تغطي تلك الملامح تصرف أعون البحث مهما كانت شذتها. والأغلب أن يكون فقه القضاء متسمحاً في عدة جرائم مثل ضياع الوثائق الهامة لأن الباحث ليس مؤمناً على الوثائق حسب المفهوم الضيق للوديعة وخرق حرمة المراسلات لأن الجزاء موجه إلى أغون الاتصالات وحرمة السكيني والحرمة الذاتية والأسار المهنية لأنها تكون في مواجهة من أفسى السر وليس في مواجهة من تحصل على السر. وقد يصعب مؤاخذة الباحث من أجل الإثارة في غياب آلية الإجرامية أو حتى من قام بتفتيش غير قانوني، ولعل العقوبات التأديبية في مثل هكذا صور تكون عادة أكثر فعالة.⁽¹⁾

هذا وقد تبنت بعض التشريعات إجراءات خاصة في موازنة أعون الضابطة العدلية والقضاة وذلك بأن لا يحق للمتضارر طلب التبعي إلا بوصفه طرفًا منظماً إلى النيل العوممية التي يجب أن تجعل الدعوى إلى محكمة التقييب صاحبة النظر لتحديد قاضي التحقيق والمحكمة المختصة⁽²⁾. أمّا في تونس فظل الإجراءات العامة منطبقاً، وقد نص الفصل 22 من قانون قوات الأمن الداخلي على أنه «تحال على محاكم العد العالى ذات النظر القضايا التي يكون أعون قوات الأمن الداخلي طرفًا فيها من أجل واقعة جدت في نطاق مباشرة العمل أو لها علاقة بممارسة وظائفهم ..»⁽³⁾ فقط أن الفصل 22 من القانون الأساسي للقضاء أشار إلى أنه «لا يمكن بدون إذن من مجلس الأعلى للقضاء تتبع أي قاضي من أجل جنائية أو جنحة» (وفي صورة التلبيس بالجزرية يجوز إلقاء القبض عليه ويعلم عند ذلك المجلس الأعلى للقضاء فورا).

مذكورة: تبقى المبادئ العامة في التعويض فاعلة بالنسبة إلى القانون التونسي، وقد نص الفصل 49 من قانون قوات الأمن الداخلي على أن كل «خطأ شخصي أو تهانٍ فادح» يرتكبه عون قوات الأمن الداخلي من الممكن أن ينجر عنه تعويضات مدنية إلى جانب التبعيات التأديبية والجزائية «إذا وقع تتبع عون من أعون قوات الأمن الداخلي

(1) على كھلون: -الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الأخبار القانونية، شهر نوفمبر 2011.
 -الجريدة المعلوماتية وتوجهات محكمة التقييب، مجلة الأخبار القانونية، عدد جانفي وعدد فبراي 2012.

(2) الفصل 679 إلى 688 م.ج.ف.

(3) باستثناء بطبيعة الحال القضايا التي لها مساس بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي أو بحفظ النظام في 6 أوت 1982 المتعلق بالقانون الأساسي العام لقوات الأمن الداخلي.

ويمكن أن يذهب البعض إلى أن نظام مواجهة المحکام لا ينطوي بدأه إذا فقد القاضی صفة بعزل أو استقالة أو إعفاء أو تقاعد، فمن شأن هذه الحالات أن تفقد القاضی صفةه. ويعود الاختصاص إلى المحکام العدلي، على شرط أن تبقى ملزمة في هذه الصورة بطبيعة الخطأ القضائي المفضي للمسؤولية الشخصية في التعريض، فلا يعتقد إلا بالخطأ الذي تقع تحت طائلة النص الجزائي. فإن سبق إدانة القاضی جزائياً يكون ذلك سندًا في الدعوى العدليّة.

والحقيقة أن نظام مواجهة المحکام يبقى منطبقاً حتى في صورة إذا فقد القاضی صفة بعزل أو استقالة أو إعفاء أو تقاعد، فمن شأن هذه الإجراءات أن تؤخذ الأعمال القضائية وليس شخص القاضی، فكما أن القانون يبقى منطبقاً على الواقع التي ظهرت في زمانه حتى ولو الغي بعد ذلك واتهى بتأريخ ارتكاب الجريمة في تكيف الجريمة المرتكبة من قبل القاصر ولو أصبح راشداً ويحال العسكري على المحکمة العسكرية ولو فقه صفةه وتعتبر الجريمة مرتكبة من قبل الموظف ولو فقد صفةه وترفع الدعوى من الأجير ضد المؤجر ولو انقطعت العلاقة الشغافية كما ترفع الدعوى ضد الشركة ولو فقد الشرك صفةه وغير ذلك من القصور، فإن القاضی يواجه إجراءات مواجهة المحکام ولو فقد صفةه، ذلك أن إجراءات المواجهة لا توجب استمرارية صفة القاضی بل تنطبق على الأعمال القضائية أي أن تكون الأفعال المواجهة قضائية زمن ارتكابها.

وفي غير صور مواجهة المحکام، يبقى الخطأ القضائي في دائرة الخطأ العرفي، ولا يمكن لمحكمة التقييب أن تختص به، بل يمكن مبدئياً التماس القضاء الإداري لطلب التعريض، إلا إذا اعتبرنا أن الأخطاء القضائية لا يجوز التعريض عنها خارج دائرة نظام مواجهة القضاء وخارج دائرة بعض القوانين الخاصة⁽¹⁾.

(1) تقول المبادئ العامة في التعريض عن الضرر الذي يرتكبه الموظف أنه لكل شخص أثبت الضرر مهما كان نوعه ومصدره له أن يطالب تعويضه ماديًّا ومعنوياً (الفصلان 82 و 83 م.اع). «فمن سبب في ضرر غيره عمداً منه وأختياراً بلا وجه قانوني سواء كان الضرر حسياً أو معنوياً فعله جير الضرر الناشئ عن فعله إذا ثبت أن ذلك الفعل هو الموجب للضرر مباشرةً. ولا عمل بكل شرط يخالف ذلك». «ومن سبب في مضررة غيره خطأً سواء كانت المضررة حسية أو معنوية فهو مسؤول بخطئه إذا ثبت أنه هو السبب الموجب للمضررة مباشرةً، وكل شرط يخالف ذلك لا يعلم عليه، والخطأ هو ترك وجوب فعله أو فعل ما يجب تركه بغير قصد الضرر». وتنسحب المسؤولية العقدية بالفصلين أعلاه على الدولة ولو من حيث تصرّفها بمقتضى ما لها من عموم النظر وعلى الإدارات البلدية وغيرها من الإدارات العمومية فيما يتعلق بالفعل أو الخطأ الصادر من ترابها أو مستخدمها حال مباشرتهم لما كانوا به مع القيام حق من حصل له الضرر في القيام على من ذكر في خاصة ذاتهم» (الفصل 84 م.اع). «إذا تسبب موظف أو مستخدم بإدارة عمومية في مضررة غيره مضررة حسية أو معنوية حال مباشرته لما كلف به وكان ذلك عمداً أو خطأً فاحشاً منه فهو ملزم بمحاجة ذلك إذا ثبت أن السبب الموجب لذلك هو تعمده أو خطأه لكن إذا كان الخطأ غير فاحش فلا قيام لمن حصلت له المضررة على الموظف إلا إذا لم تكن له وسيلة

المبروفة بمواجهة المحکام prise à partie ، حيث يمكن مواجهة المحکام في صور الغرر أو الاحتياط أو الارتشاء أو إذا توجهت عليه مسؤولية بمقتضى القانون توجب عليه غرم الضرر مدنياً، والصورة تقضي أن يقوم في الطلب معنى التغیر والاحتياط والارتشاء سواء بعد صدور حکم جزائي أو قبل صدوره أو إذا نص المشرع صراحة بنصوص خاصة على مسؤوليته المدنية. وقد نص الفصل 86 م.اع صراحة على «أنه إذا أخل مأمور قضائي بما مررته فهو مسؤول بالخسارة لمن لحقه الضرر من ذلك كلما اقتصت الأحكام الجزائية مواجهته»، أي يمكن أن يلزم المأمور القضائي بالتعريض إذا كان من الممكن إدانته على المستوى الجنائي، وذلك يعني أن الخطأ القضائي لا يمكنه موجباً للتعريض طبق إجراءات مواجهة المحکام إلا إذا كان متعدداً أو غيره والأغلب أن يكون خطأً فاحشاً شرط أن يأتي تحت طائلة المواجهة الجنائية.

وتختص محکمة التقييب لوحدها بالنظر في مطالبات مواجهة المحکام⁽²⁾. ويكون القيام بطلب مواجهة المحکام بطلب ممضى من الطالب أو نائب القانون يقدمه محام للرئيس الأول. ويقع البحث في الأمر المدعى فيه ويسمى مقال المحکام المطلوب وكذلك الطالب وبعد ذلك يقع تعریفهما بما أنتجه البحث ويعين لهما أجل قدره خمسة عشر يوماً لعرض ملحوظاتهما كتابة. ويجري رئيس المحکمة أو من يعينه من المستشارين البحث وقع عرض أوراق القضية على وكيل الدولة العام لدى محکمة التقييب لإبداء ملحوظاته فيها كتابة.

وتصدر المحکمة قرارها في النازلة على ضوء ما أنتجه البحث. فإذا رفضت الدعوى يحکم على المدعى بخطبة قدرها من عشرين إلى خمسين ديناراً بقطع النظر عما عسى أن يقوم به المحکام من غرم الضرر. وإذا اتجهت المواجهة يحکم على المحکام بالغرامات والمصاريف وببطلان الأعمال التي قام بها. ولا يحکم ببطلان الحكم الصادر لمصلحة الخصم الآخر.

ولكن هذا النظام لا ينطبق إلا إذا كان الخطأ بمناسبة العمل القضائي أو بسيبه، أما إذا ارتكب القاضي خطأً خارج إطار عمله فلا تطبق إجراءات المواجهة الخاصة، بل تتطبق الإجراءات العادلة، فتحتفظ المحکمة العادلة بذلك.

حالياً، كما أقرّ منذ سنة 1933 إحلال الدولة محل القضاة في صورة قيام الدعوى كما تقدم. وانتهت قانون 1970 إلى ضمان تعويض الموقوفين الذين قضي في شأنهم بالحفظ أو بعدم سماع الدعوى دون الإشارة إلى أي خطأ خارج إجراءات المراجعة أو إجراءات التعريض الخاصة ويعينا عن أي مفهوم للخطأ. وقد أسد الاختصاص إلى لجنة تابعة لمحكمة التقييب وتكون أحکامها باقية.

(1) أشار الفصل 199 م.م.ب في صيغته الفرنسية صراحة إلى هذا المعنى.

ويبدو فعلاً أنّ ما أورده المشرع سنة 2002 في ما يتعلّق بإجراءات تعويض الموقوفين والمحكوم عليهم الذين ثبتت براءتهم بموجب القانون عدد 94 لسنة 2002 المؤرخ في 29 أكتوبر 2002 قد استوعب جانباً كبيراً من الأخطاء المرفقة إن لم يكن جميعها^(١). حيث يمكن لكل من أوقف تحفظياً أو نفذت عليه عقوبة السجن مطالبة الدولة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه من جراء ذلك إذا صدر في شأنه قرار بحفظ التهمة إما لأن الفعلة لا تألف منها جريمة أو لأنّه لا وجود لها أصلاً أو لأنّه لا يمكن نسبتها إلى المتهם، أو إذا صدر ضده حكم بالسجن ثم ثبتت براءته بوجه بات للأسباب المذكورة أعلاه، أو إذا صدر ضده حكم في موضوع سبق أن اتصل به القضاء، ويقتضي حق التعويض عند وفاة صاحب الحق إلى القرىن والأبناء والوالدين فقط. ويرفض طلب التعويض إذا كان الطالب هو المتسبب كلياً أو جزئياً في الحالات التي أدت إلى إيقافه تحفظياً أو الحكم عليه بالسجن. ولا تطبق أحكام هذا القانون كذلك على القرارات والأحكام البالغة الصادرة بالبراءة قبل تاريخ تقاده أي الصادرة قبل سنة 2002.

وقد أورد المشرع في ذلك إجراءات خاصة تبقى على اختصاص المحاكم العدلية حيث يرفع طلب التعويض خلال أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ صدوره القرار أو الحكم المحتاج به باتاً وإلا سقط الحق. وتختص محكمة الاستئناف بتونس بالنظر في مطالب التعويض. وتنظر في هذه المطالب دائرة مختصة تتألف من الرئيس الأول للمحكمة أو نائبه وعضوين بخطبة رئيس دائرة لدى نفس المحكمة وتعقد جلساتها بحضور مثل النيابة العمومية وبمساعدة كاتب جلسة. ويرفع مطلب التعويض إلى كتابة المحكمة بواسطة محام وذلك بعريضة كتابية مضمونة بالمؤيدات ويجب أن تشمل على العنوان المختار للطالب وقائع الدعوى و تاريخ الإيداع بالسجن و تاريخ السراح و عدد القرار أو الحكم الذي تم على أساسه الإيداع و تاريخ و عدد القرار الصادر بالحفظ أو الحكم القاضي بالبراءة و مبلغ التعويضات المطلوبة وأسانيدها القانونية. ويتولى كاتب المحكمة تقدير العريضة بالدفتر المعdest للمعرض وبحيلها إلى رئيس المحكمة الذي يأذن بنشر القضية بالجلسة التي يعينها ويأذن بجلب الملف. وعلى الطالب استدعاء

آخرى للتوصّل إلى حقه (الفصل 85 م.أ.ع.)^(٢).

وإذا أخذت إجراءات مؤاخذة المحکام محزراً الأخطاء الشخصية شكلاً خاصاً وضمنت لها إجراءات خاصة بالفصلين 199 و 200 م.م.ت، بدل اختصاص القضاة العدلي، فذلك لا يعني ضرورة أنها منعت إجراءات الأخطاء المرفقة أمام القضاة الإداري. وما ورد بالفصل 86 م.أ.ع من أن المأمور النضالي مسؤول بالمساءلة لن الحقة الفضر كلما انتصت الأحكام الجزائية مؤاخذته، لا يمنع مسؤولية الإدارة بالنسبة إلى الأخطاء المرفقة. والفرق شاسع بين الأخطاء الشخصية والأخطاء المرفقة.

(1) الزائد الرسمي 1 نوفمبر 2002 ص 2751 غند 89.

المكلف العام بزناعات الدولة للحضور أمام المحكمة في أجل لا يقل عن ستين يوماً قبلاً تاريخ الجلسة وذلك بواسطة عدل منفذ ويكون الاستدعاء مرفقاً بالوثائق المستند إليها. وتعقد المحكمة جلساتها وتصدر حكمها بحجزة الشورى. ويمكن سماع الطالب أو أن يحضر محامي للمرافعة إن طلب ذلك كتابة. ويجوز الطعن في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف أمام محكمة التعقيب في ظرف عشرين يوماً بداية من تاريخ الإعلام به. والطعن يوقف التنفيذ. وتتألف محكمة التعقيب المتخصبة للنظر في مطالب التعويض من الرئيس الأول للمحكمة أو نائبه وعضوين بخطبة رئيس دائرة لدى نفس المحكمة ويقوم بوظائف الادعاء العام وكيل الدولة العام أو نائبه وبوظيفة كاتب جلسة أحد كتبة محكمة التعقيب. وفي صورة الحكم بالنقض الكلبي أوالجزئي تولى محكمة التعقيب البت في أصل الدعوى. ولا يشارك في النظر في مطالب التعويض المنشورة أمام محكمة الاستئناف أو محكمة التعقيب من سبقت مشاركته في إصدار القرار أو الحكم الذي تم على أساسه الإيداع بالسجن أو من أبدى رأيه فيها بوصفه ممثلاً للنيابة العمومية أو بآية صفة أخرى. وتتطبق على مطالب التعويض والطعن فيها قواعد الإجراءات الخاصة بالمحكمة المتعددة بالنظر والمبنية بمجلة المرافعات المدنية والتجارية فيما لا يخالف أحكام هذا القانون.

وتتخضع قيمة التعويض لاجتهد المحكمة حيث يقضى للطالب بتعويض جملى عن الضرر الحصول له إذا ثبتت حقيقة الضرر وجسامته وأنّ حال وناتج مباشرة عن الإيقاف التحفظي أو عن تنفيذ عقوبة السجن. ويراعى في تقدير التعويض مدة الإيقاف أو مدة العقوبة المقضاة فعلاً بالسجن وكل الظروف الواقعية المفيدة للتقدير. ويمكن للمحكمة بطلب من المتضرر الإذن بنشر مضامون الحكم الصادر بالتعويض بصحفتين يوميتين صادرتين بالبلاد التونسية يختارهما طالب التعويض. ومصاريف النشر تحمل على صندوق الدولة. والمدولة في النهاية أن ترجع بما دفعته على الشاكى أو القائم بالحق الشخصى أو شاهد الزور إذا تسبّب عن سوء نية في صدور القرار أو الحكم مصدر الضرر.

وكان الفصل 83 م.أ.ج نصّ منذ تقييم 1987 بموجب القانون عدد 70 لسنة 1987 المؤرخ في 26 نوفمبر 1987 على أنّ عدم مراعاة الصيغة القانونية في تحرير البطاقات القضائية لا يترتب عنه بطلانها إلا أنّ ذلك يوجّب المراخذة التأديبية والغرم عند الاقضاء. ويكون البت في كل نزاع يتعلّق بموضوع البطاقة أو بمدى مسانتها بالحرّية الفردية من اختصاص القضاء العدلي وحده.^(٣)

للمحكمة التعقيب وعضوين من أقدم رؤساء الدوائر بها وبحضور ممثل النيابة العمومية لديها، وعلى كل من يهمه الأمر أن يرفع الدعوى بمقتضى مطلب كتابي مصحوبا بما لديه من مزيدات، وينجر عن تقديم مطلب كتابي توقف النظر إلى أن يقع البت في ذلك الخلاف من قبل الهيئة المذكورة . وعلى رئيس هذه الهيئة أن يحيل الملف حالا إلى وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب ليقدم طلباته في أجل أقصاه عشرة أيام. و بت الهيئة المذكورة في الموضوع خلال أجل لا يتجاوز الشهر من تاريخ تقديم الطلبات. وقرارات تلك الهيئة لا تقبل الطعن بأي وجه.

بالنظر للمصالح المركزية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية التابعة لوزارة الدفاع الوطني والمؤسسات العمومية ذات الصبغة غير الإدارية الراجعة لها بالنظر.

-قرار من رئيس الحكومة مؤرخ في 12 مارس 2013 يتعلق بضبط تركيبة وسير عمل المجندين المكلفين بالنظر في مطالب إعادة تكوين المسار المهني للأعون العموميين المتعاقدين بالغدوة العام الراجعين بالنظر للمصالح المركزية والخارجية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية التابعة لها والمؤسسات العمومية غير الإدارية والمنشآت العمومية الخاضعة لإشرافها.

-قرار من رئيس الحكومة مؤرخ في 12 مارس 2013 يتعلق بضبط تركيبة وسير عمل المجندين المكلفين بالنظر في مطالب إعادة تكوين المسار المهني للأعون العموميين المتعاقدين بالغدوة العام الراجعين بالنظر للمصالح المركزية والخارجية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية التابعة لوزارة الفلاحة والمؤسسات العمومية غير الإدارية والمنشآت العمومية الخاضعة لإشرافها.

-قرار من رئيس الحكومة مؤرخ في 21 مارس 2013 يتعلق بإحداث المجندين المكلفين بالنظر في مطالب إعادة تكوين المسار المهني للأعون العموميين المتعاقدين بالغدوة العام الراجعين بالنظر للمصالح المركزية والخارجية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة غير الإدارية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية التابعة لوزارة التجهيز والبيئة والمؤسسات العمومية غير الإدارية والمنشآت العمومية الخاضعة لإشرافها.

-قرار من رئيس الحكومة مؤرخ في 21 مارس 2013 يتعلق بضبط تركيبة وسير عمل المجندين المكلفين بالنظر في مطالب إعادة تكوين المسار المهني للأعون العموميين المتعاقدين بالغدوة العام الراجعين بالنظر للمصالح المركزية والخارجية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية التابعة لوزارة التربية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة غير الإدارية والمنشآت العمومية الخاضعة لإشرافها.

-قرار من رئيس الحكومة مؤرخ في 29 مارس 2013 يتعلق بضبط تركيبة وسير عمل اللجنة المكلفة بالنظر في مطالب إعادة تكوين المسار المهني للأعون العموميين المتعاقدين بالغدوة العام الراجعين بالنظر للمصالح المركزية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية التابعة لوزارة العدل.

-قرار من رئيس الحكومة مؤرخ في 29 مارس 2013 يتعلق بضبط تركيبة وسير عمل المجندين المكلفين بالنظر في مطالب إعادة تكوين المسار المهني للأعون العموميين المتعاقدين بالغدوة العام الراجعين بالنظر للمصالح المركزية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية التابعة لوزارة المالية والمؤسسات العمومية غير الإدارية والمنشآت العمومية الخاضعة لإشرافها.

-قرار من رئيس الحكومة مؤرخ في 16 أبريل 2013 يتعلق بضبط تركيبة وسير عمل المجندين المكلفين بالنظر في مطالب إعادة تكوين المسار المهني للأعون العموميين المتعاقدين بالغدوة العام الراجعين بالنظر للمصالح المركزية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية التابعة لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي والمؤسسات العمومية ذات الصبغة غير الإدارية الخاضعة لإشرافها.

كما أقر أخيرا مرسوم العفو العام بحق المتضررين في التعويض طبق إجراءات معينة⁽¹⁾. حيث ينفع بالعفو العام كل من حكم عليه أو كان محل تشيع قضائي لدى المحاكم على اختلاف درجاتها وأصنافها، قبل 14 جانفي 2011 من أجل جرائم أوردها المشرع على وجه الحصر⁽²⁾. ولكل من سيشملهم العفو العام طبقا لهذا المرسوم الحق في العودة للعمل وفي طلب التعويض. ويقع النظر في مطلب التعويض المقدمة من قبل الأشخاص المتعاقدين بالغدوة العام طبقا لإجراءات وصيغة يحددها إطار قانوني خاص⁽³⁾. وكل خلاف حول تطبيق هذا المرسوم يرفع إلى هيئة تألف من الرئيس الأول

(1) المرسوم عدد 1 لسنة 2011 المؤرخ في 19 فبراير 2011 المتعلّق بالعفو العام.

(2) لاعتداء على أمن الدولة الداخلي المنصوص عليه بباب الثاني من الجزء الأول من الكتاب الثاني من المجلة الجزائية،

-خرق، أحكام القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلّق بعدم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع تحويل الأموال وذلك فيما يتعلّق منه بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب،

-خرق، الأحكام الخاصة بالصحافة ما عدا ما يتعلّق منها بجرائم الثلب والشتم المرتكبة ضد الخواص،

-خرق، الأحكام الخاصة بالجمعيات والمواكب والاستعراضات والمؤثرات والتجمهر،

-خرق، أحكام الفصول 387 و388 و390 من مجلة الشغل وأحكام الفصول 107 و136 و137 من المجلة الجزائية،

-خرق، أحكام الفصول 121 و121 مكرر و121 ثالثا من المجلة الجزائية،

-خرق، أحكام الفصول 131 و132 و133 و134 و135 من المجلة الجزائية إن كانت التبعات تمت على أساس نشاط نقابي أو سياسي،

-خرق، أحكام الفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 123 من مجلة العرفات والعقوبات العسكرية،

-خرق، أحكام الفصلين 84 و86 من مجلة الاتصالات إن كانت التبعات تمت على أساس نشاط نقابي أو سياسي،

-القرار من السجن أو إخفاء مسجون فار أو اجتياز الحدود خطسة أو من غير نقاط العبور إذا كان الشخص محل تشيع أو محكوم عليه من أجل إحدى الجرائم الأخرى المرتبطة بإحدى الجرائم المذكورة أعلاه،

-ويشمل العفو كذلك كل الذين حكموا من أجل جرائم حق عام أو جرائم عسكرية إن كانت التبعات تمت على أساس نشاط نقابي أو سياسي.

(3) أمر عدد 2799 لسنة 2013 مؤرخ في 9 جويلية 2013 يتعلق بضبط صيغ وإجراءات النظر في مطلب التعويض ذات الصبغة الاستعجالية المقدمة من طرف الأشخاص المتعاقدين بالغدوة العام.

-أمر عدد 3256 لسنة 2012 مؤرخ في 13 ديسمبر 2012 يتعلق بضبط إجراءات العودة إلى العمل وتسوية الرضاعة الإدارية للأعون العموميين المتعاقدين بالغدوة إلى العمل.

-قرار من رئيس الحكومة مؤرخ في 7 مارس 2013 يتعلق بضبط تركيبة وإجراءات سير عمل اللجنة المكلفة بالنظر في إعادة إنتساب الأعون العموميين المستعدين بالغدوة العام والمنشآت زمن انقطاعهم إلى منشآت عمومية تمت تصفيتها أو تم التفويت فيها.

-قرار من رئيس الحكومة مؤرخ في 7 مارس 2013 يتعلق بضبط تركيبة وسير عمل المجندين المكلفين بالنظر في مطلب إعادة تكوين المسار المهني للأعون العموميين المتعاقدين بالغدوة العام الراجعين

بــ خطأ الوسائل السمعية والبصرية

نظمت مجلة الالتزامات والعقود بالفصول 87 إلى 89 سنة 1906 مسألة المسؤولية الاتصالية في وقت لم تظهر بعد إشكاليات الممارسة المعلوماتية والاتصالية كما هي اليوم. ولكنّ الفقه وفقه القضاء المغاربة كانت له اتجاهات في ذلك⁽¹⁾، إذ أنّ وسائل الاتصال قد ظهرت خاصة مع صناعة الآلة الطابعة وانتشار الصحافة المكتوبة وأذاعات مع استعمالات الهاتف والراديو والتلفاز والسينما والألة الخاصة، والأمر يعود إلى القرن الخامس عشر تقريباً⁽²⁾.

وقد وضع الفصل 87 مــ14 القاعدة الأساسية وهو أنّ الإخلال باعتبار الغير أو المساس بشرفه ومصالحه، منها كانت طبيعة الغير شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ومنها كانت طبيعة الوسائل المستعملة صحف مكتوبة أو مسموعة أو مرئية وشبكات معلوماتية أو مباشرة دون سند، وبها كانت طبيعة التصرف، قولاً أو فعلاً أو صورة أو تحريراً أو رسماً أو طباعة، إذ أنّ الصيغة وردت على وجه واسع، يلزم الفاعل تقصيراً إذا علم أو كان عليه أن يعلم أنّ مناسبه لغيره ليس ب صحيح.

ونقى المطالبة المدنية بصرف النظر عن التبعات الجزائية ويصرف النظر عن طبيعة الفعل إن كان يعدّ جريمة أو خلّاقه حيث من الممكن أن تقع المطالبة المدنية حتى في غياب المؤاخذة الجزائية. فإذا أرتقى الفعل إلى مستوى المؤاخذة الجزائية صبحت الدعوى المدنية وإذا قصر الفعل عن ذلك فلا يرتفق إلى مستوى الجريمة وتبقى المطالبة المدنية ممكّنة. غير أنّ الفعل إذا قُدِّرَ فلّا ينفع المطالبة على ذلك الأساس إلا إذا كان القول أو الفعل أو الكتابة بعد جنحة على مقتضى الأحكام الجزائية، ويعرف القذف إجمالاً يكونه كلّ ادعاء أو نسبة أمر لدى العموم فيه هتك شرف أو اعتبار شخص أو هيبة رسمية⁽³⁾.

ويمكن أن توجه الدعوى المدنية بالخيار على من كتب أو من طبع، ويسقط القيام بهذه الدعوى بعضها أشهر كاملة من يوم وقوع الفعل أو من تاريخ آخر أعمال المطالبة فإن وقع الطعن المذكور بالنشر ولا إشهار سقط حق القيام به بعد مضي خمسة أشهر من يوم وحصول العلم لمن لحقه الضرر.

(1) نظمت أغلب الدول الأوروبية قطاع الصحافة منذ أواخر القرن التاسع عشر، فقد نظمت فرنسا على سبيل المثال الصحافة منذ سنة 1887.

(2) علي كحلاون : الاتصال والمعلومة بين الواقع والقانون، القضاء والتشريع أكتوبر 1998 ، من 159 وما بعد.

(3) الفصل 245 من المجلة الجزائية.

على أن مجرد نقل الخبر بحسن نية لا يقع في باب المطالبة، فمن أخبار في حق غيره بما لا وجود له وهو متعدد لصحة ذلك بدون تقصير فاحش أو خطأ فادح لا تترتب عليه مسؤولية لمن تعلق به الخبر إذا كان للمخبر أو لمن بلغه الخبر مصلحة جائزة في الاستخار أو كانت بينهما معاملة تجارية أو واجب قانوني ألجأه إلى الإخبار بما في عمله.

كما أن مجرد الإشارة والتوصية (conseil-recommandation) أي الاقتراحات والنصائح والتصريحات، لا تترتب عليهما عهدة على من صدرت منه إلا إذا قصد بإشارته خديعة الخصم المستثير أي كان بسوء نية أو إذا تداخل في قضية بمقتضى خطأ وأخطأ خطأ جسيماً لا يصدر من مثله وتنصّاً عن ذلك ضرر للخصم الآخر أو إذا ضمن نتيجة القضية، والأمر يشمل وكالة الخصم.

وقد وردت هذه الأحكام في زمن لم تنظم خلاله مجالات الاتصال وانتقال المعلومة. ويندو أن الأمر اختلف بعد ذلك بتصدر المجلة الجزائية سنة 1913 ومجلة الصحافة سنة 1975.

وعرف قطاع الاتصالات تطوراً هاماً بعد ذلك بتنظيم الاتصالات الهاتفية والمعلوماتية سواء بمناسبة المصادقة على القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية أو بمناسبة تقييم مجلة الالتزامات والعقود بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 المتعلق بتقييم مجلة الالتزامات والعقود في اتجاه الاعتراف بالوثيقة الإلكترونية⁽¹⁾ والإمضاء الإلكتروني⁽²⁾ أو بمناسبة تقييم المجلة الجزائية بموجب القانون عدد 89 لسنة 1999 المؤرخ في 2 أوت 1999 في اتجاه إقرار الجزئية المعلوماتية، أو بمناسبة وضع إطار قانوني لضمان السلامة المعلوماتية بموجب القانون عدد 5 لسنة 2004 المؤرخ في 3 فيفري⁽³⁾ 2004.

(1) الفصل 453 مكرر والفصلان 470 و 471 مــ14.

(2) الفصل 453 فقرة ثانية مــ14.

(3) لا شك في أن للإعلامية جوانب علمية ومسالك ثقافية لا يدركها إلا الفني، وهي بذلك عرضة إلى الفرار في كل وقت، خاصة بالنسبة إلى الشبكات المفتوحة، ولا يمكن أن يشعر المتدخلون بالأمان إلا إذا فرضت جملة من القواعد الفنية في اتجاه ضمان السلامة المعلوماتية. وفي هذا الإطار يأتي القانون عدد 5 لسنة 2004 المؤرخ في 3 فيفري 2004 المتعلق بالسلامة المعلوماتية (la sécurité informatique)، وأنهض المؤسسات التي تشغّل الشبكات العمومية للاتصالات ومزودي خدمات الاتصال والاترنتات والمؤسسات ذات الشبكات الإعلامية المرتبطة فيما بينها عبر شبكات خارجية للاتصالات والمؤسسات التي تحول المعايير الإيجاري الذي يجب أن يقع سنوارياً، وواضح أن هذه النظم المعلوماتية والشبكات قد تعود لها باكل عمومية أو للقطاع الخاص شرط أن تكون متتفقة بطريقة أو بأخرى بالشبكات العامة للاتصالات والاترنتات.

بالخدمات ذات القيمة المضافة من نوع أترنابات أو كراس الشروط الخاص بالخدمات ذات القيمة المضافة التيمانيكية والسمعية المعبادق عليه بقرار من وزير المواصلات بتاريخ 22 مارس 1997، أو من خلال القانون عدد 6 لسنة 2000 المؤرخ في 20 جوان 2000 المتعلق بتنقيح المجلة التجارية في اتجاه الاعتراف بالمقاصة الإلكترونية أو قرار وزير المالية المؤرخ في 15 جانفي 2001 في اتجاه الاعتراف بنظام المبادرات الإلكترونية في إطار الإضمار الوحيدة *laissse unique*، أو من خلال القانون عدد 51 لسنة 2005 المؤرخ في 27 جوان 2005 المتعلق بالتحويل الإلكتروني للأموال⁽¹⁾، أو من خلال القانون عدد 1 لسنة 2001 المتعلق بمجلة الاتصالات المقحة أخيراً بمحض القانون عدد 10 لسنة 2013 مؤرخ في 12 أفريل 2013 أو من خلال قانون عدد 36 لسنة 1994 المؤرخ في 24 فيفري 1994 المتعلق بالملكية الأدبية والفنية كما هو منقح بمحض قرار القانون عدد 33 لسنة 2009 المؤرخ في 23 جوان 2009 في اتجاه حماية البرامج المعلوماتية بواسطة قواعد الملكية الأدبية⁽²⁾، إلى جانب جملة من النصوص القانونية الهامة في اتجاه تنظيم محمل القاطط التي لها علاقة بتنظيم مهنة مزودي الخدمات الرقمية واستغلال الشبكات الرقمية⁽³⁾.

مجموعة من المعطيات أو الرموز المتعلقة خاصة بهيرته أو بخصائصه الجنسية أو الفزيولوجية أو البيئية أو النفسية أو الاجتماعية والاقتصادية أو الثقافية وأصبحت جميع العمليات المتجردة سواء بطريقة آلية أو يدوية من شخص طبيعي أو معنوي، والتي تهدف خاصة إلى جميع معطيات شخصية أو تسجيلها أو تحفظها أو تنظيمها أو تغيرها أو استغلالها أو إرسالها أو توزيعها أو نشرها أو إتلافها أو الاطلاع عليها يتضمن نظام خاص، وكذلك جميع العمليات المتعلقة باستغلال قواعد البيانات والفالوس أو السجلات أو البطاقات (الفيسات) أو الرابط البيئي.

(1) وضع المشرع إطاراً قانونياً لوسائل الدفع الإلكتروني بمحض القانون عدد 51 لسنة 2005 المؤرخ في 27 جوان 2005 المتعلق بالتحويل الإلكتروني للأموال، وحدد من خلاله المبادئ العامة والتزامات المصدر والتزامات المتتفق ووضع نهاية جملة من الأحكام الجزائية في تزويد أداة التحويل الإلكتروني أو في استعمال الأداة المزورة أو في استعمال الأداة دون إذن صاحبها.

(2) اعتير قانون 1994 منذ ذلك التاريخ بالباب السابع (الفصول 43 - 44 - 45 - 46 - 47) أن البرمجيات مصنف أدبي وتعود ملكية البرنامج إلى المشغل وفي عيابه إلى المنتج. ولا يمكن للمؤلف أن يعرض على تعديل البرنامج المعلوماتية من طرف الغير في حدود الحقوق التي تنازل لهم عنها مالم يوجد شرط معايير. ويحجز كل استعمال للبرامج المعلوماتية لا يكون مرضحاً فيه صراحة وكثيراً من قبل المؤلف أو من ينويه ما لم يوجد شرط تعادي معايير. على أنه يجوز دون ترجيح من المؤلف أو من ينويه إنجاز نسخة واحدة لصيانة البرنامج المعلوماتي من قبل مالك النسخة الشرعية للبرنامج. وتنبع الحماية للمصنف بمجرد إيداعه وتذويم الحماية خمسين سنة بعد الوفاة.

(3) -المصادقة الإلكترونية: القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 -التشفير: الأمر عدد 2639 لسنة 2008 المؤرخ في 21 جويلية 2008 المتعلق بضبط شروط وإجراءات توريد وتسويق أو خدمات التشفير غير شبكات الاتصالات، الرائد الرسمي للجمهورية

وضمان حماية المعطيات الشخصية بموجب القانون عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية 2004⁽⁴⁾ أو بمناسبة تنظيم نشاط المتدخلين في إطار كراس الشروط الخاص

وتتم عملية التدقيق من خلال إجراء تحليل ميداني يعتمد التحرري حول التواحي التنظيمية والهيكلية للسلامة وكيفية التصرف في إجراءات السلامة ومدى توفر آليات تأمين النظام المعلوماتي وكيفية استعمالها والتحليل الشفهي لسلامة كافة مكونات النظام المعلوماتي مع اختبار مناعتها ضد كل أنواع المخاطر وتحليل وتقدير المخاطر التي قد تخرج عن استغلال التغيرات التي تم اكتشافها إنر عملية التدقيق. وبتوالى القيام بعمليات التدقيق خبراء وأشخاص طبيعيون أو معنويون مصادق عليهم مسبقاً من قبل الوكالة الوطنية للسلامة المعلوماتية. وعند الانهاء من إجراء عملية التدقيق يسلم التقرير المكلف بالتدقيق للهيكل المعنى تقريراً يحمل ختمه وإمضاه ويضم به جميع أعماله مع اقتراح الإجراءات والحلول التنظيمية والفنية للسلامة الواجب اعتمادها لتجاوز التفاصيل المسجلة، ويروجه الهيكل المعنى هذا التقرير إلى الوكالة الوطنية للسلامة المعلوماتية التي يمكن أن ترفضه إذا لم يحترم جملة الضوابط المذكورة، وفي هذه الحالة يتبعن إعادة الاختبار في أجل معين (شهرين)، وإذا انقضى الأجل دون نتيجة، يمكن للوكالة تعين خبيراً يهدى إليه باتمام أعمال التدقيق على نفقه الهيكل المخالف، كما تبقى الإمكانية قائمة في تعين خبير على نفقه المخالف إذا امتنع الهيكل من البداية عن إجراء التدقيق الإيجاري الدوري واستقر على موقعه مدة شهر بعد إثباته.

ولهذا الغرض أنشأ المشرع وكالة وطنية للسلامة المعلوماتية تتطلع بمراقبة عامة على النظم المعلوماتية والشبكات الراجعة بالنظر إلى مختلف الهياكل العمومية والخاصة، وتتكلف خصوصاً بالشهر على تنفيذ التوجهات الوطنية والاستراتيجية العامة لسلامة النظم المعلوماتية والشبكات ومتابعة تنفيذ الخطط والبرامج المتعلقة بالسلامة المعلوماتية في القطاع العمومي وضمان اليقظة التكنولوجية في مجال السلام المعلوماتية ووضع مقاييس خاصة بالسلامة المعلوماتية وإعداد أدلة ثبوتية في الفرض والعمل على نشرها وعلى تشجيع تطوير حلول وطنية في مجال السلام وإبرازها وذلك بطرق الآلات والبرامج التي يتم ضبطها من قبل الوكالة والشهر على تنفيذ الترتيب المتعلقة بإنجاز التدقيق الدوري، وتحقيق مهامها يمكن للوكالة إجراء معيقات ميدانية بعد دراسة الاختبارات والاطلاع على جميع الوثائق والملفات الخاصة بالسلامة المعلوماتية. كما يجب على كل مشغل ميكللا عمربما أو خاصاً لنظام معلوماتي أو شبكة، إعلام الوكالة الوطنية للسلامة المعلوماتية فوراً بالجهات والاختلافات وغيرها من الاضطرابات التي من شأنها عرقلة استغلال نظام معلوماتي أو شبكة أخرى حتى يتثنى لها اتخاذ التدابير الكافية بالتصدي لها، ويتحتم على المستغل الامتثال إلى التدابير المقررة من قبل الوكالة الوطنية للسلامة المعلوماتية لوضع حد لهذه الاضطرابات. ويمكن لها في هذه الصورة ولغاية حماية النظم المعلوماتية والشبكات اقتراح عزل النظام المعلوماتي أو الشبكة المعنية إلى أن تكفل هذه الاضطرابات ويتم هذا العزل بمقتضى مقررات من الوزير المكلف بتكنولوجيات الاتصال.

(1) رفع المشرع مسألة حماية المعطيات الشخصية إلى مرتبة المبادئ الدستورية بموجب التشريع الصادر بمقتضى القانون الدستوري عدد 51 لسنة 2002 المؤرخ في 1 جوان 2002 المتعلق بتنقيح بعض أحكام من الدستور القديم، حيث أصبح الفصل التاسع ينص على أن «... حماية المعطيات الشخصية مضمونة إلا في الحالات الاستثنائية التي يضططها القانون». وجاء القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية 2004 ليعتمد نظاماً خاصاً بحماية المعطيات الشخصية التي أصبحت تعرف بكونها «كل البيانات مهما كان مصدرها أو شكلها والتي تجعل شخصاً طبيعياً معرفاً أو قابلاً للتعریف بطريقه مباشرة أو غير مباشرة باشتمامه المتصلة بالحياة العامة أو المعترفة كذلك قانوناً»، وبعد قابلاً للتعریف الشخص الطبيعي الذي يمكن التعرف عليه بصورة مباشرة أو غير مباشرة من خلال

-DIRECTIVE 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997. Directive concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications.

-DIRECTIVE 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997. Directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

-DIRECTIVE 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995. -Directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

-RECOMMANDATION N° R (95) 13 du Comité des Ministres aux Etats Membres, 11 septembre 1995, Recommandation relative aux problèmes de procédure pénale liés à la technologies de l'information.

-RECOMMANDATION du Conseil du 24 septembre 1998. Recommandation concernant le développement de la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information par la promotion de cadres nationaux visant à assurer un niveau comp.

-REGLEMENT (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. Règlement concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

*-les conventions internationales

-ACCORD ADPIC du 15 avril 1994. Annexe I C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce. Partie portant sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

-CONVENTION SUR LA CYBERCRIMINALITE, Budapest 23 novembre 2001.

-CONVENTION de Vienne du 14 avril 1980

Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises

-CONVENTION de Rome du 26 octobre 1961

Convention internationale sur la protection des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radio-diffusion

-CONVENTION de La Haye du 15 juin 1955, Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels

-CONVENTION de Genève du 6 septembre 1952, Convention universelle sur le droit d'auteur

-CONVENTION de Berne du 9 septembre 1886, Convention pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, modifiée et complétée plusieurs fois, pour la dernière date le 20 décembre 1996.

-CONVENTION de New York du 10 juin 1958, relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

-DECLARATION universelle des droits de l'Homme, 10 décembre 1948.

-LOI TYPE de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, 16/12/1996. Loi type sur le commerce électronique.

-OCDE : Le conseil de OCDE a adopté une recommandation le 27 mars 1997 relative aux lignes directrices régissant la politique de cryptographie.

-OCDE : Trois déclarations ministrielles lors de la conférence interministérielle de l'O. C.D.E à Ottawa en octobre 1998, se rapportant à la protection de la vie privée sur les réseaux, à la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique et à l'authentification.

ويمكن القول إن التشريع من خلال هذه التصوص غطى أغلب مظاهر المعاملات المعلوماتية والاعتداءات المرتبطة بها سواء كان الاعتداء على الأنظمة المعلوماتية والمعطيات أو شمل المحتوى المعلوماتي⁽¹⁾. وأصبح من الممكن كذلك الحديث عن

التونسية 29 جويلية 2008، عدد 61، ص 2735. و القرار المؤرخ في 19 جويلية 2001 المتعلق بضبط الممارسات التقنية لمنظومة إحداث الإمضاء الإلكتروني.

-اسم النطاق: لم يضع قرار وزير تكنولوجيا الاتصال المترافق في 10 أوت 2001 بالنسبة إلى القانون التونسي والخاص بالصادقة على المخطط الوطني للترقيم والستونة مشروعًا استثنائيًا بالنسبة إلى النطاق، واكتفى بالتصريح على جملة القوابط الفنية وعلى ضرورة أن يكون المعرف الآمني فرصة بالنشاط الذي تتعاطه القوات المعنية ويتحمّل «استعمال معرف آمن يتعلّق باسم تونس أو باسم المهن التابعة للنقابات المهنية أو بالأسماء المختلفة بالقطاع العام والأعلاف العمومية أو بأسماء المنظمات والهيئات الدّولية وكذا تلك بالأسماء المرتبطة بتسيير شبكة الأنترنات».

(1) والمفيدة أن معظم البلدان اعتمدت إطاراً تشريعياً للمعلوماتية في جميع النطاق التي سيق الإشارة إليها. بالنسبة إلى القانون التونسي، على تحلون، المسؤولة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 168 وما بعده.

وكانت المبادرة من الاتحاد الأوروبي، كما تراجعت الاتفاقية الدولية في هذا المجال.

*Directives européennes:

-COMMUNICATION de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions du 26 janvier 2001. Créer une société de l'information plus sûre en renforçant la sécurité des infrastructures de l'information et en luttant contre la cybercriminalité - Com (2000) 890 Final.

-CONVENTION de Strasbourg du 18 janvier 1981, Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention 108).

-CONVENTION européenne des droits de l'Homme, 4 novembre 1950.

-DIRECTIVE 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001. Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

-DIRECTIVE 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000. Directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»).

-DIRECTIVE 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999. Directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

-DECISION 276/1999/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 janvier 1999. Décision adoptant un plan d'action communautaire pluriannuel visant à promouvoir une utilisation plus sûre d'Internet par la lutte contre les messages à contenu illicite et préjudiciable diffusés sur Internet.

-DIRECTIVE 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998. Directive concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel.

-DIRECTIVE 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998. Directive prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques.

والخلاصة في جميع ذلك أن المعلومة يمكن أن تنتقل بعدة طرق، الاتصال المباشر (المسرح) والصحافة المكتوبة (الجرائد) والتلفزة والراديو والسينما والهاتف والشبكات المعلوماتية (الأنترنات بما في ذلك الموقع الإلكتروني والشبكات الاجتماعية)، وقد أمكن تغطية جميع هذه القطاعات بنصوص قانونية، كما تقدم، والمقاعدة في جميع ذلك أن الأساس هو حرية التعبير، على أن بعض التصرفات قد ترقى إلى مخالفة المنصوص الجزائية الصريحة ولا يمكن أن تبقى بدون مواجهة، كما أن عدم المواجهة الجزائية لا تمنع المطالبة الجنائية إذا توفرت الشروط⁽¹⁾

ثـ- الخطأ في مجال الملكية الصناعية
أوردت مجلة الالتزامات الفصول 90 و 91 و 92 مـ.ع. في مسألة الاعتداء على حقوق الملكية الصناعية وما يرتبط بها من منافسة غير مشروعة، وقد أدمجت هذه الأحكام سنة 1906 بمجلة الالتزامات العقود في غياب نظام قانوني متناسق ينظم المسؤولية في حالة الاعتداء على حقوق الملكية الصناعية ولو أن نص خاص بالملكية الصناعية قد ظهر باكرا بالقانون التونسي إذ يعود إلى أواخر القرن التاسع عشر. ولكن محوري مجلة الالتزامات والعقود أرادوا تنظيم مسألة المسؤولية بنصوص عامة بمجلة الالتزامات والعقود.

والحقيقة أن هذه الفصل لم يبق لها من فائدة ترجمي بعدها تم تنظيم الإطار القانوني للملكية الصناعية وللمنافسة غير المشروعة بنصوص خاصة، وربما كانت الفائدة الوحيدة هو أن تعتمد هذه الأحكام في غياب التفصيل في القوانين الخاصة. وتعد الملكية الصناعية في الحقيقة مفهوما جديدا لم يظهر إلا مع قيام الثورة الصناعية خلال القرن التاسع عشر، ومع قيامها قامت الحاجة إلى حماية الملكية المرتبطة بها، وترتبط الملكية الصناعية بمحور الملكية الفكرية المتصلة بتاج الفكر الإنساني الذي منه ما يرتبط بالملكية الأدبية والفنية ويحصل بحقوق التأليف والحقوق المجاورة ومنه ما يرتبط بالملكية الصناعية وينصرف إلى حماية براءات الاختراع وعلامات الصنع

مرسوم عدد 86 لسنة 2011 مورخ في 13 سبتمبر 2011 يتعلق بإحداث المركز الوطني للسينما والصورة.

- أمر عدد 2623 لسنة 2011 مورخ في 29 سبتمبر 2011 المتعلق بتنقيح الأمر عدد 1868 لسنة 2007 المورخ في 23 جويلية 2007 والمتعلق بإحداث مؤسسة «التلفزة التونسية» وضبط تنظيمها الإداري والمالالي وطرق تسييرها.

(1) لا زيد التوسع في طبيعة هذه المسؤولية حيث يمكن الرجوع إلى المراجع السابقة للوقوف على طبيعة المسؤولية المعلوماتية، وخاصة منها كتابنا حول المسؤولية المعلوماتية، المرجع السابق.

نظام متناسق للمساءلة الجنائية في مجال الاتصالات والمعلوماتية بل أصبح من الممكن الإشارة إلى مفهوم المسؤولية المعلوماتية⁽²⁾.

وغير قطاع الصحافة والنشر، مما كانت الطريقة المستعملة في ذلك، اهتماما بعد 14 جانفي 2011 ، وألغيت مجلة الصحافة لسنة 1975 بموجب المرسوم عدد 115 لسنة 2011 مورخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر، كما تدعم هذا القطاع بصدر المرسوم عدد 116 لسنة 2011 المورخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلق بحرية الاتصال السمعي والبصري وياحداث هيئه عليا مستقلة للاتصال السمعي والبصري⁽²⁾. ويندو أن هذا المجال سوف لن يعرف استقرارا شرعيا لا ريبا في هذا المجال بحرية التعبير والحرفيات بشكل عام.

3- Les conventions entre pays européens

-La convention de Rome du 19 juin 1980 entrée en vigueur le 1 avril 1991 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles..

-La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 entrée en vigueur le 1 février 1973 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

-La convention de Genève du 21 avril 1961 dite convention européenne sur l'arbitrage international.

(1) -علي كحليون: الحوافز القانونية لقرارات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، نشر دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2002.

-علي كحليون: مسؤولية المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في قانون الأعمال، ص 5 وما بعد.

-علي كحليون: المسؤولية المعلوماتية، إصدار مركز النشر الجامعي 2005، ص 29 وما بعد.

-علي كحليون: مجموعة القوانين المتعلقة بالمعلوماتية والاتصالات، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2001.

-علي كحليون: الاتصال والمعلومة بين الواقع والقانون، القضاء والتشريع أكتوبر 1998، ص 759 وما بعد.

-علي كحليون: التجارة الإلكترونية القضاء والتشريع فيفري 2000، ص 11 وما بعد.

-علي كحليون: القدر الإلكتروني، القضاء والتشريع ديسمبر 2001، ص 43.

-علي كحليون: الإطار القانوني للمعلوماتية، القضاء والتشريع جويلية 2005، ص 13. وكذلك المجلة القانونية 2005، ص 273 وما بعد و 2006 ص 98 وما بعد.

-علي كحليون: التحويل الإلكتروني للأموال، مؤتمر دولي حول المنازعات المصرفية، 21-20 ديسمبر 2008، الجزائر. منشور بالقضاء والتشريع جانفي 2011، ص 11.

-علي كحليون: إشكاليات المنظومات الإعلامية في الدول العربية، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم العليا العربية، المغرب 18-19 ديسمبر 2011.

-علي كحليون: الإثبات في المادة الجنائية، مجلة الأخبار القانونية، شهر نوفمبر 2011.

-علي كحليون: الجريمة المعلوماتية وتوجهات محكمة التحكيم، مجلة الأخبار القانونية، جانفي 2012.

(2) يراجع كذلك:

أفريل 1994⁽¹⁾، والإقرار باخضاع المبادرات الإلكترونية لتصوّص الملكية الأدبية من خلال اتفاقية 1996 للملكية الأدبية.

وقد صادقت تونس على معظم الاتفاقيات الدولية وخاصة منها اتفاقيات باريس وبارن وجوانب الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة⁽²⁾، وأول النصوص في مجال الملكية الصناعية ظهرت منذ أواخر القرن التاسع عشر، الأمر المؤرخ في 26 ديسمبر 1888 المتعلّق ببراءة الاختراع حسب ما هو منقح في 1902 و 1932 و 1939 و 1954 و 1956، وأمر 6 جوان 1889 المتعلّق بعلامات الصناع والتّجارة، وأمر 25 فيفري 1911 المتعلّق بالصور والأسماط الصناعية.

لكن المشرع التونسي ارتأى مراجعة الإطار العام للملكية الصناعية خاصة على ضره مضادته على اتفاقية جولة الأوروقواي لسنة 1994، وألغت بالتالي النصوص القديمة وصدر القانون عدد 84 لسنة 2000 المؤرخ في 24 أوت 2000 المتعلقة ببراءة الاختراع⁽³⁾ والقانون عدد 20 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001 المتعلقة بحماية التصنيمات الشكلية للدواير المتكاملة، والقانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001 المتعلقة بحماية الرسوم والتماثق الصناعية، والقانون عدد 36 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أفريل 2001 المتعلقة بحماية علامات الصنع والتجارة والخدمات. كما أن القانون عدد 36 لسنة 1994 المؤرخ في 24 فيفري 1994 استوعب التوجهات

(1) M. Kenneth Schindler : Le cadre juridique de l'accord sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce, R.J.L., Janvier 2008, p. 15 et suiv.

(2) النصوص الدولية الخاصة بالملكية الصناعية والمصادق عليها من البلاد التونسية:
اتفاقية باريس الخاصة بالملكية الصناعية 1883، تاريخ الاتخاذ 7 جويلية 1884.

مماهدة التعاون بشأن البراءات 1970، تاريخ الانتهاء 10 ديسمبر 2001.
اتفاقية مدريد الخاصة بطبع بيانات مصدر السلع الزائفة أو المضللة 1891، تاريخ الانتهاء 15
جولية 1892.

ـ معاهدة بودابست بشأن الاعتراف الدولي بإبداع الكائنات الدقيقة لأغراض الإجراءات الخاصة بالملاءات 1977، تاريخ الانخراط 23 مאי 2004.

-اتفاق لشبونة بشأن تسميات المنتجات وتسجيلها 1958، تاريخ الانتهاء 31 ديسمبر 1973.
 -اتفاق لاهاي بشأن الإيداع الدولي للرسم والنمادج الصناعية 1925، تاريخ الانتهاء 20 أكتوبر 1967.

ـ محادثة نبروي بشأن حماية الرمز الأولمبي 1981، تاريخ الانخراط 21 ماي 1983.

-اتفاق نيسن بشأن التصنيف الدولي للسلع والخدمات لأغراض تسجيل العلامات 1957، تاريخ الانخراط 29 ماي 1967.

(3) يراجع كذلك الأمر عدد 328 لسنة 2001 المورخ في 23 جانفي 2001 المتعلق بضبط طريقة اتفاقينا للتصنيف الدولي للعناصر التصويرية للعلامات 1973، تاريخ الانتهاء 9 أوت 1985.

مست التسجيل الوطني للبراءات وطرق الترسيم به، والامر عدد 836 لسنة 2001 الموزع في 10 اغسطس 2001 المتعلق ببراءات الاختراع.

المتكمالة (schémas de configuration) والتجارة والخدمات والمعاذج والرسوم وأخيراً ما يعرف بالتصميمات الشكلية للدوائر.

ولم يكن يعتقد أن تكون للملكية أنس معنوية، فعادة ما تعرف الملكية على أنها حق دائم وجامع ومطلق ويوفر لصاحبه حق الاستعمال والاستغلال والتصرف وهي تصرف إجمالاً إلى سلطة المالك على الشيء أو العمال الذي يمكن أن يكون منقولاً أو عقاراً⁽¹⁾. أما أن تكون الملكية شيئاً معنوياً ينصرف إلى نتاج الفكر فذلك أمر حديث لم يجهده رجال القانون⁽²⁾. لذلك يرى البعض أن الملكية الفكرية ترقى إلى ما يتحقق مرتبة الملكية المادية التقليدية، في حين يرى البعض الآخر أن الملكية الفكرية ليس لها علاقة بنظرية الملكية ولا تستجيب لتعريفات الملكية التقليدية بحكم إمكانية زوالها وعدم ماديتها والأغلب أن لها صبغة خاصة تتمثل في: أصلـ الملكية المادية⁽³⁾.

وقد كانت أول النصوص الدولية هي التوقيع على اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية بعد أن امتنع عدد من المخترعين من المشاركة في المعرض الدولي للاختراعات بفرنسا وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ سنة 1884 وعرفت عدة تعديلات⁽⁴⁾. كما ظهرت اتفاقية بارن لحماية المصنفات الأدبية والفنية سنة 1886 وعرفت بدورها عدّة تعديلات⁽⁵⁾. وظهرت كذلك عدّة اتفاقيات مختصة بمجالات محدّدة في الملكية الصناعية والأدبية⁽⁶⁾ إلى أن تم إقرار جوانب الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة من خلال اتفاقية جولة الأوروغواي الموقعة عليها ببراشن في 15

(١) على كحلون: القانون العقاري الخاص، نشر مجتمع الأطروش للكتاب المختص، ٢٠١٥.
على كحلون: نظام السجل العقاري، نشر مجتمع الأطروش للكتاب المختص، ٢٠٠٩.

(22) أصدر المجتمع التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بتاريخ 10 ديسمبر 1988 قراراً جدد 5 جمهوريه أنَّ أولًا: الاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية والتأليف والاحتزاع والاستكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية متبرة تسلو الناس لها وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها... ثانية: حقوق التأليف والاحتزاع مصونة شرعاً وأصحابها حق النصرف فيها ولا يجوز الاعتداء عليها.

^٦ عدنان الأسود: حق المؤلف في الفقه والشريعة الإسلامية، القضاة والتشريع، مايو 2009، ص ٦٦ وما يليه.

(3) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، ص. 276 وما بعدها.

حمد عطوم: التحرير التمهيدي للملحق الدولي حول الملكية الفكرية، القضاء والتشريع، ص 21.
4) بروكسال 1900-واشنطن 1911-لاماير 1925-لندن 1934-لشبونة 1950-ستوكهولم 1961

(5) 1896-1908-1914-1928-1948-1962-1971-، باریس و برلین و پاریس و روما
بروکسل و ستوکهولم.

٤) على الأقل خمس اتفاقيات تخص حق المؤلف وثلاث تخص الحقوق المجاورة وثلاث في براءة الاختراع ومثلها في النماذج الصناعية

اعتداء وحصل التطور في اتجاه تصويب طرق معالجة الاعتداء وتوظيف جميع الإمكانيات الإجرائية والأصلية لحماية هذه الحقوق خاصة بعد أن صادق المجتمع الدولي على إجراءات جديدة من خلال اتفاقية جولة الأوروقواي الموقعة سنة 1994 بمراكش. ومن ذلك انتقلت هذه التوجهات إلى التشريع التونسي كما انتقلت إلى معظم بلاد العالم.

ولذلك تكون الملكية الصناعية عرضة لعدة اعتداءات أعمها أن يتوفّر الخطأ والضرر والعلاقة السببية طبق القواعد العامة للمسؤولية المدنية فيصُح للمتضرر طلب التعويض طبق القواعد العامة⁽¹⁾.

وبعض من الحقوق الصناعية تخضع في نفس الوقت لأحكام قانون الملكية الأدبية مثل الرسوم ويمكن بالتالي الاستناد إلى أحکامه لحماية هذه الحقوق حتى ولو كان الاعتداء بواسطة التطبيقات الحديثة للمعلوماتية⁽²⁾.

كما أن قوانين حماية المستهلك تحمي المستهلك ذاته وليس لها علاقة بالاعتداءات التي تنصب حقوق الملكية الصناعية والمعلوم أن تضرر المستهلك من عناصر الملكية الصناعية لا تحميه قواعد الملكية الصناعية بل يرجع إلى القوانين الخاصة بحماية المستهلك ذلك أن قوانين الملكية الصناعية لا تحمي المستهلك كذلك بل تحمي حقوق الملكية الصناعية⁽³⁾.

وأقل من ذلك أن تكون الملكية الصناعية عرضة للمنافسة غير المشروعة وهي حسب الفصل 10 من اتفاقية باريس كل عمل منافسة مخالف للعرف والتزيم في مجال الصناعة والتجارة⁽⁴⁾. ومن تطبيقاته الأساسية جميع الأعمال التي من شأنها أن تحدث لبأ باءة على كحلون: التحويل الإلكتروني للأموال، مؤتمر دولي حول المنازعات المصرفية، 20-21 ديسمبر 2008، الجزائر.

(1) الفصلان 82 و 83 من مجلة الالتزامات والعقود.

(2) الفصل 4 من القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فبراير 2001 المتعلق بحماية الرسوم والمنافسة الصناعية.

الفصول 50 إلى 55 من القانون عدد 36 لسنة 1994 المؤرخ في 24 فبراير 1994 المتعلق بحماية الملكية الأدبية والفنية كما هو متوجّب بموجب القانون عدد 33 لسنة 2009 المؤرخ في 23 جوان 2009.

(3) القانون عدد 111 لسنة 1992 المؤرخ في 7 ديسمبر 1992 المتعلق بحماية المستهلك.

(4) المادة 10: (مكرر 2)-1 تلزم دول الاتحاد بأن تكفل لرعايا الاتحاد حماية فعالة ضد المنافسة غير المشروعة.

-2 يعبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كل منافسة تتعارض مع العادات الشرفية للشؤون الصناعية والتجارية.

-3- ويجب أن يمنع على الأشخاص ما يلي:
أ- جميع الأعمال التي من شأنها أن تحدث لبسًا بآية وسيلة كانت بالنسبة للمدخل التجاري الخاص بأحد المنافسين أو بالنسبة لمتجهاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري.

المحدثة في حماية الملكية الأدبية والفنية وأمكن تعديله مرة ثانية سنة 2009 بموجب القانون عدد 33 لسنة 2009 المؤرخ في 23 جوان 2009 لتصويب بعض المفاهيم وضمان الحماية الكافية للمصنفات الرقمية⁽¹⁾.

وأنشئت المناسبة على المستوى الدولي المنظمة العالمية للملكية الفكرية منذ سنة 1967OMPI وأصبحت منذ 17 ديسمبر 1974 إحدى وكالات الأمم المتحدة المتخصصة. كما أنشئ بتونس المعهد الوطني للمواصفات والملكية الصناعية INNORPI بموجب القانون عدد 66 لسنة 1982 المؤرخ في 6 أوت 1982، وهو الهيكل الذي يشرف على قطاع الملكية الصناعية. وصدرت النصوص المنظمة للمعهد وكذلك، المبنية لإجراءات التسجيل ومسك المجالات المناسبة⁽²⁾.

على أن الملكية الصناعية، على وجه التحديد، وبحكم ارتباطها بالمعايير التجارية عادة ما تكون محل تقليد وهو عمل مخالف يقوم به الغير بهدف الاعتداء على عناصر الملكية الصناعية بجميع أصنافها كل حسب طبيعته وقد سهلت التطبيقات المعلوماتية الحديثة إمكانية الاعتداء⁽³⁾. وجاءت أول النصوص حماية للملكية الصناعية من كل

(1) ترمي التقنيات الجديدة إلى توضيح مفهوم حق المؤلف وتوسيع مجال حمايته ليشمل بصفة صريحة قواعد البيانات المبتكرة والتبيّن حقوق المؤلف المادي والأدبية وتحديدها بأكبر دقة إلى جانب توحيد حماية المصنفات الأدبية والفنية بمختلف أصنافها والحرصن على توفير التوازن بين حقوق المؤلف من ناحية ، وعدم الإفراط في حمايته من ناحية أخرى . ولأول مرة يقع دفع كل المصنفات الرقمية على شبكة الإنترنت في القانون الجديد فقصد إيقافه ظالع من الصراوة والشدة تجاه المبالغين في ارتكاب المخالفات. ويشمل القانون التونسي في صيغته الجديدة المصنفات المتداولة في الوسط الأفريقي - الملتميديا- إضافة إلى تكامله مع سائر جوانب المنظومة الوطنية لحماية الملكية الفكرية كالقوانين المتعلقة ببراءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية.

(2) الأمر عدد 1314 المؤرخ في 24 سبتمبر 1982 المتعلق بتنظيم وتنوير المعهد الوطني للمواصفات والملكية الصناعية.

(3) علي كحلون: الجوانب القانونية لفوائد الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، نشر دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2002.

-علي كحلون: مسؤولية المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في قانون الأعمال، ص 5 وما بعد.

-علي كحلون: المسؤولية المعلوماتية، إصدار مركز النشر الجامعي 2005، ص 29 وما بعد.

-علي كحلون: مجموعة القوانين المتعلقة بالمعلوماتية والاتصالات، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2001.-علي كحلون: الاتصال والمعلومة بين الواقع والقانون، القضاء والتشريع أكتوبر 1998، ص 159 وما بعد.

-علي كحلون: التجارة الإلكترونية القضاء والتشريع فيفري 2000، ص 11 وما بعد.

-علي كحلون: العقد الإلكتروني، القضاء والتشريع ديسمبر 2001، ص 43.

-علي كحلون: الإطار القانوني للمعلوماتية، القضاء والتشريع جويلية 2005، ص 13. وكذلك المجلة

القانونية 2005، ص 273 وما بعد و 2006 ص 98 وما بعد.

طبق القواعد العامة فللمتضرر ليس طلب التعويض فقط بل من الممكن طلب اتخاذ جميع الاجراءات لوقف الاعتداء⁽¹⁾.

وكلن التقليد أحصى من ذلك جميرا، فلا يشترط هدف المنافسة أو السيطرة على المعرفاء، حيث يعرف التقليد بالملكية الصناعية على أنه اعتداء على حقوق المالك للحق إما بالنسخ أو التوريد أو بالاستعمال أو بالمسك بغرض التجارة أو بالحذف والتغيير بحسب طبيعة الحق. فهي أعمال مادية مجدهدة يقوم بها المخالف في منتجات أو خدمات مشابهة أو مماثلة. وهو جنحة جزائية ومدنية لها شروط دقيقة نشاء وجزاء.

والمطلوب أن تُثْبِتْ هذه الشروط توصلًا لإبراز نظام المؤاخذة وشرحًا لمعنى التقليد في الملكية الصناعية كما ورد في القوانين الصادرة في البلاد التونسية.

غير أن الأهم من ذلك أن نتبع التطبيقات القضائية لهذا النظام القانوني وتلتمس قول رجال القانون في ذلك فنعاين وقع هذه النصوص فقهاً وقضاءً. ونظهر مواطن التقص في إن وجدت لمجتمع أخيراً على محض دقيق تبقى فيه القاعدة في صوب نهاية في الاتجاه الصحيح.

فما هي الشروط التي يجب أن تكتمل حتى يتتوفر معنى التقليد في الملكية الصناعية من خلال نصوص التشريع التونسي على ضوء ما تتوفر من اتجهادات فقهية وقضائية وما هو جزاء القيام بهذا العمل المخالف؟ يبدو أن التقليد في الملكية الصناعية متّيّز من حيث شرطه (1) ومن حيث نظام المواجهة فيه (2).

١- شروط التقليد في الملكية الصناعية

التقليد جريمة لها أركانها المادية التي تمثل في أعمال إيجابية وينضاف إلى ذلك ما يربط بالعنصر المعنوي في الفعل. ولكن جريمة التقليد لا تكتمل إلا بتوفير مشكلة معينة بما في ذلك إهمالها أو إهمالها لغيرها، مؤسسة مختصة وما يرتبط بها من إجراءات.

(١) جويدة قيقة: قانون المنافسة والملكية الصناعية، القضاء والتشريع، جانفي 2008، ص. ٥١ وما يليه.

قد يقع الاعتداء على الملكية الصناعية ليس فقط في إطار تصرف فردي عام بل من الممكن أن يحدث في إطار القواعد العامة لتنظيم السوق، وإذا كان التصرف العام تعهد به محاكم الحق العام فإن النصوص التي تضر بالسوق بشكل خاص تعود لأشخاص مجلس المتخصصة طبق قانون 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار.

وسيلة كانت بالنسبة للمحل التجاري الخاص بأحد المنافسين أو بالنسبة لمتاجنه أو نشاطه الصناعي أو التجاري والأدعاءات غير المطابقة للحقيقة في مزاولة التجارة التي من شأنها إبعاد الثقة عن المحل التجاري الخاص بأحد المنافسين أو أبعادها عن متاجنه أو نشاطه الصناعي أو التجاري. وقد نقلت مجلة الالتزامات والعقود التونسية هذا المفهوم منذ 1905 بالفصل 9⁽⁰⁾

فخاصة المنافسة غير المشروعة في أنها تؤخذ الفاعل إذا توفر البخطأ والضرر والعلاقة السبية على معنى قواعد المنافسة غير المشروعة الواردة بالفصل ٩٢ م. [١٤] فالخطأ يتمثل في المنافسة غير المشروعة، فالمانع تفترض مزاولة الطرفين لنشاط مشابه أو قريب مع هدف السيطرة على الحرفاء وتشتمل عدم المشروعية في الخروج عن السلوك العادي المألوف في العلاقات التجارية، والبعض يشترط أن تكون الممارسة بسوء نية^(٣) والبعض لا يشتريطها^(٤). ومن تطبيقات الأعمال غير المشروعة أن تصرف الأفعال المخالفة إلى إحداث الخلط والتبّس بين المؤسسات (اتخاذ اسم تجاري مشابه أو لاقنة مشابهة، اتباع نفس طريقة الإشهارات والإعلانات) أو بين المتوجهات أو الانتفاع من شهرة الغير وعمله بطريقة غير مشروعة. وإذا ما تتوفر الضرب والعلاقة السبية

السكر والخدية كما في الصور الآتية:

أولاً : إذا استعمل إنسان اسماء أو علامات يشبهان غيرها مما هو ذات على دار أو معلم آخر فنعد عرفاً أو

جهة قد تحصل لها صحيت تغيرها للعلوم ومتطلبه في اسم الصانع ومكان الصنع.

ناتي، إذاً ستعمل إنسان ملائمة أو صورة أو قابله أو تواجهاً أو غير ذلك من البروز المصححة في الذات والبيئة مع ما هو مستعمل، فما ناتي عند تاجر أو صالح آخر أو في دار صناعة أخرى وكانت تجارته في

أصناف متشابهة وفي جهة واحدة لجلب الزيان له وأعراضهم عن الآخر

ثالثاً: من أضاف إلى اسم أحنة بعض الكلمات كصنفها فلان أو كصنوعة على مقتضى ترتيب فلان أو

ما أحبه ذلك من العبارات تعبر عن الناس في حقيقة أصل المتعة أو نوعها.
وأيضاً: إذا أشاع إنسان بإعلانات وغيرها من طرق الإشهار ليحمل الناس على الاعتقاد بأنه تولى حقوق
دار تجارة أو دار صناعة بدقة، فأقام صار ماتاعتله.

(2) وقدرات المحاكم التونسية أن المناسبة غير المشروعة متوفرة ولو أن الحق المتعارض لم يودع بالسجل المعمد لغرض أي لم يسجل، قرار NOKIA، قرار تعيني صادر بتاريخ 10/10/2001 تحت عدد 8940، غير مشهور، مشار إليه بمقالة «قانون العناصف والمملكة الصناعية»، جريدة قيبة، المرجع السابق.

(3) البعض يقول بها على أساس العصيّة الواردة بالفصل 92 م.أع. حيث نصّ صراحة على صور
المزاهمة المبنية على المكر والخداع.

(4) ذهب فقه الفضاء الفرنسي إلى الاتّهاء بالخطأ غير المتعهد في تعريف المنافاة غير المشروعة.

على أنه ما يشير الانتهاء أن المشرع لم يحافظ على جقحة المفاهيم وقد يستعمل عدّة مصطلحات للتغيير عن الشكل الواحد، فرغم أن الشكليات تكاد تتشابه في أنظمة الملكية الصناعية وكان من المفترض أن يحافظ المشرع على مصطلح واحد حتى تستقر الأنظمة إلا أن المشرع خص كل نظام بمصطلح معين دون الآخر والحال أنه كان من الأحسن تعليم المصطلح. فالفرق واضح اصطلاحاً بين التسجيل والترسم والإيداع، فالتسجيل هو إدراج الحق أول مرة والترسم هو إدراج الحقوق بعد التسجيل الأول والإيداع هو الموافقة على إدراج الحق⁽¹⁾. غير أن قوانين الملكية الصناعية تجاد لا تتميز بين هذه العبارات ويستعمل الواحد للدلالة على الآخر كما لم يميز المشرع اصطلاحاً بين أول الإدراجه وأخره.

ولذلك نص قانون عدد 84 لسنة 2000 مؤرخ في 24 أوت 2000 المتعلق ببراءات الاختراع على أنه «يمكن حماية كل اختراع لمتجر أو لطريقة صنع بحسب يسمى براءة اختراع يسلمه الهيكل المكلف بالملكية الصناعية وذلك طبقاً للشروط التي يضبطها هذا القانون»⁽²⁾.

+ فيشترط في هذا الاختراع من حيث الأصل (متجر أو طريقة) الابتكار والجدة مع القابلية للتطبيق الصناعي، حتى وإن كانت الدولة غير ضامنة للجدة وصحة الوصف. ولذلك فإنه ليس من الابتكارات التزويق المحسض والاكتشافات والتلقيبات العلمية والنتائج المتعلقة بالرياضيات والتصاميم والقواعد والنتائج المتعلقة بممارسة الأنشطة الفكرية المحسضة وميدان الأنشطة الاقتصادية وميدان البرامج المعلوماتية وطرق علاج وجراحة جسم الإنسان أو الحيوان وكذلك طرق تشخيص المرض المستعملة في فحص جسم الإنسان أو الحيوان وتقديم المعلومات وكل أنواع المواد العجية الموجودة في الطبيعة. ولا تمنع براءة الاختراع كذلك بالنسبة إلى أصناف النباتات أو أجنس الحيوانات وكذلك الأساليب التي تعتمد البيولوجيا بصفة أساسية للحصول على نباتات أو حيوانات.

ويشترط إجمالاً أن لا ينشأ عن نشر هذه الاختراعات أو استغلالها مخالفة للأخلاق الحميدة أو إخلال بالنظام العام أو الصحة العمومية أو بحماية المحيط.

1996 المتعلق بترميز الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية على أن المحاكم العدلية تختص بالنظر فيما ينشأ من نزاعات بين المنشآت العمومية بما في ذلك المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية من جهة والغير من جهة أخرى، فقد استقر الرأي بمجلس توزع الاختصاص على تخصيص المحكمة الإدارية بالنزاع كلما كان تدخل هذه المؤسسات بهدف تحقيق مصلحة عامة.

(1) أصل هذه المفاهيم تعود إلى نظام الإشهار في السفن والعقارات.

(2) الفصل الأول من القانون.

كعنصر لمعارضة الغير وقلما يكون شرط صحة، والأقل من ذلك أن يتشرطسبق الترسيم أو التقييد أو التسجيل لنشأة الحق. فلم يعرف مثل هكذا نظام إلا في إطار نظام الإشهار العربي في العقارات. ولكن واقع الأحداث صار في اتجاه فرض شكلية الترسيم أو الإيداع أو التسجيل في عدة مؤسسات ارتبطت حدثاً بالمتغيرات بما في ذلك نظام الترسيم في الطائرات والسفن ويلحق بذلك نظام التقيد بالملكية الصناعية.

فلا تقوم الحماية في جميع عناصر الملكية الصناعية إجمالاً إلا بسبق إيداع الحقوق وترسيمهها بسجل خاص تمسكه الإدارة المشرفة على الملكية الصناعية بعد توفر شروطه مع إمكانية حق الرجوع في الإيداع وببقى الحق مهما طلباً منه طالما أنه لم يقع إبطاله أو سقوطه وكل عمل مرتبط بهذا الحق سواء كان إ حال أو عقلة أو رهن يجب ترسيمه لمعارضة الغير به.

ويمكن لكل تونسي أو مقيم أو صاحب شركة أن يودع الحق وكذلك الذين يتعمون إلى بلد يضمن نفس الحقوق من خلال القوانين الوطنية أو مصادقتها على الاتفاقيات التي تضمن نفس الحماية. على أن الحقوق التي سبق إيداعها خارج البلاد التونسية تتمتع بحق الأولوية على معنى اتفاقية باريس⁽¹⁾.

ويشترط إجمالاً الجدة في الملكية الصناعية والتميز والابتكار وإمكانية التطبيق الصناعي للمتجر وعدم معارضته الأخلاق الحميدة والنظام العام، ويحوز للمدعي رفع المخالفة للأخلاق الحميدة في آجال معينة⁽²⁾.

ويمكن لهذا الهيكل في النهاية اتخاذ قرار بالإيداع أو رفضه ونشر القرار بمجلة خاصة، على أنه يمكن الطعن في هذه القرارات من قبل المالك في الآجال المحددة كما يمكن لكل متضرر أن يطعن في هذا القرار.

وقد أثير النقاش فتها وقضاء حول تحديد المحكمة المختصة بالنظر في الطعون الموجهة ضد قرارات هذا الهيكل وهو المعهد الوطني للمواصفات والملكية الصناعية، فإذا قال البعض بضرورة الطعن أمام المحكمة الإدارية رأى البعض الآخر اختصاص المحاكم العدلية، ولو أن الأمر محسوم بمقتضي القانون عدد 38 لسنة 1996 الذي خص المحاكم العدلية بالنظر في التزاعات التي تكون طرفاً فيها مؤسسة عمومية ذات صبغة صناعية وتоварية، والمعهد مؤسسة على تلك الصفة، لكن مجلس التنازع كان له رأي مختلف في ذلك⁽³⁾.

(1) الفصل الرابع من الاتفاقية.

(2) Alfred Jauffret : Droit commercial, L.G.D.J.1995, 399 et suiv.

عامر محمود الكسواني: الملكية الفكرية، 1998، ص. 74 وما بعد.

(3) حيث ولين نص الفصل الأول من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان

المطلب السابق مشهوداً بمطابقته للأصل من قبل الهيكل المكلف بالملكية الصناعية في البلد الذي تم فيه إيداع هذا المطلب ومرفقه بترجمتها إلى نفس اللغة التي أودع بها المطلب ولا سقط حقه. ويجب أن يمد الهيكل بتونس بجميع الوثائق والسوابق المنشطة بالمطلب⁽¹⁾.

يكون قرار الرفض معدداً ويعلم به المدعي ببيانه وذلك في الحالات التي استثناءها المشرع صراحة من
أصلاً تصرف مراقبة الهيكل إلى جملة الحالات التي استثناءها المشرع صراحة من
الحماية وهي الحالات التي لا تبرر مجال الابتكار وبثبت ذلك من إمكانية التطبيق
الصناعي للاختراع ومن مدى مطابقة الوصف المقدم للاختراع ويتتأكد من تقديم جميع
السوابق المتعلقة بمطلب الأولوية. ويمكن أن يتمهى إلى رفض المطلب إذا لم يسع
الطالب إلى رفع النقص في أجل ثلاثة أشهر بعد إعلامه كما يجب. وإذا رفعه يمكن
مواصلة النظر في المطلب ومن الممكن مطالبه جديداً برفع النقص خلال ثلاثة أشهر
وإذا لم يستجب الطالب برفع المطلب. ويجب أن يكون قرار الرفض معللاً ويعلم به
الطالب بواسطة رسالة مضمونة الوصول. وإذا كان المطلب مطابقاً للواجبات القانونية
يتم التفصيص على إيداعه بالنشرية الرسمية للهيكل⁽²⁾. على أنه يجوز سحب مطلب
البراءة من قبل الطالب قبل منحها بتصریح كتابی، ولا يمكن السحب إلا بموافقة من
وظف لفائدة رهن أو ترخيص عند الاقتضاء. وإذا كان السحب بعد نشر المطلب

بالنشرية الرسمية للهيكل يسجل السحب وجوون بالسجل توسعي تبريراته
وتحتاج البراءة في نهاية الأمر بمقرر من الممثل القانوني للهيكل المكلف بالملكيه
الصناعية وذلك بعد إدراج المطلب بدفتر السجل الوطني للبراءات بدأية ونشره بالنشرية
الرسمية ثمانية عشر شهرا من تاريخ الإيداع وفي غياب أية منازعة في ظرف شهرين من
تاريخ إشهار إيداع المطلب. وترسم نهاية البراءة بالسجل الوطني ويكون لها مفعول
بدأية من تاريخ تقديم أو إيداع المطلب. وتحتاج البراءة تحت مسؤولية الطالب دون
ضمان من الدولة سواء بخصوص حقيقة الاختراع أو جدته أو مزاياه أو صحة الوصف.
وتتدام العمادية على أساس هذا القرار مدة 20 سنة. ويفترض أن ترسم بهذا الدفتر جميع
العمليات القانونية التي لها علاقة بالبراءة بما في حالة وعقلة ورها. ولا يمكن معارضه
قد بأية عملية إلا بموجب ترسيمها بهذا السجل.

(١) الفصل ٢٤ من القانون.

(2) وذلك خلال أيام 18 شهر ابريل تاريخ الاعدام (الفصل 31 من القانون).

وتنصرف عناصر الجدة إلى علم توفر المتعاج بيد العموم قبل تاريخ إيداع مطلب الإيداع أو طلب الأولوية أو عدم سبق تقديم مطلب أو أولوية في شأنه وهو ما يعرقل بقائمه براءة الاختراع بحالة التقنية حيث يعذر الاختراع جديداً ما لم تشمله هذه الحالة،⁷ ويعتبر الاختراع متضمناً لنشاط ابتكاري إذا لم يكن بديهياً بالنسبة إلى أي شخص من أهل المهنة، كما يعبر الاختراع قابلاً للتطبيق الصناعي إذا كان موضوعه قابلاً للتصنيع أو الاستعمال في أي مجال صناعي أو فلاحي.

ويستحق براءة الاختراع المخترع بهكذا تعريف أو من أتى به لحق منه. وبمعنى
المودع صاحب الحق في البراءة عند القيام بالإجراءات لدى الهيكل المكلف بالملكية
الصناعية. ويكون الحق في البراءة لم تولى أولاً إيداع المطلب على فرض أنه سبق
توصيل عدة أشخاص بصفة منفردة لنفس الاختراع. وإذا اشتراك عدة أشخاص في
اختراع فإن الحق في البراءة يكون مشتركاً بينهم جميعاً. وإذا تم طلب البراءة لاختراع
وقد احتلاسه من صاحبه أو ممن أنجز له حق منه أو تم ذلك بناء على خرق للالتزام
قانوني أو تعاقدي فإنه يتحول للمضرر المطالبة بملكية المطلب أو البراءة الممنوعة
أمام المحكمة المختصة⁽¹⁾. وإذا حصل الاختراع خلال تنفيذ عقد شغل يكون المؤجر
صاحب الحق مع تمكين العامل من متاحة عادلة إلا إذا لم يكن الاختراع ضمن عمل
الأجير فيجوز حينئذ للأجير أن يطلب الحق لفائدة ومتى معه عند الانتفاء من الأجراء
معه باغة حملة من الشكلات في ضرورة اعلام المؤجر في الآجال⁽²⁾.

+ وعلى ذلك الأساس لا بد من تقديم المطلب إلى الهيكل المختص وإخضاعه للتحقيق لمنع البراءة. ويجوز أن يقدم المطلب من قبل المخترع أو من انجر له حق منه أو من الوكيل إذا كان مقيناً خارج البلاد التونسية. ويشترط أن يتضمن المطلب جملة من البيانات الضرورية وخاصة منها وصف الاختراع وبيان عناصر الجلة والابتكار، والتسطة، الصناعي، الميكانيكي، له⁽³⁾.

ويجب على المودع إن كانت رغبته في الانتفاع بحق الأولوية على أساس سبق الإبداع الاختراع ببلد أجنبي على شرط أن يكون هذا البلد عضواً في اتحاد باريس أو بالمنظمة العالمية للتجارة أن يقدم نصريحاً كالتالي يبين به تاريخ الإبداع والبلد الذي تم فيه على أن يلتزم المودع في ظرف ثلاثة أشهر بدأية من تاريخ الإبداع بتونس بتقديم نسخة من

(١) يسقط حق القنطرة بالدعوى المشار لها بالفقرة الأولى بعد مرور ثلاثة سنوات من تاريخ نشر الإعلان يمنع البراءة غير أنه إذا أمكن إثبات سوء نية صاحب البراءة عند منتهاها أو عند اكتشافها فإن الأجل المقط للنيل بالدعوى يكون بثلاث سنوات بدأة من تاريخ انتقامه بأجل البراءة المبين وهوعشرون سنة بدأة من تاريخ إيداع المطلب (الفصل ٨ من القانون).

(2) الحصول 9 إلى 18 من القانون.

(3) حددت الفصول 20 إلى 28 من القانون شكليات المطلب وإجراءات وأجاله وبياناته.

ولذلك قال البعض بأنّ هذا الحق غير دائم⁽¹⁾، على خلاف البعض الآخر الذي يرى أنه حق دائم إذ يكفي الاستجابة إلى طلب التجديد حتى يبقى الحق إلى ما لا نهاية⁽²⁾. ويقدم مطلب التسجيل إلى الهيكل المختص بالملكية الصناعية سواء من قبل المالك أو وكيله والمقيم بالبلاد التونسية وغير المقيم بشرط أن تكون بلاده مضادة على اتفاقيات الملكية الصناعية ويجب أن يراعي المطلب جملة من الشكليات. وبخضوع هذا المطلب لمراقبة الهيكل من حيث الشكل والأصل، شكلاً يتبت من صحة الإجراءات.

أصلاً يتبت من أن الشارة المقدمة يمكن أن تكون علامة على معنى قانون العلامات.

+ ويدرك أنّ علامات الصنع أو التجارة أو الخدمات المعبر عنها بالعلامات هي شارات *signes* ظاهرة مميزة للمتاج أو الخدمة والتي يمكن أن تكون إما من تسميات مثل الكلمات أو شارات تصويرية مثل التقوش والرسوم والأشكال أو شارات صوتية مثل الأنغام والجمل الموسيقية. ويجب أن تكون هذه الشارة مميزة للعلامة وتقدر هذه الميزة بحسب طبيعة المنتجات والخدمات، وقد رأت محكمة التعقب أنّ الألوان المجردة ليس فيها ميزة جديرة بالحماية⁽³⁾.

ولكنّ بعض التطبيقات لا يمكن أن تكتسب هذه الصفة المميزة مثل التسميات والشارات المتداولة والبيانات الخاصة بالتعريف بالمتاج أو الخدمة والعلامات التي تفرضها طبيعة الخدمة أو المتاج. وبعض الأشياء يمنع أصلاً أن تكون شارة مميزة مثل البيانات الخاصة بالسلطة العامة إجمالاً إلا بتخصيص منها والعلامات المخالفة للنظام العام والأخلاق الحميدة والتي يمكن أن تغاظل المستهلك أو توقع خلطها في أذهان العموم أو تعتدي على علامة سابقة مسجلة أو مشهورة أو متداولة بالبلاد التونسية أو التابعة لحق التأليف أو الرسوم والناوچة المملوکة من الغير. وبصفة عامة الاسم واللقب لعامة الناس وتسميات الجماعات المحلية وأسماء الشركات والاسم التجاري. فمثل هذه الحقوق محمية بدون ترسيم أو تسجيل⁽⁴⁾.

(1) عامر محمودي الكسواني : الملكية الفكرية، ص 104 وما بعدها.

(2) حمادي عباس: حماية العلامة التجارية في إطار القانون عدد 36 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أبريل 2001، القضاء والتشريع، جانفي 2008، ص 63 وما بعد.

(3) القرار التقني عدد 6255 المؤرخ في 29 مارس 2005، نشرة محكمة التعقب 2005، 229 وما بعد. يستخلص من أحكام الفصل الثاني من القانون 12 أبريل 2001 أنّ ما يمكن اعتباره علامة وبالتالي يكون جديراً بالحماية هو الرمز الذي له عناصر تسمح بتمييزه عن بقية الرموز الأخرى وأنه لا مجال للتمسك بطلب الحماية للألوان طالما أن القانون المذكور لا يتيح حماية خاصة للألوان وإنما يحمي ترتيب الألوان ومتراجها وتفریق درجاتها علامة على وجوب ذكر هذا الترتيب أو المزج أو التفرق بين درجات الألوان صلب العلامة المودعة.¹

(4) الفصل 5 من قانون العلامات، الفصل 8 من اتفاقية باريس.

وتحلّ إجراءات منح البراءة إذا قدم الغير خلال أجل الشهرين عريضة تفيد نشر قضية في المنازعات في قابلية الحصول على البراءة على أساس المطلب المقدم لمخالفته الشروط الأصلية للبراءة، أو في ملكية الموضوع، فهي منازعة في الشروط الأصلية وفي استحقاق الموضوع وتهدف بالأساس إلى إدعاء ملكية الموضوع. وهو ما يعرف بالاعتراض على طلب الحصول على البراءة. وتستأنف إجراءات المنع بعد صدور حكم يتصل بقوة القضاء.

كما أنه من الممكن الطعن في المقررات الصادرة عن الهيكل رفضاً أو قبولاً من الطالب في أجل شهر من تاريخ الإعلام وكذلك من الغير سواء كان غير مالك للبراءة أو غير مقدم للمطلب⁽¹⁾.

ومن الممكن كذلك أن يقع التخلّي عن البراءة قبل نهاية فترة الحماية ويشملها البطلان وسقوط الحق في عدة حالات. حيث يقع التخلّي بطلب من المعني وموافقة الهيكل المختص وكذلك موافقة الراهن والمرخص له في استغلال البراءة إذا سبق توظيف رهن أو إسناد ترخيص. ويصرّح بالبطلان قضائياً إذا لم تتوفر في البراءة الشروط الأصلية. ويجوز لكلّ شخص طلب البطلان بما في ذلك النيابة العمومية. ويكون لهذا الحكم القضائي أثره المطلق إزاء الكافة ويرسم نهاية بسجل البراءات. ويسقط حق البراءة إذا لم يقع دفع الأتاوات حيث من المفترض أن تستغلّ البراءة في أجل 3 سنوات من تاريخ منح البراءة أو 4 سنوات من تاريخ تقديم المطلب وتدفع الأتاوات الضرورية كلّ سنة حتى يبقى العمل بالبراءة أو بمطلب البراءة. وينتفع صاحب البراءة ستة أشهر إضافية للدفع مقابل خلاص أتاوة التأخير. وإذا تجاوز المستف用力 الأجل سقط الحق ولا يمكن طلب إرجاعه إلا إذا ثبتت المنع عدراً شرعاً. ويتحذّر قرار السقوط من قبل الهيكل المختص⁽²⁾.

وعلى ذلك الأساس فإنه لا بدّ من المراقبة الأولية في جريمة التقليل لتطور إيداع المطلب وإسناد البراءة وخلوها من البطلان والسقوط وعدم توفر ما يفيد التخلّي عنها من المنع.

- وأورد الفصل 6 من القانون عدد 36 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أبريل 2001 المتعلق بحماية علامات الصنع والتجارة والخدمات على أن ملكية العلامة تكتسب بالتسجيل. ويحدث التسجيل أثره من تاريخ إيداع المطلب ويقضى هذه الأثر مدة 10 سنوات قابلة للتجديد بدون تحديد على شرط أن يقدم المعني تصريحاً كتابياً في ذلك خلال ستة أشهر الأخيرة لصلاحية التسجيل.

(1) الفصل 39 إلى 45 من القانون.

(2) الفصل 54 إلى 61 من القانون.

قانون 17 آفريل 2001 هو نببي وليس مطلقاً ويكتفي إثبات إيداع علامة بتاريخ سابق لتاريخ الإيداع والتسجيل للإلغاء الترسيم⁽¹⁾.

ويذكر أن الأجنبي يتبع بالأحكام الداخلية للعلامات بشرط أن يثبت سبق الإيداع بيده⁽²⁾ وله في ذلك أولوية أقرها القانون الدولي منذ اتفاقية باريس إذا تنازع مع الغير بشرط المعاملة بالمثل. حيث يشمل حق الأولوية كل علامة تم إيداعها في بلد أجنبى⁽³⁾. وتقتضي المطالبة بحق الأولوية المرتبط بإيداع أجنبي سابق توجيه نسخة من الإيداع السابق مشهود بمطابقتها للأصل من قبل الهيكل المكلف بالملكية الصناعية الذي تم فيه الإيداع وعند الاقضاء ما يبرر حق المطالبة بالأولوية إلى الهيكل المكلف بالملكية الصناعية بتونس خلال ثلاثة أشهر التي تلي تاريخ الإيداع بالبلاد التونسية. وإذا لم يتوفّر هذا الشرط فإن المطالبة بحق الأولوية تعتبر لاغية إلا في حالة عدم شرعى⁽⁴⁾.

ويذكر نهاية أن المالك بإمكانه سحب الإيداع أو التخلّي عن التسجيل شرط عدم الإضرار بالغير من ذوي الحقوق المرسمة مثل الرهن أو إحالة كامل الحق إلى الغير أو إحالة الاستغلال بصفة استئنافية أو غير استئنافية.

(1) قرار غير منشور.

(2) الفصل 17 من قانون العلامات: «مع مراعاة متضيّقات الاتفاقيات الدوليّة المصادق عليها من قبل الجمهوريّة التونسيّة يتبع الأجنبي غير المتّصّب أو غير المقيم بالبلاد التونسيّة بأحكام هذا القانون شريطة الإلاّء بما يفيد أنّ قام بإيداع العلامة بصفة تافهة أو أنه قام بتسجيلها بيد إقامته أو انتسابه وأنّ هذا البلد يعرّف بمبدأ المعاملة بالمثل في حماية العلامات التونسيّة».

(3) الفصل 18 من قانون العلامات: «يشمل حق الأولوية المشار إليه بالاتفاقيات الدوليّة المصادق عليها من قبل الجمهوريّة التونسيّة كل علامة تم إيداعها في بلد أجنبى. مع مراعاة متضيّقات الاتفاقيات الدوليّة المصادق عليها من قبل الجمهوريّة التونسيّة فإنّ حق الأولوية يخضع لوجوب اعتراف هذا البلد بنفس الحق عند إيداع العلامات التونسيّة».

(4) كما أن الإيداع الدولي إذا ما توفرت شروطه على معنى اتفاق مدرید المتعلق بالتسجيل الدولي لعلامات الصناعة المصادر علىها بتاريخ 4 جانفي 1967 من شأنه تسجيل العلامة بالسجل الوطني لبلد الحرمة بعد إحالة المطلب عليه ويقى هذا المطلب خاضعاً للراسمة السلطة الوطنية.

القرار التعقيبي عدد 10496 الصادر بتاريخ 15 جانفي 2002، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2002، ص. 269. وما بعد اطالما أن المعقب ضدها قد اختارت الجمهوريّة التونسيّة كيدل لحماية علامة التسجيل فإن هذا الاختيار يمنع تلك العلامة حماية بالبلاد التونسيّة كما لو وقع إيداعها فيها مباشرة طبقاً لقانونها الوطني عملاً بالفصل الرابع من اتفاقية اتحاد مدرید بشأن التسجيل الدولي للعلامات المصادر عليها من طرف البلاد التونسيّة.

وبعد التثبت من طبيعة الشارة يمنع الطالب أجل شهر لرفع النقائص إن وجدت ويتحذّل القرار بعد ذلك إما بالرفض مع تعليّل القرار أو قبول الإيداع. وينشر الإيداع بعد قبوله بالشريعة الرسمية للهيكل في أجل لا يتجاوز 12 شهراً من تاريخ الإيداع يمكن خلالها للطالب تصويب بعض الأخطاء المادية دون تحويل المطلب.

ويجوز الاعتراض على مطلب التسجيل من قبل صاحب علامة مسجلة أو متّبع بحق الأولوية أو المالك علامة مشهورة والمُتّبع بحق استئنافي ويجب أن يكون ذلك أمام الهيكل المشرف في أجل شهرين بدأة من تاريخ نشر مطلب التسجيل وإلا رفضه وإذا صاغ الاعتراض شكلاً يحازل الهيكل التوفيق بين الطرفين.

والقرار الذي يتخذه الهيكل المشرف بالرفض أو التسجيل قابل للطعن أمام المحكمة المختصة من قبل الطالب أو من قبل الغير بشرط إدخال من له الصفة بواسطة عدل تفدي في أجل شهر من تاريخ الإعلام بالمقرر، ويحرر في ذلك عريضة تتضمن البيانات الضرورية وتسلم نسخة منها إلى الهيكل المشرف⁽¹⁾.

وقد طرحت مسألة المحكمة المختصة عدة إشكالات أمام المحاكم فمنهم من ذهب إلى اختصاص المحكمة الابتدائية ومنهم من قال باختصاص المحكمة الإدارية، وبالحال أن الأمر محسوم قانوناً لصالح محاكم الحق العام ولو أن مجلس التنازع ذهب إلى رأي مخالف، كما تقدّم.

وتسجل العلامة بعد ذلك بالسجل الوطني للعلامات ويسلّم المعنى بالأمر شهادة في تسجيل العلامة وينشر التسجيل بالشريعة الرسمية في أجل لا يتجاوز 12 شهراً من تاريخ التسجيل، وانطلاقاً من ذلك فإنه يجب ترسيم جميع العمليات بالسجل رهنها وإحالة ويعا واستغلالاً وغير ذلك ولا يعارض الغير إلا بموجب هذا الترسيم. ويمكن للغير أن يطلع على بيانات السجل أو أن يتحقق على شهادة في ذلك⁽²⁾.

على أن كل من يدعى الضرر من التسجيل أو ملكيته للعلامة أن ينالعه قضائياً أمام المحكمة الابتدائية في أجل لا يتجاوز 3 سنوات بدأة من تاريخ نشر التسجيل إلا إذا كان الموضع بسوء نية والمحجة على المدعى.

ولذلك فإن الترسيمات بالسجل ليس لها معنى بل مجرد مفعول تسيي أو مفعول كاشف بمعنى أنه يصبح التشطيب على مضمونها إذاً ما صحت نتيجة التقاضي في مواجهتها، وقد أقرت محكمة التعقيب هذا التوجه في أكثر من مناسبة وجاء بالقرار عدد 12474 الصادر بتاريخ 17 مارس 2005 «أن الطابع المنشئ للحق الذي أضحى عليه

(1) الفصول 37 إلى 43 من القانون.

(2) قرار تعقيبي عدد 2983 بتاريخ 25 أكتوبر 2004، نشرية محكمة التعقيب عدد 2004، من 289 وما بعد. في الإحالة.

ونص الفصل 7 من القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فبراير 2001

خمس سنوات من تاريخ نشر التسجيل إذا لم تر العناصر الموضوقة المفروضة أو طلب استحقاق ملكيتها من صاحبها المحتل في أجل لا يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ نشر تسجيلها أو من طلب إستغاثتها إذا لم تستعمل مدة خمس سنوات من تاريخ نشر التسجيل.

ويحصل من أحکام القانون عدد 36 لسنة 2001 المتعلق بحماية علامات الصنع والتجارة والخدمات أنه يجب التمييز بعناية بين دعوى الاعتراض ودعوى البطلان ودعوى المطالبة بملكية العلامة ودعوى السقوط ودعوى التقليد إضافة إلى دعوى الطعن في قرارات الهيكل المكلف بالملكية الصناعية. فمقتضى دعوى الاعتراض أن تقوم المصلحة لمالك العلامة المسجلة سابقاً أو مالك العلامة المشهورة أو المستفيض يحق استثماري في مناقشة مطلب تسجيل علامة لم يصدر القرار بعد بتسجيلها وذلك خلال الشهرين المواليين لتاريخ نشر تسجيل العلامة بالنشرية الرسمية للهيكل وقد أورد المشرع نظام الاعتراض بالفصلين 11 و 12. وواجب دعوى المطالبة بملكية العلامة أن يصدر القرار بتسجيلها ويدعى الغير مشاركته في صياغة العلامة ثانية أو اتفاقاً، وتزفع هذه الدعوى في أجل 3 سنوات بداية من تاريخ نشر التسجيل إلا إذا كان المدعي على سوء نية على معنى الفصل 15. ولازم دعوى البطلان أن يسبق صدور قرار تسجيل دون أن تراعي الشروط الموضوعية في العلامة أي عناصر العلامة وتقام هذه الدعوى في أجل 5 سنوات بداية من تاريخ التسجيل ما لم يكن طلب التسجيل قد قدم عن سوء نية وقد أورد المشرع نظام هذه الدعوى بالفصلين 32 و 33 . أما دعوى السقوط فيمكن رفعها إذا ثبت عدم استعمال العلامة مدة 5 سنوات من تاريخ تسجيلها على معنى الفصول 34 و 35 و 36 . وتنقى دعوى التقليد مرتبطة باستعمال ونسخ ووضع وتعديل وتصغير وصنع العلامة بدون إذن أصحابها وتزفع في أجل 3 سنوات من تاريخ الفعل على معنى الفصول 44 وما بعده. أما الدعوى التي توجه ضد قرارات الهيكل فهي جملة الطعون الموجهة على القرارات الإدارية التي تتخذه إدارة الهيكل المشرف على الملكية الصناعية.

ويوضح للملك وكذا كل صاحب حق استثماري أن بسجل اعتراضه فيسي الهيكل إلى إجراء الصلح بين الطرفين فإن فشل توقف إجراءات التسجيل ويرشد الأطراف إلى رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة على معنى الفصل 12 . ويجوز للشخص الذي يدعي ملكية العلامة أن يرفع دعوى المطالبة بملكية العلامة على معنى الفصل 15 . ويمكن لمستشار النيابة العمومية القيام مباشرة بطلب بطلان تسجيل علامة في الحالات المنصوص عليها بالالفصل 2 و 3 و 4 من هذا القانون. ويمكن كذلك لصاحب حق سابق في العلامات المنصوص عليها بالالفصل 2 و 3 و 4 من هذا القانون. غير أنه لا تقبل دعوة إذا كانت العلامة قد تم إيداعها عن حسن نية وسمح باستعمالها لمدة خمس سنوات على معنى الفصل 33 . ويجوز طلب سقوط العلامة من قبل كل شخص يهمه الأمر على معنى الفصل 35 . ويوضح لمالك العلامة بالدعوى العدلية في التقليد. ويمكن كذلك القيام بها من قبل صاحب مطلب التسجيل إذا بلغ المدعي نسخة من مطلب التسجيل إلى المقلد المزعوم. غير أنه إذا لم يتضمن عقد الترخيص شرطاً مخالفاً فإنه يمكن للمفتضي يحق استثماري في استغلال علامة القيام بدعوى التقليد إذا لم يتم صاحب العلامة بهذه الدعوى رغم إنذاره. ويمكن قبول تداخل كل طرف في عقد ترخيص في دعوى التقليد التي يقوم بها طرف آخر وكذلك للمطالبة بتعويض الضرر المحاصل له . ولا تقبل كل دعوى في تقليد علامة لاجهة مسجلة والتي سمح باستعمالها مدة خمس سنوات وذلك ما لم يقع إيداعها عن سوء نية غير أن عدم قبول الدعوى ينحصر في المنتجات والخدمات التي يسمح باستعمال العلامة في شأنها . وعلى ذلك يصح للملك وصاحب حق استثماري ترخيص في استغلال العلامة أن يرفع دعوى التقليد وهي دعوى تعويض في نهاية الأمر في مستوى المدى.

والواضح أن دعوى الاعتراض التي يقوم بها الملك أو المستغل تهدف إلى منع الهيكل من الاستجابة

كما أنه من الممكن طلب بطلان التسجيل لسبب يتصل بالأصل من قبل الغير أو النيابة العمومية أو صاحب حق سابق في العلامة أو صاحب مالك لعلامة مشهورة⁽¹⁾ وفي الأجل⁽²⁾.

وتسقط حقوق صاحب التسجيل كذلك إذا لم يستعملها بصفة جدية خلال مدة خمس سنوات بداية من تسجيلها وحجة الاستعمال على المالك أو إذا أصبح استعمالها مجلبة لضرر الغير أو فقدت العلامة الشارة المميزة. ويمكن رفع الدعوى من قبل كل شخص لهمصلحة⁽³⁾⁻⁽⁴⁾.

(1) يراجع في شأن العلامة المشهورة. القرار التعديي عدد 1514 المؤرخ في 9 جوان 2004، نشرة محكمة العدالة لسنة 2004، ص. 295 وما بعده. إن المعيار الأساسي للقول بتقليد علامة ما هو شهرة العلامة المقلدة... وقد أقرت المحكمة في هذا القرار أن تقدير شهرة العلامة أمر موضوعي وأنها تأخذ حكم الاسم التجاري الذي لا يحتاج إلى تسجيل أو إيداع. وقد دلت وقائع القضية على تقليد الاسم BURBERRYS وذلك بغير حرفة L بحرف E.

كما أورد نظام العلامة المشهورة بالفصل 6 مكرر من اتفاقية باريس^{*} -1- تعهد دول الاتحاد بأن ترفض التسجيل أو تحلله، سواء من تلقاء نفسها إذا كان تشيرها بصحيف بذلك، أو بناء على طلب صاحب الشأن، بالنسبة للعلامة التجارية والصناعية المزورة أو المقلدة أو المترفة والتي من شأنها أن تردد ليس العلامة ترى السلطة المختصة في بلد التسجيل أن لها شهرة خاصة في تبييض منتجات شخص له حق المنتج بالحقوق الواردة بأحكام الاتفاقية وخصوصاً لمنتجات مماثلة أو مشابهة، وسي Rossi هذا التعهد في حالة ما إذا كان الترويج أو التقليد ينصب على الجزء الجوهري من العلامة وكان من شأنه أن يحدث لبساً.

(2) يجب أن تزفع الدعوى من قبل صاحب حق سابق أو علامة مشهورة في أجل 5 سنوات من تاريخ التسجيل ما لم يكن التسجيل سوء نية. الفصل 33 من القانون.

(3) الفصل 26 إلى 36 من القانون.

(4) إن محمل الإجراءات في طلب تسجيل العلامة الصناعية أو التجارية على معنى القانون عدد 36 لسنة 2001 أن يقدم الطالب بطلب تسجيل إلى الهيكل المكلف بالنشرية الرسمية للهيكل حيث ينشر كل جملة الوثائق المطلوبة وبعد دراسة أولية يتم إشهار المطلب بالنشرية الرسمية للهيكل حيث ينشر كل إيداع تم قيوله بصفة قانونية بالنشرية الرسمية للهيكل المكلف بالملكية الصناعية وذلك في أجل لا يتجاوز أثنتي عشر شهراً من تاريخ الإيداع. ويحق لكل طرف له مصلحة أن ي trespass على المطلب أمام إدارة الهيكل في أجل لا يتجاوز الشهرين من تاريخ إشهار المطلب، وعندئذ تحاول الإدارة المصالحة بين الأطراف وإن فشلت المساعي الصلعجية توقف إجراءات التسجيل وتحيل الأطراف على المحكمة المختصة لتقديم دعوى أصلية في الغرض. فإن رفعت الدعوى في الأجل يجب انتظار مآلها وإن لم تقدم تقرير الإدارة تسجيل العلامة بصفة نهاية وذلك ما لم يقع رفض مطلب التسجيل أو سحبه وتسلم للمدعي شهادة في تسجيل العلامة مقابل دفع آثاره. وينشر التسجيل بالنشرية الرسمية للهيكل المكلف بالملكية الصناعية في أجل لا يتجاوز أثنتي عشر شهراً من تاريخ التسجيل. وينكتب ملكية العلامة بالتسجيل. وترتدي آثار التسجيل بداية من تاريخ إيداع المطلب وذلك لمدة عشر سنوات قابلة للتتجديد بدون تحديد. ويوضح للملك حيثياته أن يمنع الغير من استعمال العلامة أو تسخنها أو تقليدتها أو تغييرها بواسطة دعوى التقليد. وكل من اتسع إلى حق مسجل بعد ذلك لا يمكن أن يعارض به الغير إلا بموجب ترميم ما له من كاتب بالدفتر المعد لذلك. ولا يمنع تسجيل العلامة من طلب بطلانها من التغير في أجل

مظهرا خاصا به⁽¹⁾، ولكن الجده لا يعني إلا سر سريء من سر شرط الابتكار في الملكية الأدبية والفنية، وبين الجدة والانفراد ففارق تردد إلى الجانب الموضوعي في الجدة والملمسة الشخصية في العمل الأدبي. ولا تبني الجدة استعمال الموجود أو حتى حقوق سقطت بالملك العام⁽²⁾ أو التعويل على مكونات سابقة لإنشاء متبع جديد. فهو جديد بمعنى أن يتميز بما هو قديم، ولكن الجدة لا تعني عدم الكشف عن المتبع قبل إيداعه، حيث إنـه... لا يتيح عن إشهار الرسم أو النموذج الصناعي بالبيع أو باى طريقة أخرى قبل إيداعه سقوط حق الملكية ولا الحماية التي يمنحها هذا القانون⁽³⁾، خلافا للبراءة⁽⁴⁾. ولكنها تعنى أن لا يكون للغير سبق في استعمال نفس الرسم أو النموذج وطنيا أو دوليا⁽⁵⁾.

وقد تكون للرسم أو النموذج اعتبارات جمالية أو فنية، ولا يرتبط العمل بقانون الرسم والنماذج إلا إذا كان يتأسس على عنصر الجمالية غير الضرورية للمتتبع، فهي ليست جمالية حتمية للمتتبع وإنما جمالية مجانية، وذلك ما يميز الرسم والنماذج عن الابتكار في البراءة، فإذا كان الرسم والنماذج متصلين بالناحية الجمالية المجانية فإن الابتكار في البراءة متصل بالناحية الفنية التطبيقية أي التي لها وظيفة صناعية ضرورية⁽⁶⁾، الابتكار في البراءة متصل بالناحية الفنية التطبيقية أي التي لها وظيفة صناعية ضرورية⁽⁶⁾، كما في صورة أن يتمكن الشخص نموذج حقيقة تقلب إلى فراش بمجرد طرحها أرضا. فإذا اعتبر المتبع اختراعا على معنى قانون براءة الاختراع انطبق هذا الأخير ويقصى تطبيق قانون الرسوم والنماذج⁽⁷⁾. كما أنه من الممكن التمتع بالحقوق التي يضمنها التشريع المتعلق بالملكية الأدبية والفنية⁽⁸⁾. على أن القاعدة الأصولية في قانون الملكية الفكرية وتطبيقا لنظرية وحدة الفن la théorie de l'unité de l'art

(1) الفصل 2 فقرة أولى من قانون الرسوم والنماذج. « تطبق أحكام هذا القانون على كل رسم جديد وكل نمط تشكيلي جديد وكل متبع صناعي يتميز بما شابهه إما من حيث شكله العام الذي يميزه ويعزف به ويصنفي عليه طابع الجدة إما من حيث الآثر أو الآثار الخارجية التي تكمل مظهرا خاصا وجديدا».

(2) محكمة الاستئناف عدد 1046 صادر بتاريخ 1995/10/5، غير مشور، نشار إليه بمقالة ناطمة عواشرية وملاتي، المرجع السابق، ص. 30.

(3) الفصل 12 من قانون الرسوم والنماذج.

(4) الفصل 4 من قانون البراءة.

(5) عدة قرارات غير مشورة مشار إليها بمقالة فاطمة عواشرية وسلامي تبين تعريفات قوه القضاء لمعنى الجدة ، المرجع السابق، ص. 31.

(6) « Le droit sur les dessins cherche à récompenser l'esthétisme gratuit, celui des brevets la technique utile », Cohen : *Le nouveau droit des dessins et modèles*, 2002, p. 23.

(7) الفصل 2 القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 5 فيفري 2001 المتعلق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية.

(8) لنص 4 من القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001 المتعلق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية.

المتعلق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية على أنه « لا تتمتع الرسوم والنماذج الصناعية بالحماية القانونية إلا إذا تم إيداعها وفي أحكام هذا القانون ». ويتمثل أول من أودع الرسم بالحماية ما لم يتم الدليل خلافا لذلك، فمن بادر أولا إلى طلب الإيداع يفترض أنه المبتكر. وعلى ذلك فإن الإيداع ليس له قوة ثبوتية مطلقة بل هي قوة تسلبية. + ويقدم الطلب إجرائيا إلى الهيكل المشرف على الملكية الصناعية من قبل أي متفع تونسي كان أو أجنبى توفر به الشروط ومن هو مقيد خارج البلاد بوكل من ينويه توكيلا خاصا في ذلك.

ويثبتت الهيكل المشرف بداية من احترام الإجراءات وعدم مساس المطلب بالأخلاق الحميدة والنظام العام، ويمكن أن يطلب من المودع رفع الخلل في أجل ثلاثة أشهر بيد إعلامه ويرفض المطلب إذا لم يرفع الخلل إلا في حالة القرفة القاهرة. ويتم قبول المطالب المطابقة للإجراءات. كما أنه يبقى الحق للطالب سواء تأجيل نشر الرسم أو النموذج لمدة 12 شهرا أو طلب التخلص عن الإيداع أصلا.

و يتم ترسيم كل رسم أو نموذج صناعي وقع إيداعه بصفة قانونية من قبل الهيكل المكلف بالملكية الصناعية بسجل خاص يسمى السجل الوطني للرسوم والنماذج الصناعية دون فحص مسبق لحقوق المودع ولا الجهة الشيء المودع. وتتولم منه حماية الرسم من خمس سنوات إلى خمسة عشر عاما بحسب التصريح. ولا يعارض التصريح بأى كتب يشير أو يحيل الحقوق المرتبطة برسم أو نموذج صناعي مودع إلا إذا كان هذا الكتاب موسما بالسجل الوطني. ثم يشهر التصريح بالنشرية الرسمية للهيكل المكلف بالملكية الصناعية في أجل لا يتجاوز سعة أشهر. ويمكن لأى شخص أن يطلع على السجل الوطني للرسوم والنماذج الصناعية كما يمكن له الحصول على نسخ منه.

ويمكن في النهاية الطعن في قرارات الهيكل سواء برفض الإيداع أو قبوله أمام المحكمة الابتدائية في أجل شهر من تاريخ إعلامه بالقرار كما يمكن أن يقع الطعن من شخص غير مودع، ويجب في جميع الصور إدخال جميع الأطراف بما في ذلك الهيكل المشرف.

كما أنه يتشرط في الرسم أو النموذج عنصر الجدة وعدم الضرورة أو المجانية، ولو أن المشرع لم ييرز شرط المجانية ولم يلزم الهيكل بالمرافقة المسبقة للمتبع. وبعد عنصر الجدة هو الأساس في الرسم والنماذج وهو أن يختلف المتبع عما شابهه ويشترك

لطلب التسجيل المقدم من الغير بعد الحصول على حكم قضائي بين طبيعة العلامه المراد تسجيلها، ضرورة أن الإداره تكتفى في الاعتراض بوقف إجراءات التسجيل وتحيل الأطراف على المحكمة المختصة، فلا بد حينئذ للمحكمة أن تناقش العناصر الموضوعية للعلامة وتحسم مسألة التعدي على العلامه المسجلة سابقا، ويكون هذا الحكم ستنا في رفض التسجيل العلامه اللاحقة.

- وقد تضمن القانون عدد 20 لسنة 2001 المتعلق بحماية التصميمات الشكلية للدوائر المتكاملة نفس الشروط في الإيداع والإشهار والاعتراض، فلا بد بالتالي في التقليد أن تثبت المحكمة أولاً من سبق الإيداع وبقاء الحق دون زوال حتى يصبح الحديث عمما اقترفه المخالف من أفعال مادية.

ويقصد بعبارة « دائرة متكاملة » كل منتج يختص في صيغته الانتقالية أو في شكله النهائي لإنجاز وظيفة إلكترونية، ويشمل عدة عناصر يكون أحدها على الأقل عصراً نشطاً، وتكون كل وصلاته أو البعض منها جزءاً لا يتجزأ من صلب قطعة المادة أو من سطحها.

ويقصد بعبارة « التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة » أو « الطبوغرافيا » كل ترتيب ثلاثي الأبعاد - مهما كانت الصيغة التي يظهر فيها - لعناصر يكون أحدها على الأقل عصراً نشطاً ولكل وصلات دائرة متكاملة أو للبعض منها أو لمثل ذلك الترتيب الثلاثي الأبعاد المعد لدائرة متكاملة بغرض التصنيع.

والخلاصة في جميع ذلك أن جريمة التقليد لا تتوفر قبل إنعام شكلية الإيداع ونشره طبق الإجراءات أو سبق إبطال القرار القاضي بالإيداع بأي طريقة كانت أو انتهت فترة الحماية. سقطوا أو تخلياً، فتلك شروط شكلية توجّهاً الملكية الصناعية لقيام جريمة التقليد⁽¹⁾. ولكنها كثيرة ما كانت محل جدل يحكم غموض الطبيعة القانونية للشكليات وغياب أي تحديد لطبيعة الأجال في بعض الصور والحالات⁽²⁾.

- شرط العمل العادي الوعي: ككل جريمة لا بد من توفر ركن مادي وركن معنوي في جريمة التقليد.

+ الركن العادي: إذا قامت شكلية الإيداع صحيحة وسلم المستفيد الوثائق المثبتة في ذلك قامت حماية الحق صحيحة ويصبح الاعتداء على هذا الحق جريمة تقليد على معنى قانون الملكية الصناعية.

- فعلى مستوى القانون عدد 84 لسنة 2000 المؤرخ في 24 أوت 2000 المتعلق ببراءات الاختراع « تمنع البراءة حقاً استنارياً في استغلالها الصاحبها أو لمن انجر له حق منه⁽³⁾ ». وعلى ذلك الأساس فللمتعنى حق إحالة الحقوق المرتبطة بالبراءة أو رهنها أو الترخيص تعاقدياً للغير في استعمالها⁽⁴⁾.

(1) قرار تعقيبي عدد 1938 المؤرخ في 28 سبتمبر 2004، نشرية محكمة التعقيب، 2004، ص 281 وما بعد، إن، حق حماية الملاعة المسجلة يتداعى من تاريخ إيداع المطلب وليس من تاريخ الإشهار.

(2) قرار تعقيبي عدد 1938 المؤرخ في 28 سبتمبر 2004، نشرية محكمة التعقيب، 2004، ص 281 وما بعد.

(3) الفصل 46 من القانون.

(4) الفصول 63 إلى 68 من القانون.

لا يمكن حمايته إلا بقانون واحد من قوانين الملكية الفكرية ولا يمكن أن يكون في نفس الوقت محمياً بعده قوانين، فلا يمكن الجمع في الملكية الفكرية. فإذا اعتبر الرسم والنموذج ابتكاراً على معنى قانون البراءة انتبه قانون البراءة ونفس الشيء بالنسبة إلى الملكية الأدبية⁽⁵⁾، حيث إنها خلافاً للملكية الصناعية التي تهدف إلى الإثراء الموضوعي والصناعي بمحتوى أو طريقة جديدة فإن الملكية الأدبية تحمي الاعتبارات الأدبية للمؤلف بتقدير الجانب الإبداعي الشخصي.

وقد كانت مناسبة للقضاء في عدة مناسبات في أن يبرز الفرق بين التطبيقات الفنية والجمالية ومعنى أن يكون المصنف فريداً أو جديداً، ورغم كثرة الأحكام والقرارات في ذلك، إلا أنه كثيراً ما يقع الخلط بين مفاهيم الجدة والانفراد في الابتكار، ربما بسبب إمكانية أن تحمي الرسوم والنماذج بقانون الملكية الأدبية والفنية⁽⁶⁾.

ولذا تبين أن الموضع ليس صاحب الرسم أو النموذج الصناعي، ببطل الإيداع بحكم قضائي. ويتم رفع دعوى بطلان الإيداع من قبل كل شخص له مصلحة في ذلك خلال مدة حمایة الرسم أو النموذج الصناعي⁽⁷⁾. وإذا تم التصريح ببطلان الإيداع بمقتضى حكم أحرز قوة اتصال القضاء فإن الطرف الذي يهمه الأمر يمد الهيكل المكلف بالملكية الصناعية بنسخة من الحكم. ويكون للحكم القاضي ببطلان إيداع الرسم أو النموذج الصناعي أثر مطلق.

وينطبق هذا القانون على الرسوم والنماذج التابعة سواء لتوسيٰ أو مقايم أو صاحب شركة وكذلك التابعة لأجنبي يضمن قانون بلاده المعاملة بالمثل⁽⁸⁾. ونقل هذا التشريع حق الأولوية المنصوص عليه باتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية وذلك بضمانت حق الأولوية بالبلاد التونسية لكل رسم أو نموذج صناعي سبق أن تم إيداعه ببلد أجنبي عضو باتحاد باريس أو بالمنظمة العالمية للتجارة⁽⁹⁾.

(1) Fatma Aouachria oueslati : La protection des dessins et modèles industriels en droit Tunisien, RJJ, Janvier 2008, p.25.

(2) المرجع السابق، أشار إلى عدة أحكام صادرة عن محكمة الاستئناف بصفاقس والمحكمة الابتدائية بها في هذا الاتجاه.

قرار صادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس تحت عدد 1346 بتاريخ 2001-10-30، وحكم صادر عن المحكمة الابتدائية بها تحت عدد 1519 صادر بتاريخ 2002-6-4، غير منشورة.

(3) الفصل 3 من القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فبراير 2001 المتعلق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية.

(4) Farhat Toumi : Aspects de droit international privé en matière de propriété intellectuelle, RJJ, janvier 2008, p.49 et suiv.

(5) الفصل 6 من القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فبراير 2001 المتعلق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية.

استيراده أو مسكه لهذه الأغراض أو استعمال طريقة الصنع موضوع البراءة أو عرضه
الفتتح العاصل مباشرة بواسطة طريقة الصنع موضوع البراءة أو الاتجار فيه أو استعماله
أو استيراده أو مسكه لهذه الأغراض⁽¹⁾، ولا يمكن لصاحب براءة تحسين اختراع
متحصل على براءة سابقة أن يستغل اختراعه دون ترخيص من صاحب البراءة. ولا
يمكن لهذا الأخير أن يستغل براءة التحسين إلا بموافقة صاحبها⁽²⁾ أو إذن المحكمة⁽³⁾؛
وبذلك يعتبر «كل تعد على حقوق صاحب البراءة جريمة تقليد»⁽⁴⁾. ويمكن أن يتخذ
التقليد في البراءة عدة صور، سواء كان الابتكار طريقة أو متاجرا إما التقليد بالصنع بمعنى
تصنيع المنتج بدون ترخيص أو التقليد بوجه التوريد أي توريد البضاعة المقلدة أو
التقليد بالاستعمال بمعنى الاستعمال لغاية تجارية أو التقليد بالعرض أي عرض المنتج
على العامة أو التقليد بالاتجار أي البيع والشراء أو التقليد بالمسك لجميل الأغراض
باستثناء ما يتعلق بالصنع فلا يمكن تصور المisk لغاية الصنع والحال أن المنتج لم
يصنع بعد.

وعلى مستوى القانون عدد 36 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أفريل 2001 المتعلق
بحماية علامات الصنع والتجارة والخدمات، فإن تسجيل العلامة يمتحن «لصاحب حق
ملكية على هذه العلامة بالنسبة إلى المنتجات والخدمات التي يبيتها عند الإيداع»⁽⁵⁾
ويتمتد حق الملكية إلى عناصر الاستعمال والاستغلال والتصرف في العلامة بطريقة
استثمارية تمنع على الغير الحفظ من كامل الحق أو المساس بأحد عناصره. وقد وردت
كلمة الملكية صريحة في هذا القانون عوضا عن الحق الاستثماري، حيث عادة ما يقتد
هذا الحق على أنه حق استثماري وليس حق ملكية بالمفهوم العام للكلمة.
+ على أنّ المشرع يميّز بين المنتجات والخدمات المشابهة *similaire* و المماثلة
identique. فإذا كانت مماثلة فهي متحدة العناصر في جميع النشاط وإذا كانت مشابهة

وتبقى بعض الحقوق مستثنية من الحماية وهي الأعمال التي تتم في إطار خاص
والأغراض غير تجارية والأعمال التجريبية المتصلة بالاختراع موضوع البراءة وتحقيق
الأدوية بالصيدليات بصفة فورية ومنفردة بناء على وصفة طبية والأعمال المتعلقة
بالأدوية المستحضرة بهذه الطريقة وعرض المنتج المحمي بالبراءة أو الاتجار فيه أو
استعماله أو استيراده أو مسكه لهذه الأغراض بصفة قانونية بالتراب التونسي وذلك بعد
عرض هذا المنتج بصفة قانونية بسوق أي بلد كان من قبل صاحب البراءة أو بموافقتة
الصريحة والأعمال الضرورية لتحسين الأدوية الجنسية غير أنه لا يمكن استعمال
المنتج المتأتي من هذه الأنشطة لأغراض تجارية إلا بعد انتهاء مدة حماية البراءة
 واستعمال الأشياء على متن المركبات الجوية أو السفن البحرية الأجنبية التي
تدخل بصفة مؤقتة أو غرضية في المجال الجوي أو على التراب التونسي أو بالسيارة
الإقليمية التونسية⁽⁶⁾. فجميع هذه الأعمال يجوز القيام بها حتى بعد منح البراءة وذلك
مراعاة لجملة من الأغراض المشروعة مثل الأغراض الطبية أو الفلاحية أو الشخصية
غير التجارية.

كما أن بعض الاستعمالات تبقى مستثنية إما للمصلحة العامة⁽⁷⁾ وحتى للمصلحة
الخاصة في بعض الحالات الاستثنائية⁽⁸⁾ ويمكن للقضاء إسناد التراخيص الإجبارية في
حالة إذا لم يستغل الطالب البراءة في الأجل⁽⁹⁾، كما يمكن للوزير المكلف بالصناعة
إخضاع البراءة للتراخيص الوجوبية إذا لم يسع المنتج إلى استغلال البراءة بكيفية
تستجيب ل حاجيات الاقتصاد الوطني أو لحماية المحيط، ويصبح للقرار مفعوله بعد
نشره بالرائد الرسمي⁽¹⁰⁾.

و واستثناء تلك الحالات فإنه يمتحن على الغير بدون موافقة صاحب البراءة أو لمن
انجز له حق منه صنع المنتج موضوع البراءة أو عرضه أو الاتجار فيه أو استعماله أو

(1) الفصل 47 من القانون.

(2) الفصل 49 من القانون يمكن للوزير المكلف بالصناعة أن يقرر رغم منح البراءة وباقتراح
من السلط المعنية استيراد معدات تجهيز وقطع ثانوية وقطع غير تعلق براءة الاختراع وذلك حماية
لمصلحة العامة ولغاية غير تجارية).

(3) الفصل 48 من القانون، يمكن لكل شخص استغل الاختراع عن حسن نية بالبلاد التونسية في
تاريخ إيداع المطلب بالبلاد التونسية أو في تاريخ الأولوية المطالب بها أن يواصل هذا الاستغلال بصفة
فردية رغم وجود البراءة. ويتحقق كذلك الحق في هذا الاستغلال وينس الشروط إلى من سبق له أن
قام بتحضيرات جدية بهدف استغلال الاختراع في البلاد التونسية. ولا يمكن أن يتقل هذا الحق في
الاستغلال إلى الغير إلا مع الأصل التجاري أو مع المؤسسة أو مع الجزء من المؤسسة التي يرتبط بها
هذا الحق».

(4) الفصول 69 إلى 72 من القانون.

(5) الفصول 78 إلى 81 من القانون.

(1) الفصل 46 من القانون.
(2) الفصل 50 من القانون.

(3) الفصل 53 من القانون يمكن للمحكمة بطلب من صاحب براءة التحسين ان تمنعه ترخيصا
في استغلال البراءة الأصلية، إذا انتقضت المصلحة العامة ذلك بشرط تقديم المطلب بعد انتقض
الأجل المشار إليه بالفصل 69 من هذا القانون. ولا يمتحن هذا الترخيص إلا إذا كان ضروريا لاستغلال
الاختراع موضوع براءة التحسين وإذا مثّل بالنسبة للبراءة الأصلية تطوراً تقنياً ومصلحة اقتصادية هامة.
ولا يمكن إحالة الترخيص المنوح لصاحب براءة التحسين إلا مع هذه البراءة. ويمكن لصاحب البراءة
الأصلية أن يتخلص على ترخيص لاستغلال براءة التحسين وذلك بتقدیم عريضة للمحكمة. وتطبق
أحكام الفصول 69 و70 و75 من هذا القانون في الحالات المذكورة بهذا الفصل».

(4) الفصل 82 من القانون.

(5) الفصل 21 من القانون.

مما تلة التي تم بيانها في التسجيل، ومحذف أو تغيير علامة تم وضعها بصفة قانونية⁽¹⁾. ولم يشترط المشرع في ذلك عنصر الخلط في الذهن أي إمكانية التضليل والتغليط⁽²⁾. وفي حالة احتمال حصول خلط في أذهان العموم، وذلك هو الشرط في المنتجات والخدمات المشابهة، يحجز بدون ترخيص من المالك نسخ أو استعمال أو وضع علامة وكذلك استعمال علامة منسوبة لمنتجات أو خدمات مشابهة التي تم بيانها في التسجيل، وتقليد علامة (تاليس) واستعمال علامة مقلدة لمنتجات أو خدمات مماثلة أو مشابهة التي تم بيانها في التسجيل.⁽³⁾

ويتلخص من ذلك أنه من الممكن الاعتداء على كامل الحق فتشتمل الممارسة وذلك بالتقليد عبر النسخ *la contrefaçon par reproduction* أو التقليد عبر التاليس *la contrefaçon par imitation* الغير أو تحريفها أو التجاوز في البضااعة المقلدة.

فالتقليد عبر النسخ هو النقل الأمين كلياً أو جزئياً للعلامة الأصلية، بمعنى أن تنسخ العلامة دون اختلاف مع الأصل أو أن يدخل مجرد اختلاف بسيط جداً مثل إضافة حرف مع تطابق العلامتين أو إضافة كلمة إذا كانت العلامة مركبة بشرط أن يتسلط النسخ على العنصر المميز في العلامة⁽⁴⁾. ولا يشترط في النسخ إمكانية الخلط في الأذهان إذا كانت المنتجات والخدمات مماثلة ويشترط إذا كانت مشابهة. وقد اعتبرت محكمة التعقب أن النسخ واقع حتى ولو لم توضع العلامة المنسوبة على البضااعة⁽⁵⁾.

أما التقليد عبر التاليس فهو الاعتماد على أصل العلامة وخلق أخرى قريبة منها باستعمال آيات اللغة قبلها أو إدغاماً أو إنفاس أو إظهاراً أو آيات التصوير أو الموسيقى، وذلك بهدف تحقيق الخلط في الأذهان دون التعامل مع الأصل، وبذلك يشترط دوماً شرط إمكانية الخلط في الأذهان في التقليد بالثاليس سواء كانت الخدمات أو المنتجات مماثلة أو مشابهة⁽⁶⁾.

(1) الفصل 22 من القانون.

(2) قرار تعقيبي عدد 25237 الصادر بتاريخ 9 جوان 1965، مجلة القضاء والتشريع، عدد 9، 1969، ص. 86.

(3) الفصل 23 من القانون.

(4) قرار تعقيبي عدد 1514 الصادر بتاريخ 9 جوان 2004، سابق لذكره، وقد دلت القضية على تعریف حرف لا يعرف في العلامة BURBERRYS.

(5) قرار تعقيبي عدد 4542 الصادر بتاريخ 17 مارس 2000، غير منشور.

(6) لكن محكمة الاستئناف رأت خلافاً للملك بالقرار عدد 25237 المؤرخ في 9 جوان 1965، سابق الذكر قوله إن التاليس في العلامة الصناعية يثبت متى وفدت إعادة نفس العلامة في أعمم وأبرز عناصرها التي تتميز بها عن غيرها وذلك بصرف النظر عن إمكانية التضليل والتغليط. ولربما كانت المحكمة تقصد من خلال ذلك التقليد بالنسخ وليس التقليد بالثاليس. وقد ورد معن التقليد بالثاليس «امي نوفا» و«نوفا».

فهي تختلف شيئاً ما وإن كانت في نفس القطاع⁽¹⁾، كما أن تكون العلامة مستعملة بالتنظيف الآلي والأخرى بالتنظيف اليدوي⁽²⁾، وتلك مسألة واقعية تجدها محكمة الموضوع في إبرازها ومن الممكن أن تعتمد في ذلك العناصر الموضوعية والذاتية، فينظر موضوعياً إلى طبيعة الخدمة والمتبادر وينظر ذاتياً إلى تلقى العامة للخدمة والمتبادر⁽³⁾.

والفرق بين ذلك أن الأنشطة المماثلة لا توجب في العمل المخالف شرط إمكانية الخلط في الذهن أما المشابهة فتوجبه، والحججة على المتضرر في المشابهة في إمكانية الخلط في الذهن⁽⁴⁾، ويعتمد بالمستهلك العادي في ضبط معنى الخلط مع مراعاة خصوصية بعض القطاعات الخاصة⁽⁵⁾. والعبرة بالعلامة كما هي مسجلة في تقديم الخلط في الذهن وليس كما هي مستعملة واقعياً⁽⁶⁾. ويبقى التقدير في نهاية الأمر لقضاة الأصل بشرط التعليب⁽⁷⁾.

ولذلك فإنه يحجز على الغير بدون ترخيص من المالك نسخ أو استعمال أو وضع علامة (حتى ولو كان ذلك بإضافة كلمات مثل « تركيبة أو أسلوب أو نظام أو تقليد أو نوع أو طريقة ») وكذلك استعمال علامة منسوبة بالنسبة إلى المنتجات أو خدمات

(1) Choses similaires, choses qui peuvent être assimilées. Choses identiques, choses qui présentent une parfaite ressemblance. Dictionnaire encyclopédique illustré.

(2) قرار تعقيبي عدد 1938 المؤرخ في 28 سبتمبر 2004، نشرة محكمة التعقب، 2004، ص 281 وما بعد، وقد كان التقليد في هذه القضية كمالي DEXEN غوضاً عن DIXAN.

(3) القرار التعقيبي غير ثانية في استعمال المعيار الموضوعي أو الذاتي، ودائماً تختص وراء السلطة التقديرية لقضاء الأصل لتجاهز المحالجة القانونية التمييز بين ما هو مشابه وما هو مماثل.

(4) وقد كان هذا التمييز المعتمد في عدة شariats وكرسه فقه القضاء المقارن محل نقد، ورأى البعض أنه كان يكفي بالنسخ إذا كانت الخدمات والم المنتجات مماثلة ويؤخذ بالثاليس إذا كانت مشابهة. Albert Chavanne-Jean Jacques Burst : Droit de la propriété industrielle, 1988.

(5) حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ تحت عدد 2703 بتاريخ 11 أبريل 2000، غير منشور.

(6) القرار التعقيبي عدد 4541 الصادر بتاريخ 7 فبراير 2000، غير منشور.

(7) قرار تعقيبي عدد 65931 الصادر بتاريخ 8 / 5 / 2001 ، نشرة محكمة التعقب 2001، ص.

103 -تقدير أهمية وجه الشابه بين العلامات التجارية ومتى كان من شأنه أن يفلل جمهور المستهلكين فينتسب عليهم الأمر في شأنها من المسائل الموضوعية التي تعود إلى قضية الأصل فإن ذلك يبقى دائماً مشروطاً بأن يكون رأيهم مطلقاً صحيحاً يتماشياً مع المطلق السليم ولا يتعارض أي تفصي يفضي به إلى تشويه فحوى ما له اصل ثابت بالملف». وكان النقاش بين العلامات المسجلة «امي نوفا» و«نوفا».

+ ومع ذلك فقد أورد المشرع حكماً خاصاً بالعلامة المشهورة حيث «يتوجه عن استعمال علامة تمحظى بشهرة بالنسبة إلى منتجات أو خدمات غير مشابهة للتي تم بيانها في التسجيل تحمل صاحب هذا الاستعمال المسؤولية المدنية إذا كان ذلك من شأنه أن يلحق ضرراً بمالك العلامة أو إذا كان هذا الاستعمال يشكل استغلالاً غير مبرر لهذه العلامة.

وتطبق أحكام الفقرة الأولى من هذا الفصل على استعمال علامة مشهورة على معنى الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الجمهورية التونسية.⁽¹⁾ معنى ذلك أن استعمال العلامة المشهورة في غير الخدمات أو المنتجات المشابهة أو المماثلة يخرج

العمل عن إطار جنحة التقليد ويقع في إطار المسؤولية المدنية إذا ما ثبت الضرر، كما أن تسجيل العلامة لا يمنع الغير من استعمال نفس الشارة أو شارة مشابهة كسمية شركة أو اسم تجاري أو عنوان محل إذا كان هذا الاستعمال إما سابقاً للتسجيل أو إذا استعمل الغير لقبه عن حسن نية أو كمرجع ضروري لبيان وجهة استعمال منتج أو خدمة وخاصة باعتبارها كقطعة ثانوية أو قطعة غيار شريطة ألا يكون هناك خلط حول مصدر المنتج أو الخدمة.

غير أنه إذا كان هذا الاستعمال من شأنه أن يلحق ضرراً بحقوق صاحب التسجيل، يمكن لهذا الأخير أن يقدم بعربيدة للمحكمة المختصة للحد من هذا الاستعمال أو تجاهله.⁽²⁾ وليس لذلك علاقة بجنحة التقليد بل تبقى الممارسة في إطار المسؤولية المدنية فقط.

1. وقد أبرزت التطبيقات الحديثة للمعلوماتية حجم هذا الإشكال، في التمييز بين التقليد والممارسات العامة غير الشروعة، خاصة بالنسبة إلى ما يعرف باسم النطاق⁽³⁾، حيث إن قاعدة الإبداع في تنظيم اسم النطاق تخضع لقاعدة الأولوية، أي أن

(1) الفصل 24 من القانون. والفصل 6 مكرر من اتفاقية باريس.

(2) الفصل 25 من القانون.

(3) يبدأ عادة هذا الاسم بعنصر مميزة كما يلي: <http://www> وهي إشارة إلى بروتوكول نقل المعلومات وإلى خدمة الويب في شبكة الأنترنيت. ووضمت سنة مائة تذبذبات هامة سواء على مستوى تنظيم المواقع أو التقنيات عنها. حيث مع تعدد المواقع واختلافها أو تشابهها، مما كانت طبيعتها تجارية أو غير تجارية، كان من الموجب لإنجاد طريقة تسمح بتعريفها وتخصيصها، وبالتالي تنظيمها. فظهرت طريقة الع novità وهو أن يسدد إلى كل موقع عنوان خاص به وبميته عن الآخرين، وأصبح يعرف ذلك باسم النطاق *nom de domaine*.

ويكون اسم النطاق من الأسم القار والمعرف والعنوان القطاعي والعنوان الوطني. فالاسم القار ي تكون من العلامة <http://www>، وهي إشارة إلى خدمة الويب، كما تقدم. ويعتبر المعرف هو الأساس في اسم النطاق، حيث من خلاله يتميز الموقع، ويطلب أن يكون ذو صلة بالنشاط الذي تتعاطاه النواة المتضمنة مثل: <http://www.tradenet.com>, وهو يُعرف بالمستوى الثاني من اسم النطاق Second

أما استعمال علامة الغير دون ترخيص، فلا يشترط الخلط في الأذهان إذا كانت المنتجات أو الخدمات مماثلة وتشترط في المشابهة. وتصرف جنحة الاستعمال إلى العلامة ذاتها وهي غير استعمال لبضاعة منسوجة أو مدلسة. ويشمل الاستعمال نفس العلامة في عرض متوج دون إذن صاحبها، كما أن تستعمل في لافتة للترويج لمجموعات التجار، أو أن تستعمل على حقيقتها دون إذن صاحبها، وقد رأت المحاكم أذأشير إلى حقيقة الطريقة المستعملة، كما أن يشار على البضاعة أنها حسب طريقة علامة معروفة⁽²⁾.

ويصرف تحرير علامة الغير إلى أعمال وضع العلامة وحذفها وتغييرها. فوضع العلامة بطريقة غير مشروع هو أن توضع العلامة على غير البضاعة الحقيقة، ولم يشترط المشرع التضليل والخلط في الأذهان إذا كانت الخدمات والمنتجات مماثلة واشتهر بها إذا كانت مشابهة. أما حذف العلامة وتغييرها هو أن تتحدى العلامة التي كان وضعها بطريقة قانونية من مكانها أو وضع أخرى بدلها ولم يشترط المشرع في ذلك شرط التضليل.

وتشمل التجارة لبضاعة مقلدة لجميع أشكال المتأخرة في بضاعة مدلسة أو منسوجة بما في ذلك أعمال التوريد والتصدير والمسك والعرض، ولا يشترط التضليل في الممارسة وهو مشرط في المشابهة.

وبذلك، فإنه «يعتبر كل تعدّ على حقوق مالك العلامة تقليداً، ويعتبر تعدّياً على الحقوق المتعلقة بالعلامة خرق الأحكام الواردة بالفصلين 22 و 23 من هذا القانون»⁽³⁾. أي أن التقليد بالنسخ والتقليل التدليس والاستعمال غير المشروع وتحريف العلامة واستعمال البضاعة المقلدة هي المعنية بالتقليد.

+ على آلة ليس لملكية صاحب العلامة من أثر مطلق يعارض به الكافة ين له مجرد أثر ضئلي، فلا يعتقد بحق صاحب العلامة إلا في مواجهة من يمارس نفس الصناعة أو الخدمة أو التجارة، وذلك هو شرط الممارسة المشابهة والمماثلة الذي أورده المشرع بقانون العلامات⁽⁴⁾. فلا يعارض بالعلامة من له ممارسة غير مشابهة أو مماثلة، ولا تقوم جنحة التقليد إلا بتوفير ذلك الشرط.

صريحًا بالفصل 23 نقطة بـ.

(1) قرار تمهيدي عدد 12474 الصادر بتاريخ 17 مارس 2005، غير منشور.

(2) Au style channel.

(3) الفصل 44 من القانون.

(4) الفصلان 23 و 24 من القانون.

وفي حالة التزاع بين عدة أطراف من المفروض أن يعطي الأول الحق في استعمال الأسم.

2. وقد كانت هذه القاعدة مسبباً في هضم جانب من الحقوق المكتسبة على علامات الصناع، خاصة بعد أن ذهب جانب من فقه القضاء في مرحلة أولى إلى اعتبار شرعية أسماء النطاق وإن نقلت أسماء علامات معروفة باعتبار أن لكل واحد مجاله⁽¹⁾. وعلى ذلك الأساس سارع عدد من العارفين بالمجال إلى طلب تسجيل أسماء نطاق لها علاقة بأسماء صناعية معروفة أو حتى أسماء مشهورة لبعض الأشخاص ليبيعها في مرحلة ثانية إلى أصحابها⁽²⁾.

والحقيقة أن عملية التسجيل لا تتطلب كثيراً من العناء والموجات في غياب المراءة المبدئية والحقيقة للأسماء. وقد بنت التجربة سواد على المستوى الدولي أو على المستوى الوطني أن مؤسسات التسجيل لا تضع شروطاً مجحفة لإتمام العملية، بل إن المعنى بالأمر يسأل فقط عن الاسم والعنوان والبريد الإلكتروني والمسائل الفنية التي لها علاقة بالإيواء. وهي مسائل يمكن أن يوفرها أي شخص ولو كان القصد هو الإضرار بالغير والتلاعب بالأسماء المحظمة، بل إنه يمكن الحصول على اسم النطاق حتى بطريقة افتراضية مباشرة⁽³⁾.

وعادة ما ينص عقد التسجيل على عدم مسؤولية مؤسسة التسجيل، ولفت نظر المنتفع إلى حجم المسائل الخلافية التي يمكن أن تظهر نتيجة استعمال هذا الاسم. ويصرح المنتفع بالمناسبة بعدم الإضرار بحق الغير ويلتزم بعدم استعمال العنوان في مسائل غير شرعية، ويطلب منه نهاية أن يحترم القوانين والمواثيق.

لكن أهمية هذه الأسماء في الأوساط التجارية وحجم المغانم المرتبطة بها، إضافة إلى طبيعة شبكة الأنترنات، كل ذلك ساهم في جعلها مركزاً من مراكز الاعتداء، وأصبحت وبالتالي مصدراً من مصادر المتاجرة غير المشروعة. والسبب في ذلك كله هو أن بعضها من هذه الأسماء نقلت علامات وأسماء تجارية وصناعية دون إذن أصحابها.

(1) Affaire ALICE, Cour d'appel de Paris le 4-12-1998.

(2) Voir par ex : Me Abdelwaheb el behi, Nom de domaine : Réalités et perspectives, 3ème symposium international « Internet, Commerce Electronique, Droit et Arbitrage » Tunis 26-27-28 avril 2001 Hotel Carthage place Tunis .

(3) ولم يضع قرار وزير تكنولوجيا الاتصال المؤرخ في 10 أوت 2001 بالنسبة إلى القانون التونسي والخاص بالصادقة على المخطط الوطني للترقيم والعنونة، على ضرورة أن يكون المعرف الاسمي ذو صلة بالنشاط الذي يتمتعه النطاق جملة الضوابط الفنية وعلى ضرورة أن يكون المعرف الاسمي ذو صلة بالنشاط الذي يتمتعه النطاق العينة وتحجير استعمال معرف اسمي يتعلق باسم تونس أو بأسماء المهن التابعة للثباتات المهنية أو بالأسماء المختلفة بالنظام العام والأخلاق الحميدة أو بأسماء الدول والمنظمات والهيئات الدولية وكذلك بالأسماء المرتبطة بتسخير شبكة الأنترنات.

حق استعمال الاسم يعود إلى الأول في التسجيل « premier arrivé, premier servi »

Level Domain « SLD ». ويمثل اسم القطاع والاسم الوطني المستوى الأول من اسم النطاق top Level Domain . ويعتبر اسم القطاع عن نوعية نشاط الموقع Generic top level domain « Gtlds » وهو يحتوي على علامات متفق عليها دولياً مثل com بالنسبة إلى الشركات التجارية و org بالنسبة إلى المنظمات، وقد كانت في البداية قليلة العدد، وما فتئت إلها تشتمل على أنشطة وذلك بمعنى من الشركة المكلفة بالتصريح في أسماء النطاق على المستوى الدولي والمعروفة باسم ICANN⁽⁴⁾. كما يعبر الاسم الوطني عن الموقع الجغرافي Country Code Top level Domains « ccTLDs »، وهو يمثل في إشارات متفق عليها دولياً مثل Tn بالنسبة إلى تونس.

ويعد إلى المعنى بالأمر بطبيعة الحال، وبمساعدة الفتيان، اختيار المعرف والاسم الوطني، ومن المفروض أن تراعي المعايير الفنية يجب أن يتكون حضراً من مجموعة حروف وأرقام تتيح اختيارها من بين حروف اللغة العربية أو اللاتينية ومن بين الأرقام من 0 إلى 9 وكذلك هي علامة المطولة، ولا يمكن إدراج هذه العلامة في أول أو آخر الاسم. يمنع استعمال النطاق إلا لفصل المستوى الأول والمستوى الثاني. ولا يمكن أن يتكون حضراً من أرقام ولا يمكن أن يتجاوز 63 حرفاً، وعدداً وعلامة المطولة وأن يقل عن حرفين أو عددين أو ترکيبة من عدد وحرف. القرار الصادر عن وزير تكنولوجيا الاتصال المؤرخ في 10 أوت 2001 والمتعلق بالصادقة على المخطط الوطني للترقيم والعنونة، الزائد الرسمى للجمهورية التونسية 21 أوت 2001 ص 3007⁽⁵⁾. وتنشر على تسجيل هذه الأسماء من الوجهة الإدارية مؤسسات وطنية محلية ومؤسسات دولية تعرف بـ InterNic .

فعلى المستوى الدولي تقوم الشركة الموكول إليها بإسناد أسماء النطاق (ICANN) بالتصريح في النظام الخاص بأسماء النطاق الفيماطية بمقدمة علنة مؤسسات متشرة بالعالم أجمع. ولا يمكن الاعتراض بمعزل التسجيل إلا إذا احترمت جملة من الضوابط الفنية والشروط الأساسية.

أما على المستوى الوطني فيعود إلى المؤسسة الموقلة Nic Net Work Information Center Nic نسجل الأسماء الوطنية أو حتى إنشاء تسميات داخلية، ويحود لها تنظيم هذا القطاع بالكيفية التي ترعاها مناسبة وهي اجمالاً قواعد تختلف من بلاد إلى أخرى، لكنه يليجاً عادة إلى مزود الدخول أو مزود الإيثرنط لبيانات الاسم، ثم يحال بعد ذلك إلى سلطة التسجيل التي توقي إنتهاء المطلوب. وقد سرت أغلب الدول في العالم إلى تنظيم هذا المجال، فتجد بفرنسا على سبيل المثال « الجمعية الفرنسية للعنونة » AFNIC française pour le nommage Internet en coopération .. وفي تونس أوكل المشرع هذه الهيئة إلى الوكالة التونسية للالترنات، وصدر القرار عن وزير تكنولوجيا الاتصال بتاريخ 10 أوت 2001 في خبط المخطط الوطني للترقيم والعنونة، وبين جميع الإجراءات المتعلقة باسم النطاق. وتلخص من هذا القرار أن مزود الخدمات المرخص له يمتلك باسم مجال خاص به، ويكون لهذا الاسم من المجال الوطني مسؤولاً بمعرف الاسم الذي يختاره المزود، الذي يامكانه إسناد أسماء فردية لفائدة الحرفاء. ولا يمكن للذوات الأخرى، أي باستثناء مزود الخدمات المرخص له طبق القانون على اسم مجال خاص بها إلا بعد موافقة الهيئة الوطنية للاتصالات، التي يعود إليها ضبط شروط وإجراءات منح هذه الأسماء بمقدور. وتوجه المطالب إلى مركز الوكالة التونسية للالترنات سواء بطريقة إلكترونية أو بيدوية، ثم تتولى الوكالة إعلام المعنى بالأمر بالاسم الكامل وبالإجراءات الواجب اتباعها لتسجيل اسم المجال. ويتعمد على صاحب الاسم تشغله في أجل لا يتجاوز السنة، وفي غياب طلب تمديد هذا الأجل يلغى من قاعدة البيانات. وكل تغيير أو فسخ يخضع لنفس الإجراء.

توفرت الشروط الأصلية وخاصة منها حق الطالب على العلامة وغياب أية مصلحة للمطلوب في استعمالها وسواء نية هذا الأخير يمكن للجنة التحكيم أن تقرر التشطيب على اسم النطاق⁽¹⁾.

- وعلى مستوى القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فبراير 2001 المتعلق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية «يملك كل مبتكر رسم أو نموذج صناعي أو من انجر له حق منه حقاً استشارياً في استغلال وبيع الرسم أو النموذج الصناعي وذلك مع التمتع بالحقوق التي يمكن أن يملكونها بمقدسي أحکام قانونية أخرى وخاصة التشريع المتعلق بالملكية الأدبية والفنية. ويمنع على الغير صنع أو بيع أو استيراد السلع المحظوظة على رسم أو نموذج صناعي منسوخ جزئياً أو كلياً عن الرسم أو النموذج الصناعي المعجم بدون موافقة صاحب الرسم أو النموذج الصناعي أو من انجر له حق منه وذلك عندما يتم القيام بذلك للأعمال لأغراض تجارية»⁽²⁾.

ويعتبر كل تعد على حقوق صاحب رسم أو نموذج صناعي جريمة تقليد⁽³⁾. فإذا كان الرسم عبارة عن أشكال وصور ومتناول رسوم وإذا كان النموذج هو الشكل الذي يتجسم فيه المنتج مثل الشكل الخارجي لإطار السيارة فإن الاعتداء على هذه الرسوم والنماذج يمكن أن يحدث بعدة صور صنعا reproduction أو بيعا أو استيرادا. فمن صنع المنتج وهو الحرفي يعذّر تكباً لجريمة التقليد ومن باعه بأي طريقة أو استورد دون إذن يعذّر كذلك ترتكباً لجريمة التقليد⁽⁴⁾.

وقد أورد القانون عدد 20 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فبراير 2001 المتعلق بحماية التصميمات الشكلية للدواوين المتكاملة نفس المفاهيم في إبراز الركن المادي للتقليد بحسب طبيعة محل الحماية.

والقضائية والمعهد الأعلى للقضاء 24 أبريل 1998، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية.
- Badji Ben Abbes, la formation du contrat de vente sur internet, DEA, faculté de droit de sfax 2001-2002.

- Elloumi aberraouf, la protection du consommateur dans le commerce électronique, DEA, faculté de droit de sfax 2001-2002.

(1) François Curchod : Noms de domaine de 'internet et signes distinctifs, RJL, janvier 2008, p.41 et suiv.

(2) الفصل 4 من القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فبراير 2001 المتعلق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية.

(3) الفصل 24 من القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فبراير 2001 المتعلق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية.

(4) فرجات الراجحي : الجوانب الجزائية في حماية الابتكارات الصناعية، القضاء والتشريع، ص. 125 وما بعده.

سواء بحسن نية أو بسوء نية. وقد كان ذلك سبباً في ظهور عدة قضايا، هنا وهناك في العالم أجمع⁽⁵⁾.

وفعلاً أدى التزاحم بينعارضين على شبكة الأنترنات إلى ظهور منافسة غير مشروعة، تقودهاأغلب الشركات الدولية وأقرها باعتمادها على علامات صنع لشركات معروفة، وانتهى الأمر إلى طرح الإشكال أمام القضاء، وكان غزيزاً في المدة الأخيرة في جميع البلدان الأوروبية والأمريكية⁽⁶⁾، وبعد أن ذهب فقه القضاء إلى تقديم اسم النطاق على حساب علامات الصنع انتهى أخيراً إلى ترجيح الكفة لصالح علامات الصنع في معارضته لأسماء النطاق⁽⁷⁾، كلما طرأ التزاع بينهما⁽⁸⁾، حتى ولو كانت مجالات التدخل غير مشابهة وذلك على أساس أحکام المسؤلية المدنية العامة، والبعض يشترطسبق التسجيل لتقرير الخصمية والبعض الآخر لا يشترطها. وقد وضعت كذلك المؤسسة الدولية المتصرفة في أسماء النطاق ICANN بالتنسيق مع المنظمة الدولية للملكية الفكرية طريقة سهلة وسريعة لحسم التزاعات بطريقة مباشرة إلكترونياً⁽⁹⁾، وإذا

(1) Marie, Emmanuelle Has: la jurisprudence française sur les conflits entre noms de domaine et marques , gaz du palais, 19 - 20 - 21 avril 1998.

(2) La spéculation sur les noms de domaine: INTERNET-juriscom

- ومن أهم هذه القرارات التع卿ية، وحتى نكتفي بفقه القضاء الفرنسي، هي الآتية:
1996: Framatom, Atlantel.

1997: Safic, Saint tropoz, pay line.

1998 : Lumi service.

1999: Christien Dior/ Fashion tv, Galerie lafayette.

(3) Ben Ezzine Ichrak, le commerce électronique et la propriété industrielle, DEA, faculté de droit et des sciences politiques de tunis 1999-2000.

(4) Les chroniques juridiques de Netsurf. Novembre 1999, juris com Net.

(5) يعرض مركز التحكيم والوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (OMPI) خدمات التحكيم والوساطة فيما يتعلق بالتراثات العاملة بالملكية الفكرية، وبجميع المبادرات الأخرى على وجه الإجمال التي من الممكن أن تطرح بين الخواص، وقد حثت التكنولوجيا الحديثة إسلام الخدمة بطريقة مباشرة على شبكة الأنترنات وملاحمه الإجراءات التقليدية مع الموجبات الافتراضية. وهو خاصة من المراكم المعروف بها من طرف جهاز الأنترنات الخاص بإسلام أسماء النطاق بالولايات المتحدة الأمريكية ICANN فيما يتعلق ببعض التزاعات المرتبطة بهذه الأسماء. وتتعلق إجراءات الوساطة بمجرد إيداع مطلب بموقع المركز، فإذا حضي بالموافقة تواصل الإجراءات ويطلب من الأطراف تقديم المستندات مباشرة مع ضمان السرية الكاملة والسلامة المطلوبة. ويتضمن الموقع الإرشادات الكافية لنجاح التجربة بما في ذلك الأجرة المطلوبة.

ويضع المركز كذلك على ذمة المتدخلين علة إجراءات في التحكيم بما في ذلك التحكيم المجرد والتحكيم التسريع والتحكيم بعد قليل الوساطة. وبعد أن كانت التجربة مختتمة في بدايتها يتحدد رجال الدراسات اليوم من أرقام مرتفعة تتجاوز 8 آلاف.

علي كحلون: المسؤولية المعلوماتية، المرجع السابق، ص. 316.
التحكيم في ضل العولمة، الأعمال الكاملة للعلقى الدولي الذي نظم مركز الدراسات القانونية

غير قصدية فالذى يجب أن يتتوفر معنويًا هو الخطأ الجزائي، وقد طرح السؤال أمام المحاكم في عدة مناسبات عما إذا كانت جريمة التقليد جريمة قصدية أو غير قصدية⁽¹⁾? ورغم ظاهر الفصول الذي يوحى بضرورة توفر القصد في الجريمة فإنَّ حقيقة جريمة التقليد في الملكية الصناعية عموماً هو أنها جريمة مادية ولكن العنصر المعنوي يتسم فيها بنظام مختص.

- فعلى مستوى القانون عدد 84 لسنة 2000 مؤرخ في 24 أكتوبر 2000 المتعلق ببراءات الاختراع نص الفصل 82 منه على آنَّه «...إذا قام شخص غير المصنع لمطبع مقلد بعرضه أو الاتجار فيه أو استعماله أو مسكه قصد الاستعمال أو الاتجار فيه فإنه لا يتحمل المسؤولية إلا إذا كان على علم بالتقليد». ولا تعتبر الأعمال السابقة لنشر مطلب البراءة جريمة تقليد ولا تستوجب الحكم بالعقواب ولو مدنياً إلا إذا تمت تلك الأعمال بعد إبلاغ المقلد المفترض بنسخة رسمية من مطلب البراءة».

: فلم يرد بهذا الفصل صورتا الصنع والتوريدي ذلك يعني أنَّ العمل المادي للصنع والتوريدي كاف للقول بجريمة التقليد، فلا يشترط القصد في جريمة التقليد بالصنع أو التقليد بالتوريدي. ربما يتبين أنَّ الصانع أو المورد هما مقلدان مباشران أما البقية فعملهم غير مباشر.

وتجاوروا الهدنان الصورتين أورد المشرع أحکاماً خاصة بكل حالة. فإذا كانت جميع الأعمال قد حدثت بعد تقديم مطلب البراءة وقبل نشر مطلب البراءة فلا تقوم الجريمة إلا إذا تمت تلك الأعمال بعد إبلاغ المقلد المفترض بنسخة رسمية من مطلب البراءة. وبعد نشر مطلب البراءة لا يمكن مؤاخذة أعمال العرض أو الاتجار أو الاستعمال أو المسك إلا إذا كان الفاعل على علم بالتقليد. ولا يمكن الافتداء بنشر المطلب للقول بتوفير العلم بالتقليد، فلا يقوم إشهار المطلب مقام العلم⁽²⁾. فإذا كانت القاعدة المدنية تكتفي بوسائل الإشهار توصلًا للقول بالعلم، فإنَّ المادة الجزائية توجب إثباته واللحجة على غير المظنون فيه. وقد شارت المحاكم خطأً على افتراض العلم بموجب نشر إشهار المطلب⁽³⁾.

- ونص الفصل 45 من القانون عدد 36 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أبريل 2001 المتعلق بحماية علامات الصنع والتجارة والخدمات على أنه «لا يمكن اعتبار الأعمال السابقة لنشر مطلب تسجيل العلامة تعدى على الحقوق المرتبطة بهذه العلامة. غير أنه،

(1) فرجات الراجحي: المرجع السابق.
(2) وباشتراك العلم فقط يكون قانون الملكية الصناعية انحاز إلى نظرية العلم في الركن المعنوي التي تختلف نظرية العلم والإرادة، كما ناقلنا شرحها.

(3) فرجات الراجحي: المرجع السابق، ص. 132.

+الركن المعنوي: الجرائم إما أن تكون قصدية أو غير قصدية. فالقصد هو نية الجنائي في ارتكاب الجريمة، وهو علم وإرادة⁽¹⁾، توجيهه أغلب الجرائم. أما إذا كانت الجريمة

(1) إنَّ الإضمار هو النية الواقعية قبل مباشرة الاعتداء على الغير وهي سابقة القصد. فيلزم الإضمار سبق عزم الجنائي على ارتكاب الجريمة والتفكير فيها وفي عواقبها والتصفيق على اقترافها ثم الإقدام عليها وهو هادى البال. فيتوفى الإضمار عندما يفكِّر الجنائي في جريمة وفي عواقبها وبعد سلاحاً لاقتراها هانم يقدم على تنفيذها وهو هادى البال شاعراً بخطورة ما هو مقدم على ارتكابه. وبذلك يستوجب الإضمار العزم على ارتكاب الجريمة وهذه البال والتخطيط لارتكاب الجريمة وإعداد العدة لها ووجود فاصل زمني بين العزم على ارتكاب الجريمة وبين اقترافها. والقصد من الإضمار، فقط أنَّ مفهوم موضوعي، في حين أنَّ الإضمار يطالع على مستوى النية.

أما العذر فهو النية المجردة في ارتكاب الجريمة على ما عرفها القانون، فهي القصد في ارتكاب الجريمة، والقصد فيه جانب من العلم والإرادة، فلا يتحقق القصد في جانب العلم فحسب، بل يمتد إلى ما يشمل الإرادة، فهو علم بعناصر الجريمة وإرادة متوجهة إلى تحقيق هذه العناصر أو إلى قتلها. فلا يمكن العلم بالنتيجة، بل لا بد من إرادة في التحقيق. وقد قالت نظرية الإرادة في دحض أفكار نظرية العلم في فهمها لمعنى القصد على تلك الصورة، أي في اعتمادها على معنى العلم والإرادة بما في فهم معنى القصد والعدم. والعلم مفهوم ينصرف إلى معرفة ما يشمل جميع العناصر القانونية للجريمة، وحيث يتوافر الغلط ينافي العلم. فيقتضي العلم الاحتياط برفع المجردة الفعل وبمحظوظة الفعل ويمكِّن وزمان الفعل وبصفة المجنى عليه عند الاقضاء وتوقع النتيجة ويفترض دواما العلم بالقانون. وتعُد الإرادة شاططاً نفسياً يتجه إلى تحقيق غرض عن طريق وسيلة معينة، وهي قوة يستعين بها الإنسان للتاثير على ما يحيط به من أشخاص وأشياء، وهي المحرك لأنواع من السلوك ذات طبيعة مادية تحدث في العالم الخارجي من الآثار المادية ما يشيع به الإنسان حاجاته المتعددة، فهي نشاط نفسي يصدر عن وعي وإدراك، فيفترض العلم بالغرض المستهدف وبالوسيلة التي يستعمل بها للبلوغ لهذا الغرض. ويعرِّف التفكير الإنساني وجوباً بمراحل متعددة انتهائاً من الإدراك délibération ثم التدبر conception فيوزن الشخص الأمر ويتداركه، ثم تأتي مرحلة ثالثة وهي إمساك العزيمة في الأمر والبت فيه، وهذه هي الإرادة volition، فإذا انعقدت لم يبق إلا مرحلة رابعة وهي التنفيذ execution أي تحقيق الغرض (الركن المادي). وبذلك تختلف الإرادة، باعتبارها شاططاً نفسياً، عن مفهوم الغرض ياعتبره الهدف القريب الذي تتجه إليه الإرادة، وتختلف الإرادة عن القافية (أو الدافع) باعتبار القافية هدفاً بعيداً عن تحقيقه. وتعُد الجريمة مقصودة سواء كان القصد مباشراً أو احتمالياً، ويكون القصد مباشرةً، مهمماً كانت درجاته، إذا اتجهت الإرادة بقينا إلى الاعتداء على حق يحميه القانون. ويكون احتمالياً إذا توفر الجنائي حصول الفعل وقبل بالمخاطر. وتحتاج كل جريمة إلى قصد عام (علم وإرادة) إضافة إلى القصد الخاص (علم خاص وإرادة خاصة). ويمكن أن يكون القصد محدوداً أي مخصوصاً بصورة معينة فتُقع الجريمة على شخص معين بذلك أو غير محدود أي دون تحديد لصورة معينة فتُقع الجريمة على شخص غير معين بذلك.

ويძל البحث وراء القصد الجنائي مسألة موضوعية يتناولها قضاة الأصل بعيداً عن ضوابط القانون المدني في حسن النية وسوتها وأحكام عبء الإثبات فيها ويستقرنونها متآجج لهم من وقائع ويسخالصونها من ظاهر الأشياء تحت ضغط الوجдан الحالص، وتطلق أيديهم في ذلك دون خشبة رقابة محكمة التعقيب شرط التعليل.

والإرادة، والبعض يكتفي بالعلم. وكان من المفروض أن يعتمد النص الجزائري المفاهيم الجزائية دون غيرها، ومن أجل ذلك كان الاختلاف القضائي في تحديد معيار العنصر المعنوي في جريمة التقليد. فمنهم من ذهب إلى الالتفاء بالإشهاد ومنهم من ذهب إلى نشر التسجيل.⁽¹⁾

ضرورة العلم الفعلي ولو وقع الإشهاد، ومنهم من نفى العنصر المعنوي أصلًا.⁽²⁾ ونفس الاتجاه أورده القانون عدد 20 لسنة 2001 الخاص بحماية التصعيمات الشكلية، بعد أو أورد شرط التعمد بالفصل 34 منه نص الفصل 37 منه على أنه « لا تمنع الأفعال السابقة للإيداع الحق في القيام بأي دعوى بموجب هذا القانون. ولا تمنع الأفعال اللاحقة للإيداع والسابقة لنشره الحق في القيام بأي دعوى مدنية أو جزائية بموجب الفصل 34 من هذا القانون إلا إذا ثبتت الطرف المتضرر سوء نية المطلوب. ولا يمكن القيام بأي دعوى سواء كانت جزائية على معنى الفصل 34 من هذا القانون أو مدنية وذلك قبل نشر الإيداع. وإذا كانت الأفعال لاحقة لنشر الإيداع، فإنه يمكن لأصحابها التمسك بحسن النية إلا إذا ثبتت المدعى خلاف ذلك ». وهو نفس الحال الذي اعتمد المشرع بالنسبة إلى قانون الرسوم والنماذج، ومتضاده أن لا تتبع قبل الإيداع وبعد الإيداع وقبل نشره لا بد من إثبات سوء النية وبعد نشره يفترض سوء النية ويإمكان المطلوب إثبات ما يخالف ذلك. وبذلك فإن لهذا الركن طبيعة خاصة في التقليد وكثيراً ما يكتفي المحاكم بمادية التقليد إما باعتبار التقليد مجرد جريمة مادية أو أن العلم مفترض بجانب الفاعل وذلك تووصله للقول بالجزاء المناسب.

الشخصي لحسن النية فاعتبروا الشخص سيء النية بالرغم من أنه يجعل بأنه يعتدي على حق الغير إذا كان جهله ناشئاً عن خطأ جسيم ونكرة الخطأ الجسيم فكرة موضوعية بعثة يتظر في تحليلها إلى الشخص العادي. ولقد حُقِّفَ الفقهاء كذلك من نتائج المفهوم الشخصي لحسن النية باعتبار من اغتصب الحق من غيره بالإكراه يعد مسؤلاً النية ولو كان يعتقد فعله أنه صاحب حق على الشيء. ويتضح مما تقدم أن الشخص بعد سيء النية في ثلاث صور:

- الصورة الأولى: هي حالة ما إذا كان عالماً أنه يعتدي على حق الغير.

- الصورة الثانية: هي حالة من كان ياسطاعته أن يعلم بأن تصرفه يمثل اعتداء على حق الغير لو أنه بذلك

المسير من الجهد وتصرف كما يجب مقاومة بالإنسان العادي.

- الصورة الثالثة: هي حالة اغتصاب الحق بالإكراه من الغير ولو كان المغتصب يعتقد أن الحق الذي اغتصبه هو حقه.

أما حسن النية في مفهومه الموضوعي فهو مفهوم تقني يتوفر كلما استند الغير في تصرفه على شكليات محددة قاتلنا كما أن يعتبر الإشهاد علماً أو أن يتصرف الغير بناء على سبق ترسيمات محددة.

(1) أعمال ملتقي دولي حول حقوق الملكية الفكرية، القضاء والتشريع جانفي 2008، المرجع السابق، ص. 63 وما بعده، ص. 125 وما بعده.

إذا بلغ المودع نسخة من مطلب التسجيل إلى المقتدى المزعوم فإنه يمكن معاينة الأعمال اللاحقة لهذا الإعلام وتبعها. وتزوج المحكمة المتعهدة البت في القضية حتى يتم نشر التسجيل. معنى ذلك أنه لا تقليد قبل إيداع المطلب، وبعد إيداع المطلب وقبل نشر المطلب يمكن تبع الفاعل إذا سبق إعلامه بنسخة من مطلب الإيداع. وبعد نشر التسجيل يقوم التقليد دون إشارة إلى علم المخالف من عدمه. وهذه الجزئية الثالثة تختلف عما ورد في نظام البراءة، إذ اشترط قانون البراءة العلم بالتقليد في حين لم يشترط قانون العلامات ذلك.

وعلى مستوى القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 5 فيفري 2001 المتعلق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية وبعد أن عرف الفصل 24 جريمة التقليد بذكر عنصر التعمد فيها أورد الفصل 27 منه أنه « لا تمنع الأعمال السابقة للإيداع الحق في القيام بأي دعوى بموجب هذا القانون. ولا يمكن القيام بأي دعوى مدنية أو جزائية طبقاً لأحكام الفصل 24 من هذا القانون ما لم يقع نشر الإيداع. ولا تمنع الأعمال اللاحقة للإيداع والسابقة لنشره الحق في القيام بدعوى بموجب الفصل 24 من هذا القانون ولو كانت مدنية إلا إذا ثبتت الطرف المتضرر سوء نية المدعى عليه. ويمكن لمن قام بأعمال لاحقة لنشر الإيداع أن يتحقق بحسن نيته إلا أنه يطالب بإثباتها ». أي أن المشرع ميز بين ثلاث صور الصورة الأولى قبل الإيداع والصورة الثانية قبل النشر وبعد الإيداع والصورة الثالثة بعد الإيداع والنشر. ففي الأولى لا يمكن الحديث عن جريمة التقليد وفي الثانية لا بد من إثبات سوء النية وفي الثالثة سوء النية مفترض ولكن الفاعل بإمكانه إثبات حسن نيته للزراء الفعل.

والواضح من ذلك أن المشرع تخلى بقانون الرسوم والنماذج عن الإشارة إلى العلم أو عدمه واختار معنى حسن النية وسوتها وتبين آليات القرينة والاقتران وهي مفاهيم متصلة بالقانون المدني ولا تتناسب مع موجات القانون الجزائري.

فإذا كان حسن النية في المادة المدنية له معنيين، شخصي وموضوعي، فهو كل ما يحمل إلى الجهل والغلط وعدم الإحاطة بالحقيقة في معناه الشخصي والاستناد إلى شكليات خارجية في معناه الموضوعي⁽¹⁾، فإن القصد في المادة الجزائرية يرد إلى العلم

(1) يعرف حسن النية إجمالاً في مفهومه الشخصي بأنه تصرف يوجه لا يعلم عبيه والعبرة في حسن النية بوقت تلقي الحق وهو مفترض دوماً وعلى المدعى عليه الحجة إن أراد ردده. وقد أجمع الفقهاء على أنه يمد حسن النية من يلقي الحق وهو يجعل أنه يعتدي على حق الغير إلا إذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم، وإذا كان الشخص شخصاً معيناً فالعبرة بيته من بطله، وبعد سيء النية من اغتصاب بالإكراه الحق من غيره، وحسن النية يفترض دائماً ما لم يثبت المكس.

ويفهم من ذلك أن الشخص يكون حسن النية إذا كان يجعل أنه يلقيه للحق يعتدي على حق الغير وهو مفهوم شخصي بحسب ينظر فيه إلى كل شخص على حدة، على أن الفقهاء خفقوه من نتائج هذا المفهوم

2-نظام مؤاخذة التقليد في الملكية الصناعية

نصت جميع قوانين الملكية الصناعية على أن الاعتداء على عناصر هذه الملكية ينجر عنه عقوبة جزائية ومدنية، فكل مقلد يؤخذ جزائياً ومدنياً. ونصت هذه القوانين كذلك على تدابير أولية وقائية بهدف التوفيق من مخاطر الاعتداء والاستعداد إلى المنازعة الأصلية⁽¹⁾، وذلك ما يميز نظام المؤاخذة في الملكية الصناعية.

-التدابير الوقائية أو الوقائية: ربما تقضي الحماية التي أرادها المشرع واستقرت عليها الفكر في اتجاه ضمان توفير آليات الحماية هو الإقرار بضرورة التصرف سريعاً لجمع الأدلة وتفاقم آثار الاعتداء ولو بصفة وقائية للتوفيق من مخاطر الاعتداء والاستعداد إلى المنازعة الأصلية، وقد استقر الرأي في ذلك على استخدام آلية القضاء الاستعجالي وإقرار تدابير حدودية.

+الإجراءات الاستعجالية: أقرت نصوص الملكية الصناعية عدداً إجراءات استعجالية سواء في اتجاه تجميع أدلة الإثبات أو ضمان وقف الاعتداء وضمان التعويضات عند الاقتحام.

تجمع أدلة الإثبات: جاء بجميع نصوص الملكية الصناعية⁽²⁾ أنه يمكن للأشخاص المستهعين بالحماية طلب القيام بوصف دقيق مع حجز عيني أو بدونه للممتلكات أو الأساليب المزعوم تقليدها وذلك بواسطة عدل منفذ يساعد خبير يعينه رئيس المحكمة المنخصصة بموجب إذن على عريضة.

ويقتصر الحجز العيني عند الإذن به على وضع العينات الضرورية لإثبات التقليد تحت يد العدالة. وإذا استوجب الأمر حجزاً عيناً فإنه بالإمكان أن يلزم الإذن الطالب بتتأمين ضمان قبل إجراء عملية الحجز.

(1) تميز عادة مدنياً بين إجراءات التنفيذ الجيري (العقلة التنفيذية) وإجراءات التحفظ (العقلة التحفظية) والعقلة التحفظية وجرد المال والاشتراك والاحتجاز وتقطع التقادم والاعتراض على المقاومة) وطرق إرجاع المال إلى الضمان العام (الدعوى البليانية والدعوى غير المباشرة والدعوى الصورية والإعسار والحبس) وطرق الضمان عن طريق التأمينات عينة كانت أو شخصية. ويضاف إلى ذلك جملة من الوسائل الروقانية وخاصة منها الاستعداد إلى البارزة القضائية جمجمة الأدلة ومنع الضرر قبل اصدار حكم. وند آورد المشرع بقانون الملكية الصناعية أغلب الأحكام الخاصة التي تدعى بالوسائل الوقائية. وذلك ما يميز هذا التشريع. وقد استغل المشرع جملة التدابير المدنية في اتجاه مكافحة جريمة التقليد.

(2) الفصل 86 من القانون عدد 84 لسنة 2000 مورخ في 24 أكتوبر 2000 المتعلق ببراءات الاختراع وكذلك الفصل 28 من القانون عدد 21 لسنة 2001 المورخ في 5 فبراير 2001 المتعلق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية وكذلك الفصل 38 من القانون عدد 20 لسنة 2001 المورخ في 6 فبراير 2001 المتعلق بحماية التصميمات الشكلية للدواوين المتكاملة والفصل 50 من القانون عدد 36 لسنة 2001 المورخ في 17 أبريل 2001 المتعلق بحماية علامات الصنع والتجارة والخدمات.

ويجب على عدل التنفيذ قبل القيام بالحجز تسليم نسخة من الإذن لمسكى البضاعة الممحوزة أو الموصوفة وعند الاقتحام نسخة من وصل إيداع الضمان كما يجب أن يسلم لهم نسخة من محضر الحجز ولا يكون الإجراء باطلًا ويتم تغريم عدل التنفيذ. ويطلب الحجز أو الوصف قانوناً إذا لم يقم الطالب بقضية في ظرف خمس عشر يوماً وذلك بقطع النظر عن غرم الشرر. ويحتسب أجل الخمسة عشر يوماً بداية من يوم القيام بالحجز أو الوصف.

فمن الممكن على ذلك الأساس طلب الإذن من رئيس المحكمة الابتدائية طبق إجراءات الإذن على عريضة بأن ياذن لأحد العدول المنفذين بالتوجه على عين المكان ورقة خبير ووصف الموضوع المقلد وتحرير محضر في الغرض معأخذ العينات الكافية لوضعها على ذمة العدالة مع إلزام الطالب بتأمين الضمانات الكافية. على أن يقوم الطالب بالقضية المناسبة في أجل لا يتجاوز 15 يوماً ولا بطل الوصف أو الحجز عند الاقتحام.

فهي وسيلة ناجعة لجمع الأدلة وضمان عدم اندثارها مدنياً أو جزائياً. فهي ناجعة لأنها سريعة تقع طبق إجراءات الإذن على عريضة، وهي تهدف بالأساس إلى وضع ما تم من عمل تحت يد العدالة لتقوم حجة على التقليد. ولذلك فليس المقصود من هذا الإجراء هو حجز كامل البضاعة بل وصفها بدأياً أو إن شاء الطالب فيأخذ بعض العينات بضمان تحديده المحكمة.

ولتكن إجراء لا يخلو من الخطورة، وبالإضافة إلى ضرورة مراعاة ما توجهه إجراءات الإذن على عريضة⁽¹⁾، فإن الإجراء يوجب على عدل التنفيذ أن يسلم نسخة من الإذن لمسكى البضاعة سواء كانت العملية وصفاً أو حجزاً وإذا أذنت المحكمة بتأمين الضمان عند الحجز فيجب تسليم نسخة من وصل إيداع الضمان بصدقه الوarrant إلى ماسك البضاعة، ويوجب الحجز تحرير محضر في الغرض وتسليم نسخة منه إلى المطلوب. وإن أي خلل في ذلك جزاوه البطلان الشكلي نصاً مع إمكانية تغريم عدل التنفيذ. كما يطلب الوصف أو الحجز قانوناً وتلاشى الآثار إذا تأخر الطالب عن رفع الدعوى في أجل 15 يوماً بدأياً من الوصف أو الحجز مع إمكانية إلزام الطالب بالتعويض.

وقف الاعتداء وضمان تعويض المتضرر: ورد بالفصل 8 من قانون براءة الاختراع وكذلك بالفصل 49 من قانون علامات الصنع والتجارة والخدمات أنه يمكن لرئيس المحكمة المعهدة بدعوى التقليد المتخصص للقضاء استعجالياً أن يمنع مؤقتاً مواصلة أعمال التقليد المزعومة مع الإذن بدفع غرامة وقائية أو السماح بمواصلة تلك الأعمال

(1) الفصل 213 إلى 223 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

التقليد ليس شكلاً من أشكال الائتمان أي وضع الأعمال تحت نظام الحراسة⁽¹⁾، ولو

(1) أورد القانون عدد 71 لسنة 1997 المؤرخ في 11 نوفمبر 1997 المتعلق بالمهنيين والمؤمنين العدليين وأمناء الفلسة والمتصوفين القضائيين النظام القانوني لخبراء التصفيه العقارية والائتمان العقاري. وكانت مجلة الحقوق العينية نصت بالفصول 135 إلى 139 على إجراءات التصفيه العقارية، كما تضمنت مجلة الالتزامات والعقود أحكاماً خاصة بالائتمان العقاري بالفصول 1043 إلى 1053.

- شروط ممارسة المهنة: لا يمكن ممارسة مهنة المصفى أو المؤمن إلا بعد أن يدرج اسم المعنى بالأمر في قائمة تضييق مشرياً من قبل وزير العدل بموجب قرار بعد درس الترشحات من قبللجنة مختصة وتوفر الشروط المطلوبة وتكرأ اللجنة المشار إليها اقتراح استبعاد كل من فقد شرطاً من شروط الترسيم أو أظهر خلال ممارسته نشاطه انتهازاً أو تقاعساً أو فسراً أو ارتكب خطأ فادحاً يتضمن شطبه من القائمة كما ينوي رأيها في كل المسائل التي يعرضها عليها وزير العدل. ويتوارد رئيس محكمة الاستئناف الكائن بها مقر المعنى إعلام وزير العدل بكل الاخلالات بما في ذلك التعبارات الجازية ضد المعنى وبصور العجز البدني وحالات الرفاة. ويمكن أن يتضمن اسم الخبير من القائمة حتى خلال السنة الجارية باقتراح من اللجنة، ويتم التطبب بقرار من وزير العدل. وتراجع القائمة سنوياً من قبل اللجنة دون توقف على طلب من المعنى، ويإمكان من لم يدرج اسمه بالقائمة أن يبعد الطلب، على أنه لا يمكن لمن تقرر تطبب اسمه أن يبعد الطلب إلا بعد قوات خمس سنوات عن تاريخ القرار. ويمكن

للمصفى أو المؤمن أن يطلب من وزير العدل إعفاءه تهاباً من مهامه وله طلب إعفائه بصفة وقته لأسباب صحية أو عائلية لمدة لا تزيد عن سنة واحدة. ويطلب منه إعلام اللجنة المختصة قبل ثلاثة أشهر من انتهاء مدة الإعفاء بزوال أسباب التعذر والإاعتبر متخلياً بصفة تلقائية ويشطب على اسمه. ولا يباشر المصفى أو المؤمن الذي أدرج اسمه أول مرة بالقائمة عمله إلا بعد أداء اليمين أمام محكمة الاستئناف بتونس. ويباشر المصفى والمؤمن مهامه على كامل تراب الجمهورية. ومن المفترض أن لا يعن إلا من كان اسمه مدرج بالقائمة، لكنه يجوز في صورة التعذر تعين من هو خارج القائمة. ويطلب منها إبرام عقد تأمين لتغطية مسؤوليتها. على أنه يمكن لها أن يشاراً عملهما بصفة فردية أو في نطاق مؤسسة مهنية سواء كانت مدنية أو تجارية. ويথخص المصفى والمؤمن في مهامهما للأحكام القانون عدد 71 لسنة 1997 وللشروع العجاري به العمل.

- مهام الخبراء في التصفيه العقارية والاصناف العقاري: يباشر المصفى مهامه وفق القانون عدد 71 لسنة 1997 وكذلك وفق أحكام مجلة الحقوق العينية، وهو عمل مأجور يستحق المصفى عنه أجراً معيناً. وتتضمن مجلة الحقوق العينية بالفصول 135 إلى 139 على أنه يمكن لأحد الورثة طلب تعين صفت للتركة ويعن رئيس المحكمة الابتدائية المختص بذلك على عريضة مصفياً يكون محل إجماع الورثة، فإن تملأ الإجماع يعين رئيس المحكمة باختياره ويكون قدر الإمكان من بين الورثة. ويتوارد المصفى إقامة حقيقة الواقع، إن لم يقع إقامتها، وضييف التركة وإدارتها، وقسمتها. وبذلك يتحقق للمصفى أعمال الإدارة بما في ذلك ضبط التركة وإعداد مشروع للقيمة. ويصدر رئيس المحكمة عند الطلب (إذا على عريضة في جير كل وارت على أنه منه من المصارييف اللازم تسبيحها لتكريين رسيد مالي بين يدي المصفى كما يمكنه أيضاً أن يأخذ ببعض البعض من التركة لنفس العرض. وإذا تملأ إ تمام القسمة بتراضي الشركاء بعد مضي ثلاثة أشهر من تعينه يحرر المصفى تقريراً في جميع أعماله وما يترتب في شأن القسمة يهبه إلى المحكمة للاحتفاظ به بغير سبب تحت طلب الورثة لاستخراج نسخة منه. وستصر إدارة التركة إلى إنهاء الشبيع بالقصة أو باتفاق الورثة على تنظيم الشبيع بينهم. ولكن مجلة الحقوق العينية لم تربز إن كان من الممكن إلزام الورثة بمشروع القسمة قضا، أي أن ترفع دعوى القساسة بيعي من المصفى إذا تعارض الورثة عن الطلب، ويبدو أن أحكام مجلة الحقوق العينية تركت الورثة على خيارهم ولم تربز كذلك مهمة المحكمة في مرأة أعمال المصفى. وهذا ما حاول القانون عدد 71 لسنة 1997

وذلك شريطة إقامة ضمانات تؤمن خلاص تعويض الخسارة للمتضرع. ولا يقبل هذا المطلب إلا إذا ثبت أن الدعوى جدية من حيث الأصل وأنه تم القيام بها في أجل شهر بداية من يوم علم المتضرع بالواقع الذي ترتكز عليها. ويمكن لرئيس المحكمة قبل أن ياذن بالمنع المؤقت أن يشترط على المدعى تقديم ضمانات لتعويض الخسارة التي قد تلحق بالمدعى عليه إذا ثبت أن الدعوى لا أساس لها من الصحة.

فإما أن يكون المطلب جدياً أو لا أساس له من الصحة ويدخل ذلك في دائرة التقدير الحرج لقضاه الأصل، ولو أن القضاء الاستعجالي لا يعالج الأصل من حيث المبدأ⁽²⁾. فإن كانت الصورة الأولى فللمحكمة أن تتخذ أحد الحللين إما وقف العمل المخالف مع إمكانية الحكم بغراة وقتية أو أن يسمح للمطلوب بمواصلة العمل مع إزامه بتأمين المبالغ الضرورية التي ترى المحكمة أنها ضرورية لتعويض المتضرر عند الاقتضاء، فإن غابت الجدية لا شيء يمنع القاضي الاستعجالي من الحكم بالمنع المؤقت لكنه يتبعن في هذه الصورة إلزام الطالب بتأمين ما يلزم من ضمانات تكون كافة لتعويض المطلوب عند الاقتضاء. ويجب في جميع الصور رفع الدعوى في أجل شهر بداية من يوم علم المتضرع بالواقع الذي ترتكز عليها.

والواضح أن تأمين الضمان والغرامة الوقتية والمنع الوقتي لمواصلة أعمال التقليد هو ما يميز هذا الإجراء. فتأمين الضمان هو مبلغ من المال تعينه المحكمة ورؤى من مصدره الودائع ويبقى لمن تعينه المحكمة الحق في سحب هذا المال في نهاية الأمر والغرامة الوقتية هو مبلغ من المال كذلك تعينه المحكمة جزافاً كتسبيفة لقيمة التعويضات التي يمكن أن يستحقها المتضرر وقد أصبحت المضرة متأكدة والمنع الوقتي لمواصلة أعمال

(1) إن نظام القضاء المستعجل أو الأذون، وهي من الوسائل الوقتية عملاً بأحكام الفصول 201 وما يليها، يتوقف على مبدأ هام وهو عدم المساس بالأصل، ولو أن البعض يرى أن شرط عدم المساس بالأصل لا يشمل الأذون على العراض (قرار تعقيبي مدنى عدد 53909 المؤرخ في 9 جوان 1998 نشرة محكمة التعقيب 1998، مجلد 7، ص 51)، حيث إن الفصل 214 م.م.ت مكن القاضي في إطار الأذون على العراض من «التحاذق جميع الوسائل لحفظ الحقوق والمصالح التي لا يمكن أن تتحقق بدون حماية». وعلى ذلك الأساس فإن المساس بالأصل يؤدي حسناً إلى رفض الطلب شكلاً، ولو أن تأويل مفهوم المساس بالأصل صعب التحديد وقد تناقض الآراء في المسألة الواحدة، وذهبت محكمة التعقيب فعلاً إلى اتجاهات مرنة، حيث «لو كان على القضاة الاستعجالى عدم الخوض فى الأصل إلا أن الحذر من ذلك يجب أن لا يصحب إفراط ولا مبالغة» (القرار التعقيبي الملفى عدد 19911 المؤرخ في 7 جويلية 1988، نشرة محكمة التعقيب لسنة 1988، الجزء 2، ص 113).
رمي ذلك أن لا يمنع القاضي الاستعجالي الثبات من مoidمات الطرفين أو التأكيد من المطالبات الواردة بها، فقط أن النظر في الثنائي يجب أن يكون في حدود الصبغة الوقتية والحمائية للإجراء دون أن يتجاوزه إلى البت في أصل التزاع أو تأكيد المدعيون أو القول ببطلان الرسوم وبراءة الدمة أو تعميرها.

وقف العمل، الضار أي أن يمنع من مواصلة استعمال العلامة أو بيع البضاعة المقلدة

الاستعجمالي، وليس طبق إجراءات الأذى على عرضة، كما في صورة تعين المصنفي، ويكلّف كذلك
فاضياته له مهمة مراقبة عملية الائتمان. ويجوز للسجدة عند تعينه أن تشرط عليه إنجاز أعماله على
سبيل التفرغ دون مشاركته أي نشاط آخر ترى الله يبتغيه وطبيعة المأمورية المستدنة إليه ويفقظ التخصص
على شرط التفرغ بالمأمورية. ويحافظ المؤتمن العدل على المشترك الذي أوتمن عليه محافظة تامة
بما يوفر أكثر مفعلاً للمشترك والشركاء. ولله إنعام جميع أعمال الإدارة تحت مراقبة القاضي العراقي.
وللتفرغ يفرض على المؤتمن مسك دفتر مرقم ومرفع عليه من طرف القاضي العراقي ويضمّن به
جميع العمليات والتصورات المتعلقة بحملية الائتمان من تاريخ تعيينه إلى تاريخ انتهاء مهمته. وعلى
المؤتمن العدل أن يطلع القاضي العراقي على الدفتر شهرياً وكلما طلب منه ذلك، كما عليه تمكّن
الشركاء أو أي طرف له مصلحة من الاطلاع على الدفتر وتمكنهم من نسخة مصورة من البيانات
الواردة به إذا أذن لهم القاضي العراقي. ويطلب من المؤتمن العدل فتح حساب مالي خاص بالائتمان
يكون منفصلاً عن حسابه الشخصي. ويلتزم المؤتمن برقع تقرير للقاضي العراقي كل ثلاثة أشهر لبيان
سير الائتمان. ويحرر في النهاية تقريراً يضبط فيه الحالة التي آلت إليها الائتمان ويتضمن التقرير وجزءاً
كل عمليات الإيداع والسحب التي قام بها المؤتمن خلال فترة إنجازه للمأمورية، وعليه تأمين ما يبقى
من الأموال النابعة للائتمان بصدق الرواتب والأمائن مباشرة بعد طرح ما يلزم من مصاريف لإدارة
الائتمان ولا تصح إلا ياذن قضائي.

ونص الفصل 28 من القانون عدد ٦٧ لسنة ١٩٩٧ على أن الأحكام الواردة في باب المصنفي تطبق على المؤمن العدل، معنى ذلك أنه يدخل في مهام المؤمن العدل إعداد مشروع القسمة على نحو ما نقدمه في ملحق الإجراءات والمآل المذكور.

- واجبات الخبراء في التصفية والاتisman العدل: يتعين على المصنفي والمؤتمن أن يذكرا بالمطبوعات التابعة لهما الاسم واللقب والأشخاص ومحل المخابرة وأن يضعوا لافتة على محل مخابرتهما وأن يعلما بكل تغير لمحل المخابرة الوزير المكلف بالعدل: ولا يمكن لها طلب الإعفاء من المهمة المسئولة إليهما إلا لاستئناف قانوني أو تجريح قانوني أو غيره قبله وفي المحكمة، وعليهما الحضور كلما دعاهم القاضي. ويمكن للمحكمة أن تأخذ عند اكتشافها الحالة من حالات الخطأ الفادح أو التقاعس أو الاتجار بمحبب المأمورية التي كلف بها المخالف إلى أن يصدر قرار في شأنه. وإذا تغير على الخبراء إثبات أعماله لفترة أو عجز يمكن لمن يهتم الأمر أن يرفع طلبا إلى القاضي الذي عينه في اتجاه طلب تعويضه. وإذا لم يقتنم الطلب في أجل 15 يوما وعلم القاضي المراقب بذلك، يستدعي المعينين ويشير عليهم برفع الطلب، وإذا لم يحضر أحد يعلم القاضي المراقب رئيس المحكمة الذي يتولى مباشرة تعين من يقوم بالمهمة، وتلزم من وقع تعينه في أقرب وقت ممكن على تحرير تقرير ويودع بكتابة المحكمة لبيان الحالة التي وصل إليها المستشار.

وبقى التحاجير فاعلة في مواجهة المقصفي والمؤتمن العدل، فلا يجوز أن تنتقل لهما ملكية المتنابع فيه سواء مباشرة أو بواسطة الأقارب أو الزوجة، ويلزم كل منهما بالسر المهني والمحافظة على الوثائق التي تسلّمها ويلزمها بإرجاعها فور استيفاء الحاجة إليها. وإذا اضطربت الصورة الاتّلّاع على وثائق تحت يد القبر أو الإداري يلزمه الحصول على إذن مسبق يبيّن خاصّتها للإجراءات العادلة في باب الإذن على عريضة، ويلزم كذلك أن يحتفظ بنسخ من تقارير أعماله مدة عشر سنوات وعلى تسلّم نظير منها يأخذ من رئيس المحكمة.

ويshire المعنفي والمؤمن العدل في عملهما المرفظ على معنى الفصل 82 م.ج ويمكن أن تلخصهما التبعات الجزائية الداخلة في باب المخالفات التي يأتيها المرفظ، ولرئيس المحكمة إعلام النية المعمورة بمحيم ما وقف عليه منتجاوزات قد تنسى إلى الخير، إضافة بطبيعة الحال إلى ما ورد

أن المنع الولي طريقة من طرق التحفظ، بل إن المنع الولي هو أن يلزم المدعى عليه

أن يتضاد، فجاءت الأحكام واضحة في ذلك. حيث إن تعين المصنفي تبعاً لاذن رئيس المحكمة أصبح يتوقف على تعين قاضي مراقب تمهيد له مهمة مراقبة عملية القضية، ويجزئ للمحكمة عند تعينه أن تشتغل عليه إنجاز أعماله على سبل التغري دون مباشرة أي نشاط آخر ترى أنه يتافق وطبيعة المأمورية المسندة إليه ويعق الشعيب على شرط التغري بالمسؤولية، بل إن المصنفي يبقى خاضعاً لمراقبة المحكمة حتى لو لم تعينه المحكمة. فيتوى القاضي المراقب الأهلان على شفاعة المدعى على النافار التي يمسكها المصنفي المعين والثابت من احترام الإجراءات ومراجعة الحسابات من قبض ودفع ومتابة الأعمال والثابت من مدى مطابقتها الواقع، وهو الذي يأخذ بالتفويت في المكاسب عقاولاً كان أو معنولاً. وبفرض لغرض على المصنفي أن يقدم للقاضي المراقب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تكليفه كشفاً عاماً عن وضعية الشركة، ويفضّل هذا الكشف باسم المالك وأسماء الورثة ومنابعهم وجرداً كاماً للشركة وحملة اللبيون والرهون والالتزامات المتعلقة بالمكاسب، وينطلب من المصنفي أن يقدم للقاضي المراقب كل ثلاثة أشهر تقريراً في تقدّم أعماله التصفيفية. ويجب على المصنفي أن يعد مشروع قسمة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تعينه، ويمكن أن يمتد القاضي المراقب في هذا الأجل في صورة وجود سبب جدي. وبعد إتمام مشروع القسمة يرفعه المصنفي إلى القاضي المراقب الذي يستدعي كافة الورثة لحضوره على المرافقة على المشروع ويحاول تقرير وجهات النظر أكثر ما يمكن. وفي صورة عدم قابلية المشترك للقسمة أو عدم مصادقة الورثة أو الشركاء على مشروع القسمة المعد من طرف المصنفي وعدم توصل القاضي المراقب إلى الصالح بينهم تتعلق الإجراءات التصفيفية بسي من طالب الإذن أو من أحد الشركاء. أي أن الخيار يترك بذاته للورثة. وإذا أفضى أجل ستة أشهر من تاريخ تقديم مشروع القسمة أو استحالتها أو رفض المصادقة عليها من طرف الشركاء دون أن يقوم أحدهم بقضية في القسمة أو في التصفيف للبيع بحسب الحالات يتولى المصنفي مباشرة الإجراءات التصفيفية اللازمة وتستثنى تكاليف التقاضي من المال المشترك وتطبق بحسب الأصيـاه. وهو تجديد لم تأت به مجلة الحقوق العـربية وأتـي به القانون عدد ٧١ لسنة ١٩٩٧. فلم تبن الداعـرى القـضاـيـة مـلكـاً لـأـصـحـابـهـاـ، بل أحـالـهـاـ لـعـبـدـ حـكـمـ القـاتـونـ إلىـ المـصـنـفـيـ رـيـسـاـ بـسـبـبـ الـأـتـرـ الـاـقـصـادـيـ لـدـاعـىـ الـقـسـمـةـ، وـكـانـ لـلـمـشـرـعـ التـونـسـيـ نـظـرـةـ فـيـ أـنـ الـمـلـكـيـةـ الـفـرـديـةـ المـفـزـرـةـ هـيـ الدـائـعـ عـلـىـ التـشـمـيـةـ، فـخـرـ الخـروـجـ مـنـ جـالـةـ الـشـيـعـ حـتـىـ وـإـنـ كـانـ الـأـمـرـ غـصـباـ عـلـىـ الـوـرـثـةـ. وـيـاشـرـ المؤـقـنـ العـدـلـيـ مـهـامـهـ وـقـفـ الإـجـرـاءـاتـ الـوـارـدـةـ بـالـقـاتـونـ عـدـدـ ٢٢ـ لـسـنـةـ ١٩٩٧ـ وـطـيـقـ أـحـكـامـ مجلـةـ الـالـتزـامـاتـ وـالـعـقـودـ بـعـضـ الـقـصـوـلـ ١٠٤٣ـ إـلـىـ ١٠٥٣ـ يـسـتـأـسـ بـهـ عـادـةـ لـتـحـدـيـدـ النـظـامـ الـعـامـ فـيـ الـاتـسـانـ العـدـلـيـ، حيثـ إـنـ إـيـادـ الـأـشـيـاءـ الـمـتـبـازـعـ فـيـهـ يـدـ غـيرـ الـمـتـبـازـعـينـ يـعـيـرـ عـنـهـ عـدـلـاـ بـأـحـكـامـ الفـصـلـ ١٠٤٣ـ مـاـعـ بـالـتـوـقـيـفـ وـيـجـوزـ أـنـ يـكـونـ فـيـ الـمـقـرـلاتـ وـالـعـقـاراتـ وـحـكـمـ حـكـمـ الـرـوـضـةـ الـاـخـتـيـارـيـةـ (ـالـقـصـوـلـ ٩٩٥ـ إـلـىـ ١٠٤٢ـ مـاـعـ)ـ معـ خـصـوصـيـةـ ماـ جـاءـ فـيـ أـحـكـامـ فـيـ بـابـ تـوـقـيـفـ الـأـشـيـاءـ الـمـتـبـازـعـ فـيـهـ. فـيـجـوزـ أـنـ يـكـونـ التـكـلـيفـ بـتـوـقـيـفـ الـأـشـيـاءـ الـمـتـبـازـعـ فـيـهـ اـقـفـاـ اوـ قـسـاـ، وـمـلـطـلـوـبـ فـيـ التـوـقـيـفـ أـنـ يـحـفـظـ الـمـوقـفـ تـحـتـ يـدـ الـمـوـقـفـ وـأـنـ يـدـيـرـ شـوـرـونـ بـعـتـاءـ، وـيـجـوزـ بـعـدـ الـمـوقـفـ طـبـقـ الـإـجـرـاءـاتـ الـمـقـرـرـةـ بـمـجلـةـ الـمـرـاعـاتـ إـذـ كـانـ مـاـ يـخـشـيـ فـسـادـ يـادـنـ الـقـاضـيـ، وـيـتـقـلـ التـوـقـيـفـ عـلـىـ الـمـتـحـصـلـ مـنـ الـبـيـعـ. وـعـلـىـ الـمـوـقـفـ تـحـتـ يـدـهـ أـنـ يـرـجـعـ الـمـوـقـفـ، فـرـواـ لـمـ عـيـنـهـ لـهـ الـمـخـصـومـ أـوـ الـقـاضـيـ، وـفـيـ صـورـةـ إـذـ مـاـطـلـنـ فـيـ التـرـجـعـ عـلـىـ الـقـسـمانـ مـاـ يـبـشـرـ بـأـنـ الـأـمـرـ الـطـارـيـ وـالـقـوـةـ الـقـاهـرـةـ. وـيـجـبـ أـنـ يـقـدـمـ أـخـرـاـ حـسـابـاـ مـفـصـلاـ فـيـمـاـ قـبـصـهـ وـصـرـفـهـ مـعـ مـاـ يـؤـيـدـهـ مـنـ الـحـجـجـ

ووسائل عن كل تفصير خاصة إذا كان ماجوراً، وله أن يطالب بأجره وما صرفه.
ولذا كانت مجلة الالتراتامات والمقدمة قد أشارت إلى توقيف المتأذى في قضاء، فإن الاتمام
العدلية مناط القانون عدد 71 لسنة 1997 هو توقيف المتأذى في قضاء، وجاءت الأحكام خاصة في
طريقة تحكيم المؤمنين وطريقة مراقبته. فيتوبي رئيس المحكمة تعين طبقاً لإجراءات القضاء

وقد جاء الإجراء في باب براءة الاختراع وحماية علامات الصنع والتجارة

الآخرين يفرضها، إذا كان من شأن الموافقة على هذه الطلبات، انطلاقاً من العبارات المنسوبة في البحث، أن تؤدي إلى استثناء هذه الواقع، إلا إذا كان من شأن هذا الرفض أن يعرض المحرك إلى التسببات المتصورة عليها بالقانون الفرنسي.

وأعيد نشر القضية من جديد أمام القاضي الاستعجمالي بتاريخ 11 أوت 2000، ودفع محرك البحث yahoo بعدم الاختصاص وبصعوبة تثبيت القرار الصادر بتاريخ 22 ماي 2000، بدعوى أن قطع الخدمات لا يمكن أن يقع إلا على مستوى خدمات الدخول. ولم تفتح المحكمة بدفعات المحرك، وأتخذت قراراً استعجمالياً بتاريخ 11 أوت 2000 يقضي بتعيين عدد من الخبراء المشهورين في مجال المعلوماتية، وضفت لهم مهامهم في اتجاه توضيح المسائل الفنية وبيان إن كان من الممكن للمردود أن يقطع الوصول إلى هذه الواقع على المواطن الفرنسي. وفعلاً تقرر الخبراء تقريراً يأكثر من 116 صفحة، وجاء في خلاصته أن عنوان IP، وهو العنوان الذي يعرف بهوية الحاسوب، والذي يسنده مزود الدخول إلى كل مستعمل، يسمح بدرجة كبيرة وإلى حدود 70 بالمائة أو 90 بالمائة بأن يعرف بالمكان الجغرافي للمستعمل، وبالتالي يمكن لمحرك البحث أن يعلم بمكان المستعمل عندهما تأثيره طلبات البحث، ويمكنه عندئذ أن لا يستجيب لطلب البحث إذا تحقق من الهوية الفرنسية للطلاب ومن موضوع الطلب.

وفي يوم 20 نوفمبر 2000 انعقدت الجلسة الاستعجمالية من جديد، وبعد أن أجبت على مسائل تتعلق بالخصوصيات، وتعرّضت لنتيجة الاختبار الفني وذكرت بالشواهد أي الحكم الاستعجمالي الصادر بتاريخ 22 ماي 2000 والحكم الاستعجمالي الصادر بتاريخ 11 أوت 2000، وبعد أن لاحظت أنه يمكن انطلاقاً من عنوان IP تحديد الموقع الجغرافي، ألزمت محرك البحث بأن يقيّد بمحظوظ الحكم الصادر بتاريخ 22 ماي 2000، أي يقطع البحث كلما دلّ العنوان على وجود الحاسوب بالتراب الفرنسي، وفي أجل لا يتتجاوز ثلاثة أشهر بعد إعلامها بهذا القرار، تحت طائلة غرامة تهديدية يمكن أن تلحق به عن كل يوم تأخير.

وليس قضية yahoo كما يسوقها إلا مثالاً عن الإجراءات التي أذن بها في مواجهة مزود البحث، وإنما هي قضية الاستعجمالية، وكان القاضي الاستعجمالي يأمر في كل مرة يقطع الطلبات في حدود الإمكانيات الفنية، والأمثلة كثيرة، وكان القاضي الاستعجمالي يأمر في كل مرة يقطع الطلبات تحت طائلة الغرامة التهديدية، خاصة بعد أن تأكدت المحاكم من أنّ عنوان IP يمكن من تحديد هوية المستعمل. وذهبت القرارات الأولى إلى حد الإذن بنشر مضمون الأحكام على صفحات الواب، وتقطيم الروابط الازمة لنشره.

ولم يبق مزود الدخول والإيزياد بعيدين عن هذا التزاع، بل إنهمما الأقرب في المسألة، وربما أحسن مثال في ذلك هي قضية accuse بتاريخ 30 أكتوبر 2001، وترشد وقائع قضية إلى وجود موقع شخص ياري في هذا التاريخ لم يتردد القضاة الاستعجمالي في مواجهة الديانات، وقد تم إيوانه من طرف مزود إيوان موجود بالولايات بعض المفاهيم المتصورة في مواجهة الديانات، وقد تم إيوانه من طرف مزود إيوان موجود بالولايات المتحدة الأمريكية. وبعد علة محاولات يجنب هذا المزود بهدف إسقاط هذا الإيزياد، انتهت بالفشل، استقرّ الرأي على أن مزود الدخول الوطني، مكان جصول القرقر، هو الوحيدة الذي يمكنه ضبط هذا المحترى المخالف وقطع الوصول إليه. وعلى ضوء ذلك قامت جمعية accuse، وهي جمعية تناهض الأذعاء ضدّ الشامية، بامتداده مزود الدخول الموجود على التراب الفرنسي لمطالبه بقطع الوصول إلى هذا المحترى مع التغريم. وقد تدخلت أكثر من جمعية في هذا الطلب وأيدت الدعوى.

وأجاب المدعى عليه أنه ليس إلا مزود دخول لا يتجاوز مهمته خدمة الرابط، وليس له علاقة بالمحترى المخالف، ثم إن هذا المحترى موجه إلى غير الفرنسيين، وقد تم إيوانه بالبلاد الأمريكية. وبعد طلب الإيقادات الازمة حول هوية أصحاب المحترى، والوقف على آراء الفئتين، والتتأكد من عدم شرعية الخدمات المخدوش فيها، وأمرت المحرك على وجه الخصوص بأن لا يستجيب لطلبات مستعمل.

على سبيل المثال دون أن توضع هذه العلامة أو البضاعة تحت نظام الائتمان.

والحقيقة أن هذه الطرق الاستعجمالية ليست خاصة بحقوق الملكية الصناعية بل إنها معتمدة مدنياً وجزائرياً في أكثر من صورة⁽¹⁾ وقد أصبحت طريقة المنهج المؤقت لمواصلة الأعمال مميزة بالنسبة إلى الاعتداءات المسلطة على حقوق الملكية الفكرية خاصة بواسطة وسائل الاتصال الحديثة⁽²⁾.

بالقانون عدد 71 لسنة 1997. فقد اعتبر عدم مسك دفتر المحاسبة من قبل المؤمن وعلم فتح حساب خاص وعدم تأمين ما تبقى من مال بالخزينة عند انتهاء المهمة وشراء المتنازع فيه ومخالفة الأجال الواردة بالقانون جرائم يندرج عنها عقوبات جزائية تستثل في خطابها.

ويقى كل منها مسؤولاً عن خطط الشخصي بمناسبة مباشرة له مهمته وفقاً لقواعد القانون العام، أي أن يسأل تقصيرها وطالباً بالتعويض. وكل إخلال بواجب المهمة يترتب عنه إما الإنذار الذي يسلطه الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الكائن بدارتها مكتب المعنى بالأمر أو الشطب من القائمة الذي يترره وزير العدل وذلك بعد أن يطلب من المعنى تقديم ما له من ملحوظات كتابية.

(1) الفصلان 125 و 201 م.م.ت على سبيل المثال.

(2) استقر الرأي منذ مدة على أن الاعتداءات التي يشتبّب فيها المتذرعون في إطار التطبيقات المعلوماتية وخدماتها، فيها شيء من الخطورة، وتدرج ضمن حالات التأكيد التي تتطلب تعطيل الإجراءات الاستعجمالية، علماً أنه يقع النظر استعجمالياً وبصفة مؤقتة في جميع حالات التأكيد بدون مساس بالأصل. ورغم الاتجاهات المعنزة التي رفضت التجربة إلى الاجراءات الاستعجمالية بعلة أنه لا يمكن النظر في مثل هذه القضايا دون الساس بالأصل، فالاتجاه العام هو قبول مثل هذه الدعاوى. وليس في ذلك استثناء للقاعدة. لكن الأمر الملفت إلى الانتباه هو منظومة القرارات التي يأخذ إليها القاضي الاستعجمالي. ويبدو القرار الذي اتخذه المحكمة التجارية بباريس منذ 1997 :

T.com.paris, ord.ref.3 mars 1997 jcp 1997, ed , G, 2-22840, note Frédérique Olivier et Eric Barbry.

معززاً في هذا الباب، وكان من القرارات الأوائل، حيث رغم أن القضية كانت تتعلق بعرض برامجيات على شبكة الآخرين دون موافقة صاحبها، وكان الجزاء المناسب هو توسيع الضور ومنع استعمال المصنف، إذا طرحت القضية أمام قضاة الأصل، إلا أن المحكمة راعت الجوانب الفنية للمعلوماتية وألزمت المطلوب بإجراء الإشهار على صفحة الاستقبال للمطلوب طيلة ستة أشهر، على أن يحدّد مضمون هذا الإشهار اتفاقاً بين الطرفين، مع تنظيم الروابط الضرورية في اتجاه موقع الشركة المتصورة، ونشر الحكم بصفحة الاستقالة.

ومع ذلك التاريخ لم يتردد القضاة الاستعجمالي في تصور القرارات المناسبة والناجحة في مواجهة التطبيقات والخدمات المضرة، ولو أدى الأمر في بعض الأحيان إلى الخوض في مسائل تتعلق بالأصل في عدة جوانب منها. والحقيقة أن معظم القضايا المعلوماتية مرت بالضرورة أمام القضاة الاستعجمالي. Voir : Laurence Tellier-Loniewski, Cyril Rojinsky, Laurent Masson ; contrefaçon et droit d'auteur.

في شهر ماي من عام 2000 طالبت الجامعة الدولية ضد العنصرية مقاضاة محرك البحث yahoo باعتباره يأوي صفحات لها علاقة بالنازية والسيز العنصري، وانتهت الأمر إلى نشر الطلب أمام القضاء الاستعجمالي الفرنسي بالمحكمة الابتدائية بباريس التي أصدرت قرارها الأول بتاريخ 22 ماي 2000 باليارم محرك البحث باتخاذ جميع الإجراءات الممكنة التي من شأنها أن تمنع الوصول إلى استشارات الخدمات المخدوش فيها، وأمرت المحرك على وجه الخصوص بأن لا يستجيب لطلبات مستعمل.

والخدمات، لكنه لا شيء يمنع سحبه على يقية الحقوق الصناعية.

+ التدابير الحدودية: التدابير الحدودية لها إجراءات خاصة وطبيعة مميزة.

إجراءات التدابير الحدودية: المخاص في الملكية الصناعية هو ما أوفره المشرع في

باب التدابير الحدودية، ربما بسبب ما يهدد هذه الحقوق من اعتداء، فجاءت إجراءات

خاصة في المراقبة الديوانية، وقد أورد المشرع هذه التدابير في جميع نصوص الملكية

الصناعية تناصقاً مع التوجّه العام الدولي في الحماية وخاصة منذ سنة 1994 تاريخ

الموافقة على الجوانب الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة⁽¹⁾.

وتلخص هذه التدابير الحدودية في تدخل الأجهزة الديوانية في اتجاه تعليق

إجراءات التوريد وحجز البضاعة الموردة وتمكين صاحب الحق من التماس القضاء

لاستصدار حكم في معايير حقه واتخاذ قرار في شأن المحجوز. حيث مكن لصاحب

الحق أو لمن انجر له حق منه إذا ما توفرت لديه أدلة جدية على وجود عملية توريد

لمتاجرات مقلدة أن يقدم لمصالح الديوانة مطلبًا كتابياً في تعليق الإجراءات الديوانية

الخاصة بتوريد تلك المتاجرات. ويجب أن يقدم مطلبًا في ذلك بين فيه طبيعة حقه

ويقدم جميع الإرشادات التي تدل على البضاعة الموردة. وتفصيل مصالح الديوانة هذا

المطلب وتعلمته فوراً وكتابياً بالمقرر المستخد़ الذي يجب أن يكون معللاً.

محظى الموقع والمعزف على هوية أحد المشاركون في تحرير المحتوى، وهو موجود بالبلاد الفرنسية، رأت المحكمة أن الإجراء المناسب يجب أن يتخذ ضدّ الفاعل الأصلي صاحب المحتوى وضدّ مزود الإيّار، وإن كان خارج البلاد. ورغم أن القوانين لا تلزم مزود الدخول بأكثر من مهمة الربط، فإنه يمكنه أن لا يسمح بالترتبط إلا في إطار الحفاظ على سلامة هذه الشبكة. وأكّدت المحكمة أنَّ الإجرام المعلوماتي لا يمكن أن يُفي بذاته عقاب بالرغم من الناقص الذي ترتبط بهم السيطرة على المعلومات من جهة واحدة وانتشار الفاعلين في أكثر من بلاد، عسى أن لا تبقى الشبكات المفتوحة مرتعاً للمجرمين، وأن لا يتهموا بواقف السماع في انتشار الجريمة.

ولهذا الغرض قرر القاضي دعوة مزود الإيّار إلى إنهاء الأضرار التي لحقت بالمتهم في أجل عشرة أيام من تاريخ إعلامه بالقرار، وألزمت المشارك في إعداد المحتوى بمنع إشارة هذه الصفحات بجميع الوسائل، تحت طائلة الغرامة التهديدية، وتركت الحرمة لمزودي الدخول، بالتعاون مع جمعية مزودي الدخول، في تقدير الوسائل الممكنة فيما في امتداد (أو تفعيل) قرار المحكمة حول عدم شرعية الموضع الزراعي.

يراجع في جميع ذلك، على كحلون، المسؤولية المعلوماتية، المرجع السابق، ص. 276. باءـ.

(1) الحصول من 91 إلى 99 من القانون عدد 84 لسنة 2009 مؤرخ في 24 آب 2000 المتعلق ببراءات الاختراع وكذلك الفصول من 31 إلى 408 من القانون عدد 23 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فبراير 2001 المتعلق بحماية الرسوم والنتائج الصناعية وكذلك الفصول من 39 إلى آخره من القانون عدد 20 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فبراير 2001 المتعلق بحماية التصميمات الشكلية للدوات المتكاملة والالفصل من 55 إلى 56 من القانون عدد 36 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أفريل 2001 المتعلق بحماية علامات الصناع والتجارة والخدمات.

فقد ترفض الإدارة هذا الطلب كما يمكن أن تقبله، وإذا قبلته فيإمكانها أن تلزم الطالب ب تقديم ضمان مالي يخصص لخلاص المصاري夫 التي قد يستوجبها بقاء المتاجرات تحت مراقبة الديوانة. ويتبع عن قبول القرار حبس المتاجرات إذا تبين لها بعد المعاينة مطابقتها لما هو مضمون بالمطلب وعند الاقتضاء بعد مراجعة الطالب. ويحرر في ذلك تقرير مفصل.

والغاية الأساسية من هذا الحبس هو تمكين مصالح الديوانة من توقيف إتمام العمليات الديوانية وتمكن صاحب الحق من جمع وسائل الإثبات والقيام بالدعوى المناسبة لتحديد مآل البضاعة المقلدة، حيث تتولى مصالح الديوانة إعلام الطالب والمورد بعملية الحبس فوراً وتمكنهما من فحص المتاجرات المحبوسة وأخذ عينات منها للقيام بما يلزم من تجارب وتحاليل لمعرفة ما إذا كانت هذه المتاجرات مقلدة وذلك وفقاً لمقتضيات مجلة الديوانة دون الإخلال بمبدأ سرية المعلومات⁽¹⁾. ولغاية تمكن الطالب من القيام بدعوى أمام المحكمة يمكن لمصالح الديوانة إعلامه باسمه وعنوان المصدر والمورد والمرسل إليه إذا كانوا معروفين لديها وكذلك كمية المتاجرات موضوع المطلب وذلك بموجب إذن على عريضة.

ويقع الحبس ساريا 10 أيام قابلة للتتجديد لنفس المدة من قبل رئيس مكتب الديوانة وعلى الطالب أن يقدم شهادة تشرد تنشر دعوى جزائية أو مدنية في الغرض حتى يبقى الحبس ساريا حيث يرفع قانوناً حبس المتاجرات ويشرط إتمام كل الإجراءات الديوانية إذا لم يثبت الطالب لمصالح الديوانة في أجل عشرة أيام، قابلة للتتجديد مرّة واحدة لنفس الأجل، بداية من تاريخ الإعلام بالحبس أنه قام بدعوى مدنية أو جزائية لدى المحكمة المختصة. ويشرط كذلك أن يؤمّن الطالب طبق الإجراءات القضائية التحفظية ضماناً كافياً لتغطية مسئوليته تجاه الأشخاص المعنيين. وتضبط المحكمة المتعهدة مقدار الضمان.

ويمكن كذلك أن يحصل المالك أو المورد أو المرسل إليه المتاج على رفع الحبس على المتاجرات موضوع الدعوى مقابل إيداع ضمان مالي يضبط مقداره من قبل المحكمة ويكون كافياً لحماية مصالح الطالب شريطة إتمام كل الإجراءات الديوانية.

وفي جميع الصور يجب على المصالح الديوانية إعلام المالك والمورد والمرسل إليه وكذلك الطالب فوراً برفع الحبس عن المتاج.

وإذا لم يرفع الحبس تتعهد المحكمة من حيث الأصل في مكان المحجوز وإذا ثبت بمقتضى حكم أحرز قوة اتصال القضاء أن المتاجرات مقلدة فإن السلطة القضائية تحدد

(1) القانون عدد 34 لسنة 2008 المؤرخ في 2 حزان 2008 المتعلق بإصدار مجلة الديوانة، وقد ألغى هذا القانون التشريع الديواني السابق المنظم بموجب الأمر العلي المؤرخ في 29 ديسمبر 1955.

إذا أخذنا بمحاجبات الاجراءات الجزائية فهو حجز يسبق نشر القضية الجزائية سنته هذا النص الخاص، حيث إن النصوص العامة لا تجيز الحجز في غياب حالة التلبس إلا في حالة خطير ملحوظ⁽¹⁾.

في حالة حصر حكم .
والواضح من خلال النصوص الملكية الصناعية أن أعمال الديوانة تبقى خاصة
إلى مراقبة جهة القضاء العدلي ، فحتى في صورة رفض إدارة الديوانة إجراء الحجز أو
الحبس فإنه من الممكن الالتجاء إلى القضاء الاستعجالي لإلزامها بما يلزم . فطالما
أن القضاء العدلي هو المختص بتحديد قيمة الضمان وهو المتبع بالقضية أصلا فلا
شيء يبرر عنه هذا الاختصاص في حالة الإذن بإجراء الحجز أو الحبس . ولكن النقاش
طرح في إمكانية التماطل القضاء الإداري في أكثر من صورة خاصة في حالة رفض إدارة
الديوانة إجراء الحجز أو الحبس .

ويقى الهدف الأساسي من هذا الإجراء هو وقف الاعتداء مؤقتاً إلى حين استصدار حكم في الفرض وضمان التعويضات للمتضررين عند الاقضاء، لذلك كان هذا الإجراء ضعف الاحتياط الأولي للقضاء أو الوقاية.

-الجزاء المدني والجزائي: أوردت جميع نصوص الملكية الصناعية أن الجزاء يمكن أن يكون على المستوى الجزائري والمصري المدني.

الجنس وشروط ممارسته، باشراطه الاذن في جميع الصور. غير أن المشرع اشترط صراحة الاذن في بعض الصور الخاصة لقيام الجنس مثل قانون عنول الإشهاد وعدول التنفيذ وقانون المحاماة وقانون المصنفين والخبراء، لكن البعض لا يرى في هذا الاجراء المتصور عليه بالقوانين الخاصة ممارسة لعنة الجنس، بالمعنى الدقيق للكلمة في مفهومه العيني.

لحق العبس بالمعنى الدقيق للكلمة في مفهومه المبني،
وإذا قام حق العبس قانوناً يجوز للمحكمة أن تأمر ب رد الأشياء المحبوبة عند الدائن إذا عرض المدين
أن يروع عنده ميلغاً أو شيئاً يعادله أو أن يؤمن المبلغ الذي أدعى به الدائن إلى فصل الخصم بينهما،
وإذالم يقع الوفاء بالدين وأنذر المدين فللذين آتياً مالاً المحكمة في بيع ما احتجت به توقية لخلاص
دينه من الثمن قبل غيره من الدائنين، ويكون البيع طبق الإجراءات المبينة بمجلة المرافعات المدنية،
ويُسْرَعُ الانتهاءُ بحقِّ العبس على الدائنين وعلى من انجز له حقٌّ من المدين كلما ساء الاحتجاج
بنـلـكـ الـحـقـ عـلـىـ الـمـدـيـنـ،ـ لـكـنـ مـجـلـةـ الـالـتـرـامـاتـ وـالـعـقـودـ لـمـ تـعـدـ بـدـقـةـ أـضـلـالـةـ حـقـ العـبـسـ فـيـ مـواجهـةـ
الـدـائـنـ الـمـرـفـقـهـ وـضـاحـعـ بـحـقـ الـامـيـازـ،ـ لـذـكـ ذـعـ اـتـجـاهـ اـوـلـ إـلـىـ اـنـ حـقـ العـبـسـ وـيـاعـتـبارـهـ سـيـطـرـةـ قـبـلـةـ
يـقـدـمـ عـلـىـ الـامـيـازـ وـالـرـهـنـ،ـ وـالـحـقـيـقـةـ أـنـ أـضـلـالـةـ حـقـ العـبـسـ لـاـ تـصـحـ أـلـاـ فـيـ مـواجهـةـ الـدـائـنـ الـعـادـيـنـ
لـأـنـ الفـصـولـ 322ـ وـ323ـ وـ324ـ مـاـعـ لـمـ تـحـدـدـ إـلـاـ عـنـ الدـائـنـ وـالـمـقـنـعـ بـذـلـكـ الـدـائـنـ الـعـادـيـنـ لـأـنـ
غـيرـ ثـمـ إـنـ الـفـصـلـ 193ـ مـحـ.ـعـ أـورـدـ التـرـيـبـ فـيـ التـقـضـيـ فـيـ شـارـيـاتـ الـامـيـازـ بـداـيـةـ تـمـ إـلـىـ الـرـهـنـ وـنـهاـيـةـ
إـلـىـ حـقـ العـبـسـ،ـ فـيـقـدـمـ بـذـلـكـ الـامـيـازـ وـالـرـهـنـ عـلـىـ حـقـ العـبـسـ،ـ وـيـقـنـعـ حـقـ العـبـسـ مـقـدـمـاـ عـلـىـ الدـائـنـ
الـعـادـيـ،ـ فـيـ التـقـضـيـاـ.

العامي في التفصيل.
على كحالون: أستكم الالتزام، نشر مجمع الأطرش للكتاب المخصص، 2009.
(١) الفصول ٩٧ إلى ١٠٠ من مجلة الإجراءات الجزائية.

ماك هذه المنتجات إما بخلافها تحت رقابة مصالح الديوانية أو باستثنائها من الترخيص التجاري شريطة لا يلحق ضرر بحقوق صاحب الرأمة.

ويذكر أنَّ مصالح الديوانة يمكن أن تقوم من تلقاء نفسها ودون طلب من المتضرر بتعليق الإجراءات الديوانية الخاصة بتوريد المنتجات يفترض أنها مقلدة. وفي هذه الصورة تعلم مصالح الديوانة فوراً صاحب الحق أو من اتى به حق منه وتطبق وجوباً إجراءات التدابير الديوانية كما تم بيانها. ولا يمكن بأي حال من الأحوال تحمل مصالح الديوانة أية مسؤولية إذا لم توصل إلى التعرف على المنتجات التي يفترض أنها مقلدة. على أنَّ التدابير الحدودية لا تطبق على المنتجات التي لا تكتسي طابعاً تجاريَاً والموجودة ضمن الأمتعة الشخصية للمسافرين وذلك في حدود الكميات المضبوطة بالقوانين والتراتيب الجاري بها العمل.

طبيعة التدابير الحدودية: الواضح أن التدابير الحدودية إجراء وقائي، فهو حجز للبضاعة إذا سلك المتضرر الطريق الجزائري وهو حبس إذا سلك الطريق المدني، ولذلك ترددت التصوّص بين مفهومي الحبس والاحتجاز.

ولكن هذا الجبس على معنى قوانين الملكية الصناعية هو جبس من نوع خاص ذلك أن حق الجبس تجاوزا الطبيعة العينية أو الشخصية إجراء يمكن الدائين من جبس المتفق أو العقار التابع للمدين بهدف بيعه واستخلاص الدين إذا لم يف المدين بما عليه بعد استئذان المحكمة في ذلك. ولكن الجبس على معنى هذه التدابير هو جبس تحت أيدي المصالح الديوانية، وليس له علاقة بالمفهوم العام لحق الجبس⁽¹⁾. وهو بذلك يقترب من نظام التوفيق أو الاتئمان على ما نقدم من شرح.

(١) يُعد حق العبس ضمن الحقوق العينية التبعية على معنى الفصل ١٩٣ م.ح.ع وإن لم يرد ذكره بالفصل ١٢ م.ح.ع، لأنَّ فيه معنى التبعي والأفضلية، فيمكن استرداد الشيء إذا أخذ منه خفية وذلك هو معنى التبعي، ويتحقق بحق العبس على الذاتيين، وذلك هو معنى الأفضلية. لكنَّ جانباً من الفقه يرى أنَّ حق العبس يعتبر حقاً شخصياً، باعتباره يهدى وسيلة يحصل بها المحافظة على الضمان العام مثل الدعاوى البللانية أو المنحرفة أو غير المباشرة على معنى الفصل ٣٠٦ م.ح.ع وما بعد والعريون على معنى الفصول ٣٠٣ وما بعد م.ح.ع. ومن هذه الناحية فقط يجوز اعتبار العبس ضمن وسائل المحافظة على الضمان العام، ولربما كان ذلك هو السبب في عدم الإشارة إلى حق العبس بالفصل ١٢ م.ح.ع. وجاءت أحکامه فضلة بالفصل ٣٠٩ إلى ٣٢٤ م.ح.ع، وفي عدّة فصول متاثرة بمجلة الالتزامات والعقود وخاصة منها ما يتعلق بعقد البيع وعقد الكراء وغيرهما. وصورة أنه يحبس الذائن العقار أو المتنقل التابع للذين إلى أن يستخلص ديه، وعزّفه الفصل ٣٠٩ م.ح.ع. بأنه «الحق في حوز الشيء الذي يملكه المدين حتى يزدّي ماعليه للذائن ولا يجري العمل به إلا في الأحوال التي خصّصها القانون». ويشترط في حق العبس أن يكون الشيء في حوز الذائن وأن يكون أهل الدين قد حلّ وأن يكون الذين نشأوا من معاملات بين الذائن والمدين أو تولّد من الشيء المراد بهه وأن يكون الشيء تابعاً للمدين، فلا يجوز حبس مال الغير. ولا يوجب حق العبس إذن القاضي في قيامه وتكوينه، بل يشترط الإذن في بيع الشيء على معنى الفصل ٣٢٣ م.ح.ع. لكنَّ فقه القضاء كثيراً ما يخالط بين شروط قيام حق

لها حق الاجتهاد في مآل الشككي، وإذا ما نشرت من الممكن أن تثار عدّة مسائل أولية زرّماً توقف التبعات، وليس من الضروري حضور الشاككي أو المشتكى به بالجلسات طالما أُذن سند الشككي هو طلب المتضرر، ولهذا الأخير إثبات التقليد بجمع الوسائل وليس في ذلك طريقة مخصوصة إلا إذا باادر المتضرر إلى تفعيل الوسائل الاستعجالية أو أنه يمكن له اختبار المقلد فإنه من الممكن بطبيعة الحال أن ينفع بنتائج تلك الإجراءات في إثبات الدعوى.

ولا يحمل المشتكى به وزر الإثبات إلا بطريقة استثنائية كما في صورة «إذا كان موضوع البراءة طريقة صنع متوجّف فإن المحكمة هي التي تأمر المدعى عليه بإثبات أن طريقة الصنع المستعملة للحصول على نفس المنتج تختلف عن طريقة الصنع المحمية 2007، فلم يرد به ذكر لضرورة أن يشار التبع من قبل المتضرر وأطّلب في بيان الطرق الأولوية في البحث على مستوى هياكل البحث والأعمال التي يمكن أن تنجذب من قبّلهم بما في ذلك طريقة وإجراءات حجز البضاعة المقلدة، ربما بسبب أهمية التقليد في العلامات وأثارها السيئة اقتصادياً وكثرة تداوله من حيث الواقع»⁽¹⁾.

على أن الشاككي من الممكن أن يتراجع عن الشكاكية في كل وقت فتقضي الدعوى العمومية. وتسقط دعاوى التقليد المنصوص عليها بهذا القانون بمدّة ثلاث سنوات من تاريخ حدوث أعمال التقليد التي كانت سبباً لها.

وقد وردت على مستوى القانون عدد 36 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أبريل 2001 المتعلق بحماية علامات الصناع والتجارة والخدمات كما هو متوجّف بموجب القانون عدد 50 لسنة 2007 المؤرخ في 23 جويلية 2007 بعض الخصوصيات الإجرائية وهو أن المشرع أغفل الإشارة صراحة إلى توقف الدعوى على سبق الشككي من المتضرر، ولو أن القاعدة العامة في السقوط بقيت هي نفسها وهو أن دعوى التقليد تسقط بمضي ثلاث سنوات من تاريخ حدوث العمل المكون للتقليد.

ذلك يعني أنّ النيابة العمومية من الممكن أن تثير الدعوى العمومية دون سبق الشككي من المتضرر ربما بسبب خطورة هذه الجرائم وضرورة التحرّك السريع لتلافي أضرار هذه الجريمة. ولهذا الغرض تدخل المشرع سنة 2007 لفرض آليات إجرائية جديدة في اتجاه تحديد أجهزة البحث على مستوى مرحلة البحث الأولى وفصل الاختصاص بين الأجهزة المتداخلة وبين الأعمال التي يمكن أن تأثيرها خلال هذه المرحلة.

(1) الفصل 85 من قانون البراءة.

+ جزائياً : لا بدّ من التعرّض للمسائل الإجرائية قبل الحديث عن أصل العجزاء، وإن في ذلك خصوصية تميّز بها قضايا الملكية الصناعية.

من حيث الإجراءات : جريمة التقليد لها بعض الخصوصيات على مستوى الإجراءات، ولعلّ من أهمّها أنّ النيابة العمومية لا تثير الدعوى العمومية إلا بطلب من المتضرر وما يتبع ذلك من آثار. ولكن الدعوى فيها تبقى دعوى جزائية بالرغم من ذلك، وما إن تعهد النيابة العمومية بها حتى يصبح ممارستها طبق القانون⁽²⁾.

غير أنّ القانون عدد 36 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أبريل 2001 المتعلق بحماية علامات الصناع والتجارة والخدمات أورد بعض الخصوصيات خاصة بعد تنقيح هذا القانون سنة 2007 بموجب القانون عدد 50 لسنة 2007 المؤرخ في 23 جويلية 2007، فلم يرد به ذكر لضرورة أن يشار التبع من قبل المتضرر وأطّلب في بيان الطرق الأولوية في البحث على مستوى هياكل البحث والأعمال التي يمكن أن تنجذب من قبّلهم بما في ذلك طريقة وإجراءات حجز البضاعة المقلدة، ربما بسبب أهمية التقليد في العلامات وأثارها السيئة اقتصادياً وكثرة تداوله من حيث الواقع»⁽³⁾.

فعلى مستوى القانون عدد 84 لسنة 2000 مؤرخ في 24 أوت 2000 المتعلق ببراءات الاختراع نص المشرع صراحة على أنه لا يمكن للنيابة العمومية القيام بالتبعات إلا على أساس شكوى صادرة عن الطرف المتضرر⁽⁴⁾ وأن دعاوى التقليد فيها تسقط بمدّة ثلاث سنوات من تاريخ حدوث الأفعال المنسوبة لها⁽⁵⁾.

وأورد القانون الخاص بحماية التصميمات الشكلية للدواوين المكتملة نفس المبادئ⁽⁶⁾. ونفس الرأي اعتمد المشرع بالنسبة إلى القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001 المتعلق بحماية الرسوم والشواهد الصناعية.

ذلك يعني أنّ النيابة العمومية لا يمكن لها القيام بالتبعات إلا على أساس شكوى صادرة عن الطرف المتضرر، فليس للنيابة العمومية أن تثير الدعوى من تلقاء نفسها بل يعود للشاككي وهو كلّ من تضرر من التقليد أن يرفع الأمر إلى النيابة العمومية التي يبقى

(1) علي كحليون: دروس في الإجراءات الجزائية، مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2010.
علي كحليون: التعليق على مجلة الإجراءات الجزائية التونسية، مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2010.

(2) مثل هذه الملاحظات وردت بالقرير الختامي للمؤتمر الدولي حول الملكية الفكرية، الواقع بتونس أيام 20 و 21 أبريل 2007، أعمال الملتقى منشورة بالقضاء والشريعة جانفي 2008، ص. 224. وربما كان هو السبب الذي دفع المشرع إلى تنقيح القانون عدد 36 لسنة 2001 أشهر بعد انعقاد المؤتمر.

(3) الفصل 83 من قانون البراءة.

(4) الفصل 88 من القانون.

(5) الفصل 34 من القانون عدد 20 لسنة 2001، سبق ذكره.

التابع. وكان من المفروض في مثل هذه الحالة أن تقضي المحكمة بعدم سماع الدعوى الجزائية وليس ببيان الإجراءات⁽¹⁾.

وتبرأ الخصوصية كذلك على مستوى أصل العقوبة حيث إن العقوبات تبقى في مستوى الخطأ إلا في حالة العود، على أن المحكمة من الممكن أن تصرح بعض العقوبات التكميلية إلى جانب العقوبات الأصلية.

فعلى مستوى القانون عدد 84 لسنة 2000 مورخ في 24 أوت 2000 المتعلق ببراءات الاحتراع يعاقب مرتكب التقليد بخطية تراوح بين خمسة آلاف وخمسين ألف دينار، وفي صورة العود يمكن الحكم بالسجن من شهر إلى سنة أشهر وذلك بقطع النظر عن الحكم بالخطية التي ترفع إلى الضعف⁽²⁾.

وأورد المشرع عقوبة خاصة لمن ينسب نفسه بدون حق براءة احتراع وهي من قبيل انتقال الصفة حيث يعاقب بخطية تراوح بين ألف وخمسة آلاف دينار كل من ينسب إلى نفسه بدون حق مطلب براءة أو براءة وتضاعف الخطية عند العود⁽³⁾.

وعلى مستوى القانون عدد 21 لسنة 2001 المورخ في 5 فيفري 2001 المتعلق بحماية الرسوم والتماثيج الصناعية يعاقب كل من يعمد التعدي على تلك الحقوق بخطية تراوح بين خمسة آلاف وخمسين ألف دينار، كما يمكن للمحكمة أن تأخذ بتعليق نص الحكم القاضي بالعقوبة بالأماكن التي تحددها وبنشره كاملاً أو جزئياً بالصحف التي تبيّنها وذلك على نفقة المحكوم عليه.

ويعاقب بخطية تراوح بين ألف وخمسة آلاف دينار كل من يضع إشارة على وثائقه التجارية أو إعلاناته أو منتجاته توهّم بأن رسمياً أو نموذجاً صناعياً أودع بموجب هذا القانون في حين أن هذا الإيداع لم يتم أو قع إلهاوه أو انقضت مدة. وفي صورة العود ترفع الخطية إلى الضعف مع إمكانية الحكم بالسجن لمدة تراوح بين شهر وستة أشهر، ويمكن للمحكمة في حالة الحكم بالإدانة أن تأخذ بحجز الأدوات التي استعملت في صناعة الأشياء محل النزاع.

وعلى مستوى القانون عدد 36 لسنة 2001 المورخ في 17 أفريل 2001 المتعلق بحماية علامات الصناع والتجارة والخدمات كما هو منفتح بموجب القانون عدد 50 لسنة 2007 يعاقب بخطية تراوح بين عشرة

فعلى مستوى هيأكل البحث خصّ أعيان الديوانة دون غيرهم بالبحث في جوهرة توقييد سلع تحمل علامة مقلدة، ربما بسبب اختصاص أعيان الديوانة في ذلك واستبعاد فرضية تعدد جهات البحث، ويجوز لمقدمة هيأكل الضابطة العدلية وأعيان الإدارات المتداخلة⁽¹⁾ بما في ذلك أعيان الديوانة معاينة بقية الجرائم.

أما على مستوى أعمال البحث فلا يغلوان البحث الحق في التفتيش والمحجز والاستجاذ بالقوة العامة وتحرير محضر في النهاية يحال إلى الوزارة المكلفة بالتجارة ومنها إلى وكيل الجمهورية بعد تقديم طلبات الإدارية.

فللأعيان المختصين التفتيش في الأماكن التي يفترض أن تحتوي على بضاعة مقلدة ولهم الدخول إلى أماكن العمل ولا يصح لهم الدخول إلى المساكن إلا بعد إذن وكيل الجمهورية كتابياً. ويجوز لهم حجز الوثائق المشتبه وأخذ عينات من البضاعة وحجز كامل البضاعة بصفة وقتية⁽²⁾. ويسحر في ذلك محضر يتضمن جملة من البيانات الضرورية ويمكن إيقاف البضاعة المحجوزة تحت يد المخالف أو في أي مكان آخر يعينه الباحث، على أن لا تبقى البضاعة محجوزة أكثر من شهر قابلة للتجديد كتابة مرة واحدة من قبل وكيل الجمهورية. ويستدعي خلالها مالك العلامة ويمكن منأخذ عينات لاختبارها. وإذا ثبت أن البضاعة غير مقلدة يجب رفع الحجز آلياً دون أي إجراء، وفي الصورة المخالفة يحرر المحضر ويحال على الجهة المختصة.

ويجب أن يتضمن المحضر جملة من البيانات الضرورية خاصة منها سمع المخالف وإمضائه وعند التخلف ذكر ما يفيد استدعائه مع التصريح على سبب التعدّر. ويجب وصف كامل للبضاعة وإمساء العوزين الذين يאשרان المعاينة مع ختم المؤسسة.

فرغم أنّ مجلة الإجراءات الجزائية أوردت كل ما يتعلق بنظام البحث الأولى ونظام التفتيش والمحجز إلا أنّ قانون الملكية الصناعية أثر ذكر الإجراءات في ذلك وتلك هي الخصوصية المشار إليها. غير أنّ المشرع لم يكن مصيّباً في تكرار التفصيل والموضوع واحد، فذلك ما ينتهي إلى تداخل الاختصاصات وربما تازعها في العمل الواحد.

من حيث لأصل: من الممكن بداية أن تقضي المحكمة بعدم سماع الدعوى أو بشؤون الإدانة، ولكنه ليس من الممكن الحكم ببيان الإجراءات إذا ثبت عدم الإيداع أو ببياناته، فذلك ما يدخل في مستوى أركان الجريمة وليس في مستوى شكليات

(1) ولكن الرأي ليس واحداً وقد ذهب البعض إلى غير ما ذهب.

فrehat الراجحي، المرجع السابق.

(2) الفصل 83 من القانون.

(3) الفصل 90 من القانون.

(1) أعيان المرافقة الاقتصادية والأعيان التابعون لوزارة الفلاحة.

(2) الفصل 52 ناسعاً (أضيف بموجب القانون عدد 50 لسنة 2007 المورخ في 23 جويلية 2007): «لا يمكن تحويل المصايم الراجحة لها الأعيان المشار إليهم بالفصل 52 مكرر من هذا القانون أية مسؤولية إذا لم توصل إلى التعرف على السلع التي يفترض أنها تحمل علامات مقلدة».

من حيث الإجراءات: أوردت قوانين الملكية الصناعية نفس المبادئ فعلى مستوى القانون عدد 84 لسنة 2000 مؤرخ في 24 أوت 2000 المتعلقة ببراءات الاختراع أجاز النشر إما للجوء إلى المحكمة المختصة أو إلى التحكيم.

فإذا وقع الخيار على المحكمة المختصة، وهي المحكمة الابتدائية عموماً، ترفع دعوى التقليد المدنية من قبل صاحب البراءة أو صاحب مطلب البراءة. وللشريك في مطلب براءة أو براءة الحق في ممارسة دعوى التقليد لفائدة الخاصة وعليه أن يبلغ نسخاً من عريضة الدعوى إلى شركائه. وإذا لم يتضمن عقد الترخيص شرطاً مخالفاً فإنه يمكن لصاحب الترخيص التعاقدى الاستثنارى القيام بدعوى التقليد إذا لم يقم بها صاحب البراءة بعد إنذاره. ويمكن للمستفيد من الترخيص الإيجاري أو الوجوبي القيام بذلك التقليد إذا لم يقم بها صاحب البراءة بعد إنذاره. ويمكن قبول تداخل صاحب البراءة في دعوى التقليد التي يقوم بها المرخص له. ويمكن قبول تداخل كل مرخص له في دعوى التقليد التي يقوم بها صاحب البراءة وذلك للمطالبة بتعويض الضرر العاصل له⁽¹⁾.

ونسقط الدعوى بموروث ثلاثة سنوات من تاريخ الحادث. وببقى أجل السقوط نفسه سواء كان الطلب أمام القاضي الجزائري أو القاضي المدني استقلالاً عن الفرع الجزائري⁽²⁾.

وإذا وقع الاتفاق بين الطرفين على التحكيم وقع وفق الشروط المنصوص عليها بمجلة التحكيم⁽³⁾. فقد يكون داخلياً أو دولياً. والأغلب أن يقع الاتفاق على التحكيم وليس الرجوع إلى اتفاقية التحكيم. بمعنى هو اتفاق على حسم نزاع ناشئ وليس تنفيذاً لاتفاقية تحكيم لغياب الرابطة التعاقدية المسبقة بين الطرفين. وتتفق الإجراءات وفق

آلاف وخمسين ألف دينار كل من يرتكب جريمة التقليد⁽⁴⁾. وفي صورة العود يمكن الحكم بالسجن من شهر إلى ستة أشهر وذلك بقطع النظر عن الحكم بالخطية التي ترتفع إلى الضعف.⁽⁵⁾ ويمكن للمحكمة حجز المتهمات والأدوات التي استعملت لارتكاب الجريمة. كما يمكن للمحكمة أن تأخذ بخلاف هذه المتهمات.⁽⁶⁾ ويجوز للمحكمة في كل الحالات أن تأخذ بنشر كامل الحكم أو جزء منه بالصحف التي تبينها وتعليقه بالأماكن التي تبينها وخاصة على الأبواب الرئيسية لمعامل أو مصانع المحكوم عليه وكذلك على واجهة محلاته وذلك على نفقة المحكوم عليه.⁽⁷⁾

وأورد المشرع عقوبات خاصة لكل من يخلص أو يحاول التخلص من أعمال المراقبة الرامية للتثبت من المتهمات المشتبه في كونها مقلدة، وكل من يمنع الأعوان المؤهلين بمقتضى هذا القانون بأي طريقة كانت من الدخول إلى محلات الانتاج أو الصنع أو الخزن أو البيع أو التوزيع أو وسائل النقل، وكل من يمتنع عن تقديم وثائق محاسبة أو مستندات فنية أو تجارية ضرورية للمراقبة، وكل من يعتمد تقديم وثائق مغلوطة في شأن مصدر المنتوج أو مشتهه أو طبيعته أو عناصره أو صفاته الجوهرية، فيعاقبه بخطبة تتراوح بين خمسة آلاف وعشرين ألف دينار وبالسجن من شهر إلى ستة أشهر أو يأخذى هاتين العقوبتين⁽⁸⁾.

وقد أورد المشرع نفس التنظيم تقريباً بالنسبة إلى المخالفات المتعلقة بالاعتداء على التصميمات الشكلية للدوائر المتكاملة.

+ مدنياً: القواعد العامة أن التقليد ينبع التبع الجزائري والدعوى الخاصة للمتضارر. وتمثل الدعوى المدنية للمتضارر في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه، ولا شيء يمنع من طلب التعويض سواء أمام القاضي الجزائري أو أمام القاضي المدني في دعوى مستقلة، وقد يختار المتضارر المسار المدني وترك الجزائري. بل من الممكن أن يتطرق الأطراف على التحكيم سواء داخلياً أو دولياً، والواضح أنه ليس من تأثير للاتفاق على التحكيم على حق التشكك الجزائري. فلا يمكن القول بغلق المجال الجزائري أمام من لم يأتى التحكيم مدنياً⁽⁹⁾.

(1) الفصل 51 من القانون.

(2) الفصل 53 من القانون.

(3) الفصل 55 من القانون.

(4) الفصل 54 من القانون.

(5) الفصل 52 (نائماً) (أضيف بموجب القانون عدد 50 لسنة 2002 المؤرخ في 23 جويلية 2002).

(6) خلافاً لبعض الاتجاهات، فرجات الراجعي، المرجع السابق.

(1) الفصل 84 من القانون.

(2) على خلاف بعض الاتجاهات التي ترى أن سقوط الدعوى المدنية يمكن لأن يستدل إلى هذا الأجل الخاص بل إلى الآجال العامة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود إذا كان الدعوى تستند إلى عقد وليس إلى واقعة التقليد كما هو الحال في صورة إحالة الحق.

على كحلون: دروس في الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص. 126 وما بعد.

(3) الفصل 89 من القانون.

من حيث الأصل: ترمي الدعوى المدنية إلى طلب التعويض عن الضرر الذي أصاب صاحب الحق، وليس في ذلك أحکام خاصة بل يرجع إلى المبادئ العامة في التعويض تقديرًا وإثباتاً والأغلب أن تكفل المحكمة أهل الاختبار لتقدير قيمة الضرر، وهو لا يخرج إجمالاً عما تكتبه المتضرر حقيقة من مصاريف وما فاته من فرصة، ويستبعد الضرر الاحتمالي بطبيعة الحالة. وعلى المدعى إثبات عناصر الضرر^(١).

- وما يخلص من جميع ذلك أن الإطار القانوني لحماية الملكية الصناعية متوفّر وقد صوّب في اتجاه التناسق مع النصوص الدوليّة ضماناً لحماية حقوق الملكية الصناعية، على أنها لم تكن نصوصاً مكتملة بل كثيراً ما طرح النقاش فقة وقضاء وربما كانت الصيغة الشكلية لهذه النصوص وتعقيدها الإجراءات وغموض بعض المفاهيم واحتلاط المفاهيم الجزائية بالمدنية سبباً في ذلك ولو أن اتفاق جوانب الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة دعا ضمن ما دعا إليه إلى تبسيط الإجراءات واختصار الأجال ونفي صور التعقيد.

والملحوظ أنه بجمع القرارات التعميقية الصادرة في شأن الملكية الصناعية وترتيبها يتبيّن أن معظمها يتعلق بعلامات الصنع والتجارة والخدمات والأغلب أن تكون المازاغة من قبل أصحاب العلامات المشهورة دولياً، كما أنه يشار إلى أن هذا الموضوع كان محلّ عدّة دراسات جامعية وكثير في الملتقيات العلمية وربما بسبب ارتباطه الوثيق بعالم التجارة والمال وتفاقم ظاهرة تقليل الابتكارات الصناعية وانعكاساته على المحيط الاقتصادي^(٢).

(١) الفصل ١٠٧ من مجلة الالتزامات والعقود.

(٢) عدد خاص، أعمال ملتقى دولي حول حقوق الملكية الفكرية، القضاء والتشريع، جانفي ٢٠٠٨، وخاصة التقرير الختامي والتوصيات، عدّان الأسود ص. ٢١٣ وما بعده.

«مظاهر القانون الدولي الخاص في مادة الملكية الفكرية بتونس» (مقال منشور بمجلة القضاء والتشريع عدد ١ لشهر جانفي ٢٠٠٨، ص. ٤٩).

«الرسوم والنموروج الصناعية في قانون ٦ فبراير ٢٠٠١» (مقال منشور بمجلة القضاء والتشريع عدد ٤ لشهر أفريل ٢٠٠٧، ص. ٩٣).

«حقوق المؤلف والاترنت»، (ملقى نظمته الهيئة الوطنية للمحاماة بتونس في ٨ مارس ٢٠٠٣ ومنتشر بمجلة القلم عدد ٩ سنة ٢٠٠٣).

«الملكية الصناعية في تونس والاتفاقيات الدولية» (مقال منشور بمجلة كلية الحقوق بصفاقس عدد ٩ سنة ٢٠٠٢، ص. ٢٣٥).

«الملكية الصناعية في تونس في مطلع القرن الواحد والعشرين» (ملقى نظمته إتحاد المحامين العرب والهيئة الوطنية للمحامين بتونس والجامعة القانونية بانقلترا في الفترة الممتدة بين ٢٤ و ٢٨ سبتمبر ٢٠٠١).

«المعامي والمهد الوطني للمواصفات والملكية الصناعية» (ملقى نظمته الهيئة الوطنية للمحامين بتونس بمناسبة إنتخاب سنة ٢٠٠٥).

النظام التحكيمي الذي يختاره الطرفان^(١). وفعلاً عرف التحكيم الدولي عدة تطبيقات بالنسبة إلى حقوق الملكية الصناعية ولو كان ذلك بالطرق الإلكترونية^(٢).

ونضمن قانون العلامات نفس المباديء، حيث ترفع الدعوى المدنية المتعلقة بالعلامات أمام المحكمة المختصة^(٣). ولا يحول ذلك دون الالتجاء إلى التحكيم وفق الشروط المنصوص عليها بمجلة التحكيم^(٤).

وترفع الدعوى المدنية في التقليد أمام المحكمة الابتدائية عموماً طبق الإجراءات المنطبقة أمام هذه المحكمة. ويمكن القيام بها من قبل صاحب مطلب التسجيل وكذلك من قبل الممتنع بحق استثماري في استغلال العلامة إذا لم يقم صاحب العلامة بهذه الدعوى رغم إنذاره. ويمكن قبول تداخل كل طرف مرتخص له بالاستغلال بموجب عقد في دعوى التقليد التي يقوم بها طرف آخر وذلك للنطالية بتعريف الضرر الحالى له. وتسقط دعوى التقليد بموروث ثلاث سنوات على تاريخ قيام الأفعال المنسوبة في ذلك. على أنه لا يمكن أن تقبل دعوى في تقليد علامة لاحقة مسجلة والتي سمح باستعمالها مدة خمس سنوات وذلك ما لم يقع إيداعها عن سوء نية غير أن عدم قبول الدعوى ينحصر في المنتجات والخدمات التي يسمح باستعمال العلامة في شأنها وليس في ملكية العلامة^(٥).

وعلى مستوى القانون عدد ٢١ لسنة ٢٠٠١ المؤرخ في ٦ فبراير ٢٠٠١ المتعلّق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية نص الفصل ٣٥ منه صراحة على أنه «لا تحول الأحكام المنصوص علىها بهذا الباب دون الالتجاء إلى التحكيم وفق الشروط المنصوص عليها بمجلة التحكيم».

وكان قانون التصميمات الشكلية موجزاً في إباحة الدعوى المدنية للمتضرر دون تفصيل آخر.

(١) إن التحكيم هو طريقة خاصة لفصل بعض أسباب التزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البحث فيها بموجب اتفاقية تحكيم وهي التزام أطراف على أن يقضوا بواسطة التحكيم كل أو بعض التزاعات القائمة أو التي قد تفوت بينهم بشأن علاقه قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. ونكتسي الاتفاقية صيغة الشرط التحكيمي، وهو التزام أطراف عقد بالخضوع التزاعات التي قد تولد عن ذلك العقد للتحكيم، أو صيغة الاتفاق على التحكيم، وهو التزام يتولى بمقتضاه أطراف نزاع قائم عرض هذا النزاع على هيئة تحكيم. ويجوز إبرام الاتفاق على التحكيم ولو أنها قضية منشورة أمام المحكمة.

(٢) علي كحليون: المسؤولية المعلوماتية، المرجع السابق.

(٣) الفصل ٤٦ من القانون.

(٤) الفصل ٤٧ من القانون.

(٥) الفصل ٤٨ من القانون.

ولعل أهم ما يمكن الإشارة إليه للإحاطة بهذه النقاشات الفقهية والقضائية يتلخص في النقاط التالية:

1- فقه القضاء

- كثيراً ما كان التمييز بين المنتجات والخدمات المتشابهة والمماثلة وغيرهما على مستوى تطبيق قانون العلامات محل جدل ولم تستقر المحاكم على رأي واضح.
- كانت طبيعة الآجال الواردة بنصوص الملكية الصناعية محل جدل وكثيراً ما يقع الخلط بين الآجال التنظيمية والأجال الناقصة.
- التقليد جريمة لا توفر إلا إذا توفرت الشروط، وما زاد على ذلك فيخرج عن إطار الجريمة ولا يوجب شرط التسجيل بما في ذلك المنافسة غير المشروعة، ورأى محكمة العقبة كذلك ولو في قرارات متزنة أن مجرد الاستعمال ليس من التقليد.
- بالرغم من كثرة القرارات في تعريف مفهوم الجدة في الملكية الصناعية إلا أنه كثيراً ما يقع الخلط بين مفهومي الجدة في العلامات والابتكار في الملكية الأدبية من ناحية والجدة في العلامات والبراءة من ناحية أخرى.
- اختلفت المحاكم كذلك في صياغة نفس الحكم في حالة الإخلال بالشروط الشكلية لجريمة التقليد، ففي حين تقضي بعض المحاكم بعدم سماع الدعوى ذهبت الأخرى إلى القضاء ببطلان الإجراءات.
- عادة ما تكون محكمة العقبة على التفاش الموضوعي للمواقف وبقاء ذلك في مستوى التقدير الحر لمحاكم الأصل لتفصي من تحديد موقفها من أهم مفاهيم حقوق الملكية الصناعية وخاصة معنى العلامة المشهورة وحق الأولوية والفرق بين القطاعات المتشابهة والمماثلة وغيرهما.

2- الفقه

- لاحظ الفقه أن نصوص الملكية الصناعية أسقطت بالواقع التونسي استجابة إلى ضرورة تواافق النصوص الوطنية مع التزامات البلاد دولياً بمصادقتها على جملة الاتفاقيات الدولية ذات الصلة وأوردت جملة من المفاهيم والعبارات دون تعريفها وتقديمها وربما نسخها كلها ثائراً بالنصوص المقارنة وخاصة منها التشريع الفرنسي الأمر الذي يبقى على غموضها وربما تحمل إلى تطبيقات قضائية متناقضة وتأويلات عكسية.
- اختلف رجال القانون في تحديد الطبيعة القانونية لجريمة التقليد، فمنهم من جعلها خاصية للمبادئ العامة في تعريف الجريمة، تحدث البعض عن الصبغة الخاصة لهذه الدعوى بأن جملتها غير مرتبطة بمفاهيم النظام العام.
- رأى البعض أن الانفاق على التحكيم يعد بمثابة التراجع عن الشकانية فتفصي بموجبه الدعوى العمومية والحال أن البعض الآخر يرى العكس وهو أن التحكيم لا يشمل إلا الجانب المدني دون الجزاكي.

- أول ما طرح أمام القضاء كان له علاقة بتحديد الجهة القضائية التي ترفع إليها الدعوى طعناً في القرارات التي تتخللها الجهة المشتركة على إدارة الملكية الصناعية المحكمة الإدارية أم القضاء العدلي؟ وانتهى التطبيق إلى اختصاص المحاكم العدلي ولو أن مجلس التنازع رأى مخالف في ذلك.

- أحذثت التطبيقات الحديثة للمعلوماتية عدداً إشكاليات، فلم يكن من السهل في البداية الجزم بإخضاع بعض التطبيقات لنصوص الملكية الصناعية أو لنصوص الملكية الأدبية وخاصة ما يتعلق بحماية البرامجيات، وانتهى التشريع إلى إخضاعها لنصوص الملكية الأدبية، وتساءلت المحاكم عما إذا كان سبق استعمال العلامات كأسماء نطاق، بمنظومة الأنترنات بعد من قبيل الاعتداء على الملكية الصناعية، وانتهى التطبيق إلى تقديم هذه الأخيرة في حالة التزاع.

- كثيراً ما كان الركن المعنوي لجريمة التقليد محل جدل، فإذا ذهبت بعض القرارات إلى أن جريمة التقليد جريمة مادية لا يشترط فيها العلم أو العمد، ذهبت بعض القرارات الأخرى إلى العكس، ورأى بعض المحاكم أن مجرد إشهار الحق بعد علمها، بل رأت بعض القرارات التحقيقية أن الحماية تبدأ باقتحامها من تاريخ الإيداع دون حاجة إلى الإشارة إلى تاريخ الإشهار.

المحامي والمعهد الوطني للمواصفات والملكية الصناعية (ملتقى نظمته الهيئة الوطنية للمحامين بتونس بمناسبة إفتتاح السنة 2006/2005).

«رهانات النسخة الخاصة» (ملتقى نظمته إتحاد الكتاب وجمعية الناشرين التونسيين يومي 25 و26 نوفمبر 2006 بتونس بمناسبة إفتتاح السنة 2006/2005).

«مدخل عام لقانون براءة الاختراع» (ملتقى نظمته المدرسة الوطنية للمهندسين بصفاقس بالتعاون مع الجمعية العلمية للمساعدة على البحث والإبتكار التكنولوجي في الفترة الممتدة بين 17 و 20 ديسمبر 2006).

«المدخل عام لقانون براءة الاختراع» (ملتقى نظمته المدرسة الوطنية للمهندسين بصفاقس بالتعاون مع الجمعية العلمية للمساعدة على البحث والإبتكار التكنولوجي في الفترة الممتدة بين 17 و 20 ديسمبر 2006).

«القانون الجديد لـ تكنولوجيات الإعلام والاتصال» (ملتقى نظمته جمعية البحث للتنمية الاقتصادية والاجتماعية يومي 11 و 12 أبريل 2007).

«أي دعائم قانونية لتمويل الابتكار؟» (ملتقى نظمته مجمع الفرالله لـ تكنولوجيات الاتصال يومي 26 و 27 أبريل 2007).

«براءة الاختراع والحياة» (نظم هذا الملتقى بمناسبة الاستئثار بالبيوم العالمي للملكية الصناعية في 26 أبريل 2008).

- يتفق رجال القانون على أن النصوص المنظمة للمعهد الوطني للمواصفات والملكية الصناعية تحدّد نصوصاً قانونية قديمة ولا تتماشى مع طبيعة الدور الهام الذي يقوم به في جلب الاستثمار واستقرار الحياة الاقتصادية وقام الطلب في أكثر من مناسبة على ضرورة إعادة صياغة دوره وإكساء الشهادات المسلمة من قبله الوظيفة الأساسية بتغيير حجية البيانات الواردة بها بما يعني أن يكون لها قوّة ثبوتية موثوقة بها وذلك بتوسيع انتهاه المعهد إلى مرأة صحة البيانات والتتأكد من توافق المطلب مع موجبات الحق اقتداء بالتجارب المقارنة في ذلك كما أن تسلُّب الخبرة الفنية للتأكد من مطابقة الحق لموجبات الشروط الفنية من ابتكار وجدة وغير ذلك وأن لا يكتفى بعدم ضمان الدولة لصحة عناصر الحق وبالتالي صحة البيانات الواردة بالشهادة، بل لا بد أن تعتمد الوسائل التقنية الحديثة في اتجاه التأكيد من مطابقة الحق للشروط القانونية والتقنية وأن يكون لبيانات الشهادة القوّة الثبوتية المطلقة أو على الأقل المضمنة ما لم يقع إبطالها.

- عاين رجال القانون مدى تقييد النصوص المنظمة للملكية الصناعية في كثرة الأجال المعتمدة وإغفال بيان طبيعتها القانونية أو الإشارة إلى الجزء في صورة المخالفة وقد يختلف الحكم بين حقوق الملكية الصناعية ولو أن الرسوعية واحدة الأمر الذي أدى إلى اختلافات قضائية في هذا الباب.

- لاحظ رجال القانون سكوت المشرع عن تحديد المحكمة المختصة في فصل التزاعات المتعلقة بالملكية الصناعية بالرغم من تعدد الدعاوى التي يمكن مباشرتها للغرض سواء بالطعن في قرارات المعهد الوطني أو بالطعن في عقود الملكية الصناعية أو بالطبلان في الحقوق المرسمة، وقد توجه الأراء إلى اختصاص المحكمة الإدارية أو محاكم الحق العام أو المحكمة الابتدائية أو محكمة التأمين وكان من المتظر أن توحد الإجراءات.

- نلتفت الانتباه إلى أن المشرع لم يحافظ على حقيقة المفاهيم وقد يستعمل عدة مصطلحات للتعبير عن الشكل الواحد، فرغم أن الشكليات تكاد تتشابه في أنظمة الملكية الصناعية وكان من المفترض أن يحافظ المشرع على مصطلح واحد حتى تستقر الأنظمة إلا أن المشرع خص كل نظام بمصطلح معين دون الآخر والحال أنه كان من الأحسن تعليم المصطلح. فالفرق واضح اصطلاحاً بين التسجيل والترسم والإيداع، فالتسجيل هو إدراج الحق أول مرة والترسم هو إدراج الحقوق بعد التسجيل الأول والإيداع هو الموافقة على إدراج الحق. غير أن قوانين الملكية الصناعية تكاد لا تميز بين هذه العبارات ويستعمل الواحد للدلالة على الآخر كما لم يميز المشرع اصطلاحاً بين أول الإدراج وأخره.

- إن الفرق كبير اصطلاحاً بين مرحلة ما قبل التسجيل أو التنصيص وما بعدهما وما تطلبه كل مرحلة من أعمال خاصة فيما يتعلق بالتمييز بين الاعتراض والبطلان حيث إن الأول مردّه إلى مرحلة ما قبل التسجيل والثاني ما بعده، وبقراءة النصوص لا تكاد تدرك ذلك التمييز بالرغم من أهمية الآثار.

- إن الفرق واضح بين جزاء البطلان وجزاء السقوط، وهو أن السقوط جزاء الإخلال بالأجال الناقصية بينما البطلان هو جزاء الإخلال بالشكليات الإجرائية، وكثيراً ما جاء الغلط بنصوص الملكية الصناعية في ذلك.

- نلتفت الانتباه كذلك إلى أن قوانين الملكية الصناعية وضعـت عدّة إجراءات مشابهة كما هي الصورة بالنسبة إلى إجراء الحجز على مستوى الوسائل الوقتية وعلى مستوى التتبع الجزائري، وكان من المفترض أن توحـد الإجراءات بالنسبة إلى الحق الواحد حتى لا تتدخل الاختصاصات.

- تشير كذلك إلى أن أنظمة الملكية الصناعية تكاد تتشابه ومع ذلك اعتمد المشرع إجراءات خاصة بالنسبة إلى كل حق والع الحال أن الصناعة القانونية تتضمن أن يعبر المشرع عن إرادته بأقل الحديث.

- أورد المشرع عدّة وسائل تعرف بوسائل الحفظ مثل توقيف الحق ووقف مواصلة العمل المخالف دون ترتيب وكان يفترض أن تبين وسائل الحفظ وتراوـثـيز عن وسائل التنفيذ.

- إن حقوق الملكية الصناعية مرتبطة بالتنمية الاقتصادية واستجلاب الاستثمار ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا بتنظيم قانوني ملائم يراعي فيه مبدأ الموازنة بين صاحب الحق وحق المجتمع وبالتالي لا يمكن أن يبقى التتبع الجزائري رهن شكاية المتضرر أو أن يبقى صاحب الحق حرّاً في جميع الطرق باستعمال حقه أو تركه بل لا بد أن تكفل الجهود في اتجاه تدخل امتيازات السلطة العامة كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك.

ثـ- مضار البجوار

إن أساس دعوى المضررة هي القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية والقائمة على واجب عدم الإضرار بالغير قصداً أو عن غير قصد على معنى الفصل 82 و 83 مـ.أـعـ.ـ، وبحكمها أن يتوفّر الخطأ والضرر والعلقة السببية. وهي لذلك دعوى شخصية، ويحق لكل شخص أصحابه الضرار سواء في جسده (المصاريف والعجز الوقتي والعجز النهائي والوفاة) أو في ملكه أو فيما هو في حوزه (المصاريف والحرمان منها والإتلاف الكلي والجزئي) أن يطلب رفع المضررة إن كان ممكناً وإلا فغرم الضرر. وليس من شروطها ملكية الشيء محل الضرر من جهة المدعي أو من جهة المدعى عليه. وليس القصد من

الجار بالاضرار الطبيعية والمالوّه الناتجة عن النشاط العادي للإنتاج. فقط إذا أصبح النشاط مضرّاً للصحة بطريقة غير مألوفة عندئذ يكون القيام صحيحاً، إذ القاعدة العامة هي تقديم المصلحة العامة على معنى الفصل 557 م.أ.ع.، ولذلك أورد الفصل 99 م.أ.ع. شروطاً خاصة تتجاوز المطالبة العادلة في العمل غير المشروع. وقد كان الفصل 99 م.أ.ع. سنة 1906 كافٍ لمجابهة هذا التطور قبل أن تُنشئ الهيئات المختصة بنصوص خاصة.

وما يشترط في مضار الجوار على معنى الفصل 99 م.أ.ع. في نهاية الأمر هو الضرر والعلاقة السببية. فالضرر هو كلّ ما يصيب الجار بشكل يتجاوز الحد الطبيعي، فلا بدّ أن تتوفر صفة الجار في المتضرر وتحقق الضرر في الحال أو المآل بشكل شخصي ومتشار وأن يتتجاوز الضرر مستوى محدد فلا يعتد بالاضرار المعتادة والمقبولة بحسب موقع الأطراف وطبيعة نشاطهم. ولا بدّ أن تتوفر العلاقة السببية بين الضرر واستعمال الجار لحق الملكية، ولا يشترط أن يكون الجار مالكاً للحق ملكية بل يدخل في ذلك كلّ من كانت له حقوق استعمال الحق، أي المالك الأصلي والمتنفع وصاحب حق السكنى والمكتري والمكلّف بالاستعمال على وجه الإجمال بأية طريقة. وعلى المتضرر إقامة الدليل بداية على صفتة كجار وعلى تحقق الضرر وتجاوزه المستوى العادي وعلى توفر السببية بين الضرر والاستعمال.

وإن مجرد السكن بالجهة لا يقيم الدليل على توفر صفة الأجوار، إذ الجار هو من جاور المطلوب والجار من المجاورة أي المفاعة المفدية لقرينة الملاصقة، وذلك هو المعنى القانوني للأجوار على معنى الفصلين 99 و100 م.أ.ع. والمفترض أن يثبت من كان جاراً ملاصقاً للمطلوب صفتة بحجة قاطعة لا أن يقف عند التصرّف بكونه يسكن الجهة خاصة. وما كان من الممكن الأخذ بالصفة الجماعية للمدعين، في غياب معنى الشخص المعنوي، إذ القاعدة أن يثبت كلّ مدعٍ صفتة استقلالاً عن الآخر ببيانات استقراره بجوار المكان المضرر، ولا يكفي تقديم شهادة ملكية لأحد المدعين توصلها لإثبات صفة الباقيين.

وإن مجرد إثبات الضرر بالبيئة أو انتزاع الطبقة المائية أو الإضرار بالمناطق الفلاحية وغير ذلك من الأضرار لا يقيم الدليل على توفر أركان الفصلين 99 و100 م.أ.ع. في مضار الجوار حيث إنّ الإضرار بالبيئة تتهدّها جهة معينة مختصة طبق الضوابط القانونية أوردها المشروع بالأمر عدد 1991 لسنة 2005 المؤرخ في 11 جويلية 2005 المتعلّق بدراسة المؤثرات على المحيط وبضبط أصناف الوحدات الخاضعة لدراسة المؤثرات على المحيط وأصناف الوحدات الخاضعة لكراس الشروط والأمر عدد 56 لسنة 1985 المؤرخ في 2 جانفي 1985 المتعلّق بتصرّيف

ذلك هي دعوى مضار الجوار المتأسسة على أحکام الفصل 99 م.أ.ع.، فتلك صورة خاصّة جداً من الضرر أو رد لها المشرع حكمها الخاصّ⁽¹⁾.

فقد نصّ الفصل 99 م.أ.ع. على أنه «للمجاوريين حق القيام على أصحاب الأماكن المضررة بالصحة أو المقدرة لراحتهم بطلب إزالتها أو اتخاذ الوسائل الازمة لرفع سبب المضررة والإجازة المعطاة لأصحاب تلك الأماكن من له النظر لا تسقط حق المجاوريين في القيام». وهي صورة تختلف عن المسائلة العامة وحالة التّعسّف في استعمال حق الملكية، أي أن استعمال حق الملكية بدون خطأ أو تعسّف إذا أبقى ببعضه من الضرر كان سبباً موجباً للمساءلة، وليس أيّ ضرر بل يشترط أن يكون ضرراً غير مأولف «فليس للجيزان القيام بازالة الضرر الناشئ عادة من المجاورة كدخان المداخن وما أشبهه من المضار التي لا محيض عنها إذا لم تتجاوز الحد الاعتيادي». (الفصل 100 م.أ.ع.). فلم يرتكب المالك أي خطأ، ولم يتعسّف في استعماله، فقط أن استعمال حق الملكية أضرّ بالجار، فلا يسأل عن هذا الضرر إلا إذا كان غير مأولف أي أن يكون ضرراً فاحشاً. ويمكن أن تتدخل عدة اعتبارات موضوعية في تقدير هذا الضرر مثل موقع العقار وطبيعة تخصيصه وعرف الجهة، ولا يتحتّ بالترخيص الإداري لردم المسؤولية. ولا تستند المسؤلية في أحکام الفصل 99 م.أ.ع. إلى الإثارة بدون سبب أو إلى حالة الضرورة أو إلى التزام الجوار (واجب قانوني) أو إلى نظرية التّعسّف في استعمال الحق أو إلى نظرية التّبعة، بل إنّ واجب التعويض في مضار الجوار يتأسس بالقانون التونسي على واجب قانوني فرضه الفصل 99 م.أ.ع. وهو عدم الغلو في استعمال حق الملكية، وهو قيد فرضه المشرع على استعمال حق الملكية، فجعل له حدوداً وضوابط، فتحتم طالما أنّ صاحبها لم يخرج عن إطار حدود هذا الحق، لكنّ الخروج عن حدود هذا الحق دون التّعسّف فيه قد يوقع ضرراً وغنم بالغرم في ذلك ومن له التّماطل عليه التّوابع، الواضح من ذلك أنّ الضرر في الفصل 99 م.أ.ع. هو من قبيل ما يضرّ بصفة الأجوار أو يقدّر راحتهم وهي بذلك دعوى شخصية تحمي الشخص وليس لها علاقة بحماية العين وسقوط الدّعوى فيها يحکم إلى أحکام مجلة الالتزامات والعقود بالفصل 384 وما بعد.

ويذكر أنّ نزول الفصل 99 م.أ.ع. كان ضرورة لمجابهة نتائج انتقال المجتمع من صبغته الفلاحية إلى صبغته الصناعية إذ أنّ العيش في إطار مجتمعات سكنية وصناعية يتضيّن التّعود على متطلبات الصناعة والإنتاج وفرض التسامح بين الأجوار فلا يوجد

(1) G.Farjat : pollution et nuisance en droit Tunisien, Rev.Tri.dr., 1976, n°2, p.29 et s.
S.Mellouli : les troubles anormaux de voisinage entre la loi et la jurisprudence, RTD., 1984 ; p. 175 et s.

الذات البشرية من حيث الصحة والراحة، ولا بد أن تثبت العلاقة السببية بين هذا الضرر والممارسة غير المألوفة، ولنست العلاقة السببية مجرد تلاقي زمني أو مكاني بين الفعل والضرر بل هي تلك العلاقة المباشرة والمتجهة والمثبتة بين الفعل والضرر⁽¹⁾.

والأصل أن الدعوى المقامة على أساس العمل غير المشروع ومنها دعوى مضار الجوار تهدف إلى التعریض عن المضرة الثابتة، والمبدأ أن يكون التعريض بالفقد والاستثناء أن يكون التعريض عيناً وهو أن يجرِ المطلوب برفع المضرة عيناً وتلك هي صورة دعوى مضار الجوار لل المجاورين الحق القيام على أصحاب الأماكن المفقرة بالصحة أو المكدرة لراحتهم بطلب إزالتها أو اتخاذ الوسائل الازمة لرفع سبب المضرة⁽²⁾، فلا يقضى إلا بإزالة الأماكن المضرة عيناً أو اتخاذ الوسائل المادية لرفع سبب المضرة، إما بإلزام المطلوب رأساً أو تكليف المدعى برفعها إذا مقاعس المطلوب، ولا يدخل في أسباب المضرة إلا الأسباب المباشرة، فلا يقضى بغلق المصنعين أو المؤسسة بعلة تسرب المياه المطلوبة بل تتحذل الوسائل لمنع التسرب.

وكثيراً ما يختلط الحديث بين دعوى رفض المضرة باعتبارها دعوى شخصية والمنازعة في حقوق الارتفاق باعتبارها حقوقاً عينية متفرعة عن الملكية، حيث إن المجادلة في حق الكشف (توافد وما شابه ذلك)، طلباً أو دفاعاً، تعد مجادلة عينة يحتمل فيها إلى مجلة الحقوق العينية من حيث نشأة الحق وحدوده وموضوعه وانقضائه، والمعلوم أن حق الكشف من الحقوق الارتفاقية وهي من الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية وترد إلى ثلاث أصناف ارتفاقات طبيعية وارتفاعات قانونية وارتفاعات اتفاقية، والقاعدة أن الارتفاعات الطبيعية والقانونية لا تسقط الدعوى فيها، فيالإمكان المطالبة بحق عيني مهما كانت المدة ومن الجائز طلب إزالة الحق إذا خالف الضوابط القانونية مهما كانت مدة انجازه إذ أن الحقوق الارتفاقية لا تكتسب بالتقادم أصلاً. ولا يمكن مطلقاً تطبيق أحكام الفصول 384 م.إع وما بعد في تقادم الدعوى إذ أن هذه الفصول خاصة بقادم الدعاوى الخاصة أو الناشئة عن تعمير الذمة (الواقة والتصرف القانوني) أو المتعلقة بالحقوق الشخصية وليس بالحقوق العينية. فقط أنه إذا نشأ الحق عن اتفاق سابق مخالفة للضوابط والحدود القانونية أو رب مالك عقارين منهما لأحدهما على الآخر على معنى الفصل 180 م.إع، فإن عدم استعمال هذا الحق يسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة على معنى الفصل 189 م.إع⁽²⁾. وإن لهذا الخلط

النفيات في المحيط والقانون عدد 41 لسنة 1996 المؤرخ في 10 جوان 1996 المتعلقة بالنفيات وسراقة التصرف فيها وإزالتها والأمر عدد 2687 لسنة 2006 المؤرخ في 9 أكتوبر 2006 المتعلقة بإجراءات فتح المؤسسات الخطرة أو المخلة بالصحة أو المزعجة واستغلالها، والقانون عدد 91 لسنة 1988 المؤرخ في 2 أكتوبر 1988 كما هو منقح بموجب القانون 115 لسنة 1992 المؤرخ في 30 نوفمبر 1992 المتعلقة بإحداث الوكالة الوطنية لحماية المحيط، كما أن مسألة استزاف الطبقة المائية وما يتعلق بها من رخص من مرجعها مجلة المياه الصادرة بموجب القانون عدد 16 لسنة 1975 مؤرخ في 31 مارس 1975 المتعلقة بإصدار مجلة المياه، وبيفي الاعتداء على الأرضي الفلاحية محكماً بالقانون عدد 87 لسنة 1983 المؤرخ في 11 نوفمبر 1983 كما هو منقح بموجب القانون 104 لسنة 1996 المؤرخ في 25 نوفمبر 1996، وقد أوردت هذه النصوص الخاصة بإجراءات إدارية خاصة قد تنتهي بحاله الملف على النيابة العمومية في اتجاه طلب تطبيق العقوبات الجزائية، بل يتبع في إطار الفصل 99 م.إع. إثبات أن ذلك الضرر قد تجاوز المستوى العادي والمقبول وأصحاب الأجور في راحتهم وصحتهم.

ولا يكفي توفر صفة الأجوار حتى تقع المطالبة صحيحة بل لا بد من إثبات أن الأجوار لحقهم شيئاً من الضرر غير المألوف على أن يكون محققاً وشخصياً ومتسلراً، فالضرر المألوف هو الضرر الناشئ عادة من المجاورة كدخان المداخن وما أشبهه من المضار التي لا محيس عنها إذا لم تتجاوز الحد الاعتيادي، فيكون الضرر غير المألوف هو الضرر الذي يتجاوز حدود الاستغلال العادي للنشاط أو الضرر الذي يتجاوز معنى الاستعمال أو الاستغلال العاديين أو الذي لا تتحذل في شأنه الاحتياطات الإدارية والفنية المشروطة في إذن النشاط، إذ أن كل ممارسة تلزمها شيء من الضرر ولا يقع الضرر في حكم غير المألوف إلا إذا أفرط الضرر بمعنى أن لا يكون نتيجة طبيعية للنشاط أو الاستعمال أو الاستغلال أو تناقض المطلوب عن تعطيل توصيات من له النظر للحد من الضرر، ويختلف تقدير الضرر بحسب طبيعة النشاط وموقعه. فلا يمكن والحاله تلك اعتبار مجرد المعاينة لخروج الدخان من قبل الضرر على معنى الفصل 99 م.إع.

ولا يكتفى في إطار الفصلين 99 و100 م.إع. أن يقع الضرر المباشر والمحقق والشخصي⁽¹⁾ على الجار بطريقة غير مألوفة بل يجب أن تكون الأماكن المضرة التابعة للجار «مضرة بصفة الأجور أو مكدرة لراحتهم»، فهي من قبل الأضرار التي تصيب

(1) يراجع شروط السببية في باب القواعد المشتركة للمسؤولة.

(2) علي كحليون: القانون العقاري الخاص، نشر مركز النشر الجامعي، 2010، ص 504.

(1) يراجع شروط الضرر في باب القواعد المشتركة للمسؤولة.

علة آثار إجرائية هامة، كما وقع الخلط بين دعوى رفع المضرة والدعوى الجوزية
ودعوى الخروج لعدم الصفة، وإن في ذلك مسائل إجرائية هامة⁽¹¹⁾.

جـ-التعسف في استعمال الحق
نص الفصل 103 م.أع. على أنه « من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه. فإذا كان هناك ضرر فادع ممكنا اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل فعله العهدة المالية ». وقد ورد هذا الفصل في باب الجمع وشيه الجنح إذ أصبح التعسف في استعمال الحق شكلا من أشكال الخطأ الموجب للتعويض والضمان.

والثابت أن التعسف في استعمال الحق مؤسسة ترمي إلى الحد من قدرات صاحب الحق وتنتزع عن الحق تلك الصفة المطلقة والمقدسة، فلا يأتي صاحب الحق حق إلا في حدود ما لا يطال دائرة حقوق الغير، وهي مؤسسة إسلامية بالأساس⁽¹⁾. فلا ضرر

مشمولات المحكمة الابتدائية. فإذا انتهت آية منازعة في الحق العيني دون أن تخرج الحقوق العينية عن دائرة الدعوى، كما في صورة أن تصدر رائحة كريهة من البناء، يبقى الدعوى شخصية وإن كانت مخالطة وتقدير الداعوى بقيمة رفع المضرة، فإن كانت أقل من سبعة آلاف دينار فهي من اختصاص قضاء التأمين فإن كانت أكثر تردد إلى المحكمة الابتدائية، ويجوز التمسك في شأنها بالتقاضم، ويجوز في جميع الأحوال للمحكمة المختصة لرجاع الأمور إلى تصايبها وبيان السبب القانوني للسليم، الفصل 99 م.أع أو الفصل 174 م.رح، بل أكثر من ذلك كان من الجائز للمحكمة أن تتمدد التكيف السليم تجاوزا لقول الداعى توصلة لتطبيق النظام القانوني للسليم تجاوزا للطلبات الأطراف في الدعوى.

والمراجع أن الشد القانوني الذي تتأسس عليه الطلبات يختص به الآيات القانونية، ونفهم من بحصره في الظروف الواقعية المتمسك بها العقائد الحق، أي العناصر المتناثرة للحق المتنازع فيه ومنهم من يجعله منتصرا في النص القانوني. وقد جعلت مجلة الإجراءات المدنية السبب منحصرا في الأسباب القانونية ولم تأخذ به بجزء البطلان بالفصل 71 م.م.ت. وقدرت إمكانية تغير سبب الدعوى استثنافا بالفصل 148 م.م.م.ت، كان يستند في البداية إلى خطأ شخصي، ثم إلى خطأ عن فعل الشيء في طور الاستئناف، أو أن يتمسك بالخطأ المثبت في البداية، والخطأ المفترض في طور الاستئناف، بل إنه يمكن للمحكمة تغير سبب الدعوى تجاوزا للسبب المبين ببرهنة الداعوى ولا بعد ذلك من قبيل الطلبات المدنية، كما أن وفض الداعوى على سبب محذل لا يجوز إعادة رفعها على سبب آخر إذا كانت الواقع نفسها، خلافا لما ورد بالفصل 523 م.أع الذي يدو أنه نسخ لموجب أحکام مجلة الإجراءات، ذلك أن المجلة انحازت إلى التعريف الواسع لسبب الدعوى، فهو إخلال المدعى عليه بمصلحة مشروعه للمدعى، فهو جملة الواقع المادية التي يجب أن يزها المتضرر وذلك هو المعيار في تحديد سبب الدعوى من خلال مجلة المغافلات المدنية، فلا يرغم المدعي أصلا على إدراج النص القانوني، وعلى فرض أنه استند إلى نص قانوني دون آخر، فلا شيء يمنع القاضي من تكيف الواقع وتطبيق النص القانوني للسليم، حيث إن التفروعات القانونية الصرفة، وخاصة ما يتعلّق بعنصر التكيف فهو من مشمولات عمل المحكمة.

والأصل أن تكيف الواقع المستند لها من قبل المحكمة واعتماد النص الملاائم لهو من مفرمات عمل محكمة الأصل وليس فيه خروج عن متضييات الحيد على معنى الفصل 12 م.م.ت. وعلى ذلك الأساس كان من الممكن تطبيق النص القانوني الملاائم قضية تجاوزا لما ورد في الداعى من سند.

(1) محمود شمام: تجاوز الحق بين الشريعة والقانون، مجلة القضاة والتشريع، 1978، عدد 5 من 15 وما بعد.

(1) مما لا شك فيه أن دعوى كف الشفوب تختلف عن دعوى الخروج لعدم الصفة. فمتضمن دعوى كف الشفوب في عقار مسجل أن تحمي المالك المرسم فقط إذا كان العقار خاصا للمعمول المنشى للترسيم أو المالك المرسم والخلف العام والخلف الخاص إذا كان العقار خاصا للسفير الاحتواجي، ويحمي واضح البذ في العقارات غير المسجلة. وتقع الحماية في رد الشفوب الصادر عن الغير سواء كان شيئا ماديا أو قانونيا مباشرة أو غير مباشرة. وبينضاف إلى دعوى كف الشفوب دعوى تعطيل الأشغال التي تهدف إلى إيقاف الأشغال قبل نهايتها ودعوى انتكاك المجوز بالقوة التي تهدف إلى وضع حد لعنصر القوة غير السرير. وبخصوص قاضي التأمين بالدعوى الجوزية في أشكالها الثلاثة، والمقطني في دعوى الخروج لعدم الصفة أن تتم ضد شخص ليس له الصفة في الحالات سواء كان العقار مسجل أو غير مسجل ويرتبط الحلول بمساحة العقار دون أن يتجاوزه إلى عناصر غير ماظرفة ومن خصوصيتها أنها دعوى غير مقدرة تبقى من اختصاص المحكمة الابتدائية. وفعلا كانت الفكرة السادسة من الفصل 39 م.م.ت تنص على اختصاص قاضي التأمين بالنظر استعجالا في دعواتي الخروج لعدم الصفة في عقار مسجل لكن المشرع الذي هنا الاختصاص بتفعيل الفصل 39 م.م.ت سنة 1986 ويفيت السادس العامة منطبق في أن دعوى الخروج لعدم الصفة دعوى غير مقدرة وهي بذلك من اختصاص المحكمة الابتدائية (الفصلان 22 و 40 م.م.ت). ومما لا شك فيه أنه يطلب في دعوى الخروج لعدم الصفة الوقوف على معنى خلو الصفة توصلا للقضاء بالخروج، ومقطني ذلك أن تقف المحكمة على طبيعة حق المدعي عليه في ذلك.

وقد نص الفصل 20 م.م.ت على أنه « توصى بدعوى شخصية الداعوى البينة على التزام شخصي مصدقه القانون أو العقد أو شبه العقد أو الجنة أو شبه الجنة. وتوصى بدعوى متعلقة بمتغول الداعوى التي تقصى منها استحقاقه من قبل الداعوى وتوصى بدعوى استحقاقه على الداعوى التي تستند إلى حق عيني عقلى. أما الداعوى المبينة في آن واحد على حق عيني عقاري وحق شخصي فهي دعوى مخالطة وتلحن من حيث مرجع نظرها بالداعوى الشخصية إذا كان الحق العيني العقاري غير متنازع فيه.

والمعلوم إن الداعوى الجوزية من اختصاص قاضي التأمين بتعريف النص كلما توفرت شروطها. كما أن دعوى الخروج لعدم الصفة من اختصاص المحكمة الابتدائية باعتبارها ذات الاختصاص العام في القضايا غير المقدرة، وكذلك المتنازع في حقوق عينية. والواضح أن الجدل في بيان الاختصاص في قضيابارفع المضرة والمتنازع في الحقوق العينية أمر محسوم على معنى الفصل 20 م.م.ت، حيث إن رفع المضرة قضية شخصية قابلة للتقدير والاختصاص فيها يحدد بمقدار رفع الضرر، إذ أن الأعمال غير المشروعة مكتبة بداعة لحق التعويض الذي يمكن أن يكون تعويضا عينا والأغلب أن يكون تعويضا بمقابل، والتبعين مقدر في جميع المصور.

وإذا وقع الاختلاط في الداعوى بين الشخصي والعيني يرد إلى الشخصي إذا لم يكن العيني محل نزاع أما إذا كان محل نزاع فالاختصاص للمحكمة الابتدائية. وإذا كانت الواقع المستند إليها في المتنازع حول حقوق ارتفاقية مخالفة للقانون، وهي حقوق عينة متفرعة عن الملكية، فإن الداعوى فيها عينة وينتهد الاختصاص فيها للمحكمة الابتدائية ولو تضمن الملف تقديرات شخصية لرفع الضرر، إذ أن الداعوى المخالطة تلحوظ من حيث مرجع النزاع بالداعوى الشخصية إلا إذا كان الحق العيني العقاري غير متنازع فيه، أما إذا تبين النزاع في الحق العيني العقاري فبقى الداعوى عينة وينتهد الاختصاص فيها للمحكمة الابتدائية إذ لا تختص محاكم التأمين بالنزاعات المتعلقة بعقار وتبقى من

وقد انعكست اختلافات رجال القانون على تعاريف الحق بحسب المدارس الم الموضوعية أو الشخصية. فإذا عرفت المدارس الشخصية الحق وعلى رأسها الفقيه Savigny يكونه سلطة إرادية *volonté* يقرّها القانون ذهب المدارس الموضوعية وعلى رأسها الفقيه Ihering إلى أن الحق مصلحة محمية قانوناً *intérêt protégé* juridiquement. فالتعريف الشخصي يركّز على طبيعة تدخل الشخص والتعريف الموضوعي يركّز على أهمية تدخل القانون في حماية أو بيان حدود الحق. ولذلك ظهرت مع منتصف القرن العشرين بعض النظريات الوسطية التي حاولت التوفيق بين النظرتين الشخصية والموضوعية. فقد تقدم Dabin في كتابه «الحق الذاتي» سنة 1952 بأربعة عناصر اعتبرها مجتمعة في تعريف الحق: الاستئثار والتحكم واحترام الغير للحق وتدخل القانون لحماية الحق، فالحق «سلطة يسندها القانون لشخص معين ويضفي عليها حمايته بحيث يكون لصاحب الحق أن يتصرف بمقتضاه فيما يملكه، وهو ما يمثل الحق العيني أو فيما هو مستحق له وهو ما يمثل الحق الشخصي⁽¹⁾». على أنه من الممكن القول إنَّ معظم رجال القانون قد انحازوا إلى النظرة الذاتية للحق أي إلى الرأي القائل بتوفر الحقوق الذاتية حتى ولو اختلفوا في تعريف الحق شخصياً أو موضوعياً، فمن رجال القانون من يعترف بالحقوق الذاتية ويقدم تعريفاً موضوعياً للحق باعتباره مصلحة محمية قانوناً⁽²⁾.

وعادة ما تقسم الحقوق الذاتية بحسب معيار الذمة المالية، أي العقوق الداخلة بالذمة المالية والحقوق الخارجية عنها، أو بحسب موضوع الحق، الحق العيني أو الحق الشخصي، أو بحسب مصادر الحق، الواقع القانونية والتصرفات القانونية. ولكن أهم ما يدخل في تعريف الحقوق المادية والتي لها مكان بالذمة المالية هو ما يعرف بالحق الشخصي والحق العيني وهي حقوق داخلة في التعامل. ويمكن التصرف فيها وإنحالها وتنتقل إلى الورثة ويمكن عقلتها وتسقط بمرور الزمن أما باقي الحقوق فهي حقوق خارجة عن دائرة الذمة المالية فليس لها قيمة مالية ولا يمكن التصرف فيها أو إحالتها أو انتقالها أو سقوطها بمرور الزمن. وتبقى الصعوبة منحصرة بطبيعة الحال في التمييز بين الحقوق المالية الداخلية في معنى الذمة المالية والأخرى الخارجية عنها⁽³⁾.

(1) محمد كمال شرف الدين: قانون مدنى، النظرية العامة، ص. 170، عدد 159.

(2) التعرّيف وارد بكتاب محمد كمال شرف الدين، قانون مدنى، المرجع السابق، عدد 160.

(3) عبد الرزاق السنورى: المجلد الثامن، المرجع السابق، ص. 707.

(4) محمد الشرفى: المرجع السابق، ص. 265 وما بعده.

ولا ضرار ومن له التما فعليه التوابع والخرج بالضمان والضمان على من تعسف ولو في الحق. فقبل إبراز صور التعسف (2) يتعين تعريف الحق (1).

1-تعريف الحق

الحق قيمة معنوية دوماً يمكن أن ترد على أشياء مادية أو غير مادية⁽¹⁾، فما هو مادي فيمكن أن يلمس ويشاهد وتحقق في القبض، بينما غير المادي أو المعنوي فيبقى دوماً في مستوى الذهن. وقد يتخذ الحق مفاهيم موضوعية أو ذاتية بحسب المدارس والمناهج حيث قال البعض إنَّ الحق لا يمكن أن يكون إلا موضوعياً يمعنى أن القانون هو المحدد للحق وليس من الممكن الحديث عن حقوق ذاتية. وقال البعض الآخر بالمفهوم الذاتي للحق. ويدخل في معنى الحق مادياً كل ما له قيمة مالية ويدخل في معنى الحق معنوياً كل ما له قيمة معنوية للشخص مثل الحقوق الأدبية والحقوق المتصلة بالحالة الشخصية، مثل الولاية وحق الطلاق والنسب. ولا تشمل الذمة المالية للشخص إلا ما يدخل في معنى الحق المادي الذي يمكن أن يكون في نهاية الأمر إما حقاً عيناً أو حقاً شخصياً.

ولم يكن من البسيط الاعتراف بالحق الذاتي للشخص، فقد رفضت المدارس المثلية وجبر الحق الذاتي من الأصل، فليس ما يسمى بالحق إلا روابط بعيدة عن ذات الشخص⁽²⁾. فرفضت بعض المدارس الوضعية بدورها مفهوم الحق ورأى فيه مجرد غلقة موضوعية يحددها القانون وليس للشخص أي دخل في ذلك⁽³⁾. ولكنه استقر الرأي لدى معظم رجال القانون الحديث عن نظرية الحقوق الذاتية⁽⁴⁾. وأصبح للحق الذاتي وجود في النظرية العامة.

محمد الصالح العياري: هل في مبدأ حظر التعسف في ممارسة الحق متسع للمسؤولية المنجرة عن الطلاق، القضاء والتشريع، 1978، عدد 9 ص. 7.

مصطفى أحمد الزرقان: صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في القانون الإسلامي، دار المسير عمانالأردن 1983.

N. Ben Ammou : Essai sur l'abus des droits à travers l'article 103 du coc, mémoire DEA., Tunis 1983-1984.

(1) كان الرومان يعتقدون أن الملكية هي وحدتها الحق المادي بينما جميع الحقوق الأخرى هي حقوق معنوية. والحقيقة أن جميع الحقوق معنوية بينما الأشياء هي التي يقع فيها التمييز بين ما هو مادي وغير مادي.

عبد الرزاق السنورى: حق الملكية، المجلد الثامن، ص. 274.

(2) Jacques Ghestin : Traité de droit civil, introduction générale, par Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, 3 ème éd. L.G.D.J. Paris, 1990, n° 166 et suiv p. 123 et suiv.

(3) DUGUIT :Traité de droit constitutionnel, Tome troisième, Paris 1930, troisième édition en cinq volumes, p. 655-674, n°94.

(4) محمد الشرفى: مدخل للدراسة القانون، ص. 263 وما بعده.

2- صور التعسف في الحق

الخطأ في نهاية الأمر هو الانزعاف عن السلوك العادي للرجل العادي، لكن هذا الخروج عن السلوك العادي قد يأتي الشخص إذا خرج عن الرخصة أو خرج عن حدود الحق أو تعسف في استعماله. وهي مفاهيم يتجه التمييز فيها بعنابة، فالرخصة هي إباحة التصرف كالتقاضي والكتابة والنشر والتملك والتعاقد، إلى غير ذلك من الحريات. أما الحق فهو مصلحة معينة مرسمة الحدود يحميها القانون مثل الملكية فهي حق والملك فهي رخصة، فالإنسان في سعيه يمارس حرياته في حدود الرخصة المسنوج بها، فإذا تحصل على حق ما من الحقوق، أصبحت الممارسة في إطار ضيق لهذا الحق، والمطلوب في الرخصة أن تمارس مع شيء من الحبطة والتقصير والقطف، فإذا احازت عن التصرف العادي وقع الخطأ. وكذلك ينظر إلى الخروج عن الحق فإذا خرج مصاحبه عن حدوده وقع الخطأ، ولكن حق حدوده وضوابطه مثل أن يبني المالك فوق حدود أرضه، وكان الاعتقاد السائد قد يما أن الشخص إذا تصرف في حدود حقه لا تلقى على عاته آية مسؤولية، لكن الفقه الحديث أثبت أن الخطأ يمكن أن يرتكب ولو أن صاحبه لم يخرج عن حدوده وإنما تعسف في استعماله، فيحصل التعسف إذا قصد صاحب الحق الإضرار بالغير أو رجع الضرر ورجحاناً كثيراً أو انتهت مشروعية المصالح التي يرمي إليها صاحب الحق، ومن هنا كانت التفرقة الحدبية بين الممارسة في حدود الرخصة والممارسة في حدود الحق والتعسف في استعماله.

ولذلك نص الفصل 103 م.أ.ع. على أن «من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه»، معنى ذلك وبطريقة عكسية أن من كانت له آية الإضرار بالغير في استعمال الحق فالمهده عليه، وأضاف نفس الفصل أنه «إذا كان هناك ضرر فادح يمكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل فعله العهدة المالية» أي أنه إذا رجع الضرر ورجحاناً كثيراً في استعمال الحق أو انتهت مشروعية أصلًا في استعمال الحق أي لا فائدة من العمل أصلاً كانت المهددة على من استعمال الحق.

ويذلك استوعب الفصل 103 م.أ.ع. النظرة الشخصية للتعسف أي آية الإضرار بالغير والنظرة الموضوعية للتعسف أي رجحان الضرر وغياب المشروعية في الاستعمال، فمقتضي المذهب الشخصي في التعسف أن لا تكون غاية صاحب الحق في استعماله لحقه إلا الإضرار بالغير، فهو مستوى تقسي يطلب الوقوف على ذهنية صاحب الحق، ومقتضي المذهب الموضوعي أن يعاين العمل ذاته تجاوزاً للذهنية الفاعل، فإذا كانت المفسدة أي الضرر أكثر من المصلحة كان التعسف وإذا لم يتم الدليل على حاجة الفاعل للفعل قام التعسف.

المبحث الثاني: المسؤولية عن فعل الغير

نص الفصل 93 جديـرـاً.عـ علىـ أنـهـ «عـلـىـ كـلـ شـخـصـ ضـمـانـ الضـرـرـ النـاشـنـ مـنـ الـمـخـبـلـيـنـ وـغـيـرـهـ مـنـ عـلـيـيـ العـقـلـ السـاكـنـيـنـ مـعـهـ وـإـنـ كـانـواـ بـالـغـيـنـ سـنـ الرـشـدـ إـنـ لـمـ يـثـبـتـ إـحدـيـ الـحـالـاتـ التـالـيـةـ:

ـ أنه راقبهم كل المراقبة الازمة.

ـ أنه كان يجهل الحالة الخطيرة للمصاب.

ـ أن الحادث وقع بسبب خطأ من المتضرر نفسه.

وينسحب الحكم المذكور على من تعهد في عقد بمراقبة المذكورين بهذا الفصل وحفظهم.^٩

كما نص الفصل 93 مكررـاً.عـ المضاف بالقانون عدد 59 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 على أن «الأب والأم مسؤولان بالتضامن عن الفعل الضار الصادر عن الطفل بشرط أن يكون ساكتاً معهما.

ويجوز دفع هذه المسؤولية إذا ثبت أحدهما:

ـ أنه راقب الطفل كل المراقبة الازمة.

ـ أو أن الضرر نتج عن خطأ من المتضرر نفسه.

وفي صورة وفاة الأبوين أو فقدانهما الأهلية يكون الكافل مسؤولاً عن الفعل الضار الصادر عن الطفل ما لم يثبت:

ـ أنه راقب الطفل كل المراقبة الازمة.

ـ أو أن الضرر نتج عن خطأ من المتضرر نفسه.

وأصحاب الصنائع والمعلمون مسؤولون عن الضرر الناشئ عن تدريبهم وتلاميذهم طيلة المدة التي هم فيها تحت نظرهم.

وتنتفي المسؤولية المذكورة إذا ثبتت أرباب الصنائع:

ـ أنهم راقبوا الطفل كل المراقبة الازمة.

ـ أو أن الضرر نتج عن خطأ من المتضرر نفسه.

أما المعلمون فإن الغلطة أو الغفلة أو الإهمال المستند عليها ضلائم بصفة كونهم تسبباً في الضرر يجب على المدعى إثباتها وقت المراقبة طبق القانون العام».

والواضح من خلال الفصلين أن المسؤولية عن فعل الغير تقوم على مبدأ الرقابة، رقابة شخص على شخص آخر في حاجة إلى الرقابة، سواء كان طفلاً أو عاملاً أو مريضاً أو تلميذاً.

أ-أساس المسؤولية عن المختبئين وعليالي العقل

الأساس القانوني في المسؤولية عن المختبلين وعليه العقل هو الفصل ٩٣ م.أ.ع.
فقد نص هذه الفصل كما هو منقح بالقانون عدد ٥٩ لسنة ١٩٩٥ المؤرخ في ٩ نوفمبر
١٩٩٥ على أن : كل شخص ضماع الضرر الناشئ من المختبلين وغيرهم من عليي
العقل الساكتين معه وإن كانوا بالغين سن الرشد إن لم يثبت إحدى الحالات التالية :
ـ أنه راقبهم كل المراقبة الازمة .

أنه كان يجهل الحالة الخطرة للمصاب.

أن الحادث وقع بسبب خطأ من المتضرر نفسه.
وينسحب الحكم المذكور على من تعهد في عقد بمراقبة المذكورين بهذا الفصل
حتى يتحقق لهم.

وتدل القراءات العامة على أن المسئولية التصويرية إذاً تستند إلى الخطأ وقد يكون هذا الخطأ مثبتاً أو مفترضاً وإما أن لا تستند أصلاً إلى الخطأ فيكون السند إما تحمل النسخة أو قرابة المسئولية.

ال واضح من خلال أحكام الفصل ٩٣ م.أع. أن أساس هذه المسؤلية هو الخطأ وليس أي خطأ بل هو خطأ في المراقبة وهو خطأ مفترض بجانب المسؤول.. ومؤدي ذلك أنه بمجرد وقوع الضرر يتحمل المسؤول وهو القائم بالرقابة عبء الإثبات لرد الدّعوى فالافتراض هو الخطأ في المراقبة. ولا يطلب من المتضرر إثبات الخطأ في المراقبة.

ويؤدي إلى افتراض إلى العلاقة السببية بجاتب الخطأ، فلو كان الخطأ هو المفترض الطلب المتضرر يثبت العلاقة السببية بين الضرر والفعل، ولكنها مفترضة بنفس درجة برهان المدعي، فقط باثبات الضرر، لا غير.

افتراض الخطأ فلا يطالب المتضرر بإثباته، بل يطلب منه برهانه سواء
وهو افتراض لفائدة المتضرر لا غير فلا يمكن أن يتفع بهذا الافتراض غيره سواء
كان المخاطر للرقابة أو متولى الرقابة. فالخاضع للرقابة مسؤول مسؤولية شخصية إذا
كان ممزاً ومتولى الرقابة مسؤول بالتبعة إلا إذا كان المخاطر للرقابة غير مسؤول فترتدى
مسؤوليته أصلية.

-شروط المسؤولية عن المختبرين وعليهم العقل

يشترط في هذه المسؤولية أن يقع الإخلال بعنصر المراقبة أساس المسؤولية عن فعل الغير وقيام عمل غير مشروع من الخاضع للرقابة، وبالتالي لا بد من توفر جملة من الشروط الآتية (1) ويجاب عن خاضع للرقابة (2).

وبذلك فقد جمع المشرع بالفصلين 93 و 93 مكرر حالات المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن المختبلين وعليها العقل (الفقرة الأولى)، مسؤولية الآباء والأمهات والكفيل (الفقرة الثانية)، مسؤولية أرباب الصنائع (الفقرة الثالثة)، مسؤولية المعلمين (الفقرة الرابعة)، ولم يرد بالشريع التونسي قاعدة عامة في مسؤولية المتبع عن فعل تابعه (الفقرة الخامسة)، وقد كان الفصل 93 م.أ.ع. يوم تحرير مجلة الالترامات يضم جميع حالات المسؤولية عن فعل الغير وقد أمكن تضييقه أول مرة في 17 سبتمبر 1937 ثم في 9 نوفمبر⁽¹⁾ 1995.

الفقرة الأولى: المسئولية عن المختبلين وعليالي العقل

يعد الفصل ٩٣ م.أ.ع. هو الأساس في المسؤولية عن المختبلين وعليه العقل (أ)، وقد بين المشرع من خلاله شروط هذه المسؤولية (ب) وطرق التفصي منها (ت) وأثارها (ث).

(١) وقد كان الفصل ٩٣ م. اع. قد يضم جميع حالات المسؤولية عن فعل الغير وقد نص بعد تنقيحه في ١٧ سبتمبر ١٩٣٧ على ما يلي: «على كل شخص ضمانته ضرر الناشئ من المختبلين وغيرهم من علىي العقل الساكرين معه وإن كانوا بالغين من الرشد إن لم يثبت:

- أود أن رأيهم كل المراقبة الدارمة.
- ثانياً أنه كان يجهل الحالة الخطيرة للإصابة.
- ثالثاً أن الحادث وقع بسبب خطأ من المتضرر نفسه.

وهذا الحكم يجري على الصورة المذكورة على من تختلف في عقد ببراءة المذكورين بهذا الفصل

الأب والأم بعد وفاة زوجها مسؤولان عن الضرر المتسبب عن فعل أولادهم الذين ستهمن 18 سنة كاملة والساكنين معهم وأرباب الصنائع والمعلمون مسؤولون عن الضرر الناشئ عن تدريسيهم وتلامذتهم المدة التي هم فيها تحت نظرهم.

ون تكون المسؤلية المذكورة إلا إذا أثبتت الولدان وأرباب الصناع: -أولاً أنهم راقبوا كل العراقة اللازمه. -ثانياً أن الغص تستبع خطأ من لحمة.

أما المعلمون فإن الغلطة أو الغلة أو الإهمال المستند عليها ضدتهم بصفة كونهم تسبيباً في الفرر يجب على المدعي إثباتها وقت المراجعة طبق القانون العام.

وقد أدخلت المعايير الجديدة في المعايير المعمولية لعام 1995 تقييم الفصل ٩٣ م.أع بأن نفس على صورة واحدة من حالات التفصي حتى يتحقق التفصي وأبقى الفصل ٩٣ خاصاً بالمسؤولية عن عللي العقل والمخربين وأضاف الفصل ٩٣ مكرر في بيان مسؤولية الآباء والأمهات وأرباب الصنائع والمعلمين مع تحصين بعض العبء والتركيز على معنى الضامن في مسؤولية الآباء والأمهات مع اعتبار حالات الطلاق وإنعدام الأهلية في انتقال واجب العراقة للأم.

1- شروط من يتولى الرقابة

يشترط في من يتولى الرقابة في المسؤولية عن المختبلين وعليه العقل أن يقع الإخلال بعنصر الرقابة، وللرقابة سلتها وأساليبها ومفهومها.

-**سند المراقبة:** يمكن أن يكلف الشخص بمراقبة المختبل أو عليل العقل بالقانون أو القضاء أو الاتفاق.

قانوناً يعد الآب ومن بعده الأم باستثناء ولادة المال ولها للقاصر وقد يكون القاصر مجنوناً أو ضعيف العقل⁽¹⁾. كما أن متصرف المستشفيات والمتأوي ومعاهد الرضيع ومديري الإصلاحيات ومتأوي الأطفال يعتبرون ولها قانوناً عمومياً للأطفال المنقطع والمهملين عندما يتعهدون بحفظهم والوالى لي لم لا ولى له على معنى القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بولاية العمومية والكافلة والتبني في الولاية العمومية.

قضاء يجب أن تعين المحكمة يقدماً على المجنون أو ضعيف العقل إذا لم يكن له من يدير أعماله ويحفظه طبق الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم⁽²⁾.

اتفاقاً يمكن أن ينتقل واجب المراقبة إلى الغير كما في صورة أن يقع إبراء المجنون أو المريض بمصحة خاصة أو أن يتكلف شخص برعايته وحفظه على معنى عقد الكفالة الوارد بالقانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 أو بموجب أحكام الوصية أو أن يوجد من قبل أقاربه بالمستشفى للتدابي، وقد نص الفصل 93 م.أ.ع. في آخره على أن أحكامه تسحب على من تعهد في عقد بمراقبة المذكورين بهذا الفصل وحفظهم.

-**أسباب المراقبة:** أسباب المراقبة في المسؤولية عن فعل الغير يمكن أن تكون على أساس اعتبارات عقلية أو اعتبارات السن أو اعتبارات جسمية، وقد أخذت مجلة الالتزامات والعقود مسألة الأهلية والرشد بالفصل 153 إلى 170 كما تنظم مجلة الالتزامات والعقود مسألة الأهلية في العقود بالفصل 3 إلى 17. وتعرف مجلة الالتزامات المجنون بأنه «الرشيد الذي احتل شعوره بما أخرجه من الإدراك»⁽³⁾ وليس لهذا الشخص أهلية التعاقد. وتعرف مجلة الأحوال الشخصية المجنون بأنه «هو الشخص الذي فقد عقله سواءً أكان جنونه مطبقاً يستغرق جميع أوقاته أو متقطعاً تعتريه فترات يثرب إليه عقله فيها»⁽⁴⁾. أما عليل العقل وهو ضعيف العقل سواءً بمجلة الالتزامات⁽⁵⁾ أو مجلة الأحوال الشخصية « فهو الشخص الغير كامل الروعي السيء التدبير الذي لا يهتدى إلى التصرفات الراجحة ويفتن في المباعات»⁽⁶⁾. فالجنون هو ذهاب العقل مطلقاً وضيق العقل هو نقصانه. ولا بد من التوجيه للخبرة الطبية لإثبات حالي الجنون والضعف.

ولكن الحال الجسمى لا يعتبر اختلالاً أو ضعفاً في العقل إذا بقيت المدارك العقلية على حالها فليس الأعمى والأصم والمقعد والمسلول ومن هو في حكم حكم المكلفين أو المختبلين فليتحملوا عقوبة ما ارتكبوا.

2- شروط الخاضع للرقابة

يشترط في الخاضع للرقابة في المسؤولية عن المختبلين وعليه العقل أن يكون الخاضع للرقابة فعلاً من المختبلين وعليه العقل وأن يكون ساكناً مع الشخص المكلفين قانوناً أو اتفاقاً أو قضاة وأن يصدر عنه عمل غير مشروع.

-**تعريف المختبل وعليل العقل:** تنظم مجلة الأحوال الشخصية مسألة الحجر والرشد بالفصل 153 إلى 170 كما تنظم مجلة الالتزامات والعقود مسألة الأهلية في العقود بالفصل 3 إلى 17. وتعرف مجلة الالتزامات المجنون بأنه «الرشيد الذي احتل شعوره بما أخرجه من الإدراك»⁽¹⁾ وليس لها الشخص أهلية التعاقد. وتعرف مجلة الأحوال الشخصية المجنون بأنه «هو الشخص الذي فقد عقله سواءً أكان جنونه مطبقاً يستغرق جميع أوقاته أو متقطعاً تعتريه فترات يثرب إليه عقله فيها»⁽²⁾. أما عليل العقل وهو ضعيف العقل سواءً بمجلة الالتزامات⁽³⁾ أو مجلة الأحوال الشخصية « فهو الشخص الغير كامل الروعي السيء التدبير الذي لا يهتدى إلى التصرفات الراجحة ويفتن في المباعات»⁽⁴⁾. فالجنون هو ذهاب العقل مطلقاً وضيق العقل هو نقصانه. ولا بد من التوجيه للخبرة الطبية لإثبات حالي الجنون والضعف.

ولكن الحال الجسمى لا يعتبر اختلالاً أو ضعفاً في العقل إذا بقيت المدارك العقلية على حالها فليس الأعمى والأصم والمقعد والمسلول ومن هو في حكم حكم المكلفين أو المختبلين فليتحملوا عقوبة ما ارتكبوا.

(1) الفصل 154 م.أ.ش.

(2) حاكم التقاضي هو رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه وأحكامه ابتدائية يحرز الطعن فيها ويراقب أعمال المقدم الشابة العمومية على معنى الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم.

(1) الفصل 5 م.أ.ع.

(2) الفصل 160 م.أ.ع.

(3) الفصل 6 م.أ.ع.

(4) الفصل 160 م.أ.ع.

للرقابة ينقلب عبء الإثبات على متولي الرقابة، ولكنها مجرد مفترضة إذ يجوز لمن يتولى الرقابة وقد انقلب عليه عبء الإثبات أن يدفع عنه المسؤولية بإثبات أنه راقبهم كل المراقبة الالزامية أو أنه كان يجهل الحالة الخطرة للمصاب أو أن الحادث وقع بسبب خطأ من المتضرر نفسه. ويكفيه أن يثبت واحد من الأمور المذكورة حتى يخصى تماماً من المسؤولية. لذلك نص الفصل 93 م.أ.ع. كما هو متبع بالقانون عدد 59 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 أنه على كل شخص، وكذلك من تعهد في عقد بالمراقبة، ضمان الضرر الناشئ من المختبلين وغيرهم من علييل العقل الساكني معه وإن كانوا بالغين سن الرشد إن لم يثبت إحدى الحالات التالية: أنه راقبهم كل المراقبة الالزامية أو أنه كان يجهل الحالة الخطرة للمصاب أو أن الحادث وقع بسبب خطأ من المتضرر نفسه.

- الدفع بإثبات المراقبة الالزامية: فمقتضى المراقبة الالزامية أن يقوم المكلف ثانوياً أو اتفاقاً برعاية من به خلل الرعاية التامة ويدخل في ذلك معنى جسن التربية والتوجيه كما تقدم، ولا يمكن أن تصوّر إثباتاً تاماً لواجب الرقابة إلا بإثبات انتقال المراقبة إلى طرف ثالث انتقالاً قانونياً أو اتفاقياً كما في صورة أن يوضع المصاب بالمستشفى بعدما كان تحت رعاية والده.

- الدفع بإثبات الجهل بالحالة الخطرة للمصاب: ومقتضى الجهل بالحالة الخطرة للمصاب أن يكون جنون المصاب فجائياً دون سوابق ودون تقديم والأغلب أن تستأنس المحكمة بالاختبارات الطبية في إثبات تاريخ الجنون.

- الدفع بإثبات خطأ المتضرر: ومقتضى خطأ المتضرر المفترضى إلى تقصي المكلف هو أن يستترق المتضرر كامل الخطأ بأية طريقة والحججة على المراقب، أما إذا تدخل الغير بنسبة معينة فمن الممكن تجزئة المسؤولية إذ أن التجزئة جائزة في المسؤولية المفترضة القابلة للدليل العكسي والقاعدة أنه يتعذر بفعل غير المميز في توزيع المسؤولية حيث لا يشترط التمييز إلا إذا كان الفاعل في مركز المسؤول أو إذا كان في مركز المضرر فلا تأثير لعدم التمييز ويعتبر بفعل غير المميز في توزيع المسؤولية.

إذا ثبت المراقب واحدة من هذه الحالات فإنه ينفصى من كامل المسؤولية، ويبدو الإثبات صعباً بالنسبة إلى الحالتين الأولى والثانية، أما الثالثة فلا تؤدي إلى التفصي الكامل إلا في حالة استغراف كامل الخطأ أما إذا بقي شيء من الخطأ فمن الجائز توزيع المسؤولية.

ثـ- أثار المسؤولية عن المختبلين وعلييل العقل الأثر الأساسي هو أن يلزم المسوّل بالتعويض وقد تذرع عليه رد الداعوى الأصلية. ولما كان المخاضع للرقابة غير مميز مطلقاً فإنه لا يصح الرجوع عليه بعد دفع قيمة الضرر

المجنون وضعيف العقل طالما أنهم يتمتعون بكمال المدارك العقلية، فقط إذا اختلف المدارك والحججة طيبة يكون الشخص في حكم المجنون أو ضعيف العقل.
ولا يشترط في المسؤولية عن فعل الغير صدور حكم بالتحجير فذلك شرط وضعه المشرع لبيان صحة التصرفات الصادرة عن المجنون عليه^(١).

- شرط المساكنة: إذا بلغ الشخص سن الرشد مهما كان موقعه انتهت الرقابة سواء كان الخاضع بالرقابة مازال بالمدرسة أو بالمصنع أو مع والديه وغير ذلك من الصور. لكن المسؤولية عن فعل الغير تبقى بالنسبة إلى المختبل وعلييل العقل حتى وإن بلغ سن الرشد وتحمل الرقابة قانوناً على الساكني معه عادة وعلى من تعهد اتفاقاً بمراقبتهم، لذلك نص الفصل 93 م.أ.ع. على أن «كل شخص ضمان ضرر الناشئ من المختبلين وغيرهم من علييل العقل الساكني معه وإن كانوا بالغين سن الرشد..... ويسحب الحكم المذكور على من تعهد في عقد بمراقبة المذكورين بهذا الفصل وحفظهم». ولا تتحقق المساكنة في ضرورة أن يكون الخاضع للرقابة متواجداً مادياً بمسكن أو مقر المكلف بالرقابة بل تتحقق إلى جميع الأعمال التي صدرت عن الخاضع للرقابة وهو ساكناً للمكلف، فيكون لمعنى المساكنة مقصد وظيفي يتجاوز المعنى العضوي للمساكنة. وهو ما يؤسس لمفهوم واسع لمعنى المراقبة.

- صدور فعل غير مشروع عن الخاضع للرقابة: لا يكفي أن توفر حالتا الجنون أو ضعف العقل وركن المساكنة لقوله بالمسؤولية عن فعل الغير بل لا بد أن يصدر عمل غير مشروع من هو تحت الرقابة، فلا بد أن يكون الخاضع للرقابة هو مصدر الفعل وليس هو من وقع عليه الضرر. ويمكن أن يكون الفعل الذي قام به الخاضع للرقابة شيئاً أو مفترضاً. فإذا ثبت الخطأ أو الفعل بجانب المجنون أو علييل العقل إثباتاً أو افتراضياً قامت مسؤولية الغير بالتبعية على خطأ ضعيف العقل، إلا أن المجنون لا يقوم الخطأ بجانبه لاختلاف عصر التمييز. وتكون مسؤولية الغرائب عن فعل المجنون مسؤولة أصلية أساسها اعتبارات موضوعية بالرغم من عدم توفر خطأ بجانب الخاضع للرقابة، فتكون مسؤولية متولي الرقابة في هذه الصورة هي مسؤولية أصلية عن فعل موضوعي غير مشروع، وليس مسؤولية عن فعل الغير بوصفها مسؤولية تبعية عن خطأ الغير الخاضع للرقابة.

ثـ- طرق التفصي من المسؤولية عن المختبلين وعلييل العقل إن مسؤولية من يتولى الرقابة عن المختبل وعلييل العقل هي مسؤولية مفترضة بمعنى أن المتضرر لا يثبت خطأ من هو ملزم بالرقابة بل بمجرد أن يقع الضرر من هو خاضع جميع أعمال المجنون باطلة قبل الحجر وأعمال ضعيف العقل الصادرة بعد صدور حكم التحجير باطلة أما الصادرة قبل صدور الحكم فيجوز إبطالها. الفصل 163 م.أ.ش.

ويقى الخاضع للرقابة مسؤولاً شخصياً عدا صورة المجنون ويجوز أن يختار لمتضارر القيام ضدّ المسؤول شخصياً إذا كان مليئاً وينوب باسم الأهلية المقدم، فإذا صدر الحكم ضدّ الخاضع للرقابة مباشرة فلا رجوع لمن يتولى الرقابة باعتبار من مسؤولية هذا الأخير هي مسؤولية تبعية وليس مسؤولية أصلية. ولكنه من حيث تطبيق عادة ما يقع توجيه الدعوى على متولي الرفقة لأنه أكثر مالاً عادة، فيصبح له لرجوع في هذه الصورة على الخاضع للرقابة الممرين:

على خلاف الصورة في حالة الجنون، فهو غير مسؤول أخلاً ولا يمكن أن يكون تابعاً فترتبط المسئولية دوماً بالشخص المتولى للرقابة وليس له رجوع إذاً أن المسئولة نظر. هذه الصورة تعددت مسؤولية أصلية وليست تبعية كما تقدم.

النفقة الثانية: مسؤولية الآباء والأمهات والكفيل

بعد الفصل ٩٣ م.أ.ع. مكرر في فقراته الثلاثة الأولى هو الأساس في مسؤولية الآباء والأمهات والكفيل عن الأطفال (أ)، وقد بين المشرع من خلاله شروط هذه المسؤولية (ب) وطرق التفصي منها (ت) وأثارها (ث).

أ- أساس مسؤولية الآباء والأمهات والكفيل عن الأطفال
نص الفصل 93 مكرر م.أع. في فقراته الأولى والثانية والثالثة المضاف بالقانون
عدد 59 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 على أن «الآب والأم مسؤولان
بالنضام عن الفعل الضار الصادر عن الطفل بشرط أن يكون ساكناً معهما.
ويجوز دفع هذه المسئولية إذا أثبت أحدهما :

التضامن وليس صورة التضامن، لأن تعدد المصادر تفقد المصالحة المشتركة بين المدينتين خلافاً لوحدة المصادر التي تحفل المصالحة المشتركة قائمة بين المدينتين. ولهذا العلاقة أعمية على مستوى الآخر حيث لا يمكن في صورة التضامن أن يتوب المدين المدين الآخر حتى فيما هو متivid للجميع، فلا يمكن أن يبتعد المدين، في حالة التضامن، بما قام به المدين الآخر من عمل صالح، كما في صورة الإعتذار وغيره، فلا تخلص الفائدة إلا من قام بالعمل خلافاً لأثر المسؤولية التضامنية، بالرغم من أنه يمكن الالتجاء في حالة التضامن كما هي الصورة بالنسبة إلى التضامن.

والحقيقة أن المشرع التونسي لم يعتمد هنا التمييز بين التضامن والتضامن، والذي كان نتيجة اجتهاد القضاء الفرنساء، فلم يضع المشرع قاعدة عامة في التضامن، ويع ذلك يمكن الحديث عن بعض الأسئلة المتناثرة بالتشريع التونسي كما في صورة التزام الكفالة بعقود متألية (الفصل 1500 م.أ.ع) وصورة مسؤولية المدين عما يصدر... من استعمال بهم على إجراء التزام (الفصل 245 م.أ.ع) وغير ذلك من الحالات.

¹³⁷ على كحليون: أحكام الالتزام، المراجع السابق، ص 137.

حيث إن افتراض الضرر ليس لفائدة الجميع بل هو لفائدة المضرور فقط، أما من تولى الرقابة وتقررت مسؤوليته فلا يمكن أن يرجع على الخاطئ للرقابة إلا بإثبات خطأه الشخصي. ولما كان المجنون جنونا مطيناً غير مميز والتمييز شرط في الخطأ فلا يمكن الرجوع عليه والحاله تلك وتبقي المسؤولية في هذه الصورة مسؤولية أصلية وليس مسؤولية تبعية حتى يتحقق الرجوع على المجنون.

أما إذا ارتكب الخطأ من ضعف العقل، وهو ليس الشخص المجنون، وهو في حكم

أما إذا ارتكب الخطأ من ضعيف العقل، وهو ليس الشخص المجنون، وهو في حكم الصبي المميز، فإنه لا يمنع على القائم بالرقابة الرجوع عليه بمال التعويض إذا كان له مال بشرط إثبات خطئه، وتكون المسؤولة في هذه الصورة مسؤولية تبعية وليس أصلية. وقد نص الفصل 106 م.أ.ع. صراحة على أن «من يعقلهم خبال ضمانته» مصدر عندهم إذا كانت لهم درجة من التمييز يدركون بها عواقب فعلهم».

ويمكن واقعياً أن تجتمع صورتا المسؤولية عن فعل الغير القائمة على أساس المراقبة ومسؤولية المتبع عن فعل تابعه أو مسؤولية المخدوم عن فعل خادمه في الصور التي أجازها المشرع في الشخص الواحد، كما في صورة أن يرتكب ضيف العقل حادث مرور بسيارة من يعمل لديه، فيجوز للمتضرر أن يختار السند الذي يراه مفيداً في مواجهة المسؤول عن فعل الغير^(١). وقد تجتمع الصورتان ليس في الشخص الواحد، فيتمكن للمتضرر رفع الدعوى في هذه الصورة ضد أحدهما متولى الرقابة أو المتبع وبخلص لمن حكم عليه حق الرجوع بالنصف على الآخر كما يجوز أن ترفع الدعوى في مواجهة الطرفين ويصدر الحكم ضدّهما بالتضامن وليس بالتضامن^(٢)، وبخلص لمن أدى التعييض الرجوع على الآخر بالنصف.

(1) سترى في بابه كيف أن عدم سماع الدعوى على أساس سبب معين لا يجوز للمتضرر إعادة نشرها على سند آخر في القانون التونسي بحكم التعريف الخاص للسبب في القانون التونسي.

(2) لا يقوم التضامن على معنى الفصول 163 م.أع وما بعد إلا إذا كان محل الالتزام واحداً وتعديلت الروابط لأن المصدر واحد في ذلك وإن تعلقت الروابط، كما في صورة أن يبيع شخص أرضه إلى أربعة أشخاص متضامنين في الشأن، فال محل واحد وهو الشأن وإن ارتبط البائع بأكثر من رباط. أما إذا تعليت المصلحة فلا يقوم التضامن. كما في صورة قيام بيع أول لعدد من الأشخاص في شيء معين ويبيع ثالثي لأربعة آخرين في شيء آخر، فلا يقوم التضامن بين الأول والآخرين من المشترين في علاقتهم بالمال.

ولكته من الممكن أن تتعدد المصادر ويفقى الم محل واحدا، كما في صورة أن يكفل علة أشخاص، دينا واحدا بعقود متالية، أي أن يقسم كل كفيل الدين بعقد مستقل، فالمحل واحد وهو الدين، والمصادر تتوزع واختلفت بتنوع عقود الكفالة. ومن المفترض أن لا يطالب الكفيل إلا بحصة في الدين. ولكنه إذا نص العقد على خيار الطلب بالنسبة إلى الدين أو التزم الكفيل بخلاص الدين، فيحصل الخيار للدائن. ولكنه لا يمكن الحديث في هذه الصورة عن التضامن بين المدينين obligation solidaire لتعدد المصادر، وإنما هي صورة التضامن بين المدينين أو المسؤولية المجتمعة obligation in solidum. بكلمة تعزّزت المصادر مع وحدة الم محل، وقام الخيار قاتنا أو اتفاقا، كانت صورة

بـ-شروط مسؤولية الآباء والأمهات والكفيل عن الأطفال وضع الفصل 93 مكرر م.أع. شروطا على الملزم بالمراقبة (1) وأخرى على المخاضع للرقابة (2).

1-شروط الملزم بالمراقبة

مسؤولية الآباء والأمهات ومن هم في حكمها تقوم على أساس واجب مراقبة الطفل، ولهم المراقبة سندها وأسبابها ومفهومها.

سند المراقبة: يمكن أن يكلف الشخص بمراقبة الطفل بموجب القانون أو القضاء أو الاتفاق.

قانونا بعد الأب ومن بعده الأم باستثناء ولاية النفس⁽¹⁾ ولها للأقاصير⁽²⁾: كما أن متصرفي المستشفيات والمتناولين ومعاهد الرضيع ومديري الإصلاحيات ومتناول الأطفال يعتبرون ولها قانونا عموميا للأطفال اللقطاء والمهملين عندما يتعهدون بحفظهم والوالى ولهم من لا ولهم على معنى القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكافاللة والتبني في الولاية العمومية.

على أن الفصل 93 م.أع. يكرر جعل مسؤولية الآباء والأمهات بالتضامن أي أن توجيه الدعوى ضدهما أو أحدهما وفي صورة تجزئة مشمولات الولاية يكون الحاضن هو المسؤول⁽³⁾.

قضاء يجب أن تعين المحكمة مقدمًا على الطفل إذا لم يكن له من يدير أعماله ويحفظه أي إذا توفي الأب والأم ولم يكن للأقاصير وصي أو إذا فقد الأبران الأهلية⁽⁴⁾ وذلك طبق الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم⁽⁵⁾.

(1) تميز بين ولاية المال وولاية النفس، فالمقصود بولاية النفس أن تشمل الولاية مسائل غير مالية مثل إبرام عقد الزواج والمقصود بولاية المال أن تصرف الولاية إلى كل ما يدخل في باب المعاملات المدنية والتجارية ذات الطابع المالي.

(2) نص الفصل 154 م.أش. على أن القاصر ولها أبوه أو أنه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته مع مراعاة شهادة الدراسات المعمقة كلية الحقوق سوسة، 1997.

(3) نص الفصل 8 م.أش. على أن القاصر ولها أبوه أو أنه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته مع مراعاة شهادة الدراسات المعمقة كلية الحقوق سوسة، 1997.

(4) حاكم القاديم هو رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه وأحكامه ابتدائية يجوز الطعن فيها وإيقافها.

(5) حاكم القاديم هو رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه وأحكامه ابتدائية يجوز الطعن فيها وإيقافها.

(3) يراجع الفصول 54 إلى 67 م.أش في الحضانة.

(4) الفصل 154 م.أش.

(5) حاكم القاديم هو رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه وأحكامه ابتدائية يجوز الطعن فيها وإيقافها.

وفي صورة تجزئة مشمولات الولاية فإن أحكام هذا الفصل تطبق على الحاضن.

وفي صورة وفاة الآبوين أو فقدانهما الأهلية يكون الكافل مسؤولاً عن الفعل الصادر عن الطفل ما لم يثبت :

- أنه راقب الطفل كل المراقبة الازمة.

- أو أن الضرر نتج عن خطأ من المتضرر نفسه⁽¹⁾.

وتدل القواعد العامة على أن المسؤولية التقصيرية إنما تستند إلى الخطأ وقد يكون هذا الخطأ مثيناً أو مفترضاً وإما أن لا تستند أصلاً إلى الخطأ فيكون السند إما تحمل التبعية أو قرينة المسؤولية.

وال واضح من خلال أحكام الفصل 93 م.أع. أن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ وليس أي خطأ بل هو خطأ في المراقبة وهو خطأ متضرر بجانب المسؤول، ومزدوج ذلك أنه بمجرد وقوع الضرر يتحمل المسؤول وهو القائم بالرقابة عبء الإثبات لرد الدعوى فالافتراض هو الخطأ في المراقبة. ولا يطلب من المتضرر إثبات الخطأ في المراقبة.

ويتمت الافتراض إلى العلاقة السببية بجانب الخطأ، فلو كان الخطأ هو المفترض لطلب المتضرر بإثبات العلاقة السببية بين الضرر والفعل، ولكنها مفترضة بنفس درجة افتراض الخطأ فلا يطالب المتضرر بإثباتها، بل يطالب فقط بإثبات الضرر لا غيره.

وهو الافتراض لفائدة المتضرر لا غيره فلا يمكن أن يتضع بهذا الافتراض غيره سواء كان الحاضن للرقابة أو متولى الرقابة. فالحاضر في المراقبة مسؤول مسؤولية شخصية إذا كان ممiza ومتولى الرقابة مسؤول بالتبعة إلا إذا كان الحاضن للرقابة غير مسؤول أي غير ممiza فترتدة مسؤوليته أصلية.

(1) محمد الجرجي: المسؤولية العذرية عن الفعل التصريري في ضوء التشريعات الجديدة، مذكرة شهادة الدراسات المعمقة كلية الحقوق سوسة، 1997.

خديجة بن معتوق: المسؤولية المدنية للأبوين عن فعل أطفالهما، مذكرة شهادة الدراسات المعمقة كلية الحقوق بتونس 1996.

سعاد بياي يوسف: مسؤولية الآبوين أو من حل محلهما عن الفعل الصادر عن الطفل، مجلة القضاء والتشريع لسنة 1997 عدد 1 ص 163 إلى 210.

محمد الباجي: مسؤولية الحاضن المدنية عن فعل المحسوبون، مجلة القضاء والتشريع 1997، عدد 4 ص 21 وما يليه.

عبد العزيز بن ضياء: خواطر حول مبني مسؤولية الأم عن تصرفات ابنها الحديث بين القانون الإسلامي والقانونوضعي التونسي، المجلة القانونية التونسية 1976 عدد 2 ص 51 وما يليه.

B.Ferchichi : La responsabilité des pères et mères du fait de leurs enfants mineurs , Mémoire D.E.S., Droit Privé Tunis 1973.

وقد أوردت الفصول من 3 إلى 17 م.أ.ع. المبادئ العامة في حكم الأهلية، ولكن مجلة الأحوال الشخصية أنت كذلك بأحكام لها علاقة بالأهلية بالفصل 153 إلى 170⁽¹⁾، كما أشارت عدة مجلات قانونية، المجلة التجارية ومجلة المرافعات المدنية ومجلة الالتزامات والعقود وغيرها، إلى شرط الأهلية وأثارها بعدة فصول متاترة⁽²⁾. وقد وضع المشرع التونسي تنظيمًا مميزًا من خلاله بين أعمال الصغير غير المميز وأعمال الصغير المميز بعد أن حدد سن الرشد، وهو ثمانى عشرة سنة كاملة على معنى الفصل 153 م.أ.ش.

ويذكر أن سن الرشد كان عشرة سنين بمجلة الالتزامات وعرضت عبارة «العشرين سنة كاملة» بعبارة «الثمني عشرة سنة كاملة» بموجب القانون عدد 39 لسنة 2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010 المتعلق بتوحيد سن الرشد المدني بالفصلين 6 و7 م.أ.ع وكذلك بالفصل 153 و 157 و 178 م.أ.ش وبالفصل 4 من القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 1 أوت 1957 المتعلق بالحالة المدنية وبالفصلين 4 و 12 من مجلة الجنسية وبالفصل 3 من القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بأسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو محظوظي النسب المنفج والمتمم بالقانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 7 جويلية 2003. وحذفت عبارة «وتاريخ من ولد» الواردة بالفقرة الثانية من الفصل 2 من القانون عدد 1 لسنة 2004 المؤرخ في 14 جانفي 2004 المتعلق بالخدمة الوطنية وحذفت الفقرة الثانية من الفصل 29 من نفس القانون وألغى الفصل 6 تمامًا من المجلة التجارية. وليس لهذا القانون الجديد مفعول رجعي ولا يشمل المواد غير المنصوص عليها بهذا القانون. ويعتبر صغيرا غير مميز عملاً بأحكام الفصل 156 م.أ.ش من لم يبلغ سن الثالثة عشرة، ولا يتحمل غير المميز آية مسؤولية وتحمل المسئولية على ولد أصيلها.

أما الصغير المميز فهو الذي تجاوز سن الثالثة عشرة، ويتحمل نتيجة أخطائه مدنية وتكون مسئولية ولد تبعياً ويتحقق له الرجوع على الطفل إن كان له مال. ويذكر أن ترشيد الصغير على معنى الفصل 158 م.أ.ش يجعل من أعماله نافذة، حيث نص الفصل 158 م.أ.ش على أنه يمكن للحاكم ترشيد الصغير ترشيداً مقيداً أو مطلقاً⁽³⁾، كما يمكن له الرجوع في هذا الترشيد إن قام لديه موجب في ذلك حيث (1) أوردت مجلة الأحوال الشخصية حكاماً لها علاقة بالأهلية لما لذلك من علاقة بأحكام الولاية بوجه عام، وهو معهور بتناوله للدارس في باب الأحوال الشخصية. (2) يراجع الفصل 6 من المجلة التجارية قدماً قبل إلغائه والفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية التجارية.

(3) إجراءياً يختص قاضي التقاضي بالنظر في ترشيد الصغير ترشيداً مقيداً حسب أحكام الفصل 83 و 158 و 160 من مجلة الأحوال الشخصية على معنى الفصل 7 من أمر 18 جويلية 1957

اتفاقاً يمكن أن يتنتقل واجب المراقبة إلى الغير كما في صورة الوصية من الأب أو تعهد الغير بكفالة الطفل على معنى عقد الكفالة الوارد بالقانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 أو بموجب أحكام الوصية⁽¹⁾.

-أسباب المراقبة: أسباب المراقبة في المسؤولية عن فعل الغير يمكن أن تكون على أساس اعتبارات عقلية أو اعتبارات السن أو اعتبارات جسمية، وقد أخذت مجلة الالتزامات والعقود بالأسباب العقلية والعمريّة ولم تأخذ بالأسباب الجسمية إذ لا رقابة على الأعمى والأصم والممعد والمثول ومن هو في حكمهم، فطالما أن العقل سليم في شخص تجاوز سن الرشد فلا مسؤولية عن فعله وتكون المسئولية شخصية في هذه الصورة، والواضح أن مسؤولية الآباء والأمهات قد أفرزها المشرع لاعتبارات السن. فصغر السن سواء توفر التمييز أو لم يتوفر يدفع في اتجاهه تعين شخص عاقل يقوم مقامه في حياته المدنية والت التجارية وبالمرة يتولى رعايته وحفظه. وتكون المسئولية في هذه الصورة مسئولية عن فعل الغير.

-مفهوم المراقبة: المراقبة هي أن يتولى متولي الرقابة شؤون الخاضع للرقابة في جميع ما يحتاجه في حياته فإذا وقع الفعل من الخاضع افترضنا أن المتولي للرقابة قد أخل بواجب الرقابة ويمتد مفهوم المراقبة إلى واجب حسن التربية، فإذا ارتكب الخاضع للرقابة خطأ أو أحدثضرر فكان المتولي لها قد أساء تربية الخاضع للرقابة، فلا يزال متولى الرقابة مسؤولاً حتى يثبت أنه لم يسع التربية ويدخل في سوء التربية ترك الصغير لوحده أو يمكنه دون مساندة أو الترخيص له بالذهاب إلى مكان معين دون مراقبة وغير ذلك من الصور والحالات. وتبقى الرقابة مفترضة بجانب متولي الرقابة إلى أن تجب الرقابة على غيره. فطالما أن الصغير مازال تحت رقابة من هو ملزم برقتبه ولم تستقل قانوناً لغيره تبقى الرقابة ولا تزول.

2-شروط الخاضع للمراقبة

حتى توفر المسئولية عن فعل الأطفال يجب أن يكون للطفل سن محددة وأن يكون مساكناً للمراقب وأن يصدر عنه فعل غير مشروع.

-شرط السن: نص الفصل 93 مكرر م.أ.ع. عن مسؤولية الآباء عن الطفل دون تحديد لسن. ولكن الواضح أن مسؤولية الآباء والأمهات هي مسؤولية عن الطفل الذي لم يبلغ سن الرشد. ويعين وبالحالة تلك الرجوع إلى باب الأهلية بالفصل 3 إلى 17 م.أ.ع. لتعيين معنى الطفل القاصر.

المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحياتهم.

(1) الكتاب الحادي عشر من مجلة الأحوال الشخصية، الفصل 171 إلى 198.

إن «الإذن بتعاطي التجارة يجوز الرجوع فيه في كل وقت لأسباب قوية يأجازة من المحكمة بعد سماع مقال الصغير⁽¹⁾»، وليس لولي الصغير أو المحجور عليه أن يستثمر على تعاطي التجارة في حق من هو لنظره مالم يكن مأذوناً في ذلك من القاضي الذي له النظر ولا يصدر هذا الإذن إلا لمصلحة واضحة للصغير أو المحجور عليه⁽²⁾.

واشترط الفصل 159 م.أ.ش أنه لا يمكن ترشيد الصغير إذا لم يتم الخامسة عشرة ويندو هذا الفصل ظاهرياً متناظراً مع الفصل 6 من المجلة التجارية حيث أورد المشرع بهذا الفصل أنه «لا يجوز للقاصر الذي بلغ الشهادية عشر عاماً كاملة ذكرها أو أنتي أن يتعاطى التجارة أو أن يعتبر رشيداً بالنظر للتعهدات التي التزم بها في أعمال تجارية إذا لم يحصل على ترشيده المطلق». والحقيقة أنه لا تضارب بين الفضلين، فلا يمكن أن يرشد القاصر قضائياً إجمالاً إلا إذا أتم الخامسة عشرة من عمره، وبعد ذلك لا يمكن أن يرشد القاصر مطلقاً في أعماله التجارية إلا إذا أتم الشهادية عشر من عمره، وذلك ما اقتضاه الفصل 6 من المجلة التجارية. وانتهى المشرع أخيراً إلى إلغاء الفصل 6 من المجلة التجارية بموجب القانون عدد 39 لسنة 2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010 رفعاً لكل التباس⁽³⁾.

زواج القاصر يرشده إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية أو التجارية عملاً بأحكام الفصل 153 م.أ.ش كما هو متضح بموجب القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993، غير أنه بالرغم من تنقيح الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية بموجب القانون عدد 32 لسنة 2007 المؤرخ في 14 مאי 2007 بأن جعل المشرع سن الزواج بالنسبة إلى الذكر والأئم ثمانى عشرة سنة كاملة، إلا أنه لم يشمل الفصل 153 م.أ.ش بالتنقيح وبقي الفصل على صيغته الواردة سنة 1993 وهو أن «زواج القاصر يرشده إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية أو التجارية». وربما كان الحل يقتضي

الستلقي بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم كما هو متضح بموجب القانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فبراير 1989، ويقوم بوظائف حاكم التقاضي بالمحكمة الابتدائية بتونس حاكم برتبة وكيل رئيس لها. أما في بقية المحاكم الابتدائية فيقوم بذلك رئيس المحكمة أو من ينوبه. والأحكام التي يصدرها تكون ابتدائية وقام بالقضائية لديه من طرف من بهمه الأمر أو وكيل الجمهورية وقيام هذا الأخير يكون مجاناً ويقع الترافع على مقتضى قواعد المرافعات المدنية وتستأنف أحكامه لدى المحكمة الابتدائية التي هو متضب بها لكن الاشتراك لا يوقف التنفيذ إلا بإذن خاص من رئيس المحكمة (الفصل 11 سن الأمر المشار إليه)، وما تجاوز اختصاص قاضي التقاضي يبقى من اختصاص المحكمة الابتدائية في تركيبتها الثلاثية.

(1) الفصل 12 م.أ.ش.

(2) الفصل 17 م.أ.ش.

(3) الرائد الرسمي بتاريخ 30 جويلية 2010، عدد 1، ص. 2108.

اعتماد النص المتأخر إعمالاً لقاعدة الفصل 542 م.أ.ش⁽¹⁾، ولكن المشرع ربما رأى انعدام القاعدة من تنقيح الفصل 153 م.أ.ش ذلك أنه من الممكن أن يبرم عقد الزواج في أقل من سن الشهادية عشر عاماً إذا سلمت السلطة القضائية الإذن في ذلك على معنى الفقرة الأخيرة من الفصل 5 م.أ.ش⁽²⁾، وإذا كان الزواج في أقل من ذلك يمكن أن يرشد القاصر قانوناً إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره.

والأخيل أن الصغير المرشد قضاء أو قانوناً في حدود ترشيه يتحمل تبعات أعماله بصفة شخصية ولا تقوم في حقه المسؤلية عن فعل الغير.

-شرط المساكنة: نص الفصل 93 مكرر م.أ.ش على أن «الأب والأم مسؤلان بالتضامن عن الفعل الصادر عن الطفل بشرط أن يكون ساكناً معهما...» ولا تتحقق المساكنة في ضرورة أن يكون الخاضع للرقابة متواجداً مادياً بمسكن أو مقر المكلف بالرقابة بل تعمد إلى جميع الأعمال التي صدرت عن الخاضع للرقابة وهو ساكناً للمكلف، فيكون عنصر المساكنة مقصد وظيفي يتجاوز المعنى العضوي للمساكنة، وهو ما يؤسس لمفهوم واسع لمعنى العراقة، فلا تعني المساكنة العيش معاً فقط مع الآبوين أو الكفيل بل تعني بقاء الطفل تحت رعايتهم إلى أن تنتقل العراقة إلى الغير بصفة شرعية أو قانونية مثل انتقال الطفل إلى المدرسة أو المصانع... فإذا عادت عدم المساكنة لأسباب غير مشروعة يبقى عنصر المساكنة متوفراً بسبب إخلال الآبوين بعنصر المراقبة. ويتوفر عنصر المساكنة ما لم يقدم الدليل على انتقال الطفل تحت رعاية أخرى كما أن تنتقل إلى من له حق الاستصحاب قضاء أو إلى المدرس أو إلى صاحب المصانع. وإذا بلغ الشخص سن الرشد مهما كان موقعه انتهت الرقاقة سواء كان الخاضع للرقابة مازال بالمدرسة أو بالصانع أو مع والديه وغير ذلك من الصور.

-صدور عمل غير مشروع عن الطفل: لا يكفي أن يتوفّر السن وركن المساكنة للقول بمسؤولية الآباء والأمهات عن فعل الغير بل لا بد أن يصدر عمل غير مشروع من هو تحت الرقاقة. فلا بد أن يكون الخاضع للرقابة هو مصدر الفعل وليس هو من وقع عليه الضرر. ويمكن أن يكون الفعل الذي قام به الخاضع للرقابة مثباً أو مفترضاً. فإذا ثبت الخطأ أو الفعل بجانب الطفل إثباتاً أو انتراضاً فامت مسؤولية الغير بالتشريع على خطأ الطفل إذا كان ممِيزاً إلا أن الطفل غير الممِيز لا يقوم الخطأ بجانبه لتختلف عنصر

(1) محمد بقق: *الصرف القانوني*, المرجع السابق، ص 42 عدد 45.

(2) نص الفصل 5 م.أ.ش بعد تنقيحه سنة 2007 بموجب القانون عدد 32 لسنة 2007 المؤرخ في 14 مאי 2007 على ما يليه: يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية وزيادة على ذلك

ذلك من لم يبلغ منها ثمانى عشرة سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد زواج وإبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من المحاكم ولا يعطي الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين⁽¹⁾.

ثـ-أثار مسؤولية الآباء والأمهات والكفيل عن الأطفال

الأثر الأساسي هو أن يلزم المسؤول بالتعويض وقد تدلر عليه ردة الدعوى الأخلاقية، ويلزم الأبوان الأب والأم بالتضامن إلا في حالة الطلاق أو فقدان الأهلية فيلزم الحاضن لوحده في صورة الطلاق أو الكفيل وقد يكون أحد الأبوين أو الغير أو المقدم لوحده في حالة فقدان أهلية الأبوين.

إذا كان الطفل غير مميز، فإنه لا يصح لمتولي الرقابة وقد أذعن لحكم التعويض الرجوع على الطفل بعد دفع قيمة الضرر حيث إن افتراض الشر ليس لفائدة المجتمع بل هو لفائدة المضرور فقط، أما من توقي الرقابة وتقررت مسؤوليته فلا يمكن أن يرجع على الخاضع للرقابة إلا بثبات خطته الشخصي. ولما كان غير المميز غير مسؤول والتميز شرط في الخطأ فلا يمكن الرجوع عليه والحالة تلك. فإذا كان الطفل غير المميز غير مسؤول تبقى مسؤولية المراقب في هذه الصورة مسؤولية أصلية وليست مسؤولية تبعية، فلابد من التالي الرجوع على الطفل.

أما إذا ارتكب الخطأ من الطفل المميز، فإنه لا يمنع على القائم بالرقابة الرجوع عليه بمطالبة التعويض إذا كان له ما يبرر إثبات خطته، وتكون المسؤولية في هذه الصورة مسؤولية تبعية وليست أصلية.

ويمكن واقعياً أن تجتمع صورتا المسؤولية عن فعل الغير القائمة على أساس المراقبة ومسؤولية التابع عن فعل تابعه أو مسؤولية المخدوم عن فعل خادمه في الصور التي أجازها المشرع في الشخص الواحد، كما في صورة أن يرتكب الطفل المميز حادث مرور بسيارة من يعمل لديه، فيمكن للمنضرر أن يختار السندي المناسب⁽¹⁾، ويمكن أن تجتمع الصورتان ليس في الشخص الواحد فيتمكن للمضرر رفع الدعوى في هذه الصورة ضد أحدهما متولي الرقابة أو المتبع ويخلص لمن حكم عليه حق الرجوع بالنصف على الآخر كما يجوز أن ترفع الدعوى في مواجهة الطرفين ويصدر الحكم ضدهما بالتضامن وليس بالتضامن⁽²⁾، ويخلص لمن أدى التعويض الرجوع على الآخر بالنصف.

ويقى الخاضع للرقابة مسؤولاً شخصياً عدا صورة الطفل غير المميز ويجوز أن يختار المنضرر القيام ضد المسؤول شخصياً إذا كان ملياً وينوب الطفل وليه. فإذا صدر

(1) سترى في بابه كيف أن عدم سماع الدعوى على أساس سبب معين لا يجزئ للمنضرر إعادة نشرها على سند آخر في القانون التونسي بحكم التعرف الخاص للتب في القانون التونسي.

(2) سبق الإشارة إلى مفهوم التضامن.
علي كحولون: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 737.

التميز. وتكون مسؤولية المراقب عن فعل الطفل مسؤولية أصلية أساسها اعتبارات موضوعية بالرغم من عدم توفر خطأ بجانب الخاضع للرقابة، فتكون مسؤولية متولي الرقابة في هذه الصورة هي مسؤولية أصلية عن فعل موضوعي غير مشروع، وليس مسؤولية عن فعل الغير بصفتها مسؤولية تبعية عن خطأ الغير الخاضع للرقابة.

ثـ-طرق النفسي في مسؤولية الآباء والأمهات والكفيل عن الأطفال

إن مسؤولية من يتولى الرقابة عن الأطفال سواء كان الأب أو الأم أو الأب والأم معاً أو الوصي أو المقدم أو الكفيل هي مسؤولية مفترضة بمعنى أن المنضرر لا يثبت خطأ من هو ملزم بالرقابة بل بمجرد أن يقع الضرر من هو خاضع للرقابة ينقلب عبء الإثبات على متولي الرقابة، ولكنها مجرد مسؤولية مفترضة إذ يجوز لمن يتولى الرقابة وقد انقلب عليه عبء الإثبات أن يدفع عنه المسؤولية بثبات أنه راقيهم كل المراقبة الالزامية أو أن الضرر نتج عن خطأ من المنضرر نفسه. ويكتفي أن يثبت واحد من الأمور المذكورة حتى يتضمن تماماً من المسؤولية. لذلك نص الفصل 93 مكرر مـ.أـ.ع. كما أضيف بالقانون عدد 59 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 على أنه يجوز للأبوين أو الحاضن أو الكفيل دفع المسؤولية إذا ثبت كل من جانب أنه «راقب الطفل كل المراقبة الالزامية أو أن الضرر نتج عن خطأ من المنضرر نفسه».

الدفع بثبات المراقبة الالزامية: فمقتضى المراقبة الالزامية أن يقوم المكلف قانوناً أو اتفاقاً برعاية من به خلل الرعاية التامة ويدخل في ذلك معنى حسن التربية والتوجيه كما تقدم، ولا يمكن أن تتصور إثباتاً تاماً لواجب الرقابة إلا بثبات انتقال المراقبة إلى طرف ثالث انتقالاً قانونياً كما أن تنتقل الرقابة إلى المعلم أو صاحب الصنائع أو قضائياً كما أن تنتقل الرقابة لمن عيشه المحكمة كحاضن أو منسخ بحق الاستصحاب أو اتفاقياً كما في صورة أن يوضع الطفل بالمستشفى بعلمه كان تحت رعاية والده.

الدفع بثبات خطأ المنضرر: ومقتضى خطأ المنضرر النفسي إلى تضيي المكلف هو أن يستغرق المنضرر كامل الخطأ بأية طريقة والحجة على المراقب، أما إذا تدخل الغير بنسبة معينة فمن الممكن تجزئة المسؤولية إذ أن التجزئة جائزة في المسؤولية المفترضة القابلة للدليل العكسي والقاعدة أنه يعتد بفعل غير المميز في توزيع المسؤولية حيث لا يشترط التمييز إلا إذا كان الفاعل في مركز المسؤول أو إذا كان في مركز المضرر فلا تأثير لأنعدان التمييز ويعد بفعل غير المميز في توزيع المسؤولية.

فإذا ثبت المراقب واحدة من هذه الحالات فإنه يتضمن من كامل المسؤولية، ويندو الإثبات صعباً بالنسبة إلى الحالة الأولى أما الثانية فلا تؤدي إلى التفصي الكامل إلا في حالة استغراق كامل الخطأ أما إذا بقي شيء من الخطأ فمن الجائز توزيع المسؤولية.

وهو افتراض لفائدة المتضرر لا غير فلا يمكن أن يتضمن بهذا الافتراض غيره سواء كان المخاطر للرقابة أو متولى الرقابة. فالخاطر للرقابة مسؤول مسؤولية شخصية إذا كان ممثلاً بـ متولي الرقابة مسؤول بالتبعة إلا إذا كان المخاطر للرقابة غير مسؤول فترتد مسؤوليته أصلية.

شروط مسؤولية أرباب الصناع

وضع الفصل ٩٣ مكرر مابع شروطا على الملزم بالمرأة (١) وأخرى على لخاضع للزفافه (٢).

١- شروط الملزم بالمراقبة

١- مسؤولية أرباب الصناع تقوم على أساس واجب مراقبة الطفل المتدرب، وللهذه مراقبة سندها وأسبابها ومتغيراتها.

التدريج بالفصل 343 إلى 363.

-أسباب المراقبة: أسباب المراقبة في المسؤولية عن فعل الغير يمكن أن تكون على أساس اعتبارات السن أو اعتبارات جسمية، وقد أخذت مجلة الالترامات والعقود بالأسباب العقلية والعمرية ولم تأخذ بالأسباب الجسمية إذ لا رقابة على الأعمى والأصم والممغد والمشرلول ومن هو في حكمهم، فطالما أن العقل سليم في شخص تجاوز سن الرشد فلا مسؤولية عن فعله وتكون المسؤولية شخصية في هذه الصورة. والواضح أن مسؤولية أرباب الصنائع قد أقرها المشرع لاعتبارات السن.

فالمحروض أن يكون سن المترب بين 7 و 12 سنة
-مفهوم المراقبة: المراقبة هي أن يتولى متولي الرقابة شؤون الخاضع للرقابة بحسب
سن الرقابة فإذا وقع الفعل من الخاضع افترضنا أن المتولي للرقابة قد أخل بواجب
الرقابة ويمتد مفهوم مراقبة أرباب الصنائع إلى وجوب مراعاة جميع الضوابط الواردة في
باب التدريب، فالافتراض أن تمتد المراقبة إلى ساعات العمل بما في ذلك ساعات الراحة
والسكنى والأكل. ولذلك نص الفصل 93 مكرر م الواقع على أن « أصحاب الصنائع
مسؤولون عن الضرر الناشئ عن متدربيهم ... طيبة المدة التي هم فيها تحت نظرهم».
فإذا ارتكب الخاضع للرقابة خطأ خلال تلك الفترة أو أحدثضرر فكان المتولي لها
قد أساء توجيه الخاضع للرقابة. فلا يزال متولي الرقابة مسؤولاً حتى يثبت أنه قد وجه
المترب طبق قواعد التدريب كما وردت بمجلة الشغل والأوامر الخاصة.

الحكم ضد الخاضع للرقابة مباشرة فلا رجوع لمن ينولى الرقابة باعتبار أن مسؤولية هذا الأخير هي مسؤولية تبعية وليس مسؤولية أصلية. ولكنه من حيث التطبيق عادةً ما يقع توجيه الدعوى على متولي الرقابة لأنه أكثر مالاً عادةً، فيصبح له الرجوع في هذه الصورة على الخاضع للرقابة المميز. على خلاف الصورة في حالة انعدام التمييز، فهو غير مسؤول أصلاً ولا يمكن أن يكون تابعاً فترتبط المسؤولية دوماً بالشخص المتولي للرقابة وليس له رجوع إذ أن المسؤولية في هذه الصورة تعدّ مسؤولية أصلية وليس تبعية كما نقدم.

الفقرة الثالثة، مسؤولية أرباب الصناع

بعد الفصل ٩٣ م.أ.ع. مكرر في فتراته الأخيرة هو الأساس في مسؤولية أرباب الصناعة عن متدربيهم (أ)، وقد بين المشرع من خلاله شروط هذه المسؤولية (ب) وطرق التفصي منها (ت) وأثارها (ث).

أ-أساس مسؤولية أرباب الصناع

-أنهم راقبوا الطفل كل المراقبة اللازمة.

- أو أن الضرر نتج عن خطأً من المتضرر نفسه». وتدل القواعد العامة على أن المسؤولية التقصيرية إما أن تستند إلى الخطأ وقد يكون هذا الخطأ مثيناً أو مفترضاً وإنما أن لا تستند أصلاً إلى الخطأ فيكون السند إما تحمل التسعة أو قرابة المسافة والدة.

والواضح من خلال أحكام الفصل 93 مكرر م.أ.ع. أن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ وليس أي خطأ بل هو خطأ في المراقبة وهو خطأ مفترض بجانب المسؤول. ومؤدي ذلك أنه بمجرد وقوع الضرر يتحمل المسؤول وهو القائم بالرقابة عبء الإثبات لردة الدعوى فالمفترض هو الخطأ في المراقبة. ولا يطلب من المتضرر إثبات الخطأ في المراقبة.

ويؤدي الافتراض إلى العلاقة السببية بجانب الخطأ، فلو كان الخطأ هو المفترض لطلب المتضرر بإثبات العلاقة السببية بين الضرر والفعل، ولكنها مفترضة بنفس درجة افتراض الخطأ فلا يطالب المتضرر بإثباتها، بل يطالب فقط بإثبات الضرر لا غير.

2-شروط الخاضع للرقابة
الخاضع للرقابة هو الطفل المتدرب الواقع تحت نظر صاحب العمل ولا تقوم مسؤولية رب الصناعة إلا إذا ارتكب الطفل خطأ.

-مفهوم الطفل المتدرب: أوردت مجلة الشغل أحكام عقد التدريب بالفصول 343 إلى 363 وقد نص الفصل 346 على أنه «لا يمكن لأي كان أن يقبل متدربين قصر إداله إلى 14 سنة عشرين سنة على الأقل. ولا يمكن أن يقبل في التدريب أي متدرب سنه دون 14 عاماً أو فوق 18 عاماً إذا لم ترخص له في ذلك المصلحة المختصة بكتابية الدولة للشباب والرياضة والشؤون الاجتماعية». والواضح مبدئياً أن الفصل 346 مـ. شـ. لـ. يعدل بمقتضى القانون عدد 39 لسنة 2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010 المتعلق بتوحيد سن الرشد المدني والذي جعل سن الرشد 18 سنة. وبقي سن الرشد بالفعل 346 مـ. شـ. 20 سنة. والمبدأ أن يبرم عقد التدريب في شأن الأطفال الذين تتراوح أعمارهم بين 14 سنة و18 سنة فإن كانت أقل أو أكثر يجب التحصيل على ترخيص من وزارة الشؤون الاجتماعية.

وبعد عقد التدريب عقداً «يلزمه بمقتضاه رئيس المؤسسة بصفته عرفاً أن يلقن مباشرةً أو بطريق الغير تكويناً مهنياً منظماً و شاملـاً إلى شخص آخر الذي يلتزم بمقتضاه هذا الأخير المدعي متدرباً مقابل ذلك بأن يستحلـ إلى التعليمات التي يتلقاها وأن يحيـز الأشهاد الموكولة إليه تصدـ تحقيق تكوينـ المهني⁽¹⁾». ويجب تحرير عقد التدريب كتابةً وإلا اعتـبر باطلاً وقد وضع المشرع على كاهلـ الطـرفـينـ رئيسـ المؤسـسةـ والمـتدـربـ التـزـامـاتـ قـانـونـيةـ. وتطـبقـ الـالتزـامـاتـ الـوارـدةـ بمـجلـةـ الشـغلـ علىـ مـدارـسـ التـكـوـينـ حتىـ فيـ صـورـةـ إـذـالـمـ يـوجـدـ عـقدـ التـدـريـبـ⁽²⁾.

على أن مسؤولية أرباب الصناع تتوفر بناءً على أحكام الفصل 93 مكرر مـ. اـعـ. حتىـ فيـ صـورـةـ إـذـكـانـ عـقدـ التـدـريـبـ باـطـلاـ حيثـ يـشـرـطـ توـفـرـ عـلـاـقـةـ وـاقـعـيـةـ بـيـنـ المـسـؤـولـ والمـتـدـربـ فـلاـ يـشـرـطـ توـفـرـ عـقدـ تـدـريـبـ صـحـيحـ. غيرـ أنـ خـضـوعـ الطـفـلـ لـمـراـجـلـ تـكـوـينـ خـارـجـ إطارـ عـقدـ التـدـريـبـ وإنـ تـقـيـ أـحكـامـ التـدـريـبـ مـلـزـمـةـ كـمـاـ تـقـدـمـ فإنـ مـسـؤـولـيـةـ المـكـونـ تـكـوـنـ مـسـؤـولـيـةـ مـعـلـمـ عنـ فـعـلـ التـلـيمـيدـ وـليـسـ مـسـؤـولـيـةـ أـربـابـ الصـنـاعـ عنـ صـبـحـ المـتـدـربـ وـالـفـرقـ بـيـنـ كـمـاسـيـاتـيـ.

-ارتكاب خطأ من المتدرب: لا يكفي أن يتوفر عقد التدريب للقول بمسؤولية أرباب الصناع عن فعل الطفل المتدرب بل لا بد أن يصدر عمل غير مشروع من هو تحت الرقابة أي من الطفل المتدرب. فلا بد أن يكون الخاضع للرقابة هو مصدر الفعل

(1) الفصل 343 من مجلة الشغل.

(2) الفصل 363 من مجلة الشغل.

وليس هو من وقع عليه الضرر، ويمكن أن يكون الفعل الذي قام به الخاضع للرقابة مثباً أو مفترضاً. فإذا ثبت الخطأ أو الفعل بجانب الطفل المتدرب إثباتاً أو افتراضًا قامت مسؤولية صاحب العمل بالتبعة على خطأ الطفل المتدرب إذا كان مميزاً، إلا أن الطفل غير المميز لا يقوم الخطأ بجانبه لتختلف عنصر التمييز. وتكون مسؤولية المراقب عن فعل الطفل مسؤولية أصلية أساسها اعتبارات موضوعية بالرغم من عدم توفر خطأ بجانب الخاضع للرقابة، فتكون مسؤولية متولي الرقابة في هذه الصورة هي مسؤولية أصلية عن فعل موضوعي غير مشروع، وليس مسؤولية عن فعل الغير بوصفها مسؤولية تبعة عن خطأ الغير الخاضع للرقابة. ولا يمكن أن تقويم هذه الصورة إلا إذا افترضنا سابق الترخيص في العمل بعقد تدريب لمن هو أقل من 13 سنة.

-ارتكاب خطأ أثناء خضوع الطفل المتدرب لنظر صاحب العمل: لا يكفي أن يتوفـر عقد التدـريبـ وـارـتكـابـ الطـفـلـ المـتـدـربـ خطـأـ بلـ يـجـبـ أـنـ يـرـتكـبـ الـخـطـأـ وـالـطـفـلـ تـحـتـ نـظـرـ صـاحـبـ الـعـلـمـ وـهـوـ مـفـهـومـ يـواـزـيـ معـنـيـ الـمـسـاـكـةـ فـيـ مـسـؤـولـيـةـ الـآـبـاءـ وـالـأـمـهـاتـ وـلـكـنـ أـضـيـقـ تـعـرـيفـاـ حـيـثـ يـكـوـنـ الطـفـلـ المـتـدـربـ تـحـتـ نـظـرـ صـاحـبـ الـعـلـمـ كـلـمـاـ كـانـ الطـفـلـ عـلـىـ ذـمـةـ صـاحـبـ الـعـلـمـ أـوـ مـعـلـمـ الـحـرـفـ بـحـسـبـ مـقـضـيـاتـ الـحـرـفـ أـوـ الـعـلـمـ أـوـ النـشـاطـ فـيـ كـوـنـ الطـفـلـ المـتـدـربـ تـحـتـ نـظـرـ صـاحـبـ الـعـلـمـ خـلـالـ سـاعـاتـ الـعـلـمـ وـكـذـلـكـ خـلـالـ سـاعـاتـ الـرـاحـةـ أـوـ فـترـاتـ السـكـنـيـ إـذـ كـانـ المـتـدـربـ لـهـ حـقـ السـكـنـيـ وـخـلـالـ فـترـاتـ الـأـكـلـ وـحـتـىـ خـلـالـ فـترـاتـ أـيـامـ العـطـلـ إـذـ يـقـيـ الطـفـلـ بـالـعـيـتـ المـخـصـصـ لـذـلـكـ. فـيـمـتـ الـنـظـرـ فـيـ هـذـهـ الصـورـةـ إـلـىـ وـاجـبـ الـرـعاـيـةـ وـالـتـرـيـةـ. فـيـكـوـنـ الطـفـلـ المـتـدـربـ نـهاـيـةـ تـحـتـ رـعـاـيـةـ مـعـلـمـ الـحـرـفـ كـلـمـاـ توـفـرـتـ الـعـلـاـقـةـ السـبـيـةـ بـيـنـ الـضـرـرـ وـالـتـدـريـبـ.

تـ-طرق التفصيـ فيـ مـسـؤـولـيـةـ أـربـابـ الصـنـاعـ
إنـ مـسـؤـولـيـةـ منـ يـتـولـيـ الرـقـابـةـ عنـ الـأـطـلـافـ المـتـدـربـينـ هيـ مـسـؤـولـيـةـ مـفـرـضـةـ بـمـعـنـيـ أنـ المـتـضـرـرـ لـاـ يـثـبـتـ خـطـأـ مـنـ هوـ مـلـزـمـ بـالـرـقـابـةـ بـلـ بـمـجـرـدـ أـنـ يـقـعـ الضـرـرـ مـنـ هوـ خـاضـعـ للـرـقـابـةـ يـقـلـبـ عـبـءـ الـإـثـبـاتـ عـلـىـ متـولـيـ الرـقـابـةـ، وـلـكـنـهاـ مجردـ مـسـؤـولـيـةـ مـفـرـضـةـ إـذـ يـجـزـيـ لـمـنـ يـتـولـيـ الرـقـابـةـ وـقـدـ انـتـلـبـ عـلـىـ عـبـءـ الـإـثـبـاتـ أـنـ يـدـفعـ عـنـهـ الـمـسـؤـولـيـةـ بـيـاثـياتـ أـنـ رـاقـبـهـمـ كـلـ الـمـراـقـبـةـ الـلـازـمـةـ أـوـ أـنـ الضـرـرـ نـتـجـعـ عـنـ خـطـأـ مـنـ الـمـتـضـرـرـ نـفـسـهـ. وـيـكـفـيـ أـنـ يـثـبـتـ وـاحـدـ مـنـ الـأـمـورـ الـمـذـكـورـةـ حتـىـ يـتـفـصـيـ تـامـاـ مـنـ الـمـسـؤـولـيـةـ. لـذـلـكـ نـصـ الفـصلـ 99 مـكـرـرـ مـ. اـعـ. كـمـاـ أـصـيـفـ بـالـقـانـونـ عـدـدـ 59 لـسـنـةـ 1995ـ المؤـرـخـ فـيـ 9ـ نـوـفـمـبرـ 1995ـ عـلـىـ مـاـ يـلـيـ: (وـتـسـتـفيـ الـمـسـؤـولـيـةـ الـمـذـكـورـةـ إـذـ أـثـبـتـ أـربـابـ الصـنـاعـ: أـنـهـمـ رـاقـبـوـ الطـفـلـ كـلـ الـمـراـقـبـةـ الـلـازـمـةـ أـوـ أـنـ الضـرـرـ نـتـجـعـ عـنـ خـطـأـ مـنـ الـمـتـضـرـرـ نـفـسـهـ).

آخر كما يجوز أن ترفع الدعوى في مواجهة الطرفين ويصدر الحكم ضدّهما بالتضامن وليس بالتضامن^(١)، ويخلص لمن أدى التعييض الرجوع على الآخر بالنصف.

ويقى الخاضع للرقابة مسؤولاً شخصياً عدا صورة الطفل غير المميز ويجوز أن يختار المتضرر القيام ضدّ المسؤول شخصاً إذا كان ملياً وينوب الطفل وليه. فإذا صدر الحكم ضدّ الخاضع للرقابة مباشرة فلا رجوع لمن يتولى الرقابة باعتبار أن مسؤولية هذا الأخير هي مسؤولية تعبية وليس مسؤولية أصلية، ولكنه من حيث التطبيق عادة ما يقع توجيه الدعوى على متولي الرقابة لأنّه أكثر مالاً عادة، فيصبح له الرجوع في هذه الصورة على الخاضع للرقابة المميز. على خلاف الصورة في حالة انعدام التمييز، فهو غير مسؤول أصلاً ولا يمكن أن يكون تابعاً فترتبط المسئولية دوماً بالشخص المتولى للرقابة وليس له رجوع إذ أنّ المسئولية في هذه الصورة تعدّ مسؤولية أصلية وليس تعبية كما تقدّم.

الفقرة الرابعة: مسؤولية المعلمين

بعد الفصل ٩٣ م.أ.ع مكرر في فقراته الأخيرة هو الأساس في مسؤولية المعلمين (أ)، وقد بين المشرع من خلاله شروط هذه المسئولية (ب) وطرق التفصي منها (ت) وأثارها (ث).

١- أساس مسؤولية المعلمين

نص الفصل ٩٣ مكرر م.أ.ع في آخره على أن «المعلمين مسؤولون عن الضرر الناشئ عن تلاميذهم طيلة المدة التي هم فيها تحت نظرهم... (وأن)...». الغلطة أو الغفلة أو الإهمال المستند عليها ضدّهم بصفة كونهم تسبّبوا في الضرر يجب على المدعي إثباتها وقت المعرفة طبق القانون العام».

وتدلّ القواعد العامة على أنّ المسئولية التفضيرية إنما تستند إلى الخطأ وقد يكون هذا الخطأ شيئاً أو مفترضاً وإنما إن لا تستند أصلاً إلى الخطأ فيكون السنداً لما تحمل التبعية أو قرينة المسئولية.

وال واضح من خلال أحكام الفصل ٩٣ مكرر م.أ.ع. أن أساس مسؤولية المعلمين هو الخطأ وليس أي خطأ بل هو خطأ في المراقبة وهو خطأ مثبت خلافاً لبقية أنظمة المسئولية عن فعل الغير. فيطلب من المتضرر إثبات الخطأ بدایة. وقد سبق للمشرع أن تدخل سنة ١٩٣٧ بموجب الأمر المؤرخ في ١٧ سبتمبر ١٩٣٧ لتنقيح الفصل ٩٣

(١) سبق شرح مفهوم التضامن.
عليّ كحلوان: أحكام الالتزام، المراجع السابقة، ص ١٣٧.

- الدفع بإثبات المراقبة الالزام: فمقتضى المراقبة الالزام أن يقوم رب الصنائع برعاية الطفل المتدرّب المراقبة التامة ويدخل في ذلك معنى حسن التربية والتوجيه كما تقدّم، ولا يمكن أن تتصور إثباتاً تاماً لواجب الرقابة إلا بإثبات غياب العلاقة السببية بين الضرر والتدريب.

- الدفع بإثبات خطأ المتضرر: ومقتضى خطأ المتضرر المفضي إلى تفصي المكلّف هو أن يستغرق المتضرر كامل المخطأ بأية طريقة والمحجة على المراقب، أما إذا تدخل الغير بشبة معينة فمن الممكن تجزئة المسئولية إذ أنّ التجزئة جائزة في المسئولية المفترضة القابلة للدليل العكسي والقاعدة آلة يعتمد بفعل غير المميز في توزيع المسئولية حيث لا يشترط التمييز إلا إذا كان الفاعل في مركز المسؤول أو إذا كان في مركز المضرر فلا تأثير لانعدام التمييز ويعتمد بفعل غير المميز في توزيع المسئولية.

فإذا أثبتت المراقب واحدة من هذه الحالات فإنه يقتضي من كامل المسئولية، ويدو الإثبات صعباً بالنسبة إلى الحالة الأولى أما الثانية فلا تؤدي إلى التفصي الكامل إلا في حالة استغراق كامل الخطأ مما إذا بقي شيء من الخطأ فمن الجائز توزيع المسئولية.

- أثار مسؤولية أرباب الصناع

الأثر الأساسي هو أن يلزم المسؤول بالتعميّض وقد تعذر عليه ردّ الدعوى الأصلية فإذا كان الطفل غير مميز، فإنه لا يصح لمتولي الرقابة وقد أذعن لحكم التعميّض الرجوع على الطفل بعد دفع قيمة الضرر حيث إن افتراض الضرر ليس لفائدة الجميع بل هو لفائدة المضرر فقط، أما من يتولى الرقابة وتقررت مسؤوليته فلا يمكن أن يرجع على الخاضع للرقابة إلا بإثبات خطأه الشخصي. ولما كان غير المميز غير مسؤول والتمييز شرط في الخطأ فلا يمكن الرجوع عليه والحالة تلك. فإذا كان الطفل غير المميز غير مسؤول بقي مسؤولية المراقب في هذه الصورة مسؤولية أصلية وليس مسؤولية تعبية، فلا يصح وبالتالي الرجوع على الطفل.

أما إذا ارتكب الخطأ من الطفل المتدرّب المميز، فإنه لا يمنع على القائم بالرقابة الرجوع عليه بمطال التعميّض إذا كان له مال يشترط إثبات خطأه، ونكون المسئولية في هذه الصورة مسؤولية تعبية وليس أصلية.

ويمكن واقعياً أن تجتمع صورة المسئولية عن فعل الغير القائمة على أساس المراقبة ومسئوليّة التابع عن فعل تابع أو مسئوليّة المخدوم عن فعل خادمه في الصور التي أجازها المشرع في الشخص الواحد، كما في صورة أن يرتكب الطفل المميز حادث مرور بسيارة من يعمل لديه، فيصبح للمتضرر اختيار السنداً المناسب. وقد لا تجتمع الحالتان في الشخص الواحد فيمكن للمتضرر رفع الدعوى في هذه الصورة ضدّ أحدهما متولي الرقابة أو المبتاع ويخلص لمن حكم عليه حق الرجوع بالنصف على

واجب التربية والتوجيه والرعاية حتى لا يرتكب الطفل أي خطأ أو عمل غير مشروع كما أن يشاجر الطفل مع صديقه أو يرميه بمقدوفات وغير ذلك من الصور. وليس للمعلم أن يثبت حسن مراقبته بل على المتضرر إثبات الغلطة أو الغفلة أو الإهمال. فالغلطة أن يترك المعلم التلاميذ لوحدهم ويشغل بالحديث مع الزملاء والغفلة أن يشغل المعلم بالحديث في الهاتف ويترك التلاميذ لوحدهم والإهمال أن لا يكون المعلم حريصاً بالوجه الكافى. وقد أورد المشرع عبارات الغلطة والغفلة والإهمال وهي في الحقيقة مضامين لمعنى الخطأ. فيرة جميعها إلى معنى الخطأ وهو فعل غير مأثور اجتماعياً وغير مشروع. ولكن المشرع روى ما أراد التشدد في معنى الخطأ المنسوب للمعلم بأن تحدث عن مجرد الغلطة أو الإهمال وهي مفاهيم تنحاز بالضرورة عن السلوك العادى للشخص وتفترض زيادة الحرمن من قبل المعلم وهو المخصص والمؤهل برعاية الطفل وتربيته.

2- الشروط الخاصة بالخاضع للرقابة

لا توفر مسؤولية المعلم إلا إذا ارتكب الطفل عمل غير مشروع طيلة المدة التي هو فيها تحت نظره.

-صفة التلميذ: التلميذ هو المتلقى للتكتوين سواء كان بمدرسة خاصة أو عمومية مهما كانت طبيعة الدراسة ومحواها شرط أن يكون طفلاً بمعنى أن لا يكون راشداً وسن الرشد 18 سنة كاملة⁽¹⁾. ويكون الطفل مميزاً إذا بلغ سن 13 سنة وغير مميز في أقل من ذلك.

-صدر عمل غير مشروع من التلميذ: لا يكفي أن تتوفر صفة التلميذ للقول بمسؤولية المعلم بل لا بد أن يصدر عمل غير مشروع من هو تحت الرقابة أي من الطفل التلميذ. فلا بد أن يكون الخاضع للرقابة هو مصدر الفعل وليس هو من وقع عليه الضرر. ويمكن أن يكون الفعل الذي قام به الخاضع للرقابة مثيناً أو مفترضاً. فإذا ثبت الخطأ أو الفعل بجانب الطفل المتذرّب إثباتاً أو افتراضياً فلا يكفي للقول بمسؤولية المعلم فلا تقوم مسؤولية المعلم إلا بإثبات الغلطة أو الغفلة أو الإهمال في المراقبة كما تقدم، إلا أن الطفل غير المميز لا يقوم الخطأ بجانبه لتخالف عنصر التمييز بطبعية الحال ويكتفى بالفعل الضار الصادر عنه.

فلا تقوم مسؤولية المعلمين عن التلاميذ إلا إذا كان مصدر الضرر هو التلميذ ذاته أما إذا كان التلميذ هو المتضرر من المعلم مباشرةً أو من المواد التابعة للمؤسسات التعليمية

(1) سبق شرح معنى سن الرشد واتجاه المشرع في التزول بين الرشد إلى 18 سنة بعدما كان 20 سنة. يراجع باب مسؤولية الآباء والأمهات، الفصل 93 مكرر م.أع.

م.أع ونص على ما يلى: «أما المعلمون فإن الغلطة أو الغفلة أو الإهمال المستند عليها ضدهم بصفة كونهم تسبوا في الضرر يجب على المدعي إثباتها وقت المراقبة طبق القانون العام».

ويذكر أن بداية تطبيقات مسؤولية المعلمين ذهبت في اتجاه اعتبار افتراض مسؤولية المعلم وقد قاد المعلمون في أوروبا وخاصة بفرنسا تحركات في اتجاه التعبير عن عدم رضاهما بهذا الاتجاه خاصة وأن الدعاوى كانت توجه في أواخر القرن 19 ضدّهم مباشرةً وليس ضدّ الدولة، فتدخل المشرع الفرنسي سنة 1937 وجعل هذه المسؤولية مسؤولة مثثة. وللهذا السبب صدر الأمر العلي بتونس المؤرخ في 17 سبتمبر 1937 وعدل من أحكام الفصل 93 م.أع في اتجاه اعتبار مسؤولية المعلمين مسؤولة مثثة وليس مفترضة⁽¹⁾.

ب- شروط مسؤولية المعلمين

يستخرج من الفصل 93 مكرر م.أع جملة من الشروط البعض منها تتصل بمن هو ملزم بالمراقبة (1) والبعض الآخر محول على من هو تحت الرقابة (2).

1- الشروط الخاصة بالمراقب

ترتّك مسؤولية المعلم على واجب المراقبة مثل بقية الأنظمة في المسؤولية عن فعل الغير، على أن هذه المسؤولية لا تكتمل إلا إذا ارتكب المعلم غلطة أو غفلة أو إهمال.

-مفهوم المعلم

المعلم هو المربى الذي يرعى الطفل خلال مرحلة تدرسيه. وينطبق هذا المفهوم على جميع مراحل التعليم بما في ذلك المراحل الابتدائية والإعدادية والثانوية مع استبعاد مراحل التعليم العالي حيث يبلغ الطفل سن الرشد إلا إذا افترضنا صغر سن الطالب. وينطبق المفهوم على مدارس التعليم العمومي والخاص ومراكيز التكوين المهني والإصلاح. ويشترط أن يكون المكان مختصاً عادةً للتعليم والتربية بصفة دائمة فلا ينطبق مفهوم المعلم على من يقدم دروس خصوصية بمنزل الطفل حيث تبقى المراقبة للأبوين.

-شرط الغلطة أو الغفلة أو الإهمال: اقتضى التقييم الوارد سنة 1937 أن ينص المشرع على بعض الهرمات التي يرتكبها المعلم وتلك هي مضامين المراقبة. فيحمل على المعلم واجب المراقبة بمعنى العناية بالطفل طيلة فترة التعليم فيدخل في ذلك

(1) بعض الدول أبقت على افتراض المسؤولية بالنسبة إلى المعلمين بالرغم من هذا التغيير الهام مثل القانون اللبناني.

خليل جريج: النظرية العامة للمرجعيات، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 226.

ويمكن واقعياً أن تجتمع صورة المسؤولية عن فعل الغير القائمة على أساس المراقبة ومسؤولية التابع عن فعل تابعه أو مسؤولية المخدم عن فعل خادمه في الصور التي أجازها المشرع في الشخص الواحد، كما في صورة أن يرتكب الطفل الممizer حادث مرور بسيارة مدرسة التكوين، فيمكن للمتضرر حينئذ أن يختار السند المناسب. ويحدث أن لا تجتمع الحالتان في الشخص الواحد فيصبح للمتضرر رفع الدعوى في هذه الصورة ضد أحدهما متولي الرقابة أو المتبع ويخلص لمن حكم عليه حق الرجوع بالنصف على الآخر كما يجوز أن ترفع الدعوى في مواجهة الطرفين ويصدر الحكم ضدَّهما بالتضامن^(١)، ويخلص لمن أدى التعريض الرجوع على الآخر بالنصف.

ويقى الخاضع للرقابة مسؤولاً شخصياً عدا صورة الطفل غير العميز ويجوز أن يختار المتضرر القيام ضدَّ المسؤول شخصياً إذا كان مليتاً وينوب الطفل عنه. فإذا صدر الحكم ضدَّ الخاضع للرقابة مباشرة فلا رجوع لمن يتولى الرقابة باعتبار أن مسؤولية هذا الأخير هي مسؤولية تبعية وليس مسؤولية أصلية. ولكنه من حيث التطبيق عادة ما يقع توجيه الدعوى على متولي الرقابة لأنه أكثر مالاً عادة، فيصبح له الرجوع في هذه الصورة على الخاضع للرقابة الممizer، على خلاف الصورة في حالة انعدام التمييز، فهو غير مسؤول أصلاً ولا يمكن أن يكون تابعاً فترتبط المسئولية دوماً بالشخص المتولي للرقابة وليس له رجوع إذ أن المسئولية في هذه الصورة تعدَّ مسؤولية أصلية وليس تبعية كما تقدَّم.

ويجب التمييز بعناية بين التعليم العمومي والخاص في هذا الباب، حيث إن الدولة تتوب العمل التابع التعليم العمومي على خلاف التعليم الخاص. وقد تعددت القضايا مع بداية القرن العشرين في مواجهة المعلمين بصفة شخصية الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل سنة 1937 في اتجاه اعتبار مسؤولية الدولة في حق المعلمين وإن بقي الاختصاص منعقداً لجهة المحاكم العدلية، ونفن القفصل الأول من الأمر المؤرخ في 17 سبتمبر 1937 المتعلق بتعريض مسؤولية أعضاء التعليم العمومي بمسؤولية الدولة على ما يلي : « تعرض مسؤولية أعضاء التعليم العمومي بمسؤولية الدولة بحيث لا يمكن أبداً مطالبيهم لدى المحاكم المدنية من طرف المتضرر أو نوابه وذلك في جميع الضرر التي تعود فيها المسئولية على أعضاء التعليم العمومي إنْرأوا أو عند وقوع ضرر إما نشأ من الأطفال أو الشبان الموكول أمرهم لهم حسبما تقتضيه خططهم أو ما لحق هؤلاء الأطفال أو الشبان على الصورة المذكورة. وهكذا يكون العمل كلما كان الأطفال أو

(١) سبق أن شرحنا مفهوم التضامن.
علي كحلون: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 137

فالأمر مختلف حيث تكون مسؤولية المعلم شخصية إذا تعمد إلحاقضرر أو ارتكب خطأ فاحشاً وتكون مسؤوليته مرفقة إذا لم يكن متعمداً أو لم يرتكب خطأ فاحشاً وتقوم الدولة في الأداء، أما إذا كانت الأشياء الجامدة سبباً في إلحاقضرر للللمتدفهي مسؤولية شبيهة بتحملها المحافظ على معنى الفصل ٩٦ م.اع. مع مراعاة الاختلاف في طبيعة المحافظ شخصاً عاماً أو خاصاً.

- صدور عمل غير مشروع طيلة المدة التي هو فيها تحت نظره: يجب أن يكون الطفل تحت نظر المعلم يوم صدور الخطأ من الطفل. ويكون الطفل كذلك إذا كان بقاعة الدراسة أو بساحة الاستراحة أو بالمبني أي بأي مكان من الأمكنة التابعة للمؤسسات التربوية ويدخل في ذلك وقت الحصص الرياضية والرحلات المنظمة من قبل هذه المؤسسات.

ت- طرق التفصي من المسئولية
مسئوليَّة المعلم مسئوليَّة مثبتة فليس على المعلم رد الدعوى بداية بل يلزم المدعى بإثبات التسلط والغفلة والإهمال وهو خروج عن واجب المراقبة المحمول على المعلم بصفة عامة. فإذا أثبت المدعى ما يحمل إلى ذلك كان على المعلم رد الدعوى بإثبات حالة من حالات انعدام السببية مثل القرءة القاهرة وخطأ المضرور و فعل الغير. فإذا لم يتمكَّن المعلم من رد كامل المسئولية يجوز تجزئتها عند الاقتضاء.

ث- آثار مسؤولية المعلمين
مسئوليَّة المعلمين تعدَّ مسؤولية تبعية من حيث الأصل وليس مسؤولية شخصية وإن كانت مسؤولية مثبتة. فيصبح للمعلم الرجوع على التلميذ بعد الأداء إلا إذا كان التلميذ غير ممizer فلا يجوز الرجوع و تكون مسؤولية المعلم حينئذ مسؤولية أصلية.
فالآخر الأساسي هو أن يلزم المسؤول بالتعريض وقد تذر عليه رد الدعوى الأصلية. فإذا كان الطفل التلميذ غير ممizer، فإنه لا يصبح لمتولي الرقابة وقد أذعن لحكم التعريض الرجوع على الطفل بعد دفع قيمةضرر حيث لا يمكن لمتولي الرقابة أن يرجع على الخاضع للرقابة إلا بإثبات خطئه الشخصي. ولما كان غير الممizer غير مسؤول والتمييز شرط في الخطأ فلا يمكن الرجوع عليه والحالَة تلك. فإذا كان الطفل التلميذ غير الممizer غير مسؤول تبقى مسؤولية المراقب في هذه الصورة مسؤولية أصلية وليس مسؤولية تبعية، فلا يصبح وبالتالي الرجوع على الطفل.

أما إذا ارتكب الخطأ من الطفل التلميذ الممizer، فإنه لا يمنع على القائم بالرقابة الرجوع عليه بمال التعريض إذا كان له مال يشرط إثبات خطئه، وتكون المسئولية في هذه الصورة مسؤولية تبعية وليس أصلية.

المدنية المنصوص عليها بمجلة الالتزامات والعقود فإن المتبوع يضمن الأضرار التي يتسبب فيها التابع أثناء مباشرته لعمله».

والحقيقة أن هذا الحكم الخاص ورد بعده نصوص خاصة مثل الفصل 845 م.أ.ع. في مسؤولية أخير العمل⁽¹⁾ والفصل 239 من مجلة الشغل⁽²⁾ والفصل 129 من مجلة الغابات⁽³⁾ والفصل 131 من مجلة التجارة البحرية⁽⁴⁾ والفصل 8 من القانون عدد 22 لسنة 1971 المؤرخ في 25 ماي 1971 المتعلق بتنظيم مهنة عون الإشهار التجاري⁽⁵⁾، كما أوردت مجلة الالتزامات والعقود نصاً عاماً في المسؤولية التعاقدية وهو الفصل 245 م.أ.ع. إضافة إلى المبدأ العام الوارد بالفصل 554 م.أ.ع. وهو أن «الخارج بالضمان أي من له النها فعله التوا»⁽⁶⁾.

وعلى ذلك الأساس لا يعتد بمسؤولية المتبوع عن التابع في القانون التونسي إلا في إطار جملة هذه الفصول وفي حدود النشاط الوارد بهذه الفصول وحسب الشروط الواردة بذات الفصول. ولكن مع ذلك يمكن الإشارة إلى المبادئ العامة في مسؤولية المتبوع عن التابع مع مراعاة خصوصية كل فصل، وحتى تحدث هذه المسئولية آثارها (ب) لا بد من توفر شروطها (أ).

(1) الفصل 845 م.أ.ع. «أخير العمل مسؤول بالعمدي والتقصير الصادرين متى ينوبه في العمل أو من استخدمه أو استعان به كما لو صدر ذلك منه ولا ضمان عليه إذا اضطر نوع الخدمة أو العمل لللاستعانة بغيره وذلك بشرط أن يثبت :

أولاً: أنه اجتهد كل الاجتهد في انتخاب من استعان بهم وفي مراقبتهم.
ثانياً: أنه فعل ما يلزم فعله لمنعضرر أو تدارك عوائقه».

(2) الفصل 239 م.ش. «يعتبر المأجورون مسؤولين مدنياً بالنسبة للتخطايا وغرم الضرر المحكم بها على ممثلهم المرتكبين للتخطايا».

(3) الفصل 129 م.غ. «إن الأزواج والأباء والأمهات والأوصياء يرتكبون مدنياً بالمخالفات التي يرتكبها زوجاتهم ويؤخذ مدنياً الأضرار والمعذلون على أنفسهم في أشغالهم بالمخالفات التي يرتكبها جميع الأشخاص المستخدمين عندهم أثناء قيامهم بالوظائف المنوط بها بهم».

(4) الفصل 137 م.ت.ب. «كل مجهر مسؤول شخصياً .. عن التعهدات التي يلتزم بها الريان أثناء تأدية وظيفته وهو مسؤول مدنياً عن أفعال أو أخطاء الريان والطاقم أثناء تأدية وظائفهم».

(5) الفصل 8 من القانون عدد 22 لسنة 1971 «يعتبر وسيطاً في الإشهار كل من يترؤس جمع الإعلانات الإشهارية المعاينة وكالة إشهار. لا يمكن لأي كان أن يكون وسيطاً في الإشهار إذا لم يكن أجهزاً لوكالة إشهار. ووكالة الإشهار مسؤولة مدنياً عن الأعمال التي يرتكبها وسيط الإشهار في ممارستهم لمهمتهم».

(6) يراجع كذلك الفصل الأول من الأمر المؤرخ في 17 سبتمبر 1937 المتعلق بتعويض مسؤولية أعضاء التعليم العمومي بمسؤولية الدولة الملغى بموجب القانون عدد 38 لسنة 1996. سابق الذكر.

البيان الموكول أمرهم على الصورة المذكورة لأعضاء التعليم العمومي تحت حراسة هؤلاء الآخرين في الذكر مدة الدراسة أو خارجها لغاية التربية الأدبية أو البدنية مما تحجره الترتيب، ويمكن للدولة أن تقوم بدعوى الرجوع إما على المعلم أو على الغير طبق القانون العام. وأن أعضاء التعليم العمومي الذين يمكن للدولة أو تقوم بدعوى الرجوع عليهم عند الاقتضاء لا يجوز سماع شهادتهم في القضية الأصلية. والدعوى التي يقوم بها المتضرر أو والداته أو أولياؤه في توجيه المسؤولية على الدولةطالبة بالضرر يقع رفعها طبق الترتيب المتعلقة بالأشخاص في النظر لدى المحاكم المدنية الفرنساوية أو التونسية الراجح لها المكان الذي يحدث فيه الضرر وتقدم الداعي المشار إليها ضد مدير التعليم العمومي والمستطرفات. والأمد القانوني فيما يخص المطالبة بإصلاح المضار المنصوص عليها بأمرنا هذا يقتضي بمضي ثلاثة أعوام ابتداء من اليوم الذي يحدث فيه الضرر».

غير أن هذا الأمر الغي لاحقاً وأصبح القانون عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص ينص على أن المحكمة الإدارية تختص بالنظر «بدعوى مسؤولية الدولة التي تحل محل أعضاء التعليم العمومي في نطاق التشريع الجاري به العمل». ومكذا أصبحت المحكمة الإدارية هي المختصة بهذا النزاع وتحل الدولة محل المعلم في الأداء ويجوز للدولة الرجوع على المعلم أو الغير أي الطفل المسؤول.

الفقرة الخامسة: مسؤولية المتبوع عن فعل قابعه

لا يوجب بالقانون التونسي نص عام في مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه responsabilité du commettant du fait de son préposé⁽¹⁾، ولكن مجلة الطرقات الحديثة أوردت نصاً خاصاً بحوادث الطرقات حيث نص الفصل 117 من المجلة التي عوض الفصل 103 من المجلة القديمة على أنه «قطع النظر عن حالات المسؤولية

(1) تور سلطان: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت 1983، ص 369 وما بعد.
محمد المالقي: محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، كلية الحقوق تونس 1980، ص 1932 وما بعد.

محمد بالجاج حسين: مسؤولية المتبوع التقصيرية عن فعل تابعه في القانون التونسي، مذكرة لشهادة التراسات المعمقة، كلية الحقوق تونس.

E.Delagrange : La responsabilité du commettant du fait de son préposé et l'art 267 du code de la route, RTD. 1966-1967, p.9 et suiv.

Marie Annick peano : L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé, Daloz sirey 1991, 8^{me} cahier, chronique, p. 51 et suiv.

أ-شروط مسؤولية المدحوم عن فعل خادمه
نص الفصل 117 م.ط، على أن «المتابع يضمن الأضرار التي يتسبب فيها التابع
أثناء مباشرته لعمله»، ونفس الصيغة وردت تقريرياً ببقية الفصول المشار إليها، وبالتالي
لا بد من توفر علاقة التبعية (1) وخطأ التابع أثناء مباشرته لعمله (2).

الشخص وهو بقصد ممارسة مهامه الطبيعية كما أن يعتدى على شرطي وهو يحاول
أن يمسك بالمتهم وهو ما يعبر عنه عادة بالخطأ المرفقى. ويكون الفعل سبب المهام
الوظيفية إذا لم يكن من الممكن ارتكاب الفعل أو لم يكن من الممكن ليفكر الفاعل
في ارتكابه أصلاً لولا الوظيفة فهناك علاقة سببية مباشرة بين الفعل والوظيفة وتكون
الجريمة بمناسبة الوظيفة إذا بشرت الوظيفة ارتكاب الفعل أو ساعدت على ارتكابها أو
هيأت لها الفرصة كما أن يستعمل الجاني سلاح العسكري في قتل الغير دون توفر علاقة
سببية بين الوظيفة والقتل وكما في صورة أن يقتل العامل الغير بسيارة سidine بعدم قرار
قتله وأضمر الفعل.

ب-آثار مسؤولية المتابع عن فعل تابعه
في بداية العمل بمسؤولية المتابع اعتمد الفقه وفقه القضاء على معنى الخطأ
المفترض *faute présumé* لتأسيس هذه المسؤولية، وهو خطأ المتابع في المراقبة
والتوجيه والاختيار أي اختيار شخص التابع، ومؤدي ذلك أن يلزم الغير بإثبات
ويجوز للمتابع أن ينفصلي من المسؤولية إذا ثبت أنه لم يخطئ في الاختيار أو المراقبة
أو التوجيه، وهي بذلك مسؤولية ذاتية لا تقوم على اعتبارات موضوعية إذ أن هناك بداية
شيئاً ينسب للمتابع بإمكانه رده حتى ينفصلي من المسؤولية. وقد أصبح الخطأ في مرحلة
المعيبة لا يقبل الدليل المعاكس، فلا يصح للمتابع رد الداعوى بإثبات أنه لم يخطئ.
ثم انتقل النقاش في مرحلة أخرى وتابعه التطبيق إلى مستوى تحمل التبعية *idée de risque*
الكافلة وستندها القانون أو النيابة *représentation* بمعنى النيابة القانونية أو الحلول
ال subsitution فيحل التابع محل المتابع ويصبح الشخصان واحداً فكان المتابع هو
الذي ارتكب الخطأ وهو بذلك امتداد للتابع.

وبذلك انتقل النقاش من مستوى الشخصي إلى مستوى الموضوعي، فلا يستطيع
المتابع وقد توفرت علاقة التبعية وخطأ التابع أن ينفصلي من المسؤولية بإثبات أنه كان
يستحيل عليه أن يمنع الفعل غير المشروع بإثبات أن الخطأ واقع ولو أحسن الاختيار
والتوجيه والمراقبة. وفي ذلك يمكن الأساس الموضوعي لهذا الاتجاه.
ومن آثار هذا التكيف أن تقوم العلاقة مباشرة بين المتضرر والمتابع ولا يصح
للتابع اللتفع في مواجهة المتضرر وإذا رجع المتابع على التابع لا يصح لهما الأخير
التمسك بطبيعة العلاقة بين المتابع والمتضرر. وهي بذلك مسؤولية عن فعل الغير
يصح فيها الرجوع.

1-علاقة المتابع بالمتضرر

lien de préposition
لاتقتضي علاقة التبعية ضرورة وجود عقد أو علاقة آخر ومحور، فلا
يشترط العقد في وجود العلاقة، بل يشترط فقط توفر سلطة فعلية في التوجيه والمراقبة
عقد الشغل يقوم على هذه السلطة في التوجيه والمراقبة على خلاف عقد المقاولة الذي
لا يقوم على هذه العلاقة كما هي الصورة في علاقة سائق التاكسي بحريمه، على أن
السلطة الفعلية في علاقة التبعية لا يشترط فيها أن تكون سلطة تعاقدية أو سلطة شرعية،
فلا يشترط أن توفر للمتابع سلطة اختيار التابع أو فصله وتبقى السلطة قائمة حتى في
صورة بطளان العقد إن توفر. وتقوم سلطة التوجيه والمراقبة على سلطة إعطاء الأوامر
بصفة عامة ومراقبة تنفيذها، وما يميز هذه السلطة أنها ليست مجرد مثيل سلطة الأب أو
المعلم بل هي سلطة توجيه وموافقة في إطار إنجاز عمل لفائدة المدحوم أو المتابع.
وتترافق علاقة التبعية بتراخي علاقة التوجيه والمراقبة كما في صورة إذا تخلى صاحب
السيارة عنها لفائدة صديق له. وتبقى علاقة التبعية ببقاء سلطة المراقبة كما في صورة
تكليف الإبن بالسيارة تحت مراقبة الأب أو تكليف الغير بالسيارة إجمالاً. وإذا تعدد
المدحوم كانت المسؤولية بالتضامن بينهم. ولا يشترط في سلطة التوجيه والمراقبة
الرشد أو المعرفة الفنية فيكتفي أن يكون المدحوم إدارياً له الحق في سلطة التوجيه
والمراقبة والقادر بتوفه وليه.

2-خطأ التابع أثناء مباشرته لعمله
يجب أن يتتوفر بداية خطأ التابع سواء كان خطأ مثبتاً أو مفترضاً وعلى المتضرر إثبات
العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. ويجب أن يكون خطأ التابع قد وقع أثناء مباشرته
لعمله، فلا يمكن أن تقوم مسؤولية المتابع إلا إذا كان الخطأ له علاقة بالعمل ولا
يمكن أن تقوم هذه العلاقة إلا إذا كان الخطأ قد حدث أثناء تأدية المهام فعلياً أو على
الأقل قد وقع بسبب العمل، فلم يكن التابع ليستطيع ارتكاب الخطأ أو لم يكن ليفكر
في ارتكابه لولا عمله. على أن الخطأ الواقع بمناسبة المهام لا يمكن أن يرداً لمسؤولية
المتابع ووجهه أن يكون العمل قد سهل فقط ارتكاب الخطأ وينضاف إلى ذلك وقوع
الخطأ خارج إطار العمل. ويكون الخطأ واقعاً أثناء المباشرة إذا خرج التابع عن السلوك
العادي في تأدية المهام، فيرتكب الفعل أثناء المباشرة إذا كان التعدي قد حدث على

النص العام في المسئولية الشبيهة هو الفصل ٩٦ م.أ.ع. ويمكن من خلاله أن نبين أساس هذه المسئولية (١) وشروطها (٢) وطرق التفصي فيها (٣).

١- أساس المسئولية الشبيهة

للفصل ٩٦ م.أ.ع. أساس نظري يمكن استخراجه من خلال المفاهيم الواردة بهذا الفصل وقد كان للفقه ولفقه القضاة عدّة مناسبات في شرح حقيقة عبارات الفصل وأتّخذ على ضوء ذلك عدّة توجّهات أصبحت واضحة ودقيقة في المدة الأخيرة.

- الأساس النظري للفصل ٩٦ م.أ.ع.: نص الفصل ٩٦ م.أ.ع على أنه «على كل إنسان ضمان الضرر الناشئ مما هو في حفظه إذا تبيّن أنّ سبب الضرر من نفس تلك الأشياء إلا إذا ثبتت ما يلي:

-أولاً: أنه فعل كلّ ما يلزم لمنع الضرر

-ثانياً: أنّ الضرر نشأ بسبب أمر طارئ أو قوّة فاحرة أو بسبب من لحّه. وقد ورد الفصل ٩٦ م.أ.ع. في بيان أركان مسؤولية حافظ الشيء دون بيان طبيعة الحفظ إن كانت قانونية أو واقعية أو بين بين، وبالتالي ما كان من الممكن مبدئياً التأكيد على واقعية الحراسة أو قانونيتها اختصاراً على ما ورد بهذا الفصل.

ولكن إلزام الحافظ بإثبات الأمر الأول والثاني لدفع المسؤولية عنه وصعوبة إثباتهما بل واستحالة إثباتهما يجعل الحافظ مسؤولة الحادث في جميع الصور مما يدفع في اتجاه اعتماد أساس موضوعي لمسؤولية الحافظ وهو ما يتلاءم مع البعد أو المفهوم القانوني للحراسة.

وفعلاً قد جاء الفصل ٩٦ م.أ.ع. في زمن كان النقاش على أشدّه بالنسبة إلى طبيعة مسؤولية الحفظ. ويبدو أنّ مشروع سنة ١٩٠٦ قد تأثر بوضوح بجملة الأفكار الموضوعية التي كانت تسسيطر يومها بالفقه وفقه القضاء بالقانون المقارن^(٤).

(١) المعلوم أنّ النقاش يفترس بدأ انطلاقاً من أحكام الفصل ١٣٨٤ الذي نص في فقرته الأولى «على أنّ كلّ شخص ضمان الضرر الذي هو في حفظه»، فاما أنّ يترتب لهذه الفقرة بالاستقلالية الكاملة أو أن تردد إلى ضمنون الفصلين ١٣٨٥ و ١٣٨٦ المتعلق بالمسؤولية عن الحيوان و ١٣٨٦ المتعلق بالمسؤولية عن البناء، لكنّ فقه القضاء انحاز في البداية إلى المفهوم الثاني أي الرجوع إلى أحكام الفصلين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ كالملا لا تتعلق الصورة بالمسؤولية عن الحيوان أو البناء. وأول القرارات في ذلك هو قرار ١٨٧٥ المتعلق بانفجار آلة بخارية، متى أرزمت محكمة التقييب المتضرر بضرورة إثبات الخطأ. وقد وجد هذا القرار ترجياً لدى جانب من الفقهاء الذين كانوا يعارضون الفكرة التي كانت تسسيطر يومها وبدأت في التشكّل والمتعلقة تأسيس المسؤولية على عنصر الملكية. وحاول البعض تأسيس المسؤولية على مبادئ المسؤولية التعاقدية وإن لم يخرج الاتجاه عن مفهوم الخطأ، وألزم صاحب العمل بضمان سلامه العملاً من المحرّاث للوصول إلى إقرار تعريض عادل، لكنّ التعرّف لم تنجح. وفي مرحلة ثانية حاول فقه القضاء تأويل الفصل ١٣٨٦ تأويلاً واسعاً ليشمل العقارات المحكمة والطبيعية على حد سواء، حتى المتنقلات في بعض الأحيان (شجرة، مدرج، آلة)، ليضمن التعريض للمتضرر، فلا يطلب من

بحوز للمتضرر أن يرفع الدعوى إما ضدّ التابع وهو المسؤول الأصلي أو ضدّ المتبع مباشرة أو ضدّهما معاً. فإذا قام المتضرر منذ البداية ضدّ التابع وهو المسؤول الأصلي تنتهي الإجراءات عند ذلك الحدّ، فلا رجوع للتابع على المتبع. وإذا قام مباشرة ضدّ المتبع لا يصح للمتبع ردّ الدعوى بإثباته أنه قام بواجب التوجيه والمرافقة والاختيار وليس هناك فرق إن كان المتبع مميزاً أو غير مميز إذ أنّ مسؤولية المتبع مسؤولية موضوعية الأساسية على مستوى علاقة المتبع بالمتضرر ولا تقوم على معنى الرقابة. وقد يكون المتبع في مركز المتبع والحارس في نفس الوقت، فتتوفر فيه صفتى المتبع والحارس، وللمتضرر اختيار السند المناسب على وجه الخيار.

٢- علاقة المتبع بالتابع

إذا قام المتضرر ضدّ المتبع تخلص لهذا الأخير دعوى الرجوع على التابع باعتبار أنّ المتبع مسؤولاً عن التابع وليس مسؤولاً معه، ويرجع مبدئياً بكمال المال الذي دفعه. وعليه إثبات خطأ التابع.

على أنه من الممكن أن توزع المسؤولية بين المتبع والتابع في دعوى الرجوع إذا ثبتت هذا الأخير اشتراك المتبع في الخطأ بسبب أو اثره ولا يمكن أن يمسك التابع بافتراض الخطأ مهما كانت طبيعة في شخص المتبع أو بغيره المسؤولية، لأنّ هذا التكيف يبقى فاعلاً في حدود العلاقة بين المتبع والغير المتضرر.

ويجوز إدخال التابع كضامن في الدعوى الموجهة من المتضرر على المتبع، ويجب على المتضرر إثبات خطأ التابع في هذه الصورة إلا إذا كان مفترضاً، ولا يتبع المتبع بافتراض خطأ التابع بل عليه إثبات خطأ التابع، لأنّ الافتراض في هذه الناحية لا يقوم إلا في علاقة التابع بالمتضرر.

المبحث الثالث: المسئولية الشبيهة

المسئوليّة عن الأشياء هو أن يكون الشخص مسؤولاً عن شيء، وقد يكون هذا الشيء جامداً مثل السيارة والبناء أو غير جامد مثل الحيوان. وقد أوردت مجلة الالتزامات الإطار العام للمسئولية عن الأشياء الجامدة (الفقرة الأولى) ووضعت إطاراً خاصاً للمسؤولية عن الحيوانات (الفقرة الثانية) والمسؤولية عن البناء (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: المسئولية الشبيهة عن الأشياء الجامدة

الأشياء الجامدة هي الأشياء التي ليس لها روح تحركها، فهي مجرد أجسام مادية قد تتخذ شكل المنقول أو العقار. وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود المبادئ العامة في هذه المسئولية (١) على أن بعض الصور الخاصة قد وردت بقانون ٢٠٠٥ المتعلق بحوادث المرور (ب).

١- الأحكام العامة في المسئولية عن الأشياء الجامدة

المفهوم الفعلى، طالما أن غاية المدرسة الموضوعية هي التعریض دون توفر الإمکانیة في رد المسؤولیة باعتبارات واقعیة⁽¹⁾. وفي ذلك ذهب النص المخاص بالتأمين.

- توجهات الفقه وفقه القضاء في تأویل الفصل 96 م.اع: إن تطور الفقه وفقه القضاء في فهم أمس الفصل 96 م.اع. دفع في اتجاه تبني المعايير الموضوعية دون المعايير الواقعیة وهو ما يدفع في اتجاه القول بالحراسة القانونیة التي تلامع مع المفاهيم الموضوعية لأنس المسؤولیة.

فقد بدأ التأویل طلاعیاً منذ قرار 1961⁽²⁾ حين نقضت محکمة التعقیب القرار الاستنافی الذي قضی بعدم مسؤولیة السائق، لكن ذلك لم يكن بسبب انحياز محکمة التعقیب إلى قرینة المسؤولیة، فقط أن قضاة الأصل لم يبيتوا بوضوح الخطأ المنسب إلى المتضرر حتى يتفضّل السائق من المسؤولیة، ولو أن قضاة الأصل انحازوا إلى تجزئة

للتفصیل في اتجاه قرار 1928، وذلك بالتوسع في مفهوم خطأ التائق، واستنبط مفهوم الخطأ بالقوة، الأمر الذي أدى في نهاية الأمر إلى التخلی بصفة نهاية من هذا الاتجاه، وكان ذلك سنة 1968 حيث انتقد مفهوم « الخطأ بالقوة » *virtuelle*، وتم اعتماد قرینة الفصل 1384 في مواجهة السائق الذي لا يمكن أن يتحقق منها إلا بإثبات عدم الدفع وعدم الترافق، كما سألي. أما بالنسبة إلى صورة التصادم بين عربینين فبعد أن ذهبت محکمة التعقیب إلى إبعاد قرینة المسؤولیة على أساس الفصل 1384 وأبانت على انتباخ الفصلين 1382 و 1383، تراجعت أخرى وأعتمد قرینة المیادة سرا وقع القسر على جانب واحد أو على الجانبي.

هذا وقد ابتدأ فقه القضاء والفقه رويداً عن مفهوم الخطأ في المسؤولیة الشیئیة، بعد أن كان المتضرر يتحمل عبء الإثبات، انتقل العبه إلى المسؤول بحكم القرینة القابلة للذبح، ثم سرعان ما أصبحت هذه القرینة غير قابلة للذبح، فقط يتحقق السائق إذا ثبتت القرنة القاهرة والأمر الطارئ (1927)، ولم تقل الدوائر المختصة سنة 1930 بقرینة الخطأ، بل قالت بقرینة المسؤولیة، وعدلت بعض القرارات من موقف هذا القرار باعتمادها على مفهوم المسؤولیة الكاملة *de plein droit* ورغم المحاورات الفقهیة في الحديث عن الخطأ في الحراسة، إلا أن القرارات الأخيرة لم تأخذ بهذا المعيار واتجهت المحاكم إلى أنسن موضوعية وحملت عدیمی التبیین المسؤولیة منذ سنة 1964 خلافاً لقرار صدر سنة 1947، وتندعم هذا الاتجاه بتدخل المشرع سنة 1968 بموجب قانون 3 جانفي 1968 وأضاف إلى المجلة المدنیة الفصل 2-489 والذي حمل عدیمی التبیین المسؤولیة. ومؤدی ذلك أن المتضرر لا يطلب منه إطلاع إثبات الخطأ بجانب المسؤول، بل إن المسؤولیة الشیئیة لا تحکم أصلاً إلى اعتبارات نسبیة.

Alain Bénabent: droit civil les obligations 7 e édit. p. 375 et suiv. n° 612 et suiv.

Jacques Ghestin: Droit civil les conditions de la responsabilité 2 e édi. p. 644 et suiv. n° 675 et suiv.

Jacques Ghestin: Droit civil les conditions de la responsabilité op. cit.(1) n° 675.

Dahdouh Habibl'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile(2) Thèse op.cit.

والملخص في ذلك أن الفصل 96 م.اع يتلاءم مع المفهوم القانونی للمحفظ أكثر من المدعى إثبات الخطأ، بل يطلب منه إثبات الخلل في بناء الشیئی. وفي مرحلة ثالثة انتقل التقاضی على مستوى أحکام الفقرة الأولى من الفصل 1384، وعود الفضل إلى الفقه البلجيکي Laurant الذي رأى في هذه الفقرة مبدأ استثناء، وتبقى بعض الفقهاء هنا التأویل (مثل Josserant - Saleilles) وأول تعليق لهذا الاتجاه كان القرار التعقیب الصادر بتاريخ 1896 (انججار السخان القائم لمركبة الجزء العنة وفاة المکانیکي) حيث الرم المالک بالتعريض على أساس الفقرة الأولى من الفصل 1384، لكن المحکمة اشترطت يومها ضرورة إثبات عبء الشیئی الذي سبق التخلی عنه فيما بعد. لكن هذا الاتجاه سرعان ما تراجعت عنه سنة 1897 عندما سمحت للمالك بتفادي الخطأ عنه. ورجحت المحکمة سنة 1914 إلى نفس الموقف المعلن سنة 1896، وإطلاقاً من سنة 1920 تخلت الذارة المدنیة عن مفهوم عبء الشیئی، لتطبيق أحکام الفصل 1384، وتبنّت محکمة التعقیب سنة 1927 مفهوم الشیئي الخطأ لتطبيق أحکام الفصل 1384، وإطلاقاً من سنة 1930 أصبح من الممكن الحديث عن المسؤولیة الشیئیة مهما كانت طبیعة هذا الشیئي سواء كان به عبء أو كان خطرأ أو خلأ ذلك.

وكان التقاضی على أشدّه للفصل بين فعل الشیئي و فعل الإنسان، فالصورة الأولى توجب تطبيق الفعل من المتضرر من إثبات الخطأ والصورة الثانية توجب تطبيق الفصلين 1382 و 1383 و يطلب لتطبيق أحکام الفصل 1384، أي أن لا تكون الوسيلة بيد الإنسان أو أن تحمل عبءاً ولو كانت بيد الإنسان، معنى ذلك أن الفصل 1383 يطبّق إذا كان الشیئي بيد الإنسان ولا يحمل عبءاً، لكنه إطلاقاً من سنة 1920 (وندعم هذا الاتجاه سنة 1921 و سنة 1924) تخلت الذارة المدنیة بمحکمة التعقیب عن مفهوم عبء الشیئي، وطبقت أحکام الفصل 1384 بعيداً عن شرط العبء. ولم يتعقّل هذا الاتجاه بعض الدوائر وطلّت المحاكم متارجحة إلى حدود قرار Jannah'eur سنة 1930، حيث عن لمحکمة الاستئناف Besonçon تقضي المحکم الابتدائي الصادر عن محکمة Belfort بذعنوى أن الفصل المنطبق هو 1382 وكان على المتضرر ثبّاً بذلك إثبات الخطأ بخلافاً لما ذهبت إليه المحکمة الابتدائية، لكن محکمة التعقیب تقضي القرار الاستنافي سنة 1927 بدعوى أن لا فرق بين أن يكون الشیئي بيد الإنسان أو خلافه مادام هذا الشیئي خطراً في حد ذاته. لكن محکمة الإحالات (محکمة الاستئناف Lyon) تمستك بالتعريف التقليدي لفعل المستقل للشیئي، حيث لا يمكن تطبيق الفصل 1384 إلا إذا كان الشیئي عبء. وهذا القرار كان محل طعن للمرة الثانية، ورأى الدوائر المختصة سنة 1930 أن المسؤولیة الشیئیة ترتبط بمفهوم الحراسة، وابتعدت كلّياً عن مفهوم الفعل المستقل للشیئي. كما أن التبیین بين الأشياء الخطيرة وغير الخطيرة لتطبيق أحکام الفصل 1384 لم يصدّ كثیراً وتحلّت عنه الدوائر المختصة في نفس القرار، لأنّه يبقى على مسالة التبیین بين فعل الإنسان و فعل الشیئي، وقد اشتغل رجال القانون كثيراً بالمعرفة مميزات الشیئي الخطير من عدمه واقتصر البعض مفهوم الآلة الذاتیة dynamisme propre، لكن اليوم لم يعد من موجب في التفرقة وأصبح من الممكن تطبيق أحکام الفصل 1384 مهما كانت طبیعة هذا الشیئي.

وكان فقه القضاء يقصي من مجال انتباخ الفصل 1384 صورتي التقل المیاجنی والتصادم بين عربین، بالنسبة إلى الصورة الأولى أصدرت محکمة التعقیب منذ سنة 1928 قراراً مبدئياً أعلنت بموجبه أنّ أحکام الفصل 1384 لا يمكن أن تكون فاعلة في صورة التقل المیاجنی، حيث إن القرینة التي وضعها الفصل 1384 لا تحمي الأماكن التي لم يساهموا في تحريك الشیئي، الأمر الذي يستبعد صورة التقل المیاجنی، والأساس في ذلك هو القبول بالمخاطر، ولا يمكن من الوجهة الأخلاقية أن يمکن الشخص على سلوک الطیب إزاء المتضرر، لكن هذه المبررات كثيراً ما تنتقد وظلّ فقه القضاء يتدخل

وأتجهت محكمة التعقيب بداية من سنة 1987 إلى اعتماد قرينة المسؤولية، وانتهت اتجاه الدوائر المجتمعنة سنة 1995 إلى مزيد بلوغ أساس المسؤولية التي يقرها الفصل 96 م.أع، معتبرة أنّ أحكام هذا الفصل تستند إلى «القمان»، أو إلى «الحفظ»، وكانت النية توجه يومها إلى الاقتراب أكثر فأكثر من النظرية الموضوعية⁽¹⁾. والمحصل في ذلك أن المدعى سوف لن يثبت خطأ المسؤول، لأن عبء الإثبات يحمل على المسؤول حسب البعض، أو لأن فكرة الخطأ غير موجودة تماماً حسب البعض الآخر. ورغم تردد محكمة التعقيب على امتداد عدة سنوات فقد استقر فقه قضاء الدوائر المجتمعنة أحيرأ سواء بالقضية عدد 1751 الصادرة بتاريخ 30 ماي 2002 أو بالقضية عدد 10480 الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2003 على تأسيس الفصل 96 م.أع. على أنسن موضوعية، حيث أشارت المحكمة بوضوح بالقضية عدد 10480 إلى «أنه يؤخذ من أحكام الفصل 96 م.أع. أنَّ قيام العلاقة السببية بين الشيء والمضرر تنشأ عنه قرينة قانونية على مسؤولية الحافظ. وهذه القرينة لا يكفي لدحضها إثبات الحافظ أنه فعل كل ما يلزم لمنع الضرر بل حتى في هذه الحالة يبقى مسؤولاً إلى أن يثبت أيضاً السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو الأمر الطارئ أو خطأ المتضرر أو الغير».

واستقر رأي الدوائر المجتمعنة أحيرأ على عدم تجزئة المسؤولية بالقرارين عدد 1751 و 10480، وقد جاء بالقرار الأول «أنه يستخلص من ذلك أن تجزئة المسؤولية التصصيرية القائمة على الحفظ غير ممكنة لأن التجزئة تقضي ثبوت الحفظ وعدم الحفظ في نفس الوقت وهذا غير جائز منطقياً وقانونياً لأن حافظ الشيء ملزم قانوناً بالحفظ الشامل، ويكتفى لقيام مسؤوليته الكاملة مجرد التصصير الجزئي في منع حصول الضرر أو العجز عن إثبات السبب الأجنبي للحادث، فتعيش خطأ المتضرر مع عدم الحفظ ولو كان جزئياً على فرض وجوده ل يؤدي إلى تجزئة المسؤولية بين المتضرر والحافظ وإنما ينافي حتماً إلى قيام مسؤولية هذا الأخير الكاملة عن الحادث لأن فرضية تعيش الأمرين تقضي وجود الحافظ في إحدى الوضعيتين التاليتين:

-الوضعية الأولى: عدم فعل الحافظ كل ما يلزم لمنع الضرر وتسبب المتضرر بخطئه فيما لحقه من ضرر، فيكون خطأ المتضرر لتأثير له لأن الحافظ لم يفعل كل ما يلزم لمنع الضرر، وبالتالي تبقى المسؤولية عن الحادث كاملة.

-الوضعية الثانية: فعل الحافظ كل ما يلزم لمنع الضرر إلا أن السبب الأجنبي (خطأ المتضرر أو الغير أو الأمر الطارئ أو القوة القاهرة) لم يكن هو العنصر الوحيد الذي أدى إلى وقوع الحادث، فتبقي قرينة مسؤولية الحافظ قائمة ومسئوليته عن الضرر الذي

(1) مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل: قرارات الدوائر المجتمعنة لمحكمة التعقيب 1994/1995، ص 7 وما بعد.

المسؤولة لرخصت محكمة التعقيب بذلك. والمعلوم أن تأسيس المسؤولية المدنية على قرينة الخطأ لا يتعارض مع مبدأ توزيع المسؤولية. وذهبت محكمة التعقيب سنة 1973 إلى وضع الفصلين 83 و 96 م.أع. على قدم المساواة، فقط يختلف الاثنان في مسألة عبء الإثبات، فيطالب المدعى بإثبات المخطأ على معنى الفصل 83 م.أع.، في حين يتطلب عبء الإثبات على معنى الفصل 96 م.أع. على كاهل الطرف المسؤول، ويمكن أن ينفصلي من المسؤولة إذا ما انتفى الخطأ بجانبه، ولو كان ذلك عن طريق القضاء الجزائري. واستقر فقه القضاء على اقصياء أحكام الفصل 96 م.أع. كلما تعلق الأمر بحادث نقل مجاني أو تصادم بين عربتين، فيطلب في هذين الصورتين إثبات الخطأ في جانب الطرف الآخر بناء على أحكام الفصلين 83 و 82 م.أع.. وكان من المفروض أن لا تُنفصلي مثل هذه الحالات من دائرة الفصل 96 م.أع. وقد حاولت بعض المحاكم الابتدائية اعتماد أحكام هذا الفصل في النقل المجاني، وهو الرأي القواب خاصية وأن الفصل 96 م.أع. لم يشن صورة النقل المجاني، كما أن أمر 1961 الخاص بالتأمين اعتبر المسافر المجاني بمثابة الغير الذي يجب حمايته، وبالتالي لا يبرر في إنكار قرينة الفصل 96 م.أع.

والأسوأ أن محكمة التعقيب تشددت في فهم عنصر التسببية، حيث إن السائق لا يعتبر مسؤولاً إلا إذا كانت الوسيلة في حالة حركة ولها علاقة مباشرة مع الضرر، أي أن تكون متعركة، ومن المفروض أن يتوفّر التلاقي بين الشيء والمضرر، وبالتالي تفقد التسببية إذا كانت الوسيلة غير متعركة وليس لها دور إيجابي.

لكن هذا التأويل القبيح لا يبرر حقيقة الفصل 96 م.أع.، وكان من الممكن الرجوع إلى تأويل حرفي حتى يتحقق القول بالنظرية الموضوعية للمسؤولية خاصة وأن الفصل 554 م.أع نص بصراحة على أن من له التما فعليه التوابع.

ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد، وظل رجال القانون بطالبون منذ مدة بالابتعاد عن النظرية الشخصية التي لا تؤمن في حقيقة الأمر للمتضرر أساساً منطقياً في جبر الأضرار، وبخير البعض تأسيس أحكام الفصل 96 م.أع. على قرينة المسؤولية، وانتقد البعض الآخر مفهوم القرينة سواء كانت مؤسسة على خطأ أو مسؤولية، وأشاروا إلى أن أحكام المسؤولية الشخصية لا يمكن تأسيسها إلا على نظرية التبعة، لضمان التعرض للمتضررين من الحوادث مهما كانت الأسباب، فكل من كانت له المنفعة من الوسيلة المستعملة يتحمل تبع الأضرار التي تحدثها، والغنم بالغرم، خاصة وأن المشرع التونسي نص صراحة على هذا المبدأ بالفصل 554 م.أع. بقوله «الخراج بالقسان أي من له التما فعليه التوابع»، وقد سبق لمحكمة التعقيب أن اعتمدت هذا الأساس، في قرارات متفرزة.

شاغما في حفظه كاملة لأن مسؤوليته عنه لا تدحض إلا بثبات فعل كل ما يلزم لمنع الضرر وقيام سبب أجنبي أدى إلى وقوع الحادث.

والملخص في ذلك أن الفصل 96 م.أع. يتأسس على قرينة مسؤولية لا تقبل التجزئة وذلك هو المعنى الموضوعي لأسن المسؤولية، معنى ذلك أن عبارة الحفظ أو الحراسة الواردة الفصل 96 م.أع. إنما ترد إلى أسن موضوعية ولا تلام مطلقا مع الأسن الشخصية أو الواقعية.

2-شروط المسؤولية الشيئية

تقوم المسؤولية الشيئية على الحراسة من ناحية والشيء من ناحية أخرى، ويحتاج الأمر إلى توضيح هذه المعانى بدقة.

-الحراسة: لنعرض لمفهوم النظري لمعنى الحراسة قبل الحديث عن توجهات المشرع وفق القضاء في ذلك.

+المفهوم النظري للحراسة : الحراسة la garde ركن من الاستعمال أو شيء من الاستعمال usage⁽¹⁾. وأصلها أنها حراسة قانونية بمعنى أن ترتبط بملكية الشيء، شأنه وإن كانت سيارة استعملها في قضايا لوازمه. وأعمال الحفظ والصيانة من الاستعمال. ولا تخفي استعمال الكلمة التصرف للدلالة على أعمال الاستعمال لأن التصرفمفهوم ينصرف إلى أعمال التقويم كما سيأتي توضيحه. ويتميز استعمال المالك عن استعمال صاحب حق الانتفاع أو المستأجر أو المرتهن، لأنهما ملزمان بحفظ العين من الهلاك، على عكس المالك، فيحق له استعماله باى طريقة ولو أدى الأمر إلى دمه أو هلاكه شرط احترام جملة القوابط القانونية. كما يجوز له أن يترك المال دون أن يستعمله مع ذلك لا يفقد ملكيته، إلا إذا قامت حيارة مقدادة بطبيعة الحال، ولكن المبدأ يبقى قائما وهو أن المالك ينسكانه أن يستعمل ملوكه كما يجوز له إيقاعه دون استعمال، ويمكن له حفظه وصيانته كما يجوز إهماله أو عدم ضبابته وأن أحد المال عنده لا ينزع عن المالك ملوكه.

والأستغلال jouissance يختلف عن الاستعمال قليلا، وهو أن يحصل النفع العادي للمالك بالسيطرة على غلة الشيء سواء مباشرة أو بتكييف الغير.

أما التصرف disposition فهو العمل القانوني الذي ينقل الملكية كالبيع والشراء والهبة والمعاوضة

ووالشركة، فيفقد المالك عناصر الملكية وتنتقل إلى غيره إذا ما تصرف في كامل عناصر الملكية، ولا تعود إليه الملكية إلا بسبب جديد. ولكنه من الممكن أن يتصرف في أحد عناصرها كما في صورة التنازل عن حق الاستعمال للغير، فيقي نفس حق التصرف وحق الاستغلال، ويمكن أن يقتضي لنفسه حق الرزق وبجعل حق الانتفاع للغير، فتحل محله حقوق الاستعمال والاستغلال ويفقد الملكية في عناصرها المعنوي للمالك. ويصبح له في جميع تلك الصور أن يسترجع كامل عناصر الملكية بمجرد انتقاء العوج في تلك الحقوق. والاختلاف واضح بين تصرف المالك وتصرف الغير.

ويطلق من الجميع ذلك أنه في الملكية عنصرين، عنصر مادي corpus وينصرف إلى الاستعمال

والاستغلال أي إلى السيطرة على المال في نهاية الأمر بالكيفية التي يراها المالك، وعنصر معنوي animus وهي نية التملك والتصرف مثل المالك الحقيقي ب المباشرة جميع الأعمال الداخلية في إطار

التصرف القانوني plena.

ويذلك فإن الملكية حق جامع وحق مانع وحق دائم وحق مطلق في نفس الوقت. فهو حق جامع jus in re testes وبمعنى أن يخلص للمالك الانتفاع jus utendi والاستغلال jus fruendi والتصرف jus abutendi

، فجمع عناصر الملكية يد المالك، وهي صورة لا تتحقق إلا للمالك حيث إن مجل

الحقوق الأخرى تراها متوقفة من أحد العناصر كما في صورة حق الانتفاع أو الاستعمال، ولا تكتمل

الصورة إلا بالنسبة إلى المالك. وهو حق مانع exclusif أي أن تكون الملكية قصيرة، فيمنع على غير

المالك استغلالها، ويمنع أن يكون الشيء مملوكا لطرفين في نفس الوقت، ففي ذلك معنى للاحتكار، وهو احتكار من نوع خاص لأنه ينصرف إلى كامل تلك العناصر في الملكية. وهو حق دائم perpétuel

وهو ما يفترض توفر نية المالك في إ حاله الحراسة. فطالما لم يصدر عن المالك

(1) Patrice Jourdan: Les biens, Dollez, 1995, p. 468 et suiv.

(2) الاستعمال والاستغلال والتصرف هي العناصر الثلاثة في الملكية، فلا تروم الملكية إلا بقيام العناصر الثلاثة، فقد تراخي أعمال التصرف أو أعمال الاستغلال والاستعمال أو تقطع مدة معينة فهذا

حارساً إذا انترعى منه الحراسة أو سرقت منه الوسيلة أو استعملت بدون إرادته، وتنتقل الحراسة إلى الطرف المسيطر بصفة فعلية على الشيء، إلى الطفل والتابع، وحتى في صورة إجالة الحراسة بعدد فإن الحراسة لا تنتقل إلى المعحال إليه إذا بقيت السيطرة الفعلية تحت يد المحتل⁽¹⁾.

+ خيار المشرع في الحراسة: نص الفصل الأول من الأمر عدد 80 لسنة 1961 المؤرخ في 30 جانفي 1961 على أن المراد «من عبارة المؤمن بالفتح: المكتتب لعقد التأمين ومالك العربية وكل شخص مكلف بموجب رخصة منها بحراسة العربية أو سوقها على أن تكون مسؤoliته المدنية مضمونا فيها طبق القانون». معنى ذلك أن التأمين المبرم من قبل المالك يغطي الحادث الذي تسبب فيه غير المالك إذا كان مأذونا له باستعمال العربية.

ويضيف الفصل 1 في آخر الفقرة الأولى «أن أصحاب مستودعات السيارات والأشخاص المتعاطين عادة السمسرة والبيع والإصلاح والإسعاف أو مراقبة حسن سير العربات ملزمون بتأمين ما يترب على مسؤوليتهم الشخصية ومسؤولية الأشخاص الذين يعملون بمكان استغلالهم ومسؤولية الأشخاص المكلفين بحراسة أو سوق العربية بمحض رخصة منهم»، معنى ذلك أن توفر عقد الوديعة أو الإصلاح من شأنه نقل حراسة الشيء إلى غير المالك وإيقاف التغطية التي يؤمنها تأمين المالك ليحل محلها تأمين المهني المكلف بالقيام بعمل محظوظ.

كما نص الفصل 4 من نفس الأمر على «أنه يمكن التنصيص بعدد التأمين على الحرمان من الضمان في الصور الآتية:

1) - إذا لم يكن للسائل عند وقوع الحادث السن المطلوبة أو إذا لم تكن بيده الشهائد الصالحة التي تقتضيها الترتيب الجاري لها العمل لسوق السيارة ما عدا في صورة سرقة

بالركن المادي فقط دون الركن المعنوي.
علي كحولون: القانون العقاري الخاص، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2010، جن 302.
نبيلة الكراي: حائز العقار، أطروحة دكتوراه، 2002-2000، ص 32 وما بعد.

(1) خليل جريج: النظرية العامة للموجبات، في ميزات الحراسة، 1988، ص 256 وما بعد.
زهدي يكن: شرح قانون المرجبات والعقود، الجزء الثاني، ص 193.

Alain Bénabent: droit civil, les obligations, 7 e édit, p. 377, n° 617.
Civil, 9 juin 1993, D. 1994.80, note Dagorne-Larré, J.C.P.1994, II, 22202, note Viney, Rev. trim., 1993,833, obs. Jourdan: «que la responsabilité du dommage causé par le fait d'une chose est liée à l'usage et aux pouvoirs de surveillance et de contrôle qui caractérisent la garde, que sauf l'effet de stipulations contraires valables entre les parties, le propriétaire de la chose, bien que la confiant à un tiers, ne cesse d'en être responsable que s'il est établi que ce tiers a reçu corrélativement toute possibilité de prévenir lui-même le préjudice qu'elle peut causer».

شكل من أشكال الاستعمال، ولذلك فإنه يجوز لمن سرق منه المتنقول أن يسترده⁽²⁾
على أن الحراسة تفترض دوماً في شخص المالك وما على الغير إلا إثبات أن الحراسة خرجت عنه في حدود معنى التغلي.

على أن الحراسة القانونية لا تكتمل إلا بتوفير عنصري الحق أي العنصر المعنوي *animus* والعنصر المادي *corpus*: فلا تتوفر بجانب الشخص إلا إذا ملك كلّيّهما. فطالما أن الشخص يعتبر نفسه صاحب الحق وسيطر على الشيء مباشرة أو بواسطة (أي من أذن له باستعمال الشيء، والطفل والتابع) يبقى دوماً حارساً للشيء، فذلك يعني أن الشخص يبقى حارساً للشيء إذا أبقى على العنصر المعنوي وأحال الركن المادي إلى الغير ليس بنيته تركه. فقط إذا تقرر نقل *transmission* الحراسة بعدد، كما في صورة البيع والكراء والرهن والوديعة وغير ذلك من الأعمال التي ينجر عنها الإحالة، عند ذلك تنتقل الحراسة إلى المعحال له. ويجب أن تشمل الإحالة عنصري الحراسة، معتبراً وما دام، حتى تنتقل الحراسة إلى المعحال له، بصرف النظر عن صحة أو بطلان العقد، فلو صحت السيطرة المادية للتتابع مع انتصار الركن المعنوي للمحال له ما نقص شيء من حراسة المعحال له⁽³⁾.

وتختزل الحراسة الفعلية⁽⁴⁾ في سلطة التوجيه والإدارة والاستعمال *l'usage, la direction et le contrôle* بصرف النظر عن المالك أو الحائز القانوني، أي أن العنصر المادي *corpus* يكفي للقول بالحراسة⁽⁵⁾. وحسب مفهومها، فإن المالك لا يعتبر

في الأجل، ويسقط بعدم الاستعمال ويتناول إلى الغير، وهو حق مطلق *absolu* بمعنى أن يتصرف المالك في ملكه كيفما شاء ومتى شاء وبالكيفية التي يريدها دون قيد.

(1) الفصل 54 مرح. يجوز لمالك المتنقول أو السيد للعامل إذا فقده أو سرق منه أن يسترده من يكون حائز له. وإذا كان الحائز حسن النية وقت خروجه قد دعوى الاسترداد تسقط بمرور ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة. وإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حوزه قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد حلبي أو اشتراه من يتجه في مثله فإن له أن يطلب من استرد هذا الشيء وأن يؤدي به الثمن الذي دفعه.

(2) من أنصار الحراسة القانونية:

L.Josserand: Tome 2, n°544.

(3) A.Tunc: La détermination du gardien dans la responsabilité du fait des choses inanimées, JCP., 1960, I, 1592.

A.Besson: La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses, thèse Dijon, 1927.
B.Goldman: La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées, thèse, Lyon, 1946.

(4) من أنصار الحراسة الفعلية:

Capitant: Dalloz, 1936, I, 81.

(5) يمكن الإشارة في هذا الباب إلى النظرة الشخصية التي يقردها الفقيه Savigny والتي توجب توفر الركبتين المادي والمعنوي في الحيازة وإلى النظرة المادية التي يقردها رائدتها الفقيه Ihering والتي تقول

وقد يقي المشرع وفيا إلى هذا التوجه حيث جاء بالقانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بإضافة عنوان خامس لمجلة التأمين في تأمين المسؤولية المدنية الناتجة عن استعمال العربات البرية، والذي ألغى النصوص السابقة، أنه يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن تلقى على عاته المسؤولية المدنية من جراء استعمال عربة بريه ذات محرك و مجروراتها للجولات أن يبرم مقد تأمين يضم المسؤولية التي يمكن أن تحمل عليه بسبب الأضرار التي تحدثها العربة للأشخاص والمتلكات. وبذلك لم يستثن المشرع أي طرف من واجب التأمين، فهو تأمين إجباري بمعنى أن لا تبقى الحرية للفرد في التأمين أو عدم التأمين. وهي بذلك حالة من حالات تendum فيها الحرية التعاقدية وتاتي قيادا على حرية التصرف الأساس في مبدأ سلطان الإرادة، وليس للفرد أن يختار التعاقد أو عدم التعاقد.

ويقطي عقد التأمين المسؤولية المدنية لمبرمه ومالك العربية وكل شخص يتولى حفظها أو سياقها. وبذلك استوعب التشريع الحديث مفهوم الحراسة القانونية، حيث تردد الحراسة القانونية لمفهوم مالك العربية بمعنى أن يقي التأمين ما يقي المالك حتى وإن ذهب حيازة الشيء وحراسته للغير، ولا يسقط التأمين إذا أحيلت حراسة الشيء إلى الغير بدون رغبة المالك، كما في صورة السرقة والسياق بدون رخصة. فلا تسقط إلا إذا انتاز المالك عن العربية لفائدة الغير كما في صورة الكراء أو الوديعة. وباعتماد المشرع مفهوم «مالك العربية وكل شخص يتولى حفظها أو سياقها» يكون قد تخلى عن ذلك التقاضي في الحراسة الفعلية والحراسة القانونية، فيقي التأمين فيما كان حارس الشيء المالك أو غير المالك. وهي نظرية موضوعية سبق للقانون المقارن اعتمادها في اتجاه ضمان التعويض، فقط أنه يجب على المتعاطفين لهمن تصليح العربات أو صيانتها أو الاتجار فيها تأمين مسؤوليتهم المدنية. ومسؤولية مأمورיהם ومسؤولية كل شخص يتولى سيادة العربات المعهود بها إليهم أو حفظها و ذلك في نطاق عملهم، بمعنى أن انتقال حراسة العربية إلى المتعاطفين لتلك المهن يعني تغطية تأمين المالك، ويحل محله تأمين المتعاطفين لتلك المهن، لذلك فرض المشرع على هؤلاء تأمين مسؤوليتهم المدنية ومسؤولية مأمورיהם ومسؤولية كل شخص يتولى سيادة العربات المعهود بها إليهم أو حفظها و ذلك في نطاق عملهم، بمعنى أن يعطي التأمين المبرم من طرف هؤلاء الأضرار الناتجة عن استعمال تلك العربات من طرفهم أو من طرف من يتبعهم. وبذلك جاء الفصل 110 من القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 واضحا في هذا الاتجاه قوله إنه «يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن تلقى على عاته المسؤولية المدنية من جراء استعمال عربة بريه ذات محرك و مجروراتها للجولات أن يبرم عقد تأمين يضم المسؤولية التي يمكن أن تحمل عليه بسبب الأضرار التي تحدثها العربة للأشخاص والمتلكات. ويجب تأمين كل مجرورة على حدة

أو عنف أو استعمال السيارة بدون علم من المؤمن». معنى ذلك أنه لا يمكن التنصيص بعقد التأمين على العزما من الضمان في صورة سرقة أو عنف أو استعمال السيارة بدون علم من المؤمن، وبعبارة أخرى فإن تغطية تأمين المالك تبقى حتى في صورة سرقة أو عنف أو استعمال السيارة بدون علم من المؤمن.

وإذا رأينا المبادئ الواردة بالفصل 1 والفصل 4 من الأمر عدد 80 لسنة 1961 المؤرخ في 30 جانفي 1961 مجتمعة تخلص إلى أن عقد التأمين المبرم من قبل المالك يبقى في حالة استعمال المالك أو أي شخص أذن له باستعمال العربية وكذلك في صورة سرقة أو عنف أو استعمال السيارة بدون علم من المؤمن ولا توقف التغطية إلا في صورة إهلاك الحراسة قانونا إلى مستودع أو ورشة إصلاح أو وسيط. وذلك هو المعنى القانوني للحراسة الذي اعتمدته المشرع سنة 1961 تأثرا بجملة التوجهات الموضوعية للمسؤولية وقد ظهر ذلك واضحا من خلال دراسات الفقه⁽¹⁾.

معنى ذلك أن المؤمن هو المالك أو الشخص المكلف بموجب رخصة، فينصرف المفهوم بذلك إلى مستوى الحراسة القانونية. فيعطي عقد التأمين المبرم من قبل المالك الحادث سواء كانت الوسيلة بيد المالك أو بيد من أذن له المالك، وتلك هي الرخصة المشار إليها بالنص، ومستوى الإباحة القانونية في الإدارة أن يكون الممارس مرخص له من المالك. ويحمل معنى الترخيص إلى عدم توفر سند قانوني ناقل للحراسة بطريقة قانونية للغير، أي أن لا يتوفّر معنى الالتزام بين المالك والغير والذي من شأنه أن ينقل عنصر الاستعمال في الشيء. فإذا توفر السند فلا حاجة للغير في ترخيص المالك وتنتقل للغير مسؤولية الحفظ، أما إذا توفر الترخيص وفقد الالتزام يبقى الحفظ بجانب المالك. ولما كانت الملكية لا تفقد بالقرة أو السرقة، فإن الحراسة تبقى وجوبا بجانب المالك بصفة قانونية للشيء ولا تمر إلى من زعم القرة أو السرقة، وتلك هي مقتضيات الحراسة القانونية.

(1) Dahdouh Habib: L'indemnisation des victimes d'accident d'automobile : comparaison des droit français et tunisien. Thèse PARIS 1 –1984.

Aussi ,Regard sur quinze ans de jurisprudence en matière de responsabilité du fait des choses inanimées,RJL, Juillet 1997 .

التبجاني عبد: إشكالية حجية الحكم الجنائي على المدني وامكانية التعويض على معنى المادة 96 م.أع. القضاء والتشريع، فبراير 1991 : 1991

محمد الزين: دروس في القانون المدني، المسؤولية التقصيرية، السنة الثانية 1995 – 1996 كلية الحقوق بتونس.

Nadir Ben Ammou: l'évolution récente de la jurisprudence en matière de responsabilité civile,RTD., 1996, p. 2.

غير أن قرار الدوائر المختصة لمحكمة التحكيم الصادر بتاريخ 22 فبراير 2001 تحت عدد 97351 قطع مع هذا الاتجاه وانحاز إلى مفهوم الحراسة الفعلية، حيث رأت محكمة التحكيم أن الاستثناء الوارد بالفقرة الأولى من الفصل 4 من الأمر عدد 80 المؤرخ في 1961 لا يفهم منه أنه يحمي كل «سارق أو أي مستعمل لسيارة بدون علم صاحبها وإنما يحمي المسؤول مدنياً من أخطاء من هو مسؤول عنهم قانوناً»⁽¹⁾. معنى ذلك أن الحراسة ت歸 إلى السارق أو المستعمل بدون علم، إذا لم يكن المؤمن مسؤولاً عنهما⁽²⁾.

(1) تفيد وقائع القضية أن المتهم نولى سيارة الشاحنة التابعة لعمته دون استشارته وهو لا يملك رخصة سيادة، وقد ارتكب حادثاً بواسطتها بأن تسبّب في جرح شخص كان يقود دراجة النارية على حAshie الطريق، فأدين ابتدائياً مع إلزام شركة التأمين بأداء التعويضات الضرورية. وأيدت محكمة الاستئناف بسوسة هذا الحكم مع تدليل نفسه بأن اعتبرت الحادث ذات صفة شتابية وقضت بأداء التعويضات متجهة. تعمّقت شركة الاتحاد لمخالفته أحكام الفصل 4 من الأمر المؤرخ في 1961/1/30 بمقولة «إن الطاعنة لا تومن العادل لأن السائق لم تكن له رخصة سيادة فضلاً على أن مالك الشاحنة سلم المفاتيح للسائق وبالتالي فإنه على علم بالاستعمال وتحمّل لذلك أصبحت شروط الفصل 9 من عقد التأمين ثابتة». وقضت محكمة التحكيم بتاريخ 1997/7/10 تحت عدد 7585 بالنقض والإحالـة بمقدمة إن «الاستثناء الوارد بالفقرة الأولى من الفصل 4 من الأمر عدد 80 المؤرخ في 30 جانفي 1961 لا يفهم منه أنه يحمي كل سائق أو مستعمل لسيارة بدون علم صاحبها وإنما يحمي المسؤول مدنياً من أخطاء من هو مسؤول عنهم قانوناً، وقد ثبت أن السائق لم يكن أخيراً عند صاحب الشاحنة المرتكب بها الحادث وبالتالي فإن الاستثناء من الضمان المتبع له من شركة التأمين والمشترط بالعقد نافذ وصحيح؛ وكان من واجب المحكمة القضاء بصحته مستدلة بقرار الدوائر المختصة عدد 29013 الصادر في 1997/5/15»، وسموّج ذلك أعيد نشر القضية لدى محكمة الإحالة التي تمسّكت بموقفها السابق قوله «إن مالك السيارة لم يكن على علم بسيارة السيدة من قبل المتهم» وفريعاً عليه و عملاً بالفقرة الأولى من الفصل 4 من الأمر عدد 80 لسنة 1961 فإن شركة التأمين تبقى مؤمنة لخلفات الحادث.

وتم تقييم هذا القرار لنفس السبب وإنقدت الدوائر المختصة واتّهت إلى تعصّب الحكم المطعون فيه بمقولة «إن الاستثناء من الضمان الوارد بالفقرة عدد 1 من الفصل 4 المذكور في الحالات الثلاثة المذكورة أعلاها والتي يكون فيها رضاه المستأمن منعدماً، إنما جعل لفائدة هذا الأخير في صورة ثبوت سلوكه المدنية عن الأضرار الناجمة عن الحادث كما إذا كان محدثها ابنه القاصر الذي لم يتجاوز 18 من عمره، أو تابعة» الفصل 93 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود والفصل 103 أو الفصل 117 جديد من مجلة الطرقات والفصل 23 من مجلة التأمين وليس لفائدة من سرق أو استعمل العنف لقيادة العربية المرتكب بها الحادث أو من استعملها بدون علم المؤمن».

(2) أما بفرنسا فقد تأرجح القمة بين السيطرة الفعلية والحراسة القانونية، واستقرّ قده القضاء طولاً على اعتماد الحراسة القانونية، غير أن محكمة التحكيم تخلت عن هذا المفهوم انطلاقاً من قرار FRANCK سنة 1941 (سرقة)، وكان من المفروض أن تحافظ محكمة التحكيم على الاتجاه الموضوعي الذي سبق للمحكمة أن رسمته سنة 1930 من خلال قرار Janheur باعتبار أن الحراسة القانونية هي المستندة مع المذهب الموضوعي. ورأت المحكمة سنة 1941 أن فعل سرقة السيارة يتحول دون ممارسة سلطة المالك في التوجيه والإدارة والاستعمال

(Franck dépossédé de sa voiture par l'effet de vol, se trouvait dans l'impossibilité d'exercer

سواء كانت مرتبطة بالعربية الجارة أو غير مرتبطة بها، وتأخذ المجرورة مفهوم العربية في هذا العنوان. يعطي عقد التأمين المسؤولية المدنية لمبرمه ومالك العربية وكل شخص يتولى حفظها أو مياهاها باستثناء الأشخاص المتعاطفين لمهن تصليح العربات أو صيانتها أو الإتجار فيها. ويجب على أصحاب المهن المشار إليها بالفقرة السابقة من هذا الفصل تأمين مسؤوليتهم المدنية ومسؤولية مأمورיהם ومسؤولية كل شخص يتولى مساقة العربات المعهود بها إليهم أو حفظها و ذلك في نطاق عملهم». والحقيقة أن الصيغة الواردة بالفصل 110 هي نفسها الواردة بالفصل 1 من أمر 1961 وذلك بهدف إبراز أن إحالة العربية إلى الميكانيكي ينجر عنه توقيف تنفيذية تأمين المالك ليحل محلها تنفيذية تأمين الميكانيكي، ومن أجل ذلك أبرز المشرع الميكانيكي ومن هو في حكمه وما كان ليفعل لو لم تكن النية حاسمة في وقت تنفيذية تأمين المالك. ولكن فقه القضاء لم يكن على ذلك الرأي.

+ توجهات فقه القضاء في الحراسة: المسؤول المدني في حوادث المرور هو الحارس، وقد ظلّ هذا المفهوم مستعصياً على المحاكم، لكن التطبيق لم يخرج عن الاتجاهين، فإذاً أن يقول بالحراسة القانونية وإنما أن نقول بالحراسة الفعلية. وبينما أن المحاكم التونسية اتجهت منذ مدة إلى تبني المفهوم القانوني للحراسة أي مالك العربية⁽¹⁾، وهذا الاتجاه مدّعى بأحكام التأمين الذي يحمل المالك المسؤولية، رغم أنه اتجاه لا يتنامى مع المذهب الشخصي المعتمد قضاء إلى زمن قريب، ولا يمكن فهم مدلولاته إلا رجوعاً إلى تعليمات المذهب الموضوعي. وينحدر من هذا الاتجاه أن الحارس هو المالك، ولا يفقد هذه الصفة في صورة السرقة أو استعمال العربية دون علمه، فقط يتخيّل عنه هذا التكليف إذا تخلّى عن الحراسة أو أحالها إلى الغير بصورة قانونية مثل صورة الاستئمار أو الکراء أو الوديعة (الميكانيكي)⁽²⁾.

(1) تعيّب مدني بتاريخ 15 أفريل 1981، مجلة القضاء والتشريع 1982، ص. 82.

حسين بن سليمان وحمام لحر: مصادر الالتزام غير الإرادية، ص. 211.

(2) قرار تعيّبي مدني عدد 5345 الصادر بتاريخ 3 - 3 - 1982 نشرة محكمة التحكيم 2 ص 279.

قرار تعيّبي مدني عدد 12890 الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 1985 نشرة محكمة التحكيم 2 ص 352.

قرار تعيّبي مدني عدد 9846 الصادر بتاريخ 4 جوان 1973 نشرة محكمة التحكيم ص 968.

قرار تعيّبي مدني عدد 4959 الصادر بتاريخ 17 فبراير 1982 نشرة محكمة التحكيم 1 ص 387.

قرار تعيّبي مدني عدد 16 819 الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 1986 نشرة 2 ص 288.

قرار تعيّبي عدد 16888 الصادر بتاريخ 5 جانفي 1987 النشرة ص 303.

قرار تعيّبي عدد 45822 الصادر بتاريخ 16 مارس 1995 قرارات الدوائر المختصة لمحكمة

التعقيب 1994 - 1995، مشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية.

قرار تعيّبي مدني عدد 28564 الصادر بتاريخ 16 مارس 1995 قرارات الدوائر المختصة لمحكمة

التعقيب 1994 - 1995.

وقد تعتمد صور الحراسة القانونية للدلالة على حالة الحراسة الفعلية، حيث إن الحراسة القانونية تفيد انتقال الحراسة إلى الغير إذا تخلى المالك طوعاً عن الحراسة بنية نقلها وأن إبقاء الحراسة بجانب المالك بالرغم من التخلص الواضح والصريح أمر لا تجيزه الخوازنة القانونية.

فإذا رأت محكمة التعقيب تبعاً لذلك في عدة قرارات أنه في صورة إحالة العريبة إلى الميكانيكي وارتكب هذا الأخير حادثاً تحمل المسئولية عليه ويقطعى هذا الحادث بعقد التأمين المبرم من قبل الميكانيكي وليس للمالك شأن في ذلك ويتعين إخراج شركة التأمين المؤمنة للمالك⁽¹⁾، وحاولت بعض القرارات الأخرى أن تضيق من مسؤولية الميكانيكي في حدود الغرض الذي من ورائه سلمت العريبة⁽²⁾، ذهبت محكمة التعقيب في عدة قرارات إلى أن مسؤولية المالك تبقى قائمة ومن ورائه شركة التأمين بالرغم من تسليم العريبة للميكانيكي بدعوى أنه لا شيء يفيد تقديم تغطية تأمين الميكانيكي على تأمين المالك وأن المالك يبقى هو المسؤول في جميع الصور⁽³⁾، وفي ذلك ذهبت محكمة الأصل في عدة مناسبات⁽⁴⁾.

كما اختلفت الدوائر المختصة في تحديد مركز الميكانيكي، فإذا ذهبت الدوائر المختصة بالقرار عدد 7457 الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 2003 إلى إبقاء تأمين المالك سارياً بدعوى أن الميكانيكي خرج عن ضوابط مهمته ولو أن الحادث ارتكب أثناء تجربة

وبذلك فقد اختلفت الاتجاهات القضائية في شأن مفهوم الحراسة، كما اختلفت في شأن تحديد مركز الميكانيكي، وقد يعتمد الرأي دون أن تدرك مفهوم الحراسة المعتمد

sur la dite voiture aucune surveillance, qu'en l'état de cette constatation de laquelle il résulte que Franck privé de l'usage de la direction et du contrôle de sa voiture, n'en avait plus la garde et n'était plus dès lors soumis à la présomption de responsabilité par l'art 1384.).

وبالتالي فإن الحارس ليس ذلك الشخص المالك الذي توفر له إدارة وتوجيه الشيء واستعماله، بل هو الشخص الذي يسيطر بصفة فعلية على الشيء، وقد يكون الشارق أو كل من استعمل الوسيلة دون إذن صاحبها، لكن ذلك لا يعني أن المالك لا يعتبر حارساً، بل العكس هو عن الصواب، حيث ذهبت القرارات الأشحة إلى القول بقدرة الحراسة بجانب المالك، أي أن المتضرر سوف لن يثبت عصون الاستعمال والإدارة والمراقبة لتحقق الحراسة بالمالك، بل كان على هذا الأخير أن يثبت عند الاقضاء أن الحراسة خرجت عنه بطريقة أو بأخرى، وكثيراً ما تجعل المحاكم هذا الإثبات من الأمور الضيقية رغبة في ضمان التغرييف، إلا أن جانباً من الفقه انتقد بشدة هذه التغيرة بين الحراسة الفعلية والحراسة القانونية، وكره على فقه القضاء توجيهه في اعتماد مفهوم الحراسة الفعلية والحال أن قانون التأمين يحمل المالك بالدرجة الأولى تبعات المسؤلية، والحقيقة أن هذه التغيرة تensem بشكل أو بأخر في غموض الحلول القانونية، وزادت المسألة أكثر غموضاً عندما اعتمد قته القضاء تغيرة أخرى لم يتميز بين الحراسة الهيكلية (garde de la structure) وحراسة التصرف (garde du comportement)، والمقصود بالحراسة الهيكلية هي المسؤلية عن عيب الشيء في حد ذاته، أما حراسة التصرف فتحمل إلى الأشخاص الناجحة عن الاستعمال الفعلي للشيء، وكان الأخوان Mazeaud مما من قال بهذه التغيرة، وذهبت بعض القرارات إلى حد اعتماد هذه التغيرة في قضية تعلقت بمسؤولية الميكانيكي، لكن هذه النظرية كثيراً ما تتقدّم إذ من الصعب بيان أسباب الحادث سواء كان العيب الدائمي للشيء أو التصرف، الأمر الذي منع من اختيار مثل هكذا اتجاه.

وعليه، وحسب مفهوم الحراسة الفعلية، فإن المالك لا يعتبر حارساً إذا انتزعت منه الحراسة أو سرت منه الوسيلة أو استعملت بدون إرادته، وتنتقل الحراسة إلى الطرف المسيطر بصفة فعلية على الشيء، كما تمر الحراسة إلى الغير إذا تخلى عنها المالك طوعاً مثل صورة الإعارة، ويتبقى الحراسة بجانب المالك إذا لم يكن ينوي التخلّي عنها مثل استعمال الشيء، بإذنه منه، وإذا استعملت الوسيلة من طرف الطفل دون علم مالكه، فيعتبر الطفل هو الحارس، ويكون الوالد مسؤولاً طبقاً لأحكام المسؤلية عن فعل الغير، أما إذا ارتكب التابع الحادث فمن المفترض أن يحدّ حارساً وتفرض النبوع ضدّ المتّبّع عند الاقضاء، لكن محكمة التعقيب الفرنسية رأت أنه لا يمكن للتابع أن يكون في نفس الوقت حارساً لأن التبعية تقضي السلطة الفعلية في التوجيه والمراقبة، والأمر مماثل بالنسبة للحراسة، وبالتالي رغم خضوع الوسيلة للسيطرة الفعلية للتابع، فإنه لا يهدّ حارساً، وبمعنى المتبع كذلك، وينجح للمتضرر أن يوجه دعواه ضدّ المالك سواء على أساس أحكام الفصل 1384 الفقرة أولى باعتباره حارساً أو على أساس الفكرة الخامسة من نفس الفصل على أساس أنه متبع، لكنّ هذا الاتجاه لا يجد سليماً لأنه ينافق الاتجاه الأول في اعتبار الحراسة الفعلية التي توفر حسماً بجانب التابع، ثم إن مفهوم التوجيه والإدارة ليس هو نفسه في القصورتين أي صورة الحراسة وصورة التبعية، فتشمل الصورة الأولى الوسيلة في حد ذاتها، بينما تتعلق الصورة الثانية بشخص التابع، لكنّه لا يمكن، بطبيعة الحال، القول بمسؤولية المتبّع عن فعل تابعه إلا إذا ارتكب التابع حادث عند قيامه بوظيفته أو سببها، ولا يمكن توجيه الدافع ضدّ المتبع إذا تجاوز التابع حدود وظيفته، لكنّ فقه القضاء كان متبايناً في تحديد الطرف المطالب بالإثبات في مثل هكذا صور.

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 31151 المؤرخ في 14 نوفمبر 1991.

قرار تعقيبي عدد 62605 الصادر بتاريخ 21 جانفي 1998.

قرار تعقيبي عدد 31151 المؤرخ في 14 نوفمبر 1991.

(2) قرار تعقيبي عدد 30023 صادر بتاريخ 6 مارس 1979.

قرار تعقيبي مدني عدد 3482 المؤرخ في 17 أكتوبر 2000.

(3) حكم المحكمة الابتدائية بزغوان عدد 4509 الصادر بتاريخ 15 أكتوبر 2004.

قرار محكمة الاستئناف بتلبي عدد 7240 الصادر بتاريخ 7 جويلية 2005.

قرار محكمة الاستئناف بتلبي عدد 9058 الصادر بتاريخ 8 / 3 / 2007.

ما يترتب على مسؤوليتهم الشخصية ومسؤولية الأشخاص الذين يعملون بممكان استئجارهم إلا أنه لم يتضمن أن عقد التأمين الرابط بين الشركة المؤمنة وصاحب العربية ذات محرك يتوقف أثناء مدة تسلمهها للميكانيكي وبالتالي فإن عقد التأمين الرابط بين الطرفين يبقى قائماً ومتوجهاً لأثاره طالما جد الحادث خارج المستودع أو مكان ممارسة الإصلاح وكان السائق يقود الوسيلة باذن من مالكها.

فتقعه شركة التأمين للمرة الثانية ناعية عليه:

خرق الفصل الأول من أمر 30 جانفي 1961 :

بمغلوظة أن التأمين يتوقف عند تسليم الوسيلة إلى مستودع لاصلاحها إذ أن صاحب المستودع ملزم بتامينها آخر ما دامت موجودة عنده فكل ما يترتب عن مسؤولية الأشخاص الذين يعملون معه يدخل في هذا التأمين.

قررت محكمة التعقيب في القضية ع 74172 بعد تاريخ 19/10/1999 أنفس والاحالة .

بناء على أنه بمجرد أن وقع تسليم السيارة إلى صاحب المستودع انتقل الحفظ إلى هذا الأخير طبق الفصل 96 من اع ولهاذا فإن جميع الأضرار الناجمة عن استعمالها والتي تلحق بالغير تؤمنها شركة القسمان التي تومن مسؤولية صاحب المستودع الامر الذي يجعل الطاعنة لا تضمن تموين الأضرار لأن حفظ السيارة قد انتقل من مؤمنها إلى الميكانيكي المسؤول بموجب القانون مما في حفظه الا ان محكمة الإحالة أصرت على موقفها وأقرت الحكم الابتدائي بناء على أن عقد التأمين الرابط بين مالك السيارة ومؤمنته لا يتضمن أي استثناء للضمان في صورة تسليم السيارة إلى الميكانيكي كما لم يتضمن توقيف العمل به بمجرد التسليم الامر الذي يجعله نافذاً ومتوجهاً لأثاره هذا من جهة ومن أخرى وعلى قرض تضمن هذا الاستثناف فإنه لا يعارض بالغير المتضرر.

فتقعه شركة التأمين للمرة الثالثة ناعية عليه:

خرق الفقرة الثانية من الفصل الأول من أمر ع 80 بعد لسنة 1961 المؤرخ في 30/1/1961 والقصور في التعليب :

قولاً بأن الفقرة الثانية من الفصل الأول من أمر 30 جانفي 1961 تبين بكل وضوح أن التأمين الذي وقع التعرض إليه صلب الفقرة الأولى من هذا الفصل يتوقف عندما تسلم الوسيلة المؤمنة إلى مستودع لاصلاحها إذ أن صاحب المستودع أو الميكانيكي ملزم تأمينها باذنها ومتوجهاً آخر ما دامت موجودة عنه فكل ما يترتب على مسؤوليته أو مسؤولية الأشخاص الذين يعملون معه يغطيه هذا التأمين وتعتبر الوسيلة في تلك الحالة غير مؤمنة من طرف الطاعنة وإن الفصل الأول من الامر المذكور هو قانون مطلق واجب التطبيق ولا يمكن تأويله تأويلاً خارجاً عن مفهومه اللغري والقانوني وعلى هذا الأساس فإن قول محكمة الموضوع بأن المقد المبرم بين الطاعنة ومؤمنتها لا يتضمن استثناء هو مردود بنسق القانون المطلق الذي لم يشترط وجود استثناء ضمن عقد التأمين لذلك فإنه بمجرد تسليم السيارة يتنتقل الحفظ إلى صاحب المستودع ويتوجهاً لذلك تكون الأضرار الناجمة عن استعمال السيارة لما هي في حفظ صاحب المستودع مؤمنة من قبل شركة تأمين صاحب المستودع وطلبت لذلك تضمن الحكم المطعون فيه.

وقد جاء بقرار الدوائر المختصة ما يلي « حيث حدثت الفقرة الأولى من الفصل الأول من الأمر ع 80 بعد لسنة 1961 المؤمن » بموجب عقد التأمين بأنه هو مكتتب العقد ومالك العربية » وكل شخص مكلف برهنها « بحراسة العربية » أو « سوقها » على أن تكون مسؤوليتها المدنية مضمونة فيها حسب القانون ع 21 بعد المؤرخ في 19/11/1960 .

وحيث جاءت الفقرة الثانية من الفصل الأول المذكور باليام أصحاب مستودعات السيارات ومن ماثلتهم بتامين ما يترتب عن مسؤوليتهم الشخصية ومسؤولية الأشخاص الذين يعملون بممكان استئجارهم

(1) القرار التعقيبي ع 2001-2457 بعد القضية الصادرة بتاريخ 23/10/2003 .
تفيد وقائع الدعوى كما تضمنها الحكم المستقد والأوراق التي اتبني عليها قيم المعيقب خدمة الأول لدى نادية سوسة في 1996/5/24 عارضاً أنه تعرض إلى حادث مرور يوم 19/9/1994 بعنوان كان يقود الشاحنة رقم 1550 تونس 32 تسبب فيه المسمى فيه عادل نمزروق (المعقب ضده الثاني) صاحب ورشة ميكانيك بضيادة عندما كان يسوق الشاحنة رقم 8013 تونس 54 المؤمنة لدى شركة القسمان (المعقبة الأولى) وقد تدخل الحادث في أن السائق المذكور تعمد الانحياز إلى البصائر عن المطافع مما نتج عنه صدم شاحنة المدعى وإصابتها بأضرار وقد أحيل السائق المذكور بمعية المدعى على المجلس الجنائي لدى ابتدائية سوسة قضي بشبوب إدانة الأول وبرأ ساحة المدعى لها فهو يطلب إستناداً إلى أحكام الفصل 83 م اع إلزماته بأن يؤدي له قيمة الأضرار المحاصلة للشاحنة وقدرها 3175 دينار مع المصاريف والإنذاب .

وبعد استيفاء الإجراءات قضت محكمة البداية في القضية ع 25363 بعد بتاريخ 24/9/1996 ابتدائياً بالزام شركة التأمين وإعادة التأمين « ستار » في شخص ممثلها القانوني بأن تؤدي للمدعى قيمة الأضرار اللاحقة بسيارته وقدرها 3175 دينار لقاء أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة وحمل المصاريف القانونية عليها .

فاستأنفت شركة القسمان المطلوبة موضحة أن التداعي الجزائري ما يزال مشوراً وأنها غير مؤمنة للعربة الصادمة لآنه قد ثبت ان المؤمن قد سلمها المصلح ميكانيكي وهذا قام باستعمالها وارتتكب بها الحادث ولذلك فهي لا تومن الحادث حسب أحكام الفصل الأول من أمر 1961 . قضت المحكمة الابتدائية بسوسة بوصفها محكمة استئناف لأحكام حكم التوازي التابعين لها في القضية ع 18380 بعد بتاريخ 7/7/1997 بعد إدخال المتسبب في الحادث والمتسول متباً يقبل الاستئناف شكلاً ورفضه أصلاً وإنزال الحكم الابتدائي وإجزاء العمل به وتحطيم المستأنف ضد بعثة دينار عن أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة والخارج الدخيلين من نطاق التقاضي متبرأة ان الدعوى مؤسسة على الفصل 96 م اع ولم تدل المستأنفة بما يدحض المسئولية وبان التسلك بالحكم الفصل 7 من الأمر ع 30 بعد لسنة 1961 في غير طرقه ولا تأثير له على موضوع قضية الحال .

فتقعه الطاعنة (شركة القسمان) ناعية عليه:
خرق الفصل الأول والثاني من أمر 30 جانفي 1961 :
بمقولة أن الحادث حصل لما كانت الشاحنة موجودة لدى ميكانيكي وهو الذي قام باستعمالها وبناء على ذلك تعتبر غير مؤمنة لأن الفصل الأول من الأمر المذكور ينص على أن الأشخاص المتعاطفين «للإصلاح » ... ملزمون بتامين ما يترتب على مسؤوليتهم الشخصية لذا فإن التأمين يتوقف عند تسلم

قررت محكمة التعقيب في القضية ع 2605 بعد بتاريخ 21/1/1998 القض مع الاحالة .
بناءً على أن السيارة سلمت إلى ميكانيكي وهو الذي كان متولياً سياقتها زمن الحادث وبالتالي تكون محكمة الأصل لما سلطت الحكم على شركة التأمين الطاعنة قد أساءت تطبيق القانون .
وحيث أعيد نشر القضية لآن محكمة الإحالة قضت بموجب الحكم ع 2097 بعد بتاريخ 14 جانفي 1999 يقبل الاستئناف شكلاً وفي الأصل باليام أصحاب الحكم الابتدائي واجراء العمل به وتحطيم المستأنف بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليها وتحريضها لفائدة المستأنف ضد بعثة دينار لقاء الأتعاب وكلف التقاضي .
بناءً على أن الأمان المؤرخ في 1991/1/30 ولمن أوجب على أصحاب مستودعات السيارات تأمين

أفريل 2007 إلى أن الميكانيكي غير مشمول بعقد التأمين⁽¹⁾.

ومسؤولية الاشخاص المكلفين بحراسة أو سوق العربة بموجب رخصة منهم.

ونجح أن الأمر عدد 80 لسنة 1961 مثلاً يدل عليه عنوانه إنما جاء لتطبيق أحكام القانون عدد 21 لسنة 1960 الذي يتعلق بتقرير وجوب تأمين المسؤولية المدنية بالنسبة لأصحاب العربات البرية ذات المحرك ليتسير أعدادها «للجلان» ولذلك فإن ما يجده من حوادث بحسب العربية يغطيه وجزءاً وألياً عقد تأمين مالكها هذا مع مراعاة حالات الحرمان من الضمان أو الشروط الممكن معارضتها ضحايا الحوادث بها والتي اقتضتها أحكام الفصلين 4 و 5 من الأمر عدد 80 لسنة 1961 المذكور.

وحيث إن التأمين الخاص لأصحاب مستودعات السيارات ومن ما ثلهم لا يغطي إلا الحوادث التي تجد عند استعمال السيارة داخل حدود المهمة والغرض الذي من أجله وقع تسليمها لهم.

وحيث يستخلص من كل ما تقدم وان الحادث المركب «أناء جلوان السيارة بالطريق العام» من قبل الميكانيكي المكلف بصلاحها أو أحد مأموريه يغطي عقد تأمين مالك تلك السيارة وذلك بمقتضى وجوبية تأمين المسؤولية المدنية التي أقرها القانون عدد 21 لسنة 1960 والفقرة الأولى من الفصل الأول من الأمر عدد 80 لسنة 1961 وكذلك يغطيه التأمين الخاص للميكانيكي بمقتضى أحكام الفقرة الثانية من الفصل الأول من الأمر المذكور إذا ما حصل داخل حدود المهمة والغرض الذي من أجله سلمت إليه تلك السيارة.

وحيث يكون الحكم المطعون فيه لما اعتبر عقد تأمين مالك السيارة يضم نتائج الحادث الذي تشير الوقائع المسلم بها والمثبتة بمحض البحث الجاري في الغرض أنه وقع خارج المهمة والغرض الذي سلمت من أجله السيارة للميكانيكي مرتکب قد انبني والحالة ما ذكر على تطبيق مليم لاحكام القانون عدد 21 لسنة 1960 وكذلك الفصل الأول من الأمر عدد 80 لسنة 1961 المطبق له واتجه لذلك رفض التعقيب أصلاً.

(1) قرار تقديرى عـ 5049.45049 الصادر بتاريخ 26 / 4 / 2007 . تفيد وقائع القضية الثانية بالقرار المطعون فيه وبجميع المؤيدات التي أتبني عليها إن المقتب شبه المدعى في الأصل كان أقام دعواه ضد المدعى عليها لدى محكمة ناجية صفاقس وعرض أنه بتاريخ 01/01/1999 جد حادث مرور تمثل في اصطدام سيارة خفيفة من نوع فيات اوتو رقم 6070 .تونس 45 على ملك صاحبها محمد الحمووني يقودها ابراهيم الشاش بسيارة من نوع فورد اسكورت رقم 1306 .تونس 70 والراسية فوق الرصيف اليسرى بالنسبة لاتجاه السيارة الصادمة وقد لحقت بالسيارة اضرار مادية قدرها الخبير المتذبذب بموجب أذن على عريضة بالفين وثلاثمائة وسبعين ديناراً وملبيات 200 ولذلك وعدها بالحكم الفصل 96 م.أع فهر طلب الحكم بالزام المدعى عليها بتعويض الأضرار، وبعد استئناف الاجراءات قفت محكمة الدائرة بالحكم عدد 42342 بتاريخ 25/5/2001 بالزام المدعى عليهما بأن تؤدي للمدعى الفين وثلاثمائة وسبعين ديناراً وملبيات 200 لقاء قيمة الأضرار ومائتين وخمسين ديناراً لقاء اجرة الاختبار ومائة وعشرين ديناراً لقاء اتعاب المحامية وحمل المصاريق القانونية على المحكوم عليهما ويرفقن الدعوى فيما زاد على ذلك، وباستئناف قفت محكمة الدرجة الثانية بالحكم عدد 23278 بتاريخ 02/02/2000 بالقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به، وبتعقيبه قفت محكمة التعقيب بالقرار عدد 18393 بتاريخ 12/11/2002 بقضى الحكم المطعون فيه على اساس انتقال الحفظ للغير الذي قاد العربة دون علم مالكها وهو ما يبعد استئناف للضمان على معنى الفصل الرابع من الأمر المؤرخ في 30 جوان 1960 وهذا الاستئناف يتعلق بالصورة التي يكن فيها المؤمن سوولاً عن المتسبب في الضرر، وأعيد نشر القضية من جديد أمام محكمة الاحالة ، المحكمة الابتدائية بصفاقس بوصفها محكمة استئناف للاحكم الصادر عن محاكم التوازي، التابعة لها، التي قفت تحت عدد 26517 بتاريخ

وما يلاحظ أن الدوائر المجمعة لم تتفق على معنى الحراسة القانونية أو الواقعية

1/8 / 2004 بقول الاستاذين الاصلی والعربي شکلاً وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به وتحطيمه المستافقة بالمال المؤمن وحمل المصاريق القانونية عليها وتغريمها للمسئل في شكله بماشي دينار لقاء اتعاب تقاضي واجرة محاماة. فتعقبه الطاعنة تأديبه عليه : - خسرق القانون : قوله ان الزراع قد سبق حسمه واتصل القضاء بمسألة المسؤولية ضرورة أنه قد سبق صدور حكم بين الطرفين باعتبار ان الحكم الاستثنائي الجنائي عدد 45605 الصادر في 23 / 10 / 2001 قضى بخارج المعاقبة من نطاق المطالبة والزام المتسبب في الحادث بالاداء مع اخلال المكلف العام بمعذرات الدولة محله في الاداء ، ومن ثم ان المحكمة قد حسمت الامر تهائياً في مسألة عدم توفر التأمين وتجهيز تأسيساً على ذلك تتعفن الحکم المطعون فيه لخرقه احكام الفصل 487 م.أع.

- سوء تأويل الفصلين الاول والرابع من الامر المؤرخ في 1960 / 01 / 30 : قوله ان الفصل الاول من الامر المذكور اقتضى ان السيارة بدون اذن تعتبر حالة من حالات العدم الضمان ، ومتى كانت الحالة في انعدام الضمان انه لا يمكن العمل بالفصل الرابع المتعلق بالاستثناء من الضمان ولا يمكن تطبيق الالستثناء والحال ان الاصل لا وجود له وطلب التقاضي من هذه الناحية ايضاً.

وواجب العقب ضمه بواسطة الاستاذ التركى عن المطاعن ملاحظة ان الفصل الاول من الامر عدد 80 المتعلقة بانعدام التأمين بهم علاقة مرتکب الحادث بشركة التأمين وليس علاقتها بالغير المتضرر من الحادث التي يحكمها الفصل الرابع من الامر المذكور والذي اعتذرته محكمة البداية ومفاده وجود الضمان في حالة استعمال السيارة بدون علم المؤمن وفي صورة الحال ان السيارة حصلت بدون اذن مالك السيارة وبدون علمه . وان السائق لم يكن متصلاً على رخصة سيارة ونص الفصل الرابع من امر 1961 على استثناء الضمان في حالة سيارة العربية بدون رخصة ثم على استثناء لذلك الاستثناء وهو في حالة السرقة او العبث او عدم علم المؤمن ، ومعلوم ان استثناء الالستثناء يرجعنا إلى المبدأ وهو الضمان مثلما ثبّت إلى محكمة الحکم المطعون فيه التي أحست بتطبيق الالستثناء وما يجعل الطعن عديم الستد واقعاً وقانوناً.

وقد جاء بقرار الدوائر المجمعة ما يلى « حيث اقتضى الفصل الأول من الامر عدد 80 لسنة 1961 أن المراد في منطوق هذا الامر من عبارة المؤمن بالفتح ، المكتتب لعقد التأمين ومالك العربية وكل شخص مكلف بموجب رخصة منها بحراسة العربية او بوسفها على أن تكون مسؤولة المدنية مقصورة فيها حسبما يقتضيه القانون عدد 27 لسنة 1960 المؤرخ في 30 نوفمبر 1960 .

وحيث نص الفصل الاول من القانون المذكور والمتعلق بتقرير وجوب تأمين المسؤولية المدنية بالنسبة لأصحاب العربات البرية ذات المحرك ان كل شخص مادي او معنوي يمكن ان تلقى على عاته المسؤولية من جراء اضرار جسدية او مادية احدثت للغير بواسطة عربة برية ذات محرك وكذلك بواسطة العربات المجرورة بها او شبهها يجب عليه ليتسير له اعداد العربات المذكورة ان يكون محاطاً بتأمين يضمن تلك المسؤولية .

وحيث يستخلص من الأحكام السالفة البيان أنه لقيام التأمين الإلزام شركة التأمين بالتعريض لا بد أن يتوفى شرطان متلازمان أولهما حصول الضرر وثانيهما ان يكون الذي قام به مؤنثاً أي مكتباً لعقد التأمين ومالك للعربة أو كل شخص مختلف من مالكه بحراستها او سرقها وبناءً على هذا الشرط يكون التأمين مفعلاً ولا يمكن طلب التعويض الا مباشرة من المتسبب في الفرض الغير مغضي بالتأمين . وحيث بازوال الأحكام السالفة البيان على صورة الحال بين ان المتسبب في الحادث تولى سيادة العربية الصادمة والمؤمنة لدى المعاقبة دون اذن مالكها ولا علمه ونكون امام حالة من حالات العدم

سبب الإشكال، وإنما بقيت في مستوى بيان عبارات الفصل 1 من أمر 1961 دون تأسيس الفصل على بعد نظري محدد.

-**الشيء**: تحدث الفصل 96 م.أ.ع. عن «الأشياء» وهي الأشياء الجامدة. ويرى الشيء الجامد إلى المتنقل أو العقار، باستثناء ما يرده إلى انهدام البناء أو سقوط بعضه لقدمه أو لعدم القيام بحفظه أو لخلل في بنائه فيه حكم خاص على معنى الفصلين 97 و 98 م.أ.ع.

وإذا كان المتنقل من الجائز أن يكون طبيعياً أو حكماً أو بالمال فإن المقصود بالفصل 96 م.أ.ع. هو المتنقل الطبيعي أي الجسم العادي الطبيعي⁽¹⁾.

التأمين أي أن المتضمن في الضرر غير مالك للعمرية ولا ماؤون له في السيادة وبالتالي فهو غير مؤمن المسؤولية ورغم ذلك اعتبرته محكمة الحكم المطعون فيه مضمون المسؤولية بما العدم أساكه جواز سيادة . وقيام استثناء الاستثناء وفق أحكام الفصل الرابع من الامر السالف الذكر والحال إن تطبيق هذا الفصل يتوقف على التمييز من طرف شركة التأمين باستثناء الضمان استناداً إلى بنود العقد الشيء المتفق في صورة الحال فضلاً على أن هذا الفصل غير منطبق تماماً ولا يمكن الحديث عن استثناء الضمان في صورة اندماجه كلياً وتعين فيما بذلك نفس الحكم المطعون فيه لهذا السبب . وقد قررت الدوائر المختصة باعتبار أن النزاع مهماً للفصل بما يليه ^{بعد سماع الدعوى وأعفاء المحكوم عليه وبرفض من الخطية وإرجاع مالها المؤمن إليها وحمل المصادر الفاقديّة على المحكوم عليه وبرفض الاستئاف} العرضي موضوعاً واعفاء الطاعنة من الخطيئة وارجاع علومها المؤمن إليها

(1) -تعريف المتنقل: نص الفصل 13 م.ح.ع على أن المتنقل يكون إذا متولاً بطبعته أو بحكم القانون . وـ«تعد متنقلات بطبعتها الأجسام التي يمكن انتقالها من مكان لأخر سواء انتقلت ب نفسها أو بمتمول ثورة أحجمية عنها «عملاً بأحكام الفصل 14 م.ح.ع . فإذا كان العقار ثابتاً ومستقراً فإن المتنقل ينقل من مكان إلى آخر دون ضرر . فكل شيء غير ثابت هو متنقل حتى ولو كانت صورته الخارجية تؤدي بالاستقرار ولكن يمكن نقله دون تلف ، مثل العرمات والمنازل المتحركة والخدمات المتقللة والخيام والأكشاك . وتعد انقضاض البناه أي فواضل البناه بعد هدمه وكذلك مواد البناه قبل استعمالها من قبيل المتنقلات الطبيعية . فقط أن التجهيزات المنزلية المقصولة من مكانها بصفة وقائية بغایة إصلاحها وإرجاعها لمكانها لا تعد متنقلة خلال تلك الفترة . بل تحافظ على طبيعتها . ورغم أنه أصبح من الممكن الإشارة ، في يومنا هذا ، إلى جانب كبير من المتنقلات الهاقة ، والتي يمكن أن تكون لها وحدة متكاملة مثل الطائرات والسفن والسيارات ، ومع ذلك تبقى متنقلات ، ولكن لها ميزة أن عصر الحياة سقط فيها وأصبح يعود على إجراءات إشهاره دقيقة في معاشرة الغير بالحقوق المتعلقة بها .

وـ«تعد متنقلات بحكم القانون الالتزامات والحقوق العية والذاعروي المتعلقة بالمتنقل والمحصن 15 م.ح.ع . ويقصد بالالتزامات الحقوق الشخصية التي تهدف إلى إعطاء شيء متنقل أو عقار أو القيام بعمل ينتهي بتسليم متنقل أو عقار ، مثل عمل مقاول البناء ، أو أن يمتنع عن ذلك ، مثل الالتزام بعدم المنافسة . فجميع هذه الحقوق الشخصية التي حكمها المتنقل حكمها المتنقلات حتى وإن كان موضوع الالتزامات عقاراً ، فهي من قبيل الأموال المتنقلة .

والحقوق العية التي تردد على متنقل يمكن أن تكون حقوقاً عيةً أصليةً أو مترعةً أو تبعيةً ، مثل الملكية وحق الانتفاع وحق الاستعمال والامتياز ورعن المتنقل . أمّا حق السكنى وحق الارتفاق فلا يمكن أن يكونا من قبيل الحقوق العية المتنقلة بل هي متعلقة دوماً بالعقار دون المتنقل .

وإذا كان العقار من الجائز أن يكون طبيعياً أو حكماً أو بالمال فإن المقصود بالفصل

أنا الدعاوى فهي المتعلقة بمتنقل ، وهو ما يتجاوز الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري ، وقد تكون دعاوى متعلقة بحق عيني على متنقل وهو ما يتعلق بالملكية والانتفاع والاستعمال والرهن ، وقد تكون دعاوى متعلقة بحق شخصي سواء تعلقت بمتنقل أو عقار ، مثل الدعوى التي ترمي إلى جعل المالك يملك العقار أو دعوى تسليم المتنقل أو العقار ودعوى الالتزام بعمل أو عدم القيام بعمل ، وكذلك دعاوى الفسخ والإبطال والزوج.

أنا الشخص والأسماء والارتفاع ، فهي مساهمات بالشركات ، فحسب بالخصوص parts في شركات الأشخاص وتحسب بالأسماء والارتفاع actions في شركات الأموال حتى ولو أن هذه الشركات كانت مالكة لعقارات ، حيث إن المالك الحقيقي لتلك العقارات هو الشخص المعنوي وليس للشركة إلا حقاً شخصياً يتحدد بهم والشخص . ومادام حقاً شخصياً فلا يمكن أن يكون إلا متولاً يجوز التصرف فيه بالبيع والشراء والعقلة والرهن .

ويعد الأصل التجاري من قبيل المتنقلات ، ولو أن الفصل 15 م.ح.ع لم ينص على ذلك . وبعد الأصل التجاري من قبيل الحقوق المعنوية وإن كان يكتون من عناصر مادية (البضائع ، الأثاث) وأخرى معنوية (الاسم التجاري ، الحرفاء) ، ولكنه متنقل يخضع لنظام المتنقلات من حيث يبعده وشرائه ورهنه وعفاته ، وما يميزه أنه لا يحصل من اللغة المالية لصاحبه ، فليس له شخصية معنوية مستقلة وأن الرهن فيه حيازياً .

كما أن هناك جملة من الحقوق المعنوية مثل الملكية الفكرية باضافتها تعد من قبيل المتنقلات وإن لم ينص الفصل 15 م.ح.ع على ذلك .

وبالإضافة إلى المتنقل الطبيعي والمتنقل الحكmi يمكن الحديث عما يعرف بالمتنقلات بحسب المال ، حيث إن العذر وإن وضع نظاماً في العاج المتنقلات بالعقارب وأعتبرها هنارات حكية ، فإنه لم يضع نظاماً يلحق العقارب بالمتنقل ، فالعقارب المخصصة لنشاط تجاري لا يمكن أن تلحق بالأسفل التجاري ، بل تحافظ على طبيعتها بوصفها عقارب حكمة (قرار التأثير المجنحة بمحكمة التعقب عدد 21626 المؤرخ في 18 ماي 1995 ، مجموعة قرارات الدوائر المختصة لمحكمة التعقب عدد 1995 / 1994 ، مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل ، 1995 ، ص 40) . ولا يلحق العقار بالمتنقل ليصبح متنقل ، كما في صورة الرهن العقاري حيث يحسن العقار خلاص الدين العادي ، ومع ذلك يبقى العقار عقاراً ولا وجود لمفهوم المتنقلات بالتصحصين . لكن هناك ما يقابل هذه المفهوم وهو المتنقل حسب المال meuble par anticipation . فهو في الأصل عقار اعتبره القانون متولاً إلى جانب المتنقلات الطبيعية .

ولم تورد مجلة الحقوق العية التونسية نصوصاً خاصة بالمتنقلات حسب المال ريثما تأثر بالمجلة المدنية الفرنسية التي لم تنشر بدورها إلى هذا الصيف من المتنقلات . والحقيقة أن مفهوم المتنقلات حسب المال كان صياغة نظرية تُرَد لعمل الفقه . ونجد تطبيقات متعددة لهذه المتنقلات من خلال أحکام مجلة الالتزامات والعقود ومحاجة المرافعات المدنية والتتجارية ومجلة الحقوق العية . وذلك باعتبار جانب من الأموال أصلها عقارب وكثيرها متنقلات بحكم المال الذي ستعرفه مثل المحصول الزراعي والصباية والتمار ، فهي في الأصل عقارب طبيعية ولكنها متنقلات حسب المال . فقد نص الفصل 200 م.ح.ع على امتياز خاص مسحوم على الصباية وغلة العام والمحصول ولما هو مستعمل لخدمة الأرض الزراعية ، وهي عقارب طبيعية ، ولكن الامتياز فيها امتياز على متنقل . كما نص الفصل 402 م.م.ت والحقوق العية التي تردد على متنقل يمكن أن تكون حقوقاً عيةً أصليةً أو مترعةً أو تبعيةً ، مثل الملكية وحق الانتفاع وحق الاستعمال والامتياز ورعن المتنقل . أمّا حق السكنى وحق الارتفاق فلا يمكن أن يكونا على آثارها أو يقوّل أو مقاوماً قبل جلّها أو زرع قبل حصد ، وهو بيع المتنقل ، والحال آثارها في

الأصل في عقارات طبيعية. وما يمكن به يمكن رده (الفصل 205 م.ع.).
فيشترط في المتنقول، حتى يكون من قبل المتنقلات حسب المال، أن تصرف إرادة الأطراف أو الشرع إلى التعامل على متنقل بالمال، وأن يكون هذا المال محققاً زمنياً ومادياً، بمعنى أن صدور العقار لا تبقى خاضعة للإرادة فحسب، بل يحتكم فيها إلى ضوابط مادية واقعية تحقق ماله. ويكون العجل في ذلك محدداً أو قابلاً للتعيين. وهي ليست صورة من صور التعاقد في أشياء مستقبلية مناط الأجل في 66 م.ع، بل هو أمر له علاقة بأشياء موجودة فعلاً، وما يتطلب هو تغيير طبيعة المال لا غير. كما في صورة أعمال التصرف أو العقلة أو الرهن التي تطال المقاطع والمحمول والثمار وأنماض البناء وحشب الأشجار، فهو تعامل على متنقل، والمالك له حق عيني على متنقل والذموري فيها دعوى على متنقل، ولا يتشرط احترام الفصل 581 م.ع، وغيره في تحرير العقود المتعلقة بها. وإذا أشير المالك الأرض وما عليها ينشأ للمستأجر حقاً شخصياً على متنقلات حسب المال، ولا يسمح المالك للمتنقلات إلا بعد جنحها أو قطفها.

يراجع في جميع ذلك على كملون: القانون العقاري الخاص وكذلك قانون التأمينات، المرجع السابق.

(1) -تعريف العقار: الأصل في الأشياء هو العقار بطبيعته، وينصرف إلى ثلاثة: الأرض والبناء (المنشآت) والثباتات (الفصل 5 م.ع). فالارض لا تحول ولا تنقل، وما يقل هي الأرضية، لكن الأرض باقية ثابتة، وتصل بالأرض المنشآت والثباتات، اتصال فرار وثبات، ولا يمكن نقلها دون تلف.

وتشمل الأرض ما ينصرف إلى سطح الأرض وأسفله وما يحيطه الأسفل من أحجار وصخور ومعادن. وما فوق السطح ليس من الأرض. أما المناجم والكتوز المنقوطة والآثار فيها حكمها الخاص، فلا تعتبر الكتوز المدفونة عقاراً بل هي مقولاً لمالك الأرض ثلاثة أحجامه والخمس الأخرى للدولة (الفصل 25 م.ع). وتعد المناجم (القانون عدد 30 لسنة 2003 المؤرخ في 28 أفريل 2003 المتعلق بإصدار مجلة المناجم، الرائد الرسمي عدد 34 بتاريخ 29 أفريل 2003، ص 1416) والأثار (القانون عدد 35 لسنة 1994 المؤرخ في 24 فيفري 1994 المتعلق بإصدار مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي والفنون التقليدية، الرائد الرسمي عدد 347 بتاريخ 1 مارس 1994 عدد 17). ملكاً عاماً للدولة، ولا يمكن استغلال المحاجر المقاطع، وإن تبقى لمالك الأرض، إلا بغيره (القانون عدد 20 لسنة 1989 المؤرخ في 22 فيفري 1989 المتعلق بتنظيم استغلال المقاطع، كما هو متضح بموجب القانون عدد 95 لسنة 1998 المؤرخ في 23 نوفمبر 1998. الرائد الرسمي عدد 16 بتاريخ 3 مارس 1989 عدد 340).

والثبات هو كل ما يفرض بالأرض ويزرع وما يحصل بهما من ثمار وصابة وحطب. فعد عقاراً بطبيعته طالما أنها مغروسة أو مزروعة بالأرض، فإذا اندخلت أحجامها مقولاً. فإذا جلت الصابمة والثمار صارت من المتنقلات ولو لم تقل (الفصل 7 م.ع)، فإذاقطع حطب الأشجار صار من المتنقلات (الفصل 8 م.ع). ولا تعد الثباتات الموجودة مؤقتاً يوازي خاصية من العقار حتى لو وضعت على الأرض لأنها لا تتسع بعدها الأرض. وبعد الثبات عقاراً طبيعياً سواء تبت تقليانياً أو ينحل الإنسان.

والمنشآت هي من العقارات الطبيعية باعتبارها متممجة بالأرض، وإن أحدها بفعل الإنسان، حيث لا يمكن قصلها إلا بهدمها. فهي مجموعة من مواد البناء اجتمعت لتنفسق سواء سطح الأرض أو يابنه، بما في ذلك المساكن والمطاحن والأبار والجدران وغيرها. وتعد كذلك مهما كان محدودها المالك أو غيره، وتقوم المباني والمنشآت على فكرة الاندماج لا غير، ولا يهم إن كانت مقامة بصفة دائمة شرط أن تندمج بالأرض، فيبوت المعارض المبنية بصفة دائمة تعدد عقارات طبيعية إذا اندمجت بالأرض. أما إذا كانت بيوتاً من لوح، مثل الأكشاك والمنازل المتنقلة constructions.

ومهما كانت طبيعة الشيء مصدر الفخر فاليس من الضروري أن يكون الشيء خطراً

volantes والأحياء، فهي من المتنقلات. وبعد من قبل العقارات بطيئته في نهاية الأمر جمع توسيع البناء المتنمجة في بشكل لا يقوم البناء بدورها، مثل الأبواب والشبابيك والأقاليل والأنياب والتجهيزات الصحية والباطل والسلطات والمصاعد والتجهيزات الكهربائية، فهي أشياء متضمة للبناء، لذلك نص الفصل السادس م.ع على أن «الآجهزة والأنياب اللاصقة بالأراضي والمباني والمتضمة لها عقارات طبيعية»، حتى وإن تم في بعض الأحيان نقلها دون تلف، وإذا وضع المالك بأرضه تجهيزات فلاحية واندمجت في الأرض مثل أدوات الري والقنوات اعتبرت عقارات بطيئتها، فإذا اندمجت كانت عقارات بالشخصين. معنى ذلك أن أحكام الفصل السادس م.ع تقوم على فكرة: الاندماج incorporation، بمعنى التوحد والاندماج. فلا تصلها دون ضرر. ولا تقوم الوحدة بغایتها.

أما العقار بالشخصين، فقد ورد مضمونه حسراً بالفصلين 9 و 10 م.ع، حيث نص الفصل الثاني عشر على أنه «يعد عقارات حكمية ما يوضع المالك في أرضه من الأدوات والحيوانات وغيرها من الأشياء رصداً على خدمتها واستغلالها»، وكذلك الحيوانات وأدوات الري ومعدات الزراعة التي يضعها المالك بأرضه رصداً على خدمتها واستغلالها. ونص الفصل العاشر على أنه «يعد عقارات حكمية ما يوضع المالك في بيته من الأشياء المنقوله المترتبة بالعقار بشكل يتعذر معه فصلها عنه دون إفسادها أو إفساد ما هي متعلقة به». وكذلك جميع التجهيزات المترتبة بالعقار، فهي متنقلات الصفت بالجنس أو الاستمتاع بالعقار مثل الواحة التصوير والمرايا، فهي متنقلات مرتبطة بالعقار على سبيل التوأم، ولكن المفترض حكم عنصر الترابط أثرها متصلة العقار بالشخصين.

وال واضح أن المشرع وضيع شرطين لقيام العقار بالشخصين، أولهما أن يكون المالك واحداً وثانيهما أن يتحقق الشخصين طبق القانون. وفي ذلك عندة آثار هامة.
أنا فيما يتعلق بشرط اتحاد المالك، فقد أشار الفصل السادس م.ع إلى «ما يقع عليه المالك في أرضه...». كما أشار الفصل العاشر م.ع إلى «ما يوضع المالك بعقاره...» وبذلك ينصرف المشرع أن يكون المالك هو من خصص المتنقل، فلا يتعذر بما يصنه المستأجر أو صاحب حق الانتفاع لتعريف العقار بالشخصين، كما لا يعده عقار بالشخصين إذا أлучق المالك بعقاره متولاً تابعاً للغير. وينصرف أعمال المالك إلى أعمال ذاتية اتفاقاً أو قانوناً، كما في صورة الوكيل أو الولى وغيرهما. وإذا وافق المالك على أن يقي المتنقل بالعقار اعتبار عقاراً بالشخصين، ولا يمكن لما يوضع المالك على الشياع أن يقلب إلى عقار بالشخصين إلا إذا ألت القسمة إلى استحقاقه للجزء موضوع الإحراق المتنقل، وإذا حاز طرف ما عقاراً على ملك الغير، سواء كان بحسن نية أو بسوء نية، وألحق به متنقل لا أصبح من العقارات الحكيمية بالشخصين إزاء الغير، لكن المالك الحقيقي لا يمكن أن يستر إلأرضه

ويضي المتنقل للمحاذير، لأنه وضع من طرف غير ذي ملك. أما فيما يتعلق بشرط الشخصين، يستخلص من الفصلين 9 و 10 م.ع أن المشرع التونسي اعتمد حاليين في الشخصين، تخصيص المتنقل لخدمة واستغلال الأرض والشخصين بالاحتياج، تأثيراً بالقانون التونسي، على خلاف بعض التشريع الأخرى.

ويبدو أن المشرع التونسي جعل الشخصين يردد المتنقل للخدمة والاستغلال مقصوراً على المجال الفلاحي بالإضافة إلى ما يمكن أن «يوضع المالك بأرضه من أدوات وحيوانات وغيرها من الأشياء رصداً على خدمتها واستغلاله»، فينصرف مفهوم الأرض إلى خدمة الأرض دون البناء والمنشآت وينصرف، مفهوم الأدوات والحيوانات إلى كل ما يصلح لخدمة الأرض الفلاحية بما في ذلك المواريث وغيرها من الحيوانات وألات الحرف والمحاصد والبذور والثديان والسماد وما يستعمل لتخزين المحصول. فقط أن المواريث والحيوانات وكل ما يربى بالارض الزراعية (نحال، أرانب، دجاج، حمام، درد الفرز، أسماك البرك) ويكون غير مخصوص لخدمة الأرض واستغلالها لا يعده من قبل العقارات درد الفرز، أسماك البرك) ويكون غير مخصوص لخدمة الأرض واستغلالها لا يعده من قبل العقارات

على أشدّه في البداية في ضرورة اعتماد الشيء الخطر دون غيره ثم اشترط عيب الشيء وانتهى التطبيق إلى اعتبار الشيء دون شرط العيب أو الخطر⁽¹⁾.

ممتلكة المنشآت بالمالك، كما في صورة رهن الصيادة أو المحمضول أو المقاطع التابعة للملك الخاص، في حالة التزاع بين الرهن العقاري وأصول الأصل التجاري يلحق العقار الحكيم بالرهن العقاري. إن المتفق إذا أدرج تماماً بالعقار يصبح متفقاً طبيعياً ويقدّمه (الفصل 6 م.ح.ع)، ولا يحق لصانعه أو يائمه أو لم ين أفرض مالاً لشرائه أو إصلاحه أن يعقله. أما إذا كان العقار بالشخصين، فيحافظ على ذاته، ويمكن عقله بمفرده عملاً بحكم الفصل 305 م.م.م.ت من قبل صانعه أو يائمه أو لم ين أفرض مالاً لشرائه أو إصلاحه فقط.

في صورة انتزاع العقار تردد العقارات الحكيمية لاصاحها، في حين أن المنشآت المدمجة أي العقارات الطبيعية تبقى ضمن عناصر الارتفاع.

ومadam الشخصين واقعة مادية، فإن المتفق يعود إلى طبيعته الأساسية إذا انتهت عملية الرصد لخدمات واستغلال العقار، مثل صورة بيع الماشي دون الأرض أو بيع الأرض دون الماشي. تلك هي العقارات بطيئتها والعقارات الحكيمية. أما العقارات الطبيعية فهي الحقوق العينية والذاعروي المتعلقة بها (الفصل 11 م.ح.ع). وقد حدد الفصل 12 م.ح.ع على سبيل الحصر الحقوق العينية وهي الملكية والإزال والكردار ودخلهما وحق الانتفاع وحق السكن وحق الهواء والإجارة الطويلة وحق الارتفاق والأمتياز والرهن العقاري. وكل حق ثقابله دعوى، وسيأتي الحديث مفصلاً في بايه عن هذه الحقوق والذاعروي.

والمعلوم أن العقارات الطبيعية أو الحكيمية لها وجود مادي، أما الحقوق التي تتعلق بها فهي من نبيل الأشياء المعنوية، ومن المفروض أنها لا تصلح أن تكون عقاراً أو متفقاً، ولكن المشرع حافظ على شأنها على نفس التقسيم بين العقار والمتفق، وألعقها بالعقارات، ليس بحكم طبيعتها بل «تبعاً لطبيعة العمل الذي تقع فيه». فيعد من قبل العقارات الطبيعية الحقوق العينية العقارية، سواء تعلقت بعقارات طبيعية أو حكيمية، وقد وردت هذه الحقوق العينية على سبيل الحصر بالفصل 12 م.ح.ع. وهي تنقسم إلى حقوق عينية أصلية أي الملكية وحقوق عينية متفرعة عن الملكية وهي الانتفاع والارتفاع والإزال والكردار والاستعمال والسكنى وحقوق عينية عقارية تبعية وهو الامتياز والرهن العقاري. وكل دعوى تتعلق بحق عيني عقاري هي دعوى عينية عقارية سواء كانت حقوقاً عينية أصلية أو متفرعة عنها أو تبعية، وتغير دعاوى الحيازة التي تحمي العقار (دعوى كف الشغب، دعوى تعطيل أشغال، دعوى افتتاح، حيث الحرث بالقرفة) دعاوى عينية عقارية، ولهذا التصنيف أهمية كبيرة في تحديد مرجع نظر المحاكم. حيث إن الدعاوى العقارية عادة ما تعود بالنظر لمحكمة مكان وجود العقار.

يراجع في جميع ذلك على كملون: القانون العقاري الخاص وكذلك قانون التأمين، المرجع السابق. (1) أول تطبيق لهذا الاتجاه كان بالقرار التعقيبي الفرنسي الصادر بتاريخ 1896 («انفجار السخان التائيع لمركب انجر عنه وفقاً للميكانيكي») حيث ألزم المالك بالتعويض على أساس المفقة الأولى من الفصل 1384، لكن المحكمة اشتريت يومها ضرورة إثبات عيب الشيء. لكن هذا الاتجاه سرعان ما تراجعت عنه المحكمة سنة 1897 عندما سمحت للمالك ببني الخطأ عنه. ورجحت المحكمة سنة 1914 إلى نفس الموقف المعلن سنة 1896، وانطلاقاً من سنة 1920 تخلت الدائرة المدنية عن مفهوم عيب الشيء لتطبيق أحكام الفصل 1384، وتثبتت محكمة التعقيب سنة 1927 مفهوم الشيء الخطر لتطبيق أحكام الفصل 1384، وانطلاقاً من سنة 1930 أصبح من الممكن الحديث عن المسؤولية الشيء مهما كانت طبيعة هذا الشيء سواء كان به عيب أو كان خطراً أو خلاف ذلك.

أو به عيب أو بيد الإنسان أو متجركاً حتى يعتمد كسب في الشر. وقد كان النهاش العنكبوتية، كما إذا وضعها مالكها للانتفاع بلحماها واستعمالها لغاية التسجيل والتزهنة فقط. وتبقى عقارات بالشخصين إذا كان استعمالها مزدوجاً، والأغلب أنها تكون كذلك، لأن الأرض تتبع على الدوام بمساحتها. كما أن المحمضول الزراعي لا يعد عقاراً بالشخصين بعد فصله إلا ما ترث منه كبارها. وكان من الممكن استعمال عقارات عامة لجعل الرصد ينصرف إلى مجالات عديدة تتجاوز الاستغلال الفلاحي والزراعي لتشمل الاستغلال الصناعي والتجاري والمدنى، لكن المشرع التونسي لم يفعل. ويشترط أن يكون المتفق مختصاً لخدمة واستغلال الأرض وليس لخدمة المالك، وكل شخصين لذات المالك يمنع ظهور العقار بالشخصين، كما في صورة تخصيص المالك سيارة لاستعمالاته الخاصة. ولا يشترط أن يكون هذا الشخصين بصفة دائمة، بل يمكن أن يختص على سبيل النبات والقرار، يعني أن لا يكون الشخصين موقوتاً بمنتهى قصيرة. ولا يشترط أن يكون الشخصين فردياً فقط يشترط أن يكون واقعهما ومادياً مختصاً لخدمات واستغلال الأرض حسب طبيعة الاتصال الفلاحي، فلا تكفي إرادة المالك في الشخصين، بل يُنظر إلى واقع الأرض وطبيعة الخدمة. قلم يرد بالفصل التاسع ما يحمل لشرط الدوام والضرورة.

وأورد الفصل العاشر م.ح.ع صورة الشخصين بالاتصال تأثيراً بالفصل 524 من المجلة المدنية الفرنسية، وجاءت بالقانون التونسي وكأنها حالة مستقلة عن صورة الرصد لخدمات الأرض واستغلالها، في حين أن المشرع الفرنسي جمل صورة « الشخصين المتفقين التي يربطها المالك بالعقار على سبيل الدوام » وكانتها صورة تطبيقية للمبدأ العام في الشخصين، وهو أن يضع المالك بعقاره أشياء لخدمة هذا العقار واستغلاله.

و واضح أن المشرع يشترط بالفصل 10 م.ح.ع أن يكون المالك نفسه هو الذي يضع المتفقين بالاتصال بعقاره، فرض بذلك شرط اتحاد المالك والاتصال، فيشترط أن يكون المالك نفسه هو الذي وضع المتفق، فلا تقام صفة العقارات بالاتصال إذا انعدم ركن اتحاد المالك، كما أن يكون واضع المتفق هو المستأجر أو غيره.

و يتحقق شرط الاتصال إذا الصدق المتفق بالعقار بشكل ينعد معه فصله عنه دون إفساده أو إفساد ما هو متصل به، وقد عبر المشرع الفرنسي عن هذه الصورة بالفصل 525 من المجلة المدنية قوله « يعتبر المالك أنه ربط متفقين بعقاره على سبيل الدوام إذا كانت هذه المتفقين قد لصنفت بالعقار بالجين أو بالجيبر أو بالإسمست أو كانت لا يمكن فصلها دون أن تنكسر وتتلف أو دون أن يتكسر أو يتلف الجزء من العقار الذي لصق به ». والواضح أن صورة الاتصال attachement الواردة بالفصل 10 م.ح.ع تختلف عن صورة الاندماج incorporation الواردة بالفصل 6 م.ح.ع، فتضفي صورة الاندماج أن لا يقزم البناء بدونها كما تقدم، أما صورة الاتصال فيقوم فيها البناء بدونها، ولكنها تتحتم إلى حد أنه أصبح يتقدر فصلها دون إفسادها أو إفساد ما هي متصلة به، كما في صورة المرايا والألوان الأصفر وغيرها، وقد رأت محكمة التعقيب التونسية ولو بصفة ضئيلة أن الاتصال التسبيح للأصل تعدد عقارات حكيمية بالاتصال.

والآخر في هذا الشخصين، سواء برصد المتفق لخدمة واستغلال العقار أو بالاتصال، هام للغاية على هذه مستويات: - من أهم آثار الشخصين أن المتفق يأخذ حكم العقار في حالة هبة العقار أو وصية العقار وبيع العقار (الفصل 512 م.ح.ع) والرهن العقاري (الفصل 272 م.ح.ع) وكراء العقار (الفصل 742 م.ح.ع)، فتنصرف تلك العمليات إلى محمل عناصر العقار بما في ذلك العقارات الحكيمية، بالرغم من أنها في الأصل كانت متفقين. فهو افتراض قانوني ينقل المتفق إلى حكم العقار. ولا يجوز عقلة قلة المتفق بالشخصين بمفرده، بل لا بد أن يكون ذلك في إطار عقلة عقارية، إلا في حالات استثنائية تبررها

وكان التفاص على أشدّه كذلك للفصل بين فعل الشيء وفعل الإنسان، فالصورة الأولى توجب تطبيق الفصل 96 م.أ.ع. فيعني المتضرر من إثبات الخطأ والصورة الثانية توجب تطبيق الفصلين 82 و 83 م.أ.ع. ويطلب من المتضرر إثبات الخطأ. وذهب فقه القضاء في أيامه الأولى إلى مفهوم « فعل الشيء المستقل » لتطبيق أحكام الفصل 96 م.أ.ع.، أي أن لا تكون الوسيلة بيد الإنسان أو أن تحمل عبئها ولو كانت بيد الإنسان، معنى ذلك أن الفصل 83 م.أ.ع. ينطبق إذا كان الشيء بيد الإنسان ولا يتحمل عبئها. لكنه سرعان ما تخلت المحاكم عن مفهوم عيب الشيء وطبقت أحكام الفصل 95 م.أ.ع. بعيداً عن شرط العيب، كما أن التمييز بين الأشياء الخطيرة وغير الخطيرة لتطبيق أحكام الفصل 96 م.أ.ع. لم يصمد كثيراً وتخلت عنه التطبيقات القضائية، لأنه ينافي على مسألة التمييز بين فعل الإنسان وفعل الشيء، وقد اشتغل رجال القانون كثيراً بالمعرفة مميزات الشيء الخطير من عدمه واقتصر البعض مفهوم الآلة الذاتية *dynamisme propre*، لكن اليوم لم يعد من موجب في التفرقة وأصبح من الممكن تطبيق أحكام الفصل 96 م.أ.ع. مما كانت طبيعة هذا الشيء مع أن بعض النوازل ظلت متارجحة إلى حد الآن ولو أنها قرارات منعزلة.

3-التفصي من المسؤولية

وهو على نوعين، فقد يكون تفصياً كاملاً أو جزئياً.

-التفصي الكامل: نص المشرع التونسي بالفصلين 96 و 104 م.أ.ع. صراحة على مفهوم القوة القاهرة و الأمر الطارئ، غير أن المشرع الفرنسي لم ينص على ذلك و أكد فقه القضاء منذ قرار 1930 على أن المسؤول ينافي من المسؤولية إذا ثبتت حالة القوة القاهرة. وإذا استقر الرأي على انعدام التمييز من القوة القاهرة و الأمر الطارئ فالاختلاف واضح فيما يتعلق بالمحظى⁽¹⁾.

أما بالنسبة إلى فقه القضاء في تونس، فكثيراً ما يقرن بين القوة القاهرة وانعدام الخطأ، سواء لأسباب ترتبط بسلوك الحارس أو لأسباب تتجاوز شخصه. فإذا كانت الصورة الأولى، يلاحظ أن فقه القضاء ذهب في أكثر من مرة وعلى امتداد فترات طويلة إلى أن الفصل 96 م.أ.ع. لا يحمل إلا قرينة خطأ قبل إثبات العكس، فإذا ثبتت الحارس أنه فعل جميع ما يلزم فلا مسوؤلية، كما إذا ثبتت أسباب الحادث مجھولة فلا مسوؤلية. ولا يسأل الفاعل إذا قضت المحكمة الجزائية بعدم سماع الدعوى العامة، ثم إن الفصل 105 م.أ.ع. نص صراحة على عدم المسؤولية في صورة الخلل الذهني، ولا مجال للتمييز بين الفعل الشخصي و فعل الشيء. أما إذا كانت الصورة الثانية أي توفر الأسباب التي تتجاوز تصرفات الحارس، فقد ذهبت محكمة التعقيب إلى اعتبار حالة العيب

الداخلي (كائفلاع العجلة 1921) من قبيل القوة القاهرة، فقط لا تعتبر كذلك إذا تزامن الحادث مع مخالفة لقوانين المرور. وإذا كان استعمال الوسيلة عادي، ولم يكن لها دور إيجابي، فلا مسوؤلية. ومن الممكن أن ينافي المسؤول من المسؤولية إذا ثبت أن خطأ المتضرر أو خطأ الغير هو السبب الوحيد في وقوع الفحقر.

أما بالنسبة إلى فقه القضاء بفرنسا، وتبعاً لقرار محكمة التعقيب سنة 1930، وفي اتجاه إقرار المسؤولية الكاملة أقرت المحكمة العليا منذ سنة 1933 أن المسؤول لا يمكن أن ينافي إلا بآيات عناصر القوة القاهرة أي عدم الدفع وعدم التوقع، بل إن نفس هذا الاتجاه حشم إضافة عنصر ثالث لصفات القوة القاهرة وهو عنصر الخارجية، ويرد عنصر الخارجية لأسباب تتجاوز إطار العربية والحارس كذلك، فلا يبعد من قبيل القوة القاهرة العيوب الميكانيكية أو العيوب الصحيحة للحارس.

لكنه انتلاقاً من سنة 1956 خففت المحكمة العليا من شدة هذا التوجّه واكتفت بعنصر عدم التوقع وعدم الدفع للقول بعدم المسؤولية إذا كان غير متوقع من طرف الغير من الممكن أن يؤدي إلى التشخي من المسؤولية إذا كان غير متوقع من طرف الحارس رجوعاً للتقييم أو التقدير العادي، أي رجوعاً للطبيعة العادلة لصيروحة الأمور. وقد اعتبر هذا التقييم الشخصي حيناً عن ضوابط المسؤولية الكاملة التي أنشأها قرار 1930، وكان يتظر قرار 1982 DEMARES لوضع حد لهذا التقييم الذاتي.

القوة القاهرة: يشار إلى أن محكمة التعقيب الفرنسية لم تعتبر الصور التالية من قبيل القوة القاهرة: -بقاء السبب أجنبى. -ائفلاع العجلة. -عيوب الداخلي والخلل الميكانيكي. -التوعّك الصحّي. -الأمطار والثلوج والضباب والإبهار. -إلغاء الحصى من العربية الأمامية إذا لم تتجاوز العربية السرعة العادلة. -تدخل الحيوان. -توقف الأضواء الخضراء. -التدخل السطحي للعربة.

ويعد من قبيل القوة القاهرة: -مفاجأة الأرضية الثلوجية. -الأرضية المبللة بالبترول. وتناقضت القرارات في خصوص وجود جهة ملقاء على الأرض، وكانت محكمة التعقيب كذلك تعتبر التوعّك الصحّي من قبيل القوة القاهرة.

فعل الغير: يبدو أن فقه القضاء متفقاً على أن فعل الغير لا يؤدي إلى الإعفاء الكامل وقطع التبيبة إلا إذا توفرت به ملامح القوة القاهرة أي عدم التوقع وعدم الدفع، لكن محكمة التعقيب كثيراً ما تخفّف من حدة هذه الشروط بالرجوع إلى المعيار العادي، سابق الذكر، ومثل ذلك: -التصرف المخالف لقانون الطرق، لأن ينحاز السائق إلى اليسار تفادياً لسيارة أخرى فيصطدم بالأخرى الآتية من الجهة المعاكسة. -وكان ينحاز السائق إلى اليسار تفادي تقلب السيارة نتيجة السرعة فتصطدم بأخرى. -وكان ينحاز السائق إلى اليسار تفادي

التفصي الكلي أو الجزئي. ومن الصور التي تؤدي كذلك إلى التفصيالجزئي من المسئولية صورة القبول بالمخاطر وجاهزية المتضرر (مثل حاله الكفيف) وتصرف المترجل خطأ السائق في صورة التصادم. ويعارض الورثة حتى في دعواهم الخاصة بآثار التجزئة.

هذا وقد استقررأي الدوائر المجتمعنة أخيراً على عدم التجزئة بالقرارين المشار إليهما عدد 1751 و 10480، وقد جاء بالقرار الأول «أنه يستخلص من ذلك أن تجزئة المسؤولية التقصيرية القائمة على الحفظ غير ممكنة لأن التجزئة تقتضي ثبوت الحفظ وعدم الحفظ في نفس الوقت وهذا غير جائز منطقياً وقانونياً لأن حافظ الشيء ملزم قانوناً بالحفظ التام، وكيفي لقيام مسؤوليته الكاملة مجرد التقصير الجزئي في منع حصول الضرر أو العجز عن إثبات السبب الأجنبي للحادث، فتعادل خطأ المتضرر مع عدم الحفظ ولو كان جزئياً على فرض وجوده لا يؤدي إلى تجزئة المسئولية بين المتضرر والحافظ وإنما يفضي حتماً إلى قيام مسؤولية هذا الأخير الكاملة عن الحادث لأن فرضية تعادل الأمرين تقتضي وجود الحافظ في إحدى الوضعيتين التاليتين:

-الوضعية الأولى: عدم فعل الحافظ كل ما يلزم لمنع الضرر وتسبب المتضرر بخطئه فيما تحقق من ضرر، فيكون خطأ المتضرر لتأثير له لأن الحافظ لم يفعل كل ما يلزم لمنع الضرر، وبالتالي تبقى المسئولية عن الحادث كاملة.

-الوضعية الثانية: فعل الحافظ كل ما يلزم لمنع الضرر إلا أن السبب الأجنبي (خطأ المتضرر أو الغير أو الأمر الطارئ أو القوة القاهرة) لم يكن هو العنصر الوحيد الذي أدى إلى وقوع الحادث، فتبقى قرينة الحافظ قائمة ومسئوليته عن الضرر الذي نشأ عنها في حفظه كاملة لأن مسؤوليته عنه لا تدحض إلا بآيات فعل كل ما يلزم لمنع الضرر وقيام سبب أجنبي أدى إلى وقوع الحادث.

وقد عرفت المسألة تطوراً هاماً بفقه القضاء بفرنسا، حيث أكدت محكمة التعقيب منذ قرارات 1951 Lamorcière أن السائق من المس肯 أن يتضمن جزئياً من المسئولية إذا كانت أفعال الغير لم ترق إلى حد عدم الدفع وعدم التوقع، وإن ساهمت في ارتكاب الحادث. ولم تراجع محكمة التعقيب عن هذا الاتجاه إلا بداية من سنة 1968. ويرفض هذا الاتجاه الاحتكام إلى مبدأ التضامن في المسئولية في صورة التوارد بين القوة القاهرة وخطأ المتضرر. ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد من قبل المذاهب الواسعة في مفهوم التضامن إلى أن استقر فقه القضاء على عدم التجزئة منذ قرار DEMARES 1982 واختارت المحكمة العليا الرجوع إلى مبادئ قرار Janheur 1930. متى لا يمكن التفصي من المسئولية ولو بصفة جزئية إلا إذا كان خطأ المتضرر غير متوقع وغير قابل للدفع فيتضمن المسئول كلياً. وقد كان فقه القضاء قبل قرار 1982

وتعد هذه الصور من قبيل القوة القاهرة بالنسبة إلى الطرف المقابل، لكن محكمة التعقيب لم تعتبر فتح الباب من طرف المسافر أو جهر الأضواء من قبيل القوة القاهرة فعل المتضرر: اشتغل فقه القضاء منذ سنة 1934 أن يكون الفعل غير متوقع وغير قابل للدفع، وليس من القريروي أن يكون هذا الفعل خاططاً، بل فقط يجب أن تتوفر به شروط القوة القاهرة. لكن محكمة التعقيب كثيراً ما تختلف من مضمون هذه الشروط رجوعاً للمعيار العادي الذي سقط مع قرار 1982 DEMARES. فيتضمن السائق في كل مرة إذا بدا ظهور المترجل غير متوقع وغير قابل للدفع بالنسبة إلى السائق: - كما إذا انحاز المترجل عن المزء المخصص له، وكانت السيماء مظلمة. - أو إذا من المترجل وبالحال أن الأضواء كانت حضراً. - أو إذا من طفل في وقت أعطى فيه عون المرور السائق الإذن بالمرور. - أو إذا من المترجل بين عربتين متوقفتين فأصيب بواحدة - أو إذا تجاوز الطريق دون أن يتأكد من خلوه. - أو إذا من المترجل على حافة الطريق وفي مكان ظلم والحال أن هناك مكان مخصص.

ويرى المعيار العادي بالنسبة إلى المترجل عادة إلى عنصر المفاجأة، فيتضمن السائق في كل مرة إذا ظهر المترجل فجأة، والحال أن السائق لم يتجاوز السرعة المحددة، ويريد أن المعيار العادي يختلف من حالة إلى أخرى، ولا تتوانى محكمة التعقيب عن إعفاء السائق من كل المسئولية إذا توفرت صور عدم التوقع وعدم الدفع. ويدو أن المحاكم مضيفة في فهم المعيار إذا كان المتضرر طفلاً.

وقد يكون خطأ السائق المتضرر سبباً في الإعفاء الكامل للسائق الآخر: -إذا لم يحترم السائق علامة قف أو علامة الأضواء أو أولوية المرور أو مررت في اتجاه معاكس. - أو سلك اليسار عوضاً عن اليمين. - أو قام بمحاوزة غير قانونية أو سلك الطريق بدون أضواء أو تصرف بطريقة غير منتظمة أو قام بعملية دوران بصفة سريعة.

-التفصيالجزئي من المسئولية: فإذا لم تتوفر بفعل الغير وفعل المتضرر صفات عدم التوقع وعدم الدفع، فهل يمكن إعفاء المسئول بصفة جزئية؟

تبدو المحاكم التونسية منحازة إلى طلب التجزئة في مثل هذه الصور. فإذا تأسست الدعوى بناء على أحكام الفصل 83 م.أع. تجنب المحاكم عادة إلى تجزئة المسئولية إذا لم يدفع المسؤول بالقوة القاهرة والأمر الطارئ. فإذا تأسست الدعوى بناء على أحكام الفصل 96 م.أع. وقد رأت المحكمة العليا في تأويلاتها الأولى أن هذا الفصل لا يمنع إلا قرينة خطأ قابلة للدحض، وإذا أثبتت المسؤول خطأ المتضرر، فعادة ما يكون ذلك سبباً للتفصي من المسئولية الكاملة، أو على الأقل سبباً ملزاً بتجزئة المسئولية. وهذا الاتجاه في جانب من التناقض خاصة إذا كان المتضرر طفلاً، حيث لا مسئولية تحمل على الطفل إذا كان مسؤولاً، وإذا كان متضرراً من الممكن أن تتحمل أفعاله إلى

وعدم الدفع، وساندت محكمة التعقيب هذا الاتجاه سنة 1982 بقولها إن الأفعال التي تستجيب لمواصفات القوة القاهرة وشروطها هي الوحيدة التي من الممكن أن تعيّن المسئول، وبالتالي يجب أن توفر بخطأ المتضرر عدم الدفع وعدم التوفيق حتى يمكن التفصي من المسؤولية، معنى ذلك أنه في صورة انعدام هذه الشروط لا يمكن القول بتجزئة المسؤولية، وهذا يعتبر تراجعاً هاماً عن الاتجاه السابق. لكن هذا القرار لم يفصل القول فيما يتعلق بمسألة القبول بالمخاطر وجاهزية المتضرر، وينهي الجدل القائم منذ مدة فيما يتعلق بحق المتضرر في التعويض الكامل دون معارضته بمساهمة سلفة في وقوع الحادث. وهي الغاية الأساسية التي كانت تبرر جملة الأحكام الصادرة في حوادث المرور، وهو الأمر الذي دفع بالمشروع الفرنسي إلى التدخل سنة 1985 لوضع قواعد موضوعية تضمن التعويض للمتضررين من حوادث المرور.

بــ الأحكام الخاصة بحوادث المرور

عرفت حوادث المرور اتجاهات قضائية مميزة بحكم تطور وسائل النقل ورغبة المحاكم في ضمان حقوق المتضررين على مر الأيام، سواء على المستوى الإجرائي أو الأصلي، إجرائياً تفصل الدعوى المؤسسة على أحكام الفصل 96 م.أ.ع. أمام القاضي المدني عن سوابقها الجزائية خاصة من حيث آجال السقوط، أصلياً يتأسس الطلب على قرينة مسؤولية غير قابلة للدحض إلا بقطع العلاقة السببية لقوة قاهرة ولا يمكن تجزئة المسؤولية فيها⁽¹⁾.

وانتهى المشروع التونسي إلى تنظيم المجال بموجب القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت⁽²⁾ 2005. وقد جاء بتقديم مشروع قانون 2005 أنه « بعد أكثر

(1) على كحلون: التعويض في حوادث المرور، مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2011.

(2) أدرج القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 عنواناً يحمله التأمين يختص تأمين المسؤولية المدنية الناتجة عن استعمال العربات البرية ذات محرك ونظام التعويض عن الأضرار الأليمة بالأشخاص في حوادث المرور. وبذلك كرر المشروع بهذا إرثية التأمين على المسؤولية، لكنه أحاطها بجملة من المبادئ الحديثة، كما أحاط نظام التعويض بأحكام مميزة، ولم يبق للمشروع التونسي أن اعتمدتها إلا في بعض المجالات الفنية مثل الحوادث البحرية وحوادث الطيران وحوادث التفجير ونظام تعويض الأشخاص الذين سقطوا إيقافهم، والجديد كذلك أنه أني بالعوام مقتضية في إطار التسوية وخاصة منها إجراءات التسوية الصالحة. كما أعاد بالمرة هيكلة صندوق حوادث الطرقات، وأنهى وبالتالي جميع الأحكام السابقة وخاصة منها القانون عدد 60 لسنة 1962 المؤرخ في 27 نوفمبر 1962 المتعلقة بالمصادقة على العرسون عدد 23 لسنة 1962 المؤرخ في 30 أوت 1962 المتعلق بإحداث صندوق ضمان لفائدة ضحايا حوادث السيارات والقانون عدد 21 لسنة 1960 المؤرخ في 30 نوفمبر 1960 المتعلق بتعريف وجوب تأمين المسؤولية المدنية بالنسبة لأصحاب العربات البرية ذات المحرك. وقد أورد القانون الجديد باباً أولًا في إرثية التأمين وباباً ثانياً في بيان نظام التعويض في حدود الأضرار

يفتر بجزء المسؤولية إذا كان خطأ المتضرر قد تسبّب في جانب من الضرر أو أن يعني المسؤول تماماً إذا كان هو السبب الموجّب للضرر. وقد قطعت محكمة التعقيب منذ سنة 1934 مع الاتجاه السابق الذي كان يعتبر خطأ المتضرر سبباً من الأسباب الأجنبية الذي يؤدي إلى الإعفاء الكامل من المسؤولية. وأكدت يومها أن الإعفاء الكامل لا يقوم إلا إذا كان خطأ المتضرر غير متوقع وغير قابل للدفع، وفي صورة انعدام مثل هكذا شرط فلا شيء يمنع من تجزئة المسؤولية. غير أن هذا التقسيم في تحمل تبعات المسؤولية كثيراً ما انتقد، خاصة وأن المقاربة بين المسؤولية القائمة على عنصر التبعية من جهة والمسؤولية القائمة على عنصر الخطأ من جهة أخرى لا يمكن أن تكون عادلة بالمرة، والأغلب أن ينحاز فقه القضاء إلى اعتبارات غير دقيقة وغير صحيحة، بل إن هذا الاتجاه أدى إلى تجزئة المسؤولية حتى إذا كان فعل المتضرر ليس خاططاً، كصورة القبول بالمخاطر. وقد تسبيّت كذلك مسألة تجزئة المسؤولية في عدة نقاشات وتساءل الفقه والقضاء إن كان من الممكن معارضه الورثة بخطأ السلف في دعواهم الشخصية؟ فمنهم من قال بعدم إمكانية المعارضه رجوعاً للأحكام التضامن في المسؤولية، ومنهم من خفف من أثر مثل هذه المؤسسة في مثل هكذا صور، ومنهم من اعترف بالمعارضة على أساس أن الورثة هم في نهاية الأمر من الخلف، ولا يمكن أن تنقل لهم حقوقاً أكثر مما هو للسلف، ومنهم من قال بعدم المعارضه لأن الورثة في مثل هذه الصورة لا يعتبرون خلفاً بل إن دعواهم مستقلة تماماً. وقد ظل فقه القضاء ولفتره طويلاً متراجعاً بين الطرفين إلى أن قالت الدوائر المجتمعية لمحكمة التعقيب الفرنسية سنة 1964 بالمعارضة. لكن القرارات اللاحقة قلماً اعتمدت هذا الاتجاه إلى أن نشر الموضوع من جديد أمام الدوائر المجتمعية سنة 1981 وتمسك من جديد بضرورة المعارضه، والأساس في ذلك هو الإبقاء على نفس المصير بالنسبة إلى الفاعل وبالنسبة إلى القائم بالدعوى فيما يتعلق بشرح الواقع. ومن الأمثلة التي اعتبرها فقه القضاء لإعفاء السائق جزئياً، حالة القبول بالمخاطر (كما إذا صعد المتضرر بجانب سائق بحالة سكر) وصورة جاهزية المتضرر (رغم أن القرارات كانت متناقضة إلا أن الفقه يعتبر هذه الجاهزية عنصراً موضوعياً يؤخذ بعين الاعتبار، لكنه لا يؤدي حتماً إلى الإعفاء الجزئي) وحالة خطأ السائق (كما إذا لم يحترم حق الأولوية أو لم يلتزم بواجب الاحتفاظ بصفة عامة). لكن هذا الجدل انتهى منذ 21 جويلية 1982 تاريخ صدور قرار DEMARES حيث تعرض المتضرر لحادث عندما حاول شق الطريق، فقضت المحكمة الابتدائية بعدم مسؤولية العارض باعتبار أن المتضرر لم يثبت من خلو الطريق بداية، لكن محكمة الاستئناف تقضي هذا الحكم بدعوى أن خطأ المتضرر ليس بدرجة عدم التوقع

من أربعين سنة من إحداث التأمين الإلزامي للمسؤولية المدنية لأصحاب العربات البرية ذات المحرك وانطلاقاً من الواقع الحالي لنظام التعويض الذي أصبح مصدراً فلقي للمتضاربين ومؤسسات التأمين تم ضبط خطة إصلاحية لهذا الفرع في إطار مشروع القانون. وقد وقع الاستئناس بالإصلاحات التي أقدمت عليها عدّة بلدان في هذا المجال لوضع هذا المشروع بعثة تلafi المقاييس التي تشوب هذا النظام والتي أدت إلى أزمة ثقة بين المؤمن لهم ومؤسسات التأمين انعكست سلباً على إقبال المؤمن لهم على بقية خدمات التأمين^(١)، والحقيقة أن التشريع الجديد ارتكز على منطلقات تطبيقية أكثر منها نظرية أو مقارنة^(٢).

القابلة للتعويض وقواعد تقديرها وكل ما يتعلق بالتعويض عن العجز الوقتي والعجز المستمر والوفاة وإجراءات التسوية الصالحة فيها واعتني الباب الثالث بـ نظام صندوق ضمان ضحايا حوادث المرور وانتهى المشرع بالباب الرابع إلى ضبط نظام صندوق الوفاة من حوادث المرور لكنه سرعان ما ألغى هذا الباب، بمرجع قانون المالية لسنة 2006.

وستحولوا، في هذا الكتاب ليراز معنى الم موضوعة بقانون 2005 لا غير مما فيما يتعلق بأسباب ظهور هذا القانون ومحاسنه ونقائصه وشرح مضامينه فقد سبق أن أصدرنا كتاباً جاماً في ذلك تحت عنوان «دعوى التعويض في حوادث المرور» سنة 2011 نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص، يعنين الرجوع إليه للوقوف على تفصيلات هذا القانون.

(١) مداولات مجلس النواب السبت 30 جويلية 2005 صفحة 1222 عدد 29.

(٢) ولدت فكرة تفريح قانون التأمين منذ سنة 1999 تقريباً وتكلمت لجنة بغرض إعداد مشروع قانون التي عملت على امتداد ثلاث سنوات وانتهت بصياغة مشروع قانون كان محل دراسة بالمجلس الظاري المعقد بتاريخ 6 ماي 2003 واتجهت العناية يومها إلى تدعيم المجهود الوطني للوقاية حماة من خلال إحداث صندوق للوقاية من حوادث الطرقات وإقرار الحق في التعويض لفائدة كل من تضرر بذلة نتيجة حادث مرور وتوسيع التغطية وإقرار الطابع الإلزامي للتسوية الصالحة من خلال إبرام مؤسسة التأمين بتقديم عرض تسوية صلاحية في أجل سبعة أشهر لفائدة المضارر أو من يؤول إليه حقه بما يقتضى في آجال التعميم وتسيط إجراءات تدخل صندوق ضمان ضحايا حوادث الطرقات وتوضيب حالات تدخله وإقرار إجراءات تضمن مبدأ إلزامية تأمين الأشخاص المتعاطفين لمهمة إصلاح السيارات (الصباح 6 مارس 2003 من 4).

وأحال المشروع إلى نظر مجلس النواب واجتمعت لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة يوم 12 جويلية 2003 للنظر في مشروع هذه القانون على ضوء ما ورد من بيانات بوئية شرح الأسباب والاجتماعي والمشروع واطلعت اللجنة على رأي المجلس الدستوري وعلى رأي المجلس الاقتصادي والإجتماعي وقررت تكوين فريق عمل لمزيد الدراسة. وعقد فريق العمل أربعة جلسات بدأية من يوم 5 سبتمبر 2003 وقدم استفساراته إلى اللجنة في اجتماعها يوم 12 جانفي 2004 وبعد نقاش ثري ودراسة معمقة قررت اللجنة توجيه أسلمة كتابة إلى الحكومة (وعدها 85). وفي يوم 12 جويلية 2004 استعرضت اللجنة الأرجوحة الكتابية وقررت توجيه سؤال كتابي إضافي إلى الحكومة ويعمل بالفصل 168 من المشروع وتحديداً ما يتعلق بضرورة تكليف محامي بالنسبة إلى الأشخاص التي تفوق 10 بالعامة وحالات الوفاة، وعقدت اللجنة يوم 12 جويلية 2005 للنظر في صيغة جديدة قدمتها الحكومة في جوان 2005، وبعد دراسة فصول المشروع في صيغة الجديدة قررت تكوين فريق عمل لمزيد الدراسة والمتابعة. وفي يوم 18 جويلية 2005 اجتمعت اللجنة واطلعت على استفسارات فريق العمل

نظرياً يرمي الاتجاه العام بمقاربة الشارع الدولي أساساً إلى تحقيق التعويض

وقررت طلب الاستئناف إلى ممثل الحكومة. وفي يوم 23 جويلية 2005 عقدت اللجنة جلسة استئناف مشتركة مع لجنة التجهيز والخدمات إلى السيد محمد رشيد كشيش وزير المالية الذي حضرها مرفوقاً بثلاثة من إطارات الوزارة والهيئة العامة للتأمين.

وعقدت لجنة المالية والتخطيط والتخطيط والتجهيز الجهوية جلسة يوم 16 جويلية 2003 نظرت خلالها في مشروع هذا القانون على ضوء ما ورد عليها من بيانات بوئية شرح الأسباب ونص مشروع القانون، كما اطلعت على كل من رأي المجلس الدستوري والمجلس الاقتصادي والإجتماعي وقررت تكوين فريق عمل لمزيد التعمق والدرس. وفي جلسة يوم 2 أكتوبر 2003 اطلعت اللجنة على حصيلة أعمال الفريق وتوجهت إلى الحكومة بجملة من الأسئلة تعلقت بالخصوص بالتأثيرات المحتملة على كلفة التأمين الناتجة عن إدخال المتصدر المتصل بالزامية غير الأضرار الناتجة عن القوة القاهرة والأمر الطارئ ضمن مجال تدخل مؤسسات التأمين، ووجب اشتراط السن القانونية للحصول على رخصة سيادة والحال أن النص يضممن اشتراط الشهادات الصالحة التي تقتضيها التراخيص الجاري بها العمل لسيادة العرب المؤمنة، كما تعلقت بالعناصر التي يعدها القاضي لتقدير غطاء الخطأ، وافتتحت من جهة أخرى التنصيص على تكفل شركات التأمين بتفصيل تكاليف العلاج وتسليدها مباشرة لفائدة المستفيدات العمومية والمصحات، وأعتماد تدرج تنازلي في ضبط سلم التعويض عن الضرر كما طلت مدها بجدول مقارنة حول هذا التعويض يبعض البلدان الأجنبية. وفي يوم 12 جويلية 2004 اطلعت اللجنة على أجوبة الوزارة والصيغة المعدلة للمشروع، وتضمنت الأجوبة بالخصوص أن إدخال المتصدر المتعلق بغير الأضرار الناتجة عن القوة القاهرة والأمر الطارئ يدرج ضمن مجال تدخل مؤسسات التأمين وذلك في نطاق توسيع التغطية لفائدة المتصدر من خلال تكريس مبدأ المسؤولية الموضوعية ويتصدر في إطار المنظومة المتكاملة لمشروع الإصلاح، وعن اشتراط السن القانونية أو الشهادات الصالحة لسيادة العرب فتجدر الإشارة إلى وجود أصناف من عribat لا يشترط لقيادةتها سوى العنصر المتعلق بالسن دون اشتراط الحصول على رخصةقيادة. وفيما يتعلق بكيفية تقدير الغطاء القادر يبيت أجوبة الحكومة أن هذا الخطأ يجب أن يكون جسيماً أو غير معقول ويكون السبب الوحيد في حصول الحادث، وبمعنى التقدير موكل إلى القاضي وذلك بالاعتماد على الواقع العادي الخاصة بكل حادث حيث إن عناصر التقدير المختلفة تختلف باختلاف ظروف وملابسات كل قضية. أما بخصوص تكفل شركات التأمين بتفصيل تكاليف العلاج وتسليدها مباشرة لفائدة المستفيدات والمصحات فسيتم إبرام اتفاقية بين الأطراف المعنية تلزم على أساسها مؤسسة التأمين بتسديد مصاريف العلاج مباشرة. وعن افتراض اعتماد تدرج تنازلي في ضبط سلم التعويض عن الضرر تبين للجنة أنه تم تأسيس التعويض عن الضرر المدني باعتبار قيمة نقطه العجز وهذه نقاط العجز وتم في المقابل تأسيس التعويض عن الفرق المهني باعتبار دخل المتصدر وسنه ودرجة تأثير الإصابة على الدخل بما يوفر ضمانات أكبر ويحمي مصلحة المتصدر. و بتاريخ 27 جوان 2005 وردت على مجلس النواب صيغة جديدة لمشروع القانون نظرت فيها خلال جلسها المنعقدة يوم 4 جويلية 2005 بالاستاد إلى وثيقة شرح الأسباب والذكرة التي توصلت جملة التغييرات المقيدة على المشروع وقررت تكوين فريق عمل لمزيد التعمق والدرس. وفي يوم 11 جويلية توجهت اللجنة إلى الحكومة بسؤال تكميلي افتتحت فيه إقرار حق التعويض للمتصدرى الحوادث الناتجة عن العربات السائرة على السلك الحديدي في نفس الشروط المتعلقة بحوادث المرور الأخرى وطلبت توضيحات عن دواعي استثناء صندوق ضمان ضحايا حوادث الطرقات من الزامية التسبيحة لحساب الغير في صورة تعدد العربات المشاركة في الحادث. وفي يوم 23 جويلية 2005 حضر بتكليف من اللجنة فريق عمل للاستئناف إلى السيد وزير المالية حول مشروع القانون، كما اجتمعت اللجنة في نفس اليوم للاطلاع على رد الحكومة عن سوالها

للمتضاربين في آجال سريعة بضمان نظام إجرائي ناجع وغير معقد بعيداً عن المقاربات

الشخصية لمعنى الخطأ⁽¹⁾. تطبيقاً عاين المشرع على امتداد السنوات الفارطة تقاضص النظام المعهود به ورأى فيها الأساس المباشر للقواعد الجديدة. وقد جاء بتقرير لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة أنَّ نظام التعويض المعهود به يؤدي إلى حرمان عدد من المتضاربين من حق الحصول على التعويض وذلك لارتفاع النظم الحالي على بعض المبادئ أهمها مبدأ إثبات المسؤولية حيث لا يمكن المطالبة بالتعويض إلا بعد إثبات المسؤولية في حصول الضرر وقد أدت هذه الوضعيَّة إلى حرمان عدد كبير من المتضاربين من التعويض بسبب عدم قدرتهم في العديد الحالات على إثبات خطأ في جانب السائق، كما أنَّ النظم الحالي للتعويض ينكرز على مفهوم ضيق للمتضاربين الذين لهم حق الحصول على التعويض حيث تستثنى عبارة «غير» من حق التعويض على سبيل المثال مالك العربة وقرين وأسلاف وأعاقب المؤمن له عندما يكونون راكبين معه على متن العربة زمن وقوع الحادث. وقد أدت هذه الاستثناءات إلى حرمان عدد هام من المتضاربين من حق الحصول على التعويض لمجرد درجة قرابتهم بالمؤمن له أو مكان تواجدهم زمن الحادث.

وبلغت أنَّ هناك تفاوتاً كبيراً في قيمة التعويضات المستدنة للمتضاربين حيث يخضع تقدير مبلغ التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور إلى الاجتهاد المطلوب للمحكمة. وقد أدت هذه الوضعيَّة إلى وجود تفاوت واختلاف في قيمة التعويضات التي تستدِّها بعض المحاكم لأشخاص متماثلين في أهمية الأضرار اللاحقة بهم وتعزى هذه الوضعيَّة إلى غياب مقاييس موحدة تعتمده المحاكم ومؤسسات التأمين في تحديد الأضرار القابلة للتعويض وفي تقدير نسبة وإعداد تقارير الاختبار في أغلب الأحيان من قبل أطباء غير مختصين في تقدير الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور مما أدى إلى تباين واضح في نسب العجز لنفس الإصابة من طيب إلى آخر. وأشارت اللجنة إلى التأثير الهام في تسديد التعويضات لمستحقيها حيث يعد التأخير في تسديد التعويضات من أهم التناقضات التي يشكُّون منها النظم الحالي للتعويض حيث يبلغ في بعض الحالات عدة سنوات، ويُعزى عادة هذا التأخير لطول الإجراءات التي تستغرقها عملية البحث عن مسؤولية كل طرف في الحادث اعتباراً لارتفاع النظم الحالي على مبدأ إثبات المسؤولية والتجوُّه المفرط إلى التقاضي للحصول على التعويض نظراً لغياب إطار قانوني أو تعاقدي ينظم النسوية الصالحة للأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور وطول إجراءات تعويض المتضاربين المعنيين بتدخل صندوق الضمان لفائدة ضحايا حوادث السيارات الناتج عن عدم رضوح النصوص الحالية المنظمة

(1) Simon Frédéricq : L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation à l'étranger, spécialement dans les pays de l'union européenne, R.G.D.A 1997 n° 1 p 46.

التكميلي والتي أفاد بالخصوص بأن مشروع القانون كرس مبدأ العدالة بين المتضاربين بحيث أفرَّج التعويض لكل متضارر لكن الاستثناء يخص العروبات السابقة على السكك الحديدية من مجال تطبيق المقاييس المضبوطة بجدول تحديد المسؤوليات وذلك اعتباراً لخصوصية النقل الحديدي ومراعاة للحماية القانونية التي يخص بها المشرع مستقل السكة الحديدية في الحوادث وبالتالي فإن إخلاء هذا الطرف من راجب التعويض عند الافتضاء لا يمس بحق التعويض بالنسبة للمتضاررين. أما عن دواعي استثناء صندوق ضمان ضحايا حوادث الطرقات من إلزامية تقديم التسفيقة فيعزى ذلك إلى أن الصندوق يخضع لمبدأ ضرورة توفير العمل المنجز كشرط لتأدية التفقات المتعلقة بالدولة وذلك عملاً بأحكام مجلة المحاسبة العمومية والتحق أعضاء اللجنة للاستماع إلى السيد وزير المالية، ثم واصلت اللجنة أعمالها وقررت مواصلة النظر يوم 26 جويلية 2005 عند تلقي الصيغة المعدلة لمشروع القانون وفي نفس اليوم نظرت اللجنة في مشروع القانون على ضوء الصيغة المقترن عليها في لجنة المصادقة المشتركة. وقد وقفت عند أهمية هذا المشروع الرامي إلى ضبط خطة إصلاحية لنظام تعويض وتأمين المسؤولية المدنية الناتجة عن استعمال العربات البرية ذات محرك لتجاوز تقاضص النظم الحالي للتعويض وتحسين جودة الخدمات المقدمة للمؤمن لهم.

وعقدت لجنة التجهيز والخدمات جلسة يوم 7 جويلية 2003 نظرت خلالها في مشروع هذا القانون على صوته ما ورد عليها من بيانات بوثيقة شرح الأسباب كما اطلعت على رأي المجلس الدستوري ورأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي وإثر التداول والنقاش قررت تكوين فريق عمل لمزيد التعمق في المشروع وتقديم ملاحظات. وفي جلسة يوم 23 سبتمبر 2003 نظرت اللجنة في الملاحظات التي قدّمتها فريق العمل وإثر التداول والنقاش قررت توجيه أستاذة كتابة إلى الحكومة. وفي اجتماعها يوم 12 جويلية 2004 نظرت اللجنة في أجرية الحكومة وبين النواب أنَّ هذا المشروع يتدرج في إطار تلافي تقاضص النظم الحالي للتعويض في مادة حوادث المرور وبالخصوص منها حرمان عدد من المتضاربين من حق الحصول على التعويض مع تفاوت كبير في قيمة التعويضات المستدنة والتأخير الحاصل في تسييدها فضلاً عن طول الإجراءات وعدم اهتمام بعض أصحاب المهن المرتبطة باشارة استغلال عربات النقل للازمية التأمين. كما نوه أعضاء اللجنة بما يضممه هذا المشروع من إجراءات جديدة تهدف إلى تحسين الخدمات المقدمة للمؤمن لهم والحد في نفس الوقت من تفاقم العجز المالي الهيكلي الذي يخص صفات تأمين السيارات وكذلك توسيع في شريحة المتصدرين المستعدين للتعويض، إضافة إلى إدراجه لقواعد تتعلق بتأمين المسؤولية المدنية لأصحاب العربات البرية ذات محرك ويرأسه نظام خاص بالتعويض عن الأضرار البدنية الناتجة عن حوادث المرور. وفي جلستها المنعقدة يوم 29 جوان 2005 نظرت اللجنة في صيغة جديدة لمشروع هذا القانون قدمتها الحكومة في جوان 2005، وإثر التداول والنقاش حول أهداف التقييمات المدخلة وأبعادها قررت اللجنة تكوين فريق عمل لمزيد الدراسة والتعمق. واجتمعت اللجنة يومي 7 و 18 جويلية 2005 واطلعت على ملاحظات فريق العمل وإثر التداول والنقاش قررت توجيه أستاذة كتابة تكميلية مشتركة إلى الحكومة تتحمّل أساساً حمل تأمين المجرورات ومرجع الدخل المعتمد في التعويض ومبلغ التعويض بالمقارنة مع سن المتصدر ومستحق التعويض عن الفرر المعنوي. ثم اجتمعت لجنة التجهيز والخدمات يوم السبت 23 جويلية 2005 للاستماع المشتركة إلى السيد وزير المالية حول مشروع هذا القانون بحضور لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وللجنة المالية والتخطيط والتنمية الجهوية. وقررت الأجانب ثلاثة أخيراً المراجعة على مشروع هذا القانون معدلاً وأوصت المجلس بالصادقة عليه. وفعلاً صادق المجلس على هذا المشروع بعد السداوة بجلسته المنعقدة بتاريخ 30 جويلية 2005. يراجع مداولات مجلس النواب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 29 بتاريخ 30 جويلية 2005.

وقول على امتداد السنوات الفارطة. فبادر بوضع قاعدة وجوهية تؤمن كلّ عربة برؤية ذات محرك وكلّ مجرورة على حدة وأوجب على أصحاب مهن تصليح العربات أو صيانتها أو الاتجار فيها «تأمين مسؤوليتهم المدنية ومسؤولية مأموريه ومسؤولية كلّ شخص يتولى سياقة العربات المعهود بها إليهم أو حفظها وذلك في نطاق عملهم» (الفصل 110 الفقرة 4)، «نفي لجميع الإشكاليات المتعلقة بتأمين المجرورة ومسؤولية أصحاب تلك المهن، وجعل تنفيذية عقد التأمين تتصرف لمسؤولية» مبرمه ومالك العربة وكلّ شخص يتولى حفظها أو سياقتها (الفصل 110 الفقرة 3)، «باستثناء الأشخاص المتعاطفين لهم تصليح العربات أو صيانتها أو الاتجار فيها الذين يخضعون لنظام خاص بهم كما تقدم، فلم يعد هناك مجال للحديث عن ظاهرة السياقة دون إذن وبطء النقاش حول الحراسة الفعلية والحراسة القانونية. وبين المشرع كيفية إبرام عقد التأمين وأشكاله وإجراءاته (الفصول 111-112-113)⁽¹⁾، ووضع الجزاء في صورة المخالفة» (الفصل 115)⁽²⁾، وحدّد إطار التأمين الذي أصبح يشمل الأضرار اللاحقة بالأشخاص والممتلكات والناتجة عن الحوادث أو الحرائق أو الانفجارات التي تسبّب فيها عربة برؤية ذات محرك أو مجروراتها أو توابعها أو التجهيزات المعدة لاستعمالها أو الأشياء أو المواد التي تقلّلها وتتآثر التوابع أو التجهيزات أو الأشياء أو المواد المشار إليها سابقاً، فقط أنّ التأمين الوجوبي لا يشمل الأضرار اللاحقة بسوق العربة ويسارقها والمشاركين في ذلك وأجراء وأتباع المؤمن له أثناء القيام بعملهم ويشرّكه المؤمن له في صورة تقليمهم بالعربة وبمناسبة النشاط المشترك بينهم وبين المؤمن له وتستثنى كذلك الأضرار الناتجة عن عمليّات شحن العربة بالبضائع أو تفريغها والأضرار الناتجة عن التأثيرات المباشرة

(1) وصدر القرار المتعلق بضبط قواعد تسيير المكتب المركزي للتعمير بتاريخ 17 جانفي 2006 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 7 بتاريخ 24 جانفي 2006 ص 283. وأنّي الأمر عدد 80 لسنة 1961 المؤرخ في 30 جانفي 1961 المتعلق بتطبيق القانون عدد 21 لسنة 1960 المؤرخ في 30 نوفمبر 1960 الصادر في تقرير وجوب تأمين المسؤولية المدنية بالنسبة إلى أصحاب العربات ذات المحرك الناتجة على الأرض وكافة التصوّصات التي تفّتحه أو تتممته وخاصة الأمر عدد 367 لسنة 1968 المؤرخ في 27 نوفمبر 1968، وكان ذلك بمحوجب الأمر عدد 873 لسنة 2006 المؤرخ في 27 مارس 2006 المتعلق بضبط شروط تطبيق أحكام الباب الأول من العوان الخامس من مجلة التأمين على مستعملين العربات البرية ذات محرك غير المسجلة بإحدى سلاسل التسجيل المعتمدة بالبلاد التونسية وكذلك طرق صياغة الوثائق المثبتة لوجود عقد التأمين وصحتها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 31 مارس 2006 عدد 26 من 1232.

(2) عملاً بأحكام الفصل 115 من مجلة التأمين يعاقب بخطيئة من مائة إلى ألف دينار وبالسجن من ستة عشر يوماً إلى ثلاثة أشهر أو بإحدى العقوتين كلّ مخالف لمقتضيات الفصل 110 من المجلة. وفي صورة العود يضاف مقدار الخطية، غير أنه إذا نشرت قضية أمام المحكمة المدنية بخصوص نزاع يعلن بوجود التأمين أو بصفته فإنه يجب على المحكمة الجزائية المتعهدة بالنظر في الجهة المشار إليها أعلاه أن ترقّف النظر في القضية إلى أن ينقض في النزاع المدني بحكم بات.

لتتدخل الصندوق مما أدى إلى بروز تزاعات في الاختصاص بين الصندوق وشركات التأمين. وركّزت اللّجنة على عدم احترام بعض أصحاب المهن المرتبطة بالسيارات الإلزامية التأمين نظراً لعدم توفر المراقبة الازمة للثبت من احترام التأمين الوجوبي من قبل المتعاطفين لبعض المهن مثل ورشات إصلاح السيارات إضافة إلى غياب إجراءات وعقوبات في هذا الخصوص. وقد أدت هذه الوضعيّة إلى بروز عديد التزاعات بين مؤسسات التأمين من جهة والمتضررين وصندوق الضمان من جهة أخرى حول مدى صلويّة عقد التأمين الذي اكتبه صاحب السيارة في مثل هذه الوضعيّات. ولكن اللّجنة لم تخف أهميّة الأبعاد الماليّة في صياغة القواعد الجديدة حيث إنّ الاختلال الموجود بين مداخل ومصاريف صنف تأمين السيارات لعدة سنوات تولد عنه عجز ماليّ هيكلّي ذلك أنّ معدل العجز الفني السنوي للعشرينيّة الماضية يقارب 25 م.د. وقد تواصل تلبّي النتائج الفنية لصنف تأمين السيارات بصفة كبيرة حيث ارتفع العجز من 73 م.د سنة 2001 إلى 583 م.د سنة 2002 ليصل إلى 91 م.د سنة 2003 وذلك رغم إدماج مدخل الأموال الموظفة الراجعة لهذا الصنف. وتتجدر الملاحظة أن العجز الفني متات من ضمان المسؤولية المدنية ولو لا النتائج الإيجابية للضمانات الاختيارية لكان هذا العجز أكثر ارتفاعاً.

وقد عمل التشريع الحديث على تجاوز النقصان المذكور وتحسين الخدمات المقدمة للمؤمن لهم والحدّ في نفس الوقت من تفاقم العجز الماليّ هيكلّي الذي يلازم صنف تأمين السيارات، من خلال خطة إصلاحية للنظام الحالي لتعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور.

ولاشك أن القانون الجديد ضمن عدة محاسن حيث إنّ إحداث صندوق للوقاية من حوادث المرور فيه الخبر كله⁽¹⁾، وقد ينت الاستشارة المعتمدة على المستربين الإقليمي والوطني ضرورة « تدعيم المجهود الوطني للوقاية من حوادث المرور،» حيث إن « التركيز على جانب الوقاية وإيلاته العناية التي يستحقها من شأنه أن يساهم بصفة فعالة في التقليل من عدد الحوادث والتخفيف من خطورتها وبالتالي من الضغط على تكاليفها التي تحملها المجتمعية الوطنية⁽²⁾.» كما أقدم المشرع التونسي من خلال القانون عدد 86 لسنة 2005 على ضبط جملة من المسائل الهامة كانت محل جدل

(1) أنشأت الفصول 177-178-179 من القانون عدد 86 لسنة 2005 صندوق الوقاية من حوادث المرور وينت تطبيقه. لكن قانون المالية لسنة 2006 سرعان ما ألغى هذه الفصول بالفصل 21 منه بعد أن نقل أحکامها بالفصلين 19 و20. وفتح بذلك أبواب أمن المال العام للبلاد التونسية حساب خاص في الخزينة يطلق عليه اسم « صندوق الوقاية من حوادث المرور،» ويتولى وزير الداخلية والتربية المحلية الإذن بالدفع لمصاريف هذا الصندوق.

(2) الأعمال التحضيرية، مداولات مجلس النواب، السبت 30 جويلية 2005 عدد 29 ص 1223.

ووحدَ التشريع الجديد نظام الرجوع بين شركات التأمين الذي كان محل جدل بالقضاء الفرنسي سواء من حيث الأساس أو من حيث النظام⁽¹⁾، واعتمد آليات حديثة في التنفيذ يأن أصبح من الممكن إكماء محاضر الصلح بالصيغة التنفيذية من قبل رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدارتها مقر المؤمن أو المتضرر (الفصل 160) وإذا كان المستفيد من التعويض قاصراً أو فاقداً للأهلية يجب على المؤمن أن يقدم عرض التسوية الصلحية إلى حاكم التقاضي للمصادقة عليه وفقاً لأحكام الفصل 15 م.أع (الفصل 161).

وكل هذا خير وحسن باعتبار أن هذه الأحكام تغطي الفقه والقضاء عن البحث في أساس التعويض، فهو تعويض ألى يحتمل فيه لمجمل القوابط الشرعية وبرهاد إعمال المبادئ الموضوعية في المسؤولية، ويسقط مبدئياً النقاوش حول مدى ترابط الدعوى الجنائية بالدعوى الجزائية باعتبار مبدأ استقلالية النظام الجديد حيث « لا يجوز التمسك بأى قانون آخر ضد المؤمن في خصوص المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور» (الفصل 121 فقرة أخيرة)، « وتحسب التعويضات سواء من قبل المؤمن أو من قبل المحكمة حسب نفس جداول ومقاييس التعويض المشار إليهما بالفصل من 121 إلى 147 من مجلة التأمين (الفصل 163) ». وتبقي الإمكانية قائمة دوماً في تطبيق الفصل 96 م.أع خارج إطار التأمين الوجبي مثل أعمال الشجون والتغريغ أو العروادت الرياضية أو الأضرار التي تصيب السائق⁽²⁾. ولنعلم أن التأمين الوجبي لا ينطبق إلا على العربة البرية ذات المحرك وعلى مجروراتها، وهو إطار القانون الجديد، معنى ذلك أن المبادئ العامة تبقى فاعلة خارج إطار التأمين الإلزامي (الفصل 111)⁽³⁾.

(1) لا يمكن لشركات التأمين، حسب محكمة التعقيب الفرنسية، طلب الرجوع أمام الدوائر الجنائية عبر إجراء القيام بالحق الشخصي.

Cass. Crim. 9 fév. 1994, responsabilité civile et assurances, éditions du juris-classeur, hors série -décembre 1998 p58.

(2) وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه محكمة التعقيب الفرنسية. حيث لا يمكن إلزام شركة التأمين بالتعويض إلا طبق قانون 1985، لكنه من الممكن اللجوء إلى القواعد العامة إذا ما أمكن تطبيق أحكام هذا القانون الخاص مثل طلب التعويض من السائق ضد المحافظ سواء على أساس الفصل 1382 أو الفصل 1384.

Cass. 2 ch. Civ. 3 février 1993, responsabilité civile et assurances, éditions du juris-classeur, hors série -décembre 1998 p 21.

وقد ذهبت محكمة التعقيب الفرنسية في هذه الصورة بالآيات إلى تطبيق أحكام قانون 1985 إذا ارتكب الحافظ خطأ.

Cass. 2 ch. Civ. 8 mars 1995, responsabilité civile et assurances, éditions du juris-classeur, hors série -décembre 1998 p23.

(3) مثل أن يحصل الحادث بين دراجة يدوية وعربة تقل بواسطة الدفع أو الجر.

وغير المباشرة لرواية الدرة والأضرار اللاحقة بالبصانع والأشياء المحملة على متنه العربة عدا التلف الذي يلحق ثياب الأشخاص الراكبين إذا كان ناتجاً عن حادث مرور ترتب عنه أضرار بدنية. وبذا المشرع موسعاً في دائرة المستفيدين خاصة بالنسبة إلى القرین والأسلاف والأعقارب عندما يكونون راكبين بالعربة. ونزل بحالات الاستثناء من القسمان إلى ثلاثة وهي صورة انعدام السن القانونية وصورة انعدام الشهادات الصالحة وصورة انعدام شروط السلامة، واستغنى عن صورة السيادة تحت تأثير حالة كحولية، وضبط صور معارضة ضحايا الحوادث بها حيث يعارض ضحايا الحوادث بجميع حالات عدم التأمين وبجميع حالات الاستثناء من القسمان ولا يعارضون بحالات سقوط الحرو⁽¹⁾، وحدد الأطراف الذين يحق لهم طلب التعويض وهم المتضرر بطبيعة الحال وإذا توقي يصرف التعويض إلى القرین والمطلقة المستفيدة بعمرية والأبناء والأبوبين والأحفاد، وفضل القول في شأن الأضرار التي يمكن تعويضها فتصرف إلى مصاريف العلاج المترتبة عن الحادث وخسارة الدخل خلال مدة العجز المؤقت عن العمل والضرر البدني والضرر المهني والضرر المعنوي والجمالي ومصاريف الاستعانت بشخص آخر نتيجة العجز الدائم والضرر الاقتصادي والضرر المعنوي ومصاريف الدفن في صورة الوفاة، ووضع جداول تفصيلية في بيان نسب التعويض⁽²⁾، بعد أن مكن المتضرر من إجراء الصلح مع شركات التأمين في آجال محددة، وكان المشرع حريضاً على توصل المتضرر بالتعويضات في أقرب الآجال سواء من خلال ضبط تاريخ عرض التسوية الصلحية (ستة أشهر) أو من خلال تحديد تاريخ دفع مبلغ التعويض (شهر)، وأبقى على اختيارية إجراءات التسوية الصلحية بالنسبة إلى المتضرر ولو زورها بالنسبة إلى شركات التأمين، فإن شاء المتضرر اتباع طريقة الصلح أو طريقة القضاء. وأبطل المشرع مبدئياً تلك الإجراءات المعقّدة في تدخل صندوق التعويض⁽³⁾، فيجوز عملاً بأحكام التشريع الجديد لصندوق القسمان أن يتدخل في صورة عدم التوصل لمعرفة المسؤول عن الحادث أو في حالات عدم التأمين، ويجب على مستحق التعويض مكتابة الصندوق في أجل لا يتتجاوز الثلاث سنوات (الفصلان 172 و173) ويفرض على المؤمن إذا أراد أن يتمسّك بحالات عدم التأمين أن يعلم الصندوق في أجل لا يتتجاوز واحد وعشرين يوماً من تاريخ تسليم المحضر والأسقط حقه (الفصل 120).

(1) يراجع الفصل 7 من مجلة التأمين.

(2) كان من المتظر أن تصدر هذه الجداول بقرارات أو أوامر ترتيبية، لكن المجلس الدستوري رأى عدم دستورية هذا الاتجاه وجاءت هذه الجداول ملحقة بنص القانون.

(3) الذي القانون عدد 60 لسنة 1962 المؤرخ في 27 نوفمبر 1962 والمتعلق بالصادقة على المرسوم عدد 23 لسنة 1962 المؤرخ في 30 أوت 1962 المتعلق بإحداث صندوق ضمان لفائدة ضحايا حوادث السيارات بموجب الفصل 4 من القانون عدد 86 لسنة 2005.

فقه القضاء من جديد إلى تعریف حادث المرور. والواضح أن التعریف الوارد بالفصل الثالث من مجلة العرقات وهو «كل حادث فجئي يحصل على الطريق واشتركت فيه عربة على الأقل وترتبت عنه أضرار بدنية أو مادية» سيفقد كثيراً من أهميته، خاصة وأن مفهوم العربة حسب الفصل 2 من نفس المجلة يتصرف إلى كل «وسيلة نقل مجهزة بمحرك أو تنتقل بواسطة الجر أو الدفع». بل لا يمكن أصلاً العودة إلى المبادئ العامة في تعریف الحادث ويكبر الرجوع إلى آخر ما توصلت إليه محكمة التعقیب في تعریف العربية بحكم رغبة المشرع في إحاطة التوجّه المحدث بنوع من القواعد المميزة تأتي ضمن مبدأ الاستقلالية المشار إليه سابقاً⁽¹⁾. وإذا كان المشرع وأصحاب في إصداء جملة من الصور وردت على سبيل الحصر بالفصل 117 فإن مفهوم الجولان يتطلب جملة من البيانات لتوضیح عناصره. وفعلاً استثنى المشرع الفرنسي في بداية العمل بقانون 1985 أعمال الشحن والتفریغ من دائرة التأمين بالفصل 11-8 من مجلة التأمين وأشترط عنصر الجولان بالفصل 211-5 من مجلة التأمين، إلا أنه سرعان ما تدخل لالغاء الفصل الأول بموجب أمر 9 جوان 1983 وفسخ عبارة الجولان بموجب أمر 7 جانفي 1986. وإذا بقي فقه القضاء متزدداً في بعض الصور مثل صورة الحراائق⁽²⁾، وأقصى الحوادث الرياضية⁽³⁾، فالثابت أنه اعتمد مفهوماً موسعًا في أغلب الصور يستند إلى ركن الوظيفة وأقصى وبالتالي المعيارين الجغرافي والمادي⁽⁴⁾. لكن نشاط المحاكم التونسية سيفُ بالضرورة عند المفاهيم التي انتهى إليها المشرع بالقانون الجديد.

وإذا اعتمد المشرع التونسي بالقانون عدد 86 لسنة 2005 آخر ما توصل إليه الفقه والقضاء بفترساً وخاصّة فيما يتعلق بخطاً المتضرر وخطاً الشائق ومارضة الورثة بخطاً السادس⁽⁵⁾ وطرق توزيع المسؤولية، فإنه أغلق جملة من المبادئ مثل المسؤولية التعاقدية⁽⁶⁾، وسيطلب من القضاء والقضاء في تونس من جديد صياغة مبادئ جديدة في عدة مسائل لعل أحتمها ما يتعلق بمفهوم تورّط العربية⁽⁷⁾.

ولكنّ هذا الترجمة الجديدة لم يخل من جدلٍ منذ ظهوره. فالى جانب علة مسائل جانبيّة تدوّي في حاجة إلى مزيدٍ من الوضوح والمراجعة⁽¹⁾، كثُرَ الجدلُ منذ البداية حول محتوى المداول المستعملة ومعنى الخطأ الفادح ومفهوم الحادث على وجه الخصوص وطبيعة الأجال المفروضة وطبيعة المصادقة على الصالح. صحيح أنَّ المشرع حاول تعرِيف الخطأ الفادح، لكنَّها تبقى مجرد محاولة غير مكتملة، وقد اكتفى المشرع إيراد بعض الأمثلة دون وضع معايير واضحة⁽²⁾، ولرَبما يذهب الاجتهاد في اتجاه إسقاط ضوابط المعايير الموضوعية لتصل إلى نوع من الإغفاء. وقد نصَّ المشرع بالفصل 117 على تعويض «الأضرار اللاحقة بمناسبة الجحولان...»، وهو ما يمهد أنَّ لا تعويض إذا لم تكون العربية متحرّكة. وفي ذلك جانب كبير من الخلل وعودة إلى البداية. وسيدعي عن

(1). ولعل أهم عنصر في ذلك هو ما يتعلّق بإفراد السكك الحديدية وعربات التولّة بنظام خاص، في الإعفاء من جوبيّة التأمين (الفصل 111) ويقاء تحديد المسؤوليّة في حوادث المورّد التي تکون فيها العربات المسائّرة على السكك الحديدية طرفاً خاضعة للشاريع الجاري بها العمل (الفصل 123 فقرة 2)، وإن كان الباب الثاني في نظام التّعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المورّد (الأضرار القابلة للتّعويض وقواعد تقديرها وإجراءات التّسوية الصّالحة) ينطبق على هذه الهياكل الدولة والمؤسسة المكلّفة بالتصّرف في السكك الحديدية (الفصل 166 فقرة أولى)، وتشمل عبارة المرمن مؤسّسات التّأمين والدولة وصادرات خسان ضاحياً حوادث المورّد والمؤسسة المكلّفة بالتصّرف في السكك الحديدية (الفصل 166 فقرة ثانية).¹⁴ معنى ذلك أن الواجب المقرر بالقانون الجديد ينطبق على هذه الهياكل مع بعض الخصوصيات المبنية بالتصوّض الخاصّة ولعل أهمّها: القانون عدد 13 لسنة 1988 المؤرّخ في 7 مارس 1988 المتعلق بتمثيل الدولة والمؤسسات العموميّة ذات الصّبغة الإداريّة والمؤسّسات الخاضعة لإشراف الدولة لدى سائر المحاكم، والقانون عدد 74 لسنة 1998 المؤرّخ في 19 أغسط 1998 المشتمل بالسكك الحديدية.

صحيح أن هناك خصوصية في نشاط هذه الهيأكل متناقضية وضع نظام خاص، فيكتفى بشهادة التسجيل لبيان صفة العربية على معنى الأمر عدد 873 لسنة 2006 المؤرخ في 27 مارس 2006 المتعلق بضبط شروط تطبيق أحكام الباب الأول من القانون الجديد، ويرجع إلى القواعد العامة لبيان مسؤولية شركة الشكك الحليدية. ولكنه كان من الممكن كذلك توحيد الإجراءات بتوجيه الهيأكل لضمان مستوى معين من السهولة والبساطة. ولم تكون حوادث التي ترتتكبها هذه الهيأكل لشخصي بنظام خاص وقد سبق للفصل الأول من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية أن تنص على «أن المحاكم العدلية تخنس بالنظر في دعاوى التعويض عن الأضرار الناتجة عن حوادث العربات والوسائل المتحركة مهما كان نوعها» الأجمعية للإدارات^٤

(2) تساءلت لجنة التشريع العام عن مفهوم الخطأ الفادح وطالبت الحكومة بتقديم توضيح حول هذا المفهوم، وقد أجابت الحكومة بأنّ عبارة الخطأ الفادح تضمن «عصررين أساسين ومترابعين حيث يتوفّر هما معاً بتمّ حرمان المتصيّر من الحق في التعويض، أوّلاً يجب أن يكون الخطأ جسماً أي غير منفرد ويمكن أن تنسف على سبيل المثال قيام متراجّل بقطع طريق سيارة أو السير داخل نفق مخصص لجولان العربات، ثانياً يجب أن يكون الخطأ الفادح هو التسبّب الوّحد في حصول الحادث والذّي لا يتحقق في صورة مساهمة ساقٍ للعربة في حصول الحادث ولو بصفة جزئية.....»

(١) برای مراجع علی کحلوان، دعوی التغییر، القضاة والتشريع شهر مای ۲۰۰۲.

(2) Cass. 2 ch. Civ. 12 décembre 1994, responsabilité civile et assurances, éditions du juris-classeur, hors série -décembre 1998, p. 1.

(3) Cass. 2 ch. Civ. 28 février 1996 p 2, responsabilité civile et assurances, éditions du juris-classeur hors série décembre 1998, n° 28.

(4) Cass. 2 ch. Civ. 19 fév. 1997 et 26 mars 1997, responsabilité civile et assurances, éditions du juris-classeur hors série décembre 1998, p. 5-6.

(5) Cass. Ch. mixte 28 mars 1997, responsabilité civile et assurances, éditions du juris-classeur, hors série -décembre 1998, p. 34.

(٦) أشار إليها المشرع الفرنسي بقانون ١٩٨٥ بالفصل الأول منه.

(6) أشار إليها المشرع الفرنسي بقانون 1985/1 بالفصل الأول منه.
 (7) Laetitia Noel : La notion d'accident, R.G.D.A. 2004, n°2, p. 309.

التطبيق ألزم المشرع باحث البداية بجملة من الالتزامات الهامة يمثل الإطاحة بها خلا
يفسد سير الإجراءات المفروضة. حيث نص الفصل 167 على أنه «على السلطة التي
قامت بتحرير محضر البحث إحالة نظره منه في أجل أقصاه شهر من تاريخ الحادث
إلى مؤسسات التأمين المعنية والجمعية المهنية لمؤسسات التأمين وصادق الضمان
الاجتماعي المعنى بالأمر والمفترض». وإذا كان المتسبب في الحادث مجهولاً أو غير
مؤمن يجب على تلك السلطة إحالته نظره من المحضر في نفس الأجل إلى صندوق
ضحايا حوادث المرور. ويتضمن محضر البحث بيانات وأمثلة وجوبية وفقاً لأنموذج
يضبط بأمر⁽¹⁾. وبعد ذلك في غاية من الأهمية لأنّ السائق وكذلك من يزول إليهم
الحق عند الوفاء يحرمون «من التمرين عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث
المرور حسب نسبة المسؤولية المحمولة عليه في الحادث والتي يقع تحديدها وفقاً
للمعايير المبينة في جدول تحديد المسؤوليات الملحق بهذا القانون». ويبدو أنّ هذا
الإلزام سيق قائمًا حتى بالنسبة إلى الحوادث التي لم ينجر عنها إلاّ أضراراً مادية
حيث يعوض عن هذه الأضرار «حسب نسبة المسؤولية غير المحمولة على السائق
سواء كانت العربية على ملكه أو على ملك غيره» (الفصل 121 فقرة أخيرة)، ولا يمكن
التوصل مبدئياً إلى هذه النسبة إلاّ من خلال محاضر البحث. والواضح أنّ المشرع حدّ
من صور قد تدخل صندوق الضمان وحصرها في صورتين: عدم التوصل لمعرفة المسؤول
عن الحادث وحالات عدم التأمين. وأخذ المشرع على عاتقه بيان حالات عدم التأمين
وهي المنصوص عليها بالفقرة «أ» من الفصل 120 من مجلة التأمين والاستثناءات
من الضمان المنصوص عليها بالفصل 118 من نفس المجلة. فتتصرف حالات عدم
التأمين إلى بطلان العقد أو انتهاء صلاحيّة عقد التأمين بالنسبة إلى العقود المحددة
الأجل أو فسخ عقد التأمين عدا في الصورة المنصوص عليها بالفقرة الأخيرة من الفصل

إلى المؤمن عورض بمجرد ما تقدم ويفشل المتضرر نهاية في طلب التعويض من آية جهة كانت.
والحقيقة أنّ المشرع لم يكن واضحاً في إلزام المؤمن بتقديم عرض التسوية في جميع الصور مثل
صورة الخطأ الفادح أو الخطأ المعتمد أو صورة انعدام التأمين حتى أنّ البعض ذهب إلى إقصاء الأضرار
الجلسية المستندة إلى خطأ من دائرة التسوية الصالحة مثلها مثل الأضرار المادية (عبد اللطيف مانغلي)
إيجازات التسوية الصالحة في القانون عدد 86 لسنة 2005 دورة دراسة بالمعهد الأعلى للقضاء 17
مارس 2006). وإذا أشار المشرع إلى ضرورة إعلام صندوق الضمان والمتضرر في أجل 21 يوماً من
تاريخ تسلم المؤمن بمحضر البحث في صورة عدم التأمين أو حالات الاستثناء من الضمان فإنّنا لا نعلم
إن كان هنا الإعلام يتصل بالطور الصالحي أو الطور الحكمي أو من هي الجهة التي تسلم المحضر؟ فهو
المقصود هو المتضرر أم الباحث؟ والأمثلة كثيرة لا يمكن أن تتهمي في مظاهرها إلا لجرائم المتضرر
من فرص التعويض.
(1) الأمر 1224 لسنة 2006 المؤرخ في 2 مايو 2006 المتعلق بضبط البيانات والأمثلة الوجوبية
التي يتضمنها محضر البحث.

وصحّيّ كذلك أنّ المشرع حاول أن يضيّط إجراءات التسوية ويبين جزء التأخير
والخلال بها خاصة من خلال نظام فوائد التأخير المعتمدة⁽¹⁾، لكنّ كثرة الإجراءات
وتداخلها من شأنه أن يسقط الجوانب الأصلية ببساطة أو سقوط الجانب
الإجرائي. والمعروف أنّ الفلسفة التشريعية الحديثة تحاول قدر الإمكان الضغط على
الجانب الإجرائي أكثر ما يمكن مع توخي الوضوح في جميع المراحل⁽²⁾. ومن حيث

(1) أوجب المشرع أجل الشهر في إعلام المتضرر بضرورة خضوعه للاختبار الطبي وأجل الخمسة عشر يوماً في الاعتراض على تعين الخبر و نتيجه ونفس الأجل في تسلیم نتيجة الاختبار وأجل الشهر في تقديم مطلب التسوية (الفصل 148) وأجل ستة أشهر في تقديم عرض التسوية الصالحة (الفصل 144) وأجل الثلاثين يوماً في دفع مبلغ التعويض (الفصل 160) وأجل الخمسة عشر يوماً لرفع الدعوى (الفصل 162) وأجل الأربع شهراً لتقديم الشكبة (الفصل 164) وأجل الشهرين لتقديم العرض النهائي في حالة البراء النهائي (الفصل 164).

(2) يمكن أن تتضمن شركات التأمين بمحضر الأبحاث من عدة جهات، من الباحث حيث ألزم الفصل 167 الباحث بتوجيه نسخة منه في أجل شهر من تاريخ الحادث، ومن المتضرر نفسه في أجل شهر من تاريخ تسلمه لمحضر البحث، وكان من الممكن أن يكتفى بجهة واحدة، وإذا توفر المتضرر بزاد في الأجل شهر آخر، ويقتصر الحق لشركات التأمين في أن تقبل الطلب أو أن ترفضه إذا سبق نشر قضية في الغرض وتراجع عنها المتضرر، وعلى المؤمن في صورة تسلمه لطلب التسوية صلحية، دون أن يتضمن نسخة من المحضر، أن يعلم المتضرر أو من يزول إليهم الحق عند الوفاة، أنه عليهم تقديم نسخة من محضر البحث تصريحية بما يثبت تسلمه لها المتضرر. معنى ذلك أنّ طلب المتضرر قد يرفض إذا ثبت تجاوز هذا الشهر بالرغم من أنّ المشرع أضرب عن الإشارة إلى فكرة التقطيع في مثل هذه الحالة. ويلزم المؤمن بتقديم عرض تسوية في أجل ستة أشهر من تاريخ طلب التسوية الصالحة، وإذا كان المتضرر يخارج البلاد يمده في هذا الأجل بشهر، وإذا لم يثبت البراء تمام بقى تقديم العرض النهائي في أجل شهرين من تاريخ علم المؤمن بالشام الجرح أو البراءة، وتكون التسويفات حينذاك في شكل نسبة التي يمكن أن يطلبها المتضرر طبقاً للإجراءات الاستعجالية إذا تماهى المؤمن. ويتوافق سريان هذا الأجل في صورة إذا وصل طلب التسوية قبل الحصول على نسخة من المحضر أو لم توصل شركات التأمين بالبيانات الضرورية التي يمكن استكمالها في أجل شهر من تاريخ تسلم المتضرر مراسلة مضمونة الوصول من شركة التأمين أو في صورة رفض المتضرر الحصول للاختبار أو في صورة الاعتراض على الطبيب أو على نتيجة الاختبار أو في حالة تعين طبيب آخر، وبالتالي فإنّ حساب الأجل ليس من الأمور الهامة وليس من المستبعد أن يتمثل المؤمن بعدم سريان الأجل كلما ظهر له النفع مناسب للتهرب من دفع غرامات التأخير، حيث في صورة إذا قدم العرض بعد الأجل أو قدم عرضاً غير مطابق أو لم يقدم أصلاً يلزم المؤمن بدفع فوائد تأخير، ولا تبدو مدة حساب الغرامات طويلة (انتلاقاً من تاريخ إقصاء، أجل تقديم العرض إلى تاريخ صدور حكم بات). ووقع خيار المشرع على الفاضل المدني الذي يحسب سنوياً في حدود 7 %. وإذا قدم العرض في الأجل يحترم محضر صالح في النفرض ويلزم المؤمن بدفع المبلغ في أجل شهر من تاريخ تحريره ويجوز تحليمه هذا الصلح بالصيغة التنفيذية عند الافتضاء، لكنّ المشرع لم يحدد الأجل بين تقديم عرض التسوية وإبرام الصلح نهاية.
وإذا اختر المتضرر هذا الاتجاه فإنه يمتن من تقديم قضية مدنية إلا بعد فوات أجل 15 يوماً من تاريخ إقصاء تقديم العرض إذا لم يقم العرض أو إذا تغير إبرام الصلح بعد تقديم العرض إلى نهاية الفاضل المدني، ولرئما اتجه المتضرر بداية إلى المؤمن ثمّ عن له رفع دعوى مدنية فترفض وإذا أراد الرجوع

وإذا كان التشريع الحديث يرمي إلى تحسين وضعية المتضررين من حوادث المرور والإسراع في إجراءات التعويض فالواضح أن هذه الأهداف سوف لن تتحقق بالقانون التونسي لعدة أسباب واضحة. أولها أن القانون الجديد جاء لإدراج عزاء خامس بمجلة التأمين وليس لتفعيل أحكام مجلة الالتزامات. وتبعد الغرامات المحكوم بها ضئيلة مقارنة مع ما كان يمكن التحصيل عليه إعمالاً للمبادئ العامة. وظهر المشرع محافظاً على الأسس التقليدية في التعويض، وهي ردّة لا ميرر لها، خلافاً لما يعتقد ظاهرياً من خلال فراءة شرح أسباب هذا القانون. وقلص أكثر ما يمكن من قائمة المستغفين فجاء الأخ خارج القائمة وأعتمد مفهوماً ضيقاً للحوادث كما تقدّم لاقصاء عدد هام من المتضررين. بل بعارض الورثة بخطأ موثرهم إذا كان هو الشائق (123). وتبدو قاعدة معارضة الورثة في ضررهم المباشر بخطأ الشائق الموزّث متناقضة تماماً مع مبدأ عدم إمكانية معارضة المتضرر بخطأ الغير. وتنقضى القاعدة الأصولية أن تُحترم الحقوق المكتسبة، فإذا ما كان من الممكن تحسينها فالأولى أن تحفظ، والظاهر أن القواعد الحديثة لم تحافظ على المكتسب.

وقد لا ينبع التطبيق على امتداد السنوات القارطة أن صياغة قانون 2005 لم تكن قاطعة الدلالة بل إن معظمها كان ضئلي الدلالة وتعددت الآراء في نفس الحديث، فكان من المفروض أن توجهه عنابة المحاكم إلى إقرار التعریض المناسب للمتضاربين تجاوزاً المعالجة شرط المسؤولية فالظاهر أن المشرع أخذ بالمعانى الموضوعية فى المسؤولية المدنية سندًا وتعويضاً والمفروض أن لا يبقى لسلوك المتضرر أي أثر وتقتصر التعويضات ألياً في أقرب الأجال ولكن الأمر يهدى عكس ذلك. فقد انتهى الجدل أمام المحاكم إلى المسار بعدة محاور كان يعتقد أنها واضحة وبدا القانون الجديد وكأنه معقد الصياغة خاصة على مستوى تحديد الأجر المعتمد في الحساب وتحديد سقف المصارييف المطلوبة وصفة القيام والدفع بالاستثناء وإجراءات تدخل الصندوق واحداً ذات الصلة وغير ذلك من المسائل الهامة.....

والحقيقة أنه كان يعتقد أن الاتجاه الموضوعي المعلن عنه يشرح أسباب القانون الجديد والمضمن بعدة فصول منه كفيل بضماني تجاوز جميع الصعوبات والثائق،

أن يتدخل الجنوan في الحادث فيتوفى السائق، ورغم ذلك التناقض، أمكن تطبيق الأوامر التطبيقية لأنها أكثر شمولاً ونفعاً وتأتي ضمن الترجمة الحديثة في التعلمية (Cass.ch: mixte 28 mai 1990, responsabilité civile et assurances, éditions du juris-classeur, hors série -décembre 1998 p 423).
 من وضعيّة المتصدرين ويضغط على إجراءات التقاضي وينزل العاقيل مهما كان نوعها. فقد جاء قانون 1985 الفرنسي تحت عنوان «تحسين وضعيّة المتصدرين من حوادث المرور والإسراع في إجراءات التغويض»، ونصّمت أحكامه بما يكفي تحقيق هذا الهدف.

11 من مجلة التأمين وهي صورة «الغير حسن النية المستفيد من التأمين» أو إيقاف عقد التأمين عدا في الصورتين المنصرص عليهما على التوالي بالفقرة الأخيرة من الفصل 11 المذكورة سابقاً والفقرة الثالثة من الفصل 22 من المجلة وهي صورة التقوير بالطبع في العربية. وتصرف حالات الاستثناء من الضمان على معنى الفصل 118 إلى ثلاثة صور وهي أن لا يكون للسائق زمن وقوع الحادث السن القانونية لسيادة العربية المؤمنة أو أن لا تكون للسائق زمن وقوع الحادث الشهادات الصالحة التي تقضي بها التراخيص الجاري بها العمل لسيادة تلك العربية أو إذا نقل أشخاص على متن عربة برية ذات محرك دون احترام شروط السلامة التي تقضي بها التراخيص الجاري بها العمل وذلك بالنسبة إلى الأضرار التي تلحقهم. واضع أن المشرع استثنى جملة من الحالات يكون فيها المسؤول عن الحادث غير مؤمن تأميناً وجوبياً مثل صورة حارس الحيوان أو الدراجات اليدوية، لأن الصورة تقضي بتدخل عربة ذات محرك خاصمة بطبيعة الحال للتأمين الوجوبي. كما أن صورة عدم التوصل لمعرفة المسؤول عن الحادث تستثنى من دائتها تدخل الحيوانات المجهولة وما شابهها في الحادث، لأن التدخل يبقى معلقاً على ضرورة تدخل عربة ذات محرك أو مجروراتها كما تقدم.

ولتعلم أن المرسوم الملغى عدد 23 لسنة 1962 المؤرخ في 30 أوت 1962 المتعلق بإحداث صندوق الضمان كان يغطي جملة من الصور أكثر شمولاً، وإن اشترط تدخل العربية ذات المحرك أو مجروراتها، ومن ذلك أن يبقى المسؤول مجهولاً أو كان المتضرر غير قادر على الدفع أو كانت شركات التأمين غير قادرة على الدفع إضافة إلى صورة بطلان العقد أو توقيف العمل به أو عدم وجود تأمين شامل، ويبعد النص الحديث أقل حظاً من القديم، والاتجاه يرمي إلى ضرورة تدعيم تدخل مثل هكذا صناديق خاصة أيام تعدد الحالات التي تخرج عن إطار التأمين الوجبي⁽¹⁾:

(١) هنا وقد كان الأمر التطبيقي يختص بالفصل 420 من مجلة التأمين الفرنسية قبل دخوله تأثيره في 1985 على ثلاث صور في تدخل صندوق الضمان وهي الحوادث المحدثة بواسطة عربات بريّة ذات محرك والحوادث المتسبّب فيها للحيوان أو أي شيء آخر غير العربات والحوادث المتسبّب فيها إلى شخص مثل المترجل، وهو مفهوم واسع بطبيعة الحال يمكن صندوق الضمان من التدخل في عدة صور، حيث يمكن أن يتدخل صندوق أى تدخل سواء ارتكب الحادث بواسطة سيارة أو حيوان أو مترجل، الأمر الذي أدى إلى التعسف في استغلال منافع الصندوق في بعض الأحيان ودفع المشرع الفرنسي سنة 1988 للتدخل بعد أن أصبح شرط توسيط العربة ذات المحرك ضروري لبيان الصور المجهولة التي يمكن للصندوق التدخل من خلالها وعدل الفصل 420 من مجلة التأمين في اتجاه اشتراط أمريكيين في تدخل الصندوق أولاً أن يقع الحادث في الأماكن المفتوحة للمجولان العام وتانياً أن يتسبّب في الحادث شخص يستعمل الطريق. وهو ما يتيح صورة الحادث التي يتدخل فيها الحيوان خارجة عن إطار التغطية. لكن الملفت أن الأوامر التطبيقية يقيّم على حالها وهي لا تمنع في أن يتدخل حيوان أو أي شيء آخر غير العربة. فعلاً طرح الإشكال في عدة مناسبات أمام القضاء الفرنسي، والصورة

فيه نسبة لا تفوق خمسة عشر بالمائة عن كل ضرر على حدة وفقاً لما تقتضيه الحالة. ولا يجوز التمسك بأي قانون آخر ضد المؤمن في خصوص المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور.

فلا يقتصر مفهوم الموضوعية في قانون 2005 على أساس التعويض بل يتعداه إلى حصر المستحبين قانوناً وتحديد المسؤول المدني وإلى بيان الأضرار التي يمكن تعريضها وإلى كيفية تقديرها وحسابها وإلى طرق التفصي من المسؤولية وحتى إلى جانب من المستويات الإجرائية. وبالتالي لا يجوز مطلقاً الرجوع إلى أحكام مجلة الالتزامات والعقود، بلأخذ المشرع على عاته بيان كل ما يتعلق بخصوصية المذهب الجديد بما في ذلك آجال سقوط الدعوى، فسقط الدعاوى الناشئة عن حوادث المرور بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ علم المتضرر أو من يؤول إليهم الحق عند الوفاة بالضرر أو بمن تسبب فيه⁽¹⁾. وبذلك يحرم الرجوع إلى أحكام الفصلين 82 و 83 م.أع. في المسؤولية الشخصية أو الفصل 96 م.أع. في المسؤولية الشيئية ولا يعتد إلا بالمقاييس الواردة بهذا القانون في تحديد أساس التعويض وحجمه، فلتتعويض في حوادث المرور أحسن قانونية موضوعية وله مقاييس موضوعية في طريقة التعويض، فالسند قانوني سواء من حيث الأساس أو الحجم. وبذلك تكون موضوعية قانون 2005 قائمة على استقلالية الأحكام المعتمدة مقارنة بأحكام النظرية العامة للالتزامات.

+تطبيقات المبدأ: بقى أن الفصل 96 م.أع. يبقى مطبقاً بطبعه الحال خارج إطار حوادث المرور، حيث إن مجال المسؤولية الشيئية يبقى شاسعاً خارج إطار حوادث المرور، وفي ذلك عدة صور وأمثلة. وتجاوزاً لذلك الصور فكل ما يتعلق بحوادث المرور البرية في جميع التطبيقات يبقى خاضعاً لمبدأ التعويض الآلي المستند في أحكامه لمبادئ القانون الحديث دون أن تتحقق الإمكانية في الرجوع إلى المبادئ العامة.

فيبيك مبدأ التعويض الآلي مطبقاً وفاعلاً حتى في صورة غياب شركات التأمين أي عدم التأمين وفي صورة توجيه الطلب إلى صندوق الضمان أو الدولة وبالنسبة إلى الحوادث المزدوجة أو بالنسبة إلى الأضرار الناتجة عن حوادث السكك الحديدية في جزء منها.

بالنسبة إلى صورة الحادث غير المؤمن: إن الصيغة التي أوردتها المشرع بالفقرة الثالثة من الفصل 121 م.ت. وهو أن «لا يجوز التمسك بأي قانون آخر ضد المؤمن في خصوص المطالبة بالتعويض عن الأضرار بالأشخاص في حوادث المرور» توحّي

(1) الفصل 125 جديـد من مجلـة التأمين.

لكن التطبيقات القضائية أبرزت العديد من الإشكاليات وبيّنت تشعب مصامن أحكام القانون الجديد وغموضها وزادتها المعالجة النظرية ضعفاً، فما حقيقة الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في حوادث المرور في قانون 2005؟ الواضح أن المشرع انحاز إلى الطبيعة الموضوعية، فهذا من المترّجح به في شرح الأسباب والمعتمد قانوناً بنصوص التشريع الحديث (1) مع إدخال بعض التعديلات الخاصة على التوجّه العام ولكتها تعديلات لا تقطع مع التوجّه العام في الموضوعية، ولكنها موضوعية مميزة فهي ليست لصالح المتضرر فحسب بل الأغلب أن تحصل الفائدة لشركات التأمين (2).

-المسؤولية في حوادث المرور مسؤولية موضوعية المسؤلية الموضوعية أو ما يعبر عنه بالتعويض الآلي هو المبدأ بقانون 2005، ولكن هذا المبدأ لا يخلو من استثناءات.

-مبدأ الموضوعية في مسؤولية حوادث المرور: للمبدأ مفهوم محدد يتبع شرحة قبل بيان تطبيقاته ونتائجـه.

+شرح المبدأ: تقول المبادئ العامة في التعويض أن الطلب فيها يمكن أن يتوسّس على الخطأ سواء كان مثبتاً أو مفترضاً قبل التدليل المعاكس أو لا يقبل الدليل المعاكس، وتلك صور لا يخرج التعويض فيها عن مفهوم الخطأ وتبقى ضمن آليات المدرسة الشخصية. وإذا خرجنا عن مفهوم الخطأ يمكن تأسيس الطلب على مفهوم التبيّع أو الضمان أو الحلول أو التباهي، وتلك صور لا توجب توفر الخطأ بمجمع طرقه مثبتاً أو مفترضاً، وهي ترتبط بذلك بالآليات المدرسية الموضوعية. وبiendo أن المشرع اعتمد نظاماً قانونياً خاصاً بإقرار الحق في التعويض بصرف النظر عن فكرة الخطأ. فيقع تعويض متضرري حوادث المرور عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص ومخالفتها دون إمكانية معارضتهم بخطأ في جانبيـم⁽¹⁾. ولا يمكن معارضـة متضرري حوادث المرور بمن فيهم سائق أو حافظـة العربـة البرـية ذات محركـ بالقوـة القـاهرة أو بالأـمر الطـاريـ أو بـ فعلـ الغـيرـ، وقد رـؤـيـ «أنـ إـدخـالـ العـتـصـرـ المـتـعلـقـ بـجـيـرـ الأـضـرـارـ النـاتـجـةـ عنـ القـوـةـ القـاهـرـةـ والأـمـرـ الطـاريـ يـنـدرجـ ضـمـنـ مـجـالـ تـدـخـلـ مـؤـسـسـاتـ التـأـمـينـ وـذـلـكـ فـيـ نـطـاقـ توـسيـعـ التـغـطـيـةـ لـفـائـدـةـ الـمـتـضـرـرـينـ مـنـ خـلـالـ تـكـرـيـسـ مـبدأـ الـمـسـؤـلـيـةـ المـوـضـوـعـيـةـ وـيـنـصـهـرـ فـيـ إـطـارـ الـمـنـظـومـةـ الـمـتـكـامـلـةـ لـمـشـرـعـ الـإـصلاحـ⁽²⁾». ويـتمـ التعـويـضـ عـنـ الـأـضـرـارـ النـاتـجـةـ عـنـ حـوـادـثـ الـمـرـورـ لـفـائـدـةـ الـمـتـضـرـرـينـ أوـ مـنـ يـؤـولـ إـلـيـهـمـ الـحقـ عـنـ الـوـفـاةـ، فـيـ صـورـةـ الصـلـحـيـةـ، طـبقـاـ لـلـقـوـاعـدـ وـالـمـقـايـيسـ الـمـنـصـوصـ عـلـيـهـاـ بـهـذـاـ العنـوانـ، وـتـطـيـنـ نفسـ المـقـايـيسـ مـنـ الـمـحاـكـمـ، وـيـمـكـنـ لـلـقـاضـيـ التـرـفـيـعـ فـيـ مـبـلـغـ الـتـعـويـضـ أـوـ التـخـفيـضـ

(1) الفصل 122 جديـد من مجلـة التأمين.

(2) الأعمال التحضيرية، المرجع السابق.

طبقاً لأحكام هذه المجلة (أي مجلة التأمين) والتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب الحوادث التي تكتسي صبغة شغلية». وقد كانت مسألة العادت المزدوج محل مناقشة لم تنته بعد، فعندما يكتسب الحادث صفة حادث الشغل وحادث المرور في نفس الوقت، تختلف الاتجاهات، فمنهم من اشتربط تطبيق أحكام قانون 1994 المتعلق بحوادث الشغل في القطاع الخاص وقانون 1995 المتعلق بتعويض حوادث الشغل في القطاع العام بداية، ومنهم من قال بإمكانية القيام على معنى القواعد العامة دون التقيد بأحكام حوادث الشغل بدعوى أنّ المشرع ضمن للمتضاربين أحسن التعويضات من خلال تلك القوانين. وقد اختلفت محكمة العقب بدوائرها المجتمعية في ذلك. فإذا ذهبت في البداية إلى الاتجاه الثاني ارتدت أخيراً إلى الاتجاه الأول، وهو الرأي الأقرب لنية المشرع وإن كانت فيه المضرة للمتضارب.

فقد نص الفصل الخامس من القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فبراير 1994 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية على أنه «لا يجوز التمسك ضد صاحب العمل أو مأموريه في خصوص المطالبة بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية طبقاً لأي قانون آخر إلا إذا كانت هذه الأضرار متربة عن خطأ من جانبه يكتسي صبغة جزائية». ولا تحول أحكام الفقرة السابقة دون منع غرامات أرفع مبلغها إذا كانت هذه الغرامات منصوصاً عليها بنظام أساسي خاص ينطبق على أعيان المؤسسة أو باتفاقية تشمل هؤلاء الأغوان، وللمتضارب أو خلفه العام مطالبة الغير المسؤول بتعويض تكميلي على أساس المبادئ العامة في المسؤولية المدنية. ويستند الصندوق القومي في كل الحالات التعويض المخول للمتضارب أو خلفه العام طبقاً لأحكام هذا القانون ولله حق الرجوع بها على المسؤول عن حادث الشغل أو المرض المهني. ولا يعارض الصندوق القومي بالصلح الميرم بين المتضرر وغير المتسبب في الحادث أو المرض المهني إلا إذا وقعت دعوته بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ للمشاركة في هذا الصلح الذي لا يصبح نهايتها إلا بعد مرور خمسة عشر يوماً على تاريخ توجيه المكتوب المذكور. وتستدّ التعويضات المستحقة للمتضارب أو خلفه العام في كل الحالات طبقاً للشكل المنصوص عليه بهذا القانون على أن يحدّد مقدار التعويض بما يناسب الضرر. لكن التعويض المستحق للمتضارب أو خلفه العام طبقاً لأحكام قانون آخر يستدّ وفقاً للقواعد العامة». والواضح من ذلك أنّ العادت المزدوج متى يكون لحادث المرور صبغة شغلية، ينسحب للمتضارب حق التعويض على معنى قانون حوادث الشغل وهو الأصل، وينتعل بالتعويض عن الضرر المادي، وببقى له الحق في المطالبة بتعويض تكميلي في صورة إذا ارتكب المؤجر خطأ عمدياً أو خطأ جزائياً أو إذا تسبّب الغير في

إمكانية الرجوع إلى المبادئ العامة إذا لم تكن شركات التأمين طرفاً في القضية. فقد يذهب التفكير مبدئياً إلى أنه في صورة إذا لم يتتوفر التأمين أصلاً وكان المسؤول عن الحادث معروضاً يمكن أن توجه الدعوى ضدّ المسؤول عن الحادث على أساس المبادئ العامة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود. معنى ذلك أنه يجوز التمسك بالمبادئ العامة في مواجهة غير المؤمن في صورة عدم وجود التأمين أصلاً باعتبار أنه يصبح في جميع الحالات الأخرى مطالبة شركات التأمين أو صندوق القسمان، فلتلزم شركات التأمين بالأداء في صورة وجود التأمين وصحته، أما في صورة حالات عدم التأمين (البطلان والفسخ والتوقف) أو في حالات الاستثناء من القسمان أو في صورة عدم التوصل لمعرفة المسؤول عن الحادث وأقيمت الإجراءات طبق القانون، فيتعهد صندوق التعويض بالأداء.

لكن هذا التأويل، الذي يمكن أن يغري البعض⁽¹⁾، لا يجد أساساً بالتشريع الجديد، فقد توجهت عناية المشرع من خلال الأعمال التحضيرية إلى تعويض أحكام مجلة الالتزامات والعقود في باب التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص والثانية عن حادث مرور، قوله إن الباب الثاني من التشريع الجديد جاء بهدف إرساء «نظام خاص بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور الذي كان منظماً بموجب مجلة الالتزامات والعقود وذلك في اتجاه إقرار الحق في التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور... وكذلك ضبط قائمة الأضرار القابلة للتعويض وقواعد احتساب مبالغها ووضع مقاييس يقع اعتمادها من قبل المحاكم وشركات التأمين⁽²⁾». كما نص الفصل 121 م.ت بوضوح على أن تلك المقاييس تطبق من طرف المحاكم وشركات التأمين على حد سواء، ولم يمكن المحكمة من التصرف في مبلغ التعويض ارتفاعاً أو انخفاضاً إلا في حدود خمسة عشر بالمائة. وبالتالي يمنع قانون الرجوع إلى المبادئ العامة، وكان على المشرع عدم التركيز على عدم معارضته شركات التأمين. يأتي قانون آخر والتركيز على أهمية المسؤولية الموضوعية في باب حوادث المرور بصفة عامة، وربما كان من الممكن إدراج التفتيحات الجديدة والخاصة بأساس التعويض بمجلة الالتزامات والعقود تفادياً لما قد يحصل من تأويلات واسعة لأحكام القانون الجديد.

بالنسبة إلى الحوادث المزدوجة: نص الفصل 121 م.ت بفترته الرابعة على أنه «بالنسبة إلى حوادث المرور التي تكتسي صبغة شغلية لا يمكن للمتضارب أو لمن يؤول إليهم الحق عند الوفاة الحصول عند الاقتضاء إلا على الفارق بين التعويض

(1) وفلا صدرت هذه أحكام تعقيبية في هذا الاتجاه.

(2) مدارلات مجلس النواب، المرجع السابق، ص 29.

ولهذه الأسباب جاء القانون الجديد وأضمنا في هذا الباب، فلا يمكن للمتضرر أو من ينجز لهم الحق عند الوفاة، الحصول عند الاقتضاء إلا على الفارق بين التعويض المسند طبق مجلة التأمين والتعويض المستند طبق قانون حوادث الشغل. فقد نص الفصل 121 م.ت بفقرته الرابعة على أنه «بالنسبة إلى حوادث المرور التي تكتسي صبغة شغلية لا يمكن للمتضرر أو من ينجز لهم الحق عند الوفاة، الحصول عند الاقتضاء إلا على الفارق بين التعويض طبقاً لأحكام هذه المجلة (أي مجلة التأمين) والتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب الحوادث التي تكتسي صبغة شغلية». فينصرف هذا الفارق إلى جميع التعويضات المقدرة بقانون 2005 وخارجها عن التعويضات المحددة بقانون حوادث الشغل، قانون 1994 بالنسبة إلى المنخرطين بصناديق الضمان الاجتماعي أو قانون 1995 بالنسبة إلى المنخرطين بصناديق التقاعد والحيطة الاجتماعية، ويدخل في ذلك الضرر المعنوي والجمالي بأكمله ونسبة العجز دون 5 بالمائة إضافة إلى طريقة الحساب في العجز الوقتي (خسارة الدخل) والعجز المستمر والوفاة ومكونات عناصر العجز. وقد نص الفصل 130 م.ت بالنسبة إلى خسارة الدخل على أن التعويض عن الضرر الناتج عن العجز المؤقت عن العمل يشمل «المخسارة الفعلية في الدخل خلال مدة العجز التي يقع تحديدها بمقدمة الشهادة الطبية الأولية أو ما يليها من الشهادات الطبية. ويتم تعويض المتضرر على أساس ثلاثة أرباع (4/3) المخسارة الفعلية لدخله كما نص عليه الفصل 127 من هذه المجلة و ذلك بعد خصم الدفوعات الصادرة عن المؤجر أو صناديق الضمان الاجتماعي أو الهياكل المماثلة. وبصرف التعويض عن خسارة الدخل دفعة واحدة». كما نص الفصل 135 م.ت بالنسبة إلى العجز المستمر على أنه «يصرف التعويض عن الضرر البدنى وعن الضرر المهني في شكل رأس مال أو على أساس حسب طلب المتضرر أو حسب الصيغة التي يقرها حاكم التقاضي إذا كان المتضرر فاسراً أو فقداً للأهلية وذلك بعد خصم مبلغ الجرایات المستدنة من قبل صناديق الضمان الاجتماعي بعنوان حوادث الشغل و أنظمة الضمان الاجتماعي». وانتهى الفصل 145 م.ت في التعويض عن الضرر الاقتصادي في حالة الوفاة إلى أنه «في صورة تمنع أولي حق المتضرر بجريمة الباقين على قيد الحياة أو جريمة بعنوان حادث شغل تصرفها صناديق الضمان الاجتماعي لايتحمل المؤمن إلا الفارق بين مبلغ التعويض و مبلغ الجرایات». وبذلك وردت عبارة الفارق بالقاعدة العامة وعلى وجه الخصوص بالنسبة إلى خسارة الدخل والعجز المستمر والوفاة.

ولا يخلو الأمر من اتجاهين، فإما أن تكون الدائرة الابتدائية المتعهدة بداية بالطلب مؤهلة قانوناً للتحديد الفارق دون حاجة إلى إدخال الصناديق الاجتماعية أو انتظار تدخل

نشأت، وهو يشمل أجزاء الضرر المادي التي لم تتوارد وكامل الضرر المعنوي. وقد درجت المحاكم قبل صدور قانون 1994 بصرف التعويض التكميلي في شكل جرائم عمرية تنفيذاً لأحكام الفصل 6 من قانون فواجع الشغل الملغى. لكن قانون 1994 لم يحيي الصيغة القديمة بالفصل 5 منه، ويجوز أن تأتي التعويضات منجمة أو في شكل رأسماً. المهم أن يطالب المتضرر بالتعويض الأصلي أمام قاضي الناحية المختص طبق أحكام قانون 1994 إذا فشلت التسوية الآلية والصلحية، ويقى له الحق في طلب التعويض التكميلي أمام المحاكم المختصة طبق القانون العام سواء أمام الدائرة الجنائية أو أمام الدائرة المدنية، بالنسبة إلى الأضرار المادية التي لم تتوارد وكامل الأضرار المعنوية. ولا يمكن أن يعارض المتضرر، في طلبه المتعلق بالضرر المعنوي، بعدم الاختصاص بعلة ضرورة سبق تعهد قاضي الناحية. ويقى الدفع جائز إذا تعلق الطلب بجزء الضرر المادي الذي لم يتوارد، فلا يقبل إجراءً أن تعهد المحكمة طبق القانون العام لترير التعويض التكميلي والحال أنه لم يسبق ضبط أصله. ويحق لصناديق الضمان نهاية استرجاع المبالغ التي دفعها سواء بالتدخل بالقضية المشورة، أو بطريقة العقلة الترقيفية بجانب صناديق التأمين، لكنه لا يحق له استرجاع التعويضات التكميلية. معنى ذلك أن الخاص يقدم على العام، ولا يمكن ترك الخاص والانصراف إلى العام بحكم طبيعة القواعد المتعلقة بالتنظيم، فلا يمكن الخيار في الطلب ولا يمكن الجمع في التعويض إلا إذا وجد نص خاص، وتبقى الإمكانية وحيدة في طلب تعويض تكميلي على أساس المبادئ العامة في حدود الأجزاء غير المعاوضة من الضرر المادي وكذلك الضرر المعنوي. ولا يمكن بحال ترك ضوابط قانون فواجع الشغل توصلًا لأنطباق القواعد العامة، والحالات تلك. فلم يبق قانون فواجع الشغل من إمكانية لتطبيق القواعد العامة في حالة الحادث المزدوج إلا في حلود طلب التعويض التكميلي أي الذي لم يتوارد عملاً بأحكام فواجع الشغل وهو القسط الذي يقل عن 5 بالمائة من الضرر المادي وكذلك الضرر المعنوي. وما كان من الممكن قانوناً أن يقى تأويل عبارة الضرر التكميلي رهين قواعد الإنفاق ورغبات فردية، بل كان من الضروري الرجوع إلى محكمات فصول التأويل الواردة بمجلة الالتزامات والعقود انطلاقاً من الفصل 532 وما بعد. فلا يتحمل القانون إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضح اللenguage، والواضح أن عبارة التكميلي تقتضي تعين الأصل، وكانت إرادة المشرع منصرفة من خلال الأعمال التحضرية إلى تقديم اختصاص قاضي الناحية، حتى إذا وُضع ميزانها انصرف الفرول إلى المكتمل. فلا يجرئنا شأننا للضرر على أن لا نلتزم بضوابط التأويل وأن لا نعدل في حكم التعويض.

قاضي الناحية عند الاقضاء أو أنه يحضر على المحكمة المتعهدة الغرض في ذلك قبل إدخال الصناديق أو نظر قاضي الناحية.

والواضح مبدئياً أنه في غياب ما يدل بالملف على كون الحادث شغل لا يمكن بطبيعة الحال الأخذ بمعنى الفارق من البداية. فإذا صرخ الحديث عن إمكانية أن يكون الحادث مزدوجاً فلا بد أن يعرض الملف على النيابة لتعلق الإشكال بالاختصاص الحكمي للمحاكم، ونكون المحكمة أمام أمررين إما القول باختصاصها بتحديد الفارق أو القول بعدم اختصاصها في ذلك. فإذا أخذت اتجاه اختصاص النظر في ذلك، فإنه يمكن اعتماد ما أضيف من وثائق تدل على مستوى دفعات الصناديق الاجتماعية لتأذن للخبر المختص بطرحها. أو أنها تأذن بإدخال تلك الصناديق بالقضية سواء من تلقاء نفسها أو بطلب من الأطراف. وإذا ظهر أن المسألة مازالت مدخل منازعه أمام قاضي الناحية فإنه من الممكن التأخير لاتظار مآل هذه القضية. ولا شك أن مبادرة الدائرة المدنية المتعهدة بطلب التعمير بتعيين خبير لطرح ما يستحقه المتضرر أو المستحقين على معنى حوادث الشغل بوصلاً لتحديد الفارق وتبعين ما يستحقونه على معنى قانون 2005، لا يراعي اختصاص قاضي الناحية في ضبط معنى حادث الشغل وخضوع الاختبار المسؤولون به لتقديرات سلطته بما في ذلك نسب العجز ولامامتها مع مقتضيات القانون.

والأصل في جميع ذلك أنه لا يعود للدائرة الابتدائية تحديد ما يستحقه المتضرر من تعويضات عن حادث الشغل فلا يعتد بالإجراءات الصلحية في التعمير على أساس قانون حوادث الشغل إلا بعد المصادقة على الصلح من قبل قاضي الناحية وإذا تجاوز الأطراف الصلح فلما تقع المنازعه القضائية إلا أمام قاضي الناحية، فلا يمكن بعد ذلك للمحكمة الابتدائية المتعهدة بداية أن تحل محل قاضي الناحية في الاختصاص والمحالة تلك، ومتى يحصل ذلك ولازمه أن تقع المطالبة صحيحاً أو قضائياً أمام قاضي الناحية بحسب الحالات حتى تتحقق المطالبة في حدود الفارق أمام الدائرة المدنية، وما كان من الممكن بداية نشر الطلب بداية أمام الدائرة الابتدائية إلا إذا انحصر الطلب في حدود التعمير المعنى، فليس من الممكن أن تحل الدائرة المدنية محل قاضي الناحية في ضبط مقدار التعمير عن حادث الشغل، فذلك مسألة تتصل بمعنى الاختصاص الحكمي من الجائز إثارتها ولو بدون طلب، حيث إن ضبط الغرامة يتوقف على عرض المتضرر على الطبيب المختص وتطبيق نسب التعمير بحسب ما ورد بقانون حوادث الشغل والحسن في شأنها بحكم بات أو اتفاقاً بإمساء الصلح قضاء، وطالما لم يحصل في شأنها كذلك فلا يمكن اعتمادها كسد في الفارق. على أنه يمكن

اعتماد الجرائم المتحدة آلياً من قبل الصناديق الاجتماعية إذا رضي بها المتضرر صراحة أو ضمناً (الفصل 69 من قانون 1994).

بالنسبة إلى حوادث المزدوج التي تكون فيها العribat السائرة على السكك الحديدية طرقاً تبقى حوادث السكك الحديدية مبدئياً خاضعة للمبادئ العامة، فقد نص الفصل 123 م.ت. بالفقرة الثانية على أن «تحدد المسؤولة في حوادث المزدوج التي تكون فيها العribat السائرة على السكك الحديدية طرقاً، طبقاً للشاريع الجاري بها العمل». معنى ذلك أن مجلة التأمين لا تطبق ظاهرياً على حوادث السكك الحديدية، بل تبقى خاضعة للنصوص الخاصة كما أتبتها القانون عدد 74 لسنة 1998 المؤرخ في 19 أكتوبر 1998 المتعلقة بالسكك الحديدية⁽¹⁾ وللمبادئ العامة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود⁽²⁾. ولكن الحقيقة غير ذلك، فقد نص الفصل 166 م.ت. صراحة على أن الباب المتعلق بنظام التعويض ينطبق على المؤسسة المكلفة بالتصريح في السكك الحديدية، معنى ذلك أنه لا يعارض المتضرر بخطه وتعتمد قائمة الأضرار وحدودها، فقط أن مقاييس القرر أي الجدول الوارد في ذلك لا يمكن أن يعتمد إذا كان المتضرر سائقاً، وتبقى الشاريع الجاري فيها العمل معتمدة في بيان المسؤولية، وذلك هو معنى الاستثناء الوارد بالفصل 123 م.ت في فقرته الثانية⁽³⁾.

(1) الرائد الرسمي 21 أكتوبر 1998، عدد 67، ص 1819.

(2) منذ زمن بعيد تخضع حوادث السكك الحديدية لأحكام الفصول 82 و 83 و 95 م.اع. وقد صدرت في ذلك عدة قرارات تحقيقية مشورة وغير مشورة.

(3) طالبت لجنة المالية والتخطيط والتنمية الجهوية ولجنة التجهيز والخدمات في أسليلتها التكميلية ياقرار حق التعمير لمتضرري الحوادث الناتجة عن العribat السائرة على السكك الحديدية في نفس الشروط المتعلقة بحوادث المزدوج الأخرى فأجابت وزارة المالية «أن حق التعمير لمتضرري الحوادث الناتجة عن العribat السائرة على السكك الحديدية مكرر حسب نفس الشروط والقواعد والمقاييس المنصوص عليها صلب مشروع القانون والمتعلقة بحوادث المزدوج الأخرى وذلك طبقاً لأحكام الفصل 122 من مشروع القانون التي أقرت الحق في التعمير لكل متضرر دون اعتبار خطأ في جانبه ما عدا السائق المسؤول وذلك بقطع النظر هنا إذا كانت الحوادث ناتجة عن عribat سائرة على السكك الحديدية أو غيرها. ويندعوم هذا الترجيح من خلال إقرار الفصل 166 من المشروع انتباخ أحكام الباب المتعلقة بتنظيم التعويض عن الأضرار الناتجة عن حوادث المزدوج على كل من الدولة ومتندوق ضمان حادث الطرقات وكذلك المؤسسة المكلفة بالتصريح في السكك الحديدية، لكن الاستثناء الذي كرسه الفصل 123 م.ت. والذي يخص به العribat السائرة على السكك الحديدية يقتصر فقط على استثناء هذه العribat من مجال تطبيق المقاييس المضبوطة بجدول تحديد المسؤوليات وذلك مراعاة للحماية القانونية التي ي享 بها المشروع مستغل السكك الحديدية في الحوادث التي تكون فيها هذه الأخيرة طرقاً وتشتمل العribat السائرة على السكك الحديدية بالأولوية في أغلب الحالات. وبهدف هذا التعمير إلى حفظ حق المؤسسة المتصوفة في السكك الحديدية في إثبات عدم مسؤوليتها في الحادث باعتبار الرعاية القانونية التي ي享ها بها المشروع وإخلاء جانبيها واجب التعمير عند الاقضاء غير أنه لا يمس له بحق التعمير بالنسبة إلى المتضررين».

التعويض. فليس الضرر نتيجة للجريمة حتى يكون للقضاء الجزائري تأثيرات على طلب التعويض، فله أساس موضوعية قانونية تتجاوز محيط الخطأ الجزائري.

ومن ثم بطرح السؤال إن كان من الممكن الإبقاء على الإمكانيات في القيام بالحق الشخصي؟ والمنطق التسليم رجوعا إلى السوابق يمنع من النظر أصليا في مطلب القائم بالحق الشخصي لأنه لا يشترط مستقبلا أن يكون الضرر المطالب بتعويضه انجر مباشرا من الجريمة المستندة أساسا إلى الخطأ الجزائري على معنى الفصل السابع من مجلة الإجراءات الجزائية.

لكنه ليس من الضروري نظريا حسب البعض أن يكون الضرر نتاج مباشر عن الجريمة حتى يصح القيام بالحق الشخصي، فقد قال جانب من الفقه منذ مدة بعد الترابط بين الدعوى المدنية والدعوى الجزائية، حيث بالإمكان أن تتحرر الدعوى المدنية في عدة مواطن مثل أحكام الفصل 45 م.أ.ج الذي عهد إلى الدائرة الجنائية النظر في مطالب تعويض الضرر الناتج عن الادعاء الباطل والفصل 377 م.أ.ج الذي أبقى على اختصاص الدائرة الجنائية في النظر في الجانب المدني في صورة العقوبة العام ومثلها في صورة موافقة المتهم على معنى الفصل 101 م.أ.ع، كما أن الدعوى المدنية تتحرر في صورة استئناف الفرع المدني مع القضاء بعد عدم سماع الدعوى في الفرع الجزائري⁽¹⁾ وفي إجراءات التنفيذ.

(1) يرى جانب من الفقه أن قاعدة تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية لا تكون فاعلة إلا على المستوى الابتدائي، فإذا قضت محكمة الابتداء برفض الدعوى، واستأنف القائم بالحق الشخصي هذا الحكم في فرعه المدني، تتحرر الدعوى المدنية من كل تبعية، ويمكن للقاضي الجزائري أن ينظر في الدعوى المدنية على مستوى محكمة الاستئناف في منزل عن الدعوى العمومية، ذلك أن الفصل 210 م.أ.ج حول القائم بالحق الشخصي الحق في الاستئناف، ولا يمكن بالتالي منه من التقاضي على درجتين.

لكن محكمة التعيق التونسية وبعد أن سارت في هذا الاتجاه ردحا من الزمن، تراجعت عن موقفها وأنكرت على المتضرر الحق في الاستئناف مطلقا. ثم تطور فقه القضاء منذ سنة 1976 وأصبح لا يرى مانعا في قبول استئناف القائم بالحق الشخصي إذا توافق مع استئناف النيابة العمومية، وهو الموقف الأخير لمحكمة التعيق. لكن شرائح القانون انتقدوا بشدة هذا الموقف لتعارضه مع أحكام الفصل 210 م.أ.ج، الذي لم يضع أي شرط لقبول استئناف القائم بالحق الشخصي.

قرار عدد 10623 بتاريخ 1976-2-8 تثبيت محكمة التعيق 1977-1-1-ص 166.
التجاني عبد الشكالية حقيقة الحكم الجزائري على المدني وإمكانية التعويض على معنى المادة 96 م.أ.ع القضاة والتشريعافييري 1991.

الشير الشرشيشي، استئناف القائم بالحق الشخصي، مجموعة لقاءات الحقوقين، العدد الرابع الاستئناف، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1993 ص 243.
محمد الزين، دروس في القانون المدني المسؤولية التقصيرية، السنة الثانية 1995-1996 كلية الحقوق بتونس.

M. Zine : quelques aspects des rapports de l'action publique et de l'action civile, RTD 1982.

بالنسبة إلى صندوق ضمان ضحايا حوادث المرور وعribat الدولة: نص الفصل 166 م.ت. على أن أحکام هذا الباب أي «نظام التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور» تطبق على الدولة و صندوق ضمان ضحايا حوادث المرور و المؤسسة المكلفة بالتصريف في السكك الحديدية، ولتطبيق أحکام هذا الباب، تشمل عبارة المؤمن مؤسسات التأمين و الدولة و صندوق ضمان ضحايا حوادث المرور و المؤسسة المكلفة بالتصريف في السكك الحديدية». معنى ذلك أن عدم معارضه المتضرر غير السائق بخطه واعتماد قائمة الأضرار وطريقة التعويض تبقى فاعلة حتى في مواجهة الصندوق والدولة في الصور التي أقر خلالها المشرع تدخلهما.

+نتائج المبدأ: - أول نتائج هذا المبدأ أن التشريع الحديث نزل بالعمل القضائي إلى أدناه في حدود التقرير والغزار والحال أن هدف القضاء هو حسم التزاعات وليس فقط مجرد تطبيق القانون، ونزل التشريع الحديث إلى مستوى الأعمال الإدارية التي لا تتعدى صور المطابقة والملاعنة. صحيح أن العمل القضائي تطور عبر التاريخ وتعددت مجالات التدخل، كما تطورت نظرية الفقهاء للقضاء عموما. ولكن الفقه يكره إجمالا حصر العمل القضائي في إطار التطبيق المجرد لقاعدة القانونية، بل لا بد أن يكون له ذلك الشسح من الاهتمام. والملحوظ أن التشريع التي اعتمدت مثل هذه الطرق الموضوعية في التعويض لم تعتمد جداول تفصيلية بهذا الشكل التي من شأنها أن تحد من حجم التعويض فتجعله غير مكتمل في معظم الصور. ولا تملك المحكمة أن ترتكب أو تنزل بهذه الأرقام إلا في حدود 15 بالمائة⁽¹⁾.

-وثانية هذه النتائج أن التشريع الجديد أسقط جملة المبادئ الموضوعية وأصبح القضاء في حل من مناقشة أهم المسائل الداخلة في قضايا التعويض فالسداد واضح وقائمة المتضررين محددة سلفا وليس من أهمية في التمييز بين الحراسة الواقعية والقانونية أو المسؤولية التعاقدية والتقصيرية أو الجمع أو الخيار بين المسؤولتين أو تغير سبب الدعوى وليس من الممكن التفصي من المسؤولية حتى في صورة القوة القاهرة وقائمة الأضرار وطريقة تقديرها محددة سلفا. إذ يكفي مراعاة ما أورد المشرع بقانون 2005 على وجه الحصر.

-وثالث هذه النتائج أن المسلك الموضوعي الذي انتهجه المشرع يسقط جملة من المبادئ الإجرائية الهامة بما في ذلك حضور التراجع عن طريقة التقاضي ومبدأ الجزائري يوقف المدني ومبدأ حقيقة الجزائري على المدني ومبدأ تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية ولم يبق للأحكام الجزائية الصادرة في أمر الحادث أي أثر على مستوى طلب

مداولات مجلس النواب السبت 30 جويلية 2005، ص 1248، عدد 29.

(1) علي كحلون: حقيقة العمل القضائي، القضاء والتشريع، جانفي 2009، ص 15

في حالة العمد وفي حالة الخطأ الفاحش، لذلك نص الفصل 122 م.ت. جديداً على أنه يقع تعريض متضرري حوادث المرور عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص ومخلفاتها دون إمكانية معارضتهم بخطأ في جانبهم باستثناء الحالة التي يتعمدون فيها إلهاق الضرر بأنفسهم أو الخطأ الفادح الذي لا يمكن تبريره⁽¹⁾.

+ حالة التعمد: وهو أن يتعمد المتضرر إلهاق الضرر بنفسه، كما في صورة الرغبة في الانتحار، فيلقى المتضرر بنفسه أمام السيارة. وهي حالة منطقية يكون فيها المتضرر قد استغرق كامل الأفعال. وهي ليست قاعدة جديدة، فقد سبق لمجلة التأمين أن نصت بالفصل الرابع على أن المؤمن لا يتحمل نتائج الفعل العنصري وكذلك نتائج الفعل المرتكب على أساس التغريب. كما أن العمد يأتي في إطار الأحكام العامة للمسؤولية التقصيرية في باب الأحكام العامة التي تمكّن المسؤول عن الحادث من التفصي الكلي ويرتفع النعلم العمد إلى مرتبة القوة القاهرة والأمر الطارئ المؤذية حنما إلى التفصي من المسؤولية مهما كان أساس المسؤولية⁽²⁾.

(1) إن العمد في المادة الجزائية هو النية المعددة في ارتكاب الجريمة على ما عرفها القانون، فهي القصد في ارتكاب الجريمة. والقصد فيه جانب من العلم والإرادة، فلا ينحصر القصد في جانب العلم فحسب، بل يمتد إلى ما يشمل الإرادة، فهو علم بعناصر الجريمة وإرادة متوجهة إلى تحقيق هذه العناصر أو إلى قولهما. فلا يكفي العلم بالنتيجة، بل لابد من إرادة في التحقيق. وقد قالت نظرية الإرادة في دحض أفكار نظرية العلم في فهمها المعنى القصد على تلك الصورة، أي في اعتقادها على معنى العلم والإرادة معاً في فهم معنى القصد والعمد. والعلم مفهوم ينصرف إلى معرفة ما يشمل جميع العناصر القانونية للجريمة، بحيث يتوازى الغلط بنتيجة العلم. فيتضى العلم الإحاطة بوقائع الجريمة وبخطورة الفعل وبمكان وزمان الفعل وبصفة المجنى عليه عند الاتضاع وتوقع النتيجة ويفترض دوماً العلم بالقانون. وتعد الإرادة نشاطاً تفصياً يتجه إلى تحقيق غرض من طريق وسيلة معينة، فهي ظاهرة نفسية، وهي قوة يستعين بها الإنسان للتأثير على ما يحيط به من أشخاص وأشياء، وهي المحرك لأنواع من السلوك ذات طبيعة مادية تحدث في العالم الخارجي من الآثار المادية ما يشبع به الإنسان حاجاته المعتدلة. فهي نشاط نفسى يصدر عن وعي وأدراك، فيفترض العلم بالغرض المستهدف وبالوسيلة التي يستعمل بها للبلوغ هذا الغرض. ويصر التفكير الإنساني وجوباً بمراحل متعددة انطلاقاً من الإدراك conception ثم التدبر délibération فيزى الشخص الأمر ويتذرّر، ثم تأتي مرحلة ثالثة وهي إمضاء العزيمة في الأمر والثالث، وهله هي الإرادة volition، فإذا العقد لم يرق إلا مرحلة رابعة وهي التنفيذ exécution أي تحقيق الغرض (الركن المادي). وبذلك تختلف الإرادة، باعتبارها نشاطاً تفصياً، عن مفهوم الغرض باعتباره الهدف القريب الذي تتجه إليه الإرادة، وتختلف الإرادة عن الغاية (أو الدافع) باعتبار الغاية هدفاً بعيد التتحقق. وتعد الجريمة بمقصودة سواء كان القصد مباشرةً أو احتفالية، ويكون القصد مباشرةً، مهما كانت درجة، إذا اتجهت الإرادة وقيناً إلى الامتداد على حق يحميه القانون. ويكون احتمالياً إذا توقيع الجاني حصول الفعل وقبل بالمخاطر. وتحتاج كل جريمة إلى قصد عام (علم وإرادة) إضافة إلى القصد الشخصي (علم خاص وإرادة خاصة). ويمكن أن يكون القصد محدوداً أو مخصوصاً بصورة معينة تقع الجريمة على شخص معين بذلك أو غير محدود أي دون تحديد لصورة معينة تقع الجريمة على شخص غير معين بذلك.

كذلك⁽³⁾. ولكن جملة هذه الأفكار لا تسعف الرأي بشيء باعتبار أن الفصل السابع م.أع ما زال على حاله وهو أن «الدعوى الجنائية من حق كل من لحقه شخصياً ضرر ناشئاً مباشرةً عن الجريمة». الواضح أن طلب التعويض من قبل المتضرر غير السائق لا يستند إلى الخطأ الجزائي.

فلم يتدخل المشرع التونسي لتنقيح الفصل 7 والفصل 170 من مجلة الإجراءات الجزائية في اتجاه الإبقاء على اختصاص المحكمة الجزائية حتى في صورة الحكم بعد سماع الدعوى بالنسبة إلى جرائم المجرح والقتل على وجه الخطأ نتيجة حادث مرور وتخويل المحكمة الجزائية بالنظر في تعريض الأضرار المادية، أو القيام بالحق الشخصي أمام الدائرة الجزائية في جميع الصور.

لكن المحاكم سارت على تقبل القيام بالحق الشخصي إذا ثبت فقط علاقة الطلب المدني بالحادث دون الوقوف على حقيقة مقتضيات الفصل 7 م.أع. ولربما بقيت المحاكم متاثرة بمبدأ علوية القضاء الجزائري بالرغم من هذا التنقية الجديد. وقد ساعد المشرع على تبني هذا الاتجاه عندما أبقى على أجل الثلاث سنوات في سقوط الدعوى عن حوادث المرور (125) تكريساً لمبدأ الشعية.

ذلك هو المبدأ بتطبيقاته ونتائجها، ولكنه معجرد مبدأ لا يخلو من استثناءات.
- استثناءات المبدأ: يستحق المتضرر التعويض على معنى التشريع الحديث في جميع الصور ولا يعارض بخطمه، ولكنه يحرم من هذا التعويض الآلي في صورتين:

Dahdouh-Habib: L'indemnisation des victimes d'accident d'automobile : comparaison des droit français et tunisien. Thèse PARIS 1 -1984.

Aussi ,Regard sur quinze ans de jurisprudence en matière de responsabilité du fait des choses inanimées, R.J.L. Juillet 1997 .

Nadhir Ben Ammou : l'évolution récente de la jurisprudence en matière de responsabilité civile, RTD 1996 p.2.

(1) لا يصلح الحكم الغيابي من حيث المبدأ أن يكون أساساً لطلب التعويض طالما أنه معزز للاعتراض، فإذا ما بلغه الاستدعاء شخصياً، وفوت على نفسه آجال الطعن المتعلقة بالاعتراض والاستئناف، أصبح الحكم حينئذ نهايياً تاماً للتنفيذ، وسيجوز بالتالي الاعتماد عليه وإن صدر غيابياً. لكن شرائع القانون يرون كذلك أن الحكم الغيابي يمكن أن يكون سداً لدعوى التعويض وإن لم يبلغ الأستدعاء لشخص المتهم إذا ما ثافت أجل الاعتراض، ويمكن توقيف النظر في صورة إذا اعتبرت المتهم، وهو في نهاية الأمر توسيع لمفهوم صيرورة الحكم بما في نظر الفقه الفرنسي.

ويذكر كذلك أن بعض الشari'at ميزت بين المفعول الجنائي للمحكم التيبالي والمفعول المدني، إذ يقتضي الأجل الاستئنافي - أي إلى حين سقوط العقوبة - ساريما مع الجنائي ويسقط مع الفرع المدني. فيعتمد الحكم الغيابي كأساس للمطالبة الجنائية إذا لم يعترض عليه المتهם. ولا يمكن للقائم بالحق الشخصي تنفيذ الفرع الجنائي من هذا الحكم حسب البعض، لأنه ليس من الأكيد أن يبلغ الإعلام ولو كان بواسطة عدل مقدم شخص المتهم، على جلافي بعض الأراء الأخرى التي تجزي التنبؤ إن وقع الإعلام طبق الطرق الجنائية. يراجع محمد التجمي: التعويض عن الضرر البدني، مطبعة بابرينس 1997.

ولو بصفة جزئية. ويقدر القاضي العناصر المكونة لهذا الخطأ بالاعتماد على الواقع المادي الخاصة بكل حادث حيث إن عناصر التقدير التي يعتمد عليها تختلف باختلاف الظروف والملابسات الخاصة بكل قضية⁽¹⁾.

ذلك هي المسؤولية الموضوعية بمنتهاها وتطبيقاتها وتنتائجها واستثناءاتها، لكن المشرع لم يشأ جعلها عامة في جميع الحالات بل عدل من توجيهه في جملة من الصور الهامة.

2- المسؤولية في حوادث المرور مسؤولية موضوعية معنفة

الحقيقة أن التعديل ليس إلا ظاهرياً وباطنه ليس رجوعاً للقواعد العامة إتسا التأسيس لسياسة تشريعية حديثة يمكن اعتبارها ضمن مدرسة الخطأ الاجتماعي وهي مدرسة موضوعية في نهاية الأمر ترمي إلى وضع مقاييس موضوعية في ضبط الخطأ.

ظاهر التعديل في المسؤولية الموضوعية: -أولاً: جاء بتقرير لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وللجنة المالية والتخطيط والتنمية الجهوية أن الخطبة الإصلاحية تمثل في «إقرار مبدأ الحق في التعريض لفائدة كل شخص تضرر بدنياً نتيجة حادث مرور بصرف النظر عن مسؤوليته باستثناء السائق المسؤول وفي حدود نسبة مسؤوليته. وباعتبر هذا التمشي أكثر إنصافاً باعتبار أن الأضرار اللاحقة بهؤلاء الضحايا هي في حد ذاتها محاسبة كافية عن مسؤوليتهم في الحادث⁽²⁾. وبالتالي فإن السائق المتضرر وعلى خلاف المتضرر غير السائق يعارض بخطه بخصم نسبة مسؤوليته في الحادث من قيمة المبلغ الججملي للتعريض، وهي بمثابة العقوبة المدنية لتصروفات السائق، والمقصود بذلك سائق العربات فقط، فيشتري سائق الدراجات العادية. ولهذا الفرض تعوض الأضرار المادية التي تلحق العربية البرية ذات محرك حسب نسبة المسؤولية غير المحمولة على السائق سواء كانت العربية على ملکه أو على ملك غيره، كما يحرم سائق العربية البرية ذات محرك كلها أو جزئياً وكذلك من يزوّل إليهم الحق عند الوفاة من التعريض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور حسب نسبة المسؤولية المحمولة عليه في الحادث والتي يقع تحديدها وفقاً للمقاييس المتبعة في جدول تحديد المسؤوليات الملحق بهذا القانون. «ففي مقابل توسيع مجال التغطية وحافظاً على مستوى أدنى من المحاسبة الشخصية تم إفراد السائق المسؤول عن الأضرار الحاصلة بضرورة تحمل نتائج أخطائه وذلك لحنه على المزيد من الانتهاء»، وكتيبة حنية لذلك

وقد طالبت لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وللجنة المالية والتخطيط والتنمية الجهوية بتوضيح حول مفهوم «الحق الضرر بأنفسهم» الوارد بالفصل 23 م.ت. جزدي، فأجابت وزارة المالية بأنه يقصد «عبارة «الحق الضرر بأنفسهم»، الضرر العمدي أو القصدي الذي يتعمد أو يقصد المتضرر الحادث بنفسه. ويدخل تقدير العنصر المتعلق بتعمد الحق الضرر بنفسه ضمن مشمولات السلطة التقديرية لقاضي الذي يعتمد في تقديره لذلك الخطأ على جميع الواقع والأدلة التي تكون بحوزته. وتتجذر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه في أغلب الحالات يصعب إثبات العنصر المتعلق بحالة العمد والذي يتعلق في أغلب الأحيان بحالة انتشار وقع إثباتها بواسطة رسالة اعتراف أو شاهد عيان»⁽³⁾.

+ **الخطأ الفاحش:** الخطأ الفاحش هو الخطأ الذي لا يمكن تبريره، فهو ما يوازي اندم الأهلية في التصرف ويرتفق إلى أقصى مستويات عدم الانتهاء فهو عاليه في الغفلة وعدم الاحتياط، وهو خطأ لا يرتکبه أقل الناس حرضاً⁽⁴⁾. وعادة ما يؤدي الخطأ الفاحش المرتكب من المتضرر طبق المبادئ العامة للمسؤولية التقصيرية إلى استغراق كامل الخطأ وبالتالي إلى التفصي الكلي من المسؤولية، كما في صورة رضاء المتضرر بالضرر المفترض بالخطأ الفاحش مثل أن تعاشر الخلية خليلها، فتستغرق كامل الخطأ باعتبار خطتها أكبر بكثير من الخطأ الآخر. ويحرم المسؤول كذلك من التفصي من المسؤولية حتى في صورة شرط عدم المسؤولية⁽⁵⁾.

وقد طالبت لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وللجنة المالية والتخطيط والتنمية الجهوية بتوضيح حول مفهوم الخطأ الفادح في سياق مشروع القانون مع إعطاء أمثلة عملية ومذها بعض عناصر التقدير التي يمكن أن تولد عنها حالات من هذا النوع على معنى مشروع القانون، فأجابت وزارة المالية بأن عبارة «الخطأ الفادح الذي لا يمكن تبريره» تتضمن «عنصرين أساسين ومتلازمين حيث إنه يتوقفهما بما يتم حرمان المتضرر من الحق في التعريض، أولاً يجب أن يكون الخطأ جسماً أي غير مفترض ويمكن أن نسوق على سبيل المثال قيام مترجل بقطع طريق سيارة أو السير داخل نفق مخصص لجولان العربات وثانياً يجب أن يكون الخطأ الفادح هو السبب الوحيد في حصول الحادث والذي لا يتحقق في صورة مساهمة سائق العربية في حصول الحادث

والعمد في معناه المدني ليس بعيد عن هذا المفهوم فهو الإرادة الراضحة في الإثبات بالعمل المعنون.

(1) مداولات مجلس النواب، عدد 29، بتاريخ 30 جويلية 2005، المرجع السابق، ص 1232.

(2) Carbonnier Jean. *Les obligations*, op. cit., p. 274, n° 72.

(3) الفصل 244 م.اع.

(1) مداولات مجلس النواب، عدد 29، بتاريخ 30 جويلية 2005، المرجع السابق، ص 1232.

(2) مداولات مجلس النواب، عدد 29، بتاريخ 30 جويلية 2005، المرجع السابق، ص 1223.

المبيبة في جداول تحديد المسؤوليات حسب نسبة المسؤولية المحمولة بالحادث (123)، وتعوض الأضرار العادلة، التي تبقى خاصة لقواعد العادة، حسب نسبة المسؤولية غير المحمولة على السائق (121). وقد يفهم من خلال ذلك أنّ المشرع لم يشاً إلى ابتعاد عن الإطار العام للمسؤولية القائمة على عنصر الخطأ. وفعلاً أشارت الحكومة من خلال أجوبتها عن تساؤلات لجنة التشريع العام بشيء من هذه، فقد «اتسّ مشروع القانون المعروض بتوسيع مجال التغطية دون اعتبار الخطأ في جانب ضحايا حوادث المرور وذلك بالاعتماد على مبدأ المسؤولية الموضوعية وهو إصلاح سخي بالمقارنة مع النظام الحالي المبني على الخطأ». وفي المقابل، وحفاظاً على مستوى أدنى من المحاسبة الشخصية تضمن التحكم في المخاطر، تم إفراد السائق المسؤول عن الأضرار الحاصلة بضرورة تحمل تائياً أخطائه وذلك لحثه على المزيد من الانتباه..» ويبدو أنّ المشرع ميز بين وضعية السائق المتضرر ووضعية المتضرر غير السائق. فلا يمكن أن يعارض المتضرر غير السائق بخطئه. ولكن الصورة ليست مطلقة، فنعود فكرة الخطأ لتكون عاملة في صورة الخطأ الفادح والخطأ المعتمد. وتبقى فكرة الخطأ قائمة بالنسبة إلى السائق المتضرر، حيث إنّه لا يمكن أن يطلب تعويض الجزء الواقع في إطار خطئه. حتى أنّ فقه القضاء بفرنسا افترض في حالة الشك صورة المتضرر غير السائق، وعلى من يدعى خلاف ذلك الإثبات⁽¹²⁾. ونرى أنّ المتضرر مهما كانت طبيعة لا يمكن أن يعارض بالقولة القاهرة والأمر الطارئ وفعل الغير. وبذلك فإنّ فكرة الخطأ تبقى قاعدة فيأغلب أحكام التشريع الحديث، وهي عودة إلى البداية لا أجد لها مبرراً، بل إنّ المشرع أخذ على عاته تحديد نسبة المسؤولية المحمولة على السائق طبق مقاييس مبيبة مسبقاً بجدول أعد للغرض تأثرت كثيراً بتطور فقه القضاء بفرنسا، في حين أنّ قانون 1985 اكتفى بالفصل الرابع منه بالإشارة إلى أنّ «خطأ السائق من شأنه أن يجعله أو يمنع تعويض الأضرار»، ولا يمكن بحال أن تدفعنا طريقة المشرع في تحديد الأضرار وتحديد طريقة الحساب وغيرهما إلى القول بموضوعية التعويض، لأنّ هناك فرقاً واضحاً بين أسس التعويض وطريقته. فهي معابدة موضوعية للخطأ، أو هو حلول تشريعي في عمل القضاء، وعند ذلك يقف مفهوم الموضوعية في القانون التونسي.

-حقيقة التعديل في المسؤولية الموضوعية: الواضح أنّ المشرع باعتماد مقاييس الجدول في تعديل الخطأ لم يشاً الرجوع إلى التعريف العام في الخطأ، بل اعتبر أفكار المدرسة الاجتماعية في تعريف الخطأ وهي نظرية موضوعية في معابدة الخطأ تنساق جيداً مع اتجاه تحديد مستحقة التعويض وعناصر التعويض وطريقة التقدير.

(1) Cass. 2 ch. civ 16 mai 1994, responsabilité civile et assurances, éditions du juriste-classeur, hors série -décembre 1998 p28. Aussi cass. 2 ch. Civ. 9 juillet 1986 , D. 1987, p. 1.

تقرّز معاشرة أولي الحق في حالة وفاة السائق (المُسؤول) وحرمانهم من التعويض⁽¹⁾. وعند استحالة البَت في تحديد مسؤولية اصطدام بين عربتين أو أكثر لا يمكن لكل سائق أو من يؤول إليهم الحق عند الوفاة، أن يحصلوا إلا على نصف التعويضات المستحقة. وقد اقتربت لجنة التشريع العام والتخطيط العام للإدارة ولجنة المالية والتخطيط والتنمية الجهوية في هذه الصورة أن يكون التعويض كاملاً وليس النصف، غير أنّ وزارة المالية رفضت الطلب وبررت الاتجاه بـ«ما خلّه السائقين المشاركون في الحادث⁽²⁾».

وبذلك يكون خطأ السائق المتضرر فاعلاً في تحديد مقدار التعويض الذي يستحقه السائق وكذلك من يؤول إليهم الحق عند الوفاة، فيعارض الورثة بخطأ السائق، وكان المسؤولية لم تخرج عن أساسها الشخصية المبيبة على الخطأ الشخصي وعلى إمكانية توزيع المسؤولية.

ثانياً: ثم إنّ المشرع التونسي، ورغم تلك النظرة الموضوعية بدا متمسكاً بعناصر الخطأ، فرغم أنه أشار إلى عدم إمكانية معاشرة المتضرر بخطئه أو بالقولة القاهرة، فإنه يرتكب في قوله في عدّة مواطن لبؤر المسؤولية بين المتتدخلين على أساس حجم الخطأ، حيث يعارض المتضررين بالخطأ الفادح (الفصل 122)، وإذا استحال البَت في تحديد مسؤولية الاصطدام بين عربتين أو أكثر لا يمكن لكل سائق أو من يؤول إليهم الحق عند الوفاة أن يحصلوا إلا على نصف التعويضات المستحقة (123) وتحدد المقاييس

(1) آجابت وزارة المالية على سوال تعلق بحرمان أولي الحق في حالة وفاة السائق المسؤول قوله إنّ مشروع القانون المعروض أقسم «بتوسيع مجال التغطية دون اعتبار الخطأ في جانب ضحايا حوادث المرور وذلك بالاعتماد على مبدأ المسؤولية الموضوعية وهو إصلاح سخي بالمقارنة مع النظام الحالي المبني على الخطأ، وفي المقابل وحفاظاً على مستوى أدنى من المحاسبة الشخصية تضمن التحكم في المخاطر moralisation du risque تم إفراد السائق المسؤول عن الأضرار الحاصلة بغضّ ورثة تحمل تائياً خطئه وذلك لحثه على المزيد من الانتباه لذلك فإنه من التائج الحتمي لهذا التميّز حرمان مداولات مجلس التراب، المرجع السابق، ص 1232.

(2) جاء بأجوبة الوزارة أنه «خلال التشريع الحالي الذي يؤسس نظام التعويض عن الأضرار الناتجة عن حوادث المرور على مفهوم المسؤولية المدنية أي أنه لا يحق للمتضرر الحصول على التعويض إلا بعد وجود خطأ في جانب السائق وما يمكن أن يتعذر عن ذلك من تأخير أو حرمان حديد المتضررين من إسناد التعويضات بسبب صعوبة إثبات الخطأ، أثر مشروع القانون تأسيس عملية التعويض على مبدأ المسؤولية الموضوعية الذي يمنع الحق في التعويض لجميع المتضررين (المترجلين، الركاب، سائقين الدرجات العادية) بقطع النظر عن خطأ في جانبهم وذلك باستثناء السائق وفي حدود نسبة مسؤوليته. وبالتالي فإنّ التعويض سيكون كاملاً لمن لهم صفة الغير أمّا اقسام المسؤولية في هذه الصورة فلا يهم سوى سائقى العربات المشاركة في الحادث على أساس اشتراكهم في المسؤولية وبالتالي في التعويض وذلك بهدف تحصيل سائقى العربات مسؤولية الحوادث التي يتسببون فيها».

مداولات مجلس التراب، المرجع السابق، ص 1232.

(التعويض) على الأضرار المادية التي تلحق العربية ذات محرك. و تعرّض تلك الأضرار حسب نسبة المسؤولية غير المحمولة على السائق سواء كانت العربية على ملكه أو على ملك غيره^١. ولا يعني ذلك أنه بالإمكان الرجوع إلى المبادئ العامة في تحديد أساس التعويض، بل تبقى نفس المقاييس معتمدة في ضبط نسبة المسؤولية حسب جدول تحديد المسؤوليات الملحق بالقانون الجديد. فلابد من الرجوع إلى نفس المقاييس في تحديد نسبة المسؤولية، و يمنع من تأسيس الدعوى سواه على أحكام الفصل 82 أو 83 أو 96 م.أ.ع.^(٢) فقط أنه سيقع اللجوء بطبيعة الحال إلى تكليف خبير لتحديد حجم الضرر المادي الذي لحق بالعربة، ليعتمد القاضي في نهاية الأمر جدول المقاييس، فلا يقضي بالتعويض إلا في حدود النسبة غير المحمولة على السائق. فإذا كان حجم الضرر في حدود ثلات آلاف دينار على سبيل المثال، و تحمل السائق مسؤولية نصف الحادث حسب مقاييس الجدول، فلا يمكن أن يطالب بالتعويض إلا في حدود ألف وخمسمائة دينار، كما لا يمكن للمحكمة أن تقضي له أكثر من ذلك، ولا تملك الزيادة في هذا المبلغ، بل إن إمكانية الترفع أو التخفيف في حدود تلك النسبة التي لا تفوق خمسة عشر بالمائة لا تقطن على الأضرار المادية. فقد أشار الفصل 121 م.ت إلى عدم انتطاف ذلك الباب على الأضرار العادلة. والمنتهي في جميع ذلك أنه يلزم في تعويض الأضرار العادلة تأسيس الدعوى على أحكام الفصل 121 م.ت. وليس غير ذلك، ولا تكون قرينة الفصل 96 م.أ.ع. فاعلة وقد تقدم تعين أساس الدعوى وذلك ما قصده الفصل 121 م.ت. في فقرته السادسة عندما أشار إلى أن تلك الأضرار تتعرض «حسب نسبة المسؤولية غير المحمولة على السائق سواه كانت العربية على ملكه أو على ملك غيره». غير أنه وباعتبار أن التشريع الجديد لم يعين طريقة حساب الأضرار المادية، فإنه

بحكم عدم الإمكانية في تطبيق جدول المسؤوليات على مثل هذه الحالات، وذلك هو الاستثناء الوحيد الذي يخرج الحادث من المفهوم الموضعي المشار إليه. ولذلك نص الفصل 123 م.ت على أنه «يحرم سائق العربية ذات المحرك كلها أو جزئياً و كذلك من يؤول إليهم الحق عند الوفاة من التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حادث المرور حسب نسبة المسؤولية المحمولة عليه في الحادث و التي يقع تحديدها وفقاً للمقاييس المتبعة في جدول تحديد المسؤوليات الملحق بهذا القانون».

و تحديد المسؤولية في حوادث المرور التي تكون فيها العربات السائرة على السكك الحديدية طرقاً، طبقاً للشاريع الجنائي بها العمل. و عند استحالة البت في تحديد مسؤولية الاصطدام بين عربتين أو أكثر لا يمكن لكل سائق أو من يؤول إليهم الحق عند الوفاة، أن يحصلوا إلا على نصف التعويضات المستحقة^(٣).

(١) قرار الدوائر المجنحة تحت عدد 59277 بتاريخ 27 ديسمبر 2012، المجلة القانونية، عدد 157/156 مايو 2013، ص. 17. استبعدت الدوائر المجنحة في هذا القرار تطبيق أحكام الفصل 96 م.أ.ع. ولكنها لم تمانع في تطبيق الفصل 83 م.أ.ع. إلى جانب الفصل 121 م.ت.

فقد استقر الرأي أخيراً على اعتبار الخطأ التقصيري هو ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد القسر أو بقصده. وهو في نهاية الأمر الحق ضرر غير مشروع بالغir أو الإخلال بالتزام سابق أو الإخلال بواجب الثقة أو الإخلال بواجب أو الإخلال بالتزام قانوني، وفيه ركن مادي وركن معنوي. ويتمثل الركن المادي في التعدي أو الإخلال بواجب قانوني، وهو في نهاية الأمر انحراف عن السلوك العادي للرجل العادي، لكنه هذا الخروج عن السلوك العادي قد يأتيه الشخص إذا خرج عن الرخصة أو خرج عن حدود الحق أو تعسف في استعماله، كما تقدم. ويتمثل الركن المعنوي في معيار التمييز، على خلاف المدرسة الموضوعية التي تقول بالمسؤولية حتى بالنسبة إلى غير المميز. وبالتالي إذا أدى المستعمل بشكل عام أمراً فيه تعدي لواجب ومن شأنه إلحاق الضرر بالغير، وقامت العلاقة التسببية بين هذا الخطأ وهذا الضرر، تتحقق المسؤولية التقصيرية^(٤).

غير أن مشروع 2005 لم يعتمد تلك المقاييس النفسية في تعريف الخطأ، فلين للقاضي اعتبار الخروج عن الواجب أو الرخصة أو الحق توصلاً لتحديد الخطأ بل يفترض تطبيق المعايير الواردة بالجدول. وذلك هو المعنى الموضوعي للخطأ. فلا تحدّد نسبة المسؤولية المحمولة على السائق طبقاً للمعايير العامة في المسؤولية واجتهاد القاضي بل طبق المقاييس المتبعة بجدول تحديد المسؤوليات، وما على القاضي إلا تطبيق النسب الواردة في ذلك الجدول. وهو حذر من حرية تدخل القاضي واجتهاده وإن بقي أساس مسؤولية السائق هو الخطأ ومدى نسبة تدخله في إلحاق الضرر. بل أكثر من ذلك فإن السائق مثله مثل المتضرر غير السائق لا يعارض بالقوة القاهرة^(٥)، وهي عودة إلى الأسس الموضوعية الكاملة في المسؤولية. ولم يقف القيد من حرية الاجتهاد إلى ذلك الحد، بل تعلّم التشريع الحديث إلى ضبط الأضرار القابلة للتعويض وتحديد قائمة المستحبّين.

ويشمل هذا التوجّه حتى الأضرار العادلة^(٦)، فقد نص الفصل 121 م.ت بالفقرة الأخيرة وقبل الأخيرة على أنه «لا تطبيق أحكام هذا الباب (الباب المتعلق بنظام

(١) يراجع باب الخطأ من حيث التعريف والتطبيقات.

(٢) اعتمدت وزارة المالية تعريفاً واسعاً للقوّة القاهرة في ردها على سؤال تعلق بمنهج القوّة القاهرة قولاً إنّه «يقصد بالقوّة القاهرة كل شيء خارج عن إرادة السائق ولا يستطيع توقيعه أو تنفيذه وقد يكون ناتجاً عن إخلالات مرتبطة بمكونات العربية ذاتها على غرار العطب الفني وانفلات العجلة وعدم صلوچية المكابح حيث تدخلحوادث الناتجة عن هذه الحالات ضمن مجالات تدخل مؤسسات التأمين وبالتالي لا يمكن معارضته المتضرّرين بها».

(٣) مداولات مجلس النواب، المرجع السادس، ص 1233.

(٤) تبقى حوادث المرور الواقعية بين سائق وعربات تابعة للسكك الحديدية خاضعة للمبادئ العامة

فقد اعتمدت بعض القوانين المقارنة حلولاً واضحة في هذا الاتجاه على غرار الفصل 470 أولاً من مجلة الإجراءات الجزائية الفرنسية. وقد ذهب اتجاه محكمة التعقيب الفرنسية في قبول النظر في الدعوى المدنية إلى ضرورة اشتراط إثبات عنصر التسيبة وعدم الالتفاء بعنصر تورط العربة⁽¹⁾، في حين أن الدوائر المدنية تكتفي بعنصر التورط الذي يحمل قرينة مسؤوليته⁽²⁾.

ورتباً يتادر إلى الذهن أن المشرع التونسي سبق أن وضع مثل هذه القاعدة الاستثنائية بالفصل 118 من مجلة الطرق المصادرة بموجب القانون عدد 21 لسنة 1999 المؤرخ في 26 جويلية 1999، حيث جاء مقرراً أنه «في صورة القيام بالحق الشخصي يقع إدخال المؤمن وعند الاتضاع صندوق القسمان لفائدة ضحايا حوادث السيارات في القضية. وتكون المحكمة المتمهددة مؤهلة للبت في الطلبات ذات الصبغة المدنية وخاصة منها ما يتعلق بعقد التأمين». وقد يذهب فقه القضاء في اتجاه استقلالية هذا الاتجاه عن مبادئ مجلة الإجراءات، فيقبل الطلبات المدنية مهما كانت الصورة، لكنه كان يخيّر إيجاد الأرضية الملائمة والحسنة بتعديل مجلة الإجراءات في الاتجاه المطلوب.

ولكن التطبيق ذهب في اتجاه قبول القiam بالحق الشخصي واعتبر الاتجاهات التقليدية تجاوزاً لحقيقة النظام الوارد بقانون 2005. وكثيراً ما تكون حجية الجنائي محل جدل بين المحاكم، والحال أنها خارج إطار النقاش أصلاً.

(1) Cass. Crim. 13 juin 1991, responsabilité civile et assurances, éditions du juris-classeur, décembre 1991 com. 383.

فعلى أساس أحكام الفصل 1-470 من الفصلين 2 و3 من مجلة الإجراءات الجزائية قبلت الدوائر الجنائية تطبيق القواعد الأصلية في الدعوى المدنية تجاوزاً لأحكام الفصلين 1382 و1383، وأمكن لها تطبيق أحكام الفصل 1384 وما يبعد وتطبيق الأحكام الأصلية لقانون 5 جويلية 1985 رغم اعتراضها باستقلاليتها.

Cass.Crim. 7 oct. 1992 Bul. Crim. №307.

ومن أهم القرارات في ذلك أن محكمة التعقيب الفرنسية قالت قiam الزوجة بالحق الشخصي والحال أن زوجها المنضور مازال على قيد الحياة.

Cass.Crim. 9 fév. 1989, éditions du juris-classeur, op.cit.p.61..

وقبلت المحكمة الجنائية تعويض الضرر ولو أن الأساس خارج إطار الفصلين 1382-1383.

Cass.Crim. 4 janv 1995, Ibidem, p.63.

CF.Gassin :Remarques sur l'interprétation jurisprudentielle de l'art 470-1 du code de procédure pénale, Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier, p. 149.

(2) Responsabilité civile et assurances, éditions du juris-classeur, hors série -décembre 1998 p 32. « Si l'objet de l'instance civile est le même que celui de l'instance pénale, l'action civile exercée en application de la loi du 5 juillet 1985 procède d'un fondement juridique autonome distinct de la réparation d'une faute pénale et ne se heurte pas à la l'autorité de la chose jugée au pénal ».

من الممكن أن يقع اللجوء إلى تعين خبير وتعتمد كذلك مقاييس الفصل 107 م.أ.ع: في بيان قيمةضرر المادي وهو ما تلف حقيقة، وهذا ما قصده المشرع عندما أشار بالفصل 121 م.ت. فقرة خاصة إلى أن أحكام الباب الثاني المتعلق بنظام التعويض لا تطبق على الأضرار المادية التي تلحق العربية. وإذا كان التشريع الجديد خلّد مقاييس تحديد نسبة المسؤولية حتى بالنسبة إلى الأضرار المادية التي تصيب العربية، فلم يبق إلا قواعد تقديرها بدأية. ولما كان التشريع الجديد استبعد ذلك الضرر المادي من القواعد المعتمدة في تقديم الأضرار اللاحقة بالأشخاص، فلا شك أنه يمكن تطبيق الفصل 107 م.أ.ع. في كيفية تقدير الضرر، على أن لا يتجاوز التعويض المستحق نهاية حدود النسبة المحددة قانوناً.

والنتيجة في ذلك أن المبادئ الإجرائية العامة في حجية الجنائي على المدني وقاعدة الجنائي يوقف المدني وعدم الرجوع في طريقة التقاضي ليس لها من أثر في دعاوى التعويض عن حوادث المرور الواقعة بعد قانون 2005، فليس من أهمية ترجح في الأخذ بمنطوق الحكم الجنائي لاختلاف معنى الخطأ الجنائي وخطأ المزور على معنى قانون 2005. ورتباً كان الأولى رفض القiam بالحق الشخصي أمام المحاكم الجنائية.

لكن فكرة المشرع في الخطأ تغري فقه القضاء بقبول إجراء القiam بالحق الشخصي من حيث الأصل. والمعروف أن نظر القاضي الجنائي في الدعوى المدنية فيه كغير من الشخصيات، أولها أن الضرر يجد أساسه في الخطأ الجنائي موضوع الجريمة، وثانياً توزع المسؤولية حسب نسبة الخطأ الجنائي. ولكن هذه المبادئ يجد أنها فقدت الكثير من محتواها مع القانون عدد 86 لسنة 2005، فالواضح أنه لا يترك أي مجال للتجزئة إذا لم يكن السائق هو المتضرر (الفصل 122) وإذا رفع السائق دعواه تبقى الإمكانيات في التجزئة قائمة (الفصل 123) على أساس جدول توزيع المسؤوليات وليس على أساس معنى الخطأ الشخصي.

والحقيقة أنه حتى بالنسبة إلى الصورة الأخيرة لا يمكن الحديث عن توزيع المسؤولية بقدر ما يمكن الحديث عن تورط العربية، وهو مفهوم لا يتناسب مع الخطأ الجنائي. والأولى هو ترك النظر مدنياً في غياب قاعدة خاصة تلزم القاضي الجنائي بالتعهد بالفرع الجنائي مهما كانت الصورة، وحتى على فرض أن القضاء الجنائي تعهد بالفرع المدني فإن الأساس ليس توفر الخطأ الجنائي المفضي للضرر وإنما هو مفهوم تورط العربية، ومن المفترض كذلك التخلّي عن الدعوى الخاصة إذا قضت المحكمة بعدم سماع الدعوى في غياب نص خاص يبيّن صرامة على اختصاص الدائرة الجنائية في مثل هكذا صورة.

الفقرة الثانية، المسئولية عن فعل الحيوان

يعد الفصلان 94 و 95 م.أع مما الأساس في المسؤولية عن فعل الحيوان (أ)، وقد بين المشرع من خلالهما شروط هذه المسؤولية (ب) وطرق التفصي منها (ت) وأثارها (ث).

أ-أساس المسؤولية عن فعل الحيوان

نص الفصل 94 م.أع على أن «كل من كان في حفظه حيوان يضمن ما ينشأ من ضرره ولو وقع منه بعد أن انفلت أو ضل مالم يثبت أحد الأمرين :

أولاً : إما أنه اتَّخذ الوسائل الالزام لحراسته أو لتدارك ضرره.

ثانياً : وإما أن الضرر حصل بسبب طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب فعل من لحقة الضرب.

كما نص الفصل 95 م.أع على أن «مالك الأرض أو مستأجرها أو حائزها لا يضمن ضرور الحيوانات الموجودة في أرضه سواء كانت ضاربة أو أهلية إن لم يكن سعي في

جلبها أو في بقائها بالمكان لكنه يضمن في صورتين :

أولاً : إن كان في أرضه مأوى للحيوان أو غابة أو بيت نحل أو زريبة ل التربية أو حفظ

بعض حيوانات معدة للتجارة أو للصيد أو للأكل.

ثانياً : إن كانت أرضه معدة للصيد خاصة».

وتدل القواعد العامة على أن المسؤولية التقصيرية إما أن تستند إلى الخطأ وقد يكون هذا الخطأ مثيناً أو مفترضاً وإما أن لا تستند أصلاً إلى الخطأ فيكون السندي إما تحمل التبعية أو قرينة المسؤولية.

-**الخطأ المفترض:** ويمكن القول مبدئياً إن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ وليس أي خطأ بل هو خطأ في الحراسة والحفظ وهو إفلات الحيوان من سيطرة الحراس وهو خطأ مفترض بجانب الحراس بدليل أن الحراس يامكانه أن يدفع عنه المسؤولية بإثبات أنه «اتَّخذ الوسائل الالزام لحراسته أو لتدارك ضرره». ومودي ذلك أنه بمجرد وقوع الضرر يتحمل المسؤول وهو الحافظ عبء الإثبات لرد الدعوى فالافتراض هو الخطأ في الحراسة. ولا يطلب من المتضرر إثبات هذا الخطأ.

-**قرينة المسؤولية:** غير أن الصيغة الواردة بالفصل 94 م.أع. تذكر بالصيغة الواردة بالفصل 96 م.أع في المسؤولية عن الأشياء الجامدة والمتعلقي أن يعتمد نفس الاجتهد بالفصلين. وقد آل الأمر بالفصل 96 م.أع إلى القول بقرينة المسؤولية بعيداً عن افتراض الخطأ في الحراسة ومؤذناً أن يصعب التفصي من المسؤولية إن لم يكن مستحيلاً وأن لا تقبل تجزئة المسؤولية بدليل أنه لا يمكن لأي شخص أن يثبت أنه فعل كل ما يلزم لتدارك الضرر، ولذلك فإنه يتعمّن مراعاة التطور الحاصل في باب المسؤولية الشائنة بشكل عام.

كما أن المحاكم ظلت طويلاً متربدة في تطبيقاتها بين الأحكام العامة والأحكام الخاصة الواردة بقانون 2005 في تعويض الأضرار المادية، أي تطبيق الفصل 121 م.ت. أو الفصلين 82 و 96 م.أع. إلى أن اعتمدت الدوائر المجتمعية رأياً واضحاً أخيراً باعتمادها مضمون الفصل 121 م.ت. ومع ذلك بقيت المحاكم الأصل متمسكة بالأحكام العامة وهي رأي بعيداً عمّا أراده المشرع.

والخلاصة في جميع ذلك أن المشرع التونسي كان متأنياً بالاتجاه الموضوعي في صياغته لأحكام قانون 2005 فلم يترك عنصراً دون ضبط وتحديد ولم يترك المعالجة على المستوى الشخصي قائمة بل تعداها إلى اعتبارات موضوعية واقعية خارجة عن دائرة الاختلافات الشخصية وأتى بحلول موضوعية لكل التزادات المتعلقة بحوادث المرور من حيث الأساس والأطراف ونوعية الأضرار وكيفية التقدير وحرص على بيان الطريق الحسالية في أغلب النقاط التي لها علاقة بحساب مبلغ التعويض. وكانت غايتها تحقيق القدر الأدنى من التعويضات للمتضررين مع ضمان المحافظة على مالية شركات التأمين. وليس في ذلك خروج عن التطور العادي للمنظومات القانونية، فقد بدأ التطور بنوع من الشخصية وانتهى إلى نوع من الموضوعية. ولشن ارتدت بعض المدارس إلى البداية وأخذت الأخرى بنوع من الاختلاط فإن حوادث المرور حافظت على توجه الموضوعية إذ الهدف الأساسي ليس مراجعة الخطأ بقدر ضمان التعويض دون إفال كاهل مؤسسات الضمان. وقد ظهر جلياً أن الخروج من أزمة التعويض يمكن في اعتماد آليات تقنية دائمة مع تبني مكاسب التطور. وقدر المدارس الفقهية في تطورها من الشخصية إلى الموضوعية ومنها إلى نوع من الاختلاط وإن غلت فكرة الموضوعية الاجتماعية. وقد لا تكون لنا الخبرة في أمورنا. وأميل إلى نوع من الحتمية في صياغة القواعد الجديدة. فهي معايرة لمحاكمات التطور السليم والعادي ومواكبة للتحولات الحديثة في نظام التعويض بشكل عام.

ولكن المشرع لم ينجح في ضمان هذا التوازن الصعب، حيث كانت الأحكام الموضوعية في أغلبها غير دقيقة وربما متشعبة في بعض مضامينها ولجهأ المشرع إلى اعتماد جانب من الشكليات والأجال كان في غنى عنها إذ الأصل أن يستجيب الشكل بوجه عام لضغط التطور ويعتمد كآلية منته ويسهلة ومحركة لضمان الحق لا أن يسقطه أو يطله. وقد صيغت الأحكام الجديدة في اتجاه وقف حركة الاجتهد بل ربما في اتجاه الضغط على مقدار التعويض أكثر من ضمان التعويض للمتضررين وتلك هي حقيقة الموضوعية في قانون 2005، فهي موضوعية معدلة ذات أهداف ذاتية. والواضح أن المشرع مدعواً للتدخل من جديد لمراجعة بعض الأحكام خاصة وأنه أصبح من الممكن في هذه الأيام الحديث عن التأمين التكافلي.

-المخطر المستحدث: على أنه من الصعب تأسيس الفصل 94 م.أع على نظرية التبعية وهو المخطر المستحدث، فالخطر يبقى قائماً مهماً كانت الصورة، ولذلك فإنه على كل من كان يتغى بالحيوان ضمان الضرر الذي يتسبب فيه والخروج بالضمان أي من له النها فعلية التوا⁽¹⁾. حيث إن الفصل 94 أبقى على معنى الحفظ والحراسة وتحول الشخصي بإثبات سبق اتخاذ الوسائل الالزمة أو القوة القاهرة وهي مفاهيم لا تتناسب مع نظام التبعية في المسؤولية⁽²⁾.

ولهذا الغرض فإن الأساس الصحيح للمسؤولية عن فعل الحيوان حسب الفصل 94 هو الحال المفترض مع مراعاة التطوير الحاصل في مادة المسؤولية الشائعة بوجه عام.

ب- شروط المسؤولية عن فعل الحيوان

توفر المسؤولية عن الحيوان بتعيين الحارس وهو الجهة المسؤولة(1) وإحداث الحيوان ضرر لغير(2).

1- الحفظ هي مسؤولية الحيوان

-تحديد معنى الحفظ: الحفظ أو الحراسة هو جهة الإداره والتوجيه والرقابة للحيوان. فكل من يملك إدارة الحيوان ورقبته وتوجيهه يمكح حارساً للحيوان ولذلك نص الفصل 94 م.أع في أوله على أن «كل من كان في حفظه حيوان». والأمر سيبان سواء كانت هذه الحراسة مشروعة أو غير مشروعة بيد المالك الحقيقي أو غيره المهم أن تتحقق أركانها.

-تحديد معنى الحافظ: والأصل أن المالك هو الحارس للحيوان ويبقى المالك هو الحارس حتى ولو انفلت الحيوان أو ضلل عن صاحبه أو كلف الغير بشؤون الحيوان إذا لم تكن له نية ترك الحراسة كما في صورة أن يكلف راعي أو سائق للحيوان أو مراقب. أما إذا نقل الحراسة إلى الغير بنية تركها أو انتزعت منه قوته أو لو يكن على علم فإن الحراسة تنتقل إلى الغير. وتنتقل حراسة الحيوان بنية تركها إذا توفر العقد بين المالك والغير ويكون الحيوان موضوع هذا العقد بشكل من الأشكال كما في صورة الكراء

(1) الفصل 554 م.أع.

(2) ذهبت التطبيقات الفرنسية أخيراً بحسب عبارات الفصل 1385 من المجلة المدنية وجائب من الدول العربية مثل لبنان (المادة 129 من قانون الموجبات) إلى القول بأساس التبعية بالرغم من ذكر مفهوم الحراسة بذلك الفصول وأعتبر الحارس هو الجهة المنوولة لا غير وهو الشخص الذي له إدارة الحيوان والرقابة والتوجيه وليس للقول بافتراض الخطأ. وقد ذهبت التطبيقات الفرنسية في بدايتها إلى معنى الخطأ المفترض أي التقصير المفترض في حراسة الحيوان وهي النظرية التقليدية التي ظلت منطقية إلى أن انحاز التطبيق إلى معنى المخطر المستحدث وهي نظرية موضوعية في المسؤولية.

خليل جريج: المرجع السابق، ص 286 وما بعد.

عبد الرزاق السنهوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 1052 وما بعد.

للعمل أو الإعارة أو كراء الحيوان للسباق أو تسليم الحيوان للعلاج أو إصلاح بعض شئونه وإذا سرق الحيوان تنتقل الحراسة إلى السارق وإذا أخذ الحيوان بدون علم أو موافقة المالك انتقلت الحراسة إلى من أخذه عنوة، ولهذا الغرض نص الفصل 95 م.أع على المالك والمستأجر والخائز.

والحقيقة أن هذه المفاهيم ليست إلا التطبيقات السليمة لمعنى الحراسة الفعلية التي تأخذ بمعنى الإداره والتوجيه والرقابة أي السيطرة الفعلية على الحيوان وهو ما يختلف بطبيعة الحال عن مفهوم الحراسة القانونية التي ترد الحفظ للمالك دوماً وهو مفهوم يتماشى مع التطبيقات الموضوعية للحراسة، هذا المفهوم الذي لم يعتمد بالفصل 94 م.أع.

2- إحداث الحيوان للضرر

-الحيوان: يدخل في باب الفصل 94 م.أع جميع الحيوانات مهما كانت طبيعتها مائية أو أرضية أو هوائية، وحشية أو آلية. ولا يشترط أن يكون الحيوان بأرض المالك بل إن الحارس ضامن ولو انفلت الحيوان أو ضلل من صاحبه.

والبداية أن جميع الحيوان الموجودة بالأرض مهما كان نوعها تعد في حراسة المالك الأرض أو مستأجرها أو حائزها إن كان في أرضه مأوى للحيوان أو غابة أو بيت نحل أو زريبة لتربية أو حفظ بعض حيوانات معدة للتجارة أو للصيد أو للأكل أو إذا كانت أرضه معدة للصيد خاصة.

وفيما زاد على ذلك من الصور لا يضمن الحارس ضرر الحيوانات الموجودة في أرضه سواء كانت ضاربة أو أهلية إن لم يكن سعي في جلبها أو في بقائها بالمكان. لذلك نص نص الفصل 95 م.أع على أن «مالك الأرض أو مستأجرها أو حائزها لا يضمن ضرر الحيوانات الموجودة في أرضه سواء كانت ضاربة أو أهلية إن لم يكن سعي في جلبها أو في بقائها بالمكان لكنه يضمن في صورتين:

أولاً: إن كان في أرضه مأوى للحيوان أو غابة أو بيت نحل أو زريبة لتربية أو حفظ بعض حيوانات معدة للتجارة أو للصيد أو للأكل.

ثانياً: إن كانت أرضه معدة للصيد خاصة.⁸

-الضرر: لا تتوفر المسؤولية عن الحيوان إلا إذا كان الضرر قد حدث بفعل الحيوان. وقد يتمثل الضرر في الجرح أو القتل أو المرض أو العدوى أو الإنلاف أي يجوز أن يكون الضرر قد حصل على الذات أو المكاسب.

ولا يتحقق الضرر بفعل الحيوان إلا إذا نسب للحيوان فعل إيجابي وهي مسؤولية عن الأشياء المتحركة وغير الجامدة بالأساس، فليس من مسؤولية الحيوان في شيء

ولا يمكن في نهاية الأمر للحارس أن يتعقّل كلياً من المسؤلية إلا بقطع العلاقة السببية بينه وبين الضرر حصل بسبب طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب فعل من لعنة الضرر وهي حالات تردد إلى مفهوم القوة القاهرة بشرطها الاستحالة وعدم التوقع.

ثـ-آثار المسؤولية عن فعل الحيوان

المسؤولية عن الحيوان هي مسؤولية أصلية يتحملها الحارس لوحده وليس له رجوع، ولكنها مسؤولية مفترضة فقط لفائدة المتضرر فهو المستفيد لوحده من الافتراض القانوني وهو الغير على وجه التحديد.

إذا ثبتت الحارس أن الغير غير المتضرر قد تدخل بطريقة أو أخرى في دفع الحيوان للحادق الضرر فإنه يمكن للحارس أن يرجع على هذا الغير طبق القواعد العامة في المسؤولية.

أما الضرر الذي يصيب الحارس ذاته أو الحيوان نفسه فليس فيه افتراض، فإذا وقع الضرر على الحارس نفسه ولم يكن المالكاً فإنه لا يعود على المالك الحقيقي إلا إذا ثبت خطأ بجاهة طبق القواعد العامة، وإذا هلك الحيوان ذاته وكان الحارس غير المالك ليس للمالك المطالبة بالتعويض إلا طبق المبادئ العامة.

الفقرة الثالثة، المسئولية عن البناء

بعد الفصلان ٩٧ و ٩٨ م.أ.ع مما الأساس في المسؤولية عن البناء (أ)، وقد بين المشرع من خلالهما شروط هذه المسؤولية (ب) وطرق التفصي منها (ت) وأثارها (ث).

أـ أساس المسؤولية عن البناء

نص الفصل ٩٧ م.أ.ع على أن «مالك ريع أو بناء مطلقاً عليه ضمان الضرر الناشئ من انهدامه أو سقوط بعضه لقدمه أو لعدم القيام بحفظه أو لخلل في بنائه وهذا الحكم يجري في سقوط ما كان تابعاً للبناء كالأشجار والمعدات اللاحقة بالأبنية وغيرها مما يلحق بالأصل بحكم الشبيهة وإذا كانت الأرض لمالك والأناقض لغيره فمالك الأنماض هو المطلوب بالضرر. وإذا كان القيام بحفظ البناء على شخص آخر دون المالك يموجب عقد أو غيره من الحقوق كالاستغلال فالضمان عليه، وإن كان في الملك نزاع فالضمان على من كان بيده، غير أن القيام بتعويض الضرر في الأحوال المقررة آنفاً لا يقبل إلا بعد التتبّيه على مالك العقار وإنذاره عند وجود خطر ظاهر».

كما نص الفصل ٩٨ م.أ.ع على أنه «إذا توقع صاحب محل انهدام بناء مجاور له أو سقوط بعضه وكان تخوفه مبنياً على أسباب معتبرة فإنه يلزم مالك البناء أو من وجب عليه حفظه على مقتضى الفصل ٩٧ أن يتخد الوسائل الالزمة لمنع الضرر».

إذا تضرر الشخص بجهة حيوان ميت، ولا يعني ذلك أن يشترط التلامس بين المتضرر والحيوان بل قد يحدث الضرر نتيجة الهروب من الحيوان دون تلامس. ولكن ما يشترط في ذلك أن يكون الحيوان حياً، ولا يشترط أن يكون الحيوان بيد الإنسان حيث يستوي الأمر إن كان بيد الإنسان أو غيره، فقد انشغل الفقه والقضاء طويلاً بفعل الإنسان وفعل الحيوان وكان يعتقد في المسؤولية الشخصية إذا كان الحيوان بيد الإنسان ثم سرعان ما انحرف التطبيق إلى المسؤولية عن الحيوان حتى لو كان الحيوان بيد الإنسان، والاختلاف بين بين الأنظمة فالمسؤولية الشخصية مثبتة والمسؤولية عن الحيوان مفترضة.

ولاتقوم المسؤولية عن الحيوان طبق الفصل ٩٤ م.أ.ع إلا إذا كان الغير هو المتضرر أي أن المتضرر هو غير الحارس ويمكن أن يكون المالك هو المتضرر نفسه إذا انتقلت الحراسة إلى الغير طبق الماقنون، أما إذا كان المضرور تربطه بالمالك علاقة تعاقدية كما في صورة أن يعتمد الحيوان في التقل في هي مسؤولية تعاقدية وليس تقصيرية إذا حدث الضرر للمتقنول.

تـ-طرق التفصي من المسؤولية عن فعل الحيوان
المسؤولية عن الحيوان مسؤولية مفترضة فلا يثبت المتضرر خطأ الحارس بل يجب أن يثبت صفة الحارس وأن الضرر حدث بفعل الحيوان. فإذا ثبت المتضرر تلك الأركان اتقلب عباء الإثبات على الحارس. ولا يمكن للحارس أن يفتش إلا إذا ثبت أنه اتخذ الوسائل الالزمة لحراسته أو لنذرتك ضرره أو أن الضرر حصل بسبب طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب فعل من لعنة الضرر. ولذلك نص الفصل ٩٤ م.أ.ع على أن «كل من كان في حفظه حيوان يضمن ما ينشأ من ضرره ولو وقع منه بعد أن انفلت أو أضل ما لم يثبت أحد الأمرين :

أولاً : إما أنه اتخذ الوسائل الالزمة لحراسته أو لنذرتك ضرره.
ثانياً : وإما أن الضرر حصل بسبب طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب فعل من لعنة الضرر».

غير أنه من المستحب إثبات أن الحارس اتخذ الوسائل الالزمة لحراسته أو لنذرتك ضرره، فكلما وقع الضرر إلا وأعتبر أن الحارس كان مخللاً بواجب الحراسة وبذلك كان أساس الفصل ٩٤ م.أ.ع هو الخطأ المفترض غير القابل للدليل العكسي أي أنه لا يمكن للحارس إثبات عكس الخطأ المفترض، وبالتالي لا يمكن القبول بالإثبات الجزنوي توصلنا لتجزئة المسؤولية كما هي الصورة بالنسبة إلى المسؤولية عن الأشياء الجامدة بالفصل ٩٦ م.أ.ع، ومن هذه الناحية كان الممكن الحديث عن قرينة المسؤولية.

غير أنه من الصعب تأسيس هذه المسؤولية على أحكام التبعة إذ المسؤولية ارتبطت بالمالك ويضرورة أن يخل الضامن بحفظ البناء وليس بمجرد الانتفاع ولو أن الفصل 97 م.أع استعمل مفهوم الضمان وهو مفهوم موضوعي.

على أن الحافظ لا يمكن له أن يتضمن إثباتات الدليل العكسي أي إثباتات أنه لم يخطئ في الحفظ. وعلى ذلك الأساس تقوم هذه المسؤولية مبدئياً على الخطأ المثبت من جانب المدعى في حدود ضرورة إثبات سبق الإنذار وتتوفر صورة من صور الفصل 97 م.أع أي قدم البناء وعدم العناية به والخلل في البناء ويجوز للمالك مناقشة هذه الأدلة فإن ثبتت الشروط الأولية قامت قرينة الخطأ ولا يمكن للمالك ردتها إلا بإثبات القوة القاهرة.

بــشروط المسؤولية عن البناء

تقوم المسؤولية عن البناء إذا تعين الحافظ ووقع الضرر الناشئ عن البناء، وهي الشروط الأصلية (2) ولكن المسؤولية عن البناء لا تقوم بداية إلا بتوفير شروط أولية بها جانب من الإجراء (1).

1. الشروط الأولية في المسؤولية عن البناء

تميز المسؤولية عن البناء بقاعدة إجرائية هامة وهي ضرورة إعلام المالك وإنذاره قبل رفع الدعوى وإمكانية إلزام المالك باتخاذ الوسائل الالزمة لمنع الضرر وضرورة إثبات انهدام أو سقوط البناء بسبب عدم الصيانة أو مجرد خلل في البناء.

-**ضرورة الإنذار المسبق لرفع الدعوى:** المعلوم أن المسؤولية القصصية لا توجب إجمالاً الإنذار المسبق لقيامها وهو شرط أساسي في المسؤولية التعاقدية⁽¹⁾. غير أن المسؤولية عن البناء تتميز بهذا الشرط الأولى وهو من تطبيقات القضاء الفرنسي، لذلك نص الفصل 97 م.أع في آخره بعد أن حدد الشروط الموضوعية لهذه المسؤولية على أن «القيام بتعويض الضرر في الأحوال المقررة آنفاً لا يقبل إلا بعد تبنته على المالك المقار وإنذاره عند وجود خطر ظاهر». والواضح أن المدعى ملزم بداية بإنذار المالك أو من يقوم مقامه بالخطر فقط إذا كان هذا الخطر ظاهراً، معنى ذلك أنه لا يستوجب الإنذار إذا كان السبب عيناً داخلياً. وليس لهذا الإجراء من علاقة بالإجراءات الأساسية على معنى الفصل 14 م.م.م.ت بل هو إجراء له علاقة بمصلحة الخصوم يجوز للمدعى أن يستنكث به لردة الدعوى وليس للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها⁽²⁾.

وبلاست أن جذور الفصلين تعود إلى القانون الروماني وإلى تطبيقات فقه القضاء بفرنسا. فقد كان الرومان يخصّون البناء بحكم خاصٍ لذلك ورد هذا الحكم بالمجلة المدنيّة الفرنسية إذ لا فائدة من التنصيص على حالة البناء والحال أنه بعد تعرضاً ضمّن الأشياء الجامدة التي يمكن تناولها في باب المسؤولية الشيشية على وجه الإجمال، وقد أضاف فقه القضاء الفرنسي ضرورة أن ينذر المدعى الضامن بوجود الخطأ وأن يلزمه بمنع حصول الضرر قبل حصوله.

والحقيقة أن العقار كان هو أساس الثروة ومحور التنظيم الاقتصادي إلى أجل قريب قبل أن يحدث الانتقال من النظام الإقطاعي إلى النظام الرأسمالي فتكون الغلبة للعقود على حساب العقارات، فلا غرابة إذن أن يخصّص العقار بأحكام خاصة وقد جاءت الصياغة قبل فترة الانتقال.

وقد أسس الفرنسيون المسؤولية عن البناء في البداية على فكرة الخطأ المفترض إذ من المفروض أن يقوم المالك بحفظ البناء ورعايته الرعائية التامة حتى لا يسقط فإن وقع الضرر يكفي المتضرر أن يثبت الضرر بشرط أن يسبق إنذار المالك إذا كان الخطأ ظاهراً. غير أن فقه القضاء تطور في اتجاه تأسيس هذه المسؤولية على فكرة التبعة خاصة في صورة إذا كان هلاك العين يعود إلى خلل في البناء وأمكن للمحاكم إلزام حتى الصغير غير التميّز، ولا يمكن بالتالي للمالك أن يتضمن من المسؤولية إلا إثبات القوة القاهرة أو ما هو في حكمها.

وقد انتقل هذا الحكم بمجلة الالتزامات والعقود سنة 1906 وبقي الفصلان دون تغيير إلى أن أعيد تنظيم بعض الأحكام من المجلة بموجب القانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 فأدرك المشرع الفصلين بتحسين الصياغة وألغى فكرة أن يكون الإنذار المشار إليه طبق العرف التونسي وتمسك بضرورة الإنذار لا غير إذ من المفروض أن يرجع إلى مجلة المرافعات المدنية وتحديداً بالفصل 5 منها لمعرفة طريقة الإنذار التي تفع عادة بواسطة عدل تنفيذ.

وقد أوردت المجلة تفصيلات هامة في شأن هذه المسؤولية، فقد وضعت بداية جملة من الإجراءات الوقائية تمثل في الإنذار المسبق فعلى المتضرر إثبات أنه سبق إعلام المالك بضرورة رفع الخلل خاصة إذا كان ظاهراً وأن الصور التي أوردها الفصل 97 م.أع قد وقعت فعلًا وهو ما يفيد أن الحافظ للبناء محل في حراسته بعد العناية بالبناء العناية الكافية وهو ما يفيد قطعاً أن مسؤولية الحافظ تأسس ضرورة على فكرة الخطأ، وهو النقص في العناية بالبناء المهدى، وهو مجردة خطأ مفترض.

(1) الفصل 268 وما بعده م.أع.

(2) علي كحليون: البطلان الإجرائي، القضاء والتشريع، جانفي 2009 ص 15 وما بعده.

لسيه الخفي، فالمحمول على المدعى في الدعوى أن يثبت هذه الأركان الأولية ذلك أن الافتراض في المسؤولية عن البناء لا يشمل هذه العناصر، وعلى ذلك سار التطبيق، فلا يكتفي المتضرر بإثبات صفة المسؤول والضرر والعلاقة السببية بل لا بد من إثبات هذه الشروط الأولية.

2 - الشروط الأصلية في المسؤولية عن البناء

تقوم المسؤولية عن البناء إذا تعيين الحافظ ووقع الضرر الناشئ عن البناء.

- الضامن في المسؤولية عن البناء: الضامن في المسؤولية عن البناء هو المالك مبدئياً. وقد نص الفصل 17 م.ح.ع على أن « الملكية هو الحق الذي يخول صاحب الشيء وحده استعماله واستغلاله والتغويت فيه ». كما نص الفصل 18 م.ح.ع على أن « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلا ما استثناه القانون والاتفاق » وأشار الفصل 19 م.ح.ع إلى أن « المالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وفيما تصبه به ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك ». وتبرز هذه الفصول عناصر حق الملكية وخصائصه ونطاقه.

فالاستعمال والاستغلال والتصرف هي العناصر الثلاثة في الملكية⁽¹⁾، فلا تقوم الملكية إلا بقيام العناصر الثلاثة، فقد تراخي أعمال التصرف أو أعمال الاستعمال والاستعمال أو تقطع مدة معينة ولكنها لا تقطع على وجه الدوام، وقد يتقطع المالك طوعاً عن معاشرة أعماله لكنه يبقى دوماً من الممكن معاشرة تلك الأعمال.

والاستعمال usage أن يستعمل المالك العقار حسب طبيعته، فإن كان بيتاً سكنه وإن كان حفلاً تترّه فيه أو حرثه. وأعمال الحفظ والصيانة من الاستعمال، فتبين الصيانة ورفع المياه عنها من الاستعمال، وإحاطة العقل وحفظ حدوده من الاستعمال. ويتعرّز استعمال المالك عن استعمال صاحب حق الانتفاع أو المستأجر، لأنهما ملزمان بحفظ العين من الهلاك، على عكس المالك، فيتحقق له استعماله بأي طريقة ولو أدى الأمر إلى هدمه أو هلاكه شرط احترام جملة الضوابط القانونية. كما يجوز له أن يترك العقار دون أن يستعمله ومع ذلك لا يفقد ملكيته، إلا إذا قامت حيازة مضادة بطبيعة الحال، ولكن المبدأ يبقى قائماً وهو أن المالك بإمكانه أن يستعمل ملكه كما يجوز له إيقاعه دون استعمال، ويمكن له حفظه وصيانته كما يجوز إهماله أو عدم صيانته.

(1) وكان الرومان يعبرون عن ذلك بالمصطلحات التالية: usus-fructus-abusus. فينصرف مصطلح usus إلى مفهوم الاستعمال وينصرف مصطلح fructus إلى مفهوم الاستغلال وينصرف مصطلح abusus إلى حق المالك في التغريب والترمن والكراء وغير ذلك من الأعمال بما في ذلك حق إفادة وإتلافه، نظراً للطبيعة المطلقة لمفهوم الملكية بالقانون الروماني.

Patrice Jourdain : Les biens, DALLOZ, 1995, p.43 et suiv.

ولم يحدّد الفصل طريقة الإنذار وقد كان الفصل قبل تحسين صياغته سنة 2005 ينص على أن الإنذار يجب أن يقع طبق المواثق التونسية أي العرف المعتمد به. ولذلك فإنه من الممكن أن يقع طبق موجبات مجلة الإجراءات المدنية بواسطة عدل تفيف وإذا وقع بهذه الطريقة فلا بد من مراعاة أحكام مجلة الإجراءات في الإعلام والتبلیغ⁽¹⁾، ولتكن من الجائز أن يقع بطريقة أخرى بما في ذلك الطرق الإلكترونية شرط أن يقع إثبات وفوع الإنذار عند الاقتضاء.

والخلاصة أنه إذا كان العيب ظاهراً وغفل المتضرر عن إنذار المالك أو من يقوم مقامه وتمسك المدعى عليه بضرورة سبق الإنذار رفضت الدعوى وجوباً دون المخوض في الأصل. ولكن المتضرر يمكن مسبقاً أن يلزم المالك كذلك باتخاذ الوسائل الازمة لمنع الضرر.

- إلزام المالك باتخاذ الوسائل الازمة لمنع الضرر: نص الفصل 98 م.أ.ع على أنه « إذا توقيع صاحب محل انهدام بناء مجاور له أو سقوط بعضه وكان تخوفه مبنياً على أسباب معتبرة فله أن يلزم مالك البناء أو من وجب عليه حفظه على مقتضى الفصل 97 أن يتخذ الوسائل الازمة لمنع الضرر ». ويدو هذا الفصل مستقلاً عن دعوى المسؤولية في حالة وقوع الضرر، فقد خص المشرع البناء بحكم خاص يسمح للجبار إذا تخوف من انهدامه مستقبلاً وتتوفرت لديه الحجة على صدق أقواله بأن تكون له أسباب معتبرة أن يلزم الجبار باتخاذ الوسائل الازمة لمنع الضرر أي بآذن يقون بالإصلاحات الضرورية أو بالصيانة الازمة التي يمكن أن تمنع حصول الضرر، ويمكن للمحكمة أن تسمح للجبار بالقيام بنفس أعمال الصيانة والرجوع على المالك أو على من وجب عليه الحفظ. وإذا كان الأمر فيه شيء من الاستعجال يمكن التصریح باختصاص القاضي الاستعجالي بالإضافة بما يلزم.

والواضح أن الفصل 98 م.أ.ع ليس له علاقة بالمسؤولية عن الانهدام أو سقوط البناء بل له علاقة بالتوكى من الخطير المحدث وهي قاعدة وضعت لحماية مصالح الأجراء وليست لفائدة الجميع. ولكن علاقتها بالفصل 97 م.أ.ع في أن الدعوى لا يمكن أن ترفع إلا على المالك أو على من وجب عليه الحفظ طبق الفصل 97 م.أ.ع وهي دعوى وقائية.

- إثبات المدعى للشروط الأولية: ميزة الفصل 97 م.أ.ع تكمن كذلك في ضرورة أن يثبت المدعى في دعوى الضرر العناصر الأولية في المسؤولية وهي أن يثبت المدعى في الدعوى انهدام البناء أو سقوط جزء منه بسبب عدم الصيانة وليس له أن يثبت خلل البناء

(1) الفصول 5 إلى 10 م.م.م.ت.

والاستعمال، ولا تكتمل الصورة إلا بالنسبة إلى المالك. وهو حق مانع exclusif أي أن تكون الملكية قصرية، فيمنع على غير المالك استغلالها، ويعني أن يكون الشيء مملوكاً لطرفين في نفس الوقت، ففي ذلك معنى للاحتكار، وهو احتكار من نوع خاص لأنه ينصرف إلى كامل تلك العناصر في الملكية. وهو حق دائم perpetuel لا يقترب بأجل الملكية باقية حتى في نقلتها la propriété se perpétue en se transmettant، ومع عدم استعمالها، فلا يطالها السقوط بموروث الزمن على خلاف الحقوق العينية المترفرعة مثل الانتفاع والارتفاق التي تزول بعدم الاستعمال⁽¹⁾، فجميع الحقوق الأخرى تعد حقوقاً مؤقتة باستثناء حق الملكية فهو حق دائم، لذلك كانت الدعوى الاستحقاقية التي تحميه لا تقاد بموروث الزمن. ولكن ذلك لا يمنع من سقوط الملكية بوقوع الحيازة المضادة، يعني أن هذه الحيازة تعد بدورها ناقلة للملكية، فلا تسقط مفهوم الدوام في حق الملكية اللهم إلا إذا افترضنا هلاك العين وإندثاره مطلقاً. فهو حق دائم في نهاية الأمر لأنه حق لا يصح فيه الأجل⁽²⁾ ولا يسقط بعدم الاستعمال وينتقل إلى الغير. وهو حق مطلق *absolu*، يعني أن يتصرف المالك في ملكه كيفما شاء ومتى شاء وبالكيفية التي يريد لها دون قيد.

(1) ومع ذلك يمكن الإشارة إلى بعض الصور الغيرية التي أوردها المشرع حديثاً بالقانون عدد 90 لسنة 2005 المؤرخ في 3 أكتوبر 2005 (الراي الرسمى للجمهورية التونسية عدد 79 بتاريخ 4 أكتوبر 2005 من 2773) المتعلّق بالمتبرّهات الحضرية فيما يتعلق بحقوق صاحب حق الزمة حيث نص الفصل الخامس منه على ما يلي: «يشأ لصاحب الزمة حق عيني على البناءات والمنشآت والتجهيزات الثابتة التي يتجهزها لمارسة النشاط المخصوص عليه بعقد الزمة. يخول هذا الحق لصاحبه طيلة مدة عقد الزمة حقوق وواجبات المالك في حدود الأحكام الواردة بهذا القانون. وترسم الحقوق العينية الموظفة على البناءات والمنشآت والتجهيزات الثابتة بدفع خاص تمسكه المصالح المختصة التابعة للوزارة المكلفة باملالات الدولة والشؤون العقارية. وتطبق في تسيير الحق العيني وكذلك حقوق الدائنين الموظفة عليه الصيف والإجراءات المخصوصة عليها بالتشريع الجاري به العمل في مادة الحقوق العينية. وامتن الفصل السادس منه إحالة هذه الحقوق أو رهنها إلا بأذن مسبق، كما خول الفصل السابع إحالتها إلى الورثة بشرط تقديم مطلب في الغرض. ويتهي هذا الحق ب نهاية عقد الزمة سواء بهدم البناءات أو بإحالتها إلى السلطة المانحة».

ويراجع كذلك الفصل 93 مكرر من القانون عدد 58 لسنة 1999 المؤرخ في 29 جوان 1999 المتعلق بمجلة الطيران المدني (الراي الرسمى عدد 54 بتاريخ 6 جويلية 1999 ص 1252)، كما هو منقح بموجب القانون عدد 57 لسنة 2004 المؤرخ في 12 جويلية 2004.

(2) كانت الملكية المتعلقة على أجل محل نقاش بين رجال القانون، فمنهم من يقول بإمكانية أن تعلق الملكية على أجل واقف أو ناسخ، وبالتالي القبول بوفية الملكية. مثل صورة الاتفاق على تأثير نقل الملكية بصورة الملكية الفكرية وصورة الاتفاق على ملكية المستأجر وصورة الشرط الواقع والشرط الفاسد.

Patrice Jourdain : Les biens, op.cit., p.60.

ومنهم من يرفض أن تعلق الملكية على ذلك ويصرّ على أن الملكية تكون في جميع الصور دائمة. لأن

والاستعمال jouissance يختلف عن الاستعمال قليلاً، وهو أن يحصل التفع المادي للمالك بالسيطرة على غلة الشيء سواء مباشرة أو بتكلف الغير، فيجوز للمالك زراعة الأرض وجنى ثمارها بنفسه أو تكليف الغير بجنيها وزراعتها بمقابل، كما يجوز للمالك كراء الدار فتخلص له الشمار المدنية أي معلوم الكراء، ويحق للمالك إبقاء الملك دون استغلال فتسقط ثماره، كما يمكن أن يضرب عن تكليف الغير بجمع ثماره أو التكثي به.

أما التصرف disposition فهو العمل القانوني الذي ينقل الملكية كالبيع والشراء والهبة والمعاوضة والشركة، فيفقد المالك عناصر الملكية وتنتقل إلى غيره إذا ما تصرف في كامل عناصر الملكية، ولا تعود إليه الملكية إلا بسبب جديد. ولكنه من الممكن أن يتصرف في أحد عناصرها كما في صورة الشنازل عن حق الاستعمال أو حق السكنى للغير، فيقي ل نفسه حق التصرف وحق الاستعمال. ويمكن أن يقي ل نفسه حق الرقبة ويجيل حق الانتفاع للغير، فتخلص للغير حقوق الاستعمال والاستعمال وتبقى الملكية في عنصرها المعنوي للمالك. كما يجوز له أن يرقق العقار بحق ارتفاق لفائدة عقار آخر أو أن يوظف لفائدة الغير رهن عقارياً. ويصبح له في جميع تلك الصور أن يسترجع كامل عناصر الملكية بمجرد انقضاء الموجب في تلك الحقوق. والاختلاف واضح بين تصرف المالك وتصرف بقية أصحاب الحقوق العينية العقارية، فإذا كان من الممكن أن يسترجع المالك كامل عناصر الملكية، فإن أصحاب بقية الحقوق العينية العقارية لا يصح لهم التصرف إلا في حدود ما لهم من حقوق، كما في صورة إحالة حق الزهن أو حق الارتفاق أو حق الانتفاع.

ويتلخص من جميع ذلك أن في الملكية عنصرين، عنصر مادي corpus وينصرف إلى الاستعمال والاستعمال أي إلى السيطرة على العقار في نهاية الأمر بالكيفية التي يراها المالك، وعنصر معنوي animus وهي بية التملك والتصرف مثل المالك الحقيقي بمباشرة جميع الأعمال الداخلية في إطار التصرف القانوني. ولكنه لا يجوز للمالك وقد ملك عناصر الملكية الثلاثة أن يرهن حق الانتفاع بمفرده بل يجب عليه رهن كامل عناصر الملكية إن شاء.

وبذلك فإن الملكية حق جامع وحق مانع وحق دائم وحق مطلق في نفس الوقت⁽¹⁾. فهو حق جامع plena in re potestes يعني أن يخلص للملك الانتفاع jus utendi والاستعمال jus fruendi والتصرف jus abutendi ، فتجمّع عناصر الملكية بيد المالك، وهي صورة لا تتحقق إلا للمالك حيث إن مجمل الحقوق الأخرى تراثها متقدمة من أحد العناصر كما في صورة حق الانتفاع أو الارتفاق أو الرهن أو السكنى

(1) Patrice Jourdain : Les biens, DALLOZ, 1995, p.43 et suiv.

للمالك، بل لها نظام خاص على معنى الفصل 25 م.ح.ع، للمالك ثلاثة أختام والخمس للمكتشف والخمس المتبقية للدولة. ولا يجوز للملك أن يتعرض على تحرير القنوات بأرضه سواء كانت للاتصالات⁽¹⁾ أو للكهرباء والغاز⁽²⁾ أو للمياه⁽³⁾ أو يمنع تحرير الأسلال ووضع الأعمدة بأرضه لنفس تلك الغايات.

والثمار هي ما يخرج من الأرض بصفة طبيعية أو نتيجة عمل الإنسان وقد تكون ثماراً مدنية أي ما يقبضه المالك مقابل كراء المحل أو الأرض أو ما يباطن الأرض. وما يميز هذه الشمار أنها دورية ومنتظمة، على خلاف المستوجات فهي تتصل بما يوجد بالأرض من محاجر ورماد ومقاطع، وتحتاج إلى تحديد زمانياً، وما التخص بالعقارات بعد من الملحقات وليس من الأصل، كما هو ليس متولداً عن الأصل مثل الشمار والنباتات والمستوجات، لكنه أعد بصفة دائمة ليتصق بالأصل، فهو ليس من العقارات الطبيعية وإنما من قبيل العقارات الحكومية⁽⁴⁾.

وتنتقل ملكية البناء وهو من الملكية العقارية بتاريخ العقد إذ أن انتقال الملكية أثر وليس مجرد التزام⁽⁵⁾. والضمان على المشتري بتاريخ تمام البيع وليس بتاريخ التسليم

الاستغلال وواجبات أصحاب الرخص وحقوقهم والظام العجاني المتصل بذلك والنظم الخاص بالدوريد والتصدير والأحكام المنطبقة على الأعران من ذوي الجنسية الأجنبية ونظام مراقبة الصرف والتجارة الخارجية ومراقبة الإداره لهذه الأشطة، وانتهي بتحديد الجرام والمغربات.

(1) القانون عدد 1 لسنة 2001 المؤرخ في 15 جانفي 2001 المتعلق بإصدار مجلة الاتصالات، الرائد الرسمي 16 جانفي 2001، ص 723، عدد 5. أورد القانون نظاماً خاصاً بالاتفاقات بالاتفاق على 43 و 44 و 45 وحدة طريقة التعريف وإجراءاتها.

(2) المرسوم عدد 8 لسنة 1962 المؤرخ في 3 أفريل 1962 المتعلق بتأسيس وتسيير الشركة التونسية للكهرباء والغاز كما وقع تقييمه بموجب القانون عدد 58 لسنة 1970 المؤرخ في 2 ديسمبر 1970. والأمر عدد 9 لسنة 1964 المؤرخ في 17 جانفي 1964 المتعلق بالموافقة على كراس الشرف المتعلق بتمويل كامل تراب الجمهورية بالثانية الكهربائية.

(3) القانون عدد 22 لسنة 1968 المؤرخ في 2 جويلية 1968 المتعلق بإحداث الشركة القومية لاستغلال المياه وتوزيعها، وكذلك مجلة المياه الصادرة بموجب القانون عدد 16 لسنة 1975 المؤرخ في 31 مارس 1975.

(4) يراجع في جميع ذلك على كھلۇن: القانون العقاري الخاص وكذلك قانون التأمينات، المراجع السابقة.

(5) الحقيقة أن مسألة اعتبار انتقال الملكية وكذلك بقية الحقوق العينية أثراً أو التزاماً كانت محل نقاش بين رجال القانون، فمنهم من يعتبرها التزاماً، وإن وفع التنفيذ فوراً ويعتذر فيه استعمال الوسائل الجبرية في مواجهة المدين، وما يؤكد فكرة أن نقل الملكية التزاماً وليس أثراً هو أنه بالإمكان تأجيل نقل الملكية بسبب طبيعة الأشياء أو بموجب الاتفاق والقانون، فيحمل على المدين حينئذ التزام بتقلص الملكية بعقد جديد. وبمعنى دواماً من الممكن أن تعلق الملكية على شرط قادر أو الاتفاق على إرجاع صفة الملكية كونها دائمة.

ورغم التغير الشيء في عناصر الملكية وصفاتها عبر العصور، فسقوط عنصر الإطلاقية وسمع بالتضييق على بقية عناصرها وخصائصها بظهور جملة من القيود، فإنها قد حافظت على صفاتها وأركانها الأساسية، أي أن الملكية في نهاية الأمر هي التي تخول لصاحبها حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، وهي بذلك حق جامع ومانع دائم.

يقي أن حق الملكية يمارس في نطاق محدد قانوناً حيث نص الفصل 18 م.ح.ع على أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها، ونص الفصل 19 م.ح.ع على أن لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وفيما تصتق به، فتتمد الملكية إلى ملكية ما فوق الأرض hauteur-dessus وما تحتها profondeur accessoires إلى ملكية الشمار fruits والمستوجات produits وما تصتق بالشيء.

فالأسأل أن جميع ما يباطن الأرض وما فوقها يعد تابعاً لمالك السطح. فتخصلن لمالك ملكية باطن الأرض ومن ذلك الأحجار والرماد وغيرها، ويتحقق له استعمال باطن الأرض والحفور في أعمالها، كما تخصل له ملكية الفوق بما في ذلك البناء وما غرس أو زرع، ويتحقق له البناء إلى أعلى. ولكن القانون والاتفاق يمكن أن يحد من نطاق الملكية. فيتمكن أن يتفق المالك مع الغير على التنازل على شيء من العلو كمما في صورة أن يسمح للغير بإقامة بناية على أرضه أو أن يكتفى الغير باستخراج الرمال والحجارة. كما أن المناجم تعد ملكية عامة على معنى القانون عدد 3.0 لسنة 2003 المؤرخ في 28 أفريل 2003 المتعلق بإصدار مجلة المناجم⁽¹⁾، فتخرج بذلك عن ملكية باطن الأرض قانوناً، فقد نص الفصل 7 منه على أن المواد المعدنية المصنفة مناجم والموجودة على سطح الأرض أو بباقتها في كامل التراب الوطني وبال المجال البحري التونسي تعتبر تابعة للملك العمومي للدولة التونسية بوصفها ثروة وطنية⁽²⁾. وتعود الكنوز المدفونة بالعمق

الاتفاق على تأخير نقل الملكية ليس اتفاقاً على الملكية في حد ذاتها، بل هو مجرد التزام، أما الملكية الفكرية فهي ليست من الملكية أصلاً وإنما حقاً مميزاً، ولا يمكن للمستأجر أن يملك مؤقتاً بل هو مجرد صاحب حق اتفاقاً معهما كانت الصورة، وكثيرة هي الصور التي يجوز فيها تأخير نقل الملكية دون أن يكون لذلك تأثيراً على خصائص الملكية.

عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 450.

والحقيقة أنه من الممكن أن يتفق الأطراف على تأخير نقل الملكية لأجل معين وليس في ذلك حرج (الفصلان 584 و 585 م.ح.ع). كما يمكن الخيار في البيع (الفصول 700 وما بعدم.ا.ع)، لكنه لا يجوز تعليق الملكية على شرط فاسخ، بل يجوز تعليق الاتفاقي فقط على أجل قاسخ أو الاتفاق على إرجاع الملكية بعقد جديد. وبمعنى دواماً من الممكن أن تعلق الملكية على شرط وافق أو قاسخ دون أن تأثر صفة الملكية كونها دائمة.

(1) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 34 بتاريخ 29 أفريل 2003 ص 1416.

(2) وضبط القانون كافية أسناد ترخيص الاستكشاف ورخص البحث وتجديدها وامتيازات

والمنبدأ أن تحمل جميع الإصلاحات جزئية أو كبيرة أو متأكدة على المالك في حالة كراء البناء ولا تحمل مصاريف الحفظ والمصاريف الجزئية على المكتري إلا إذا اشترط عليه بالعقد⁽¹⁾، وحتى في صورة إذا لم يعلم المكتري المكري بالترميمات المتأكدة فليس للمالك إلا الرجوع على المكري بالضور، معنى ذلك أن المالك يبقى في جميع الصور هو الحافظ في المسؤولية عن البناء، ولكنه من الممكن تكليف الغير صراحة بحفظ العقار والقيام بالترميمات الضرورية فإن لم يفعل ضمن الفرر.

وإذا بني شخص بأرض غيره بدون حق ولم يكتب حقاً عيناً كان مالكاً للأنقاض لا غير⁽²⁾، فإذا تسببت هذه الأنقضاض فيضرر، كان ضامناً لها ولا توجه الدعوى على مالك الأرض. وإذا كان البناء محل نزاع ضمن الحائز ضرر البناء، وهو حكم الظاهر⁽³⁾. ولذلك نص الفصل 97 م.أ.ع على أنه «إذا كانت الأرض لمالك والأنقاض لغيره فمالك الأنقاض هو المطلوب بالضرر. وإذا كان القيام بحفظ البناء على شخص آخر

(1) الفصول 742 و 744 م.أ.ع

(2) الفصل 36 م.أ.ع

(3) يجب التمييز بين الملكية الحقيقة والملكية الظاهرة . فالملكية الحقيقة هي الملكية التي لها تلك الخصائص التي سبق الإشارة إليها، أما الملكية الظاهرة فهي أن يظهر الشخص مالكاً في أعين الغير والحال أنه غير مالك ويمقتنى هذا الشخص كذلك بملكنته، كما في صورة الوارد ظاهر وهو أن تمر الملكية إلى الشخص وراثة ثم يظهر الوارث الحقيقي والحائز الظاهر وهو أن يحوز الشخص الأرض ثم يظهر المالك الحقيقي، والمشتري للظاهر وهو أن ينتقل الملك إلى المشتري ثم يظهر المالك الحقيقي . وبذلك المعنى تكون الملكية الظاهرة أن يظهر غير المالك وكأنه المالك الحقيقي والحال أنه ليس بمالك، ويعلم الظاهر قصد المالك الظاهر والغير على حد سواء بمعنى أن يعتقد المالك الظاهر والغير بحقيقة الملكية.

ولم ينظم المشرع التونسي الملكية الظاهرة من حيث الشأن والأثار بباب مستقل ومع ذلك لم يكن المفهوم غالباً بل ظهر بعد فصول متقدمة كما هي الصورة بالفصل 26 م.أ.ع. ويمكن اعتباره بمثابة النص العام في الظاهر والمستر، وكذلك الفصلان 252 و 399 م.أ.ع في الوارد ظاهر والحائز الظاهر والفصل 46 م.أ.ع في الحائز الظاهر والفصل 576 م.أ.ع في المالك الظاهر.

وبحكم الملكية الظاهرة أن تحفظ حقوق الغير المتعاقدين مع المالك الظاهر شرط أن يكون الغير حسن النية . ويبدو أن أحكام نظرية المالك الظاهر كانت نتيجة اجتهد المحاكم الفرنسية، فيالرغم من غياب النص القانوني وقرر السوابق انتهاء المحاكم إلى وضع نظرية متناسقة في الملكية الظاهرة بهدف حماية الغير شرط أن يتتوفر تعريف الملكية الظاهرة وأن يكون الغير حسن النية وقد حصرت المحاكم الفرنسية تطبيقات الملكية الظاهرة في أعمال التفويت بعوض . ويبدو أن المشرع التونسي نقل هذه العبادى والأحكام بخصوص متقدمة على ما تقدم، والخلاصة في جميع ذلك تبدو الملكية الظاهرة متميزة عن الملكية الحقيقة بتوفيق ركن الظهور الذي لا يتطابق الحقيقي .

نبيلة الكراي، حسن النية في المادة العقارية، المراجع السابقة، ص 183 وما بعده .
Millet: La propriété apparente, Thèse, Paris T901, p.140 et suiv.

إلا في صورة الاتفاق المخالف (الفصل 585 م.أ.ع) أو البيع على الخيار (الفصل 587 م.أ.ع) أو البيع المستقبلي (الفصل 589 م.أ.ع). وبذلك فإن المسؤولية ترتبط ب تمام العقد من الأخذ بعين الاعتبار جملة الاستثناءات⁽¹⁾.

على أن المالك يمكن أن يجعل إحدى عناصر الملكية للغير ويقي حق الرقبة كما في صورة أن يجعل الاستعمال والاستغلال أي حق الانتفاع أو أن يجعل حق الاستعمال فقط كما في صورة حق الاستعمال أو يجعل جزء من الاستعمال فقط كما في صورة حق السكنى وهي من الحقوق العينية المترفرفة عن الملكية. كما أنه من الممكن كراء الريع أو البناء والكراء من الحقوق الشخصية.

فهل أن واجب الصيانة وبالتالي ضمان المسؤولية عن البناء يبقى محمولاً على المالك بذلك التعريف أم يتقل إلى من انتفع بحق عيني متفرع عن الملكية أو بحق شخصي في الكراء ؟

الظاهر عملاً بأحكام الفصل 153 م.أ.ع. الوارد في باب الانتفاع، والصورة تتطبق على حق الانتفاع والسكنى على معنى الفصل 164 م.أ.ع، أن المستفعلن يتحمل إصلاحات الحفظ وهي الإصلاحات البسيطة أما الإصلاحات الجسمية فهي على مالك الرقبة ما لم يكن سببها تقصير المستفعلن في القيام بإصلاحات الحفظ منذ بدء الانتفاع ففي هذه الصورة تكون محمولة عليه . وبالتالي يبقى المالك مسؤولاً إذا لم يقم بالإصلاحات الكبيرة إلا إذا كان المخل نتج عن تهاون المستفعلن في القيام بإصلاحات الحفظ فتكون مسؤولية الحفظ محمولة عليه .

يحمل على المدين أي التزام، فهو الإقرار في حالة بيع الأشياء المثلثة والشيء المستقبلي في حالة بيع أشياء مستقبلية والترسم في العقود المسجلة ودفع الثمن في حالة التراضي على تأخير الانتقال، فيما يجعل الملكية متقل هو إنهاء تلك الأعمال المفروضة قانوناً أو اتفاقاً، وليس للمدين أن يقوم إلا بما يلتف في اتجاه انتقال ما يجعل الملكية متقل وهو التزام بعمل وليس التزام بنقل الملكية، كما أن يقرم المدين بتصحيح الوثائق لتمكن الدائن من الترسم . وبقي دوماً من الممكن اللجوء إلى وسائل جبرية تجاوز المشخص المدين، وقد زاد القاضي أهمية بحكم اختلاف القوانين المقارنة في ذلك .
أحمد بن طالب: التقويت في ملك الغير، أطروحة دكتوراه، 2004-2003، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية تونس، ص 249 وما بعده .

خلية الخبروني: نقل الملكية في عقد البيع، أثر آم التزام، المجلة القانونية التونسية، 1997، ص 11 .
(1) والحقيقة أن العبد الوارد بالفصل 583 وما بعد م.أ.ع هو أنه بمجرد تمام العقد تتقل الملكية للمشتري باستثناء بعض الحالات المصرية كما سبق تقديمها ويجوز للمشتري إخاله حقه قبل التسلیم ويتحمل تبعات الانتقال من ضمان ومسؤولية وغيره إذ بمجرد تمام العقد لا شيء يمنعه من طلب التسلیم وعبأرة أعباء الحفظ خلافاً لبعض الآراء التي تربط المسؤولية بالتسليم حيث إن التسلیم هو الذي يجعل المالك مستولياً على ملكه وافقاً على حالته قادرًا على تلافي خطأه وإنما لا يمكن افتراض الخطأ قبل التسلیم .

خليل جربج: المراجع السابقة، ص 299 .

بأواني خاصة من العقار حتى لو وضعت على الأرض لأنها لا تتفع بعذاء الأرض. وبعد ذلك عقاراً طبيعياً سواء نبت تلقائياً أو بفعل الإنسان.

أما المعدات اللاحقة بالأبنية وغيرها مما يلحق بالأصل بحكم التبعية⁽¹⁾، فقد يذهب في الاعتبار أنها المنشآت الملتصقة بالبناء باعتبارها عقارات حكيمية حيث أورد الفصل العاشر م.وح. صورة التخصيص بالالتحام ويتحقق شرط الالتحام إذا لصق المنشآت بالعقار بسعي من المالك للبناء يشكل يتقدّر معه فصله عنه دون إفساد ما هو متصل به، وقد عبر المشرع الفرنسي عن هذه الصورة بالفصل 525 من المجلة المدنية قوله إنه «يعتبر المالك أنه ربط منشآت بعقاره على سبيل الدوام إذا كانت هذه المنشآت قد لصقت بالعقار بالجنس أو بالجدير أو بالإسمش أو كانت لا يمكن فصلها دون أن تكسر وتتلف أو دون أن يتكسر أو يتلف الجزء من العقار الذي لصق به».

والحقيقة أن ما قصده المشرع بالفصل 97 م.وح هو العقار بطبيعته حيث يعد من قبل العقارات بطبيعته في نهاية الأمر جميع توابع البناء المتندمة فيه بشكل لا يقوم البناء بدونها، مثل الأبواب والشبابيك والأففان والأنابيب والتجهيزات الصحية والبلاط والسبخات والمصاعد والتجهيزات الكهربائية، فهي أشياء متممة للبناء، لذلك نص الفصل السادس م.وح على أن «الأجهزة والأنابيب اللاحقة بالأراضي والمباني والمتصلة لها عقارات طبيعية»، حتى وإن تم في بعض الأحيان نقلها دون تلف. وإذا وضع المالك بأرضه تجهيزات فلاحية واندمجت في الأرض مثل أدوات الري والقوافل اعتبرت عقارات بطبيعتها، فإذا انفصلت كانت عقارات بالشخصين. معنى ذلك أن أحکام الفصل السادس م.وح تقوم على فكرة الاندماج incorporation بمعنى التوحد والانصهار. فلا تفصلها دون ضرر. ولا تقوم الوحدة بغيرها.

والواضح أن صورة الالتصاق incorporation الواردة بالفصل 10 م.وح تختلف عن صورة الاندماج constructions volantes الواردة بالفصل 6 م.وح. فتقتضى صورة الاندماج أن لا يقوم البناء بدونها كما تقدم، أمّا صورة الالتحام فيقوم فيها البناء بدونها، ولكنها التحتمت إلى حد أنه أصبح يتقدّر فصلها دون إفسادها أو إفساد ما هي متصلة به، كما في صورة المرايا والألواح اللاحقة وغيرها. وقد رأت محكمة التعقيب التونسية ولو بصفة ضمنية أن آلات النسيج اللاحقة بالعقار تعد عقارات حكيمية بالالتصاق.

ولذلك فإن ما قصده المشرع بالمعدات اللاحقة بالأبنية هي اللوازم التي لا يقوم البناء بدونها وهي من العقارات الطبيعية، معنى ذلك أن ما يدخل في معنى العقارات

دون المالك بموجب عقد أو غيره من الحقوق كالاستغلال فالضمان عليه. وإن كان في الملك نزاع فالضمان على من كان بيده».

وعليه فإن انهدام البناء إنما أن يكون بسبب عدم الصيانة، سواء بسبب عدم القيام بالإصلاحات الجزئية أو المتأكدة أو الكبيرة، والعبدأن أن يكون المالك هو الحافظ وله حق الرجوع على من تهاون في الحفظ مثل المكتري إلا إذا انتقل الحفظ فائزنا إلى غير المالك في حالة العقد الصريح بالحفظ وحق الانتفاع كحق عيني، أو أن يكون بسبب خلل في البناء ويقع المالك هو الحافظ وله حق الرجوع شخصياً على من تولى البناء وخطّط له. مع اعتبار حالتي الأضرار الناتجة عن الانتفاع والأضرار المتصلة بملك محل نزاع حيث يبقى صاحب الأنفاس والحاائز حافظين للبناء ويسألان بتلك الصفة في المسؤولية عن البناء.

وتوجه الدعوى على المالك رأساً فإن تعدد المالكون توجه عليهم جمِعاً وإن كان البناء مصدر الضرر يمثل في عمارة ذات طوابق توجه الدعوى ضدّ مجموعة المالكين وتمثّلهم نقابة المالكين⁽¹⁾.

الربع أو البناء في المسؤولية عن البناء: نص الفصل 97 م.وح على أن مصدر الضرر هو «ربع أو بناء ... وهذا الحكم يجري في سقوط ما كان تابعاً للبناء كالأشجار والمعدات اللاحقة بالأبنية وغيرها مما يلحق بالأصل بحكم التبعية».

والربع وهو العقار المبني أو البناء هو حق عيني عقاري طبيعي، باعتبارها متندمة بالأرض، وإن أحدثت بفعل الإنسان، حيث لا يمكن فصلها إلا بدهمها. فهي مجموعة من مواد البناء اجتمعت لتشكل سواه بسطح الأرض أو بساطته، بما في ذلك المساكن والمطاحين والآبار والجدران وغيرها. وتعد كذلك ممتلكات المالك أو غيره. وتقوم المباني والمنشآت على فكرة الاندماج لا غير، ولا يهم إن كانت مقامة بصفة وقنية أو دائمة مكتملة أو غير مكتملة شرط أن تندمج بالأرض، فيبيت المعارض المبنية بصفة وقنية تعد عقارات طبيعية إذا اندمجت بالأرض. أمّا إذا كانت ببونا من لوح، مثل الأشكال والمنازل المتنقلة constructions volantes والأخيام، فهي من المنشآت.

والأشجار من الحقوق العينية العقارية الطبيعية. وهي من المغروبات وهي كل ما يغرس بالأرض ويزرع وما يتصل بهما من شمار وصابة وحطب. فتعتبر عقاراً بطبيعته طالما أنها مغروسة أو مزروعة بالأرض، فإذا انفصلت أصبحت منقولاً. فإذا جدت الصابة والشمار صارت من المنشآت ولم تنقل (الفصل 7 م.وح)، وإذا قطع حطب الأشجار صار من المنشآت (الفصل 8 م.وح). ولا تعد النباتات الموجودة مؤقتاً

(1) وقد كانت الصيغة المعتمدة قبل إعادة تنظيم المجلة سنة 2005 هي «المساكنات» فتم تغييرها بعبارة «المعدات» لتحسين الصياغة لا غير.

(1) الفصل 85 وما بعد م.وح.

ولا يشترط أن يصيب الضرر ذات الشخص بخروج أو عاهة أو ربما الوفاة بل يمكن أن يلحق الضرر بالمكاسب كما في صورة أن يتسبب انهدام البناء في إتلاف المحصول أو إفساد دار مجاورة، ولذلك فإنّ ضرر البناء يمكن أن يصيب الذات كما يمكن أن يصيب المكاسب.

ت-طرق التفصي من المسؤولية عن البناء
الواضح أنّ طرق التفصي من المسؤولية عن البناء تستند إلى مستوى أول ومستوى ثاني.

أما الأول فيحمل إلى ضرورة أن يثبت المدعي الشروط الأولية أي الإنذار وأنهادم البناء أو سقوطه بسبب عدم الصيانة من قبل المالك أو من وجوب عليه الحفظ طبق الفصل ٩٧ م.أ.ع، وهذا أمر ثابت. فيصبح حينئذ للمدعي عليه رد الداعوى بإثبات اندماج الصفة أو عدم الإنذار ويكتفى أن يتمسك بعدم الإنذار ويطلب من المدعي إقامة الدليل على ذلك. كما يجوز له مناقشة أدلة المدعي في الانهدام والسقوط وعدم توفر الصيانة توصلًا لردها. فليس في هذا المستوى من افتراض.

أما المستوى الثاني فيحمل إلى ضرورة إثبات الضرر والعلاقة السببية من قبل المتضرر بعد أن يثبت المسائل الأولية، ومن ثم يقوم الافتراض. فإذا تم الإثبات كما يجب فلا يجوز مطلقاً للمالك أو من يقوم مقامه رد الداعوى بإثبات أنه لم يخطئ أو أنه قام بالصيانة، ذلك أنّ المسؤولية عن البناء تقوم بالفصل ٩٧ م.أ.ع على قرينة خطأ غير قابلة للدليل العكسي، فلم يرد بالفصل ٩٧ م.أ.ع ما يمكن أن يتمسك به المالك أو من يقوم مقامه من صور خاصة لردة الداعوى. فليس للمالك أو من يقوم مقامه إلا قطع المسؤولية استناداً إلى المبادئ العامة بإثبات أنّ الضرر حدث بسبب القوة القاهرة أو الأمر الطارئ أو بسبب الغير أو بسبب من لحقه الضرر. فاما أن يكون المالك أو من يقوم مقامه مسؤولاً إذا عجز عن إثبات القوة القاهرة أو تقطع العلاقة السببية بإثبات القوة القاهرة كما في صورة أن يكون الانهدام بسبب زلزال أو عواصف وغير ذلك من الصور فلا يسأل المالك أو من يقوم مقامه.

ث-آثار المسؤولية عن البناء
المسؤولية عن البناء هي مسؤولية أصلية حيث يلزم المالك أو من يتولى الحفظ طبق الفصل ٩٧ م.أ.ع بالتعويض وليس في ذلك رجوع على أحد. فليست هذه المسؤولية

توفرت شرطها أي في حالة الانهدام أو السقوط لسبب داخلي. وهو الاتجاه الغالب أخيراً فلا خيار بين الفصلين فلا يمكن تطبيق الفصل ١٣٨٦ إلا إذا توفرت شرطها، وهو نفس الاتجاه الذي يجب اعتماده بالقانون التونسي.

الحكمية وهي في الأصل من المتقولات تبقى ضمن باب المتقولات على معنى الفصل ٩٧ م.أ.ع والمسؤولية فيها تعود للفصل ٩٦ م.أ.ع.
ويفهم من جميع ذلك أنّ البناء وما اتصل بالبناء اتصال قرار وثبات واندماج هو الذي يجب أن يكون مصدر الضرر في المسؤولية عن البناء. وإذا كانت العقارات تقسم عادة إلى عقارات طبيعية وأخرى حكمية أو تبعية. فإنّ مناطق المسؤولية عن البناء هي العقارات الطبيعية بمعنى أنّ العقارات الحكيمية لا يشملها التعريف الذي أوردته المشرع. ومن باب أولى لا يجوز الحديث عن المتقولات إطلاقاً، أي كل شيء غير ثابت في مكانه ويجوز نقله وتحويله دون تلف.

الضرر الناشئ عن الريع أو البناء: ليس كل ضرر يمكن أن يرد إلى أحكام الفصل ٩٧ م.أ.ع فالعديد من الأضرار لا يمكن ردّها إلى هذا الفصل حتى ولو كان المصدر هو البناء كما في صورة أن ينزلق الشخص فيصاب بضرر في ساقه أو أن يصاب الشخص في رأسه باصطدامه بالشباك أو الباب أو أن يتسبّب البناء في حجب الضوء وأشعة الشمس أو أن يندلع حريق بالمبني وغير ذلك من الحالات. فالضرر المقصود بالفصل ٩٧ م.أ.ع هو ضرر ناتج عن انهدام البناء وسقوطه فقط وذلك بسبب القدم أو عدم الحفظ أو خلل في البناء. ويقصد بانهدام البناء أو سقوطه أن تتحلل أجزاءه وتتأثر مكوناته ولو جزئياً أو تتحوّل مكوناته عن مكانها مثل سقوط الماحتظ أو السقف أو الشباك وغير ذلك من الصور. ويشترط أن يكون السبب في ذلك قدم البناء أي عدم جذته أو عدم حفظه أي عدم القيام بالصيانة الالزامية أو لخلل في بنائه دون أن يكون البناء قدّيماً أو فاقداً للصيانة. ولذلك فإنّ كل ضرر لا ينبع عن انهدام البناء أو سقوطه بتلك الأسباب لا يدخل ضمن أحكام الفصل ٩٧ م.أ.ع. في المسؤولية عن البناء وإنما يرد إلى المسؤولية عن الشيء الجامد وإن كان السبب عقاراً وليس متقدلاً إذ أن الفصل ٩٦ م.أ.ع. لا يشترط أن يكون الشيء متقدلاً أو إلى بعض الأحكام الخاصة في المسؤولية والضمادات مثل مضار الجوar وغيرها وربما إلى جانب من المنازعات العينية مثل الدعوى الحوزية أو أن يحتمم إلى مبادئ المسؤولية الشخصية كما هي الصورة في حالة الحريق.

والملخص أنّ الفصل ٩٧ م.أ.ع. في المسؤولية عن البناء هو نص خاص مقارنة مع الفصل ٩٦ م.أ.ع. في المسؤولية الشبيهة عن الجوامد فلا ينطبق إلا إذا توفرت شرطها، وفي غياب الشروط يرد الأساس إلى الفصل ٩٦ م.أ.ع. وهو النص العام^(١).

(١) لقد طرح نفس الإشكال بالقانون الفرنسي وبالقوانين المتأثرة به، وذلك بتأويل الفصل ١٣٨٤ من المجلة المدنية الفرنسية في مسؤولية الحراس عن الأشياء والفصل ١٣٨٦ من نفس المجلة في المسؤولية عن البناء، فقد ذهب التأويل إلى تطبيق الفصلين بطريقة طردية أي مانعه يعني أن الفصل ١٣٨٦ ينطبق إذا لم توفر شروط الفصل ١٣٨٤ وذهب الاتجاه الآخر إلى تطبيق الفصل ١٣٨٦ إذا

الفصل الثالث: دعوى المسؤولية

دعوى المسؤولية لها جانب موضوعي ويتعلق بأطراف الدعوى (المبحث الأول) وسيتها (المبحث الثاني) وموضوعها (المبحث الثالث) وجانبي إجرائي ويرتبط بالممارسة الفعلية للدعوى (المبحث الرابع).

المبحث الأول: أطراف الدعوى

المدعي من ناحية (الفقرة الأولى) والمدعي عليه من ناحية أخرى (الفقرة الثانية) بما طرقا الدعوى.

الفقرة الأولى: المدعي في دعوى المسؤولية

المدعي هو الطرف الذي يسبق إلى الادعاء (أ)، ومن المفروض أن يلزم بالإثبات بداية (ب).

أ-المدعي في الدعوى

يحق للمتضارر بطبيعة الحال أو لناته طلب التعويض، فإذا كان رشيداً ينوه وكيله وإذا كان قاصراً ينوه ولية القانوني. وقد تسامل القهاء في هذا الباب عن إمكانية الغير في المطالبة بالتعويض وإن كان المتضارر على قيد الحياة، مثل الأب الذي يشاهد ابنته تعذيب وهي مقعدة بسبب الحادث، أو الأم التي شاهد ابنته تتألم يومياً، ورغم أن بعض المحاكم الفرنسية اتخذت أحكاماً في هذا الاتجاه⁽¹⁾، واعتمده الاتحاد الأوروبي بقراره عدد 75 في شخص الأب والأم وفي حالات استثنائية⁽²⁾. إلا أن الفقه يكاد يجمع على إنكار حق الغير في المطالبة بالتعويض لأن الضرر المطالب به في نهاية الأمر لا يعتبر مباشراً ومحقاً. لكن محكمة التعقيب التونسية نقضت سنة 1992 القرار الاستثنائي الذي رفض دعوى الزوج في المطالبة بالأضرار التي لحقت به بسبب تعرض زوجته، التي ما زالت على قيد الحياة، لحادث أفقدتها رحمها، وبالتالي القدرة على الإحساس

مسؤولية تبعية حتى يصبح الرجوع على غير مصدر الضرر والمصدر هو البناء ذاته. وليس في القانون التونسي ما يعرف بمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه كقاعدة عامة حتى يسأل المالك عن فعل تابعه أو خادمه ليصبح الرجوع عليه أخيراً. فالمسؤول هو المالك أو من هو في حكمه مسؤولية أصلية.

غير أن افتراض المسؤولية لم يكن إلا لفائدة المتضرر، ففي مواجهته لا تقبل الحجة المضادة، معنى ذلك، وتجاوزاً المعنى المسؤولية عن فعل النايم، يصبح للمالك وقد كلف الغير بالصيانة مثل أن يكلف شخص محدد باتمام الإصلاحات الازمة أو تقاعس الدير عن إعلامه بضرورة إتمام الإصلاحات مثل تقاعس المكتري عن إعلام المالك بالإصلاحات المتأكدة عملاً بأحكام الفصل 778 م.أع أو أن يكون المقاول أو مكتب الدراسات سبباً في خلل البناء، بأن يرجع على هؤلاء بالدعوى الشخصية طبق المبادئ العامة فإذا ثبت الخطأ المنسوب إلى أحدهم فيحق له طلب التعويض طبق المبادئ أي طبق الفصلين 82 و 83 م.أع. وبذلك فإنه يصبح للمالك أن يرجع على المقاول في حالة خلل البناء وعلى من هو ملزم بالصيانة ولم يفعل أو ملزم بتبلغ المالك بالإصلاحات المتأكدة وتقاعس عن أداء الواجب.

(1) Civ 13 mars 1971 , ga. do pal., 1971,-1-1971.

Crim 15 février 1972, JCP., 1972., 4 , p. 75.

(2) (le père, la mère, et le conjoint de la victime qui en raison d'une atteinte à l'intégrité physique ou morale de celle -ci subissent des souffrances d'un caractère exceptionnel.)

ويذكر أن الوراث يتمتع بدعويين، دعوى يرثها عن أصله، ويمارسها باعتباره خلفاً،

المالية أو منع إحالتها وانتقالها قانوناً أو اتفاقاً لا تنتقل إلى الورثة. وإذا أخذنا بذلك المبادئ بالنسبة إلى مرض الموت يمكن الوصول إلى حلول واضحة، فإذا توفر المورث على الفرد بسبب الحادث فقد اعتدنا على حق المتوفى في الحياة وشعر المورث بالألم وهي أضرار شخصية ومعنوية لا تنتقل إلى الورثة، فإذا فاتت فرصة عن الحادث ثم توفي المورث بسبب العادث دون رفع الدعوى أو التصالح في شأن الضرر، فما أتفقه المورث حقيقة وما فقدمه من مال نتيجة عدم عمله يمر إلى الورثة بوصفها حقوقاً مالية، أما ما شعر به المورث من ألم فقدان الحياة نهاية هي حقوقاً معنوية وخاصة لا تمر إلى الورثة، أما إذا فاتت فرصة زمنية عن الحادث وألزم المورث الصالح فغير عقد الصالح إلى الورثة، أما إذا بقي حياً فرصة معبأة وأمكن له فقط رفع الدعوى ولو أنه تم عرضه على الشخص الطبي فتقر الدعوى إلى الورثة بوصفها مفهوماً إجرائياً يحمي الحق، لكنه لا يمكن للورثة نهاية إلا المطالبة بالحقوق المالية الناتجة للمورث، أي أنه في غاب المصارييف التي أتفقها فعلاً المورث أو ما كان له فعلًا أن يتحقق وفي غياب الاتفاق على قيمة التعويض لا يمكن للورثة طلب التعويض عن الأضرار الخاصة والمعنوية التي حدثت للمورث.

ولا يمكن مطلاقاً القول بأن المورث اكتسب حق التعويض بمجرد الوفاة ولو قبل الاتفاق أو صدور حكم، لأن حق التعويض هو إمكانية إجرائية لا غير، فهو إمكانية في رفع الدعوى، ولا يأخذ حتى التعرف القانوني لرفع الدعوى بوصفها التجاه حقيقي للقضاء، وهو بذلك مجرد وخصة ليس له علاقة بمفهوم الحق، وحتى لو سلمنا أن الحق في التعويض حق ذاتي فهو مع ذلك حق ملتصق بالشخص وليس حقاً مالياً ولا يمر بتلك الصفة إلى الذمة المالية.

والحقيقة أن الحق في التعويض ليس إلا إمكانية إجرائية في طلب التعويض، ولا يقترب من معنى الدعوى في مفهومها القانوني حيث إن الدعوى في مفهومها الذاتي التقليدي هي الحق ذاته ولكن التعرف الموضوعي يجعل الدعوى بأنها مركز قانوني لا غير، وهي فيما ليست الإمكانية القانونية في الاتجاه المقصادي بل هي الاتجاه الفعلي للقضاء وذلك هو التعرف المعتمد أخيراً. وبذلك فإن الدعوى القضائية ليست حقاً موضوعياً بل هي مفهوماً إجرائياً ومن خصائصها أنها تابعة للحق، فهي التي تحمي الحق وليس العكس.

وذلك ما يجعل حكم التعويض ليس كائناً للحق بل هو منشأ للدين، يمتد أن موضوع الدعوى وهو التعويض لا يوجد أصلاً إلا من تاريخ الحكم ولا يوجد من تاريخ نشأة الضرر حيث إن أسعار التعويض تكون دوماً بتاريخ الحكم وليس بتاريخ نشأة الضرر. وعلى ذلك الأساس فإن الدعوى تنتقل إلى الورثة بوصفها مفهوماً إجرائياً وليس بوصفها قيمة مادية موضوعية ولا يمكن أن يشمل موضوعها إلا ما كان من الممكن أن ينتقل إلى الورثة طبقاً لأحكام النظرية العامة.

وأمام حدة هذه النقاشات ذهبت بعض القوانين المقارنة إلى وضع قواعد قانونية صريحة مثل المشرع المصري (المادة 222 من القانون المدني) وقانون الالتزامات السوري (الفصل 47) والقانون النمساوي (الفصل 1327) والمشرع الفرنسي الإيطالي (الفصل 85) والقانون اللبناني (الفصل 134) والقانون البولوني (الفصل 146). وبقي الإشكال محل جدل بالقضاء والفقه الفرنسي، وكانت الرغبة واضحة في إقرار التعويض للورثة، ومن أجل ذلك قال قضاة بمورث حق التعويض منذ سنة 1933 ووجد التبرير في مفهوم عقد النقل حيث إن المورث عندما يتقى مع الناقل على نقله إلى مكان معين يكون هذا العقد لفائدة ولفائدة ورثته في صورة وفاته وهو الأساس في انتقال حق التعويض، وإذا بقى على قيد الحياة ذهبت محكمة الت朦胧 الفرنسية منذ سنة 1942 إلى إمكانية الورثة في طلب التعويض عما أتفقه المورث وكذلك عن الضرر المعنوي انتقالاً وانتهت محكمة التعقيب أخيراً إلى قبول مرور حق التعويض إلى الورثة حتى إذا توفرت المورث حالاً نتيجة الحادث. وما يبرر هذا الاتجاه هو الرغبة في

الجنسى، معتبرة أن الضرر يمكن أن يصيب شخصين، في حين أن محكمة الاستئناف نفت أن يكون الضرر الذي أصاب الزوج من قبل الأضرار المباشرة⁽¹⁾.

كما يحق للخلف طلب التعويض، سواء كان خلفاً عاماً أي الورثة أو خاصاً أي المحال له أو الدائن العادي في بعض الأحيان⁽²⁾. لكنه من الضروري التفريق في هذه الصورة بين الضرر المادي والضرر المعنوي، حيث إن الضرر المادي ينتقل إلى الخلف إذا سبق أن ثبت للخلف أي أصبح له قيمة مالية، كما في صورة سبق دفع مصاريف أو انقطاع عن العمل بسبب الضرر⁽³⁾، أما الضرر الأدبي فلا يمكن للخلف المطالبة به إلا إذا سبق للخلف أن طالب به وصدر الحكم في ذلك أو حدد مسبقاً اتفاقاً بين المتضرر والمُسؤول أي أصبح له قيمة مالية في نهاية الأمر، أما قبل ذلك فليس الضرر الأدبي أو المادي الذي أصاب المورث إلا ضرراً معنوياً أو شخصياً، ومن طبيعة هذه الحقوق أنها لا تنتقل إلى الورثة باعتبارها خارج إطار الذمة المالية⁽⁴⁾.

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 27207 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1992 نشرية محكمة التعقيب 1992 ص 542.

(2) يراجع الفصل 306 م.إع فيما يتعلق بالدعوى غير المباشرة والفصل 775 و 841 و 845 و 887 و 1006 و 1130 م.إع في الدعوى المباشرة للدائن العادي.

على كحدار: أحکام الالتزام، المرجع السابق، ص 75 وما بعد.

(3) وقد أثار ضرر المورث عدة نقاشات بين الفقهاء، فمنهم من أجراه، ومنهم من نكره، ومنهم من أخذ حلاً وسطاً و Mizir بين المورث المفوري والمورث المؤجل، ولم يستقر فقه الفضاء على رأي واضح، وإن كان الرأي الغالب هو عدم اعتبار ضرر المورث إلا إذا كان متوجلاً وسيمه مصاريف علاج وأدوية فيحيى حيث لا تدخل للورثة المطالبة بذلك.

يراجع محمد المجمعي، التعويض عن الضرر البدني، مطبعة بابريوس 1997، ص 188.

(4) الحقيقة أن المشرع لم يضع نصاً خاصاً في ذلك وكان لا بد من الرجوع إلى المبادئ العامة حيث إنه إذا لم يتوفر النص الصريح اعتمد القويس فإن بقي شكل جرى العمل على مفهومي القواعد العامة للقانون على معنى الفصل 535 م.إع. والأساس في النظرية العامة هي الفصل 199 وما يهد في انتقال الالتزامات، والفصل 241 م.إع والفصل 553 م.إع والفصل 85 و 87 م.إع ووجهها أن انتقال الالتزام إنما يكون بسبب الوفاة أو بين الأحياء، فإذا كان بسبب الوفاة فالوراثة وراثة مال وتنقل التركة إلى الوراثة بتاريخ موت المورث والمتنقل هي الحقوق وليس الديون التي ينافي الدائن المورث، وما يتقبل من هذه الحقوق هي الحقوق العينية والحقوق الشخصية أي الحقوق المالية التي تتمثل قيمة مالية وهي التي تكون محمل الذمة المالية للشخص، وتبقى الحقوق الخاصة بالمورث أي حقوق الحال الشخصية وحقوق الشخصية والحقوق المعنوية خارج إطار الذمة المالية ولا تنتقل بطبيعتها إلى الورثة. وقد وردت القاعدة صريحة بالنسبة إلى انتقال الحقوق بين الأحياء فلا يقع انتقال بالنسبة إلى حقوق الشخصية (الفصل 201 م.إع) كما وردت القاعدة صريحة في انتقال الالتزامات التعاقدية إلى الوراثة على معنى الفصل 241 م.إع فلا تنتقل الالتزامات إلى الورثة إذا منعها القانون أو الاتفاق أو كانت بطبيعتها لا تنقل والمقصود بذلك الحقوق الخاصة بالمورث، ولا يجوز أصلاً للدائن في الدعوى غير المباشرة التنفيذ على الحقوق المترتبة للدائمين عن جنحة أو شبهها على معنى الفصل 306 فقرة. م.إع، والخلاصة في جميع ذلك أن الحقوق المتعلقة بذات الشخص والخارجة عن مفهوم الذمة

المشرع التونسي لم يحدد قائمة الأشخاص الذين يامكانهم إدعاءضرر الأدبي، على خلاف بعض الشari'iyat المقارنة.

وقد يتعدد المتضررون فتتشاً لـ كل متضرر دعوى خاصة به، وقد يقعضرر على جماعة، فإذا لم تكن لهذه الجماعة الشخصية المعنوية، تتشاً لـ كل فرد دعوى شخصية، وإذا كانت لهذه الجماعة الشخصية المعنوية، يجب التمييز بين المصلحة الفردية للعضو والمصلحة الجماعية الشخصية للشخص المعنوي والمصلحة الجماعية العامة للشخص المعنوي، فتتشاً للعضو دعوى شخصية إذا ما تضررت المصلحة الفردية، وتشاً دعوى شخصية للشخص المعنوي إذا ما أصيبت المصلحة الخاصة أو العامة للشخص المعنوي.

بـ-المدعى في الإثبات

إن المسؤولية النقرية مثلها مثل المسؤولية التعاقدية تتأسس على ثلاثة أركان، الخطأ والضرر وال العلاقة التسببية بينهما. وقد تكون المسؤولية عن الفعل الشخصي أو عن فعل الغير أو عن فعل الشيء⁽¹⁾.

ويطالب المدعى في جميع الصور بإثبات الضرر عملا بالقاعدة الأصلية: البينة على من ادعى، ويشرط في الضرر أن يكون مباشراً ومعيناً في الحال أو المال ومتوقعاً، فلا يعتد بالضرر المحتمل، لكن فوات الفرصة يمثل ضرراً محققاً. وهو على نوعين الضرر العادي والضرر الأدبي، ولا يخرج الضرر المادي إجمالاً عن الإتلاف الكلي أو الجزئي للمكاسب والحرمان منها وشنن الإصلاحات بالنسبة إلى الاعتداءات على المكاسب ومصاريف التداوي والعجز المؤقت والعجز المستمر والوفاة بالنسبة إلى الاعتداءات التي تصيب الشخص، وهو في نهاية الأمر اعتداء على حق أو مصلحة مالية مشروعة، على خلاف الضرر الأدبي الذي ليس له علاقة بالذمة المالية وينحصر في الآلام والتلوث والحرمان من مباح الحياة⁽²⁾.

لكن المدعى يمكن أن يعفي من هذه الإثبات إذا وضع المشرع قرينة قانونية غير قابلة للتدليل المعاكس، مثلما نص عليه المشرع بالفصل 278 مـ.أـعـ. من أن الغرم المتعلق بالالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي يحكم به بدون أن يلزم الدائن بإثبات حصول أي خسارة. ويمكن أن تتصور وقوع ذلك بنظام المسؤولية التقصيرية إذا ما اتفق العرفان على مقدار التعويض، فتتحقق فوائد التأخير عند الاقتضاء دون حاجة إلى إثبات

(1) وكثيراً ما تأثر التعويض عن الأضرار الأدبية عدة نقاشات، فمن القهاء من أنكر التعويض عن هذا الضرر، الذي لا يمكن في حقيقة الأمر أن يعرض، أو أن يقدر بمال، لكن المشرع التونسي نص صراحة عن الضرر الأدبي في عدة نصوص أهنتها الفصلين 82 و 83 مـ.أـعـ.

وهي التي أشرنا إليها سابقاً، ودعوى شخصية يقيمها بصفة أصلية بسبب ما أصحابه من ضرر مادي إذا كان المورث ملزماً بالاتفاق، أو بسبب ما أصحابه من ضرر أدبي ينعكس عليه بصفة شخصية⁽³⁾.

ويمكن للغير أن يطالب بالتعويض عن الأضرار المادية التي لحقت به وإن لم يكن من بين الرثة، كما إذا كان المتوفى يرعاه ويكتفle. وقد يكون المطالب بالتعويض عن الضرر الأدبي كل من تربطه بالمتوفى علاقة محبة واحترام، ولا يشترط أن يكون وارثاً، بل يكفي أن يكون من الأقارب وترتبطه بالمتوفى علاقة قرابة ومحبة، خاصة وأن ضمان أكثر يمكن من التعويض وليس الرغبة في تطبيق المبادئ القانونية. وفي ذلك ذهب محكمة العقب التونسية بدوائرها المجتمعية بتاريخ 29 أفريل 2010 تحت عدد 15885 (غير منشور).

أما الفقه فقط ظل مقتضاً فنه من انجاز إلى رغبة التعويض، ومنهم خاصة Terre و Mazeaud وغيرهما وحاجتهم في ذلك أن حتى التعويض ينتقل إلى الرثة ومنهم من تمسك بالمبادئ القانونية وخاصة منهم Esmein و Carbonnier Jean و Josserand. وغيرهم وحاجتهم في ذلك أن الضرر شخصي وخاص بالمورث ولا ينتقل إلى الرثة.

(1) يذكر أن الوارد ينتهي بدعوى عن أصحابه، ويمارسها باعتباره خلفاً، وهي الدعوى المورثة، ودعوى شخصية يقيمها بصفة أصلية بسبب ما أصحابه من ضرر مادي إذا كان المورث ملزماً بالاتفاق، أو بسبب ما أصحابه من ضرر أدبي ينعكس عليه بصفة شخصية. ويمكن للغير أن يطالب بالتعويض عن الأضرار المادية التي لحقت به وإن لم يكن من بين الرثة، كما إذا كان المتوفى يرعاه ويكتفle، وقد يكون المطالب في التعويض عن الضرر الأدبي كل من الأقارب وترتبطه بالمتوفى علاقة محبة واحترام، ولا يشترط أن يكون وارثاً، بل يكفي أن يكون من الأقارب وترتبطه بالمتوفى علاقة قرابة ومحبة، خاصة وأن المشرع التونسي لم يحدّد قائمة الأشخاص الذين يامكانهم إدعاء الضرر الأدبي، على خلاف بعض الشari'iyat المقارنة. والملخص في جميع ذلك أنه لا يجوز طلب التعويض في حالة وجود المتضرر على قيد الحياة، فإن مات تخلص للرثة دعويان، دعوى منفولة عن أصحابه الحالك ودعوى شخصية مباشرة، تنتقل بموجب الوفاة جميع الحقوق والواجبات إلى الرثة إلا ما استثناه القانون أو طبيعة الحقوق والواجبات أو اتفاق الأطراف قبل الوفاة، وتنطبق تلك الأحكام على محمل الأضرار المادية والمعنوية، ولكن طبيعة الالتزامات والحقوق تتضمن أن الضرر المادي، وهي المصاريف التي يكون قد تكبدتها الحالك قبل وفاته، تمر مباشرة إلى الرثة بدون شرط أو قيد، ولكن الأضرار المعنوية، وبحكم طبيعتها، وهو كل ما يتعلّق بالآلام والأوجاع، لا يمر إلى الرثة مباشرة إلا إذا تبيّن لها الظروف وأصبحت ذات قيمة مالية، ولا يتحقق ذلك إلا إذا صدر فيها حكم قبل الوفاة أو رفع الحالك في شأنها الدعوى ولم يصدر الحكم بعد أو حدثت قيمة التعويض اتفاقاً، ففي جملة تلك الحالات يمكن القول بانتقال الضرر المعنوي للرثة، وذلك هو المفهوم الوارد بالفصل 85 مـ.أـشـ. في تحديد زمن انتقال أموال المورث والذي لا يمكن إدراكه مضامنه إلا رجوعاً لأحكام الفصل 241 مـ.أـعـ. في بيان طبيعة الحقائق المعنوية، معنى ذلك أن الحقائق والالتزامات لا تنتقل إلى الرثة إلا إذا أصبح لها قيمة مالية، وإذا كان الحق المادي يمتلك هذه الطبيعة بذاته، فإن الضرر المعنوي يحتاج إلى اتفاق تحديد قدره، فينتقل للاتفاق، أو دعوى تطهير، فينتقل الدعوى، أو حكم لضبط قيمته، فينتقل الحكم. أما الدعوى المباشرة، في حالة الموت، فلا يمتلكها الوارد فقط، وإنما تخلص لكل شخص دائن في الضرر المادي ولكل شخص تربطه بالحالك علاقة محبة مشروعة في الضرر المعنوي.

ومذهب القسمان⁽¹⁾. ويطالب المدعى كذلك بإثبات العلاقة الشبيهة، والسبب ركناً مستقلاً بذاته، حيث أنه يمكن أن يتواجد دون الخطأ⁽²⁾، والعكس صحيح⁽³⁾، وتكون علاقة الشبيهة ملزمة للضرر، بحيث لا ضرر دون شبيه.

لكنه كثيراً من الناحية الواقعية ما يحتمل على الاعتقاد أن في إثبات الخطأ والضرر إثبات لعلاقة الشبيهة، على أن ذلك لا يصح إلا في إطار إثبات الخطأ الشخصي متى يتخير المدعى إثبات الخطأ الذي تسبّب في الضرر، ومن وراءه علاقة الشبيهة، في حين أن افتراض الخطأ يفصل بين هذا الترابط حيث لا يكلّف المدعى بإثباته، ويكون التسبّب عنصراً مستقلاً. والمفترض أن تكون علاقة الشبيهة قائمة ولا يكلّف المدعى بإثباتها ولا يجوز نفيها إلا بإثبات العنصر الأجنبي. بقي أنه يجوز الإثبات في هذه الصور بجميع الوسائل.

الفقرة الثانية، المدعى عليه

يتعين تعين المدعى عليه في الدعوى⁽⁴⁾ قبل الحديث عن إمكانية المدعى عليه في الدفع (ب).

أ-المدعى عليه في الدعوى

هو الطرف المسؤول عن فعله الشخصي أو فعل الغير أو فعل الشيء. وترفع الدعوى ضدّ المسؤول الشخصي والمسؤول عن الغير، وحارس الشيء⁽⁵⁾، وما على هذا الأخير إلا إدخال المسؤول الأصلي عند الاقضاء.

(1) وقد دافع على هذا الرأي الفقيه Starck: *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile. Considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris 1947 حيث يرى أنه لا خلاف بين النظرة الموضوعية والنظرة الشخصية، لأنهما ينبعان من عناصر الخطأ بجانب المسؤول وأغفلما المتضرر الذي لحقه الضرر، ومن واجب القانون أن يضمّن التعويض لمن تضرر.

(2) كما إذا سُلِّمَ الشخص تبعاً لنظرية التبعية وإن كان لم يخطره.
(3) ويضرب الفقهاء عادة مثل الشخص الذي دسَّ الشتمَ لشخصٍ، وقبل أن يموت هذا الأخير تدخل طرف ثالث وقطعه بمسدسٍ، فيتواجه خطأ الطرف الأول دون السبب.

(4) وربما يطرح الإشكال في تحديد الحارس بالنسبة إلى المسؤولية الشبيهة، الذي يجب أن ترفع ضده الدعوى، خاصةً أمام تردد قوه القضاء في اعتماد معيار واضح ودقيق، حيث تحدد مركز الحراسة في مرحلة أولى على أساس الحرامة الفعلية، ثم سرعان ما تتم التخلّي عن هذا المبدأ واعتماد مفهوم الحرامة القانونية. لكن قوه القضاء تخلى أخيراً عن المفهومين وكوّن أسلوباً واضحاً في تحديد الحراسة على أساس الاستعمال والغرافية والإدارة، خاصةً منذ القرار التعقيبي الصادر عن الدوائر المختصة الفرنسية سنة 1941، معنى ذلك أن الحراسة تكون بجانب كل من كان الشيء تحت استعماله ومراتبه وإدارته بصرف النظر إن كان مالكاً بطرق شرعية أو خلافه. فالشارق يكون هو الحارس للسيارة باعتباره يتمتع بسلطة الاستعمال والمرأفة والإدارة. وبالتالي يفقد المالك الحراسة إذا ما أخذت منه عنوة، أو

الضرر، ويعفى المدعى كذلك من الإثبات إذا وضع المشروع قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على وقوع الضرر.

والالأصل أن يتولى المدعى إثبات الخطأ، وهو واقعة قانونية، لقلب عباءة الإثبات إلى الطرف الآخر، وهكذا إلى أن يعجز أحد الطرفين عن الإثبات فتحمل تبعه فشله. لكنّ عدة استثناءات كثيرة ما تزال على هذا المبدأ، فيأتي المشرع ليساعد الطرف الضعيف في الإثبات، فيضع جملة من القرائن القانونية التي يمكن أن تكون غير قابلة للدليل المعاكس، مثل أحکام الفصل 96 م.إع. في المسؤولية الشبيهة، أو قابلة للدليل المعاكس مثلما ورد في باب المسؤولية عن فعل التبرير⁽⁶⁾، فيعفي المدعى في جملة هذه القصور إجمالاً من إثبات الخطأ، وعلى المدعى عليه دفع هذه المسؤولية بمعنى خطئه إذا كان الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس أو بإثبات السبب الأجنبي إذا كان الخطأ المفترض لا يقبل الدليل المعاكس، مما جعل المسؤولية تبتعد أكثر فأكثر عن الاعتبارات الشخصية وتقترب أكثر فأكثر من المسؤولية الموضوعية. حيث لا يطالب المدعى بإثبات الخطأ على رأي المدرسة الموضوعية التي تقوم على نظرية التبعية والمخاطر⁽⁷⁾، أو حتى على رأي المدارس المختلطات⁽⁸⁾، ومدرسة الخطأ الاجتماعي⁽⁹⁾.

(1) يرافق الفصل 93 م.إع، والفصل 93 م.إع مكرر بالنسبة إلى ضمان القرر الناشئ عن المخاطلين وغيرهم من عليبي العقل، ومسؤولية الأب والأم عن أطفالهم، ومسؤولية أرباب الصنائع عن متدربיהם فتكون المسؤولية ذاتية وهي مترتبة وقابلة للدليل المعاكس، ومسؤولية المعلمين عن القرر الناشئ عن تلامذتهم وهي مسؤولة مثبتة. والفصل 94 م.إع في ضمان القرر الناشئ عن الحيوان وهي مسؤولة ذاتية مترتبة وقابلة للدليل المعاكس حسب البعض، والفصل 97 م.إع في ضمان القرر الناشئ عن البناه وهي مسؤولة مثبتة في جانب ومحترضة في آخر.

ويذكر أن المشرع التونسي لم ينص بباب المسؤولية التقصيرية عن قاعدة عامة في مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، ونصل عليها بمجلة الطرقات الحدية بالفصل 117 بالنسبة إلى حوارث المزروع وبالفصل 245 م.إع بالنسبة إلى الالتزامات التعاقدية. وقد ذهب جانب من الفقه إلى تأسيس هذه المسؤولية على الخطأ الثاني المفترض الذي لا يقبل الدليل المعاكس، في حين ذهب الجانب الآخر إلى تأسيس هذه المسؤولية على فعل الغير بناء على فكرة الضمان أو التباهي أو الحلول، باعتبار أنه يحق للمتبوع أن يرجع على الناتج عند الاقضاء.

(2) وتعود أتكار هذه النظرية إلى المدرسة الرضمية الإيطالية ورائدتها Ferri. وقد سبق لها أن انتقدت منذ بداية القرن العشرين النظرية الشخصية التي تعتمد على الخطأ في تحديد المسؤولية، والمعلوم أن الخطأ يركب التدعي والتمرين، يتطلب جانبياً من الاعتبارات الشخصية التي قد تعيق طلب التعويض.

(3) يرى جانب من الفقه Josserand - Demoge - Savatier أن المسؤولية يجب أن تبعد عن فكرة الخطأ أمام تطور المجتمع وتحوله من مجتمع فلاحي إلى مجتمع صناعي، لأنّ منظومة الخطأ لا تكفل الرغبة في ضمان التعويض للمتضررين. فتأسس المسؤولية أصلاً على الخطأ واستطراها إلى المخاطر.

(4) وتقود هذه المدرسة على فكرة الخطأ مع تعديل مضمونه، فالخطأ حسب هذه المدرسة ليس الخطأ الأخلاقي وإنما هو العمل الموضوعي الذي لا يرتكيه الإنسان العادي والذي يحدث ضرراً.

ولذا ارتكب الخطأ من طرف جماعة ليس لها الشخصية المعنوية، فيجوز القيام في مثل هذه الصورة ضد الأفراد، وإذا كانت الجماعة تتمتع بالشخصية المعنوية، فتقام دعوى التعويض ضدها، لكنه في مثل هذه الصور يكون الممثلون في حقيقة الأمر هم الذين ارتكبوا الخطأ، فيسألون بالتضامن، وبالتالي يحق للشخص المعنوي إيجاد الرجوع على أفراده، لكنه لا يصح الرجوع على الشخص المعنوي إذا ما وافته الدعوى ضد الأفراد⁽¹⁾. ويمكن أن تكون الدولة هي المطلوبة بالتعويض بسبب خطأ مرافق ارتكبه أحد الموظفين⁽²⁾.

ويذكر أنه إذا كان المسؤول مؤتنا، ترفع الدعوى مباشرة ضد المؤمن على معنى الفصلين 26 و 151 جديد من مجلة التأمين⁽³⁾ ويطلب في بعض الأحيان إدخال صندوق القسم الاجتماعي على معنى القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 24 فبراير 1994 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية⁽⁴⁾، أو صندوق التقاعد والحيطة الاجتماعية على معنى القانون عدد 56 لسنة 1995 المؤرخ في 28 جوان 1995 المتعلق بالنظام الخاص للتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية في القطاع العمومي، أو صندوق ضمان ضحايا حوادث المرور حوادث الطرقات على معنى الفصل 120 جديد من مجلة التأمين⁽⁵⁾.

بــالمدعى عليه في النفع يختلف النفع باختلاف الأنظمة القانونية المتبعة في المسؤولية عن الفعل الشخصي والمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن فعل الشيء.

(1) وقد تساءل الفقهاء عن طبيعة مسؤولية الشخص المعنوي، فهل هي مسؤولية شخصية أم مسؤولية المنيع عن فعل تابعه؟

(2) سلاطحة في بابه أن المحكمة الإدارية تكون مختصة في مثل هذه الصور، باستثناء بعض الحالات الأخرى، وسيزيد القول في ذلك.

(3) مجلة التأمين الصادرة بموجب القانون عدد 24 لسنة 1992 المؤرخ في 9 مارس 1992 كما هي مسقحة بموجب القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 23 أوت 2005، من 2335، عدد 67.

(4) إن لم يرض المتضرر بنسبة العجز وعرض الصندوق أو إذا لم تباشر الإجراءات طبق القانون ترفع الدعوى ضد الصندوق والمسؤول.

(5) إذا كان المسؤول مجهولاً ترفع الدعوى ضد الصندوق بعد إعلامه في الآجال، وإذا أرادت شركة التأمين أن تتمسك بشروط الحرمان من التأمين أو حالات الاستثناء من القسمان فعليهما إدخال الصندوق بعد إعلامه حالاً فإذا صحت الاستثناءات قضي ضد الصندوق، وإذا تخلفت بقيت الفكرة مدنية. يراجع الفصول 172 إلى 176 من مجلة التأمين.

ويتوب المدعى عليه وكيله إذا كان رشيداً، أو وليه القانوني إذا كان قاصراً⁽¹⁾ ويحل محله خلفه العام «الورثة» أو خلفه الخاص، كما إذا أحال المدين دينه إلى الغير⁽²⁾.
وإذا حدث ضرر من أشخاص متعددين معاً عليهم ضمانه بال الخيار على معنى الفصل 108 مــاجع ولا فرق بين المباشر للفعل والمتواطئ والمغربي، ويجري هذا الحكم فيما إذا وجد ضمان الضرر على عدة أشخاص وتعدّ تعين الفاعل لذلك أو قدر ما يتسبّب لكل منهم في إحداث الضرر⁽³⁾، وما على المتضرر إلا أن يرفع دعواه ضد أحدهم، ويحفظ له حق الرجوع على البقية، أو جميعهم⁽⁴⁾، وفي ذلك ضمان يقرره القانون لفائدة المتضرر⁽⁵⁾.

ويحصل التضامن ولو ارتكب أحدهما خطأ جزائياً والآخر خطأ مدنياً، أو ارتكب أحدهم خطأ عمدياً والآخر خطأ غير عمدي، أو تعلق بأحد هم خطأ شخصياً والآخر خطأ مفترضاً، شرط أن يتعدّ تحديد نسبة المسؤولية⁽⁶⁾.

أما حراسها طرعاً يقصد التخلّي عن استعمالها، كما إذا أودعها لدى الميكانيكي أو أجرّها، لكنه إذا أحالها إلى الغير دون قصد التخلّي عن استعمالها، تبقى الحراسة قائمة بعاتها، وفي ذلك مسؤوليته إزاء تابعه.

وتوجه الدعوى بطبيعة الحال ضد الحارس، وإذا ما دفع بنزع الحراسة عنه، أمكن إدخال الطرف الآخر.
(1) علاوة للمسؤولية التعاقدية التي تطلب الأهمية، يشترط نظام المسؤولية التقصيرية التمييز فحسب، بمعنى أن الفادر أو المعتوه لا يتحمل المسؤولية الذاتية إذا انعدم التمييز، أي لا تجب العهدبة المالية من سال القاصر، لكن مسؤولية الوالي، وهي مسؤولية ذاتية، تتوفر في جميع الصور ولو لم يكن المحجور مميراً. وبقي المعنوه بصفة ظرفية والسكنان والمختار بصفة إبرادية والقسم والبكم سؤولين مسؤولية ذاتية. يراجع الفصول 102، 105 و 106 مــاجع.

(2) الفصل 114 مــاجع.
(3) الفصل 109 مــاجع.

(4) الفصل 174 وما بعده مــاجع.
(5) يراجع الفصل 21 من المجلة الجزائية.

ويمكن أن تحدث مثل هذه الصور كما إذا تعرّض متزوج لحادث مروري بسبب تدخل عذة عربات ويفي التسبّب مجهولاً، ترفع الدعوى ضد أحدهما ويلزم الحارس بالتعويض الكامل، وله حق الرجوع على البقية. لكنه إذا كان بالإمكان تحديد نسبة تدخل كل عربة في الحادث، فإن القضاء يلجأ عادة إلى توزيع المسؤولية.

(6) علماً أن التضامن ليس مفترضاً في المادة التعاقدية وهو كذلك في المادة التقصيرية. يراجع الفصول 108 و 109 و 174 وما بعده مــاجع.

ويتجه التمييز في هذا المجال بين التضامن الذي يقوم على فكرة التمثيل la représentation والمسؤولية المجتمعة in solidum التي تقوم خاصة إذا ارتكب طرف ما خطأ تعاقدية والآخر تقصيرية. وإذا كانت الفكرة واحدة وهو أن المتضرر بإمكانه المطالبة بغير كامل الضرر، فإن من الآثار ما هو خاص بالتضامن دون المسؤولية المجتمعة.

Carbognier, droit civil, les obligations, Tome 4, p. 564 et suiv.

المبحث الثاني: سبب الدعوى

لم يكن مفهوم سبب الدعوى محل اتفاق بين الفقهاء، فمنهم من يعرّفه بأنه السند القانوني الذي تأسس عليه الطلبات، ومنهم من يختاره في التصرف أو الواقع القانونية، ومنهم من يحصره في الظروف الواقعية المتمسك بها لإثبات الحق، أي «العناصر المنشطة للحق المتنازع فيه»⁽¹⁾، ويرى الأستاذ الشهوري أن سبب دعوى التعويض فيما توعّت هو «إخلال المدعى عليه بصلحة مشروعة للمدعى»⁽²⁾، ولتساءل عن اتجاه المشرع التونسي في سبب الدعوى أو مفهوم السبب في التشريع التونسي (الفقرة الأولى) قبل التساؤل عن الآثار المرتبطة بهذا الاتجاه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: اتجاه التشريع التونسي في سبب الدعوى

قدمنا أن السند أو السبب القانوني الذي تأسس عليه الطلبات يختاره البعض في التصرف أو الواقعية القانونية أي مصادر الحق المباشرة مثل فعل الشيء أو الخطأ الشخصي، ومنهم من يحصره في الظروف الواقعية المتمسك بها لإثبات الحق، أي جملة العناصر المنشطة للحق المتنازع فيه وهي وقائع الدعوى مثل حادث مرور ومتهم من يجعله منحصرا في النص القانوني⁽³⁾.

ومقتضى نظرية النص القانوني ومصدر الحق أن المدعى يطالب بذلك بما يعيشه الدعوى وليس للمحكمة تغييرها وإذا لم تذكر ترافق الدعوى وإذا قضت المحكمة على سبب يجوز إعادة نشر الدعوى على أساس سبب آخر دون أن يعارض المدعى بانصال القضاء، في حين أن اعتبار السبب ممثلا في جملة الواقع لا يلزم المدعى بذكر النص القانوني أو المصدر المباشر وعلى المحكمة تكيف الواقع وتطبيق النص القانوني الملائم ويجوز للمدعى تغيير السند كما يجوز للمحكمة تطبيق السند المناسب من تقاء نفسها ولا يجوز إعادة رفع الرعنوى على أساس نفس الواقع إذا قضت المحكمة بعدم سماع الدعوى. ذلك أن تطبيق القانون من اختصاص القاضي المعهود وعليه واجب تعليل الأحكام الأحكام، فلا بد وبالتالي من التكيف السليم للواقع وتطبيق النص القانوني السليم.

وقد أوردت مجلة الالترامات سنة 1906 بالفصل 523 م.إع. قاعدة أن «من كان له القيام به دعويين مبنيتين على سبب واحد فاختار إحداهما لا يحمل على أنه تنازل

(1) عبد الله الأحمدى، القاضي والإثبات في التزاع المدنى، ص 126.

(2) عبد الرزاق الشهوري، الوسيط فى شرح القانون المدنى، المجلد الأول، ص 932.

(3) عبد الله الأحمدى: المرجع السابق، ص 126.

ففي إطار المسؤولية عن الفعل الشخصي يمكن رد الدعوى بالإثبات المخالف، كما يمكن للمدعى عليه أن يدفع بالقولa القاهر والأمر الطارئ⁽⁴⁾ أو بفعل من لحقة القسر⁽⁵⁾، إذا كانت المسؤولية مبنية على خطأ لا يقبل الدليل المعاكس. وإذا ثبت العنصر الأجنبي انعدمت السبيبة ومن ورائها الخطأ، وتعدّر وبالتالي الضمان، حيث لا ضمان على من اضطر إلى الدفاع الواجب كما لا ضمان بمقدرة حصلت بأمر طارئ أو قوة قاهرة على معنى الفصل 104 م.إع.⁽⁶⁾ وإذا كانت المسؤولية مبنية على خطأ مفترض يقبل الدليل المعاكس فيمكن الدفع بانفاء الخطأ بجانب المسؤول. ويمكن كذلك للمدعى عليه أن يدفع بانعدام السبيبة إذا كان السبب غير متوج أو غير مباشر⁽⁷⁾. ويشير إلى أن تأسيس المسؤولية على نظرية التبعية لا يجوز التفصي حتى في صورة إثبات القوة القاهرة.

(1) حاول بعض الفقهاء التمييز بين القوة القاهرة والأمر الطارئ، إذ الأولى على حد تعبير البعض لا يمكن توقيتها على خلاف الثاني أو أن الأولى توجب عدم الدفع المطلقا على خلاف الثاني الذي يمكن تبييره على حد تبيير الآخرين، وأخرون يميزون بينهما على أساس عنصر الخارجية دون الأمر الطارئ. لكن فقه القضاة والفقهاء لا يأخذون بهذه التفصيمات وانعدم الإجماع على نفي القوارق بينها، وهو ما في نهاية الأمر إسلام لمسق واحد.

ويشترط في القوة القاهرة والأمر الطارئ استحالة الدفع وعدم التوقع، ويعتمد في ذلك معيار موضوعي، وقد رأى فقه القضاة أن الحرب والزلزال والإضراب من قبل القوة القاهرة والأمر الطارئ، وأعطى المشرع عددة أمثلة للقوة القاهرة بالفصل 283 م.إع تعلقت بالخصوص بالنكبات الطبيعية، لكن فقه القضاة لم يعتبر مثل هذه الكوارث إلا إذا كانت غير متوقعة ولا يمكن ذهنها، حيث إن الأمطار الغزيرة والضباب والرياح القوية لا يمكن أن تعتبر قوية قاهرة، لأنها لا ترقى إلى درجة القوية من الماحظة، ومن باب أولى لا تعتبر الأخطاء الميكانيكية من قبل القوة القاهرة ألم لا إذا كان العيب يعود للتصانع، والنفجار العجلة لا يمدّ قوة قاهرة، وإن ذُكرت بعض القرارات في اتجاه مخالف. والأغلب أن الأخطاء البشرية لا تتناسب مع شروط القوة القاهرة، وبالتالي لا تعتبر حالة الطريق أو عدم صرفة السائق للمكان علىه يعتد بها، ولم يأخذ فقه القضاة بالدخول المفاجئ لحشرات بعرة السيارة كقوية قد تؤدي بالسائق إلى ارتكاب حادث، والحالات مثلها إذا اصطدم طائر بيلد السيارة، أو شق الطريق فجأة.

لكن بعض القرارات التفصيمية اعتبرت أن الأزمة الفلاحية المفاجئة تعدّ من قبل القوة القاهرة، وإن كان بالإمكان إبعاد مسالة القوة القاهرة إذا كان السائق يشكّر من عوارض فرضية سابقة.

(2) لا يكون خطأ المتصدر سببا في انعدام السبيبة والإبراء إلا إذا استغرق كامل الخطأ، أي إذا كان خطأه أشد وأعظم أو إذا كان خطأ المدعى عليه نتيجة لخطئه، وإذا تعدد استغراق الخطأ يعني مشاركا ووزع المسؤولية بين الطرفين.

(3) لكن المسؤولية المؤسسة على عناصر موضوعية لا تجزى التفصي حتى في صورة القوة القاهرة والأمر الطارئ، كما أن أصحاب نظرية التبعية Josserand لا يجزىون التفصي من المسؤولية إلا في صورة القوة القاهرة دون الأمر الطارئ، حيث يفصلون بين القوة القاهرة التي توجب عنصر الخارجية في حين أن الأمر الطارئ هو الأمر الذي لا تتوفر به صفة الخارجية.

(4) يراجع في ذلك نظرية تعدد الأسباب ونظرية السبب المتوج.

المشرع بذلك قد أراد صراحة إبقاء الحرية للأطراف في بيان أو عدم بيان النص القانوني إذ يكتفي أن تكون الواقع واضحة حالية من الأضطراب. وبذلك انحازت المجلة إلى التعريف الواسع لسبب الداعوى، فهو إخلال المدعى عليه بمصلحة مشروعه للمدعى، فهو جملة الواقع المادية التي يجب أن يبرزها المتضرر وذلك هو المعيار في تحديد سبب الداعوى من خلال مجلة المرافعات المدنية، فلا يرغم المدعى أصلاً على إدراج النص القانوني وهو بمثابة سبب الداعوى في مفهومه الضيق، وحتى لو أدرج فلا يلزم المدعى أو المحكمة في شيء.

والواضح أنَّ ما ورد بالفصل 523 م.م.أع. أنَّ من كان له القيام بدعوى مبنية على سبب واحد فاختار إحداهما لا يحمل على أنه تنازل عن الأخرى، قد تنسخ بصفة ضمئية باتجاهه مجلة الإجراءات المدنية. وإن في ذلك علة آثار هامة.

الفقرة الثانية: آثار توجيه المشرع التونسي في سبب الداعوى

الأثر الأساسي هو أنَّ الواقع الواحدة لا يمكن أن تصبح سندًا للدعاوى، حيث يطلب من المدعى بيان هذه الواقع كما يجب وإلا رفضت الداعوى لاضطرابها أو عدم تعميرها، ومؤدى ذلك أنَّ القضاء يحصل بذات الواقع إذا سبق طرحها أمام القضاء (1) على أنه من الممكن إذا كانت الواقع تحتمل أكثر من نص قانوني أن يتخير المدعى النص المناسب بل له حق تغييره حتى على مستوى الاستئناف (ب) ولكنه مع ذلك لا يجوز الخيار أو الجمع بين المسؤولتين العاقدية والتقديرية (ت).

أ- اتصال القضاء بسبب الداعوى

أوردت الفصول 480، 481، 482، 484 و 485 م.م.أع. النظام القانوني لحجية الشيء المقضي به أو مبدأ اتصال القضاء باعتباره قرينة قانونية لا تقبل الحجة المضادة على معنى الفصل 485 م.م.أع، فإذا قامت قرينة قانونية بصحبة دعوى ألغت صاحبها بحسب الأحوال.

باب اختصاص قاضي الناحية على ما يليه ترفع الدعوى لدى قاضي الناحية بعريضة كتابية يسلمه الطالب أو من يمثله لكتابة المحكمة. وتكون هذه العريضة مشتملة على اسم ولقب ومهنة ومرتب كل من الطالب والمطلوب وعند الاقتسام عدد الترسيم بالسجل التجاري ومكانه واسم من يمثله إن وجد ولقبه ومهنته ومرتبه. وإذا كان الطالب أو المطلوب شخصاً معيناً يجب أن تشتمل العريضة على اسمه ومرتبه الاجتماعي وشكله القانوني إن كان شركة وعدة ترسيم بالسجل التجاري ومكانه.

كما يجب أن تشتمل عريضة الداعوى على موضوع الدعوى وطلبات المدعى. ويجب على كاتب المحكمة أن يرسم تلك العريضة في يوم تلقينها بالدفتر المعهد لذلك ثم يقدمها للقاضي⁽⁴⁾.

عن الأخرى»، معنى ذلك أنَّ التزاع يمكن أن يكتسب ما لا نهاية من الأسباب ويجوز للمدعى أن يتخير واحداً منها. والواضح أنَّ ذلك كان تأثيراً باتجاه فقه القضاء بفرنسا الذي كان يجيز في وقتها إمكانية إعادة رفع الدعوى على سبب آخر إذا رفضت الدعوى على سبب مغاير كما أنَّ ترفض الدعوى على أساس الفصل 1382 من المجلة المدنية الفرنسية فيجوز إعادة نشرها على أساس 1384 من نفس المجلة حيث إنَّ سند الدعوى قد جعله التطبيق في ذات النص القانوني المدرج بعريضة الدعوى أو على أكثر تقدير في مصدر الحق حسب بعض التطبيقات، «فعلى القاضي البت في حدود طلبات الأطراف وليس له أن يغير تلقائياً موضوع التزاع أو سببه»⁽²⁾.

غير أنَّ مجلة الإجراءات المدنية التونسية الصادرة سنة 1959 لم تأخذ بهذا الاتجاه وجعلت السبب منحصرًا في الواقع القانونية والأسانيد القانونية حيث نص الفصل 70 م.م.م.ت.⁽³⁾ على أنه «يجب أن يبين بعريضة الدعوى اسم كل واحد من الخصوم ولقبه ومهنته ومرتبه وصفته وعند الاقتسام عدد الترسيم بالسجل التجاري ومكانه ووقائع الدعوى وأداتها وطلبات المدعى وأسانيدها القانونية والمحكمة الواقع الاستدعاء للحضور لديها وتاريخ الحضور ستة وشهرًا أو يومًا وساعة».

وأورد الفصل 71 م.م.م.ت.⁽⁴⁾ جزءاً الإخلال بأحكام الفصل 70 م.م.م.ت. حيث «تبطل عريضة الدعوى : أولاً : إذا وقع فيها خطأً أو نقص في بيان اسم ولقب المدعى عليه أو المحكمة أو تاريخ الجلسة أو إذا لم تقع مراعاة مواعيد الحضور. ثانياً : إذا لم يقع التبيه على المدعى عليه بما أوجبته الفقرة الثانية من الفصل 70 أو لم تبلغ إليه نسخة من مؤيدات الدعوى. ويزول البطلان بحضور المدعى عليه أو محاميه إذا كان الخلل من الصفة الواردة بالفقرة الأولى وتقديم الجواب عن الدعوى إذا كان الخلل موضوع الفقرة الثانية. وعلى المحكمة أن تقضي من تلقاها نفسها بطلان عريضة الدعوى إذا تبين بطلانها وذلك عند تخلف المدعى عليه أو محاميه عن الحضور أو عن تقديم الجواب بحسب الأحوال».

والهم في جميع ذلك أنه بالرغم من الإشارة إلى النص القانوني بالفصل 70 م.م.م.ت. لم يأخذ المشرع بجزء البطلان بالفصل 71 م.م.م.ت. عدم ذكر النص القانوني. كما أنَّ المشرع لم يلزم المدعى أصلاً بتعيين أو ذكر سبب الدعوى بعريضة الدعوى أمام قاضي الناحية، بل أوجب عليه تحديد موضوع الدعوى وطلباته⁽⁴⁾. فيكون

(1) Civ. 15 juillet 1963, Rev. Trim. Droit civ. 1964, p. 163.

(2) تقع بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002.

(3) تقع بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986.

(4) نص الفصل 43 م.م.م.ت. (تقع بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) في

لا تقبل في قوة الإثبات عن الأوراق الرسمية الأخرى، وهو في هذا المعنى حجة على الكافية لا على الخصوم فحسب. فما دونه القاضي من الواقع على أنه وقع تحت سمعه أو بصره لا يجوز إثبات عكسه إلا عن طريق الطعن بالتزوير. وما دونه رواية عن الغير يعتبر صحيحاً إلى أن ثبت عكسه، ويجوز الإثبات هنا بجميع الطرق، لأن صاحب الشأن لم يشترك في تحرير الحكم فهو من الغير. لكن التطبيق عادة ما يسيء لحدود قوته الأحكام في الإثبات وقد لا يفصل البعض بين ما دونه القاضي على أنه حصل أمامه وما حرره رواية عن الغير. وربما يذهب البعض إلى التفكير بأن القراءة القانونية التي سلطتها المشرع على الأمر المفضي به حتى لا ينشر التزاع من جديد بين نفس الأطراف يجعل من الحكم دوماً حجة رسمية لا تقبل الدحض في جميع الصور. وهو خلط كبير بين حجية الشيء المفضي به وقوة الحكم في الإثبات ساهمت فيه بدرجة كبيرة رداً تحرير فصول مجلة الازمات والعقود. فالملعون أن مبادئ اتصال القضاء تهدف أساساً للعدم الواقع في تقارب الأحكام، ولا يتتجاوز أثرها الطرفين في المادة المدنية، أما مبادئ الحجة الرسمية فتبين مدى حجية الرسم في حد ذاته، ويمتد أثرها إلى الغير.

ولما كان سبب الدعوى يرده في مفهومه الحقيقي والواسع ليس إلى النص القانوني بل إلى جملة الواقع كما تقدم، فإن الحكم بعدم سماع الدعوى على أساسها يمنع المدعي من إعادة نشر قضية جديدة بين نفس الأطراف حتى وإن غير السبب في مفهومه الضيق أي النص القانوني معبقاء الواقع نفسها. ويقى الحق قائماً للمدعي في إعادة النشر إذا لم يتصل القضاء بالواقع كما إذا سبق طرح القضية أو رفضها.

وعلى ذلك الأساس فإنه لا يمكن للمدعي وقد رفضت دعواه بعد عدم سماعها على أساس الفصل 82 م.أ.ع. أو الفصل 83 م.أ.ع. أن يعيد نشر القضية على أساس الفصل 96 م.أ.ع. كذلك ما يمتنع المفهوم الواسع المعتمد بمجلة الإجراءات المدنية.

بـ- تغيير سبب الدعوى

من الآثار الهامة في اعتبار الواقع القانونية كسبب للدعوى هو التساؤل عن إمكانية المتضمن في تغيير سبب الدعوى، كأن يستند في البداية إلى خطأ شخصي، ثم إلى خطأ عن فعل الشيء في طور الاستئناف، أو أن يتمسك بالخطأ المثبت في البداية، والخطأ المفترض في طور الاستئناف؟ وهل أن المحكمة بإمكانها تغيير التسبب المستند إليه من طرف المدعى؟

لقد ذهب الفقه وفقه القضاء في أغلبه، رغم بعض الاتجاهات المضادة⁽¹⁾ إلى اعتبار أن سبب دعوى التعويض هو الواقع المادي الذي يجب أن يبرزها المتضمن، ولا يرغم

(1) تمسكت عدة قرارات تحقيقية فرنسية بضرورة احترام المدعى للسبب الذي ضمته بعرضة الدعوى،

عن كل بيئة أخرى ولا تقبل بيتها لمعارضة القراءة القانونية، والمعلوم كذلك أن القراءة القانونية تميز إيجاماً عن القراءة البسيطة بحكم قوتها وعدم إمكانية إثبات ما يخالف مضمونها، رغم أن المشرع في بعض الصور الاستثنائية لم يسد إلى القراءة القانونية قوتها النظرية المذكورة. ورغمما عن ذلك يتمسك فقه القضاء والفقهاء على حد سواء بهذا المبدأ لكونه الركيزة الأساسية التي يعتمد عليها التنظيم القضائي بحيث إن حجية الشيء المحکوم فيه قرائة قانونية لا تقبل الدليل المعاكس، ومؤداتها أن الحكم صدر صحيحاً من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع، والغرض من هذا المبدأ القانوني وضع حد للتزاع حتى لا يتكرر ولا تتفاوض الأحكام في الخصومة الواحدة. وهو من الدفع الجوهري الواجب على القاضي تحقيقها حتى لا تضارب الأحكام في تزاع واحد بين نفس الخصوم والسبب المتعدد. إلا أن اتصال القضاء لا يحصل إلا إذا توفرت الشروط الواردة بالفصل 481 م.أ.ع. وهو أن يكون الحكم قضائياً فتستبعد القرارات الولاية، وقطعاً تستبعد القرارات التمهيدية والتحضيرية والوقتية. ويشترط وحدة الخصوم والموضوع والسبب.

وحيث كثيراً ما يقع الخلط بين مبدأ اتصال القضاء أو حجية الأمر المفضي به (L'autorité de la chose jugée) وقوة اتصال القضاء أو قوّة الأمر المفضي به (La force de la chose jugée). فالمتفق عليه فقاها وقضاء أن الحكم يتصل به القضاء أو يكتسب حجية الأمر المفضي به منذ صدوره ابتدائياً بصرف النظر عن إجراءات التنفيذ. ويصبح الحكم عبارة عن قرائة قانونية تغنى صاحب الحق عن آية بيئة أخرى (الفصل 485 م.أ.ع.)، أساسها أن الحكم صدر على سند صحيح يعنى من إعادة نشر القضية حتى لا يبقى التزاع مشوراً إلى الأبد. فالدفع باتصال القضاء هو تمسك بقراءة قانونية لا تقبل الدليل المعاكس وبالتالي فهو تمسك بعنصر إثبات حسب ما نص المشرع على ذلك صراحة صلب الفصل 490 م.أ.ع. لكن الحقيقة تفيد أن الدفع باتصال القضاء هو دفع بقاعدة موضوعية أمراً تمنع إعادة نشر التزاع المقطع قضاء بين نفس الخصوم وفي ذات السبب والموضوع، ستها المشرع لغاية حسن مير العدالة. لكنه كثيراً ما يقع الخلط بين القراءة القانونية والقاعدة الموضوعية. أما إذا أصبح الحكم نهاية (définitif) أي لا يمكن الطعن فيه إلا بالوسائل غير العادية بحرز الحكم على قوّة اتصال القضاء أو قوّة الأمر المفضي به. وإذا استفدت طرق الطعن العادية وغير العادية أصبح الحكم لا رجوع فيه (irrévocable)..

وحيث كثيراً ما يلتبس مفهوم اتصال القضاء بمفهوم قوّة الحكم في الإثبات (force probante du jugement) بناء على أحكام الفصل 443 م.أ.ع. فقوّة الحكم في الإثبات تعني أن الحكم بما يشتمل عليه من وقائع وأسباب ومنطق، وثيقة وسمية

المفترض أو الخطأ العقدي أو التفسيري، أن يكون إلا من قبيل الوسائل التي يجوز التمسك بها خلال الطور الابتدائي أو الاستئنافي⁽¹⁾.

ولما كانت مجلة الإجراءات المدنية جعلت السبب منحصرًا في الواقع القانوني والأسانيد القانونية ولم تأخذها بجزء البطلان بالفصل ٦١ م.م.م.ت. وقدرت إمكانية المحكمة تغيير سبب الدعوى استناداً بالفصل ١٤٨ م.م.م.ت، كان يستند في البداية إلى خطأ شخصي، ثم إلى خطأ عن فعل الشيء في طور الاستئناف، أو أن يتمسك بالخطأ المثبت في البداية، والخطأ المفترض في طور الاستئناف، فإنه من الجائز قانوناً للمحكمة تبعاً لذلك تغيير سبب الدعوى تجاوزاً للسبب المبين بجريدة الدعوى ولا يعد ذلك من قبيل الطلبات الجديدة. فلا يرغم المدعي أصلاً على إدراج النص القانوني، وعلى فرض أنه استند إلى نص قانوني دون آخر، فلا شيء يمنع القاضي من تكيف الواقع وتطبيق النص القانوني السليم، حيث إن الدفوعات القانونية الصرفة، وخاصة ما يتعلق بعنصر التكيف فهو من مشمولات عمل المحكمة.

ويفترض هنا التوجه القضائي بإمكانية إعادة التكيف من قبل المحكمة واعتماد السبب الصحيح تجاوزاً لصيغة الطلب أن يورد المدعى في دعواه نصاً قانونياً ليس له علاقة بالواقع وأن لا تحتمل ذات الواقع أكثر من سبب، كما أن تغيير السبب من قبل المدعى نفسه تتوقف صحته على نفس الحدود، على أن إثبات شروط الدعوى سند القيام أصلاً أو شكلاً أو تغييراً أو تكييفاً يحمل على المدعى في الدعوى⁽²⁾.

(1) زلعل القرار التعريفي عدد ١٠٦٢٤ الصادر بتاريخ ١٧ جانفي ١٩٨٥ مجلة القضاء والتشريع ١٩٨٥ - ١ - ص ١٨٠ يعتبر أحسن مثال لهذه الصور تجاهيت تمثل وقائع القضية في سقوط المتضررة من الرزق بسبب تحرك القطار فجأة فقضت محكمة الأصل بالتعويض للأزمة على أساس الفصل ٩٦ أيع باعتبار أن الشركة الوطنية للسكك الحديدية تعتبر حافظة للشيء، لكن هذا الرأي لم تأخذ به محكمة الاستئناف وغيرت سبب الدعوى وأيدتها محكمة التشكيب في ذلك باعتبار أن «الدعوى مؤسسة على علاقة تعاقدية متداولة عقد النقل وأن التنازل هو المسؤول عن سلامة المسافرين طبقاً لأحكام الفصل ٦٥٥ من المجلة التجارية لأن التزامه يوجب عليه إصال المسافرين سالمين إلى وجه المقصود طبق الفصل ٦٥٣ من المجلة التجارية وهو النزام بنتيجته ولا ييل عناته فقط».

(2) المطلوب أن يقع التمييز بعينية بين موضوع الزراع وبسيه وأطراوه، فأطراف الدعوى هم الخصوم، بينما السبب هو ما يقدم من شرح وهي جملة الواقع أما الموضوع فهو ما يريد المدعى من الدعوى كما أن يريد فسخ العقد أو طلب التعويض أو الخروج بعدم الصفة. وتتميز تلك المفاهيم عن مفهوم الطلبات والدفوعات، فالطلب هو «الإجراء الذي يقدم به الشخص إلى القضاء عارضاً عليه ما يدعيه طالباً الحكم له به» أما النزع فهو الوسيلة التي يجيئ بها الشخص على طلب خصمه بقصد تقاديم الحكم لخصمه بما يدعى، أحمد أبو الرواء: المراقبات المدنية والتجارية، ص. ١٨٠. ولطلب موضوعه أي موضوع الطلبات كما للدفوعات موضوعاتها، ويختلف بطبيعة الحال موضوع الزراع عن موضوع الطلبات. والقاعدة أن الواقع وموضوع الزراع والأطراوه وموضوع الطلبات النهائية لا يمكن تغييرها إلا استثناء على خلاف الدفوعات وسبب الدعوى في مفهومه الضيق.

أصلاً على إدراج النص القانوني، وعلى فرض أنه استند إلى نص قانوني دون آخر، فلا شيء يمنع القاضي من تكيف الواقع وتطبيق النص القانوني السليم، حيث إن الدفوعات القانونية الصرفة، وخاصة ما يتعلق بعنصر التكيف فهو من مشمولات عمل المحكمة.

ورغم النقاشات التي عرفتها هذه المسألة أمام محكمة التعقيب، فالحل واضح حسب ما يبدو من قراءة الفصل ١٤٨ م.م.م.ت. الذي نص على أنه يمكن تغيير السبب المبني عليه المطلب إذا كان موضوع الطلب الأصلي باقياً على حالته بدون تغير وكان السبب الجديد غير قائم على وقائع جديدة لم يقع طرحها لدى محكمة الدرجة الأولى وكذلك يمكن الاحتياج بوسائل جديدة لدى الاستئناف.

ويفهم من ذلك أن المشرع التونسي اعتمد مرة أخرى مفهوم الواقع كمعيار لتحديد سبب الدعوى، فهي الأساس في ضبط هامش حرية المدعى، فطالما أن الواقع، وهي السبب الواسع، يمكن أن تحتمل أكثر من سبب في مفهومه الضيق أي المصدر المباشر للحق أو النص القانوني، فيمكن للدعى أن يستند في الطور الابتدائي على واحد منها وله أن يغيرها في الاستئناف شرط أن تبقى الواقع واحدة ولا تغير الطلبات والمقصود بذلك موضوع الطلبات. ذلك أنه لا يمكن تعطية الحال تغيير الواقع، أي السبب في مفهومه الواسع، وموضوع الطلبات⁽¹⁾، وسيجوز التمسك بدفوعات جديدة في كل وقت، فكان تغيير السبب في مفهومه الضيق ليس إلا التمسك بدفوعات جديدة في حقيقة الأمر، فهو ليس السبب الحقيقي للدعوى، فلا يعود التمسك بالخطأ المثبت أو الخطأ

وليس له تغيره بالطور الاستئنافي، ولأنه اعتبر ذلك من باب الطلبات الجديدة، كما يجوز حسب هذا الفقه، في صورة ما إذا وفدت الدعوى على أساس الخطأ المثبت، أن يعاد نشرها على أساس الخطأ المفترض، دون أن يعارض بمبدأ اتصال القضاء.

Civ. 3 ème 8 février 1984', Bull. civ. 3 N° 34, p. 27.

غير أن هذا لم يسلم من النقد، وصارت عادة قرارات تعقيبة تناقض هذا الموقف، أي أن القاضي يمكنه أن يعتمد السبب القانوني الملاائم، دون أن يقتد بالكيف الذي اعتمده المدعى، باعتبار أن التكيف القانوني، وهو دفع قانوني، من مشمولات القاضي في نهاية الأمر، كما إذا استند المدعى إلى خطأ عقدي، في حين أن المحكمة أست الحكم على خطأ تضريبي، أو استند المدعى إلى خطأ مثبت، في حين أن المحكمة اعتمدت على خطأ مفترض في حكمها. والعكس بالعكس.

(1) نص الفصل ١٤٧ م.م.م.ت. على أن «الدعوى التي حكم فيها ابتدائياً لا يمكن زيادتها فيها ولا تغيرها لدى الاستئناف ولو رضي الخصم بذلك إلا إذا كانت الزيادة المطلوبة تتعلق بأداء، أجر أو فوائض أو كراء أو بقایا ونحوها من الملحقات المتن出来的 بالدعوى الأصلية والتي استحقت بعد صدور الحكم أو يترم ضرورة تناقشه بعد صدور الحكم أو يطلب الضمانات المستوجبة بعد الحكم».

ت-الخيار أو الجمع بين المسؤوليتين التعاقدية والتقصيرية

يطرج في هذا الباب مسألة الخيار أو الجمع بين المسؤوليتين، التعاقدية والتقصيرية، وتلك مسألة كانت محل جدل بين الفقهاء. فهل أنه يسمح للمدعي في الخيار أو الجمع بين المسؤوليتين التعاقدية والتقصيرية؟

فرغم أن الآراء توزعت بين نظرية إزدواجية المسؤولية ووحدة المسؤولية فإن الرأي الراجح هو الأخذ بآرای المسؤولية⁽¹⁾، فلكل مسؤولية مميزاتها ونظامها، فللمسؤولية التعاقدية أحکامها وللمسؤولية التقصيرية خصوصياتها، والمبدأ في ذلك أنه إذا توفرت شروط المسؤولية التعاقدية فلا يمكن القبول إلا على أساسها باعتبار أن الفصل 242

(1) إن المسؤولية التعاقدية تتجزء عن الإخلال بالتزام تعاقدي، في حين أن المسؤولية التقصيرية تقوم على الإخلال بالالتزام قانوني واحد لا يتغير هو التزام عدم الإضرار بالغير.

فهناك من يقول بوحدة المسؤولية، وهناك من يقول بآرای المسؤولية: إزدواجية المسؤولية: لقد ثبّت أغلب الفقهاء نظرية إزدواجية المسؤولية لأن كل من المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية مختلفان من عدّة جوانب لها علاقة بالأهمية والإثبات والإعذار ومدى التبوض والتضامن والإफاء.

*وحدة المسؤولية: وأبرز الفقهاء على الإطلاق هو الأستاذ بلاطيل وقدذهب إلى أن كلاً من المسؤولية التعاقدية والتقصيرية واحد لأنهما يمثلان خرقاً للالتزام سابقاً وأن الفروق المشار إليها ليست إلا مجرد فروق ظاهرية.

*ولمن تمكّن الرأي القائل بوحدة المسؤولية إلى بيان عدم الفرق بينهما على مستوى الأهمية والإثبات والإعذار وأن المجال يبقى شاسعاً بينهما في التفرقة، حيث إن المسؤولية التعاقدية تتأسس على عقد على خلاف المسؤولية التقصيرية وفي ذلك عند آثار جوهرية تبقى على مستوى نظام التبوض والإعفاء والتضامن والتقادم.

وتحقق المسؤولية التعاقدية إذا قام العقد الصحيح بين الطرفين و كان القرار ناشئاً عن عدم تقييد العقد. فهل يجوز الجمع بين المسؤوليتين؟

فقد يفهم الجميع على أنه المطالبة بالتبوض من بين أو اختيار منها كل واحدة منها، وهذا أمر مرفوض لأن هذا النظام نظام ثالث لا يقره القانون. كما أن الجميع يمكن أن يفيد أن المفترض إذا ما رفضت دعواه على مستوى المسؤولية التعاقدية يمكن أن يرفعها على أساس المسؤولية التقصيرية، وهذا أمر مرفوض على خلاف الفقه الفرنسي.

إن الجميع لا يجوز في جميع معانٍه التي سبق الإشارة إليها، لكن المجال الذي يبقى على التساؤل، هو إمكانية الاختيار أو الخيرية بين المسؤوليتين، يعني أن توفر للمفترض إمكانية تأسيس دعواه على أحکام المسؤولية التعاقدية وعلى مبادئ المسؤولية التقصيرية، فهل يقتيد بواحدة منها، دون الأخرى؟ لم له حق الخبرة بها؟ وللإجابة عن هذا التساؤل نقسم الفقهاء إلى اتجاهين.

فمن قال بإمكانية الخيار يذهب إلى أنه متى توفرت شروط المسؤولية المعنية أمكن الاختيار. ومن قال بعدم الاختيار يكره على المدعي توجيهه إلى المسؤولية التقصيرية والحال أنه لا يعرف المدعي عليه إلا بواسطة العقد. وما زال الجدل قائماً بين الفقهاء. ويقول الأستاذ السنوري بعدم الاختيار حيث إن المسؤولية التعاقدية تجب المسؤولية التقصيرية. وقد أثبت فقهاء القضاء بفرنسا ومصر إلى اعتماد الخيرية، كما أقررت محكمة التحكيم التونسية منذ سنة 1995 هذا التوجه.

م.اع. نص صراحة على أنـ «ما انعقد على الوجه الصحيح يorum مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا يقضـ إلـا برضائـهما أو في الصور المقرـرة في القانون». والأصل في ذلك أنـ المسـؤـلـيـةـ التـعـاـقـدـيـةـ تـجـبـ المسـؤـلـيـةـ التـقـصـيـرـيـةـ وـهـوـ الرـأـيـ الغـالـبـ بالـفقـهـ. كما أنـ محـكـمـةـ التـعـقـيـبـ التـونـسـيـةـ تـدـخـلـتـ فـيـ عـدـةـ صـورـ لـتـبـيـنـ أنـ أـسـاسـ مـسـؤـلـيـةـ التـاـقـلـ علىـ وـجـهـ المـاـتـالـ هـوـ العـقـدـ⁽²⁾، مـعـنـ ذـلـكـ أـنـ لـمـ يـمـكـنـ لـلـمـتـضـرـ تـأـسـيـسـ دـعـواـهـ عـلـىـ أـسـاسـ الـمـسـؤـلـيـةـ التـقـصـيـرـيـةـ إـذـ كـانـ مـرـتـبـاـ مـعـ الشـرـكـةـ بـعـدـ نـقلـ. وـيـطـلـبـ هـذـاـ حـلـ تـنظـيمـاـ لـلـعـمـلـ التـقـضـيـاـنـ وـاحـتـرـاماـ لـلـمـبـادـيـاـ الـقـانـوـنـةـ. لـكـنـ مـحـكـمـةـ التـعـقـيـبـ أـشـارـتـ سـنـةـ 1995ـ فـيـ قـرـارـاـ عـدـدـ 42389ـ الصـادـرـ بـتـارـيخـ 16ـ 3ـ 1995ـ إـلـىـ أـنـ تـوـفـرـ لـلـمـتـضـرـ مـنـ حـادـثـ طـرـيقـ عـدـةـ أـسـسـ قـانـوـنـيـةـ لـطـلـبـ التـعـوـيـضـ كـالـمـسـؤـلـيـةـ التـقـصـيـرـيـةـ وـالـمـسـؤـلـيـةـ التـقـيـيـةـ وـالـمـسـؤـلـيـةـ

وـالـمـسـؤـلـيـةـ التـعـاـقـدـيـةـ وـهـوـ حـرـ فيـ الـاخـتـيـارـ بـيـنـهـاـ. وـالـحـقـيـقـةـ أـنـ مـحـكـمـةـ التـعـقـيـبـ التـونـسـيـةـ وـبـاستـثـانـ بـعـضـ الصـورـ الـخـاصـةـ لـمـ تـلـتـزمـ بـاتـجـاهـ وـاضـعـ بـلـ إـنـ قـرـاراتـ التـعـقـيـيـةـ قدـ تـقـضـيـ بـالـتـعـوـيـضـ وـلـاـ تـكـادـ تـدـرـكـ الـأسـاسـ الـذـيـ اـعـتـمـدـهـ⁽²⁾.

المبحث الثالث: موضوع الدعوى

موضوع دعوى التبوض هو التبوض بطبيعة الحال. فإذا ما أقيم الدليل على توفر شروط استحقاق التبوض، وقد تقدم القول في ذلك، تبقى مسألة تقديره، التي لا تخرج عن ثلاثة طرق: التبوض القضائي (الفقرة الأولى)، والتبوض القانوني (الفقرة الثانية)، والتبوض الاتفافي (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى، التبوض القضائي

المبدأ أن يكون التبوض قضائياً، يعني أن يخضع تقدير التبوض لاجتهاد القاضي، وهو حرج في ذلك بشرط التعليق⁽³⁾. والأصل في ذلك أن يكون التبوض كاملاً، يعني

(1) يراجع القرار التعميسي عدد 10624 الصادر بتاريخ 17 جانفي 1985 نـمـتـ 1985ـ جـ 1ـ صـ 190ـ.

(2) يراجع القرار عدد 6271 الصادر بتاريخ 6 أوت 1981.

(3) قرار تعقيبي مدني عدد 6625 الصادر بتاريخ 26 فبراير 1952 مجلة القضاء والتشريع 1952 عدد 8 و10.

قرار مدنـيـ عـدـدـ 437ـ مـؤـرـخـ فـيـ 16ـ جـانـفـيـ 1961ـ مجلـةـ القـضـاءـ وـالـتـشـرـيعـ عـدـدـ 7ـ 1962ـ صـ 28ـ 544ـ يـجـبـ بـيـانـ العـنـاصـرـ الـتـيـ اـعـتـمـدـتـ لـتـقـدـيرـ مـعـيـنـ الـغـرـامـةـ الـمـادـيـةـ.

قرار جنـاحـيـ تعـقـيـيـ عـدـدـ 1387ـ مـؤـرـخـ فـيـ 8ـ فـيـرـيـ 1962ـ مجلـةـ القـضـاءـ وـالـتـشـرـيعـ عـدـدـ 1ـ لـسـنـةـ 1965ـ صـ 6ـ لـتـقـدـيرـ مـبـلـغـ التـبـوـيـضـ عـنـ ضـرـرـ نـاشـئـ عـنـ جـنـحةـ غـيرـ خـاطـئـ لـرـقـابـةـ مـحـكـمـةـ التـعـقـيـبـ مـاـ دـامـ هـذـاـ التـقـدـيرـ فـيـ حـدـودـ الضـرـرـ النـائـسـ مـباـشـرـةـ عـنـ تـلـكـ الـجـنـحةـ.

وإذا كانضرر الأدبي لا يخضع لمعايير واضح⁽¹⁾، لأنه من الصعب تقدير الألم⁽²⁾ والتشوه⁽³⁾ والحرمان من مباحث الحياة ومتاعتها⁽⁴⁾ على أساس تجتمع حولها الآراء، فإنه من السهولة بمكان تقديرضرر المادي الذي يرتكز على أساس منطقة من الضروري بيانها بالحكم والإعراض للنقض من طرف محكمة التعقيب.

والضرر المادي في نهاية الأمر هو «ما تلف حقيقة طالب التعويض وما صرفه أو لا بد أن يصرفه لتدارك عواقب الفعل المضرر به والأرباح المعتادة التي حرم منها بسبب ذلك الفعل» على معنى الفصل 107 م.أ.ع، في إطار المسؤولية التصصيرية⁽⁵⁾.

ويفترض أن يشمل التعويض بالتالي الاتلاف الكلي أو الجزئي للمكاسب أو انعدام النفع منها أو ثمن إصلاحها في إطار الأضرار التي تصيب المكاسب، والمصاريف الضرورية⁽⁶⁾ والعجز المؤقت⁽⁷⁾ والعجز المستمر⁽⁸⁾ والوفاة⁽⁹⁾ في إطار الأضرار التي

تصيب الجسد.

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 8313 مورخ في 30 ديسمبر 1971 ن 1972 ص 144 «مقاييس تقدير الغرامة المادية الواردة بها الفصل 107 م.أ.ع غير مقاييس تقدير الغرامة الأدبية ويكفي فيها إثبات الرابطة التالية بين الحادث والضرر وإبراز درجة الآلام وجسامته المصايب ليكون القضاء فيها محرزاً على تعليمه القانوني وتبريره القضائي⁽¹⁾.

(2) نتيجة الخضوع لعمليات جراحية أو نتيجة الإصابات والاعتداء على الشرف والكرامة.
(3) الأخلاقي بالناحية الجمالية.

(4) مثل الحق في ممارسة الرياضة أو الموسيقى إلى غير ذلك من متاع الحياة مثل الصباء والجنس.
(5) وهو «عبارة عما تقص من مال الدائن حقيقة وعما فاته من الزرع من جراء عدم الوفاء بالعقد، أو التأخير في تنفيذه» على معنى الفصل 278 م.أ.ع، في إطار المسؤولية التصصيرية.

(6) ولا يقتضي إلا إلزام المصاريف العادلة دون الكبينة والتي لها علاقة مباشرة بالضرر.
(7) ويشمل ما صرف المتضرر وما فاته من فرص خلال فترة الاستراحة لحين البرء النهائي أو استقرار الحالة.

(8) ويطرح العجز المستمر مسأليتين، الأولى تتعلق بتحديد نسبة العجز ويتولاها الأطباء المختصون، ويعتمد في ذلك على عدة قواعد مثل قاعدة بالتزار وقاعدة فابريتي، والثانية تتعلق بتقديرضرر ويتولاها القضاة، ولهم في ذلك عدة طرق.

(9) يسوق أن قدماناً أن الوفاة طرحت عدة تساؤلات فيما يتعلق بضرر الموت بالنسبة إلى الميت نفسه، ولم يستقر الفقه على رأي، فمنهم من ذهب إلى أن الموت تخلف بالضرر مادياً للحيتان فشأن الدعوى وتستقل إلى الورقة، ومنهم من ينكر تماماً وجود هذا الضرر، ومنهم من يأخذ مكاناً وسطاً يلتقط ينكل دعوى التعويض عن المصاريف التي تكتبد الميت في صورة لذالم تكن الوفاة فورية، وهو الرأي الغالب.

يعني أن الورثة والأقارب من حقوقهم رفع الدعوى الخاصة بهم والتي ترمي إلى تعويض الأضرار المادية التي لحقت بهم إذا كان المتوفى ملزماً بالإتفاق عليهم قانوناً أو اتفاقاً، ويمكن للغير إيجاداً رفع الدعوى الخاصة لغاية طلب التعويض عن الأضرار المعنوية التي ربما لحقت به بشرط إقامة الدليل على وجود مثل هذا الضرر الذي يعاشر في نهاية الأمر على رابطة المعنة والتقدير، ومع أن القانون التونسي لم يحدّد قائمة المتضررين بالتبني فإن بعض المشاريع أقرت نفسها بتحديدهم مثل القانون المصري.

أن تقترب قيمة التعويض بحقيقة الضرر، على أن لا يتجاوز التعويض قيمة الحقيقة، وأن لا يعوض الضرر مرتين⁽¹⁾، وتعتبر الأضرار مهما كانت تافهة، فتعتبر جميع عناصره، ولا يقتضي بالتعويض الرمزي إلا إذا تقدّم القاضي بطلبات المدعى.

ويعرض القاضي عن الضرر المادي والضرر الأدبي مهما كان أساس المسؤولية، على شرط أن تلحق الخسارة بحق المتضرر أو بمصلحة مالية مشروعة وأن يكون الضرر مباشرة ومحققاً سواء في الحال أو المال ومتوقعاً⁽²⁾، على أن يستبعد الضرر الاحتمالي من دائرة التعويض، على خلاف فوات الفرصة التي يعوض عنها مهما كان أساس المسؤولية.

قرار تعقيبي عدد 8209 مورخ في 25 أوت 1971 مجلة القضاء والتشريع عدد 8 لسنة 1972 ص 59
- 1129 «إن تحديد مقدار الغرم وإن كان في آخر الأمر زاجعاً إلى اجتهداد حكام الأصل لأنهم مع ذلك يجب عليهم إبراز العناصر التي لا يحظى بها في ترفع مقداره حتى يكون اجتهدادهم مبنياً على اعتبارات مقبولة تجنبهم وصلة الاعتزاز في التقدير، ولا يكفي مثلاً القول أن مقدار الغرم المحكم به ابتدائياً زهد بدون توسيع العناصر المعتمدة في التقدير».

ويراجع كذلك القرار التعقيبي عدد 5565 مورخ في 27 مايو 1970 مجلة القضاء والتشريع عدد 8 لسنة 1970 ص 89-82.

قرار تعقيبي مدني عدد 11319 الصادر بتاريخ 16 مايو 1985 نشرة محكمة التعقيب 1985 ص 223.

قرار تعقيبي عدد 19090 المورخ في 6 جانفي 1988 نشرة محكمة التعقيب 1988 ص 306.

(1) إذا ضمن المتضرر التعويض من جهة معينة فلا يحق له قانوناً أن يطالب جهة أخرى بذلك، وليس له أن يطالب بالتعويض على أساس نفس الضرر ليحصل على تعويض ثانٍ إذا كان للبالغ المحكم به ضبة تعويضية، وبالتالي لا يحق أن يطالب المتضرر من حدث شغل بالتعويض مراراً على أساس المسؤولية المدنية إلا في حدود التعويضات التكميلية عملاً بأحكام الفصل 5 من قانون 1994، وبمعنى الحق لصدقوق القسمان الاجتماعي في الرجوع على المسؤول، وإذا تعدد المسؤولون تقام الدعوى ضد أحدهم ولهم حق الرجوع على البقية، أو ضد جميعهم في حدود الأضرار التي تسبّبوا فيها.

لكنه لا يمنع على المتضرر الجمع بين التعويضات التي لها صبغة تعويضية والبالغ التي يستحقها على أساس التأمين على الحياة، لأن الأولي منها الجتحة وشبـه الجتحة والثانية سببـها العقد، ويجوز لشركات التأمين أن ترجع على المسؤول في حالة الجتحة أو شبـه الجتحة أي التأمين على المسؤولية إذا ما تحقق التضامن، ولا يجوز لها أن ترجع في صورة العقد أي التأمين على الحياة.
يراجع الفصل 21 من مجلة التأمين الصادرة بموجب قانون 1992 في تقرير حق الرجوع، والفصل 35 من نفس المجلة في منع الرجوع في إطار التأمين على الحياة.

يراجع الحكم المدني الابتدائي عدد 12505 مورخ في 14 نوفمبر 1959 مجلة القضاء والتشريع عدد 5 لسنة 1960 ص 467-63.

(2) ويدرك الفقهاء في هذا الباب أن الضرر في إطار المسؤولية التصصيرية لا يعوض عنه إلا إذا كان مباشرةً ومتوقعاً يوم إبرام العقد إلا في صورة الخطأ الجسيم والتدليس، على خلاف الضرر في إطار المسؤولية التصصيرية الذي يعوض عنه إذا كان مباشرةً ومتوقعاً أو غير متوقع.

النهائي. ويجوز للمحكمة أن تقضي بامتداد غرامة وقية على أساس الفصل 167 م.اج. والفصل 126 م.م.ت. وإذا صدر الحكم الابتدائي وتفاقمضرر يجوز المطالبة به، ولا يعتبر ذلك من باب الطلبات الجدلية أمام محكمة الاستئناف عملاً بأحكام الفصل 147 م.م.ت طالما أنه يتأسس على نفس السبب⁽¹⁾.

وأسعار التعويض مرجعها يوم صدور الحكم وليس يوم وقوعضرر، باعتبار أن حكم التعويض وإن كان كافياً للحق فهو منتشع للدين، على خلاف مجرد طلب استرجاع المصارييف فيختكم فيها إلى الوثائق سند الدين.

ويكون حكم التعويض عادة بالمال، على أنه في بعض الأحيان يسمح المشرع ببعض الإجراءات التكاملية مثل نشر الحكم الصادر في الغرض تعويضاً عنضرر الأدب، فيكون التعويض غير نقدي في هذه الصورة. ويمكن أن يكون التعويض في شكل رأس مال أو جرعة عمرية قابلة للمراجعة حسب ارتفاع الأسعار إذا ما نصت المحكمة على ذلك، بصرف النظر عن طلبات المدعى. ويجوز إجمالاً ضمضرر الأدب والضرر المادي ليتحقق المتضرر مبلغاً معيناً⁽²⁾.

وإذا ما تفاقمضرر بعد صدور حكم بات، فلا مفر من رفع قضية أصلية، ولا يعارض المتضرر بمبدأ اتصال القضاء أو قوته. فيتقرر تعويض النسبة التي تخرج عن القسط موضوع الحكم الأول⁽³⁾.

الفقرة الثانية: التعويض القانوني

وهو التعويض الذي حدده المشرع نقاً، ولا يحق للقاضي أن يتزل عنه أو يضيف إليه، فيتخخص دور القاضي في تطبيق المعاول والعناصر والنسب المحددة قانوناً على غرار ما نص عليه المشرع بالفصل 278 م.اج. فيما يتعلق بأداء القاضي القانوني⁽⁴⁾.

الظني أن حالات الصحة لم تستقر وأن البرء النهائي لا يتم إلا بعد ستة أشهر كان قضاها مستنداً إلى أمر غير قار ومستهدفاً للنقض.

(1) قرار مدنى تعقى عدد 3608 مؤرخ في 28 مارس 1967 مجلة القضاة، والشريع عدد 1 لسنة 1968 ص 38 «إن تقدير أهميةضرر ومداه أمر موضوعي أوكله القانون إلى اجتهدقاضي الموضوع، ولا تزيد حيثية على محكمة الاستئناف إذا قفت بتعریف مبلغضرر بناء على أنه تفاقم».

(2) قرار تعقى عدد 8306 مؤرخ في 30 ديسمبر 1971 ن 1972 ص 142 «الحكم بغرامة جملة أو بكل من الغرامتين المالية والأدبية على جملة لا مصلحة فيه لمثيره ولا بهمه في شجاع لأن المحكمة حرّة في اتخاذ ما تراه صالحًا في هذا الشأن مادام حكمها مرتكزاً على أسس سليمة من حيث الواقع والقانون».

(3) على خلاف التعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية التي يجوز مراجعتها بحكم القانون.

(4) يراجع الفصل 1100 م.اج.

وعادة ما يلتجأ القاضي إلى تكليف الخبراء المختصين سواءً لتحديد قيمة المضرة أو لتعيين نسب العجز. وإن كانت نتيجة الاختبار لا تلزم القاضي من حيث المبدأ، فهي من القصوريات التي لا يمكن الاستغناء عنها في مثل هذه القضايا مهما تعدد ستدتها.

ورغم وجود عدة طرق حسابية وتقييمية في التعويض⁽¹⁾، فلا شيء يلزم منها القاضي الذي يبقى سيد الموقف في اعتماد البعض دون الآخر. لكنه من الضروري الاقداء بعض المبادئ العامة التي استقر عليها الفقه وفقه القضاء وحصل الإجماع حولها، وأصبحت تمثل المبادئ العامة في قضايا التعويض.

بالنسبة إلى المتضرر: الأصل في ذلك أن يثبت المتضرر في الدعوى العناصر التي سببته عليها التعويض، وإلا تعرض الطلب للرفض، ويكون التعويض على أساس ذاتية تعتبر فيها المعطيات الخاصة بالمتضرر، يعني أن التعويض يتأثر بالوضع المالي أو الجددي للمتضرر، وإذا ثبت اشتراك المتضرر مع المسؤول في المضرة توزع المسؤولية بينهما إذا سمع الأساس القانوني بذلك كما هي الصورة في المسؤولية الشخصية.

بالنسبة إلى المسؤول: لا يعتد بحالة بسره وتراته أو عسره، لكن التطبيقات القضائية كثيراً ما تتأثر بمثل هذه العناصر، وربما تكون هي المحددة في تقدير التعويض. ولا يعتد كذلك بجسامه الخطأ الذي أفضى إلىضرر، لأن التعويض ليس عقوبة جزائية، لكن التطبيقات القضائية كثيراً ما تتأثر بهذا المنصر، خاصة وأن الفصل 107 م.اج. أشار بفقرته الأخيرة إلى أن تقدير الخسارة من المجلس القضائي يختلف باختلاف سببضرر من كونه تغيراً أو خطأ، وإن كان مفهوم هذا الفصل لا يعتد تحويل الحق في استعمال قواعد العدل والإنصاف، ولا يمكن أن تكون جسامه الخطأ في نهاية الأمر هي المحددة في تقدير التعويض، لكن جسامه الخطأ تعتمد في صورة الاشتراك فيضرر للغاية توزيع المسؤولية.

بالنسبة إلى حكم التعويض: الأصل أن يعوضضرر موجود يوم صدور الحكم، أي جميع الأضرار الحالية والمتواعدة يوم الحكم، ولا تقضي المحكمة إلا بعد تحققضرر أو البرء النهائي⁽²⁾، ويجعل الحكم إذا لم يلتزم الجرح ولم تثبت درجة السقوط

وتتقل أخيراً الدعوى التي أقامها المورث في حياته إلى الوراثة لغاية التعويض عن الأضرار المعنونة التي سبق أن لحقت بالمورث.

(1) مثل الطريقة الحسابية المعتمدة على ضريب الأجر الشتوى في نسبة العجز ثم في الرقم الموقاف لعمر المتضرر، وهي طريقة تعتمد على معاير ذاتية، والطريقة الحسابية بالتناسب، يعني أن ضريب نسبة العجز في مبلغ معين يعتمد القاضي كتقدير منه لكل نقطة.

(2) قرار مدنى تعقى عدد 3634 مؤرخ في 13 فبراير 1973 مجلة القضاة والشريع عدد 5-6 1974 ص 377-378 إذا قضت المحكمة بغرامة في حادث مرور وقع على شخص وأثبتت الخبرير

الموجر خطأ عمدياً أو خطأ جزائياً أو إذا نسبت الغير في شأنه⁽¹⁾، وهو يشمل أجزاء الضرر المادي التي لم تتوارد وكامل الضرر المعنوي. وقد درجت المحاكم قبل صدور قانون 1994 بصرف التعريض التكميلي في شكل جرائم عمرية تغفل الأحكام الفصل 6 من قانون فراغ الشغل الملغى، رغم النقاشات التي أثارها هذا الفصل⁽²⁾. لكن قانون 1994 لم يحيي الصيغة القديمة بالفصل 5 منه، ويجوز أن تأتي التعويضات منجمة أو في شكل رأسماك. المهم أن يطالب المتضرر بالتعويض الأصلي أمام قاضي الناحية المختص طبق أحكام قانون 1994 إذا فشلت التسوية الآلية والصلحية، ويحق له الحق في طلب التعريض التكميلي أمام المحاكم المختصة طبق القانون العام سواء أمام الدائرة الجنائية أو أمام الدائرة المدنية، بالنسبة إلى الأضرار المادية التي لم تتوارد وكامل الأضرار المعنوية. ولا يمكن أن يعارض المتضرر، في طلبه المتعلق بالضرر المعنوي، بعدم الاختصاص بعلة ضرورة سبق تعهد قاضي الناحية. ويحق الدفع جازماً إذا تعلق الطلب بجزء الضرر المادي الذي لم يتوارد. ويحق لصندوق الضمان نهاية استرجاع المبالغ التي دفعها سواء بالتدخل بالقضية المنشورة، أو بطريقة العقلة التوفيقية بجانب صناديق التأمين، لكنه لا يحق له استرجاع التعويضات التكميلية. لكن قاضي التعريض في مثل هذه القضايا لا يتمتع بكثير من الحرية حيث إن دوره يتلخص في تطبيق الجداول المحددة قانوناً، ولا يحق له أن ينزل بالتعويض أو أن يضيف إليه.

وقد صدر أخيراً كذلك القانون عدد 50 لسنة 2013 المؤرخ في 19 ديسمبر 2013 المتعلق بضبط نظام خاص للتعويض عن الأضرار الناتجة لأعوان قوات الأمن الداخلي عن حوادث الشغل والأمراض المهنية⁽³⁾. وقد تضمن نفس المبادئ تقريباً حيث يحفظ العون المتضرر أو أولي الحق منه بحق مطالبة مرتكب الخطأ بتعويض الضرر الحاصل له وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية فيما يتعلق بغير الضرر الذي لا يتم تعويضه على أساس أحكام هذا القانون. ولا تجوز مطالبة الإدارة ذات النظر أو مستخدميها بالتعويض عن الضرر على أساس قانون آخر إلا إذا كان ناتجاً عن خطأ معتمد من جانبهم أو عن خطأ يكتسي صبغة جزائية.⁽⁴⁾

(1) التيجاني عبد والمصطفى كشو: التعريض التكميلي في قانون فراغ الشغل، القضاء والتشريع ماي 2000.

(2) محمد ماجد طريط، حادث الشغل المزدوج لا تسقط فيه الغرامة المعنوية، القضاء والتشريع نوفمبر 1997.

(3) الرائد الرسمي عدد 101 بتاريخ 20 ديسمبر 2013، مذكرة المجلس الوطني التأسيسي وموافقته بجلسته المنعقدة بتاريخ 5 ديسمبر 2013.

(4) الفصل 6 من القانون عدد 50 لسنة 2013.

أو ما نصّ عليه في إطار التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية أو حوادث المرور، حيث إن التعويض يكون بصفة آلية بصرف النظر عن مفهوم الخطأ. وتعتبر هذه الطريقة في التعريض، المناسبة على عناصر موضوعة، هي المطلوبة في زمن تطور الآلة وتعقد العلاقات الاجتماعية، وأمام صعوبة إثبات عناصر الخطأ، وبلور فكرة الضمان الاجتماعي، وهو الأمر الذي دفع بعض الدول إلى اعتماد مثل هذا النظام في حوادث الطرقات رغبة منها في ضمان تعويض آمن وعادل في نفس الوقت يضمن للمتضرر مجاهدة الصعوبات التي سيمر بها حتماً أمام متطلبات الحياة المعاصرة⁽¹⁾.

ويرد في هذا الباب التعريض في حوادث المرور على معنى القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005، وكذلك التعريض الجزاكي على حوادث الشغل والأمراض المهنية على معنى القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 24 فيفري 1994 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية في القطاع الخاص، والقانون عدد 56 لسنة 1995 المؤرخ في 28 جوان 1995 المتعلق بالنظام الخاص للتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية في القطاع العمومي⁽²⁾.

وأكثر ما يطرحه هذا النظام من إشكاليات هو ما يتعلّق بإمكانية مراجعة الأحكام الصادرة بالتعويض، وباحقية المطالبة بالتعريض التكميلي في صورة الحادث المزدوج، وذلك حين يكون للحادث صبغة شغلية وصبغة عامة في نفس الوقت، فينشأ للمتضرر حق التعويض على معنى قانون حوادث الشغل وهو الأصل، ويتعلّق بالتعويض عن الضرر المادي، ويحقّ له الحق في المطالبة بتعويض تكميلي في صورة إذا ارتكب الفيافي أسبابه، وعلى المؤمن أن يعرض على المتضرر التعويض الملائم في أجل لا يتجاوز شهرين، وله الرجوع على من يجب قانوناً.

(1) اعتمد المشرع الفرنسي منذ سنة 1985 تشريعياً يضمن للمتضررين في حوادث المرور تعويضاً آلية، يراجع القانون عدد 677 لسنة 1985 المؤرخ في 5 جويلية 1985 المتعلق بتحسين حالة المضررين من حوادث المرور والأختصار في إجراءات التعويض، حيث لا يمكن معارضه المتضرر بالقولة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ الغارس مهما كان أساس المسؤولية، ولا يعتد بخطأ المتضرر في مواجهة الأضرار الجسدية التي أصابته، وعلى المؤمن أن يعرض على المتضرر التعويض الملائم في أجل لا يتجاوز الشهرين، ولله الرجوع على من يجب قانوناً.

(2) أصدرنا كتاباً خاصاً بالتعويض عن حوادث المرور وشرح أحكام القانون عدد 86 لسنة 2005، من الممكن الرجوع إليه للوقوف على تفصيلات آلية وطرق التعويض.

علي كحلون: دعوى التعويض في حوادث المرور، نشر مجمع الأطاش للكتاب المختص، 2011.

(3) هناك أنظمة خاصة بال العسكريين وقوات الأمن الداخلي، القانون عدد 70 لسنة 1972 المؤرخ في 11 نوفمبر 1972 المتعلق بالمصادقة على المرسوم عدد 3 لسنة 1972 المتعلق بضبط نظام الجرایات العسكرية للسرقة، والقانون عدد 70 لسنة 1982 المؤرخ في 6 أوت 1982 المتعلق بضبط القانون الأساسي العام لقوات الأمن الداخلي.

ويذكر كذلك في هذا الباب أن الأطراف بإمكانهم تعديل أحكام المسؤولية التعاقدية، فيشترون عدم المسؤولية في صورة تحقق الضرر، وتعتبر مثل هذه الاتفاques جائزة، إلا إذا صاحبها فعل معتمد أو خطأ فاحش على معنى الفصل 244 م.أع.⁽¹⁾. ولا يعمل بهذه الاتفاques في إطار المسؤولية التقصيرية.

المبحث الرابع: إجراءات الدعوى

إن الدعوى هي تلك القدرة القانونية في الاتجاه إلى القضاء، فإذاً أن يحرص المتضرر على القيام والمطالبة، فتباشر الدعوى وتنشأ الخصومة (أ)، أو أن يهمل مبادرتها عمداً أو جهلاً، فتقضي الدعوى (ب).

أ- مباشرة دعوى التعويض
ترفع دعوى التعويض أمام المحاكم العدلية، سواء كانت مدنية (2) أو جزائية (3)، لكن المحكمة الإدارية يمكن أن تنظر في دعوى التعويض في بعض الأحيان (1).

1- الدعوى المدنية أمام المحكمة الإدارية
نص الفصل 85 م.أع على « أنه إذا تسبب موظف أو مستخدم بإدارة عمومية في مضرة غيره حسية أو معنوية حال مبادرته لما كلف به وكان ذلك عمداً أو خطأ فاحشاً منه، فهو ملزوم بمحبر ذلك إذا ثبت أن السبب الموجب لذلك هو تعمده أو خطأه. لكن إذا كان الخطأ غير فاحش فلا قيام لمن حصلت له المضرة على الموظف إلا إذا لم تكن له وسيلة أخرى للتوصيل على حقه».

ولهذا الغرض يمكن أن يسأل الموظف، عن الخطأ الشخصي الذي غالباً ما يتمثل في الخطأ الذي يصدر خارج نطاق الوظيفة أو في الخطأ الذي يصدر عن سلوك غير عادي للموظف أو في الخطأ الذي يرتكبه الموظف بسوء نية. كما يعد خطأ شخصياً الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الموظف وإن كان هذا الخطأ غير عمدي على أن يكون

(1) ويكون باطلاق في إطار عقد نقل الأشياء كل شرط من متعدد النقل بإعفائه كلياً من المسؤولية في حالة التلف الكلي أوالجزئي أو التغبي، ويصبح الاتفاق على تحديد المسؤولية أو الإعفاء من المسؤولية في حالة التأخير على معنى الفصلين 643 و 644 م.ت.
و فيما عدا الحالات التي ينبع فيها للنائل في إطار عقد نقل الأشخاص، ارتكابه خطأ فاحشاً أو تعمد الخطأ، يجوز للنائل أن يشترط لكن مع أعلام المسافر بالشرط إعفائه كلياً أو جزئياً من مسؤوليته المنشية عن التأخير أو الأضرار غير البالغة الحادثة للمسافر على معنى الفصل 657 م.ت.

ويتلخص في هذا الباب كذلك ما يعرف بـنظام التعويض المسقّف المعمول به بحوادث النقل الجوي الدولي الخاضع لاتفاقية فرسوفيا⁽¹⁾، والنقل البحري سواء منه الدولي الخاضع لاتفاقية بروكسال أو الداخلي الخاضع للمجلة التجارية البحرية⁽²⁾. ويترتب قاضي التعويض في هذا النظام بعدم تجاوز المقادير التي حدّتها المشرع مسبقاً، لكنه يجوز أن يتزلب بقيمة التعويض إلى درجة أقل.

الفقرة الثالثة: التعويض الاتضاعي

وهو التعويض المحدد مسبقاً اتفاقاً بين الأطراف الذين يحددون مقداره في صورة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، ويمكن أن يتم هذا الاتضاع في إطار المسؤولية التعاقدية أو المسؤولية التقصيرية كذلك، وهو ما يعرف بالشرط الجزائري. وقد ذكرت محكمة التعقب في عدة مناسبات « بأن الشرط التغريبي لم يرد به نفس خاص في القانون وإنما يعود في حقيقته إلى التزام بتعويضضرر بمبلغ معين يتقاض عليه الطرفان مسبقاً وهو بهذه الصفة خاضع للقواعد العامة للالتزامات الفاضية بأن ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون بين المتعاقددين حسب الفصل 242 م.أع، وأن الحكم المطعون فيه باستناده على الفصل 278 م.أع. قد قام على غير أساس قانوني، فليس للمحكمة أن تتدخل فيه بالزيادة أو النقصان إذ أنه لا يهم النظام العام ولا يمس بالأخلاق الحميدة⁽³⁾». ويحدد مقدار التعويض في هذا الباب اتفاقاً، ولا يستحق إلا بعد إعداد المدين، وهو تعويض جزافي، فيحرز على المحكمة التزول بمقداره أو الترفع فيه⁽⁴⁾.

ويسكون لهذا التعويض أهميته في إطار حوادث المرور بعد أن أثبت المشرع التونسي صيغة حديثة في الصلح بين شركات التأمين والمتضررين من حوادث المرور في إطار تقييم الإجراءات الخاصة بتعويض المتضررين من حوادث المرور على معنى القانون عدد 86 لسنة 2005 سابق الذكر.

(1) يراجع مجلة الطيران المدني الجديدة وخاصة الفصل 118 منها، القانون عدد 58 لسنة 1999 المؤرخ في 29 جوان 1999، الرائد الرسمي للجمعيّة التونسيّة 5 جويلية 1999 عدد 54.

(2) محمد اللجمي، التعويض عن الضرر البسيء من 394.

يراجع الفصول 133 و 147 و 152 من المجلة التجارية البحرية.

(3) قرار تعقيبي عدد 7919 مؤرخ في 28 أفريل 1975 ن 1976 من 97.

(4) لذلك قامت عدّة أصوات تناولت تدخل القاضي لغاية تعديل بنود العقد، بناء على نظرية الظروف الطارئة، وتتدخلت عدّة تشريعات لغاية تعديل القوانين في اتجاه إقرار سياسة حماية تهدف إلى السماح بتدخل القضاء لغاية تعديل بنود الاتضاع كلما كان مجحفاً بالنسبة إلى المدين أمام كثرة عقود الإذعان. لكن فقه القضاء التونسي ومنذ قرار الدوائر المجتمعية المشار إليه أقرّ بـعدم التدخل في بنود الاتضاع بناء على أحكام الفصل 240 م.أع.

قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 20 جوان 1968 مجلة القضاء والتشريع 1969.

أن قانون الوظيفة العمومية يحميه إجمالاً من الدعاوى التي يمكن أن تثار ضلته بسبب الأخطاء المرفقة، التي تبقى من اختصاص المحكمة الإدارية.⁽¹⁾

وقد جاء بقانون 1972 حسب ما وقع تفييجه عنة مرات، على وجه الإجمال، بأن المحكمة الإدارية تخصل بالدعوى الرامية إلى جعل الإدارة مدينة من أجل أعمالها الإدارية غير الشرعية أو من أجل الأشغال التي أذنت بها أو من أجل أضرار غير عادلة ترتب عن أحد أنشطتها المنظرية، كما تنظر في جميع الدعاوى ذات الصبغة الإدارية باستثناء ما أستند منها المحاكم أخرى بقانون خاص.⁽²⁾

وبالتالي يمكن للمحكمة الإدارية أن تنظر في دعوى التعويض، وقد رأى فقهاء القانون الإداري أن مسؤولية الإدارة لا تتأسس على الأحكام الواردة بمجلة الالتزامات

(1) يسأل الموظف مدينته إذا الحق الخطأ الذي ارتكبه ضرراً مدينياً سواء للإدارة أو للغير لكنه لا يسأل شخصياً إلا عن الأخطاء الشخصية أما الأخطاء المرفقة أي الأخطاء المرفقة فتحتملها الإدارة. وتكتسب الصعوبة في التمييز بين الخطأ الشخصي من ناحية والخطأ المرفق من ناحية أخرى، خاصة وأن القانون الإداري يتميز بضوابط وحدود لا تتناسب على النظيرية العامة للمسؤولية، أي أن المعايير التي يستعملها القانون الإداري لغاية تعريف المسؤولية المدنية لا تعود بالضرورة إلى المبادئ العامة المنصوص عليها بمجلة الالتزامات والعقود.

يعرف رجال القانون الخطأ المرفق إجمالاً بذلك الخطأ الذي له علاقة بالمرفق والذي يتصل به اتصالاً وثيقاً، فهو خطأ ناتج عن التسيير العادي للمرفق، والذي يمكن بطريقة أو بأخرى أن يحدث أخيراً للغير. ويعرف الخطأ الشخصي بأنه ذلك الخطأ الذي ارتكبه الموظف والذي ليس له علاقة بالمرفق العام فهو تصرف شخصي ليس له علاقة بالتسيير العادي للمرفق. وقد تبرر هذه الفحاشة بفرنسا بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفق من قرار *pellitier* الصادر عن محكمة الشارع الفرنسي تأويلاً اعتمد على معيار شخصي للدلالة على الفرق بين الخطأين.

وبالتالي تعتبر أخطاء شخصية الأخطاء التي يرتكبها الموظف في حياته العامة خارج أوقات العمل وتعتبر كذلك أخطاء شخصية وإن حدثت خلال القيام بالعمل فإذا «كانت ناتجة عن أغراض شخصية أو عن تصرف غير عادي للموظف» الاستاذ توفيق بو عيشة أبادي القانون الإداري التونسي المدرسة

العمومية للإدارة لم مركز البحث والدراسات الإدارية أتونس.

ويؤخذ الموظف عن الأفعال التي يأتياها عمداً لغاية الإضرار بالغير مديناً دون أن يقع إدخال الإدارة في ذلك. ويتحقق بالأعمال المتعلقة الأخطاء الجسيمة وإن لم تكون ناتجة عن خطأ معقد. برابع

الأستاذ توفيق بو عيشة المرجع السابق ص 226

(2) الفصل 17 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية كما تقع بالقانون الأساسي عدد 67 لسنة 1983 المؤرخ في 21 جويلية 1983 والقانون الأساسي عدد 66 لسنة 1997 المؤرخ في 2 أكتوبر 1999 والقانون الأساسي عدد 26 لسنة 1994 المؤرخ في 21 سبتمبر 1994 والقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في جوان 1996.

وقد استثنى القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية بفضلة الأولى دعاوى التعويض عن الأضرار الناتجة عن حراثة العربات والوسائل المتحركة مهما كان نوعها والزاجعة للدولة من اختصاص المحكمة الإدارية.

هذا النوع من الخطأ واقعاً في نطاق أعمال التنفيذ المادي لما تقتضيه الخدمة أو الوظيفة الإدارية⁽³⁾. ويكون القيام في هذه الصورة ضد الموظف نفسه أمام المحاكم العادلة.

لكن التطبيق بين عدم قدرة الموظف عموماً على دفع المبالغ المحكوم بها، فاتجاه الفقه بفرسaxاخصة إلى إمكانية الجمع بين مسؤولية الموظف ومسؤولية الإدارة،⁽⁴⁾ بمعنى أن المتضرر يمكنه أن يطالب الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي حصلت له أمام القضاء المدفوعة، ويمكن للإدارة في مرحلة ثانية الترجوع على الموظف لمطالبتة بدفع المبالغ الإدارية. ويكون ذلك بواسطة مقرر إداري يمكن الطعن فيه بالإلغاء أمام المحكمة الإدارية.

لكنه إذا وقع تبيّن الموظف من أجل أخطاء شخصية والحال أنها مجرد أخطاء مرفقة، وصدرت ضده أحكام بالتعويض، يجب على الإدارة أن «تحمل ما قد يصدر ضده من أحكام بغرم الضرر» على معنى الفصل الثامن من القانون الأساسي للوظيفة العمومية.⁽⁵⁾ كما يتعين على الإدارة اقتسام المسؤولية مع الموظف إذا كان الخطأ مشتركاً بين الموظف والإدارة. ولا يمكن أن يطلب ذلك إلا أمام المحكمة الإدارية صاحبة الاختصاص.

ويذكر أن الدولة تحمل محل الموظف في جميع الأخطاء المرفقة، وقد كرست المحكمة الإدارية هذا التوجه في مسؤولية الطبيب ورجال التعليم والحادث المرتكب بواسطة الأعوان الإداريين، بل إن المحكمة الإدارية توسيعت في مفهوم الخطأ المرفقي لغاية إقرار ضمان الدولة.⁽⁴⁾

ومختصر القول إن الموظف يمكن أن يسأل شخصياً أمام القضاء العادي بسبب الأخطاء الجسيمة التي تبرز سوء نيته في الإضرار بالغير ويسبب أعماله المقصودة، مع

(1) توفيق بو عيشة، مبادئ القانون الإداري التونسي، ص 226.

(2) يميز قرار *pelletier* بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، ويمكن قرار 3 Anguet في فبراير 1911 الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي من إمكانية الجمع بين الخطأين، وأصبح من الممكن الجمع بين مسؤولية الإدارة ومسؤولية الموظف منذ قرار *lemonnier* الصادر بتاريخ 26 جويلية 1918.

(3) يراجع قانون 1983 المتعلق بالظام الأساسي للوظيفة العمومية كما وقع تبنيه.

(4) وأقرت المحكمة الإدارية بضمان الدولة في جميع الأخطاء التي ترتكب بواسطة أعوان التعليم ولو كانت الأفعال عمداً وأديت على المبتوى الجزائري، وذلك بناء على أحكام الأمر المؤرخ في 17 سبتمبر 1937 قبل إنشائه، وقد جاء بالفصل الأول من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 المتعلق بتوسيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية أن الدولة تحمل أعضاء التعليم العمومي في نطاق التشريع الجاري به العمل. وهو نفس الموقف الذي اتخذه فقه القضاء بفرنسا.

يراجع حياة لامين، حلول مسؤولية الدولة محل مسؤولية أعضاء التعليم العمومي، مذكرة للإحراز على شهادة التراسات المعتمدة في العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 1997 - 1996.

الرجوع في اختيار طريقة التقاضي ومبدأ الجزاكي يوقف المدني وبدلًا تقييد القاضي المدني بأحكام القاضي الجزائري.

لكن طلب التعرض أمام القاضي المدني في مثل هذه الصورة، لا يتحقق إلا إذا لم يمنعه المشرع صراحة، مثل ما ورد بمجلة الصحافة من أن المطالبة بغير الأنصار الناتجة عن جريمة الثلب لا تحدث إلا أمام المحكمة الجزائرية، وهو اختصاص لهم النظام العام.⁽¹⁾ كما أن المرسوم الحديث عدد 115 لسنة 2011 المؤرخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر⁽²⁾، نص بالفصل 68 منه على أنه «لا يمكن القيام بدعوى مدنية متصلة عن الدعوى العمومية في جنح الثلب المنصوص عليها بهذه المرسوم إلا في حالتي وفاة مرتكب الجنحة أو تمتمه بالغفوة العام أو قيام مانع حال دون التبعي الجزائري».

قاعدة حضر الرجوع في اختيار طريقة التقاضي: يقصد بقاعدة حضر الرجوع في اختيار طريقة التقاضي أن من اختيار طرقاً للتقاضي المدني لا يتضمن له التخلّي عن هذا المسلك إلا طبق الشروط التي حدّدها المشرع، لذلك نصّ الفصل السابع من مجلة العادلة⁽³⁾ أن الطرف الذي يرى أن الطرف الذي سيق أن قام بدعوه لدى المحكمة المدنية المختصة لا يتضمن له القيام بها لدى المحكمة الجزائرية إلا إذا تعهدت هذه المحكمة الأخيرة من قبل التّيابة العمومية قبل أن تصدر المحكمة المدنية حكمها في الأصل، معنى ذلك أنه إذا سبق للمتهم رد القول أمام المحكمة المدنية لا يتضمن له التراجع عن التقاضي المدني والتعاضم القضاء الجزائري، إلا إذا تعهدت المحكمة الجزائرية بعد ذلك وبشرط أن يكون تعهدها من قبل التّيابة العمومية، وليس بمناسبة القيام على المسؤولية الخاصة على معنى الفصل 36 م.أ.ج وما بعده، وبشرط أن لا تكون المحكمة المدنية قد أصدرت حكمها في الأصل. ولا تعتبر الأحكام التحضريةة أو الحكم بالرفض أو التبرير أو التخلّي من قبل الأحكام الحاسمة، وبالتالي يجوز إعادة القول لدى الدائرة الجزائية كلما كان الحكم المدني غير حاسم. أما إذا قضت المحكمة

المدنية بعدم سماع الدعوى فإنه لن يتضمن للمتهم رد القول بالحق الشخصي.

لكن فقه القضاء⁽⁴⁾ رأى أن المتضرر يبقى على حقه في القيام بالحق الشخصي أمام المحكمة الجزائية إذا كان يجهل زمن رفع الدعوى المدنية أن جرم جزائياً ارتكب في

(1) نص الفصل 71 من مجلة الصحافة على أنه لا يمكن القيام بدعوى مدنية متصلة عن الدعوى العمومية في جنح الثلب المنصوص عليها بالفصل 51 إلى 53 من هذه المجلة إلا في صورة وفاة مرتكب الجنحة أو تمتمه بالغفوة العام.

(2) الرائد الرسمي عدد 84 لسنة 2011 بتاريخ 4 نوفمبر 2011.

(3) يراجع على سبيل المثال القرار التعميقي الجزائري عدد 901 المؤرخ في 28 أوت 1961 مجلة

القضاء والتشريع، 1962، ص 558.

والعقود، بل استبانت فقه قضاء المحكمة الإدارية المسؤولة المستندة إلى المعاشر المسؤولية المستندة إلى خطأ مثبت أو إلى خطأ مفترض أو إلى نظرية المخاطر، وكان مستقلًا في إقرار التعويضات الالزمة للمتضاربين من الخطأ المرقوق دون الرجوع إلى القوابط التي تميز التقاضي العدلي.⁽¹⁾

واشتغل القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 المتضمن بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية بفصله الأول دعوى التعرض عن الأنصار الناتجة عن حوادث العربات والوسائل المتحركة مهما كانت نوعها والراجعة للدولة من اختصاص المحكمة الإدارية، وأستنداً للمحاكم العدلية العادلة.⁽²⁾

وإذا تجاوزنا طلب التعرض أمام القضاء الإداري فإن الدعوى الخاصة التالفة عن الجريمة يمكن أن تمارس إما أمام القاضي المدني أو أمام القاضي الجزائري.

2- مباشرة الدعوى المدنية أمام القاضي المدني
الأصل أن تباشر دعوى التعرض أمام القاضي المدني، وتنتهي بالتالي الإجراءات العادلة المبنية بمجلة المرافعات المدنية والتجارية. غير أنه إذا كانت الأفعال والواقف المستند إليها والتي أحدثت الضرر الموجب للتعرض، تمثل في نفس الوقت جريمة وأثيرت الدعوى العامة، يتضافر إلى التقاضي المدني بعض المباديء والخصوصيات الناتجة عن مبدأ علوية القضاء الجزائري عن القضاء الإداري.⁽³⁾ فمع إقرار الحق في اختيار طريقة التعرض، حيث يمكن القيام بالدعوى المدنية سواء أمام القاضي الجزائري أو المدني، يلتزم القاضي المدني في صورة ما إذا نظر طلب التعرض أمامه ببعض المباديء الأساسية والتي لا تخرج في حقيقة الأمر عن ثلاث قواعد أساسية، وهي قاعدة حضر

(1) يراجع أعمال الملحق المنعقد من 27 إلى 29 نوفمبر 1996 حول إصلاح القضاء الإداري، منشورات مركز النشر الجامعي 1991. وخاصة محمد الصالح بن عيسى، الدعوى المتعلقة بمسؤولية الإدارة أمام المحكمة الإدارية.

(2) كما ذهب مجلس تنازع الاختصاص إلى اختصاص المحكمة الإدارية في المنازعات الحاصلة بين المرسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية والغير إذا كان أساس تدخل هذه المؤسسات هو المصلحة العامة خلافاً للرأي الظاهر الوارد بالفصل 2 من القانون عدد 38 لسنة 1996 من أن المحاكم العدلية تختص بهذه المنازعات حيث اعتمد مجلس التنازع معياراً وظيفياً في بيان الاختصاص ولم يعتمد مجرد المعيار العضوي الوارد ظاهرياً بالفصل 2 من القانون عدد 38 لسنة 1996.

محسن الرياحي: فقه قضاء مجلس التنازع، 2007، مركز النشر الجامعي.

(3) وتبين عادة هذه المعلوية بحماية القضاء الجزائري لمكتسبات المجتمع وتوسيعه الأساسية، الأمر الذي لا يكون في مقدمة اهتمامات القاضي المدني.

حق، فإذا ما قضت المحكمة المدنية بعدم سماع الدعوى جاز له أن يعيد طلبه أمام القاضي الجزائري اعتبار الثالث الأسباب.

- مبدأ القضاء الجزائري تجاه القضاء المدني، وبخصوص المشرع على أن لا تصدر أحكام متناقضة، فيتوقف نظر القاضي المدني إلى حين أن يقول القاضي الجزائري صاحب الاختصاص الشامل كلّمه، لذلك نص الفصل 7 م.أ.ج في فقرة الثانية على أنه يمكن القيام بالدعوى المدنية «في آن واحد مع الدعوى العمومية أو بافتراضها لدى المحكمة المدنية، وفي هذه الصورة يتوقف النظر فيها إلى أن يقضى بوجه بات في الدعوى العمومية التي وقعت إثارتها».

لكن التوقف عن النظر المدني لا يجب أن يكون من قبيل التعسّف، بل يشترط أن تثار الدعوى العمومية قبل حسم النزاع المدني، وتتصف الدعوى العمومية بالجديّة، بمعنى أن لا يكون ذلك سبلاً في تعطيل العدالة، فمسجد الشكاكية للنّيابة العمومية أو شهادة النشر في القيام على المسؤولية الخاصة لا يكفي. ويجب أن يكون الموضوع المطروح أمام القاضي المدني له علاقة ثابتة و مباشرة مع الدعوى العمومية، بمعنى أن يتوفّر التّرابط بين عناصر الدعويين.

ويستمر القاضي المدني في تعطيل النّظر إلى حين الفراغ من النظر الجزائري بوجه بات، وهو صيرورة المحكم الصادر عن المحكمة الجزائية غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن العاديّة، وإن كانت الرغبة في المحافظة على عدم تناقض الأحكام تقتضي الفراغ من جميع أوجه الطعن عاديّة أو غير عاديّة، وهو أمر قد يكون فيه بعض التّفصّل، لأنّ المحكمة المدنية في مثل هذه الصور ستضطر إلى التّرّقّف خلال أجل قد يطول نوعاً ما، وفي ذلك إضرار بمصالح المتضرّر. ورأى الفقه كذلك أن القاضي المدني يتحرّر من سلطة القضاء الجزائري إذا ما تأخذ هذا الأخير قراراً ينهي تعهده كما إذا تخلّت المحكمة عن الدعوى بسبب عدم الاختصاص.

والملاحظ أن القانون الفرنسي تخلّى عن هذه القاعدة بعد أن طرح قاعدة علوية الجزائري، واستقرّ فقه القضاء على عدم وقف النّظر إذا كان الأساس هو أساس الدعوى هو الفصل 1384 ، ولا أرى وجهاً في وقف النّظر إذا كان أساس الدعوى هو الفصل 96 م.أ.ع.

- مبدأ تقييد القاضي المدني بأحكام القاضي الجزائري: السؤال الذي يطرح عادة في هذا الباب هو مدى حجية الحكم الجزائري على القاضي المدني الذي ينظر في الدعوى المدنية المتعلقة بالتعويض. ولا يتعلّق الأمر بالاتصال القضاء أو قوة اتصال القضاء، لأنّ المجال ليس فيه حديث حول خدمة السبب وال موضوع والأطراف، وكانت الدعويان

مختلفتين، لكنّ الأصل في التّساؤل هو مدى احترام القاضي المدني لما قضي به جزاً، حتى لا تكون الأحكام متناقضة في ظاهرها.⁽¹⁾

وكان الاعتقاد الذي ساد العمل القضائي هو أنّ الحكم الجزائري له سلطة مطلقة على القاضي المدني في جميع ما قضى به بما في ذلك تجزئة المسؤولية، وبالتالي لا يجوز إطلاقاً متناقضته في جميع عناصره.⁽²⁾ وقد دأبت محكمة التّعقيب على امتداد عدّة سنوات على تبني الحجّة المطلقة، بمعنى أنّ الحكم الجزائري يلزم القاضي المدني ولو صدر بالبراءة، ولا يمكن تأسيس الدعوى على أحكام الفصل 96 م.أ.ع لأنّه لا يختلف

(1) وقد ناقش الفقهاء الأساس القانوني لهذه القاعدة ف منهم من يرجّعها إلى الفصل 101 م.أ.ع وأخرون يراجّعون الفصل 481 م.أ.ع، وأنكر البعض أن تكون لهذه القاعدة أساس قانوني.

قرار تعقيبي مدني عدد 5345 الصادر بتاريخ 3 - 1982 نشرة محكمة التّعقيب 2 ص 279.

قرار تعقيبي مدني عدد 12890 الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 1985 نشرة محكمة التّعقيب 2 ص 352.

قرار تعقيبي مدني عدد 9846 الصادر بتاريخ 4 جوان 1973 نشرة محكمة التّعقيب ص 968.

قرار تعقيبي مدني عدد 4959 الصادر بتاريخ 17 فبراير 1982 نشرة محكمة التّعقيب 1 ص 387.

قرار تعقيبي مدني عدد 16 819 الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 1986 نشرة 2 ص 288.

قرار تعقيبي عدد 16888 الصادر بتاريخ 5 جانفي 1987 نشرة 303.

قرار تعقيبي عدد 45822 الصادر بتاريخ 16 مارس 1995 قرارات الدوائر المجتمعية لمحكمة التّعقيب 1994 - 1995 - 1995 أمنشورات مركز التّراسات القانونية والقضائية.

قرار تعقيبي مدني عدد 28564 الصادر بتاريخ 16 مارس 1995 قرارات الدوائر المجتمعية لمحكمة التّعقيب 1994 - 1995.

محمد الحبيب الشريف حول النّفع بالثّورة القاهرة في قضايا حادث المرور للقضاء والتشريع م.أ.ع 1992

Dahdouh Habib, L'indemnisation des victimes d'accident d'automobile : comparaison des droit français et tunisien. Thèse PARIS 1 - 1984.

Aussi, Regard sur quinze ans de jurisprudence en matière de responsabilité du fait des choses inanimées, RJL Juillet 1997.

البيجاني عبد إشكالية حجية الحكم الجزائري على المدني وامكانية التعريض على معنى المادة 96 م.أ.ع القضاء والتشريع فبراير 1991

محمد الزين دروس في القانون المدني المسوّلة التّصرّفية السنة الثانية 1995 - 1996 كلية الحقوق بتونس.

Nadhir Ben Ammou, l'évolution récente de la jurisprudence en matière de responsabilité civile, RTD 1996, p. 2.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 5345 مؤرخ في 3 مارس 1982 نشرة محكمة التّعقيب 2 ص 279.

قرار تعقيبي عدد 12270 المؤرخ في 13 ماي 1985 نشرة محكمة التّعقيب 1 ص 31.

مبادئ الخطأ القصدي أي الفصل 82 م. اع إذا ما قضت المحكمة الجزائية بانتفاء الخطأ القصدي أو تأسيس التعريض على مبادئ الخطأ غير القصدي أي الفصل 83 م. اع إذا ما قضت المحكمة الجزائية بانتفاء الخطأ غير القصدي، فليس هناك فرق، حسب هذا القضاء، بين الخطأ الجزائري الوارد في جريمة الجرح على وجهه الخطأ نتيجة تحدث مرور والخطأ غير القصدي الوارد بالفصل 83 م. اع، فإذا قضت المحكمة الجزائية بانتفاء جريمة الجرح على وجه الخطأ فلا يمكن بعد ذلك تأسيس الدعوى المدنية على خطأ غير قصدي أي الفصل 83 م. اع. ويجوز للقاضي المدني الاختكام فقط إلى مضمون الفصل 96 م. اع. في قرية الخطأ أو قرية المسؤولية. الأمر الذي انتقده رجال القانون بعلة أن التشريع التونسي يعتمد بالأساس على التمييز بين الخطأ الجزائري والخطأ المدني رجوعا إلى الفصول 101 و 19 م. اع، 170 م. اع، وبالتالي إذا قضت المحكمة الجزائية بالبراءة⁽¹⁾ تجد المحكمة المدنية حررتها المطلقة ولا تعارض بحجية ما قضى به جزائيا، اعتبارا لتميز الخطأ المدني عن الخطأ الجزائري⁽²⁾.

ويتلخص من جميع ذلك أن حجية الجزائري على المدني توفر في نهاية الأمر إذا صدر الحكم عن هيئة قضائية، وحسم التزاع بصفة باطة، وتائست الدعوى على نفس الأسس تعريفاً ومفهوماً.

3- مباشرة الدعوى المدنية أمام القاضي الجزائري

قدمنا أن المتضرر من الجريمة يتمتع بحق الاختيار في طلب التعويضات سواء أمام القاضي المدني أو بمناسبة قيامه بالحق الشخصي أمام القاضي الجزائري على معنى الفصل السابع من مجلة الإجراءات الجزائية، لكن نظر المحكمة الجزائية مقيد بطريقه

للمحكمة التعقيب لسنة 1994/1995، ص 7 إن تسلیط عقاب جزائي لا يبرئ ذمة المحكوم عليه من تبعية المسؤلية المدنية كما أن انتفاء المسؤولية الجزائية لا يترتب عنه بالضرورة انتفاء المسؤولية المدنية. إن التقرير المشرع بين المسؤولتين المدنية والجزائية وتحويله القاضي المدني النظر في الدعوى المدني وضم حفظ الدعوى الجزائية لا يفيد حتى في إعادة النظر فيما قضى به القاضي الجزائري ضرورة لأن ذلك يتعارض مع قاعدة تقييد القاضي المدني بما يثبت في القاضي الجزائري ضرورة. إن استناد المحكمة المدنية للأحكام المسئولة الشبيهة في قضائهما بالتعريض للمتضرر لا يتعارض مع الحكم بتبرئة المسؤول جزائيا. إن الخطأ الوارد بالفصل 98 م. ط لا يختلف عن الخطأ الوارد بالفصل 83 م. اع فإذا صدر حكم جزائي بعدم وجود خطأ يتب ثائق العريضة فإنه لا مجال لاعتبار السائق قد ارتكب خطأ شخصيا لاتصال القضاء به طالما لم تستطع محكمة الموضوع إثبات خطأ مدني يختلف عن الخطأ الجزائري الذي نفته المحكمة الجزائية.

(1) الإشكال لا يطرح إذا قضت المحكمة الجزائية بالإدانة.

(2) فرج القصير، متى يقع التخلّي عن قاعدة حجية الحكم الجزائري على القاضي المدني؟ القضاء والتشريع الشهر السابع 1997

في نهاية الأمر عن الفصلين 82 و 83 م. اع، ولا يمكن فهم الفصل 101 م. اع⁽¹⁾ إلا في حدود أن القاضي المدني لا يجدد حررته إلا في صورة وفاة المتهم أو الغلو العام.⁽²⁾ وقد انتقدت هذه الآراء بشدة، لأنها تؤدي في نهاية الأمر إلى حرمان المتضرر من التعويضات العادلة والمستحقة في زمن اتجهت التشريعات فيه إلى إقرار جملة من الضمانات القانونية والفقهية لغاية تقطيع الأضرار، خاصة في مجال حوادث الطرقات الذي حضي بمشاريع مستقلة، تسمح بتأسيس المسؤولية على أساس موضوعية بعيدة عن الحجية والحديث عن ركن الخطأ وما شابه ذلك. وقد تطور فقه القضاء نتيجة لذلك وتووجه العمل القضائي إلى تبني مبدأ نسبية الحجية، فلا يلتزم القاضي المدني إلا بالواقع التي أثبتها القاضي الجزائري⁽³⁾ دون التكيف. ولا يلتزم إلا بما كان ضرورياً للحكم الجزائري، فإذا ما جاءت به إشارات إلى نسبة المسؤولية، فلا شيء منها يلزم القاضي المدني. ولا يكون الحكم الجزائري حجة أمام القاضي المدني إلا إذا كان باتاً، فلا تلزم القرارات الصادرة بالحفظ، أو الأحكام الغيابية إلا إذا أصبحت قابلة للتنفيذ.⁽⁴⁾ لكن محكمة التعقيب وبذواتها المجتمعية أكدت سنة 1995 على وحدة الخطأ الجزائري والمخطأ المدني⁽⁵⁾، بمعنى أن القاضي المدني لا يمكنه تأسيس التعريض على

(1) نص الفصل 101 م. اع على أن "الحكم الصادر من محكمة جزائية يترك سيل متهم لا يؤثر في مسألة تعويض الخسارة الناشئة من الفعل الذي قامت به التهمة وهذا الحكم يجري في صورة سقوط الدعوى بسبب وفاة المتهم أو لضدورة عفو عام".

(2) وقد وجّدت هذه الآراء ما يساندها من الفقه، برایجع محمد الزين، المرجع السابق.

(3) قرار تعقيبي مدني عدد 16888 المؤرخ في 15 جانفي 1987 القضاء والتشريع 1989 ع 6 ص 53.

قرار تعقيبي مدني عدد 13309 المؤرخ في 10-3-1986 نشرة محكمة التعقيب 1986-1-ص 91.

(4) لا يصلح الحكم الغيابي من حيث البداية أن يكون أساسا لطلب التعويض طالما أنه معرض للاعتراض، فإذا ما بلغه الاستدعاء شخصيا، وقوّت على نفسه آجال الطعن المتعلقة بالاعتراض والاستئناف، يصبح الحكم حبيطاً نهاية قابلة للتنفيذ، ويجوز بالتالي الاعتماد عليه وإن صدر غيابياً لكن شرائع القانون يرون كذلك أن الحكم الغيابي يمكن أن يكون سداً للدعوى التعريض وإن لم يبلغ الاستدعاء الشخص المتهم إذا ما قات أهل الاعتراض، ويمكن توقيف النظر في صورة إذا اعتراض المتهم، وهو في نهاية الأمر توسيع لمفهوم صيرورة الحكم باتاً في نظر الفقه التونسي. ويدرك كذلك أن بعض التشريعات تجزئ بين المفعول الجزائري للمحكمة الغيابي والمفعول المدني، إذ يقسّم الحكم الغيابي كأساس للمطالبة المدنية إذا لم يعترض عليه المتهم.

ولا يمكن للقائم بالحق الشخصي تفريد الفرع المدني من هذا الحكم حسب البعض، لأنه ليس من الأكيد أن يبلغ الإعلام ولو كان بواسطة عدل متنفذ شخص المتهم، على خلاف بعض الآراء الأخرى التي تجزئ التنفيذ إن وقع الإعلام طبق الطرق المدنية.

(5) قرار الدواوير المجتمعية عدد 45822 الصادر بتاريخ 16/3/1995، قرارات الدواوير المجتمعية

+ أما بالنسبة إلى القيام على المسؤولية الشخصية: نص الفصل 36 م.أ.ج. على أن "حفظ القضية من طرف وكيل الجمهورية لا يمنع المتضرر من إثارة الدعوى العمومية على مسؤوليته الشخصية وفي هذه الصورة يمكنه عن طريق القيام بالحق الشخصي إلها طلب إحالة القضية على التحقيق أو القيام مباشرة لدى المحكمة"⁽¹⁾. معنى ذلك أن حفظ القضية من قبل النيابة العمومية لا يمنع المتضرر من إثارة الدعوى العامة والتماس قاضي التحقيق أو المحكمة للنظر في الدعوى الجزائية⁽²⁾، وهذا القيام يسمى بالقيام على المسؤولية الشخصية وهو قيام بالحق الشخصي في نهاية الأمر، لكن فيه بعض المميزات الإجرائية تختلف عن القواعد العامة في القيام بالحق الشخصي.

ويقدم هذا المطلب مباشرة إما إلى حاكم التحقيق أو إلى المحكمة المختصة بالنظر في الجريمة، وقد تكون المحكمة الابتدائية أو قاضي التاحية. لكنه لا يمكن للمتضرر تقديم المطلب مباشرة إلى المحكمة إذا كانت الأفعال من قبل العجنيات أو بقى الفاعل مجهولاً، بل يجب في هذه الحالة تقديمها إلى قاضي التحقيق.

ويقع القيام بمقتضى مطلب كتابي ممضى من الشاكى أو من نائبه مع إضافة نسخة من المحضر المحفوظ⁽³⁾، وقد يكون بواسطة محضر يحرره عدل التنفيذ المختص. وبين المتضرر بالطلب الواقع المنسوبي للمشتتب فيه ويأخذ لنفسه مقرا بوجهة المحكمة. وبخضع هذا الإجراء لواجب دفع المصارييف التي قد تظهر لازمة لتفطيطة مصاريف القضية، يتولى تعين مبلغها، بحسب الأحوال، رئيس المحكمة أو حاكم التحقيق. ويجب على الشاكى أن يؤمن البيلاغ المعين ولا سقط حقه في القيام، على أنه لا يلزم القائم بالحق الشخصي بال RCS بمصاريف إذا راجع صرامة في قيامه خلال الشهرين والأربعين ساعة من وقت القيام، ولا يمكن بعد هذا الرجوع إلا القيام لدى المحكمة المدنية⁽⁴⁾. ويمكن أن تطلب النيابة العمومية أو المتهم أو المسؤول مدنيا أو كل قائم آخر بالحق الشخصي رفض مطلب القيام بالحق الشخصي، وإذا تعهدت المحكمة بالقيام تنظر في نفس الوقت في الفرع الجزائى والمدنى للقضية، وتصدر أخيرا حكماها فى النزاع بفرعيه. ويقى هذا الحكم قابل للطعن فيه طبق القواعد العامة سواء من قبل النيابة العمومية أو المتهم والقائم بالحق الشخصي.

(1) الفصل 36 م.أ.ج.

(2) لا يمكن بطبيعة الحال القيام على المسؤولية الشخصية أمام وكيل الجمهورية لأن هذا القيام يفترض بداية حفظ المحضر من قبل النيابة العمومية.

(3) ويفترض أن توفر بمطلب القيام بالحق الشخصي الأهلية والصفة والمصلحة، باعتباره قيام بالحق الشخصي في نهاية الأمر، وإن كان معنى إثارة الدعوى العمومية لا يوجد بداية توفر هذه الأركان.

(4) أصل 41 م.أ.ج.

التعهد وبشروط تحكم التقاضي الجزائري، كما أن طلب التمرين أمام هذه المحكمة يتطلب بعض الخصائص والمميزات.

- طرق تعهد القاضي الجزائري بالدعوى المدنية: تعهد القاضي الجزائري بالدعوى المدنية حسب طريقتين، القيام بالحق الشخصي والقيام على المسؤولية الشخصية.

+ أما بالنسبة إلى القيام بالحق الشخصي: يمكن القيام بالحق الشخصي سواء أمام وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق أو أمام المحكمة المعهدة بالقضية. ولا يتعهد وكيل الجمهورية بمطلب القيام بالحق الشخصي إلا إذا أنجز البحث الأولي المأدون من طرفه فعلاً، وقد رأت المحكمة التعليب أن حفظ المحضر من النيابة في هذه الصورة ينجر عنه حرمان المتضرر من القيام بالحق الشخصي أمام المحكمة المعهدة أو قاضي التحقيق⁽⁵⁾. وفي غير تلك الصورة ينظر كل من قاضي التحقيق والمحكمة حال نشر القضية في قبول مطلب القيام بالحق الشخصي وعند الاقتضاء يقرران عدم قبوله. ويمكن لممثل النيابة العمومية أو المتهم أو المسؤول مدنيا أو كل قائم آخر بالحق الشخصي أن يطلب عدم قبول المطلب. وتضم المحكمة المعهدة نهاية النزاع إلى أصل الحكم وتبت فيها بحكم واحد⁽⁶⁾.

ويقع القيام بالحق الشخصي بمقتضى مطلب كتابي ممضى من الشاكى أو من نائبه ويقدم بحسب الأحوال إلى وكيل الجمهورية أو حاكم التحقيق أو المحكمة المعهدة بالقضية⁽⁷⁾. وهذا المطلب معفى من آية مصاريف. ويجب أن يختار القائم بالحق الشخصي مقرا بمركز المحكمة المعهدة بالقضية وإن لم يفعل ذلك فلا حق له في الاحتياج عدم تبليغه الأوراق التي يجب القانون إبلاغها⁽⁸⁾. لكنه لا يسوغ للمتضرر القيام بالحق الشخصي لأول مرة لدى محكمة الاستئناف⁽⁹⁾.

ومن آثار القيام بالحق الشخصي أن المتضرر يصبح طرفا أصليا بالقضية ويجوز له الطعن فيها طبق القانون، ولا يسوغ بعد ذلك سماعه بوصفه كشاهد⁽¹⁰⁾.

(1) ذهبت محكمة التعليب في بعض قراراتها إلى إمكانية القيام بالحق الشخصي أمام وكيل الجمهورية، ورأت أنه إذا قررت النيابة حفظ هذا المحضر فلا يصح لمن قام بالحق الشخصي فقط القيام على المسؤولية الخاصة.

قرار جزائي عدد 8690 الصادر بتاريخ 12 جويلية 1972 نشرية محكمة التعليب 1972 ص 72، وكذلك المجلة القانونية التونسية 1974 من 281.

(2) الفصل 38 م.أ.ج.

(3) الفصل 39 م.أ.ج.

(4) الفصل 40 م.أ.ج.

(5) الفصل 42 م.أ.ج.

(6) الفصل 43 م.أ.ج.

الذي فشل في دعوه جريمة الادعاء الباطل نتيجة تسرعه في هذا القيام وقد يصدر ضده حكم بالخطبة وقد يلزم بالتعويض في نهاية الأمر.

- شروط الاختصاص: أول هذه الشروط أن يكون الفعل مصدر الضرر ممثلاً لجريمة تأتي تحت طائلة القانون الجزائري. وثاني هذه الشروط أن لا يمنع المشرع المتضرر من القيام بالحق الشخصي أمام الدائرة الجزائية⁽¹⁾، حيث إنه يمنع القيام بالحق الشخصي أمام قاضي أو محكمة الأطفال على معنى الفصل 70 من مجلة حماية الطفل الذي نص على أنه لا يجوز القيام بالدعوى الجنائية أمام محاكم الأطفال ولا يمنع ذلك من العمل بالوساطة حسب الإجراءات المنصوص عليها بهذه المجلة⁽²⁾. كما لا يجوز القيام بالحق الشخصي أمام المحكمة العسكرية على معنى الفصل 7 من مجلة المرافعات والعقود العسكرية⁽³⁾: غير أنه تم تعديل الفصل 7 بموجب المرسوم الهم عدد 69 لسنة 2011 المؤرخ في 29 جويلية 2011 في إطار مراجعة القضاء العسكري ونص الفصل 7 جديد على أنه « يمكن إثارة الدعوى الجنائية على المسؤولية الشخصية والقيام بالحق الشخصي أمام المحاكم العسكرية أو قضاة التحقيق طبق القواعد والإجراءات المنصوص عليها بمجلة الإجراءات الجزائية ». وبالتالي أصبح القيام بالحق الشخصي ممكناً أمام القضاة العسكري طبق الإجراءات العادلة بعدما كان ممنوعاً.

وأجمع المفهاء على أنه لا يمكن عادة طلب التعويض أمام المحاكم المختصة التي أنشئت لسبب معين، وإن لم تنص القوانين المنشئة لهذه المحاكم عن هذا المنع⁽⁴⁾. ولا يمكن المطالبة بالغريم لدى حاكم الناحية في مادة المخالفات إذا تجاوز المبلغ المطلوب ما ينظر فيه في الدعاوى الجنائية⁽⁵⁾. ولا يمكن المطالبة بالغرم لدى حاكم الناحية في مادة الجنح إذا تجاوز المبلغ المطلوب مقدار ما ينظر فيه ابتدائياً في الدعاوى

(1) ولا يمكن المطالبة بالغرم لدى حاكم الناحية في مادة المخالفات والجنح إذا تجاوز المبلغ المطلوب مقدار ما ينظر فيه في الدعاوى الجنائية على معنى الفصلين 203 و 204 من م.إرج.

(2) الوساطة هي آلية ترمي إلى إبرام صلح بين الطفل الجائع ومن يمثله قانوناً وبين المتضرر أو من ينوبه أو ورثته وتهدف إلى إيقاف مفعول التبعات الجزائية أو المحاكمة أو التنفيذ على معنى الفصل 113 من المجلة وما يليها.

(3) نص الفصل 7 من مجلة المرافعات والعقود العسكرية على ما يلي: لا تقضى المحكمة العسكرية إلا في دعوى الحق العام ولا يمكن لأحد أن يقوم بالحق الشخصي لدى المحاكم العسكرية غير أن هذه المحاكم يمكن لها أن تأذن بارجاع الأشياء المحجوزة إلى أصحابها إذا كانت هذه الأشياء مما لا يحكم باستصنافها ولا يقام بالدعوى الجنائية إلا أمام المحاكم الجنائية وتتوقف مباشرة هذه الدعوى ما دام لم يصدر حكم بصفة نهائية في الدعوى الجنائية المقيدة قبل القيام بالدعوى الجنائية أو أثناءها.

(4) يراجع القانون عدد 10 لسنة 1970 المؤرخ في 1 أفريل 1970 المخاطن بإنشاء المحكمة العليا.

(5) الفصل 203 م.إرج.

ويتميز القيام على المسئولية الشخصية في أنه يمكن المتضرر من إثارة الدعوى العمومية بالرغم من قرار النيابة العمومية ويجبرها على ممارسة الدعوى العامة. لا يعني ذلك أن النيابة العمومية تتخلى عن دورها في ممارسة الدعوى العمومية، بل تبقى هي الطرف الأصلي في هذه الصورة بعد إثارة الدعوى العمومية من قبل المتضرر. ولها على هذا الأساس طلب تطبيق القانون سواء أمام قاضي التحقيق أو المحكمة⁽¹⁾. وما يبقى للقائم على المسئولية الشخصية هو حق إثارة الدعوى العمومية لا غير⁽²⁾.

ولم يمر هذا الحق في إثارة الدعوى العمومية على المسئولية الشخصية دون ضوابط، فقد يخشى تعسف المتضرر. لذلك فإنه يحظر نشر كل خبر يتعلق بالقيام على المسئولية الشخصية وذلك قبل البت في القضية ومن يخالف ذلك يعاقب بخطبة قدرها مائة دينار⁽³⁾. وإذا صدر قرار بالحفظ إثر القيام على المسئولية الخاصة، والمقصود بذلك قرار الحفظ الصادر عن قاضي التحقيق، جاز للعتهم أن يطلب تعويض الضرر الحاصل له من جراء إثارة الدعوى العمومية بدون أن يمنع ذلك من التبعات الجزائية عند الاقتضاء لأجل الادعاء الباطل⁽⁴⁾. وفي صورة المحکم بترك السبيل، أي في صورة الحكم بعدم سماع الدعوى من قبل المحكمة المعتمدة بالطلب يسع للمحكمة أن تحكم على القائم بالحق الشخصي الذي قام مباشرة على المظلوم في بخطبة قدرها خمسون ديناراً بدون أن يمنع ذلك من تبعه عند الاقتضاء لأجل الادعاء الباطل⁽⁵⁾. وبالتالي لم يبق حق القيام على المسئولية الشخصية دون مخاطر، فقد توجه على القائم

(1) واقتصر تقديم المطلب إلى وكيل الجمهورية ويعيله إلى الجهة المعنية، وحتى لورفع المطلب بدأية إلى قاضي التحقيق أو المحكمة، فإنها لا يد من إحالته على النيابة بغاية الاطلاع، ثم يحال المطلب إلى الجهة المعنية لتقدير المصارييف الواجب تأميمها، وبعد تأمين المبلغ يحال المطلب إلى الجهة المعنية بعد تضمينه بدفع المحاضر وإمضائه من قبل النيابة.

(2) جاء ذلك المعنون صريحاً من خلال مفهوم «إثارة الدعوى» الوارد بالفصل 36 م.إرج والفصل 45 م.إرج.

(3) الفصل 44 م.إرج.

(4) ويقدم مطلب الغرم في ظرف ثلاثة أشهر ابتداء من اليوم الذي أصبح فيه قرار الحفظ باتاً إلى المحكمة الابتدائية المختصة للقضاء في المادة الجنائية وتحتضر بالنظر فيه المحكمة الواقع بذائرتها بحث القضية، وتنظر المحكمة في الطلب بمحاجة الشورى بعد سماع ما للخصوم أو محاميهم وممثل النيابة العمومية من الملمحات. وتصدر حكمها بجلسة علنية. وللمحكمة في صورة القضاء بالغرم أن تأذن بنشر الحكم كلاماً أو بعضاً بجريدة أو عدة جرائد يعيتها المحكم ويكون ذلك على نفقة المحكم عليه، وتعين بالحكم مصاريف النشر. والاعتراض عند الاقتضاء وكذلك الاستئناف يخضعان لصيغة وأجال القانون العام في المادة الجنائية. ويرفع الاستئناف أمام محكمة الاستئناف التي تبت فيه حسب الصيغة المقررة للمحكمة الابتدائية. ويمكن الطعن في قرار محكمة الاستئناف بالتنفيذ كما هو الشأن في العادة الجزائية. الفصل 45 م.إرج.

(5) الفصل 46 م.إرج.

للقضاء، على خلاف ما تطلبه الإجراءات المدنية المحدثة بمجلة المراقبات المدنية والتجارية، من شكليات أقل ما يقال فيها إنها طريلة ومعقدة، ولنست في متناول الجميع. ويسقط كذلك الدعوى المدنية بنفس الشروط والأجال المقررة للدعوى العمومية الناتجة عن الجريمة التي تولّد عنها القرر على معنى الفصل 8 من م.أ.ج، وهي سنة بالنسبة إلى المخالفات وثلاثة أعوام بالنسبة إلى الجناحه وعشرين سنة بالنسبة إلى الجنائية على معنى الفصل 5 م.أ.ج.⁽¹⁾

لكن ذلك لا يعني أن القاضي الجزائري لا يطبق قواعد القانون المدني، حيث إن جوهر الدعوى المدنية فيما يتعلق بأركان المسؤولية الشخصية 82 و 83 م.أ.ع وعناصر القرر 107 م.أ.ع وطريقة التعریض والتقدیر تخضع بطبيعة الحال لأحكام المجلة المدنية على وجه الإجمال.

+**تبعة الدعوى المدنية للدعوى الجزائية:** يقصد بمبدأ تبعة الدعوى المدنية للدعوى العمومية أن لا يقضى بالتعويض لفائدة القائم بالحق الشخصي إلا إذا ثبتت الجريمة بجانب المتهم، فإذا رأت المحكمة أن الفعلة لا تالف منها جريمة أو أنها غير ثابتة أو أنه لا يمكن تسبّبها إلى المتهم فإنها تحكم بترك السبيل وتخلّ عن الدعوى الشخصية عملاً بأحكام الفصل 170 م.أ.ج، وإذا انقضت الدعوى العامة بأحد الأسباب المبينة بالفصل الرابع من مجلة الإجراءات الجزائية تخلّ المحكمة عن الدعوى الخاصة.⁽²⁾ كما يفهم من هذا المبدأ أن المحكمة الجزائية لا تقضى بالتعويض إلا في حدود القرر التاسع مباشرة عن الجريمة، حيث نص الفصل السابع في فقرته الأولى م.أ.ج على أن الدعوى المدنية من حق كل من لحقه شخصياً ضرر تأسماً مباشرة عن الجريمة.

إذا أحيل المتهم من أجل الجرّ على وجه الخطأ عملاً بأحكام الفصل 89 من مجلة الطرقات، فلا يجوز للمتهم إلأى المطالبة بتعويض الأضرار الجسدية دون الأضرار التي قد تكون لحقت بوسيلة النقل. لكن فقه القضاة، وخاصة بفرنسا، يرى أن المتهم يمكن أن يطالب بتعويض الأضرار المادية أمام القاضي الجزائري إذا أحيل المتهم من أجل مخالفة قانون الطرقات.⁽³⁾ ولم تعتمد المحاكم التونسية هذا الرأي. والحقيقة أن مسألة تحديد الأضرار الشخصية وال المباشرة في غاية من الدقة، وقد تمنع المحكمة الجزائية من

(1) وقد اتّقد هذا الحل بشدة لأنّه يؤدي إلى معاملة المجرم بأقل شدة من الذين ارتكبوا مجرد خطأ مدني، حيث إن القرر الناتج عن جريمة يسقط بذلك الأجال في حين أن الجرم المدني الذي لا يفتح عن جريمة يسقط بمضي خمس عشرة سنة.

(2) لكن بعض الشارع سمح للقاضي الجزائري بمواصلة النظر حتى في صورة انفراض الدعوى العامة، مثل القانون المصري.

(3) قرار تعقيبي جنائي فرنسي صادر بتاريخ 24 مارس 1949 نشرة محكمة التعقيب رقم 110، أشار إليه محمد اللجمي، في مؤلّفه التعويض عن القرر المدني، المرجع السابق.

المدنية⁽⁴⁾. وحق المحكمة الجزائية في إسناد التعويضات مشروع بعد انقضاء الدعوى العامة بأحد الأسباب المحدثة بالفصل الرابع من مجلة الإجراءات الجزائية، وهي موت المتهم ومرور الزمن والغفو العام ونسخ النص الجزائري وأعمال القضاء في موضوع الجريمة والصلح إذا نصّ القانون على ذلك والرجوع في الشكایة إذا كانت شرطاً لازماً للشّيع. لكن بعض الأسباب المذكورة لا يمنع إطلاقاً المحكمة الجزائية من أن تنظر في دعوى التعويض، وخاصة منها ما يتعلق بوفاة المتهم والغفو العام.

- **المميزات الإجرائية لطلب التعويض أمام القاضي الجزائري:** يتميز التقاضي المدني أمام القاضي الجزائري بمبدأين أساسين، أولهما مبدأ اعتماد الإجراءات الجزائية وثانياً مبدأ تبعة الدعوى المدنية للدعوى العمومية.

+**مبدأ اعتماد الإجراءات الجزائية:** فإن انعقد اختصاص المحكمة الجزائية، وقام المتهم بالحق الشخصي، فلا شيء يمنعه من التراجع عن هذا الاختيار،⁽⁵⁾ وإن كان القيام أمام القاضي الجزائري فيه من المميزات الكثير التي قد لا توفر للمتهم إذا ما طرق الطريق المدني، وأول ذلك اتفاقاً من الأبحاث التي أجرتها النيابة العمومية وقلم التحقيق عند الاقتضاء، ومن الطريق الاستقرائي العيسرة لإثباتات الجريمة. كما أن القائم بالحق الشخصي يتّبع بجميع القواعد الشكلية البسيطة والواردة بمجلة الإجراءات الجزائية، انتلاقاً من طريقة القيام بالحق الشخصي،⁽⁶⁾ ومروراً بنظام الاستدعاءات،⁽⁷⁾ وكيفية إجراء الاختبارات،⁽⁸⁾ وانتهاء إلى طريقة الطعن بالاستئناف⁽⁹⁾ أو بالتعقيب⁽¹⁰⁾ في الفرع المدني، وهي إجراءات مبسطة وسهلة لا تتطلب تكليف محامي أو مساعداً

(1) الفصل 204 م.أ.ج

(2) وقد نص الفصل 41 م.أ.ج على أن القائم بالحق الشخصي الذي يرجع صرامة عن قيامه خلال النهار والأربعين ساعة من وقت القيام لا يكون ملزماً بالชำระ من تاريح رجوعه، ولا يسكن بعد الرجوع إلا القيام لدى المحكمة المدنية.

(3) يراجع الفصول 36 إلى 46 م.أ.ج .القيام بالحق الشخصي أمر ميسر، حيث إن المتهم أو من ينوبه يحرر مطلب كتابياً معرفاً من المصاري.

سمير القايد، القائم بالحق الشخصي، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات الع�مة في العلوم الجنائية، كلية الحقوق بتونس، 1997 - 1998.

(4) يراجع الفصول 234 م.أ.ج إلى 140 م.أ.ج، آجال الاستدعاء فضفيرة 3 أيام - وتقع في معظم الأوقات بالطريقة الإدارية.

(5) يراجع الفصول من 101 إلى 103 م.أ.ج، ليس من الضروري أن يحضر الأطراف يوم إجراء الاختبار، وهو ما يختلف عن الإجراءات العادلة.

(6) يراجع الفصول 207 وما بعد، الاستئناف يتم أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، ولا يشترط تكليف محامي.

(7) إجراءات التعقيب مبسطة الفصول 26 و ما بعد من م.أ.ج.

القضاء بموضوع الدعوى الجزائية⁽¹⁾، بمعنى أن المحكوم عليه بالإدانة لم يستأنف الحكم الابتدائي أو فوت على نفسه أجل الاستئناف، واستأنف القائم بالحق الشخصي الفرع المدني لطلب التعريض بعد أن رفضت محكمة البداية طلبه أو لطلب مراجعة ما تقرر ابتدائيا، تحرر المحكمة الاستئنافية حينئذ من تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية، ويتحقق وبالتالي للمحكمة الجزائية أن تقضي بالتعريضات المناسبة إذا ما رأت ما يوجب المساءلة المدنية، بصرف النظر عن الفرع الجزائري الذي اتصل به القضاة.

خامسا: يرى جانب من الفقه أن قاعدة تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية لا تكون فاعلة إلا على المستوى الابتدائي، حتى في صورة الحكم بعد عدم سماع الدعوى العامة ابتدائيا، فإذا قضت محكمة البداية بترك السبيل، واستأنف القائم بالحق الشخصي هذا الحكم في فرعه المدني، تحرر الدعوى المدنية من كل تبعية، ويمكن للقاضي الجزائري أن ينظر في الدعوى المدنية على مستوى محكمة الاستئناف في معزل عن الدعوى العمومية، ذلك أن الفصل 210 م.أ.ج خوّل القائم بالحق الشخصي الحق في الاستئناف، ولا يمكن وبالتالي منعه من التقاضي على درجتين.

ل لكن محكمة التعقيب التونسية وبعد أن سارت في هذا الاتجاه ردحا من الزمن، تراجعت عن موقفها وأنكرت على المتضرر الحق في الاستئناف مطلاقا. ثم تطور فقه القضاة منذ سنة 1976⁽²⁾، وأصبح لا يرى مانعا في قبول استئناف القائم بالحق الشخصي إذا تزامن مع استئناف النيابة العمومية، وهو الموقف الأخير لمحكمة التعقيب. لكن شراح القانون انتقدوا بشدة هذا الموقف لتعارضه مع أحكام الفصل 210 م.أ.ج، الذي لم يضع أي شرط لقبول استئناف القائم بالحق الشخصي⁽³⁾. ويتأسس هذا الفقه على مبادئ العدل والإنصاف، لأنه لا يعقل في نهاية الأمر أن يرغم المتضرر على إعادة تشر قضية جديدة أمام القاضي المدني والحال أن القاضي الجزائري متعدد بالقضية ويمكن له النظر في الفرع المدني دون تأخير، والرأي يقتضي القضاء بالتعويضات الضرورية في أقرب الأجال وبأيسر الطرق. والحقيقة أن الأمر ليس على درجة من الوضوح والبيان، ولربما كان تدخل المشرع في هذا الباب من الأمور المطلوبة أمام الرغبة في إقرار

(1) ويراجع في أثمار القضاة بالمرحوض الجزائري القرار التعقيبي الجزائري عدد 7449 المؤرخ في 27 أفريل 1970 نشرة محكمة التعقيب 1971 ص 159.

وانظر في النقاشات الفقهية التي طرحتها هذا التساؤل محمد التجمي المرجع السابق، ص 29.

(2) قرار عدد 10623 بتاريخ 19-2-1976 نشرة محكمة التعقيب 1977 -1- ص 166.
M. Zine : quelques aspects des rapports de l'action publique et de l'action civile ,RTD, 1982.

(3) يراجع البشير الفرشيشي، استئناف القائم بالحق الشخصي، مجموعة لقاءات الحقوقين، العدد الرابع الاستئناف، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1993، ص 243.

النتهed بجملة من الأضرار تظل غير مباشرة وغير شخصية بحججة عنصر التبعية، وربما لا يحسد هذا الإشكال إلا بتدخل المشرع صراحة في اتجاه تجاوز مقتضيات التبعية⁽¹⁾ لكن مبدأ التبعية، مع ذلك، ليس مطلقا، وتعرّيه عدة استثناءات:

أولها: إذا صدر قرار بالحفظ إن إثارة الدعوى العمومية على المسؤولية الشخصية، يحق للمتهم أن يطلب تعويض القسر الحصول له من جراء إثارة الدعوى العمومية على معنى الفصل 45 م.أ.ج. ويقدم مطلب الغرم في ظرف ثلاثة أشهر ابتداء من اليوم الذي أصبح فيه قرار الحفظ باتا إلى المحكمة الابتدائية المتخصصة للقضاء في المادة الجزائية، وتحتضر بالنظر فيه المحكمة الواقع بذاته بحث القضية. ويخضع هذا الطلب للإجراءات العادلة المبنية بمجلة الإجراءات الجزائية في الاعتراض والاستئناف والتعميق من حيث الصيغ والأجال. وبالتالي تحلل الدعوى المدنية من تبعيتها للدعوى الجزائية، وينظر القاضي الجزائري في دعوى التعريض أصولا، بمناي عن الدعوى العمومية.

ثانيا: وهو ما يتعلق بأحكام الفصل 377 م.أ.ج المتعلق بصورة العفو العام، حيث إن العفو العام ليس له تأثير عن حقوق القائم بالحق الشخصي، فرغم انقراس الدعوى العمومية بموجب العفو العام يبقى القاضي مختصا للنظر في دعوى التعريض. لكن ذلك لا يمكن أن يتحقق بطبيعة الحال إذا صدر العفو قبل إثارة الدعوى العمومية. فالعفو العام لا يضر بحقوق الغير لا سيما حقوق القائم بالحق الشخصي شرط أن يقوم المتضرر بالحق الشخصي قبل صدور قانون العفو.

ثالثا: وهي حالة وفاة المتهم، فقد رأت محكمة التعقيب أنه من الممكن للقاضي الجزائري النظر في الطلبات المدنية بالرغم من وفاة المتهم، خاصة إذا سبق إدانة المتهم ابتدائيا ورفع الطعن بالاستئناف في الفرع الجزائري والمدني، فإذا مات المتهم بعد صدور الحكم الابتدائي بالإدانة أو أثناء نشر القضية الاستئنافية، يبقى محكمة الاستئناف مختصة بالنظر بالفرع المدني ، وذلك بعد استدعاء ورثة المتهم⁽²⁾.

رابعا: وهي حالة اتصال القضاة بالفرع الجزائري . القاضي بإدانة المتهم واستئناف الفرع المدني من قبل القائم بالحق الشخصي، حيث إن غلق الاختصاص المدني أمام المذكرة الجزائية لا ينعد إلا ابتدائيا، بمعنى أن المتضرر إذا ما قام بالحق الشخصي يكتسب حق الاستئناف في الفرع المدني على معنى الفصل 210 م.أ.ج، فإن اتصل

(1) تدخل المشرع الفرنسي أخيرا وفتح الفصل الثالث من مجلة الإجراءات الجزائية، وأصبحت صياغته تشمل الأضرار البدنية والمالية على حد سواء.

(2) يراجع في موت المتهم واستئناف القائم بالحق الشخصي قرار تعقيبي جنائي عدد 254 المؤرخ في 25 سبتمبر 1930 مجلة القضاء والتشريع 1963 ص 347.

التراع المحسوم قضاء^(١)، لاته لا يترك الضيغائن، وهو في نهاية الأمر طريقة تسمح بفك الضغط عن المحاكم، وتكتفى للمتضرر توسيعه بما يقل التكاليف، وهو الشب الذي جعل المشرع التونسي يتدخل في عدة مجالات ليقر إجراء الصلح كإجراء وجبي يسبق إحالة التراغ إلى جلة الحكم، وقد اتجه المشرع بموجب القانون عدد 86 لسنة 2005 سابق الذكر إلى إقرار طريقة صلحية بين المتضررين من حوادث الطريق وشركات التأمين، لم ترق إلى حد مستوى الوجوب، وإن كان التطبيق بين أنه كثيراً ما يقع اللجوء إلى مثل هذا الإجراء.

ولا يقع عقد الصلح صحيحًا متجهاً لأنثاره إلا إذا احترمت بعض الشروط، وخاصة ما يرتبط بالشروط التي لها علاقة بالأشخاص، أي الأهلية والرضا، إضافة إلى القواعد المعلومة في إبرام العقود على وجه الإجمال من موضوع وسبب. فيشترط في المصالح أهلية التصرف بعوض⁽²⁾، التي توفر بالبالغ الراشد⁽³⁾ والصغير المرشد⁽⁴⁾ والمتوزع⁽⁵⁾ والوكيل، ولا يمكن للصغير والمحجور عليه لجنون أو لضعف في العقل أو لسلفه والذوات المعنية أن يتصلعوا إلا بواسطة من يمثلهم قانوناً⁽⁶⁾، وتنصالع الدولة بواسطة المكلف العام بنزاعات الدولة⁽⁷⁾. ولا يمكن للذوات المعنية أن تصالع إلا مع احترام الشروط الخاصة بهم، ولا يجوز للولي والمقدم والوصي أن يرموا صلحاً إلا إذا تحصلوا على إذن مستيقن⁽⁸⁾ باعتبار أن أعمال الصلح من قبل أعمال التقويت⁽⁹⁾. ويلتزم

م.ش، الفصل 362 م.م.م.ت، الفصل 463 م.م.م.ت، الفصل 507 م.م.م.ت، الفصل 38 م.م.م.ت، الفصل 49 م.م.م.ت، الفصل 91 م.م.م.ت، «علة تقصص آخر».

(١) روى عن عمر بن الخطاب قوله: رثوا الخصوم حتى يصطلحوها فإن قصدهم بورث الضيقان، وهو على حد تعبير Carbonnier دعوة للضحك والساخرية، ويقال كذلك صلح مجحف خير من حكم منصف.

الفصل 2 م.ا.ع 1459

(3) الفصل 153 م.ا.ش.

(4) الفصل 158 م.ا.ش.

(5) الفصل 159 م.ا.ش.

(٦) پراجم الفصل 156 م.ا.

(6) براجع الفصل 156 م.ا.م.

(٢) يرافق الأمر عدد ٢٠٤٦ لسنة ١٩٩٧ الموزع في ٢٠ أكتوبر ١٩٩٧ المتعلق بضبط شروط إبرام العقود مع الدولة.

(8) لكنَّ غيابِ الإذنِ لا يمكِّنُ أنْ يتمسَّكَ به معاقدَ الوليِّ إلَّا إذا أحدثَ له ضرراً، ويجوزُ أنْ يتمسَّكَ به الوليُّ أو القاصرُ بعد رشاده.

قرار تعييني عدد 5939 المؤرخ في 10 نوفمبر 1953 م في ت 1960.

(٩) برابع الفصل ١٥ ملأع.

وفي هذا الباب يجب التمييز بين التخلّي عن الدعوى *désistement d'instance* والتنازل عن الدعوى *désistement d'action*، فالتنازل عن الدعوى لا تأثير له على طلب التعويض، فهو عبارة عن هدنة في وقت معين كما يقولون، فلا يحصل الإبراء والتنازل، ولرثما يخيّر الطالب هذا الإجراء لغاية إعادة الطلب أمام الدائرة الجزائية أو لمجرة الاستعداد لتنظيم وسائل الدفاع، ويطلب التخلّي عن الدعوى في جميع مراحل الدعوى، على أن يكون قبل صدور الحكم، فنطّرخ القضية.

لكن التراجع عن الدعوى يمكن أن يتعدّى شكل التنازل عن الدعوى، وهو تنازلٌ عن حق التعرّيف، فيتعدّى شكل الإسقاط والإبراء، فيشترط فيه البيان والدلالة القاطعة سواء كان حكيمًا أو غير حكيم.

فإن قام الإسقاط صحيحاً نافذاً في أي طور من أنطوار التقاضي، أنكر على المتضرر التراجع وإن جهل حقه⁽¹⁾، وإنقضى الالتزام بدفع التعويضات الموجبة، لكن الإسقاط لا يسري، إلا على الحقوق الشخصية للذان ولا يمس من حقوق الورثة، ولا يستغنى به بقية المسؤولين في صورة تعددتهم بدون تضامن، فإن كانوا متضامنين انتفعوا به. وإذا جاء الإسقاط خلال مرض الموت اعتبرت أحكم الرصبة.⁽²⁾

الصلح

الصلح⁽³⁾ هو «عقد وضع لرفع التزاع وقطع الخصومة» ويكون ذلك بتنازل كل من المتنازلين عن شيء من مطالبة أو تسليم شيء من المال أو الحق على معنى الفصل 1458 م.أ.ع. ولا يخضع في إبرامه لأية شكليات، وهو إجراء ثابت إلى التشريع وحياته لما يتحققه من فوائد جمة ومحاسن محققة⁽⁴⁾، والتزاع المحسوم صلحا خيرا من

(١) نص الفصل ٣٥٦ م.أع على أن الإسقاط أو الإبراء المطلق لا رجوع فيه ويتراً به ذمة المدين ولو جهل النّائن حقيقة دينه أو وجد بذلك حرجاً لم يعلم بها إلا إذا كان الإسقاط من الوارث في دين موروث ثبت تخلٍ أو تدليس من المدين أو من كأن متوارثاً معه.

(2) يراجع الفصلان 354 و 355 م. ا.ع .
 (3) يراجع على كحلون، الصالح في العادة المدنية، مجلة القضاء والتشريع، جولية 1998 ص 37.
 ياسين محمد يحيى، عقد الصالح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار الفكر العربي، 1978

ص ١١٢
صابر الغربي، الصالح وسيلة لفصل التراعات، رسالة تخرج وختم الدارس بالمعهد الأعلى للقضاء، 1993-1994.

نبيل الراشدي، عقد الصلح في القانون المدني، رسالة خصم المدرس بالمعهد الأعلى للقضاء - 1992
1993.

(٤) كثيرة هي الآيات والأحاديث الشريفة التي تتحدث عن خير الصالح، واعتمدته أغلب التشارعيم، بما في ذلك التشريع التونسي، يرجى في هذا الباب الفصل 32 م.ش، الفصل 207 م.ش، الفصل 151 م.ش، ب، الفصل 376

صحيحاً نافذاً بين الطرفين، حسم النزاع وانقضت به دعوى التعريض، فإن كانت دعوى التعريض منشورة أمام المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف ختمت الإجراءات، وإن رکن الطرفان إلى الصلح بعد القرار الاستئنافي وقبل القرار التعقيبي رفض الطعن، وتخلص للطرف المقابل ما تنازل عنه الطرف الآخر، ولا يمكن لهذا النزاع أن يتجدد إلا أمكن الدفع بالصلح، وإن لم يخضع الطرف المقابل للصلح تلقائياً ألزم قضاء⁽¹⁾. وللصلح أثر نسيبي من حيث الموضوع والأطراف والسبب. فلا يمكن أن يمتد للصلح إلا إلى الأضرار التي وقع عليها الصلح، ولا يضرر الصلح بحقوق الغير، ولا يسري إلا على المحقق الشخصية، وبمعنى حقوق الورثة قائمة. ويتحقق بالصلح جميع المسؤولين على معنى الفصل 184 م.أع، لكن المتضرر لا يمكن أن يحتاج بالصلح إلا ضدّ الطرف الذي تصالح معه. هذا ويمكن أن يكون الصلح نتيجة وساطة.

ت- الوساطة

الصلح بالوساطة هي آلية جديدة تهدف إلى حسم النزاع صلحاً بتدخل طرف ثالث يسمح له موقعه بتدخل إيجابي وهي وسيلة تضمن جبر الأضرار الحاصلة للمتضرر صلحاً. فإذا توصل الأطراف إلى تحقيق هذا الاتفاق تنتهي الدعوى الخاصة وفي بعض الأحيان تنتهي الدعوى العامة، وهو ما أصبح يعرف بالصلح بالوساطة في المادة الجزائية.

ونلاحظ أن هذا الإجراء أصبح متعدد التطبيقات، وبعد التسوية الصلحية في إطار حوادث الشغل على معنى قانون 1994 والتسوية الصلحية في إطار حوادث المرور على معنى قانون 2005 والوساطة على معنى الفصل 113 من مجلة حماية الطفل، تدخل المشرع أخيراً بموجب القانون عدد 93 لسنة 2002 المؤرخ في 29 أكتوبر 2002 وأرسى مؤسسة الصلح بالوساطة في المادة الجزائية وأصبحت النيابة العمومية بإمكانها أن تتدبر الأطراف لإيقاع الصلح في جرائم معينة، فإذا رکن الطرفان إليه ونفذا بنوده في أجل ستة أشهر انقضت بذلك الدعوى العامة ومن ورائها الدعوى الخاصة⁽²⁾.

وقد نص المشرع التونسي صراحة على التسوية الصلحية في إطار التعريض عن الأمراض المهنية وحوادث الشغل في القطاع الخاص في حالات خاصة، وجعل لعقد الصلح المصادق عليه من طرف حاكم التأمين قوة الشند التنفيذي. الفصل 72 وما بعد من القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فبراير 1994.

والمعلوم أن المشرع التونسي نص بالفصل 186 م.م.م.ت على أن الأحكام التي أحرزت على قوّة انتقام القضاء والاحكام المأقرن بتقاديمها هي التي تحلى بالصيغة التنفيذية.

(1) ويمكن أن يتضمن الصلح بدوره شرطاً تغريمياً.

(2) يراجع آخر ما شمل الصلح بالوساطة وهو القانون عدد 68 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلق بارساد عقوبة التعريض الجزائري وتطوير الآليات البديلة للسجن حيث أضيفت فقرة

الولي وغيره بضممان حقوق المحجورين في اتجاهه أن لا يستر الصلح إسقاطاً أو إبراء، وذهب قفة القضاء إلى إبطال الصلح إذا كان الحق الذي تحصل عليه القاصر تافهاً⁽³⁾. ويجب أن يكون الرضام بائناً بدرجة لا تترك مجالاً حول انعدام الصلح بين المتضرر والممسؤل، فإن تعرض المتضرر لحادث يذهب مداركه العقلية ولو بطريقة الاستنتاج يكون الصلح بالضرورة قابلاً للإبطال. والحالات مثلها إذا تعرض المتضرر لشيء من التغير والإكراه، ولربما كان الغلط هو أكثر الحالات وقوعاً في الصلح حول التعريض، ويكون الغلط في الواقع إذا حدث غلط في الشخص أو في صفتة أو في الموضوع، وبالتالي يمكن للمتضرر أن يطالب بالإبطال كلما لم يعلم بحقيقة الأضرار التي أصابته والتي تستدعي الخبرة لتقديرها وإن تصالح حولها أو تفاقم الضرر بدرجة تمنع من التوصل إلى معرفة أصل الضرر، والعلة في ذلك هي علم المتضرر بمدى خطورة الأضرار التي لحقته⁽⁴⁾. لكن المتضرر يسقط حقه في الإبطال إذا تصالح عن وعن ودرأة ياسقط حقوقه في الحال والمآل مقابل التعريض الذي استقر عليه رأي المتعاقدين. ولا يقتضي به في جميع الصور إلا إذا ثبت حسن النية، أي أن لا يكون العائد على غرة⁽⁵⁾. لكن الغلط في القانون وخلافاً للقاعدة العامة لا يمثل سبباً لطلب الإبطال، فعدم معرفة ما تمنحه القوانين من حقوق لا يكون سبباً في مثل هذه الصور لطلب الإبطال⁽⁶⁾.

فإن تم الصلح خارج المحكمة ستي صلحان غير قضائي، وإن وقع أمام القاضي ستي صلحان قضائي، ومع ذلك يبقى الصلح مجرد عقد، يصادق عليه القاضي، فيسمى هذا الحكم حكم تصديق jugement d'homologation الذي يتميز عن الحكم الاتفاقي jugement convenu متى يكون الصلح ذاته موضوعاً للحكم، أي أن لا يصدر الحكم بإهماله الصلح، وإنما بالزام الممسؤل بدفع التعويضات المتفق عليها بين الطرفين.

وما يميز التشريع التونسي، هو أن السندات القضائية غير الحكومية مثل التصديق على عقد الصلح لا تحلى بالصيغة التنفيذية إلا في حالات استثنائية⁽⁵⁾. وإذا قام الصلح

(1) وهو اتجاه يخالف ما سارت عليه المحاكم في إقرار عقود الصلح ولو أنها في حقيقة الأمر لا تضمن حقوقاً متبادلة.

(2) وقد أثار هذا الموضوع عدة تساؤلات خاصة بالنسبة إلى عقود الصلح المبرمة بين شركات التأمين والمتأذين من حوادث المرور.

(3) يراجع الفصل 1472 م.أع.

(4) يراجع الفصل 1473 م.أع.

(5) على خلاف المشرع الفرنسي الذي يسمح بحلية المصادقة على الصلح بالصيغة التنفيذية، وبالتالي يقصد هذا الحكم مباشرة دون أن يضطر المستفيد إلى إعادة تشريفية مستقلة للإرمام الطرف الآخر على التضليل. يراجع الفصل 131 من مجلة المرافعات المدنية الفرنسية:

(les extraits du procès verbal constatant la conciliation peuvent être délivrés, ils valent titre exécutoire)

ث - التقادم

التقادم المسقط هو «جزء مرور الزمن وعدم التبصر والاهماط، وربما يحمل في طياته قريبة على الدفع، فهو بذلك يتعلق بالموضوع وليس بالإجزاء، لكنه يسقط التبعى ولا يسقط الحق»⁽¹⁾. فهو جزء تنتقضى به الدلوعى في نهاية الأمر إذا لم ترفع في آجال محددة⁽²⁾، جزء لمن تختلف عن رفعها وحماية للحالات الواقعية في نفس الوقت⁽³⁾. ولا يهم التقادم المسقط إلا مصلحة الخصوم⁽⁴⁾، وهو خاضع للقطع والوقف على خلاف آجال التسوّق⁽⁵⁾.

وقد وضع المشرع أجلاً عاماً للتقادم المسقط وهو خمس عشرة سنة على معنى الفصل 402 م.أع، ولا يتسلط على الحقوق إلا من وقت حصولها عملاً بأحكام الفصل 393 م.أع، ونص الفصل 115 م.أع في إطار المسؤولية القصیرة على أن القيام بغيره

ثانية للفصل 335 ثالثاً مراجعاً هنا نصها «كما يمكن لوكيل الجمهورية دون غيره إذا اقتضت ظروف الفعل ذلك عرض الصلح بالواسطة في الجريمة المنصوص عليها بالفصل 264 من المجلة الجنائزية وذلك إذا كان المستشكى به غير عاقد وبين له أن التزعة الإجرامية غير متصلة فيه بناء على بحث أجتماعي يأخذ بمقتضاه العمل الاجتماعي، يراجع أنه جوهر الحالات العائلية العادلة والأدلة الملموسة».

(١) على كحولون: أزمة الاجراءات والسجلات العitive في تونس، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، ص ٥٢٢.

(2) اعتمد القانون الروماني أجل ثلاثة سنّة كأجل محمد لقبول الدّعوى، في حين اعتمد الفقه الإسلامي أجل خمس عشرة سنّة.

(٣) يختلف التقاضي المسلط بطبيعة الحال عن التقاضي المكتسب الذي هو مبنياً من أسباب اكتساب الملكية، وعن المستقطبات التي رتبها المشرع عن عدم القيام بإجراءات معينة أو عدم ممارسة الطعون، وعن تقاضي الدعوى العامة التي تهم النظام العام.

الخسارة الناشئة عن جنحة أو ما يتزلف منها يسقط بمضي ثلاث سنوات وقت حصول المعلم للمعتدى عليه بالضرر وبين تسبب فيه وعلى كل حال تسقط الدعوى المذكورة بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت حصول الضرر، أي إذا لم يحصل المعلم للمضرر على نحو ما تقدم^(١).

وتسقط الدعوى المدنية بنفس الشروط والأجال المقررة للدعوى العمومية الناتجة عن الجريمة التي تولد عنهاضرر، وتخضع الدعوى المدنية فيما عدا ذلك لقواعد القانون المدني على معنى الفصل ٨ م-أ-ج، معنى ذلك أن الضرر الناشئ عن الجريمة لا يمكن المطالبة بتعويضه إلا خلال الأجال المعينة لسقوط الدعوى العمومية، أي سنة بالنسبة إلى المخالفات وتلاته سنوات بالنسبة إلى الجناحه وعشرون سنة بالنسبة إلى الجنايات، حتى لو كان الطلب أمام المحكمة المدنية ومهما كانت صفة المدعى عليه، المتهم أو المسؤول المدني أو شركة التأمين . وهذا ما يعرف بمبدأ التضامن أو الترابط بين آجال التقاضي في الدعويين، والأساس في ذلك هو تحقيق التنسق بين القضاء الجنائي والقضاء المدني.

لكن هذا الترابط أو هذا التضامن انتقد بشدة بسبب أنه يفضي إلى جعل المتهم بمركز أفضل من مركز الشخص الذي ارتكب مجرد خطأ مدني، حيث يمكن مطالبة المسؤول عن الخطأ المدني إلى نهاية خمس عشرة سنة، في حين يتسع المتهم بأجال قصيرة.

ولهذا السبب يرى فقه القضاء بفرنسا أن الترابط لا مبرر له كلما كان بالإمكان تأسيس طلب التعريض أمام القاضي المدني على عناصر ليس لها علاقة بالجريمة المرتبطة بالخطأ الشخصي، مثل القيام على أساس قرينة المسؤولية أو القيام على أساس المصلحة العامة المترافقية⁽²⁾.

والحقيقة أن فقه القضاء احتاج إلى ملجاً قانونيًّا يمكنه من الإبقاء على حقوق المتضرر، الأمر الذي دفعه إلى تأويلات قانونية ترمي في حقيقة الأمر إلى ذلك الترابط بين الدعوى المدنية والدعوى الجزائية لغاية تمييع المتضرر بآجال طويلة حتى لا يسقط حقه في التعويض، وقد وجد صانعه في أحكام المسؤولية التعاقدية والمسؤولية الشيء. وهذه الأسباب أضطرت المشرع الفرنسي إلى التدخل صراحة سنة 1980 لغاية إخضاع

(١) حكم مدنى استئنافى عدد 57097 مزدوج فى ٣ نوفمبر ١٩٦٤ مجلة القضاة والشريعى عدد ٦ لسنة ١٩٦٥ من ٣ لمدة سقوط الحق بمرور الزمن المشار إليه بالفصل ١١٥ لا تبتدئ إلا من تاريخ العلم بالضرر وبين تسبّب فيه، بحيث إذا لم يعلم المتضرر بالمتسبب فلا تبتدئ المدة إلا من تاريخ حصول الضرر، اللهم إلا إذا مضت ١٥ سنة على تاريخ الضرر فيسقط بالمرة.

(2) Civ 20 mai 1936 ,D. P. 1936 ,p. 88 ,Sirey 1937 ,p. 321 .

مثل مسؤولية الناقد والطبيب.

المدنية لأحكام القانون المدني إلا إذا لم تكن ناشئة عن الجريمة. لكن هذا الاتجاه يترر مع ذلك برغبة فقه القضاء في ضمان التعويض عن الجريمة. وفي نفس هذا الاتجاه يرى البعض أن الففو العام أو نسخ النص الجزائري من شأنه أن يمحو الجرم نهاية، وما يبقى هو الفعل الضار الذي من المفترض أن يخضع للأجال الطويلة في التقادم⁽¹⁾. ورغمما عن ذلك فإنها تبقى مجرد محاولة لإخراج الدعوى المدنية من إطار التبعية للدعوى الجزائية رغبة في ضمان التعويض، مع أن نص الفصل 8 م.إ.ج كان واضحا في معنى التضامن أو الترابط، وهي فكرة قديمة قامت على معنى علوية القضاء الجزائري. وقد أدركت الشارع المقارنة أخيرا مساري هذا الربط فالغته بنصوص قانونية واضحة، وهو المطلوب بالنسبة إلى المشرع التونسي.

الدعوى المدنية لآجال طويلة وفك الترابط بين الدعويين، في اتجاه ضمان التعويض للمتضارر من الجريمة⁽²⁾.

وقد أكدت محكمة التعقيب التونسية في قرارها عدد 42389 الصادر بتاريخ 1995 «أن المتضرر من حادث طريق قد تتوفر له مستندات قانونية متعددة لطلب التعويض كالمسؤولية عن الخطأ الشخصي والمسؤولية عن حفظ شيء والمسؤولية المدنية للنافل وهو حرف في اختيار مستنه لطلب التعويض وليس هناك أي نص قانوني يجعل من له حق طلب التعويض على أساس الفصل 83 من م.إ.ج ملزما باتباع هذا المستند دون سواه⁽³⁾. ويمكن أن يوظف هذا المبدأ في اتجاه فك الترابط بين الدعوى العامة والدعوى الخاصة من حيث آجال سقوطها، وإن لم يتتسن لمحكمة التعقيب وضع رأي مباشر لهذه المسألة. لكنها صرحت بوضوح سنة 1981⁽⁴⁾ على أن دعوى التعويض التي ترمي إلى المطالبة بتعويض تكميلي سبق أن تخرج عن جريمة أدرين من أجلها المتهم، لا يمكن أن تسقط بمد الأجل المعتمد لسقوط الدعوى العمومية، لأنه لا مجال لسقوط الدعوى بمد الأجل في الحقوق الناشئة عن حكم نهائي. وحسب هذا الاتجاه فإن صدور حكم جزائي بات بالفرع الجزائري يحرر الدعوى المدنية من حيث آجال التقادم إذا ما نشرت الدعوى المدنية أمام القضاة المدني، وي الخضوع الطلب فيها وبالتالي للأجال الطويلة أي خمس عشرة سنة عوضا عن الآجال القصيرة الواردة بالفصل 5 م.إ.ج. لكن هذا الاتجاه يتعارض صراحة مع رغبة المشرع في جعل الترابط قائما بين آجال التقادم في الدعوى الجزائية والدعوى المدنية من خلال الفصل 8 م.إ.ج، فقد تنص هذا الفصل صراحة على أن «الدعوى المدنية تسقط بنفس الشروط والأجال المقررة للدعوى العمومية الناتجة عن الجريمة التي تولد عنها الضرر. وتتخضع الدعوى المدنية فيما عدا ذلك لقواعد القانون المدني». معنى ذلك أن الدعوى المدنية المتولدة عن الضرر الناتج عن الجريمة تسقط وجوبا بنفس الآجال الواردة في حكم الدعوى الجزائية، ولو نشرت القضية المدنية أمام القاضي المدني وليس أمام القاضي الجزائري. فلا تخضع الدعوى

(1) القانون عدد 1042 لسنة 1980 المؤرخ في 23 ديسمبر 1980 ، الفصل 10 جديـد من مجلـة الإجراءـات الجزائـرـية.

«L'action civile se prescrit selon les règles du code civil. Toute fois, cette action ne peut plus être engagée devant la juridiction répressive après l'expiration du délai de prescription de l'action publique »

(2) قرارات الدوائر المختصة لمحكمة التعقيب لسنة 1994-1995 ، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية.

(3) قرار تعقيبي عدد 4306 موزع في 4 نوفمبر 1981 نشرة محكمة التعقيب 1982 الجزء الرابع ص 64.

(1) محمد الزين، دروس في الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص 100.

الواقع المشرع

الواقع المشرع هي وقائع لا يمنعها المشرع، فليس فيها ما يحضره القانون، على خلاف الواقع غير المشرع التي غالباً ما تستند إلى الخطأ. فليس في الواقع المشرع أي خطأ، ومع ذلك يمكن أن تكون سبباً في الالتزام.

وترد هذه الواقع المشرع إلى ما يعرف قدماً بشبه العقد، لأنها أعمال إرادية فهي تشبه بالعقد ولكنها بعيدة عن العقد في نفس الوقت لأنها لا تفترض تلاقي إرادتين، ولذلك سميت بشبه العقد، وليس إرادة منفردة كذلك لأن النية تتجه وجوباً إلى التصرف في حق الغير لفائده.

وقد انتقد هذا المفهوم بشدة في العصر الحديث لأنه لا يعكس حقيقة التاريخ فلم يكن هذا المفهوم متواجداً بالقانون الروماني⁽¹⁾ أو الفقه الإسلامي أو غيرهما قديماً، وهو غير منطقي إذ أن صنف شبه العقد ليس له آية علاقة بالعقود وبالتالي فهو مفهوم غير دقيق ولا حاجة إليه أصلاً. ولذلك اتجه أغلب رجال القانون إلى اعتبار شبه العقد من الواقع القانونية المشرعنة التي لها بعض الآثار القانونية⁽²⁾، إذ أن ما يقوم به المتداول إجمالاً ولو كان عقداً في علاقته مع المعاقدين فهي واقعة قانونية بالنسبة إلى الغير المستفيد من العمل.

وقد جمع أخيراً تحت باب شبه العقود ثلاثة أصناف، الإثراء بدون سبب والفضالة والدفع غير المستحق.

وتعمد فكرة الإثراء بدون سبب إلى الحضارات القديمة ربما لتلاقيها مع منطق العقل وقواعد القوانين الطبيعية وفكرة العدالة فلا أحد يقبل بالإثراء على حساب الغير دون أن يتتوفر السبب⁽³⁾. ولكنها لم تظهر بشكل منظم ودقيق كنظرية عامة، ولم يك

(1) القانون الروماني لم يكن يميز بين العقد وشبه العقد بل كان يميز بين العقد *contractus* والجريمة *delicta*. ولربما كان شبه العقد من تطبيقات العقد ولكن لم يكن هناك تصنيف خاص بشبه العقد. Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: *Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale*, édi. 1985, p.5, n°4.

François Terré, Philippe simier, et Yves Lequette: *Les obligations*, 6 ème édi. 1996, p. 1 et suiv.

(2) Carbonnier : *Les obligations*, Tome 4, p. 485.

(3) خليل جريج: *النظرية العامة للالتزامات*, الجزء الأول, ص. 379.

وعلى ذلك سارت مجلة الالتزامات والعقود، فقد أفردت عدة فصول للدفع غير المستحق بالفصل 71 و73 و74 و75 و76 و77 و79 و80 و81 م.أع⁽¹⁾ (الفصل الثاني)، وأفردت الفصل 72 للإثراء بدون سبب (الفصل الأول) والفصل من 1179 إلى 1194 م.أع للفضالة (الفصل الثالث). وقد أوردها المشرع فعلا تحت باب شبه العقود بالرغم من اختلاف الموضع إذ أن الإثراء والدفع جاءا بالكتاب الأول بينما جاءت الفضالة بالكتاب الثاني من مجلة الالتزامات والعقود.

التطبيق يفصل بين الإثراء بدون سبب والدفع غير المستحق والفضالة، بل إن العمل يتضمن في زمن القانون الروماني توفر جملة من الدعاوى التي من الممكن ممارستها من قبل الدائن بحكم شكلية القانون الروماني، وكان الإثراء بدون سبب يمثل إحدى هذه الدعاوى ويرتبط بواقعة إثراء السيد أو الأب على حساب القاصر أو العبد.

ولم يعن الفقه الإسلامي بوضع قاعدة عامة في الإثراء بدون سبب، بل إن أحکامه لا تجيز إجمالاً الدفع غير المستحق وقد ورد في حاشية الأشيه للمحموي أنه «من دفع شيئاً ليس واجباً عليه فله استرداده إلا إذا دفعه على وجه الهبة واستهلكه القابض»⁽²⁾، ولو ظنَّ أنَّ عليه دينا فأداه ثمَّ يان خلافه يرجع بما أدى⁽³⁾. والحقيقة أنَّ هذه الأحكام إنما هي من تطبيقات المبدأ الفقهي العام⁽⁴⁾ القائل بأنَّ «لا عبرة بالظن بين خطوطه» ومعناه أنَّ التصرف أو الفعل الشبني على جهل أو غلط يكون أساساً في طلب الاسترداد. كما أنَّ الفضالة في نظر الفقه عموماً ليست سبباً من أسباب الالتزام، بل هي عمل يقوم بالأصل على التبرير⁽⁵⁾.

والحقيقة أنه لم يكن من مضامين الفقه الإسلامي التمييز بين مؤسسات ما يعرف قدি�ماً بشبه العقد ولكنَّ الأصل فيه أنَّ غير المستحق يرد لصاحبه ودفع المرء ما ليس بواجب عليه يسترد فلا يجوز أكل المال بالباطل مهما كانت الصورة ولهذه القاعدة العامة على تطبيقات⁽⁶⁾.

كما أنَّ القانون الفرنسي زمان تحرير المجلة الفرنسية لم يجعل الإثراء مبدأ عاماً ولم يرد في شأنه نصٌّ خاصٌ، بل اعتبر بمثابة الفضالة، وذكرت المجلة الفضالة والدفع غير المستحق فقط في باب شبه العقود. ويعود الفضل إلى فقه القضاء الفرنسي الذي ارتقى بالإثراء إلى مرتبة القواعد العامة وجعل له إطاراً متسعاً وشامله بعدة تطبيقات هامة، بل اعتبرت الفضالة والدفع غير المستحق إحدى تطبيقاته، بعدما كان الإثراء وليد الفضالة. واليوم أصبحت أغلب التطبيقات تميز بين الإثراء والفضالة والدفع غير مستحق وجعلت لكل واحد منها نظاماً خاصاً به.

(1) شرح المجلة «مجلة الأحكام العدلية» للمرحوم سليم رستم باز اللبناني، المرجع السابق، 50.

(2) المرجع السابق، ص 49.

(3) يراجع المواد من 2 إلى 100 من مجلة الأحكام العدلية المحررة حسب النقه الحنفي في بيان القواعد الفقهية.

(4) قال الله تعالى في سورة الكهف، «فانطلقا حتى إذا آتيا أهل قرية استطعوا أهلها فابراً أن يصيغوا لها فرجدا فيها جداراً يريد أن يتقنن فأقاموه قال لهم تشت لتختذل عليه أجرها».

(5) صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات في الشريعة الإسلامية، المجلد الأول، ص 93 وما بعد.

(1) نص الفصل 1192 م.أع كذلك على أنه «إذا تصرف شخص في أمر ظنا منه أنه له فتبيّن أنه لغيره فإن ما يترتب على ذلك يجري على حكم الفصل 71 وما بعده».

الفصل الأول:

الإثراء بدون سبب

قدمنا أن بداية الإثراء بدون سبب ارتبطت بعض التطبيقات الرومانية في إثراء السيد أو الأب على حساب ابن أو العبد ولم يقتصر لهذه التطبيقات أي أثر خلال تحرير المجلة الفرنسية فلم يشملها التحرير بأي فصل وأغفلها مراجعة القانون في اعتمادهم طريقة الشرح على المتنون في فهم النص القانوني، وما لبث فقه القضاء بفرنسا أن اعتنقتها وجعلها مبدأ عاما يصلح للطلب إذا ما توفرت شروطها. وبذلك أخذت التشريع الحديثة⁽¹⁾. فلا بد أن توفر الشروط (المبحث الأول) حتى تقوم دعوى التعويض على أساس الإثراء بدون سبب (المبحث الثاني).

المبحث الأول: شروط الإثراء بدون سبب

اعتمد رجال القانون عدة أسس نظرية تصلح لتأسيس مؤسسة الإثراء بدون سبب، فمنهم من قال بالفضالة الناقصة إذ الفضالة تقوم أساسا على عمل إرادى غير منع فإذا امتنع صاحب العمل صراحة أو دلالة وتدخل الغير بالرغم من ذلك اختلت شروط الفضالة وكانت فضالة ناقصة تصلح لطلب التعويض وأخرون قالوا بالعمل غير المشروع وهو الإثراء بدون سبب في حد ذاته وبعضهم قال بتحمّل التبعية، فمن له النما عليه التزام.

والحقيقة أن الإثراء بدون سبب مؤسسة مستقلة بذاتها فهي مصدر للالتزام مستقل بذاتها مثل العقد والعمل غير المشروع، فهي ليست عملا غير مشروع فلا يشترط في المترى الخطأ أو سوء النية بل قد يكون حسن النية، لذلك نص الفصل 72 م.اع. على أنه «من انتفع عن جهل بعمل ضيء أو بشيء من ماله بلا وجه يبيح ذلك فعله المعرض لصاحبه يقدر ما انتفع به». كما أن الإثراء ليس تصرفًا قانونيا بل هو واقعة قانونية وهي واقعة الإثراء. فالإثراء بدون سبب هو في نهاية الأمر أن يتغلب الحق إلى الغير بدون سبب سواء كان سببا اتفاقيا أو قانونيا، والأساس في جميع ذلك أي الأساس في الدعوى أو الرد هو العدالة كقيمة أخلاقية طبيعية، فمقتضى العدالة أن تسمح لصاحب الحق أن يسترجعه وقد دفع بدون سبب. فهو في نهاية الأمر إثراء من ناحية (الفقرة الأولى) وافتقار من أخرى (الفقرة الثانية) مع توفر علاقة السببية بين الافتقار والاستغفاء (الفقرة الثالثة) دون أن يتتوفر السبب (الفقرة الرابعة).

(1) الفصل 789 من المجلة المدنية المصرية.

الفقرة الأولى، إثراء المدين

كلمة الإثراء هي المحور في بيان معنى إثراء المدين، فقد تصرف إلى الوحدة النقدية أو العمل أو المنفعة أي الانتفاع بالشيء. وقد أنكر الفقه الألماني في البداية أن ينصرف مفهوم الإثراء إلى معنى المنفعة والعمل وانحصر الإثراء في القيمة النقدية فحسب أي العملة النقدية. فلا يمكن الحديث عن الإثراء إلا كان الإثراء متصلًا بمجرد المنفعة أو عمل ما حسب هذه المدرسة. على أن المدرسة الفرنسية، وخاصة من خلال اتجاهات فقه القضاء، انتهت إلى أن الإثراء لا ينحصر في معنى التقدّم فحسب بل يمكن أن يشمل العمل والمنفعة على حد سواء. وإلى ذلك انتهى التطبيق في القانون المقارن وبمجلة الالتزامات والعقود حيث نص الفصل 72 م.أ.ع. على أنه «من انتفع عن جهل يعمل غيره أو بشيء من ماله بلا وجه بيع ذلك فعله العوض لصاحبه بقدر ما انتفع به»، وبذلك انصرف الإثراء إلى المعاني الثلاثة.

ويجوز أن يكون الإثراء إيجابياً أو سلبياً، مباشرةً أو غير مباشرةً، مادياً أو معنوياً. فالإثراء الإيجابي هو أن تضاف قيمة إلى القيمة المالية والإثراء السلبي هو أن ينقص الدين من القيمة المالية. والإثراء المباشر هو أن يحصل الإثراء بالقيمة المالية للمدين ذاته، فينتقل الحق مباشرةً من الدائن إلى المدين دون وساطة. والإثراء غير المباشر هو أن يتدخل الغير في انتقال الحق من الدائن إلى المدين، والأغلب أن يكون الإثراء مادياً أي محسوساً، غير أنه أصبح من الممكن الحديث عن الإثراء المعنوي طالما أنه من الممكن تقديم أو تقديم كل ما يتصل بالمستوى المعنوي ولو أن التقدير لا يخضع عادة لمعايير دقيقة، كما هي الصورة إذا استفاد المدين صحيحاً أو علياً.

وللمدرسة الألمانية خصوصية في ذلك فقد أنكرت أن يكون الإثراء سلبياً أو معنوياً أو غير مباشر على خلاف المدرسة الفرنسية التي أجازته، والملاحظ في جميع ذلك هو أن المدرسة الفرنسية أخذت بالاتجاه الواسع في الإثراء، فهو المال والمنفعة والعمل سلبياً أو معنوياً أو غير مباشر. في حين أن المدرسة الألمانية اعتمدت اتجاهها ضيقاً، فلا ينصرف الإثراء إلا إلى التقدّم ولا يشمل الإثراء السلبي أو المعنوي أو غير المباشر. وليس بمجلة الالتزامات والعقود ما يمنع اعتماد الاتجاه الواسع.

الفقرة الثانية، افتقار الدائن

أن يفتقر الدائن لا يعني أن تخرج بعض الأصول من ذمته المالية، بل ما زاد من سلبيات على عناصر القيمة المالية أي ما زاد في الالتزامات السلبية وما نقص من إيجابيات القيمة

المالية بعد افتقاراً في نهاية الأمر. وكل زيادة في العناصر السلبية أو نقص في العناصر الإيجابية، مهما كانت طبيعة الحقوق عينية كانت أو شخصية، بعد افتقاراً. ويمكن أن يكون الافتقار إيجابياً أو سلبياً مباشرةً أو غير مباشر مادياً أو معنوياً. فينصرف المعنى الإيجابي إلى صور نقص المال من القيمة المالية ويفهم من الافتقار السليبي أن يغدو الدائن منفعة كان من الممكن أن تغدوه. ويقصد بالافتقار المباشر أن لا يتدخل أجنبي في علاقة الدائن بالمدين على خلاف الافتقار غير المباشر كما قدّم. وأصبح من الممكن الحديث عن الافتقار المعنوي إلى جانب الافتقار المادي. فإذا كان الافتقار المادي يحمل إلى النقص في الأصول المحسوسة فإن الافتقار المعنوي يشمل المسارس بأصول معنوية، كما في صورة أن يتضاعف الناشر على سبيل المثال بالعلامات الشخصية التابعة لنافذ آخر، وقد أصبح في نهاية الأمر من الممكن تقدير الافتقار المعنوي.

الفقرة الثالثة، العلاقة السببية بين الإثراء والافتقار

لا بد أن يكون الافتقار في الإثراء بدون سبب نتيجة للإثراء في الجانب الآخر، وتلك هي العلاقة السببية. فلا يمكن الوقوف على الإثراء فقط دون ربطه بالافتقار. ولا يشترط عن هذا الرأي إلا من قال بالتبعة في تعين أساس الإثراء، بمعنى أن الإثراء يكفي لقيام الدعوى دون ربطه بالافتقار أو دون اشتراط عنصر الافتقار، فيكفي حسب هذا الاتجاه أن يتتوفر ما يعرف بالمنفعة المستحدثة.

على أن هذا الاتجاه يقي معزولاً ولا يتماشى أصلاً مع نظام الإثراء بدون سبب، حيث إنه لا بد من توفر العلاقة السببية إذ أن المدين يلزم في نهاية الأمر في هذا النظام بدفع الفارق بين القيمتين وبالتالي لا بد من الوقوف على مستوى القيمة في الافتقار والإثراء. كما في صورة أن يقوم شخص بتحميل حدقة له زادت في قيمة منزله جاره دون أن ينضر مادياً أو معنوياً مباشراً أو غير مباشر إيجابياً أو سلبياً، فليس له أن يقوم بدعوى الإثراء والحالات تلك، لغياب العلاقة السببية، فالإثراء متوفّر دون الافتقار.

ويعتمد في تعرّف هذه السببية على ما يشار إليه عادة في العلاقة السببية بين العمل والضرر. فقد تكون واقعة واحدة سبب الإثراء والافتقار وقد تتعدد الواقع، ويستأنس في ذلك بنظرتي تعهد الأسباب أو السبب المتتّج، وإن كانت نظرية السبب المتتّج هي المعتمدة عادة في تحديد العلاقة المباشرة بين الإثراء والإثراء.

ولا ينفي خطأ المدين أو الدائن توفر العلاقة السببية، إذ من الجائز أن يعتد بالإثراء حتى ولو كان المدين مخططاً أو يسوء نية كما في صورة أن يبني الشخص بأرض غيره قصداً، ومع ذلك فلا يمنعه خطأه من طلب التعويض.

الفقرة الرابعة: انعدام السبب

التي تمنع الاسترداد. فلا يمكن للمفتر أن يدعى الإثراء بدون سبب في مواجهة من تملك تلك الصور.

وعلى ذلك الأساس فإن السبب المقصود في نظرية الإثراء بدون سبب هو التصرف القانوني مهما كانت أحکامه والقانون مهما تعدد حالاته. فكلما قام التصرف أو القانون في الإثراء إلا وتوفر السبب وتعذر الاسترداد إلى الإثراء بدون سبب في طلب الاسترداد.

المبحث الثاني: دعوى الإثراء بدون سبب

القاعدة أن كل ضرر توافقه الدعوى في طلب التعويض، ولكن دعوى طبيعتها وأطرافها وطرق إثباتها وأسباب تقادمها ووجه في حكمها أو فصلها، وكذلك دعوى الإثراء بدون سبب، فلها طبيعة معينة (الفقرة الأولى) وأطراف (الفقرة الثانية) وسبب مخصوص (الفقرة الثالثة) ونظام إثبات (الفقرة الرابعة) وتقادم (الفقرة الخامسة) وللحكم الذي يصدر في النهاية له بعض من الخصوصية (الفقرة السادسة).

الفقرة الأولى: طبيعة دعوى الإثراء بدون سبب

لم تكن دعوى الإثراء في أصلها إلا دعوى تابعة لمعنى الفضالة، فليس لها إلا تطبيقات محددة بحكم الطبيعة الشكلية للقانون الروماني، وأصلها في ذلك، ولما أغفلتها التشريع الفرنسي وأعادها الفقه والقضاء لم يرد لها التوأجد في إطار عام ومستقل بل سار التطبيق على اعتبارها مجرد دعوى احتياطية بمعنى أن لا تمارس إلا إذا فقد المدعى أي أساس قانوني آخر في المطالبة بالاسترداد والتعويض. فكانت بذلك دعوى الإثراء دعوى احتياطية لا تمارس إلا في غياب سند أصلي، عقد كان أو شبه عقد، جنحة أو شبه جنحة. واستقر فقه القضاء على ذلك الأساس منذ أواخر القرن التاسع عشر⁽¹⁾ وذلك بتأثير من عدد من رجال القانون وخاصة منهم «أوبيري ورو» بفرنسا⁽²⁾. ورغم محاولات الفقه والقضاء في الخروج من الطابع الاحتياطي للدعوى إلا أن الفكرة بقيت مسيطرة إلى حد الآن وانتقلت إلى بعض الشariع مثل القانون اللبناني⁽³⁾.

(1) Arret. civil, 12 mai 1914, S. 1. 41.

(2) Aubry et Rau.

(3) خليل جريج: النظرية العامة للموجبات، الجزء الأول 1988، ص 410 وما بعد.

لا يقوم الإثراء بدون سبب إلا إذا انعدم السبب. ولكن ما المقصود بالسبب في الإثراء؟ وذلك هو الإشكال، حيث إن غموض فكرة السبب في هذه المؤسسة هو الذي جعلها تتصف بشيء من التعقيد وربما بشيء من الضبابية.

فقد يحيينا الموضوع إلى سبب التصرف القانوني أو إلى أسباب كسب الملكية بحسب إن كان سبب الإثراء تصرفًا أو واقعة. وبذلك قالت المدرسة الألمانية حيث يرجع إلى طبيعة سبب الإثراء بحسب إن كان تصرفًا أو واقعة وتعتمد أحکام النظرية العامة للالتزامات والنظرية العامة في الأموال لتحديد معنى السبب في الإثراء.

أما المدرسة الفرنسية فلم تأخذ باتجاه واحد في ذلك وتعددت النظريات والأفكار، فمنهم من قال بالسبب الأدبي وهو الاسترداد إلى معنى العدل في ضبط معنى الإثراء، والواضح أن هذا السبب يتسع إلى عدة حالات وقد لا يقف عند قاعدة أو حد وهو معيار واسع لا يصلح أن يكون سببا في الإثراء. ومنهم من قال بالسبب الاقتصادي وهو العرض أي المقابل الذي دفعه المشتري. وهو معيار ضيق لا يصلح للإحاطة بمعنى السبب في الإثراء.

والحقيقة أن السبب في هذه النظرية، وهو متنه الفول والتبيّق فقهها وقضاءها، هو أن يكون إما الاتفاق أو القانون. فكلما توفر الاتفاق أي إرادة الأطراف كستد في إثراء المثري إلا وتوفر السبب وتعذر الاسترداد. فلا يمكن للبائع أن يسترد المبيع وقد قبض الثمن، ولا يمكن للمالك طرد المسترتوغ وقد قبض معين الكراء. ويكون التصرف سببا في الإثراء في علاقة المفتر بالمشتري كما يمكن أن يكون سببا في علاقة المشتري بالغير دون المفتر. ويحتمل في جميع ذلك إلى العقد، فكلما توفر في بنوده ما يبرر إثراء المالك إلا وتعذر الاسترداد، كما في صورة أن يقع المستأجر ما أحدهه بال محل لفائدة المالك تفيذاً للمقتضيات العقد، فلا يمكن للغير أن يسترد هذه الأحداث أو قيمتها ولو كان الغير هو من قام بتصنيعها أو ببنائها أو غيره وهو المفتر وقد توفر السبب. فقط إذا لم ينص العقد على حق المالك في الإحداثيات حيثذاً يجوز للغير استردادها في مواجهة المالك في غياب السبب. بل ويمكن أن يكون العقد بين المفتر والغير دون المشتري كما في صورة شركة المحاسبة فلا يمكن للغير المتعاقد مع أحد الشركاء في شركة المحاسبة أن يرجع على بقية الشركاء.

وكلما توفر القانون الذي يجيز الإثراء إلا وكان ذلك سببا صحيحاً يمنع الاسترداد. وقد قيل فقهها وقضاؤها إن قوة انتقال القضاء والتقاضي والعمل غير المشروع والكسب الحق بما اشترط المشرع من تزميم أو إعلام أو إشهار بعد من قبيل الأسباب القانونية

306 م. اع على ذلك⁽¹⁾. وإذا تعدد المفتقر كما في حالة الاشتراك في الشيوع يجوز لكل مفتقر أن يطالب بمنابه.

أما المدعى عليه فهو المثري، فإذا كان قاصراً ينوبه وليه وإذا كان محجوراً عليه ينوبه المقدم. وإذا توفي المثري، وهو المدين في الدعوى، لا تنتقل التركة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين إلى المفتقر، والقاعدة أن حقوق الدائنين تقدم على حقوق الورثة ولا تنتقل التركة إلى الورثة في أصولها الإيجابية، فترجح الدعوى على الورثة ويقتضي المفتقر في الحق على الورثة فلا يعارض بانتقال التركة. وإذا أحيل الدين إلى الغير، وفي الحالات التي يجوز فيها إحالة الدين، حل محله كمدعي عليه في الدعوى. وإذا كان المثري أكثر من واحد وجّهت الدعوى على كل واحد منهم في حدود منابه.

الفقرة الثالثة: سبب دعوى الإثراء بدون سبب

تختلف دعوى الإثراء عن الفضاله وعن الدفع غير المستحق، فالذى يطلب المدعى في دعوى الفضاله هو استرجاع ما أنفقه خطأ لحفظ مال الغير، والذي يطلب المدعى في دعوى الدفع غير المستحق هو مقدار ما دفعه بدون حق، والذي يطلب المفتقر في إطار دعوى الإثراء بدون سبب هو الفارق بين مقداري الافتقار والإثراء، ولكن دعوى سببها، فسبب دعوى الفضاله هو عمل القضولي الذي لم يعارضه صاحب العمل قصداً أو ضمانته، فلو أنه عارضه ما كان له أن يستند إلى الفضاله. وسبب الدفع غير المستحق هو الدفع ذاته الذي لم يستند إلى سبب وظن الدافع أنه ملزم بالدفع، فلو كان المدعى عالماً بعدم لزوم الدفع ما صنع له الاستناد إلى الدفع غير المستحق. وسبب دعوى الإثراء هو واقعة الإثراء ذاتها. وبذلك فإن الدعاوى الثلاثة تختلف من حيث طبيعة الأطراف والموضوع والسبب. فلكل دعوى عناصرها ومقوماتها. وبالرغم من أن تسبب الدعوى مفهوماً خاصاً في مجلة المرافعات المدنية التونسية⁽²⁾، إلا أنه لا شيء يمنع من إعادة

(1) الفصل 306 نفقة ثانية – وإذا لم يتيسر لاصحاب الديون الخلاص فيما لهم على المدين وكان له حقوق على الغير كان لهم عرض قضيتمهم على المحكمة وبعد إثبات حقوقهم يمكن لهم التحصيل على عقلة ما للمدين من الحقوق والديون التي على الغير والقيام بما تبعها من الحقوق والدعوى عدا الحقوق الخاصة بذلك كحقوق الأب على ولده وحق الانتفاع والسكنى والثقة والحقوق المترتبة له من جنحة أو شبهها وقنا على الذات وبصفة عامه كل ما لا تنصح عقلته ولا إحالته وأما القيام بالفسخ بناء على عدم أهلية المدين أو صدرته فإن ذلك يعد من الدعاوى الشخصية على متن هذا الفصل وليس للذائنين القيام بها.

(2) لم يكن مفهوم سبب الدعوى محل اتفاق بين الفقهاء، فنفهم من يعرّفه بأنه السيد القانوني الذي تأسس عليه الطلبات، ومنهم من يختاره في التصرف أو الواقعية القانونية، ومنهم من يحصره في التلزوم الواقعية المتمسك بها لإثبات الحق، أي « العناصر المثبتة للحق المتازع فيه »، ويرى

على أن بعض التشريعات أرادت الخروج من هذا القيد ونصت صراحة على الطبيعة الأصلية لدعوى الإثراء مثل التشريع المصري⁽¹⁾. ومن أجل ذلك خيرت مجلة الالتزامات والعقود عدم الإشارة إلى الطبيعة الأصلية أو الاحتياطية للدعوى، ولا يمكن أن يفهم ذلك إلا توسيعاً للمدعى في تأسيس دعواه على سبب الإثراء أو غيره دون أن يعارض بالصيغة الاحتياطية لدعوى الإثراء. والمقصود بالاحتياط هو أن دعوى الإثراء لا تمارس إلا إذا فقد المدعى أي سند آخر لتأسيس دعواه. وإذا قلنا بعدم الاحتياط بذلك يعني أن دعوى الإثراء تمارس حتى ولو كان للمدعى عدة سندات أخرى.

والحقيقة أن دعوى الإثراء إنما هي دعوى أصلية ذلك أن الطبيعة الاحتياطية لهذه الدعوى لا يعبر حقيقة عن كنه هذه الدعوى بل الأغلب أنها نتيجة معاينة واقعية للممارسة إذ الأقرب أن دعوى الإثراء لا تصح ليس بحكم طابعها الاحتياطي بل بسبب غياب شروطها من حيث الأصل بتوفّر السبب الحقيقي أو بسبب أن الدجوء إليها لا يضمن تعريفها عادلاً، فهي لا تفمن إلا المطالبة في حدود الفارق بين الافتقار والإثراء، كما في صورة اغتصاب الحق فال الأولى أن تؤسس الدعوى على العمل غير المشروع وليس على الإثراء بدون سبب لتوفر السبب. وكما في صورة دعوى الاستحقاق لردة العين، عقاراً كان أو مثولاً، وليس صحيح أن دعوى الاستحقاق تُجْبِ دعوى الإثراء كما يقول أصحاب نظرية الاحتياط بل لأن الإثراء لا يشمل العين بل يقتصر على العمل والنقد، كما سيأتي بيانه. وإذا توفر سبب ما فلا يصح في النهاية القول بالطبيعة الاحتياطية للإثراء إذ أن توفر السبب يمنع القيام بدعوى الإثراء أصلاً دون أن تبقى في مستوى الاحتياط.

الفقرة الثانية: أطراف دعوى الإثراء بدون سبب

طرف الدعوى هنا المفتقر من ناحية والمثري من ناحية أخرى. والمدعى هو المفتقر ويمكن أن ينوبه وكيله وإذا كان قاصراً ينوبه وليه وإذا كان محجوراً تابه مقدمه المعين طبق القانون. وإذا توفي المفتقر انتقل حقه إلى الورثة وإذا أحال المفتقر حقه في قائم حياته حل الغير محله في الدعوى. ويصح للذائنين المفتقر أن يرفع الدعوى على أساس الدعوى غير المباشرة إذ أن ما أوردهته مجلة الالتزامات والعقود بالفصل 306 من عدم إمكانية عقلة الحقوق المرتبة للمدين من جنحة أو شبهها وقنا على الذات في إطار الدعوى غير المباشرة لا يشمل ما للمدين من حق في مواجهة المثري أساسه الانتفاع من عمل المفتقر أو نقوذه وليس ضرراً شخصياً وقع على ذات المفتقر كما نص الفصل

(1) عبد الرزاق السنووري: المرجع السابق، المجلد الأول، ص 1755 وما بعده.

الدعوى، وما يبقى إلى تاريخ الحكم أو رفع الدعوى هو تقدير قيمة الافتقار، إذ أن حكم التعويض في جميع الصور يعد كافيا للحق ومتينا للدين⁽¹⁾، وبالتالي يكفي إثبات توفر مصدر الالتزام وهو الإثراء دون حاجة إلى إثبات بقائه إلى زمن رفع الدعوى⁽²⁾، والحججة على المفترض بجميع الوسائل طالما أن الموضوع له علاقة بوقائع قانونية.

الفقرة الخامسة: تقادم دعوى الإثراء بدون سبب

لتقادم أحكام عامة وأخرى خاصة. فالعام هو ما ورد بمجلة الالتزامات والعقود في باب سقوط الدعوى بمرور الزمن⁽³⁾، والخاص هو ما ورد في الأبواب الخاصة بالتصريف القانوني أو العمل القانوني، كما هي الصورة بالنسبة إلى الجنحة وشبه الجنحة حيث نص الفصل 115 م.أ.ع. على أنه «يسقط القيد بغرم الخسارة الناشئة عن جنحة أو شبهها بمضي ثلاثة أعوام وقت حصول العلم للمتضرر بالضرر ويفسح فيه وعلى كل حال تسقط الدعوى المذكورة بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت حصول الشرر».

وخاصة الإثراء بدون سبب، ويوجه عام شبه العقد، أنه لم تورد في شأنه مجلة الالتزامات والعقود حكما خاصا، وهو ما يفيد أن الأحكام العامة الواردة في باب التقادم تبقى متطبقة على تقادم دعوى الإثراء ولا يمكن بحال تطبيق القواعد الخاصة بالجنحة وشبه الجنحة. فالأجل هو خمس عشرة سنة ولا يبدأ سريان المدة إلا من تاريخ حصول الحق أي بداية من واقعة الإثراء في صورة الحال ولا يحسب اليوم الأول في العد وتم المدة بانقضاء آخر يوم منها وتبقى هذه المدة خاضعة لصور الرفع والانقطاع⁽⁴⁾. ولا يتعلّق التقادم بالإجراءات الأساسية بحيث لا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها. وإذا انقضت المدة تسقط الدعوى بمرور الزمن وببقى الحق متزوعا من طبيعته القهقرية أو الجبرية.

(1) أصل القاعدة في المدرسة الالاتينية أن يبقى الإثراء إلى تاريخ رفع الدعوى وعلى ذلك سار الفقه والقضاء يقرضا إلى تاريخ اليوم، حيث إن التعويض في الإثراء إنما هو الفارق بين الافتقار والإثراء ولا بد وبالتالي أن يبقى الإثراء إلى تاريخ الدعوى حتى يتحقق تقدير التعويض. ولكن بعض القوانين المقارنة خرجت عن هذه الحلول التقليدية ونصت صراحة على عدم اشتراط توفر الإثراء زمن رفع الدعوى مثل القانون السويسري والمصري. ولزالت مجلة الالتزامات والمقدمة التونسية الصمت

(2) يمكن أن يردد على هذا الاتجاه قول إن التعويض في الإثراء هو الفارق بين الافتقار والإثراء وهو ما يفترض بقاء الإثراء إلى يوم رفع الدعوى ولا يكفي بنشائه أول مرة.

(3) الفصول 384 إلى 413 م.أ.ع.

(4) الفصلان 391 و392 و397 و398 م.أ.ع.

على كملون: النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص. 244 وما بعده.

نشر قضية على أساس الإثراء إذا سبق رفض الدعوى على أساس الدفع غير المستحق أو الفضالة، ذلك أن الاختلاف بين هذه الدعاوى لا يقتصر على اختلاف في السبب فحسب بل يمتد إلى الموضوع والأطراف كما تقدم.

الفقرة الرابعة: إثبات دعوى الإثراء بدون سبب

على المدعى وهو المفترض أن يثبت الإثراء والافتقار وفيته. والسبب مفترض في كل الالتزام، وعلى من يدعى عدم وجوده إثبات ذلك، وبالتالي فعل المفترض إثبات انعدام السبب تطبيقا للنظرية العامة، غير أن هذا الإثبات هو إثبات لأمر سليم وهو ما يفترض قاعدة قلب عباء الإثبات على الطرف الآخر، أي على المثري أن يثبت أن لإثراءه سببا لردعوى المفترض.

ولا يشترط أن يبقى الإثراء إلى تاريخ رفع الدعوى أو صدور الحكم، بل يكفي إثبات توفره دون شرط بقائه إلى يوم رفع الدعوى، فالعبرة بوجوده وليس بقائه إلى يوم رفع الدعوى حيث إن الإثراء هو مصدر الالتزام المعنول على المثري، وطالما ثبت فلا حاجة إلى أن يبقى إلى تاريخ رفع الدعوى أو صدور الحكم، وهذا شأن جميع مصادر الالتزامات، فمتى ثبت المدعى توفر المصدر في لحظة معينة فلا حاجة إلى أن يبقى إلى تاريخ الحادث، فإذا وقع الحادث في فترة معينة فلا حاجة إلى أن يستمر إلى تاريخ رفع

الأستاذ الشهوري أن سبب دعوى التعويض مهما توزعت هو إخلال المدعى عليه بمصلحة مشروعة للدعى⁽⁵⁾ عبد الرزاق الشهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ص 932.

أول ما يطرحه مفهوم السب هو التساؤل عن إمكانية المتضرر في تغيير سبب الدعوى، كان يستند في البداية إلى خطأ شخصي، ثم إلى خطأ عن فعل الشيء في طور الاستئناف، أو أن يكتفى بالخطأ المثبت في البداية، والخطأ المفترض في طور الاستئناف؟ وهل أن المحكمة بإمكانها تغيير السب المستند إليه من طرف المدعى؟

لقد درج الفقه وفقه القضاء، رغم بعض المواقف المناقضة، على اعتبار أن سبب دعوى التعويض هو الواقع المادي الذي يجب أن يزيدها المتضرر، ولا يرمي أصلا على إدراجه ضمن القانوني، وعلى فرض أنه استند إلى نص قانوني دون آخر، فلا شيء يمنع القاضي من تكيف الواقع وتطبيق النص القانوني السليم، حيث إن المتفق عليه القانونية الصرف، وخاصة ما يتعلّق بعنصر التكيف فهو من مسلمات عمل المحكمة.

ورغم النقاشات التي عرفتها هذه المسألة أمام محكمة التعقب، فالحال واضح حسب ما يجدون من قراءة الفصل 148 م.م.ت الذي نص على أنه يمكن تغيير السب المبني عليه المطلب إذا كان موضوع الطلب الأصلي باقيا على حالته بدون تغيير وكان السب الجديد غير قائم على وقائع جديدة لم يقع طرحها لدى محكمة الترقية الأولى وكذلك يمكن الاحتجاج بوسائل جديدة لدى الاستئناف، ويفهم من ذلك أن المشرع التونسي اعتمد مفهوم الواقع كمعيار لتحديد سبب الدعوى، ولا يعود التمسك بالخطأ المثبت أو الخطأ المفترض أو التصريح أو التصريح، أن يكون إلا من قبيل الوسائل التي يجوز التمسك بها خلال الطور الابتدائي أو الاستئنافي.

النقطة السادسة: الحكم في دعوى الإثراء بدون سبب

حكم التعويض الصادر في دعوى الإثراء مثل أحكام التعويض على وجه الإجمال يعتبر كائناً للحق ومنشأ للدين.

فهو كاشف للحق بمعنى أن حق المفتر تقرره واقعة الإثراء، وهو مصدر الالتزام، وليس صدور الحكم فالحق موجود بمصدره⁽¹⁾. فلصاحب الحق من نشأة الحق إحالة حقه أو إجراء الأعمال التحفظية في شأنه وإذا توفي المفتر يمزح الحق إلى ورثته قبل رفع الدعوى إذا لم يكن للمفتر داثن. ويجوز لدائن المفتر أن يجري تحت أيدي المثري العقل التحفظية اللاحزة وإذا أفلس المثري كان المفتر من الداثنين وإذا أفلس المفتر دخل ماله بما في ذلك الإثراء في الأموال المخصصة لدانتيه، ويجوز للمفتر أن ينذر المثري بدفع غرامة تأخير إذا لم يوفه حقه من تاريخ إنذاره، ولو قبل رفع الدعوى، والفرق واضح بين غرامات التأخير والفوائد إذ أن الفوائد لا يسري أو لا يصح إلا في المبالغ المالية المحددة على معنى الفصل 278 م.أ.ع. حيث يتحدث هذا الفصل عن «المقدار المالي المعين».

على أن حكم التعويض منشأ للدين، فلا يصبح الحق مقوماً ومقدراً إلا من تاريخ الحكم، والعبرة بقيمة الأفتقار في زمن الحكم وليس في زمن بداية مصدر الحق، على خلاف الإثراء الذي لا يتشرط بقاؤه إلى حد صدور الحكم ويكتفى أن يكون مينا في زمن نشأة الحق. وإذا أصبح الحق معيناً المقدار يمكن أن تشمله الفوائد بعد الإنذار ولا يسقط هذا الحق بطبيعة الحال إلا بعد انتفاء تاريخ العمل بالحكم وهو 20 سنة على معنى الفصل 257 م.م.ت. ويجوز على أساسه التنفيذ الجيري على معنى القواعد العامة في التنفيذ⁽²⁾. كما يجوز لدائن المفتر تنبيه هذا المال بجميع الوسائل التنفيذية. وما يقتضي به في دعوى الإثراء من دين، أي الدين المنشأ، هو الفارق بين قيمتي الأفتقار والإثراء ولذلك نص الفصل 22 م.أ.ع. على أنه «من اتفع عن جهل بعمل غيره أو بشيء من ماله بلا وجه يصح ذلك فعله العوض لصاحب بقدر ما اتفع به». ولا يشمل

(1) تميز عادة في درجات الحق بين الحق الموجود والحق الثابت والحق المعتبر والحق المستحق والحق المستنقع، فالحق يوجد بتاريخ مصدره ويمر إلى النهاية العالية بذلك التاريخ، والحق الثابت هو الحق غير المستائع فيه، والحق المعتبر هو الحق الذي عين بقدرته والحق المستحق هو الحق الذي يمكن التنفيذ به الذي أمكن تقادره جبراً بعدما أصبح مستحقاً. على كحلوان: قانون التأمينات وطرق استخلاص التبؤن العامة والخاصة، المرجع السابق، ص. 27 وما بعده.

وكذلك على كحلوان: طرق التنفيذ، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص، ص. 53.

(2) على كحلوان: قانون التأمينات وطرق استخلاص التبؤن العامة والخاصة، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2011.

هذا الإثراء إلا العمل أو شيئاً من المال فلا يشمل عيناً محددة سواء كان عقاراً أو متغولاً إذ أن المطالبة بالعين المحددة لا يجوز في إطار دعوى الإثراء طالما أنه يمكن ردتها بواسطة الدعوى الاستحقاقية. ولذلك نص الفصل 22 م.أ.ع في بدايته صراحة على صورتي الافتتاح بالعمل والمال فقط ولم يشر إلى العين أي العقار أو المتغول.

فإذا كان الإثراء تقدماً كذلك قيمة الإثراء كما في صورة إذا دفع المفتر ديناً فيصيغ للمفتر أن يرفع الدعوى في مواجهة المدين الحقيقي الذي كان عليه أن يدفع الدين ذاته، فقد أثيرى بقيمة الدين. وإذا كان الإثراء عملاً، وقد يتمثل في خدمة قدمها المفتر أو تحسينات قام بها أو منفعة تحصل عليها المثري، فتصرف قيمة الإثراء إلى القيمة المقدرة لهذه التحسينات والخدمات.

ويقدّر الإثراء يوم حصوله وليس يوم رفع الدعوى أو صدور الحكم إذ لا يتشرط بقاء الإثراء على حالته إلى يوم صدور الحكم في الأصل. ولا فرق بين حسن النية وسوءها في تقدير الإثراء. غير أن بعض التعيينات القانونية للإثراء، كما في صورة البناء بأرض الغير على معنى الفصل 36 م.ح.ع⁽¹⁾ أو البناء بالمشترك على معنى الفصل 62 م.ح.ع⁽²⁾، أو المطالبة بقيمة ما زاد في المترمول على معنى الفصلين 54 و 55 م.أ.ع⁽³⁾، وفي غير ذلك من الحالات، ذهبت صراحة إلى التمييز بين حسن النية وسوء النية في تقدير قيمة الرد.

(1) نص الفصل 36 م.ح.ع على ما يلي: «إذا أحدث شخص بأرض غيره وبدون رضاه بناءات ومبروزات ومتناشدات مستعملة لذلك مواد خاصة به فالمالك مخير بين إبقاء تلك الأشياء بأرضه وبين الزام محdetها بإزالتها».

فإن طلب صاحب الأرض إزالة الأشياء تكون مصاريف إزالتها على محdetها ولا حق له في أي تعويض على أنه يضمن لصاحب الأرض ما عسى أن يلحقه من ضرر.

وإن طلب صاحب الأرض إبقاء تلك الأشياء بإزالة ما ترجع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة بدون العات.

لما قد يحصل من الزيادة في قيمة الرقة بسبب تلك الإحداثيات.

وإذا كانت البناءات والمبروزات والمتناشدات محدثة من طرف شخص رفت يده عن الأرض وكان حائزها بشبهة فلا يحق للمالك أن يطلب إزالة ما ذكر وإنما له الخيار بين ترجيع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة وبين دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك الإحداثيات⁽⁴⁾.

(2) نص الفصل 62 م.ح.ع على ما يلي: «ليس لأحد الشركاء أن يحدث شيئاً في المشترك إلا برضي الباقين صراحة أو دلالة فإن خالف تطبيق القراءتين التالية:

1- إذا كان المشترك قابلاً للقصضة يقسم فإن لم يقع المحdet في مثاب من أحدهته خير الشريكين بين الزام شريكيه بإزالة ما أحدهته على ثقته هذا الأخير مع غرم الضرر إن اتفقاً الحال وبين آداء ثمن المواد وأجرة اليد العاملة بدون العات.

2- وإذا كان المشترك غير قابل للقصضة فلباقي الشركاء نفس الخيار فإذا اختلفوا آداء ثمن المواد وأجرة اليد العاملة فإن كل منهم يدفع قدر نصيبه في المشترك وإذا اختلف بقيمة الشركاء فالقول لأغلبية الجميع على أساس قيمة الأنصباء⁽⁵⁾.

(3) الفصلان 54 و 55 م.ح.ع

الفصل 54 «يجوز لمالك المترمول أو السيد للعامل إذا قتله أو سرق منه أن يسترد منه بكون حائزه».

الفصل الثاني:

دفع ما لا يجب دفعه أو الدفع غير المستحق

الدفع غير المستحق ليس إلا صورة خاصة للإثراء بدون سبب في نهاية الأمر، فإذا دفع الشخص ديناً معتقداً أنه ملزم بدفعه ثمَّ تبين له العكس، كان من الممكن لهذا المفترق أن يسترد حقه في مواجهة المدين الحقيقي الذي كان عليه الدفع على أساس الإثراء بدون سبب ولكنه من الممكن أن يطالب بالرُّد في مواجهة من دفع له مباشرة بناءً على أحكام دعوى الدفع غير المستحق لغياب سبب الدفع.

وقد تعدد صور انعدام سبب الاداء، فقد يكون السبب منعدماً منذ البداية أو أنه تواجد في البداية ثمَّ زال. فإذا انعدم السبب منذ البداية فذلك يعني أنَّ الدافع دفع الدين غلطاً منه أي أنه كان يتوفَّه التزامه بالدفع، وإذا زال السبب فذلك يعني أنَّ الالتزام كان قائماً على سبب ثمَّ زال وقد يزول لعدة أسباب يمكن ضبطها في تتحقق الشرط الفاسد أو فسخ التصرف أو إبطاله، وفي جميع الحالات في انعدام السبب ينعدم التصرف بسبب الالتزام ولا يبقى إلا واقعة الإثراء وهي سبب المطالبة بالرُّد. ولذلك كان الدفع غير المستحق مجرد نوع من الإثراء بدون سبب.

ولكنَّ الدفع غير المستحق مع ذلك يتميَّز عن الإثراء بدون سبب بحكم تميُّز صور الدفع غير المستحق وتميُّز موجبات الدعوى التي من الممكن للدائنين رفعها، شروطها وأثارها، وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود الفصول 71 إلى 81 للحديث عن الدفع غير المستحق بعدم أفردت الفصل 72 للحديث عن الإثراء بدون سبب. والقاعدة الهامة في جميع ذلك هو أنَّ المدعى في الدفع غير المستحق يطالب برُّد كامل المبلغ الذي دفعه وليس مجرد الفارق بين الافتقار والإثراء كما هو الحال في الإثراء بدون سبب، كما أنه إذا وقع دفع عين معينة أو محلَّدة فإنه يصح استردادها بعينها أو قيمتها بحسب الظروف وتوجه الدعوى ضدَّ من دفع له الدافع وليس ضدَّ المدين الأصلي الذي أثري من الدفع على خلاف دعوى الإثراء بدون سبب. ولا يقوم الدفع غير المستحق على غياب السبب كما هو الحال في الإثراء بدون سبب، بل يقوم بالأساس على فكرة زوال السبب بمعنى اندثاره وغيابه من بعد كماله، فيتوفر السبب الملحق للدفع ولكنه سرعان ما ينذر في زعن الدفع أو بعده لإبطال أو فسخ وغير ذلك من الصور، فيزول السبب.

ويذلك فإنَّ تميُّز الدفع غير المستحق يعاين حقيقة على مستوى تعدد صور الدفع غير المستحق (المبحث الأول) وعلى مستوى دعوى الدفع غير المستحق (المبحث الثاني).

ويقدر الافتقار عملاً أو نقداً بمثل ما تقرر في تقدير الإثراء، والفارق الأهماسي هو أنَّ يقدر الافتقار بتاريخ الحكم وليس بتاريخ وقوعه أول مرة، حيث إنَّ دعوى الافتقار ليست إلا دعوى تعويض في نهاية الأمر، حكمها حكم التعويض، وهو أنَّ الحكم يكون منشأ للدين كما تقدم.

وما يستحق المدعى في الدعوى في نهاية الأمر هو ذلك الفارق بين قيمة الافتقار والإثراء بعد تغيره كما يجب، ويجوز بطبيعة الحال للمحكمة أن تستعين بالخبرة الفنية في تعينه عند الاقضاء.

ويجوز الطعن في هذا الحكم بطرق الطعن العادي استئنافاً وتعقيباً مثل بقية الأحكام، وتبقى مقررات محكمة الموضوع خاضعة لمراقبة محكمة التعييب في كلِّ ما يدخل في معنى العناصر القانونية وبالخصوص ما يدخل في معنى تكيف الواقع توصلاً لتحديد الإثراء والافتقار وانعدام السبب.

وإذا كان المحائز جسن النية وقت حوزه قد دعوى الاسترداد سقط بمرور ثلاث سنوات من وقت القباع أو السرقة.

وإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الشائع في حوزه قد أشراه بحسن نية في سوق أو مزاد على أو اشتراه من ينجز في مثله فإنَّ له أنْ يطلب من استرد هذا الشيء، أنْ يؤدي له الثمن الذي دفعه.

الفصل 55 للحائز ولو كان غاصباً إذا فعل بالمتقول ما غير حاله وزاد في قيمته زيادة معتبرة بالنسبة لجواهره جسن الشيء على أنْ يترمَّ قيمته المادية الأصلية مع مبلغ يوكِّل تقديره لاجتهد المحكمة وعلى المحكمة والحالة هاته أنْ تعتبر ما تصاحبه الأولى من المصالح المعتبرة ولو كانت معنوية وللمستحق الخيار في استرداد الشيء على الحالة التي صار عليها بعد العمل بشرط أنْ يؤدي للمحائز ما زاد في القيمة بعمله ويندم في الصورتين على بقية الدائنين».

المبحث الأول: صور الدفع غير المستحق

يشخّص معنى الدفع أو الوفاء أو الأداء على معنى الدفع غير المستحق مفهوماً واسعاً على خلاف الإلزام دون سبب، فهو ينصرف إلى دفع مبلغ مالي أو غير معينة، عقاراً أو مثولاً، وبتعادل الأداء المنصوص عليه بالفصل المشار إليها في الدفع غير المستحق «إعطاء شيء مقابله أو إعطاء توثيق فيه أو إعطاء رسم اعتراف به أو حجة أخرى تقتضي إثبات وجود الالتزام أو الإلزام منه»⁽¹⁾، أي أن الدفع يمكن أن يكون نقداً أو عيناً أو ما يقوم مقامهما أو ما يقوم حجّة على إثباتهما.

ورجوعاً إلى أحكام الفصول 71 وما بعدهم، يمكن أن يُصنّف هذا الدفع على تعدد تعريفاته في صورتين:

-**الصورة الأولى:** إما أن يكون الدفع غير مستحق منذ البداية، أي أن الدفع لم يكن مستحقاً في تاريخ الوفاء، وهي صورة انعدام استحقاق الدفع، وترد إلى الغلط في النفع (الفقرة الأولى).

-**الصورة الثانية:** أو أن الدين كان مستحقاً يوم الوفاء ثم أصبح غير مستحق بعد ذلك (الفقرة الثانية)، وهي صورة زوال استحقاق الدفع، وترد إلى حالة تحقق الشرط الفاسد أو الفسخ أو الإبطال⁽²⁾.

الفقرة الأولى: انعدام استحقاق الدفع، صورة الغلط في الدفع

قد يقع النفع نتيجة الغلط، وهو توهم الدفع على أنه ملزم بالدفع والحال أنه غير ملزم بذلك، ويستوي الأمر إن كان الغلط في الواقع أو في القانون. وترادف هذه الصورة مع حالة انعدام استحقاق الدفع بمعنى أن الدين غير مستحق منذ البداية ومع ذلك يبادر الدفع إلى الدفع ظناً منه أنه ملزم بالدفع، ولذلك نص الفصل 73 م.أ.ع على أنه «من دفع ما ليس عليه ظناً منه أنه مدين لجهل كان به من حيث الحقوق أو من حيثحقيقة الأمر...»، بمعنى أن الدفع في الدفع غير المستحق يقوم في الأساس على غلط في الواقع أو في القانون.

ويتوفّر الغلط في عدة صور، فقد يكون الدين في الدّعوى غير ملزم بالدفع يوم الوفاء أي أن الدين غير موجود أساساً، ومع ذلك وقع الدفع. وقد يننظر إلى الصورة من ناحية

(1) الفصل 79 م.أ.ع.

(2) تتوّزع قوّة الدين بين الوجود إلى غاية التنفيذ البحري، فيكون إما موجوداً أو غير ذلك، ثابتًا أو متنازع في، مفترأ أو غير مقدر، مستحقاً أو غير مستحق، قابل للتنفيذ أو خلافه. وبالتالي فإن الدين غير المستحق هو دين موجود وقد يكون مفترأ أو غيره، ولكن لا يمكن المطالبة به. ويمكن أن يكون الدين غير المستحق كذلك غير موجود بالأساس منذ البداية، أي لا يترافق أي سبب لظهوره.

الداع أو من ناحية المدفوع له، فقد نص الفصل 71 م.أ.ع على أنه «من اتصل بشيء أو غير ذلك من الأموال مما هو لغيره أو صار ذلك في قبضته بلا سبب موجب لاكتسابه قعليه رده لصاحبها»، وذلك يعني أن المدفوع له تسلّم الشيء في حق من يجب أن يتسلّم بدون حق، كما في صورة أن يتسلّم شخص مبلغ مالياً من الداع والحال أنه ليس بدان. كما نص الفصل 73 م.أ.ع. على أنه «من دفع ما ليس عليه ظناً منه أنه مدين لجهل كان به من حيث الحقوق أو من حيث حقيقة الأمر له أن يسترجع ما أداه من اتصل به...»، وذلك يعني أن الداع غير ملزم بالوفاء بل أذى في حق من يجب عليه الأداء دون سند. والأمثلة في ذلك كثيرة، كما في صورة أن يدفع الوارث ديناً في حق المورث لا أصل له.

ويلحّن بذلك دفع الدين المتعلق على شرط واقف، فالدفع قبل تحقق الشرط هو دفع غير مستحق، حيث إن الحق المتعلق على شرط واقف هو حق موجود غير مكتمل، وقد يقع الدفع قبل تتحقق الشرط غالباً من الداع. ورغم أن الحق المتعلق على أجل واقف هو حق موجود غير نافذ فقد نص الفصل 146 م.أ.ع صراحة على أنه «لا يسوغ المدين استرداد الدين المدفوع منه قبل حلول أجله ولو جهل عند الدفع وجود الأجل»⁽¹⁾.

وتعم الالتزامات المنقضية في نفس حكم الحقوق المتعلقة على شرط واقف، فإذا وقع النفع غالباً والحال أن الالتزام انقضى لسبب من الأسباب العامة في الانقضاض بالوفاء أو ما يقوم مقامه (المقاضاة والتتجدد واتحاد الذمة) أو بدون وفاء (الاستحالة والتازل)، فإنه يصح طلب الاسترداد للدفع غير مستحق باستثناء حالة التقادم وهي صورة من صور انقضاض الالتزامات بدون وفاء فلا يقوم فيها الاسترداد وتأخذ حكم الالتزامات الطبيعية على معنى الفصل 78 م.أ.ع حيث إنه «لا يسوغ استرداد مع وقع دفعه وفاء بدین سقط بطول المدة أو بأمر مستحسن ليس بواجب إذا كان الداعم من يملك التقويم مجاناً ولو دفع ظناً منه أنه يلزمه الأداء أو جهلاً بسقوط الدين».

فهي جميع هذه الصور: انعدام الدين أصلًا أو تعلقه على شرط واقف أو توفر السبب في انقضائه يكون الدين غير مستحق من الأساس أي لا تقوم الحاجة القانونية في فرض

(1) ويدرك أن هذا الحل هو المعتمد بالقانون الفرنسي وعلى ذلك نقل إلى مجلة الالتزامات والعقود، وروي أن في هذا الحل شططاً وتدليلاً منطق العدالة فلم يأخذ به المشروع الفرنسي الإيطالي الذي تحول إمكانية الرد في حالة الدفع قبل الأجل من جهل والزم الدائن برأه قيمة ما مستفاد منه بسبب تحجّيل الوفاء عن غلط، كما في صورة أن يستجعل مقاول التنفيذ ظناً منه أن الأجل قد انقضى فتكبد بعض المصارييف الإضافية بدون حق وهو من قبل الآراء بذلك ما يجب ردّه. وقد أحذر القانون المصري بهذا الحال، على خلاف القانون اللبناني الذي تمسّك بنفس الحل المعتمد بمجلة الالتزامات التونسية بتغيير من القانون التونسي.

عبد الرزاق السنهوري: *المجلد الأول، المراجع السابق، ص 1218*.
خليل جريج: *المجلد الأول، المراجع السابق، ص 428*.

الفقرة الثانية، زوال استحقاق الدفع، صورة عدم تحقق السبب المستقبلي أو تتحقق الشرط الفاسخ أو الفسخ أو الإبطال

فإذا وقع الدافع في غلط أو أكراه على النفع أو وفع الدفع من قاصر فهو دفع غير مستحق منذ البداية في غياب طبيعة الدين المستحق، أما إذا كان الدين مستحقاً فعلاً ووفى الذائن ما عليه كان ذلك سبباً صحيحاً في الأداء ينقضي به الالتزام، كما في صورة الوفاء على أشياء مستقبلية أو على شرط فاسخ أو على تصرف موجود، ففي جميع هذه الصور يكون الالتزام موجوداً والأداء مستحق⁽¹⁾. ولكن إذا أمكن بعد ذلك إبطال التصرف أو فسخه أو تتحقق الشرط الفاسخ أو لم تتحقق الأشياء المستقبلية انقضى سبب الوفاء بطريقة رجعية ويمكن الحديث حينئذ عن انقضاء سبب الالتزام وبالتالي يكون الدفع غير مستحق، فكان الوفاء كان مستحقاً يوم الوفاء ثم أصبح غير مستحق بعد ذلك. لذلك نص الفصل 75 م.أ.ع. على أنه «يجوز استرداد ما وقع دفعه لسبب مستقبل لم يقع أو لسبب موجود قد زال».

ويستوي الأمر في هذه الصورة سواء كان الدافع عالماً أو غير عالماً بحقيقة الدفع، وبذلك كان إبطال التصرف عموماً بما في ذلك البطلان على أساس عدم تحقق الأشياء المستقبلية أو فسخه أو تتحقق الشرط الفاسخ من الصور التي تجعل الدفع غير مستحق، على أنه إذا كان الدافع عالماً بأن حصول السبب المستقبلي غير ممكن أي مستحلاً، ومن طبيعة التعاقد على أشياء مستقبلية أن يكون محقق الواقع على خلاف الشرط والاحتمال، أو منع الدافع حصول السبب المستقبلي بطريقة أو بأخرى، ما كان للداعم أن يسترده ما دفعه بالرغم من ذلك، لذلك نص الفصل 76 م.أ.ع. على أنه «لا يسترد ما دفع لسبب مستقبل لم يقع إذا كان الدافع عالماً بأن حصول ذلك غير ممكن أو منع حصوله».

المبحث الثاني: دعوى الدفع غير المستحق

إذا وقع الدفع غير المستحق قامت للداعم دعوى استحقاقية إذا كان المدفوع من الحقوق العينية عقاراً كان أو مقولاً وتقوم له كذلك دعوى شخصية في الدفع غير المستحق، وهذا ما يميز دعوى الدفع غير المستحق ودعوى الإثراء بدون سبب التي لا تشمل إلا ردة الفارق في حالة دفع مقدار مالي أو القيام بعمل معين فحسب.

والقاعدة أن كل ضرر توافقه الدعوى في طلب التعويض إن لم يتسع التنفيذ العيني، ولكل دعوى طبيعتها وأطرافها وطرق إثباتها وأسباب تقادمتها ووجه في حكمها أو

(1) لم تحدث عن الأجل الفاسخ لأن حلول الأجل في ذلك ليس له أثر رجعي على خلاف الشرط الفاسخ.

الدفع. فإذا كان الدافع يعلم بعدم الاستحقاق ومع ذلك دفع فلا يصح له الحق بعد ذلك في الرد، ولا يقوم الحق في الاسترداد إلا إذا ثبت الغلط، سواء كان غلطاً في الواقع أو في القانون. ولذلك نص الفصل 74 م.أ.ع على أنه «من دفع باختياره ما لا يلزم عالماً بذلك وليس له أن يسترجع ما دفعه».

على أن في ذلك عدة استثناءات بالنسبة إلى الالتزامات الطبيعية والقاصر والمكره وما يخالف النظام العام والأخلاق الحميدة، حيث يصح للقاصر والمكره أن يشتري ما دفع حتى ولو كانا عالمين بعدم الاستحقاق، فقد نص الفصل 10 م.أ.ع بالنسبة إلى القاصر على أنه «للولي أو المولى عليه بعد رشهه القيام بفسخ ما التزم به ولو مع استعماله للحيل القاضية بحمل المتعاقدين عليه اتفاقاً كونه رشيداً أو مأذوناً من وليه أو أنه تاجر، لكن هذا لا يمنع من بقاء المولى عليه عامر الذمة بقدر ما اتفق به من جراء العقد». حسب ما هو مقرر بهذا القانون. وبذلك فإن القاصر يأمك أنه الاسترداد حتى وإن كان عالماً بعدم استحقاق الدين على أن يبقى المولى عليه عامر الذمة بقدر ما اتفق به من جراء العقد كقاعدة عامة. كما أن المكره لا يخرج عليه في الدفع وقد أكره على الدفع، فلا حول له ولا قوة في عدم الدفع، وهو ما يقوم له سندًا في طلب الاسترداد. وعلى العكس من ذلك فإن مقتضى الالتزام الطبيعي أن لا يستردد الدفع ما دفع حتى ولو كان على غلط في الدفع، كما لو دفع بعد انقضاء الالتزام بالتقادم ظناً منه أنه ملزم بالدفع، ومهما كانت الصورة، وكقاعدة عامة يصح الاسترداد على معنى الفصل 77 م.أ.ع إذا وقع الدفع لسبب يخل بالقانون أو النظام العام أو الأخلاق الحميدة، أي أنه يصح الاسترداد الواقع على أساس سبب غير مشروع بصرف النظر عن شرط الغلط⁽¹⁾.

على أن ذلك لا يعني أن الدافع لا يسترجع ما دفع مطلقاً وقد علم بحقيقة الأمر بل إنه لا يمكن له أن يستردد ما دفعه على أساس الدفع غير المستحق ولكن رغمما عن ذلك يمكن أن يطالب بالاسترجاع على أساس أحكام الفضائل إذا لم يكن متبرعاً. كما أن الأداء قبل حلول الأجل أو تتحقق الشرط بعد دفعها مقبول بعد تحقق الشرط أو حلول الأجل.

(1) الواضح أن الفصل 77 م.أ.ع له علاقة بالواقع القانوني وبالتحديد بواقعة الدفع ولا ينظم التصرفات القانونية، فقد جاء بباب شبه العقود وهي في نهاية الأمر وقائع مشروعة، وبالتالي لا تعارض بين الفصل 77 م.أ.ع والفصل 547 م.أ.ع الذي وضع القاعدة العامة في رد سفي من سعي إلى نفس مات من جهة إذا أن هذه القاعدة لها علاقة بأثر بطلان التصرفات المازمة للمجانين.

والمحال على عليه هو المدفوع له الذي يمكن أن يكون رشيداً أو قاصراً. ويمكن أن يحصل الدفع للشخص نفسه أو وكيله أو مقدمه أو وليه وبعد الدفع قد حصل في هذه الصورة للأصل نفسه.

وعلى ذلك الأساس فالمحال في دعوى الاسترداد هو الطرف الذي له علاقة مباشرة مع المحال عليه بمعنى أن تكون واقعة الدفع سواء لغلط أو إبطال أو نسخ أو انقضاء قد حصلت بين أيدي المحال عليه أو من ينوبه مباشرة. ولذلك فإذا أراد أن يوجه المحال دعواه في مواجهة من أثرى من الدفع فلا يمكن أن يكون ذلك على أساس الدفع غير المستحق بل على أساس الإثراء بدون سبب، كما في صورة أن يدفع المحال مبلغاً من المال ظناً منه أنه المستحق وتبين أن الأمر غير ذلك وانتفع بواقعه الدفع غيره. فإذا وجهت الدعوى على من وقع الدفع بين يديه كان ذلك على أساس الدفع غير المستحق، وإذا وجهت الدعوى على الغير المنتفع بواقعه الدفع كان ذلك على أساس الإثراء بدون سبب.

الفقرة الثالثة: سبب دعوى الدفع غير المستحق

تحتختلف دعوى الإثراء عن الفضالة وعن الدفع غير المستحق، فالذى يطلب المحال في دعوى الفضالة هو استرجاع ما أنفقه خطأ لحفظ مال الغير، والذي يطلب المحال في دعوى الدفع غير المستحق هو مقدار ما دفعه بدون حق. والذي يطلب المفترض في إطار دعوى الإثراء بدون سبب هو الفارق بين مقداري الافتقار والإثراء. ولكن دعوى سبب دعوى الفضالة هو عمل القاضي الذي لم يعارضه صاحب العمل قصداً أو ضمناً، فلو أنه عارضه ما كان له أن يستند إلى الفضالة. وسبب الدفع غير المستحق هو الدفع ذاته الذي لم يستند إلى الدفع غير المستحق. ولو كان المحال دعوى الإثراء بعدم تزوم الدفع ما صبح له الاستناد إلى الدفع غير المستحق. وسبب دعوى الإثراء هو واقعة الإثراء ذاتها. وبذلك فإن الدعوى الثالثة تختلف من حيث طبيعة الأطراف والموضوع والسبب. فلكل دعوى عناصرها ومقوياتها. وبالرغم من أن سبب الدعوى مفهوماً خاصاً في مجلة المعرفات المدنية والتونسية⁽¹⁾، إلا أنه لا شيء يمنع من إعادة

(1) ميز أن أشرنا إلى المفهوم الخاص لسبب الدعوى بمجلة الإجراءات المدنية حيث لم يكن مفهوم سبب التحريك محل اتفاق بين الفقهاء، فمنهم من يعرّف بأنه الشدة القانوني الذي تأسس عليه الطلبات، ومنهم من يختزله في التصرف أو الواقعية القانونية، ومنهم من يحصره في الظروف الواقعية الممتلك بها لإثبات الحق، أي «العناصر المنشئة للحق المتنازع فيه»، ويرى البعض أنه «إخلال المدعى عليه بمصلحة مشروعه للمدعى»، وقد أخذت مجلة الإجراءات المفهوم الواسع.

وأول ما يطرّح مفهوم السبب هو التساؤل عن إمكانية المتضرر في تغيير سبب الدعوى، كأن يستند في البداية إلى خطأ شخصي، ثم إلى خطأ عن فعل الشيء في طور الاستئناف، أو أن يتسترك بالخطأ المثبت في البداية، والخطأ المفترض في طور الاستئناف؟ وهل أن المحكمة يامكانها تغير السبب المستند إليه

فصلها، وكذلك دعوى الدفع غير المستحق، فلها طبيعة معينة (الفقرة الأولى) وأطراف (الفقرة الثانية) وسبب مخصوص (الفقرة الثالثة) ونظام إثبات (الفقرة الرابعة) وتقادم (الفقرة الخامسة) وللمحكى الذي يصدر في النهاية له بعض من المخصوصية (الفقرة السادسة).

الفقرة الأولى: طبيعة دعوى الدفع غير المستحق

تبعد المطالبة بين غير مستحق قاعدة ترقى إلى معنى القواعد الطبيعية فلا أحد يقبل برة طلب استرداد ما دفع بدون حق، فهي من قبل القواعد الطبيعية التي يقبلها العقل ويجيزها دون عناء، فهي تعبر عن الطبيعة السليمة للإنسان وصيغة إنسانية تجتمع عليها جملة البشرية. لذلك كانت المطالبة بين غير مستحق قاعدة فقهية إسلامية مقبولة كما تقدم، وييفى الاختلاف في تحديد معنى عدم استحقاق الدين.

وتعتبر دعوى الدفع غير المستحق دعوى شخصية وليس دعوى عبئية وهي دعوى أصلية وليس دعوى احتياطية. فهي دعوى شخصية لأن المطالبة ترمي إلى إلزام المدفوع له برأه ما أحله فهي مجرد علاقة شخصية بين دائن ودين. وهي دعوى أصلية وليس احتياطية بمعنى أن لا يمنع ممارستها إذا توفر للدافع سند آخر في الطلب. فإذا دفع الدافع شيئاً معيناً للذات وطلب استرداده كان ذلك ممكناً بواسطة دعوى الدفع غير المستحق وممكناً كذلك بواسطة الدعوى الاستحقاقية، فلا يمكن أن يرد طلب المحال بدعوى إمكانية الاستناد إلى الدعوى الاستحقاقية، وذلك كانت دعوى الدفع غير المستحق دعوى أصلية وليس مجرد دعوى احتياطية، فإذا توفرت للدافع عدة أسس في الدعوى من الممكن الاستناد إلى مقتضيات دعوى الدفع غير المستحق أو غيرها من الدعوى إذا توفرت شروطها دون أن يعارض بمعنى الاحتياط.

الفقرة الثانية: أطراف دعوى الدفع غير المستحق

المحال في دعوى استرداد غير المستحق هو الدائن أي الذي سبق له الدفع بغير استحقاق. وقد يكون راشداً أو قاصراً أو محجوراً عليه. وقد يقع الدفع من الدائن أصلية أو بواسطة وكيل أوولي أو مقدم وما دفعه الوالي أو المقدم أو الوكيل إنما يكون في حق المحجور عليه أو الصغير أو الموكيل. وبالتالي يمكن أن ترفع الدعوى من الدائن نفسه أو من قبل وكيله أو وليه أو مقدمه أو الوصي. ويجوز لدائن الدائن بواسطة الداعي غير المباشرة أن يعيد المال إلى الضمان العام ويستأثر بالتنفيذ عليه نهاية⁽¹⁾.

(1) على كحلو: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 73 وما بعد.
ذلك قانون التأميات، المرجع السابق، ص 239 وما بعد.

ويجب، إضافة إلى ذلك، إثبات أن الدفع غير مستحق سواء لغيب السبب مطلقاً أو لزواله كما تقدم لبطلان أو فسخ أو انقضاء. ويمكن للطرف المقابل رد الداعي بإثبات أن الدفع كان مستحقاً.

على أنه لا يحمل مطلقاً على المدعى إثبات أنه وقع في غلط في دفعه لدين غير موجود من الأساس، فلا يحمل على المدعى إثبات اعتقاده بواجب الدفع، بل يفترض أن الدفع غير المستحق قد وقع على غلط، وعلى المدعى عليه إثبات أن المدعى كان عالماً بحقيقة العلاقة عند الدفع، حيث إنَّ من دفع باختياره ما لا يلزمه عالماً بذلك فليس له أن يسترجع ما دفعه. وبذلك تفوت المصلحة للمدعى عليه في إثبات علم المدعى بما لا يلزم حتى يتقصى من واجب الرد. وليس من قيمة في هذا الإثبات إذا كان الدافع من القصر أو أكراه على الدفع أو استند الدفع على سبب زال بعد أن تواجد، حيث إنَّ واجب الغلط لا يشترط إلا في صورة إذا لم يتبين الدفع على سبب منذ البداية وخارج صورتي القصر والإكراه، لذلك ما كان من الممكن الحديث عن أهمية رد الداعي بغير الغلط في مثل هذه الصور.

الفقرة الخامسة: تقادم دعوى الدفع غير المستحق

لم يورد المشرع أحکاماً خاصة بقادم دعوى الدفع غير المستحق بل تبقى الداعى خاضعة للأحكام العامة الواردة بالفصل 384 وما بعد م.أ.ع. وما أورده المشرع خاصة بالنسبة إلى الدفع غير المستحق هو ما جاء بالفصل 73 م.أ.ع قوله إنه «من دفع ما ليس عليه ظن أنه مدين لجهله كان به من حيث الحقوق أو من حيث حقيقة الأمر له أن يسترجع ما أداه من اتصل به لكن لا يلزم هذا بالرد إذا مرق وسم الدين أو أبطله أو سلم في توقيف الدين أو ترك القيام على المدين الحقيقي حتى سقط حقه بمرور المدة جهلاً منه بحقيقة الأمر فلم يبق للدافع والمحالة هذه إلا الرجوع على المدين الحقيقي»، والمفروض في هذه الصورة أن يقوم شخص غير ملزم بدفع الدين للداعى وبعد أن اطمأن المدفوع له للدفع مرق وسم الدين بمعنى أطلقه أو تجرد منه أو أبطله وتنازل عن توقيف الدين أي تنازل عن ضمانات الدين سواء كانت تأميات شخصية أو عينية ، فلا يمكن بعد ذلك للداعى في جملة هذه الصور أن يرفع دعواه ضد المدفوع له الذي اطمأن للدفع والمفروض في هذه الصورة أن يكون المدفوع له حسن النية كما يكون الدافع على غلط. كما لا يصح للداعى القيام ضد المدفوع له إذا سقط حق من وقع له الدفع بمرور الزمن في مواجهة المدين الحقيقي فلم يتب في هذه الصورة للداعى في الداعى صاحب الدفع إلا الرجوع على المدين الحقيقي أي ليس من دفع له فعلاً و مباشرة بل

نشر قضية على أساس الإثراء إذا سبق رفض الداعى على أساس الدفع غير المستحق أو الفضال، ذلك أن الاختلاف بين هذه الدعاوى لا يقتصر على اختلاف في السبب فحسب بل يمتد إلى الموضوع والأطراف كما تقدَّم.

على أن العلاقة بين الدفع غير المستحق والإثراء بدون سبب تبدو وطيدة إذ الأصل أن أساس الداعى في الرد غير المستحق يتمثل في واقعة الإثراء ذاتها بعد انقضاء أو بطلان أو فسخ التصرف لذلك كانت علاقة الدفع غير المستحق بالإثراء بدون سبب يوجه عام ولو أن البعض حاول رد استرجاع غير المستحق إلى غياب السبب بعلة أنَّ ما يبرر طلب الاسترداد هو غياب السبب المفضلي إلى بطلان التصرف، والحال أن طبيعة هذه الداعى لا تتلاءم مع فكرة غياب السبب، حيث إنه من الواجب التمييز بين حالتي سوء وحسن نية المدفوع له في الدفع غير المستحق توصله لضبط التزامات المدفوع له في حين أنَّ انعدام السبب المفضلي إلى الاسترداد لا يميز قانوناً بين ذلك، ولا يمكن القول كذلك بغير غياب السبب حتى في صورة إذا وقع الدفع للداعى الحقيقي من طرف شخص غير ملزم بالوفاء بالالتزام لفائدة، إذ أنَّ الدائن بتوصله بالحق توصل بحق مشروع مستند على سبب ويحوز للداعى الحقيقي أن يستخلص حقه من غير المدين الحقيقي ولا يمكن القول بالتالي بغير غياب السبب⁽¹⁾.

الفقرة الرابعة: إثبات دعوى الدفع غير المستحق

يقع الإثبات على المدعى مبدئياً، فعليه إثبات ركيبي الدفع وعدم الاستحقاق، والدفع أمر إيجابي يجوز إثباته بجميع الطرق حيث سواء كان الدفع لسبب غير موجود من الأصل أو وجد وزال فإنَّ الدفع واقعة قانونية في نهاية الأمر يجوز إثباتها بجميع الطرق.

من طرف المدعى؟
لقد درج الفقه وفقه القضاء، رغم بعض المواقف المناقضة، على اعتبار أنَّ سبب دعوى القوعيص هو الواقع العادي الذي يجب أن يرِزَّها المتضرر، ولا يرغم أصلاً على إدراج النص القانوني، وعلى فرض أنه استند إلى نفس قانوني دون آخر، فلا شيء يمنع القاضي من تكيف الواقع وتقييم النص القانوني التسليم، حيث إنَّ التقويمات القانونية الصرفة، وخاصة ما يتعلق بعنصر التكيف فهو من مشمولات عمل المحكمة.

ورغم التباشيرات التي عرفتها هذه المسألة أمام محكمة التعقيب، فالحل واضح حسب ما يبدو من قراءة الفصل 148 م.م.ت الذي نص على أنه يمكن تغيير السبب المبني عليه المطلب إذا كان موضوع الطلب الأصلي يافي على حاليه بدون تغيير وكان السبب الجديد غير قائم على وقائع جديدة لم يقع طرحها لدى محكمة الترجمة الأولى وكذلك يمكن الاحتجاج بوسائل جديدة لدى الاستئناف، وفهم من ذلك أنَّ المشرع التونسي اعتمد مفهوم الواقع كمعيار لتحديد سبب الداعى، ولا يعود الشك بوجود المثبت أو الخطأ المفترض أو الخطأ العقدي أو التصويري، أن يكون إلا من قبيل الوسائل التي

(1) خليل جريج: النظرية العامة للموجبات، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 421.

الفصل 81 م.أع على أنه « من اتصل بشيء بغير حق جهلا منه ثم باعه وهو على جهله فلا يلزم إلا رد ما قبضه من الثمن أو إحالة حقوقه التي على المشتري ». ⁽¹⁾

ويؤخذ من الفصلين أن حسن النية المقصود هو الجهل وعدم التعمد أي الجهل بحقيقة الدفع فالمدفع له يعتقد أن الدفع يجب أن يحصل لفائدة وهو المستحق الحقيقي فليس له نية أكل المال بالباطل والمعلوم أن حسن النية مفترض وليس للمدفوع له أن يثبت حسن نيته بل على من يدعى ذهابها إثبات خذلتها.

فيما كانت حالة حسن نية المدفوع له فلا يلزم إلا برد المقدار المالي الذي تسلمه دون زيادة ودون الأخذ بعين الاعتبار تغير قيمة الصرف أو مقدار التضخم وإذا كان ما تسلم من الأشياء المثلثة (قمح شعير...) فله رد شيء مثله أو قيمته. ولا يلزم بدفع القوائد إلا من تاريخ إنذاره وتقوم عريضة الداعي مقام الإنذار إذ أن المدفوع له أصبح سيء النية بإنذاره. وإذا كان ما تسلم من الأشياء القيمية أي العين المعينة بالذات عقاراً أو مقولاً وقد يدقق الشيء القيمي تحت يده إلى تاريخ رفع الداعوى أو أن يهلك ويتعيب بفعله أو بفعل القوة القاهرة أو أن ينفل ملكيته إلى الغير.

فيما يجيء الشيء على حاله يوم الاسترداد أرجع على حاله إلى المدعى وإذا تلف أو ضاع بفعله أو بتقصيره ألزم بالقيمة بتاريخ توصله به ولا يلزم إلا برد ما انتفع به من يوم القيام عليه بالدعوى إذا هلك بقوة قاهرة أو تلف بفعل الغير أو الدافع، وذلك ما يتيسر فهمه بتأويل عكسي لأحكام الفصل 80 م.أع. وإذا أحيل الشيء إلى الغير فلا يلزم المدفوع له بحسن نية برد إلا ما قبضه من الثمن أو أن يحيل إلى الدافع ما له من حق على المشتري. وإذا أحيل الشيء إلى الغير بدون عرض فلا شيء على المدفوع له، ولكن يجيء للداعى حق الطلب في مواجهة الغير ليس على أساس الدفع غير المستحق أو الإثارة بدون سبب ولكن على أساس الداعوى الاستحقاقية إذا لم يكتسب الغير الحق على أساس آخر مثل التقادم. أما بالنسبة إلى الشمار فلا يرجع المدفوع له إلا ما وجد منها من تاريخ رفع الداعوى. والحقيقة أن هذه الأحكام ليست إلا تطبيقاً للأحكام العامة الواردة بالفصل 44 م.ح.ع.⁽²⁾

أما المدفوع له فمن الممكن أن يتمسك بطلب المصارييف الضرورية وهي مصاريف الحفظ والاستغلال أي مصاريف الإداره بوجه عام⁽²⁾. أما المصارييف التكميلية بما في ذلك الإحداثيات الجديدة. فلها حكمها الخاص وهو الفصل 36 م.ح.ع بالنسبة إلى

(1) نص الفصل 44 م.ح.ع على بلي « من حاز مال غيره بشبهة فليس عليه أن يرد من الغلة إلا ما كان موجوداً منها وقت القيام عليه من مستحقها وما حصل له منها من ذلك التاريخ. وعلى مصروف الحفظ والاستغلال. والمحائز بشبهة هو المحائز بوجه لا يعلم عبيه ».

(2) علي كحلوان: القانون العقاري الخاص، المرجع السابق، ص 117 وما بعد.

من أثرى من الدفع ولكن ليس على أساس دعوى الدفع غير المستحق بل على أساس الإثارة بدون سبب، فقد أثرى الغير من واقعة الدفع. والواضح من جميع ذلك أن من دفع لا يستطيع أن يوجه دعواه ضد المدفوع له إذا فقد هذا الأخير ما له من مستندات أو تقادم حقه في مواجهة مدعيه الحقيقي شرط أن يكون المدفوع له حسن النية وما كان له أن يتخلص عن مستنداته إلا إذا كان بحسن نيته. فلا يجيء الدافع في هذه الصور إلا الرجوع على المدين الحقيقي على أساس الإثارة بدون سبب والأجل في ذلك هو الأجل العام أي 15 سنة من تاريخ واقعة الإثارة حيث إن المشرع لم يعتمد أجيلاً خاصاً كما هي الصورة بالنسبة إلى الجنحة وشبه الجنحة.

الفقرة السادسة: الحكم في دعوى الدفع غير المستحق

ما الذي يقضى به في دعوى الدفع غير المستحق؟ وتبدو الإجابة العامة واضحة بالفصلين 80 و 81 م.أع. (1) ولكن الصور الخاصة لها حكمها الخاص في ذلك (ب).

أ-الأحكام العامة الواردة بالفصلين 80 و 81 م.أع

نص الفصل 80 م.أع على أنه « من اكتسب مال غيره بلا وجه عليه ردء بعنه إن كان موجوداً أو ترجيع قيمته حين توصله به إذا تلف أو تعيب بفعله أو بتقصيره. فإن تعمد الاستيلاء على مال غيره ضمن التلف والتغيير ولو بأمر طارئ من وقت دخول ذلك في قبضته كما عليه أن يرد الغلة والزروائد والأرباح الحاصلة له من يوم اتصاله بذلك مع ما كان من حقه أن يحصل له لو أحسن الإداره. لكن إذا كان اتصاله بذلك عن جهل وعدم تعمد فليس عليه إلا رد ما انتفع به من يوم القيام عليه بالدعوى ». كما نص الفصل 81 م.أع على أنه « من اتصل بشيء بغير حق جهلا منه ثم باعه وهو على جهله فلا يلزم إلا رد ما قبضه من الثمن أو إحالة حقوقه التي على المشتري ». والواضح من ذلك أن المشرع، وخلافاً للإثارة بدون سبب في شكله العام، يميز بين صورتي حسن النية وسوءها في الحكم. فيختلف الحكم وما يمكن أن يقضي به باختلاف نية المدفوع له، حسن النية (1) أو سوء النية (2).

1- الحكم في صورة حسن نية المدفوع له

نص الفصل 80 م.أع على أنه « من اكتسب مال غيره بلا وجه عليه ردء بعنه إن كان موجوداً أو ترجيع قيمته حين توصله به إذا تلف أو تعيب بفعله أو بتقصيره.....». وإذا كان اتصاله بذلك عن جهل وعدم تعمد فليس عليه إلا رد ما انتفع به من يوم القيام عليه بالدعوى (وذلك بالنسبة إلى حالة القوة القاهرة والغلة والزروائد والأرباح). كما نص

فإذا كان الرد مبلغًا ماليًا وجب ردّه أصلًا ومقدار ما يوافق تغير سعر الصرف بتاريخ رفع الدعوى مع الفوائد. إذا كان شيئاً مثلياً وجدرًا مثله أو قيمةه وإذا كان شيئاً معيناً متقولاً أو عقاراً رده على حالة إذا وجد فإن تلف أو هلاك أو ضياع ضمن التلف والتغيير ولو بأمر طارئ أي لو هلك بالقوة القاهرة وذلك من وقت دخول ذلك في قبضته ويلزم في جميع الصور برد الغلة والزرواد والأرباح الحاصلة له من يوم اتصاله بالعقار أو المتقول وليس من تاريخ رفع الدعوى ويضاف إلى ذلك فوات الفرصة أي ما كان من حق الدافع أن يحصل له لو أحسن الإدارة. وإذا أحيل الشيء إلى الغير بعوض أو بدونه وجب ردّ قيمة ويمكن للدافع إذا بقي الشيء على حاله المطالبة باستحقاقه في مواجهة الغير. وليست هذه الصور إلا تطبيقاً للمبادئ العامة الواردة بالفصلين 42 و 43 م.ح.ع.⁽¹⁾

ويجوز للمدفوع له ولو كان شيء النية طلب مصاريف المحفظ أي مصاريف الإدارة العادلة ولو بالنسبة للمتقول ولو كان غاصباً إذا فعل به ما غير حاله وزاد في قيمة زيادة معتبرة بالنسبة لجوهره حبس الشيء على أن يغنم قيمة المادة الأصلية مع مبلغ يوكلي تقديره لاجتهد المحكمة وعلى المحكمة والمحالة هذه أن تعتبر ما لصاحب الأول من المصالح المعتبرة ولو كانت معنوية وللمستحق الخيار في استرداد الشيء على الحال التي صار عليها بعد العمل بشرط أن يؤدي للجائز ما زاد في القيمة بعمله ويقدم في الصورتين على بقية الدائرين⁽²⁾. وإذا أحدث شيء النية بأرض غيره ويبدون رضاه ببناءات ومغروبات ومتناشات مستعملًا لذلك مواد خاصة به ببقى الدافع وهو المالك للشيء مخيراً بين إبقاء تلك الأشياء بأرضه وبين إلزام محدثها بإزالتها. فإن طلب إزالة الأشياء تكون مصاريف إزالتها على محدثها ولا حق له في أي تعويض على أنه يضمن لصاحب الأرض ما عسى أن يلحقه من ضرر. وإن طلب صاحب الأرض إبقاء تلك الأشياء يلزم محدثها بذاته ترجيع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة بدون النفقات الرقة بسبب تلك الإحداثات⁽³⁾. وذلك بسبب سوء نيته.

(1) الفصل 42 م.ح.ع «على الغاصب أن يرد عن ما غاصبه مع جميع ما حصل عليه من الغلة والدخل أو ما كان يمكنه أن يحصل عليه لو أدار المقصوب بالوجه المعتمد وذلك منذ وضع يده على الشيء» وليس له إلا القيام بالمصاريف الازمة لحفظ الشيء واجتناب غلنته وعليه مصروف الردة.

(2) الفصل 43 م.ح.ع «الغاصب ضامن لما غاصب إذا تلف أو هلاك ولو بأمر طارئ أو قوة قاهرة وعليه أداء قيمة في تاريخ اتصاله به فإن كان من المثلثات رد بمقداره. وإن تعجب فقط ردة الفرق بين الحالتين وعليه كامل القيمة إن انعدم الفرع به نظر المأuler».

(2) الفصل 55 م.ح.ع.
(3) الفصل 36 م.ح.ع.

العقارات⁽¹⁾ والنصل 55 م.ح.ع بالنسبة إلى المنشآت⁽²⁾. فليس للدافع أن يطلب إزالة البناءات والمغروبات والمنشآت محدثة من طرف شخص رفعت يده عن الأرض وكان جائزًا بشبهة أي بحسن نية وإنما له الخيار بين ترجيع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة وبين دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك الإحداثات. وللحائز ولو كان غاصباً ومن باب أولى لو كان بحسن نية إذا فعل بالمتقول ما غير حاله وزاد في قيمة زيادة معتبرة بالنسبة لجوهره حبس الشيء على أن يغنم قيمة المادة الأصلية مع مبلغ يوكلي تقديره لاجتهد المحكمة وعلى المحكمة والمحالة هذه أن تعتبر ما لصاحب الأول من المصالح المعتبرة ولو كانت معنوية وللمستحق الخيار في استرداد المتقول على الحال التي صار عليها بعد العمل بشرط أن يؤدي للجائز ما زاد في القيمة بعمله.

2- الحكم في صورة سوء نية المدفوع له

نص الفصل 80 م.ح.ع على أنه «من اكتسب مال غيره بلا وجه عليه ردّه بعينه إن كان موجودًا أو ترجيع قيمته حين توصله به إذا تلف أو تيب بفعله أو بقصيره». فإن تعمد الاستيلاء على مال غيره ضمن التلف والتغيير ولو بأمر طارئ من وقت دخول ذلك في قبضته كما عليه أن يرد الغلة والزرواد والأرباح الحاصلة له من يوم اتصاله بذلك مع ما كان من حقه أن يحصل له لو أحسن الإدارة...».

ويكون المدفوع له شيء النية إذا أسلمه الشيء وهو حالم بعدم استحقاقه له والمحجة على المدعى في الدعوى. وقد استعمل الفصل 80 م.ح.ع. عباره تعمد الاستيلاء على الشيء. وقد يكون هذا الشيء مبلغًا من المال أو شيئاً مثلياً أو قيمياً.

(1) لنص 36 م.ح.ع. إذا أحدث شخص بأرض غيره ويبدون رضاه ببناءات ومغروبات ومتناشات مستعملًا لذلك مواد خاصة به فالمالك مخير بين إبقاء تلك الأشياء بأرضه وبين إلزام محدثها بإزالتها. فإن طلب صاحب الأرض إزالة الأشياء تكون مصاريف إزالتها على محدثها ولا حق له في أي تعويض على أنه يضمن لصاحب الأرض ما عسى أن يلحقه من ضرر. وإن طلب صاحب الأرض إبقاء تلك الأشياء يلزمه ترجيع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة بدون النفقات لما قد يحصل من الزيادة في قيمة الرقة بسبب تلك الإحداثات.

وإذا كانت البناءات والمغروبات والمنشآت محدثة من طرف شخص رفعت يده عن الأرض وكان جائزًا بشبهة فلا يحق للمالك أن يطلب إزالة ما ذكر وإنما له الخيار بين ترجيع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة وبين دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك الإحداثات⁽⁴⁾.

(2) نص الفصل 55 م.ح.ع للجائز ولو كان غاصباً إذا فعل بالمتقول ما غير حاله وزاد في قيمة زيادة معتبرة بالنسبة لجوهره حبس الشيء على أن يغنم قيمة المادة الأصلية مع مبلغ يوكلي تقديره لاجتهد المحكمة وعلى المحكمة والمحالة هذه أن تعتبر ما لصاحب الأول من المصالح المعتبرة ولو كانت معنوية وللمستحق الخيار في استرداد الشيء على الحال التي صار عليها بعد العمل بشرط أن يؤدي للجائز ما زاد في القيمة بعمله ويقدم في الصورتين على بقية الدائرين⁽⁵⁾.

بـ-الأحكام الخاصة

تجد صورة الدفع لناقص الأهلية حكماً خاصاً بسبب رغبة المشرع في حماية ناقص الأهلية وتکاد هذه الصورة تتکرر بأغلب التشريع، ولذلك نص الفصل 13 م.أ.ع. على أنه «إذا أتم الرشيد ما تلزم به للصغير أو القاصر فهما ملزومان بقدر ما انتفعا به من جراء ذلك والمنفعة المذكورة تعتبر حاصلة إذا أتفقا المال الذي أخذاه في مصاريف لازمة أو نافعة أو كان موجوداً عندهما». فليس من الممکن مطالبة القاصر وناقص الأهلية بوجه عام أي المぬجور عليه لضعف في العقل ولسفه إلا في حدود ما أثرى به، وتأخذ قاعدة الردة في هذه الصورة بـأحكام الإثراء بدون سبب، فإذا تسلم القاصر عيناً معدنة وهلكت أو ضاعت بدون خطء مثل القوة القاهرة فليس له رد قيمتها حتى ولو كان في الأصل مسيء النية لأنه لم يستفع بها وإذا أخذ مالاً وأنفقه في أمر نافع ألزم بالردة كما في صورة أن يقضى بإبطال القرض المستند إلى القاصر ويشتت نفعه منه فيقضي برد قيمته وليس له أن يعيد ما أنفق في المقامرة وفي جملة الأشياء غير النافعة، على أنه إذا كان القاصر مخططاً صورة أن يكون التلف أو ال�لاك بخطئه فيلزم بخطئه.

الفصل الثالث: الفضالة

الفضالة أن يتم شخص يدعى الفضولي *le gérant* عملاً مادياً أو تصرفًا لمصلحة ولفائدة صاحب العمل *le maître* اقتضت الضرورة دون أن يكون مأذوناً في ذلك، ومثال ذلك أن يقوم شخص بترميم حائط آيل للسقوط وصاحب غائب عن منزله. وقد عرف القانون الروماني عدّة تطبيقات للفضالة كما أن يتولى شخص المراقبة عن شخص آخر لم يحضر واعتبرت الفضالة بالقانون الفرنسي القديم أنها ضمن شبه العقود وجاءت كذلك بالجريدة المدنية ومنها انتقلت إلى مجلة الالتزامات والعقود التونسية سنة 1906، واعتبرت الفضالة بالفقه الإسلامي عملاً يقوم على التبرع⁽¹⁾. وللفضالة طبيعة مميزة *la gestion d'affaire* (المبحث الأول) ولا يمكن أن تحدث آثارها (المبحث الثالث) إلا إذا توفرت بداية شروطها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للفضالة

يرى البعض أن الفضالة ليست إلا شكلاً من أشكال التصرف الانفرادي وليس لها علاقة بشبه العقد وتحديداً بالإثراء بدون سبب، إذ التصرف الفضولي علاقة بين طرفين وليس مجرد توازن بين ثروتين كما هو الحال في الإثراء بدون سبب ولا يلزم المثري إلا بأداء قيمة الإثراء في حين يلزم رب العمل في الفضالة بأداء المصارييف النافعة والضرورية، ويعمل المفتر لحساب نفسه ولا يلزم بتقديم الحساب للمثري في حين أن الفضولي يعمل لحساب غيره ونيابة عنه ويلزم بتقديم الحساب لرب العمل⁽²⁾.

وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود أحكام الإثراء بدون سبب والردة غير المستحق بالفصل 71 إلى 81 م.أ.ع. تحت باب في الالتزامات الناشئة مما يشأك العقد وأبقت الفضالة بالكتاب الثاني من المجلة بالالفصول 1179 إلى 1194 م.أ.ع. تحت باب «في شبه العقود المتزلة منزلة الوكالة».

(1) سورة الكهف، الآيات 77 و 78 «فَانْطَلَقَا حَتَّىٰ إِذَا أَتَيَا أَعْلَمَ قَرْيَةٍ إِنْتَعَطُتْ أَهْلَهَا فَأَتَوْا أَنْ يُفْتَنُوهُمَا فَوَجَدُوا فِيهَا جَذَاراً يُرِيدُ أَنْ يَقْعُسَ فَأَقَمَهُ فَلَمْ يُثْنَتْ لَا تَخَدَّتْ عَلَيْهِ أَجْزَرَا فَأَلَّمْ هَذَا فِرَاقُ شَيْءٍ وَبَيْنَكُمْ يَنْأِي مَمْلُوكٌ مَا لَمْ يَسْتَطِعْ عَلَيْهِ صَبَرًا».

(2) وقد سلك القانون اللبناني هذا المنصب وربط الفضالة بالأعمال القانونية باعتبارها شكلاً من أشكال التصرف الانفرادي.

خليل جريج، المرجع السابق، ص 422.

تسمية شبه العقد ليس لأنها نتيجة توافق بين الطرفين بل لأن معنى الإرادة ليس غالباً فيها دون إمكانية إلهاقها بالإرادة المترددة أو الاتفاق إذ أن التشريع هو مصدر الآثار المرتبة قانوناً عن هذا التصرف منها كانت طبيعته⁽¹⁾. كما في صورة أن يتدخل البخار لترجميم جدار جاره الغائب فيلزم قانوناً برغبة أعمال مقاول البناء وتقديم الحساب إلى صاحب العمل. ومن أجل ذلك اعتبرت مجلة الالتزامات الفضولي في حكم الوكيل إذ يلحق تصرف الفضولي على معنى الفصل 1179 م.أ.ع. بتصريف الوكيل وبجري حكمه على معنى الفضول الوارد بالصيغة. وعلى ذلك الأساس فإن الفضالة ليست عملاً بإرادة منفردة أو عقداً بل واقعة تمثل فيتدخل الفضولي إرادة أو ضرورة دون منع صاحب العمل وهي واقعة تافهة رتب عليها التشريع زجوبا جملة من الآثار القانونية. ورغم أن مجلة الالتزامات أحقت الفضالة بالوكالة طبيعة فإن التطبيق غير مقبول إذ غادة ما تكون الفضالة في تصرفات قانونية وأعمال مادية والأغلب أن تكون في أعمال الإدارة وليس في أعمال التغريب في حين أن الوكالة عادة ما تصرف إلى التصرفات⁽²⁾. ولكن مع ذلك يمكن أن تتطابق الصورتان خاصة إذا صادق صاحب العمل على أعمال الفضولي فيما يُمكن أن تطبق أحكام الوكالة تجاوزاً لأحكام الفضالة التي تطبق في غياب آية مصادقة من قبل صاحب العمل.

المبحث الثاني، شروط الفضالة

للفضالة ثلاثة شروط أساسية، مادية ومعنى وقانونية، مادياً يجب أن يقوم الفضولي بعمل محدد، عقد أو عمل، تقتضيه حالة الضرورة والاستعجال، معنوياً يجب أن تصرف إرادة الفضولي إلى مصلحة صاحب العمل، قانوناً لا يجب أن توفر آية علاقة سابقة بين الفضولي وصاحب العمل تعاقدية أو قضائية أو قانونية، فليس من الضرورة أن يرضي صاحب العمل بالفعل بل يجب أن لا ينفي عنه وليس من الضرورة أن توفر به الأهلية بل تشرط بجانب المتدخل فقط، والواضح أنّ من هذه الشروط ما هو محمول على الفضولي (الفقرة الأولى) ومنها ما يحمل على صاحب العمل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى، شروط بجانب الفضولي

المبادرة يجب أن تأتي من الفضولي فهو تدخل اختياري وتلقائي فلا يجب أن يكون ملزماً باتمام العمل اتفاقاً أو قانوناً أو قضاة، ولكن ما يحتم تدخله هو حالة الضرورة والاستعجال ويجب أن توفر به أهلية التعاقد في توقيه التصرف المادي أو القانوني ويجب أن يكونقصد من جميع ذلك هو مصلحة صاحب العمل لا غير.

(1) Carbonnier : *Les obligation*, op. cit., p. 486, n° 116.
(2) Op.cit., n° 116.

والفضالة على معنى الفضول 1179 إلى 194 م.أ.ع.، وخلافاً للبعض، إنما هي عمل مادي أو تصرف قانوني، إدارة كانت أو تفويتاً، يقوم به الشخص ضرورة في مال الغير دون إذن صاحبه أو تقويض منه، فللشخص ضرورة فردية، لكنه ليس له الإرادة في إرثه نفسه، كما إن تعرّك فردياً حتى فرض عليه القانون إتمام الأعمال والتصرفات بشكل محدد قانوناً. ولذلك ليست الفضالة التزاماً بإرادة منفردة بل هي واقعة قانونية أو تصرف قانوني رتب عليهما المشرع آثاراً قانونية⁽³⁾. وعلى ذلك الأساس يتعين ودعا إلى الواقع المنشورة التي رتب عليها المشرع آثاراً قانونية، إذ الحقيقة أن كل ما يأتيه الفضولي هو واقعة قانونية في نهاية الأمر في علاقة صاحب العمل بالفضولي وإن كان الفضولي قد أبرم اتفاقاً مع الغير باسم صاحب العمل إذ العلاقة بين الغير وصاحب العمل يحكمها هذا التصرف المبرم وتبقى العلاقة بين الفضولي وصاحب العمل قائمة على واقعة قانونية، فليس القانون في هذه الصورة إلا مصدراً غير مباشر أما الواقع فهي المصدر المباشر⁽⁴⁾، وتلك هي الطبيعة المميزة للفضالة. فقد عرف الفصل 1179 م.أ.ع. الفضالة كما يلي : «إذا باشر شخص مصالح غيره اختياراً أو ضرورة بدون إذنه أو من القاضي في م فيه أو بدون علمه فإنه يترتب على ذلك التحاق تصرفه بتصريف الوكيل وبجري حكمه على ما بالفضول الآية أي الفضول من 1179 إلى 194 م.أ.ع.» فالأساس في الفضالة هو العمل النافع لصاحب العمل وتلك هي المصالح المشار إليها بالفصل 1179 م.أ.ع. وهو عمل يأتيه الفضولي إرادة أو ضرورة دون منع صريح من صاحب العمل ولا يملك الفضولي التراجع أو التوقف بل هو ملزم قانوناً بالقيام بحملة الأفعال التي حددتها المشرع.

وقد حافظت مجلة الالتزامات والعقود على تسمية «شبه العقود» بالرغم من التقد الشديد الذي وجّه إلى هذا المفهوم فقد لوحظ أنها تسمية ليس لها أساس تاريخي إذ القانون الروماني، منشأ القوانين اللاتينية، لا يعترف إلا بالعقد وهي غير منطقية أصلاً لأنّ كلمة العقد توجّي باتفاق الأطراف وهو أمر غير متوفّ وهي تسمية غير مفيدة في النهاية لأنّه يعتمد بأحكام المجنح في تعريف الأهلية والتميز وبيان طريقة الإنذارات⁽⁵⁾. ومن أجل ذلك لم يبر Planiol فيها إلا التزاماً قانونياً⁽⁶⁾. والحقيقة أنّ الفضالة جاءت تحت

(1) راشد راشد: الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه والقانون، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس، ص 250 وما بعد.

(2) البعض يرى أن القانون هو المصدر المباشر للفضالة وليس الواقع المنشورة، جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المصري أن القانون يعتبر «مصدراً مباشر للالتزامات الفضولي ولو أنها تنبع بمناسبة عمل إرادى». عبد الرزاق السنهوري، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 1246.

(3) Vizioz : *La notion de quasi – contrat*, Th. Bordeaux, 1912.
(4) Planiol : *Traité élémentaire*, II, n° 812.

فإذا كان الفضولي في حكم الوكيل بمصادقة صاحب العمل صراحة أو ضمناً انطبقت أحكام الوكالة على معنى الفصل 1105 م.أ.ع. حيث «يشترط في صحة الوكالة أن يكون الموكل أهلاً لأن يجري بنفسه ما وكل عليه ولا يشترط ذلك في الوكيل بل يكفي فيه أن يكون عاقلاً مميناً ولو لم يكن أهلاً لاتمام ما وكل عليه بنفسه»، فيكتفى بحسب ذلك أن يكون الوكيل مميناً.

أما إذا لم يقع التكليف صراحة أو ضمناً وهي صورة الفضالة الحقيقة وأن الفضولي تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً فإنه يشترط في الصورتين الأهلية الكاملة، حيث إن إبرام العقد، تجاوزاً لصيغته إن كان باسمه أو باسم الغير، يوجب بذاته توفر شرط الأهلية الكاملة. كما أن الأعمال المادية التي يأتيها الفضولي هي في الحقيقة أعمال إدارة توجب الأهلية الكاملة على معنى القواعد العامة⁽¹⁾.

فإذا لم تتوفر في شخص الفضولي الأهلية الكاملة ورغمما عن ذلك تدخل فإنه لا يسأل إلا في حدود ما أثاره به حيث إن القاصر إجمالاً لا تعمّر ذمه إلا بقدر ما اتفع به⁽²⁾، إلا إذا ارتكب خطأً تقصيريأ خارج ضوابط الفضالة فتنطبق حسنة أحكام المسؤلية التقصيرية⁽³⁾.

وإذا توفي الفضولي انقضى تصرفه وعلى ورثته أن يقوموا بما تضمنه الفصل 1170 م.أ.ع.⁽⁴⁾، وقد نص الفصل 1170 م.أ.ع. في باب الوكالة على أنه «إذا توفي الوكيل فعل ورثته إن كانوا على علم من توكيله أن يعلموا موكله حالاً وعليهم الاحتفاظ على ما للموكل من الحاجج وغيرها مما يتعلق بحقوقه». وحكم هذا الفصل لا يجري على الورثة إذا كانوا قصراً ولم يكن لهم وصيٍّ، وعليه فإن ورثة الفضولي غير ملزمين بالاستمرار في الإداره، بل في صورة عليهم فقط بالسابق يحمل عليهم واجب الإعلام وحفظ ما هو موجود لصاحب العمل إلى أن يحضر، وإذا كان الوارث قاصراً وليس له من بيته فلا يلزم بشيء. فإذا لم يفعل الورثة ذلك فهي مجرد مخالفة لواجب قانوني وليس خطأ في الفضالة. وذلك هو حكم وفاة الوكيل في الوكالة نقله المشرع إلى صورة وفاة الفضولي.

يجب أن يكون التصرف أو العمل اختياراً أو ضرورة؛ نص الفصل 1179 م.أ.ع.

على أن الفضولي يباشر مصالح غيره «اختياراً أو ضرورة»، والقصد من اختياره أن يأتي الفضولي عملاً أو تصرفًا تلقائياً يأوده منه أي عملاً إرادياً volontairement، وذلك ما

(1) يراجع الفصول 3 إلى 17 م.أ.ع.

(2) الفصلان 10 و13 م.أ.ع.

(3) وهذا ما يميز وضعية الفضولي عن المثري ومن قبل المال غير المستحق، فالأهلية كاملة بالنسبة إلى الفضولي وغير المستحق ولا يشترط شيء من ذلك في المثري.

(4) الفصل 1193 م.أ.ع.

- لا يجب أن يكون الفضولي مكلفاً اتفاقاً أو قانوناً أو قضاة؛ الفضولي ليس ملزماً بإرادة مفتردة أو بموجب عقد سابق وليس ملزماً بموجب حكم قضائي وليس ملزماً بموجب القانون لإثابة الغير، فإذا كان الشخص مكلفاً بالعقد لإنهاء عمل محدد، كما أن يكلف بتهيئة منزل أو ترميمه بحكم اتفاق سابق، فلا يعد فضولي، كما أن النيابة القانونية للولي أو المقدم في حق القاصر والمجنوح عليه ترفع عن المتدخل صفة الفضولي؛ وإذا أمر القاضي المدعى عليه بعمل محدد فلا يعتبر فضولياً في إثباته بهذا العمل، لذلك نص الفصل 1179 م.أ.ع. على أنه «إذا باشر شخص مصالح غيره اختياراً أو ضرورة بدون إذن منه أو من القاضي في مغبيه أو بدون علمه فإنه يتربى على ذلك التحاق تصرفه بتصرف الوكيل ويجري حكمه على ما بالحصول الوارددة في باب الفضالة».

- يجب أن يأتي الفضولي تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً؛ الفضالة تصرف مادياً إما إلى تصرف قانوني أو واقعة قانونية، أي أن الفضولي بإمكانه أن يأتي في إطار تدخله تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً باسم صاحب العمل، وإن كان الأغلب في الفضالة أن يأتي الفضولي تصرفاً مادياً بهدف حفظ الحق، فإذا كان الغير مكلفاً من صاحب العمل بإبرام كتب معين فما يأتيه الغير من عمل يأتي في باب الوكالة، فإذا تصرف الغير خارج إطار الوكالة أو بعد نهايتها أو بدون وكالة أصلًا وكان التصرف باسم صاحب العمل كان التصرف فضولياً إذا لم يسبق مصادقة صاحب العمل صراحة أو ضمناً.

على أن الفضالة تتجاوز معنى الوكالة لاقتراحها بعمل مادي وقد يكون هذا العمل مادياً في حد ذاته كما في صورة أن يعهد الفضولي إلى إطفاء النار المشتعلة أو مباشرة بعض الإشعارات وغير ذلك من الأعمال المادية التي لا توجب الاتفاق مع الغير، وقد يكون هذا العمل مادياً فحسب بالنسبة إلى صاحب العمل كما في صورة أن يتعاقد الفضولي باسمه الخاص فيكون العقد المبرم في هذه الصورة بين الفضولي ومعاقدة تصرفاً قانونياً بالنسبة إلى الفضولي وواقعة قانونية بالنسبة إلى رب العمل. والحقيقة أن كل ما يأتيه الفضولي هو واقعة قانونية في نهاية الأمر في علاقة صاحب العمل بالفضولي وإن كان الفضولي قد أبرم اتفاقاً مع الغير باسم صاحب العمل إذ العلاقة بين الغير وصاحب العمل يحكمها هذا التصرف المبرم وتبقى العلاقة بين الفضولي وصاحب العمل قائمة على واقعة قانونية.

- يجب أن تكون للفضولي أهلية التعاقد؛ فمعنى الالتزام هو عمل الفضولي لذا يجب أن تتوفر به أهلية التعاقد، وهي قريبة في هذا الباب بركن الأهلية المترتبة في العقود وبعيدة عن معنى التمييز المترتب في المسؤولية التقصيرية. ولم يرد فيها نص خاص في باب الفضالة وتعين الرجوع إلى المبادئ العامة.

وإذا اتفق القصد ما كان من الممكن الحديث عن الفضالة لذلك نص الفصل 1192 م.أع. على أنه «إذا تصرف شخص في أمر ظنا منه أنه له فتنين أنه لغيره فإن ما يتصرف على ذلك يجري على حكم الفصل 71 وما بعده»، أي في غياب اصراف نسبة المتدخل بالقيام بعمل لفائدة مصلحة الغير فإنه لا يقوم الطلب على أساس الفضالة وإنما على أساس الإثراء بدون سبب أو استرجاع ما سبق دفعه بدون سبب. لكنه لا يمنع مع ذلك أن يكون تدخل الشخص لخاصة نفسه ولمصلحة الغير في نفس الوقت، فتكون الفضالة في حدود ما انصرف لمصلحة الغير على معنى الفصل 1186 م.أع.

الفقرة الثانية، شروط بجانب صاحب العمل

ليس من الضرورة أن توفر بصاحب العمل الأهلية أو أن يرضي بالعمل بل يجب فقط أن لا ينفي صراحة عن التدخل.

ليس من الضرورة توفر شرط الأهلية بجانب صاحب العمل: فليست إرادة صاحب العمل هي مصدر الالتزام حتى يستوجب الفعل شرط الأهلية. فلا يهم إن كان صاحب العمل قاصراً أو راشداً. فقط أنه إذا كان تصرف الفضولي باسم صاحب العمل ونيابة عنه، فالمقتضى أن توفر أهلية التعاقد في صاحب العمل حتى ينصرف العمل مباشرة إليه.

وإذا توفى صاحب العمل يبقى الفضولي متزماً إزاء الورثة في غياب إرثه علاقته الشخصية بين الفضولي وصاحب العمل، وفي هذه النقطة تختلف الفضالة عن الوكالة التي تنقضي بوفاة الموكل⁽¹⁾. كما تنتقل التزامات صاحب العمل إلى الورثة في علاقاتهم بالفضولي.

وإذا انتهت أحكام الوكالة على معنى الفصل 1105 م.أع. في حالة المواجهة الصريحة أو الضمنية، وهي صورة الوكالة في نهاية الأمر وجب أن توفر بجانب صاحب العمل الأهلية الكاملة، حيث «يشترط في صحة الوكالة أن يكون الموكل أهلاً لأن يجري نفسه موكلاً عليه ولا يشرط ذلك في الوكيل بل يكفي فيه أن يكون عاقلاً مميزاً ولو لم يكن أهلاً لإتمام ما وكل عليه بنفسه».

لا يجبر أن ينفي صاحب العمل عن التدخل: لا يخلو صاحب العمل من الحالات التالية، إنما أن لا يعلم بعمل الفضولي وهذا هو الأصل في الفضالة فهي تباشر عادة في مغبة صاحب العمل وعلمه من البداية إلى النهاية أو علمه لكنه لم ياذنه أو علمه فيأذنه من البداية ويصادق على أعماله أو أن يعلمه وينهيه. ففي الصورة الأولى توفر

(1) الفصل 1157 م.أع.

يفسر معنى شبه العقد إذ الإرادة هي أساس الفعل. وتحكم حالة الضرورة ضرورة تدخل الفضولي لإبرام تصرف أو القيام بعمل مادي، وهو تصرف أو عمل ما كان صاحب العمل أن يختلف أو يتزدد في إنجازه كما في صورة أن يوقف الجار سيلان المياه أو يطفئ النيران المشتعلة أو يقطع التقادم أو يدفع المصارييف الضرورية لجهة معينة حتى لا تتخذ التبعات في مواجهة صاحب العمل.

على أن مجرد النفع الذي يبيح الفعل لصاحب العمل لا يكفي لجعل التصرف أو الواقع في حكم الفضالة، بل لا بد أن يتتوفر الاستعجال وحالة الضرورة⁽¹⁾، فهو أمر كنا أن صاحب الحق ما كان له أن يقتضي مكتوف الأيدي إزاء ما ظهر للفضولي، تكون الحالة بالضرورة حالة استعجال ثيرر تدخل الفضولي، أما إذا كان ما يثير تدخل الغير هو مارآه من مصلحة لفائدة صاحب العمل كان يرمي بها أو شراء لمصلحة الغير دون أن توفر حالة الضرورة، فلا شك أن العمل يبقى خارج إطار الفضالة تحكمه المبادئ العامة سواء في الوكالة أو في التعاقد لفائدة الغير أو استرجاع ما سبق بيعه. ولا يجب أن تفهم عبارة «الاختيار» الواردة بالفصل 1179 م.أع. على أنها إسقاط لشرط الاستعجال بل يفهم منها فقط تلقائية التدخل ووعيه فحسب، وفي ذلك ذهب الفقه والقضاء⁽²⁾. وهذا ما يميز عمل الفضولي عن الوكيل إذ الضرورة هي المثلجة للفضالة بينما لا تحكم الضرورة عمل الوكيل.

- يجب أن يكون القصد من تدخل الفضولي هو مصلحة رب العمل: الفضالة عمل مقصود واعي فلا تتوفر الفضالة إلا بتتوفر الركن المعنوي وهو وعي الفضولي واختياره بأنه يقدم خدمة لمصلحة صاحب العمل وهو شرط أساسى يدخل في معنى الفضالة وتعريفها لهذا نص الفصل 1179 م.أع. على معنى اختيار بمعنى الإدراك والوعي يميز الفضالة عن الإثراء بدون سبب والاشتراك لمصلحة الغير.

لكنه ليس من الضروري أن يكون التدخل لمصلحة شخص معين، بل يشترط فقط أن يكون العمل لمصلحة الغير صاحب العمل. لذلك نص الفصل 1191 م.أع. على أن «الفضولي إذا تصرف في شيء يظنه الشخص فتبين أنه لغيره فإن ما للفضولي وعليه يجري بيته وبين المالك الحقيقي»، أي أن الفضالة تبقى الإطار المناسب بين الفضولي وصاحب العمل الحقيقي وليس ما كان يظنه المتتدخل، فالعبرة بانصراف العمل لصاحب عمل وليس لصاحب عمل محدد.

(1) Carbonnier : op., cit., n° 116 « Ce qui est essentiel, c'est que l'affaire soit urgente , qu'il y ait nécessité ».

(2) عبد الرزاق السنوري: الوسيط، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 1235، عدد 865. Carbonnier : les obligations, op., cit., 116.

أ-واجب الاستمرار

فإن قامت حالة الضرورة والمصلحة وتدخل الفضولي بحركة مادية أو تصرف قانوني ليس له أن يتراجع أو أن يتراخي أو أن يتوقف فهو ملزم قانوناً لأن يستمر في نشاطه وذلك هو الإلزام القانوني الذي يلي المبادرة الإرادية للفضولي، فـما إن تحرّك حتى فقد القدرة على التراجع أو التوقف.

ولا يجوز له أصلاً أن يتوقف إلا بعد أن يتمكن صاحب الحق من مباشرة حقه بنفسه أو إذا أنهى الفضولي العمل ولم يكن في رفع يده مضره على صاحب الحق. فقد يحضر صاحب العمل من تلقاء نفسه وقد ينسى الفضولي إلى إعلامه وإخباره في أقرب فرصة بأي طريقة كانت، وإذا كانت المجلة لم تضع على الفضولي واجب الإخبار فإنه بالمقابل ليس له أن يتخلّى عن النشاط إلا بعد أن يحضر صاحب العمل ويتمكّن من مباشرة عمله بنفسه. ويمكن للفضولي التوقف كذلك إذا كان تدخله قد أوقف الضرر ولا يخشى المضره بعد رفع اليد. والواضح أن هذا الواجب يجعل الغير يفكّر ألف مرّة قبل التدخل في شؤون الغير وقد يمنع التدخلات الراهنة التي لا تتحمّل لمعنى الضرورة والاستعجال، وقد يمنع من ناحية أخرى المبادرة بالتدخل ورغبة المشاركة في شؤون الغير أو حتى الرغبة في رفع الضرر.

ب-واجب العناية والضمان

قدّيمَا كان التمييز واقعاً بين الخطأ العمدائي والخطأ الفاحش والخطأ اليسير والخطأ التافه، وقد تجاوزت التطبيقات هذا التمييز بإقرار ما يعرف بواجب تحقيق النتيجة وواجب بذل العناية في إطار المسؤولية التعاقدية وأخذت المسؤولية التقصيرية بالخطأ اليسير في التصرف العادي للشخص، ويسمح القانون عادة بالأخذ بمستوى معين من الخطأ مراعاة لطبيعة التدخل.

والمتهيّأ أن الخطأ في المسؤولية التعاقدية يقوم على التمييز بين واجب تحقيق النتيجة وواجب بذل العناية والخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الخروج عن مستوى تصرف الرجل العادي ويؤخذ بالأخطاء مهما كانت سيرة، والخطأ في الفضالية ليس من قبيل الخطأ التعاقدي أو التقصيرى بل هو خطأ في الفضالية له مميزاته الخاصة. فالمعايير فيه أنه يقوم على واجب بذل العناية ومتابقة تصرف الإنسان العادي لكنه من الممكن مراعاة خصوصية الفضالية والتزول بمسؤولية الفضولي في حالة الضرورة. ويستأنس في جميع ذلك بأحكام الوكالة.

فعلى الفضولي أن يعني بما يأشره اعتناء العازم في أموره وأن يجري فيها مقاصد صاحبها سواء كانت معلومة أو مظنونة ويضمن كل تقصير في ذلك وإن كان يسيراً وإذا كان تدخله لدفع مضره متوقعة أو لاتمام واجبات وكالة كانت لمورثه فلا يطالب إلا بما ينشأ عن تغييره أو تقصيره الفاحش». وبذلك فإنه على الفضولي واجب العناية والضمان (ب).

صورة النضالة وفي الثانية من الصعب القول بالفضالة إذ أن المعرفة بالعمل دون الإذن الصريح قد يدخل شكل الوكالة بصفة ضئيلة وتأخذ الصورة الثالثة حكم الوكالة (الفصل 1194 م.إع) ولا تتوفر الفضالة في الصورة الأخيرة، فلا يكون العمل فضالة إذا نهى رب العمل المتدخل عن القيام بالعمل، وهذا ما يستشفّ من الفصول 1179 و 1187 و 1190 و 1194 م.إع. وإذا تدخل الغير بالرغم من المنع كان في حكم المسؤول تقصيرياً إذا أضر بالمالك وإذا كان عمله نافعاً يمكن أن يرجع بدعوى الإثراء بدون سبب وليس بداعي الفضالة.

على أن التدخل لأمر اقتضيه المصلحة العامة لا يخرج العمل من الفضالة وإن رفض صاحب العمل حيث نص الفصل 1184 م.إع. على أنه «إذا لزم شخصاً أمر قانوني اقتضت المصلحة العامة إتمامه أو لزمه أداء نفقة أو تجهيز ميت ونحو ذلك من الموجبات القانونية فالتجأ الفضولي للمبادرة بالقيام بذلك فلا ي Hutchinson بعدم رضاه ذلك الشخص».

المبحث الثالث: آثار الفضالة

تبدر الآثار مرتبطة بنظام التصرفات إذ أن الفضالة تحدث آثاراً بين الطرفين وإزاء الغير، وما يمثل واجبات بالنسبة إلى الفضولي فهو حقوق بالنسبة إلى صاحب العمل والعكس بالعكس. فلنفصل آثارها على الفضولي (الفقرة الأولى) وعلى صاحب العمل (الفقرة الثانية) وعلى الغير (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: آثار الفضالة على الفضولي

نص الفصل 1180 م.إع. على أنه «على الفضولي أن يستمر في تصرفه إلى أن يمكن لصاحب الحق أن يأشره بنفسه إذا لم يكن في رفع يده مضره على صاحب الحق». وبذلك فإنه على الفضولي واجب الاستمرار في التصرف (أ).

ونص الفصل 1181 م.إع. على أنه «على الفضولي أن يعني بما يأشره اعتناء العازم في أموره وأن يجري فيها مقاصد صاحبها سواء كانت معلومة أو مظنونة ويضمن كل تقصير في ذلك وإن كان يسيراً وإذا كان تدخله لدفع مضره متوقعة أو لاتمام واجبات وكالة كانت لمورثه فلا يطالب إلا بما ينشأ عن تغييره أو تقصيره الفاحش». وبذلك فإنه على الفضولي واجب العناية والضمان (ب).

ونص الفصل الفصل 1182 م.إع. على أنه «على الفضولي ما على الوكيل من تقديم الحساب وترجيع جميع ما تسلمه يمتنع تداخله، إلى غير ذلك مما يلزمك كما لو كان بيده توكل صريح». وبذلك فإنه على الفضولي واجب تقديم الحساب (ت).

بالمصاريف التي صرفها الفضولي⁽¹⁾، والأمر مفترض على ذلك إذا باشر الفضولي التصرف رغمما على منع صاحب الحق⁽²⁾، جاز لهذا الأخير إزاله ما أحده الفضولي من التحسينات إن أمكن ذلك بلا ضرر أو تسليمه ما اشتراه له إذا لم يقبله⁽³⁾. ولا يتسامع في هذا الحكم إلا إذا كان التدخل في أمر توجيه المصلحة العامة فيرجع إلى حكم الفضالة بالرغم من المنع حيث «إذا لزم شخصاً أمر قانوني اقتضت المصلحة العامة إتمامه أو لزمه أداء نفقة أو تجهيز ميت ونحو ذلك من الموجبات القانونية فالتجأ الفضولي للمبادرة بالقيام بذلك فلا يحتاج بعدم رضاء ذلك الشخص»⁽⁴⁾.

أما إذا كانت علاقة صاحب العمل بالمتتدخل علاقة الموكل بوكيله صراحة أو ضمناً⁽⁵⁾، كما في صورة إذا كلفه صراحة بالعمل أو بلغ الحادث إلى علم صاحب العمل وسكت، انتطبق حيثند آثار الوكالة تحديداً المسؤلية الوكيل⁽⁶⁾.

وعليه فإن خطأ الفضالة لا يتحدد إلا بتوفير شروط الفضالة أما إذا كان التدخل خارج الفضالة فالمنطبق هي أحكام الوكالة أو المسؤولية التقصيرية. والمعلوم أن لتضامن في الفضالة إذا استثنى الفضولي بالغير، إذ لا وجود لنقص خاص يقرر التضامن في الفضالة والمسؤولية في الفضالة ليست مسؤولة تقصيرية، ولا تقوم الدعوى المباشرة لصاحب العمل في مواجهة الغير بل تبقى له دعوى غير مباشرة، إذ لا وجود لنقص خاص يقرر الدعوى المباشرة في مواجهة الغير، على خلاف الدعوى المباشرة التي يمارسها الغير في مواجهة صاحب العمل كما سيأتي⁽⁷⁾، ويبيّن آجل التقاضي العام فاعلاً، في حين أن التضامن قائم في المسؤولية التقصيرية القائمة ولها حكمها الخاص في مسؤولية التابع عن فعل تابعه والأمر غير ذلك في الوكالة إذ لا تضامن بين الوكالة من حيث المبدأ⁽⁸⁾ ويؤخذ بالدعوى المباشرة فيها⁽⁹⁾.

(1) الفصل 1190 م.أع.

(2) أي أنه ليس على صاحب الحق ترجيع مع صرفه الفضولي في حالة المنع، كما لو كان الفضولي تصرف بدون قصد الرجوع. (الفصل 1190 م.أع.)

(3) الفصل 1188 م.أع.

(4) الفصل 1184 م.أع.

(5) الفصل 1194 م.أع. إذا أضى صاحب الأمر فعل التضليل إمضاء ضريحاً أو بالدلاله فإن ما يترتب للطرفين وعليهما يجري على حكم الوكالة من ابتداء التصرف وأما بالنسبة للغير فإن إمضاءه لا يعتبر إلا من تاريخه.

(6) الفصول 1104 إلى 1171 م.أع.

(7) الفصل 1185 م.أع.

(8) المبدأ أن لا تضامن في الوكالة إلا في الحالات الاستثنائية، الفصل 1140 م.أع.

(9) الفصل 1130 م.أع.

هو مستوى العناية فهو تصرف الشخص العادي الحازم وهو مستوى تصرف الوكيل كذلك⁽¹⁾. فإن لم يبذل العناية الكافية في تدخله وخالف ضوابط الفضالة فهو ضامن للضرر وإن كان بسيراً وهو خطأ في الفضالة.

على أنه يمكن مراعاة حقيقة الفضالة والتخفيف من حدّة هذا الواجب إذا كان تداخله لدفع مضررة معتبرة متوقعة أو لإتمام واجبات وكالة كانت لموئله فلا يطالب إلا بما ينشأ عن تغيره أو تقصيره الفاحش. فإذا كان تدخله لرفع مضررة هامة أضرر الغير عن مباشرتها فوجد نفسه وحيداً لرفع هذه المضررة فلا يؤخذ بمعيار تصرف الإنسان العادي بل لا يتحقق الخطأ في الفضالة إلا بإثبات تغير الفضولي وخطئه الفاحش وهو مستوى يتجاوز مستوى الخطأ النافه أو اليسير. وكذلك الصورة إذا كان تدخل الفضولي لإتمام واجبات وكالة كانت لموئله، فقد يكون الموروث ملزماً باتمام عمل توجيه الوكالة وتوفي ولم يتمكن من إنجازه فيتدخل الفضولي الوارث لإتمام موجباتها، ويمكن كذلك مراعاة صبغة التبع في الفضالة للتزول بمسؤولية الفضولي تباعاً على أحكام الوكالة. والأصل أن تصرف الفضولي مقبول ويطابق مع حسن الإداره ويحمل على السداد كيما كان مأثيراً إذا كان الشروع فيها على وجه لائق يمتنع الحال وحسن الإداره، والإثبات على من يدعى خلاف الأصل.

ويجوز لصاحب العمل رفع دعوى الفضالة في مواجهة الفضولي إذا أخل بواجب العناية سواء لمطالبه بالتنفيذ العيني أو بمقابل، وتقادم دعوى الفضالة في مواجهة الفضولي بالأجل العام أي خمس عشرة سنة، في غياب حكم خاص بالفضالة، وهو نفس الحال بالنسبة إلى الإثراء بدون سبب والدفع غير المستحق⁽²⁾.

أما إذا ارتكب الفضولي خطأ تقصيرياً يتجاوز حدود الفضالة وهو الإخلال بواجب قانوني، كما إذا أعمد الفضولي إلى سرقة مثابع صاحب العمل بعد أن حضر وبادر عمله، فلا يؤخذ على أساس الخطأ في الفضالة ونظامها وإنما على أساس الخطأ التقصيرى.

وعلى ذلك الأساس «فمن تدخل في أمر غيره رغمما على منهه الصریح أو المحتمل أو عقد في حقه معاملات لا تفترض موافقته عليها ضمن سائر الخسائر الناشئة من تصرفه ولو لم يكن في ذلك تقصير منه»⁽³⁾. وليس للفضولي حبس مثابع صاحب العمل إذا تدخل في أمر صاحب الحق كرها عليه⁽⁴⁾. وإذا كان صاحب الحق غير ملزم

(1) الفصل 1131 م.أع.

(2) الفصول 402 وما بعد. م.أع.

علي كحلون: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 244 وما بعد.

(3) الفصل 1183 م.أع.

(4) الفصل 1187 م.أع.

بالمصاريف التي صرفها الفضولي⁽¹⁾، والأمر يفترض على ذلك إذا باشر الفضولي التصرف رغمما على منع صاحب الحق⁽²⁾، جاز لهذا الأخير إزالة ما أحده الفضولي من التحسينات إن أمكن ذلك بلا ضرر أو تسلبيه ما اشتراه له إذا لم يقبله⁽³⁾. ولا يتسامح في هذا الحكم إلا إذا كان التدخل في أمر توجيه المصلحة العامة فيرجع إلى حكم الفضالة بالرغم من المنع حيث «إذا لزم شخصاً أمر قانوني اقتضت المصلحة العامة إتمامه أو لزمه أداء نفقة أو تجهيز مبت وتحو ذلك من الموجبات القانونية فالتوجه الفضولي للمبادرة بالقيام بذلك فلا يحتاج بعدم رضاه ذلك الشخص»⁽⁴⁾.

أما إذا كانت علاقة صاحب العمل بالمتتدخل علاقة الموكل بوكيه صراحة أو ضمناً⁽⁵⁾، كما في صورة إذا كلفه صراحة بالعمل أو بلغ الحادث إلى علم صاحب العمل وسكت، انتطبقت حياله آثار الوكالة تحديداً المسئولية الوكيل⁽⁶⁾.

وعليه فإن خطأ الفضالة لا يتحدد إلا بتوفر شروط الفضالة أما إذا كان التدخل خارج الفضالة فالمنطبق هي أحکام الوكالة أو المسؤولية التقصيرية. والمعلوم أن لا تضامن في الفضالة إذا استعن الفضولي بالغير، إذ لا وجود لشخص يقرر التضامن في الفضالة والمسؤولية في الفضالة ليست مسؤولة تقصيرية، ولا تقوم الدعوى المباشرة لصاحب العمل في مواجهة الغير بل تبقى له دعوى غير مباشرة، إذ لا وجود لشخص يقرر العمل في مواجهة الغير في مواجهة الغير، على خلاف الدعوى المباشرة التي يمارسها الغير في مواجهة صاحب العمل كما سيأتي⁽⁷⁾، وبقى آجل التقادم العام فاعلا، في حين أن التضامن قائم في المسؤولية التقصيرية افتراضياً ولها حكمها الخاص في مسؤولية التابع عن فعل تابعه والأمر غير ذلك في الوكالة إذا لا تضامن بين الوكلاه من حيث المبدأ ويجوز بالدعوى المباشرة فيها⁽⁸⁾.

(1) الفصل 1190 م.أع.

(2) أي أنه ليس على صاحب الحق ترجيع مع صرفه الفضولي في حالة المنع، كما لو كان الفضولي تصرف بدون قصد الرجوع. (الفصل 1190 م.أع.)

(3) الفصل 1188 م.أع.

(4) الفصل 1184 م.أع.

(5) الفصل 1194 م.أع. إذا أضفى صاحب الأمر فعل الفضولي إمضاء صريحاً أو بالذلة فإن ما يترتب للطرفين وعليهما يجري على حكم الوكالة من ابتداء التصرف وأما بالنسبة للغير فإن إمضاءه لا يعتبر إلا من تاريشه».

(6) الفصول 1104 إلى 1121 م.أع.

(7) الفصل 1185 م.أع.

(8) العبرأن لا تضامن في الوكالة إلا في الحالات الاستثنائية، الفصل 1140 م.أع.

(9) الفصل 1130 م.أع.

هو مستوى العناية فهو تصرف الشخص العادي الحازم وهو مستوى تصرف الوكيل كذلك⁽¹⁾. فإن لم يبذل العناية الكافية في تدخله وخالف ضوابط الفضالة فهو ضامن للضرر وإن كان يسيراً وهو خطأ في الفضالة.

على أنه يمكن مراعاة حقيقة الفضالة والتخفيف من حدّة هذا الواجب إذا كان تدخله لدفع مضررة متوقعة أو لإنعام واجبات وكالة كانت لモرثه فلا يطالب إلا بما ينشأ عن تغييره أو تقصيره الفاحش. فإذا كان تدخله لرفع مضررة هامة أضرّ الغير عن مباشرتها فوجد نفسه وحيداً لرفع هذه المضررة فلا يأخذ بمعايير تصرف الإنسان العادي بل لا يتحقق الخطأ في الفضالة إلا بإثبات تغير الفضولي وخطّه الفاحش وهو مستوى يتجاوز مستوى الخطأ التافه أو البسيط. وكذلك الصورة إذا كان تدخل الفضولي لإنعام واجبات وكالة كانت لمورثه، فقد يكون المورث ملزماً بإتمام عمل توجيه الوكالة وتوفي ولم يتمكن من إنجازه فيتدخل الفضولي الوارث لإنعام موجباتها، ويمكن كذلك مراعاة صبغة التبرع في الفضالة للنزول بمسؤولية الفضولي قياساً على أحکام الوكالة. والأصل أن تصرف الفضولي مقبول ويعطى مع حسن الإداره ويحمل على السداد فيما كان مالها إذا كان الشروع فيها على وجه لائق بمقتضى الحال وحسن الإداره، والإثبات على من يدعي خلاف الأصل.

ويجوز لصاحب العمل رفع دعوى الفضالة في مواجهة الفضولي إذا أخل بواجب العناية سواء لمطالبه بالتنفيذ العيني أو بمقابل، وتقاضم دعوى الفضالة في مواجهة الفضولي بالأجال العامة أي خمس عشرة سنة، في غياب حكم خاص بالفضالة، وهو نفس الحل بالنسبة إلى الإثراء بدون سبب والدفع غير المستحق⁽²⁾.

أما إذا ارتكب الفضولي خطأ تقصيرياً يتجاوز حدود الفضالة وهو الإخلال بواجب قانوني، كما إذا اعمد الفضولي إلى سرقة متعاق صاحب العمل بعد أن حضر وباشر عمله، فلا يأخذ على أساس الخطأ في الفضالة وتنظيمها وإنما على أساس الخطأ التقصيرى. وعلى ذلك الأساس «فمن تدخل في أمر غيره رغمما على متنه الصريح أو المحتمل أو عقد في حقه معاملات لا تفترض موافقته عليها ضمن سائر الخسائر الناشئة من تصرفه ولو لم يكن في ذلك تقصير منه»⁽³⁾. وليس للفضولي حبس متعاق صاحب العمل إذا تدخل في أمر صاحب الحق كرها عليه⁽⁴⁾. وإذا كان صاحب الحق غير ملزم

(1) الفصل 1131 م.أع.

(2) الفصل 402 وما بعد: م.أع.

على كحلون: أحکام الالتزام، المرجع السابق، ص 244 وما بعد.

(3) الفصل 1183 م.أع.

(4) الفصل 1187 م.أع.

فعل التضولي إمضاء صريحاً أو بالدلالة فإن ما يترتب للطرفين وعليهما يجري على حكم الوكالة من ابتداء التصرف وأما بالنسبة للغير فإن إمضاءه لا يعتبر إلا من تاريخه».

والواضح أن أساس النيابة في الفضاله هو القانون بينما الاتفاق هو أساس الوكالة، وخلاصة الفضاله في أنه في غياب أي تكليف أو مصادقة صريحة أو ضمنية يجعل التصرف الممضى من الفضولي باسم صاحب العمل ونيابة عنه منتصراً مباشرة إلى صاحب العمل فتخلى الغير دعوى مباشرة في مواجهة صاحب العمل، وتلك هي فائدة الفضاله.

الكتاب الثاني

أحكام الالتزامات

فعل الفضولي إمضاء صريحاً أو بالدلالة فإن ما يترتب للطرفين وعليهما يجري على حكم الوكالة من ابتداء التصرف وأما بالنسبة للغير فإن إمضاءه لا يعتبر إلا من تاريخه».

والواضح أن أساس النيابة في الفضالة هو القانون بينما الاتفاق هو أساس الوكالة. وخلاصة الفضالة هي أنه في غياب أي تكليف أو مصادقة صريحة أو ضمنية تجعل التصرف الممضى من الفضولي باسم صاحب العمل ونيابة عنه منتصراً مباشرة إلى صاحب العمل فتخلى الغير دعوى مباشرة في مواجهة صاحب العمل، وتلك هي فائدة الفضالة.

أحكام الالتزامات

الكتاب الثاني

شخص، وفي ذلك مبادئ وأحكام عامة يتعين إبرازها من خلال عناوين أربعة، أولها ما يعلق بأثر الالتزام وثانيها يتعلق بأوصاف الالتزام وثالثها يشمل انتقال الالتزام ورابعها يتعلق بانقضاء الالتزام⁽¹⁾.

- العنوان الأول: آثار الالتزام
العنوان الثاني: أوصاف الالتزام
العنوان الثالث: انتقال الالتزام
العنوان الرابع: انقضاء الالتزامات

العنوان الأول

آثار الالتزام

عادةً ما يقع الخلط بين آثار العقد وأثار الالتزام، فأثر العقد هو نشأة الالتزام بينما أثر الالتزام هو وجوب تضييه. فالتصريف القانوني أو الواقعية القانونية تنشئ الالتزام، في حين أن وجود الالتزام يستدعي الحديث عن مرحلة تضييه، وهو الأثر المباشر له. لذلك عادةً ما تميز التشريعات الحديثة بين أثر العقد وأثر الالتزام⁽¹⁾. ويبدو أنَّ مجلة الالتزامات والعقود أخذت نفس المنهج، حيث جاء العنوان الثاني في تعمير الذمة بالعقود وما شاكلها اطلاقاً من الفصل الثاني إلى غاية الفصل 115 م.أع، وخصصت المجلة الفصول ما بين 240 إلى 324 م.أع لآثار الالتزام تحت عنوان فيما يترتب على الالتزامات. وبين المشرع من خلالها أشكال التنفيذ (المبحث الأول) ووسائل ضمان التنفيذ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أشكال التنفيذ

التنفيذ إما أن يكون اختيارياً *exécution volontaire* أو جبارياً *exécution obligatoire* ويكون إما عيناً *exécution en nature* أو بمقابل عن طريق التعويض *exécution par équivalent*. فلكل التزام مدني جانب من المديوبية *devoir – Schuld*، فتحمل المديوبية إلى إمكانية الوفاء وجانب من المسؤولية *Haftung-engagement*، فتحمل المديوبية إلى إمكانية الإجبار على التنفيذ، خلافاً للالتزام الطبيعي الذي ليس وتحمل المسئولية إلى إمكانية الإجبار على التنفيذ، خلافاً للالتزام الطبيعي الذي ليس فيه إجبار وإن كان به جانب من المديوبية. ويجب التمييز بعناية بين التنفيذ الجبري والتنفيذ العيني، حيث إن التنفيذ الجبri كما يمكن أن يكون عيناً يجوز، وهو الأغلب في الواقع، أن يكون بعوض. والأصل أن يكون التنفيذ اختيارياً، فإن تعدد كان جبارياً

(1) مثل التشريع اللبناني حيث أورد الفصل الثاني من الكتاب الثاني (الفصل 221 إلى 247) الأحكام الخاصة بآثار العقد ثم خصص الكتاب الثاني (الفصل من 249 إلى 361) للحديث عن آثار الالتزام. وكذلك فعل المشرع المصري. غير أنَّ المجلة المدنية الفرنسية لم تميز بينهما وخلطت بين آثار العقد وأثار الالتزام.

يراجع في ذلك، خليل جريج: النظرية العامة للالتزامات، دار المنشورات الحقوقية 1988، الجزء الرابع، ص 5 وما بعد.

(1) اعتمد المشرع بمجلة الالتزامات والعقود نفس التنظيم بعد أن قسمت المجلة إلى كتابين، الأول فيما تعمير به الذمة مطلقاً والثاني في العقود الخاصة، قسم المشرع الكتاب الأول إلى ثماني عناوين، في أسباب تعمير الذمة، في تعمير الذمة بالعقود وما شاكلها، فيما يتغير به الالتزام، في انتقال الالتزام، فيما يترتب على الالتزامات، في بطلان الالتزامات وفسخها، في انقضاء الالتزامات، في إثبات تعمير الذمة، وإذا كان ما يتعلق بأسباب تعمير الذمة من عقود وغيرها يدرس في إطار مصادر الالتزام، ويدرس ما يتعلق بالإثبات في إطار نظرية الإثبات، فلم يبق إلا ما يتعلق بأوصاف الالتزام وانتقاله وأنه وانقضائه، وتلك هي صور أحكام الالتزام.

شخص، وفي ذلك مبادئ وأحكام عامة يتعين إبرازها من خلال عنوانين أربعة، أولها ما يتعلّق بأثر الالتزام وثانيها يتعلّق بأوصاف الالتزام وثالثها يشمل انتقال الالتزام ورابعها يتعلّق بانقضاء الالتزام⁽¹⁾.

العنوان الأول

آثار الالتزام

عادةً ما يقع الخلط بين آثار العقد وآثار الالتزام. فأثر العقد هو نشأة الالتزام بينما أثر الالتزام هو وجوب تنفيذه. فالتصريف القانوني أو الواقع القانونية تنشئ الالتزام، في حين أن وجود الالتزام يستدعي الحديث عن مرحلة تنفيذه، وهو الأثر المباشر له. لذلك عادةً ما تميز التشريعات الحديثة بين أثر العقد وأثر الالتزام⁽²⁾. ويبدو أنّ مجلة الالتزامات والعقود أخذت نفس المنهج، حيث جاء العنوان الثاني في تعديل اللذمة بالعقود وما شاكلها انتلافاً من الفصل الثاني إلى غاية الفصل 115 م.أع، وخصصت المجلة الفصول ما بين 240 إلى 324 م.أع لأثر الالتزام تحت عنوان فيما يتربّط على الالتزامات. وبين المشرع من خلالها أشكال التنفيذ (المبحث الأول) ووسائل ضمان التنفيذ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أشكال التنفيذ

التنفيذ إما أن يكون اختيارياً *exécution volontaire* أو جبراً *exécution obligatoire* ويكون إما عيناً *exécution en nature* أو بمقابل عن طريق التعريض *exécution par équivalent*. فلكلّ التزام مدني جانب من المديونية *devoir – Schuld*، فتحمل المديونية إلى إمكانية الوفاء وجانب من المسؤولية *Haftung-engagement*، فتحمل المديونية إلى إمكانية الوفاء وتحمل المسؤولية إلى إمكانية الإجراء على التنفيذ، خلافاً للالتزام الطبيعي الذي ليس فيه إجراء وإن كان به جانب من المديونية. ويجب التمييز بعناية بين التنفيذ الجبري والتنفيذ العيني، حيث إن التنفيذ الجيري كما يمكن أن يكون عيناً يجوز، وهو الأغلب في الواقع، أن يكون بعوض. والأصل أن يكون التنفيذ اختيارياً، فإن تعذر كان جبراً

(1) مثل التشريع اللبناني حيث أورد الفصل الثاني من الكتاب الثاني (الفصل 221 إلى 247) الأحكام الخاصة بآثار العقد ثم خصص الكتاب الثاني (الفصل 249 إلى 361) للحديث عن آثار الالتزام. وكذلك فعل المشرع المصري. غير أنّ المجلة المدنية الفرنسية لم تميز بينهما وخلطت بين آثار العقد وأثار الالتزام.

يراجع في ذلك، خليل جريج: النظرية العامة للالتزامات، دار المنشورات المقرفة 1988، الجزء الرابع، ص 5 وما بعده.

العنوان الأول: آثار الالتزام

العنوان الثاني: أوصاف الالتزام

العنوان الثالث: انتقال الالتزام

العنوان الرابع: انقضاء الالتزامات

(2) اعتمد المشرع بمجلة الالتزامات والعقود نفس التنظيم فبعد أن قسمت المجلة إلى كتابين، الأول فيما تعمّر به اللذمة مطلقاً والثاني في العقود الخاصة، قسم المشرع الكتاب الأول إلى ثمانية عنوانين، في أسباب تعimir اللذمة، في تعimir اللذمة بالعقود وما شاكلها، فيما يتغير به الالتزام، في انتقال الالتزام، فيما يتربّط على الالتزامات، في بطلان الالتزامات وفسخها، في انقضاء الالتزامات، في إثبات تعimir اللذمة. وإذا كان ما يتعلق بأسباب تعimir اللذمة من عقود وغيرها يدرس في إطار مصادر الالتزام، ويدرس ما يتعلق بالإثبات في إطار نظرية الإثبات، فلم يبق إلا ما يتعلق بأوصاف الالتزام وانتقاله وأثره وانقضائه، وتلك هي صور أحكام الالتزام.

بصرف النظر عن تحقيق التبيجة، فقد تتحقق وقد لا تتحقق، ولكنّ درجة العناية تختلف من التزام إلى آخر حسب نوعية الالتزام، فبعض الالتزامات يطلب فيها مزيداً من العناية مثل العارية فيها واجب العناية أرقى، ومثل الوديعة فيها العناية أقل، وقد يكون مصدر تحديد مقاييس العناية القانون أو الاتفاق، لكنه لا يجوز الاتفاق على عدم مسؤولية المدين في صورة العمد أو الخطأ الجسيم على معنى الفصل 244 م.إع. ويطلب في التزام تحقيق التبيجة تحقيق الغاية موضوع الالتزام سواء كان عملاً محدوداً مثل البناء أو الشيشخص، ولا يغدر المدين إلا في حالة القوة القاهرة إذا اقتضتها المشعر.

3- الالتزام بالامتناع عن عمل التنفيذ الاختياري

يكون الالتزام بالامتناع عن العمل دوماً التزاماً بتحقيق نتيجة بشكل يدفع المدين دوماً إلى الإضرار عن مباشرة عمل محدد، فمن التزم بعدم المنافسة، يكفي أن يمتنع عن إثبات الأعمال الداخلية في ذلك الباب، ومن التزم بعدم العمل مع شركة أخرى، يكفي أن لا يقدم لذلك العمل، ومن التزم بعدم تقديم مسرحية في يوم محدد يكفي أن يمتنع عن تقديمها في ذلك اليوم. فبحصل التنفيذ الاختياري بمجرد تجنب ما التزم بتجنبه. لكن التنفيذ لا يحصل في جميع الصور اختيارياً، بل الأغلب أن يحمل المدين على التنفيذ، وذلك هو التنفيذ القسري أو التنفيذ الجبري أو التنفيذ بالغصب.

-التَّفْلِذُ الْجَرِي

إذا لم ينفرد المدين بالالتزام طوعاً أمكن غصبه قضاة، فإذا أمكن الغصب عيناً كان التنفيذ عيناً وإذا تعمّر الشخص العيني كان التعويض. ولا يمكن اللجوء إلى الغصب إلا بعد إنذار المدين (١)، وللمحكمة عدّة وسائل في الجبر (٢).

١-نظام الائتمان

يعتبر المدين مماطلاً إذا تأخر عن الوفاء بما التزم به في الكل أو في البعض لسبب غير صحيح⁽¹⁾. فلا يجوز للمدين التأخير عن التنفيذ إلا إذا قام العذر الشرعي قاتلنا أو اتفاقاً أو قضاءً، وباستثناء تلك الصور بعد المدين مماطلاً، ولكنه لا يعتبر كذلك إلا بعد إنذاره، والإإنذار أو الإنذار هو حالة قانونية يعتبر المدين فيها ممتعاً عن الوفاء بالتزاماته أو مقصراً في الوفاء بها⁽²⁾. فلا يجوز مباشرة التنفيذ الجبri إلا بعد إنذار، وفي الحالات المعينة وطبق الإجراءات المعمنة ليحدث الإنذار آثاره القانونية.

(١) الفصل 268 م.أ.ع.

(2) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٧٥.

أو ضياعه، ففي هذه الصورة يمكن للملك الحقيقي استرداده من الحائز حتى لو كان بحسن نية في أجل ثلاث سنوات من تاريخ الضياع أو السرقة، وحماية للمشتري في هذا الصورة الأخيرة له أن يطلب اسرجاع الشئ إذا ثبت شراء المتفق من السوق أو بمزاد علني أو من يتجزء في مثله. ويجوز له في جميع الحالات أن يحبس المتفق ويطلب الغرام إذا زاد في قيمة زيادة معتبرة. وقد أخذ المشرع التونسي بهذه القاعدة بالفضل

أما بالنسبة إلى العقارات، فإذا كانت الملكية لا تنتقل إلا بموجب الترسيم في العقارات المسجلة، فإنها تنتقل بمجرد إبرام العقد في العقارات غير المسجلة، غير أنه لا يجوز معارضة الغير بالعقد إلا بعد تسجيل المقد بالقبضة المالية على معنى الفصل 581 م.أ.ع بالنسبة إلى البيع والفصل 723 م.أ.ع بالنسبة إلى المعاوضة والفصل 1254 م.أ.ع بالنسبة إلى الشركة والفصل 1465 بالنسبة إلى الصلح، فيكون التسجيل بالقبضة حاسماً في صورة بيع العقار مرتين على سبيل المثال، بمعنى أن الملكية تنتقل لمن باهدر بالتسجيل أولاً. وقد كانت لهذه القاعدة عدة آثار سلبية من حيث الواقع، الأمر الذي دفع بعض التشريع، مثل القانون المصري، إلى اشتراط التسجيل بالنسبة إلى جميع العقود حتى تنتقل الملكية وتخلّى بذلك عن قاعدة الاحتجاج. لكنّ القاعدة ما زالت معتمدة في القانون التونسي وكذلك القانون الفرنسي بالنسبة إلى العقارات غير المسجلة.

وَمَا يَحْمِلُ فِي نِهَايَةِ الْأَمْرِ عَلَى الْمُدِينِ، وَقَدْ أَصْبَحَ نَفْلُ الْمُلْكِيَّةِ، أَثْرًا وَلَيْسَ التَّرَازِمَاءُ
هُوَ تَسْلِيمُ الشَّيْءِ، وَهُوَ التَّزَامُ بِعَمَلٍ، تَحْكُمُهُ قُوَّادُ الْإِلتَزَامِ الْأَخِيرُ الْوَارِدَةُ بِالْفَصْوَنِ
248 إِلَى 267 م.أ.ع.^(١).

2- الالتزام بعمل في التفاصيل الاختياري

الالتزام بعمل قد يشمل إنجاز عمل معين أو شيئاً محدداً، فقيام الطيب بالمعالجة وقيام المقاول ببناء مسكن ومرافعة المحامي ونقل الناقل للمسافر جمِيعها التزام بإنهاء عمل محدد، وقيام المودع بالمحافظة على الشيء ومحافظة المتسوِّغ على المكرى وتسليم البائع للبائع، جمِيعها التزام على شيء محدد. والالتزام بعمل إما أن يكون التزاماً بيذل عنابة أو التزاماً بتحقيق نتيجة. فالالتزام المحامي والطبيب والمدرس التزم بيذل عنابة، والالتزام الناقل والمقاول بإنهاء البناء والالتزام الطيب في تشخيص المرض التزم بتحقيق نتيجة. فيطلب في التزام بذل العنابة أن تبذل عنابة الإنسان العادي

(٢) يراجع الباب المتعلق باتفاقية الالتزام بموجب الوفاء بما في ذلك التسليم في إطار العنوان الرابع من هذا الكتاب في اتفاقية الالتزام.

بصرف النظر عن تحقيق النتيجة، فقد تتحقق وقد لا تتحقق، ولكن درجة العناية تختلف من التزام إلى آخر حسب توقيعة الالتزام، فبعض الالتزامات يتطلب فيها مزيداً من العناية مثل العارية فيها واجب العناية أرقي، ومثل الوديعة فيها العناية أقل. وقد يكون مصدر تحديد مقاييس العناية القانون أو الاتفاق، لكنه لا يجوز الاتفاق على عدم مسؤولية المدين في صورة العمد أو الخطأ الجسيم على معنى الفصل 244 م.أع. ويطلب في التزام تحقيق النتيجة تحقيق الغاية موضوع الالتزام سواء كان عملاً محدثاً مثل البناء أو التشخيص، ولا يعذر المدين إلا في حالة القوة القاهرة إذا اقتضاه المشرع.

3-الالتزام بالامتناع عن عمل التنفيذ الاختياري

يكون الالتزام بالامتناع عن العمل دوماً التزاماً بتحقيق نتيجة بشكل يدفع المدين دوماً إلى الإضرار عن مباشرة عمل محدث، فمن التزم بعدم المنافسة، يكفي أن يمتنع عن إتّهان الأعمال الداخلية في ذلك الباب، ومن التزم بعدم العمل مع شركة أخرى، يكفي أن لا يتقدّم لذلك العمل، ومن التزم بعدم تقديم مسرحية في يوم محدث يكفي أن يمتنع عن تقديمها في ذلك اليوم. فيحصل التنفيذ الاختياري بمجرد تجثّب ما التزم بتوجيهه. لكن التنفيذ لا يحصل في جميع الصور اختيارياً، بل الأغلب أن يحمل المدين على التنفيذ جبراً، وذلك هو التنفيذ القهري أو التنفيذ الجبري أو التنفيذ بالغصب.

بـ-التنفيذ الجبري

إذا لم ينفذ المدين الالتزام طوعاً يمكن غصبه قضاة، فإذا أمكن الغصب عيناً كان التنفيذ عيناً وإذا تعذر الغصب العيني كان التعويض. ولا يمكن اللجوء إلى الغصب إلا بعد إنذار المدين⁽¹⁾، وللمحكمة عدة وسائل في الجبر⁽²⁾.

1-نظام الإنذار

يعتبر المدين ممطلاً إذا تأخر عن الوفاء بما التزم به في الكل أو في البعض لسبب غير صحيح⁽¹⁾. فلا يجوز للمدين التأخير عن التنفيذ إلا إذا قام العذر الشرعي قانوناً أو اتفاقاً أو قضاة. وباستثناء تلك الصور يعد المدين ممطلاً، ولكنه لا يعتبر كذلك إلا بعد إنذاره. والإإنذار أو الإنذار *la demeure* هو حالة قانونية يعتبر المدين فيها ممتنعاً عن الوفاء بالتزاماته أو مقصراً في الوفاء بها⁽²⁾. فلا يجوز مباشرة التنفيذ الجيري إلا بعد إنذاره في الحالات المعينة وطبق الإجراءات المبينة ليحدث الإنذار آثاره القانونية.

أو ضياعه، ففي هذه الصورة يمكن للمالك الحقيقي استرداده من الحائز حتى لو كان بحسن نية في أجل ثلاث سنوات من تاريخ الصياغ أو المركبة، وحماية للمشتري في هذا الصورة الأخيرة له أن يطلب اسر جائع الشمن إذا أثبت شراء المتنقل من السوق أو بمزاد علىني أو من يتجه في مثله. ويجوز له في جميع الحالات أن يحبس المتنقل ويطلب الغرم إذا زاد في قيمة زيادة معتبرة. وقد أخذ المشرع التونسي بهذه القاعدة بالحصول 53 و 54 و 55 م.ح.ع.

أما بالنسبة إلى العقارات، فإذا كانت الملكية لا تتقل إلا بمحض الترسيم في العقارات المسجلة، فإنها تتقل بمجرد إبرام العقد في العقارات غير المسجلة، غير أنه لا يجوز معارضته الغير بالعقد إلا بعد تسجيل العقد بالقيمة المالية على معنى الفصل 581 م.أع. بالنسبة إلى البيع والفصل 723 م.أع بالنسبة إلى المعاوضة والفصل 7254 م.أع بالنسبة إلى الشركة والفصل 1466 بالنسبة إلى الصلح، فيكون التسجيل بالقبضة حاسماً في صورة بيع العقار مرتين على سبيل المثال، بمعنى أن الملكية تتقل لمن باشر بالتسجيل أولاً. وقد كانت لهذه القاعدة عدة آثار سلبية من حيث الواقع، الأمر الذي دفع بعض التشريعات، مثل القانون المصري، إلى اشتراط التسجيل بالنسبة إلى جميع العقود حتى تنتقل الملكية وتخلّي بذلك عن قاعدة الاحتياج. لكن القاعدة مازالت معمدة في القانون التونسي وكذلك القانون الفرنسي بالنسبة إلى العقارات غير المسجلة.

وما يحصل في نهاية الأمر على المدين، وقد أصبح نقل الملكية، أثراً وليس التزاماً، هو تسليم الشيء، وهو التزام بعمل، تحكمه قواعد الالتزام الأخير الواردة بالفصل 248 إلى 267 م.أع.⁽¹⁾

2-الالتزام بعمل في التنفيذ الاختياري

الالتزام بعمل قد يشمل إنجاز عمل معين أو شيئاً محدثاً، فقيام الطبيب بالمعالجة وقيام المقاول ببناء مسكن ومرافقه المحامي ونقل الناقل للمسافر جميعها التزام بإنتهاء عمل محدث، وقيام المودع بالمحافظة على الشيء ومحافظة المتسلّغ على المكرى وتسليم البائع للبيع، جميتها التزام على شيء محدث. والالتزام بعمل إما أن يكون التزاماً يبذل عنابة أو التزاماً بتحقيق نتيجة. فالالتزام المحامي والطبيب والمدرس التزام يبذل عنابة، والالتزام الناقل والالتزام المقاول بإنتهاء البناء والالتزام الطبيب في تشخيص المرض التزام بتحقيق نتيجة. فيطلب في التزام يبذل عنابة أن تبذل عنابة الإنسان العادي

(1) يراجع الباب المتعلق بانقضاض الالتزام بمحض الوفاء بما في ذلك التسلّم في إطار العوان الرابع من هذا الكتاب في انقضاض الالتزام.

(1) الفصل 268 م.أع.

(2) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 75.

عمومي⁽¹⁾، وما يشرطه المشرع صراحة أن يكون الإنذار كتابة، ويدخل في ذلك الباب كل ما تعتبره مجلة الالتزامات والعقود كتابة على معنى الفصل 441 م.أع بما في ذلك الحجج الرسمية والحجج غير الرسمية والرسائل التلغرافية ودفاتر الخصوم وقوائم التجار والفاتورات والتقييدات والتحرييات وغير ذلك من الحجج، ويدخل في هذا الباب الفاكس والاتصالات الحديثة مثل البريد الإلكتروني، خاصة بعد أن اعترف المشرع بالوثيقة الإلكترونية⁽²⁾. ويشمل معنى الكتابة كذلك الإعلام بتنفيذ الأحكام وكل ما

(1) يعتبر القانون الفرنسي، وكذلك القانون المصري، أن إنذار المدين هو ورقة رسمية تصاغ بمحضر رسمي، ولا يقوم مقام الورقة الرسمية حسب الفصل 1139 من المجلة المدنية الفرنسية إلا بعض الصور التي أوفر دها المشرع على سبيل الحصر مثل الحضور أمام قاضي الصلح والتنبيه على المدين والمطالبة القضائية والمحجز.

(2) يراجع الفصل 453 مكرر م.أع، كما أضيف بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 «الوثيقة الإلكترونية هي الوثيقة المكتوبة من مجموعة أحرف وأرقام أو آية إشارات رقمية بما في ذلك تلك المتداولة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن فرامتها والرجوع إليها عند الحاجة. وتعد الوثيقة الإلكترونية كثاب غير رسمي إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوقة بها ومدعمة بإمضاء إلكتروني». كما اعترف المشرع بموجب نفس القانون بالإضاءات الإلكترونية وقام بتنقيح الفصل 453 م.أع وأصبحت صياغته كما يلي: «يجب أن يكون الإضاءة يد العاقد نفسه بالسلك الكتب والطابع لا يفتر مقامه بحيث يعبر وجوده كعده. ويتمثل الإضاءة في وضع اسم أو علامة خاصة بخط يد العاقد نفسه ملجمة بالكتب المرسوم بها أو إذا كان إلكترونيا في استعمال متوازن تعريف موثوق به يضم صلة الإضاءة المذكور بالوثيقة الإلكترونية المرتبطة به». واعتبر كذلك بنفس القانون بنسخ الوثائق الإلكترونية بتنقيح الفصلين 470 و 471 م.أع، حيث نص الفصل 470 م.أع على أن «نسخ الحجج الرسمية وغير الرسمية المأخوذة من الأصل تعتبر كاصولها إذا شهد بصحتها المأمورون العموميون المأذونون بذلك بالبلدان المأذوذة بها النسخ أو إذا أقر بصحتها الطرف الم爭ع بها غده أو إذا كانت ممضاة من طرفه أو إذا تم إنجازها وفق وسائل ذئنة توفر كل الضمانات لمطابقتها لأصولها. وفي صورة عدم توفر هذه الشروط يتم عرضها على الاختبار ليبيان مدى صحتها. كما نص الفصل 471 م.أع على أن «الحجج الخاصة أو العمومية الموجودة بخزان المكاتب العمومية إذا أخذت المكلفت بها نسخا منها طبق القرارات اغتيرت كاصولها وتحري هذه القاعدة على النسخ المأخوذة من دفاتر المحاكم المستنسخ بها الحجج إذا شهد بمطابقتها لأصلها أو إذا تم إنجاز تلك النسخ وفقا للوسائل المشار إليها بالفصل المقدم. وتنطبق أحكام الفقرة السابقة إذا لم يحتفظ طرف ما أو مؤمن على الوثائق بأصل السندي وقد نسخة ثانية ودائمة لها. وتعتبر نسخة ثانية ودائمة كل مستخرج يزددي إلى تغيير في شكل السندي غير قابل للرجوع فيه مثل الميكروفيلم أو الميكروفيفش وكل وسيلة تخزن إلكتروني أو ضوئي أخرى».

يراجع النظام القانوني في الإثبات الإلكتروني والمسؤولية الإلكترونية:

-علي كحلون: الجوانب القانونية لcontrats الأنصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، نشر دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2002.

-علي كحلون: سؤولية المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية، مذكرة ليل شهادة الدراسات المعمقة في قانون الأعمال، ص 5 وما بعد.

-علي كحلون: المسؤولية المعلوماتية، إصدار مركز التحرير الجامعي 2005، ص 29 وما بعد

فالمطلوب أن يمتنع المدين عن المخالففة، وب مجرد تجاوز المتن من موضوع الالتزام يصبح التنفيذ غير ممكن، وكذلك بالنسبة إلى نقل الملكية والالتزام العمل، فيصبح التنفيذ فيما غير ممكن إذا أحال المدين الموضوع لغير الدائن أو كان الالتزام بعمل لا يمكن أن يقع إلا في وقت معين وتغافل المدين عن تنفيذ الالتزام في ذلك الوقت، كما في صورة رفع مطلب التعقيب بالنسبة إلى محامي الذي يجب أن يقع في زمن محدد، ف مجرد تجاوز أجل رفع الاستئناف أو التعقيب يصبح الالتزام غير ممكن. ولا حاجة حينذاك إلى الإنذار. ويكون التنفيذ غير ممكن كذلك إذا أصبح التنفيذ غير مجدٍ، كما إذا التزم شخص معين بإقامة إصلاحات على سرح يفترض أن يقع به احتفالات معينة في أجل محدد، فرغم أنه من الممكن إتمام الأعمال بعد تاريخ الحفل، لكن تلك الأعمال تفتقد للجدوى التي كانت سببا في الالتزام. ويكون التنفيذ غير ممكن كذلك بحكم طبيعة الأشياء، كما إذا تأخر الناقل عن إيصال المسافر أو الأثاث في وقت معقول، فلا حاجة للإنذار وقد تتحقق المخالففة. وتلحق بذلك حالات انعدام الجدوى وطبيعة الأشياء بحالة استحالة التنفيذ، ولا يجب الإنذار فيها. غير أنه من المفترض أن تكون الاستحالة مطلقة حتى يعفي الدائن من الإنذار، تجاوز الحالى فقدان الجدوى وطبيعة الأشياء، فإذا كان التنفيذ ممكناً بعد تجاوز الظروف التي من الممكن أن يقع فيها التنفيذ ويقيس الجدوى قائمة، تجاوزاً لصورة ما إذا كان بالعقد أجل محدد، يشرط الإنذار لطلب التنفيذ، لكنه يبقى للدائن طبيعة الحال طلب التعويض عن الفترة التي كان من المفترض أن ينفذ خلالها الالتزام⁽³⁾.

-إجراءات الإنذار: يجب على الدائن، في صورة غياب الأجل المحدد بالعقد أو ما يقوم مقامه، أن ينذر المدين بوجه صريح بالوفاء بما عليه، ويجب أن يكون الإنذار كتابة وقد يكون بر رسالة تلغرافية أو بمكتوب مضمون الوصول أو بطلب المدين للحضور لدى المحكمة ولو كانت غير مختصة⁽²⁾. وبذلك فرض المشرع أن يكون الإنذار كتابة من حيث المبدأ وأشار إلى بعض الحالات تقوم مقام الإنذار، ولم يشرط صيغة معينة في الكتابة، فلم يشرط أن يكون الإنذار بواسطة عدل تنفيذ على معنى أحكام مجلة الإجراءات المدنية والتجارية⁽³⁾، ويمكن قانوناً أن تتجزء شكليات الإنذار دون حاجة إلى تكيف عدل تنفيذ، معنى ذلك أن الإنذار ليس ممحوباً رسمياً يحرره مأمور

(1) تبقى الأحكام الواردة بالكتاب الأول بمجلة الالتزامات والعقود هي المادتين العامة، وذلك يعني أنه من الممكن أن ترد أحكام خاصة في باب العقود الخاصة، مثل عقد الوكالة.

(2) الفصل 269 م.أع.

(3) الفصل 5 إلى 11 م.م.ب.

-أثار الإنذار: إذا تحقق الإنذار، صراحة أو حكما، في المواطن التي اشترطها المشرع، يعده المدين مماطلاً. وهو مقدمة لازمة لجبر المدين على التنفيذ. وبعد المدين مماطلاً بعد فوات الأجل ولو لم يكن متعمداً حيث إن «عدم الوفاء بالعقد أو المطالبة فيها يوجبان القيام بالخشارة ولو لم يتعمد المدين ذلك»⁽¹⁾. ويتحمل المدين تبعاً لذلك تعويض الفرر عن التأخير وجميع مصاريف القضية سواء كان التنفيذ عيناً أو بمقابل إضافة بطبيعة الحال إلى أصل الحق. وإذا تلف الشيء الملزتم به أو تعبت به طارئ أو قوة قاهرة أثناء مطالحة المدين فالتبعة عليه⁽²⁾. أي أن المدين يتحمل تبعات المطالحة يجعله يتحمل مسؤولية هلاك العين بقوة قاهرة أو أمر طارئ، كما في صورة إذا تقاعس المدين عن تسليم الشيء بالرغم من إنذاره. وبذلك يتحمل المدين نتيجة المطالحة بتعويض الأضرار والمصاريف وتحمل تبعة هلاك العين. والمفید في جميع ذلك أنه لا يمكن اللجوء إلى وسائل الجبر في مواجهة المدين إلا بعد إنذاره طبق القانون.

2-وسائل الجبر

نص الفصل 273 م.أ.ع في فقرته الأولى على أنه «إذا حل الأجل وتاخر المدين عن الوفاء فللدان الحق أن يخصب المدين على الوفاء إن كان ممكناً». معنى ذلك أنه إذا تخلف المدين عن تنفيذ الالتزام طوعاً، فللدان أن يخصبه على التنفيذ عيناً إن كان ممكناً وإلا أمكن التنفيذ بمقابل، أي عن طريق التعويض. وتتوفر للدان دوماً وسائل الخصب والإكراه، سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة ولا يمكن للأراضي أن يلتزم عنراً للمدين إلا في صورة إمهال المدين على معنى الفصل 137 م.أ.ع.

-وسائل الجبر المباشرة: وهو أن يمكن الدائن من التنفيذ مباشرة دون طلب تدخل المدين. وأولها أن يرفع الدائن دعوة إلى المحكمة المختصة فيستصدر حكماً بالتنفيذ العيني، كأن تأمر المحكمة بالخروج من محل التزاع، ويسلم السند التنفيذي، بعد أن يصبح قابلاً للتنفيذ، إلى هياكل التنفيذ أي عدل التنفيذ الذي ينادر إلى تنفيذ الحكم، فإذا اعترض المدين يطلب عدل التنفيذ الإذن بالقوة العامة من وكيل الجمهورية، وينفذ الالتزام حيثذا قهراً تحت إشراف السلطة العامة من شرطة وحرس⁽³⁾. والصورة مماثلة في صورة الحكم بالتعويض، حيث يتولى عدل التنفيذ طلب مقدار التعويض من المدين، فإن لم يستجب يبادر مباشرة إلى عقلة أملاك المدين تحفظياً أو تنفيذياً.

(1) الفصل 277 م.أ.ع.

(2) الفصل 280 م.أ.ع.

(3) يراجع القانون عدد 29 لسنة 1995 المؤرخ في 13 مارس 1995 المتعلق بعدل التنفيذ.

يتعلق بإجراءات التنفيذ تحفظياً أو توقيضاً أو تنفيذاً. ولا تعد الكتابة المفروضة شرط صحة لإنعام الإجراء، وإنما هي وسيلة إثبات فقط. لكنه من حيث الواقع ويحكم انتشار مهنة عدل التنفيذ، فعادة ما يقع اللجوء إلى خدمات العدول لإنجاز المطلوب، فتتحقق وبالتالي إجراءات التبليغ الواردة بمجلة الإجراءات المدنية.

ويجب أن يذكر الدائن في الإنذار، مهما كانت صيغته، أنه يطلب من المدين الوفاء بما التزم به في مدة معقولة. وأنه إذا مضى هذا الأجل فإن الدائن يُعد نفسه بريئاً مما تهد به⁽⁴⁾.

ولا يعتبر إنذار الدائن للمدين بالوفاء منجزاً من الناحية القانونية إذا وقع في وقت أو في محل لا يجب فيه الوفاء⁽²⁾. وقد حددت مجلة الالتزامات والعقود بالفصل 248 إلى 267 الوقت والمحل في الوفاء بالالتزامات⁽³⁾.

ويقوم مقام الكتابة الإنذار بواسطة رسالة تلغافية أو بمكتوب مضمون الوصول أو يطلب المدين للحضور لدى المحكمة ولو كانت غير مخصصة. وبذلك وضع المشرع ثلاث حالات تقوم مقام المكتوب. وهي الرسالة التلغافية والمكتوب المضمون الوصول والمطالبة القضائية. فقد أشار المشرع بالفصل 269 م.أ.ع إلى الرسالة التلغافية كنتيجة لاعتراف مجلة الالتزامات والعقود بالتلغاف كحججة غير رسمية⁽⁴⁾، لأنها وسيلة الاتصال الوحيدة الأكبر حداًثة التي كانت متوفرة زمن تحرير مجلة الالتزامات والعقود. وقد رأينا أن الوسائل الحديثة في الاتصالات التي ظهرت أخيراً، مثل البريد الإلكتروني، يمكن أن تغير وسائل مكتوبة. وتجاوزت بذلك مجلة الالتزامات معنى الوسائل مضمونة الوصول. وتقوم، مقام الكتب، المطالبة القضائية أي تحرير عريضة الدعوى ولو كانت المحكمة غير مخصصة، لأن عدم الاختصاص لا يبطل رغبة الدائن في طلب تنفيذ الالتزام.

-علي كحلو: مجموعة القوانين المتعلقة بالمعلوماتية والاتصالات، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2001.

-علي كحلو: الاتصال والمعلومة بين الواقع والقانون، القضاء والتشريع أكتوبر 1998، ص 159.

-علي كحلو: التجارة الإلكترونية القضاء والتشريع في فبراير 2000، ص 11 وما بعد.

-علي كحلو: العقد الإلكتروني، القضاء والتشريع ديسمبر 2001، ص 43.

-علي كحلو: الإطار القانوني للمعلوماتية، القضاء والتشريع جربة 2005، ص 13. وكذلك المجلة القانونية 2005، ص 273 وما بعد و 2006 ص 98 وما بعد.

(1) الفصل 269 م.أ.ع.

(2) الفصل 272 م.أ.ع.

(3) يراجع خاصة الفصلين 259 و 262 م.أ.ع.

(4) يراجع الفصل 455 م.أ.ع.

استلزمت التبعي والمحكوم عليهم الذين دخلوا من السبعين والزوج والزوجة في أن واحد ولو بالنسبة لاستخلاص مبالغ ناتجة عنمحاكمات مختلفة وتحط مدة الجبر بالسجن إلى النصف ويمكن أن تستبدل هذه المدة مالم تتجاوز ستة أشهر بالعمل لفائدة المصلحة العامة بطلب من المحكوم عليه وذلك إذا أدى المحكوم عليه بشهادة فقر صادرة عن والي الجهة التي بها محل إقامته الاعتيادي ثبت عجزه عن الوفاء أو إذا دخل المحكوم عليه سن الستين. ولا يمكن الجمع بين هذين الصورتين. وإذا امتنع المحكوم عليه من مباشرة العمل لفائدة المصلحة العامة أو انقطع عنه بدون عذر شرعي فإنه يتم اتياج إجراءات الجبر بالسجن. ويتعلق التنفيذ لأسباب صحية أو عائلية أو عند إيداع المحكوم عليه السجن من أجل جريمة أخرى أو عند قضائه للخدمة الوطنية. على أن يبدأ احتساب المدة الجديدة من تاريخ زوال الموجب أو السبب القاطع. وإذا انتهت الجبر بالسجن بسبب من الأسباب فلا يسوغ إجراؤه من جديد لا لأجل نفس الدين ولا لأجل عقوبات سابقة عن تنفيذه إلا إذا قررت عن هذه العقوبات بسبب جملة مفاسدتها جبر بالسجن لمدة أطول من المدة التي تم قضاؤها. وفي هذه الحالة يجب خصم مدة السجن السابقة من مدة الجبر الجديدة. على أنقضاء مدة جبر بالسجن لا تبرأ ذمة المحكوم عليه من المبالغ المحكوم بها التي نفذ بموجبها الجبر بالسجن⁽¹⁾.

أما التهديد المالي *astreinte*, فهو أن تلزم المحكمة المدين بالتنفيذ العيني وإذا امتنع تلزمه بدفع غرامة تهديدية. وعادة ما يتعذر على الدائن التنفيذ بنفسه بل لا ينتهي التنفيذ العيني في هذه الصورة، وهو لا يزال ممكنا، إلا بتدخل شخص المدين نفسه. ففي هذه الصورة تلزم المحكمة المدين بالتنفيذ، بطلب من الدائن، فإن تأخر أو رفض ألزم بدفع غرامة تسمى بالغرامة التهديدية لأنها وجدت لتدفع المدين إلى التنفيذ بطريق غير مباشر، كأن يلزم المدين بدفع مبلغ معين عن كل يوم تأخير في الإنجاز، إضافة إلى ما يمكن أن يطالب به الدائن من تعويض في نهاية الأمر في صورة رفض التنفيذ، إذا كان مقدار الغرامة التهديدية لا يرقى إلى مستوى كامل التعويض.

وما يميز الحكم بالتهديد المالي أنه حكم وقت تهديدي، ولهذا الغرض فهو لا يتصل بقوة حجية الأمر المقضي به ولا يجوز تنفيذه، ولا يجوز الطعن فيه من حيث البدأ، وإنما يرجع إلى المحكمة الأصلية في صورة عدم التنفيذ لطلب مقدار التهديد والتعریض النهائي، وهذا الحكم هو القابل للتنفيذ في نهاية الأمر. وتكون أهمية الحكم بغرامة التهديد في أنها تجعل التعریض النهائي أعظم شأنًا بحكم إصرار المدين على

(1) على كحولون: دروس في الإجراءات الجزائية، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2009.
على كحولون: التعليق على مجلة الإجراءات الجزائية التونسية، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص،

وفي صورة المعارضة يستجدي عدل التنفيذ بالقوة العامة بعد الإذن له من قبل وكيل الجمهورية طبق القانون. وقد تسمح المحكمة للدائن نفسه بتنفيذ الالتزام ويرجع بعد ذلك على المدين بالمصاريف، وقد يقوم الحكم مقام تنفيذ الالتزام، كما أن يقوم الحكم مقام عقد الملكية في صورة رفض المدين تحرير الكتب النهائي أو التكميلي، فيعني الدائن من طلب تدخل عدل التنفيذ.

-وسائل الجبر غير المباشرة: وهو أن تفرض على المدين جملة من وسائل الضغط في اتجاه دفعه للتنفيذ، ويكون ذلك إما عن طريق الإكراه البدني أو التهديد المالي.

ويرى الإكراه البدني بالسلطة الواقعية على جسد المدين نتيجة عدم تنفيذه للالتزام. وقد كانت الصورة في القانون الروماني تقضي التنفيذ على شخص المدين، فيحق للدائن أن يسترق المدين ويحبسه أو يقتله. وقد بقيت هذه الصورة على حالها قبل أن يتحول التنفيذ على الذمة المالية عوضاً عن جسد المدين. ومع ذلك انتقلت إمكانية سجن المدين إلى المجلة المدنية الفرنسية، ولا يمكن أن يتضمن المدين من تهديد السجن إلا في صورة إذا تنازل عن جميع أمواله. ولم تعتمد مجلة الالتزامات والعقود اتجاه الإكراه البدني ضد المدين، لكن المشرع وبصفة استثنائية جدًا اعتمده في دين التفقة وجراية الطلق واستخلاص الخطايا المحكوم بها جزائيا. فقد نص الفصل 53 مكرر م.أ.ش على أن «كل من حكم عليه بالتفقة أو بجراية الطلق قضى عدداً شهرياً دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطبة من مائة دينار إلى ألف دينار. والأداء يوقف التبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب».

وهذه هي جريمة إهمال غلال أو جريمة عدم دفع التفقة وجراية الطلق، ووجهها أن يصدر حكم التفقة وينقاض المدين وهو الزوج عن دفع معيتها أو يصدر حكم الطلق محلهما لجراية الطلق لفائدة المطلقة ويمتنع الزوج عن أداء قيمتها في الأجال المحددة. أما بالنسبة إلى استخلاص الخطايا فقد جاءت الفصول 343 إلى 348 م.إ.اج كما هي منقحة بموجب القانون عدد 90 لسنة 1999 المؤرخ في 2 أكتوبر 1999 في

تحديد نظامه وهو المعروف بظام الجبر بالسجن، فاستخلاص الخطيبة والمصاريف لصندوق الدولة من مكاسب المحكوم عليه وعند الاقتضاء عن طريق الجبر بالسجن أو العمل لفائدة المصلحة العامة بطلب من المعنى بالأمر يقدم للنيابة العمومية. وينفذ الجبر بالسجن بحساب يوم واحد عن كل ثلاثة دنانير أو جزء الثلاثة دنانير على أن لا تزيد مدةه على عامين. وتنفذ عقوبة العمل لفائدة المصلحة العامة بحساب ساعي عمل عن كل يوم سجن على أن لا تتجاوز مدة العمل القصوى ثلاثة ساعات. ولا يسوغ إجراء الجبر بالسجن أو العمل لفائدة المصلحة العامة ضد المسؤول مدنياً والقائم بالحق الشخصي والمتحكم عليهم الذين سنهما درن ثمانية عشر عاماً كاملاً وقت ارتكابهم للأفعال التي

العوممية . وياستثناء هذه الصورة تبقى القاعدة نسبية بمعنى أنه، وفي غياب الاتفاق أو النص القانوني، يمكن إعطاء أجل معقول لتنفيذ الحكم مع اتخاذ الاحتياطات الكبرى وعدم وقوع ضرر فادح للدائن وذلك عندما يبين المدين أن الأجل المذكور يسهل له الخلاص حيث يمكن له افتراض ما تحت شروط أحسن من القديمة أو عندما يتبين أن عدم التنفيذ سيء خارج عن إرادته، ولا يقتضي القاضي بالإمبال إلا إذا ثبت المدين أن التأخير من شأنه أن يسهل الوفاء أو أنه كان بسبب خارج عن إرادته ويشترط أن لا يحدث هذا التأخير ضررا بالدائن، فلا بد أن تحافظ المحكمة على مصلحة الدائن كما تحافظ على مصلحة المدين ولا بد أن تذكر المحكمة بنتص الحكم سبب إستادها لهذا الأجل أي أن واجب التعليل محمول على المحكمة في هذه الصورة، فهو قرار معلل . وعلى كل حال لا يمكن أن يفوق أجل الإمبال عاما واحدا وهو غير قابل للتتجديد . وببدأ الأجل في السريان بداية من يوم الإعلام بالحكم . وإذا ثبت أن المدين أخفى الحقيقة وتلاعب في شروط الإمبال وقدم معطيات خاطئة أو أنه أفلس بحل الدين وجوبا . ويتحقق بنظام الإمبال ما يعرف بـ*تقسيط الدين* فالقاضي أن يرخص للمدين أن يخلص دينه بدفعات متراكمة، بمعنى أن يقسّط الدين إلى أجزاء تكون سهلة الدفع، ويختضع هذا النظام لنفس شروط الإمبال .

ويتباخص من ذلك أن التنفيذ الجبري يمكن أن يكون عيناً كما يمكن أن يكون بم مقابل، مباشراً أو غير مباشراً، ويلزم القاضي نفسه إلا في صورة إمهال المدين أو تقسيط الدين على معنى الفصل ١٣٧ م.أ.ع .، وسواء كان التنفيذ رضائياً أو غصباً، فهو يأتي على صورتين، إما أن يكون عيناً أو بم مقابل.

الفقرة الثانية، التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل

التنفيذ العيني هو الأصل (أ)، فإن تعذر كان التنفيذ بمقابل (ب).

أ- التنفيذ العيني
التنفيذ العيني أن ينفذ الالتزام عيناً بمعنى أن ينفذ حسب موضوعه دون عوض، فيؤدي المدين عين ما التزم به . وهو الأصل في التنفيذ . وقد يكون صلحاً واحتياطاً فإن تعذر كان جبراً وقهراً طبقاً لإجراءات التنفيذ الجيري . ويحدث التنفيذ العيني بكيفيات متعددة حسب نوعية الالتزام (٢)، إذا ما توفرت الشروط الأولية (١) .

١- شروط التنفيذ العيني

نص الفصل ٢٧٣ م.أ.ع على أنه «إذا حل الأجل وتأخر المدين عن الوفاء قلل الدائن الحق أن يغصب المدين على الوفاء إن كان ممكناً . وإن فسخ العقد مع أداء ما تسبب عن

عدم التنفيذ، فلا شك في أن التعويض النهائي سيكون أرفع بكثير مقارنة بصورة ما إذا طلب الدائن منذ البداية التعويض عن عدم التنفيذ دون اللجوء إلى غرامة التهديد . وللم تأت مجلة الالتزامات والعقود بنص عام في باب عدم تنفيذ الالتزامات، ولكن ذلك لا يعني أن الطلب لا يصح فيه، بل العكس هو الصحيح . ويمكن أن تجد المحكمة سندها في الأحكام العامة الواردة سواء بمجلة الالتزامات والعقود مثل الفصل ٥٣٥ م.أ.ع أو بمجلة المرافعات المدنية (٤)، وقد وقع العلم أن الغرامة التهديدية كانت سريان عمل جاء به فقه القضاء بفرنسا بدون أن يكون هناك سند قانوني (٢) . وقد سارت بعض التجارب على هذا المنوال إلى أن اعتمد النص القانوني (٣) . ولا شك أنه بالإمكان للقضاء في تونس أن يكون له هذا الدور الاجتهادي في اعتماد إجراء الغرامة التهديدية مادام الآخر طيباً . هنا وقد نصت بعض النصوص الخاصة، تجاوزاً لأحكام مجلة الالتزامات والعقود، على إمكانية المحكمة في اللجوء إلى التهديد المالي (٤) .

-إمهال المدين: لا يجوز للمحكمة من حيث المبدأ أن تمهل المدين أو أن تجعل أجلاً مؤخراً في التنفيذ إذا رفع الدائن طلبه في اتجاه جبر المدين سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إلا إذا نص القانون صراحة على هذه الإمكانية أو اقتضتها الاتفاق، وحتى لو نص القانون أو الاتفاق على أجل فليس له أن يعدله من حيث المبدأ زيادة أو نقصاناً، فليس للقاضي أن يضرب أجلاً لعقد أو يمهله على وجه الفضل إذا لم يكن بمقتضى العقد أو القانون . وليس له أن يمد في الأجل الذي حدده العقد أو القانون ما لم يكن مأذوناً في ذلك من القانون «كما جاء بالفصل ١٣٧ م.أ.ع . وتقى هذه القاعدة مطلقة بالنسبة إلى استخلاص الديون الراجعة إلى الدولة أو إلى البلدية أو إلى المؤسسة

(١) نص الفصل ٥٣٥ م.أ.ع على أنه إذا تعذر الحكم بعض صریح من القانون اعتبر القياس فإن يقى شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون.

(٢) اعتمد فقه القضاء بمصر على أحكام الفصل ١٠٣٢ من المجلة المدنية الذي ينص على أنه «يجوز للمحاكم، في القضايا التي تعرض عليها، وتمثلاً مع ما توجيهه الظروف من الخطورة أن تصدر أوامر ولو من تلقها نفسها، وأن تتم أوراقاً مكتوبة تعلن أنها قد تضحيت بذلك، وأن تأمر بطبع أحكامها ونشر هذه الأحكام» . ورغم أن هذا الفصل ليس له علاقة بمادة الالتزام بل له علاقة بإدارة الجلة، ومع ذلك استند عليه في خلق هذه المؤسسة الجديدة وطور العمل بها في غياب النص الواضح.

(٣) مثل الفصلين ٢١٣ و٢١٤ من التقنين المدني المصري، والفصل ٢١٤ إلى ٢١٥ من القانون المدني السوري . وقد كان فقه القضاة بمصر، قبل صدور النص الجديد، يعتمد على أحكام المادة ٢٩ / ٣٤ من التقنين المدني التي كانت تجيز للقاضي إذا لم يجد نصاً في القانون إلى يحتمل إلى قواعد العدل.

سليمان مرقس، أحكام الالتزام، دار الكتب القانونية شتات، المنشورات القانونية صادر، الطبعة الثانية، ص ١٢٩.

(٤) نص الفصل ٤٠١ من المجلة الديوانية الصادرة بمرجع القانون عدد ٣٤ لسنة ٢٠٠٨ المورخ في ٢ جوان ٢٠٠٨ على إمكانية المحكمة في القضاء بالغرامة التهديدية وحدد الفصل نظام هذا الإجراء.

على خلاف الصورة الأولى، وهو أن يكون بالإمكان التنفيذ العيني في جميع الالتزام، فليس له الخيار في طلب التنفيذ بالتعريض في هذه الصورة، فلا يتحقق له إلا طلب التنفيذ عيناً.

2- كيفية التنفيذ العيني

يختلف التنفيذ باختلاف طبيعة الالتزام سواء كان التزاماً بعمل أو التزاماً بالامتناع عن عمل.

بالنسبة إلى الالتزام بعمل: نص الفصل 275 م.أ.ع على أنه «إذا التزم أحد بعمل شيء طر McB بالخسارة عند عدم العمل، فإن كان الالتزام لا يتوقف إتمامه على ذات الملتزم جاز للملتزم له أن يجريه بواسطة غيره من مال المدين بغير أن يتتجاوز القدر اللازم للتنفيذ، فإن تتجاوز مائة دينار لزم الدائن استثناء القاضي». معنى ذلك أن المدين يمكن أن يطالب بإنهاء العمل بنفسه ويمكن كذلك أن يتولى الدائن بنفسه التنفيذ عيناً دون تدخل المدين وأنه يمكن لحكم القاضي أن يقوم مقام التنفيذ العيني. فالطبيعي أن يقوم المدين بنفسه بتنفيذ الالتزام، لكنه إذا تقاضى مكتن المشرع الدائن من التنفيذ بنفسه أو يتکلّف الغير ويشرط الإذن المسبق من المحكمة إذا تجاوزت الأشغال مائة دينار، ويتحقق له أخيراً مطالبة المدين بما صرفه، كما في صورة الإضرار بملك الغير نتيجة تسرب المياه، فيجوز للجهاز تكليف من يتولى إصلاح الخلل ويرجع على المدين بالمصاريف التي أثقلها، لكنه لا يمكن للدائن أن يتولى هذه الأشغال بنفسه إلا إذا كان لا يتوقف إنجازها على شخص المدين، كما في صورة إقامة حفل أو رسم لوحنة زيتية، أو تحرير عقد، ففي هذه الحالة يمكن رفع الدعوى أمام القضاء ويمكن للمحكمة أن تأذن بالتنفيذ العيني أو أن تقوم الحكم مقام التنفيذ العيني، كما في صورة رفض تحrir كتب تكميلي أو تحرير كتب نهائي بعد حلول أجل الوعد، فإنه عادة ما تقضي المحكمة بالالتزام المدين بتحrir الكتب في أجل معين وإقام المحكمة مقام الكتب.

والواضح أن الفصل 275 م.أ.ع يشمل الالتزام بتحقيق نتيجة أي باتمام عمل معين، أما إذا كان الالتزام في بدل عنابة، فعادة ما يكون شخص المدين محدداً في تنفيذ الالتزام عيناً وأن تأثره عن التنفيذ لا يسمح للدائن بالتنفيذ بمقابل هو الأغلب.

- بالنسبة إلى الالتزام بالامتناع عن العمل: نص الفصل 276 م.أ.ع على أنه «إذا كان موضوع الالتزام النهي عن عمل شيء فالملتزم مطلوب بالخسارة بمجرد مخالفته لذلك وحيثذا يسوغ للملتزم له أن يطلب إذن القاضي يزاذه ما أجراء الملتزم المذكر ومصاريف ذلك من مال المخالف». معنى ذلك أن التنفيذ العيني في

ذلك من الخسارة في كلتا الحالتين، فإن كان الوفاء لا يتيسر إلا في البعض جاز للدائن إما طلب الوفاءجزئي أو فسخ العقد مع تعويض الخسارة في كلتا الحالتين وتجري في المماطلة القواعد المقررة بالعقود الخاصة»، معنى ذلك أنه إذا كان بالإمكان التنفيذ عيناً بصفة جزئية يمكن للدائن أن يقبل بهذا التنفيذ العينيالجزئي ويطلب بالتعويض فيباقي، لكنه يمكن أن لا يرضي بالتنفيذ العينيالجزئي ويطلب التعويض في الكل. فله الخيار حيثذا في هذه الصورة،

-تأخر المدين عن الوفاء: يؤخذ من ظاهر النص أن التنفيذ العيني لا يحصل إلا إذا تأخر المدين، وهذا ما يحدث غالباً في أغلب الحالات، وبعد المدين متأخراً عن التنفيذ إذا انقضى الأجل المعين وإذا لم يكن هناك أجل فبعد إنذاره من قبل الدائن ودعوته للتنفيذ في أجل معين. ولكنه من الممكن اللجوء إلى التنفيذ العيني قبل فوات الأجل وبدون غصب، فلا يحتاج الدائن حيثذا إلى إنذار المدين. وقد بيّنت الفصول 268 إلى 272 م.أ.ع طريقة الإنذار وصورة وإجراءاته.

- طلب الدائن التنفيذ العيني: على الدائن أن يطلب التنفيذ عيناً سواء رضائياً أو عن طريق القضاء برفع الدعوى. وليس للمدين أن يرفضه بغيره بداله التعريض؛ فطالما كان التنفيذ عيناً ممكناً يلزم المدين بالتنفيذ العيني وليس له الخيار في دفع المقابل عوضاً عن العين. كما أنه للمدين عرض التنفيذ العيني وليس للدائن رفضه والمطالبة بالمقابل، فلا يقوم الخيار للدائن أو للمدين. ولكن هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام فيجوز باتفاق الطرفين، الدائن والمدين، طلب التنفيذ بمقابل بدل التنفيذ العيني، ولا تقوم هذه الإمكانيّة إلا برضاهما الطرفين.

-إمكانية التنفيذ العيني: لا يمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني إلا إذا كان التنفيذ ممكناً غير مستحيل. ويكون التنفيذ مستحيلاً إذا هلك العين أو اقتضت الصورة تدخل شخص المدين في تنفيذه، فليس للدائن في هذه الصورة إلا التنفيذ بمقابل. ولكنه إذا كان التنفيذ العيني ممكناً فليس للمدين الخيار، كما تقدم. وقد اتجهت التشريعات الحديثة تأثيراً بالمدرسة الألمانية ونظرية الفرودة في القانون المدني إلى أن المدين بإمكانه عرض البديل إذا لم يكن التنفيذ مستحلاً وإنما مكلفاً ومرهقاً بالنسبة إليه ولا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً. غير أن مجلة الالتزامات والعقود سكتت عن هذا الشرط وذهب قده القضاء تحت غطاء قاعدة إلزامية الالتزامات إلى عدم الأخذ بنظرية الفرودة، لكن المشرع يدوّنه أنه أخذ بالاستحالة الجزئية بالفقرة الثانية من الفصل 273 م.أ.ع «فإن كان الوفاء لا يتسرّ إلا في البعض جاز للدائن إما طلب الوفاءجزئي أو فسخ العقد مع تعويض الخسارة في كلتا الحالتين وتجري في المماطلة القواعد المقررة بالعقود الخاصة»، معنى ذلك أنه إذا كان بالإمكان التنفيذ عيناً بصفة جزئية يمكن للدائن أن يقبل بهذا التنفيذ العينيالجزئي ويطلب بالتعويض فيباقي، لكنه يمكن أن لا يرضي بالتنفيذ العينيالجزئي ويطلب التعويض في الكل. فله الخيار حيثذا في هذه الصورة،

1- شروط التنفيذ بمقابل

لا يصبح التنفيذ بمقابل إلا إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلة، ويصبح التنفيذ العيني مستحيلة إذا هلك العين أو انتقل إلى القير فيما يتعلق بنقل الملكية أو إذا كان التنفيذ في التزام العمل يتوقف على شخص المدين ورفض التنفيذ ولم تفلح إجراءات التهديد المالي أو إذا خالف المدين التزام المنع. ففي هذه الصور فقط يصبح التنفيذ مستحيلة فيطلب الدائن التنفيذ بالتعويض.

ويجب أن تكون الاستحالة مطلقة بمعنى أن التنفيذ يباشر عيناً حتى لو كان مرهاً للدين، ولا تتحقق الاستحالة المطلقة إلا في الصور المذكورة. معنى ذلك أنه تجاوزوا تلك الحالات في الاستحالة فإن التنفيذ عيناً يكون ملزماً.

ولا يمكن للدائن ترك التنفيذ العيني لطلب التنفيذ بمقابل. ولا يحق له ذلك إلا إذا كانت الاستحالة جزئية بمعنى أن يكون التنفيذ عيناً جائزًا بصفة جزئية فيتحقق له في هذه الصورة طلب التنفيذ عيناً في الجزء والتعويض في البقية أو طلب المقابل في الكل، وتلك هي الصورة الوحيدة التي يقوم فيها الخيار. وذلك ما يتيسر فهمه من الفصل 273 وما في فقرته الثانية «فإن كان الرقاء لا يتيسر إلا في البعض جاز للدائن إما طلب الرفاء الجزئي أو فسخ العقد مع تعويض الخسارة في كلتا الحالتين...». وهذا التعويض المشحق يكون بمثابة التعويض عن عدم التنفيذ العيني ذاته سواء بصفة كافية أو جزئية .
dommages-intérêts compensatoires

ولكن المدين يمكن أن يتأخر عن التنفيذ دون أن يمتنع التنفيذ العيني أخيراً فيتحقق للدائن في هذه الصورة طلب التعويض عن التأخير .
dommages-intérêts moratoires وهو بمثابة عدم التنفيذ الجزئي، لأن «التنفيذ الكامل هو الذي يتم في موعده»⁽¹⁾. ويمكن للدائن أن يجمع بين التعويض عن التأخير والتعويض عن التنفيذ العيني ذاته، أو بين التعويض عن التأخير والتنفيذ العيني .

ويمكن التنفيذ بمقابل مهما كان مصدر الالتزام سواء التصرف القانوني أو الواقعية القانونية، فإذا تعلّر تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً أو تأخر المدين في التنفيذ، على ما تقدم، قامت المسئولية التعاقدية، وأمكن للدائن طلب التنفيذ بمقابل. وإذا كان المصدر قيام المدين بعمل غير مشروع أو خالف الضوابط القانونية، قامت المسئولية التقصيرية⁽²⁾،

(1) سليمان مرقس، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 147.

(2) أغلب صور المسؤولية التقصيرية تتفق تعويضاً بما في ذلك مخالفة واجب عدم الإضرار يجعل التنفيذ العيني مستحيلة، وبغض النظر عن التنفيذ عيناً بالنسبة إلى بعض الالتزامات القانونية مثل الالتزام بالنفقة والالتزامات المقديمة على معنى أمر 18 جريمة 1957 المتعلقة بترتيب المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم.

الالتزام بالامتناع عن العمل يتحقق بامتناع المدين نفسه عن القيام بالعمل الممنوع، فإذا التزم التاجر بعدم منافسة من اشتري الأصل التجاري منه، يتحقق التنفيذ العيني إذا لم تصدر عن البائع بوارد المنافسة. أما إذا أخل بالالتزام، فلا يمكن التنفيذ عيناً، فلا وجود لتنفيذ عيني بالنسبة إلى مخالفة الالتزام بالامتناع عن العامل، نظراً لاستحالة التنفيذ العيني، وإنما يجوز في هذا الصورة التنفيذ بمقابل فقط. وبأي طرق التنفيذ بالتعويض في هذا الالتزام على نوعين، إما أن يكون نقدياً أو يكون عيناً، فتحتاج حياله عن التعويض العيني، والفرق بينه وبين التنفيذ العيني، أن التنفيذ العيني يحصل قبل القيام بالمخالفة، أمّا وقد وقعت فلا سبيل إلا إلى التعويض العيني، ووجهها أن يستأنف الدائن من القضاء لإزالة ما قام به المدين ومصاريف ذلك على المدين. ويلاحظ أن المشرع مكن الدائن من التنفيذ بالتعويض العيني مباشرة بعد استئناف القاضي على خلاف بعض التشريعات التي منع الدائن من أن يستأنف حقه *se faire justice* بنفسه مخافة من ردة المدين على تصرف الدائن وما قد يحصل من عنف. ولكن الدائن على كل حال لا يمكن أن يباشر التعويض العيني طبق الفصل 276 م.إع إلا بعد الحصول على الإذن، وهو في نهاية الأمر من قبل السلطات القضائية غير الحكيمية التي يمكن تنفيذها طبق الضوابط الواردة بمجلة المرافعات المدنية بالفصل 213 إلى 223 م.م.ت. ولا بد قبل إسناد هذا الإذن أن يتحقق القاضي من توفر ظروف السلامة المطلوبة في مثل هكذا صور. ولا يمكن كذلك أن يستند هذا الإذن إذا كان التعويض العيني مكلفاً ومرهقاً بالنسبة إلى المدين، كما في صورة إذا تجاوز المدين في البناء جزءاً يسيراً. ويبقى التعويض النقدي هو الملجأ في صورة عدم إمكانية التعويض العيني، ويمكن في بعض الأحيان أن لا يكون التعويض العيني كافٍ فيطلب الدائن ترميم الضرر بتعويض نقدي إلى جانب ما سبق من تعويض عيني. وقد يمكن للدائن مباشرة التماس القضاء طبق إجراءات المواجهة، سواء طبق الإجراءات الاستجعالية أو الأصلية، تجاوزاً لإجراءات الإذن، لطلب ما تقدم. فيصدر الحكم في الغرض، وهو من قبل السلطات القضائية الحكيمية، ويسعى الدائن إلى تنفيذه في نهاية الأمر.

ب- التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض
التنفيذ بمقابل équivalent أو بطريق التعويض par exécution par équivalent هو التنفيذ الذي يقوم بذلك التنفيذ العيني، وبخضوع التعويض فيه إلى شروط (1) وله طريقة معينة في التقدير (2).

مخالفة للالتزام إذا كان جائزًا، ويكون التنفيذ في هذه الصورة بالمقابل العيني، وهو من قبيل التعريض العيني⁽¹⁾.
وبناءً على القول إن التنفيذ بمقابل يمكن أن يكون رضائياً كما يمكن أن يكون فهراً.
والأغلب أن يكون فهراً، وتلك نقطة لها علاوة بمسألة كيفية التنفيذ بمقابل.

2-كيفية التنفيذ بمقابل

إذاً ما أقيم الدليل على توفر شروط استحقاق التعريض، وقد تقدم القول في ذلك، تبقى مسألة تقديره، التي لا تخرج عن ثلاث طرق: التعريض القضائي، والتعريض القانوني، والتعريض الاتفاقي، ويستوي الأمر في ذلك سواء كانت الطلبات مؤتمنة على أساس تعاقدي أو تصريرية.

-التعريض القضائي: فالبماً أن يكون التعريض قضائياً، يعني أن يخضع تقدير التعريض لاجتهاد القاضي، وهو حرج في ذلك بشرط التعليل⁽²⁾. والأصل في ذلك أن يكون التعريض كاملاً، يعني أن تقترب قيمة التعريض بحقيقة الضرر، على أن لا يتجاوز

(1) ويجب تميز معنى التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل عن معنى الفسخ. فلا يقوم الفسخ إلا بالنسبة إلى الالتزامات التعاقدية المترتبة وفي حالة استحالة التنفيذ، وإذا كان من الممكن للدائنين طلب التعريض عن التأخير مع الفسخ إذا استحال التنفيذ العيني نهاية، فإنه لا يجوز له طلب الفسخ إذا أصبح التنفيذ العيني جائزًا ولو بقيت الامكانية قائمة في طلب التعريض عن التأخير، فليس للدائنين الخيار في طلب الفسخ أو عدم طلبه، ولا يتحقق هذا الخيار على ما ورد بالفصل 273 م.أع إلا إذا كانت هناك استحالة جزئية.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 6625 الصادر بتاريخ 26 فبراير 1952 مجلة القضاء والتشريع 1960 عدد 8 و 10.

قرار مدني عدد 437 مؤرخ في 16 جانفي 1961 مجلة القضاء والتشريع عدد 7 1962 ص - 28
يجب بيان العناصر التي اعتمدت لتقدير معين الغرامة المادية⁽³⁾.

قرار جناحي تعقيبي عدد 1987 مؤرخ في 8 فبراير 1962 مجلة القضاء والتشريع عدد 7 لسنة 1965 ص 5 «تقدير مبلغ التعريض عن ضرر ثالث عن حجة غير خاضع لرقابة محكمة التعقب ما دام هذا التقدير في حدود الضرر الناشئ مباشرة عن تلك الجهة».

قرار تعقيبي عدد 8209 مؤرخ في 25 أكتوبر 1971 مجلة القضاء والتشريع عدد 8 لسنة 1972 ص 59- 1129- إن تحديد مقدار الغرم وإن كان في آخر الأمر راجعاً إلى اجتهاد حكم الأصل إلا أنه مع ذلك يجب على زائر العناصر التي لا يحظوا في ترفع مقداره حتى يكون اجتهادهم مبنياً على اعتبارات منطقية مقبولة تجيئهم وصمة الاعباط في التقدير، ولا يمكن مثلاً القول أن مقدار الغرم المحکوب به ابتدائياً زهيد بدون توضیح العناصر المعتمدة في التقدير».

ويراجع كذلك القرار التعقيبي عدد 5565 مؤرخ في 27 ماي 1970 مجلة القضاء والتشريع عدد 8 لسنة 1970 ص 829- 89-.

قرار تعقيبي مدني عدد 11319 الصادر بتاريخ 16 ماي 1985 نشرية محكمة التعقب 1985 ص 223.

قرار تعقيبي عدد 19090 المؤرخ في 6 جانفي 1988 نشرية محكمة التعقب 1988 ص 306.

وإذا تختلف المدين عن التنفيذ أو أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بمخالفة واجب عدم الإضرار استحق الدائن التنفيذ بمقابل، وهو الأغلب في الواقع.

على أنه يجب التمييز بعناية بين شروط المسؤولية، وشروط التنفيذ بمقابل، فتسري شروط المسؤولية سواء كانت تعاقدية أو تصريرية على ما يجب في أحكام هذه المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سبية، مع الوعي باختلاف الأنظمة في ذلك، عندما يتقلب عبد الإثبات مع إمكانية إثبات العكس أو خلافه وغياب وكن الخطأ أصلاً، ولكن التنفيذ بمقابل يوجب بداية التأخير في الوفاء بالالتزام أو عدم الوفاء به وأن يقوم الدائن بإذار المدين مع وعي الصور التي لا يجب فيها الإنذار على ما تقدم من شرح وتفصيل⁽⁴⁾.

ولا يشترط في التنفيذ بمقابل أن يكون المدين متعدداً في عدم الوفاء أو المماطلة، وقد نص الفصل 277 م.أع على أنـ«ـعدم الوفاء بالعقد أو المماطلة فيه يوجبان القيام بالخسارة ولو لم يتم الدائن ذلك»، بل يكفي أن يتاخر المدين عن الموعد أو أن يصبح التنفيذ العيني مستحيلاً على ما تقدم، ولم يكن للمدين غافر في ذلك وهذا هو السبب الصحيح الذي قصدته المشرع بالفصل 268 م.أع، أي الحادث المفاجئ والقوة القاهرة و فعل الدائن و فعل الغير، أي أن المدين يمكن أن يدفع عنه التنفيذ بمقابل إذا أثبت أن عدم التنفيذ العيني في وقته أو تأخيره كان نتيجة لتلك الحوادث، ولكنه إذا تأخر المدين ولم يكن له عذر وتف الشيء الملزم به أو تعيب بسبب طاري أو قوة قاهرة أثناء مماطلة المدين فالعليه عليه، وذلك نتيجة لتبسيه في التأخير، ولزمه المدين في هذه الصورة الأخيرة قيمة وقت حلول الأجل فإن لم يأت الطالب بحججة في القيمة وجب تقديرها على مقتضى ما يصفه المطلوب إذا لم يتيسر وجه آخر بشرط أن يكون الوصف مشبهها تعصده اليمين فإن امتنع المطلوب من أداء اليمين فالقول قول الطالب بيمينه.

ويمكن أن يكون التنفيذ بمقابل تقدماً أي بالمال كما يمكن أن يكون التعريض عينياً، والأصل أن يكون التعريض بالمال، لكن الالتزام السليبي أي بعدم القيام بالعمل يحمل بالضرورة إلى عدم إمكانية التنفيذ العيني إذا ما خالف المدين المنع، كما في صورة مخالفة المدين لواجب عدم البناء. فيجوز في هذه الصورة إثلاف ما قام به المدين عيناً

(1) قد تتبين شروط التنفيذ بمقابل بشروط أحكام المسؤولية التعاقدية، لأن هذه المسؤولية لا تغدو إلا باعذار المدين واستحالة التنفيذ العيني، على خلاف المسؤولية التصريرية التي تقوم إجمالاً بمجرد مخالفة واجب عدم الإضرار الذي ليس فيه إذار، فيخلص طلب التعريض بمجرد توفر شروط المسؤولية، وعلى ذلك الأساس كثيراً ما تختلط شروط المسؤولية بشروط التنفيذ بمقابل، والبعض لا يحاول أصلاً الإشارة إلى هذا التمييز الدقيق، وإن كان الفصل نظرياً يبقى ممحاناً.

مخالفة للالتزام إذا كان جائزًا، ويكون التنفيذ في هذه الصورة بالمقابل العيني، وهو من قبيل التعرض العيني^(١). وسبق القول إن التنفيذ بمقابل يمكن أن يكون رضائيا كما يمكن أن يكون قهرا. والأغلب أن يكون قهرا، وتلك نقطة لها علاقة بمسألة كيفية التنفيذ بمقابل.

2-كيفية التنفيذ بمقابل

فيما أقام الدليل على توفر شروط استحقاق التعرض، وقد تقدم القول في ذلك، تبقى مسألة تقديره، التي لا تخرج عن ثلاث طرق: التعرض القضائي، والتعرض القانوني، والتعرض الاتفاقي. ويستوي الأمر في ذلك سواء كانت الطلبات مرتبطة على أساس تعاقدية أو تقصيرية.

-التعرض القضائي: فالمعنى أن يكون التعرض قضائيا، بمعنى أن يخضع تقدير التعرض لاجتياز القاضي، وهو حز في ذلك بشرط التعليل.^(٢) والأصل في ذلك أن يكون التعرض كاملا، بمعنى أن تقترب قيمة التعرض بحقيقة الضرر، على أن لا يتجاوز

(١) ويجب تمييز معنى التنفيذ الجيري والتنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل عن معنى الفسخ. فلا يقوم الفسخ إلا بالنسبة إلى الالتزامات التعاقدية المقابلة وفي حالة استحالة التنفيذ. وإذا كان من الممكن للدائنين طلب التعرض عن التأخير مع الفسخ إذا استحال التنفيذ العيني نهاية، فإنه لا يجوز له طلب الفسخ إذا أصبح التنفيذ العيني جائزًا ولو بقى الإمكانيّة قاعدة في طلب التعرض عن التأخير، فليس للدائنين الخيار في طلب الفسخ أو عدم طلبه، ولا يتحقق هذا الخيار على ما ورد بالفصل 273 م.أع إلا إذا كانت هناك استحالة جزئية.

(٢) قرار تعقيبي ملنی عدد 6625 الصادر بتاريخ 26 فبراير 1952 مجلة القضاء والتشريع 1960 عدد 8 و 10.

قرار ملنی عدد 437 موزع في 16 جانفي 1961 مجلة القضاء والتشريع عدد 7 1962 من 28 فرار ملنی بيان العناصر التي اعتمدلت لتقدير معين الغرامات المادلة.^(٣)

قرار جنائي تعقيبي عدد 1387 موزع في 8 فيفري 1962 مجلة القضاء والتشريع عدد 1 لسنة 1965 من 6 تقدير مبلغ التعرض عن ضرر نشأ عن جنحة غير خاضع لرقابة محكمة التعقيب ما دام هذا التقدير في حدود المقدار النامي مباشرة عن تلك الجنحة.^(٤)

قرار تعقيبي عدد 8209 موزع في 25 أوت 1971 مجلة القضاء والتشريع عدد 8 لسنة 1972 من 59-1129 إن تحديد مقدار الغرم وإن كان في آخر الأمر راجعا إلى اجتياز حكم الأصل إلا أنهم مع ذلك يجب عليهم إبراز العناصر التي لا خطورها في ترفع مقداره حتى يكون اجتيازه مبنيا على اعتبارات منطقية مقبولة تجيئهم وصمة الاعباط في التقدير، ولا يكفي مثلا القول أن مقدار الغرم المحکوب به ابتدائيا زيد بدون توضيح العناصر المعتمدة في التقدير.^(٥)

ويراجع كذلك القرار التعقيبي عدد 5565 موزع في 27 ماي 1970 مجلة القضاء والتشريع عدد 8 لسنة 1970 من 829-89.

قرار تعقيبي ملنی عدد 11319 الصادر بتاريخ 16 ماي 1985 نشرة محكمة التعقيب 1985 من 223 قرار تعقيبي عدد 19090 الموزع في 6 جانفي 1988 نشرة محكمة التعقيب 1988 من 306.

وإذا تخلف المدين عن التنفيذ أو أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بمخالفة واجب عدم الإضرار استحق الدائن التنفيذ بمقابل، وهو الأغلب في الواقع.

على آن يجب التمييز بمعناية بين شروط المسؤولية، وشروط التنفيذ بمقابل، فتسري شروط المسؤولية سواء كانت تعاقدية أو تقصيرية على ما يجب في أحکام هذه المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، مع الوعي باختلاف الأنظمة في ذلك عندما بنقلب عبد الإثبات مع إمكانية إثبات العكس أو خلافه وغياب ركن الخطأ أصلًا، ولكن التنفيذ بمقابل يوجب بداية التأخير في الوفاء بالالتزام أو عدم الوفاء به وأن يقوم الدائن بإنتظار المدين مع وعي الصور التي لا يجب فيها الإنذار على ما تقدم من شرح وتفصيل^(٦).

ولا يشترط في التنفيذ بمقابل أن يكون المدين متعمدا في عدم الوفاء أو المماطلة، وقد نص الفصل 277 م.أع على آنـ عدم الوفاء بالعقد أو المماطلة فيه يوجّب القيام بالخسارة ولو لم يتعمد المدين ذلك « بل يكفي أن يتأخر المدين عن الموعد أو أن يصبح التنفيذ العيني مستحيلا على ما تقدم، ولم يكن للمدين عنصر في ذلك وهذا هو السبب الصحيح الذي قصده المشرع بالفصل 268 م.أع، أي الحادث الفجائي والقوة القاهرة وفعل الدائن و فعل الغير. أي أن المدين يمكن أن يدفع عنه التنفيذ بمقابل إذا أثبت أن عدم التنفيذ العيني في وقته أو تأخره كان نتيجة لتلك الحوادث. ولكن إذا تأخر المدين ولم يكن له عذر وتلف الشيء الملتزم به أو تعذر بسبب طارئ أو قوة قاهرة أثناء مماطلة المدين فاللتّعة عليه، وذلك نتيجة لتبسيه في التأخير، ولزّمت المدين في هذه الصورة الأخيرة قيمة وفت حلول الأجل فإذا لم يأت الطالب بحجّة في القيمة وجب تقديرها على مقتضى ما يصفه المطلوب إذا لم يتيسر وجه آخر بشرط أن يكون الوصف مشبها تعصيده اليمين فإن امتنع المطلوب من أداء اليمين فالملزم قول الطالب بيمينه.

ويمكن أن يكون التنفيذ بمقابل نقدا أي بالمال كما يمكن أن يكون التعرض عينيا. والأصل أن يكون التعرض بالمال، لكن الالتزام السليبي أي بعدم القيام بالعمل يحمل بالضرورة إلى عدم إمكانية التنفيذ العيني إذا ما خالف المدين المنع، كما في صورة مخالفة المدين لواجب عدم البناء. فيجوز في هذه الصورة إتلاف ما قام به المدين عينا

(٦) قد تتبّس شروط التنفيذ بمقابل بشروط أحکام المسؤولية التعاقدية، لأن هذه المسؤولية لا تقوم فعلًا إلا بإعتذار المدين واستحال التنفيذ العيني، على خلاف المسؤولية التقصيرية التي تلزم إجمالا بمجرد مخالفة واجب عدم الإضرار الذي ليس فيه إعتذار، فيخلص طلب التعرض بمجرد توفر شروط المسؤولية، وعلى ذلك الأساس كثيراً ما تختلط شروط المسؤولية بمقابل، والبعض لا يحاول أصلًا الإشارة إلى هذا التمييز الدقيق، وإن كان الفصل نظرياً يبقى ممكناً.

بالنسبة إلى المسؤول: لا يعتد بحالة يسره وثرائه أو عرمه، لكن التطبيقات القضائية كثيرة ما تتأثر بمثل هذه العناصر، وربما تكون هي المحددة في تقدير التعويض. ولا يعتد كذلك بجسامنة الخطأ الذي أفضى إلى الضرر، لأن التعويض ليس عقوبة جزائية، لكن التطبيقات القضائية كثيرة ما تتأثر بهذا العنصر، خاصة وأن الفصل 278 م.أ.ع أشار إلى أن اعتبار الأحوال الخاصة بكل قضية موكول لحكم القاضي وعليه أن يقدر المخسائر ويجعل بها تفاوتاً يحسب خطأ المدين أو تغريبه⁽¹⁾ كما أشار الفصل 107 م.أ.ع بغيره الأخيرة إلى أن تقدير الخسارة من المجلس القضائي يختلف باختلاف سبب الضرر من كونه تغريباً أو خطأ، وإن كان مفهوم هذه الفقرات لا يتعذر في حقيقة الأمر تحويل الحق في استعمال قواعد العدل والانصاف، ولا يمكن أن تكون جسامنة الخطأ في نهاية الأمر هي المحددة في تقدير التعويض، لكن جسامنة الخطأ تعتمد في صورة الاشتراك في الضرر لغاية توزيع المسؤولية.

بالنسبة إلى حكم التعويض: الأصل أن يعوض الضرر الموجود يوم صدور الحكم، أي جميع الأضرار الحالية والمترقبة يوم الحكم، ولا تقضى المحكمة إلا بعد تحقق الضرر أو البرء النهائي⁽²⁾ ويؤجل الحكم إذا لم يلتزم الجرح ولم تثبت درجة السقوط النهائي. ويحوز للمحكمة أن تقضي بإسناد غرامة وقنية على أساس الفصل 167 م.أ.ع والفصل 126 م.م.م.ت. وإذا صدر الحكم الابتدائي وتفاقم الضرر يجوز المطالبة به، ولا يعتبر ذلك من باب الطلبات الجديدة أمام محكمة الاستئناف عملاً بأحكام الفصل 147 م.م.م.ت طالما أنه يتأسس على نفس التسبب.

وأسعار التعويض مرجعها يوم صدور الحكم وليس يوم وقوع الضرر، باعتبار أن حكم التعويض وإن كان كافياً للحق فهو منشئ للدين، على خلاف مجرد طلب استرجاع المصارييف فيها إلى الوثائق سند الدين.

ويكون حكم التعويض عادة بالمال، على أنه في بعض الأحيان يسمح المشرع ببعض الإجراءات التكميلية مثل نشر الحكم الصادر في الغرض تعويضاً عن الضرر الأدبي، فيكون التعويض غير تقيدي في هذه الصورة. ويمكن أن يكون التعويض في شكل رأس مال أو جرعة عمرية قابلة للمراجعة حسب ارتفاع الأسعار إذا ما نصت المحكمة على

(1) قرار مدني تعقيبي عدد 3634 مؤرخ في 13 فبراير 1973 مجلة القضاء والتشريع عدد 5-6 1974 ص 377-378. إذا قضت المحكمة بغرامة في حادث مرور وقع على شخص وأثبتت الخبر الطبي أن حالته الصحية لم تستقر وأن البرء النهائي لا يتم إلا بعد ستة أشهر كان قصاؤها مستنداً إلى أمر غير قار ومستهدفاً للنفقة.

(2) قرار مدني تعقيبي عدد 3608 مؤرخ في 28 مارس 1967 مجلة القضاء والتشريع عدد 1 لسنة 1968 ص 38 إن تقدير أهمية الضرر ومقداره أمر موضوعي أو كله القانون إلى اتجاهه فأضليه الموضع، ولا تترتب حيلته على محكمة الاستئناف إذا قضت بترفع مبلغ الضرر بناء على أنه ثقاب.

وعادة ما يلجأ القاضي إلى تكليف الخبراء المختصين سواء لتحديد قيمة المضرة أو لتعيين نسب العجز. وإن كانت نتيجة الاختبار لا تلزم القاضي من حيث المبدأ، فهي من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها في مثل هذه القضايا منها تعدد سندتها. ورغم وجود عدة طرق حسابية وتقييمية في التعويض⁽¹⁾ فلا شيء يلزم منها القاضي الذي يبقى سيد الموقف في اعتماد البعض دون الآخر. لكنه من الضروري الافتداء بعض المبادئ العامة التي استقرت عليها الفقه وفقه القضاء وحصل الإجماع حولها، وأصبحت تمثل المبادئ العامة في قضايا التعويض.

بالنسبة إلى المتضرر: الأصل في ذلك أن يثبت المدعى في الدعوى العناصر التي سينتسب إليها التعويض، وإلا تعرض الطلب للرفض، ويكون التعويض على أساس ذاتية تعتبر فيها المعطيات الخاصة بالمتضرر، بمعنى أن التعويض يتأثر بالوضع المالي أو الجسدي للمتضرر، وإذا ثبت اشتراك المتضرر مع المسؤول في المضرة توزع المسؤولية بينهما، مع مراعاة أنظمة المسؤولية في ذلك.

عليه بصفة شخصية ويمكن للغير أن يطالب بالتعويض عن الأضرار المادية التي لحقت به وإن لم يكن من بين الورثة، كما إذا كان المتوفى يرعاها ويكتفله. وقد يكون الطالب في التعويض عن الضرر الأدبي كل من تربطه بالمتوفى علاقة متاحة واحترام، ولا يشترط أن يكون وارثاً، بل يكفي أن يكون من الآقارب وترتبطه بالمتوفى علاقة قرابة ومحاربة، خاصة وأن المشرع التونسي لم يحدد قائمة الأشخاص الذين يامكانهم إذاعة الضرر الأدبي، على خلاف بعض التشريعات المقارنة، والملاخص في جميع ذلك أنه لا يجوز طلب التعويض في حالة وجود المتضرر على قيد الحياة، فإن مات يخلص للورثة دعياناً، دعوى مقتولة عن أصله الحالك ودعوى شخصية مباشرة، فتنتقل بموجب الوفاة جميع الحقوق والواجبات إلى الورثة إلا ما استثنى القانون أو طبيعة المحقق والواجبات أو اتفاق الأطراف قبل الوفاة، وتطبق تلك الأحكام على مجمل الأضرار المادية والمعنوية، ولكن طبيعة الالتزامات والحقوق تقتضي أن الضرر المادي، وهي المصارييف التي ي يكون قد تكبدتها الحالك قبل وفاته، تمر مباشرة إلى الورثة بدون شرط أو قيد، ولكن الأضرار المعنوية، وبحكم طبيعتها، وهو كل ما يتعلق بالألام والأوجاع، لا يمتد إلى الورثة مباشرة إلا إذا تهيأت لها الظروف وأصبحت ذات قيمة مالية، ولا يتحقق ذلك إلا إذا صدر فيها حكم قبل الوفاة أو رفع الحالك في شأنها الذريعي ولم يصدر الحكم بعد أو حدثت قيمة التعويض أثقاها، ففي جملة تلك الحالات يمكن القول بانتقال الضرر المعنوي للورثة، وذلك هو المفهوم الوارد بالفصل 85 م.أ.ش في تحديد زمن انتقال أموال المورث والذريعي لا يمكن إدراجه مضامينه إلا رجوعاً لأحكام الفصل 247 م.أ.ع في بيان طبيعة الحقوق المتناقلة. معنى ذلك أن المحقق والالتزامات لا تنتقل إلى الورثة إلا إذا أصبح لها قيمة مالية، وإذا كان الحق المادي يمتلك هذه الطبيعة بداية، فإن الضرر المعنوي يحتاج إلى اتفاق لتحديد قدره، فينتقل الاتفاق، أو دعوى تظهره، فتنتقل الذريعي، أو حكم قضيب قيمته، فينتقل الحكم. أما الذريعي المباشر، في حالة الموت، فلا يمتلكها الورثة فقط، وإنما تخلص لكل شخص دائم في الضرر المادي ولكل شخص تربط بالحالك علاقة بمحضه مشروعة في الضرر المعنوي.

(1) مثل الطريقة الحسابية المعتمدة على ضريبة الأجر السنوي في نسبة العجز ثم في الرسم الموارف لعمر المتضرر، وهي طريقة تعتمد على معايير ذاتية، والطريقة الحسابية بالقطع، بمعنى أن تقضي نسبة العجز في مبلغ معين يعتمد القاضي كتقدير منه لكل نقطة.

بالنسبة إلى المسؤول: لا يعتد بحالة يسره وثرائه أو عسره، لكن التطبيقات القضائية كثيراً ما تتأثر بمثل هذه العناصر، ورثياً تكون هي المحددة في تقدير التعويض. ولا يعتد كذلك بجسامته الخطأ الذي أفضى إلى الضرر، لأن التعويض ليس عقوبة جزائية، لكن التطبيقات القضائية كثيراً ما تتأثر بهذا النصر، خاصة وأن الفصل 278 م.اج أشار إلى «أن اعتبار الأحوال الخاصة بكل قضية موكول لمحكمة القاضي وعليه أن يقدر الخسائر ويجعل بها تفاوتاً بحسب خطأ المدين أو تغريبه» كما أشار الفصل 107 م.اج بفقرته الأخيرة إلى أن تقدير الخسارة من المجلس القضائي يختلف باختلاف سبب الضرر من كونه تغريباً أو خطأ، وإن كان مفهوم هذه الفقرات لا يتعذر في حقيقة الأمر تحويل الحق في استعمال قواعد العدل والانصاف، ولا يمكن أن تكون جسامته الخطأ في نهاية الأمر هي المحددة في تقدير التعويض، لكن جسامته الخطأ تعتمد في صورة الاشتراك في الضرر لغاية توزيع المسؤولية.

بالنسبة إلى حكم التعويض: الأصل أن يعرض الضرر الموجود يوم صدور الحكم، أي جميع الأضرار الحالية والمتواعدة يوم الحكم، ولا تقضي المحكمة إلا بعد تحقق الضرر أو البرء النهائي⁽¹⁾، ويوجّل الحكم إذا لم يلتزم الجرح ولم تثبت درجة التقوّط النهائي. ويجوز للمحكمة أن تقضي بإسناد غرامة وقتيّة على أساس الفصل 167 م.اج والفصل 126 م.م.ت. وإذا صدر الحكم الابتدائي وتقام القبر يجوز المطالبة به، ولا يعتبر ذلك من باب الطلبات الجديدة أمام محكمة الاستئناف عملاً بأحكام الفصل 147 م.م.ت طالما أنه يتأسس على نفس التسبّب.⁽²⁾

وأسعار التعويض مرجعها يوم صدور الحكم وليس يوم وفوع الضرر، باعتبار أن حكم التعويض وإن كان كائناً للحق فهو منشئ للدين، على خلاف مجرد طلب استرجاع المصارييف فيحتمل فيها إلى الوثائق سند الدين.

ويكون حكم التعويض عادة بالمال، على أنه في بعض الأحيان يسمح المشرع ببعض الإجراءات التكميلية مثل نشر الحكم الصادر في الغرض تعويضاً عن الضرر الأدبي، فيكون التعويض غير نقدي في هذه الصورة. ويمكن أن يكون التعويض في شكل رأس مال أو جرعة عمرية قابلة للمراجعة حسب ارتفاع الأسعار إذا ما نصّت المحكمة على

(1) قرار مدنى تعمى عدد 3634 مؤرخ في 13 فبراير 1973 مجلة القضاء والتشريع عدد 5-5 1974 ص 377-379، إذا قضت المحكمة بغرامة في حادث مرور وقع على شخص وأثبتت الخبر الطبي أن حالة الصحة لم تُسفر وأن البرء النهائي لا يتم إلا بعد ستة أشهر كان قضاؤها مستندًا إلى أمر غير قار ومستهدفاً للنقض.

(2) قرار مدنى تعمى عدد 3608 مؤرخ في 28 مارس 1967 مجلة القضاء والتشريع عدد 1 لسنة 1968 ص 38 وإن تقدير أهمية القبر ومداه أمر موضوعي أوكله القانون إلى اجتهد قاضي الموضوع، ولا ترتيب حيثنة على محكمة الاستئناف إذا قصّت بتراجع مبلغ القبر بناء على أنه ثقائم.^١

وعادة ما يلتجأ القاضي إلى تكليف الخبراء المختصين سواء لتحديد قيمة المضرة أو لتعيين نسب العجز، وإن كانت نتيجة الاختبار لا تلزم القاضي من حيث المبدأ، فهي من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها في مثل هذه القضايا مهما تعدد ستدتها.

ورغم وجود عدة طرق حسابية وتقريبية في التعويض⁽¹⁾، فلا شيء يلزم منها القاضي الذي يبقى سيد الموقف في اعتماد البعض دون الآخر. لكنه من الضروري الاقداء بعض المبادئ العامة التي استقر عليها الفقه وفقه القضاء وحصل الإجماع حولها، وأصبحت تمثل المبادئ العامة في قضايا التعويض.

بالنسبة إلى المتضرر: الأصل في ذلك أن يثبت المدعى في الدعوى العناصر التي سيتأسس عليها التعويض، والإعراض الطلب للرفض، ويكون التعويض على أساس ذاتية تعتبر فيها المعطيات الخاصة بالمتضرر، بمعنى أن التعويض يتأثر بالوضع المالي أو الجسدي للمتضرر، وإذا ثبت اشتراك المتضرر مع المضروء في المضرة توزع المسؤولية بينهما، مع مراعاة أنظمة المسؤولية في ذلك.

على جهة شخصية، ويمكن للغير أن يطالب بالتعويض عن الأضرار المادية التي لحقت به وإن لم يكن من بين الورثة، كما إذا كان المترافق يرعاه ويكتله، وقد يكون الطالب في التعويض عن الضرر الأدبي كل من تربطه بالمترافق علاقة محلية وأخترام، ولا يشترط أن يكون ورثاً، بل يمكن أن يكون من الأقارب وترتبطه بالمترافق علاقة قرابة وصاهرة، خاصة وأن المشرع التونسي لم يحدّد قائمة الأشخاص الذين يمكنهم إدعاء الضرر الأدبي، على خلاف بعض الشari'ah المقارنة، والملخص في جميع ذلك أنه لا يجوز طلب التعويض في حالة وجود المتضرر على قيد الحياة، فإن مات تخلص للورثة دعياناً، دعوى متفرقة عن أصله الحالك ودعوى شخصية مباشرة، فتنقل بمرجع الرقة جميع الحقوق والواجبات إلى الورثة إلا ما استثناء القانون أو طبيعة الحقائق والواجبات أو اتفاق الأطراف قبل الرفة، وتتحقق تلك الأحكام على مجمل الأضرار المادية والمعنوية، ولكن طبيعة الالتزامات والحقوق تتضمن أن الضرر المادي، وهي المصاريف التي يكون قد تكبّدها الحالك قبل وفاته، تُمْرَأ مباشرة إلى الورثة بدون شرط أو قيد، ولكن الأضرار المعنوية، وبعثكم طبيعتها، وهو كل ما يتعلّق بالألام والأوجاع، لا يُمْرَأ إلى الورثة مباشرة إلا إذا تهيّأت لها الظروف وأصبحت ذات قيمة مالية، ولا يتحقق ذلك إلا إذا صدر فيها حكم قبل الرفة أو رفع الحالك في شأنها الدعوى ولم يصدر الحكم بعد أو حددت قيمة التعويض اتفاقاً، ففي جملة تلك الحالات يمكن القول بانتقال الضرر المعنوي للورثة، وذلك هو المفهوم الوارد بالفصل 85 م.اج في تحديد زمن انتقال أموال المورث والذى لا يمكن إدراجه ضمنه إلا أرجحها لأحكام الفصل 247 م.اج في بيان طبيعة الحقوق المتناولة. معنى ذلك أن الحقائق والالتزامات لا تنتقل إلى الورثة إلا إذا أصبح لها قيمة مالية، وإذا كان الحق المادي يمتلك هذه الطبيعة بذاته، فإن الضرر المعنوي يحتاج إلى اتفاق لتحديد قدره، فينتقل الاتفاق، أو دعوى تظهره، فتنقل المدعى، أو حكم لضبط قيمته، فينتقل الحكم. أما التأمين المباشرة، في حالة الموت، فلا يمتلكها الوراث فقط، وإنما تخلص لكل شخص ذات في القبر المادي ولكل شخص تربط بالحالك علاقة محلية مشروعة في القبر المعنوي.

(1) مثل الطريقة الحالية المعتمدة على ضرب الأجر السنوي في نسبة العجز، في الرسم الموارق لغير المتضرر، وهي طريقة تعتمد على معايير ذاتية، والطريقة الحساسية بالتفصيل، بمعنى أن تضُر نسبة العجز في مبلغ معين يعتمد القاضي كتقدير منه الكل تقطة.

المبحث الثاني: ضمان التنفيذ

جملة أموال المدين تعدّ قانوناً الضمان العام في تفاصيل الالتزام، وللدائنين جملة من الوسائل الإجرائية والأصلية تمكنه من التنفيذ. فيما يضمن تفاصيل الالتزام هو وجود الضمان العام (الفقرة الأولى) وتتوفر جملة من الدعاوى للدائنين تسمى بدعوى الضمان العام (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الضمان العام

الضمان العام أن تكون جميع أموال المدين ضامنة لتنفيذها، معنى أن الذمة المالية للشخص هي الضامنة لتنفيذها، وقد أورد الفصل 192 م.ح.ع هذه القاعدة بقوله «مكاسب المدين ضمان لدائنه يتحاصلون ثمنها إلا إذا كانت هناك أسباب قانونية في تفضيل بعضهم على بعض». وقبل أن نتطرق قاعدة الفصل 192 م.ح.ع (ب)، يتوجه التذكير بمفهوم الذمة المالية (١).

أ-مفهوم الذمة المالية

الذمة المالية هي مجموع الحقوق المالية والواجبات المالية سواء كانت ذات طبيعة عينية أو شخصية، سواء كانت حاضرة أو مستقبلية، فهي مجمل الحقوق والالتزامات ذات الطبيعة المالية الموجودة والتي ستوجد مستقبلاً. فيخرج عن ذلك وجوه الحقوق التي ليس لها قيمة مالية مثل حقوق الإنسان والحقوق الأبدية للمؤلف والولاية وغير ذلك من الحقوق المعنوية. وفي ذلك نظرية تقليدية وأخرى حديثة.

أما النظرية التقليدية فتغالي في ربط الذمة المالية بالشخص ولا تعرف إلا بوجود ذمة مالية واحدة، فلا يمكن الحديث عن تعدد الذمم مهما كانت الصورة. لكن النظرية الحديثة فصلت بين الذمة المالية والشخص وربطت بين مفهوم الذمة ومفهوم التخصيص لتبرير الحديث عن إمكانية تعدد الذمم المالية. وبذلك أصبح لمفهوم الذمة مفهوم وظيفي بعدما كان مجرد حق.

فقد قالت النظرة التقليدية على فكرتين أساسيتين فكرة مجموع المال وفكرة الاندماج في الشخصية. ومن شأن الفكرة الأولى أن تبرر قيام عدة مفاهيم قانونية وأهمّها فكرة الضمان العام، أي أن يكون مجموع المال ضامناً للدائنين، وفكرة انتقال

في حالة التلف الكلي أو الجزئي أو التغيير، ويصبح الاتفاق على تحديد المسؤولية أو الإعفاء من المسؤولية في حالة التأخير على معنى الفصلين 643 و 644 م.ت.

وفيما عدا الحالات التي ينسب فيها للنقل في إطار عقد نقل الأشخاص، إنكاره خطأ فاحشاً أو تعتد الخطأ، يجوز للناقل أن يشترط لكن مع اعلام المسافر بالشرط إعفاء كلّياً أو جزئياً من مسؤوليته المتسببة عن التأخير أو الأضرار غير البالغة الحادثة للمسافر على معنى الفصل 657 م.ت.

وبندرج في هذا الباب كذلك ما يعرف بنظام التعويض المسبق المعمول به بحوادث النقل الجوي الدولي الخاص لاتفاقية فرسوفيا^(١)، والنقل البحري سواء منه الدولي الخاص لاتفاقية بروكسال أو الداخلي الخاص للمجلة التجارية البحرية^(٢). ويلتزم قاضي التعويض في هذا النظام بعدم تجاوز المقادير التي حددها المشرع مسبقاً، لكنه يجوز أن ينزل بقيمة التعويض إلى درجة أقل.

- التعويض الائتفاني: وهو التعويض المحدد مسبقاً اتفاقاً بين الأطراف الذين يحددون مقداره في صورة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، ويمكن أن يتم هذا الاتفاق في إطار المسؤولية التعاقدية أو المسؤولية التقصيرية، وهو ما يعرف بالشروط الجزائي. وقد ذكرت محكمة التقريب في عدة مناسبات «أن الشرط التغريمي لم يرد به نفس خاص في القانون وإنما يعود في حقيقته إلى التزام بتعويض الضرر بمبلغ معين يقع عليه الطرفان مسبقاً وهو بهذه الصفة خاضع للقواعد العامة للالتزامات القاضية بأن ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون بين المتعاقددين حسب الفصل 242 م.أع، وأن الحكم المطعون فيه باستناده على الفصل 278 م.اع قد قام على غير أساس قانوني، فليس للمحكمة أن تتدخل فيه بالزيادة أو التقصي إذ أنه لا يهم النظام العام ولا يمس بالأخلاق الحميدة»^(٣). ويحدد مقدار التعويض في هذا الباب اتفاقاً، ولا يستحق إلا بعد إعداد المدين، وهو تعويض جزافي، فيحرم على المحكمة التزول بمقداره أو الترفع فيه^(٤).

ويذكر كذلك في هذا الباب أن الأطراف بإمكانهم تعديل أحكام المسؤولية التعاقدية، فيشترون عدم المسؤولية في صورة تحقق الضرر، وتعتبر مثل هذه الاتفاques جائزة، إلا إذا صاحبها فعل معتمد أو خطأ فاحش على معنى الفصل 244 م.أع^(٥). ولا يعمل بهذه الاتفاques في إطار المسؤولية التقصيرية.

(١) يراجع مجلة الطيران المدني الجديدة وخاصة الفصل 118 منها، القانون عدد 58 لسنة 1999 المؤرخ في 29 جوان 1999. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 6 جويلية 1999 عدد 54.

(٢) محمد التجمي، التعويض عن الضرر البدني، من 394.

يراجع الفصول 133 و 147 و 152 من المجلة التجارية البحرية.

(٣) قرار تقييسي عدد 7919 مؤرخ في 28 أبريل 1975 ن 976 ص 97.

(٤) لذلك قامت عدة أصوات تناولت بتدخل الفاضي لغاية تعديل بنود العقد بناء على نظرية الظروف الطارئة، وتتدخلت عدة تشاريع لغاية تعديل الفتوانين في اتجاه إقرار سياسة حماية تهدف إلى السماح بتدخل القضاء لغاية تعديل بنود الاتفاق كلما كان م{j}جحاً بالنسبة إلى المدين أمام كثرة مفود الإذعان. لكن فقه القضاء التونسي ومنذ قرار الدوائر المختصة المشار إليه التزم بعدم التدخل في بنود الاتفاques بناء على أحكام الفصل 240 م.أع.

يراجع في نفس السياق:

قرار تقييسي مدني مؤرخ في 20 جوان 1968 مجلة القضاء والتشريع 1969.

(٥) ويكون باطلًا في إطار عقد نقل الأشياء كل شرط من منعه للنقل باعتباره كلّياً من المسؤولية

المبحث الثاني: ضمان التنفيذ

جملة أموال المدين تعد قانوناً الضمان العام في تنفيذ الالتزام، وللدائنين جملة من الوسائل الإجرائية والأصلية تمكنه من التنفيذ. فما يضمن تنفيذ الالتزام هو وجود الضمان العام (الفقرة الأولى) وتتوفر جملة من الدعاوى للدائنين تسمى بدعوى الضمان العام (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الضمان العام

الضمان العام أن تكون جميع أموال المدين ضامنة للتنفيذ، معنى أن الذمة المالية للشخص هي الضامنة للتنفيذ، وقد أورد الفصل 192 م.ح.ع هذه القاعدة بقوله «مكاسب المدين ضمان لدائنه يتحاصصون ثمنها إلا إذا كانت هناك أسباب قانونية في تفضيل بعضهم على بعض». وقبل أن نبين قاعدة الفصل 192 م.ح.ع (ب)، يتوجه التذكير بمفهوم الذمة المالية (١).

١-مفهوم الذمة المالية

الذمة المالية هي مجموع الحقوق المالية والواجبات المالية سواء كانت ذات طبيعة عينية أو شخصية، سواء كانت حاضرة أو مستقبلية، فهي مجمل الحقوق والالتزامات ذات الطبيعة المالية الموجودة والتي ستوجد مستقبلا. فيخرج عن ذلك وجوباً الحقوق التي ليس لها قيمة مالية مثل حقوق الإنسان والحقوق الأدبية للمؤلف والولاية وغير ذلك من الحقوق المعنوية. وفي ذلك نظرية تقليدية وأخرى حديثة.

أما النظرية التقليدية فتغالي فيربط الذمة المالية بالشخص ولا تعرف إلا بوجود ذمة مالية واحدة، فلا يمكن الحديث عن تعدد الذمم مهما كانت الصورة. لكن النظرية الحديثة فصلت بين الذمة المالية والشخص وربطت بين مفهوم الذمة ومفهوم التخصيص لتبرير الحديث عن إمكانية تعدد الذمم المالية. وبذلك أصبح لمفهوم الذمة مفهوم وظيفي بعدما كان مجرد حق:

فقد قالت النظرية التقليدية على فكريتين أساسيتين فكرة مجموع المال وفكرة الاندماج في الشخصية. ومن شأن الفكرة الأولى أن تبرر قيام عدة مفاهيم قانونية وأهمّها فكرة الضمان العام، أي أن يكون مجموع المال ضماناً للدائنين، وفكرة انتقال

في حالة التلف الكلي أو الجزئي أو التبديل، ويصبح الاتفاق على تحديد المسؤولية أو الإعفاء من المسؤولية في حالة التأخير على معنى الفصلين 643 و 644 م.ت.

وفيما يلي الحالات التي ينبع منها للنائل في إطار عقد نقل الأشخاص، ارتکابه خطأ فاحشاً أو تعتمد الخطأ، يجوز للنائل أن يشترط لكن مع اعلام المسافر بالشرط إعفاء كلّياً أو جزئياً من مسؤوليته المتسببة عن التأخير أو الأضرار غير البذرية الحادة للمسافر على معنى الفصل 657 م.ت.

ويدرج في هذا الباب كذلك ما يعرف بـنظام التعويض المسقّف المعهول به بحوادث النقل الجوي الدولي الخاضع لاتفاقية فرسوفيا^(١) والنقل البحري سواء منه الدولي الخاضع لاتفاقية بروكسال أو الداخلي الخاضع للمجلة التجارية البحريّة^(٢). ويلتزم قاضي التعويض في هذا النظام بعدم تجاوز المقادير التي حددها المشرع مسبقاً، لكنه يجوز أن ينزل بقيمة التعويض إلى درجة أقل.

-التعويض الاتفافي: وهو التعويض المحدد مسبقاً اتفاقاً بين الأطراف الذين يحددون مقداره في صورة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، ويمكن أن يتم هذا الاتفاق في إطار المسؤولية التعاقدية أو المسؤولية التقصيرية، وهو ما يعرف بالشرط الجزائري. وقد ذكرت محكمة التعقيب في عدة مناسبات « بأن الشرط التغريمي لم يرد به نص خاص في القانون وإنما يعود في حقيقته إلى التزام بتعويض القسر ببلغ معين يتحقق عليه الطرفان مسبقاً وهو بهذه الصفة خاضع للقواعد العامة للالتزامات القاضية بأن ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون بين المتعاقدين حسب الفصل 242 م.إ.ع، وأن الحكم المطعون فيه باستناده على الفصل 278 م.إ.ع قد قام على غير أساس قانوني، فليس للمحكمة أن تتدخل فيه بالزيادة أو التقصّان إذ أنه لا يهم النظام العام ولا يمس بالأخلاق الحميدة»^(٣). وبهذا مقدار التعويض في هذا الباب اتفاقاً، ولا يستحق إلا بعد إعذار المدين، وهو تعويض جزافي، فيحرم على المحكمة التزول بمقداره أو الترقيع فيه.^(٤)

ويندر كذلك في هذا الباب أن الأطراف يامكانهم تعديل أحكام المسؤولية التعاقدية، فيشتّرون عدم المسؤولية في صورة تحقق القسر، ويعتبر مثل هذه الاتفاques جائزة، إلا إذا صاحبها فعل متعبد أو خطأ فاحش على معنى الفصل 244 م.إ.ع.^(٥) ولا يعمل بهذه الاتفاques في إطار المسؤولية التقصيرية.

(١) يراجع مجلة الطيران المدني الجديدة وخاصة الفصل 118 منها، القانون عدد 58 لسنة 1999 المؤرخ في 29 جوان 1999. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 6 جويلية 1999 عدد 54.

(٢) محمد التجمي، التعويض عن الشرر البدني، ص 394.

يراجع الفصول 147 و 152 من المجلة التجارية البحريّة.

(٣) قرار تعقيبي عدد 7919 مؤرخ في 28 أفريل 1975 د 1976 ص 97.

(٤) لذلك قام عددٌ من القضاة بتغيير لغة تعديل الفرائين في اتجاه إقرار سياسة حماية تهدف إلى السماح بتدخل القضاء لغاية تعديل بنود الاتفاق كلما كان مجھضاً بالنسبة إلى المدين أمام كثرة عقود الإذاعان. لكن فقه القضاء التونسي ومنذ قرار الدوائر المجتمعة المشار إليه التزم بعدم التدخل في بنود الاتفاق بناء على أحكام الفصل 240 م.إ.ع.

يراجع في نفس السياق:

قرار تعقيبي مدنى مؤرخ في 20 جوان 1968 مجلة القضاء والتشريع 1969.

(٥) ويكون باطلًا في إطار عقد نقل الأشياء كل شرط من معهود النقل ياعفاته كلّياً من المسؤولية

فإن الرهن هو عقد يحرر بين الدائن والمدين، ويستدِّع الحق للدائن في التقويم بالبيع في

بالشروط المقررة في التصوّص الخاصّة. وقد بقيت هذه التصوّصات الخاصة خارجة عن إطار مجلّة الحقوق العيّنة، وهي كثيرة ومتميّزة مثل الفصل 33 من مجلّة المحاسبة والمصل 116 من قانون الضمان الاجتماعي عدد 30 لسنة 1960 المؤرخ في 14 ديسمبر 1960. والفصل 115 فقرة أولى من مجلّة معايير التسجيل والطابع الجانبي لسنة 1993 والفصل 4 من القانون عدد 65 المؤرخ في 5 جويلية 1993 المتعلّق بضدوق النفقة وجرأة الطلاق والفصل 5 من القانون عدد 121 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993 المتعلّق بالديوان الوطني للحماية المدنيّة والفصل 2 من قانون 1962 المتعلّق بامتياز الديوان التونسي للتّجارة وغيرها.

خامساً: المصارييف المعيشيّة وهي أجور الخدمة والعملة وكلّ أجير آخر وثمن لوازم معاش المدين وعائالته والنفقة كل ذلك عن السنة أشهر الأخيرة.

ولكن هناك العديد من التصوّصات الأخرى عدلت من هذا الترتيب، مثل الفصل 66 من مجلّة التأمين والفصل 25 من المجلّة المقرّبة والفصل 151-2 من مجلّة الشغل. حيث نصّ الفصل 66 من مجلّة التأمين على أنه «يحمل على أصول مؤسّسات التأمين امتياز عام ويخصّص حسب الأولوية لخلاص المتفقين بعقود التأمين». ويقتضي هذا الامتياز العام على الامتياز العام للخزينة وذلك خلافاً للفصل 199 من مجلّة الحقوق العيّنة. فيصبح هنا الامتياز بالدرجة الثالثة مكرر، أي تجهيز الميت ثمّ تصارييف التداوي ثمّ المصارييف القضاية ثمّ امتياز التأمين ثمّ تصارييف الخزينة وأخيراً المصارييف المعيشيّة. ونصّ الفصل 251 من مجلّة الديوانة على ترتيب آخر قوله إن «الخزينة لها بالنسبة للمعايير والمصادرة والخطبنة والاسترجاع حق امتياز الأولوية على سائر الفرما على عقارات ومنقولات المطلوبين باستثناء المصارييف العدلية وغيرها من المصارييف المتّازة مما هو واجب من ستة أشهر للتصوّيع فقط وأيضاً فيما عدا المطالبة المقتنعة كما يجب من طرف المالكين للبقاء على طبيعتها التي لا تزال لحدّ إذ ذلك بظروفها». فتكون القائمة كالتالي: المصارييف العدلية وغيرها من المصارييف المتّازة المذكورة بالفصل 251 ثمّ حق امتياز الأولوية للخزينة بالنسبة إلى المعايير والمصادرة والخطبنة والاسترجاع ثمّ تصارييف تجهيز الميت ثمّ ديون الخزينة ثم المصارييف العادّة. ونصّ الفصل 151-2 من مجلّة الشغل، وهو يتعلّق بالتشييع الفردي، على أنّ الأجور في جزئها غير القابل للحجز المحدّد بالفصل 354 م.م. تتدفع قبل الديون الأخرى مهمّا كانت درجة امتيازها وتدفع بقيّة الأجور والمستحقات الأخرى للعملة قبل البالغ المستحقة للخزينة العامة». ف تكون القائمة النهائية كالتالي، الأجر غير القابل للحجز أو لا ثمّ المصارييف العدلية والامتياز الديواني ثمّ تجهيز الميت ثمّ تصارييف التداوي ثمّ المصارييف القضاية ثمّ بقيّة الأجور والتّأمين بنفس الدرجة ثمّ تصارييف الخزينة وأخيراً المصارييف المعيشيّة.

وبقي ذلك التنظيم على تلك الصورة في حالة التشيع الفردي، لكنّ الأمر يختلف شيئاً في حالة الإجراءات الجماعيّة أي في صورة الإجراءات المتعلّقة بإيقاف المؤسّسات التي تمّ بصوّصات اقتصاديّة أو الفلة، حيث نصّ الفصل 34 من قانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أبريل 1995 كما وقع تفييده وال المتعلّق بإيقاف المؤسّسات التي تمّ بصوّصات اقتصاديّة على أنه «تعطى الأولوية للديون الجديدة المرتبة على المؤسّسة بداية من انطلاق فترة المراقبة والتي لها علاقة مباشرة وضروريّة بمراقبة نشاطها، ولمعيّنات كراء المعدّات والأسيّاه التي تكون موضوع إيجار مالي وتمّ تعليق إجراءات التقاضي والتنفيذ الرامي إلى استرجاعها والتي حلّ أجل الوفا بها قبل انطلاق فترة المراقبة وتستخلص قبل الديون السابقة الأخرى ولو كانت متّازة، إلا أنّ الديون المنصوص عليها بالفصلين 564 و 566 من المجلّة التّجارية وبالفرات 1 و 3 من الفصل 199 من مجلّة الحقوق العيّنة تكتسب بامتياز مدّعى للدفع و تستخلص قبل غيرها». علماً أنّ الفصلين 564 و 566 م.ت يتعلّقان بالجزء الذي لا يقبل الحجز

العيّنة في مرحلة أخيرة. وقد قامَت منذ البداية على فكرة التّخصيص والأفضليّة، وعرف بذلك القانون الروماني الـرهن والإمتياز وكذلك الفقه الإسلامي. لكنّ القانون الروماني كان يطلب في البداية انتقال الملكية إلى الدائن إلى حين استرجاع الدين، ثمّ انتقل التأمين إلى العيّنة، خصّصة من التّفريط في الملكية، فأصبح هناك ما يعرف بالتأمين الحيّاري، فيخوّل الدائن حيّاز العين. ثمّ تطور التطبيق إلى مستوى التأمين العيّني غير الحيّاري، فتبقى العين تحت حيّاز المدين، وأُسند للدائن في مقابل ذلك حق التشيع.

وقد كان القانون العقاري لسنة 1885 ينظم التأمينات العيّنة، ثمّ لما وردت مجلّة الالتزامات والعقود سنة 1906 استوّعت أحكام الـإمتياز والـرهن إلى جانب التأمينات الشخصيّة بطبيعة الحال. ولما وقع العمل بمجلّة الحقوق العيّنة سنة 1965 نقلت أحكام التأمينات العيّنة إليها وتضمنت الفصول 192 إلى 193 الأحكام العامة، ونظم الـإمتياز بالفصل 194 إلى 200 م.ح.ع، في حين شملت الفصول 201 إلى 302 م.ح.ع أحكام الـرهن، بما في ذلك رهن العقار (الفصول 270 إلى 302 م.ح.ع الخاصة بالـرهن العقاري) ورهن المتنقل (الفصول 210 إلى 269 في رهن المتنقل). وبهكذا أصبح هناك نظام خاص بالـإمتياز ونظام خاص بالـرهن. وإذا كان الـإمتياز هو «حق عيّني يعطيه القانون في تفضيل بعض الدائنين على بعض للخلاص من مكاسب المدين نظراً لصفة ديونهم»⁽¹⁾

(1) الفصل 194 م.ح.ع. وبعد الـإمتياز حق عيّني وحق قانوني وحق تبعي. فهو حق عيّني لأنّه حق الأفضليّة وحق التشيع، وإن ناقش البعض وجود حق التشيع خاصّة بالنسبة إلى التأمينات العامة. وهو تأمين قانوني لأنّ مصدره القانون. وهو حق عيّني تبعي لأنّه لا ينشأ إلا بنشاء حق شخصي أصلي، أي لا بدّ من وجود دين شخصي يضممه.

ومن خصائص الـإمتياز أنه يقي العين تحت تصرّف المدين وفيه نوعان خاصّي وعام. فالعام ينصرف إلى الشّeman العام، أي إلى ضمان الذّمة المالية، والخاص ينصرف إلى مال محدّد. ولا يمكن لصاحب حق الـإمتياز العام أن يعارض بقيّة الدائنين في التّمييز على أموال المدين، ولكن له الحق بطبيعة الحال في الاحتياج بما له من أولويّة وتقديم. وكذلك الضرورة بالنسبة إلى الـإمتياز الخاص، فقد اقتضى الفصل 306 م.م.ت أنه ليس لصاحب امتياز خاص «أن يعارض في عقلة المتنقلات أو العقارات المخصصة لضمان دينه أو في بيعها بيعاً جبراً متى طلب ذلك غيره من الدائنين وإنما له الاعتراض على المحتضن من البيع وإظهار ما له من حق الأولوية عند توزيع الثمن». ولكن له أن يعارض في عقلة المكاسب وبيعها جبراً من طرق غيره من الدائنين عندما تكون قيمة المكاسب المخصصة لضمان دينه غير كافية لخلاصها.

وحده الفصل 199 م.ح.ع قائمة الديون المتّازة مرتبة كالتالي:
أولاً: تصارييف تجهيز الميت

ثانياً: تصارييف التّداوي وهي ديون الأطباء والصيادلة والمرتضىين المتّالية من أجل العلاج وثمن الأدوية عن السنة أشهر الأخيرة.

ثالثاً: المصارييف القضائية وهي المصارييف التي صرّفت في مصلحة جميع الدائنين لحفظ ما هو ضمان للدائنين ويعيّ.

رابعاً: تصارييف خزينة الدولة وهي المبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب وأداءات مختلفة

فإن الرهن هو عقد يحرر بين الدائن والمدين، ويؤدي الحق للدائن في التفويت بالبيع في

بالشروط المقررة في النصوص الخاصة. وقد يقتضي هذه النصوص الخاصة خارجة عن إطار مجلة الحقوق العينية، وهي كثيرة ومعددة مثل الفصل 33 من مجلة المحاسبة والفصل 116 من قانون الضمان الاجتماعي عدد 30 لسنة 1960 المؤرخ في 14 ديسمبر 1960 والفصل 115 فقرة أولى من مجلة ماليم التسجيل والطابع الجبائي لسنة 1993 والفصل 4 من القانون عدد 65 المؤرخ في 5 جويلية 1993 المتعلق بعندوق التقى وجراية الطلاق والفصل 5 من القانون عدد 121 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993 المتعلق بالديوان الوطني للحماية المدنية والفصل 2 من قانون 1962 المتعلق بامتياز الديوان التونسي للتجارة وغيرها.

خاصاً: المصادر المعنية وهي أجور الخدمة والعملة وكل أجير آخر وثمن لوازم معاش المدين وعائلته والنفقة كل ذلك عن السنة أشهر الأخيرة.

ولكن هناك العديد من النصوص الأخرى عدلت من هذا الترتيب، مثل الفصل 66 من مجلة التأمين والفصل 251 من المجلة القرمية والفصل 151-2 من مجلة الشغل، حيث نص الفصل 66 من مجلة التأمين على أنه «يحمل على أصول مؤسسات التأمين امتياز عام وبخصوص حسب الأولوية لخلاص المنشعدين بعفود التأمين». ويقدم هذا الامتياز العام على الامتياز العام للخزينة وذلك خلافاً للفصل 199 من مجلة الحقوق العينية. فيصبح هذا الامتياز بالدرجة الثالثة مكرر، أي تجهيز الميت ثم مصاريف التداوي ثم المصادر الفضائية ثم امتياز التأمين ثم مصاريف الخزينة وأخيراً المصادر المعنية. ونص الفصل 251 من مجلة الديوانة على ترتيب آخر قوله إن «الخزينة لها بالنسبة للمعاليم والمصادرة والخطبة والاسترجاع حتى امتياز والألوية على سائر الفرما على عقارات ومتقولات المطلوبين باستثناء المصادر العدلية وغيرها من المصادر الممتازة مما هو واجب عن سنة أشهر للتسوية فقط وأيضاً فيما إذا المطالبة المقيدة كما يجب من طرف المالكين للبهاع على طبيعتها التي لا تزال لحد إذ ذاك بطرورتها». فتكون القائمة كالتالي المصادر العدلية وغيرها من المصادر الممتازة المذكورة بالفصل 251 ثم حق الامتياز والألوية للخزينة بالنسبة إلى المعايم والمصادرة والخطبة والاسترجاع ثم مصاريف تجهيز الميت ثم مصاريف التداوي ثم ديون الخزينة ثم المصادر المعيشية. ونص الفصل 151-2 من مجلة الشغل، وهو يتعلق بالتبسيع الفردي، على أن «الأجر في جزئها غير القابل للمحجز المحدد بالفصل 354 م.م.ت تدفع قبل الديون الأخرى مما كانت درجة امتيازها وتدفع بقيمة الأجر والمستحقات الأخرى للعملة قبل المبالغ المستحقة للخزينة العامة». فتكون القائمة النهائية كالتالي، الأجر غير القابل للمحجز أولاً ثم المصادر العدلية والامتياز الديواني ثم تجهيز الميت ثم مصاريف التداوي ثم المصادر الفضائية ثم بقية الأجر والتأمين بغض الدرجة ثم مصاريف الخزينة وأخيراً المصادر المعنية.

ويقتضي ذلك التبسيم على تلك الصورة في حالة التبسيع الفردي، لكن الأمر يختلف شيئاً في حالة الإجراءات الجماعية أي في صورة الإجراءات المتعلقة بإيقاف المؤسسات التي تم بضمها اقتصادياً أو الفسدة، حيث نص الفصل 34 من قانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أبريل 1995 كما وحد الفصل 199 من قاعدة الديون الممتازة مرتبة كالتالي:

أولاً: مصاريف تجهيز الميت

ثانياً: مصاريف التداوي وهي ديون الأطباء والصيدلة والمعززين المتالة من أجل العلاج وثمن الأدوية عن السنة أشهر الأخيرة.

ثالثاً: المصاريف القضائية وهي المصاريف التي صرحت في مصلحة جميع الدائنين لحفظ ما هو ضمان للدائنين ويعده.

رابعاً: مصاريف خزينة الدولة وهي المبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب وأداءات مختلفة

العينية في مرحلةأخيرة. وقد قامت منذ البداية على فكرة التخصيص والأصلية، وعرف بذلك القانون الروماني الرهن والإمتياز وكذلك الفقه الإسلامي. لكن القانون الروماني كان يطلب في البداية انتقال الملكية إلى الدائن إلى حين استرجاع الدين، ثم انتقل التأمين إلى الحيازة، خشية من التغريب في الملكية، فأصبح هناك ما يعرف بالتأمين الحيزي، فيعود الدائن حيازة العين. ثم تطور التطبيق إلى مستوى التأمين العيني غير الحيزي، فبقى العين تحت حيازة المدين، وأُسند للدائنين في مقابل ذلك حق التبسيع.

وقد كان القانون العقاري لسنة 1885 ينظم التأمينات العينية، ثم لما وردت مجلة الالتزامات والعقود سنة 1906 استوعبت أحكام الإمتياز والرهن إلى جانب التأمينات الشخصية بطبيعة الحال. ولما وقع العمل بمجلة الحقوق العينية سنة 1965 نقلت أحكام التأمينات العينية إليها وتضمنت الفصول 192 إلى 193 الأحكام العامة، ونظم الإمتياز بالفصل 194 إلى 200 م.ح.ع، في حين شملت الفصل 201 إلى 302 م.ح.ع أحكام الرهن، بما في ذلك رهن العقار (الفصول 270 إلى 302 م.ح.ع الخاصة بالرهن العقاري) ورهن المتنقل (الفصول 210 إلى 269 في رهن المتنقل). وهكذا أصبح هناك نظام خاص بالإمتياز ونظام خاص بالرهن. وإذا كان الإمتياز هو «حق عيني يعطي القانون في تفضيل بعض الدائنين على بعض للخلاص من مكاسب المدين نظراً لصفة دينهم»⁽¹⁾،

(1) الفصل 194 م.ح.ع. ويمتد الإمتياز حق عيني وحق قانوني وحق تبسيع. فهو حق عيني لأن فيه حق الأفضلية وحق التبسيع، وإن ناقش البعض وجود حق التبسيع خاصة بالنسبة إلى التأمينات العامة. وهو تأمين قانوني لأن مصدره القانون. وهو حق عيني تبسيع لأنه لا ينشأ إلا بنشاء حق شخصي أصلي، أي لا بد من وجود دين شخصي يضمه.

ومن خصائص الإمتياز أنه يبقى العين تحت تصرف المدين وفيه نوعان خاص وعام. فالعام يتصرف إلى القسان العام، أي إلى ضمان اللامة المالية، والخاص يتصرف إلى مال محدد. ولا يمكن لصاحب حق الامتياز العام أن يعارض بقية الدائرين في التنفيذ على أموال المدين، ولكن له الحق بطبيعة الحال في الاحتجاج بما له من ألوية وتقدير. وكذلك الصورة بالنسبة إلى الامتياز الخاص، فقد اقتضى الفصل 306 م.م.ت أنه ليس لصاحب امتياز خاص أن يعارض في عقلة المتنقلات أو العقارات المخصصة لضمان دينه أو في بيعها بما جبرها من طلب ذلك غيره من الدائرين وإنما له الاعتراض على المتحصل من البيع وإظهار ما له من حق الأولوية عند توزيع الثمن. ولكن له أن يعارض في عقلة المكاسب ويعها جبرياً من طرف غيره من الدائرين عندما تكون قيمة المكاسب المخصصة لضمان دينه غير كافية لخلاصه.

وحل الفصل 199 م.ح.ع قائمة الديون الممتازة مرتبة كالتالي:

أولاً: مصاريف تجهيز الميت

ثانياً: مصاريف التداوي وهي ديون الأطباء والصيدلة والمعززين المتالة من أجل العلاج وثمن الأدوية عن السنة أشهر الأخيرة.

ثالثاً: المصاريف القضائية وهي المصاريف التي صرحت في مصلحة جميع الدائنين لحفظ ما هو ضمان للدائنين ويعده.

رابعاً: مصاريف خزينة الدولة وهي المبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب وأداءات مختلفة

وتجاوزاً لأفضلية الحق العيني ومعنى التأمينات الشخصية، فإن الحق الشخصي من حيث المبدأ لا يكفل للدائن أفضلية على الدائن الآخر، فليس في الحق الشخصي أي الالتزام أوفضلية أو تقدّم. فإذا خرج المال بمحض البيع مثلاً فلا يعُد الدائن العادي خالفاً خاصاً أو عاماً للبائع المدين، ولا تعد عملية البيع إلا واقعة مادية بالنسبة إلى الدائن العادي ومن شأنها أن تنزل بمسمى قيمة الضمان العام. ولكن مع ذلك تبقى للدائن العادي جملة من الوسائل يمكن أن تحمي حقوقه.

الفقرة الثانية: وسائل التنفيذ، دعوى الضمان العام

عادة ما يتحدد رجال القانون عن حصانة صاحب الحق العيني، الدائن المرتهن الذي له رهن والدائن الممتاز الذي له امتياز، مقارنة مع صاحب الحق الشخصي أي الدائن العادي الذي ليس له إلا الالتزام، بحكم أهمية معنى التقدّم والأفضلية في الحق العيني. ولكن ذلك لا يعني أن أصحاب الحقوق الشخصية يفتقرون عناصر الحماية مطلقاً، بلعكس هو الصحيح. فقد تحدّد رجال القانون كثيراً عن حماية الدائن العادي⁽¹⁾. فله وسائل تحفظية مثل العقلة التحفظية والاعتراض التحفظي والاعتراض المباشرة استثناء لأحكام الفصل 240 م.إع لاستخلاص دينه كما في صورة دعوى الموكّل ضدّ نائب الوكيل على معنى الفصل 1130 م.إع أو دعوى الأجر والمستخدم ضدّ رب العمل على معنى الفصول 841 و 845 و 887 م.إع أو دعوى المودع ضدّ المستودع الثاني على معنى الفصل 1006 م.إع أو دعوى التغير ضدّ الغير المتعامل مع المستغير على معنى الفصل 1068 م.إع أو دعوى المكري الأصلي ضدّ المكري الثاني على معنى الفصلين 775 و 776 م.إع.

ويخلص من جميع ذلك أن الدائن بإمكانه أن يستعمل طرق تحفظية من شأنها أن تحفظ مال المدين من الضياع ويكون ذلك بواسطة الدعوى التحفظية والعقلة التحفظية، بواسطة العقلة التنفيذية. وهو مجال المرافعات المدنية. لكن هناك جملة من الدعاوى باستثناء بعض المال الذي لا يجوز عقلته تحفظياً، ويجوز كذلك عقلة الأموال تنفيذياً عن أحد الدائنين بإعلاماً إلى جميع المرسّمين منهم ويشتمل على جملة من البيانات الهامة ويعبر من خلال ذلك عن استعداده لخلاص الدين المورّق بهن والتکاليف التالية لها بقدر الشئ أو القيمة المتصرّح بها أي ثمن العقار، بدون حسم مبلغ من ذلك لصالح البائع أو أي شخص آخر. وتصبح النزاع التي لم يحل أحدهما، بموجب ذلك، وجة الأداء حالاً. ويتحرّر المشترى نهاية من جملة الرهون المرسّمة بدفع الثمن المشروط بالعقد إلى المقدّم من الدائنين، أو تأمين قيمة الشئ بصدقه عند غياب التراضي، على أن تحدّد مراتب الدائنين وبروز الشئ طبق الإجراءات الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية في ترتيب درجات الدائنين وتوزيع الأموال. لكنه يبقى الحق قائماً لفائدة الدائن في طلب بيع العقار بالمراد العلني طبق الإجراءات المقرّرة في البيوعات العقارية، وذلك في أجل قدره أربعون يوماً من تاريخ الإعلام المثار إليه وزيادة الشئ في ثمن العقار، وحيثما توافق الإجراءات طبق الأحكام الواردة في باب البيوعات العقارية.

(1) حاتم الروابي: حماية الدائن العادي، أطروحة دكتوراه، 2004-2003، كلية الحقوق بتونس.

+ القيام نيابة عن المدين: نص الفصل 307 م.أ.ع على أن « الدائن القائم في حق مدینه يعتبر كثائب عنه »، معنى ذلك أن قيام الدائن هو في الحقيقة في حق المدين، وهذه طبيعة الدعوى غير المباشرة، فهي غير مباشرة لأنَّ القائم لا يكون مباشراً في مواجهة مدين المدين. وباعتباره قائماً مقاماً مقدام المدين ⁽¹⁾ يسُوغ الاحتجاج عليه بجميع الأوجه التي يمكن الاحتجاج بها على المدين إن كان سبها سابقاً على قيام الدائن ⁽²⁾. معنى ذلك أنه يجوز لعدين المدين أن يتحتج في مواجهة الدائن المدعى بجميع ما يمكن أن يدفع به في مواجهة المدين الأصلي. وهي نيابة في استعمال حق الدائن وليست نيابة تصرف، بمعنى أنه لا يجوز للدائن إبرام الصلح مع مدين المدين وما شابه ذلك. لكنَّ ذلك لا يعني أنَّ الدائن ليس بإمكانه إدخال المدين بل يجوز إدخاله، كما يجوز للمحكمة إدخاله من تلقاء نفسها. وغالباً ما يسعى الأطراف من حيث الواقع إلى إدخاله. ولكنَّ المشرع لم يشترط وجوب إدخال المدين.

وهذا ما يميز بين الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة، حيث إنَّ الدعوى المباشرة action directe، وخلافاً للدعوى غير المباشرة، تسمح للدائن بالقيام في حق نفسه مباشرة في مواجهة مدين المدين المدعى عليه، وهي دعوى استثنائية لا يقرها القانون إلا في حالات محددة وحصرية وبنص صريح، كما في صورة دعوى المكري الأصلي ضد المكري الثاني (الفصلان 775 و 776 م.أ.ع) ودعوى المعير ضد الغير المعامل مع المستعير (الفصل 1068 م.أ.ع) ودعوى الموكِل ضد نائب الوكيل (الفصل 1130 م.أ.ع) ودعوى الأجير المستخدم ضد رب العمل (الفصول 841 و 845 و 887 م.أ.ع) ودعوى المودع ضد المستودع الثاني (الفصل 1006 م.أ.ع). ولا يتطلب بالدعوى المباشرة إعسار المدين الأصلي أو مطالبته أولاً، وإن كان من الممكن إدخاله في القضية، ويفرُّ الدائن بالدعوى المباشرة بحصيلة الدعوى، فهي بذلك دعوى إقصائية، فيستأثر الدائن بالمال موضوع الدعوى، وهي بذلك تعد بمثابة التأمين أو الامتياز، لكنَّه يمكن للدائن أن يفقد هذا الامتياز إذا تدخل غيره من الدائنين بالدعوى من لهم الحق في التداخل.

+ لا يعارض المدين بحججية الحكم في الدعوى غير المباشرة إلا إذا سبق له التداخل: بالرغم من أنَّ الدائن نائب للمدين في دعواه، فإنه لا يجوز معارضته المدين باتصال القضاء إلا إذا دخل بالقضية، لذلك نص الفصل 307 في فقرة الأخيرة على أنه « يسُوغ الاحتجاج على المدين بالحكم الصادر في الدعوى بين داته القائم في حقه والغير إذا أدخل المدين في تلك الدعوى من أولها ولو امتنع من التداخل فيها ⁽²⁾ ». فلا يمكن

والعقود تحت باب في بعض وسائل يحصل بها الوفاء وهي على التوالي، الدعوى غير المباشرة (أ) والدعوى البليانية (ب) والدعوى الصورية (ت) ويضاف إلى ذلك ما يعرف بحق جنس المال (ج) وما يعرف بالإعسار (د).

أ- الدعوى غير المباشرة action oblique, indirecte, subrogatoire
الدعوى غير المباشرة هي الدعوى التي يمارسها الدائن بدلاً عن مدينه لمطالبة ما له من حق لدى الغير كلما كان مدينِه مهملاً في المطالبة، لذلك سميت بالدعوى غير المباشرة، وتحتَّل المشرع عن حلول الدائن محلَّ المدين فيما له على الغير ⁽¹⁾، ومثل ذلك أنَّ يقوم دائن المالك برفع دعوى استحقاقية ضدَّ العاشر لعقار مدينه لقطع أجل الحوز. ولكنَّ ذلك لا يعني بالضرورة رفع الدعوى، بل يكفي استعمال الدائن ما لمدينه من حق في حالة تقاعسه، فهو الحق الذي يقوم للدائن في استعمال ما مدينه من حقوق ثابتة لدى الغير وقد أهمل المدين الطلب، ومثل ذلك أنَّ يقوم دائن المشتري بتسجيل عقد شرائه بالقاضية المالية أو بترسيمه بادارة الملكية العقارية. وسميت هذه الدعوى بالدعوى غير المباشرة لأنَّه في الأغلب أنْ ترفع الدعوى وليس لأنَّه يوجد رفع الدعوى في جميع الصور. ولا تعد الدعوى غير المباشرة إجراءً تنفيذياً، بل هي إجراء تمهدى يهدف إلى المحافظة على أموال المدين في النظار التنفيذ عليه. ولكنها ليست إجراءً تحفظياً لأنَّها لا تقتصر على التحفظ المجرد على مال المدين. وتقوم الدعوى غير المباشرة على فكرتين أساستين: مصلحة الدائن الشرعية والنيابة القانونية. مصلحة الدائن في الاستفادة بما للدين من حق لدى الغير وقيام الدائن نيابة عن مدينه بعد تقاعسه.

وعود جذور هذه الدعوى للقانون الروماني متى كان يجوز للدائن أنَّ يقوم مكان المدين لتصفية أملاكه مدينه وتوزيع المتاحصل على جميع الدائنين، وكانت هذه الدعوى هي الأداء في التصفية الجماعية لأملاك المدين، على غرار إجراءات التقليس في المادة التجارية كما هي اليوم. لكنَّ القانون الفرنسي أخذ بهذه الدعوى في حدودها الفردية وجعلها تصرفًا فردياً يستفيد بها القائم من الدائنين وليس لها علاقة بحقوق بقية الدائنين، ومن ذلك انتقلت إلى القانون التونسي بالفصل 306 فقرة ثانية و 307 و 308 م.أ.ع. ومن خلالها حددت المجلة شروط (1) وأثار هذه الدعوى (2).

1- شروط الدعوى غير المباشرة
للدعوى غير المباشرة شروط شكلية وأخرى موضوعية.
- الشروط الشكلية: يكون قيام الدائن نيابة عن المدين وليس قياماً مباشراً، وإمكان الدائن طلب تداخل المدين، حتى يجوز معارضته باتصال القضاء.

(1) الفصل 307 م.أ.ع.

(2) الفصل 307 م.أ.ع.

معارضة المدين باتصال القضاء إلا إذا أدخل فعلاً في القضية أو استدعى للتدخل ولم يتدخل بصفة فعلية. وذلك بهدف تمكين صاحب المال من مراقبة الإجراءات.

-الشروط الموضوعية: يمكن النظر إلى هذه الشروط من جهة الدائن ومن جهة المدين.

+الشروط الخاصة بالدائن: الدعوى غير المباشرة تصرف فردية يقوم بها الدائن بمفرده، وليس من الضروري أن يقوم جميع الدائنين مجتمعين، فليس بالقانون التونسي إجراءات جماعية في القانون المدني على غرار الإجراءات الجماعية بالقانون التجاري. فرغم أن المشرع تحدث بطالع الفصل 306 فقرة ثانية م.أ.ع على مفهوم أصحاب الديون⁽¹⁾، وذلك لا يعني أن يقوم الدائنوں جماعة، بل يكفي أن يقوم الدائن منفرداً، مهما كانت طبيعته، دائناً عادياً أو ممتازاً، ومهما كان سبب دينه واقعة قانونية أو تصرف قانوني، ومهما كان تاريخ نشأة الحق، سابقاً على حق المدين أو بعده، ومهما كان حجم الدين أكبر من حق المدين أو أقل منه، ومهما كانت طبيعة الالتزام، القيام بعمل أو عدم القيام به. ولا يشترط أن يكون حق الدائن قابلاً للتنفيذ أو مستحق الأداء غير ملزق على شرط أو أجل و معلوم المقدار، بل يكفي أن يكون حق الدائن موجوداً أي ثابتاً certain غير محتمل أو ممتاز فيه. ولا يمكن أن يبرر ذلك إلا بمفهوم المصلحة المشروعة العاجلة أساس الدعوى غير المباشرة، وإن أمسك المشرع عن الإشارة إلى جملة هذه الشروط. بينما بسبب الاختلافات الفقهية في ذلك الباب⁽²⁾. ولا يشترط تبعاً لذلك أن يكون للدائن سند تفديه لأن الدعوى غير المباشرة ليست إجراء تفدياً.

ولا يشترط أن تكون الدعوى غير المباشرة هي الوحيدة الممكنة للدائنين، فليست الدعوى غير المباشرة دعوى اختيارية، بل يجوز استعمالها حتى ولو كان بالإمكان اللجوء إلى دعوى أخرى. ويشترط المصلحة في القيام، فلما كانت الدعوى غير المباشرة تهدف إلى تقوية الضمان العام، فإن غياب هذا الأثر من شأنه أن يرفع عن القيام بالدعوى أية مصلحة، كما في صورة إذا كانت حقوق المدين محل رهن وغير ذلك. ولا يشترط التحصيل على إذن مسبق لرفع الدعوى. ولكن يجب أن يكون القيام نهاية عن المدين، ولا يعني ذلك أن يشير الدائن بعربيدة الدعوى أنه نائب عن المدين، بل يمكن أن يرد بعربيدة الدعوى ما يفيد أن المطالبة تشمل ما للمدين من حق لدى الغير.

(1) نص الفصل 306 فقرة ثانية في طالعه على ما يلي: «إذا لم يتيسر لأصحاب الديون الخلاص فيما لهم على المدين وكان له حقوق على الغير كان لهم عرض قضيهم على المحكمة».

(2) الرأي غير واضح بين رجال القانون. فمنهم من يشترط فقط وجود الدين و منهم من يضع بعض الشروط الإضافية مثل أن يكون الدين مستحقاً.

عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 946.

+الشروط الخاصة بالمدين: يجب أن يكون عدم استعمال المدين لحقه سبباً في إعساره، وأنه مقصراً في استعمال حقه. بمعنى أن عدم استعمال المدين لحقه تقضيراً منه من شأنه أن يمنع الدائن من استخلاص حقوقه. لذلك نص الفصل 306 في فقرة ثانية على أنه «إذا لم يتيسر لأصحاب الديون الخلاص فيما لهم على المدين». وهو إثبات على أنه «إذا لم يتسر لأصحاب الديون الخلاص فيما لهم على المدين».

محمول على الدائن في الدعوى. فلو أن الحجة قامت في أن للمدين ما يكفي للوفاء بدينه وأنه لم يكن مقصراً في الدفاع عن حقه بالطلب أو رفع الدعوى، فما قام الحق للدائن في رفع الدعوى. ويكتفي الدائن أن يثبت أنه كان على المدين أن يطالب بالحق أو أن يرفع الدعوى في اتجاه المطالبة بحقه. فإذا لم يكن المدين مقصراً وسعى إلى رفع الدعوى قبل قيام الدائن أو مباشرة بعد قيام الدائن، كان على الدائن أن يتمتنع عن رفع الدعوى أو أن يتخلص عنها. ويمكن للمحكمة في هذه الصور أن ترفض الدعوى. لكن ذلك لا يمنع من أن يكون الدائن والمدين بنفس الدعوى.

ويشترط أن تكون ديون المدين لدى الغير قابلة للعقلة والمحجز، على معنى القواعد العامة الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية، فيمكن أن تكون جميع الحقوق العقارية والمنقولية محلاً للدعوى وهذا هو السيد، ويستثنى من ذلك جميع الحقوق ذات الطبيعة المعاشرة أو التي لها علاقة بالحالة الشخصية، وقد استثنى الفصل 306 م.أ.ع في فقرته الأخيرة صراحة «الحقوق الخاصة بذات المدين كحقوق الأب على ولده وحق الانتفاع والسكنى والنفقة والحقوق المترتبة له من جنحة أو شبهها وقعتا على الذات وبصفة عامة كل ما لا تنصح عقلته ولا إحالته وأما القيام بالفسخ بناء على عدم أهلية المدين أو صغر سنه فإن ذلك يعد من الدعوى الشخصية على معنى هذا الفصل ويسوغ للدائنين القيام بها».

ولا تشمل الدعوى غير المباشرة إلا الحقوق بمعنى أن كل ما يخرج عن مفهوم الحق لا يمكن أن يكون محلاً للدعوى غير المباشرة، وكذلك الشخص المنوحة للمدين، فهي ليست من قبل المحتوى، كما في صورة إمكانية المدين في إلغاء عقد الإيجار، فلا تقوم الدعوى غير المباشرة للدائنين في طلب إلغاء عقد الكراء أو في مراقبة أعمال الإدارة على وجه الإجمال. ولا تشمل الدعوى إلا الحقوق التي تعود للمدين وليس لغيره⁽¹⁾.

(1) إن الحق سلطة م晦مة قاتلها تؤدي حماً للسيطرة المادية على عناصر الحق بينما الشخصية هي الإمكانية القانونية في الوصول لذات الحق مثل الملكية فهي حق والملك رخصة. وعلى ذلك فإنه لا يخلص للدائن في الدعوى غير المباشرة طلب مجرد الشخص الذي تبقى بعيدة عن معنى الحق حسب هذا المفهوم.

على أن الحق في حقيقة الأمر هو صيغة مجردة أو هو تصور يتجاوز معنى السلطة المادية إذا أخذنا بالتعريف الافتراضي للحق باعتباره تصور ذهني يتجاوز معنى السلطة ويدخل في شأنه جميع المعاني الخاصة بالأمل والشخصية وغير ذلك. فإذا أخذنا بهذا المعنى يمكن أن تدخل الشخص في معنى الحق.

2- آثار الدعوى غير المباشرة

تبعد الصورة غير واضحة بالنسبة إلى آثر الحكم الصادر في الدعوى غير المباشرة، ويطرح عادة السؤال إن كانت الدعوى غير المباشرة من شأنها أن تنتهي إلى إرجاع المال إلى الضمان العام ويفحص الجميع الدائنين التنفيذ على ما راجع من مال مع اعتبار القواعد العامة في صحة من سبق إلى التنفيذ بمفرده وقبض المال؟ أم أن الدعوى تهدف إلى تجميد المال منذ تاريخ رفع الدعوى ويتحقق للقائم بالدعوى فقط الاستئثار بالمال قبل بقية الدائنين؟

فهل أن المال يعود إلى ذمة المدين بجميع خصائصه، ويستفيء به كافة الدائنين؟ أم أن الدعوى غير المباشرة من شأنها أن تجتهد المال لتمكن الدائن القائم بالتبع فقط بالتنفيذ عليه والتقديم على بقية الدائنين، من دون أن يكون الدائن في حاجة إلى إتمام أي إجراء آخر؟ أم لا بد من القيام بإجراءات تنفيذية موازية مع الدعوى غير المباشرة حتى يتثنى للدائنين التقدم على بقية الدائنين والاستئثار بالمال؟

فقد ذهب البعض إلى أن الدعوى غير المباشرة لها عدة خصائص بالقانون التونسي حيث إنها تهدف إلى تجميد المال بيد مدين المدين منذ تاريخ رفع الدعوى، فيمنع مدين المدين من إخلال الحق بأية طريقة انطلاقاً من رفع الدعوى وإمكان الدائن أن يستخلص الدين لفائدةه ويستأثر بجميع المال قبل بقية الدائنين بعد صدور الحكم، ولا حق لبقيه الدائنين في مشاركته في المال، لأنهم لم يكونوا أطرافاً بالدعوى. فبمجرد صدور الحكم بمفعوله التجميدي يعود المال إلى الضمان العام، ويتحقق للدائنين المدعى فقط التنفيذ عليه دون بقية الدائنين، فيستأثر بالمال. وذلك عملاً لأحكام الفقرة الأولى من الفصل 307 والفصل 308 م.لـ. ورغم أن الدعوى غير المباشرة لها نفس الأثر في التجميد مثل العقلة التوفيقية إلا أنها تختلف عنها من عدة جوانب. حيث تمكن الدعوى غير المباشرة الدائن من التماس القاضي مباشرة وتشمل جميع الأموال بما في ذلك المتنقل والمغار ولا تحتاج إلى تصحيح، في حين أن العقلة التوفيقية لا تسري إلا على المبالغ المالية والمتغولات وتوجب تحرير محضر العقلة بداية ثم القيام بإجراءات خاصة في تصحيح العقلة. ولا يرى هذا الاتجاه مصلحة في الدعوى غير المباشرة إذا رفعتها عنها المفعول التجميدي وما يرتبط به من آثار⁽¹⁾.

وذهب البعض الآخر إلى أن الدعوى غير المباشرة ليست إجراء تنفيذياً مثل العقلة التنفيذية، فلا يمكن أن يصدر الحكم بصحبة العقلة أو ببيع المعمول وليس للحكم مفعول تجميدي، بل هو إجراء يهدف بالأساس إلى إرجاع المال إلى الضمان العام، بهدف إخصاصه لإجراءات التنفيذ العادلة طبق الإجراءات العامة، فيما قيام الدائن إلا بنيابة عن المدين، فلا يستحقه الدائن بمفرده وإنما يعود الحق للضمان العام وبالتالي لفائدة كافة الدائنين. وبقي المدين، بعد رفع الدعوى، على حقه في التصرف في ماله كييفما شاء وبأية طريقة إحالة وصلاحاً، كما يجوز لمدين المدين التصرف دون قيد وتبقي علاقته مباشرة مع المدين الأصلي، فيجوز الرفقاء بالدين أو الصلح في شأنه. ولا يستأثر الدائن في الدعوى بالمال لوحده، ويمكن لجميع الدائنين مباشرة التنفيذ على هذا المال. ولا يمكن كذلك للدائنين القائم بالتبع من مدين المدين من التصرف في المال مع نشر الدعوى إلا إذا سعى قبل نشر هذه الدعوى إلى مباشرة إجراءات توقيفية. ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا بسيق عقلة المال توقيفياً بيد الغير ثم مباشرة الدعوى غير المباشرة لغاية إرجاع المال إلى ذمة المدين⁽²⁾، ومن ثم التنفيذ على هذا المال. فيصدر الحكم لفائدة المدين الأصلي، ثم يباشر الدائن إجراءات التنفيذ⁽³⁾. وقبل قبض المال من قبل الدائن القائم بالتبع يجوز لكل دائن التداخل بالإجراءات وطلب المحاسبة.

فحسب هذا الاتجاه هناك فصل واضح بين الحكم الذي يصدر على آثر الدعوى غير المباشرة وإجراءات التنفيذ، فليس من آثر للدعوى غير المباشرة سوى إرجاع المال إلى الضمان العام أي إلى الذمة المالية التابعة للمدين ويتمكن جميع الدائنين الاستفادة منه إذا بادروا إلى مباشرة إجراءات التنفيذ في مرحلة لاحقة طبق القواعد العامة. فقط أنه يمكن للدائنين القائم بالدعوى أن يستأثر بالمال إذا بادر إلى مباشرة إجراءات التنفيذ وسعى مبكراً قبل بقية الدائنين إلى قبض المال.

والحقيقة أن الفصول 306 و307 و308 م.لـ. كانت غامضة إلى أبعد الحدود. فقد نص الفصل 307 م.لـ. في فقرته الأولى على أن «الدائن القائم في حق مدنه يعتبر كنائب عنه لكن في مقعة نفسه». ونص الفصل 306 في فقرته الثانية على أنه «إذا لم يتيسر ل أصحاب الديون الخلاص فيما لهم على المدين وكان له حقوق على الغير كان لهم عرض قضيthem على المحكمة وبعد إثبات حقوقهم يمكن لهم التحصل

(1) تهدف العقلة التوفيقية عملاً بأحكام الفصل 333 إلى جعل المبالغ المالية والمتغولات المسلطة عليها العقلة موقوفة بيد المعمول تحت يده.

(2) عبد الرزاق السنوري، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 976، عدد 553.

سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 299.

خليله الخروبي، المرجع السابق، ص 43.

(3) حاتم الروابي، حماية الدائن العاقل، أطروحة دكتوراه، 2004-2003، كلية الحقوق بتونس؛ ص 143 إلى 146 و 161 إلى 164.

آلفة الفرششي: خواطر حول الدعوى المتغيرة، دراسات في القانون المدني، 2003، ص 355.

بـ-الدعوى البليانية action paulienne,action révocatoire

نص الفصل 306 م.أ.ع في فقرته الأولى على أنه «يجوز للدائنين أن يطعنوا في حق أنفسهم في العقود التي تعمها مدینهم بأنه تمها لإضرارهم في حقوقهم تغريباً وتديلاً لكن بدون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالسيرات»، في بذلك يجوز للدائن أن يطعن في العقود التي أبرمها مدینه إذا كان من آثارها خروج المال من الضمان العام، فهي على خلاف الدعوى غير المباشرة لا تهدف إلى القيام محل المدين فيما له على الغير، وإنما يقوم الدائن في حق نفسه بهدف عدم نفاذ تصرف المدين في مواجهته، وهي بذلك ليست دعوى تعويض أو إبطال، وإنما دعوى عدم نفاذ تصرف المدين، ولكنها تبقى دعوى شخصية، وليست دعوى عينية أو مختلطة لأنها تستند لحق شخصي ولو كانت ترمي إلى عدم نفاذ تصرف تناقل للملكية، ولذلك أسماء البعض بالدعوى العلاجية على غرار الدعوى الصورية⁽¹⁾. ومن صفاتها أنها دعوى تكميلية أو احتياطية بمعنى أن المدعى عليه بإمكانه أن يدفع بضرورة التجريد أي التنفيذ بداية على أموال المدين⁽²⁾. ولكن الدعوى البليانية تجمع مع بقية الدعاوى في الصورية والحلول محل المدين فيما له على الغير في أن جميعها يهدف إلى حماية الضمان العام⁽³⁾. وبعد أن كانت الدعوى البليانية تمارس بصفة جماعية أي لفائدة جميع الدائنين أصبح لها استعمال فردي، بمعنى أن تمارس من طرف أحد الدائنين ولفائدة الخاصة⁽⁴⁾. ويمكن الحديث من خلال الفصل 306 م.أ.ع عن شرط (1) أو آثار هذه الدعوى⁽²⁾.

[1] سليمان مرقم ، المجمع السابق ، ص 307 و 308.

(٢) يختلف الدفع بالتجزيد بالدعوى البليانية عما هو عليه الحال بالشكوى حيث إن الدفع بالتجزيد بالشكوى على معنى الفصل ١٤٩٨ م.ع يوجب على الكفيل بيان الأصول التابعة للعدين، خلافاً لما هو الحال بالنسبة إلى الدعواى البليانية، فلا يطالب المدعي عليه بيان مكاسب العدين، وكان على المدعي في الدعواى إثبات عنصر الضرورة.

فقد نص الفصل 1498 م. اع على ما يلي «إذا طرُب الكفيل كان له الحق أن يكلّف اللذان يبعث كسب المدين أو لا من متقول أو غير متقول وأن يبين له ما يمكن وضع البند عليه منها بشرط أن تكون المكاسب البلاد التونسية».

(4) سميَ هذه الدعوى بالدعوى البليانية أو البولصية نسبةً للقاضي *préteur الروماني بولص** معنى الفصول 168 و 169 م.م.ب.

على عقلة ما للدين من الحقوق والديون التي على الغير والقيام بما تبعها من الحقوق والدعوى»، ونص الفصل 308 م.أع على أن «الدائن القائم مقام مدعيه يستفغ وحده بالمال الذي يقتضيه فإن اتخد الاحتياطات انجر نفعها لبقية الدائنين». فلا نعلم بوضوح إن كان المشرع انحاز إلى الاتجاه الأول أو الاتجاه الثاني. ولكن الدارسون لهذه الفصول يشعر بتجدد مقارنة مع الأحكام السائدة بالفقه والقضاء الفرنسي يوم تحرير هذه الفصول، ولا بد أن تعطى هذه الفصول معنى في اتجاه تدعيم صلاحيات ونحوها الدعوى غير المباشرة. فإذا كان أثراها لا يتتجاوز معنى إرجاع المال إلى الضمان العام وتمكن بقية الدائنين من المحاسبة في الدين، فلا شك أنها تفقد جانباً كبيراً من أهميتها، فلا بد من مجازاة الدائن الذي بادر إلى التصرف يجعل المال مجيناً منذ تاريخ رفع الدعوى ولا يحق لمدين الدين أن يتصرف فيه بأية طريقة وبخالص نهاية إلى الدائن المتغى عليه والاستئثار بالمال قبل بقية الدائنين، دون حاجة إلى إجراءات إضافية. ويتلخص هذا الرأي بما نص عليه المشرع صراحة من قيام الدائن «لمنفعة نفسه» وأن الدعوى تهدف إلى «التحصيل على عقلة ما للدين من الحقوق والديون التي على الغير» «بعد إثبات حقوقهم». وأنه لا يجوز الاحتجاج على الدائن المدعى بأسباب إلا إذا كانت قد حدثت قبل القيام بالدعوى، وأنه لا يعارض المدين بالحكم إلا إذا «تدخل بالدعوى» وأن الدائن يستثمر بالمال الذي «قضمه»⁽¹⁾ وأن مجرد «الاحتياطات»، أي الأعمال التي لا توجب رفع الدعوى، تبقى نفعها لبقية الدائنين. فلو أن المشرع كان يريد إرجاع المال إلى الضمان العام وتمكن بقية الدائنين من الطلب، ما كان في حاجة إلى ذكر تلك التفصيات. وبذلك كان الرأي الأول الأقرب إلى منطق مجلة الالتزامات والعقود. وتكون الدعوى غير المباشرة بهذا المعنى فعلاً بمثابة الضمان للدائن في حدود أنها توفر حظوظه في استخلاص الدين وبطريقة استشارية قبل بقية الدائنين. فإذا تداخل الدائن الآخر بالدعوى يكون حتماً طرفاً في الدعوى وبإمكانه مباشرة أعمال التنفيذ ومحاسبة الدين مع بقية من كان طرفاً بالدعوى، أما الذي لم يتسرّ له التداخل فلا يصح له المشاركة في التنفيذ على المحتصل من الدائنين، فلا يستفغ بالمحصل إلا من كان طرفاً بالدعوى، فلا يستفغ بمعنى التجميد من الدائنين إلا من كان طرفاً بالدعوى. وذلك هو معنى التجميد في الدعوى غير المباشرة.

(١) هذا الحل يختلف عن الحلول التي قال بها رجال القانون بفرنسا وإن لم يتوفر النص حسراة وكل ذلك عن القانون المصري الذي أورد نصا صريحا في ذلك، متى يحوز للذاتين مشاركة الذائن في المال.

١- شروط الدعوى اليمانية

يُخضع كل من الدائن والمدين من جهته لجملة من الشروط الأساسية في الدعوى
البلائية.

- بالنسبة إلى الدائن: يمكن لكل دائن سواء كان دائنا عادياً أو ممتازاً أو مرتهناً أن يقيم الدعوى البليانية، مهما كان سند دينه واقعة مادية أو تصرف قانوني مهما كانت طبيعة الالتزام إيجابياً أو سلبياً. فلا يمنع الدائن من رفع دعوى الضمان العام بعلة أن له امتياز خاص ولا يمنع بعلة مصدر دينه أو طبيعة التزامه.

ولم يبين المشرع بالفقرة الأولى من الفصل 306 م.اع طبيعة الدين الذي يعود للدائن المدعى إن كان ديناً مستحقة exigible أو غير متوازع فيه⁽¹⁾، ولكن طبيعة الدعوى في الطعن في تصرفات المدين لا يمكن أن تكتفى بدين غير ثابت أو محتمل، والمعلوم أن الدين أو الحق يمكن أن يكون احتمالاً أو ثابتاً أو ثابتاً مقدراً أو ثابتاً مقدراً وواجب الأداء أو قابلاً للتنفيذ الجبري. وإذا كان احتمال الدين وعدم ثبوته، لا يتلاءم مع طبيعة الدعوى ولا يسمح في نهاية الأمر برفع الدعوى والطعن في تصرفات المدين، فإن شرط تقدير قيمة الدين واستحقاق أدائه أو تنفيذه جبراً لا شيء يبرره، لأن دعوى البليانية ليست دعوى تتنفيذية، فلا يشترط السند التنفيذي أو حلول الأجل في الأداء أو تحديد مقدار الدين، ويمكن وبالتالي التوصل إلى نفس الشروط الواردة في باب الدعوى غير المباشرة، فلا يشترط أن يكون حق الدائن قابلاً للتنفيذ أو مستحق الأداء غير معلق على شرط أو أجل وعلوم المقدار، بل يكفي أن يكون حق الدائن موجوداً أي ثابتاً certain غير محتمل أو متوازع فيه⁽²⁾، طالما أن المشرع لم يضع شروطاً خاصة⁽³⁾. ولكنه يشترط أن يكون الدين سابقاً عن تصرف المدين. فلا يقبل أن يطعن الدائن في تصرف نساً قبل أن ينشأ دينه.

- بالنسبة إلى المدين: نص الفصل 305 م. اع على أنه «يجوز للدائنين أن يطعنوا في حق أنفسهم في العقود التي تهمها مدينتهم بأنه تهمها لإضرارهم في حقوقهم تغريبا»

المدين عن التصرف في مصراة الديفين. فيعود المال إلى الضمان العام. وهي بذلك جزء من عملية تصفية أموال المدين.

١٧ بعض العواين نصت صراحة على هذه الشروط، مثل التشريع المصري بال المادة 235 من التقاين المدني والفصل 1167 من المجلة المدنية الفرنسية.

(2) اشترط المشرع المصري بال المادة 235 من التشريع المدني أن يكون الدين مستحق الأداء exigible بالنسبة إلى الدعوى البيانية على خلاف الدعوى، غير المماطلة فلذلك طابحة الأداء.

(3) لم تضع محكمة التعييب شروطاً واضحة ويعيل الفقه إلى عدم اشتراط حلول الأجل في الدين. حاتم الرواتي، المراجع السابق، ص 111 وما يليه.

وتدليساً». وبالتالي يشترط أن يشمل الطعن العقود التي تممتها المدين ويجب أن تكون هذه العقود معتبرة بحقوق الدائن، ويكون المدين قد أقر بها وتغيرها وتدليساً.

شرط التصرف القانوني: يجب أن يكون العمل الذي قام به المدين من قبل التصرف القانوني، معنى ذلك أن الواقع القانوني لا تدخل في باب الدعوى البليانية، فللو أن المدين ارتكب خطأ جعله يتحمل تعويض الضرر أو أنه أهمل تمسكه بالقادم وغير ذلك من الوضعيات المادية، فلا سبيل إلى إثارة الدعوى البليانية في ذلك، وبيفى بذلك نقل الملكية بموجب الميراث واقمة قانونية خارجة عن إطار التصرف القانوني. ويجب أن يكون التصرف موضوع الطعن من قبل العقود⁽¹⁾، ويشمل المعنى جميع العقود مهما كانت طبيعتها بعوض أو من قبل الهيئات، مشتلة للحق أو ناقلة له أو كاشفة للحق⁽²⁾، ومهما كانت مواضعها. لكن ذلك لا يعني أن المشرع استثنى التصرفات الناتجة عن إرادة منفردة واقتصر على التصرفات الناتجة عن إرادتين، إنما المقصود هو جميع التصرفات القانونية مهما كان مصدرها⁽³⁾. ويمكن أن يكون التصرف عملاً ناتجاً عن إرادة منفردة كما في صورة التنازل أو الإجازة، ولكنه يتشرط أن يكون تصرفًا قانونياً له علاقة بالذمة المالية، فلا يدخل في ذلك كل ما يتعلق بالحالة الشخصية، كما في صورة ترشيد القاصر أو الطلاق أو الزواج، ولا يدخل في ذلك المعنى كل ما يدخل في باب الشخص، فهو ليست من قسا الحقائق الداخلية في الذمة المالية.

+شرط الإضرار بحقوق الدائنين: يجب أن يكون التصرف مضرًا بحقوق الدائنين بمعنى أن يكون معيلاً ومفقرًا للمدين، وذلك بالتف撇 من حقوقه، كما أن يتنازل عن حق له أو أن يوظف رهنا عقارياً على عين معينة أو يدفع ديناً⁽⁴⁾، أو الزيادة في التزاماته، كما في صورة أن يقبل المدين بشراء عقار بقيمة غير قيمته الحقيقة بالتوافق مع البائع⁽⁵⁾،

(١) تحدث القانون الفرنسي والمصري عن النصرف القانوني بما يشمل جميع التصرفات الناتجة عن إرادة منفردة والتاتجدة عن إرادتين، خلافاً لما ورد بالفصل ٣٠٦ م.أ. في صيغة العريبة.

(2) يذهب الفقه وفقه القضاء وكذلك القانون المقارن (مثل الفصل 1167 من المجلة المدنية الفرنسية) إلى عدم إمكانية خضوع عقد القسمة إلى الدعوى البليانية بحكم طبيعة عقد القسمة وترتبط المصالح وطوابقها المائية، ولأن من الواجب استدعاء الأذنين للحضور وبالتالي يتحقق لهم حق مراقبة القسمة. ولم تورث مجلة الالتزامات أحكاما خاصة في ذلك. وأوردت مجلة الحقوق العينية صورة خاصة تحيز للأذنين نفس القسمة بسبب عدم حضورهم، الفصلان 121 و 122 م.ع.

n°1066.

(3) نفس الفصل 306 م. اع في صيغة الفرنية على معنى التصرف وليس معنى العقد.
 (4) قدروى قليماً أن يدفع الدين لا يفتقر، *qui paie ses dettes s'enrichit* ولكن الفقه تطور في

(5) القانون الروماني لا يجيز الدعوى البللانية فيما يتعلق بزيادة الالتزامات، إنما ذهب الفقه إلى ذلك الاتجاه، لأن الأثر واحد، وهو الاقتدار.

في ذلك بتاريخ وجود الحق وليس بتاريخ أدائه، كما في صورة إذا كان الحق معلقاً على شرط أو أجل، والعبرة كذلك بتاريخ إمضاء التصرف وليس بتاريخ ترسيمه بإدارة الملكية العقارية لو كان التصرف خاصاً لواحد الترسيم، لأن التصرف غير المرسم موجود وله آثار شخصية، والحججة في ذلك على الدائن.

2- آثار الدعوى البليانية

تهدف الدعوى البليانية إلى عدم نفاذ تصرف المدين في مواجهة الدائن، فهي ليست دعوى بطلان أو دعوى تعريض، وعلى ذلك الأساس كان الحديث عن «قيام الدائن بإبطال عقود مدينه» بالقسم المتعلقة بالفصل 306 م.أ.ع، حيثها غير دقيق لأن الآخر في الدعوى البليانية ليس الإبطال وإنما عدم النفاذ *inopposabilité*. فالذى يحصل فى الدعوى البليانية هو أن الحكم يصدر بعدم نفاذ التصرف، فيعود المال إلى الذمة المالية التابعة للمدين ويتتحقق للدائن إمكانية التنفيذ عليه. ولا يستفيد بهذا الآخر إلا الدائن القائم بالدعوى⁽¹⁾، لذلك أورد الفصل 306 م.أ.ع بغيره الأولى أنه «يجوز للدائنين أن يطعنوا في حق أنفسهم»، فلا يجوز لبقية الدائنين التبليغ على هذا المال، لأنهم ليسوا أطرافاً بالدعوى، والمعلوم أن للأحكام أثراً نسبياً يمعنى أن حججة الأمر المقضي به لا تشمل إلا من كان طرفاً بالدعوى، وهو الدائن والمدين والمعاقد مع المدين. وفيما يتتجاوز حق الدائن القائم بالدعوى يبقى التصرف صحيحًا يعارض به بقية الدائنين⁽²⁾. وإذا وفي الدائن دينه ويقي من الحق شيء يعاد إلى المعاقد. على أنه يجوز دوماً للمدين أو معاقدته أثناء تشرُّف الدعوى خلاص الدائن، فنطرح الدعوى، كما أنه من الممكن للدائن مطالبة المدين في الدعوى بجمع الأضرار التي تسببت فيها، وللمعاقد حتى الرجوع على المدين ليستوفي ما أصابه من ضرر نتيجة عدم نفاذ التصرف.

L'action en déclaration de simulation

الدعوى الصورية أن يظهر المدين المال في أعين الغير خلافاً لواقعه بتحرير عقد ظاهر يخالف مضمون العقد المستور، فبنشأ عن ذلك عقد حقيقي مستتر وعقد آخر ظاهر صوري. ومن ذلك ظهر العقد الظاهر *acte apparent* والعقد الصوري *acte simulé*-*acte secret -réel*-*fictif*.

(1) يتعلّم رجال القانون هذا الآخر بنسبية الأحكام وبطبيعة الدعوى البليانية في أنها ترفع باسم الدائن ثم إن الدائن لا يمثل نفسه بالدعوى ولا يمثل بقية الدائنين.

(2) هذا الآخر النسبي هو القول الصحيح والمشهور بالنسبة إلى الدعوى البليانية، وبذلك يقول التشريع الفرنسي، لكن بعض التشريع جعل الآخر في الدعوى البليانية جماعياً، يمعنى أن يستفيد من عدم النفاذ جميع الدائنين، على غرار التشريع المصري.

«فيحمل التصرف في معانٍ متعددة معنى الجنحة المدنية الموجبة للتعويض⁽¹⁾. وهذا هو معنى التصرف المفتر acte d'appauvrissement.

والإعسار في نهاية الأمر أن تزيد ديون المدين على حقوقه بصفة فعلية وال عبرة في ذلك بتاريخ رفع الدعوى، أي أن تكون حالة الإعسار متوفرة يوم رفع الدعوى. والحججة في ذلك على الدائن القائم بالدعوى بداية، ويكتفي أن يثبت وجود دينه، فإذا أثبت الدين انقلب عبء الإثبات على المدين ليدفع عنه الإعسار بيات أن لديه من الأموال ما يكفي لتنمية حاجة الدائن وأن لا شيء يعيق التنفيذ عليه، ويبدل المحكمة على هذه الأموال. ويجوز للمعاقد مع المدين أن يدفع بالتجزيء، باعتبار أن الدعوى البولصرية هي دعوى تكميلية *subsidiare*، أي أن يجعل المدعى على أموال المدين، دون أن يثبت وجود أملاك المدين إذ أنه بعد غيرها في علاقته بالدائن الأصلي⁽²⁾، فيحمل الإثبات على الدائن ومن بعده على المدين كما تقدم، حيث إن الدفع بالتجزيء دفع موضوعي ولما كان لا يشترط في حق الدائن الأصلي إلا أن يكون موجوداً غير متنازع فيه فلا تتحقق له المطالبة وأن من شأن الإثبات السليم أن ينقل عبء الإثبات كان واجب إثبات توفر الأموال محمولاً على المدين الأصلي. والخلاصة أن الإعسار والتجزيء لهما نفس الحكم من حيث الإثبات وهو أن يحمل على المدين الأصلي في النهاية واجب إثبات توفر الأموال حتى يُقضى برفض دعوى الدائن الأصلي.

+ شرط التدليس والتغريب: يجب أن يكون المدين مداناً بمعنى أن تكون له النية في الإضرار بالدائن، أي أن يكون المدين قاصداً ما اتفقه من عمل أي إعساره. ولا يشترط أن يكون معاقدة مشاركاً له في ذلك بمعنى متواطئاً مع المدين، لكن الفقه يرى أن التواطؤ يشترط تواجده إذا كان العمل بعوض حتى تقبل الدعوى ولا يشترط في الهيئات. فلا يمكن أن يتضرر المعاقد من جراء الدعوى إلا إذا كان متواطئاً مع المدين أو على الأقل عالماً بالضرر المتسلط على الدائن إذا كان عقده بعوض، على خلاف صورة التبع. وعلى الدائن إثبات الضرر والعلم عند الاقضاء، لقلب عبء الإثبات على المدين ومعاقدته، وال عبرة في ذلك بتاريخ إمضاء التصرف.

ولا يمكن أن يتحقق هذا الشرط إلا إذا كان حق الدائن سابقاً تاريخ التصرف. وهذا ما يميز الدعوى البليانية عن الدعوى غير المباشرة التي لا توجب سبق الدين، وال عبرة

(1) Carbonnier,Jean,op.cit.,p.593.

(2) وهذا الحكم يخالف أحكام التجزيء في الكتابة إذ أن الكفالة إذ أن الكفالة بيان ما يجب وضع الدليل عليه من أملاك المدين إذا دفع بالتجزيء على معنى الفصل 1498 م.أ.ع.
على كحلون: قانون التأمينات واستخلاص التأمين الخاصة والعامة، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص، 2011، ص 551 وما بعد.

إلى الضمان العام، ومن هذه الناحية كانت أهمية دعوى الصورية وعلاقتها بحماية الضمان العام وبوسائل المحافظة على الضمان العام مثلها مثل الدعوى البولصية أو الدعوى غير المباشرة، لكن دعوى الإعلان عن الصورية لا تكون فاعلة وتحدث أثراً (2) إلا إذا توفرت شروط الصورية (1).

1- شروط دعوى إعلان الصورية

للدعوى الصورية شرط شكلية وأخرى موضوعية.

- من حيث الشكل: يمكن أن ترفع دعوى الصورية من أحد أطراف العقد أو من ورثتهم أو من طرف الخلف الخاص أو من طرف الدائن العادي⁽¹⁾. فلكل شخص له مصلحة بالاحتجاج بالعقد السري يجوز له أن يطلب التصريح بصورة العقد الظاهر واعتماد العقد الحقيقي. وليس في دعوى الصورية نيابة حيث ينوب الدائن نفسه في الدعوى وترفع الدعوى باسمه الخاص. كما لم يقصر المشرع الدعوى الصورية على الخلف الخاص، وهو من الغير على معنى الفصل 26 م.أع⁽²⁾، بل يجوز للدائن العادي، كما هو الشأن بالنسبة إلى الخلف الخاص، أن يرفع الدعوى الصورية، خلافاً لبعض الاتجاهات⁽³⁾. فقد اعتمد المشرع بالفصل 26 م.أع مفهوماً واسعاً للغير، خلافاً للمبادئ العامة⁽⁴⁾.

- من حيث الأصل: يشترط من حيث الأصل أن يكون حق المدعى ثابتاً مهما كان تاريخ نشأته وتتوفر شروط الصورية وأن يتحقق الدائن بالاتفاق الحقيقي ويثبت وجوده. شروط الحق: لا يشترط في دين الدائن أن يكون نشأ قبل حصول الاتفاق الصوري، بل يمكن أن يكون نشأ قبل ذلك أو بعده. ولا يشترط السند التنفيذي أو حلول الأجل في الأداء أو تحديد مقدار الدين، ويمكن بالتالي التوصل إلى نفس الشروط الواردة في باب الدعوى البليانية أو الدعوى غير المباشرة فيما يتعلق بطبيعة حق الدائن، فلا يشترط أن يكون حق الدائن قابلاً للتنفيذ أو مستحقاً الأداء غير ملتف على شرط أو أجل و معلوم المقدار، بل يكفي أن يكون حق الدائن موجوداً أي ثابتاً certain غير محتمل أو متناء فيه.

(1) طرحت دعوى إعلان الصورية تساولاً يتعلّق بإمكانية سقوطها طبق القواعد العامة أم أن طبيعتها الخاصة ترفض إخضاعها لمرور الزمن، ورغم الاختلاف بين رجال القانون، فالرأي الأغلب أنها لا تسقط لأن التصرف المستورد ظل قائمًا إلى تاريخ رفع الدعوى.

(2) حاتم الرواتبي، المرجع السابق، ص 156.

(3) محمد الزين، المرجع السابق، ص 356.

خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص 50.

(4) يراجع الفصل 241 م.أع.

M.k Charfeddine, op.cit., p. 327.

وقد تعدد حالات الصورية، لكنه من الممكن ردها إلى حالات أربعة وجود العقد وطبيعته وشخص المعاقد ومحل الالتزام. فإذا تعلقت الصورية بوجود العقد كان العقد غير موجود فعلاً وإنما أظهره المدين بهدف تهريب المال من الدائنين، تكون الصورية في هذه الحالة مطلقة. وإذا تعلقت الصورية بطبيعة العقد اتخذ العقد الظاهر شكلاً يخالف حقيقته، كما في صورة أن يظهر العقد على شكل بيع عرض هبة. وإذا شملت الصورية شخص المعاقد كانت الرغبة في عدم إظهار المستفيد من العقد، كما أن يتعاقد المحامي أو الموظف تحت اسم مستعار. وإذا تعلقت الصورية بالمحل كانت الصورية تهدف إلى عدم إظهار الموضوع، كما في صورة أن يستر الثمن الحقيقي للمعاملة، وتكون الصورية في هذه الحالات الأخيرة نسبية.

ويرى جانب من الفقه أن إخفاء الحقيقة إنما هو عمل ينطوي على كذب ومن المفترض أن لا يعترف المشرع لا بالكتب الظاهر ولا بالكتب المستور⁽¹⁾. ويرى البعض الآخر أن العقد السري هو الصحيح ومن المفترض أن يتقرر بطلان العقد الصوري، مراعاة للإرادة الحقيقة⁽²⁾. لكن هذا الحل قد يضر بمصالح الغير حسن النية، لذلك اتجه الرأي إلى إبقاء العقد السري فاعلاً بين المتعاقدين فقط، أما الغير فيإمكانه التعويل على العقد الظاهر⁽³⁾، وانحاز التشريع التونسي إلى هذا الرأي الأخير ونفى بالفصل 26 م.أع

على أن «الحجج الناقصة للعقود ونحوها من المكاتب السرية لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتاج بها على الغير ما لم يعلم بها ومن يصر إليه حق في المتعاقدين أو يخالفهم بصفة خاصة يعد كالغير على معنى هذا الفصل». وبذلك ميز المشرع بين العقد الحقيقي السري عن العقد الظاهر، فال الأول يقي فاعلاً بين المتعاقدين وورثتهم، والثاني يعتقد به إزاء الغير. وقد أخذ المشرع بالمفهوم الواسع للغير بهذا الفصل بأن جعل كل من ينجر له حق من المتعاقدين أي الخلف الخاص بمثابة الغير.

ويبقى دوماً للدائنين حق إثبات صورية المعاملة ليتحقق بحقيقة التصرف ويعيد المال إلى الذمة المالية للمدين، وبذلك تظهر أهمية دعوى الصورية في المحافظة على الضمان العام⁽⁴⁾. فإذا قام الدائن بطلب التنفيذ على مال المدين فلا شك أن المعاقد الظاهر سيحتاج بالعقد الظاهر لردة طلب الدائن، فتقوم المصلحة حينئذ للدائن في إثبات حقيقة التصرف والتمسك بالعقد السري توصلاً لإنتهاء أعمال التنفيذ بعد أن عاد المال

(1) Carbonnier.Jean,op.cit.,p. 152,5939.

محمد الزين، المرجع السابق، ص 349.

(2) الفصل 117 من المجلة المدنية الألمانية.

(3) وهذا هو معنى الفصل 1327 من المجلة المدنية الفرنسية.

(4) M.k Charfeddine, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, C.E.R.P., 1993, p. 318 à 331.

المثال وذلك إذا قام التزاحم بينهم وبين دائني المتصرف له⁽¹⁾. والحقيقة أنَّ الفصل 26 م.أع لم يكن واضحاً بالدرجة الكافية في معنى الخيار أو منعه وفي معنى التزاحم بين الغير، فإذا لم يقم التزاحم بين دائني المتصرف ودائني المتصرف له، فلاشك أنه من مصلحة دائني المتصرف أن يتحجوا بالعقد الحقيقي أو المستور لأنَّه يعيد المال إلى مدینهم، وهذا هو معنى الاحتجاج بالاتفاق الحقيقي في دعوى إظهار الصورية. أما إذا زاجهمهم دائنو المتصرف له فالأولى أن تضمن حقوق الغير حسن النية وذلك بالتمسك بالعقد الظاهر وتطبيق ما جاء به:

ويحمل على المدعى في الدعوى عبء إثبات الاتفاق الحقيقي، فإذا كان المطالب بالإثبات هو أحد أطراف العقد أو ورثته فالإثبات يكون بالكتاب، لتعلق الموضوع بتصرف قانوني، إلا ما استثناء المشرع من قاعدة ضرورة الإثبات بالكتاب طبق النظرية العامة في الإثبات، كما في صورة العذر المادي أو القانوني⁽²⁾. أما إذا كان الغير هو المطالب بالإثبات، أي الدائن العادي والخلف الخاص، فله إقامة الدليل على وجود الكتب المستتر بجميع الوسائل لأنَّ العقد الحقيقي يمثل بالنسبة إليه واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق.

2-آثار دعوى إعلان الصورية

تهدف دعوى الصورية إلى إظهار حقيقة الاتفاق الناقضة لكتاب الصورية والاستئثار بالمال موضوع التنفيذ.

إعلان حقيقة التصرف: ينبع المشرع صراحة على بطلان الاتفاق الحقيقي أو الاتفاق الحقيقي والاتفاق الظاهر معاً، كما في صورة الشراء الواقع لفائدة القضاة أو كبة المحاكم أو المحامين أو العدول أو الموظفين أو الخبراء والسماسرة تحت أسماء مستعارة (الفصول 566 و 567 و 568 و 569 و 570 م.أع)، وقد ينبع المشرع على نقل الملكية لفائدة الدولة كما في صورة عدم ذكر الثمن الحقيقي بالعقود الخاصة للتسجيل بالقباضة المالية⁽³⁾. وذلك مراعاة لجملة من الاعتبارات لها علاقة بمسألة النظام العام. ولكن ذلك لا يعد إلا نظاماً استثنائياً في الصورية، وأصل قواعد الصورية لا تحمل إلى بطلان الاتفاق الحقيقي أو الظاهر، فتلك أعمال أجازها المشرع صراحة ولم يجعل لها جزاء البطلان. ذلك أنَّ دعوى إعلان الصورية لا تهدف إلى بطلان أو إبطال التصرف، بل تسعى إلى إعلان صوريَّة الاتفاق الظاهر وإبراز الاتفاق الحقيقي وجعله الأساس في

(1) جاتم الرواتبي، المرجع السابق، ص 156، رقم 149 و 150.

(2) الفصول 420 وما بعده.

(3) الفصل 113 من مجلة التسجيل الصادرة بموجب القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993.

+شروط الصورية: لا تقوم الصورية إلا إذا توفر عقدين في نفس الوقت والزمن بهما نفس الأطراف ولكنهما مختلفان سواء من حيث الوجود أو مراكز الأطراف أو المحل أو الطبيعة، حسب إن كانت الصورية مطلقة أو نسبية، وأن يكون واحد منها ظاهراً والأخر مستوراً. فلا بد أن يتوفر التصرف الصوري بمعنى أن توافق الإرادتان في نفس الوقت وتقوم الرغبة الذهنية في نفس اللحظة على إحداث تصرفات واحدة منها سريَّة حقيقية وأخرى ظاهرة غير حقيقية، وإذا كان الأغلب أن يكون التصرف عقداً، فإنه لا شيء يمنع من أن ينجز التصرف عن إرادة منفردة⁽¹⁾.

وبذلك تختلف الصورية عن عدة مؤسسات قريبة. فشَّلة اختلاف شاسع بين الصورية والتغيير، حيث إنَّ الصورية هي توافق إرادتين على إخفاء الحقيقة في حين أنَّ التغيير عمل مضر موجه إلى المعاد الآخر، ولا تقوم الصورية إذا كان التعاقد بصفة جدية مع غياب المقد المستور، حتى ولو كانت النهاية تهريب المال، فيمكن في هذه الصورة الطعن بواسطة الدعوى البليانية وليس بواسطة الدعوى الصورية، ولا تقوم الصورية إذا كان العمل الثاني ظاهراً ومشاراً إليه بأحد العقود.

+الاحتجاج بالاتفاق الحقيقي وإثباته: ما جاء بالفصل 26 م.أع أنَّ العقد السري يبقى فاعلاً بين الأطراف وورثتهم ومن كان على علم بوجوده، أما العقد الظاهر فيبقى فاعلاً في مواجهة الخلف الخاص والدائن العادي. فبنجع العقد الحقيقي بين الأطراف جميع آثاره شرط أن تتوفر به جميع الشروط الموضوعية مع شيء من المرونة فيما يتعلق بشروطه الشكلية، على خلاف الاتفاق الظاهر فيشرط فيه توفر جميع الشروط الموضوعية والشكلية للعملية، كما أن يشترط الحجة الرسمية في الهبة.

وقد ذهب جانب من الفقه على ذلك الأساس إلى أنَّ الدائن العادي وكذلك الخلف الخاص له الخيار في أن يتمسك بعدم معارضته بالكتب السري ويتمسك بالعقد الظاهر أو أن يعمل على إثبات الاتفاق الحقيقي حسب مصلحته. وإذا قام التزاع بين الدائنين، في من يتمسك بالحقيقة ومن يتمسك بالظاهر فالأغلب أن يستد التقدم لمن تمك بالظاهر⁽²⁾. وذهب البعض الآخر من رجال القانون إلى أنَّ الفصل 26 م.أع لا يمنع الخيار للدائنين، بل إنَّ هذا الفصل وضع قاعدة معززة باستثناء. أما القاعدة فهي العقد الحقيقي والاستثناء هو العقد الظاهر، بمعنى أنَّ الأولوية تكون لدائني المتصرف الذين من مصلحتهم الاحتجاج بحقيقة العقد حتى يبقى المال بالذمة المالية للبائع على سبيل

(1) نص الفصل 26 م.أع عن العقد ونحوه من المكاتب، وكانت عبارة النص الفرنسي واضحة في أنها تشمل ما يتتجاوز معنى العقد.

(2) M.k.Charfeddine, op.cit., p. 441, n°401.

محمد الزين، المرجع السابق، ص 358، رقم 491.

أو غير المباشرة على معنى الفصل 306 م.أ.ع وما بعد والعربون على معنى الفصول 303 و 304 وما بعد م.أ.ع. ومن هذه الناحية فقط يجوز اعتبار الحبس ضمن وسائل المحافظة على الضمان العام. ولربما كان ذلك هو السبب في عدم الإشارة إلى حق الحبس بالفصل 12 م.ح.ع. وجاءت أحكامه مفصولة بالفصول 309 إلى 324 م.أ.ع، وفي عدّة فصول متاثرة بمجلة الالتزامات والعقود وخاصة منها ما يتعلق بعقد البيع وعقد الكراء وغيرها. وصورةه أن يحبس الدائن العقار أو المنقول التابع للمددين إلى أن يستخلاص دينه، وعرفه الفصل 309 م.أ.ع بأنه «الحق في حوز الشيء الذي يملكه المدين حتى يلتزم».

يؤدي مانعية العدوان وذريعي العبس إلى حجز العبس في حوز الدائن وأن يكون أجل الدين قد حل وأن يكون الدين نشأ من معاملات بين الدائن والمدين أو تولد من الشيء المراد حبسه وأن يكون الشيء تابعاً للدين، فلا يجوز حبس مال الغير، ولا يوجب حجز العبس إذن القاضي في قيامه وتكونينه، بل يشرط الإذن في بيع الشيء على معنى الفصل 323 م.أع. لكن فقه القضاء كثيراً ما يخلط بين شروط قيام حق العبس وشروط ممارسته، باشتراطه الإذن في جميع الصور، غير أن المشرع اشترط صراحة الإذن في بعض الصور الخاصة لقيام العبس مثل قانون عدول الإشهاد وعدول التنفيذ وقانون المحاماة وقانون المصنفين والخبراء، لكن البعض لا يرى في هذا الإجراء المنصوص عليه بالقوانين الخاصة ممارسة لحق العبس بالمعنى الدقيق للكلمة في مفهومه العيني، وإذا قام حق العبس قانوناً يجوز للمحكمة أن تأمر بردة الأشياء المحبوسة عند الدائن إذا عرض العدين أن يودع عنده مبلغاً أو شيئاً يعادله أو أن يؤمن المبلغ الذي أذعن به الدائن إلى فصل الخصم بينهما، وإذا لم يقع الوفاء بالدين وأذعن المدين فللدينأن يستأنف المحكمة في بيع ماتحت يده توثيقاً لخلاص دينه من الشئون قبل غيره من الدائنين، ويكون البيع طبقاً لإجراءات الميئنة بمجلة المراقبات المدنية، ويسوّغ الاحتجاج بحق العبس على الدائنين وعلى من انجز له حق من المدين كلما ساغ الاحتجاج بذلك الحق على العدين، لكن مجلة الالتزامات والعقود لم تحدد بدقة أفضلية حق العبس في مواجهة الدائن المرتهن وصاحب حق الامتياز، لذلك ذهب اتجاه أول إلى أن حق العبس وباعتباره سيطرة فعلية يقدم على الامتياز والرهن، والحقيقة أن أفضلية حق العبس لا تصح إلا في مواجهة الدائنين العاديين لأن الفصول 322 و 323 م.أع لم تحدث إلا عن الدائنين والمقصود بذلك الدائنين العاديين لا غير، ثم إن الفصل 193 م.أع أورد الترتيب في التفضيل فأشار إلى الامتياز بداية ثم إلى الرهن ونهاية إلى حق العبس، فيقدم بذلك الامتياز والرهن على حق العبس، وببقى حق العبس مقدماً على الدائن العادي في التفضيل.

علاقة المتعاقدين، فإذا ثبت الدائن صورية العقد الظاهر حكم له بعدم الاعتداد بهذا العقد وبالاعتراض بالارادة الحقيقة للعاقدين^(١).

- الاستئثار بالمال: الأكيد أن الحكم بالتعوييل على الإرادة الحقيقة من شأنه أن يقىي المال بالضمان العام، ولكن هل أن الدائن المدعى يستفيد بمفرده بالحكم أم أن بقية الدائنين بإمكانهم التنفيذ على هذا المال ولو لم يتدخلوا بالقضية؟ فإذا قلنا إن الدائن يستأثر بالمال فذلك يعني أن الدائن بإمكانه أن ينفذ على المال موضوع الدعوى بمفرده ويمنع بقية الدائنين من إجراء أي عمل تنفيذي على هذا المال. أما إذا قلنا إن الدائن لا يستأثر بالمال فذلك يعني أن بقية الدائنين بإمكانهم التنفيذ على هذا المال حتى ولو لم يكونوا طرفًا بالدعوى.

لم تورد مجلة الالتزامات والعقود حلاً صريحاً لهذا التساؤل، وذهب أغلب الفقه إلى أن دائن المتصروف «لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين المبيعة، بل يشترك معه في التنفيذ سائر الدائنين»، ذلك لأن الدائن إنما يحصل على حكم يقرره واقعاً هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين، وبذلك تبقى في الضمان العام لكل الدائنين، فلا ينفرد الدائن الذي رفع دعوى الصورية بالتنفيذ عليها وحده⁽²⁾. في حين ذهب البعض الآخر إلى أن مبدأ حجية الأحكام وما لها من أثر نسبي يتibi يجعل الأثر منحصراً في المدعى والمدعى عليه ولا يجاوزه لبقية الدائنين، معنى ذلك أن بقية الدائنين لا يمكنهم التنفيذ على المال موضوع الدعوى طالما لم يكونوا طرفاً في الدعوى، ثم إن الفصل 26 م. ا. ع نص صراحة على عدم الاحتياج بالعقود السرية في مواجهة حسن النية، فذلك يعني أنه لا يمكن أن يعارض الدائن ما لم يكن طرفاً في الدعوى⁽³⁾. والأحسن أن نقول باستثناء القانونية بجانب الدائن الحر يخص الذي يادر إلى رفع الدعوى على خلاف بقية الدائنين.

بعد حق الحبس ضمن الحقوق العينية التبعية على معنى الفصل 193 م.ح.ع وإن لم يرد ذكره بالفصل 12 م.ح.ع، لأن فيه معنى التبع والفضلية، فيمكن استرداد الشيء إذا أخذ منه خفية وذلك هو معنى التبع، ويتحقق بحق الحبس على الدائنين، وذلك هو معنى الأفضلية. لكن جانبها من الفقه يرى أن حق الحبس يعتبر حقاً شخصياً، باعتباره بعد وسيلة يحصل بها المحافظة على الضمان العام مثل الدعاوى البليانية أو المنحرفة

(1) ملیمان مرقس، المترجم السابق، ص 387.

(2) عبد الرزاق السهري، المجلد الثاني، المترجم السابق، ص 1097، عدد 622.

(3) حاتم الرواتبى، المترجم السابق، ص 168.

ذ- إعسار المدين

إعسار المدين هو عدم كفاية مكاسب المدين للوفاء بديونه، فهو مفهوم يختلف عن مفهوم الفقر أو العدم أو المماطلة في معانها المدنية أو التوقف عن الدفع والإفلاس في معانٍ التجارية، لأن الإعسار يقوم على فكرة المقارنة بين العناصر الإيجابية والعنصر السلبي للخدمة المالية⁽¹⁾.

وقد كانت صورة الإعسار تقتضي في عهد القانون الروماني، بعد أن انتقل التنفيذ إلى الديمة المالية، أن يستأذن الدائنين بالقيام بإجراءات خاصة بهدف التحرب بمال المدين missio in possessionem -l'envoi en possession
يد المدين عن التصرف في ماله، فإذا قام بأي تصرف يمكن للدائنين بواسطة الدعوى البليانية التي كان لها هذا الاستعمال الجماعي أن يعيدوا المال إلى الضمان العام، وكانت هذه الإجراءات منطقية مهما كانت طبيعة الدين مدنياً أو تجاري.

وأُوجِد الفقهاء الأربعة بالمدارس الإسلامية طريقة الحجز على المدين إذا أفلس وذلك بواسطة إصدار حكم خاص بالاحتجاز، ومن آثار هذا الحكم منع المدين من التصرف في ماله في مضره الدائنين، واعتمدت مجلة الأحكام العدلية هذه الطريقة وبيّنت إجراءات الحجز وأثاره، وهو أن يمنع المدين من التصرف في أملاكه ويستفغ جميع الدائنين بهذا الإجراء.

وقد وجدت الإجراءات الجماعية في الأموال المدنية عدة تطبيقات (إسبانيا- هولندا- النمسا- اليمن- فرنسا) في بعض الحالات) فصدر الحكم برفع يد المدين وشهر الحكم ويقوم المتصفي بتصفية أموال المدين، وبعض القوانين لا تميز أصلاً بين الإجراءات الجماعية في المادة التجارية أو في المادة المدنية (المانيا- بريطانيا- أمريكا). ونظمت بعض القوانين طريقة الإعسار وأبقيت على الإجراءات الفردية في التبع، أي أن يصدر حكم بإعسار المدين ومن آثر هذا الحكم منع المدين من التصرف في المال مع حلول أجل الدين ويبقى لكل دائن حق التنفيذ الفردي، كما هو الحال بالنسبة إلى التشريع المصري.

وقد اعتمد المشروع التمهيدي لمجلة الالتزامات والعقود إجراءات جماعية في تسوية أموال المدين المفلس دون تمييز بين المال المدني أو التجاري، وقد كانت المجلة

المدنية والجنائية لسنة 1861 (26 أفريل 1861- 30 أفريل 1864) وكذلك لاحقة القانون التجاري التونسي بتاريخ 14 جانفي 1864 اعتمدت إجراءات جماعية. لكن هذه الأحكام لم تعتمد نهاية بمجلة الالتزامات والعقود. وتبني قانون المرافعات المدنية بتاريخ 24 ديسمبر 1910 إجراءات فردية وفصل بين الإجراءات المدنية والتجارية، وهو نفس الاتجاه المعتمد أخيراً بالمجلة التجارية الصادرة بتاريخ 5 أكتوبر 1959 كما هي منقحة في عدة مناسبات (1959- 1966- 2002) وبقيت بذلك الإجراءات الجماعية خاصة بالتجار، أما بالنسبة إلى الديون المدنية فتختصر إجراءات فردية.

ولم تنظم مجلة الالتزامات والعقود صورة الإعسار حتى في شكلها الفردي، بمعنى أن يصدر الحكم بمنع المدين من التصرف في ماله ويستفغ كل دائن بأثر الحكم بمعنى أن يصبح لجميع الدائنين متفردين إتمام إجراءات التنفيذ دون أن تستد مهام التصفية إلى من يمثل الدائنين، وأشار القانون التونسي بخصوص متاثرة إلى مفهوم الإعسار كما في صورة الفصل 312 م.م.ت متى من المزايدة في بيع المعمول على من اشتهر بعسره والفصل 1499 م.أ.ع في منع التجريد في الكفالة، أي عدم تبيع أموال المدين بدأته، في حالة إذا كان إعسار المدين مشهوراً والفصل 148 م.أ.ع في حلول الأجل بسبب الإعسار والفصل 39 م.أ.ش في إعفاء الزوج من النفقة في حالة الإعسار وإمكانية طلب الزوجة الطلاق والفصل 47 م.أ.ش في تقديم الأم على الجهد في الإنفاق على ولدهما في حالة إعسار الأب. ولم يضبط المشرع طريقة معينة في إثبات الإعسار، كما لم يخصص دعاوى خاصة بالإعسار، ويمكن أن يأتي الطلب ضمن فروع الدعوى، وليس في ذلك إجراءات خاصة في القانون التونسي، والأغلب أن يكون الإعسار من حيث التطبيق وسيلة دفع ثبت المحكمة من وجوده دون أن يكون للتاريخ أهمية في ذلك، وإذا أخذت به المحكمة فليس لهذا الحكم من آثر مطلق يتجاوز علاقة الأطراف بالدعوى، وليس له من آثر على الموضوع سوى ما ورد بالنصوص الخاصة الواردة على سبيل الحصر، وقد تختلف هذه الآثار من حالة إلى أخرى، فقد يكون من آثره سقوط الأجل (الفصل 149 م.أ.ع) أو منع المدين من المزايدة (الفصل 312 م.م.ت) أو حرمان المدين من التمسك بمحاطة الدائن (الفصل 285 م.أ.ع) أو رجوع المدين المتضامن على بقية المتضامنين (الفصل 189 م.أ.ع) أو رجوع المحال له على المحيل (الفصل 213 م.أ.ع) أو انتقاء عدد من العقود مثل عقد الوكالة (الفصل 1157 م.أ.ع) والمغارسة (الفصل 1415 م.أ.ع) والشركة (الفصل 1318 م.أ.ع) والتبرع (الفصل 552 م.أ.ع) أو مباشرة الوسائل التحفظية على معنى مجلة المرافعات المدنية أو الغلاجية أي دعاوى الحفاظ على الضمان العام على ما تقدم. والهم في جميع ذلك أن الإعسار على

(1) الفقر هو انعدام المال دون الوصول إلى حالة الإعسار والمماطلة أن يتأخر المدين عن الدفع في الوقت المحدد وعدم أن لا يعرف للمدين مال ظاهر أو خفي والتوقف عن الدفع أن تصبح المؤسسة الاقتصادية غير قادرة على مواجهة الدين التي حل أجلها بما هو موجود لديها من سولة على معنى الفصل 18 فقرة ثانية من قانون إنقاذ المؤسسات والإفلاس تصريح قضائي بعد ثبوت التوقف عن الدفع إخضاع المدين للإجراءات الجماعية على معنى الفصل 39 و46 و54 م.ت.

تشته وانعدام تنظمه بمجلة الالتزامات يمكن الدائنين بصفة فردية من إرجاع المال إلى الضمان العام والتنفيذ عليه في المواطن الواردة بذلك النصوص الخاصة^(١).

العنوان الثاني

أوصاف الالتزام

الالتزام يكون إما بسيطاً أو موصوفاً، فإذا كان بسيطاً يكون قابلاً للتنفيذ حالاً، وله طرف واحد من كل جهة، وموضع واحد. وهو ما سبق الحديث عنه في أول الالتزام موضوع العنوان الأول. ولكن من المعكّن أن تأتي حالات تعدل من طبيعة الالتزام وبالتالي من طبيعة التنفيذ، فيكون الالتزام موصوفاً، وفي ذلك عدة أوصاف modalité. فيمكن أن يلحق الوصف وجود الالتزام ونفاده وانقضاءه، فيملئ الالتزام على شرط condition أو أجل^(٢) terme. كما يمكن أن يلحق الوصف أطراف الالتزام، فتتعدد أطرافه سواء من جهة الدائن أو المدين، ويمكن الحديث حيثذا عن فكرة التضامن solidarité، وفكرة تجزئة الالتزام، فقد يكون الموضوع قابلاً للقسمة أو لا يقبل القسمة indivisible. ويمكن أن يلحق الوصف موضوعه، فيكون الالتزام مركباً، ويحصل فيه خيار التعيين، والخيار إما أن يكون جمعيًّا conjoint أو تخييريًّا alternatif أو بدليًّا facultatif. وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود عنواناً خاصاً بغير الالتزام وهو العنوان الثالث من الكتاب الأول. وبذلك يمكن أن يتغير وصف الالتزام بشرط أو أجل (الفصل الأول) أو أن يتغير على مستوى أطرافه (الفصل الثاني) أو على مستوى موضوعه (الفصل الثالث).

(١) رسمي البعض هذا الوصف بالالتزام غير المنتجز، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 491، ويسمى البعض الآخر لهذا الوصف بالوصف الذي يلحق الرابطة القانونية على مستوى عنصر المليونية، عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 2 وما بعده.

(٢) يقترح البعض تنظيم إجراءات خاصة بالإعسار على أساس النصوص القانونية الموجودة وذلك بإثبات الإعسار بواسطة حكم استعجال وإشهاره بذير خاص، ويمكن تكليف المصنفي في حالة الوفاة باستدعاء الدائنين أثناء السعي في إتمام مترفق القسمة وإقرار إجراءات جديدة في تعكين غير القائمين والمعرضين على العقلة في المشاركة في التوزيع. وتنقى الإمكانيات واردة في تنظيم إجراءات جماعية بالنسبة إلى الديون المدنية على غرار الإجراءات الجماعية في المادة التجارية. حاتم الرواتبي، المرجع السابق، ص 462 وما بعد.

الفصل الأول: تغيير وصف الالتزام بشرط أو أجل

يكون الالتزام غير محقق إذا وقع الالتزام على شرط ويترافق التنفيذ إلى زمن محدد إذا علق الالتزام على أجل، والشرط إنما أن يكون واقفاً أو فاسخاً، فإذا كان واقفاً لا يوجد الالتزام إلا بوجود الشرط، وإن كان الشرط فاسخاً، لا يزول الالتزام إلا بتوفر الشرط، والأجل يمكن أن يكون كذلك واقفاً أو فاسخاً، فإذا كان واقفاً، فيتوقف التنفيذ أو النفاذ على حلوله وإذا كان فاسخاً، انقضى الالتزام بحلول الأجل، فكل من الأجل والشرط أمر مستقبل، والاختلاف بينهما في تحقق الفعل، فالشرط أمر غير متحقق، في حين أن الأجل أمر متحقق، وذلك هو الاختلاف الجوهرى بينهما.

المبحث الأول: الشرط في الالتزام

يتعين تحديد مفهوم الشرط (الفقرة الأولى) قبل الحديث عن شروطه (الفقرة الثانية) وأثاره (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: مفهوم الشرط

عرف الفصل 116 م.أ.ع الشرط بكل منه «تصريح يمراد المتعاقدين ويوجهه يعلق وجود الالتزام أو انقضاؤه بأمر مستقبل غير متحقق الوجود، والأمر المتحقق الوجود وقت التعاقد أو قبله لا يعد شرطاً ولو جهل المتعاقدان وجوده». وبذلك يكون الشرط أمراً غير معروف من البداية أي غير متحقق، فقد يحدث وقد لا يحدث، فإذا كان الأمر متحققاً فلا يصلح أن يكون شرطاً ولو كان الطرفان يجهلان صحة تتحققه، ويعلى على الشرط وجود الالتزام أو انقضاؤه.

وقد يشار إلى الشرط في عدة مواطن، في شروط تكوين العقد وشروط الضمان وشروط الاستحقاق وشرط التغريم وغير ذلك من المواطن الكثيرة^(١)، ولكن الشرط

(١) تجاوز المؤسسة الشرط التي يجعل الالتزام موصفاً على مستوى وجوده، يمكن للأطراف الاتفاق على شروط متعددة، مثل الشرط التغريبي والشرط الخاص بتعديل الثمن حسب التطورات الاقتصادية والشرط الخاص بالتحكيم ورجع النظر التراكمي وشرط تطبيق سعر السوق، ويدخل في ذلك معنى إبقاء البائع الملكية لفترة معينة (الفصلان 584 و 587 م.أ.ع) ونحو الشرط في عقد الزواج على معنى الفصل 11 م.أ.ط.

والحقيقة أن الشروط كثيرة ومتعددة، وهي تبقى رهن إرادة الطرفين، ووجهها أن لا تخالف النظام العام والأخلاق الحميدة، وحكمها الصحة إذا لم تختلف، فإذا خالفت كانت باطلة، ويبقى العقد إجمالاً

أحدهما بما التزم به يوجب فسخ العقد فإن العقد يتفسخ بمجرد وقوع ذلك^{١)} وذلك هو الشرط الفاسخي، وإذا لم يقع الشرط على الفسخ بسبب عدم التنفيذ، فإن الالتزامات المتبادلة تتمكن المععقد قانوناً من طلب الفسخ إذا لم يفقد الآخر التزامه. وإذا كانت النهاية تتشابه بين الشرط الفاسخي الصريح والشرط الفاسخي الضمني والشرط الفاسخي، وهو أن يتضمن الالتزام، فالاختلاف واضح بينها، حيث لا يجب في الشرط الفاسخي المغير للوصف أي إنذار ولا يملك القاضي تعديل الالتزام أو التصديق فيه أو إمهال المدين ولا يمكن للمدين أن يتفاداه بعرض الأداء، في حين أنه من الممكن بالنسبة إلى الالتزامات المقابلة أن يعرض المدين الوفاء والإمهال فيه ممكناً ولا يكون الفسخ آلياً، إلا إذا جاء الشرط الفاسخي صريحاً سواء في الفسخ بدون حكم أو في منع الإمهال أو في الاستغناء عن الإنذار، فيعتدّ حينئذ بإرادة الطرفين، فيقع الفسخ دون حاجة إلى حكم أو إلى إرادة الطرفين، ولكن بالرغم من ذلك يبقى الفرق واضحًا بين الشرط الفاسخي والشرط إنذار أو إمهال. وحيثما يترافق الشرط الفاسخي الضمني، وهو أن الشرط الفاسخي يستند في جميع الصور إلى إرادة الطرفين ولا يتعلق بالضرورة بالالتزامات المقابلة، في حين أن الشرط الفاسخي الضمني أو الشرط الفاسخي مجالهما هو الالتزامات المقابلة، ويقع الشرط الفاسخي الضمني دون حاجة إلى اتفاق سابق، بل هو مفروضاً قانوناً، على أنه من الممكن نهاية تعديل الاتفاق من حيث الإنذار أو الإمهال أو حاجة الحكم بواسطة ما يعرف بالشرط الفاسخي.

ويختلف الشرط الفاسخي كذلك عن شرط سقوط الحق، فلشرط سقوط الحق أحکامه وخصوصيته، فلا تعالج أحکامه على مستوى الإبرام والتكون وإنما على مستوى التنفيذ، وليس له علاقة بطرق انقضاء التصرف، الوفاء وما يقوم مقام الوفاء (التجديد والمقاصة واتحاد الذمة) وبدون وفاء (الإقالة والقادم والإبراء واستحالة التنفيذ^{٢)} . وليس له علاقة باتفاق الطرفين في الشرط الفاسخي والشرط الفاسخي ولا بالشرط الفاسخي الضمني ولا يتمكّن أحد أطراف العقد قانوناً في إنهاء العقد من جانب واحد كما بالنسبة إلى عقد الشغل وعقد التأمين. فليس شرط سقوط الحق آلية مدنية وإنما يرتبط بالممارسة الإدارية، فهو آلية إدارية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وضمان المرفق العام ومصلحة المجموعة ومن خلاله تعبير الإدارة عن امتيازات السلطة

(١) الفصول 339 إلى 419 م.أع.
علي كحلون: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 199 وما بعد.

المقصود في هذا الباب والذي يجعل الالتزام موصفاً هو الشرط المستقبلي الذي يكون غير محقق ويرتبط به وجود الالتزام أو زواله.
وعادة ما يرتبط الشرط بالإرادة حتى المقصد على وصف الشرط، والأغلب أن يرد الشرط في الالتزام ذات الطبيعة المالية (الحقوق الشخصية والعينية والذهبية) على خلاف الحقوق التي لها علاقة بالأحوال الشخصية مثل النسب والطلاق، فلا يمكن أن تعلق على شرط من حيث المبدأ^{٣)}.

والشرط نوعان، إما أن يكون واقفاً condition suspensive وهذا هو الشرط الواقع أو فاسحاً condition résolutoire وهذا هو الشرط الفاسخي. ويحصل الرفق إذا تعلق وجود الالتزام على حادثة، كأن يتلزم الشخص لشخص آخر بدفع جائزة إذا ما نجح في الامتحان بمعدل طيب، فلا ينشأ الالتزام ولا يوجد إلا بتحقق الشرط. والشرط الفاسخي أن تكون الواقعه من شأنها أن تقضي على الالتزام، كأن يشترط الشخص انقضاء الالتزام إذا رزق ولداً، فينشأ الالتزام ويوجد ويمكن تنفيذه منذ البداية، لكنه يبقى مهدداً من حيث الانقضاء والزوال. والحقيقة أن الشرط الفاسخي بالنسبة إلى طرف معين هو في نفس الوقت شرط واقف بالنسبة إلى الطرف الآخر.

ويختلف الشرط الفاسخي عمّا يعرف بالشرط الفاسخي أو الشرط الفاسخي الضمني pacte commissoire tacite، وهو أن يشترط الطرفان صراحةً أن عدم تنفيذ الالتزام يوجب الفسخ، فإذا اشترط الطرفان صراحةً أن عدم وفاء أحدهما بما التزم به يوجب الفسخ انفسخ العقد بمجرد وقوع ذلك، وذلك هو الشرط الفاسخي. وإذا لم يشترط الطرفان الفسخ صراحةً، فذلك مصحّح به قانوناً كنتيجة لعملية التنفيذ في الالتزامات المتبادلة، ويجوز للطرفين طلب الفسخ، وذلك هو الشرط الفاسخي الضمني. فمحل الشرط الفاسخي هي إرادة الطرفين في أمر عارض غير متحقق ومحمّل الواقع مستقبلاً لم يضطّبه القانون، وسند الشرط الفاسخي أو الشرط الفاسخي الضمني هو مجال تنفيذ الالتزامات المقابلة، ولنأخذ حالةً تكون فيها من الممكن القول بالشرط دون أن يكون ذلك من قبيل الشرط الفاسخي، مثل الشرط الجزائري وشرط الصحة وغيرهما، وفي هذا الباب نص الفصل 274 م.أع على أنه «إذا اشترط العقدان أن عدم وفاء

صحيحًا إذا كان من الممكن أن يبقى دون حاجة إلى الشرط إلى إذا ورد النص المخالف أو كان العقد لا يقوم بدون الشرط.

يراجع الباب الخاص بالطلان، الفصول 325 وما بعد م.أع.

(١) قد يقول البعض بأن القانون يمكن أن يكون مصدر الشرط، كما في صورة أن يعلن حق الورثة على موت المؤرث، وغيرها من الصور المعاشرة، لكن هذه الصورة وغيرها أبعد من تكون ما قصده المشرع في باب الشرط الذي له شروط محددة ومميزة تختلف تلك الصور القانونية، وبالتالي فإن الشرط سند الفصول 116 وما بعد م.أع يستند دوماً لمصادر إرادية.

شرط سقوط الحق والنزاع فيه نزاع إداري، وفي ذلك ذهب مجلس التنازع^(١).

الفقرة الثانية: الشروط الواردة في صحة الشرط

يشترط في الشرط أن يكون أمراً مشروعـاً (أ) ومستقبلاً (بـ) وغير محققـاً (تـ) وممكناً (ثـ) وعارضـاً (جـ).

١- مشروعية الشرط

كل شرط تعلق بما يخالف الأخلاق الحميدة أو القانون فإنه باطل وبه يبطل العقد. وكل شرط من شأنه أن يمنع أو يقييد على إنسان تعاطي ما له من الحقوق البشرية بحق التزوج و مباشرة حقوقه المدنية فإنه باطل وبه يبطل العقد ولا يجرئ هذا الحكم فيما إذا تمهد إنسان بعدم تعاطي تجارة أو صناعة معلومة في جهة أو لصلة معينة. وكل شرط ينافي مقتضى العقد فهو باطل وبه يبطل العقد. وقد يصح هذا العقد إذا رضي الخصم رضاء صريحًا بترك القيام بهذا الشرط. ولا يصح الشرط الذي لا فائدة فيه لمشترطه أو لغرضه أو بالنسبة إلى، وهو ضوء العقد.

ويتلخص من جميع ذلك أن الشرط لا يجب أن يخالف النظام العام أو الأداب العامة، فلا يمكن للشرط أن يخالف القواعد الأممية. فلا يمكن للزوجة أن تشرط على الزوج عدم طلاقها، ولا يمكن أن يشترط العامل مبلغاً من المال لمحو آثار الجريمة على سبيل المثال. ولا يمكن أن تشرط الزوجة غير المسلمة على الزوج المسلم أن يكون الوليد على دين أمه. ولا يجب أن يخالف الشرط موضوع العقد، فلا يمكن أن تشرط الزوجة أو الزوج في عقد الزواج غياب الوظيفة.

-الأمر المستقبلي-

الأمر المستقبل هو الأمر الذي لم يحدث في الماضي أو الحاضر، بل هو أمر متوقع للمستقبل، مثل أن يعد الأب ابنه بجاترة في صورة متحاجحة، أو أن يعد الزوج زوجته بهدية إن هي أتمت ذراستها أو أن يعد المؤجر أجيره براحة إن هو انقطع عن لعب الميسر، وقد يكون الأمر المستقبل ليحياناً أو سليماً، فيحصل الإيجاب إذا ما قام الدائن بأمر إيجابي، وكان يتوجه في الامتحان، أو يتم الدراسة. ويحصل السلب إذا ما قام الدائن بأمر سليمي، كما إذا انقطع العامل عن لعب الميسر. ولا يعد الأمر مستقبلاً إذا كان المدين يجهل زمن علي كحولون: القانون العقاري الخاص، طبعة ثانية، نشر مجتمع الأطروش للكتاب المخصص، 2010، ٤٠٢، وما يليه.

وذلك على كثيرون: نظام السجل العقاري، المراجع السابق، ص 138، مراجع عدد 6.
 (1) محسن الرياحي: فقه قضاة مجلس تأزيع الاختصاص (1999-2006)، 2007، نشر المركز الجامعي.

⁽¹¹⁾ ولذلك كان العقد المبرم مع الدولة في شراء أرض دولية عقداً إدارياً لتضمينه

(٢) وعادة ما ينبع المشرع على شرط سقوط الحق بالعقود الإدارية المبرمة في إطار تهيئة المناطق الصناعية والتجارية والسكنية.

-التالون عدد 21 المؤرخ في 14 أبريل 1973 المتعلق بتهيئة المناطق التيسانية والصناعية

السكنية (الفصل 13).
- أمر عدد 216 لسنة 1973 المؤرخ في 15 ماي 1973 المتعلّق بتنظيم وتنسيير الوكالة العقارية السياحية (الفصل 10 والفصل 11). والمليغ بموجب الأمر عدد 1114 لسنة 2007 المؤرخ في 2 ماي، 2007 (الفصل 11-10-9).

- أمر عدد 598 لسنة 1973 المؤرخ في 19 نوفمبر 1973 المتعلق بتنظيم وتسخير الوكالة العقارية الصناعية (الفصول 11-10-9-8)، الملغى بموجب القانون عدد 37 لسنة 1991 المؤرخ في 8 جوان 1991 المتعلق بإحداث الوكالة العقارية الصناعية كما هو ميقح بموجب القانون عدد 31 لسنة 1997 المؤرخ في 8 جوان 1991 (الفصل 2) ويتموجب القانون عدد 34 لسنة 2009 المؤرخ في 23 جوان 2009.

١- أمر مورخ في 21 جانفي 1974 المتعلق بتنظيم وتنسيق الوكالة العقارية للسكنى (الفصول 11-10-12)

وفي إطار التقويم في أملاك الدولة :

أمر عدد 199 لسنة 1970 الموقر في 9 جوان 1970 المتعلّق بإسناد الأراضي الدولي ذات الصبغة الفلاحية وشروط التفوّت فيها (الفصل 14).

- القانون عدد 39 لسنة 1972 المؤرخ في 27 أفريل 1972 المتعلق ببيع الأراضي المكسيبة من طرف

القانون عدد 21 لسنة 1995 المؤرخ في 13 فبراير 1995 المتعلق بالعقارات الدولة الفلاحية كما هو منقح بموجب القانون عدد 48 لسنة 1996 المؤرخ في 30 جوان 1996 ويسو جب القانون عدد 11 لسنة 1998 المؤرخ في 10 فبراير 1998 (الفصل 15 جديد).

وسيشفق من ذلك أن نهاية العقد الإداري، في صورة مخالفته الشروط القانونية، تعدد بصدره قرار في الغرض من الجهة المختصة يعرف بقرار التحرير، والحقيقة أن ذلك ليس الأطبى لمفهوم العقود الإدارية باعتبارها عقوداً يبرمها شخص معنوي عام يقصد تسيير مرفق عام وظهور فيها تبنته في الأخذ بالحكم القانون العام ويتجلى ذلك إما بتضمين تلك العقود شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص أو بالالتمام للتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام، عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، ص 289. وتمثل هذه العقود باتخاذها في حقّ للإدارة في حالة تأثير المتعاقد في تنفيذ شروط العقد أو إهماله أو انتهاكه أن تفرد بتوقيع الجزاءات التعاقدي بالقدر الذي يتناسب وتقدير المتعاقد معها دون حاجة إلى التخصيص على ذلك في العقد بل دون حاجة إلى الالتجاه للقضاء كما هو الحال في مجال العقود المدنية. وأخيراً فإن للإدارة المتعاقدة إنتهاء العقد إذا رأت أن اعتبارات الصالح العام تقضي ذلك، نفس المرجع السابق، ص 229. وبفهم من ذلك أن إرادة الإدارة تبقى هي المحددة في تقليل الحق أو إسقاطه دون حاجة إلى ترسيم، ورغم الإشارة في بعض العقود الإدارية إلى شرط سقوط الحق أو إلى قرارات التحرير التي يمكن أن تتخذها الإدارة فلا يعني ذلك أن الغير لا يعارض بهذه الشروط في صورة عدم إدراجها بالتسجيل العقاري أو أنها لا تكون إلا إذا أدرجت به، بل هي عملية إيشارته توقيفية لا أكثر ولا أقل لا يتعذر أثراها الرغبة في إعلام الغير بحقيقة المعاملات الإدارية، ولكن نقل الملكية وسقوطه يبقى خاضعاً لقرار الإدارة لا غير.

لكن هذه القاعدة لا يعمل بها في الالتزامات المقابلة أي الملزمة لجانبين، لذلك نص الفصل 121 م.أع في آخره، على أن «الكل من المتعاقدين أن يقي لنفسه الخيار في إضفاء العقد أو فسخه .. أي أنه يمكن في الالتزامات المقابلة أن تكون إرادة أحدهما فاعلة سواء في الإضفاء أو الفسخ. فإذا لم يعين أجل في إضفاء العقد أو فسخه في مدة معينة فإن لكل من المتعاقدين إلزم الآخر بالتصريح بما استقر عليه رأيه في مدة معقولة» (الفصل 122 م.أع). وإذا انقضى الأجل ولم يصرح العاقد بأنه يريد الفسخ صار العقد باتاً من تاريخه. وبعكس ذلك إذا صرخ العاقد بالفسخ صار العقد كان لم يكن (الفصل 123 م.أع).

على أن هذه القاعدة ليست مطلقة في الالتزامات المقابلة، فقد نص الفصل 121 م.أع في آخره على أن «... وهذا الشرط لا يصح في الهبة والإقرار بالدين والإبراء منه»، معنى ذلك أنه لا عمل بخيار الشرط في مثل هذه المعاملات، فلا يمكن أن يقف الالتزام أو يزول بإرادة الواهب أو المسقط.

والملخص في ذلك أن إرادة المدين المحضة لا تكون فاعلة في الشرط الواقع والالتزامات الملزمة لجانب المدين فقط، فلا يمكن أن يقي المدين الخيار لنفسه في هذه الصورة إن شاء أفضى العقد وإن شاء رفض. مع أنه يمكن للطرفين الإبقاء على هذا الخيار في الالتزامات المقابلة متى يكون العقد ملزاً للطرفين، مثل عقد البيع، غير أنه لا ي العمل بشرط الخيار بالنسبة إلى بعض المعاملات ولو كانت مقابلة وقد أوردها المشرع بالفصل 121 م.أع وهي الهبة والإقرار بالدين والإبراء منه، فليس فيها خيار الشرط⁽¹⁾.

(1) الواضح أن المشرع أورد من خلال الفصل 121 م.أع مؤسسة خيار الشرط المعروفة بالفقه الإسلامي، وكانت لهذه المؤسسة عدة تطبيقات بعد فضول متأخر بمجلة الالتزامات مثل الفصل 587 م.أع في البيع.

فإلى جانب عدة خيارات يقول بها الفقه الإسلامي مثل خيار غوات الوصف وختار التغريب وختار الروبة وختار التسرين والتقد وختار العيب نظم الشارع خيار الشرط، وهو أن يعطي العاقد حق إضفاء العقد أو فسخه في مدة معلومة تجاوزت المطابق الطرفين بالعقد، كما أن يقال بالعقد إنه باع الشيء على أن يعطي الخيار خلال مدة معينة، أسبوع أو شهر، في فسخ العقد. فإذا قات الشهرين دون قول كان العقد لازماً. ويمكن أن يكون الخيار لفائدة الطرفين أو لأحدهما في الإضفاء أو الفسخ وقد يشترط للغير. وينذكر أن الفقه الإسلامي يميز بين العقد اللازم وغير اللازم، ويكون العقد لازماً إذا لم يكن للمعاقد خيار الفسخ أي لا يملك حق الفسخ دون رضاه الطرف الآخر، وأساسه قول الرسول صلى الله عليه وسلم لعيان بن متفد الأنصاري، وقد كان يعنون في المعاملات ورفع أمره للنبي «إذا بايتحت فقل لا علبة (لا غش ولا خداع) ولها الخيار ثلاثة أيام». وواضح أن المدة الواردة بالحديث الشريف هي ثلاثة أيام ولكن البعض أبقى المدة رهين اتفاق الطرفين. ويشترط في العقد أن يكون لازماً قبل الفسخ حتى لو كان ذرومه لجانب واحد، ويدخل في ذلك علة عقود بما في ذلك البيع والقسمة والحوالة والكتابة والإجارة والمسافة والمزارعة والصلح والرهن، وتبقى العقود غير الازمة بعيدة عن خيار الشرط لأنها تقبل الفسخ من

الالتزام أن الأمر قد حدث فعلاً. ففي هذه الحالة يكون الالتزام منجزاً قابلاً للتنفيذ حالاً في غياب الشرط.

ثـ-أمر غير محقق الواقع الشرط أمر مستقبلي غير متحقق الوجود. وهو «أن يكون مدلولاً فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود»⁽²⁾. معنى ذلك أن يكون الشرط بعيداً عن اليقين من حيث وقوعه أو عدم وقوعه. وإذا كان الأمر متحقق الوجود وقت التعاقد أو قبله فلا وجود للشرط ولو جهل المتعاقدان وجوده. وإذا كان الشرط متحقق الوجود، كأن يعلق العقد على نصل الصيف أو الموت، انعدم الشرط، وكان ذلك أجيلاً. لأن الشرط في الأجل هو تتحقق الأمر على خلاف الشرط فيه يؤخذ بعدم تتحقق الشرط. لكنه إذا كان الشرط غير محدد الأجل كما أن يشترط الموت في زمن معين أو قبل وفاة شخص آخر، فيكون الشرط حيثناه قائماً صحيحاً.

ولا يكون الشرط غير متحقق إذا كان وجوده يتوقف على تدخل إرادة المدين condition casuelle أو يكون مختلطاً condition mixte بمعنى أن فيه شيء من الواقع والإرادة مثل شرط الزواج بشخص محدد، ومنها ما يترك لإرادة طرف في التزاع condition potestative، ذلك هو الشرط الإرادي، فلماً أن يكون شرعاً إرادياً بسيطاً condition simple، يعني أن يصطحب شيء من الظروف الخارجية عن الإرادة مثل صورة التجاج في امتحان أو شرعاً إرادياً محضاً condition purement potestative بمعنى أن يتوقف الشرط على إرادة أحد الأطراف دون قيد ودون تدخل لأي طرف خارجي. وقد تكون هذه الإرادة المحضة إرادة المدين أو إرادة الذائن. وجميع الشروط سواء كانت متrokka للصادقة أو مختلطة أو متrokka لإرادة الذائن، فهي صحيحة، بقى أن توقف وجود الالتزام على إرادة المدين المحضة لا يجعل الشرط غير متحقق وبالتالي لا يصح به الالتزام، لذلك نص الفصل 121 م.أع على أن الالتزام يبطل إذا كان وجوده موجوداً على مجرد رضاء الملتزم.

والمقصود بذلك هو الشرط الواقع وليس الشرط الفاسد. فالشرط الفاسد حتى ولو كان متrokka لإرادة المدين يبقى صحيحاً⁽²⁾، لكن ما قصد المشرع من خلال هذا الفصل هو الشرط الواقع. ومجال هذه القاعدة هي الالتزامات الملزمة لجانب واحد، فيمنع وقف الشرط على إرادة المدين المحضة.

(1) صيغة معتمدة بالفقه الإسلامي لتعريف الشرط.

(2) الفصل 123 م.أع.

رغبة، وهو حق احتمالي، فلا يتكون الحق قبل التعبير عن الرغبة. لذلك كان توقف الشرط على أمور عارضة هاما في تعريف الشرط الذي يجعل الالتزام موصفا.

الفقرة الثالثة: آثار الشرط

ليان آثار الالتزام لا بد من التمييز بين مرحلتين، مرحلة التعليق، أي قبل أن يقع الشرط الواقع أو الشرط الفاسد (أ) ومرحلة ما بعد انتهاء التعليق، أي بعد أن يقع الشرط الواقع أو الشرط الفاسد (ب)، والآخر في جميع ذلك هو أثر رجعي (ت).

١- مرحلة التعليق

تختلف الآثار في هذه المرحلة بين الشرط الواقع (1) والشرط الفاسخ (2).

١- آثار الشرط الواقف في مرحلة التعليم

الحق المتعلق على شرط هو حق موجود، لكن وجوده غير مكتمل
 créance⁽¹⁾: فهو موجود لأن الأهلية تتحقق زمن إبراهيم وليس زمن تتحقق الشرط ولأن
 القانون المنطبق هو القانون الموجود يوم إبراهيم وليس يوم تتحقق الشرط ولأن الدائن
 يقوم بجميع الأعمال المادية لحفظه وصيانته، وهو موجود كذلك لأن الدائن يمكن أن
 يستخذ جميع الأعمال القانونية التحفظية، فللدائن أن يحتاط قبل حصول الشرط باتخاذ
 الوسائل الحافظة لحقه ولو بطلب عقلة مال المدين إذا كان هناك خطر ملم⁽²⁾ «ويجوز
 له مباشرة العقلة التحفظية و مباشرة الدعوى غير المباشرة والدعوى البليانية والدعوى
 الصورية، وهو موجود لأن الحق موضوعه يمكن أن يتقلب بجميع أوجه التصرف
 بالميراث والوصية والتنازل وغير ذلك من الأعمال وهو موجود لأن هذا الدين يدخل
 في التنازع بين الدائنين، ولا سلمه المال إلا بعد تتحقق الشرط.

وهو حق غير مكتمل *un germe de créance* لأن الدفع فيه دفع لغير مستحق، ولأنه لا يمكن التنفيذ في جريمة سواه من قبل الدائن بالشرط الواقع أو بالنسبة إلى دائنٍ لا يسرى التقادم إلا من تاريخ تحقق الشرط ولا يأخذ الدائن تحت شرط واقف بالشفعية حال تعليق الشرط ولا يجوز إجراء المعاصلة فيه. ثم إن الحق الواقع بالنسبة إلى الدائن يعد بالنسبة إلى المدين حقاً معلقاً على شرط فاسخ، فهو حق موجود نافذ. وعلى هذا الأساس يمكن أن يقوم بجمع جميع أعمال الإدارة والتصريف العادي والإقانوني ويحوز للدائن التنفيذ ضده ويتحمّل هلاك العين في حالة القراءة القاهرة. ولا يمكن

(1) Carbonnier Jean, op.cit., p.239

الفصل 135 م.أ.ع (2)

ثـ-الأمر الممكن
كل شرط تعلق بمحال فإنه باطل وبه يبطل العقد ولا ينقلب إلى الصحة لو صار ذلك الشرط ممكنا فيما بعد. فيجب أن يكون الشرط ممكنا الواقع أي غير مستحيل. فالشرط جعل حتى ولو كان غير متحقق في البداية أن يكون بالإمكان حدوثه مستقبلا. ويمكن أن تكون الاستحالة مادية، لأن يشترطبقاء الشخص تحت الماء أكثر من الطبيعي أو البقاء دون أكل أو شراب أكثر من المدة، أو قانونية، لأن يشترط نشر قضية حوزية أيام مجلس المنافسة. ويجب أن تكون الاستحالة مطلقة بالنسبة إلى جميع الناس، وليس للذائفن فقط، فلا أحد يستطيع لمس الشمس، أما إذا كانت الاستحالة نسبية بمعنى أنها قائمة بالنسبة إلى الذائفن وليس لغيره، لأن يشترط على شخص رسم لوجه والحال أنه ليس برسام، فالشرط صحيح، حتى وإن كان يتعذر عليه بداية لاتهام من الممكن أن يتعلم الرسم. ويجب أن تكون الاستحالة قائمة زمن الشرط، بمعنى أن الاستحالة إذا كانت لاحقة لا تؤثر على صحة الشرط.

جـ-الأمر العارض

الشرط هو وصف للالتزام بمعنى أنه وصف يلحق الالتزام بعد تكوينه، فلا يحتاج الالتزام لشرط حتى يتكون الحق، وإنما يدخل الشرط على عنصر جوهري بالعقد بعد تمامه وكماله، فيجعله موصفاً بعدما كان مجردًا. وبذلك فإن الشرط لا يدخل في باب تكوين الحق وإنما في وصف الالتزام. فيمكن أن يوجد الالتزام ويتفق دون حاجة إلى الشرط. وبذلك يقال دوماً إن الحقوق التبعية (الرهن والامتياز) ليست حقوقاً متعلقة على شرط، لأنها ليست أوصافاً للالتزام، فلم يرد الشرط على أمر جوهري، بل شمل حقاً تبعياً. ولهذا الغرض فإن الحق المشروط *droit conditionnel* يختلف عن الحق الاحتمالي *droit éventuel*، فإذا كان الشرط عنصراً عارضاً في الحقوق المشروطة ويمكن أن يتواجد الحق دون حاجة إلى وجود الشرط لأن جميع عناصر الحق مكتملة، فإن الحقوق الاحتمالية لا تكون إلا بتوفير أمور غير عارضة، بل توجب توفر جملة من العناصر الجوهرية حتى يكمل الحق، ومثل ذلك مثل حق الشفيع قبل أن يعبر عن

جانب واحد وهي الديعة والوكالة والوصية والعارضة والهبة ولا يخiar كذلك في العقود التي لا تقبل التفسير مثل الزواج والطلاق والخلع والرجعة حيث إن الآخر فيها يحدث بمجرد صدور العبارة ولا يصحع الخيار كذلك في العقود التي تشرط القبض بمجلس العقد مثل الصرف والسلم.

ويتفق الخيار بالتعبير عنه في الأجل المعتبر لإتمامه أو فسخه وإغاضي الأجل دون تعثير من كان له ي Kahn، وإذا توقي من له الخيار انتقل الخيار للورثة حسب البعض وقال الحنفية والحنابلة بعدم الانتقال

^٣ بدران أبو العينين بدران: الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظريتها الملكية والمقود، المرجع السابق، ص ٥٢٥ وما بعده.

للدائن أن يمنع هذا التنفيذ إلا إذا تحقق الشرط فيكون لهذا التحقق أثر رجعي ونطال
أعمال المدين إلا إذا انتقل للغير حسن النية.

2- آثار الشرط الفاسخ في مرحلة التعليق

الحق الموقوف على شرط فاسخ، هو حق موجود لكنه معزز للزوال. فهو موجود
ويشترط في صحته جميع الشروط، وبنهاية أيام التقادم من تاريخه، وهو موجود
كذلك لأن الدائن يباشر جميع الحقوق الدالة في الحق منذ إبرام التصرف، فله أن
يأتي جميع الأعمال بما في ذلك أعمال الإدارة وأعمال التصرف وأعمال التبرعات،
وله أن يأتي جميع الأعمال التحفظية والأعمال الجبرية وله أن يقوم بالدعوى البليانية
والدعوى الصورية والدعوى غير المباشرة، وإذا وفي الدين يكون وفاؤه صحيحًا.
ويستطيع الدائرون تنفيذ حقوقهم على الحقوق الواقعية تحت شرط فاسخ، ولكنه حق
معزز للزوال، فإذا انتقل الحق بأي شكل سواء إلى الغير أو إلى الورثة أو إلى الدائرين،
انتقل بشرطه، ويبقى التهديد قائماً لمن انتقل إليه الحق، بحكم إمكانية زواله، فتبقى
الحقوق معلقة على إمكانية إلغائها في صورة تتحقق الشرط، ولا تجوز المقاومة في هذا
الحق.

ب- مرحلة ما بعد انتهاء التعليق

تنتهي فترة التعليق بتحقق الشرط condition accomplie أو تخلقه condition défaillie، وقد حدد المشرع من خلال الفصول 122 إلى 132 صور تتحقق الشرط أو
تخلقه وبين كيفية التتحقق من عدمه، سواء كان الشرط رهن إرادة أحد المتعاقدين أو
تمثل في وقوع حادثة أو عدم وقوع حادثة وبين أثر التغريب والتعدى في منع أو حصول
الشرط.

- الشرط رهن إرادة أحد الطرفين: فإذا كان الشرط رهن إرادة أحد المتعاقدين في
الصور التي أجازها الفصل 121 م.ا.ع، ولم يعين أجل في إمضاء العقد أو فسخه في
مدة معينة فإن لكل من المتعاقدين إلزام الآخر بالتصريح بما استقر عليه رأيه في مدة
معقولة (الفصل 122 م.ا.ع). وإذا انقضى الأجل ولم يصرح العائد بأنه يريد الفسخ
صار العقد باتاً من تاريخه. وبعكس ذلك إذا صرخ العائد بالفسخ صار العقد كان لم
يكن (الفصل 123 م.ا.ع). وإذا توفي من له خيار الفسخ قبل انقضاء الأجل انتقل الخيار
لورثته في الإمضاء والفسخ فيما بقي من الأجل لمورثهم. فإن اختلفوا فليس لمن أراد
الإمضاء أن يجر بقية الورثة عليه لكن لهم قبوله كله لخاصية أنفسهم (الفصل 124
م.ا.ع). وإذا أبقى العائد لنفسه الخيار فأصابه جنون أو غيره من الأسباب المرجحة
للتجميد فللمحكمة أن تعين مقدماً مخصوصاً إذا طلب ذلك منها العائد الآخر أو

غيره من له مصلحة وللمقدم حيث لا الإمضاء أو الفسخ بعد إذن من القاضي المختص
حسبما تقضيه مصلحة المحجور عليه. وإذا كان الموجب للتجميد هو التفليس فـأمين
الفلسة هو الذي يقدم قانوناً على الإمضاء والفسخ (الفصل 125 م.ا.ع).

- الحادثة كشرط: وإذا كان الالتزام موقعاً على شرط وقوع حادثة في أجل معين
ولم تقع تلك الحادثة إلى انقضاء الأجل انعدام الشرط وليس للمحكمة حيث لا تمد في
الأجل المذكور. فإذا لم يعين أجل نفذ الشرط يتحقق الحادثة فلا يحكم بانعدام الشرط
إلا إذا حصل الجزم بعدم وقوع الحادثة في المستقبل (الفصل 126 م.ا.ع).

وإذا كان الالتزام المباح موقعاً على عدم وقوع حادثة في أجل معين ولم تقع تلك
الحادثة إلى انقضاء الأجل اعتبار الشرط حاصلاً ويعتبر كذلك أن الشرط قد حصل إذا
صار من اليقين ولو قبل الأجل أن الحادثة لا تقع فإذا لم يعين أجل لذلك فلا يحكم
بحصول الشرط إلا إذا صار من اليقين أن الحادثة لا تقع (الفصل 127 م.ا.ع). وبعد
الشرط متعدماً إذا كان الوفاء به متوقفاً على مشاركة الغير وامتنع ذلك الغير عنها أو على
إجراء عمل من الملزم له ولم يحصل منه ذلك ولو لعائق لا قدرة له على دفعه (الفصل
128 م.ا.ع).

- التعدى والتغريب في الشرط: يعتبر الشرط حاصلاً إذا منع الملزم حصوله تعدياً
منه أو كان مماطلة في الوفاء به (الفصل 131 م.ا.ع). وحصول الشرط لا يترب عليه

شيء إذا كان ذلك بتغريب من له مصلحة في حصول الشرط (الفصل 132 م.ا.ع).
ويتلخص من جميع ذلك أن يكون تتحقق الشرط على الوجه الذي يظهر أن الطرفين
قد أرادا وقصدوا أن يكون عملاً يقوم به شخص محدد في فترة معينة وقد
تكون حادثة أو واقعة محددة الأجل وقد يكون عملاً سلبياً أو إيجابياً. لكنه إذا تحقق
الشرط أو تخلف نتيجة غش من الطرف الآخر، فلا يؤخذ بالشرط إذا تدخل في وقوعه
غضباً، ويؤخذ بالشرط إذا منه غشاً. ويختضع جميع ذلك لاجتهاد القاضي وله فهم إرادة
الطرفين والوقوف على حقيقتها وبيان صور الغش في صورة وجوده. وتختلف آثار
نخالف الشرط أو تتحققه حسب إن كان الشرط واقفاً (1) أو فاسحاً (2).

1- آثار الشرط الواقع بعد انتهاء مرحلة التعليق

بعد انتهاء مرحلة التعليق، يتحقق الشرط أو يتخلف، وتتفاوت أثره
قبل تتحقق الشرط أثر في ذلك.

- تتحقق الشرط: فلما كان الالتزام المعلن على شرط واقف هو التزام غير نافذ، فإن
تحققت الشرط يجعله نافذاً. وتخلص للدائن جميع الحقوق المتعلقة بالالتزام، وله أن

(1) الفصل 1175 من المجلة المدنية الفرنسية.

-**تختلف الشرط**: وإذا تخلف الشرط عن عدم الالتزام أصلًا ويصبح لأن لم يكن منذ بدايته بصفة رجعية. وترفع جميع الأعمال التحفظية التي قام بها الدائن وإذا تسلم الدين يلزم بإرجاعه وتلغى جميع أعمال التصرف التي قام بها لتخلف الشرط.

2- إذار الشرط الفاسخ بعد انتهاء مرحلة التعليق

نص الفصل 130 م.أع على أن «الشرط الفاسخ لا يوقف إجراء الالتزام وإنما يوجب على صاحب الدين رد ما قبضه عند حصول الشرط فإذا عجز عن رده بسبب يوجب ضمانه فإنه يلزم بتعويض الخسارة ولا يلزم برد غلته وما زاد فيه، فإن اشتراط الرد المذكور كان الشرط باطلًا لا عمل عليه». معنى ذلك أن الشرط الفاسخ إذا تحقق انفسخ الالتزام بموجب القانون بشكل رجعي واعتبر كان لم يكن أصلًا. ولا يحتاج الدائن إلى إذار المدين أو رفع القضية في الفسخ. فهو الفاسخ بموجب القانون بمعنى أن الالتزام ينفسخ بمجرد تتحقق الشرط الفاسخ ولا يحتاج الدائن إلى رفع قضية في الغرض، وحتى لو قام النزاع ورفع الدعوى في شأنه، فالحكم يكون من قبيل الأحكام المقررة للحق وليس من قبيل الأحكام المستئنة للحق ولا يجوز فيه الإهمال، كما لا يصح للأطراف تصحيح الالتزام، بل لا بد من إعادة التصريح بالتزام جديد. وتسقط جميع الأعمال التي تو لاها الدائن بالشرط الفاسخ، وإذا سبق إن تسلم الحق، يلزم بإرجاعه، وإذا عجز يلزم بالتعويض، إلا إذا كان المنع سبباً أجنبياً فلا يطالب بالردة. واستثنى الفصل 130 م.أع الغلة وما زاد فيها من الرد، ويدخل في ذلك كل ما يعتبر من قبيل أعمال الإدارية بهدف المحافظة على العين، بما في ذلك أعمال الاستعمال والاستغلال سواء كانت غلة مدنية أو طبيعية. والواضح أن المدين لا يطالب بإرجاع الغلة وما زاد فيها إذا كان تصرفه بصفة عادية وبحسن نية، فلا يعتد بالأعمال التي أسببت على سوء نية بهدف الإضرار بالعين وبحقوق الدائن في صورة تحقق الشرط، والمعلوم أن الالتزامات تفقد إجمالاً عن حسن نية على معنى الفصل 243 م.أع.

وإذا تخلف الشرط الفاسخ، أي لم يتحقق، أصبح الالتزام المتعلق على شرط فاسخ باتاء، فلا يتهدّه الزوال، وأدركت جميع الأعمال التي تو لاها الدائن قرتها دون خشية خطر التفاصي أو تهديد الرجوع. وتبطل جميع الأعمال التي قام بها الطرف المقابل المتبع بالتزام موقوف على شرط واقف بشكل رجعي ودون حاجة إلى حكم أو إذار.

ثـ- الآخر الرجعي في الشرط

نص الفصل 133 م.أع على أنه «إذا حصل الشرط استند عمله إلى يوم الالتزام إن تبين من اتفاق المتعاقدين أو من نوع الالتزام ما يدل على أن المراد من الشرط عمله من ذلك اليوم». ويبدو ظاهرياً أنه من الممكن أن يقال إن الشرط له مفعول رجعي بدليل

يقوم بجمع الأعمال المادية والقانونية الداخلة في معنى الحق الكامل. ولا تعتبر حقوقه موجودة من يوم تتحقق الشرط، بل من يوم إبرام الالتزام أول مرة، بمعنى أن يكون لتحقق الشرط أثر رجعي. وتبطل جميع الأعمال التي أقامها المدين خلال تلك الفترة، إلا إذا انتقلت لحسن النية، «فليس لمن التزم شيء على شرط تعليق أن يجري قبل حصوله أي عمل يمنع أو يصعب عليه إجراء حقوقه عند إتمام الشرط. فإذا تم شرط التعليق بطل ما أجرأه الملتزم في أثناء المدة مما من شأنه أن يضر بالدائن وذلك بدون إخلال بالحقوق الحاكمة بطريقها للغير عن حسن نية»⁽¹⁾.

هــلاك وتعيب المعقود عليه: وإذا كان الالتزام موقوفاً على شرط مؤخر فتلف أو تعيب المعقود عليه قبل حصول الشرط فالعمل بالأصول الآتية على معنى الفصل 129 م.أع، وهي :

أولاً : إذا هلك المعقود عليه كله بدون فعل المدين أو تفريطه فحصول الشرط لا يترتب عليه شيء ويصير الالتزام متعدماً كان لم يكن، معنى ذلك أن تتحقق الشرط ليس له أي أثر على وجود الالتزام، فلا يكتفى وإنما يعذر كأن لم يكن. وشرط ذلك أن يكون الهلاك بقدرة قاهرة لا يد للمدين فيها.

ثانياً : إذا تعيب المعقود عليه أو صار على حالة تنقص من قيمة بدون فعل المدين أو تفريط فعل المدين قبولة على ما هو عليه بدون تقييص في الشمن، معنى ذلك أن يتضرر المعقود عليه طبيعياً حسب مقتضى الاستعمال العادي له. فلا يمنع ذلك من وجود الالتزام ونفاده ويسلم الدائن الشيء على حالته دون إمكانية أن يطلب التقييص في الشمن.

ثالثاً : إذا هلك الشيء بتمامه بفعل المدين أو بتقصيره فللغير مطالبه بالخسارة. معنى ذلك أن الالتزام اكتفى وقصر على المدين الوفاء بالتزاماته، فيقوم التعويض مقام التنفيذ العيني.

رابعاً : إذا تعيب المعقود عليه أو نقصت قيمة بفعل المدين أو بتفريطه فالدائن مخير إن شاء أحد الشيء على ما هو عليه وإن شاء فسخ العقد مع بقاء الحق له في طلب الخسارة في الصورتين، كل ذلك ما لم يكن في العقد ما يخالفه. وهي صورة أراد المشرع من خلالها ترك الخيار للدائن، إن شاء أحد الموضوع كما هو وإن شاء فسخ، وله الحق في التعويض عن الخسارة في الصورتين.

وإذا كان الأثر رجعياً كان من آثاره عودة الأثر إلى البداية، إلى تاريخ نشأة الالتزام وليس إلى تاريخ تتحقق أو عدم تتحقق الشرط، وتبطل جميع الأعمال الواقعه خلافاً لهذا المبدأ. فلو أن صاحب الحق الموقوف باع العقار، ثم تختلف الشرط كان البيع في حكم البطلان. وتطبق هذه القاعدة على جميع المعاملات ولا يستثنى منها إلا الغير عن حسن نية، وفي ذلك جاء الفصل 134 م.أ.ع «فليس لمن التزم بشيء على شرط تعليق أن يجري قبل حصوله أي عمل يمنع الدائن أو يصعب عليه إجراء حقوقه عند إتمام الشرط. فإذا تم شرط التعليق بطل ما أجراه الملتزم في أثناء المدة مما من شأنه أن يضر بالدائن وذلك بدون إخلال بالحقوق الحاصلة بطريقها للغير عن حسن نية. وقاعدة هذا الفصل تجري على الالتزامات الواقعه على شرط الفسخ في حق الأعمال التي يجريها من كانت حقوقه مفسوخة بحدوث الشرط وذلك بدون إخلال بالحقوق الحاصلة بطريقها للغير عن حسن نية». ويستثنى من أثر الرجعية أعمال الإداره التي سبق الحديث عنها على معنى الفصل 130 م.أ.ع في حالة تتحقق الشرط القابس.

المبحث الثاني؛ الأجل في الالتزام

حددت الفصول 136 م.أ.ع إلى 150 م.أ.ع نظام الأجل، ولكن لم تعرف م.أ.ع الأجل، فإنه يمكن استخلاص هذا التعريف من عدة نصوص قانونية (الفقرة الأولى)، وللأجل شروط يقوم عليها (الفقرة الثانية) وأثار ترتبط به (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى؛ مفهوم الأجل

الأجل هو «أمر مستقبل محقق الواقع يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه»⁽¹⁾، وبذلك يختلف الأجل عن الشرط يكونه محقق الواقع، وإن كان كل من الشرط والأجل أمرين مستقبلين.

ويعتبر الأجل، مثل الشرط، وصفاً عارضاً للإرادة، لا تقوم عليه الإرادة ضرورة، حيث يمكن أن يتفرغ الالتزام بدونه، والأصل أن ينفذ الالتزام حالاً⁽²⁾. معنى ذلك أن الأجل ليس أمراً جوهرياً في الالتزام. فما هو جوهري في الالتزام يرتبط بالموضوع والسبب والرضا والأهلية، وكل ما يضاف إليه، بما في ذلك الأجل، يبقى عارضاً. ويجب التمييز بعناية بين أن يكون الأجل أمراً عارضاً في الالتزام، وأن يكون جوهرياً، حيث يكون الأجل في العقود الزمنية، متى يشترط زمن محدد للتنفيذ، عنصراً جوهرياً لا يقوم العقد بدونه صحيحاً⁽³⁾.

(1) هذا التعريف ورد بالفصل 281 من القانون المدني المصري.

(2) الفصل 136 م.أ.ع.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثالث، المراجع السابق، ص 81، عدد 5. يذهب الفقه إلى أن

أن اتفاق المتعاقدين ونوع الالتزام يمكن أن يستوعب جميع الحالات والصور، بل ربما كانت الطبيعة الرجعية للشرط مسلمة لدى أغلب رجال القانون تأثيراً بالقانون الفرنسي. لكنه بالتمعن بالفصل 133 م.أ.ع يلاحظ أنّ المشرع لا يقول بالرجوعية إلا إذا تبين من اتفاق الأطراف أو القانون أن الالتزام له مفعول رجعي، وبالتالي يكون المبدأ بمجلة الالتزامات العقود هو أن الالتزام ليس له مفعول رجعي، وفعلاً ذهب جانب من رجال القانون إلى هذا الاتجاه⁽¹⁾. والحقيقة أن هناك اتجاهين في بيان أثر الشرط، فمنهم من ذهب إلى رجعية الشرط وهو ما يميز الشرط عن الأجل الذي ليس فيه رجعية، وهو اتجاه القانون الفرنسي والقانون المصري على سبيل المثال وجملة القوانين المتاثرة بالتشريع اللاتيني و يجعلون الافتراض القانوني وقاعدة أن لا يملك الشخص إحالة أكثر ما له من حقوق كأساس لهذه القاعدة، ومنهم من ذهب إلى عدم رجعية الشرط، والقول بالأثر الفوري للشرط، وهو اتجاه القانون الألماني والقانون السوري و يجعلون الأساس في ذلك حماية الأوضاع المستقرة و مراعاة حقيقة و زمان نشأة الحق. ويفيد أن مجلة الالتزامات والعقود انحازت إلى التيار الثاني بحكم الآثار السلبية التي يتركها الأثر الرجعي للشرط⁽²⁾. ووضعت مبدأ عدم الرجعية، فقط أنه إذا تبين من خلال اتفاق الأطراف وطبيعة الالتزام ما يفيد الرجعية عائد يكون الشرط رجعياً من حيث الأثر.

وعليه فإن المبدأ هو عدم الرجعية، ولكن هذه القاعدة لا تهم النظام العام، وبالتالي يمكن للأطراف أن يجعلوا الأثر رجعياً كما يمكن للرجعية أن تستخلص من طبيعة الالتزام. ويمكن أن تكون نية الأطراف ضريرة في جعل المفعول رجعياً كما يمكن أن تكون ضئيلة، ويعود للقاضي في حالة التزاع الممكن على حقيقة الإرادة، كما أن الاتفاques ذات الطبيعة الرجعية كبيرة. فإذا كانت العقود الزمنية لا يصبح القول فيها بالرجعية، فإن العقود الفورية من طبيعتها أن تكون رجعية. وعلى كل الحال فإن حلتي الاتفاق وطبيعة الالتزام يمكن أن يجعل قسمًا كبيراً من الالتزامات ذات مفعول رجعي، وإن كان من الممكن أن تبقى بعض الالتزامات بعيدة عن أثر الرجعية بحكم طبيعتها. بل يمكن أن تعتبر النية المحتملة للمتعاقدين هي الأساس في جعل رجعية الشرط قائمة، حيث يجوز فعلًا تفسير نية المتعاقدين بوقف الالتزام على الشرط في اتجاه أثر الرجعية سواء بتحقق الشرط أو تحليمه. فلو لم تكن نيتها في الرجوع إلى البداية لما علق الالتزام على الشرط ولكان الالتزام مجردًا منجزًا، وبالتالي فإن الرجعية مستكونة هي الأغلب أو الحالة الطاغية حتى وإن وضع المشرع التونسي قاعدة الأثر الفوري للشرط.

(1) أحمد بن طالب، المرجع السابق، ص 202 وما بعد.

(2) وربما كان ذلك تأثيراً بالآفكار الموضوعية الواردة بالفقه الإسلامي والقانون الألماني، نفس المراجع السابق.

بمجلة الالتزامات والعقود نظاما قانونيا في طريقة حساب الأجل، فيبتدى الأجل من تاريخ العقد ما لم يعين له العقدان أو القانون تاريخا آخر ويبتدى في الالتزامات الناشئة عن جنحة أو ما يتزول متزولها من وقت صدور الحكم الذي قدرت به الخسارة الواجبة على المحكوم عليه (الفصل 139 م.أع)، ويوم انتهاء عددة الأجل لا يكون معدودا منه. وإن قدر بالأيام فإنه يتم عند تمام اليوم الأخير منه (الفصل 140 م.أع)، وإذا قدر الأجل بالأسابيع أو الأشهر أو السنين اعتبار الأسبوع سبعة أيام كاملة والشهر ثلاثة يرما كاملة والسنة ثلاثة وخمسة وستين يوما كاملة (الفصل 141 م.أع) وغرة الشهر هي أول يوم منه ومتتصفه الخامس عشر منه وآخره اليوم الأخير منه (الفصل 142 م.أع) وإذا وافق حلول الأجل يوم عيد رسمي اعتبر مكانه اليوم الذي يليه مما ليس بعيد (الفصل 143 م.أع).

ويبدو أن المشرع معن بعديدا بالفصل 137 م.أع على القاضي أن يضرب أجيلا عاقد أو يمهله على وجه الفضل إلا إذا كان الأساس في ذلك هو العقد أو القانون. وليس له كذلك أن يمد في الأجل الذي حدده العقد أو القانون ما لم يكن مأذونا في ذلك من القانون. وبالتالي ليس للقاضي من حيث المبدأ أن يضع أجيلا أو يمتد في الأجل المتفق عليه أو المفروض قانونا. لكنه مع ذلك وفي صورة توفر جملة من الشروط يمكن أن يمهل القاضي المدين وذلك في ما ليس له علاقة باستخلاص دين الدولة أو للبلدية أو دين راجح لمؤسسة عمومية، فتجاوز زله الحالات التي لا يمكن للقاضي أن ياذن فيها بالإمهال، يمكن إعطاء أجل معقول لتنفيذ الحكم، بشرط اتخاذ الاحتياطات اللازمة وعدم وقوع ضرر فادح للدائنين، وذلك عندما يبين المدين أن الأجل المذكور يسهل له الخلاص حيث يمكن له افتراض مال تحت شروط أحسن من القديمة أو عندما يتبين أن سبب عدم التنفيذ كان خارجا عن إرادته. ففي هذه الصور فقط يمكن إمهال المدين بأجل الذي لا يمكن أن يفوق عاما واحدا ولا يمكن تجديده، وتسرى بدایة هذا الأجل من يوم الإعلام بالحكم. وهو في نهاية أمر أجل واقف. وللقاضي كذلك أن يرخص للمدين أن يخلص دينه بدفعات متواتلة. ويجب أن يذكر القاضي بالحكم سبب إسناد هذا الأجل، بمعنى أن يكون قرار الإسناد معللاً ومستوفيا لجميع الشروط المذكورة، حتى تتمكن محكمة التعقيب عند الاستئناف من مراقبة صحة القرار. وإذا أفلس المدين بالرغم من هذا الأجل أو انقص من الضمانات التي سيق إعطاؤها بإرادته أو أخفى الحقوق الموظفة على المال قبل إعطاء الضمان استحق الدين المؤجل حالا. فإن اعترى الضمانات المذكورة نقص من غير إرادة المدين، فلا يستقطع حقه في الأجل، لكنه يجوز في هذه الصورة للدائنين إما أن يطلب ضمانات أخرى زائدة أو تنفيذ العقد حالا إن لم يتيسر ذلك.

والأجل نوعان إما أن يكون أجلا واقفا *terme suspensif* أو أجلا فاسحا *terme extinctif*، وإذا كان الشرط الواقع يتوقف عليه وجود الالتزام فإن الأجل الواقع، لا يتوقف على نشأة الالتزام، وإنما يتوقف عليه تنفيذ الالتزام والوفاء به، كما أن يضع الطرفان أجلا لبداية العمل بالعقد، وببقى الأجل الفاسخ محدودا لنهاية الالتزام، كما هو الشأن بالنسبة إلى الشرط الفاسخ، كما أن يتمهد طبيب بمعالجة شخص مدة سنة فقط، فيتهي العقد بنهاية السنة.

ويعتمد الفقه عدة تقسيمات للأجل، على أساس طبيعة الأجل، سواء كان أجلا قانونيا أو قضائيا، وعلى أساس درجة التحقق، سواء كان تاريخا أو أمرا محددا، وعلى أساس المصلحة، مصلحة المدين أو الدائن أو الدائن والمدين معا⁽¹⁾.

للأجل ثلاثة مصادر، القانون والاتفاق والقضاء، وإذا كان الاتفاق هو الغالب من حيث الواقع، فإنه من الممكن أن يجد الأجل مصدره في القانون والقضاء، خلافا للشرط الذي لا يمكن أن يكون إلا اتفاقا. ويعبر رجال القانون عن الأجل الذي يجد مصدره في الاتفاق والقانون بالأجل المستحق قانونا *terme de droit* وأما أجل القضاء فهو أجل إمهال أو أجل تفضل أو نظرية ميسرة *terme de grace*⁽²⁾.

فيتمكن أن يحصل الاتفاق على موعد محدد لتسليم المبيع أو دفع الثمن أو تقييمه، وقد يكون الاتفاق صريحا أو ضمنيا، مضمونا بالكتاب الأصلي أو يكتب لاحقا، والمفروض أن يكون أجلا معقولا كاف لتنفيذ العقد، كما في صورة نقل شخص من مكان إلى مكان آخر دون تحديد الأجل، فالمفروض أن يكون ذلك في أجل معقول، ويعود للقاضي المتهد عددا ضرورة تحديد الأجل المعقول. لذلك نص الفصل 136 م.أع على أنه «إذا كان الالتزام غير مقيد بأجل أجري حالا إلا إذا كان الأجل معتبرا في طبيعة الالتزام أو في كيفية إجرائه أو في محله. فعند ذلك يعين القاضي الأجل».

وعادة ما يتدخل القانون ليضع أجيلا معينا في تنفيذ الالتزام أو نهايته، كما أن يحدد بدایة تنفيذ الالتزام بموت شخص محدد، كما في صورة التأمين على الحياة فلتلزم شركة التأمين بدفع مبلغ يتحقق الوفاة، أو أن يوضع حددا للالتزام بنهاية أجل محدد، كما في صورة عقد الكراء⁽³⁾، إذا لم يحدد الأطراف الأجل في ذلك. وقد أورد المشرع

الأجيال في العقود الزمنية، مثل عقد الإيجار وعقد العمل، إنما هي عقود واقفة على أجل فاسخ، غير أن الأستاذ ستهوري يرى أنه لا يصح الحديث عن الأجل الفاسخ بالنسبة إلى العقود الزمنية نظرا إلى أن الأجل في هذه العقود ليس أمرا عارضا وإنما هو أمر جوهري.

(1) Carbonnier.Jean, op.cit,p.234.

(2) تستعمل صيغة «نظرية ميسرة» بالفقه المصري، وهي عبارة لها أحسن دينية إسلامية. أما المشرع التونسي فيستعمل عبارة «الإمهال على وجه الفضل» بالفصل 137 م.أع.

(3) الفصل 792 م.أع

الفقرة الثالثة: آثار الأجل

نص الفصل 144 م.أ.ع على أن «عمل أجل التوقف كعمل شرط التوقف وعمل أجل الفسخ كعمل شرط الفسخ»، أي أن أثر الأجل هو نفسه أثر الشرط، لذلك لم يورد المشرع بباب الأجل أحكاما مفصلة في شأن آثار الأجل إلا ما كان خاصا به. وتختلف آثار الأجل باختلاف المرحلة، قبل حلول الأجل (أ) وبعد حلول الأجل (ب).

أ-آثار الأجل قبل حلول الأجل

قبل حلول الأجل تختلف الآثار في الأجل الواقف (أ) والأجل الفاسخ (ب).

1-الأثر في الأجل الواقف قبل حلول الأجل

يعتبر الحق الموقوف على أجل قبل حلول الأجل حقا موجودا كاملا، على خلاف الحق الموقوف على شرط، فقط أن تنفيذه يتأخر إلى ذلك الأجل.

وعلى ذلك الأساس، وباعتبار أن الحق موجود، فللدائن جميع الحقوق التي سبق الإشارة إليها في باب الشرط، فله التصرف في هذا الحق بجميع أنواع التصرف وإذا توفي انتقل حقه للورثة، و«الصاحب الدين المؤجل صيانة حقوقه بجميع الأوجه القانونية ولو قبل حلول الأجل ولو أيضاً أن يطلب ضامناً أو غيره من وجوه التوفيق أو أن يطلب عقلة مال مدینه إذا كانت له أسباب معتبرة يتوقع عسر مدینه أو هرويه⁽¹⁾»، أي أن له الحق في إجراء الأعمال المادية على العين بهدف صيانته وطلب الضمانات العينية والشخصية وإجراء عقلة تحفظية عند الاقضاء، وله أن يقوم بالدعوى غير المباشرة والدعوى الصورية والدعوى البليانية⁽²⁾. وما يميز الأجل الواقف أن الدين المؤجل يستحق حالاً إذا أعلن إفلاس المدين أو أنقص بفعله شيئاً من الضمانات الخاصة التي كان أعطاها في العقد أو لم يعط ما وعد به منها وهذا الحكم يجري أيضاً فيما إذا قصد الغرر وأخفى حقاً أو امتيازاً موظفاً من قبل على الضمانات المعطاة منه. فإذا نقصت الضمانات التي سبق للمدين تقديمها من غير إرادته، كما في صورة القوة القاهرة والأمر الطارئ، فلا يسقط حق المدين في الأجل، لكنه يجوز للدائن في هذه الصورة، إما أن يطلب ضمانات إضافية أو أن يطلب تنفيذ العقد حالاً إن لم يتيسر ذلك⁽³⁾. كما تحل جميع التزامات المدين عند موته حقيقة أو حكماً أى قضاء، ولو لم يحل أجل العقد⁽⁴⁾.

(1) الفصل 148 م.أ.ع.

(2) بعض الشارع لا يتيح رفع الدعوى البليانية في هذه الصورة لأنها اشترطت حلول الدين في الدعوى البليانية مثل التشريع المصري.

(3) الفصل 149 م.أ.ع.

(4) الفصل 150 م.أ.ع.

ويذكر أن جميع الحقوق الشخصية والعينية يمكن أن تخضع لأجل باستثناء ما يتعلّق بحق الملكية الذي لا يمكن أن يقف على أجل واقف أو فاسخ، بحكم طبيعته الأبدية، كما أن الأحوال الشخصية، من طلاق أو زواج، لا يمكن أن تقف على أجل واقف أو فاسخ. وباستثناء حق الملكية والأحوال الشخصية تبقى بقية الحقوق العينية والشخصية خاضعة لأحكام الأجل عند الاقضاء.

الفقرة الثانية: شروط الأجل

يستخلص من التعريف الذي سبق الإشار إليه أن الأجل يتوقف على شرطين، أن يكون مستقبلاً (أ) ومحقق الواقع (ب).

أ-الأجل أمر مستقبلي

مثل الشرط، الأجل أمر مستقبلي، بمعنى أن يتحقق في المستقبل. والأغلب أن يكون تاريخاً مستقبلاً مثل 1 جانفي 2020 أو حادثة مستقبلية مثل الموت. فلا يجوز أن يكون الأجل أمراً حاضراً أو ماضياً حتى لو جهل الطرفان بذلك، فلو على الطرفان العقد على أجل اعتقادا خطأ أنه مستقبل ثم ظهر في ما بعد أنه ماض، كان العقد منجزاً ويفقد حالاً.

ب-الأجل أمر محقق الواقع

ما يميز الأجل عن الشرط هو كونه محقق الواقع، كما في صورة تعين التاريخ شهراً أو سنتاً أو يوماً أو اعتماد حالة الموت. ومن ذلك كان الفرق في النظام القانوني، بين الشرط والأجل، من حيث تكوين الحق والأثر الرجعي. فلا يتكون الالتزام في الشرط إلا بعد حصول الشرط وله في ذلك أثر رجعي، ويكون الالتزام مع الأجل بمجرد الاتفاق وليس للأجل الواقف من أثر سوى تأخير التنفيذ، وليس للأجل أثر رجعي.

ويمكن للأجل دوماً أمراً متحقق الواقع سواء كان تاريخاً أو حادثة معهولة مثل حالة الموت، غير أن الفقه يميز بين الأجل المعين *terme certain* والأجل غير المعين *incertain*، فحالة الموت أجل محقق لأن الموت آت لا محالة ولكنه غير معين لأنه لا أحد يعلم وقت حصول الوفاة، غير أنه إذا وضع الطرفان تاريخاً محدداً مثل 1 جانفي 2020 يصبح الأجل معيناً. ويمكن أن تتعدد صور الحوادث المعهولة، لكنه لا يمكن مطلقاً أن يبقى التنفيذ رهن إرادة المدين فحسب، لذلك نص الفصل 138 م.أ.ع على أنه «إذا كان أجل تنفيذ العقد مفوضاً لاختيار المدين أو مرتبطاً باتمام أمر موكول لاختياره فالعقد باطل». ويجب التمييز بعناية بين هذه الصورة وصورة ميسرة المدين التي وضع لها المشرع نظاماً خاصاً بالفصل 137 م.أ.ع.

حساب الأجل، فيبتدىء الأجل من تاريخ العقد ما لم يعين له العاقدان أو القانون تاريخاً آخر ويبتدىء في الالتزامات الناشئة عن جنحة أو ما ينزل منها من وقت صدور الحكم الذي قدرت به الخسارة الواجبة على المحكوم عليه (الفصل 139 م.أ.ع)، ويوم ابتداء عددة الأجل لا يكون معدوداً منه. وإن قدر بالأيام فإنه يتم عند تمام اليوم الأخير منه (الفصل 140 م.أ.ع)، وإذا قدر الأجل بالأسابيع أو الأشهر أو السنين اعتبر الأسبوع سبعة أيام كاملة والشهر ثلاثة أيام كاملة والستة ثلاثة وخمسة وسبعين يوماً كاملة (الفصل 141 م.أ.ع) وغرة الشهر هي أول يوم منه ومتتصفه الخامس عشر منه وأخره اليوم الأخير منه (الفصل 142 م.أ.ع) وإذا وافق حلول الأجل يوم عيد رسمي اعتبر مكانه اليوم الذي يليه مما ليس بعيد (الفصل 143 م.أ.ع).

-سقوط الأجل: يسقط الأجل في حالة الإفلاس وإنقاص الضمانات إرادياً أو تخلف المدين عن تقديم الضمانات التي وعد بها وإخفاء الامتيازات والحقوق الموظفة على الحق وعدم قدرة المدين على تمكين الدائن من ضمانات إضافية إذا انقضت الضمانات الأولى بغير إرادته والضمانات المشار إليها في هذا الباب هي التأمينات الخاصة، سواء كانت عينية أو شخصية، مهما كان مصدرها، وليس الضمان العام. ويسقط الأجل كذلك في حالة موت المدين حقيقة أو حكماً، كما في صورة الغيبة⁽¹⁾. وليست الحالات الواردة بمجلة الالتزامات والعقود في سقوط الأجل حالات حصرية، بل أورد المشرع بعدة نصوص خاصة حالات مشابهة في السقوط مثل حالة التطهير⁽²⁾.

-التنازع عن الأجل: إذا تنازع أحد الطرفين عن الأجل لمصلحة أحد الطرفين، فيجوز لمن أن يقع التنازع من الجانبيين، لكنه إذا كان الأجل لمصلحة أحد الطرفين، فيجوز لمن وضع الأجل من أجله أن يتنازع عنه وهذا الحل يختلف من صورة إلى أخرى حسب طبيعة الالتزام، ومع ذلك فقد افترض الفصل 145 م.أ.ع أن الأجل يعتبر مبدئياً في منفعة المدين، وبناء على ذلك يسوع له أن يجعل بوفاء ما تعهد به، لكن ذلك لا يجوز إلا إذا كان الالتزام نقداً ولم يكن في ذلك مضررة لصاحب الدين، وإذا كان المعهد به غير مسكون بأي ليس تقدماً لا يلزم صاحب الدين قبول الوفاء قبل الأجل إلا إذا رضي بذلك أو كان الحل متوفراً بالعقد أو القانون، وبالتالي لا بد من مراعاة طبيعة العلاقة التعاقدية في تحديد الطرف الذي بإمكانه التنازع عن التمسك بالأجل مع مراعاة الشروط الواردة

(1) كان الفصل 150 م.أ.ع قبل صدور القانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أكتوبر 2005 المتعلق بالصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، يتعذر فيما يتعلق بالموت الحكمي على «سلب الحقوق المدنية». وقد حذفت هذه العبارة بصدور القانون المشار إليه.

(2) يرجى الفصل 294 م.أ.ع.

وإذا هلك الشيء قبل حلول الأجل بقوة فاهرة فيهلك على المشتري، لأن الشيء أصبح شيئاً مؤكد للدائن⁽³⁾. ولكن الحق الموقوف على أجل وإن كان موجوداً فهو غير نافذ، فلا يجوز للدائن طلب التنفيذ أو استعمال الوسائل الجبرية في التنفيذ. ومن المفروض أن يبقى المدين على حقه في استرداد ما دفعه قبل حلول الأجل باعتبار أن الالتزام الموقوف على أجل هو التزام غير نافذ، لكن م.أ.ع تأثيراً بالقانون الفرنسي، منع المدين من استرداد ما دفعه في هذه الصورة، فلا يسع للمدين استرداد الدين المدفوع منه قبل حلول أجله ولو جهل عند الدفع وجود الأجل⁽⁴⁾، وإذا قضى المدين دينه قبل الحلول فحكم ببطلان الأداء أو بفساده ورد المال المقبوض عاد الدين لأصله وعاد الأجل فيما يبقى منه⁽⁵⁾. وهذا اتجاه يخالف بعض القوانين المقارنة مثل القانون المصري⁽⁶⁾. ولا يجوز المقاومة في الحق الموقوف على أجل⁽⁶⁾، ولا حق الحبس، فلا يجوز للدائن إجراء الحبس على أموال المدين لأن الحبس يفترض حلول الدين، ولا يسري أجل التقادم إلا من تاريخ حلول الأجل، كما لا يجوز لدائن الدين أن يجري عقلة تحفظية على هذا المال باعتباره غير نافذ.

2-الأثر في الأجل الفاسخ قبل حلول الأجل

الحق المعلق على أجل فاسخ حق موجود ونافذ قبل حلول الأجل الفاسخ⁽⁷⁾. فهو حق مكتمل العناصر، لكنه له نهاية متحققة في تاريخ معين أو عند حصول حدث مؤكد. فهو بذلك أقل خطأ من الحق المعلق على شرط فاسخ، مني تكون النهاية غير متحققة ومرتبطة بمدى تحقق الشرط من عدمه. ومادام الحق المعلق على أجل فاسخ قبل حلول الأجل هو حق موجود ونافذ، فيجوز للدائن إتمام جميع وسائل التنفيذ بما في ذلك التنفيذ الجبري وإقامة جميع الدعاوى بما ذلك الدعوى البليانية وتتصح في المقاومة والحبس وتسرى عليه آجال التقادم.

ب-آثار الأجل بعد حلول الأجل

يحل الأجل بعد صور باتفاقه أو سقوطه أو بالتنازع عنه.

-انقضاء الأجل: ينتهي الأجل بتحقق الحادثة المؤكدة مثل الموت أو بالوصول للتاريخ المعين، وقد أورد المشرع بمجلة الالتزامات والعقود نظاماً قانونياً في طريقة

(1) الفصل 585 م.أ.ع.

(2) الفصل 146 م.أ.ع.

(3) الفصل 147 م.أ.ع.

(4) المادة 183 من القانون المدني المصري.

(5) الفصل 374 م.أ.ع.

(6) ويسمى أجل التوقت بالفقه الإسلامي.

في حق المدين، وهو أن يكون الالتزام نقداً وليس في تعجيل التنفيذ من مضره للدائن⁽¹⁾؛ فإذا حل الأجل باقصائه أو بسقوطه أو بالتنازل عنه، كان الحل مختلفاً بالنسبة إلى الأجل الواقف (1) والأجل الفاسخ (2).

1- أثر الأجل الواقف بعد حلول الأجل

إذا حل الأجل الواقف أصبح الحق نافذاً، ويلزم المدين بالتنفيذ، فإذا وفي الالتزام رضاء، كان الوفاء صحيحاً ولا يستطيع المدين استرداد ما دفعه، ويعتبر المدين ممطلاً إذا تأخر عن التنفيذ بعد حلول الأجل دون حاجة إلى إنذار⁽²⁾، ويحق للدائن مباشرة جميع وسائل التنفيذ التحفظية والتنفيذية والجبرية، ويجوز للدائن كذلك رفع الدعوى البليانية والمدعوى الصورية وغير المباشرة، ويصح جسبي مال المدين وإجراء المقاومة ويسري التقادم في شأنه.

2- أثر الأجل الفاسخ بعد حلول الأجل

إذا حل الأجل الفاسخ انقضى الالتزام دون حاجة إلى حكم، فبمجرد حلول الأجل ينتهي الالتزام، وليس لأحدهما رفع الطلب إلى القضاء، وما يميز الأجل أن حلول الأجل الفاسخ ليس له أثر رجعي، خلافاً لما أثير من نقاش في شأن الشرط، فينتهي الالتزام بتاريخ حلول الأجل وليس له منه النهاية من أثر على فترة ما سبق حلول الأجل الفاسخ بحكم عدم رجعية الآثار في الأجل، وهو ما يميز الأجل عن الشرط.

والحقيقة أن مبدأ عدم الرجعية لا يشمل حلول الأجل الفاسخ فقط بل يشمل كذلك حلول الأجل الواقف، وبالرغم من أهمية هذا الأمر لفهم و بمجلة الالتزامات العقود نص خاص في ذلك، واكتفى المشرع بالإشارة بالفصل 144 م.أع إلى أن الآثار تبقى هي نفسها بالنسبة إلى الشرط والأجل بالرغم من اختلاف نظام الشرط والأجل في هذاباب، فإذا كان كل من الشرط والأجل أمراً مستقبلاً يقف به الالتزام أو يفسخ، فإن الأجل أمر متحقق على خلاف الشرط فهو غير متحقق، والحق في الأجل الواقف موجود و كامل على خلاف ما هو بالشرط فهو موجود لكنه ناقص، وإذا كان الحق المتعلق على أجل فاسخ مؤكداً الزوال فإن الحق المتعلق على شرط فاسخ معلن على خطر الزوال فقط، وإذا كان الشرط بالقانون التونسي من حيث المبدأ غير رجعي، فإنه في الأغلب الحالات يكون كذلك بحكم طبيعة الالتزامات أو الانفاق، لكن الرجعية لا تستافق مطلقاً مع نظام الأجل، وكان من المفترض أن يشير المشرع إلى هذا المبدأ على أهميته وأن لا يكتفى بالإشارة إلى نظام الشرط.

(1) الفصل 145 م.أع.

(2) الفصل 269 م.أع

الفصل الثاني: تغيير وصف الالتزام على مستوى أطراف الالتزام

الأصل أن يكون الدائن واحداً والمدين واحداً، لكن الالتزام يمكن أن يتعدد عدة أوصاف على مستوى الأطراف، فيمكن أن تعدد الأطراف من جانب المدين أو الدائن دون تضامن، فتحل محل عددهم عبارة الالتزام متعدد الأطراف *obligation conjointe* (المبحث الأول)، فإذا قام التضامن بينهم كان الالتزام تضامنياً *obligation solidaire* (المبحث الثاني)، ومن المفترض أن يلزم الأطراف بمحظى الالتزام كل حسب منابه، فإذا انعدمت التجزئة كان الالتزام غير قابل للانقسام *obligation indivisible* (المبحث الثالث).

المبحث الأول: الالتزام متعدد الأطراف

obligation conjointe

يمكن أن يتعدد الأطراف في الالتزام الواحد، سواء بموجب القانون أو الاتفاق. فعادة ما يتعدد أطراف الالتزام في نظام الملكية المشتركة ونظام الشركات، حيث يتحقق تعدد المالكين بموجب القانون في صورة نقل الملكية بموجب العيراث بعد وفاة المورث ويتعدد الأطراف كذلك في ملكية أسهم الشركات ذات المسؤولية المحدودة أو الشركات خفية الاسم. ويمكن لإرادة الأطراف أن تخلق بين الشركاء صورة من صور تعدد أطراف الالتزام، كما في صورة بيع الشركاء للملك المشترك، فيقوم التعدد بالنسبة إلى البائعين في حدود قبض الثمن كل في حدود منابه. فيتمكن بذلك أن يكون الطرف في الالتزام واحداً في البداية ثم يتعدد والعكس صحيح، أي يتوحد الطرف بعد التعدد، والمصدر في ذلك، كقاعدة عامة هو القانون أو الاتفاق.

وما يميز الالتزام متعدد الأطراف أنه ينقسم على كل الأطراف كل حسب نصيبه دون تضامن، كما في صورة التصال الدين إلى الورثة حيث يضبط القانون نصيب كل وارث، كما يضبط الاتفاق نصيب كل مشاركون. فلا يلزم الطرف إلا في حدود منابه، ولا يمكن للدائن أن يطلب التنفيذ على الطرف فيما يتجاوز حدود حصته أو منابه. وكل إجراء قانوني لا يلقى أثره إلا في مواجهة الطرف المعنى، وكذلك الحال بالنسبة إلى التقادم والإندار والمطالبة القضائية وإبطال العقود وفسخها والوفاء بالدين، فلا تجد هذه الأعمال والوقائع آثارها إلا في مواجهة الطرف المعنى ولا يطال أثرها بقية

بين الدائنين لا يفترض⁽¹⁾، بل لا بد من إرادة واضحة فتعتمد معانى الإرادة الصربيحة ولا تعتمد معانى الإرادة الضمنية⁽²⁾. غالباً ما يكون الاتفاق هو مصدر التضامن بين الدائنين، كما في صورة أن يفوت عدد من المالكين بالبيع في شيء ما ويرفض المشتري دفع الثمن، فتقوم المصلحة للدائنين بالتضامن في طلب الفسخ. فيعد أن كان الباقيون مدينين في البيع في علاقتهم مع المشتري وملزمين بالتسليم، انقلب الصورة وأصبحوا دائنين بحكم عدم دفع الثمن، وعادة ما تكون حالة التضامن بين الدائنين على تلك الصورة. ولا يشترط أن يكون الاتفاق صريحاً في التضامن، فلا يشترط أن يرد لفظ التضامن بالاتفاق، بل يكفي أن تقوم الحجة في اعتماده طبق معانى الإرادة الصربيحة، ويعود لقاضي الأصل الوقوف على إرادة الطرفين الحقيقة، ولا يمكن بحال القول بالتضامن في حالة الشك الذي يجب أن يفسر في اتجاه إقصاء التضامن. ووضع المشرع بالفقرة الثانية من الفصل 163 م.أع قرينة اتفاق على التضامن وذلك في صورة «إذا اشترط عدة أشخاص معاً أمراً واحداً في عقد واحداً»، فيحمل الأمر «على الاشتراك بالخيار إلا إذا كان خلاف ذلك مصرياً به أو ناتجاً من طبيعة القضية». معنى ذلك أن يكون موضوع العقد واحداً ويحول لكل دائن مباشرة موضوعه، فيفتح لأحد الدائنين

(1) ولا يفترض التضامن بين الدائنين حتى في المسائل التجارية، رما يقام به الشريك أو الوكيل في اتجاه استخلاص الدين من المدين، أنها يقوم به باسم الشركة وليس تطبيقاً لقاعدة التضامن بين الدائنين.

(2) الإرادة الصربيحة هي كل تغيير واع مهما كانت أشكاله، ولا يشترط في ذلك الكتابة بل يدخل في إطار التعبير الصريح كل ما يدل دلالة واضحة على التغيير بما في ذلك الحركة وتحريك الرأس والمدين والإشارة واتخاذ موقف معين، كما في صورة البيع بالزاد العلني حيث يمتد تحريك الرأس إرادة صريحة وكذلك الصورة بالنسبة إلى الآخرين فيكتفى بالحركة وغير ذلك من المركبات والعلامات الطارئة.

أما الإرادة الضمنية فهي التصرفات التي لم تتحدد ضرامة الإلزام الغير بالرضاء وإنما حرکات وموافقات يستخف منها منطقياً إرادة الطرف المقابل. تلبي الإرادة الضمنية إرادة صريحة لكنها ليست إرادة في نهاية الأمر وإنما قرينة تدل على الإرادة لذلك كانت الإرادة إرادة ضمنية. وتتمثل الإرادة الضمنية عادة في موقف معين يتخذه الطرف المقابل دون التعبير عن الإرادة، كما في صورة تقييد الوكيل الوكالة دون تصريح مسبق أو في صورة إرجاع الدائن سند الدين أو بقاء المستأجر بال محل، فما يدل ضمنياً من هذه المواقف أن الوكيل قبل الوكالة وأثر الماء يترافق بمحنة ورضي المستأجر بتجديد الكراء. والعلامة البارزة في جميع ذلك أن الإرادة الضمنية تفترض موقفاً واضحاً والأغلب أن يصرف إلى اتّمام الالتزام، فلا بد حيثما نستخلص من تلك المواقف إرادة ضمنية.

وإذا كان السكتوت المجرد لا يعتد به لكونه لا يستشف منه أي موقف، فإن السكتوت الموسوف silence circonstancié يمكن أن يكون بمثابة الإرادة الضمنية، وهو أن يأخذ الطرف موقفاً يمكن أن يؤول في اتجاه معين كما في صورة أن يتجدد عقد كراء ضمئياً، فرغم فوات الأجل يبقى المتسوّغ بال محل ولا يحرك المالك ساكناً. فيكون السكتوت موصوفاً حيثما إذا أعلم الطرف يتصرف الغير في حقه أو شاهد كيفية تصرف الغير في حقه ومع ذلك لا يحرك ساكناً وليس شيء يمكنه من التحرك في اتجاه منع الغير في التصرف أو ما شابه ذلك، كذلك هو السكتوت الموصوف الذي يمكن إزالته متلازمة الإرادة الضمنية.

الأطراف، بحكم تفرد الطرف بالتزاماته دون تضامن. معنى ذلك أنَّ الآخر في الالتزام متعدد الأطراف يلحق بالطرف المعنى، سواء كان دائناً أو مديناً، ولا يمتدُّ الآخر إلى بقية الدائنين أو المدينين، وتلك هي العلامة الأساسية للالتزامات متعددة الأطراف، التي تخلو من تضامن بين الدائنين أو المدينين.

المبحث الثاني: الالتزام التضامني

التضامن يمكن أن يكون بين الدائنين (الفقرة الأولى)، كما يجوز أن يكون بين المدينين (الفقرة الثانية). ويسمي التضامن بين الدائنين تضامناً إيجابياً solidarité active، على عكس التضامن بين المدينين فيسمى تضامناً سلبياً solidarité passive. وعادة ما يكون التضامن بين المدينين الأكثر من حيث الواقع. ولكن التضامن مهما كان نوعه فهو يقوم على مبدأين أساسين، وحدة الم محل ومتعدد الترابط، أي التزام واحد ومتعدد الروابط بين الدائنين من ناحية والمدينين من ناحية أخرى وقيام نيابة تبادلية فيما ينفع البقية أي أن المدين أو الدائن الذي يتصرف في حدود استخلاص الدين أو دفعه يكون بمثابة النائب فيما ينفع البقية.

الفقرة الأولى: التضامن بين الدائنين

يفيد التضامن بين الدائنين أن تقوم الإمكانية لأحد الدائنين في أن يستخلص كامل الدين على أن يمكن كل دائن من نصبه في مرحلة أخيرة. وقد تحدثت مجلة الالتزامات والعقود عن «ال الخيار بين الدائنين»، فيحصل «ال الخيار بين الدائنين فيما إذا كان لكل منهم أن يقبض جميع الدين ولم يكن على المدين أن يؤديه إلا مرة واحدة لدائن واحد»، «ويحصل الخيار بين الدائنين ولو اختلفت ديونهم بأن كان بعضها مقيداً بشرط أو أجل والأخر مجدة»⁽¹⁾، معنى ذلك أن يبقى محل الدين واحداً وتتعدد روابطه بكل دائن، فلكل دائن علاقة خاصة بالمدين، فقد يكون للبعض الدين معلقاً على شرط والآخر معلقاً على أجل، وقد يكون للبعض الآخر الدين منجزاً حل أجله. ولا تقتضي جميع هذه الروابط صورة التضامن بين الدائنين. وقد أوردت الفصول 163 م.أع إلى 173 م.أع نظام التضامن بين الدائنين من حيث المصدر (أ) والأثار (ب).

أ- مصدر التضامن بين الدائنين

نص الفصل 163 م.أع على أن «ال الخيار بين الدائنين لا يحمل على الظن وإنما يبني على نفس العقد أو القانون أو على مقتضى طبيعة القضية حتماً». معنى ذلك أن التضامن

ذلك مالم يكن في العقد أو في طبيعة القضية ما ينافيه⁽¹⁾، واسقوط حق أحد الدائنين المشتركين بال الخيار بمضي المدة المحدودة لا يكون حجة على بقية الدائنين، كما لا يضرهم تقصيره أو مطلبه⁽²⁾. وإذا أجل أحد الدائنين المشتركين بالخيار المدين فلا يحتاج بذلك الأجل على بقية الدائنين إلا إذا ظهر من نفس القضية أو من شروط العقد ما يخالف ذلك⁽³⁾.

ولكن قواعد التضامن بين الدائنين لا تمنع إمكانية أن يتصرف الدائتون جماعة، فلا يجوز للمدين أن يعارض التصرف الجماعي للدائنين في هذه الصورة.

2- الآثار في علاقة الدائنين فيما بينهم

القاعدة الأساسية في التضامن أن ينوب البعض الآخر في استخلاص كامل الدين، ولا ينوب البعض البعض الآخر إلا فيما ينفع بقية الدائنين. فكل ما يضر بقية الدائنين يسري فقط في مواجهة الدائن القائم بالعمل، فلا يمكن أن يعارض بقية الدائنين بكل ما يتعين عن تقصير أو مماطلة قد يأتياها أحد الدائنين، وتبعاً لذلك كانت نتائج الإسقاط والتأنجيل والتنازل وصدور حكم ضد الدائن وتوجيه اليمين لا يعارض بها بقية الدائنين، ولهذا الغرض يضمن الدائن حصص بقية الدائنين مما قبضه في صورة تلفها في يده بسبب تقصيره إلا إذا كان التلف بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة بلا تعدّد منه فلا ضمان عليه⁽⁴⁾.

ويستفغ تبعاً لذلك الدائتون بجميع الأعمال النافعه لهم، بما في ذلك إنذار المدين وقطع سريان آجال السقوط وصدور حكم ضد المدين وغير ذلك من الصور. فإذا انتفع أحد الدائنين المشتركين بالخيار بالأعمال التي تقطع مدة سقوط الحق انتفع بذلك الباقون⁽⁵⁾، و«الصلح الواقع بين المدين وأحد الدائنين المشتركين بالخيار» ينتفع به بقية الدائنين إذا تضمن الاعتراف بالدين أو بالحق ولا يحتاج به عليهم إذا أفاد الإبراء من الدين أو التقليل عليهم إلا إذا رضوا به⁽⁶⁾، وما قبضه كل من أصحاب الدين المشتركين على وجه الوفاء أو الصلح يشترك فيه مع الباقين كل بقدر حصته وإذا أخذ أحد الدائنين ضماناً

في هذه الصورة استخلاص نتائج الالتزام، على أن يمكن بقية الدائنين من نسيبهم، دون أن يرد شرط صريحًا في التضامن، إلا إذا منع الأطراف التضامن صراحة. وإذا كان الاتفاق هو الأغلب من حيث الواقع في التضامن بين الدائنين صراحة أو ضمناً فإنه من الجائز أن ينص المشرع صراحة على التضامن في صور مخصوصة، كما أن التضامن قد تفرضه طبيعة القضية، فيقضي به القاضي في الصور التي توفر فيها هذه الطبيعة، والأساس في ذلك هو وحدة الالتزام وتعدد الروابط والنيابة التبادلية، وقد أشار الفصل 163 م.أ.ع صراحة إلى إمكانية أن يكون القانون ومقتضى طبيعة القضية مصدرًا في التضامن بين الدائنين، كما هي الصورة بالنسبة إلى الاتفاق.

ب- آثار التضامن بين الدائنين
تختلف الآثار حسب العلاقة، علاقة الدائنين بالمدين من ناحية (1) وعلاقة الدائنين فيما بينهم من ناحية أخرى (2).

1- الآثار في علاقة الدائنين بالمدين

نص الفصل 165 م.أ.ع على أن «الدين المشترك فيه بالخيار ينقضي في حق جميع الدائنين إذا حصل مع أحدهم أداء الدين أو التقصير به⁽¹⁾ أو تأممه أو المقاضاة فيه أو تجديده. وإذا دفع المدين لأحدفم حصته اعتباراً خالصاً مع الباقيين بقدر تلك الحصة». ويفصل من ذلك أن دفع الدين كاملاً لأحد الدائنين، أي الوفاء بالدين، أو دفع مقابلة أو تأمين مبلغه أو إجراء المقاضاة أو التجديد إذا ما توفرت شروطهما يبرئ ذمة المدين في مواجهة جميع الدائنين، باعتبار أن الدائن ينوب بقية الدائنين في تسليمه لـكامل الدين، ولكن إذا كان الدفع في حدود حصة أحد الدائنين، فلا تبرئ ذمته إلا في حدود تلك الحصة. ولا تسرى نيابة الدائن على بقية الدائنين في انقضاء الالتزام فيما يتجاوز انقضاء الالتزام بتلك الصور المذكورة، فإذا انقضى الالتزام بغير تلك الوسائل كما هي الصورة بالنسبة إلى اتحاد اللمة والتقادم والإسقاط، فلا تبرئ ذمة المدين إلا في حدود تلك الحصة أي في حدود مناب وحصة أحد الدائنين. ولذلك فإن «إسقاط الدين من أحد الدائنين المشتركين لا ينفع به على الباقي إلا بقدر مناب الدائن المسقط. واحتلاط ذمة أحد الدائنين المشتركين بالخيار بذمة المدين لا ينفع به الالتزام إلا في حق الدائن المذكور⁽²⁾». ولا حجة لبقيه الدائنين المشتركين بالخيار ولا عليهم فيما إذا وجه أحدهم اليمين على المدين أو إذا صدر حكم لا رجوع فيه بين أحدهم وبين المدين. كل

(1) التقصير مصدر لفعل صير أي حول الشيء ولتصير بالشيء أي تحويل الشيء وهو هنا دفع مقابلة.
(2) الفصل 166 م.أ.ع.

- (1) الفصل 167 م.أ.ع.
- (2) الفصل 168 م.أ.ع.
- (3) الفصل 171 م.أ.ع.
- (4) الفصل 173 م.أ.ع.
- (5) الفصل 169 م.أ.ع.
- (6) الفصل 170 م.أ.ع.

أو حواله في نصيه من الدين كان بقية الدائنين أن يشاركه فيما يقبضه ما لم يكن في العقد أو في طبيعة القضية ما يخالف ذلك⁽¹⁾.

الفقرة الثانية، التضامن بين المدينين

يحصل التضامن بين المدينين إذا كان جميع الدين واجبا على كل منهم وكان لصاحب الدين إزام كل منهم بالوفاء بجميع الدين أو بعضه لكن ليس له ذلك إلا مرة واحدة⁽²⁾، فهي مسؤولية المدين الواحد في حقه وحق بقية المدينين عن الدين كله إزاء الدائن. فيخلص للدائن حق مطالبة أحد المدينين بكمال الدين على أن يخلص للمدين الرجوع على بقية المدينين كله في حدود متابه. فهو إزام واحد مع تعدد الروابط، لكن التضامن يحصل بطريقة مالية بين المدينين، ولهذا الغرض يدعى التضامن بين المدينين بالتضامن السلبي.

ويبدو التضامن بين المدينين ذا أهمية بالغة بالنسبة إلى الدائن بحكم إمكانية مطالبة أي مدين بكمال الدين، فبعد أن كانت المطالبة لا تصح إلا في مواجهة مدين واحد وفي حدود دين هذا الأخير، أصبح من الممكن بحكم قواعد التضامن اختيار بالرجوع بكمال الدين على أحد المدينين، فلا تتحقق المطالبة في حدود ذمة مالية واحدة، بل تكون جملة النعم المالية للمدينين بمثابة ضمان للدائنين، ولهذا الغرض يعتبر التضامن بين المدينين من قبيل التأمينات الشخصية أو الكفالة الشخصية. وهو الأكثر تطبيقاً من حيث الواقع مقارنة بالتضامن بين الدائنين، والأصل أن يتعدد المدينون دون تضامن والاستثناء هو التضامن، وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود بالفصل 174 إلى 190 نظام هذا التضامن من حيث المصادر⁽¹⁾ والأثار⁽²⁾.

أ-مصادر التضامن بين المدينين

نص الفصل 174 م.أع على أن «التضامن بين المدينين لا يحمل عليهم بالظن وإنما يثبت بتصريح العقد أو القانون أو بكونه من ضروريات القضية». وعلى ذلك الأساس فإن مصدر التضامن إما أن يكون الاتفاق أو القانون أو القضاء.

اتفاقا لا يفترض التضامن بين المدينين بل لا بد أن يرد طبق مفهوم الإرادة الضريبة، فلا يمكن افتراض التضامن في غيابه بل لا بد أن يقع الإثبات على كل من يدعي التضامن وإثباته طريق القواعد العامة، فإذا تعدد الإثباتات كان القبول بعدم التضامن هو الصحيح. ولا بد أن يكون التضامن صريحا في العقد، بمعنى أن لا تعتمد الطرق الضمنية بما في ذلك

السکوت في معنى التضامن، فقد تكون العرق الضريبة الكتابة أو كل إشارة صريحة غير طريقة الكتابة. وقد يرد التضامن في نفس المقد الأصلي أو في وثيقة مبتدلة.

قضاء يمكن للمحكمة أن تقضي بالتضامن في غير الصور المحددة قانونا ويمكن أن تستخلص التضامن من خلال محتوى الالتزام وطبيعته، وهذا هو معنى أن يكون التضامن من ضروريات القضية على معنى الفصل 174 م.أع، وتلك مسألة موضوعية يستخلصها القاضي المعتمد بالقضية في إطار سلطة الاجتهاد، لكنه في حالة الشك يجب أن يذهب الاجتهاد في اتجاه من التضامن.

كما أورد القانون عدة حالات صريحة في التضامن كما هي الصورة بالنسبة إلى المسؤولية التقصيرية بالفصلين 108 و 109 م.أع، حيث إنه إذا حدث ضرر من أشخاص متعددين معا فعليهم ضمانه بال الخيار ولا فرق بين المباشر للمفعول والمتواطئ والمعرض⁽¹⁾، ويجري هذا الحكم فيما إذا وجب ضمان الضرر على عدة أشخاص وتتعدد تعين الفاعل لذلك أو قدر ما ينسب لكل منهم في إحداث الضرر⁽²⁾. والحالات القانونية في التضامن كثيرة في الوكالة⁽³⁾ والفضالة والكافلة⁽⁴⁾ وفي دفع الخطية والضرر الناتج عن جريمة⁽⁵⁾ والكراء⁽⁶⁾ ومسؤولية الآباء عن أفعال الطفل⁽⁷⁾. وتبقي الحالات

(1) الفصل 108 م.أع.

(2) الفصل 109 م.أع.

(3) الفصل 1140 م.أع. إذا تعدد الركلا، فلا خيار بينهم في الضمان إلا إذا اشترط ذلك لكن يتوجه عليهم الطلب بالختار ولو بدون شرط في الصور الآتية: أولا: إذا حصل الضرر للموكلا من تعديهم أو تقصيرهم جميعا بحيث لا يمكن تحضير مسؤولية كل منهم.

ثانيا: إذا كان التركيل غير قابل للقسمة.

ثالثا: إذا تعلقت الوكالة بأمور تجارية فيما بين التجار إلا إذا اشترط خلافه، لكن الوكلاء وإن كانوا متعالبين بالختار فليس عليهم ضمان ما فعله أحدهم إذا أفرط في مباشرة وكالته أو خرج عن المقصود عنها.

(4) الفصل 1500 م.أع. إذا تعدد الكفالة بين قد التزموا به مما في عقد واحد فلا يطالب كل منهم إلا بخصمه من الدين المكتفول وليس للذائنان الخيار في الطلب إلا إذا اشترط ذلك أو ضمن كل منهم بانفراده في جملة الدين وكذلك إذا كان الضمان من الكفالة عملا تجاريأ.

(5) الفصل 21 م.ج. كل الأشخاص المعهوم عليهم بحكم واحد بموجب أفعال شملتها مخاكله واحدة متضامنون حتما في دفع الخطية والخوض وقبضة الضرر والمصاريف.

(6) نص الفصل 800 م.أع على أنه «إذا لم يوف المالك الجديد بما التزم به المكري في العقد كان للمكري أن يطالعهما بغرض الخسارة التاسعة له من ذلك على أنهما متضامنان».

(7) نص الفصل 93 مكرر م.أع (أضيف بالقانون عدد 59 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995) على ما يلي: «الأب والأم مسؤولان بالتضامن عن الفعل الصادر عن الطفل بشرط أن يكون ساكنا معهما، ويجز دفع هذه المسؤلية إذا أثبت أحدهما:

(1) الفصل 172 م.أع.

(2) الفصل 176 م.أع.

تفقد المصلحة المشتركة بين المدينين خلافاً لوحدة المصدر التي تجعل المصلحة المشتركة قائمة بين المدينين. ولهذه العلاقة أهمية على مستوى الأثر حيث لا يمكن في صورة التضامن أن يتوجب للمدين الآخر حتى فيما هو مفید للجميع، فلا يمكن أن ينتفع المدين، في حالة التضامن، بما قام به المدين الآخر من عمل صالح، كما في صورة الاعذار وغيره. فلا تخلص الفائدة إلا لمن قام بالعمل خلافاً لأثر المسؤولية التضامنية، لأن المدين الثاني لا يحده حالات التضامن كما يحده الحالات التي تجعل المصلحة المشتركة قائمة بين المدينين.

بالرغم من أنه يمحى المرجع في حد ذاته، لم يتم - في - رواية ابن حجر العسقلاني - التمييز بين التضامن والتضامن، والذي يتحقق أن المشرع التونسي لم يعتمد هذا التمييز بين التضامن والتضامن، والذى كان نتيجة اجتهاد لفقه القضاء بفرنسا، فلم يضع المشرع قاعدة عامة في التضامن، ومع ذلك يمكن الحديث عن بعض الأمثلة المتباعدة بالتشريع التونسي كما في صورة التزام الكفالة بعقود متالية (الفصل 1500 م.أ.ع) وصورة مسؤولية المدين عما يصدر... من استuan بهم على إجراء التزام (الفصل 245 م.أ.ع) وغير ذلك من الحالات. كما أن الإشارة بالفصل 174 م.أ.ع إلى معنى «ضروريات القضية» كمصدر للتضامن قد يكون

ستندا بالسبة إلى المحاكم في الجهة المغول باستخدام المصادم ولكن الروابط في الالتزام التضامني، خلافاً لمحل الالتزام ومصدره، يمكن أن تتعدد وتبعد أو صفات متعددة، فكل دائن له عدة روابط مع المدينين وقد تختلف رابطة الدائن مع مدين معين عن رابطه بمدين آخر، فقد يكون بعض الالتزامات معلقاً على شرط أو أجل، فيمكن أن يحصل التضامن في الالتزام ولو اختلف فيه المدينون ككون التزام أحدهم مؤجلاً أو معلقاً على شرط والالتزام الآخر عارياً عن ذلك، فلا يطالب المدين إلا طبق وصف الرابطة التي تربطه بالدائن، كما أنه إذا ثبت عدم أهلية أحد المدينين في الالتزام فإن ذلك لا يفسد ما عقده الآخرون⁽²⁾.

-أثار التضامن بين المدينتين

تختلف الآثار في علاقة المدينيين بالدائن من ناحية(1) وفي علاقتهم ببعضهم من ناحية أخرى(2).

٣- الآثار في علاقة المدينيين بالدائن

تقوم العلاقة بين المدينين والدائنين على أساس وحدة محل الالتزام وتعدد الروابط، وعلى أساس المصلحة المشتركة والنيابة التبادلية بين المدينين.

-وحدة الالتزام وتعدد الروابط: فيجوز للدائنين مطالبة أي واحد من المدينين لاستخلاص كامل الدين، وليس للمدين أن يرفض دفع كامل الدين، وهذا هو معنى

(1) خلقة الخروبي: أوصاف الافتراض، 2008، ص 130.

(2) الفصل ١٧٧ م.أ.ع.

القانونية في التضامن حصرية بمعنى أنه لا يجوز القياس توصلاً لإقرار حالة التضامن، ففي غياب الاتفاق أو النص الصريح لا يمكن الأخذ بنظام التضامن بين المدينيين. غير أنه في العلاقات التجارية، وخلافاً للعلاقات المدنية، يبقى المبدأ هو التضامن إلا إذا صرخ العقد أو القانون بخلافه⁽¹⁾، أي أن التضامن في المادة التجارية هو الأساس إلا إذا منع القانون أو العقد التضامن صراحة.

ولا يقوم التضامن إلا إذا كان محل الالتزام واحداً وتمدّدت الروابط لأن المصدر واحد في ذلك وإن تعددت الروابط، كما في صورة أن يبع شخص أرضه إلى أربعة أشخاص متضامنين في الثمن، فالمحل واحد وهو الثمن وإن ارتبط البائع بأكثر من رباط. أما إذا تعدد المحل فلا يقوم التضامن. كما في صورة قيام بيع أول لعدد من الأشخاص في شيء معين وبين ثانٍ لأشخاص آخرين في شيء آخر، فلا يقوم التضامن بين الأول والآخرين من المشترين في علاقتهم بالبائع.

ولكنه من الممكن أن تتعدد المصادر ويفقى المحل واحداً، كما في صورة أن يكفل عدة أشخاص دينا واحداً بعقود متالية، أي أن يضمن كل كفيل الدين بعقد مستقل، فال محل واحد وهو الدين، والمصادر تتنوع واختلفت بتعدد عقود الكفالة. ومن المفروض أن لا يطالب الكفيل إلا بحصته في الدين. ولكن إذا نص العقد على خيار الطلب بالنسبة إلى الدائن أو التزم الكفيل بخلاص كامل الدين، فيحصل الخيار للدائن. ولكنه لا يمكن الحديث في هذه الصورة عن التضامن بين المدينين obligation solidaire لتعدد المصادر، وإنما هي صورة التضامن بين المدينين أو المسؤولية المجتمعة obligation in solidum فكلما تعزّزت المصادر مع وحدة المحل، وقام الخيار قانوناً أو اتفاقاً، كانت صورة التضامن وليس صورة التضامن. لأن تعزّز المصادر

أنه راقب الطفل كل المراقبة الالزمة.

أو أن الفرد ينجع عن خطأ من العتبر و نفسه.

وفي صورة تجزئة مشمولات الولاية فإن أحكام هذا الفصل تطبق على العاصي.

وفي صورة وفاة الآبوبين أو فقدانهما الأهلية يكون

أنه راقب الطفل كل المراقبة اللازمة.

أو أن الضرر ينبع عن خطأ من المضرر نفسه.
وأصحاب الصنائع والمعلمون مسؤولون عن الضرر الناشئ عن متبرهم وتلاميذهم طيلة المدة التي هم فيها تحت نظرهم.

وتنتهي المسؤولية المذكورة إذا أثبت أرباب المصانع :

أنهم راقبوا الطفل كل المراقبة اللازمة.

أو أن الفيروس يخرج عن خطا من المفترض نفسه.

أما المعلمون فإن الغلطة أو الغلطة أو الإهمال المستند إليها ضدتهم بعثة كونهم تسبوا في الضرب بحسب علم المدعي إثباتها، وقت المدعاة لملئ القانون العام.

(١) الفصل ١٢٥ م.أ.م.

وإذا رضي صاحب الدين بإفراز منابع أحد المدينين فهو باق على حقه في مطالبة الباقيين بجميع الدين إلا إذا كان هناك شرط يخالفه⁽¹⁾، «الصلح الواقع بين الدائن وأحد المدينين المشتركين ينسب عليهم جميعاً إذا تضمن إسقاط الدين أو غير ذلك من أوجه الخلاص ولا يمضي عليهم إلا برضاهم إذا ترتب عليهم منه التزام أو شروط مقللة⁽²⁾». وبذلك كانت جميع الأعمال المتعلقة بالإسقاط والتنازل والصلح نافلة في حق كافة المدينين بحكم طبيعتها النافعة لجميعهم.

أما ما كان مضراً بهم فلا يمضي عليهم، فلا ينضي الصلح أو التنازل أو الإسقاط على بقية المدينين إذا حملت شروطاً مجحفة على المدينين. ويدخل في ذلك جميع الأعمال المضرة بالمدينين، بما في ذلك قطع التقادم أو وقت آجاله وإعذار المدين وإقرار المدين وتتابع توجيه اليمين الحاسمة وصدور حكم، «نطالب الدائن أحد المدينين المشتركين لا تسحب على الباقيين منهم ولا تمنعه من إجراء مثل ذلك معهم، وتوقف مرور مدة سقوط الحق وانقطاعها في حق أحدهم لا ينسبح حكمها على الباقيين منهم وسقوط الطلب عن أحددهم بمضي المدة لا يكون حجة في سقوط الطلب عنهم⁽³⁾». وتفصير أحد المدينين المشتركين أو مطلعه لا يضر باقيهم وسقوط حقه في الأجل في حالة إفلاسه أو نقص القسمات لا يمضى إلا عليه والحكم الذي لا رجوع فيه لا يتعلق إلا بالمدين الذي انتصب خصيصاً سواء كان له أو عليه. كل ذلك ما لم يكن في العقد أو في طبيعة القضية ما ينافي⁽⁴⁾.

2- الآثار في علاقة المدينين فيما بينهم

إذا وفي المدينين كامل الدين يتحقق له حق الرجوع على كل مدين في حدود منابع وينقسم الدين على المدينين كل حسب حصته، وبالتالي فإن اقسام الدين وحق الرجوع هما أثراً للتضامن في علاقة المدينين ببعضهم.

- انقسام الدين بين المدينين: لا يعتمد بقواعد التضامن إلا في علاقة المدينين بالدائن، فليس هناك تضامن بين المدينين، فلا يمكن للمدين الذي دفع كامل الدين أن يرجع بكامله على أحد المدينين. بل إن الدين ينقسم على جميع المدينين. وتكون المنابع متساوية على عدد الرؤوس par part virile إلا إذا قامت الحجة على خلاف ذلك اتفاقاً أو قانوناً. «إذا عجز أحددهم عن الوفاء أو تغيب عن تراب الجمهورية وزع منابع على

(1) الفصل 183 م.أع.

(2) الفصل 184 م.أع.

(3) الفصل 186 م.أع.

(4) الفصل 187 م.أع.

وحدة الالتزام. وإذا وفي الدين انقضى الالتزام في حق بقية المدينين، حيث إن «وفاء الدين من أحد المدينين أو التصريح به⁽⁵⁾ أو تأميمه أو المقاومة به يبرئ ذمة الملتزمين معه في الدين⁽⁶⁾، أي أن الوفاء بحقيقة الدين أو دفع ما يقوم مقامه أي مقابلة أو تأمين مبلغه أو إجراء المقاومة إذا ما توفرت شروطها من شأنه أن يجعل الالتزام متنهما بالنسبة إلى بقية المدينين».

لكنه إذا تمسك المدين في علاقته بالدائن بغير طريقة المقاومة أو الوفاء تصيراً أو تأميناً في انقضاء التزام، كما في صورة التجديد والتقادم والإبراء واتحاد الذمة⁽⁷⁾، فإنها لا تضفي إلا في حدود حصة المدين، وليس له أن يتمسك في مواجهة الدائن إلا فيما يخصه من دفعات، وليس له أن يتمسك بما يتجاوز طبيعة التزامه، «لكل من المدينين المتضامنين أن يعارض بالأوجه الخاصة بذاته كما يعارض بما هو مشترك بينهم وليس له أن يعارض بما هو خاص بذاته بغضبه⁽⁸⁾». وذلك هو معنى تعدد الروابط، فلكل مدين روابط خاصة بالدائن، فله أن يتمسك بما يعنيه من دفع ولا تأثير لصور انقضاء الالتزام فيما يتجاوز الوفاء والمقاومة على طبيعة التزامه.

لكنه بالنسبة إلى التجديد يمكن أن يكون له أثر على بقية المدينين إذا رضوا بالالتزام الجديد، «إذا وقع تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المشتركين برئت ذمة الباقيين إذا رضوا بالالتزام الجديد، لكن إذا اشترط الدائن رضاء بقية المدينين وامتنعوا منه لم ينقض الالتزام الأول⁽⁹⁾، أي أنه إذا رفض بقية المدينين التجديد، مضى التجديد في حق المدين صاحب الإضفاء ويقتضي الروابط الأخرى في علاقة الدائن بالمدينين».

- النية التبادلية: ويكون المدين في علاقته بالدائن ثابتاً عن البقية لكن فيما ينفع المدينين فقط وليس فيما يضرهم. وتسمى هذه الآثار بالآثار الثانوية للتضامن.

وعلى ذلك الأساس «فيما يمهل الدائن أحد المدينين المتضامنين ينسبح على الباقيين منهم⁽¹⁰⁾ بحكم النفع المتصل بمعنى الإمهال، ولما حصل فيه الإسقاط من الدائن لأحد المدينين المشتركين يسقط من جملة الدين الذي عليهم ما لم يصرح الدائن بأنه لم يقصد إلا إعفاء المدين في حصته وخبيث ليس لبقيه المدينين حق في القيام على المستفيد من الإسقاط إلا بطلب منابعه من حصة العاجز منهم عن الأداء عند الاقتضاء⁽¹¹⁾».

(1) التصريح مصدر لفعل صير أي حول الشيء ولتصريح بالشيء أي تحويل الشيء وهو هنا دفع مقابلة.

(2) الفصل 179 م.أع.

(3) الفصل 185 م.أع.

(4) الفصل 178 م.أع.

(5) الفصل 181 م.أع.

(6) الفصل 180 م.أع.

(7) الفصل 182 م.أع.

الباحث الثالث: الالتزام غير القابل للقسمة

obligation indivisible

لا يكون الالتزام موصوفاً إلا إذا كان غير قابل للانقسام، لأن أصل الالتزامات أن توزع على حسب الأطراف. لكن عدم الانقسام يجعل من الالتزام موصوفاً، فيتعدد وصفاً يخرج عن حالة التجدد، وفي ذلك عدّة أسباب (الفقرة الأولى) وأثار فاتحونة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أسباب عدم انقسام الالتزامات

لا يقبل الالتزام القسمة إذا كان عدم قابلية القسمة ناشتاً من طبيعة الملتزم به لأن كان شيئاً أو فعلًا لا يقبل القسمة حساً أو معنىً أو إذا كان عدم قابلية القسمة ناشتاً من العقد أو القانون بأن اتفق أحدهما أن الالتزام لا يجري في البعض دون الكل^(١). وبذلك فإن عدم انقسام الالتزام يمكن أن ينشأ من طبيعة الالتزام أو الاتفاق أو القانون.

أ- طبيعة الالتزام كسبب في علم الانقسام
عادة ما يكون نقل الحقوق العينية قابلاً للانقسام، وينطبق هذا المبدأ على جميع الحقوق العينية باستثناء ما يتعلق بحق الارتفاق وحق الرهن، حيث لا يجوز التجزئة فيما بينهما. ويجوز نقل الملكية في حدود ممتلكات مشاعة أو أجزاء مفرزة، ولا يجوز انقسام حق الارتفاق أو حق الرهن وذلك هو معنى عدم الانقسام بالنسبة إلى نقل الحقوق العينية.

وقد يكون الالتزام بعمل قابل للقسمة أو غير قابل لذلك حسب طبيعته، فلا يجوز الانقسام إذا كان البيع يتعلق بحيوان معيناً بذاته، ويجوز انقسام الأشياء المثلية. والأغلب أن تكون الالتزامات السلبية غير قابلة للانقسام، كما في صورة الالتزام بعدم المنافسة. وتكون الأسابيب الطبيعية في عدم الانقسام مادية أو معنوية، مادياً يتعذر الانقسام بصفة فعلية، كما في صورة بيع حيوان معين بذاته، فلا يجوز تجزئة الالتزام لتصدره مادياً، معنوياً تقتضي وحدة العمل إبقاء الالتزام غير مجزأ. كما تكون الأسابيب الطبيعية مطلقة أو نسبة. وتكون الأسابيب مطلقة إذا كانت خلقة محل الالتزام لا تقبل الانقسام، في حين أن الأسابيب الطبيعية النسبية تحمل إلى عوارض إنسانية وليس إلى خلقة الشيء، كما في صورة الالتزام بإقامة مسكن، حيث من الممكن منطقياً تقسيم الالتزام، لكن وحدة الالتزام تقتضي أن لا يتجزأ الالتزام.

(١) الفصل ١٩١ م.أ.ع.

القادر من الحاضرين^(١)، فيتحمل من به يسر من المدينين عسر بقية المدينين على نسبة
البقية كل حسب حصته .

لكنه «إذا كان التزام المدينين بالخيار في معاملة تخص أحدهم فهو المطلوب لهم بجمعـيـعـ الـدـيـنـ وـهـمـ لاـ يـعـتـرـوـنـ بـالـنـسـبـةـ إـلـيـهـ إـلـاـ كـالـكـفـلـاءـ»⁽²⁾. يـعـنىـ أـنـ الـاتـزـامـ الـذـيـ يـخـصـ مـدـيـنـاـ عـلـىـ وـجـهـ التـحـدـيدـ لـاـ يـقـسـمـ عـلـىـ الـبـقـيـةـ وـيـقـيـ هـوـ الـمـطـالـبـ بـدـاـيـةـ بـالـلـوـفـاءـ،ـ وـفـيـ صـورـةـ عـجزـهـ،ـ يـكـونـ بـقـيـةـ الـمـدـيـنـيـنـ مـتـضـامـنـيـنـ فـيـ عـلـاقـةـهـمـ بـالـدـائـانـ.ـ إـذـاـ دـفـعـواـ الـدـيـنـ،ـ يـبـاـمـكـانـ كـلـ وـاـحـدـ مـنـهـمـ مـطـالـبـ الـمـدـيـنـيـنـ الأـصـلـيـ بـكـامـلـ الـدـيـنـ بـدـوـنـ اـنـقـسـامـ.ـ وـبـعـارـةـ أـخـرـىـ يـمـكـنـ لـلـدـائـانـ إـذـاـ كـانـ الـدـيـنـ لـمـعـلـصـةـ أـحـدـ الـمـدـيـنـيـنـ فـقـطـ أـنـ يـطـالـبـ كـلـ مـدـيـنـ بـالـلـوـفـاءـ بـكـامـلـ الـدـيـنـ،ـ فـتـكـونـ قـوـاعـدـ التـضـامـنـ فـاعـلـةـ فـيـ ذـلـكـ،ـ إـذـاـ وـفـيـ أـحـدـ الـمـدـيـنـيـنـ كـامـلـ الـدـيـنـ،ـ فـلـاـ يـصـحـ الرـجـوعـ عـلـىـ بـقـيـةـ الـمـدـيـنـيـنـ حـسـبـ مـتـابـاـتـهـمـ إـلـاـ بـعـدـ مـطـالـبـ الـمـدـيـنـيـنـ الأـصـلـيـ بـكـامـلـ الـدـيـنـ،ـ وـتـلـكـ هـيـ طـيـعـةـ الـكـفـالـةـ،ـ فـتـكـونـ بـذـلـكـ قـوـاعـدـ الـكـفـالـةـ منـطـقـةـ فـيـ عـلـاقـةـ الـمـدـيـنـيـنـ بـعـضـهـمـ دـوـنـ عـلـاقـةـ الـمـدـيـنـيـنـ بـالـدـائـانـ فـتـبـقـيـ خـاصـيـةـ لـأـحـكـامـ التـضـامـنـ،ـ وـهـذـاـ هـوـ الـمـقـصـودـ بـأـنـ يـكـونـ الـمـدـيـنـيـنـ بـمـثـاـمـةـ الـكـفـلـاءـ».

-حق الرجوع: هو الحق الذي يسمح للمددين بالرجوع على بقية المدينيين بعد دفع كامل الدين، فإذا دفع أحدهم كامل الدين أو قاصص به صاحب الدين فليس له الرجوع على الباقين إلا بقدر متاب كل منهم في الدين، وإذا أصر أحدهم عن الوفاء أو تغيب عن تراب الجمهورية وزع مثابه على القادر من الحاضرين ولهم الرجوع بما دفعوه على من لم يؤد ما عليه، كل ذلك مالم يكن في العقد شرط باتفاق^(٣).

ويشترط أن يكون المدين قد وفى كامل الدين بالطرق التي ضبطها المشرع، الوفاء لـ...
لـ...
لـ...

والأساس في ذلك الرجوع هو الدعوى الشخصية *action personnelle* أو دعوى *action en subrogation*. فقد نصّ الفصل 188 م.أ.ع صراحة على أنه «يجري الحلول فيما بين المدينين بما تقرر في أحكام الوكالة و الكفالة». تكون حينئذ أحكام الوكالة أو الكفالة حسب الصور أساس الدعوى الشخصية في طلب كل مدين بما دفعه المدعى مما يزيد عن متباهه وحصته. ويكون الفصل 190 م.أ.ع أساس دعوى الحلول حيث مكن المدين الذي دفع كامل الدين أن يرجع على بقية المدينين، ومنع الحلول أن يحل المدين في جميم ما للدائنين من حقوق وامتيازات في مواجهة بقية المدينين.

(1) الفصل ١٩٥ م. ا.ع.

(2) الفصل 190 م.أ.ع.

(3) الفصل 190 م.أ.ع.

الفصل الثالث: تغيير الالتزام على مستوى موضوع الالتزام

فكم أن تغيير الالتزام يمكن أن يشمل فترة إنجازه، كما هي الصورة بالنسبة إلى الشرط والأجل، أو أطرافه كما هي الصورة بالنسبة إلى الالتزام المشترك والالتزام التضامني والالتزام غير القابل للانقسام، فإن الوصف يمكن أن يشمل محل الالتزام. فقد يتغير الالتزام بوصف يلحق موضوعه. ويكون ذلك بثلاث صور، إما أن يتعدد المحل (المبحث الأول) أو يكون التزاما تخفيريا (المبحث الثاني) أو التزاما بدليا (المبحث الثالث).

المبحث الأول: الالتزام متعدد المحل

obligation conjointe

الأصل أن يكون الالتزام مجرد وهو أن يكون له موضوع واحد، كما في صورة أن يبيع شخص سيارة، فيلتزم البائع بتسليم السيارة. وينتحقق التنفيذ في الموضوع الواحد بتسليم المبيع فعلا.

لكنه من الممكن أن تتعدد مواضيع الالتزام، كما في صورة أن يجري الشخص معاوضة ويلتزم بتسليم متقول مع معدل أي مبلغ من المال أو أن يلتزم المقاول ببناء منزل ومكتب. فيكون للالتزام عدة مواضيع المتقول والمعدل في المثال الأول والمترتب والمكتب في المثال الثاني. وإذا كان المحل الواحد لا يمكن أن يشمل إلا المتقول أو العقار، ولا يمكن أن يشتملهما معا، فإن تعدد المحل يمكن أن يشمل المتقول والعقار في نفس الوقت كما في صورة إجراء القسمة مع الالتزام بدفع المعدل أو أن يتعدد المحل على متقول فقط كما في صورة المعاوضة والمعدل أو عقار فقط كما أن يباع بنفس العقد عدة عقارات بجهات مختلفة.

ولا يختلف الالتزام متعدد المحل من حيث التنفيذ مع الالتزام ذي المحل الواحد، فلا يعتبر التنفيذ منجزا إلا بتنفيذ كامل أجزاء الالتزام، فلا بد من تسليم المتقول أو العقار مع المعدل ولا بد من بناء المسكن والمكتب حسب الأئمة السابقة، ويمكن جبر المدين على التنفيذ الكامل وإذا تعذر تنفيذ جزء فقط من الالتزام يجوز للدائن طلب الفسخ، وتلك هي ميزة الالتزام متعدد المحل. وبمعنى هذا الالتزام هو الأصل ولا يحتاج إلى قواعد خاصة تنظمه، بل جاءت القواعد متاثرة بمجلة الالتزامات والعقود.

المبحث الثاني: الالتزام التخييري obligation alternative

لأحدهما الخبرة في الطلب من المحال المتوفرة أمامه، وتكون بذلك الخبرة نوعاً من التضامن العيني والموضوعي يقوى ضمان الدائن، بحكم إمكانية الخبرة في التنفيذ.

وبهذا الوصف يختلف الالتزام التخييري عن عدة مؤسسات مشابهة، فيتميز خيار التعيين عن أحكام الشرط الواقع، فلا يصح وصف الالتزام التخييري بالالتزام الموقوف على شرط لأن الشرط أمر غير متحقق ولا ينجذب الالتزام إلا بوقوعه وتبقى آثار هلاك العين على المدين، في حين أن الالتزام التخييري التزام منجز وال الخيار فيه متحقق وللهلاك فيه معنى يختلف عن الأول. ويتميز الالتزام التخييري كذلك عن الشرط الغريمي، باعتبار أن هذا الشرط يؤدي إلى التعويض الاتفاقي في حالة عدم إمكانان التنفيذ العيني، فليس للدائن من خيار في الشرط الغريمي على خلاف الخيار في التعيين، وأن هلاك العين قوية قاهرة في حالة الشرط الغريمي ترفع عن المدين أي التزام على خلاف الالتزام التخييري الذي يسمح في هذه الصورة بالتنفيذ على المحل الباقى.

- مصدر الخيار: يجوز أن يكون الاتفاق أو القانون مصدرها في الالتزام، فيمكن أن يرد الخيار صريحاً في ذلك، كما يمكن أن يكون ضمنياً، فتقتصر على القاضي المعهود واجبات التأجيل، وعادة ما يؤول العقد لصالح المدين في حالة الغموض طبق المبادئ العامة في التأويل⁽¹⁾. ولكن المشرع جعل الخيار الصريح شرطاً لصحة العقد في الالتزام التخييري، فخيار التعيين يكون لأحد الفريقين أو لهما معاً في مدة معينة وإذا لم يعين من له الخيار بطل العقد⁽²⁾. وبذلك لا يمكن لقواعد التأجيل أن تكون فاعلة في غياب الإرادة الصريحة. وأورد المشرع كذلك حالات عدّة في الخيار على وجه الحصر والتحديد، كما هي الصورة بالفصل 149 م.أع في تمكين الدائن من طلب ضمانات إضافية أو تنفيذ العقد بسبب حلول الأجل.

- أطراف الخيار: يجوز أن يتضمن بال الخيار الدائن أو المدين أو كلاهما معاً، والأصل أن يكون الخيار للمدين. فخيار التعيين يكون لأحد الفريقين أو لهما معاً⁽³⁾، ولم يرد بفصول مجلة الالتزامات امتياز خاص للمدين. فإذا كان المصدر هو العقد جاء به ما يدل على الجهة المتفق عليه صراحة أو ضمناً، أما إذا كان القانون هو المصدر كان من اللازم الرجوع إلى أحکامه لبيان الجهة المتفق. ويجب أن يعين بالعقد المستفيد من الخيار، وإذا لم يعين من له الخيار بطل العقد⁽⁴⁾. فيكون بذلك شرط تعين المستفيد من الخيار شرط صحة وبدونه يبطل العقد.

(1) الفصل 529 م.أع.

(2) الفصل 151 م.أع.

(3) الفصل 151 م.أع.

(4) الفصل 151 م.أع.

إذا خير المدين بأن يسلم موضوعاً واحداً من جملة المواريثة الواردة بالالتزام ويفضي الالتزام بتنفيذ الالتزام الواحد كان الالتزام تخييري، كما في صورة أن يلتزم الشخص بإقامة مسكن بجهتين، وإقامة المسكن بجهة ينتهي بموجبه الالتزام، أو أن يختار المدين بتسليم أرض أو سيارة، فتسليم أحد هما ينهي الالتزام. تعدد المحل متوفراً في الالتزام التخييري، ولكن تنفيذ المحل الواحد ينهي الالتزام، خلافاً للالتزام متعدد المحل.

هذا وقد نظم المشرع الالتزام التخييري بالفصول من 151 إلى 162 تحت باب في خيار التعيين⁽¹⁾. وحدد من خلالها شروط خيار التعيين (الفقرة الأولى) وآثاره (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط خيار التعيين

وضمنت مجلة الالتزامات والعقود شروطاً في باب خيار التعيين من حيث وصف الخيار والأطراف المتفقة بالخيار ومصدر الخيار وصيغته.

- وصف الخيار: فلا يمكن أن يكون الالتزام موصفاً لتعدد المحل إلا إذا تعدد المحل فعلاً وقامت الشروط صحية بالنسبة لكل محل وتقوم الخبرة لأحد الأطراف في محل واحد دون القيمة لينقضى الالتزام. فيمكن أن يتعدد المحل لأكثر من واحد، فيمكن أن يكون الالتزام الواحد منها القيام بعمل أو عدم القيام به، ويشترط في كل محل منها أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين و موجوداً فيما يتعلق بنقل الملكية أو ممكناً غير مستحيل بالنسبة إلى بقية الالتزامات ومشروعها يمكن التعامل فيه. فإذا تخلفت شروط أحد المحلين وكان بالالتزام موضوعاً فقط، كان الالتزام بسيطاً وليس موصفاً، والعبرة بتوفير الوصف زمان نشأة الالتزام، وليس بعد ذلك. فلا يمكن لأحد الأطراف أن يعرض الخبرة إذا كان الالتزام في أصله بسيطاً. والمهم في جميع ذلك أن يخلص

(1) استمد المشرع التونسي هذه التسمية «خيار التعيين» من الفقه الإسلامي الذي احتوى بتنظيم الالتزام متعدد المحل، وميز بين الالتزام متعدد المحل حتى تكون كلها راجبة الأداء وبين الالتزام متعدد المحل متى يكون واحد فقط واجب الأداء بحسب اختيار المدين وذلك هو خيار التعيين. وهو ما يوافق الالتزام التخييري في معناه اليوم.

عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثالث، المرجع السابق ص 134 و 141.

غير القابل للقسمة هو عدم إمكانية التنفيذ بصفة جزئية، فيخلص للدائن الطلب في كامل الالتزام ولو تعدد الدائنين أو المديونون.

وبذلك يختلف الالتزام غير القابل للانقسام عن الالتزام المشترك obligation conjointe بكون الاشتراك في الالتزام إنما هي حالة ناتجة عن سبق اشتراك الدائنين ووحدة الصفة وليس بحكم عدم قابلية الالتزام للانقسام كما هي الصورة بالنسبة إلى الالتزام غير القابل للانقسام، وإن كانت المصادر مشابهة بالنسبة إلى المؤسستين. ولا تقوم المطالبة بالنسبة إلى الدين المشترك في مواجهة المدين إلا بقدر حصة الدائن في المالك المشترك، فلا تترتب معنى النية التبادلية في المالك المشترك وبمعنى له درءاً حتى المطالبة المباشرة في مواجهة المدين ولو دفع المدين كامل الدين لأحد الدائنين، على خلاف الدين غير القابل للانقسام.

ورغم التشابه الكبير بين حالة عدم الانقسام والتضامن في أنه يمكن المطالبة بكمال الدين، فإن الاختلاف شاسع بين المؤسستين، حيث إن سبب المطالبة بكمال الدين في التضامن هو النية التبادلية وإن يبقى الدين قابلاً للانقسام، في حين أن وحدة الطلب بالنسبة إلى صورة عدم الانقسام أساسها عدم تجزئة الالتزام وليس النية التبادلية. ثم إن التضامن يحمل إلى معنى التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل، في حين أن عدم انقسام الالتزام لا يحمل إلا إلى معنى التنفيذ الطبيعي، فإذا أصبح التنفيذ بمقابل ممكناً فذلك يعني أن الالتزام قابل للقسمة، ولا تتحقق المطالبة الموحدة. وبين التشابه وأوضاعها بين آثار التضامن وأثار عدم الانقسام في حالتي تعدد المدينين (أ) والدائنين (ب).

أ- صورة تعدد المدينيين

إذا ترم عدة أشخاص بشيء، لا يقبل القسمة فعلى كل منهم الوفاء بجميعه وكذلك ورثة من التزم بشيء مثل ذلك⁽¹⁾. وإذا طرول أحد الورثة أو المدينيين المشتركين بجمعية الملزم به، فعليه أن يؤديه، لكنه من الممكن في إطار أحكام عدم الانقسام أن يطلب أجالاً لمطالبة من معه بالدخول في الدعوى حتى لا يصدر عليه وحده حكم بالوفاء بجميع الدين، لكنه يبقى دوماً من الممكن أن يلزم وحده بالآداء، ويخلص له حتى الرجوع على من معه فيما يخص منابه عملاً بقواعد حق الرجوع⁽²⁾. فإذا دفع أحدهم كامل الدين فليس له الرجوع على الباقين إلا بقدر مناب كل منهم في الدين، وإذا عجز أحدهم عن الوفاء أو تخلي عن تراب الجمهورية وزع منابه على القادر من الحاضرين

(1) الفصل 192 م.أع.
(2) الفصل 194 م.أع.

ب- الانفاق كسبب في عدم الانقسام
يتدخل الانفاق عادة في اتجاه منع الانقسام في محل قابل للانقسام من أصله، كما أن يشترط الدائن عدم تجزئة الالتزام في حالة الوفاة ليضمن المطالبة في كل الالتزام دون تجزئة. ويجوز أن يكون الانفاق صريحاً أو ضمنياً، فإذا كان صريحاً أو رد الأطراف شرعاً صريحاً في ذلك، وإذا كان ضمنياً، كانت إرادة الأطراف متوجهة إلى ذلك المعنى دون أن تدرج معنى عدم الانقسام بالعقد، فيستخلص القاضي المعهد بالقضية معنى عدم الانقسام من خلال أوراق الملف، كما في صورة أن يتعهد المدين بتوريد بضاعة معينة في حدود كمية محددة.

ت- القانون كسبب في عدم الانقسام
من الممكن أن يتدخل القانون لجعل بعض الالتزامات غير قابلة للانقسام وإن كانت في أصلها قابلة للتجزئة ضمناً للتنفيذ الموحد للالتزام. فقد نص المشرع صراحة على أنه يوفي بالالتزام القابل للقسمة بين الدائن والمدين كما لو كان لا يقبل القسمة⁽³⁾، فليس على الدائن قبول الأداء أقساطاً إذا كان المدين واحداً ولو كان دينه قابلاً للقسمة إلا إذا وقع الانفاق على خلاف ذلك أو كان الأداء بالكميات⁽⁴⁾. وإذا كان على شخص دين مشترك يقبل القسمة فإن قابلية القسمة لا تعتبر إذا كان موضوع الدين شيئاً معيناً موجوداً بيد أحد المدينيين أو إذا عين أحد المدينيين برسم الدين أو بعقد بعده لإجراء الالتزام وحده. ففي هذه الصورتين يطالب المدين الذي يده الشيء المعين أو المكلف بتنفيذ العقد كما يطالب كل مدين بالكل ولو الرجوع على من معه من المدينيين إذا اقتضى الحال ذلك⁽⁵⁾. وهي حلول قانونية اقتضتها التشريع في التنفيذ الموحد تجاوزاً لإمكانية التجزئة أو الانقسام.

الفقرة الثانية: آثار عدم انقسام الالتزامات

الأصل أن ينقسم الالتزام فيؤدي كل ما عليه، فليس للمشتركيين أن يطلبوا خلاص دين يقبل القسمة إلا بقدر منابهم، وتجري هذه القاعدة على الورثة أي أنه ليس لهم أن يطلبوا ولا عليهم أن يؤدوا إلا بقدر منابهم فيما على مورثهم⁽⁶⁾. فإذا توفر العقد أو القانون أو طبيعة المحل في عدم الانقسام، تعدل الانقسام، سواء في بداية نشأة الالتزام أو بعده بسبب الوفاة وانتقال الالتزام إلى الورثة. ويبدو أن أهم أثر بالنسبة إلى الالتزام

(1) الفصل 196 م.أع.

(2) الفصل 255 م.أع.

(3) الفصل 197 م.أع.

(4) الفصل 196 م.أع.

وَقَعْ مَعَ أَحَدِ الْمَدِينِينَ قَطْعٌ فِي مَدَةِ سُقُوطِ الْقِيَامِ عَلَيْهِمْ اسْحَبْ ذَلِكَ عَلَى جَمِيعِهِمْ^(١). وَكَذَلِكَ الْحَالَةُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى جَمِيعِ الصُّورِ الْمُرْتَبَطَةِ بِطَبِيعَةِ الْاِلتَّزَامِ، كَمَا هِيَ الْحَالَةُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى تَعْدَدِ الْمَدِينِينَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الصَّلْحِ وَالْحُكْمِ وَالْيَمِينِ الْحَاسِمَةِ وَالْإِعْذَارِ وَخَطْأِ الدَّائِنِ وَالْإِقْرَارِ.

وَلَهُمُ الرَّجُوعُ بِمَا دَفَعُوهُ عَلَى مَنْ لَمْ يَؤْدِ مَا عَلَيْهِ^(٢). معْنَى ذَلِكَ أَنَّ عَدْمَ الْانْقِسَامِ يَكُونُ فِي عَلَاقَةِ الْمَدِينِينَ بِالْدَّائِنِ وَلَيْسَ فِي عَلَاقَةِ الْمَدِينِينَ فِيمَا يَبْتَهِمُ. وَبِذَلِكَ تَحْقِيقُ نَفْسِ الْأَثَارِ الْوَارَدَةِ فِي بَابِ التَّضَامِنِ بَيْنِ الْمَدِينِينَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى عَدْمِ الْانْقِسَامِ وَهُوَ التَّفْعِيلُ فِي كَامِلِ الْاِلتَّزَامِ وَحْنَ الْمَدِينُونَ فِي الرَّجُوعِ عَلَى بَقِيَّةِ الْمَدِينِينَ فِي حَدُودِ مَنَابِطِهِمُ . وَلَكِنْ ذَلِكَ لَا يَعْنِي أَنَّ الْاِلتَّزَامَ غَيْرَ الْقَابِلِ لِلْقِسْمَةِ يَتَبَيَّنُ جَمِيعَ الْأَثَارِ النَّاتِجَةَ عَنِ النِّيَابَةِ التَّبَادِلِيَّةِ فِي الْاِلتَّزَامِ التَّضَامِنِيِّ، فَقَدْ اسْتَفَرَ الرَّأْيُ عَلَى أَنَّ الْاِلتَّزَامَ غَيْرَ الْقَابِلِ لِلْانْقِسَامِ لَا يَأْخُذُ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا مَا كَانَ ضَرُورِيًّا لِطَبِيعَةِ هَذَا الْاِلتَّزَامِ فِي عِلْمِ الْانْقِسَامِ^(٣). وَبِذَلِكَ فَإِنَّ طَبِيعَةَ الْاِلتَّزَامِ غَيْرَ الْقَابِلِ لِلْقِسْمَةِ تَقْضِيُّ أَنَّ تَسْرِيَ حَالَاتِ انْقِطَاعٍ أَوْ وَقْفِ التَّقادِيمِ وَكَذَلِكَ الصَّلْحِ وَتَبَيَّنَةِ الْيَمِينِ وَالْحُكْمِ عَلَى بَقِيَّةِ الْمَدِينِينَ، بِحُكْمِ ارْتِبَاطِهَا بِالْدِينِ، فَإِذَا كَانَتْ نَاتِجَةً عَنْ تَصْرِفِ الْمَدِينِ وَغَفْلَتِهِ فَلَا أَثْرَ لَهَا عَلَى بَقِيَّةِ الْمَدِينِينَ، وَلَا تَأْثِيرَ لِلْإِعْذَارِ أَوْ خَطْأِ الْمَدِينِ أَوْ إِقْرَارِهِ عَلَى الْتَّزَامِ بَقِيَّةِ الْمَدِينِينَ، وَمَعَ ذَلِكَ يَرِيَ الْبَعْضُ أَنَّهُ مِنْ «الْفَضْرُورِيِّ إِعْمَالِ فَكْرَةِ النِّيَابَةِ التَّبَادِلِيَّةِ» فِيمَا يَنْفَعُ دُونَ مَا يَضُرُّ^(٤). وَمَهْمَاهُ يَكُنُّ مِنْ أَمْرِ فَإِنَّ مَا يَقُولُ بِهِ الْمَدِينُ مِنْ أَعْمَالٍ مُضَرَّةٍ لَا يَمْكُنُ أَنْ تَسْحَبَ عَلَى الْآخَرِينَ وَالْعَكْسُ صَحِيحٌ. وَنَفْسُ الْمُلْاحَظَةِ تَبَقِّي فَاعِلَةً بِالنِّسْبَةِ إِلَى صُورَةِ تَعْدُدِ الْدَّائِنِينَ.

بـ-صورة تعدد الدائنين

إِذَا كَانَ لِعَدَةِ أَشْخَاصِ حَقُّ فِي التَّزَامِ لَا يَقْبِلُ الْقِسْمَةَ وَلَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمْ اِشْتِراكًا فِي هُنْسِ الْمَدِينِينَ أَنْ يَدْفَعْ شَبَيْتاً إِلَى لِجَمِيعِهِمْ مَعًا وَلَيْسَ لِكُلِّ مِنْهُمْ أَنْ يَطْلَبَ الْوَفَاءَ إِلَى النِّيَابَةِ عَنِ الْكُلِّ وَبِإِذْنِهِمْ. لَكِنْ لَهُ أَنْ يَطْلَبَ فِي حَقِّهِمْ تَأْمِينَ الشَّيْءِ الْمُلْتَزَمُ بِهِ إِنْ أَمْكُنَ وَلَا حِجزَهُ تَحْتَ يَدِهِ الْمُحْكَمَةُ بِذَلِكَ^(٥). فَلِلْدَائِنِينَ التَّصْرِيفُ جَمَاعَةً خَارِجَ إِطَارِ التَّضَامِنِ أَوْ تَكْلِيفٍ مِنْ يَتَوَبِّهِمْ، حَتَّى يَطْلَبَ الْمَدِينُ بِالْتَّفْعِيلِ فِي كَامِلِ الْمَحْلِ. وَلَكِنْ ذَلِكَ لَا يَمْنَعُ أَحَدَ الْدَّائِنِينَ مِنْ طَلَبِ تَأْمِينِ محلِ الْاِلتَّزَامِ أَوْ اِتَّخَادِ الرَّوْسَائِلِ التَّحْفَظِيَّةِ. وَإِذَا تَحْقَقَ التَّفْعِيلُ تَقْضِي حَالَةُ اِتَّهَامِ الْانْقِسَامِ وَيَجُوزُ لِكُلِّ دَائِنٍ طَلَبُ حَصْتِهِ، لَأَنَّ عَدْمَ الْانْقِسَامِ يَكُونُ فِي عَلَاقَةِ الْدَّائِنِينَ بِالْمَدِينِينَ وَلَيْسَ فِي عَلَاقَةِ الْدَّائِنِينَ فِيمَا يَبْتَهِمُ. وَنَظَرًا لِشَابَهِ الْأَثَارِ بَيْنِ التَّضَامِنِ وَعَدْمِ الْانْقِسَامِ، فَإِنَّهُ إِذَا وَقَعَ مِنْ أَحَدِ أَصْحَابِ الدِّينِ الَّذِي لَا يَقْبِلُ الْقِسْمَةَ قَطْعٌ فِي مَدَةِ سُقُوطِ الدُّعَوَى اِنْفَعَ بِذَلِكَ مِنْ مَعِهِ وَكَذَلِكَ إِذَا

(١) الفصل ١٨٩ م. ا.ع.

(٢) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

عبد الرزاق السنوسي، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص ٣٧١ وما بَعْدَ.

(٣) خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص ١٤٨، عدد ٢٠٠.

(٤) الفصل ١٩٣ م. ا.ع.

(٥) الفصل ١٩٥ م. ا.ع.
أشار الفصل ١٩٨ م. ا.ع. كذلك إلى أنه إذا وقع قطع في مدة سقوط الدعوى على المدين الجائز مطالبة الجميع الدين على نحو ما ذكر بالفصل قبله اسحب أثر ذلك على بقية المدينين المشتركين.

- مدة الخيار وصيغته: يجب أن يكون الخيار في مدة محددة ويأتي على صيغة معينة. فلا بد من تحديد مدة الخيار أي زمن الخيار، فقد نص الفصل 151 م.أع على أن مدة الخيار يجب أن تكون معينة، «فختارتعيين يكون لأحد الفريقين أو لهما معاً في مدة معينة ..»⁽¹⁾. معنى ذلك أن المدة يجب أن تكون مبنية بالسند. وهي أحد الشروط التي تجعل الالتزام التخيري مختلفاً عن الشرط.

وتم الخيار بالتصريح بالمخاتر للمعاقد، أي أن يعبر المستفيد على رأيه في الاختيار أي الإعلام بالأمر الذي وقع عليه الخيار، وعند ذلك يغير العقد كأنه لم يكن مبنياً من أصله إلا على الأمر المختار⁽²⁾. ويمكن أن يكون الخيار دورياً، بمعنى أن يتحقق للمستفيد التغيير عن رغبته في أوقات متكررة أي أن يتكرر الخيار في آجال محدودة، فإذا كان الخيار دورياً، فإن ما وقع عليه الاختيار مرة لا يمنع وقوعه على شيء آخر مرة أخرى ما لم ينص العقد على خلافه⁽³⁾. كما في صورة أن يقوم الخيار للمزود بتزويد المستثني ببضاعة معينة بصفة دورية مع إمكانية اختياره لنوع البضاعة، فيمكن حينئذ أن يختار في كلّ مرة نوعاً معيناً دون الذي اختارهمرة الأولى. وإذا كان من له الخيار مساطلاً في التصريح بما اختاره، أي تأخر عن المدة المحددة بالسند، أو لم يرد بالعقد أجل محدد، فلمعاقده أن يطلب من المحكمة أن تعين له أجلاً معقولاً للتصريح بمراده فإذا انقضى الأجل ولم يعين صاحب الدين ما اختاره انتقل الخيار للمدين⁽⁴⁾. ويمكن أن يكون ذلك براسته إذن على عريضة، فلا تتدخل المحكمة في بيان المحل وإنما تضع أجلاً معقولاً ليتقلّل الخيار بعد ذلك إلى المدين. وإذا مات العائد المخيز قبل أن يختار صار حقه في الخيار لورثته في المدة التي يقتضي لمورثهم وإذا وقع في إفلاس صار الخيار لجملة دائبه. فإن لم يقع اتفاق بين ورثته أو دائبيه جاز لمعاقده أن يطلب تأجيلهم على بيان ما يختارونه فإذا انقضى الأجل ولم يختاروا انتقال الخيار إليه⁽⁵⁾. وإذا كان الخيار لفائدة عدة أشخاص في غير تلك الحالات لم يجز الخيار إلا بقولهم معاً.

الفقرة الثانية: الآثار المرتبطة بال الخيار

مهما كانت الجهة التي لها الحق في الخيار، الدائن أو المدين، فصرحت به طبق القانون، صار المحل موضوع التعيين هو موضوع الالتزام⁽¹⁾، وبتضيي الالتزام بالتنفيذ على ذلك المحل^(ب).

(1) الفصل 151 م.أع.

(2) الفصل 152 م.أع.

(3) الفصل 153 م.أع.

(4) الفصل 154 م.أع.

(5) الفصل 155 م.أع.

أ-تعيين المحل

إذا عين المحل خياراً كان ذلك المحل هو موضوع الالتزام، ولا محل غيره. وينقلب الالتزام مجردًا بعد أن كان موصوفاً.

ولهذا التعيين أثر رجعي، فإذا عبر المستفيد عن خياره «يعتبر العقد كأنه لم يكن مبنياً من أصله إلا على الأمر المختار»⁽¹⁾، معنى ذلك أن المحل موضوع الاختيار يوم الاختيار يعد وكأنه محل الالتزام منذ نشأة الالتزام. وهو بذلك يعد بسيطاً بداية من تاريخ النشأة وليس بداية من تاريخ الخيار. والأساس في ذلك ليس أحکام الشرط، باعتبار الاختلاف بين الشرط والالتزام التخيري، وإنما هو تركيز الخيار *la concentration* بعدما كان المحل شائعاً مع الآخر حسب الفقه الألماني.

ولهذه الطبيعة الرجعية آثار جذابة حيث يأخذ الالتزام طبيعته منقولاً أو عقاراً ببداية من تاريخ نشأة الالتزام. وتنتقل الملكية بتاريخ النشأة وليس بتاريخ الخيار، وإذا أفلس المدين كانت الملكية تابعة للدائنين بعد الخيار بتاريخ النشأة وليس لبقية الدائنين من حق في ذلك. ولا يعد الدائنين قد تصرف في غير ملكه إذا أقام الخيار في موضوع البيع بعد التفويت فيه.

ب-التنفيذ على المحل

يقع التنفيذ على المحل المختار دون غيره، وتبرأ ذمة المدين بأداء أحد الأمرين الملزمان بهما. وليس له أن يلزم داته بقبول جزء من أحد الأمرين وجزء من الآخر، وليس لصاحب الدين كذلك حق إلا في أحد الأمرين في تمامه ولا يسوغ له أن يلزم المدين بأداء جزء من أحدهما وجزء من الآخر⁽²⁾. وبتضيي الالتزام موضوع الخيار ينقضي الالتزام.

لكنه قد يتعدّر التنفيذ على الالتزام لسبب أجنبي أو بسبب تصرف كلّ من المدين أو الدائن.

1- تعرّض التنفيذ بسبب أجنبي

إذا هلك المحل بسبب أجنبي تعرّض التنفيذ وانقضى الالتزام، وما ذلك إلا تطبيق القاعدة عامة. ولكن مبادئ الالتزام التخيري تقتضي أن لا يكون ذلك بقصص من المدين وأن يحدث هلاك المحل قبل إنذار المدين بالوفاء، فينقضى «الالتزام بأحد الأمرين إذا صار إجراء كليهما غير ممكناً بلا تقدير من المدين وقبل إنذاره بالوفاء»⁽³⁾.

(1) الفصل 152 م.أع.

(2) الفصل 156 م.أع.

(3) الفصل 158 م.أع.

المبحث الثالث: الالتزام البدلي obligation facultative

إذا كان موضوع الالتزام واحداً وليس متعددًا ولكن المدين بإمكانه أن يسلم شيئاً غيره فينقضي الالتزام، كان الالتزام بدلياً. كما في صورة التعاقد على عقار ويقتضي المدين على حقه في تسليم سيارة مكان العقار، كان الالتزام بدلياً ينقضي به الالتزام ولا يمكن للدائن أن يرفض التتنفيذ. فما يميز الالتزام البدلي عن الالتزام التخييري والالتزام متعدد المحل هو أن الالتزام البدلي ليس فيه تعدد من حيث المحل، بل هو التزام واحد واجب التنفيذ، وإنما تبقى الإمكانية قائمة بالنسبة إلى المدين في عرض وتنفيذ الزام آخر معين حتى ينقضى الالتزام، فهو بمثابة تقديم البديل عن الالتزام الأصلي، ويقتضي الالتزام الأصلي هو محل الالتزام، وليس البديل. فهو المحدد لطبيعة الالتزام ولا يصح للدائن إلا طلب التنفيذ على الالتزام الأصلي بالرغم من بقاء البديل قائماً وإذا هلك الالتزام الأصلي انقضى الالتزام البدلي وليس في البديل من أثر رجعي. وهذا ما يختلف عن الالتزام التخييري، ففيه يبقى الخيار لأحد الأطراف في التغيير عن رغبته في التنفيذ على الزام معين من جملة الالتزامات المتوفرة أمامه، وما وقع عليه الخيار يكون هو محل الالتزام وهلاك المحل الواحد لا يمنع من التنفيذ على المحل الآخر والأثر في ذلك رجعي. ويكون الالتزام البدلي دوماً لفائدة المدين على خلاف الالتزام التخييري. فهو بمثابة الضمان للمدين وليس ضماناً للدائن، فاشترط البديل وعرضه يكون عادة منقضاً أو ضماناً للمدين، كما أن يتشرط بالعقد أن يفوي المدين الدين في حدود مقدار مالي، وإذا حل الأجل يجوز للمدين أن يدفع للدائن سيارة بدلاً عن المبلغ المالي. وعلى ذلك الأساس يكون الالتزام البدلي متعدد طرق الوفاء وليس متعدد المحل.

ويجب التمييز بعناية بين الالتزام البدلي والشرط التغريبي حيث إن المدين لا يمكن أن يعرض مقدار الشرط التغريبي بدل التنفيذ العيني ولم ينزل التنفيذ العيني ممكناً، على خلاف الالتزام البدلي، متى يجوز عرض البديل ولو بداية قبل كل تنفيذ أصلي.

غير أن مجلة التزامات والعقود لم تورد أحكاماً خاصة لهذا الالتزام، لكن الالتزام البدلي يبقى مع ذلك ممكناً ومقبولاً قانوناً إعمالاً لعبداً حرية التعاقد، فيخضع بذلك الالتزام البدلي لمجملة القواعد العامة في الالتزامات من حيث الشأة والآثار. فيجوز لإرادة الأطراف أن تكون سبباً في نشأة الالتزام مثل حالة العزيزون⁽¹⁾، كما يجوز للقانون

معنى ذلك أن يهلك المحل الأول والمحل الثاني، ولم يكن للمدين من خطأ ولم يسبق إنذاره بالتنفيذ، فيتعذر التنفيذ ولن يبقى للدائن من حق. فإذا هلك أحد المحلين فقط، من الممكن التنفيذ على المحل المتبقى. ولكن مقتضيات الالتزام التخييري تمكن الدائن من الخيار بين التنفيذ على المحل المتبقى أو طلب الفسخ، فإذا صار إجراء إحدى الكيفيات المعينة لتنفيذ العقد غير ممكن أو غير مباح أو كان كذلك من أول الأمر فلصاحب الدين أن يختار إحدى الطرق الأخرى أو يطلب فسخ العقد⁽²⁾.

2- تعذر التنفيذ بسبب تصرف المدين خلافاً لصورة السبب الأجنبي، فإذا صار إجراء كلا الأمرين المذكورين في العقد غير ممكن بتصدير من المدين أو بعد إنذاره بالوفاء فعليه أداء قيمة أحدهما حسب اختيار صاحب الدين⁽³⁾. معنى ذلك أنه إذا هلك المحل الأول والمحل الثاني بسبب تقصير ينبع إلى المدين أو هلكا بعد إنذاره بالوفاء، يحق للدائن في هذه الصورة إلزام المدين بأداء قيمة المحل حسب اختيار الدائن.

فإذا هلك محل واحد وبقي آخر، مع تقصير المدين أو بعد إنذاره بالوفاء كانت الخيرة للدائن في التنفيذ على المحل المتبقى أو طلب قيمة ما هلك من محل، فإذا كان الخيار لصاحب الدين وصار إجراء أحد الأمرين المعينين في العقد غير ممكن بتصدير من المدين أو بعد مماطلته فلصاحب الدين أن يطلب إما إجراء الأمر الآخر الذي يبقى ممكناً وإما قيمة ما لم يمكن إجراؤه⁽⁴⁾.

3- تعذر التنفيذ بسبب تصرف الدائن إذا كان التقصير ينبع للدائن، فيليس له من امتياز على ما تقدم، سواء هلك واحد من المحال أو جميعها، بل إنه يلزم بالتعويض للمدين. فإذا صار أحد الأمرين الواقع بهما الالتزام غير ممكن بتصدير صاحب الدين اعتبر بأنه اختاره وليس له حيثية أن يطلب الوفاء بالأخر⁽⁵⁾. وإذا صار الأمران الملتزم بهما غير ممكنتين لتصدير من صاحب الدين فعليه للمدين قيمة ما تعذر الوفاء به أخيراً فإذا صار الأمران غير ممكنتين في أن واحد نزم الدائن نصف قيمة كل منها⁽⁶⁾.

(1) الفصل 157 م.أ.ع.

(2) الفصل 159 م.أ.ع.

(3) الفصل 160 م.أ.ع.

(4) الفصل 160 م.أ.ع.

(5) الفصل 162 م.أ.ع.

(1) نظمت الفصول 303 و 304 و 305 م.أ.ع العزيزون، وجاء بالفصل 303 أن «العزيزون ما يعطيه أحد المتعاقدين للأخر لأجل إتمام ما تعاقداً عليه»، وأشار الفصل 304 م.أ.ع إلى أنه «عند إتمام المتعاقدين عليه بطرح العزيزون مما في ذمة العائد الذي أعطاهم، فيطرح من ثمن البيع أو الكرة إن كان الذي أعطاهم

العنوان الثالث

انتقال الالتزام

Transmission de l'obligation

الأصل أن ينفّذ العقد بعد نشأته، وهذا ما يطلب من الالتزام، لكنه من الممكن قبل تنفيذه إحالته إلى طرف آخر من جهة الدائن أو من جهة المدين، وذلك هو نقل الالتزام. والمقصود بانتقال الالتزام هو تحويل الرابطة القانونية التي تربط الدائن والمدين عن ذمة الدائن إلى شخص آخر يحل محله أو عن ذمة المدين إلى شخص غيره، يصير ملزماً بالدين بدلاً منه^(١)، فهو إما أن يكون نقلًا من مدين إلى دائن، فيسمى بحالة الحق *la cession de dette de créance*.

ولكن انتقال الالتزام يفترض علاقة جديدة هي علاقة المحال له *le cessionnaire* بالمحال عليه *le débiteur cédé*، إضافة إلى اتفاقية انتقال الالتزام بين المحييل والمحال له *le cédant*، فهي علاقة ثلاثة، علاقة أصلية وهي علاقة الدائن بالمدين واتفاقية جديدة هي اتفاقية انتقال الدين بين المحييل والمحال له وكذلك علاقة جديدة بين المحال له والمحال عليه.

ويختلف مفهوم انتقال الدين أو الحق عن معنى التجديد *novation* ومنعى الإنابة في الوفاء *délégation* والوفاء مع الحلول *paiement avec subrogation*. فيقصد بالتجديد على معنى الفصل 361 م.أع أن ينفع الدائن والمدين على تعريض العقد القديم بعقد جديد على أن ينقضى الأول أو على تغيير سبيبه أو أن يحل مدين جديد محل القديم الذي أبرأه الدائن ولا يلزم في هذا التبديل موافقة المدين الأول أو إذا وقع التزام جديد ودخل دائن جديد مدخل القديم ويرت ذمة المدين من جهةه، ومجرد تعين المدين لشخص يؤدي عنه دينه أو مجرد تعين الدائن لشخص يقبض عنه لا يعد تجديداً للعقد. معنى ذلك أن التجديد يحصل إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على إيداع الدائن بأن يكون الأجنبى هو الدائن الجديد مكان القديم، فتكون هناك موافقة ثلاثة وينقضى بذلك الالتزام القديم ويحل محله التزام جديد يقطع مع الالتزام القديم. ويحصل التجديد كذلك إذا اتفق أجنبى مع الدائن أن يجعل محل المدين القديم، فينقضى الالتزام

(١) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 618.

أن ينص على بعض الحالات في الالتزام البديلى كما هي الصورة بالفصل 276 م.ح.ج في المهن العقاري متى يجوز للمدين تقادى الوفاء بالدين في صورة هلاك أو عطب العقارات المرهونة بعرض رهن عقاري إضافي للدائنين. وتبقى القواعد العامة فاعلة في تحديد آثار الالتزام البديلى مع اعتبار مميزات هذا الالتزام على ما تقدم، وهو أنه لا يقوم على تعدد المعال وإنما على محل أصلى هو الأساس في بيان الالتزامات وواجبات الأطراف وانقضائهما وهلاكها، وليس للالتزام البديل من تأثير على جملة تلك الروابط.

هو المشتري أو المخترى ويرجع بعد تنفيذ العقد إن كان الذى أعطاه هر المكري أو البائع كما يرجع إذا فسخ العقد باتفاق الجانبين، وانهى الفصل 305 م.أع إلى أنه «إذا تعدد الوفاء أو فسخ العقد بسبب تقصير من العاقد الذى دفع العربون فلمعاقدة الحق أن يقيمه تحت يده وأن لا يرده بعدأخذ الغرامات التي يعينها المجلس إن اتضى الحال تعين ذلك». لكن الأطراف يمكنهم الاتفاق على عدم إرجاع العربون، ويكون بذلك العربون بمثابة الالتزام البديلى.

تحتاج إلى موافقة المدين بل إلى إعلامه فقط ويطالب الدائن الجديد بكل الحق وليس في حدود ما أعطاه للدائن الأول، خلافاً للفكرة الحلو.

والواضح أن مفهوم الانتقال يحمل إلى انتقال الالتزام بجميع صفاته وتوابعه الإيجابية والسلبية، باستثناء بعض الالتزامات المعاشرة أو ذات الحالة الشخصية التي لا يمكن إحالتها أصلاً، فمن شأن الإحالة أن تنقل إلى المحال له الحق موضوع الالتزام بمفرد الاتفاق، وينتقل الحق بجميع توابعه السلبية مثل عيوب أهلية المتعاقدين والإيجابية مثل التأمينات العينية والشخصية والدعوى التي كان يتمتع بها المحييل. ولكن الإحالة من شأنها أن تنشئ عدة التزامات بجانب المحييل والمحال له، مثل المشتري الذي يتلزم بدفع الثمن والبائع الذي يتلزم بتسليم الشيء وضمان الاستحقاق والعيوب الخفية على سبيل المثال. ولكن انتقال الدين بين المحييل والمحال له علاقة بطرف آخر خارج إطار الاتفاق الواقع بينهما وهو المدين المحال عليه، وهو من الغير، وما كان من الممكن معارضته بالاتفاق الجديد إلا إذا كان طرفاً بهذا العقد، ولم يكن يتصور ذلك إلا عبر وسيلة التجديد novation أي إبدال أحد أطراف العقد برضاء الطرفين فينشأ التزام جديد. ولما اعترف التطبيق بإمكانية إحالة الحق دون تجديد كان من اللازم إيجاد طريقة لجعل الالتزام الجديد يعارض به الغير، فكانت طريقة إعلام المدين إذا لم يسبق القبول صراحة بالإحالة، وهذا ما يعرف بشكلية الإحالة في مواجهة المدين.

ولم يكن يتصور نقل الالتزام بين الأحياء بسبب العلاقة الشخصية في الالتزام، فلم يكن يعترف القانون الروماني بنقل الالتزام بسبب هذا التعريف الشخصي للالتزام لا من جهة الدائن ولا من جهة المدين. وما كان يعرف قدیماً هو أنه يمكن انتقال الالتزام بسبب الروفاة لا غير أو أن يرکل الدائن غيره في قضي المال procuratio in rem suam. ولم تقبل كذلك المدارس اللاتينية بما في ذلك المدرسة الفرنسية في ما بعد إمكانية انتقال الالتزام من جهة المدين أي من مدين إلى مدين إلا في حدود التجديد أو توفر إثابة خاصة، وخصوصاً كذلك انتقال الالتزام من دائن إلى دائن لشروط محددة وإن اعترف التطبيق أخيراً بإمكانية الانتقال من دائن إلى دائن بدون موافقة المدين تطويراً لمعنى وكالة القبض.

لكن المدارس герمانية كانت مختلفة في تطورها بحكم اعترافها بالمعنى المادي للالتزام وأقرت أخيراً إمكانية انتقال الالتزام من مدين إلى مدين. وكان الفقه الإسلامي، وأعتبرا للأسس الموضوعية التي اتبناها، أورد نظاماً خاصاً بإحالة الدين وإحالة الحق بتغريمه بين الحالة المقيدة والحرارة المطلقة⁽¹⁾.

(1) عبد الرزاق السنوري، المجلد الثالث، ص 420 عدد 240.
صباحي المحمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ص 341 وما بعد.

في حق المدين الأول دون ضرورة لموافقته، ولا يعد تجديداً مجرد اتفاق المدين مع أجنبي يؤدي عنه الدين أو مجرد تعين الدائن لشخص يقبض عنه المال. فما يمكن أن يجمع بين التجديد والانتقال هو أن كلّاً منها يحمل إلى تغيير المدين أو تغيير الدائن في هذه العلاقة الثلاثية. ولكن الفرق بينهما كبير حيث إن التجديد يحمل بالضرورة إلى انقضاء الالتزام الأصلي ونشأة التزام جديد تغير فيه الأطراف ويقطع ضرورة مع صورة الالتزام الأول فلا تنتقل صفاتيه أو ضمانته إلى الالتزام الجديد، لذلك نص الفصل 367 م.أع على أن «تجديد العقد ينقضي به القديم إذا كان الجديد صحيحاً ولو لم يقع الوفاء به» كما نص الفصل 366 م.أع على أن «الامتيازات والرهون المجمولة للدين الأول لا تنتقل للدين الذي أقيم عوضاً عنه إلا إذا اشترط ذلك صاحب الدين صراحة في العقد. والاتفاق على نقلها من الدين الأول إلى الدين الثاني لا ينفذ على غير المتعاقدين إلا إذا وقع ذلك عند تجديد العقد وتنبع عن كتب ثابت التاريخ». وهذا ما يختلف مع الانتقال حيث إن انتقال الالتزام يحمل ضرورة إلى انتقال الالتزام الأول بجميع صفاته وضمانته من مدين إلى دائن أو من دائن إلى دائن. فليس في الانتقال تجديد ويقى الالتزام الأصلي هو نفسه.

وهذا ما يميز حالة الدين عن الإنابة في الوفاء delegation، فإذا كانت الحالة على تلك الصورة فإن الإنابة في الوفاء لا تقضي التجديد وإنما يكلف المدين وهو المنصب من يقضى عليه الدين وهو الأجنبي المتعين بفائدة الدائن وهو المناب للدين. فإن حصل ذلك بالاتفاق الأطراف الثلاثة فهو تجديد، وإن لم يحصل الاتفاق فهي مجرد الإنابة في الوفاء تبقى على الالتزام القديم بين الدائن والمدين وينضاف التزام جديد بين المدين ومدينه له أوصافه وضمانته وهو بذلك مستقل عن الالتزام الأول، لذلك نص الفصل 361 م.أع في فقرته الأخيرة على أنه «لا يعد تجديداً مجرد اتفاق المدين مع أجنبي يؤدي عنه الدين أو مجرد تعين الدائن لشخص يقبض عنه المال».

وتختلف كذلك حالة الحق عن معنى الحلول subrogation وإن كان الحلول يعني على الالتزام الأول مثل الحالة وليس فيه تجديد، لكن الحلول يختلف عن معنى حالة الحق في أنه يتضمن معنى الوفاء بالدين خلافاً للحالة التي تتضمن معنى المساربة أي الربح إذا كانت بمقابل أو التبرع إذا لم تكون كذلك حسب الصور، فالمقصود بالحلول أن يحل دائن محل الدائن الأول في جميع الالتزام بعد أن يوفي الدائن الأول ما له من حق على المدين، فيكون الحلول في حدود ما دفعه دون زيادة أو نقصان. وقد يجد سنده في القانون في صور خاصة أو في اتفاق الدائن الأول مع الدائن الثاني أو اتفاق الدائن الثاني مع المدين. غير أن حالة الحق تكون عادة باتفاق الدائن الأول مع الدائن الثاني ولا

ويبدو أن المشرع التونسي تأثر بما استقرّ عليه الرأي أخيراً بالقانون الفرنسي، فإذا اعترفت مجلة الالتزامات والعقود بحالات الوفاة، فإنها لم تظر إلى الدين ولربما كان لها محاولة ضيقة في إحالة الدين في حدود ما يعرف بالإنابة الخاصة، ولكن التأثير بالفقه الإسلامي كان وأضحت خاصة من خلال الطبيعة المميزة لما يعرف بالحالة délegation بمجلة الالتزامات والعقود. وقد وضع المشرع في جميع ذلك قواعد عامة (المبحث الأول) وأخرى خاصة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: القواعد العامة في انتقال الالتزام

يتناول الالتزام إما بموجب الوفاة (الفقرة الأولى) أو بين الأحياء (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: انتقال الالتزام بموجب الوفاة

بعد الارث من الخلف العام الذي تنتقل إليه ملكية أعيان التركة أي مجمل الحقوق المالية. ولا تنتقل إليه الحقوق المتهدمة قانوناً بموت المورث مثل حق الانتفاع والحقوق المالية ذات الطبيعة الخاصة مثل النفقة والحقوق غير المالية مثل الولاية والطلاق وغير ذلك.

ويستحق الارث بموت المورث ولو حكماً وبتحقيق حياة الوارث من بعده على معنى الفصل 85 م.أ.ش، أي أن ملكية الأعيان تنتقل إلى الوارث زمن الوفاة ولا تتأجل إلى ما بعد سداد الدين، وهو قول معروف بالفقه الشافعي في مذهب العميد وأشهر الروايتين عند الحنابلة⁽¹⁾.

وإذا كانت الحقوق تنتقل على تلك الصورة، فإن انتقال الأعيان فيها قول مخصوص. أما بالنسبة إلى الشريعة الإسلامية، فالمشهور أن التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا خالصة من الأعيان، أي أن الحقوق تنتقل إلى الورثة، وتبقى الأعيان بتركة الميت ولا تنتقل إلى الوارث، فلا تدخل بالذمة المالية للوارث، ولا يستطيع الدائرون (أي دائنو المورث) التنفيذ على أموال الوارث مطلقاً. فتبقى الذمة المالية للمورث مختلفة ومفرزة عن الذمة المالية للوارث. ذلك أن الوراثة بالفقه الإسلامي هي وراثة مال وليس وراثة

(1) اختلفت مواقف فقهاء الإسلام في تحديد زمن انتقال الملكية. فمنهم ذهب إلى تأخير الانتقال إلى ما بعد سداد الدين، وهو الفقه المالكي، ومنهم من ميز بين صورتين صورة استغراق التركة لكافل الدين، فلا تنتقل، وصورة عدم استغراقها، فتنقل بموجب المورث، وهو موقف الشافعية. ومنهم من ذهب إلى أن الانتقال يحدث بمجرد الوفاة وهو موقف الشافعية في مذهب العميد والحنابلة في أشهر الروايتين. براجم عبد الرزاق السنوري، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 95.

شخص. فلا تكون شخصية الوارث استمراً الشخصية المورث، فلا يأخذ عنه التزاماته، فلا تختلط أموال المورث بأموال الوارث. وسواء قلنا إن انتقال التركة كان بتاريخ الوفاة أو غيره، فلا تخلص التركة للوارث إلا بعد تجهيز الميت ودفع حقوق الدائرين وحقوق الموصى لهم. وقد افترض كل من الحنفية والشافعية استمرار شخصية الميت إلى حد سداد الدين، أيبقاء الذمة المالية للمورث قائمة إلى ما بعد يوم الوفاة، أي إلى حد سداد الدين. وهو مجرد افتراض لتبرير تصفية ديون التركة بعد وفاة المورث دون أن تختلط أموال المورث بأموال الوارث. لكن المالكية أنكروا أن تستمر شخصية المورث لأن الذمة المالية لا تستقيم إلا مع الحياة وإنما تبقى الديون متصلة بتركة المورث لفصلها عن ذمة الوارث وعن ذمة المورث سواء باستاد الشخصية المعنية لهذا المال أو بخصيصه للدائرين أو بتوفير ذمة مالية مستقلة على معنى الاتجاهات الحديثة في الفقه. وإذا ذهب بعض الحنابلة إلى رأي المالكية وانضم البعض الآخر إلى رأي الشافعية والحنفية، فإن لهم رأياً مخصوصاً في أن الديون لا تتعلق بذمة الميت أو بالتركة وإنما بذمة الوارث في حدود ما يتركه المورث من أموال. فيجوز أن ينفرد الدائن على الذمة المالية للوارث دون الالتزام بأعيان معينة، لكن في حدود الأموال المخلفة. معنى ذلك، حسب الفقه الحنفي، أن الملكية تنتقل فوراً بموت المورث، وتتم الحقوق والديون إلى الذمة المالية للوارث وتختلط أموال المورث وأموال الوارث ويجوز لدائري المورث التنفيذ على أي مال من أموال الذمة المالية للوارث، ولكن دوماً في حدود ما خلفه المورث. وإذا تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين ذهب معظم المذاهب الإسلامية إنما إلا بطريق التصرف أو إلى صحته مع توقيف تقاده على إجازة الدائن وذلك حماية لحقوق الدائرين. ويمكن أن يستوعب المنصب الواحد الرأي الأول والرأي الثاني في نفس الوقت دون أن يكون ذلك مرتبطاً بمسألة وقت نقل الملكية أو تعلق الدين بالذمة المالية للمورث أو للوارث أو بالتركة. ولكن الفقه الإسلامي لم ينظم إجراءات جماعية في ضبط أعيان التركة وتصفيتها واستخلاص حقوق الدائرين، ولكنه ضمن حماية الدائرين ياقرر حق عيني للدائرين يعني تقديم الدائرين وأفضلتهم عن الوارث ودائريهم وتنبع التركة، وجعل التصرف قبل سداد الدين باطلأ أو موقعاً على إجازة الدائن.

أما القانون الروماني ومن بعده القانون الفرنسي فيختلفان عن مفهوم وراثة المال المعمول به بالفقه الإسلامي، ويقولون بوراثة الشخص، معنى أن تنتقل التركة إلى الوارث محملة بالديون والحقوق وتختلط أموال المورث بأموال الوارث ويجوز التنفيذ على أموال الوارث وكأنه دائن شخصي بالدين. فقط يمكن للوارث أن يرفض التركة فيتخلص بذلك من جميع الديون أو أن يقبل التركة بشرط الجرد أي التجنب والإفراز (sous bénéfice d'inventaire)، فتبقى بذلك التركة مستقلة عن أموال الوارث وتتعلق

الورثة «إذا امتعوا من قبول الإرث فلا يلزمهم شيء ولا شيء عليهم من دين مورثهم وحيثند لا يسع أصحاب الدين إلا تتبع مختلف المدين»، فيكون بذلك الفصل 241 م.أ.ع قد أخذ جل أحكامه من القانون الفرنسي، فلم تختلف إلا قاعدة قبول الميراث بشرط التجثيب أو الجرد، وأخذ فقط فكرة الالتزام في حدود الإرث من الحتابلة⁽¹⁾. وإذا تصرف الوارث في التركة قبل سداد الدين، وقد منع الفصل 553 م.أ.ع الإرث إلا بعد أداء الدين، ولا يجوز لشخص أن يمنع غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق عملاً بأحكام الفصل 551 م.أ.ع، أمكن إبطال التصرف حيث إذا «صرح القانون بالبني عن شيء معين كان إتيانه باطلًا لا يبني عليه شيء» عملاً بأحكام الفصل 539 م.أ.ع⁽²⁾.

والملخص في جميع ذلك أن الملكية في القانون التونسي تتقل بتأريخ الوفاة وتتصرف أعيانها إلى الذمة المالية للوارث فتحتلت بأموال الوارث، وبخلص للدائن حقاً عيناً أو قل رهنها قانونياً في التفضيل والتثبيع، فيتقدم على الوارث ودائي الوارث، ويجوز أن ينفذ الدائن على أي مال من الأموال التابعة للذمة المالية للوارث، لكن لا يمكن إزامه إلا في حدود منابته وقدره سهمه في التركة، كما يجوز له في نهاية الأمر رفض التركة بجملتها، فيتخلص من تتبع الدائن.

الفقرة الثانية؛ انتقال الالتزام بين الأحياء

اعترفت مجلة الالتزامات والعقود بحالات الحق انطلاقاً من الفصل 199 م.أ.ع وما بعد، وقد تكون في مطلق الديون أي في جميع الديون⁽¹⁾ أو في مجموع من المال (ب) أو تركة (ت) أو أن يكفي بحالات السيد (ث) وأورد المشرع أحكاماً خاصة بحالات الديون في إطار شركات استخلاص الديون (ج).

أ- الانتقال المطلق للدين

عملاً بأحكام الفصل 199 م.أ.ع يجوز انتقال حق أو دين من الدائن الأصلي إلى شخص آخر يوجب القانون أو اتفاق المتعاقدين، أي يجوز انتقال الدين أو حق من دائن إلى دائن، مهما تعددت الأسباب في ذلك، فقد تكون أهداف مضاربة كأن يبيع حقه أو تبيع فينزل الدائن عن حقه أو وفاء بدين فيدفع الدائن الأصلي ما عليه لفائدة هذا الدائن الجديد وقد يكتفي الدائن برهن حقه أو بالتنازل عن الدعوى فيما له من حق، وقد تحدثت مجلة الالتزامات والعقود عن إحالة الدين وإحالة الحق وإحالة المطالبة

(1) وهو نفس الرأي المشار إليه بالفصلين 196 و 222 م.أ.ع.

(2) وترجحه الدعوى على الوارث فإذا أو على جميع الورثة، ولا يمكن للوارث أن يدفع باتفاق الدائن على الورثة، وإذا وتجهت على أحدهم كان ثابباً على البينة.

الديون بالتركة ويضمن الوارث أن لا تتجاوز حقوق الدائنين مجال التركة، وهذا ما يشهه مركز الراوثر بالشريعة الإسلامية.

أما المشرع التونسي فقد نص بالفصل 85 م.أ.ش على أن الإرث يستحق بموت المورث، ولو حكماً وبتحقق حياة الوارث من بعده، معنى ذلك أن الميراث يتقل إلى الوارث يوم الوفاة، وحدد الفصل 87 م.أ.ش قائمة الديون التي يجب دفعها ترتيباً، فيأتي في المرتبة الأولى الحقوق المتعلقة بعين التركة أي الالتزامات المحمولة على الأموال العينية ثم مصاريف التجهيز والدفن ثم الديون الثابتة في الذمة ثم الوصية الصحيحة النافلة وأخيراً يأتي الميراث، وبذلك يقتضي الدائن على الوارث وهي نفس القاعدة التي تضمنها الفصل 553 م.أ.ع من أن «الدائن يقدم على الوارث ولا يرث إلا بعد أداء الدين». وكان المشرع اعتمد عينية حق الدائن المعتمدة بالفقه الإسلامي، فيخلص للدائن هنا قانونياً يخوله استخلاص دينه بداعية قبل الورثة، ويدو من خلال الفصلين 85 و 87 م.أ.ش أن المشرع اعتمد تاريح الوفاة كزمن لتحديد نقل التركة، وهو رأي الشافعية وأشهر الروايتين لدى الحتابلة، وأخذ بفكرة انتصاف الدين إلى التركة، بدليل قول الفصل 87 م.أ.ش «يؤدي من التركة...»، وهو رأي المالكية، فلا تربط الديون بشخصية الوارث على رأي العتابلة أو بشخصية المورث على رأي الشافعية والحنفية، ولكن هذا الرأي يختلف شيئاً ما عما ورد بالفصل 241 م.أ.ع، حيث نص هذا الفصل على أن «الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضاً على ورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم ما لم يصرح بخلاف ذلك أو يتبع من طبيعة الالتزام بمقتضى العقد أو القانون لكن لا يلزم الورثة إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة منابتهم، فإن امتعوا من قبول الإرث فلا يلزمهم ولا شيء عليهم من دين مورثهم وحيثند لا يسع أصحاب الدين إلا تتبع مختلف المدين»، وفهم من خلال ذلك أن المبدأ هو تقبل الوارث بالالتزامات جميعها بحقوقها وديونها، ولا يستثنى من ذلك إلا ما خرج اتفاقاً، كان يتلقى المورث مع دائه بانتهاء الالتزام بمونه، أو طبيعة، كان يكون شخص المورث هاماً ومحدداً في الالتزام، أو قانوناً، كما في صورة نهاية حق الارتفاع بموت المستفع، وتصرف الالتزامات إلى الذمة المالية للوارث، فتحتلت أموال المورث بأموال الوارث، وبإمكان الدائن التنفيذ على الذمة المالية للوارث، فقط أن الورثة لا يلزمهم إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة منابتهم، وإلى حد الآن أخذ الفصل 241 م.أ.ع بالذهب الحنبلي، ولو وقف هذا الفصل عند ذلك الحد لقلنا إن المشرع التونسي تأثر بهذا المذهب لا غير، لكن هذا الفصل يدو أنه تأثر بالقانون الفرنسي وبفكرة القانون الروماني في وراثة الشخص بنقل كامل الالتزامات، واحتلاط أموال الوارث بأموال المورث، وأكمل الفصل 241 م.أ.ع في نهاية بما له أصل بالقانون الفرنسي وهو أن

وتكون الإحالة باطلة إذا كان الدين أو الحق لا يقبل الإحالة لسبب من العقد أو من القانون والمقصود بذلك أن ينص العقد الأصلي أو القانون على عدم إمكانية الإحالة، وقد تكون طبيعة الحق، مثل حق النفع، وشخصية الدائن، كما أن تكون شخصية المتسوغ محددة في التعاقد، مانعة من انتقال الحق. وقد ينصل القانون صراحة على منع الإحالة في بعض الصور مثل إحالة الحقوق المتنازع فيها لفائدة القضاة وكتبة المحاكم والمحامين والوكالء والموظفين بأنواعهم والخبراء⁽¹⁾.

وقد طرح السؤال بالنسبة إلى العقود الملزمة لجانبين التي تجعل في نفس الوقت الطرف دائناً ومدييناً وتبدو الالتزامات متزامنة، فقد ذهب جانب من الفقه إلى عدم إمكانية إحالة الحق والإبقاء على الدين، كما هو الحال بالنسبة إلى عقد الإيجار فلا يجوز للمستأجر أن يجعل حقه في المكان المؤجر ويبيقي في ذاته دفع الأجرة وكما هي الصورة بالنسبة إلى عقد المقاولة فلا يجوز للمقاول إحالة حقه في الأجرة مع بقائه ملزماً بالعمل، ولكن أغلب الفقه وخاصة بفرنسا يجزئ إحالة الحق دون الدين لأن تجزئة الالتزامات في العقود الملزمة لجانبين ممكنة، فيجوز وبالتالي للمقاول إحالة الأجرة دون العمل، ويجوز للمستأجر إحالة حقه دون الدين⁽²⁾.

وتكون الإحالة باطلة كذلك إذا كان موضوع التحويل حقوقاً شخصية بحتة أو إذا كان الدين لا يقبل العقلة أو الاعتراض فإن قبل العقلة في جزء قدر معين منه جاز الإحالة في ذلك الجزء أو القدر⁽³⁾. وإحالة الحق المتنازع فيه باطلة إلا إذا وافق على ذلك المدين المحاول. ويكون الحق متنازع عليه إذا كان التزاع في أصل الحق أو في أصل الدين حين البيع أو الإحالة أو إذا كان هناك ظروف من شأنها أن توقيع نزاعاً جدياً لدى المحاكم في أصل الحق⁽⁴⁾. وتكون الإحالة باطلة سواء كانت مجاناً أو بعوض إذا لم يكن المراد منها إلا إخراج المدين عن نظر قضائه الطبيعيين وجبله أمام قضاة آخرين⁽⁵⁾.

- آثار الاتفاق: من شأن الاتفاق المبرم بين المحيل والمحاول أنه ينتقل الحق وينشئ جملة من الالتزامات، وهي نفس الآثار المرتبطة بأي اتفاق حسب طبيعته إن كان يبعاً أو به، فيحمل انتقال الالتزام آثاراً على عامل المحيل وأخري على عائق المحاول له. أما بالنسبة إلى انتقال الحق: يتنتقل الحق إلى المحاول له بتاريخ الإحالة، ويجد الاتفاق أثراً بين الطرفين بتاريخ الاتفاق⁽⁶⁾. وينتقل الحق جميعه إلى المحاول له حتى

(1) الفصول 566 و 567 و 568 و 569 و 570 م.غ.ع.

(2) يراجع الفصل 772 م.أ.ع.

(3) الفصل 201 م.أ.ع.

(4) الفصل 202 م.أ.ع.

(5) الفصل 203 م.أ.ع.

(6) الفصل 204 م.أ.ع.

القضائية⁽⁷⁾. وتلك هي حالة الحق *cession de créance* وتفترض حالة الحق علاقة ثلاثة بين المحيل والمحاول له والمحاول عليه. فما يشترط بدأياً هو توفر الاتفاق بين المحيل والمحاول له (1) وما يشترط في مرحلة ثانية بعض من الشكليات في مواجهة المدين المحاول عليه لجعل الاتفاق تافذاً في حقه وحق الغير⁽²⁾.

١- إبرام الاتفاق بين المحيل والمحاول له

للاتفاق بين المحيل والمحاول له شروط وأثار بين طرفين.

- شروط الاتفاق: عقد إحالة الدين أو الحق أو المطالبة لدى المحاكم يكون تاماً متى رضي به الطرفان فيدخل المحاول له مدخل المحيل من تاريخ الإحالة⁽³⁾. فليس من الضرورة رضاء المحاول عليه، فلا ضرر بالنسبة إلى المدين إذا طالبه دائناً دون آخر. وتقوم حالة الحق على رضاء المحيل والمحاول له فقط دون رضاء المحاول عليه.

ولا يشترط أي شكل في صحة الحالة باستثناء ما قد يتعلق بهبة المال فيشتهر تحرير الحجة الرسمية على معنى الفصل 204 م.أ.ش. وتقى القواعد العامة في شروط الاتفاques منأهلية ورضا وموضع وسبل فاعلة، فجميع الحقوق الشخصية يمكن أن تكون موضوع انتقال سواء تمثلت بمبالغ مالية أو التزام سليم أو إيجابي⁽⁴⁾.

فقط أن مجلة الالتزامات والعقود جاءت بأحكام خاصة في شأن المحل. حيث يجوز انتقال دين أو حق قبل حلوله ولا يجوز انتقال حقوق يرجى حصولها⁽⁵⁾، بمعنى أنه يجوز انتقال الدين الموقوف على شرط أو أجل ولا يجوز انتقال الدين المستقبلي أو الدين الاحتياطي. لأن كل من الحق الشرطي والأجلي هو حق موجود في حين أن الحق المستقبلي والاحتياطي هو حق يرجى حصوله⁽⁶⁾.

(1) الفصول 199 و 200 و 204 م.أ.ع.

(2) يجد البعض الحديث عن اتفاق الإحالة وليس عقد الإحالة لأن الاتفاق ينقل الحق والعقد ينشئ الالتزام، لكن رجال القانون لا يرون أهمية في التمييز بين العقد والاتفاق، ثم إن الإحالة كما تحيل الحق فهي في نفس الوقت تنشئ التزامات على كاهل المحيل والمحاول له.

(3) الفصل 204 م.أ.ع.

(4) انتقال الحقوق العينية لا يخضع في العقارات المسجلة لمعنى انتقال الدين الوارد بمجلة الالتزامات والعقود وإنما ينبع للأحكام الخاصة الواردة بمجلة الحقوق العينية في باب ترميم الحقوق العينية. كما أن انتقال الحقوق العينية في العقارات غير المسجلة لا يخضع بدوره لمعنى انتقال الدين لخضوعه لإجراءات خاصة في التسجيل على معنى الفصل 581 م.أ.ع. كما أن نقل المتفوّل يخضع لقاعدة الحيازة في المتقول سند الملكية على معنى الفصول 53 و 54 و 55 م.ح.ع، وهي قاعدة كفيلة بأن تؤمن حقوق الحائز في الغير.

(5) الفصل 200 م.أ.ع.

(6) ذهب الفقه بفرنسا أخيراً إلى جواز إحالة الحق المستقبلي والاحتياطي.

الموظفة على الحق إلى المحال له، ويفهم من ذلك جميع ما ينقص من قيمة الحق ويعييه.

-الالتزامات المنشأة: ينشأ انتقال الحق عن التزامات بجانب المحيل والمحال له، حسب طبيعة الحق مثل أن يتلزم المحيل بتسليم الشيء ويلتزم المحال له بدفع المقابل، ولكن أهم ما ينشأ من التزامات في علاقة المحيل بالمحال له هو ضمان الحق المحال به للمحال له. وقد أوردت له الفصول 213 إلى 216 م.أع أحکاماً خاصة، وجعل فيها المشرع تميزاً بين الإحالة بعوض أي بمقابل والإحالة بدون عوض، ولا يعتد بالضمان القانوني garantie de droit إلا في غياب النص الصريح، أي في غياب اتفاق الأطراف وهو ما يعرف بالضمان الواقعي أو الانتفافي garantie de fait.

وما يضمنه المحيل عامة بحكم القانون في علاقته بالمحال له هو كل ما يتعلق بأفعاله الشخصية قبل صدوره الإحالة باته في مواجهة الغير، فإن أحال الدين مرة ثانية أو أمكن لدى الثاني المحيل إجراء عقلة تحفظية على المال فالضمان على المحيل. وليس للمحيل اشتراط عدم ضمانه في هذه الصورة.

ويضمن المحيل قانوناً إذا كانت الإحالة بعوض صفة كونه داتناً أو صاحب حق ووجود الدين أو الحق وقت الإحالة وحق التصرف فيه. كل ذلك ولو على فرض وقوع الإحالة بلا ضمان. فالأساس في ذلك هو القانون. ويمتد الضمان إلى وجود التوقيع كالأمتيازات وغيرها من الحقوق المتعلقة بالدين أو الحق المحال حين الإحالة. وإذا كانت الإحالة بلا عوض فلا ضمان عليه ولو في وجود الدين أو الحق المحال وإنما عليه ضمان ما يترتب عن تغيره⁽¹⁾. فلا يسأل المحيل بالضمان في حالة التبرع إلا إذا كان عالماً بانعدام حقه والحق ضرراً بالمحال له.

ولا يضمن المحيل قدرة المدين على الوفاء أي يسار المدين solvabilité إلا إذا كان معدماً حين الإحالة أي في حالة عسر. وهذا الضمان يشمل الشمن الذي قبضه المحيل عن الإحالة وما صرف المحال له في مطالبة المدين مع ما عسى أن يترتب من الضرر إن وقع تغير من المحيل، أي إذا كان المحيل عالماً بحقيقة المدين يوم الإحالة⁽²⁾.

ولكن الاتفاق يمكن أن يعدل من قواعد الضمان القانوني بالزيادة أو النقصان، فيتمكن أن يشترط عدم الضمان، وإن يبقى المحيل ملزماً بارجاع الثمن في هذه الصورة، أو أن يشترط عدم ضمان التوقيع كالأمتيازات ونحوها، ويمكن أن يشترط ضمان قدرة المدين على الدفع. ولكن هذا الضمان الانتفافي لا قيمة له إذا نسب إلى المحال له شيء من الحال، فمعنى لو ضمن المحيل قدرة المدين اتفاقاً على الأداء سقط ضمانه إذا كان

(1) الفصل 213 م.أع.

(2) الفصل 214 م.أع.

ولو دفع فيه أقل من قيمته وينتقل الحق بجميع صفاته إن كان موقعاً على شرط أو أجل أو قابلاً للتنفيذ أو مقتضاها، فهو كل الحق الذي كان يهد المحيل. ويجب على المحيل أن يسلم للمحال له رسم الإحالة ورسم الدين مع جميع ما لديه من الحجج والإرشادات اللازمة لإجراء المحرق المحالة وكلما طلب المحال له رسماً صحيحاً فيها فعل المحيل أن يرجعه إلى ذلك ومصاريف هذا الرسم على المحال له⁽³⁾.

وينتقل مع الحق جميع توابعه المتممة لذاته، إيجاباً وسلباً. إيجابياً تنتقل الأمتيازات والدعوى الخاصة بالحق وفوائض الحق التي حلّ أجلها. فقد وقع الخيار بمجلة الالتزامات والمفهود على أن الرهن والضمان، أي الرهن العقارية والمنقوله والضمادات الشخصية مثل الكفالة، لا تنتقل إلا بالنص الصريح أي باتفاق الطرفين بالعقد، وما ينتقل بدون نص صريح من التأمينات هي الأمتيازات القانونية⁽⁴⁾. ولكن القوائض التي حلّت يوم الإحالة يستحقها المحال له إذا لم يرد فيها شرط صريح بالعقد وتنتقل مع الحق كذلك دعوى الفسخ والبطلان. حيث إن «إحالة الدين تشمل توابعه المتممة لذاته كالامتيازات إلا ما كان منها خاصاً بذاته المحيل ولا تشمل الرهن والضمان إلا بالنص الصريح وتشمل ما كان للمحيل من القيام بالبطلان والفسخ والقوائض التي حلّ أجلها ولم تزد تعدد من مشمولاتها مالم يكن هناك نص أو عادة تقتضي خلاف ذلك. والضمان أو التوقية لا تحال بغير الالتزام»⁽⁵⁾.

ولتكن من الممكن بطبيعة الحال أن يقع الاتفاق على نقل الرهن صراحة بالعقد، ففي هذه الحالة يتلزم المحال له بحفظ المرهون وصيانته، فإذا شملت الإحالة الرهن دخل المحال له مدخل المحيل في جميع ما ترم به للمدين من حفظ المرهون وصيانته من وقت تسلمه له، فإذا لم يجر العمل بتلك الالتزامات كان المحيل والمحال له مطلوبين بالخيارات للمدين فيما يترتب على ذلك⁽⁶⁾.

سلباً ينتقل مع الحق جميع ما عليه من التزامات وتحمّلات وتكليفات، «إذا بيع دين أو حق أو أحياً انتلاعاً معهما ما عليهم من الالتزامات والتحمّلات إلا إذا كان في العقد ما يخالف ذلك⁽⁷⁾. ففي غياب النص الصريح في العقد تمر التحمّلات والالتزامات

(1) الفصل 209 م.أع.

(2) خلافاً للقانون الفرنسي (الفصل 1592)، وكذلك المصري، الذي يجعل الانتقال ألياً إلا ما استثنى الاتفاق.

(3) الفصل 210 م.أع.

(4) الفصل 211 م.أع. «ولا يجري العمل بهذه القاعدة إذا كانت الإحالة بمقتضى القانون أو حكم القاضي فيكون في هذه الصورة صاحبها مسؤولاً وحده بالمرهون للمدين».

(5) الفصل 212 م.أع.

وتكتفي واحدة منهما، فإذا لم يسبق قبول المدين بالإحالة بكتاب ثابت التاريخ فلا بد من إعلامه حتى يعارض الأغير بالإجابة، على أنه لا يشترط الإعلام في إحالة التركة فيخضع الإعلام بانتقال محل التجارة لقواعد المعامل بها في المادة التجارية⁽¹⁾. ووضع المشرع حكما خاصاً بالنسبة إلى عقود كراء العقارات وإحالة معينات الكراء، ناشترط بالفصل 206 م.أع أن إحالة أكريه العقارات أو غيرها مما يقبل الرهن العقاري أو المدخل الدورى المرتبة عليها لا تعتبر بالنسبة للغير إلا إذا كانت لمدة تزيد على عام واحد وحررت بكتاب ثابت التاريخ⁽²⁾.

التعريف القاضي به الفصل 205 بالنسبة لغير المتعاقدين وكل اتفاق يخالف ذلك لا عمل عليه بالنسبة للغير إلا إذا أعلمه به شخصياً المعامل أو المحال له⁽¹⁾ (1) يبدو أن الاستثناء المتعلق بإحالة محل التجارة لا يمكن فهمه إلا بالرجوع إلى أحكام المجلة التجارية انطلاقاً من أحكام الفصل 189 م.ت.

(2) الحقيقة أن الفصل 206 م.أع أورد مضمونه ما يعرف بإحالة العقد وليس مجرد إحالة الحق، فقد نص على صورة إحالة عقد الكراء بأكمله، وليس مجرد انتقال الحق، ويعرف انتقال العقد أو حواولة العقد La cession de contrat بأنه تصرف ينقل بموجبه أحد المتعاقدين كامل الحقوق والواجبات بالعقد إلى طرف أجنبي عن العقد، وتختلف حواولة العقد عن انتقال الحق في أن هذا الأخير لا ينقل إلا الحقوق إلى المحال إليه، في حين أن حواولة العقد تنقل جميع الحقوق والالتزامات الداخلية في مضمون العقد، كما تختلف حواولة العقد عن حواولة الدين في أن هذه الأخيرة لا تنتقل إلا الدين على خلاف حواولة العقد، ولكن لم يشر المشرع بهذا الفصل إلا إلى عقد الكراء فإنه يمكن أن تجد هذه المؤسسة عدة تطبيقات أخرى مثل إحالة عقد المقاولة أو إحالة عقد التأمين أو إحالة التوريدي، ولم ير المشرع الفرنسي من ضرورة في تنظيم هذه المؤسسة وكذلك فعل المشرع التونسي والشرع المصري لأنه يمكن أن تعي المؤسسات الموجودة بما في ذلك إحالة الحق والوكالة وإحالة الدين بالنسبة إلى الشارع التي تعرف بإحالة الدين بتقييم انتقال الحق أو الدين، ومع أن المشرع التونسي لم يورد قسمًا خاصاً بإحالة العقد فإن الفصل 206 م.أع يعد أحد تطبيقات هذه المؤسسة، ويمكن لإرادة الأطراف في المواطن التي لا تتعارض مع النظام العام أن تقرر نقل كامل العقد في عدة مجالات، ويختصر هذا الاتفاق لقواعد العامة في الالتزامات من حيث شروط إبرامه وأثاره سواء بين المعامل والمحال إليه أو بين المحال إليه والمحال عليه أو بين المعامل والمحال عليه، ولا بد بشكل عام من موافقة جميع الأطراف بطبعية الحال حتى تحدث الإحالة أخيراً بين جميع الأطراف.

هذا وقد نظم المشرع إحالة عقد الكراء بالالفصول من 772 إلى 777 م.أع على النحو التالي: الفصل 772 - لمكتري أن يكرر لغيره ما اكتراه أو يحيل عقد كراءه في الكل أو البعض إلا إذا حجر عليه ذلك في العقد أو اقتضنته طبيعة ما اكتراه ويحمل التحجير على إطلاقه بحيث لا تسرب إحالة الكراء ولو في البعض ولا إحالة الاعفاء ولو مجالاً.

الفصل 773 - لا يجوز للمكتري أن يكرر أو يحيل ما اكتراه لغير ما أعدله بحسب نوعه أو بحسب العقد أو فيما هو أقرب منه، وعند الاختلاف وعدم المراجحة فالقول قول المكتري.

الفصل 774 - إذا أكرى المكتري أو أحال لغيره ما اكتراه بغير صامتة للمكتري في إجراء جمیع ما التزم به في العقد ولا ينفع ضمانه إلا في الصورتين الآتيتين:

الأولى - إذا قبض المكتري الكراء من المكتري الثاني أو من المحال له بلا واسطة المكتري الأول، ولم يرق لنفسه حق القيام عليه.

عدم الوفاء ناتجاً عن فعل المحال له أو عن إهماله لغفلته عن اتخاذ الوسائل الازمة لاستخلاص الدين أو إذا أعطى المحال له فسحة في الأجل للمدين بعد حلوله، وتجري قواعد البيع على هذا الضمان⁽¹⁾. ويمكن أن يشترط تقديم المحال له على المعامل عند الاقتضاء، فإذا كانت الإحالة في بعض الدين دون البعض اشتراك المعامل والمحال له في المطالبة بالدين المحال كل بحسب حصته فيه لكن لصاحب الإحالة أي المحال له حق التقدم على المعامل إذا اشتهر ذلك اشتراطاً صريحاً بالاتفاق أو إذا خصم المعامل قدرة المدين على أداء الدين المحال أو التزم بأدائه إذا لم يوف به المدين⁽²⁾.

وما يرجع به المحال له على المعامل من ضمان إذا لم يستحق المحال له المحال به أي محل الالتزام، هو ما دفعه والمصاريف الازمة لذلك وله أن يطلب غرم الضرر عند الاقتضاء في حالة التدليس والتغير، وقد لا يمنع اشتراط عدم الضمان من إرجاع الثمن إلى صاحبه إذا ما سبق دفعه.

تلك هي علاقة الطرفين المعامل والمحال له، وما يتبع منها من آثار، ولا تتعذر تلك الآثار إلى المحال عليه أو الغير إلا بعد إعلامهم أو قبر لهم الإحالة طبق القانون.

2- **شكليات معارضة المدين المحال عليه والغير**
لا بد من مراعاة طبيعة وإجراءات الشكليات كما حددها المشرع، حتى تحدث آثارها في مواجهة الغير.

-**طبيعة الشكليات وإجراءاتها:** الأكيد أن الاتفاق العاصل بين المعامل والمحال له وإن كان لا يوجب موافقة المحال عليه وبقى هذا الأخير غيرها بالنسبة إلى اتفاق الإحالة، فإنه من اللازم اتخاذ شكلية محددة لجعله يعارض بالاتفاق فلا يدفع المال إلا إلى الدائن الجديد، وكثير من خلفاء المعامل وذاته يتأنرون بما أبرمه المعامل من اتفاق وإن كانوا من الغير، ولا بد من اتخاذ شكلية محددة لجعل الاتفاق سارياً في حقهم فلا يتبعون المال موضوع الإحالة انطلاقاً من إتمام تلك الشكلية، لذلك نص الفصل 205 م.أع على أنه لا يتم الانتقال للمحال له بالنسبة للمدين أو الغير إلا بالإعلام بانتقال الدين أو قبول المدين للانتقال بكتاب ثابت التاريخ وذلك عدا الأحوال المقررة بالفصلين 219 و 220⁽³⁾، وبذلك وضع المشرع شرط الإعلام أو قبول المدين بكتاب ثابت التاريخ،

(1) الفصل 215 م.أع.
(2) الفصل 216 م.أع.

(3) الفصل 219 م.أع « من أحال تركة لا يلزمها إلا ضمان كونه وارثاً ولا تصح الإحالة إلا إذا علم تبنته الطرفان وتنقل بهذه الإحالة للمحال له الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمخلف».

الفصل 220 م.أع «إذا أحيل محل تجارة بجميع ما فيه واستمر المحال له على مباشرة الأعمال به بعنوان التجاري فعليه حماً جميع ما على المعامل من الالتزامات الناشئة من تعاطي تجارة المحال والمطالبات الداخلة فيه ترجع حجماً للمحال له والإشهار الجاري به العمل بين التجار يقوم مقام

العامة أي الإعلام أو القبول. ولا يعتد بهذه الطريقة الإشهارية في الأكيرية إلا بالنسبة إلى العقارات غير المسجلة أما العقارات المسجلة فتتعرض لإجراءات خاصة في الإشهار والترسم⁽¹⁾.

- آثار شكليات الإعلام والقبول بالاتصال: ومن آثار هذه الشكلية أنها تحدد تاريخ انتقال الالتزام إلى المحوال له بالنسبة إلى الغير وتفصل التزام في حالة تعدد الحالات وتعدد الدائنين وتحمي حقوق المحوال له كذلك فلا يطالب دائنون المحيل بالتنفيذ على المال موضوع الإحالة.

+ قبل الإعلام أو القبول بالإحالة: لا يوجد المحوال له في نظر المدين، ويمكن أن يتوجه له أصلاً، وتبقى العلاقة مباشرة بينه وبين المحيل الدائن الأصلي والدفع بين يدي الدائن الأصلي يبرئ ذمته مهما كانت طريقة الدفع، فإذا أدى المدين دينه للدائن أو خلص فيه بوجه آخر بموافقة الدائن قبل بلوغ الإعلام بالإحالة إليه من المحيل أو من المحوال له بزنة ذمته، بشرط أن لا يكون في ذلك تواؤز بين الطرفين أي بين المحيل والمحوال عليه أو تقصير فاحش أي الخطأ غير العادي الذي يقترب من حالة العمد⁽²⁾. فهي الصورة التي ترقى إلى تعمد الإضرار بحق المحوال له بعد أن علم المحوال عليه بالإحالة دون أن يقع إعلامه أو قبوله. ففي هذه الصورة يمكن اعتبار الإعلام أو القبول قد وقع ولا تبرئ ذمة المدين.

ولكنه مع غياب العلاقة المباشرة بين المحوال له والمحوال عليه، فقد استقر الرأي على إمكانية المحوال له في إجراء الوسائل التحفظية (قطع التقادم - عقلة تحفظية) وحتى طلب التنفيذ مباشرة، فيكون بذلك بمثابة الإعلام والتنفيذ في نفس الوقت.

ويقى الحق قبل الإعلام والقبول بالذمة المالية التابعة للمحيل، ويمكن أن يتصرف فيه كما يشاء، مع إزامه بالضمان في نهاية الأمر في علاقته بالمحوال له، فإن مات انتقل الحق لورثته ويصبح لدانته عقلته والتنفيذ عليه وإذا تراحم دائنون المحوال له ودائنون المحيل فالفضيلة لدائني المحيل.

+ بعد الإعلام والقبول بالإحالة: بعد الإعلام أو القبول لا يصح الدفع إلا إلى الدائن الجديد وهو المحوال له ولا يمكن الدفع للمحيل بل لا يمكن لهذا الأخير طلب التنفيذ لفائدة وكل دفع لفائدة لا يبرئ ذمته. والعلاقة الوحيدة هي علاقة المحوال عليه بالمحوال له الذي يمكن له طلب التنفيذ أو جبر المدين على ذلك. ويمر الحق إلى الذمة المالية

(1) يراجع الفصل 373 م.ج.ع على كحلون: نظام السجل العقاري، المرجع السابق.

على كحلون: القانون العقاري الخاص، نشر مركز النشر الجامعي، تونس 2009.

(2) الفصل 208 م.اع

ويوجه الإعلام من المحال له أو من المحيل أو ورثهما، والعبارة بوصول الإعلام إلى المدين وليس بتاريخ التوجيه، وربما يكون المحال له أحقر من حيث الواقع لتبيّن الإعلام لوضع حد لتداعيات الغير على المال موضوع الإحالة. ولم يحدّد المشرع وقتاً محدداً أو شكلاً معيناً في الإعلام، والأغلب أن يكون بواسطة محضر رسمي يحرره عدل تنفيذ، لكنه لا شيء يمنع من اعتماد وسيلة أخرى⁽¹⁾، ولو كانت غير رسمية، فيمكن أن يقوم مقام الإعلام مثل العقلة التحفظية والإعلام بالدفع أو إعلام بعرفة دعوى قضائية. لكنه لا يمكن أن يكون الإعلام شاهياً. فلا بد من محّرر مكتوب يفيد الإعلام.

ويجب أن يكون القبول بكتاب ثابت التاريخ، ويكون الكتب ثابت التاريخ طبق المبادئ العامة الواردة في باب الإثبات وقد يكون التاريخ ثابتًا لتضمينه بحجة رسمية أو حجة غير رسمية ويمكن أن يكون ثابتاً على وجه الإجمال على معنى الفصل 450 م.اع، لكنه لا يمكن بحال الاكتفاء بالقبول الضمني في غياب القبول الثابت بحجة لأنه من أصول الشكليات أن لا يعتد بالمعرفة الشخصية للمعنى بالأمر في غياب الشكل المفروض قانوناً، «ذلك أن القانون متى رسم طريقاً محدداً للعلم يتصرف معين، فلا يجوز استظهار العلم إلا بهذه الطريق»⁽²⁾، فلا بد من احترام الشكل كما جاء بالنص القانوني إلا في حالة التدليس والتواطؤ بين المحيل والمحوال عليه بالدفع بين أيدي من لا يجيء بالرغم من سبق إحالة الدين⁽³⁾. ويعتبر الكتاب الثابت كذلك في إحالة معينات الكراء إذا تجاوزت مدة الكراء مدة سنة، فإن كانت أقل كان الحكم هو حكم القواعد

الثانية- إذا قبل المكري صراحة الكراء الثاني أو الإحالة ولم يق نفسي حق القيام على المكري.
الفصل 775- المكري الثاني مطلوب للمرجع على المكري بقدر ما عليه المكري الأول وقت إنذاره بأن لا يدفع للأول ولا يعتد بما دفعه معجلاً إلا إذا كان التعجيل عرف المكان وأتي بحجة في الدفع ثابتة التاريخ.
الفصل 776- للمكري أن يطلب المكري الثاني كلما جاز له مطالبة الأول. وله الرجوع على المكري

وعند انقضاء مدة الكراء للمرجع على المكري أنه يطلب المكري الثاني بترجم العين.
الفصل 777- إحالة عقد الكراء تجري على حسب ما تقرر في باب إحالة الدين (الفصل 199 وما بعده) وتوجب حلول المحوال له محل المحيل فيما له وعليه من الحقوق بمقدار عقد الكراء.
(1) تنص بعض الشariyye على أن الإعلام يجب أن يكون بصيغة رسمية مثل الفصل 1690 من المجلة العددية الفرنسية.

(2) عبد الرزاق السنوري، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 481، رقم 268.
(3) يالرغم من أن المشرع يشترط في القبول أن يكون بالطرق الرسمية إلا أن فقه القضاء ذهب في عدة مناسبات إلى القبول بالقبول غير الرسمي بل اعترف بالقبول الضمني، لكنه من الممكن أن يكتفى بمعرفة المحوال عليه دون سبق إعلام أو قبول في حالة واحدة وهي حالة التدليس، متى يتم الاتفاق بين المحيل والمحوال عليه بالدفع بين أيدي الأول بالرغم من سبق الإحالة أو الدفع بين أيدي المحال له ثانية بعد أن قام المحيل بالإحالة مررتين.

Carbonier,op.cit.,p.518,n°124.

داخلها في جملة أشياء أو تركة وأحيل معها⁽¹⁾. وكلما وقعت إحالة محل تجارة بمناسبه فإن لاصحاب الدين .. أن يطالبوا من وقت الإحالة المدين السابق والمحال له معا حسبيما تقتضيه حقوقهم إلا إذا رضوا بالإحالة رضاه صريحا⁽²⁾.

والراهن أن الإعلام الوارد بالقواعد العامة لجعل الالتزام ماضيا في حق المحتسب والمحال له لا يعتمد بنظامه في حالة الأصل التجاري، وإنما يعتمد بالقواعد الخاصة الواردة في حكم إحالة الأصل التجاري والمقصود بذلك هي الأحكام الواردة بالمجلة التجارية في الكتاب الثاني المتعلقة بالأصل التجاري انطلاقا من الفصل 189 إلى غاية الفصل 268 م.ت. وقد أوردت هذه الفصول إجراءات خاصة بإشهار إحالة الأصل التجاري وما يتبع عن ذلك من آثار على الطرفين وعلى الدائنين. وبالتالي تبدو أهمية الإشارة إلى الأحكام العامة في حالة الحق الواردة بمجلة الالتزامات والعقوبات بما في ذلك الفصول الواردة في باب إحالة محل التجارة قليلا⁽³⁾، بما أن ما يعتمد به من قواعد في ضبط نظام إحالة الأصل التجاري إنما هي قواعد المجلة التجارية وليس هذه القواعد الواردة بمجلة الالتزامات والعقوبات.

لكن الفائدة التي ربما تبقى من خلال الإشارة إلى الفصول 220 و 221 و 222 وم.أ.ع هو أن المشرع يبدو أنه كرس مفهوم تعدد الذمم بتعذر الغایات من خلال جعله محل التجارة مجموعة من المال يمكن التعامل فيها كوحدة مستقلة أي ذمة مالية مخصصة مستقلة عن صاحبها إعمالا للقواعد الموضوعية في معنى الذمة المالية، خلافا لمن يعتقد أن الذمة المالية واحدة ولا يمكن أن تتعد وخلافا لمن يعتقد أن التشريع التونسي تبني المفهوم الشخصي للذمة المالية.

(1) نص الفصل 221 م.أ.ع على أنه «إذا استمر المحل له على تعاطي التجارة بال محل بغیر الاسم الأول فلا تلزمه الالتزامات المتقدمة عن الإحالة إلا في الصور الآتية :
أولاً- إذا أعلم بالصور المستعملة في التجارة أنه تحمل بالالتزامات السابقة.
ثانياً- إذا كان المحل داخلا في جملة أشياء أو ترفة وأحيل معها على مقتضى الفصل 219».

(2) الفصل 222 م.أ.ع نص الفصل 221 م.أ.ع على أنه «إذا استمر المحل له على تعاطي التجارة بال محل بغیر الاسم الأول فلا تلزمه الالتزامات المتقدمة عن الإحالة إلا في الصور الآتية :
أولاً- إذا أعلم بالصور المستعملة في التجارة أنه تحمل بالالتزامات السابقة.
ثانياً- إذا كان المحل داخلا في جملة أشياء أو ترفة وأحيل معها على مقتضى الفصل 219».

(3) نص الفصل 222 م.أ.ع على أنه «إذا استمر المحل له على تعاطي التجارة بال محل بغیر الاسم الأول فلا تلزمه الالتزامات المتقدمة عن الإحالة إلا في الصور الآتية :
أولاً- إذا أعلم بالصور المستعملة في التجارة أنه تحمل بالالتزامات السابقة.
ثانياً- إذا كان المحل داخلا في جملة أشياء أو ترفة وأحيل معها على مقتضى الفصل 219 كما نص الفصل 222 م.أ.ع على أنه «كلما وقعت إحالة محل تجارة بما فيه ... فإن لاصحاب دين ما ذكر أن يطالبوا من وقت الإحالة المدين السابق والمحال له مما حسبيما تقتضيه حقوقهم إلا إذا رضوا بالإحالة رضاه صريحا». ويبدو أن هذه القواعد قد نسخت بأحكام المجلة التجارية الصادرة بتاريخ 5 أكتوبر 1959.

التابعة للمحال له بتاريخ الإعلام أو القبول، وبجميع صفاته وتراوئه وضماناته. ويجوز أن يتصرف في بجمع الطرق.

ولا يتجدد الالتزام باتفاقية الإحالة بين المحتسب والمحال له، بل يتقلل الحق المحال به من المحال عليه إلى المحال له، وعلى ذلك الأساس، فإذا طالب المحال له المدين الأصلي بالتنفيذ، فلهذا الأخير أن يعارضه بجميع أوجه الدفعات التي كان يمتلكها في مواجهة الدائن الأول، «فللمدين أن يعارض المحال له بجميع المعارضات التي كان له أن يعارض بها المحال إن كان لها مستند وقت الإحالة أو فسخه أو انقضائه. لكنه لا يمكن له أن يعارض هذه الدفع بأسباب بطلان الالتزام أو فسخه أو انقضائه. لكنه لا يمكن له أن يعارض بالتوليد ولا بمكaitip واتفاقات سرية بينه وبين المحتسب ظاهر الأمر إذا كانت هذه الاتفاقيات غير منه عليها في رسم الدين ولم يعلم بها المحال له»⁽¹⁾.

وإذا توفى المحال له انتقل الحق إلى ورثته ويجوز لدائي المحال له عقلة المال والتنفيذ عليه. وإذا تراحم دائن المحتسب والمحال له، فالفضيلة لدائي المحال له.

وإذا وقعت إحالة دين لشخصين فالذى يسبق بتعريف المدين بالإحالة يقدم على الآخر ولو مع تأخر تاريخ إحالته، ف تكون الأفضلية لمن بادر بالإعلام في صورة تعدد المحال إليهم، ومن ورثه وورثة ودائرته⁽²⁾.

ب-إحالة مجموعة الحقوق
إحالة مجموعة من الحقوق هي أحد التطبيقات في حالة الحق التي أوردها المشرع منذ سنة 1906 يوم تحرير مجلة الالتزامات والعقود والمقصود بذلك هو محل التجارة (1) وصيغة المال أي الذمة المالية (2).

1- إحالة محل التجارة

أورد الفصل 220 م.أ.ع آنه «إذا أحيل محل تجارة بجمع ما فيه واستمر المحل له على مباشرة الأعمال به بعنوان التجارة فعلية حتما جميع ما على المحتسب من الالتزامات الناشئة من تعاطي تجارة المحل المحال والديون الداخلة فيه ترجع حتما للمحال له والإشهار التجاري به العمل بين التجار يقوم مقام الإعلام القاضي به الفصل 205 بالنسبة لغير المتعاقددين. وكل اتفاق يخالف ذلك لا عمل عليه بالنسبة للغير إلا إذا أعلمه به شخصيا المحال أو المحل له». وإذا استمر المحل له على تعاطي التجارة بال محل بغیر الاسم الأول فلا تلزمه الالتزامات المتقدمة عن الإحالة إلا إذا أعلم بالصور المستعملة في التجارة أنه تحمل تجارة بما فيه ... فإن لاصحاب دين ما أعلمه بالصور المستعملة في التجارة أنه تحمل بالالتزامات السابقة أو إذا كان المحل

(1) الفصل 217 م.أ.ع

(2) الفصل 207 م.أ.ع

2- إحالة الذمة المالية: خول الفصلان 221 و 222 م اع إمكانية إحالة جملة أشياء والمقصود بذلك ليس الأصل التجاري أو التركة، بل هو مجموعة من المال تكون مخصصة لتحقيق غاية معينة، معنى ذلك أنه من الممكن أن تعدد النعم المالية على معنى هذين الفصلين وهو مفهوم موضوعي للذمة المالية، فليس للشخص ذمة مالية واحدة ولا ترتبط الذمة المالية بالشخص طالما أنه من الممكن إحالة جملة أشياء أو مال صيرة واحدة وهو المعروف بمصطلح الذمة المالية. وحكم ذلك على معنى الفصل 222 م اع أنه «كلما وقعت إحالة ... مال شخص صيرة فإن لأصحاب الدين .. أن يطالبوا من وقت الإحالة المدين السابق والمحال له معا حسبما تقتضيه حقوقهم إلا إذا رضوا بالحال رضاء صريحا». معنى ذلك أنه في غياب الموافقة الصريحة يجوز لدائني الذمة المالية المحالة مطالبة المحيل والمحال له على حد سواء.

ت- إحالة التركة

قبل وفاة المورث لا يجوز إحالة تركة مستقبلية حيث لا يجوز عملا بأحكام الفصل 66 م اع التعاقد على تركة مستقبلية وإن كان المبدأ العام يجزم التعامل في أشياء مستقبلية حيث «قد يكون المقصود من الالتزام شيئاً مستقبلاً وغير محقق عدا ما استثنى في القانون. لكن لا يسوع التسليم في ميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه أو على شيء من جزئياته ولو برضي المورث فالتعاقد فيما ذكر باطل مطلقاً».

وبعد وفاة المورث يجوز التصرف في المخلف، وقد أوردت مجلة الحقوق العينية نظاماً خاصاً في التصرف في المورث سواه بصفة جماعية أو فردية⁽¹⁾. وقد يكون

(1) جماعياً، يمكن أن يتصرف الشركاء جماعة في كامل المشتركة أو في جزء منه مفرزاً. وأعمال التصرف عديدة منها البيع والرهن والمعاوضة والصلاح والهبة. ويحق دوماً للشركاء التصرف في كامل المشتركة إنما يجدها أو تعرضاً أو خلافه، ولا إشكال في ذلك. ولكن رهن المشتركة من الجماعة يقع سارياً على كامل العقار حتى بعد نسخة (الفصل 280 م.ح.ع). كما أنه يجوز التصرف في جزء من المشتركة بما أو معاوضة أو رهناً أو خلافها، وبخلص الجزء للمشتري بكامله أو للمعاوضة منه، لكن الرهن ينبع العرف المرتبط عليه بعد القسمة، ولا يمكن أن يتعطل الشريك بمستوى منه فقط. كما يجوز لجميع الشركاء توظيف حق عيني على كامل المشتركة مثل حق الانتفاع وحق الارتفاق، ويحق هذا الحق سارياً على كامل المشتركة حتى بعد القسمة.

فردياً، لا يخلو الحال من ثلاث صور، إنما يتصرف الشرك في منابع الشاع أو يتصرف في جزء مفرز أو يتصرف في المشتركة بأكمله. والتصرف في المنابع الخاصة بالشريك أمر جائز، فقد نص الفصل 59 م.ح.ع على أن «لكل من الشركاء بيع منابع وإحالتها ورهنه والتقويت فيه بعرض أو بدونه». ولا يتوقف هذا التصرف على إذن بقية الشركاء، وموافقتهم سواء كان التصرف لشريك أو لأجنبي، ويحل المحال له في منابع الشريك ولو نفس الحقوق والواجبات. كما يجوز للشريك التصرف في جزء من منابعه، فإذا كان الشريك يستحق الثلث يمكن بيع نصف الثلث على سبيل العثال. ويجوز توظيف حق الانتفاع على المنابع الشاع ويحل المتفع مكان الشريك فيما ترتبه أعمال الإدارة والاستغلال، فإن انتهى الانتفاع قبل القسمة عاد الأصل لمالك الرقبة أي الشريك، أما إذا يفي بعد القسمة بمتصرف حق الانتفاع إلى الجزء

التصرف على قطعة مستقلة من المخلف أو منابع مشاع من التركة، حيث يجوز عملاً الذي آلت إلى الشريك بموجب القسمة. ويجوز للشريك رهن منابع المشاع في كامل المشتركة، فإذا حل الدين قبل القسمة أمكن التنفيذ على المنابع المشاع، وإنما في الرهن بعد القسمة انتقال الرهن إلى الجزء الذي صرخ للشريك بموجب الأمر التحويلي للقسمة. غير أنه في صورة إذا رهن الشريك منابع المشاع في قطعة مستقلة، وكان بالمشتركة عدة قطع، فإن الرهن لا ينتقل إلى الجزء الذي صرخ إلى الشريك إذا كان ماصرخ له خارج القطعة التي كانت موضوع الرهن، وبمعنى التأمين منتصراً على ذلك الجزء إذا صرخ للشريك. ولم يورد المشرع التونسي حلواناً خاصة يمثل هذه الحالات على غرار بعض التشريعات. فقد أورد المشرع المصري بالفصل 1039 مدني حلواناً خاصة في مثل هذه الصورة تعطياً المؤسسة الحلول العيني بأن ممكن من انتقال الرهن إلى العقارات الجديدة التي آلت إلى المدين ولو لم تكن محل رهن بعد إذن القاضي وإجراء قيد جديد، وفي فقد النائن أسبقيّة التاريخ الأول إذا أمكن له إتمام التسجيل في أجل 90 يوماً من تاريخ تسجيل القسمة. واضح أن المشرع المصري يأخذ بفكرة الحلول العيني في صورة إذا كان رهن المنابع المشاع خاصاً بقطعة مستقلة ولم تخالص له هذه القطعة بموجب القسمة وصريح له قطعة أخرى.. ولكن بعض الحقوق العيني لا يجوز توطيتها على المنابع المشاع مثل حق الارتفاق لأنه لا يقبل التجزئة ويمارس على كامل العقار، وكذلك حق السكن والاستعمال لأنه لا يجوز إحالة ولا كراء حق السكن أو حق الاستعمال عملاً بأحكام الفصل 163 م.ح.ع.

وإذا تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار المشاع قبل القسمة، وما كان له أن يفعل ذلك إلا بموافقة جميع الشركاء، فكانه باع حصته بذات القطعة وبيع منابع بقية الشركاء فيها. فيحل المشتركي بمنابع البائع في تلك القطعة ويعفي على أهل أن تصبح القطعة المباعة للبائع حتى تخلص كاملة للمشتري. وإذا استولى المشتركي على العقار يمكن لباقي الشركاء رفع قضية استحقاقية لطالبه بمنابعهم المشاع. ولا يستطيع المشتركي طلب الإبطال أو القسخ قبل القسمة، سواء كان عالماً بحالة الشيوع أو خلافه، فلا يمكن أن يطلب الإبطال لأن بيع ملك الغير صحيح بالقانون التونسي عملاً بأحكام الفصل 576 م.ح.ع، ولا يمكن للمشتري أن يطلب النسخ عملاً بذات الفصل إلا إذا تغيرت التنفيذ العيني، وما كان ذلك ليتحقق قبل القسمة لأن المشتركي يبقى على أهل أن يؤول الجزء المباع للشريك البائع، فيتحقق له التنفيذ علينا. أمّا بعد القسمة فلا يخلو الأمر من صورتين، إنما أن يؤول الجزء المفرز إلى الشريك البائع أو يؤول لغيره من الشركاء. فإن آلت له حل المشتركي مكانة في ملكية هذا الجزء ولا إشكال، إعمالاً لبدأ الآخر الكافٍ للقسمة. أمّا إذا آلت الجزء إلى غيره من الشركاء، لا تستحب المبادئ العامة بغير المشتركي على الرضاه بذلك الجزء ولا حق للمشتري في طلب الملكية فيه ولا يمكن أن ينتقل مشتراه إليها إلى الجزء الذي آلت إلى الشريك البائع، حيث إن المشرع التونسي لا يأخذ بقاعدة الحلول العيني في مثل هذه الصورة ولم يأت بأحكام خاصة على غرار بعض التجارب. فيكون الشريك في مثل هذه الصورة قد يبيع ما لا يملك، وإن ورد صحيحاً في القانون التونسي على شرط إجازة المالك الأصلي أو صيرورة الملك للبائع، فإنه يحق للمشتري نهاية وفي حالة استحالة التنفيذ العيني أن يطلب النسخ مع إمكانية طلب التعيض إذا لم يكن عالماً بحقيقة الموضوع ويطبق هذا الحل على جميع التصرفات التي يأثيرها الشركاء بما في ذلك الرهن العقاري. أي أن التأمين يبقى فاعلاً إذا صرخ نفس الجزء للمدين العرئين، ولا يمكن أن ينتقل الرهن لجزء آخر غير الجزء الموظف عليه الرهن حيث إن المشرع التونسي لم ينص على صور خاصة في الحلول العيني حتى ينتقل الرهن إلى جزء غير الجزء الموظف عليه الرهن عن على غرار بعض التجارب. فيفقد النائن تأثيره ويحل الأجل مع إمكانية فتح الدين الأصلي.

أما إذا تصرف الشريك في كامل المشتركة وما كان يجوز له التصرف إلا بموافقة الجميع. ولما كان يتذرع أن يؤول كامل العقار للبائع، فلم المشتركي، سواء قبل القسمة أو بعدها، الخيار بين الإبقاء على ما آلت له بموجب العقد مع الحفظ في الثمن أو طلب النسخ لصحة بيع ملك الغير، إلا إذا صادق بقية الشركاء

حيث أصبح بالإمكان قانوناً تغيير الدائن بالقوانين التي اعترفت بإحالة الحق حتى تغير المدين بالمدارس التي تعرف بإحالة الدين. فقد نصت مجلة الالتراتامات والعقود منذ سنة 1906 على أن «الكمبيالات والسدادات التي تكون تحت الإذن أو التي يجب دفعها لحامليها يقع في إحالتها الأحكام الخاصة»⁽¹⁾. وفعلاً نظمت المجلة التجارية كل ما يتعلق بالأوراق التجارية، الكبالة والشيك، وسند الأمر⁽²⁾. وكانت الفائدة التطبيقية من إحالة الحق ثابتة ومؤكدة فهي تحمل إلى سرعة المعاملات وتجاوز جانب من الشكليات. ولهذا الغرض ظهرت عدة آليات جديدة، تجاوزاً لما يتعلق بالأوراق التجارية التقليدية، تحمل إلى تمثيل الحق بسند قابل للتداول من شخص إلى شخص، كما هو الحال بالنسبة إلى القانون عدد 52 لسنة 2000 المؤرخ في 11 ماي 2000 المتعلق بسند القرض⁽³⁾، أو القانون عدد 92 لسنة 2000 المؤرخ في 31 أكتوبر 2000 المتصل بعقود إحالة أو رهن الديون المهنية وبتعنة القروض المرتبطة بها⁽⁴⁾.

1- إحالة سند القرض

كل قرض يمنع من قبل مؤسسة بنكية إلى شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن ينشأ عنه اكتتاب سند قرض لفائدة المؤسسة المقرضة من قبل المستفيد بالقرض وهو المكتب ويحتوي سند القرض على جملة المبالغ الواجب خلاصها بعنوان القرض المستند، ويتضمن السند بيانات وجوبية ويحمل التزام المكتب بتسديد جملة المبالغ المنصوص عليها بالسند ويمضى من قبل المكتب أبي المستفيد من القرض. وعلى ذلك الأساس يجوز للبنك المقرض أن يجعل السند بطريقة التظهير، ويمكن أن يتقل السند من بنك إلى بنك بهذه الطريقة دون موافقة المكتب بطبيعة الحال الذي أمضى على السند منذ البداية وبعد ذلك قبول منه مع التزامه بتفويض الرصد الكافي من الأموال لخلاص حامل السند. وتنتقل بموجب التظهير جميع الحقوق الناشئة عن سند القرض

إنشاء الرهن وإحالته بأيسر الطرق بمجرد التظهير بالنسبة إلى القروض طويلة الأمد، ليحصل ما يعرف بتداول القروض العقارية *mobilisation des crédits hypothécaires*، وبغض التجارب انشأت ما يعرف بالقيم العقارية *bons hypothécaires* أي أن تتحول قيمة العقار المسجل إلى قيمة مالية مماثلة في وصولات ممتلكة يتداولها صاحبها بمجرد التظهير مثل الشيك (*hypothèque en soi même*). على كھلون: أزمة السجلات العينية في تونس، أطروحة دكتوراه، 2007-2006، كلية الحقوق بتونس، ص 28.

(1) الفصل 218 م.أع. الكميالات والسدادات التي تكون تحت الإذن أو التي يجب دفعها لحامليها يقع في إحالتها الأحكام الخاصة.

(2) الفصل 269 إلى 412 م.ت.

(3) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 12 ماي 2000، ص 1012، عدد 38.

(4) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 3 نوفمبر 2000، ص 2881، عدد 88.

بأحكام الفصل 59 م.ج.ع «لكل من الشركاء بيع منابه وإحالته ورهنه والتغريت فيه ببعض أو بدونه». وقد تشمل الإحالة كامل التركة. فكل ما يتعلق بإحالة القيمة فردية أو جماعياً وليس عيناً محددة أو جزءاً مفرزاً هو من قبيل إحالة التركة. إذن إحالات التركة هو أن يجعل أحد الورثة أو جماعة من الورثة أو جميع الورثة مثباتهم في كامل المخلف حسب قيمته قبل القسمة، فلا يخص المنابع عيناً بعينها وإنما يشمل كامل المخلف. ولن أصبح نظام الترکات خاضعاً لمجلة الحقوق العينية منذ تاريخ صدورها بما في ذلك ما يتعلق بإحالة التركة، فإن مجلة الالتراتامات والعقود أبقت على البنادى العامة في ذلك من خلال الفصلين 219 و 222 م.أع. حيث اشتربت في صحة إحالات التركة أن يعلم الطرفان بقيمة التركة مسبقاً⁽¹⁾، معنى ذلك أن عدم تحديد قيمة التركة المباعة من شأنه أن يبطل العمل. وتنتقل بموجب الإحالة الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمخلف إلى المحال له. ولكن القاعدة العامة في انتقال المال بسبب الوفاة تمنع من انتقال المال إلا بعد سداد الدين. معنى ذلك أن دائني المورث مقدمون على دائني الوارث ودائني من اجر له حق من الوارث. لذلك لا يلزم المحيل نهاية إلا أضمان كونه وارثاً، فلا يضمن ما يؤول للمحال له من أعيان بعد القسمة أو ما يتعلق بها من عيوب حيث إن عقد إحالات التركة هو من قبيل العقود الاحتمالية. ولا يضمن المحيل المحال له مهما كانت الصورة إلا بقدر المال الذي أحيل له بمقدتضى دفتر تقيد التركة، على فرض أن المحال له لم يتصل بالقيمة المتفق عليها. ولا تتفق أو تتفصل عهدة المحيل من ذلك مهما كانت اتفاقاته مع غير المحال له⁽²⁾.

ث- إحالة السدادات

افتضى الاعتراف بإمكانية إحالة الحق إعمالاً للمفهوم الموضوعي للالتراتام، تجاوزاً للعلاقة الشخصية بين الدائن والمدين، الاعتراف بثبات الحق بسددات يمكن تداولها⁽³⁾.

على هذا اليم. وتنطبق الصورة على بقية التصرفات بما في ذلك الرهن العقاري. (1) ولا بد كذلك من احترام ما توجيه العقارات من شكليات سواء على مستوى تحرير العقد أو على مستوى قواعد الإشهار بما في ذلك مراقبة قواعد العقارات المسجلة. يراجع الفصول 581 م.أع. و 373 م.ج.ع وما بعد..

(2) الفصل 222 م.أع. ذلك هو رأي الفقه الجنبي الذي تبدو آثاره باختصار الفصل 222 م.أع.

(3) الفكرة ليست جديدة فقد تأسس النظام العيني في الإشهار على هذه المفكرة، لكنه الفقصد ظاهر في هذا النظام في أوله أن تستقر الملكية في فهو رأس المال وينتشر الاصناف العقاري بتناول الملكية العقارية وتناول القروض العقارية. فكانت الفكرة أن يسلم سند ملكية للمالك مع شرط أن يحافظ هذا السند على تناسقه مع بيانات التسجيل بشكل يمكن التقويم في العقار بمجرد الإطلاق على هذا السند ومراقبة شرط الهوية والأهلية، فيحصل ما يعرف بتناول الملكية *mobilisation de la propriété immobilière* وبالإمكان تسليم هذا السند للمؤسسات المالية للموافقة على قروض قصيرة الأمد أو

الغير، لكنه يمكن أن يوفى الحق مباشرة إلى المؤسسة البنكية أو المالية المستفيدة من الكشف بشرط أن تطلب منه ذلك المؤسسة المستفيدة ويحرر في ذلك كتب «قبول إحالة أو رهن دين مهني»، ولا يمكن للمدين معارضة المؤسسة المستفيدة من الكشف بدفعات مبنية على علاقته الشخصية مع المحيل إلا إذا أرادت هذه المؤسسة الإضرار بالمدين⁽¹⁾.

ويمكن للمؤسسة المحال إليها هذه الديون أو المرتهنة لتلك الديون أن تصدر سندات تبعة كامل القروض الممتوحة منها أو جزء منها وفق الشروط الواردة في حكم الكشف. بمعنى أن تمثل قيمة الديون بسند بعد أن تكون المؤسسة المحال إليها قامت بتمويل المؤسسة الأولى. وبشرط وضع الكشوف الممثلة للديون المهنية المحالة أو المرتهنة على ذمة المؤسسة التي تتولى التمويل طبق اتفاقية يتم إبرامها بين هذه الأخيرة وبين المؤسسة البنكية أو المالية المستفيدة بالتمويل. ويمنع انطلاقاً من ذلك على المؤسسة البنكية الأولى أن تحيل هذه الكشوف بأي شكل إلا في صورة الاتفاق المخالف. وتخصيص سندات تبعة القروض للتظهير طبق الأحكام الواردة بالمجلة التجارية في باب تطهير الكمية. وتعود الحقوق الناشئة عن هذه السندات على كامل الديون المدرجة بالكشف الممثلة للديون المهنية المحالة أو المرتهنة وعلى ضماناتها وفوائضها والتكاليف المتعلقة بها.

جـ- إحالة الديون في إطار قانون شركات استخلاص الديون أورد القانون عدد 4 لسنة 1998 مورخ في 2 فبراير 1998 المتعلق بشركات استخلاص الديون. أحکاما خاصة بإحالة الديون في إطار تنظيم شركات استخلاص الديون، حيث جاء هذا القانون لضبط الأحكام المتعلقة بشركات استخلاص الديون وشروط ممارستها وميدان نشاطها.⁽²⁾

(1) جمل المشروع بالفصل 9 من هذا القانون عدد 92 لسنة 2000 إحالة الديون أو رهن الديون مرتين بجريدة على الفصلين 291 و292 م.ج.

(2) ولا يمكن لأي شخص إدارة أو تسيير أو إزام أو التصرف في شركة استخلاص: -إذا كان قد صدر ضده حكم من أجل التلبيس، أو السرقة أو خيانة الأمانة، أو من أجل جنحة تعاقب عليها القوانين المتعلقة بالتجسس وشيء، أو من أجل الاستيلاء على أموال أو قيم الغير أو الاحتيال المرتكب من طرف مؤمن عنصري أو أصدار شيك بدون رصيد أو إخفاء أشياء، وقع الحصول عليها بواسطة هذه المخالفات أو مخالفات التراخيص الخاصة بالصرف.

-إذا كان قد صدر ضده حكم بالقلنس.

-إذا كان متصرفاً أو وكيلاً لشركات وقع التصریح بإنلاسها أو إذا صدر ضده حكم من أجل التسبب في الإفلات.

-إذا كان قد صدر ضده قرار أصبح باتاً بالشطب أو بالعزل أو بسحب المصادقة أو الترخيص.

-إذا حرم من حقوقه المهنية بتصریح من المحكمة.

بما في ذلك الضمانات مالم يوجد شرط مخالف. ولا يمكن أن يكون المعال له إلا بنكاً أو مؤسسة بنكية. وإذا حل أجل الدفع يمكن للحاملي استخلاص ما له من حق بطريقة الشخص من حساب المكتب، وإذا لم يجد الرصيد الكافي يمكن له استصدار أمر بالدفع ينفذ بعد أربع وعشرين ساعة من الإعلام بقطع النظر عن الاستئناف. ويتلزم كل من المكتب والكفيل، إذا كان في السند كفيل، وجميع المظهرين بالتضامن تجاه العامل ودون مراعاة أي ترتيب. هذا وقد يمكن أخيراً الاعتراف بسند القرض حتى في شكله غير المادي بموجب القانون عدد 35 لسنة 2000 المؤرخ في 21 مارس 2000 المتعلق بإرساء السندات غير المادية⁽¹⁾.

2-إحالة أو رهن الديون المهنية وتبعة القروض المرقيبة بها
يمكن أن تنشأ عن القرض الممنوح من قبل مؤسسة بنكية أو مالية إلى شخص معنوي أو طبيعي في نطاق ممارسته لنشاطه المهني، ويتجدد تسليم كشف، إحالة أو رهن كل دين في ذمة الغير يملأه المستفيد من القرض سواء كان هذا الغير شخصاً معنوياً أو طبيعياً في نطاق ممارسته لنشاطه المهني. فيمكن أن تضمّن ديون المستفيد من القرض بكشف، شرط أن تكون ديون معلومة المقدار ومستحقة الدفع ولو لأجل⁽²⁾. وسلم الكشف للبنك ليقع تداوله من يدك إلى يدك، ويجوز أن يكون لأمر يدك محدد. وتتضمن هذا الكشف بيانات وجوبية بما في ذلك هوية المدين ومكان الدفع ومقدار الديون وأجل الحلول، ويحمل الكشف ضرورة توقيع صاحب الدين أي المحيل⁽³⁾. ولا يعد كشفاً إذا خلا من البيانات الضرورية. وتنبع الإحالة أو الرهن آثارهما سواء بين الطرفين المحيل والمحال له أو الغير بدأها من تاريخ الكشف. فلا يمكن للمحيل بدأها من ذلك التاريخ التصرف في المحال دون موافقة المؤسسة البنكية وينتقل الدين وجميع توابعه بما في ذلك الضمانات والدعوى المباشرة إلى المحال له الذي لا يمكن أن يكون إلا بنكاً أو مؤسسة مالية، إلا إذا وجد شرط مخالف. ويجوز للمحال له أي المؤسسة البنكية أو المالية التي أستندت القرض بدأها مطالبة المدين بالوفاء بين يديها من تاريخ إشعاره بالإحالة بواسطة برقية أو تلسك أو فاكس أو بآية وسيلة أخرى تترك أثراً كتابياً دون أي إجراء آخر، ولا تُبرئ ذمة المدين المحال عليه إذا قام بالوفاء لدى

(1) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 24 مارس 2000، ص 688، عدد 24.

(2) أجاز القانون عدد 19 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فبراير 2001 رهن الأدوات ومعدات التجهيز المهنية وأثاثه كبيانات أو سندات لأمر أو أي سند تجاري آخر يمثل الدين. وأورد في ذلك نظاماً خاصاً يأشهر هذا الحق. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 9 فبراير 2001، ص 291، عدد 22.

(3) وقد أورد الفصل الثاني من هذا القانون إمكانية أن تكون الإحالة بالوسائل الآلكترونية، وأورد لها نظاماً خاصاً.

ويتم انتقال الديون لفائدة شركات استخلاص الدين بالنسبة إلى المدين المحال عليه أو غيره، بداية من تاريخ إعلام المدين المحال عليه بالإحالة، بواسطة عدل منفذ. ويتم الإعلام بأخر مقر للمدين المحال عليه المصرح به للمحيل ويجب أن يتضمن تعريف الديون المحالة والشخص الذي يتم لديه أو لحسابه الخلاص من قبل المدين. وينجر عن إحالة الدين لفائدة شركات استخلاص الدين وجوباً انتقال دين المحيل بتوابعها المتتمة لذاتها ورهوتها وضماناتها؛ وذلك خلافاً للقواعد العامة. وفي هذه الصورة يجب ترسيم الإحالة بالسجل العقاري إذا تعلقت الرهون أو الضمانات بعقار مسجل. ويمكن للشركة، خلافاً لمقتضيات الفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية، تحرير عقد إحالة الدين الموثق برهن مرسم بالسجل العقاري وكذلك تحرير رفع اليد عن هذا الرهن. وعلى فرض أنه تم تكليف عدة شركات استخلاص دين باستخلاص نفس الدين فالشركة التي تسبق بإعلام المدين تقدم على غيرها ولو مع تأخر تاريخ إحالته. ويجب على المحيل أن يسلم إلى شركة استخلاص الدين المحال لها رسم الإحالة ورسم الدين مع جميع ما لديه من الحجج والإرشادات الضرورية لتنفيذ الحقوق المحالة.

ولا يمكن للمدين المحال عليه بداية من تاريخ الإعلام أن يصبح في حل من ديونه إلا إذا تولى خلاص شركة استخلاص الدين مباشرة أو من يقوم مقامها. وإذا كانت شركة الاستخلاص مجرد وكيل في ذلك فلها جميع الصلاحيات دون تحديد فلها توكييل مطلق في ذلك حيث يمكن أن تولى شركة استخلاص الدين التصرف في دين حرفها بما كان في مصلحة موكلها، حسب الحاله ووفق ما يقتضيه عرف التجارة ولها استخلاص ما لموكلها إزاء الغير وأداء ما عليه من الدين وإحراز ما من شأنه حفظ حقوق موكلها والمنازعة في الحوز والقيام على مدينه وتعمير ذاته بالقدر الضروري لإنعام ما وكلت عليه. ويمكن له على هذا الأساس تمثيل الدائنين لدى المحاكم طبقاً لأحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

وبقى مسir هذه الشركات في جميع الصور خاضعاً لجملة من الواجبات الهمة حيث يحظر عليه إفشاء الأسرار التي أطلع عليها بموجب وظائفه باستثناء الحالات المرخص فيها بمقتضى القانون وإلا تعرض للعقوبات المقررة بالفصل 254 من المجلة الجنائية. ووضع المشرع عقوبة جزائية (قدرها ثلاثة آلاف دينار) لكل مسir لشركة استخلاص الدين يتولى الإذن أو يقوم بالsusque ليجلب الحرفاء المدينيين سواء بالتوجه مباشرة أو بواسطة ممثل أو بإرسال موكل لمقر إقامة شخص أو مكان عمله أو راحته أو علاجه أو بمكان عمومي. كما يعاقب كل مسir مؤسسة استخلاص الدين

وتحد شركات استخلاص الدين شركات أسهم خاضعة لأحكام المجلة التجارية ما لم تتعارض مع أحكام هذا القانون.⁽¹⁾

وتتلخص وظيفة هذه الشركات في شراء الدين لحسابها الخاص أو أنه تكلف باستخلاصها لحساب الغير. ولا يمكن لرأس مال شركات استخلاص الدين أن يقل عن مبلغ ثلاثة ألف دينار مهما كان حجم نشاطها. ولا يمكن في أي وقت أن تتجاوز قيمة شراء الدين التي تملكها شركة استخلاص الدين خمس مرات مبلغ الأموال الذاتية للشركة كما هي مبينة بالقانون عدد 112 لسنة 1996 المؤرخ في 30 ديسمبر 1996 والمتعلق بظام المحاسبة للمؤسسات.

وبقى عمليات إحالة الدين والاستخلاص لحساب الغير التي تقوم بها شركة استخلاص الدين خاضعة لأحكام مجلة الالتزامات والعقود والمجلة التجارية فيما يتعلق بقواعد إحالة الدين والوكالة ما لم تتعارض مع أحكام هذا القانون، فهي وكالة إن كانت استخلاص لصالح الغير وهي إحالة إن أحيلت الدين إلى الشركة، ولا يمكن لهذه الشركات شراء جميع الدين بل إن الدين التي يمكن لشركات استخلاص الدين شراؤها هي الدين التي حل أجلها ولم يقع خلاصها وكان مقدارها محدداً وذلك بقطع النظر عما إذا كان تلك الدين سند تعاقدي أو غيره أو ما إذا كانت موقتاً بسندات دين أو غيرها. ولا يمكن لشركات الاستخلاص شراء الدين البنكية إلا إذا تجاوزت مدة التأخير في تسديدها أصلاً وفائضاً ثلاثة وستين يوماً من تاريخ حلولها وتم بشأنها تكوين المدخرات اللازمة من قبل البنك. وإذا كانت الدين ناتجة عن الحسابات البنكية فإنه يمكن إحالتها لشركات استخلاص الدين من تاريخ الإعلام بالفضل بخصوص الحسابات الجارية أو بوقف الحساب بخصوص حسابات الإيداع. على أن لا يقبل أي طلب بصلاح هذه الحسابات ولو كان لمجرد الغلط أو السهو أو التكرار إذا كانت التقييدات راجعة لأكثر من ثلاثة أعوام ما لم يكن العريف المدين أو البنك قد أبدى احترازات في هذا الأجل بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ.

ولا يمكن لأي شخص الجمع بين إدارة أو تسيير أو التصرف في شركة استخلاص الدين وإدارة أو تسيير أو التصرف في بنك أو مؤسسة تأمين أو مؤسسة مالية. (الفصل 8 من القانون).
(1) يخضع تعاطي هذا النشاط لترخيص من وزير المالية بعدأخذ رأي البنك المركزي التونسي، وقد ضبطت شروط الترخيص وإجراءاته بأمر. كما أنه من الممكن سحب الترخيص بقرار من وزير المالية بعدأخذ رأي البنك المركزي التونسي سواء بطلب من الشركة المعنية أو إذا لم تشرع الشركة في نشاطها بعد مضي ستة من تاريخ حصولها على الترخيص أو إذا لم تعد الشركة تستجيب للشروط التي منع من أجلها الترخيص. وفي الحالتين الآخرين يقع التنبية على الشركة قبل سحب الترخيص. وفي صورة سحب الترخيص يجب على الشركة المعنية إنهاء نشاطها في أجل أقصاه ستة من تاريخ سحب الترخيص على أن ينحصر نشاطها خلال هذا الأجل في العمليات الازمة لتصفيتها. ويمكن التمديد في هذا الأجل بقرار من وزير المالية بناً على طلب معمل.

تلك المؤسسات بباب انتقال الالتزامات. فتفترض الحوالة في بعض الأحيان نشأة التزام جديد بين المعال عليه والمعال له (الفصل 231 م.أع) وتتضمن معنى الإنابة في الوفاء أو إحالة الدين، ويكتفى في الحلول بإحلال طرف ثالث في علاقته قانونية قائمة سواء بمعنى من الدائن أو المدين، ولا يحل الدائن في الحلول إلا بالقدر الذي دفعه للدائن الأصلي حيث إن هدف الحلول هو الوفاء بالحق للدائن الأول، في حين أنه يمكن في الإحالة المطالبة بكمال الدين من المدين مما كان المبلغ المعال حيث إن الإحالة عادة ما تبني على المضاربة والريع، فيشتري الدائن الحق بأقل من حقه ربما بسبب نزاع أو بسبب عدم استحقاق الحق حيناً ويطالب المدين بكمال الحق موضوع الالتزام. وبذلك يختلف الحلول عن الحوالة وعن الإحالة⁽¹⁾. وتبدو شروط الحلول كذلك مرنة أكثر مما هي عليه بالنسبة إلى الإحالة. فإذا كان مصدر الإحالة هو الاتفاق، فإن المصدر في الحلول قد يردد إلى الاتفاق والقانون. وإذا كان إعلام المدين ضروري بالنسبة إلى الإحالة، فإن الحلول لا يوجب الإعلام في حالة إذا كان بمعنى من المدين أو بمعنى القانون. وتنتقل الضمانات وجوباً إلى الدائن الجديد بالنسبة إلى الحلول على خلاف الصورة في الإحالة.

فلا يقوم الحلول إلا بمقتضى العقد أو القانون. فيمكن أن يقوم الحلول بارادة الدائن (الفصل 224 م.أع)، كما يمكن أن يقوم بارادة المدين (الفصل 225 م.أع). فقد نص الفصل 224 م.أع فيما يخص الحلول بارادة الدائن على أنَّ الحلول يتم بعدن «متى قيس الدائن دينه من النير وأحله محله فيما له على المدين من الحقوق والمطالبات والامتيازات والرهون العقارية ويجب أن تكون الإحالة صريحة حين قبض المال»⁽²⁾. ويتحقق من ذلك أن يقبض الدائن حقه من الغير ويحله محله إزاء المدين ويحرر في ذلك عقد. ولم يشترط المشرع ضرورة مصادقة أو موافقة المدين، بل أشار إلى وجوب الإعلام فيها على معنى الفصل 205 م.أع، وهو ليس شرط صحة وإنما مجرد إجراء ضروري حتى يتم التخلص إلى الدائن الحال وليس إلى الدائن الأصلي. ونص الفصل 225 م.أع على صورة الحلول بارادة المدين قوله إنَّ «الحلول المذكور بالعقد يتم أيضاً إذا افترض المدين ما عليه من شخص لأداء دينه وأحاله على ما لدىئه من الضمانات في ذلك الدين، وهذا الحلول يتم بغير رضاء الدائن، فإن امتنع من قبض ماله سلمه المدين

بنفس الخطية عند شراء أو قبول توكيل على دائن عرض عليه بواسطة ويعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها عشرة آلاف دينار كل مسیر لشركة استخلاص الدينون يعتمد استخلاص دين دون أن يكون مرجحاً له. ويحظر على كل مسیر شركة استخلاص الدينون إنشاء خلط أو جمع بين نشاطها وبين وظيفة مأمور عمومي. كما يحظر عليه استعمال وثائق أو كتائب تتشابه مع وثائق وكتائب قضائية أو غير قضائية قصد الحصول على خلاص دين وفي صورة مخالفته لهذا الإجراء فإنه يستهدف للعقوبات المنصوص عليها بالفصل 292 من المجلة الجنائية.

المبحث الثاني: القواعد الخاصة في انتقال الالتزام
أوردت مجلة الالتزامات والعقود حالات خاصة في انتقال الالتزام، وهي حالة الحلول الشخصي *subrogation* (الفقرة الأولى) والحوالة *délegation* (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الحلول الشخصي

الحلول العيني أن يحل مال جديد مكان مال قديم في نفس نظامه. ويشترط في الحلول العيني أن تترافق للشخص الواحد مجموعات من الأموال أو أكثر، مثل الوارث الظاهر أو الوارث بشرط الجرد أو الملكية المشتركة بين الزوجين، وأن يخرج مال من إحدى المجموعتين ويدخل مال بدلًا عن المال الأول. فمقتضى الحلول العيني ولازمه أن يقوم الواجب في رد مجموع المال إلى مال مخصص لمنفعة محددة، فيخضع المال الجديد لنفس نظام المال القديم، كما في صورة هلاك المراهون أو انتزاعه فيجعل التعويض حلوأً عيناً مكان المال الأول. ووجه هذا النظام أنه لا يؤخذ به إلا إذا وجد النص القانوني الخاص كما في صورة الفصل 209 م.ج.⁽¹⁾. فلا وجود لمبدأ عدم بنظام الحلول العيني وإنما هي حالات خاصة ترد في نصوص خاصة⁽²⁾.

أما الحلول الشخصي فهو وسيلة تأمين بحلول حق شخصي مكان حق شخصي آخر. وقد أورد له المشرع التونسي نظاماً بالفصل 223 إلى 228 م.أع. ويتميز الحلول الشخصي عن إحالة الحق *cession de créance* وعن الحوالة *délegation*، وإن جاءت

(1) نص الفصل 209 م.ج. على ما يلي: «يسحب الرهن قانوناً إذا تعيب المراهون أو هلك على ما يجيء منه أو من توابعه وعلى ما يوحد من العرض عن ذلك التعيب أو الهلاك كما يسحب الرهن على ما يوحد من العرض عن انتزاعه للمصلحة العامة وللدائني أن يتخد الوسائل التي يراها لحفظ حقه في العرض».

(2) علي كحليون: القانون العقاري الخاص، نشر مركز النشر الجامعي، 2009، ص 169 وما بعد.

(1) محمد بقق: الحلول الشخصي أداة اتمان، المجلة القانونية، 1996، ص 55.

(2) ومثال ذلك سند القرض على معنى القانون عدد 52 لسنة 2000 المؤرخ في 11 ماي 2000 المتتعلق بسداد القرض، الرائد الرسمي 12 ماي 2000، عدد 1012، ص 38. وعقود إحالة أو رهن الدينون المهنية على معنى القانون عدد 92 لسنة 2000 المؤرخ في 31 أكتوبر 2000، الرائد الرسمي 3 نوفمبر 2000، عدد 88، ص 2881.

المحال له^(١). وتسمى لدى البعض بالإئابة وتسمى لدى البعض الآخر بالتفويض^(٢)، في حين استقر الرأي على تسميتها بمجلة الالتزامات والحقوق بالحالة تأثيراً بالفقه الإسلامي^(٣):

ولم يعترف التشريع الفرنسي بحالة الدين أي أن يتقلَّ الدين من مدين إلى مدين، فما كان يعترف به في القانون الفرنسي هو أنَّ استبدال مدين بمدين يجب أن يتم بموافقة المدائن، سواء حصل معها تجديد أو لم يحصل. علماً أن التجديد هو استبدال مدين أو دائن في العلاقة الثلاثية بموافقة الجميع مع نشأة التزام جديد بمواصفات جديدة وانقضاء الالتزام الأول. وهذا هو معنى الحالة بالقانون الفرنسي. وهي في نهاية الأمر شكلٍ من أشكال الإئابة أو الوكالة في الوفاء.

وفعلاً لم تورد مجلة الالتزامات والعقود نظاماً خاصاً بإحالة الدين، تأثيراً بتجهيز القانون الفرنسي، ولكنها أوردت نظاماً خاصاً بالحالة تأثيراً بالفقه الإسلامي^(٤)، بالفصل 229 إلى 239 م.أ.ع. ونص الفصل 229 م.أ.ع على أنَّ «الحالة عبارة عن نقل مال الدائن من الحقوق على مدينه لشخص آخر وفاء بما عليه لذلك الشخص وتنعقد الحالة أيضاً إذا كلف أحد غيره بأداء دينه ولو لم يكن للمكلف دين في ذمة ذلك الغير». ومن ثم فإنَّ الحالة يمكن أن توفر إذا كلف المدين الغير بدون توفر علاقة مالية سابقة بينهما لأنَّ يدفع للدائن حقه أو يكون لهذا المدين حق في علاقته بهذا الغير ويكتفي بأنَّ يدفع ذلك الحق لدائنه. وتتوفر الحالة كذلك إذا نقل الدائن حقه على مدينه إلى شخص آخر وفاء إزاء هذا الشخص الأخير. فيتغير المدين في الحالتين الأولى والثانية ويتحسن الدائن في الحالة الثالثة. فهي إما أن تكون من قبيل إحالة حق إذا أحال الشخص ما له من حق لشخص آخر وفاء بالدين الذي عليه لفائدةه أو تأخذ طبيعة إحالة الدين إذا كلف المدين غيره بالوفاء بين أيدي الدائن سواء كانت بينهما علاقة مالية أو لم تكن، وفي ذلك يكمن تأثير مجلة الالتزامات والعقود بـأحكام الفقه الإسلامي^(٥).

(١) حاتم الرواتي، المرجع السابق، ص 335.

(٢) نائلة عثمانى: الحالة في مجلة الالتزامات والعقود، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة، كلية الحقوق بتونس، 1998.

(٣) الحالة مشروعة بالسنة والاجماع، وقد ميز العقيدة بين الحالة المطلقة وهي أن يحيل شخص غيره على مدينه دون أن يقيده بالدين الذي عليه ومقيدة وهي أن يحيل شخص غيره على مدينه ويقيده بالدين الذي عليه.

عبد الرزاق السنورى، المجلد الثالث، ص 420 وما بعد.

(٤) حاتم الرواتي، المرجع السابق، ص 337.

(٥) تعرف الحالة بالفقه الإسلامي بأنها «نقل الدين من ذمة الشحيل إلى ذمة المحال عليه» وهي من قبيل التصرفات التي لا تحتاج إلى إيجاب وقبول بين المحبيل والممحال إليه، والمدين في ذلك هو المحبيل والدائن هو المحال إليه، فهي بالأساس إحالة دين، ولا تحتاج أصلاً إلى موافقة المحبيل عليه.

لصندوق الأمان بصورة صحيحة». وقد أوقف الفصل 225 م.أ.ع صحة هذا الحلول على شروط ثلاثة، أن يكون القرض والوصول بكتب ثابت التاريخ وأن يصرح برسم القرض بأنَّ المبلغ المقترض إنما هو لأداء الدين وأنَّ المدين يحيل بوجه صريح للدائن الجديد القسميات المنجمولة للدين القديم. واضعف أنَّ هذا الحلول يتم بدون رضاء الدائن ويتوقف على توفر الشروط الثلاثة.

وكما أنَّ الحلول يمكن أن يستند إلى الاتفاق، نص الفصل 226 م.أ.ع على جملة من الصور يتم فيها الحلول بصفة قانونية، فيحل الدائن قانوناً إذا أدى مال دائن آخر مقدم عليه بسبب امتيازاته وررهونه ولو كان متآخراً عليه في التاريخ ويحل المشتري قانوناً إلى حد ثمن مشتراه إذا دفع هذا الثمن في خلاص أصحاب دين كان العقار مرهوناً تحت بدهم ويحلَّ من أدى ديناً كان مشتركاً فيه مع المدين قانوناً ويحلَّ قانوناً من أوفي بدين لمصلحة له ولو لم يكن مطلوباً به.

والملخص في جميع ذلك هو أنَّ يحل دين محل دين آخر سواء اتفاقاً أو قانوناً بإرادة الدائن أو بإرادة المدين، وهو في نهاية الأمر وسيلة تؤمن تمكن من حللاص الدين. فهو حلول شخصي بمعنى أنَّ يحل حق شخصي مكان حق شخصي آخر، وبذلك يتميَّز عن الحلول العيني الذي يحمل إلى حلول مال مكان مال آخر في نفس نظامه.

ولكنَّ الحلول الشخصي يحمل كذلك إلى انتقال الالتزام بجميع ضماناته وتواضعه وانقضاء حق الدائن الأول. لذلك أورد المشرع أحكام الحلول بالباب المتعلق بانتقال الالتزام، وكان من الممكن كذلك الإشارة إلى الحلول في باب الوفاء بالالتزامات. وقد وجد الفقه من أجل ذلك صعوبة في تكيف الحلول، فكيف يعد الحلول وفاء بالحق فيقضى به حق الدائن الأول وفي نفس الوقت ينتقل الالتزام بجميع صفاته وتواضعه وضماناته إلى الدائن الجديد؟ وقد قيل في البداية أنَّ الحق ينقضى وما يبقى فقط هي التأمينات التي تنتقل إلى الدائن الجديد، ثم سرعان ما مارجع الفقه إلى فكرةبقاء الحق نفسه انفراضاً وانتقاله إلى الدائن الجديد بالرغم من الوفاء بالحق. ولكنَّ الفقه لم يأخذ أخيراً بفكرة الافتراض وجعل الحلول على حقيقته في أنه وفاء بالنسبة إلى الدائن ولكنه انتقال بالنسبة إلى المدين حيث إنَّ المدين لم يوف الحق إلى الدائن وإنما أداه غيره، الدائن الجديد، فضالله منه أو نيابة عنه حسب الصور.

الفقرة الثانية، الحالة^١

الحالة هي «العملية القانونية التي يطلب بمقتضاهما شخص يسمى المحيل من شخص آخر يدعى المحال عليه الالتزام بأداء ما أو القيام به لحساب شخص ثالث هو

ويشترط في الحوالة أهلية التصرف، فمن ليست له أهلية التفويت ليست له الحوالة⁽¹⁾. ولا تصح الحوالة إلا إذا كان كل من الديدين صحيحاً فأنونا يعني أن لا يكون الدين محل نزع أو باطلأ أو قابل للإبطال أو الفسخ. ولا تصح الحوالة أيضاً في الحقرق المشكوك في حصولها، وهي الحقوق الاحتمالية⁽²⁾. ولكنه لا يلزم في صحة الحوالة أن يكون الدينان متساوين في القدر أو متماثلين في السبب⁽³⁾. وتكون الحوالة باطلة إذا كان القصد منها التأثير على الأخصاص المحاكم.

لكنّه يجب الإشارة إلى أنّ الحوالة إذا كانت بتكليف الغير بأداء عمل معين إلى طرف ثالث دون أن تكون بين الأطراف علاقة مالية سابقة تعدّ الحوالة بمثابة الوكالة أو الإنابة في هذه الصورة على معنى الفقرة الأخيرة من الفصل 229 م.أ.ع. وإذا كانت الحوالة من حيث المبدأ لا تشتّرط موافقة المحايل عليه، فإنه من الممكن واقعياً أن ترد موافقة المحايل عليه بالاتفاق كما في صورة أن يكلف المحايل شخصاً عيناً بنقل هدية لطرف ثالث أو في صورة تكليفه بأداء الدين حتى لو كان له علاقة مالية مع المحايل، كما في صورة أن يكلّف المحايل له المحايل عليه، وقد باع له شيئاً، بأن يدفع الثمن إلى دائن المحايل. كما يصح في كلّ وقت وفي غير تلك الصورة لجميع الأطراف أن يتقدّموا على شكل الحوالة، كاملة أو ناقصة، وقد يتوفّر بالحوالة موافقة جميع الأطراف ولو أن ذلك ليس شرط صحة في الحوالة.

بـ-آثار الحوالة

تشبه آثار الحوالة بالأثار العامة في انتقال الالتزام، ولذلك تكون الحوالة وسيلة لنقل حقّ من ذمة مالية إلى أخرى، حيث تنتقل جميع الحقوق والواجبات إلى المحايل له بما في ذلك الامتيازات ودعوى البطلان والفسخ وفوائض الديون باستثناء الرهون وتنقل عيوب المحايل⁽⁴⁾. ويجوز إعلام المدين لأخذ الأسبة وإذا أدى المدين دينه إلى الدائن الأول قبل إعلامه برثى ذمته⁽⁵⁾. وللمحايل عليه أن يتعين على المحايل له بجميع الأوجه التي كان يمكنه الاحتجاج بها على الدائن المحايل ولو أن يعارضه ولو بالأوجه المتعلقة بذات المحايل⁽⁶⁾.

(1) الفصل 230 م.أ.ع

(2) الفصل 232 م.أ.ع

(3) الفصل 233 م.أ.ع

(4) لفصل 237 م.أ.ع

(5) لفصل 237 م.أ.ع

(6) الفصل 234 م.أ.ع

ويمكن أن تكون الحوالة كاملة كما يمكن أن تكون ناقصة، فإذا بقي المحايل مطلوباً مع المحايل عليه أي لا تبرأ ذمة المدين ويصح للدائن الرجوع على الأول أو الثاني كانت ذات أهمية بالنسبة إلى الدائن، وقد اعتبرت بمثابة الضمان للدائن الجديد وترقي إلى مستوى التأمين الشخصي، أما إذا كان من أثر الحوالة براءة المحايل ومنع حق الرجوع، كانت الحوالة كاملة novatoire أو ذات مفعول تجديدي délégation parfaite أو ذات آثارها (أ) وأثارها (ب).

أ-شروط الحوالة

يشترط في الحوالة الشروط العامة في الاتفاق من رضا وأهلية وموضوع وسبب. فلا تصح الحوالة إلا إذا كانت بلفظ صريح فلا تثبت بغلبة الظن⁽¹⁾. يعني أنه لا يمكن استخلاص الرضا من التصرف المادي ولا يمكن افتراض الحوالة، ويقى شكل العقد رهين موضوع العملية وما تقتضيه من ضوابط شكلية حسب القواعد العامة. وتتم الحوالة بين المحايل والمحايل له بدون حاجة إلى رضاء المحايل عليه، فالحوالة عقد «تم إذا ارتضاه المحايل والمحايل له ولو من غير علم المحايل عليه»، وذلك هو الأصل بمجلة الالتزامات والعقود، ولكن إذا «كان بين المحايل له والمدين المحايل عليه عداوة فالحوالة لا تصح إلا برضاء المحايل عليه ولو أنه أن يمتنع من قبولها»⁽²⁾.

وقد روى الإمام البخاري ومسلم عن أبي هريرة أنّ الرسول صل الله عليه وسلم قال «مطلب الفتى ظلم وإذا أتيت أحدهم على مليء فليتبع». معنى ذلك أن المدين بإمكانه أن يحل الدائن على مليء، قيسوفي منه حقه، وذهب البعض إلى وجوب قبول الإحالة من قبل المحايل إليه وليس له أن يرفضها، وذهب البعض الآخر إلى معنى الاستحساب في الحوالة، لكن القاعدة الهامة في ذلك أن رضاء المحايل عليه غير واجب، وما يفترض هو رضاء المحايل والمحايل له لا غير، ويصح الفقه شرط التمايل في المال من حيث الجنس والتقدير والاحلو والتجلى والجودة والرداة، فلا يصح إحالة الدائن ليستوفي ما له من الفضة وقد دفعها من الذهب ولا يصح إحالة الدائن لمال مزجل وكان حقه قابلًا للقبض، وإذا صحت الحوالة برثى ذمة المحايل ولا يصح للمحايل له أن يرجع على المحايل إن مات أو أفلس المحايل عليه، وذلك هو قول الجمهور على خلاف المالكية وبعض من الحنفية فصح الرجوع في حالة الإفلاس والموت.

اليد السابق: فقه السنة، المرجع السابق، ص 157 و 158.

(1) الفصل 230 م.أ.ع

(2) الفصل 231 م.أ.ع

يبدو أن الفصل 231 قد تأثر برسوخ بأسهام الفقه الإسلامي، فقد جاء بالبهجة في شرح التحفة للتسولي، ج 2 ص 55 أن «المحايل عدم اشتراط رضى المحايل عليه على المشهور إذا لم تكن هناك عداوة بين المحايل له والمحايل عليه، وإن لم تصح».

المدين داته على مدين آخر يتلزم له بدينه كان بذلك تبديل العقد إن صرخ الدائن بأن مراده إبراء مدته المتعجل وترك الرجوع عليه⁽¹⁾، وبنا على الصورة المقررة بالفصل 363 م.أع تبرأ بالحالة ذمة المتعجل ولا يرقى للدائن رجوع عليه إذا تعسر حال المدين المحال عليه إلا إذا كان المحال عليه حين الإحالة مفلاً والدائن لا يعلم بذلك (الفصل 364 م.أع). وإذا قبل المدين الحالة فلا يسوغ له أن يعارض الدائن الجديد الذي قبل الدائن عن حسن نية ويحتاج عليه بما كان له أن يفتح به على الدائن الأول وإنما له الرجوع على هذا الدائن فقط لكن له أي المحال عليه أن يعارض الدائن الجديد بما يتعلق بأهلية الشخص إذا كان لتلك المعارضات أصل وقت قبول الحالة وأنه كان يجهل ذلك إذا (الفصل 365 م.أع).

وإذا اشترط المتعجل له الرجوع على المتعجل أو لم تكن رغبته صريحة في التجديد بقى الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام القديم ولا تبرأ ذمة المتعجل.

أما في علاقة المتعجل بالمحال عليه، إذا كانت قائمة على مديونية سابقة أي أن المتعجل عليه مدين للمتعجل، فلا يحق الرجوع على المتعجل إذا قصد التجديد وإذا لم يقصد التجديد رجع عليه في حدود ما تقضيه أحكام الوكالة. وإذا لم تكن بينهما علاقة مالية رجع المحال عليه على المتعجل بدعوى الوكالة إذا لم تكن نيته التبرع ولذلك أورد المشرع صراحة بالفصل 239 م.أع أنه «للمحال له» (ومقصود هو المحال عليه) حق الرجوع على المتعجل بقدر المال الذي دفعه حسبما تقضيه قواعد الوكالة إن لم يكن مديينا للمتعجل⁽²⁾.

وينشا في علاقة المحال عليه بالمحال له التزام جديد يقطع مع الالتزامات السابقة إلا إذا اشترط الأطراف ما يخالف ذلك أي إلا إذا انفق الأطراف على إمكانية الرجوع على المتعجل عليه فتكون الحالة غير مبررة للمحال عليه.

وعلى ذلك الأساس، وإذا كان المحال عليه طرفاً في الالتزام، فإذا تكرر الاتفاق مع أكثر من طرف وتعدد الدائنين، فلا يعتمد بتاريخ الإعلام لفصل التزاع وإنما يعتمد بتاريخ الحالة باعتبار أن المتعجل عليه كان طرفاً بالاتفاق⁽³⁾، فإذا وقعت الحالة لشخصين على مدين واحد تقدم الأسبق تاريخاً على الآخر. فإن وقفت لهما في يوم واحد وتعذر تعين الساعة قسم المال بين الغيريين كل على نسبة دينه.

(1) أورد الفصل 237 م.أع أن الفصل 207 م.أع ينطبق على أحكام الحالة معنى ذلك أنه في حالة تراحم الدائنين يعتمد بأسقية الإعلام، واعتمد الفصل 238 م.أع سبق التاريخ لحسم التزاع بين الدائنين في تعدد الدائنين. والحقيقة أنه لا تناقض بين الفصلين حيث يعتمد بأسقية الإعلام لحسم التزام في صورة إذا لم يكن المحال عليه طرفاً بالاتفاق، أما إذا كان طرفاً يعتمد بأسقية التاريخ في العقد.

والأصل أن تبرأ الحالة ذمة المتعجل، فإذا صحت الحالة برثت ذمة المتعجل من حيث المبدأ إلا إذا اشترط بالعقد ما يخالف⁽⁴⁾ (ولكن الحالة، كما تكون كاملة على ذلك المعنى، يمكن أن تكون ناقصة بمعنى أن لا تبرأ ذمة المتعجل، فلا تبرأ ذمة المدين إذا ورد الشرط صريحاً في ذلك)، ولا تبرأ ذمة المتعجل قانوناً وللمحال له حق الرجوع عليه بجملة المال المحال به وتوابعه إذا سقط أو ألغى الدين المحال به تكون القانون أولى بفسخه أو إبطاله. وفي حالة الاتفاق على انتقال الرهن إلى المحال إليه أو إذا كان الدائن الجديد بحسن نية أو إذا ثبت المحال عليه أنه وفي بالدين قبل علمه بالحالة وإذا دفع شيئاً للمتعجل بعد علمه بالحالة بقى مطلوباً للمحال له على أن يرجع بما دفع على المتعجل⁽²⁾.

وما يميز الحالة بمجلة الالتزامات والعقد أنه إلى جانب كونها إحالة حق على ذلك النحو فهي في نفس الوقت إثابة أو تركييل بالوفاء. وإذا كانت من حيث المبدأ لا توجب موافقة المحال عليه ويقع الاتفاق صريحاً بمجرد الاتفاق بين المتعجل والمتعجل إليه وتقع الآثار العامة على شاكلة انتقال الالتزام بشكل عام على ما تقدم من تفصيل، فإنه قد لا يكون منثر الحالة انتقال الحق وإنما نشأة التزام جديد إذا كانت بتكليف الغير بأداء عمل معين لدى طرف ثالث دون أن تكون هناك علاقة مالية سابقة، كما أن يكلف شخص متعجل شخصاً آخر متعجل عليه بأن يؤدي لطرف ثالث مبلغاً على وجه القرض، وعلى شرط أن يرضي المحال عليه مسبقاً بالاتفاق، فتكون موافقة المحال عليه مضمنة بالأوراق إلى جانب موافقة كل من المتعجل والمحال له.

ويمكن كذلك، في هذه الصورة، أن يتفق الأطراف على جعل الحالة كاملة ذات مفعول تجديدي بمعنى أن تبرأ ذمة المتعجل تماماً أو ناقصة مجردة فيبقى الالتزام الأول إلى جانب الالتزام الثاني. والأصل أن تبرأ هذه الحالة في علاقة المتعجل بالمحال له ذمة المتعجل إلا إذا اشترط المتعجل له ما يخالف ذلك⁽³⁾ أو توفر الاستثناءات القانونية على ما تقدم. لكن التجديد لا يحصل إلا إذا كان صريحاً أي أن يصر الدائن بأن مراده إبراء مدته المتعجل وترك الرجوع عليه⁽⁴⁾. ففي هذه الصورة ينشأ التزام جديد وينقضى الالتزام الأول.

وعلى ذلك الأساس أوردت الفصول 363 و 364 و 365 م.أع الآثار القانونية في الحالة ذات المفعول التجديدي حيث نص الفصل 363 م.أع على أنه «إذا أحال

(1) الفصل 235 م.أع

(2) الفصل 236 م.أع

(3) الفصل 235 م.أع

(4) الفصل 363 م.أع

العنوان الرابع

انقضاء الالتزام

لكل التزام نهاية، وهذا ما يميز الحق الشخصي عن الحق العيني، فإذا كانت معظم الحقوق العينية لا تنتهي ومن طبيعتها الخلود، كما هي الصورة بالنسبة إلى حق الملكية⁽¹⁾، فإن جمجم الحقوق الشخصية يجب أن تصل إلى نهاية معينة ولا يمكن أن يكون الحق الشخصي أصلاً حتاً خالداً⁽²⁾.

لذلك نص الفصل 339 م.أ.ع على أن الالتزامات تنتهي بأحد الأوجه الآتية الوفاء بالالتزام وتعذر الوفاء به والإبراء الاختياري واستبدال الالتزام بغيره والمقاصة واحتلاط الذمة ومضي مدة القيام بالحقوق والإقالة الاختيارية.

ويمكن رد هذه الأسباب الثانية في الانقضاء إلى التصرف القانوني أو الواقعة القانونية مثل مصادر الالتزام، فتدخل كل من اتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقادم والمقاصة في باب الواقع القانوني وإن كانت المقاصة مختلطة بين التصرف والواقع. كما يدخل الوفاء والتجديد والإبراء والإقالة في باب التصرف القانوني، وإن كان الوفاء واقعة مختلطة بين التصرف والواقع، لكنه يرده عادة إلى فئة التصرفات.

على أنه يجب التمييز بعيانة بين انقضاء العقد وأنقضاء الالتزام، فكما أن الالتزام يختلف عن العقد من حيث الأثر، فإنه من المطلوب كذلك التمييز بين انقضاء العقد وأنقضاء الالتزام، وإن كان من الممكن أن تشتبه الصورتان من حيث الواقع، حيث غالباً ما يكون سبب انقضاء الالتزام هو نفسه سبباً لانقضاء العقد. ولكن القاعدة غير ذلك، مما ينافي به الالتزام لا ينافي به ضرورة العقد.

وقد جعل المشرع من خلال هذه الحالات المنصوص عليها بالفصل 339 م.أ.ع الأداء سواء بصفة عينية أو بمقابل هو الأساس في انقضاء الالتزام، لكنه وضع كذلك جملة من الحالات تقوم مقام الوفاء، وهي التجديد novation والمقاصة compensation.

(1) حق الملكية هو الحق الخالد تعرضاً ويبقى حتى الارتفاق إذا لم تحد في المدة، ولكن حتى الارتفاع يتنهى بالوفاة.

(2) لذلك لا يعترف القانون المدني بالعقود المؤبدة والأجل هام في عقد الكراء، فحتى لو لم يحدد الأطراف أجلاً معيناً في ذلك وضع المشرع قواعد استفائية في ذلك. وكذلك في غيره من العقود المسامة وغير المسامة.

وبذلك، يظهر امتياز الحالة في القانون التونسي في أنها في نفس الوقت إحالة حق وإنابة وفاء ويمكن أن يكون لها مفعول تجديدي أو أن تكون ناقصة. وإذا كانت الأولى تنتهي بانتقال الالتزامات على صيغته وأوصافه الأولى فإن الثانية قد يكون فيها معنى الوفاء وانقضاء الالتزامات إذا اقتربت بمعنى التجديد.

ولكن الهم في جميع ذلك هو أن الحالة تعد وسيلة تأمين شخصي كلما تقرر العمل بالحالة غير المبرأة للدين، فللدان حق مطالبة المدين المحال عليه ويمكنه في نفس الوقت مطالبة المحيل عند الاقتضاء، فتوفر أمام الدائن الذمة المالية للمحال عليه والذمة المالية للمحيل وبإمكان الدائن استخلاص حقه في مواجهة الطرفين، وذلك هو معنى التأمين الشخصي. وما كان ذلك ليترفر في الحالة غير المبرأة.

والأغلب أن يقوم المدين بالوفاء بنفسه، وقد يلزم على الوفاء الشخصي في عدة صور تجد مصدرها في القانون أو الاتفاق أو طبيعة الالتزام، كما في صورة إذا انتهى النص الصريح أن يجري المدين التزامه بنفسه وحيثذا لا تصح النيابة ولو كان النائب أولى من المتوفى أو إذا كان هذا القيد يؤخذ من مفهوم طبيعة العقد أو من الأحوال الخاصة به ككون الملتزم له مهارة شخصية كانت أحد أدسابر التعاقد⁽¹⁾.

لکنه إذا لم يتوفى القيد قانوناً أو اتفاقاً أو طبيعه، يمكن للمدين أن يكفل من ينوبه في الوفاء نيابة عامة أو خاصة على معنى القواعد العامة في باب الوكالة⁽²⁾. وينوب القاصر في الأداء وليه أو وصيه أو مقadem حسب الصور⁽³⁾. كما ينوب المحجور عليه لفسه أو جنون أو ضعف في العقل المقدم⁽⁴⁾. وينوب الذوات المعنية ممثلها القانوني⁽⁵⁾.

كما أنه يجوز الوفاء من طرف شخص ليس مكلفاً أصلاً من قبل المدين وخارج إطارأهلية الأداء في حق القصر والمحجورين، سواء كانت له مصلحة في الوفاء، مثل المدين المتضامن والمدين في دين غير قابل للقسمة والكفيل والحاiz للعقار أو لم تكن له مصلحة في ذلك مثل القريب أو الصديق أو الشريك أو غيرهم. ولكن إذا كان الوفاء من طرف شخص له مصلحة في الوفاء لا يصح للدائن أن يرفض الوفاء ولا يطلب رضاه المدين أصلاً في هذه الحال، بحكم قيام الواجب القانوني في مواجهتهم على الوفاء ولهم حق الرجوع طبق قواعد دعوى الرجوع، وقد يكون الأساس في ذلك الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول⁽⁶⁾. ويقى للأطراف حق الاعتراض على الوفاء إذا لم يكن للغير مصلحة في الوفاء كما يمكن للمدين أو الدائن أن يقبل بالوفاء ولو كان تصرف هذا الغير فضولي له حق الرجوع إذا لم يكن متبرعاً وقد يكون الأساس في ذلك دعوى الفضال إذا لم يعارض المدين أو دعوى الإثراء بدون سبب إذا كان الوفاء مع معارضة المدين. لذلك نص الفصل 249 م.أ.ع على ما يلى: إذا كان الالتزام لا يقتضي أن الملتزم هو الذي يتممه بنفسه جاز للغير أن يتممه ولو بغير رضاء صاحب الحق لأجل

واتحاد الذمة confusion، وقد ينقضي الالتزام بدون وفاء لعدمه، كما في صورة استحالة التنفيذ impossibilité d'exécution والبراءة 1 والإقالة la résiliation والقادم la prescription extinctive. وبذلك ينقضي الالتزام بالأداء (المبحث الأول) أو بما يقوم مقام الوفاء (المبحث الثاني) أو بدون وفاء (المبحث الثالث).

المبحث الأول: الأداء

الأداء هو التنفيذ العيني للالتزام، أي الوفاء بالالتزام حسب طبيعته، وذلك هو الأصل (الفقرة الأولى)، لكنه يمكن في بعض الأحيان أن يكون الوفاء بمقابل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الوفاء

الوفاء هو أداء عيني للالتزام يحمل ضرورة إلى انقضاء الالتزام، «فينقضي الالتزام بأداء الدين للدائن على الصور المقررة بالاتفاق أو بالقانون»⁽¹⁾. فهو بذلك تصرف قانوني من آثاره نهاية الالتزام، ولا يصح الوفاء ولا يتنهى بانقضاء الالتزام إلا إذا توفرت به شروطه⁽²⁾ وأمكن إثباته قانوناً (ب)⁽³⁾.

أ-شروط الوفاء

يجب أن يقوم المدين أو من يمثله بالوفاء ولفائدة الدائن أو من يمثله في موضوع الالتزام وفي مكان وزمان التنفيذ ويشرط توفر الأهلية في الطرفين وتحميمهما مصاريف الوفاء. فللوفاء أطراف (1)، الدائن والمدين، مع ضرورة توفر الأهلية فيهما (2) وموضوع (3) ومكان وزمان (4) وتحميم على كل طرف المصاريف الالزمة للوفاء (5).

1-أطراف الوفاء

أطراف الوفاء هما الموفى من ناحية والموقى له من ناحية أخرى.
الموفى: «للدين أن يوفي بما التزم به إما بنفسه أو بواسطة غيره»⁽³⁾، وبالتالي يكون الوفاء إما عن طريق المدين نفسه أو عن طريق من يكلفه.

(1) الفصل 340 م.أ.ع

(2) يجب التذكير بأن الوفاء هو ذلك التنفيذ العيني الذي أشرنا إليه في باب تنفيذ الالتزام، وقد أشارنا خلاله إلى كيفية تنفيذ الالتزام هبها حسب طبيعته، سواء كان بالقيام بعمل أو عدم القيام بعمل. ويجب إضافة ما سترده في باب الوفاء إلى معنى التنفيذ العيني.

(3) الفصل 248 م.أ.ع

(1) الفصل 248 م.أ.ع
(2) الفصول 1104 وما بعده.
(3) الفصول 3 وما بعد م.أ.ع
(4) الفصول 153 م.أ.ش
(5) الفصل 5 ملأ
(6) قد يكون يكون الوفاء بالالتزام بموجب الحلول، وقد رأينا في باب أن الحلول، لا يسمى بانتقال الالتزام فقط بل يقوم كذلك على فكرة الوفاء. فإذا وفي الغير الدين بطريقة الحلول يحل محل الدائن حلولاً قانونياً أو اتفاقياً ويجوز له على ذلك الأساس الرجوع على المدين الأصلي طبق أحكام دعوى الحلول إذا لم يكن متبرعاً بطبيعة الحال طبق الفصول 223 م.أ.ع وما بعد.

يستفيد الدائن من القبض من حيث الواقع أو أن يكون الوفاء بإذن القاضي⁽¹⁾، خاصة في إجراءات العقلة التوفيقية متى يلزم العاقل تحت يده بدفع المبالغ قضاة للقائم بالتبع⁽²⁾. ويختلف إلى ذلك حالة الدفع إلى الدائن الظاهر، وهو الدائن الذي يحوز الحق فعلياً بالرغم من أنه ليس صاحبه. فكما أنَّ الحجز يمكن أن يتضمن حقوقاً عينية مادية يمكن كذلك أن يتضمن حقوقاً معنوية وكذلك الديون، فقد يظهر الغير وكأنه دائن بالرغم من غياب حقيقة هذه الصفة كما في صورة أن يتقلَّح حق إلى شخص معين ثم يتبيَّن بعد ذلك أنَّ الإحالة باطلة أو أن يرث شخص التركة ثم يتبيَّن بعد ذلك أنه غير وارث والأملاة كثيرة في ذلك. ولا يشترط أن يكون الدائن الظاهر عن حسن نية فقد يكون كذلك أو يكون عن غيره أي بسوء نية، فليس العبرة بشخص الظاهر، ولكن العبرة بشخص من تعامل مع الدائن الظاهر، فإليه توجهت عناية المشرع وافتضلت المصلحة حمايته مراعاة لحسن نيته، فيكون الوفاء في تلك الصورة صحيحًا حتى ولو تم لغير الدائن الحقيقي وإنما للدائن الظاهر، ويصبح في جميع الصور للدائن الحقيقي الرجوع على الدائن الظاهر بدعوى الإثراء بدون سبب مع غرم البصر عند الاقتضاء إذا كان الدائن الظاهر سيء النية، ولذلك نصَّ الفصل 252 م.أ.ع على أنَّ «إداء الدين صحيح لمَن يبيَّد حوزه إذا كان ذلك عن جهل كأدائه لوارث في الظاهر مثلاً ولو استحقت منه التركة بعد ذلك». وبذلك فإنَّ الوفاء، كي يبرئ الذمة، يجب أن يقع للدائن أو وكيله أو لغيرهما في حالات استثنائية، وهي حالة الاقرار والسكوت والاستفادة والإذن القضائي والدائن الظاهر، وخارج هذه الصور لا يعتد بالقبض إذا لم يقع لشخص الدائن أو وكيله.

2-أهلية أطراف الوفاء

يجب أن تكون للطرفين أهلية التصرف بمعنى أن يكون للطرفين سن الرشد وليس عليهم حجر، وتبقى المبادئ العامة الواردة في باب الأهلية (الفصول من 3 إلى 17 م.أ.ع) فاعلة في جميع الصور باعتبارها تمثل المبادئ العامة. فيجب الوفاء من قبل المدين بنفسه إذا كان راشداً أو غير محجور عليه أو وليه أو مقدمه أو وصيه إذا كان قاصرًا أو محجور عليه. ويكون الوفاء للدائن إذا كان راشداً وغير محجور عليه أو إلى وليه أو مقدمه أو وصيه إذا كان غير راشد أو محجور عليه. ويشترط فيمن يتصرف في حق القاصر أو المحجور عليه أن يراعي شروط أعمال التصرف وأعمال الإدارة والهبات، بمعنى أن يشترط الإذن المسبق في إتمام أعمال التفويت أو التصرف ويمنع إتمام الهبات ولو مع الإذن. وإذا أتى القاصر أو المحجور عليه العمل بنفسه فله أن

(1) الفصل 250 م.أ.ع
(2) الفصل 345 م.م.ت

خلاص المدين بشرط أن يكون عمل هذا الغير باسم الذي عليه الحق والإبراء ذمته. ولا يجوز إتمام الالتزام بغير رضا المدين والدائن معاً⁽¹⁾.
الموفي له: يجب أن يكون الوفاء لنفس الدائن أو لوكيله المأذون منه إذنًا. تام الموجب، أو للشخص المعين منه لقبض الدين⁽²⁾. وبالتالي يجب أن يقع الوفاء لشخص الدائن أو وكيله أو لشخص معين من طرفه.

فإذا توفر القيد قاتناً أو اتفاقًا أو طبيعة لا يصح الوفاء إلا إلى شخص الدائن، وفي غير تلك الحالات يمكن للدائن أن يكتفى من ينوبه في القبض نيابة عامة أو خاصة على معنى القواعد العامة في باب الوكالة⁽³⁾. ويجب أن يطمئن المدين لشخص الوكيل ويتأكد من هويته، فمن قدم توصيلًا من الدائن أو رسمًا يقتضي القبض حمل على أنه مأذون في قبول تنفيذ العقد إلا إذا كان المدين يعلم أو كان من حقه أن يعلم أنَّ ذلك الإذن لا وجود له في الواقع⁽⁴⁾. ففي هذه الصورة الأخيرة لا يتحقق الوفاء، وينوب القاصر في القبض كقاعدة عامة وليه أو وصيه أو مقدمه حسب الصور⁽⁵⁾. كما ينوب المحجور عليه لسفه أو جنون أو ضعف في العقل المقدم⁽⁶⁾. وينوب الذوات المعنوية مثلها القانوني⁽⁷⁾. وينتزل منزلة الوكيل في القبض عدل التنفيذ في تنفيذ الأحكام مع مراعاة أحكام الإجراءات المدنية في التنفيذ⁽⁸⁾، ودائن الدائن في الدعوى غير المبادرة⁽⁹⁾، وأمين الفلسة في إجراءات التفليس⁽¹⁰⁾. ويجوز أن يكون الوفاء بيداع المبالغ بحساب جاري باسم الدائن أو تحويلها إلى حسابه الجاري. فجميع تلك الأعمال تبرئ المدين إذا ما أنهيت دون خطأ.

ولكن الوفاء لمن ليس له وكالة من الدائن على القبض، على تلك الصورة لا يبرئ ذمة المدين إلا في حالات أوردها المشرع على وجه الحصر، وهي أن يمضى الدائن على القبض أي يصادق صراحة ويرضى بالقبض رضاء صريحاً ويفتر به ويعترض بالقبض أو أن يسكت بالرغم من علمه بالقبض، فيكون ذلك السكت علامه الرضا أو

(1) الفصل 249 م.أ.ع

(2) الفصل 250 م.أ.ع

(3) الفصل 1104 وما بعده.

(4) الفصل 251 م.أ.ع

(5) الفصل 3 وما بعد م.أ.ع

(6) لفصل 153 م.أ.ش

(7) الفصل 5 ملـع

(8) الفصل 287 م.م.م.ت

(9) الفصل 307 م.أ.ع

(10) الفصل 470 م.ت

به معينا نوعاً فقط فليس على المدين أن يعطيه من الأعلى كما لا يسوغ له أن يعطيه من الأدنى⁽¹⁾. وإذا كان الملزوم بأداء شينا معينا بذلك تبرأ ذمة المدين بتسليميه على الحالة التي هو عليها وقت العقد وعلىه خسماً ما تعيّب منه بعد ذلك التاريخ إذا كان العيب من فعل أو تقصير ينسب إليه على منتضى القراءد المقررة في الجنح وما أشبهها فإذا كان ممطلاً فحصل العيب أثناء ممطلاً⁽²⁾. وإذا كان الملزوم به من المثلثيات فليس على المدين إلا ما نص عليه في الالتزام قدرًا ونوعاً وصفةً مما كانت الزيادة أو النقص في قيمته، فإذا صارت الأشياء المتفق عليها مفقودة كان الخيار للدائن بين انتظار وجودها وفسخ العقد مع الرجوع بما يصرفه على ذلك⁽³⁾.

والقاعدة أن يحدد الالتزام طبيعة العملة محل الالتزام، حيث تكون طبيعة التقدّم موضوع التعامل، محلية أو أجنبية⁽⁴⁾، على حسب ما ورد بالالتزام، وفي صورة عدم ذكرها يعتمد بالعملة الرائجة في البلاد التونسية. فإذا وجب الوفاء بالبلاد التونسية وتعين الدين بتفوّد أجنبية ساغ الأداء بالتقود الرائجة بالبلاد التونسية رواجاً قانونياً إلا إذا صرّح بالعقد بأن الوفاء لا يكون إلا بتفوّد أجنبية. وتحويل هذه التقدّم يكون بمقتضى السعر الرائج بمكان الأداء يوم حلول الدين⁽⁵⁾. وإذا بطل التعامل بالتقود المعينة في العقد أو انقطع وقت حلول الدين كان أداؤه بالمسكوك المتعامل به في البلاد التونسية وبحسب ما لتلك التقدّم من القيمة النوعية وقت العقد⁽⁶⁾، وإذا كان اسم التقدّم المذكورة بالعقد يصدق على مسكونيات رائحة مختلفة القيمة ووقع الشك برئ ذمة المدين بأداء الدين

يطلب إبطاله بعد بلوغه سن الرشد وتبقى إمكانية المصادقة على هذه الأعمال واردة في ما يتجاوز المضرة أو المنفعة الممحضة للفاصل⁽¹⁾، ولا يصح للراشد خلافاً لذلك أن يتمسك بانعدام أهلية معاقدة⁽²⁾.

لكنّ المشرع أورد أحکاماً خاصة إلى جانب تلك المبادئ العامة في صورة إذا وقع الوفاء من مدين غير أهل للتفويت أو إلى دائن غير أهل للقبض مراعاة لطبيعة الوفاء، فإذا كان الوفاء بالالتزام من لبس له أهلية للتفويت وكان ذلك لا يضره انقضى به الالتزام ولا يجرز للدافع استرداده من الدائن الذي قبضه. معنى ذلك أن الوفاء في غياب أهلية التصرف لا يسمح للقاصر باسترداده ما دفع إذا لم يكن في ذلك مضرّة. ويكون الوفاء لمن ليس بأهل للتصرف صحّحاً إذا أثبت المدين أن ذلك القاصر اتفق به على معنى القواعد العامة الواردة في باب الأهلية⁽³⁾، معنى ذلك أن الانفصال بالموضوع يعني الالتزام ولو كان الدائن عديم الأهلية زمن اتصاله بالموضوع.

3- موضوع الوفاء

يجب أن تكون للمدين ملكية الشيء محل الوفاء. إذ الغاية هي نقل الملكية للدائن. ولما كان بيع ملك الغير صحيحًا على معنى الفصل 576 م.أ.ع فإنّ نقل ملك الغير صحيح كذلك إلا إذا لم يجزه صاحبه أو لم يصبح المبيع ملكاً للبائع أي المدين. فيتحقق حيثذاك للدائن طلب فسخ الوفاء والمطالبة بوفاء جديد. إلا إذا افترضنا حيازة الدائن للمنقول بحسن نية أو توفرت شروط حيازة العقار بجانبه، فلا يمكن حينئذ لصاحب الحق أن يسترد حقه. وإذا استهلك الدائن الشيء، فلا يصح لصاحب الحق إلا مطالبة المدين بالتعويض عند الاقضاء.

ويجوز للمدين أن يوفي الدائن بحق له على الغير، فتنطبق أحكام إحالة الحق، وأضاف الفصل 342 م.أ.ع أنه «إذا أدى المدين لدائره شيئاً أو ديناه على الغير أو حقاً مجرداً فعليه ما على البائع من ضمان العيوب الخفية وعدم كفاية الحجّة. وهذا الحكم لا يجري على ما كان من قبل التبرعات وتحوها بما ليس فيه عرض»⁽⁴⁾.

ويجب أن يوفي المدين عين ما انفق عليه. «فلا تبرأ ذمة المدين إلا بتسليميه ما التزم به في العقد قدرًا وصفةً. ولا يسوغ له أن يلزم الدائن بقبول شيء آخر عوضاً عنه ولا بكيفية غير الكيفية المقررة في العقد أو التي جرى بها العرف». وإذا كان الملزوم

- (1) الفصل 256 م.أ.ع
- (2) الفصل 257 م.أ.ع
- (3) الفصل 258 م.أ.ع
- (4) إذا كان الدفع بالعملة الأجنبية لا يدّ من مراعاة القراءد الخاصة بالصرف القانون عدد 18 لسنة 1976 المؤرخ في 21 جانفي 1976 المتعلقة بتدوين التشريع الخاص بالصرف والتجارة الخارجية والمنظم للعلاقات بين البلاد التونسية والبلدان الأجنبية كيّفما وقع تقييمه بالنصوص اللاحقة وخاصة القانون عدد 48 لسنة 1993 المؤرخ في 3 ماي 1993.
- (5) القانون عدد 90 لسنة 1958 المؤرخ في 19 سبتمبر 1958 المستعلق بإنشاء وتنظيم البنك التونسي.
- (6) القانون عدد 65 لسنة 2001 المؤرخ في 10 جويلية 2001 المتعلق بمؤسسات التراث كما هو منقح بموجب القانون عدد 19 لسنة 2006 المؤرخ في 2 ماي 2006.

- (1) الأمر عدد 608 لسنة 1977 المؤرخ في 27 جويلية 1977 المتعلق بضبط شروط تطبيق مجلة الصرف والتجارة الخارجية كيّفما وقع تقييمه بالنصوص اللاحقة وشاصمة الأمر عدد 1693 المؤرخ في 16 أوت 1993 والأمر عدد 394 المؤرخ في 26 فيفري 2007.
- (2) الفصل 259 م.أ.ع
- (3) الفصل 260 م.أ.ع

مشقة، فإن أمكن النقل بغير مصاريف يمكن الوفاء حি�شما وجد الدائن الذي يمسح به
يرفض الوفاء في غير المكان الأول شرط أن يكون له عذر مقبول في عدم قبوله للوفاء
هناك. وإذا كان الالتزام ناشئاً عن جنحة كان الوفاء حيث كانت المحكمة التي نشرت
القضية لديها⁽¹⁾.

أما بالنسبة إلى زمان التنفيذ فيحتمل إلى جميع القواعد الواردة في باب الأجل،
وهي الأحكام المقررة بالفصل 136 وما بعده م.أ.ع، معنى ذلك أن الاتفاق هو الأساس
ولا يجوز للقاضي إمهال المدين إلا في حالات استثنائية أوردها المشرع على سبيل
الحضر⁽²⁾.

-العرض والتأمين: قد يرفض الدائن الوفاء في الوقت المحدد، فيكون الدائن
مماطلاً ويتحمل تبعه المماطلة، ولكن المدين لا تبرأ ذمته، بالرغم من مماطلة الدائن
إلا بعد السعي إلى عرض الوفاء وعند الاقتضاء تأمين الدين طبق الإجراءات القانونية⁽³⁾.
مماطلة الدائن: يُعد الدائن مماطلاً إذا امتنع بلا وجه من قبول الأداء من المدين أو
من نائبه إذا اعتبره إثماً على الوجه المقرر بالعقد أو الذي يقتضيه طبيعة الالتزام،
ويتما بسبب اعتقاده أن الوفاء غير صحيح أو ناقص. وبعد سكت الدائن أو مغيبه وقت
نزوم مباشرته للوفاء بالعقد امتناعاً⁽⁴⁾. لكن الدائن لا يُعد مماطلاً إذا عرض المدين
أداء ما التزم به في الواقع وكان غير قادر على ذلك⁽⁵⁾. كما أنه لا يحمل الدائن على أنه
مماطل إذا امتنع من قبول الدين امتناعاً وقيتاً في صورة إذا كان الدين بلا أجل معين أو إذا
كان للمدين الحق في أداء الدين قبل الأجل المعين⁽⁶⁾. لكنه إذا أعلم المدين الدائن بأن
قصده الوفاء بما التزم به وضرر له أجلاً معقولاً، بعد الدائن مماطلاً إذا امتنع من قبول
الأداء ولو كان امتناعه وقيتاً⁽⁷⁾. وفي جميع حالات المماطلة يضطر المدين إلى إنعام

من السكة الأقل قيمة. ومع ذلك فإن الدين يحمل في عقود المعاملات على أنه من
السكة الأكثر رواجاً فإن استوت أنواعها فيه ساغ فصح العقد⁽⁸⁾.
وفي جميع الصور التي يكون فيها المدين ملزمًا بدفع مبالغ مالية، لا يلزم الدائن
بقبول الشيك أو الكمبيالات أو آية طريقة أخرى مثل الخصم أو الأسماء أو الأذون
بالدفع، بل يفرض على المدين أن يوفي الدائن حقه من الأموال الحقيقة، وحتى على
فرض أن الدائن رضي بالدفع بواسطة الشيكات أو الكمبيالات أو غيرها من الطرق،
فلا ينفي الالتزام إلا بتاريخ انتقال المالحقيقة إلى النماء المالية للدائن أي بداية من
الصرف الحقيقي للأوراق التجارية.

وإذا كان على المدين عدة ديون، يجوز الوفاء ببعضها دون الآخر، فإذا كان على
المدين عدة ديون ودفع شيئاً طرح من الدين الذي عليه عند الدفع فإن سكت بقي له
الحق في بيان مراده وإن وقع شك طرح المدفوع من الدين الذي له أكثر مصلحة في
خلاصه والأولى طرحة من الدين الذي حل أجله فإن كان هناك عدة ديون حالة طرح
المدفوع من الدين الذي فيه أقل تونفة للدائن وإن كانت الديون متساوية في التونفة طرح
المدفوع من أثقل دين على المدين فإن كانت الديون متساوية في الثقل طرح المدفوع
من الدين الأسبق تاريخاً⁽⁹⁾. وإذا كان على المدين عدة ديون وقبل توصيله من الدائن
فيه تعين الدين الذي طرحة منه المدفوع لم يبق له طلب طرحة من دين آخر إذا وقع
الطرح بصورة توافق مصالحة⁽¹⁰⁾.
ولا يلزم الدائن على قبول التقسيط. «فليس على الدائن قبول الأداء أقساماً إذا كان
المدين واحداً ولو كان دينه قابلاً للقسمة إلا إذا وقع الاتفاق على خلاف ذلك أو كان
الأداء بكمبيالات⁽¹¹⁾.

4- مكان وزمان الوفاء

مكان التنفيذ وزمانه هو المحدد اتفاقاً أو قانوناً، ولا يعفي ذلك المدين في بعض
الأحيان من عرض المدين ما عليه وتأمين الملزم به.

-المكان والزمان المحددان اتفاقاً أو قانوناً: الوفاء يكون في المحل الذي يقتضيه
نوع الشيء المعocado عليه وفي المحل المبين في العقد من حيث المبدأ، أي أن الاتفاق
هو الأساس في تحديد مكان الوفاء. فإن لم يبين في العقد مكان الوفاء كان في محل
التعاقد من حيث المبدأ أي في مكان نشوء الالتزام إن كان في نقل الشيء مصروف أو

(1) الفصل 261 م.أ.ع

(2) الفصل 343 م.أ.ع

(3) الفصل 344 م.أ.ع

(4) الفصل 255 م.أ.ع

(1) وترتبط بمماطلة الدائن عدة آثار خاصة في ما يتعلق بتحمل نتيجة هلاك الموضع حيث تنص
الفصل 287 م.أ.ع على ما يلي: إذا تلف أو تعب الشيء الذي التزم به المدين فضمانه على الدائن من
وقت ابتداء مماثلته ولا يضمن المدين من ذلك الوقت إلا ما تسبب من تدليسه وقصره الفاسد.
وكذلك في ما يتعلق بحق الاسترداد حيث تنص الفصل 288 م.أ.ع على ما يلي: لا يلزم المدين إلا
برد العلة التي تحصل عليها من وقت مماطلة الدائن وله الحق في طلب ما أفقه من ذلك الوقت لحفظ
وصيانة الشيء الذي التزم به واسترداد المصاريف التي صرفها لعراض الأداء على الدائن.

قابلًا للتأمين⁽¹⁾. وإذا كان الملتم بـ عملًا فإن ذمة الملتم لا تبرأ بعرضه لإجراء العمل لكن إذا كان عرضه لذلك في وقت مناسب على الصورة المعينة بالاتفاق أو عرف المكان وثبت ذلك بالوجه المطلوب في وقته فللملتم القيام على الملتم له وقدر ما يترتب له لوقت العمل بالالتزام. وللمحكمة أن تقص من القدر المذكور حسب الأحوال المحضة بالقضية، أي أن عرض الالتزام بالقيام بعمل إذا كان في الوقت المناسب لا يحمل إلى إبراء الدين وإنما إلى حق الدين في طلب التعويض؛ ويمكن للمحكمة أن تقص هذا المقدار من الحق الذي يطلبه الدائن عند الاقضاء⁽²⁾.

ولكن المدين لا يلزم بعرض ما عليه إذا كان الدائن قد صرخ له بأنه لا يقبل إجراء العمل بالالتزام أو إذا كانت مشاركة الدائن لازمة لاتمام الملتم به وأمسك عنها كما في صورة أداء الدين بمحل الدين ولم يأنه الدائن. ففي جميع هذه الصور تقوم مجرد دعوة المدين للدائن مقام العرض الحقيقي⁽³⁾.

كما يعفي المدين أيضًا من لزوم العرض الحقيقي وتبرأ ذمته بتأمين ما عليه فقط إذا كانت ذات الدائن غير معحقة أو مجهولة، وفي جميع الأحوال التي يتعدر فيها على المدين الوفاء بما التزم به لخروف أو غيره مما سببه من ذات الدائن كما في صورة مال الدين المنقول أو المعترض فيه على الدائن أو على المحال له الدين⁽⁴⁾. فإذا كان المال متنازعًا فيه أو كان الدائن عديم الأهلية وليس له من ينوه أو إذا كان الدائن مجهول المكان أو إذا توفرت أسباب جدية مثل رفض الدائن التصديق على الوفاء، يجوز في جميع هذه الصور تأمين الدين دون العرض.

ويجوز كذلك للمدين، إذا كان الدين شيئاً من المفروقات، بعد عرض الوفاء ولو بعد تأمين الدين أن يستاذن من المحكمة في بيع ما عرضه في حق الدائن وتأمين المتحصل من البيع وذلك إن كان يخشى عليها ضرراً من التأخير أو كانت مصاريف حفظها أكثر من قيمتها أو إن لم تكن من شأنها أن تحفظ في محل الأمانة. وإذا توفرت الشروط يمكن للمحكمة أن تاذن بالبيع، ويكون البيع حيثذا بالزاد العمومي فإن كان سعرها قابلًا للزيادة والتقص كل يوم في سوق أو بورصة جاز للمحكمة أن تاذن في بيعها بالسعر الحالي بواسطة سمسار أو مأمور مأذون له في ذلك. ويجب على المدين أن يعرف الدائن حالاً بما أنتجه البيع ولا يكون ملزماً بتعويض الخسارة ويبقى له الرجوع

إجراءات العرض والتأمين حتى ينقضي الالتزام، حيث إن «مماطلة الدائن لا تكفي لبراءة المدين» وتحقيق الوفاء وبالتالي انقضاء الالتزام⁽¹⁾، بل لا بد من العرض والتأمين. نظام العرض والتأمين: العرض أن يسعى المدين إلى تقديم موضوع الالتزام إلى الدائن وذلك هو العرض الحقيقي الذي يكون عادة بواسطة عدل تنفيذ طبق أحكام المرافعات المدنية، وهو يتتجاوز معنى الدعوة التي تأخذ شكل الإنذار الذي يمكن أن يكون بأي شكل، بينما يعرف التأمين بأنه إيداع المحل بالمكان المحدد قانوناً فإذا كان مالاً فمكان التأمين هو القبضة المالية وإذا كان شيئاً قيمياً أو مثلياً فمكان التأمين هو المستودع العمومي، والمبدأ أن يقع العرض والتأمين حتى تبرأ ذمة المدين، ولكن المشرع جعل العرض أو التأمين أو الدعوة لوحدها كافية حسب نوع الالتزامات. وبين من خلال النصوص 289 إلى 302 م.أ.ع شروط العرض والإيداع وإجراءاته وأثاره.

*شروط العرض والتأمين: لا يكون العرض الحقيقي ماضياً إلا إذا كان متى له أهلية القبض أو لمن له ولاية القبض عنه وإذا كان الدائن مقلساً فالخطاب لأمين الفلسة، وأن يكون العرض من له أهلية الدفع ولو بواسطة شخص يترتب عنه في براءة ذمته، وأن يكون عرض الوفاء شاملًا لجميع ما على الملتم مع فوائضه الواجبة ومصاريفه المنحصرة. وأن يكون الأجل قد حل إن اشترط ذلك للدائن، وأن يكون الشرط الذي وقع عليه الدين قد حصل، ويجب أن يكون العرض بال محل المتفق عليه للأداء وفي غيابه يجب مخاطبة ذات الدائن أو إتمام العرض بمكان العقد أو في جلسة المحكمة الأخيرة⁽²⁾.

ولا تبرأ ذمة المدين بعرض الوفاء على الدائن فقط، بل لا بد من التأمين، فعرض الوفاء على الدائن دون تأمين عين الدين لا يبرئ ذمة المدين، ولا ترفع عن المدين المماطلة إلا من يوم التأمين الفعلي، فتأمين عين الدين لا يبرئ ذمته من عواقب مماطلته إلا من يوم التأمين وتبقى عليه عواقب ما تقدمه⁽³⁾.

**إجراءات العرض والتأمين: فإذا كان الدين مبلغًا من التقادم فعلى المدين أن يعرضه على الدائن بالفعل فإذا امتنع من قبضه برئ ذمته بوضعه في المحل الذي تعينه المحكمة لحفظ الأمانة وإن كان الدين عيناً معينة أو شيئاً من الأشياء التي تستهلك بالانتفاع، تكتفى الدعوة دون العرض، فعلى المدين أن يدعى الدائن لقبضه في المحل المعين في العقد الذي يقتضيه نوع ذلك الشيء وإذا امتنع الدائن من قبضه لا تبرأ ذمة المدين منه إلا بوضعه في المستودع الذي تعينه محكمة جهة التنفيذ إن كان ذلك الشيء

(1) الفصل 289 م.أ.ع

(2) الفصل 290 م.أ.ع

(3) الفصل 291 م.أ.ع

(4) الفصل 292 م.أ.ع

(1) الفصل 289 م.أ.ع

(2) الفصل 293 م.أ.ع

(3) الفصل 294 م.أ.ع

به ولا الكفالة⁽¹⁾. ولكنه ليس للمدين، حتى مع ترور إحدى الصور الثلاثة، الحق في استرداد ما أمنه إذا كان معسراً. ولا يجوز ذلك إلا لجملة دائنه⁽²⁾.

5- مصاريف الوفاء

جعل المشرع مصاريف الأداء على المدين ومصاريف القبض على الدائن ما لم يكن هناك شرط أو عرف ينافي أو صرح القانون بخلافه⁽³⁾. كما يلزم الدائن بمصاريف عرض الدينحقيقة وتأمينه إن كان على وجه الصحة لكن إذا استرد المدين الدين بعد أن أمنه فإنه هو الذي يلزم بتحمل جميع المصاريف⁽⁴⁾.

ب- إثبات الوفاء

يسعى المدين إلى التحصيل على وثيقة ثبت الوفاء دفعاً لكل منازعة، فإذا أدى المدين ما عليه فله استرجاع رسم الدين بعد أو يوقع عليه الدائن كما يجب ما يقتضي خلاصه، فإذا لم يمكن ترجيع الرسم أو كانت للدائن مصلحة مقبولة قاتلنا في إيقائه تحت يده فللدين أن يطلب حجة بالشهادة العادلة في خلاصه مع تحمل المصاريف في ذلك⁽⁵⁾. وإذا وفي المدين ببعض ما عليه فله الحق فيأخذ توصيل فيما دفعه من التنصيص عليه بحجة الدين⁽⁶⁾. لكنه إذا كان الملتم به لي ráدا راتباً أو كراء أو غير ذلك من الأداءات الدورية فإن التوصل المعطى في قسط من الأقساط بغير إبقاء الحق في المطالبة بما تقدمه حمل على الخلاص⁽⁷⁾. وعلى كل حال فإن الحل الصواب بالنسبة إلى المدين تحسباً لكل ما يمكن أن يطرح من منازعة أن يطلب تحرير الحجة في معينة الوفاة مهما كانت الصورة.

الفقرة الثانية: الوفاء بمقابل

نص الفصل 341 م.أ.ع على أن «اللتزام ينقضي أيضاً بأداء شيء في مقابلة ما هو مذكور به إذا رضي الدائن بذلك وهو محمول على الرضى إذا قبل أداء شيء غير المتعاقد عليه ولم يق نفسه حق القيام». معنى ذلك أنه من الممكن أن يتحقق الطرفان على تركحقيقة الموضوع وتقديم محل آخر ينقضي به الالتزام، كما في صورة أن يرضي الدائن

(1) الفصل 298 م.أ.ع

(2) الفصل 300 م.أ.ع

(3) الفصل 264 م.أ.ع

(4) الفصل 301 م.أ.ع

(5) الفصل 265 م.أ.ع

(6) الفصل 266 م.أ.ع

(7) الفصل 267 م.أ.ع

على الدائن بالفرق بين ثمن البيع والثمن المتفق عليه في العقد ويعتبر ما عسى أن يترتب من الخسارة ومصاريف البيع تكون على الدائن⁽¹⁾.

*أثار العرض والتأمين: «يصير الدين من يوم تأممه في عهدة الدائن وله غلته والفوائض والرهون المتعلقة به وترتباً ذمة بقيمة المدينين الملزمين به والكفالة⁽²⁾»، معنى ذلك أن الالتزام بجميع أوصافه يمتد إلى الذمة المالية للدائن بمجرد التأمين، وترتباً ذمة المدينين وذمة من يكفل الالتزام. ولم يشترط المشرع موافقة الدائن أو صدور حكم بصحبة التأمين حتى تبرأ ذمة المدين، ولكنه اشتهرت إعلام الدائن حيث «يجب على المدين أن يعلم الدائن حالاً بأنه وضع الدين على ذمته في محل الأمان⁽³⁾»، إلا في حالة انعدام النفع من الإعلام، كما في صورة رفض الدائن صراحة العمل بالالتزام أو كان شخص الدائن لازماً في إنعام الالتزام أو كان الإعلام غير ممكن في حالة الجهل بهوية الدائن وحالة الحقوق المتنازع فيها. ففي جميع هذه الصور لم يلزم المشرع بإعلام الدائن. ولا بعد الإعلام في الحالات التي أوجبها المشرع شرعاً في صحة الإيداع، بل جعل المشرع الجزاء في حالة التخلف عن الإعلام هو إمكانية إزام المدين بالتعويض لا غير⁽⁴⁾. وربط المشرع بين أجل الإعلام وأجل طلب الدائن للالتزام، فلا يجوز للدائنأخذ التفرد أو غيرها من الأشياء التي أمنت على ذمته بعد مضي خمس عشرة سنة من يوم إعلامه بتأمينها إن لم يكن طلبه في تلك المدة وللمدين أخذها ولو سبق منه التخلّي عن الحق في استردادها⁽⁵⁾.

ولكن المشرع جعل لموافقة الدائن أو صدور حكم في صحة التأمين آثاراً تتجاوز معنى اتفاقه الالتزام، ففي صورة الموافقة أو صدور حكم في الغرض يمنع المدين من استرداد ما أمنه، فلا حق للدين في استرداد ما أمنه إذا صدر له حكم نهائي يقتضي أن عرضه للوفاء وتأمينه للدين صحيحان وفي محلهما، كما يمنع من الاسترداد كذلك إذا أشهد على نفسه من قبل أنه تخلى عملاً من الحق في استرداد ما أمنه⁽⁶⁾.

وفي غياب إحدى الصور الثلاثة في الموافقة أو صدور حكم أو تخلي المدين يجوز لهذا الأخير أن يسترد ما أمنه، ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا إذا أدنت المحكمة سواء بصفة أصلية أو طبق إجراءات الإذن على عريضة، والأثر في ذلك أن يتجدد الدين بالأمتيازات والرهون التي خصصت له من قبل ولا تبرأ منه ذمة بقيمة المدينين الملزمين

(1) الفصل 295 م.أ.ع

(2) الفصل 297 م.أ.ع

(3) الفصل 296 م.أ.ع

(4) الفصل 296 م.أ.ع

(5) الفصل 302 م.أ.ع

(6) الفصل 299 م.أ.ع

المبحث الثاني، انقضاء الالتزام بما يقوم مقام الوفاء

إذا تجاوزنا مسألة الوفاء سواء كان عيناً أو بمقابل توصلًا لانقضاء الالتزام، فإنه من الممكن أن يتضمن الالتزام بما يقوم مقام الوفاء، وفي ذلك ثلاث طرق، التجديد (الفقرة الأولى) والمقاصة (الفقرة الثانية) واتحاد الذمة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: التجديد

تجديد الالتزام هو انقضاء التزام بإنشاء التزام آخر عوضه⁽¹⁾. فيفرض أن يتواجد الالتزام الأول ويقرر الطرفان إبرام التزام جديد يكون من أثره انقضاء الالتزام الأول. ويأتي التجديد على ثلاثة صور، إما أن يكون بتغيير الدين أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين. فإذا اتّخذ الالتزام الجديد مصدرًا جديداً أو محلًا جديداً كان التجديد بتغيير الدين، فذلك «أن يتغير الدائن والمدين على تعريض العقد القديم بعقد جديد على أن يتضمن الأول أو على تغيير سبيه⁽²⁾»، فيتمكن تغيير المحل بتغيير أشياء قيمة بأخرى مثيلة والعكس بالعكس أو تغيير أشياء يتقدّم والعكس بالعكس. ويمكن تغيير السبب يجعل المعاملة قرضاً بعد ما كانت في الأول بيعاً والعكس بالعكس. على أنه يتشرط أن يكون التغيير في المحل جوهرياً لأن يغير فعلًا من موضوع الالتزام الأول، بمعنى أن الاتفاقيات الجديدة على فروع غير جوهرية في العقد لا تعدّ تجديدًا، كما في صورة الاتفاق على إضافة شرط تغريمي أو التصدّيقي في أجل، ومع ذلك إذا كانت نية الأطراف تجديد الالتزام بالرغم من الاتفاق على شرط غير جوهري كان ذلك تجديداً بارادة الطرفين الصريحة، حيث يجوز على ذلك الأساس «تجديد العقد بتبدل الشيء المتعاقد عليه في العقد القديم إذا كان التبدل من شأنه تغيير أصل العقد وتعيين محل للوفاء غير الأول وتغيير صورة العقد والشروط التابعة له كالأجل وشروط العقد أو توثيقه⁽³⁾» على شرط أن يكون ذلك محل اتفاق بين الطرفين، حيث إن الاتفاق على الشروط التابعة مثل الأجل والتوثيق أي تضمين الاتفاق بحجة ومكان التنفيذ ليست شروطاً جوهرية ولا تحمل إلى التجديد إلا إذا قصد الطرفان التجديد صراحة. فإذا اتفق الطرفان المدين القديم والدائن القديم على استبدال مدين مكان مدين برضاء الأطراف الثلاثة كان التجديد بتغيير المدين، فذلك «أن يحل مدين جديد محل القديم الذي أبرأه الدائن ولا

يأصل تجاري عرضاً عن قطعة أرض أو مسكن. ولا يعذر هذا المقابل التزاماً تخفيضاً أو بدلياً بل هو انقضاء بمقابل حيث إن التنفيذ للالتزام بدللي أو تخفيضه إنما هو تنفيذ للالتزام منصوص عليه بالالتزام الأصلي، بينما التنفيذ بمقابل إنما هو اتفاق مستقبلي ينضاف إلى الالتزام الأصلي.

ويعد بذلك الوفاء بمقابل اتفاقاً يجب توفر جملة الأركان في إبرام التصرف القانوني من أهلية وموضوع وسبب ورضا، فلا بد أن تكون للأطراف أهلية التصرف أي أهلية نقل الحق والتصرف دون إذن، ويشترط أن يحرر الاتفاق حسب الصيغة التي يشتهر بها القانون، فإذا كان الاتفاق يشمل أصولاً عقارية فلا بد أن يكون بكتاب ثابت التاريخ. غير أنه، في غير الصور التي يجب فيها القانون كتابة الحجة كشرط صحة، وإذا قبل الدائن أداء شيء غير المتعاقد عليه ولم يقع لنفسه حق القبام بالدعوى، فهو محمول على الرضا بالمقابل⁽⁴⁾، معنى ذلك أن الوفاء بمقابل يمكن أن يكون بصفة ضمنية، فإذا وفي المدين حق الدائن بغير موضوعه ولم يرد الدائن الأداء حمل على أنه قبل الوفاء بمقابل.

ويجب أن ينقض الاتفاق بمقابل بصفة فعلية حسب نوع الاتفاق، حيث إن الوفاء بمقابل ليس تجديداً، بل وفاء بمقابل يعني الالتزام. فإذا كان التجديد يعني الالتزام القديم ليحمل محله التزام جديد، فإن الوفاء بمقابل هو اتفاق على انقضاء الالتزام دون تجديد، وهذا ما يحمل إلى ضرورة التنفيذ الفعلي، فإذا كان الالتزام يقضي بضرورة تسليم سيارة على سبيل المثال فيجب أن يسلم المدين للدائن السيارة بصفة فعلية. وعلى ذلك الأساس فإن الوفاء بمقابل ليس من قبل الالتزامات التخippية أو البديلية، بل ليس من قبل التجديد، فهو ضرب من ضروب الوفاء تتغير فيه المعالج أو هو نوع من المقاصة القانونية أو هو عمل مرتكب من تجديد ووفاء، وهو القول الأغلب لدى الفقه المعاصر⁽⁵⁾.

ومهما كان التكيف المعتمد في الوفاء بمقابل فإن الآثار هي نفسها في انقضاء الالتزام بجميع توابعه ومنافعه وضماناته، إلا إذا كان في المقابل ما يرتبط به أثر نقل الملكية، فتبقي الالتزامات العامة في ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية محمولة على المدين.

(1) الفصل 357 م. ا.ع

(2) الفصل 361 م. ا.ع

(3) الفصل 362 م. ا.ع

(1) الفصل 341 م. ا.ع

(2) عبد الرزاق السنوسي، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 801 وما بعد، علامة 477 وما بعد.

معنى ذلك أنه لا يعتد بأحكام التجديد بصفة ضمئية، والقاعدة العامة أن التجديد لا يفترض، بل لا بد أن تصرف نية الأطراف صراحة إلى التجديد وأن يرد في ذلك شرط صريح في التجديد، وذلك يعني أنه في صورة اتفاق الأطراف على عناصر غير جوهرية في العقد ولم يرد شرط التجديد صراحة، فلا يعتبر العقد المتأخر تجديدا للعقد الأول، ولكن ذلك مجرد تأكيد للتصرف الأول. ولا يعني ذلك أن ترد عبارة التجديد بالعقد، بل يكتفى أن تكون النية واضحة من خلال عبارات الاتفاق بشكل صريح. وعلى ذلك الأساس فإن مجرد إبدال ورقة تجارية مكان أخرى بغرض مد أجل الدين لا يعد تجديدا من حيث المبدأ⁽¹⁾.

2- شرط الأهلية

لا يصح تجديد العقد إلا إذا كان الدائن أهلا للتفويت والمدين الجديد أهلا للالتزام فالقائمون والوكلاء على مال الغير والمديرون لها لا يصح منهم تجديد العقد إلا في الصورة التي يجوز لهم فيها التفويت⁽²⁾. معنى ذلك أنه لا بد أن تقوم في الأطراف أهلية التصرف استيفاء ودعا، ولا توفر أهلية التصرف إلا في الراشد، ويشرط في المقدم والولي التحصيل مسبقا على الإذن القانوني للقيام بأعمال التصرف.

3- شرط الصحة في العقددين

يشترط في التجديد أن يتوفّر العقد القديم والعقد الجديد، ولا يشترط فقط توفر العقد الأول والعقد الثاني، بل يلزم لتجديد العقد أمران أن يكون العقد القديم صحيحا وأن يكون العقد الجديد صحيحا أيضا⁽³⁾. فإذا كان أحدهما باطلًا بسبب من الأسباب في انعدام المشروعية أو المحل أو السبب أو الأهلية، فلا تجديد، وإذا فسخ أحدهما فلا تجديد، فقط أن العقد الذي يكون قابلا للإبطال تعيب في الرضا أو نقص في الأهلية يبقى على صحة التجديد إذا وقعت إجازته حيث إن العقد الباطل لا يقبل الإجازة وليس

(1) لكن المشرع قد يدخل بصورة خاصة في ميادين محددة ويجعل التجديد منعطفا بصورة ضمئية كما في صورة الفصلين 793 و 794 م.أع بالنسبة إلى تجديد عقد الكراء، الفصل 793 م.أع إذا بقي المكتري بعد انتهاء مدة الكراء متبعا بالمكتري حمل الأمر على تجديد عقدة الكراء بعين الشروط السابقة وعن المدة المذكورة في الكراء الأول إن كانت مدة معينة فإن كان بدون تعين مدة جاز لكل من المتعاقدين فسخ الكراء إلا أن للمكتري الحق في الأجل الذي جعله العرف لإخلاء المحل.

(2) الفصل 794 م.أع استمرار المكتري على الانتفاع بعد انقضاء المدة لا يترتب عليه تجديد العقد إذا صدر تبيه أو ما يقوم مقامه من أحد الطرفين يدل على عدم رضاه بالتجديد.

(3) الفصل 360 م.أع

يلزم في هذا التبديل موافقة المدين الأول⁽⁴⁾. وإذا اتفق الطرفان على تغيير دائن مكان دائن بموافقة الأطراف الثلاثة، كان التجديد بغير الدائن، وذلك أن بقى «الالتزام جديد» ويدخل دائن جديد مدخل القديم وتبرأ ذمة المدين من جهة⁽⁵⁾. على أن «مجرد تعين المدين لشخص يؤدي عنه دينه أو مجرد تعين الدائن لشخص يقيض عنه لا يعد تجديدا للعقد»⁽⁶⁾. فلا بد إجمالا من موافقة الأطراف الثلاثة. فهو في نهاية الأمر تصرف قانوني وليس واقعة قانونية.

ويعد التجديد الإطار المناسب في تغيير الدائن خارج إطار حواله الحق، وهو كذلك الإطار المناسب في تغيير المدين بالنسبة إلى الشارع التي لا تقر حواله الدين مثل التشريع التونسي. صحيح أن الآثار مختلفة في النظامين، حيث إن الالتزام ينتقل على صورته وبسيطه في نظام انتقال الالتزام ويتجدد الالتزام ويقطع مع الالتزام القديم في نظام التجديد، ولكن التجديد رغم ذلك يسمح إذا ما توفرت شروطه بتغيير المدين أو الدائن أو الدين من حيث السبب والموضوع، وفي ذلك تكمن أهمية التجديد la novation .

هذا وقد أوردت الفصول 357 إلى 368 م.أع شروط التجديد (أ) وبيّنت آثاره (ب).

أ-شروط التجديد

التجديد تصرف قانوني يشترط فيه أن يقوم العقد القديم صحيحا ويرم العقد الجديد صحيحا، فيشترط بذلك توافق العقددين الأول والجديد مع ضرورة أن يكون العقد الأول والثاني صحيحين. ويشترط توفر نية الطرفين في التجديد مع شرطي الأهلية والرضا. وبذلك يشترط في التجديد الرضا والأهلية والنية والصحة في العقددين الأول والجديد.

1- شرط الرضا والنية

التجديد تصرف قانوني يطلب رضا الأطراف الثلاثة في حالتي تغير الدائن والمدين. ولا يعتد بالتجديد إلا إذا ورد صراحة في العقد، «تجديد العقد لا يكون بغلبة الظن بل يجب أن يكون صريحا»⁽⁴⁾، أي أن تصرف إرادة الطرفين صراحة إلى اعتماد التجديد،

(1) الفصل 361 م.أع

(2) الفصل 361 م.أع

(3) الفصل 361 م.أع

(4) لذلك كان التجديد في عهد القانون الروماني هو الإطار المناسب في تغيير المدين أو الدائن حيث لم يكن يترفق القانون الروماني لأبحواله الحق ولا بحواله الدين.

(5) الفصل 358 م.أع

وجعل أثر التجديد في انقضاء الالتزام الأول ونشأة الالتزام الجديد هو ما يميز التجديد عن حالة الحق والحلول حيث ينتقل الالتزام فيما يجمع أوصافه وصفاته ولا يقطع مع الالتزام الأول في حين أن التجديد يحمل ضرورة إلى نشأة التزام جديد مختلف من حيث المسبب والموضوع والوصف.

الفقرة الثانية: المقاصلة

المقاصلة أن تقابل الديون من ناحيتيين من حيث الجنس والمقدار، فيدفع الأول مقابل الثاني والعكس بالعكس، ويكون من أثر المقاصلة أن يتضمن الالتزام من الجهتين، وهي بذلك وسيلة تقوم مقام الوفاء. ولكنها في نفس الوقت وسيلة ضمان بالنسبة إلى الدائن لأنها تمكّنه من استخلاص حقه قبل بقية الدائنين وبطريقة تاجعة وسريعة ويمكن أن تؤدي نفس الأدوار التي ترتبط بالآليات الضمان مثل صورة الدفع بعدم التنفيذ وغيره من وسائل الضمان.

وتبدو أهمية المقاصلة مفروضة، في أنها تمكّن من الوفاء بأيسر الطرق دون حاجة إلى نقل المحال أو عرضها، وهي كذلك طريقة ناجعة تتماشى مع الحياة العصرية وتتناسب مع طبيعة المعاملات التجارية.⁽¹⁾

والمقاصلة، في قواعدها العامة والأصلية، ثلاثة أنواع، إما أن تكون قضائية أو قانونية أو اختيارية، فإذا كانت قانونية يحكم بها القاضي بمجرد تلاقي الدين الأول والثاني ولو دون طلب الأطراف ولا يملك القاضي رفضها، فمجرد توفر شروطها يأخذ بها القاضي وجوها دون أن تكون له الإمكانية في طرحها، فهي قانونية بمعنى أنه يحمل على القاضي تطبيقها وجوها طالما ثبتت شروطها أمامه دون حاجة إلى طلب الأطراف سبباً⁽²⁾. وإذا كانت المقاصلة قضائية فلا يتحكم بها القاضي إلا إذا تسلّك بها الطرفان بداية، ويقتضي الطلب خاصّاً لا جهاد القاضي إن شاء رده وإن شاء أحذبه، ولا تقوم المقاصلة في نهاية الأمر إلا بتوفّر أهم شروطها وصدور الحكم القضائي، وإذا كانت اختيارية فتعمّل بارادة الطرفين أو بارادة أحد من الطرفين إذا تختلفت بعض الشروط القانونية.

(1) ويشار في هذا الباب إلى المقاصلة التي تقع بين البنوك بصفة الكترونية. القانون عدد لسنة 2000 المؤرخ في 20 جوان 2000 المتعلق بتفعيل الفصلين 294 و 373 من المجلة التجارية في اتجاهه اعتماد المقاصلة الإلكترونية.

(2) نصت المادة 1290 من المجلة المدنية الفرنسية على أن المقاصلة تقع بقوة القانون ولو دون علم المدينين، أي حتى في صورة عدم طلب الأطراف.

«De plein droit par la seule force de la loi même à l'insu des débiteurs» لكن قوله القضايا بفرنسا عدل من ذلك الاتجاه، ورأى أن الصياغة تجاوزت مراد المشرع وتقاليد القانون الروماني والفرنسي، يجعل المقاصلة خارجة عن إطار النظام العام ولا يحكم بها إلا إذا سبقها الطلب ولا يملك القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه.

له من أثر، في حين أن العقد القابل للإبطال يقبل المصادقة، وبمصادقته يصبح التجديد، وإذا كان العقد الأول معلقاً على شرط وافق أو فاسخ، بقي التجديد ببقاء الالتزام الأول حسب إن تخلف الشرط أو لم يتحقق وحدث الشرط الفاسخ أو لم يحدث، وإذا على العقد الثاني على هذا الشرط وقع التجدد على هذا الشرط، فيقوم التجديد بقيام الشرط ويختلف التجدد بتأخر الشرط وفقاً أو فسخاً. وعلى ذلك الأساس «إذا ارتبط العقد الجديد بشرط تعليقي توقف تجديد العقد على وقوع الشرط فإذا لم يتم الشرط اعتبر التجدد كأنه لم يكن»⁽⁴⁾.

بـ- آثار التجديد

الأثر الأساسي في التجديد هو انقضاء الالتزام الأصلي ونشأة التزام جديد. حيث إن «تجديد العقد ينقضي به القديم إذا كان الجديد صحيحًا ولو لم يقع الوفاء به»⁽²⁾، وانقضاء الالتزام القديم هو الذي يجعل التجدد سبباً من أسباب انقضاء الالتزام ونشأة الالتزام الجديد هو ما يميز التجدد. حيث ينقضي الالتزام القديم بجميع صفاته وأسبابه ومواضعيه وشروطه ويقطع مع الالتزام الجديد الذي يكتسب أوصافاً جديدة ويحمل مواضيع مختلفة ويرتكز على أسباب مميزة.

وعلى ذلك الأساس لا تنتقل الضمانات المضمنة بالالتزام الأول إلى الالتزام الجديد من حيث المبدأ، فلا تنتقل وجوباً بحكم القانون، سواء كانت هذه الضمانات عينية أو شخصية وسواء قدمها المدين أو الغير. ولكن الأطراف بإمكانهم الاتفاق صراحة على تنقلها، فإذا كانت الضمانات مقدمة من المدين فلاشك أن الاتفاق يجب أن يكون بين الدائن والمدين وإذا كانت مقدمة من الغير فلا بد إضافة إلى اتفاق المدين والدائن من موافقة الغير. حيث إن «الامتيازات والرهون المجنولة للدين الأول لا تنتقل للدين الذي أقيم عوضاً عنه إلا إذا اشترط ذلك صاحب الدين صراحة في العقد». وأورد المشرع شروطاً شكلية مراعاة لمصلحة من هو خارج إطار الاتفاق وذلك بفرض أن يكون للاتفاق تاريخ ثابت، فليس لاتفاق الأطراف من أثر على الغير إلا إذا كان الاتفاق يكتب ثابتاً التاريخ مع مراعاة نظام العمارات المسجلة بالنسبة إلى الرهن العقارية⁽³⁾، حيث إن «الاتفاق على نقل الضمانات من الدين الأول إلى الدين الثاني لا ينفذ على غير المتعاقدين إلا إذا وقع ذلك عند تجديد العقد وننج عن كتب ثابت التاريخ»⁽⁴⁾.

(1) الفصل 368 م.أ.ع

(2) الفصل 367 م.أ.ع

(3) الفصل 278 م.ح.ع

(4) الفصل 366 م.أ.ع

موجودة وقت القيام بالدعوى الأصلية، ويحكم فيها مع الدعوى الأصلية⁽¹⁾. ولا تجوز المقاومة القضائية إلا إذا كان الدينان متقابلين لا تصح فيهما المقاومة القانونية بخلاف شرط الخلو من المنازعة وشرط مقدار الدينين وتعذر فيما المقاومة الاختيارية⁽²⁾. فلابد المقاومة القضائية إلا إذا توفرت جميع الشروط في التتحقق وصلاحية المطالبة ولم يختلف من الشروط إلا معلومة المقدار والخلو من المنازعة. ولا تقع المقاومة القضائية إلا إذا تعذر الاتفاق بداية، فلو توفرت الشروط القانونية لوقعت المقاومة بحكم القانون وما احتاج الأطراف إلى تدخل القضاة، ولإمكان الدفع بالمقاضاة القانونية نهاية عند الاقتضاء. ولو أمكن الاتفاق حولها رضاء خارج شروطها، ما كان للمدعى عليه ليحتاج إلى الدعوى الفرعية أو يدفع بها أمام القضاة في صورة حصولها. ويقى القاضي على حرية في دراسة الدعوى الفرعية والاستجابة للطلب أو رفضه، فقد يضم الدعوى الفرعية للدعوى الأصلية ليقضى فيها بحكم واحد، وقد يرفض الدعوى العارضة ويقضى في الأصل والعكس بالعكس. ويكون الحكم منشأ للمقاومة القضائية بمعنى أن تحدث المقاومة آثارها من تاريخ الحكم وليس من تاريخ رفع الدعوى.

أما المقاومة القانونية فهي المقاومة التي توفر فيها الشروط القانونية المحددة قانوناً، ويؤخذ بها بمجرد توفر الشروط. وتحدث الآثار بمجرد تلاقي الدينين أي بتاريخ تلاقي الدينين، وهي بذلك واقمة قانونية لا تتوقف على أهلية الأطراف في التصرف. ولا يعني ذلك أن قواعد المقاومة القانونية لها علاقة بالنظام العام، بل إن جملة قواعدها الواردة بمجلة الالتزامات والعقود لها علاقة بمصلحة الأطراف، يجوز مخالفتها كما تقدم في حكم المقاومة الرضائية، وعلى المحكمة، عملاً بأحكام الفصل 370 م.إع، أن لا تعتبر المقاومة حتى يتحقق بها من له حق القيام بها⁽³⁾، أي أن المحكمة لا تنتهي بال مقاضاة حتى في صورتها القانونية إلا إذا آثارها الأطراف، فلا تملك إثارة قواعد المقاومة من تلقاء نفسها.

وإذا اختلفت المقاومة من حيث النشأة والمصدر، اتفاقاً أو قضاة أو قانوناً، فإنها متى حدثت كان لها نفس الآثار القانونية في اتفاق الدين الأول والدين الثاني. وقد وضع المشرع من خلال الفصول 369 إلى 381 م.إع الإطار القانوني للمقاومة أي جملة الأحكام القانونية في جعل المقاومة قانونية وبيان من خلالها شروطها (أ) وأثارها (ب).

(1) الفصل 28 و 226 و 227 و 228 م.م.م.ت.

(2) نص الفصل 369 م.إع أن المقاومة تم بأمر الحكم إذا كان كل منهما دائناً و مديناً.

(3) الفصل 370 م.إع

وقد عرف، التطبيق بداية المقاومة الرضائية ثم ظهرت المقاومة القضائية واتخذت المقاومة أخيراً شكل المقاومة القانونية. وهو الشكل المعتمد أخيراً بالقوانين المعاصرة، حيث وضع المشرع الشروط القانونية للمقاومة، فإذا وقعت على تلك الشروط فهي قانونية، ولو كان الطلب أمام القضاة، فإذا لم يتفق الطرفان مع تخلف الشروط يمكن رفع الأمر أمام القضاء، فيصدر فيها الحكم عند الاقتضاء وتلك هي المقاومة القضائية⁽¹⁾. تكون المقاومة الرضائية بهذا التعريف هي المقاومة التي تحدث نتيجة رغبة فردية أو اتفاق بين الطرفين، وتنعد كلما تختلف شروط المقاومة القانونية في التقابل بين الدينين أو المماثلة بينهما أو صلاحية المطالبة والتحقق أو الخلو من المنازعه، وعادة ما يكون وضع الشرط لمصلحة الطرفين أو أحد الأطراف، فإذا تنازل الطرف المستفيد من الشرط ورضي بالمقاضاة بالرغم من تخلف الشروط، والمعلوم أن قواعد المقاومة ليس لها علاقة بالنظام العام، بل شرعت من أجل المصلحة الخاصة، وكانت المقاومة رضائية وليس قانونية. لكنها مقاضاة ممكنة، وقد نص الفصل 369 م.إع ضراحة على أن المقاومة تتم برضاء الفريقين إذا كان كل منهما دائناً و مديناً للأخر، وبالتالي يمكن أن تكون المقاومة رضائية في القانون التونسي إذا رضي الطرفان بهذا خارج الشروط القانونية الواردة في باب المقاومة. ويكون الاتفاق محدوداً التاريخ آثار المقاومة، فتحدد الآثار بمجرد الاتفاق على المقاومة.

أما المقاومة القضائية فهي المقاومة التي تقع أمام القضاة تبعاً للدعوى عارضة أو دعوى فرعية أو معارضة وهي الدعوى التي يقوم بها المدعى عليه مادامت القضية بقصد التحضير للمدافعة عن حقوقه وطلب المقاومة، ولا تقبل إلا إذا كانت أسبابها

(1) ارتبط ظهور المقاومة بالقانون الروماني بحق الحبس والدفع بعدم القبول، باعتبار أن ذلك يمكن الدائن من الدفع بالفشل، أي أنه يحق له التدفع بعدم التنفيذ أو الحبس إلا إذا لم يوف الطرف الآخر ما يحمل عليه، وقد كانت المقاومة لها أساس اتفاقية في البادية، غير أن المقاومة القضائية لم تظهر في القانون الروماني إلا أخيراً بحكم أن الدعوى في القانون الروماني لا تتحصل إلا فرعاً أو طلباً وحيداً وما كان يجوز للمدين الدفع بالمقاضاة، بل كان يطلب منه نشر قضية مستقلة في المقاومة، ولكن القانون الروماني أقر أخيراً بإجراء المقاومة دون حاجة إلى شكليات الدفع بالفشل أثناء نشر الدعوى الأصلية، وكانت المقاومة مع ذلك قضائية، ولكن الشرح اعتبروا أن المقاومة تحصل بغير القانون ipso jure، وانتقل هذا الفهم إلى المجلة المدنية الفرنسية بالفصل 1295 متنى نص على أن المقاومة تقع بقوة القانون. وتبدو المدارس الجرمانية مختلفة عن التطبيقات اللاتинية في أنها تعتبر المقاومة في جميع الصور أنها تصرف آحادي لا يصح الحكم بها إلا إذا كانت مبنية على الإرادة أي تبعاً لطلب الطرف المعني، فهي غير قانونية وغير قضائية بل هي إرادية بمعنى أن تحدد الإرادة تطبيقات المقاومة. وقد اعتبرت بذلك وسيلة ضمان للمدين. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 789.

أ- شروط المقاومة
 يؤخذ من الفصل 369 و 373 و 374 م.أع أن تقابل الديون من الجهات (١)
 وتماثل في النوع (٢) وأن تتحدد في القوة (٣).

1- شرط تقابل الديون
 نص الفصل 369 م.أع على أن المقاومة تتم «إذا كان كل منهما أي الغريقين دائناً
 ومدييناً الآخر». وذلك يعني أن يكون الطرف الواحد دائناً ومديناً للطرف الآخر في نفس
 الوقت. ويجب أن يكون التقابل في المقاومة شخصياً بمعنى أن صفة المدين أو الدائن
 يجب أن تتوفر في شخص الطرف المعنى، فلا مقاومة إذا كان الطرف دائناً شخصياً من
 جهة ومديناً بصفة وكيل أو ولها أو غير ذلك. ويجب أن يكون التقابل مباشرةً بمعنى أن
 لا يكون الحق لدى الغير، وعلى ذلك الأساس فإن «المدين الذي قبل بلا شرط تحويل
 دينه من الدائن الأصلي إلى شخص آخر ليس له أن يتحجج على المحال له بالمقاصة التي
 كان يمكنه أن يتحجج بها على الدائن الأصلي قبل قوله الخوالة وإنما يجوز له مطالبة
 الدائن الأصلي بدينه»^(١)، كما أنه «ليس للشريك أن يصاصد دائنه بما عليه (أي الدائن)
 للشركة كما لا يسوع لدائن الشركة أن يصاصد الشريك بما على الشركة له ولا يتحجج
 على الشركة بما لداته على أحد الشركاء»^(٢) ذلك أن دائن الشركة أجنبي عن الشركة
 وليس للشركة علاقة مباشرة مع دائن أو مدين الشريك. لكنه يجوز للكفيل استثناء لهذه
 القاعدة، أن يعارض الدائن بالمقاصة بما عليه للأحصل أو له»^(٣)، حيث إن مدعيونة الكفيل
 تابعة في نهاية الأمر لمديونية المدين، وإنما ينفع المدين في الرفاء بغير الكفيل.

2- شرط تماثل النوع
 نص الفصل 373 م.أع على أنه «لا تصح المقاومة إلا إذا اتفق الدينان جنساً ومن
 ذلك المقاومة في المنشولات المتحدة جنساً وصفة أو في التقادم والمواد الغذائية».
 معنى ذلك أن المقاومة لا تصح إلا إذا اتفق الدينان من حيث النوع، تقدماً أو أشياء مثالية
 أو أشياء قيمية، ولا تصح إلا إذا تماثل النوع. معنى أن تكون المقاومة في التقادم من
 الجهات أو في الأشياء المثلية في الجهات أو في الأشياء القيمية في الجهات، وبشرط
 أن تتحدد الصفة في الأشياء المثلية والقيمية. ولا يقوم التماطل في الالتزام بعمل أو بعدم
 القيام بعمل، فليس فيما مقاومة، وإنما تقع المقاومة في ما له علاقة بنقل الملكية. ولا

- (١) الفصل 376 م.أع
(٢) الفصل 378 م.أع
(٣) الفصل 374 م.أع
(٤) الفصل 375 م.أع
(٥) الفصل 377 م.أع

- (١) الفصل 371 م.أع
(٢) الفصل 372 م.أع
(٣) 1515 م.أع

تقع المقاومة صحيحة كذلك إذا اختلف الالتزام من حيث الوصف، كما أن يكون بعضه
 مجرد الآخر موصفاً بدلياً كان أو تخميرياً.

3- شرط اتحاد القوة

لاتقع المقاومة إلا إذا كان الدينان لهما الدرجة الأخيرة في قوة الديون، بمعنى أن
 يكون الدينان مدنيين وثابتين ومقدرين ومستحقي الأداء وقابلين للعقلة، ولذلك نص
 الفصل 374 م.أع على أنه «يشترط في المقاومة أن يكون الدينان حاليين ومعلومي
 المقدار ولا يلزم وجوبهما في محل واحد. وسقوط أجل الدين بسبب إفلاس المدين
 وحلول إرث تصير به المقاومة في الدين ممكناً». فلا تصح المقاومة بين الديون الطبيعية
 والديون المدنية، فلا تصح المقاومة بين سقط القيام به لمرور المدة^(١) أو دين متنازع
 فيه أو غير محدد المقدار كما في صورة التعيض الذي لم يحكم به بعد، ولا تجوز
 المقاومة في دين معلن على شرط أو أجل، كما لا تجوز في جميع الحقوق التي لا يمكن
 حجزها. وقد نص المشرع صراحة بالفصل 378 م.أع على أنه «لا تجوز المقاومة إلا
 كان سبب أحد الدينين نفقة أو شيئاً آخر مما لا يجوز عقلته. أو إذا كانت في استرجاع
 شيء مخصوص إما بإكراه أو بتغريه أو في دعوى دين سببه جنحة أو شبهها. أو إذا كانت
 الدعوى في استرجاع وديعة أو عارية أو في دعوى الضمان العينية على ماذكر. أو إذا ترك
 المدين القيام بالمقاصة من أول الأمر أو كانت ممنوعة بمقتضى عقد الدين. أو إذا كانت
 في الديون والأداءات الواجبة للدولة والإدارات البلدية مالم يكن لمعدي المقاومة دين
 على نفس الخزينة التي طلبت تلك الديون أو الأداءات»^(٢).

ولكن اختلاف أماكن الأداء أو أسباب الديون ومقاديرها لا يمنع من المقاومة. فلا
 يلزم وجوب أداء الديون في محل واحد^(٣)، حيث إنه «إذا كان أداء الدينون واجباً في
 أماكن متفرقة فلا مقاومة إلا مع أداء الفرق لمن وجب له في الصرف أو الثمن إن كان
 الدين مواد غذائية»^(٤)، كما أنه «تصح المقاومة في ديون مختلفة الأسباب أو المقادير
 وعند اختلاف الدينان في المقدار تقع المقاومة بقدر الأصغر»^(٥).

بـ-آثار المقاضة

لأن حدث المقاضة آثارها إلا بعد التمسك بها من كل ذي مصلحة، الدائن والكفيل⁽¹⁾ والمتضامن⁽²⁾. فلا تعتبر المحكمة المقاضة حتى يتحقق بها من له حق القيام بها. ويجوز التمسك بالمقاضاة ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو بعد صدور حكم نهائي أو خلال أعمال التنفيذ أو خارج إطار القضاء، وليس في ذلك أعمال لتصفيف قانوني، بل هو تمسك بواقعة قانونية لها آثار قانونية محددة. وكما يملك المستفيد التمسك بالمقاضاة يمكن أن يتنازع عنها صراحة أو ضمناً⁽³⁾.

وإذا توفرت الشروط القانونية للمقاضة، وتمسك المستفيد بالمقاضاة، انقضى الالتزام من الجانبيين من وقت وجود الدينين بحكم القانون بقدر ما تساوا بهما، وليس بتاريخ التمسك بالمقاضاة، فهي تقوم مقام الوفاء من تاريخ تلاقي الدينين، وفي أقل الديون المتساوية، حيث إن «المقاضة تستهلk الدينين بقدر ما تساوا بهما من وقت وجودهما معاً على الشروط التي عينها القانون لصحتها»⁽⁴⁾. وإذا تعدد الدينون من الجانبيين وكان من الممكن إجراء المقاضة تقع المقاضة في أقل الديون المقابلة والمماثلة، ويعتمد حينئذ بالمبادئ العامة الواردة في حكم تعدد الدين على معنى الفصل 343 م.أع، فإذا كان على المدين ديون متعددة قائمة للمقاضة كانت المقاضة فيها حسب القواعد المقررة لطرح المدفوع من الدين على معنى الفصل⁽⁵⁾ 343. وينقضي الالتزام بما فيه من فوائد وضمانات، غير أن الضمان الواقع على الدين الأكبر يستمر ما يقى منه بعد طرح محل المقاضة.

ولا تضر المقاضة بالحقوق التي اكتسبها الغير على مقتضى القانون⁽⁶⁾. وعلى ذلك الأساس لا يجوز للمدين المعقول عنه أن يوقع المقاضة، حيث تهدف كل عقلة إلى وضع ما تناوله من الأموال تحت يد العدالة ومنع المدين من التصرف فيه في مقدرة ذاتيه، فكل ما وقع حينئذ من تقويض بعرض أو بدونه أو كراء للأموال المعقوله وكذلك ما يتم إنشاؤه عليها من حقوق رهن أو غيرها من الحقوق العينية باطل لا عمل عليه إزاء

(1) الفصل 1515 م.أع

(2) الفصل 165 م.أع

(3) بعض القراءين منعت التنازع عن المقاضة قبل ثبوت الحق فيها، مثل الفصل 365 مدني مصرى. أما إذا تحقق شروطها فإنه يمكن التزول عنها سواء ضمناً أو صراحة، غير أن مجلة الالتزامات والعقود لم تورد نصاً صريحاً في ذلك.

(4) الفصل 380 م.أع

(5) الفصل 381 م.أع

(6) الفصل 379 م.أع

الدائنين، ويدخل في ذلك إجراء المقاضة⁽¹⁾. كما أنه عملاً بهذا المبدأ ليس للمدين الذي قبل بلا شرط تحويل دينه من الدائن الأصلي إلى شخص آخر أن يحتاج على المحوال له بالمقاضاة التي كان يمكنه أن يتحجج بها على الدائن الأصلي قبل قبولة المحالة وإنما يجوز له مطالبة الدائن الأصلي بدينه⁽²⁾. عملاً بهذا المبدأ كذلك لا يمكن للمدين المتوفى عن الدفع أن يجري المقاضة مع أحد دائنيه⁽³⁾.

الفقرة الثالثة: اتحاد الذمة

إذا اجتمعت أوصاف الدائن والمدين في شخص واحد ودين واحد كان بذلك اختلاط في الحقوق تقطع به العلاقة بين الدائن والمدين⁽⁴⁾. معنى ذلك أن يجمع الشخص الواحد صفة الدائن والمدين دون شرط المقابلة. وذلك ما يميز اتحاد الذمة أو اختلاط الذمة عن المقاضة، حيث إن المقاضة تفترض التقابل بين الحقوق بالرغم من أن الطرف الواحد يكون في نفس الوقت دائناً ومديناً، ولكن اتحاد الذمة، على عكس المقاضة، يفترض تجمع جميع الحقوق بشخص واحد.

وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود فصلين 382 و383 م.أع في باب اختلاط الذمة، ربما بسبب ضعف الأهمية التطبيقية في اتحاد الذمة باعتبارها طريقة من الطرق التي تقوم مقام الوفاء، وفي ذلك شروط⁽⁵⁾ (أ) وأثار⁽⁶⁾ (ب).

أ-شروط اتحاد أو اختلاط الذمة
لا يقوم الاتحاد إلا في صور محددة، وعلى حقوق معينة، بالرغم من قلة الصور التي تنتهي باختلاط الذمة⁽¹⁾، فإن جميع الحقوق يمكن أن تكون محل اختلاط⁽²⁾.

1- الشروط الخاصة بصورة اختلاط الذمة
من حيث الواقع يكون الميراث هو أكثر الصور في اختلاط الذمة، لكنه من الممكن للتصرف بين الأحياء أن يكون سبباً في الاختلاط.
الميراث كسبب من أسباب اختلاط الذمة: تنتقل الحقوق بموجب الميراث بتاريخ الوفاء، وبالتالي يمكن أن تنتقل حقوق الدائن إلى المدين. فإذا ورث المدين الدائن انتقلت إليه الحقوق وأصبح ما كان للدائن للمدين ودخلت تلك الحقوق إلى الذمة

(1) الفصل 309 م.م.ت

(2) الفصل 371 م.أع

(3) الفصلان 462 و 463 العجلة التجارية، وكذلك القانون عدد 34 لسنة 1995 المざرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بإيقاظ المرسات كما هو منعقد بموجب القانون عدد 63 لسنة 1999 بتاريخ 15 جويلية 1999 والقانون عدد 79 لسنة 2003 بتاريخ 29 ديسمبر 2003

(4) الفصل 382 م.أع

الدمة. فإذا كان الالتزام في الوفاء والتتجديد والمقاصة ينقضي حقيقة ويفقد وجوده أصلا، بينما يقف نفاذ الالتزام في اتحاد الدمة بسبب اتحاد الوصف في الدائن والمدين، فلا يطالب الدائن بالحق وقد جمع في نفس الوقت صفة الدائن والمدين. لكن الالتزام يبقى قائما مع ذلك وقد يحدث أثره في ما يتجاوز حدود اتحاد الدمة، كما في صورة ضبط المخالف، فلا بد من مراعاة حدود الالتزام في الضبط والحساب بالرغم من اتحاد الدمة وكما في صورة وراثة المدين المتضامن للدائن، فلا ينقضي الالتزام إلا في حدود حصة المدين الوراث ويبقى فاعلا في البقية ويمكن المطالبة به طبقا لـنظام التضامن، وقد نص الفصل 185 م.أ.ع صراحة على أن «اختلاط دمة الدائن وأحد المدينين المشتركين لا ينقضي به الالتزام إلا بقدر حصة ذلك المدين». ولهذا الغرض نص كذلك الفصل 382 م.أ.ع في آخره على أن الاختلاط قد يكون كليا أو جزئيا بحسب كونه في كل الدين أو في بعضه⁽¹⁾.

على أنه إذا زال سبب الاتحاد تعود الحالة على ما كانت عليه قبل الاتحاد بأثر رجعي، فإذا زال السبب الذي أوجب اختلاط الدمة فإن الدين يعود في حق الجميع بتوابعه إلى ما كان عليه ويعتبر اختلاط الدمة كأنه لم يكن⁽²⁾. وقد يحدث ذلك في عدة صور كما في صورة بطلان التصرف، فيعود الالتزام لصفته مع تحملاته وتوابعه وضماناته.

المبحث الثالث: انقضاض الالتزام بدون وفاء

فكما أن الالتزام ينقضي بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، فقد يحصل أن ينقضي الالتزام بدون وفاء، سواء بإرادة الأطراف كما في صورة الإبراء، أي إسقاط الحق من صاحب الحق (الفقرة الأولى)، والإقالة، أي تراضي الطرفين على انسحاص العقد بعد التعاقد (الفقرة الثانية)، أو بدون إرادة الأطراف كما في صورة تذرر التنفيذ (الفقرة الثالثة) والقادم (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: الإبراء الاختياري

الإبراء الاختياري هو الإسقاط من طرف صاحب الحق، والإسقاط هو التنازل عن الحق دون مقابل فهو إبراء كامل ومطلق، ومن هذه الناحية فهو يختلف عن الصالح⁽³⁾

(1) الفصل 382 م.أ.ع

(2) الفصل 383 م.أ.ع

(3) الفصول 1458 وما بعدم.أ.ع، وقد عرف الفصل 1458 م.أ.ع الصالح بعالي «الصلح عقد وضع لرفع التزاع وقطع الخصومة ويكون ذلك بتنازل كل من المصالحين عن شيء من مطالبه أو بتسليم شيء من المال أو الحق».

المالية للمدين، وينذلك تختلط الدمة بجمع المدين ما عليه وما له وراثة عن الدائن، لكن الدين لا تنتقل إلى الوراث إلا بعد سداد الدين تطبيقا لنظام الوراثة الإسلامية المعتمد بمجلة الأحوال الشخصية⁽⁴⁾، وبالتالي لا تتحدد الدمة في صورة وراثة الدائن للمدين، بل لا بد من دفع الدين أولا لتمر باقي الحقوق إلى الوراث، لذلك لا يصح الحديث عن اختلاط الدمة في صورة وراثة الدائن للمدين بالنسبة إلى القانون التونسي، بقى أن هذه الصورة الأخيرة تبقى ضمن الصور في اتحاد الدمة بالنسبة إلى المدرسة اللاتينية التي تقر بوراثة الشخص وليس بوراثة المال حيث تمر جميع الحقوق والديون إلى الورثة، ولا يمكن أن لا تتحدد الدمة في هذا النظام الأخير إلا إذا اشترط الوراث مجرد، فتفعل هذه الصورة على نظام الوراثة بعد سداد الدين التي ليس فيها اتحاد.

التصريف كسبب من أدوات اختلاط الدمة يمكن أن يكون التصرف سببا في اتحاد الدمة، كما في صورة قبول المسحوب عليه للكمية ثم شرائها قبل حلول أجلها أو في صورة إتمام الصفقة ثم العدول عنها فيقع الاسترداد والرجوع إلى الحالة الأولى، أو في صورة شراء الشركة لأسمهم أو حصص سبق إصدارها⁽⁵⁾. ففي جميع هذه الصور وفي غيرهما من الأمثلة يمكن أن يكون التصرف سببا في اتحاد الدمة.

2- الشروط الخاصة بالحقوق

جميع الحقوق يمكن أن تكون محل اتحاد، سواء كانت موصوفة أو غير موصوفة مستحقة الأداء أو غير مستحقة الأداء، ومهما كان المصدر في ذلك الاتفاق أو العمل المشروع أو العمل غير المشروع. وإذا كان محور الحديث يتعلق أساسا بالحقوق الشخصية، فإن الحقوق العينية لا تتناسب من الحقوق التي يمكن أن يشملها اتحاد الدمة، وقد أورد المشرع عبارة الحقوق بالفصل 382 م.أ.ع عامة ترد على جميع الحقوق بدون استثناء مهما كانت طبيعتها ومهما كان اختلافها ومهما كان وصفها.

ب-آثار اختلاط الدمة

إذا اجتمعت أو صاف الدائن والمدين في شخص واحد ودين واحد كان بذلك اختلاط في الحقوق تقطع به العلاقة بين الدائن والمدين⁽⁶⁾. معنى ذلك أن اختلاط الدمة من شأنه إنهاء العلاقة بين الدائن والمدين بمعنى أن ينقضى الالتزام، لكن المشرع استعمل عبارة انقطاع العلاقة بين المدين والدائن ربما لإبراز حقيقة الانقضاض في اتحاد

(1) يراجع الفصول 85 و 87 م.أ.ش و 553 م.أ.ع

(2) الفصل 109 والفصل 321 مجلة الشركات التجارية.
خلية الخروبي، المرجع السابق، ص 242 وما بعد.

(3) الفصل 382 م.أ.ع

ويشترط في الإسقاط الشروط المعلومة في تكوين الالتزامات، ويضاف إلى ذلك أهلية التبرع على معنى الفصل 350 م.أ.ع وشرط الاختيار على معنى الفصلين 350 و 351 م.أ.ع.

ويقصد بأهلية التبرع الأهلية الكاملة التي تخول الحق في التنازل⁽¹⁾، حيث يتضمن الالتزام بإسقاط اختياري من الدائن الذي له التبرع. والإسقاط ماض إلا إذا لم يقبله المدين قبولاً صريحاً. ويفهم من شرط الاختيار أن يكون الإسقاط واضح الدلاله، وإن كان بالإمكان تعليقه على شرط، ويكره أن يتبني الإسقاط على مجرد الظن والتخمين، وإن كان المشرع لم يشترط شكليات محددة، ولهذا الغرض رفضت محكمة التقىب التونسية تأسيس الإسقاط على مجرد أقوال المتضرر أمام باحث البداية أو أقواله أمام المحكمة بأنه لا يطالب بشيء في إطار دعوى التعويض⁽²⁾. حيث تحصل البراءة بالإسقاط الصريح الناشئ عن اتفاق أو أي عقد تضمن إبراء المدين من الدين أو هبة إليه. وقد تكون بالسكوت بناء على كل ما يدل دلالة صريحة على أن مراد الدائن ترك حفظه.

على أن «إرجاع أصل الرسم اختياراً من الدائن للمدين يحمل على إسقاط الدين»⁽³⁾، و«رد الدائن توقيه الدين لا يكفي في العمل على إسقاط الدين»⁽⁴⁾. معنى ذلك أن الإبراء يمكن أن يرد صراحة أو ضمناً، وإذا قام الدائن برد أصل الالتزام، ويكون ذلك في صورة إذا كان المحرر حجة غير رسمية أو عرفية، بغير ذلك بمثابة القرينة على الإسقاط وهي قرينة مطلقة لا يملك الدائن دفعها بالحججة المضادة. أما إذا رد الدائن توقيه الدين أي نسخة رسمية من الأصل المحفوظ لدى العامور العمومي، ويكون ذلك بالنسبة إلى جميع الحجج الرسمية، فلا يتسلم الأطراف إلا نسخة من الأصل، وبقي الأصل درهماً

(1) تطبيقاً للقواعد العامة لا يملك الوالي أو المقدم حق الإسقاط حتى لو تحصل على إذن قضائي، حيث إن أعمال التبرعات تتبع على الوالي، على خلاف أعمال الإدارة والتقويمات التي تتطلب إذن القاضي على معنى الفصول 3 و 351 م.أ.ع.

(2) قرار تعقيبي ملنـي عدد 6814 المؤرخ في 24 فبراير 1970 نشرة محكمة التقىب القسم المدني 1970 ص 32.

قرار تعقيبي عدد 2394 مؤرخ في 11 أكتوبر 1979 نشرة محكمة التقىب، القسم المدني، 1979، ص 56.

قرار تعقيبي ملنـي عدد 5826 مؤرخ في 11 نوفمبر 1982، نشرة محكمة التقىب، 1983 ، ص 282.

(3) الفصل 351 م.أ.ع

(4) الفصل 352 م.أ.ع

باعتبار أن عقد الصلح ملزم للجانبين في حين أن الإسقاط ملزم لجانب واحد. ومن المعروف أن التنازل عن الحق في المادة المدنية جائز، على خلاف الدعوى العامة التي لا يمكن التنازل عنها، إلا ما استثناه القانون في بعض الصور الخاصة حيث يبقى على سبيل المثال التعمير عن الأضرار الناتجة عن حادث شغل قائمارغمما عن كل اتفاق⁽⁵⁾. وختص المشرع التونسي الإسقاط بأحكام عامة وردت بالفصل 350 إلى 356 م.أ.ع، وبين من خلالها شروط الإسقاط (أ) وأثاره (ب).

أ- شروط الإبراء

تميزت الشروط ببساطة، حيث إن المشرع لا يشترط الكتابة أو حتى تقابل الرضاء بين الطرفين في نفس الوقت، فيكتفى أن يصدر الإسقاط عن إرادة الدائن⁽⁶⁾، وهو ماض إلا إذا لم يقبله المدين قبولاً صريحاً. ولكن ذلك لا يعني أن الإسقاط تصرف ناتج عن إرادة منفردة بل هو تصرف ثانوي ناتج عن إرادتين حيث يحصل الإبراء بالإسقاط الصريح الناشئ عن اتفاق أو أي عقد تضمن إبراء المدين من الدين أو هبته إليه⁽⁷⁾. لكن مجلة الالتزامات والعقود لم تشتّرط الكتابة في الإسقاط كقاعدة عامة⁽⁸⁾، على خلاف بعض التشاريع التي اشتّرطت ضرورة كتابة عقد، بل إن الإسقاط على معنى الفقرة الثانية من الفصل 341 م.أ.ع يمكن أن يفهم من مجرد السكوت بناء على ما يدل دلالة صريحة على أن مراد الدائن ترك حقه. معنى ذلك أنه لا يشترط الموافقة الصريحة من الجانبين، فالإسقاط متوجه لأنماطه بجانب الدائن ولو كان ذلك بمعنى السكوت المفهومي لترك الحق وهو كذلك مقبول طالما لم يرفضه المدين.

على كحلوون: الصلح في المادة المدنية، المرجع السابق.

(1) يراجع الفصلين 91 و 54 من القانون المتعلقة بالتعويض عن حوادث الشغف سواء في القطاع العام أو الخاص.

(2) تحدث المشرع عن الإسقاط اختياري وهو ما قد يحمل إلى معنى الإرادة المنفردة حسب الاتجاه الذي يتماشى مع تبني المفهوم الواسع لمعنى الإرادة المنفردة وبذلك يمكن حسباً هذا الاتجاه قبول الطرف المقابل بأنه قبول على مستوى التقييد وليس على مستوى التكوير، على أن هذا الاتجاه يختلف عن الرأي القائل بمحضوية الإرادة الفرقية في إنشاء الالتزام وفهم القبول على معنى الفصلين 350 و 353 م.أ.ع على أنه قبول على مستوى تكوين الالتزام. ولا يصح بالتألي حسب هذا الرأي اعتبار الإسقاط على أنه صورة من صور الالتزام الناشئ عن إرادة منفردة.

يراجع مقلمة البحث في معنى الإرادة المنفردة.

(3) الفصل 351 م.أ.ع

(4) على أن الكتابة تصبح مفروضة بالنسبة إلى التنازلات المتعلقة بالعقارات المسجلة حيث إن ما يرسم ليس الحق وإنما الصك سند الحق، وتبقى الكتابة ضرورية في نهاية الأمر لغاية الإثبات.

علي كحلوون: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، ص 132 وما بعد، عدد 190 وما بعد.

بقية الدائنين في صورة تعددتهم حيث إن الإسقاط من الدائن المتضامن لا يسري على بقية الدائنين المضامين عملاً بقاعدة أن ما يضر لا يسري على البقية المضامين⁽¹⁾، ولا يتضاعف به إلا المستفيد والقاصمن، على أن الإسقاط للمدين المتضامن يتضاعف به بقية المدينيين باعتبار أن الإسقاط من الأعمال النافعة التي يتضاعف بها كافة المدينيين⁽²⁾.

وإذا جاء الإسقاط خلال مرض الموت اعتبرت أحكام الوصية، فإذا أسقط الدائن في مرض موته على أحد ورثته سواء كان الإسقاط في الكل أو البعض فإن الإسقاط لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة عليه، وإذا كان الإسقاط الصادر من الدائن لغير وارثه في مرض موته يعتبر في ثلث مخلفه بعد استيفاء الديون ومصاريف جنازته⁽³⁾.

الفقرة الثانية: الإقالة

الإقالة هي اتفاق الطرفين على وضع حد للالتزام حيث «تنفسح الالتزامات الناشئة من العقود إذا تراضى الطرفان على فسخها أثر التعاقد في الصور التي يبيحها القانون»⁽⁴⁾. معنى ذلك أنه لا يمكن للإرادة المنفردة أن تضع حدًا للالتزام إلا في المواطن التي استثنها المشرع أو اقتضتها طبيعة الالتزام أو العقد، مثل عزل الوكيل، فلا يقتضي إلا إرادة الموكيل⁽⁵⁾. وتعد الإقالة بذلك شكلاً إرادياً في انتقام الالتزام على غرار الإبراء. وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود من خلال الفصول 414 إلى 419 م.أع شروط الإقالة (أ) وأثارها (ب).

شروط الإقالة

الإقالة تصرف قانوني يفترض فيها موافقة الطرفين، ويشترط في الإقالة ما يشترط في العقود من حيث أركان صحتها، الأهلية والرضا والسبب والموضوع. ويشترط في ذلك أهلية التصرف والتقويت، وعلى ذلك الأساس فإن «المقدم والوصي والمدير وغيرهم من المباشرين بالنيابة عن غيرهم لا تصح منهم الإقالة إلا في الصور المذكورة للتغريت حسب النيابة التي تقتضي تصرفهم وبعد إتمام الموجبات التي يقتضيها مع وجود مصلحة في ذلك لمنوبيهم»⁽⁶⁾، فلا تصح الإقالة إلا بصدر الإذن في الجهة

(1) الفصل 166 م.أع.

(2) الفصل 182 م.أع.

(3) الفصلان 354 و 355 م.أع.

(4) الفصل 414 م.أع.

(5) محمد الزين، العقد، المرجع السابق، ص 242 وما بعده.

(6) الفصل 416 م.أع.

موثقاً لدى المأمور العمومي، ففي هذه الحالة لا يحمل رد الترقية على الإسقاط، أو ربما كانت مجرد قرينة بسيطة على الإبراء يجوز ردها بالدليل المضاد⁽¹⁾. وفي هذا الباب يجب التمييز بين التخلّي عن الدعوى désistement d'instance ، فالتخلي عن الدعوى لا تأثير له على إعادة الطلب، فهو عبارة عن هدنة في وقت معين، فلا يتحمل الإبراء والتنازل، ولربما يخفي الطالب هذا الإجراء لغاية إعادة الطلب أو لمجرد الاستعداد لتنظيم وسائل الدفاع، ويمكن طلب التخلّي عن الدعوى في جميع مراحل الدعوى، على أن يكون قبل صدور الحكم، فطرح القضية. لكن التراجع عن الدعوى يمكن أن يتخذ شكل التنازل عن الدعوى، وهو التنازل عن الحق، فيتخد شكل الإسقاط والإبراء، فيشترط فيه البيان والدلالة القاطعة سواء كان حكمياً أو غير حكمي.

ب-آثار الإبراء

لا يترتب على إسقاط الالتزام أي شيء إذا امتنع المدين من قبوله امتناعاً صريحاً، ولكنه ليس للمدين أن يمتنع إذا تقدم منه القبول أي إذا سبق منه القبول أو كان مبنياً على طلب منه، أي صدر السقوط على إثر طلب منه⁽²⁾.

وإذا قام الإسقاط صحيحاً نافذاً في أي طور من أنظمة التقاضي أو خارج إطار القضاء، أذكر على الدائن التراجع وإن جهل حقه، حيث إن «الإسقاط أو الإبراء المطلق لا رجوع فيه وترتّب به ذمة المدين ولو جهل الدائن حققته مقدار دينه أو وجد بعد ذلك حرجاً لم يعلم به»⁽³⁾، ولم يستثن المشرع من ذلك «إلا إذا كان الإسقاط من الوارث في دين موروث وثبت تحيل أو تدليس من المدين أو من كان متواطئاً معه»⁽⁴⁾. فلا يمكن للدائن التراجع كفاعدة عامة وينقضى أصل الالتزام بذلك وجميع التأمينات والضمادات، فيُبرأ الكفيل ببراءة المدين، غير أن إبراء الكفيل لا يبرأ المدين⁽⁵⁾.

ولا يسري الإسقاط إلا على الحقوق الشخصية للدائن ولا يمس من حقوق الورثة بمعنى أن حدود الإسقاط تتحدد في قائم حياة الدائن، ولا تأثير للإسقاط على حقوق

(1) تعيّر هذه القواعد في إرجاع الرسم الأصلي أو الترقية على تطبيق مشهور بمقتضاه القضاء بفرنسا ونقله مجلة الالتزامات والعقود كما هو.

(2) الفصل 353 م.أع.
ويبدو أن هذه القاعدة تتناسب مع قواعد الفقه الإسلامي في الإبراء حيث جعله تصرفًا ينشأ عن إرادة مفردة، ويمكن المدين من أن يرفضه في نفس المجلس.

سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 824.

(3) الفصل 356 م.أع.

(4) الفصل 356 م.أع.

(5) الفصل 1516 م.أع.

ال الفقرة الثالثة، تعذر الوفاء Impossibilité d'exécution

لا التزام بمستحيل impossible nul n'est tenu⁽¹⁾. تلك هي القاعدة العامة في استحالة التنفيذ أو تعذر التنفيذ فإذا استحال التنفيذ تعذر التنفيذ وانقضى الالتزام بدون تنفيذ، وقد أوردت الفصول من 345 إلى 349 م.أع شروط التعذر (أ) وأثاره بـ(ب).

أ-شروط تعذر الوفاء

نص الفصل 345 م.أع على أنه «إذا صار الشيء الذي وقع عليه العقد غير ممكناً طبيعة أو قانوناً بدون فعل المدين أو تقصيره وقبل أن يهدى ممطاً فقد انقضى العقد»، ويؤخذ من ذلك أن يصبح التنفيذ غير ممكناً (1) بسبب لا ينبع إلى المدين (2).

1-استحالة الوفاء

يرد عدم الامكان إلى معنى الاستحالة التي يمكن أن تكون لأسباب طبيعية أو قانونية، فإذا كانت الأسباب طبيعية تكون الاستحالة مادية تبقى خاضعة لاجتهاد القضاء، كما في صورة أن يهلك العين وما شابه ذلك وإذا كانت قانونية تعذر الوفاء قانوناً كما في صورة أن تتزعزع الملكية للمصلحة العامة قبل انتقال الملكية، ويجب أن تكون الاستحالة لاحقة لابرام الالتزام، بمعنى أن تنشأ بعد إتمام الاتفاق، فإذا كانت متزامنة مع إبرام الاتفاق فلا يقوم الالتزام أصلاً. ويفرض كذلك أن تكون الاستحالة مطلقة، بمعنى أن صعوبة الوفاء، لأن يكون التنفيذ مردها للمدين، لا تحمل إلى معنى الاستحالة. ويعتد في تقدير الاستحالة المطلقة بالمعايير الموضوعي، بمعنى أن يعتد بالتصريف العادي للإنسان العادي في تقدير الاستحالة من عدمها. ولا تكون الاستحالة مطلقة إذا كانت وقته، بل يجب أن تكون مستمرة، معنى ذلك أن التعذر الواقعي ليس من قبيل الاستحالة في الوفاء.

2-استحالة الوفاء لا تنبع إلى المدين

لا يتشرط فقط استحالة التنفيذ، بل يجب أن لا تنبس الاستحالة للمدين وتنسب لسبب أجنبي، فإذا تسبب المدين بفعله في الاستحالة، كان بالإمكان إلزامه بالتعويض في هذه الصورة بعدهما كان من المفروض أن يفي المدين بالتزامه علينا. فلا تقوم الاستحالة صحيحة إلا إذا نسب للسبب الأجنبي وهو القوة القاهرة والأمر الطارئ و فعل الدائن والغير على وجه الإجمال⁽³⁾. ولا يقوم السبب الأجنبي صحيحاً إلا إذا حدث قبل أن

(1) يراجع الفصلان 282 و 283 م.أع في تعریف الفقرة القاهرة.
 الفصل 282 - لا يلزم المدين بتعويض الخسارة إذا ثبت سبباً غير منسوب إليه منعه من الوفاء أو آخره عنه كالقوة القاهرة والأمر الطارئ ومحاطة الدائن.
 الفصل 283 - القوة القاهرة التي لا ينتسب إليها الوفاء بالعمود هي كل ما لا يستطيع الإنسان دفعه كالحرادث الطبيعية من فيضان ماء وقلة أمطار وزوابع وحرائق وجراء أو كغزو أجنبي أو فعل الأمير.

القضائية المختصة، ولم يشترط المشرع شكلًا معيناً في الإقالة، بل يمكن أن تستشف من السكتوت الموصوف، «فتصح الإقالة بالسكتوت كرد كل ما أخذه من الآخر ثمناً ومثمناً بعد البيع⁽⁴⁾». ولا تصح الإقالة من حيث الموضوع «إذا انعدمت العين التي وقع عليها العقد أو تعبرت أو تغيرت بسبب الصنع أو إذا تعذر على الطرفين بسبب آخر استرجاع جميع ما أخذاه من بعضهما بعضاً إلا إذا اتفق الفريقان في هذين الصورتين على جبر الفرق⁽⁵⁾».

ب-آثار الإقالة

يرجع المتعاقدان بموجب الإقالة من حيث المبدأ إلى ما كانوا عليه حين التعاقد. وعلى كل منهما أن يرد لصاحبه ما قبضه منه بمقتضى العقد المفسوخ، معنى ذلك أن للإقالة من حيث المبدأ آثاراً رجعياً. تتحمل الإقالة إلى تاريخ بداية الالتزام ويرجع كل طرف ما عليه للطرف الآخر، ولكنه كثيراً ما يتعذر هذا الأثر الرجعي، كما في الصورة العقود المستمرة «حيث ينجر على نقضها مجرد انفراطها قبل آجالها المحددة لها بالعقد ولكن دون أي أثر على الماضي⁽⁶⁾»، وتتحمّب عدم الرجوعية كذلك على العقود الحية، من ذلك أن النقض الرضائي لعقد يع ي لا يترتب عليه قانوناً محظوظاً على المدعى إلى الماضي كما هو الحال في صورتي الفسخ والبطلان. الأمر الذي يستخلص منه أن عقد النقض ليس إلا بيعاً جديداً تنتقل بموجبه ملكية المبيع مجدداً إلى مالكيها الأصلي اعتباراً من تاريخه. ويترتب عن ذلك من وجهة جهاتي ضرورة دفع معلوم نقل جديد⁽⁷⁾. ولهذا الغرض نص الفصل 418 م.أع في آخره على أنه كلما انعدمت الرجوعية كان ذلك تجديداً وليس إقالة، «فكلما تغير شيء من العقد الأصلي فسدت به الإقالة وصار بذلك عقداً جديداً⁽⁸⁾».

وفي جميع المواطن التي تصح فيها الرجوعية لا يمكن أن يكون لها أي أثر على الغير الذي اكتسب حقوقاً على محل الالتزام، حيث إن «الإقالة لا تضر غير المتعاقدين من اكتسب حقاً فيما وقعت فيه الإقالة إذا كان اكتسابهم لذلك على وجه جائز⁽⁹⁾».

(1) الفصل 415 م.أع

(2) الفصل 417 م.أع

(3) محمد الزين، المرجع السابق، عدد 330.

(4) نفس المرجع السابق.

(5) الفصل 418 م.أع

(6) الفصل 419 م.أع

القضاء وانتهت إلى بيان نظام تحمل التبعات بالفصلين 280 و 281 دون اشتراط تدخل القضاء أو الإشارة إلى معنى الفسخ، ولكن ذلك لا يمنع مطلقاً تدخل القضاء في حالة الاستحالة لقوة قاهرة ولكن ليس للتصريح بالفسخ وإنما للتصريح بانقضاء الالتزامes حسب القاعدة القاهرة، وذلك هو الانفاسع résiliation juridique.

فذلك يعني ببساطة أن الاستحالة المطلقة المؤدية للفسخ يجب أن تكون ناتجة عن فعل المدين وليس لسبب أجنبي، فإن كانت لسبب أجنبي فهي حالة من حالات الاقضاء بدون وفاء تتجاوز معنى الفسخ، ولكن بعض الاتجاهات تخلط بين المعنين الأول والثاني.

وينطبق هذا المبدأ حتى بالنسبة إلى الاستحالة الجزئية على معنى الفصل 346 م.أع، فلا يقوم الخيار للذئاب في الفسخ أو الإبقاء على العقد إلا إذا كانت الاستحالة الجزئية ناتجة عن فعل المدين⁽¹⁾.

على أن تتحمل نعمة الاستحالة في الالتزام تختلف باختلاف طبيعة الالتزام إذ كان ملزماً للجانب واحد أو لجانبين، فإذا كان الالتزام ملزماً للجانب واحد، مثل عقد الوديعة، كانت الاستحالة مانعة للوفاء بجانب المدين وبرئ ذمته تماماً وليس للدائن من شيء لا عيناً ولا تعويضاً، فيكون الهلاك حبيباً على الدائن. أما إذا كان الالتزام ملزماً لجانبين، كما في صورة البيع، فيحمل على البائع التسليم ويحمل على المشتري دفع الثمن. فإذا انقضى الالتزام من الجانب الأول انقضى الالتزام المقابل بالتبعة ولا يتحقق للجانب الأول طلب الوفاء بالالتزام من الجهة المقابلة، وحتى لو تم الوفاء فيمكن فيه الاسترداد، فيكون الهلاك حبيباً على المدين. لذلك نص الفصل 348 م.أ.ع على أنه «إذا لم يتسر الوفاء بالعقد بغير اختيار العاقددين وبغير مطلب من المدين برئت ذمته وسقط حقه في طلب ما عسى أن يترتب في ذمة المعiquid الآخر. فإن كان المعiquid الآخر قد وفى بما عليه فله استرداد جميع ما أداه أو بيعضه بحسب الحال⁽²⁾». فقط أنه يجوز للمدين مطالبة الدائن بالوفاء إذا كان تذرّ الوفاء ناتجاً عن مماطلة الدائن، حيث إنه «إذا كان عدم الوفاء من فعل الدائن أو من سبب آخر ينسب إليه فللمدين الحق في طلب الوفاء بما له على معاقده غير أنه يلزم أنه ينبع له بما فضل عنده بسبب عدم تنفيذ التزامه أو بما انتفع به من الشيء المتعاقدين عليه⁽³⁾».

(٦) نص الفصل ٣٤٦ م.أع على ما يلي: فإذا صار الوفاء غير ممكّن في البعض فقط بطل العقد فيه وبقي الخيار للدان بين قبول التنفيذ الجزئي وبين فسخ العقد في الكل إذا كانت طبيعة الالتزام لا تتضمني
القسمة بدون مضره عليه».

(2) الفصل 348 م.أ.ع

(3) الفصل 349 م.أ.ع

يعد المدين مماطلا⁽¹⁾ فإذا حدث السبب الأجنبي بعد إنذار المدين فالعهدة عليه. ويلزم حبست بالتعريض بدلاً من التفتقيد العيني.

الأثر الأساسي في استحالة الرفقاء هو انقضاض الالتزام، فإذا صار الشيء الذي وقع عليه العقد غير ممكן طبيعة أو قانونا بدون فعل المدين أو تقصيره وقبل أن يهدى مماطلة فقد انقضى العقد⁽²⁾، وبنطحي بموجب العذر الالتزام الأصلي وجميع ضماناته العينية والشخصية، وإذا تعدد المديونون ينقضى الالتزام في حقهم وتنتقضى جميع الضمانات كذلك في حقهم جميعاً، ولكن الحقوق والدعوى التي تظل مرتبطة بالالتزام، كما في صورة التأمين على المحل موضوع التعذر، تتقلل وجوبا إلى الدائن، فإذا انقضى العقد لعدم إمكان الرفقاء به من غير تقصير من المدين فما كان له من الحقوق والدعوى من حيث هو ضوء الدين يتلاشى⁽³⁾.

، وليس انقضاء العقد بسبب القوة القاهرة حالة من حالات الفسخ، حيث يرى البعض أن الاستحالة الناتجة عن القوة القاهرة ليست حالة من حالات الفسخ بل هي صورة تحمل العبرات الناتجة عن قوة قاهرة، وليس للمحكمة أن تقضي بالفسخ إذا تهدّت بالتزّاع بل تعين انقضاء الالتزامات بذلك السبب ولا تقضي بالفسخ أو الانسحاص⁽⁴⁾. ويرى البعض الآخر⁽⁵⁾ وخاصة فقه القضاء بفرنسا أنها حالة من حالات الفسخ ويجوز للمحكمة أن تقضي بها إذا ما تأثرت الشروط⁽⁶⁾.

ولم تكن مجلة الالتزامات والعقود واضحة في ذلك. بعده أن أوردت بالفصل 273 عدم الوفاء بالالتزامات من قبل المدين دون بيان سببه مع اشتراط أن لا يكون الفسخ إلا بحكم ينت بالفصلين 275 و 276 معنى الاستحالة في الالتزام بعمل والالتزام بعدم القيام بعمل وحدّدت بالفصل 274 نظام الشرط الفُسخي دون اشتراط تدخل

ولا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوله قاهرة إلا إذا أثبت المدين أنه استعمل كل الحزم في درنه. وكذلك السبب العادل من خطأ متقدم من المدين فإنه لا يعتبر قوله قاهرة.

(1) الفصل 345 م.أ.ع

(2) الفصل 345 مـ.أـ.عـ

(3) الفصل 347 م.أ.ع

(4) Carbonnier : *Les obligations*, p. 327 « Pourtant, s'il s'élève un litige soit sur le principe même de l'attribution des risques, soit sur l'étendue ou l'origine de l'impossibilité d'exécuter, il faudra bien plaider. Mais le juge, saisi du litige, se bornera à constater, le cas échéant, que les obligations se sont éteintes de part et d'autre, il n'a pas à prononcer la résolution ou résiliation du contrat ».

(5) François Terté-Philippe Simler-Yves Lequette : *Les obligations*, p.515.

(6) Cass. Com. 28 avril 1982, RTD. Civ. 1983, 340. Obs. Chabas.

غاياته، فيمكن من حيث المبدأ الاتفاق على الزيادة أو التقصان في آجاله ولا يلزم مرور الزمان بنفسه في سقوط المطالبة بل يقوم به من له مصلحة فيه، وليس للحاكم أن يستند إليه من عند نفسه (الفصل 385 م.أع)، ويعود للدائن والكفيل والمتضامن والورثة الحق في التمسك بالتقادم (الفصل 387 م.أع). ولا يتحقق التمسك بأحكامه إلا عن طريق الدفع باستثناء صورة الدعوى المستقلة التي يمكن أن يرفعها الدائن عملاً بأحكام الفصل 306 م.أع. وتبقى الإمكانية واردة سواء أمام المحاكم الابتدائية أو الاستئنافية، لكنه لا يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة التعيق بطبيعة الحال. ولا يسوغ ترك حق التمسك بهذا الحق قبل حصوله، فإذا انقضى الزمان ساغ الترك سواء صراحة أو ضمناً. وإذا تدخل المشرع لتعديل هذه الآجال فالقاعدة أن يعتبر الأجل الجديد مع حفظ الحقوق المكتسبة.

ويختلف التقادم المسقط prescription extinctive عن التقادم المكتسب prescription acquisitive وعن السقوط الإجرائي l'échéance وعن مواعيد السقوط la nullité d'instance و عن سقوط الخصومة forclusion وإن كان البعض لا يميز بوضوح بين السقوط الإجرائي ومواعيد السقوط⁽¹⁾. فالتقادم المكتسب، وعلى خلاف التقادم المسقط، يكسب الحقوق العينية، فهو مصدر من مصادر الحقوق العينية على معنى الفصل 22 م.ح.ج. ويقترب بحيازة العقار في آجال محددة، فإذا انقضى الأجل وكانت الحيازة مستمرة وبدون شغب ومشاهدة وبصفة مالك استحق الحائز العقار. ويكون بذلك التقادم المكتسب مكتسباً للحق وليس مسقطاً له⁽²⁾. ويجوز أن يعتد بحسن النية في التقادم المكتسب على خلاف التقادم المسقط فلا قيمة لحسن أو سوء النية فيه. ولا يكون التمسك بالتقادم المسقط إلا عن طريق الدفع أثناء نشر الدعوى القضائية خلافاً للتقادم المكتسب الذي يمكن أن يحصل عن طريق الدفع أو الطلب أي رفع الدعوى.

ويعتبر السقوط الإجرائي جزءاً عدم احترام الآجال الإجرائية، وهو يتعلق بالمرافعات أي انطلاقاً من عريضة الدعوى إلى حد صدور الحكم فالطعن فيه⁽³⁾ وهو

(1) Jean Vincent, S.Guinichard : procédure civile, p.604, n°694.

(2) علي كحلون، أحكام القانون العقاري، نشر دار الميزان للنشر 2000.

علي كحلون، القانون العقاري الخاص، نشر المركز الجامعي 2009.

علي كحلون، نظام السجل العقاري، نشر مجمع الأطروش للتوزيع 2009.

علي كحلون، المعمول المنشئ للتبريم، نشر دار إسهامات النشر 2008.

(3) أحمد أبو الرواء، المرافعات المدنية والتجارية، المراجع السابق، ص 519.

ويجب الإشارة كذلك إلى أنه إذا حمل الطرف الآخر التبعة قانوناً أو اتفاقاً، يكون الضمان عليه في حالة ال�لاك بقوة قاهرة، كما في صورة الفصل 585 م.أع حيث يشير المبيع في ضمان المشتري من لحظة تكوين البيع ولو قبل التسليم نتيجة لانتقال الملكية بصفة آلية، فلو سبق للبائع أن تسلم الثمن، وقد هلك الشيء، فما يصح للمشتري استرداده كما أنه يصح للبائع طلبه إذا لم يسبق تسلمه، ذلك لأن التبعة في هذه الصورة على المشتري أي الدائن في هذه الصورة.

القررة الرابعة: سقوط الدعوى بمرور الزمن

La prescription extinctive

القادم المسقط⁽¹⁾ هو جزء مرور الزمن وعدم التبصر والإهمال، وربما يحمل في طياته قرينة على الدفع، فهو بذلك يتعلق بال موضوع وليس بالإجراء، لكنه يسقط الدعوى ولا يسقط الحق⁽²⁾. وقد قيل قدّيماً إن التقادم يسقط الدعوى والحق معاً، ولكن جانباً من ذلك الفقه كان يفترض حقوق طبيعية باعتبار أن الالتزام يتضمن جانب من المسؤولية وجانباً من المديونية، فتسقط المسؤولية بتقادم الدعوى وتبقى المديونية، ويرى البعض في هذه المديونية التزاماً مدنياً منقوصاً⁽³⁾، في حين يرى فيه البعض الآخر التزاماً أخلاقياً⁽⁴⁾. ويبدو أن المشرع التونسي اعتمد النظرية الحديثة في سقوط الدعوى دون الحق (الفصلان 389-389 م.أع)، على أن سقوط الدعوى لا يعني بقاء التزام طبعي على معنى الفصلين 74 و78 م.أع⁽⁵⁾. ورغم ظاهر التقادم المسقط في أنه يتعارض مع الأخلاق والعدل والإنصاف فإن الفقه كثيراً ما يلجأ إلى فكرة التنازل وقرينة الوفاء وحتى العقوبة لبرير مقتضيات التقادم. والحقيقة أن التقادم فرض رغبة في استقرار المعاملات وربما لمساعدة البعض في ترك جانب من الديون المتراكمة. لكن ذلك لا يعني أن أحكام التقادم تتصل بالنظام العام وإن كانت المصلحة العامة من

(1) علي أحمد حسن: التقادم في العراد المدنية والتجارية، ص 267 وما بعد، فقرة 315 وما بعد.

(2) وهو نفس المفهوم الذي أراده الفقه الإسلامي حيث إن الحقوق لا تقادم بالفقه الإسلامي « فلا يطل حق امرئ مسلم وإن قدم »، لكن الإهمال يمكن أن يؤدي إلى منع المدعى من عرض قضيته. محمد عبد الجواد محمد، ملكية الأرض في ليبيا، ص 317 فقرة 227.

(3) Nicolas Molfessis : L'obligation naturelle devant la cour de cassation. Remarques sur un arrêt rendu par la première chambre civile, le 10-10-1995, Doloz 1997, ch., p. 85.

H.Motulski : Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect de la défense en procédure civile in mélanges Roubier, 1961, T 2, p.17.

(4) علي أحمد حسن، المرجع السابق، ص 373 وما بعد.

Hassan Ferkh : Le rapport des obligations naturelles à la morale ou la tendance objective de la jurisprudence, Gaz.Pal.7-1-1997, Doctrine, p. 13.

(5) محمد الشرفي، مدخل لدراسة القانون، ص 294 وما بعد.

والمعلوم أن مواعيد السقوط هي مواعيد محددة *délai préfix* مثل الأجال في رفع الدعوى الحجزية أو دعوى الشفعة أو دعوى التعويض،⁽¹⁾ وهي مواعيد سابقة عن رفع الدعوى، يؤذى عدم مراعاتها إلى سقوط الحق بصفة نهائية في رفع الدعوى وليس الحق في الإجراء كما تقدم بالنسبة إلى السقوط الإجرائي. وبهذا المعنى فهي أقرب إلى الموضوع أكثر من الإجراءات مثل صورة التقادم.⁽²⁾ وهي بذلك تقبل القطع والوقف.⁽³⁾ ويختلف معنى التقادم عن مفهوم سقوط الخصومة الذي عُرف بالقانون الروماني ونقوله الشاريع الحديثة وأورده المشرع التونسي بالفصل 247 م.م.ت تحت عنوان معطلات التوازن. فإذا مضت على تعطيل القضية بسبب وفاة أحد الخصوم أو فقدهأهلية الخصومة أو موته فإنه القانوني أو زوال صفة النيابة مدة ثلاث سنوات بدون أن يقع طلب استئناف النظر فيها سقطت الخصومة ولكل ذي مصلحة من الخصوم أن يطلب الحكم بسقوطها. فهو دفع شكلي يختلف بطبيعة الحال عن الدفع بعدم القبول أي الدفع بقصد الأهلية أو الصفة أو المصلحة.

ويعد البطلان هو جزء الإخلال بالشكل الإجرائي حيث إن عدم مراعاة الشكليات التي فرضها المشرع يؤدي إلى البطلان حسب النظام الوارد بالفصل 14 م.م.ت، كما أن عدم القبول هو جزء الإخلال بالجوانب الموضوعية في الإجراءات، على خلاف السقوط الإجرائي الذي له علاقة بالحق الإجرائي وهو إمكانية إجرائية يمنحها القانون لتحقيق مصلحة ذاتية، فكما أن هناك حقوقا موضوعية هناك حقوقا إجرائية، ولا يملك القاضي تركها، فجميع المسقطات وجوبية يتمسّك بها القاضي وجوبا وهي لا تقبل التصحيف والتنازل على خلاف نظام البطلان.

(1) Vasseur,M :Délai préfix, de prescription, délai de procédure, revue trimestrielle de droit civil 1950,dernier numéro,n°15 et suiv.

(2) Carbonnier.Jean, Tome 4, op.cit., p. 585,n°140.

(3) لا يحسب اليوم الأول في الأجال واليوم الأخير إذا صادف يوم عطلة، وتطبق أحكام الفصول 140 م.اع وما بعد. وتشمل حالات الرفق القصر (الفصل 390 م.اع) والمقدور (الفصل 393 م.اع) ويشتمل الانقطاع حالة الفصلين 396 و 397 م.اع.

والملحوظ أنه لا وجود لرأي واحد في شأن مواعيد السقوط. هناك شق لا يميز بين التقادم ومواعيد السقوط، نكلاهما يقوم على فكرة الإهمال وتناول الحق نفسه. وهناك من يميز بين أجال السقوط والتقادم، وقد ذهب بعض الشرائح إلى أن مواعيد السقوط متقدمة عن مواعيد القوام لأن الغرض الذي رعاه القانون بالنسبة إلى مواعيد السقوط هو اعتبارها شرطاً لمباشرة عمل معين أو للاتصال بشخصه، ولم يقصد مجازة إهمال صاحب الشأن فيها، بل قصد وضع حد يمكن فيه مباشرة العمل على وجه السرعة، فالسقوط لا يقوم على فكرة الإهمال، بل يقوم على فكرة وجود أجل قانوني يتناول الحق نفسه ويسقطه. على أحمد حسن: التقادم في المواد العدلية والتجارية، نشر منشأة المعارف بالاسكتندرية، ص 35 نقلاً 17.

يتعلق بالأجال الناقصة فقط،⁽⁴⁾ وخاصة ما يتعلق بأجال الطعن.⁽⁵⁾ ويعبر عنه بالسقوط الإجرائي *l'échéance* لاته يسقط الحق بصفة نهائية في اتخاذ الإجراء ذاته خلال المرافعات.⁽⁶⁾ والقاعدة أن السقوط لا يقبل الانقطاع أو الرفع،⁽⁷⁾ وهو يتعلق بالنظام العام على معنى الفصل 13 م.م.ت،⁽⁸⁾ فلا يمكن الاتفاق حوله، فقط أن المشرع يامكانه التدخل لبيان مواطن الزيادة في الأجال أو نفسهاها مثل الزيادة بسبب المسافة⁽⁹⁾ أو بسبب الأعياد والعطل الرسمية،⁽¹⁰⁾ ولا يهم إن كان الحال حدث بسبب إهمال أو عدم تبصر. ولا يتأثر هذا الأجل بالقانون الجديد في صورة تعديله، بل يبقى خاصاً للأحكام القانونية القديمة. ولا يطرح الإشكال إذا أشار المشرع إلى حالات السقوط مثلاً فعل بالنسبة إلى آجال الاستئناف والتعقيب وإعادة النظر،⁽¹¹⁾ لكنه من الممكن أن يستشكل الأمر إذا سكت المشرع عن الجزاء، وربما كان الجل يقتضي أن ينص المشرع صراحة على حالات السقوط، وأن لا يعتمد بهذا الجزاء إلا إذا نص المشرع على ذلك لاته جزاء حاد لا يجب أن يبقى محل جدل.⁽¹²⁾

(1) تهدف الأجال الناقصة إلى تعجيل الفصل في الخصومة بمعنى أن يفرض القيام بالإجراء قبل نهاية الأجل المحدد، فهي من المسقطات مثل أجال تقديم الطعون وأجال تقديم المذكرات والملاحظات. ونبين عادة بين الأجال التنظيمية والأجال الحensitive والأجال الازمة وغير الازمة والأجال الناقصة والأجال الكاملة. ومن أهم أهداف هذه الأجال أنها تحمي أهم المبادئ الإجرائية في حق الدفاع وفي حق المواجهة.

(2) ويقال إن السقوط الإجرائي ظهر أول مرة بالقانون الفرنسي عدد 16 المؤرخ في 26-8-1790 المتصل بغضون مدة الطعن بالاستئناف، حيث لم يكن القانون الروماني يميز بين السقوط والتقادم بل وضع جزاء وحيداً *prescription*.

رضا بالجاج عمر: الأجال في الدعاوى القضائية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة، كلية الحقوق بسوسة، 1998-1997، ص 158 وما بعد.

(3) الفصلان 196-195 م.م.ت.

(4) إلا في حالة وفاة المدعى (الفصل 142 م.م.ت) أو القوة القاهرة.

(5) المشرع الفرنسي وخلافاً للمشرع التونسي ترقى بين السقوط الوجهي وبين النظام العام والسقوط اختياري ولا يهم النظام العام. رضا بالجاج عمر، المرجع السابق، ص 167.

(6) الفصلان 70 و 141 م.م.ت.

(7) الفصول 141-143-195-195 م.م.ت.

(8) الفصول 158-185-195-143-143 م.م.ت.

(9) طرحت عدة فصول مثل الفصل 134 والفصل 186 م.م.ت عدة تقاضيات بسبب عدم وضوح موقف المشرع. وقد ذهب البعض إلى جواز القول بالسقوط حتى بالنسبة إلى الحالات الغامضة، لكن محكمة التعقيب ذكرت في غلة مناسبات بأن المشرع التونسي لم يبق الحرية إلى المحكمة لإثاره بعض حالات السقوط بل جندها بصفتها وعلى قضنة الأصل من رعاية هذه الجوانب.

قرار تعديل مدني عدد 35107 المؤرخ في 21-9-1992، م.ق.ت، عدد 9، 1993، ص 95.

وتسقط الدعوى بمرور الزمان مهما كانت المدة المعتمدة في ذلك ولو مع استمرار التعامل بعد ذلك بين الدائن والمدين بالتزويذ والتسليم والخدمات، معنى ذلك أنه بمجرد انتهاء المدة تسقط الدعوى ولو واصل المدين التعامل مع الدائن⁽¹⁾. ولم يورد المشرع مدة واحدة في التقادم، بل اعتمد عدة أنواع من المدة⁽²⁾، ولكن طريقة الحساب تبقى واحدة مهما كانت طبيعة المدة⁽³⁾.

1- أنواع مدد التقادم

مدة التقادم ليست واحدة، بل اقتضى التطبيق تنظيم عدة مدد حسب طبيعة الحقوق. ووضع المشرع من أجل ذلك مدة مبدئية ومدة خاصة ببعض الحالات الخاصة.
المدة المبدئية: هي المدة المعينة بخمس عشرة عاماً⁽⁴⁾، حيث نص الفصل 402 م.أع على أن «كل دعوى ناشئة عن تعimir الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة عدا ما استثنى بعد وما قرره القانون في صور مخصوصة»⁽⁵⁾. وهي مدة اعتمادها التشريع الإسلامي في منع سماع الدعوى، على خلاف التشريع الفرنسي الذي اعتمد مدة ثلاثة سنين تأثيراً بالقانون الروماني. وتقوم هذه المدة على معنى استقرار المعاملات وقربة الوفاء.

ولا تسرى هذه المدة إلا بالنسبة إلى الدعوى الناشئة عن تعimir الذمة، وعلى ذلك الأسماء تستثنى بعض الحقوق من التقادم، فلا تخضع حقوق المالية فيخضع للتقادم.

التب وتشتت كذلك بعض الحالات من التقادم سواء صراحة أو ضمناً، فلا تسقط دعوى البطلان المطلق لمورور الزمن⁽⁶⁾ وكذلك الدعوى الصورية⁽⁷⁾. وقد أشار الفصل 394 م.أع إلى أنه «لا محل لسقوط الدعوى بمورور الزمان في الحقوق الناشئة عن حكم انتهائي»، ويبدو أن هذا النص مخالف لأحكام الفصل 257 م.م.ت الذي نص صراحة

(1) الفصل 407 م.أع

(2) الفصل 388 م.أع

(3) أورد الفصل 412 م.أع الوارد ضمن المبادئ العامة أنه لا تسمع دعوى القيام بما بالأوراق التي يهدى الحامل من رئيس المال بمضي خمسة عشر عاماً من تاريخ حلها.

(4) يراجع الفصول 325 وما يبعد م.أع. فرغم أن المشرع نظم حالي البطلان المطلق والبطلان النسبي وتفص صراحة على تقادم الدعوى في البطلان النسبي إلا لم يورد نصاً خاصاً في البطلان المطلق، ورغم ذهاب البعض إلى ضرورة الرجوع إلى القواعد العامة في التقادم وهو خمسة عشر عاماً، إلا أن الرأي السليم هو جعل البطلان المطلق لا يقادم بمورور الزمن، حيث إن المقد الماطل بطلاناً مطلقاً هو عقد لا عمل عليه من الأصل، فلا يمكن تصحيحه مهما كانت الصورة.

(5) محمد الزين، المراجع السابق، ص 214، عدد 292.

(6) الفصل 26 م.أع

ويتلخص من ذلك أن التقادم المسقط هو مضي المدة على إمكانية طلب الدائن لحقه، فيقضي الالزام بعدم المطالبة في مدة معينة⁽⁸⁾. وبذلك فهو يختلف عن السقوط الإجرائي وهو الجزء المناسب لعدم مراعاة الآجال الاحتمالية والنقص المفروضة الذي يختلف بدوره عن مواعيد السقوط والتقادم المكتسب وسقوط الخصومة. يقى أن الجوانب الشكلية في الإجراءات يمكن أن تلقى جزاء مماثلاً وهو البطلان الذي يتميز بنظامه عن مفهوم السقوط مهما كانت طبيعته. ويتميز التقادم المسقط في أنه يهدف بالأساس إلى استقرار المعاملات ومؤاخذة الدائن الذي لم يتصرف في وقت معين وربما يحصل التقادم إلى قربة الوفاء ومن ثم تسقط المطالبة، ولكن التقادم في بعض الحالات الخاصة قد لا يقف على هذه الأساس وتكون طبيعة المعاملات وخصوصياتها أساساً في خيار مدة دون أخرى كما هي الصورة بالنسبة إلى التقادم الخامي المعامل به في صورة الالزامات الدورية، وتلك هي الصورة في حالة خلاص الدائن من الغلة أي المتوجه، والغلة تقضي الدفع بصفة دورية، فجعل فيها المشرع تقادم الحقوق بخمس سنوات حتى لا يضطر المدين إلى الدفع وخلاص الدائن من رأس المال. هذا وقد أورد المشرع من خلال الفصول 384 إلى 413 م.أع مدة التقادم الواجب توفرها (أ) والأثار التي تعلق على مرور الزمن (ب).

أ- مدة التقادم

ضبط المشرع آجال ومدد التقادم حسب الأنظمة، ولا يمكن للأطراف زيادة في تلك المدد، «فليس للعاقدين أن يشتروا باتفاقات خاصة زيادة عما حدده القانون لسقوط الحق بمرور الزمان وهو خمسة عشر عاماً»، ولكن ذلك لا يعني أنه لا يصح التزول بالمدد، فلم يمنع المشرع إلا الزيادة في المدد دون التزول بها، فيصبح وبالتالي للاتفاقات التزول بالمدد اتفاقاً، وهي إحدى التطبيقات للقضاء الفرنسي الذي يمنع الزيادة في مدد التقادم اتفاقاً ويفيل التزول بها إذا كانت كافية لتمكين الدائن من المطالبة بحقه، كما هي الصورة في عقود القفل والتأمين، والحجج في ذلك أن تقصير مدة التقادم وضع لمصالحة المدين. وقد أخذت مجلة الالزامات العقود سنة 1906 بهذا الاتجاه وإن كان الاتجاه الحديث هو من الاتفاق من تناول المدد سواء بالزيادة أو التقصان مادام المشرع قد وضع لها حداً معيناً.

(1) ويمكن أن يشمل التقادم المستقطع الشخصية والحقوق العينية على حد سواء، بسبب عدم استعمال الحق في أجل محدد كما هي الصورة في تقادم الارتفاع بسبب عدم استعماله مدة خمس عشرة سنة على معنى الفصل 189 م.حـ، وذلك يباحث يعني بها القانون العقاري أو قانون الأموال على وجه الإجمال.

علي كحلون، القانون العقاري الخاص، المرجع السابق.

+ المدة الخاصة الواردة بنصوص خاصة: كثيراً ما يورد المشرع نصوصاً خاصة في التقادم، فيعتمد بالنص الخاص في ذلك الصورة على أن يؤول النص الخاص تأويلاً ضيقاً. وكذلك، الصورة بالنسبة إلى تقادم دعوى البطلان النسي حيث «يجوز القيام بالبطلان في الصور المبينة بالالفصول 8 و 43 و 58 و 60 و 61 من هذا القانون (أي مجلة الالتزامات والعقود) ويسقط القيام بذلك بمضي عام إلا إذا صرخ القانون بعدة أخرى وسقوط الدعوى بمورور المدة لا يجري حكمه إلا في حق من انقضى بينهم الالتزام»⁽¹⁾، ويكون البطلان طبق النظام الوارد بالفصول 331 و ما بعد م.أ.ع. «يسقط القيام بغير المخسارة الناشئة عن جنحة أو شبهها بمضي ثلاثة أعوام وقت حصول العلم للمتضرر بالضرر وبين تسبب فيه وعلى كل حال تسقط الدعوى المذكورة بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت حصول الضرر»⁽²⁾، لكن الدعوى المدنية الناشئة عن جنحة تخضع للأجال الواردة بمجلة الإجراءات الجزائية عملاً بأحكام الفصل 8 م.أ.ج⁽³⁾. كما أشار المشرع في عدة مواطن خاصة على آجال خاصة وكذلك الصورة في عقد البيع على معنى الفصل 672 م.أ.ع على سبيل المثال⁽⁴⁾. وقد حضيت الأحكام التجارية بنصوص خاصة كذلك⁽⁵⁾.

+ المدة الخاصة المنصوص عليها قانوناً ضمن الأحكام العامة للتقادم: أورد المشرع بالالفصول 402 وما بعد م.أ.ع مدة خاصة فجعلها في بعض الأحيان سنة وفي أخرى خمس سنوات.

المدة المعيّنة بستة: تسقط الدعوى بمضي عام ذي ثلاثة وخمسة وستين يوماً:
أولاً : فيما يطلبها الباعة والصناعيون من ثمن ما سلموه من البضائع.

ثانياً : فيما يطلبها الفلاحون وأصحاب المواد الأولية (أي التي لم تصنع كالصوف والخشب ونحوهما) من ثمن ما سلموه من البضائع إن استعملت لخاصة منزل المدين والحساب من يوم تسليمها.

(1) الفصل 330 م.أ.ع

(2) الفصل 115 م.أ.ع

(3) على كحلون: دروس في الإجراءات الجزائية، نشر مجمع الأطروش للكتاب المختص 2009.
(4) نص الفصل 672 م.أ.ع على ما يلي: «القيام بالبيع أو بغيرات الوصف المرغوب يكون في الآجال الأخرى ذكرها ولا تسقط الحق فيها.

فإن كان العبيع عقاراً كان القيام بالدعوى في ظرف ثلاثة وخمسة وستين يوماً من وقت التسليم، وإن كان من المقبولات والغيرات فالآجل ثلاثون يوماً من تاريخ التسليم بشرط إعلام البائع على مقتضى ما بالفصل 652.

وللظرفين أن يتفقا على الزيادة والقصاص في الآجال المذكورة ويجري على سقوط القيام بالبيع ما تقرر بالالفصول 384 و 385 و 386 و 387 و 388 و 389 و 390.

(5) يراجع الفصلان 398 و 399 م.ث بالنسبة إلى الشيك والفصل 335 بالنسبة إلى الكمبيالات.

على أن العمل بالحكم يظل بمضي عشرين سنة مسيحيّة من تاريخ يوم صدوره، مع أنّ الفقه حاول التوفيق بين الفصلين بأنّ جعل الحقوق السابقة عن صدور الحكم والتي لم يشملها الحكم لا تقادم فيها الدعوى إلا من تاريخ صدوره الحكم نهائياً⁽¹⁾. وذهبت محكمة التعقيب في قرار منعزل إلى أن الحقوق الناشئة عن حكم نهائي لا تقادم أصلاً طبقاً لأحكام الفصل 394 م.أ.ع وجعلت محكمة التعقيب القيام بالدعوى المدنية الناشئة عن جنحة أيام القاضي المدني ممكناً حتى بعد فوات أجل ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الجزائري⁽²⁾. والحقيقة أنّ هذه الاتجاهات وإن كانت تهدف إلى جعل الرفاق ممكناً بين الفصلين أو إلى حماية حقوق المتضرر، فإنّها لا تخفى مع ذلك الألغاظ الصريحة للفصلين 394 م.أ.ع و 257 م.م.ث التي لا يمكن أن تدفع إلا إلى نسخ الفصل 394 م.أ.ع بموجب الفصل 257 م.م.ث سعياً تارياً⁽³⁾.
ولا يسقط القيام بمورور الزمن إذا كان للدين رهن منقول أو عقار، شرط أن يكون الرهن جازياً، فطالما كان المترهل أو العقار تحت يد الدائن المرتهن لا تسقط الدعوى فيه بمورور الزمان⁽⁴⁾.

- المدد الخاصة: قد ترد هذه المدد الخاصة بنصوص خاصة أو بالمبادئ العامة الواردة في باب التقادم. وقد جعل لها المشرع مدة مختلفة باختلاف الأسس، فهي في البعض ستة واحدة وفي أخرى ثلاثة سنوات وخمس سنوات. وعادة ما تقوم مدة السنة على قرينة الوفاء بحكم بساطة الدعوى فيها وافتراض الطلب فيها ممكناً في أقرب الأوقات، ولذلك فهي تسمى عادة بالتقادم الذي يحمل قرينة الوفاء *prescription présumptive* لأنها «تبني مباشرة على قرينة وفاء»⁽⁵⁾. وغالباً ما يكون الأساس في المدة الخامسة هو طبيعة بعض الديون الدورية متى يقوم الدفع فيها على أساس ما يجمع المدين من غلة. فيكون الدفع بصفة دورية. فإذا كان الأجل أطول من ذلك اضطر المدين من الأخذ من رأس المال وذلك ما أراد التشريع تفاديه حماية لمصلحة المدين. فلا تقوم المدة الخامسة حينئذ على قرينة الوفاء أو استقرار المعاملات وإنما على طبيعة الدين.

(1) محمد الصالح العباري، مجلة الالتزامات والعقود في ضوء متغيرات العصر ومستجداته الحضرية، الطبعة الأولى 1977 ص 347، تعلية الخروبي، المرجع السابق، ص 269.

(2) القرار التعقيبي عدد 68450 الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 1999، نشرية محكمة التعقيب، عدد 131 ص 131.

(3) الفصل 542 م.أ.ع

(4) الفصل 390 م.أ.ع

(5) Carbonnier.Jean, Tome 4,op.cit., p 578,n°138.

أربعة عشر: ما يستحقه السمسارة من الأجرة من يوم إتمام ما توسطوا فيه. وسقط الدعوى أيضاً بمضي المدة المذكورة أعلاه في المبالغ المدفوعة للأشخاص المذكورين أعلاه ومن التاريخ المبين فيه لكل طائفة منهم إن كان دفعها لهم على وجه تسبة ليتمموا الأعمال التي كلفوا بها⁽¹⁾.

خمسة عشر: ما للمنتسب لحفظ البضائع وعليه من الدعاوى الناشئة من عقود الوديعة لا تسمع بعد مضي عام. فإذا ضاع جميع البضاعة كان تاريخ العام من يوم إعلام المنتسب المذكور صاحبها بضياعها⁽²⁾.

والواضح من خلال ذلك أن المشرع جعل مدة السنة فاعلة وكافية لتقادم الدعوى في هذه الحقوق نظراً لسرعة الطلب فيها، حيث لا يمكن أن تبقى هذه الحقوق التي تتعلق معظمها بالمهن الحرجة دون خلاص خلال مدة قد تفوق السنة، فعادة ما يقوم الوفاء بمجرد تقديم الخدمة، لذلك يقال دوماً أن هذه المدة وضعت على أساس قرينة الوفاء، وقد نقلت بعض النصوص الخاصة بهذه المهن كذلك هذه المدة القصيرة.

المدة المعتبرة بخمس سنوات: تسقط بمضي خمس سنوات:
أولاً: الأداءات الراتبة والمعاشات وأكرية الأرضي وغيرها ومعين الإنزال والفوائض ونحوها يسقط عليها على الجميع بمضي خمسة أعوام من تاريخ حلول آجالها⁽³⁾.
ثانياً: أداءات الدولة والإدارات البلدية⁽⁴⁾.

ثالثاً: لا تسمع دعوى بين الشركاء أو بينهم وبين غيرهم إذا تعلقت بالالتزامات الناشئة من عقد الشركة بعد مضي خمس سنين من يوم نشر عقد فسخ الشركة أو عقد انفصال الشريك عنها. فإذا حل حق الدائن على الشركة بعد تاريخ النشر فلا تعتبر المدة المذكورة إلا من وقت حلوله. وهذا لا ينافي ما جعله القانون دون ذلك من آجال سقوط الدعوى لما يتعلق بالشركة⁽⁵⁾.

رابعاً: لا قيم بالدعوى المبنية على الكميالات والشيكات بعد مضي خمسة أعوام من تاريخ حلول العقد أو من آخر يوم من الأجل المعمول تقديم الكميالات الواجب أداء ما بها عند الاطلاع عليها⁽⁶⁾.

ثالثاً: فيما يستحقه المعلمون والمدرسوون وأصحاب مدارس الإقامة المعروفة بالمبينات سواء كانت خاصة أو عامة من تلامذتهم أجراً عن التعليم وثمناً لما دفعوه لهم من اللوازم وحساب مدة سقوط الدعوى من تاريخ حلول أداء أجراهم.

رابعاً: فيما يطلب الخدمة من أجورتهم وما صرفوه وغير ذلك مما يستحقونه بمقتضى اجازة العمل وكذلك ما يطلب المخدوم من الخادم من المبالغ المنسقة بذلك العنوان.

خامساً: فيما يطلب العمالة والصناعة وأرباب الحرف عن أجورتهم وعما دفعوه من البضائع والمصاريف بمناسبة خدمتهم وكذلك ما سبق المستخدم لصناعته وإجرائه بذلك العنوان.

سادساً: فيما يطلب أصحاب التزل والمطاعم عن السكنى والمؤونة وما صرفوه على من تزل بمحالهم.

سابعاً: في كراء الأثاث والمتقولات المستحقة لمن كانت حرفته إكراؤها.

ثامناً: في المبالغ المستحقة لمحلات عامة أو خاصة معدة لعلاج الأمراض والعاهات البدنية والعقلية أو لحفظ المرضى أجرة معالجتهم وثمنا للأدوية وغيرها مما أدوا به المرضى وكذلك ما صرفوه في مصلحتهم والحساب من تاريخ العلاج أو تسليم البضاعة⁽⁷⁾.

ثاسعاً: فيما يستحقه الأطباء والجراحون وأطباء التوليد وأطباء الأسنان والبياطرة أجرة معالجتهم وأثماناً لما أدوا به المريض وما سبقوه من المصاريف وذلك من تاريخ آخر زيارة أو آخر عمل جراحي.

عاشراً: فيما يستحقه الصيدليون عن ثمن الأدوية من تاريخ تسليمها.

حادي عشر: فيما يستحقه وكلاء الخصم أجرًا ومصاريف من تاريخ الحكم الانتهائي أو الاتفاق الذي انتهت به القضية أو من تاريخ عزلهم عن الوكالة.

اثنا عشر: ما يستحقه مقدمو الترکات وغيرهم من المديرين من تاريخ انفصالهم عن مباشرة ما ذكر.

ثلاثة عشر: ما يستحقه المهندسوون والخبراء والمساحون العقاريون أجرًا ومصاريف من يوم تسليم ما كلفوا بتحريره أو من يوم إتمام أعمالهم أو دفعهم للمصاريف.

(1) الفصل 403 م.إع

(2) نص كذلك القانون عدد 60 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 المتعلق بتنظيم مهنة جدول الإشهاد على أدحق قيام عدل الإشهاد بطلب ما يستحقه من أجرا عن أعماله بمضي عام انتهاءه من تاريخ آخر عمل. ونص القانون عدد 29 لسنة 1995 المؤرخ في 13 مارس 1995 المتعلق بتنظيم مهنة العدول المنذرين على نفس الصيغة.

- (1) الفصل 404 م.إع
- (2) الفصل 406 م.إع
- (3) الفصل 408 م.إع
- (4) الفصل 409 م.إع
- (5) الفصل 410 م.إع
- (6) الفصل 411 م.إع

-بداية سريان المدة ونهايتها وما بينهما: حساب المدة يكون بالأيام الكاملة لا بالساعات ويوم ابتداء العد لا يحسب منها. وتم بانقضاء آخر يوم منها⁽¹⁾. فلا يعتد بالساعات وإنما باليوم الكامل. ويوم ابتداء عد المدة لا يكون معدوداً منه. وقدره أن يتم عند تمام اليوم الأخير منه والشهر ثلاثون يوماً كاملة والسنة ثلاثة وخمسة وستين يوماً كاملة وغرة الشهر هي أول يوم منه ومتتصفه الخامس عشر منه وأخره اليوم الأخير منه وإذا وافق حلول المدة يوم عيد رسمي اعتبر مكانه اليوم الذي يليه مما ليس بعيد وتحسب أيام العطل والأعياد الواردة خلال سريان المدة.

وتسري المدة في حق الخلف العام والخاص، فلا يتتفق الخلف إلا بما يقى من مدة، فإذا توفي الدائن وقد مر على استحقاق الحق خمس سنوات، فلا يبقى للورثة إلا عشر سنوات. وتنطبق القاعدة على جميع الصور التي يتغلق فيها الحق بأي طريقة كانت⁽²⁾.

ولا يسري التقادم إلا من وقت استحقاق الحق، وذلك هو المبدأ، فطالما لا يمكن للدائن المطالبة بالحق لا يبدأ الأجل في السريان، حيث إن «سقوط الدعوى بمروء الزمان لا يتسلط على الحق إلا من وقت حصوله»⁽³⁾. وعلى ذلك الأساس لا تبدأ المدة في السريان بالنسبة إلى الحقوق المتعلقة على شرط إلا بعد تمامه، وبالنسبة إلى دعوى الرجوع بالضمان حتى يتم الاستحقاق أو يحصل الأمر الذي ترتب عليه الرجوع بالضمان، وبالنسبة إلى الدعوى الممنوطة بأجل حتى يحل وبالنسبة إلى المفقود حتى يثبت فقده بحکم ويقدم عليه مقدم. ومن يكون بمكان يبعد عن المحل الذي تسقط به الدعوى بمرور الزمان يعطي حكم المفقود. وفي حالة حصول عذر للدائن عاقه عن القيام بحقوقه أثناء المدة المحددة لسقوط الدعوى لتعطل المحاكم في تلك المدة أو سبب آخر لا قدرة له على دفعه لا تبدأ المدة في السريان ويمكن أن يدخل في ذلك معنى القوة القاهرة والأمر الطارئ⁽⁴⁾.

ولكن وقف بهذه سريان المدة على استحقاق الحق إنما هو المبدأ وكثيراً ما ترد الاستثناءات في جعل بداية السريان متاخرة عن وقت حصول الحق، وكذلك الصورة بالنسبة إلىضرر الناشئ عن الجنة (العمل القصدي وغير القصدي) أو شبهها (الفضاله ودفع ما لا يجب والإثراء بدون سبب) على معنى الفصل 115 م.أع حيث يسقط القيام بغير الخسارة فيها بمضي ثلاثة أعوام من وقت حصول العلم للمتضرر بالضرر وبيان تسبب فيه، وهو زمن متاخر عن حصول الحق وتتحققه، ولا يحسب المدة

(1) الفصل 401 م.أع
(2) يراجع باب انتقال الالتزام.
(3) الفصل 393 م.أع
(4) الفصل 393 م.أع

خامساً: لا عهدة على كتبة المحاكم وأمناء الفلسفة فيما يتعلق بذفات التجارة والأوراق التي اتصلوا بها أثناء إجراءات التقليس بعد مضي خمس سنين من إتمام الأعمال المذكورة أو انقطاعها⁽⁵⁾.

وال واضح من خلال ذلك أن المشرع جعل التقادم الخماسي فاعلاً في بعض الديون الدورية وديون الدولة وبعض الديون التجارية. ولم تكن قرينة الوفاء أو استقرار المعاملات هي الأساس في ذلك وإنما راعى المشرع طريقة الدفع في هذه الديون حيث غالباً ما يكون الدفع في عقود الكراء وما شابه ذلك وفي ديون الدولة وفي الديون التجارية بصفة دورية، وكانت مدة خمس سنوات كافية ليقف عندها الطلب بهذه الديون.

وما يلاحظ كذلك أن القواعد الواردة بمجلة الالتزامات والعقود إنما يقى هي القواعد العامة، حيث أوردت النصوص الخاصة بديون الدولة والخاصة بالتجارة مدد خاصة قد تختلف عن هذه المدد. فقد أوردت عدة نصوص خاصة مدد معينة في سقوط طلب حقوق الدولة، فيخصوص وبالتالي «سقوط الديون العمومية بالتقادم للنصوص الخاصة بمختلف أصنافها. وتسقط تلك الحقوق طبق أحكام القانون العام بالنسبة للمواد التي لم تأخذ في شأنها أحكام خاصة»⁽²⁾. كما أوردت مجلة المحاسبة مدد معينة في سقوط المطالبة بحقوق الخواص لدى الدولة أي مصاريف الدولة، فجعلها الفصل 46 أربع سنوات إذا كان الشخص يقطن بتونس وخمس سنوات إذا كان يقطن خارج البلاد وذلك باستثناء الدين العمومي والجرايات التي يمنحها الصندوق الوطني للتقاعد وغيرها من الديون التي لها آجال خاصة⁽³⁾. كما نصت المجلة التجارية ومجلة الشركات على مدد خاصة سواء بالنسبة إلى الكسيالية⁽⁴⁾ أو الشيك⁽⁵⁾ أو بطلان تأسيس الشركة⁽⁶⁾ وغير ذلك، وكان من اللازم اعتماد هذه المدد الخاصة في التقادم.

2- حساب المدة

أورد المشرع طريقة حساب مدة التقادم من حيث البداية والنهاية وما بينهما، و تستكمل المدة ب نهايتها، ولكن طبيعة التقادم المسقط في أنه يقبل الوقف، فيوقف حساب المدة خلال مدة معينة، والقطع، فتحسب المدة من جديد مع صورة من صور القطع.

(1) الفصل 413 م.أع

(2) الفصل 36 من مجلة المحاسبة.

(3) الفصل 46 من قانون المحاسبة.

(4) الفصل 335 من المجلة التجارية.

(5) الفصلان 398 و 399 من المجلة التجارية.

(6) الفصل 129 من مجلة الشركات التجارية.

بحقوقه وهي إحدى الحالات الواقعية التي تحمل إلى الوقف لأسباب واقعية، وربما تكون سندًا لفقه القضاء في تبني الوقف لأسباب واقعية التي تنضاف إلى الحالات القانونية المشار إليها. ولكنه مع ذلك يجب التأكيد على حصرية حالات الوقف، حيث إن ما أورده المشرع بالفصل 393 م.أ.ع إنما له علاقة ببداية سريان المدة وليس له علاقة بحالات الوقف التي تفترض البداية ثم الوقف.

ويشار كذلك إلى أن بعض الديون تحكم لقواعد خاصة في الوقف، كما هي الصورة بالنسبة إلى سقوط المطالبة بمصاريف الدولة، حيث لا «مفول للتقادم إن كان صاحب الدين أو من ينوه قانونا في حالة تُحول دون المطالبة به أو كان يعتبر قانونا جاهلا لوجوده»⁽¹⁾، وتعلق مدة التقادم إذا قدم اعتراف على دفع الدين من طرف دائن لصاحب الحق ويبلغ هذا الاعتراف للمحاسب المختص⁽²⁾.

حالات القطع: Interruption de la prescription يُؤخذ من الفصلين 396 و 397 م.أ.ع أن مرور الزمان المعين لسقوط الدعوى ينقطع في الصور الآتية :

- أولا : إذا قام الدائن على المدين وطالبه بالوفاء بما عليه قضائيا أو بطرifة أخرى بما له تاريخ ثابت ولو كان الطلب لدى محكمة غير مختصة أو كان باطلًا لغير شكله.
- ثانيا : إذا طلب الدائن تقييد دينه مع بقية ديون المفلس.
- ثالثا : إذا اتَّخَذَ الدائن عملاً من الأعمال القانونية لعقلة أموال مدینه لاستفادة حقه منها أو استأنف من له النظر في اتخاذ تلك الوسائل⁽³⁾.

رابعا: يتقطع مرور الزمان بكل أمر يترتّب عليه اعتراف المدين بحق دائه كتحرير الحساب بينهما أو دفع شيء من الدين على الحساب إذا ثبت الدفع بكتاب ثابت التاريخ أو طلب المدين أجلاً للدفع أو إتيانه بضمان أو بتوثيق أخرى أو احتجاجه بالمقاضاة عند قيام الدائن عليه⁽⁴⁾.

ويتلخص من ذلك أن الانقطاع قد يجد سبيلاً في تصرف الدائن أو المدين. فكل ما يقوم به الدائن من مطالبة، سواء كانت قضائية أو غير قضائية، أو تقييد حقه مع بقية الدائنين أو مباشرة إجراءات العقلة يؤدي حتماً إلى انقطاع المدة. ويقصد بالمطالبة القضائية عريضة الدعوى التي توجه إلى المطلوب وهي منطلق الخصومة القضائية، ولا يهم إن قام الدائن لدى محكمة مختصة أو رفض طلبه بعد ذلك ولو لأسباب شكلية. فيما يفيد الانقطاع هو مجرد القيام بتاريخ ثابت، فقد تقضي المحكمة في الأصل لفائدة

(1) الفصل 48 من مجلة المحاسبة العمومية.

(2) الفصل 49 من مجلة المحاسبة العمومية.

(3) الفصل 396 م.أ.ع

(4) الفصل 397 م.أ.ع

في حالة الإبطال في صورة الإكراه إلا من يوم زواله وفي صورة الغلط أو التغريب إلا من وقت الإطلاع عليه وبالنسبة لعقود القاصرين إلا من يوم رسدهم وفيما يتعلق بالمحجور عليهم وعديمي الأهلية إلا من يوم رفع الحجر عنهم أو من يوم موتهم. أما ما يخص ورثة المحجور عليه الذي مات تحت قيد الحجر والمغبون الرشيد فمن يوم حوز الشيء المبعاد عليه⁽⁵⁾. ولا نسي المدة في حق الدولة والإدارات البلدية وغيرهما من الذوات المعنية إلا من يوم مصير العقد بات على مقتضى القوانين والتراتيب الإدارية⁽⁶⁾.

- الوقف والقطع: للوقف والقطع حالات محددة ولهم آثار معينة.

+ حالات الوقف والقطع

حالات الوقف: Suspension de la prescription عملاً بأحكام الفصلين 391 و 392 م.أ.ع يقف سريان المدة بين الزوجين ما لم ينحل عقد الزواج بينهما وبين الوالدين وأولادهما وبين القاصرين والذوات المعنية وبين المقدم والمدير والوصي ما لم تنتهي ولايتهم ولم يتمحرر حسابهم بوجه بات⁽⁷⁾. ويتوقف سقوط الدعوى بمرور الزمان في حق القاصرين الغير المأذونين بالتصريف وغيرهم من لا أهلية لهم إن لم يكن لهم وصي أو مقدم إلى وقت رشدتهم أو ترشيدهم أو تعين مقدم عنهم⁽⁸⁾. ولا يتوقف مرور الزمان في خصوص الكمياليات بسبب من الأسباب ولو على القاصرين وغير الرشداء وإنما يبقى لهم حق الرجوع على مقدميهم وأوصيائهم⁽⁹⁾.

ويتلخص من ذلك أن سريان المدة يتوقف بالنسبة إلى الزوجين وبالنسبة إلى القصر والمحجورين. فقد وضعت قاعدة الوقف بين الزوجين حفاظاً على العلاقة الأسرية ووضعت القاعدة في حق القصر حماية لعديمي الأهلية والمحجورين.

وتبدو هذه الحالات حصرية، فلا يجوز التوسيع فيها أو تعديلها بأي طريقة⁽¹⁰⁾، ولو أن المشرع التونسي أخذ بالفصل 393 م.أ.ع بالقوة القاهرة التي تمنع الدائن من القيام

(1) الفصل 331 م.أ.ع

(2) الفصل 332 م.أ.ع

(3) الفصل 391 م.أ.ع

(4) الفصل 392 م.أ.ع

(5) الفصل 395 م.أ.ع

(6) ورغم وضوح القاعدة، فإن فقه القضاء يقرّرنا يأخذ بالقاعدة المعروفة بالقانون التونسي القديم وهو أن سريان المدة يقف إذا تذرّع على الدائن قطع مدة التقادم، بالرغم من أن المجلة المدنية لم تأخذ بهذه القاعدة. وكان أساس القاعدة أن التقادم إنما تفرض لمعاقبة الدائن البهمل، فلما ثبت عدم إعماله كان من اللازم عدم الأخذ بالوقف، وهي حالة واقعية تبقى خاضعة لفقه القضاء. ولكن الفقه عادة ما يتقدّم هذا الاتجاه، ويجعل حالات الوقف حالات حصرية لا يجوز التوسيع فيها.

عبد الرزاق السنووري، المجلد عدد 3، المرجع السابق، عدد 622، p.578, n° 138.
CARBONNIER.Jean, Tome 4, op.cit., p.578, n° 138.

الفانوني كأن يعترف المدين صراحة بالدين، كما يمكن أن يكون واقعة قانونية كما في صورة طلب أجل للدفع، وتعتمد وسائل الإثبات طبق القواعد العامة حسب الصور. ويشار إلى أن بعض الديون اعتمدت حالات خاصة في انقطاع التقادم، فيعد بهذه الحالات الخاصة، كما هي الصورة بالنسبة إلى تقادم مصاريف الدولة، حيث تقطع مدة التقادم بتقديم صاحب الدين للسلطة الإدارية المختصة مطلباً في دفع دينه أو شكایة تتعلق بهذا الدين وفي هذه الصورة له أن يتسلّم من رئيس الإدارة المعنية شهادة في تاريخ تقديم مطلبه أو شكایته مع بيان الأوراق والوثائق، أو برفع دعوى عدلية لدى المحاكم من طرف أي كان تتعلق بمصدر الدين أو بوجوهه أو بمقادره أو بتأديته، أو بصدور مكاثبة تتعلق بالدين عن إدارة يهمها الأمر أو بتسييد جزء من الدين. وفي تلك الصورة تجري مدة الأربع أو الخمس سنوات الجديدة ابتداءً من فاتح السنة المالية الموالية لسنة التي حدث أثناءها العمل القاطع⁽¹⁾.

+أثار الوقف والقطع: الوقف هو أن يقف سريان المدة بعد أن ابتدأت إذا توفرت حالة من حالات الوقف ويتوالى سريان المدة إذا انقرضت حالة الوقف، وبذلك فإن حالة الوقف ليست حالة من حالات تأخير سريان التقادم متى يكون الحق غير مستحق، حيث يفترض الوقف بداية سريان المدة ثم تحدث حالة من حالات الوقف، ومن آثار الوقف أن المدة التي تقع خلال مدة الوقف لا تحسب من مدة التقادم، أي يحسب ما قبل حالة الوقف وما بعدها.

أما القطع فهو طرح المدة السابقة مع توفر حالة من حالات القطع وإعادة الحساب من جديد ومن الأول بعد انصراف حالة القطع. لذلك نص الفصل 398 م.أ.ع على أنه «إذا وقع انقطاع بوجه صحيح في المدة المحددة فما مضى منها قبل الانقطاع يلغى وتحسب المدة من جديد من وقت انتهاء عمل القاطع». فإذا كان السبب هي المطالبة القضائية اعتمد تاريخ الحكم النهائي في حساب بداية سريان المدة الجديدة. وإذا كان سبب القطع هو العقلة اعتمد تاريخها وإذا كان السبب هو قيد الحق بإجراءات التقليس كانت البداية في سريان المدة الجديدة هو قرار التوزيع⁽²⁾ أو ختم لائحة التوزيع حسب الصور⁽³⁾. وإذا كان السبب هو إقرار المدين اعتمد تاريخه.

ولا يتفع بالانقطاع المدة من حيث المبدأ إلا الطرف الذي قام به، فما قام به أحد الورثة لا ينسحب على بقية الورثة. وما قام به الكفيل لا ينسحب على الأصل. وإذا قطع الدائن الواحد المدة في مواجهة أحد المدينين، فليس في ذلك تأثير على بقية المدينين.

- (1) الفصل 47 من مجلة المحاسبة العمومية.
- (2) الفصول من 497 إلى 506 من المجلة التجارية.
- (3) الفصول 463 وما بعد م.م.م.ت

الدائن أو ترفض طلبه أصلاً أو شكلاً. وقد يكون القيام بمحكمة غير مختصة، كل ذلك لا يؤثر على انقطاع المدعى عليه⁽⁴⁾. فقد جعل المشرع رفض الداعي شكلاً قاطعاً لمدة التقادم، ومن باب أولى أن يعتمد الحكم القاضي برفض الداعي أصلاً. ولكن ترك الخصومة بطلب من الدائن بعد نشر القضية وكذلك الحكم بسقوط الخصومة لا تقطع بهما مدة التقادم، حيث إن الحكم بسقوط الخصومة لدى المحكمة يترتب عليه إلغاء جميع الإجراءات بما في ذلك عريضة الداعي⁽⁵⁾. ولا يتقطع التقادم كذلك بازدار موجه إلى المدين قبل المطالبة القضائية أو القيام بتسجيل الرسوم لدى القباضة المالية. ويمكن أن تحصل المطالبة خارج المحكمة بعد أن يتحصل الدائن على حكم، فمجرد توجيه الإعلام لتنفيذ الحكم الصادر في الغرض تقطع مدة التقادم، وذلك ما يفهم من الفصل 396 م.أ.ع عندما صرّح أن المطالبة بالوفاء يمكن أن تكون بغير طريقة القضاء، ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا إذا كان للدائن سند تنفيذي فيعد إلى إعلام المدين بضرورة التنفيذ. وتقطع مدة التقادم كذلك بمجرد مباشرة الدائن لإجراءات العقلة سواء كانت تحفظية أو توقيفية أو نفيّية، والذي يقطع المدة ليس الإعلام الموجه للمدين وإنما أعمال العقلة أي محضر العقلة الذي يحرره عدل التنفيذ طبق إجراءات العقل على معنى أحكام مجلة المرافعات المدنية⁽⁶⁾. وكل ما يقوم به الدائن في اتجاه تقيد حقه مع بقية ديون المفلس تقطع به مدة التقادم، فقد يكون ذلك على إثر صدور الحكم بالتفليس⁽⁷⁾ أو المشاركة في توزيع أموال المفلس⁽⁸⁾.

وإذا اعترف المدين بالدين تقطع مدة التقادم، ويمكن أن يتخذ الإقرار عدة أشكال كتحrir الحساب بينه وبين الدائن أو دفع شيء من الدين على الحساب إذا ثبت الدفع بكتاب ثابت التاريخ أو طلب المدين أجلاً للدفع أو إيتائه بضمان أو بعوقة أخرى أو احتجاجه بالمقاصة عند قيام الدائن عليه⁽⁹⁾. وبذلك يمكن أن يكون الإقرار صريحاً أو ضمنياً، كما يمكن أن يكون قضائياً أو غير قضائي، ويمكن أن يتخذ شكل التصرف

(1) ويدو هذه الصورة في الانقطاع مخالفة تماماً لحالات الانقطاع في التقادم المكتسب على معنى الفصل 52 م.ح.ع حيث نص هذا الفصل على ما يلي: لا تقطع مدة التقادم المكتسب إلا أولاً: بالقيام لدى المحكمة المختصة ولا تأثر للانقطاع إذا رفضت الداعي شكلاً أو أصلاً أو وقع الرجوع فيها أو حكم بسقوط الخصومة.

(2) الفصل 246 م.م.م.ت

(3) الفصول 285 وما بعد م.م.م.ت

(4) الفصول 455 وما بعد من المجلة التجارية.

(5) الفصول 485 وما بعد م.م.م.ت

(6) الفصل 397 م.أ.ع

بعد النقض من قبل محكمة التعيق، ولكنه لا يجوز التمسك بالتقادم أمام محكمة التعيق باعتبارها محكمة قانون وليس محكمة موضوع. ويشترط في جميع ذلك أن يكون الدفع قبل صرف القضية للمرافعة.

ولكن بعض الاستثناءات يمكن أن تأتي على هذا المبدأ حيث إن الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى الجزائية تحمل إلى تطبيق قواعد مجلة الإجراءات الجزائية في التقادم الذي يمكن للقاضي أن يثير أحکامه من تلقاء نفسه⁽¹⁾. ولا يجوز للسلط الإدارية عدم التمسك بسقوط الحق بالتقادم لفائدة الدولة والمؤسسات العامة الإدارية أو الجماعات العمومية المحلية إلا في حالات استثنائية شرط أن يكون ذلك بموجب قرار من وزير المالية⁽²⁾. ويرى جانب من الفقه أنه يجب على النيابة العمومية أن تمسك بالتقادم في حق عديمي الأهلية والمفقودين عملاً بأحكام الفصل 251 م.م.ت ولو أنها كانت طرفاً متضمناً في الدعوى وليس للتقادم علاقة بالنظام العام⁽³⁾.

ويسُوغ للمدين وتخلفه، عاماً أو خاصاً، أو لمن له مصلحة التمسك بمرور الزمان، ويدخل في ذلك دائن المدين والكفيل والمدين المتضامن. ولهما التمسك بالتقادم ولو تركه المدين⁽⁴⁾. فما يمنع سقوط الدعوى بمرور المدة في حق الأصيل ينسحب على الكفيل كما أن سقوط الدعوى بمرور المدة على الأصيل ينحر إلى الكفيل⁽⁵⁾. فنorum المصلحة وبالتالي بجانب الكفيل في الدفع بالتقادم. وطالما أن التقادم عمل نافع للمدين المتضامن، تقوم بجانبه المصلحة في الدفع بالتقادم. وطالما أن الجائز بالعقار المرتهن يتبع بغير الآجال الممنوعة للمدين الأصلي، فإن له المصلحة بالدفع بقادم الحق الأصلي⁽⁶⁾. وطالما أن المصلحة قائمة بجانب دائن المدين كان من الممكن التمسك بالتقادم، ويكون ذلك بواسطة الدعوى غير المباشرة⁽⁷⁾.

«ولا يسُوغ ترك حق التمسك بمرور الزمان قبل حصوله فإذا انقضى الزمان ساغ الترك، ومن ليس له التبرع ليس له ترك الحق المحاصل من مرور الزمان»⁽⁸⁾. فلا يجوز

(1) علي كحلو، دروس في الإجراءات الجزائية، المرجع السابق.

(2) الفصل 50 من مجلة المحاسبة.

(3) أجاز الشرع تداخل النيابة في حق القصر في عدة مواطن ولو أن الموضع ليس له علاقة بالنظام كما هي الصورة بالنسبة إلى اعتراض النيابة العمومية على مطلب التسجيل العقاري في حق القاصر والنايب، الفصل 330 م.ح.ع.

(4) الفصل 387 م.ح.ع

(5) الفصل 1520 م.ح.ع

(6) الفصل 281 م.ح.ع

(7) الفصل 306 فقرة ثانية م.ح.ع

(8) الفصل 386 م.ح.ع

ولكته إذا قطع الوارد الطاهر⁽¹⁾ المدة أو انقطعت عليه سري حكم ذلك إلى الوارد الحقيقي⁽²⁾. ويجوز الاحتجاج بانقطاع مرور المدة على ورثة المدين ومن أنجز له حق منه⁽³⁾. ولأحكام التضامن قواعد خاصة في ذلك، حيث تفقد القاعدة الأصولية في ذلك أن العمل النافع يتبع به بقية المدينين أو الدائنين، حسب الصور، على خلاف العمل الضار فلا ينسحب إلا على الطرف الذي قام به، وعلى ذلك الأساس فإن قطع مدة التقادم من طرف الدائن المتضامن يتبع به بقية الدائنين، وأن قطع التقادم بصرف من المدينين المتضامن لا ينسحب على بقية المدينين بحكم أن قطع التقادم ضار ببقية المدينين المتضامنين ونافع لبقية الدائنين المتضامنين⁽⁴⁾.

ولا تسحب آثار قطع التقادم إلا على الموضوع الواحد⁽⁵⁾، لكن الحق المستند لسبب واحد ونشأ عنه دعويان، ينقطع فيه التقادم بالنسبة إلى الدعويين⁽⁶⁾. وكما أن قطع التقادم آثار، فإن للتقادم بشكل عام آثاره.

ب-آثار التقادم

أثر التقادم لا يقوم بنفسه بل لا بد إجرائياً من التمسك به مسبقاً من له مصلحة (1) حتى يحدث أثره (2).

1-إجراءات التقادم

إحق مرور الزمان لا يقوم بنفسه في سقوط المطالبة بل يقوم من له مصلحة فيه. وليس للحاكم أن يستند إليه من عند نفسه حتى يتحقق به الخصم⁽⁷⁾. حيث إن الدفع بالتقادم مسألة واقية أو مختلطة، مثل التمسك باتصال القضاء أو المقاومة، ليس لها علاقة بالنظام العام، فليس للقاضي أن يغيرها من تلقاء نفسه. فقد جعلت القاعدة لمصلحة لخصوم وليس لها علاقة بالمصلحة العامة أو بفكرة النظام العام. ثم إن المدين قد يرغب في الوفاء بالرغم من التقادم، والخيرية تكون عادة لمؤلفه إذا ما قررنا بالتقادم. وطالما أن الدفع بالتقادم مسألة موضوعية، فإنه يمكن التمسك به أمام جميع محاكم الموضوع، بما في ذلك المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف ولم كانت محاكماً إحالة

(1) وردت عبارة الوارد الطاهر كذلك بالفصل 252 م.ح.ع الوارد في باب الوفاء بالالتزامات وقد سبق الورقة على هذا المعنى وشرحه بباب الوفاء بالالتزامات.

(2) الفصل 399 م.ح.ع، (تفع بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923).

(3) الفصل 400 م.ح.ع، (تفع بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923).

(4) الفصل 186 م.ح.ع، ويراجع الفصل 1520 م.ح.ع

(5) عبد الرزاق الشهوري، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 1124، عدد 540.

(6) الفصل 389 م.ح.ع

(7) الفصل 385 م.ح.ع

بطريقة رجعية، وما يسقط في ذلك هي الدعوى وليس الحق، مع أن الالتزام المتقدم يخلف بعد انقضائه التزاماً طبيعياً.

-انقضاء الالتزام: مرور الزمان الذي حدده القانون يسقط المطالبة البائسة من العقد⁽¹⁾. فينقضي الالتزام بذلك وبرأهمة المدين. وبعد انقضاء الالتزام بموجب التقادم انقضاء بدون وفاء حيث ينقضي الالتزام بدون أن يلزم المدين بالدفع والاداء. فيرفع الالتزام عن المدين بمجرد كمال المدة، ولا يمكن أن يطالب الدائن بالالتزام. وينقضي الالتزام كذلك في حق كل من له علاقة بالدين، وكذلك الكفيل والمدين المتضامن. ولكن سقوط الالتزام بالتقادم لا يمنع الدائن من التمسك بالحق عن طريق الدفع.

أي أن الدائن لا يستطيع أن يقيم الدعوى في المطالبة بالحق وقد سقط وتمسك المدين بالتقادم، ولكنه يمكن أن يدفع بالحق في حالة الطلب بالرغم من تقادم الحق. ويقال دوماً أن التقادم جعل للدعوى وليس للدفع، حيث إن الدفع لا تشمله صور التقادم. وقد غرف القانون الفرنسي القديم هذه القاعدة وأعتمدتها القوانين الفرنسية الحديثة وقال بها الفقه وفقه القضاء، ولكن مجلة الالتزامات والعقود لم تورد في شأنها نصاً خاصاً. وأوردت في ذلك عدة تطبيقات هامة، حيث نص الفصل 335 م.أ.ع على أنه يجوز «لمن طلوب بالوفاء بالعقد أن يحتاج بطلانه في جميع الأحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدعوى». ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدة المعنية بالفصول 330 و 331 و 332 و 333 و 334 م.أ.ع على ذلك الأساس تبقى قاعدة عدم سريان التقادم على الدفع قاعدة هامة تتطبيق على نظام التقادم.

-انقضاء الالتزام بسقوط الدين وتوابه: «مرور الزمان تسقط به الدعوى المتعلقة بأصل الالتزام وتسقط به الدعاوى الجزئية التابعة له ولو لم يمض من الزمان ما يتquin قانوناً لسقوطها»⁽²⁾. فيسقط بذلك أصل الحق وجميع ما يرتبط به من ضمانات، شخصية وعينية باستثناء الرهن الحيازي⁽³⁾، وتسقط كذلك جميع الفوائد المالية، وتلك هي الدعاوى الجزئية التابعة للحق.

وتسقط الدعاوى الجزئية المرتبطة بالأصل بأثر رجعي، فمجرد كمال مدة التقادم في الالتزام الأصلي تنتهي المطالبة بالتوابع والفوائد، ولو أن مدة التقادم لم تكتمل بالنسبة إلى الضمانات والفوائد، معنى ذلك أن السقوط في الواسطة يطال الأخرى حتى ولو لم تنته المدة بالنسبة إلى الثانية، وذلك ما قصده المشرع من خلال الفصل 389 م.أ.ع عندما نص على أن الدعاوى الجزئية التابعة لأصل الالتزام تسقط بسقوط أصل

التنازل عن حق التمسك بالتقادم قبل أن يحدث التقادم، فلو صح القول بإمكانية التنازل بداية لا يمكن اعتبار شرط التنازل ضمن الشروط المألوفة في التعاقد لأنقضت أهمية التقادم من الأساس. وبالتالي يقوم المنع على اعتبارات تطبيقية وليس لاعتبارات النظام العام أو المصلحة العامة، ونفس الملاحظة تقع صحيحة في منع الأطراف في جعل المدة أطول مما اقتضاه النص القانوني، كما سبقت الإشارة إلى ذلك. فإذا حصل التقادم يمكن التركيز، صراحةً أو ضمناً، ويشرط في ذلك أحليّة التبرع. وتوفر أحليّة التبرع حيث يتوفّر الرشد وتنعدم صور الحجر وصغر السن، ولا تتوفر في الولي والمقدم والوصي أحليّة التبرع، فليس لهؤلاء حق التبرع حتى لو صدر في ذلك إذن، حيث إن أعمال التبرع ليست أعمالاً تقوية⁽⁴⁾.

وإذا حدث التنازل عن التمسك بالتقادم، كان ذلك تصرفاً آحادياً من جانب واحد، لأنّه لا يشترط فيه رضا الطرف المقابل. وإذا كان التنازل بعد أن اكتملت مدة التقادم، كان ذلك بمثابة انقطاع للمدة وبداً مدة جديدة في السريان انطلاقاً من التنازل⁽⁵⁾، ويكون للمرة الجديدة نفس النظام بالنسبة إلى المدة القديمة خاصة من حيث طبيعة المدة سنة أو ثلاث سنوات أو خمس سنوات أو خمسة عشر عاماً. ويدوّى على ذلك الأساس أنه من الممكن للدائن أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البلاتية ولو أن الفصل 306 م.أ.ع الخاص بالدعوى البلاتية أشار إلى الطعن في العقود مما يحمل إلى إمكانية التفكير في إقصاء التصرف الأحادي، لكنه من الممكن كذلك اعتبار أن ما أورده الفصل 306 م.أ.ع لم يكن على سبيل الحصر حيث لم يمنع صراحة التصرفات الأحادية⁽⁶⁾. وإذا كان التنازل قبل حصول التقادم أي قبل كمال مدة التقادم، وقد منعه الفصل 386 م.أ.ع، كان ذلك بمثابة اعتراف المدين بحق الدائن وهي صورة من صور انقطاع التقادم تؤدي لحساب مدة جديدة انطلاقاً من تاريخ التنازل.

2- مضمون الآثار

إذا مرت مدة التقادم ولم يتمسك المدين بذلك كان الدين مديناً قائماً يمكن المطالبة به وطلب المقاومة فيه ولا يمكن للمدين طلب استرداد المال بعد دفعه. وإذا اكتملت مدة التقادم وتمسك المدين بالتقادم انقضى الالتزام، وينقضي الالتزام بسقوط الدين وتوابه

(1) تنص الأعمال إلى ثلاثة، عملاً بأحكام الفصل 3 وما بعد م.أ.ع، أعمال إدارة وأعمال تقوية وأعمال تبرع، ويحوز للمقدم والولي والوصي أن يقوم بأعمال التقوية شرط توفر الإذن من المحكمة المختصة ويمكن أن يتولى أعمال الإدارة ولم في غيب الإذن ولا يمكن أن يقوم بأعمال التبرع أي الهيئات ولم مع توفر الإذن.

(2) نص الفصل 51 من مجلة المحاسبة العمومية على هذا التجديد صراحة.

(3) سبق الإشارة إلى هذا النص في باب الدعاوى البلاتية.

(1) الفصل 384 م.أ.ع

(2) الفصل 389 م.أ.ع

(3) الفصل 390 م.أ.ع

الدعوى ويقى الحق قائمًا⁽¹⁾. ويبدو أن المشرع التونسي اعتمد هذا الرأي الأخير في جعل التقادم مسقطاً للدعوى وليس للحق، حيث نص الفصل 384 م.أع على أن «مرور الزمن الذي حدده القانون يسقط المطالبة الناشئة من العقد»، وذلك يعني بوضوح أن المشرع خير سقوط المطالبة عن الحق، ولا يمكن أن تحمل عبارة المطالبة إلا إلى معنى الدعوى، فقد سبق تعريف المطالبة بأنها العريضة أو الصحبة التي توجه إلى المدعي عليه لاستدعائه أمام المحكمة المعهدة بالقضية. ويدل ذلك فإن الالتزام يسقط الدعوى ولا يسقط الحق، ومن أجل ذلك كذلك يخلف الالتزام التزاماً طبيعياً بالرغم من سقوط الدعوى.

-انقضاء الالتزام يخلف التزاماً طبيعاً: فلما كان من شأن التقادم أن تقضي به الدعوى وليس الحق، فإن الحق الباقى يُسلب حق الحماية بسقوط الدعوى فيه، فهو حق بدون دعوى، وذلك هو الالتزام الطبيعي الذي يختلف عن التقادم. وهذه النظرية تتنهى إلى نفس الآثار التي تعتمدتها النظرية الجرمانية في جعل الالتزام مكون من عنصرين مسؤولية ومديونية، فإذا سقطت الدعوى سقطت المسئولية وبقيت المديونية، وذلك هو الالتزام الطبيعي.

وعلى ذلك الأساس لا يجوز جبر المدين على الوفاء واتخاذ وسائل التنفيذ الجرية في مواجهته، وقد انقضت الدعوى أو المسئولية. وإذا وفي المدين الدين بالرغم من سقوطه فلا يعذ ذلك تبرعاً ولا يمكن أن يسترده المدين. ويمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سبباً جديداً في الالتزام، فإذا التزم المدين بأداء الالتزام الطبيعي كان ذلك التزاماً مدنياً جديداً ويتقادم فيه الحق من جلدي بدأة من تاريخه. على أنه «لا تصبح المقاومة بدين سقط القيام به لمرور الزمن»⁽²⁾. حيث إن المقاومة تتطلب الإجبار على الدفع، وذلك ما لا يجوز في الالتزام الطبيعي. ومن أجل ذلك من المشرع صراحة المقاومة في الديون التي سقطت بمرور الزمن.

للمحكمة يتمسك بكونه صاحب حق ذاتي وقع العقد به، ويطلب إسترجاعه وحمايته ولذا فإن الحق هو أنسان الدعوى...»

والدعوى القضائية تختلف عن المطالبة القضائية والخصوصة، بحيث أن المطالبة القضائية تعنى «العمل الإجرائي الذي يوجه يمارس الشخص ذلك الحق» أي «عمل افتتاح المواجهات أو عمليات الحصول على المطالبة القضائية بتقديم العريضة التي ترفع بها الدعوى وتبيّنها للشخص بصفة عامة. والخصوصة هي تلك المرحلة التي تفصل بين تاريخ رفع الدعوى وصدور الحكم في الأصل.

عبد الله الأحمدى، المرجع السابق ص 25 وما بعد. أحمد أبوالوفاء، المرجع السابق ص 111 وما بعد.

Jean Vincent, S.Guinhard : procédure civile, op.cit., p.87 et suiv.

(1) عبد الرزاق السنوسي، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 1168، عدد 6.37.

(2) التصل 376 م.أع

الالتزام ولو لم يمض من الزمان ما يتعمّن قانوناً لسقوطها، أي لسقوط الدعوى الفرعية أو الجزئية، وهي الدعوى الخاصة بالتواقيع. وهو ما يفيد أن الالتزام ينقضي بطريقة رجعية، ولكن المدين لا يمكن بطبيعة الحال أن يسترد ما دفعه قبل أن تكتمل المدنة.

-انقضاء الالتزام يسقط الدعوى دون الحق: قد يُسْعَى جعل الفقه الحق في مرتبة الدعوى حيث لا فرق بينهما، فليس الدعوى إلا الحق في حالة حركة. وأنأخذ الدعوى طبيعتها من طبيعة الحق، فهي عينية أو شخصية حسب طبيعة الحق، وإذا انقضى الالتزام انقضت الدعوى والحق. ولكن الفقه الحديث يجعل التمييز قائماً بين الحق والدعوى، فليس الدعوى إلا إمكانية قانونية في التماس القضاء. وإذا انقضت الدعوى يبقى الحق بدون دعوى تحميه⁽¹⁾، وهو الرأي الذي يقترب من صورة الفقه الإسلامي الذي يمنع سماع

(1) الدعوى القضائية: تبيّن أنه لا يمكن للقاضي أن يتعهد بالقضية بصفة تلقائية، بل لا بد من رفعها من طاليها، «فإفهم إذاً إليك» والمعنى في نظر الفقه الإسلامي هي المطالبة أو هي القول أو هي طلب استحقاق شيء وهو ما يختلف شيئاً ما عن نظريات القانون الوضعي. حيث رأت النظرية الذاتية أن الدعوى ليست أسوى الحق الذاتي في حالة حركة⁽²⁾ كما أكد ذلك DEMOLOMBE في قوله الشهير غير أن هذا الرأي ان ked بشدة نظر الكون هناك علة حقوق، دون أن تكون هناك دعوى، كالحقوق الطبيعية، كما لم يشترط في القائم أن يكون له حق، بل يكتفي أن تتوفر به شروط القيام الواردة بالفصل 19 م.م.ت. وفتحت النظرية المروضوعية فكرة الحقوق الذاتية وتحديث عن «المركز القانوني أو الوضعي القانوني». ويرى نظرية حديثة ترى في الدعوى «القدرة القانونية على الاتجاه للقضاء» ومع ذلك لم تسلم هذه النظرية من النقد، حيث إنها تؤدي إلى الاعتقاد بوجود حق ذاتي والحال أنه لا يوجد إلا إمكانية لحرية أو إمكانية، كما أنه من الغريب حصر ميدان الدعوى في الحالات التي يطلب فيها الخصم سماعهم في الأصل فحسب، وإنما البعض هذه النظرية الحديثة على أساس أن التعرّيف الحديث لا يغير إلا على تصور ذهننا يختلف عن المفهوم الحقيقي للدعوى القضائية، الذي يفهم منه «الإدلاء لدى القضاء» أي الاتجاه العملي للقضاء وفي هذا قال الأستاذ عبد الله الأحمدى في كتابه القضائي والإثبات في التزام المدني وتحديثه بالصفحة 34 وما بعد ملخصاً... وفعلاً فإن التعرّيف الذي أوردته الشراح الغربيون ينطبق على حق القضائي أو حق القيام لدى المحكمة بالمعنى الذي يقصده المشرع التونسي بالفصل 19 م.م.ت وهو حق مشروع لكل شخص، له ممارسته إذا توفرت فيه الشروط القانونية من مصلحة وصفة وأهلية وذلك بقطع النظر عن وجاهة الطلب من علمهها وعن كون المحكمة مستحبة في أصله أم ترفة شكلاً، فالقول بأن الدعوى هي الإمكانية القانونية للاتجاه للقضاء لا يسحب على مدلول الدعوى بل على الحق في رفعها وعلى هذا الأساس فإن للدعوى مفهوماً مادياً إيجارياً ولا مجرد تصوّر ذهنى تعنى الإدلاء لدى القضاء. فعندما تستعمل كلمة دعوى قضائية تكون انطلاقتنا من مجرد الحق في التقاضي إلى الممارسة الفعلية الإجرائية لذلك الحق، فلا يكتسب الشخص صفة المدعي أو المدعى عليه إلا برفع الدعوى لدى المحكمة طبق الإجراءات القانونية وبناء على ذلك فإن الدعوى القضائية لا ترجم في رفعها للمحكمة ولعلن هذا ما جعل الفقهاء المسلمين يختلفون عن المطالبة التي تحصل أمام القضاء وفي القانون الوضعي فإنه لا دعوى قضائية مالم يتم إجراءات رفعها... ولكن كانت الدعوى لا تعنى الحق الذاتي في ظل ظروف خلافاً لما ذهب إليه العديد من الفقهاء الغربيين بالخصوص فإن ذلك لا يعني عدم وجود ترابط بينهما أبداً: أولهما: أن وصف الدعوى القضائية تمهيل طبيعية وخصائص الحق المطلوب فتصفت بأنها عينية أو شخصية إذا كان موضوعها حقاً عيناً أو شخصياً ثانياً، مما ينافي المدعى عندما يرفع دعواه

الفهرس

3	المقدمة
11	I - مفهوم الالتزام
13	1 - تعريف الالتزام
14	- التعريف العام
14	- التمييز بين المفهوم الموضوعي والشخصي للالتزام
16	2 - عناصر الالتزام
18	3 - أنواع الالتزام
23	4 - مصادر الالتزام
25	5 - أحكام الالتزام
25	II - مفهوم النظرية العامة للالتزامات
27	III - مفهوم النظرية العامة للنزاع المدني
27	1 - مفهوم النزاع
31	2 - مفهوم النزاع المدني
42	3 - مفهوم النظرية العامة للنزاع المدني

الكتاب الأول: مصادر الالتزام المدني

العنوان الأول: التصرفات القانونية الجزء الأول : التصرف الناتج عن إرادة منفردة، التصرف الأحادي

56	الفصل الأول: أساس التصرف الأحادي
57	المبحث الأول: الجذور التاريخية
57	الفقرة الأولى: التشريع الروماني
58	الفقرة الثانية: التشريع الإسلامي
62	المبحث الثاني: التصرف الأحادي بالفقه والقوانين المقارنة
63	الفقرة الأولى: التصرف الأحادي بالفقه
64	أ - اتجاهات معارضة للإرادة المنفردة

أ- العقود الداخلية والعقود الدولية	110
ب- العقود المسممة وغير المسممة.....	110
ت- العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية.....	110
ث- العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد.....	111
ج- عقود التبرع وعقود العرض.....	111
ح- العقود المحددة والعقود الاحتمالية أو الغرر.....	112
خ- العقود الفورية والعقود الزمنية.....	113
د- العقود التفاوضية وعقود الإذعان.....	113
ذ- عقود المساواة وعقود الاستهلاك وعقود التبعية.....	114
ر- العقود البسيطة والعقود المختلطة ومجموع العقود.....	114
ز- العقود التبادلية والعقود التنظيمية.....	117
الفقرة الثالثة: مبدأ سلطان الإرادة.....	117
الفقرة الرابعة: الثبات في العقد.....	133
أ- تعريف الثبات.....	134
ب- لمحة تاريخية.....	134
ت- أسباب الثبات.....	136
ث- شروط الثبات.....	136
ج- آثار الثبات.....	138
الفصل الأول: تكوين العقد.....	139
بحث تمهدى: الاتفاques التمهيدية لتكوين العقد.....	139
الفقرة الأولى: الاتفاques التمهيدية ذات المحتوى الخاص	140
أ- عقود التفاوض.....	140
1- العقود المنظمة للتفاوض في حد ذاته	140
2- العقود الملزمة للتفاوض	141
ب- العقود التمهيدية المرتبطة بمرحلة تنفيذ العقد الأصلي	142
الفقرة الثانية: العقود التمهيدية الخاصة بتكون العقد النهائي	143
أ- اشتراط الأولوية <i>pacte de préférence</i>	143
ب- الوعد بالتعاقد.....	143
ت- الاتفاques المبدئية	147
ث- الاتفاques الجزئية	147
المبحث الأول : شروط تكوين العقد	148

ب- اتجاهات مساندة للإرادة المترفة	66
الفقرة الثانية: التصرف الأحادي بالقوانين المقارنة	69
أ- التشريع الفرنسي	69
ب- مجلة الأحكام العدلية	72
ت- التشريع الألماني	73
ت- التشريعات الحديثة	74
1- التشريعات الأدبية	74
2- تشريع البلدان العربية	75
المبحث الثالث: التصرف الأحادي في مجلة الالتزامات والعقود	77
الفصل الثاني: نظام التصرف الأحادي	83
المبحث الأول: تكوين الالتزام الأحادي	83
الفقرة الأولى: مميزات التصريح الانفرادي	84
أ- الشروط الشكلية	84
1- الشروط الشكلية في التصريح الموجه لشخص محدد	85
2- الشروط الشكلية في التصريح المرجح لل العامة	85
ب- الشروط الجوهرية	86
1- تصريح انفرادي من حيث المصدر	87
2- نية الالتزام	87
1- نية الالتزام الشخصي	89
الفقرة الثانية: سلامة التصريح الانفرادي	93
المبحث الثاني: آثار الالتزام الأحادي	95
الفقرة الأولى: آثار الالتزام الأحادي بالنسبة إلى المستفيد	96
الفقرة الثانية: آثار الالتزام الأحادي بالنسبة إلى الملتزم	99
الجزء الثاني :	
التصيرفات الناتجة عن تلاقي إرادتين، العقد أو الاتفاق	
فصل تمهدى: تقديم النظرية العامة للعقد	103
الفقرة الأولى: مفهوم العقد	103
أ- تعريف العقد	104
ب- المفهوم الشخصي والموضوعي للعقد	108
الفقرة الثانية: تقسيمات العقود	109

179	*اقتران الرضاء في التعاقد بين غائبين
180	- التلاقي الإلكتروني للإرادتين
180	+ طبيعة الرضاء الإلكتروني
180	*رضاء إلكتروني
182	*رضاء واعي
184	+ تبادل الرضاء الإلكتروني
184	*كيفية التصریح بالإيجاب والقبول
185	. الإيجاب الإلكتروني
185	. القبول الإلكتروني
188	*مكان وتاريخ إبرام العقد الإلكتروني
190	ب- سلامة الرضاء
192	1- الغلط
193	- حالات الغلط
197	- شروط الغلط
199	- إثبات الغلط
200	2- الإكراه
201	- مفهوم الإكراه
202	- شروط الإكراه
206	3- التغیر
208	- عناصر التغیر
214	+ شروط التغیر
215	4- الغبن
220	5- الحالات الخاصة
220	- السكر المغير للشعور
221	- المرض
222	- المعاملات الإلكترونية
223	الفقرة الرابعة: الموضوع
223	أ- مفهوم المحل
225	ب- شروط المحل
225	1- شروط محل الالتزام
225	- يجب أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه

149	الفقرة الأولى: الشكل في العقد
149	أ- الإثباتات والمعارضة ونشأة الحق في الشكل
153	ب- الشكل وصحة العقد
155	الفقرة الثانية: الأهلية في العقد
156	أ- المبادئ العامة في الأهلية
157	ب- أحكام الأهلية
157	1- الصغير غير المميز والمحجور عليه لجنونه والتزوات المعنوية
158	2- الصغير المميز والمحجور عليه لضعف في العقل أو لسنه
160	- الترشيد
162	- الأهلية الإلكترونية
163	الفقرة الثالثة: الرضا
164	أ- التصریح بالرضاء
164	1- كيفية التصریح بالرضاء
164	- صور وأشكال التعبير عن الإرادة
164	+ الإرادة الباطنية والخارجية
165	+ الإرادة الصريحة والضمنية
166	- الاتجاهات النفعية
167	- اتجاه المشرع التونسي
169	2- تلاقي الإرادتين
170	- التلاقي المادي للإرادتين
170	+ طبيعة الإيجاب والقبول
170	*طبيعة الإيجاب
172	*طبيعة القبول
173	. القبول المباشر
173	. القبول المفصل
173	. القبول في الشروع في التنفيذ
174	. القبول في السكت الموصوف
174	. القبول في المفود الخاصة
177	+ توافق الإيجاب والقبول
178	+ اقتران الإيجاب والقبول
178	*اقتران الرضاء في المجلس الواحد

1 - مراقبة أولية	227	- يجب أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين
2 - اتفاقية الأطراف	230	- يجب أن يكون المحل ممكناً
3 - تدخل القضاء	232	- يجب أن يكون المحل موجوداً
الفقرة الثالثة: دعوى البطلان	235	- شروط محل العقد
1 - أطراف الدعوى	235	- يجب أن لا يخالف محل العقد النظام العام والأخلاق العامة
1 - أطراف الدعوى في البطلان النسبي	243	- يجب أن لا يخالف محل العقد العدالة العقدية
2 - أطرف الدعوى في البطلان المطلق	246	- يجب أن لا يخالف محل العقد معنى التزاحة العقدية
الفقرة الخامسة : السبب	250	الفقرة الخامسة : السبب
1 - إمساك العقد	250	أ - تطور مفهوم السبب
2 - التقادم	251	1 - لمحنة تاريخية
الفقرة الرابعة: آثار البطلان	253	2 - اتجاهات السبب
1 - الآثار الأصلية للبطلان	253	ـ الاتجاهات الفقهية في السبب
1 - امتداد البطلان	253	+ الاتجاه الموضوعي في السبب
- البطلان الكلي	257	+ الاتجاه الشخصي في السبب
- البطلان الجزئي	259	+ الاتجاه التوفقي في السبب
2 - الآثر الرجعي والاسترداد	260	- الاتجاهات التشريعية في السبب
2 - الآثر الرجعي والاسترداد	262	ب - مفهوم السبب وشروطه بمجلة الالتزامات والعقود
ـ بين الأطراف	262	1 - اتجاه مجلة الالتزامات والعقود في السبب
- إزاء الغير	264	2 - شروط السبب من خلال مجلة الالتزامات والعقود
ـ الآثار العرضية	266	3 - إثبات السبب
1 - تحول العقد الباطل	267	المبحث الثاني: جزاء الإخلال بشروط العقد
2 - المسؤولية الناتجة عن البطلان	267	الفقرة الأولى: لمحنة تاريخية
الفصل الثاني: آثار العقد	267	ـ الجزء التدريجي بالفقه الإسلامي
ـ المبحث الأول: إطار القوة الملزمة للعقد	269	ـ تجربة القانون المقارن
الفقرة الأولى: الإطار الشخصي للقوة الملزمة	272	ـ توجيه مجلة الالتزامات والعقود
ـ أطراف العقد	272	الفقرة الثانية: طبيعة الجزاء في الإخلال بشروط العقد
1 - معيار تحديد أطراف العقد	277	ـ مفهوم البطلان
2 - تحديد أطراف العقد	286	ـ تعدد حالات وأنواع البطلان
ـ المتعاقدان	286	1 - أنواع البطلان
ـ الخلف العام	287	2 - حالات البطلان
ـ الخلف الخاص	291	ـ الطبيعة القضائية للبطلان
ـ الغير في العقد		

- الضرر التعاقدى.....	394	1 - تحديد الغير.....
- العلاقة السببية.....	397	- الغير المطلق.....
2 - إعفاء المدين من المسئولية.....	397	- الدائن العادى.....
- الإعفاء القانوني.....	398	+ الدعوى المباشرة.....
- الإعفاء الاتفاقي.....	403	- نظام الدعوى المباشرة.....
ب- آثار المسئولية التعاقدية.....	405	2 - معارضة الغير بالعقد <i>opposabilité</i>
1 - إنذار المدين.....	405	الفقرة الثانية: الإطار الموضوعي لفورة الملزمة للعقد.....
2 - طرق تقدير التعويض.....	411	أ- الأسس الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية للجوائب الموضوعية في
- التعويض القضائى.....	411	الفورة الإلزامية للعقد.....
- التعويض القانوني.....	416	ب- آليات تحقيق الأسس الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية للجوائب
- التعويض الاتفاقي.....	418	الموضوعية في الفورة الإلزامية للعقد.....
الفقرة الثالثة: الفسخ.....	419	361
- مفهوم الفسخ.....	419	362
- تاريخ الفسخ.....	420	- قواعد التأويل.....
+ القانون الروماني.....	420	+ التأويل الداخلى.....
+ الفقه الإسلامي.....	421	+ التأويل الخارجى.....
أ- شروط الفسخ.....	425	- دور القاضى فى التأويل.....
1 - استحالة التنفيذ.....	425	2 - تكثيف العقد.....
2 - ضرورة توفر الالتزامات المقابلة.....	427	3 - تعديل بنود العقد.....
ب- أنواع الفسخ.....	428	الفقرة الثالثة: الإطار الزمني لفورة الملزمة للعقد.....
1 - الفسخ القضائى.....	428	أ- مدة العقد.....
2 - الفسخ الاتفاقي.....	429	374
3 - الفسخ القانوني.....	431	ب- نقض العقد.....
4 - انقضاء العقد بسبب أجنبى وتحمل التبعات.....	432	1 - المبدأ.....
ت- آثار الفسخ.....	434	2 - الاستثناء.....
العنوان الثاني: الواقع القانونية		- الإباحة الاتفاقي في النقض الأحادي.....
باب الأول: الواقع غير المشروع		- الإباحة القانونية في النقض الأحادي.....
فصل تمهيدى: تقديم النظرية العامة في المسئولية التقصيرية.....	439	المبحث الثانى: جزاء الإخلال بالفورة الملزمة للعقد.....
المبحث الأول: مراحل تطور المسئولية التقصيرية.....	439	الفقرة الأولى: الدفع بعدم التنفيذ.....
الفقرة الأولى: تطور أفكار المدرسة اللاتينية.....	440	الفقرة الثانية: المسئولية التعاقدية.....
الفقرة الثانية: الفقه الإسلامي.....	444	أ- شروط المسئولية التعاقدية.....
		1 - الشروط الإيجابية في المسئولية التعاقدية.....
		- الخطأ التعاقدى.....

الفقرة الثالثة: التوجهات الحديثة.....	446
الفقرة الرابعة: توجهات التشريع في تونس	449
أ- توجهات مجلة الالتزامات والعقود.....	449
ب- توجهات الفقه والقضاء	450
المبحث الثاني: مميزات المسؤولية التقصيرية.....	452
مفهوم المسؤولية التقصيرية.....	452
المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التأديبية.....	452
المسؤولية التقصيرية والمسؤولية الجزائية.....	452
المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية.....	454
الفصل الأول: الشروط المشتركة في المسؤولية التقصيرية	456
المبحث الأول: الضرر.....	457
الفقرة الأولى: شروط الضرر.....	457
أ- يجب أن يكون الضرر مباشرة.....	457
ب- يجب أن يكون الضرر محققا.....	458
ت- يجب أن يكون الضرر شخصيا.....	459
الفقرة الثانية: أنواع الضرر.....	460
أ- الضرر المادي.....	460
1- شروط الضرر المادي.....	460
- يجب أن يكون محققا.....	460
- يجب أن يقع الإخلال بحق.....	461
- يجب أن يقع الإخلال بمصلحة مالية مشروعة	462
2- أنواع الضرر المادي.....	463
3- انتقال الضرر المادي.....	463
ب- الضرر المعنوي.....	464
1- شروط الضرر المعنوي.....	465
2- أنواع الضرر المعنوي	466
3- انتقال الضرر المعنوي.....	466
المبحث الثاني: العلاقة السببية	469
الفقرة الأولى: قيام العلاقة السببية	470
أ- العلاقة المباشرة للسببية	470
ب- العلاقة المتوجة للسببية	470
ت- العلاقة المثبتة للسببية	470
الفقرة الثانية: قطع العلاقة السببية	471
أ- غياب شرط العلاقة السببية.....	471
ب- توفر المنصر الأجنبي	471
1- القوة القاهرة الأمر الطارئ	472
2- خطأ المضرور	474
3- خطأ الغير	475
الفصل الثاني: أنظمة المسؤولية التقصيرية.....	476
المبحث الأول: المسؤولية الشخصية	476
الفقرة الأولى: شروط المسؤولية الشخصية	477
أ- التعدي	482
1- مظاهر التعدي	482
- الفعل العمدي وغير العمدي	482
- الفعل الإيجابي والفعل السلبي	482
2- شروط التعدي	484
- التعدي عمل غير مألف اجتماعيا	484
- التعدي عمل غير مشروع	485
4- الدافع الشرعي	485
+ أمر القانون	486
+ حالة الضرورة	486
+ رضاء المضرور	487
ب- التمييز	488
1- مفهوم التمييز في المسؤولية التقصيرية	488
2- تطبيق شرط التمييز في المسؤولية التقصيرية	489
الفقرة الثانية: تعريفات الخطأ	491
أ- خطأ موظفي الدولة	491
1- الحالة العامة في الأخطاء الإدارية	492
2- الحالة الخاصة في الأخطاء القضائية	496
ب- خطأ الوسائل السمعية والبصرية	506
ت- خطأ في مجال الملكية الصناعية	513
1- شروط الخطأ في مجال الملكية الصناعية	513

ثـ-آثار مسؤولية الآباء والأمهات والكفيل عن الأطفال	597	2- نظام المؤاخذة في مجال الملكية الصناعية	548
الفقرة الثالثة: مسؤولية أرباب الصنائع	598	ثـ-فضار الجوار	571
أـأساس مسؤولية أرباب الصنائع	598	جـ-التعسف في استعمال الحق	577
بـ-شروط مسؤولية أرباب الصنائع	599	١ـ-مفهوم الحق	578
١ـ-شروط الملزام بالمراقبة	599	٢ـ-صور التعسف في استعمال الحق	580
- سند المراقبة	599	المبحث الثاني: المسؤولية عن فعل الغير	581
- أسباب المراقبة	599	الفقرة الأولى: المسؤولية عن المختبلين وعليلي العقل	582
- مفهوم المراقبة	599	أـأساس المسؤولية عن المختبلين وعليلي العقل	583
٢ـ-شروط الخاضع للرقابة	600	بـ-شروط المسؤولية عن المختبلين وعليلي العقل	583
- مفهوم الطفل المتدرّب	600	١ـ-شروط من يتولى الرقابة	584
- ارتكاب خطأ من المتدرّب	600	- سند المراقبة	584
- ارتكاب خطأ أثناء خضوع الطفل المتدرّب لنظر صاحب العمل	601	- أسباب المراقبة	584
ثـ-طرق التفصي في مسؤولية أرباب الصنائع	601	- مفهوم المراقبة	585
ثـ-آثار مسؤولية أرباب الصنائع	602	٢ـ-شروط الخاضع للرقابة	585
الفقرة الرابعة: مسؤولية المعلمـين	603	- تعريف المختبل وعليلي العقل	585
أـأساس مسؤولية المعلمـين	603	- شرط المساكنة	586
بـ-شروط مسؤولية المعلمـين	604	- صدور فعل غير مشروع عن الخاضع للرقابة	586
١ـ-الشروط الخاصة بالمراقبـ	604	ثـ-طرق التفصي من المسؤولية عن المختبلين وعليلي العقل	586
- مفهوم المعلم	604	ثـ-آثار المسؤولية عن المختبلين وعليلي العقل	587
- شرط الخلطة أو الخلقة أو الإهمال	604	الفقرة الثانية: مسؤولية الآباء والأمهات والكفيل	589
٢ـ-الشروط الخاصة بالخاضع للرقابة	605	أـأساس مسؤولية الآباء والأمهات والكفيل عن الأطفال	589
- صفة التلميـ	605	بـ-شروط مسؤولية الآباء والأمهات والكفيل عن الأطفال	591
- صدور عمل غير مشروع من التلميـ	605	١ـ-شروط الملزام بالمراقبـ	591
- صدور عمل غير مشروع من التلميـ طيلة المدة التي هو فيها تحت نظره	606	- سند المراقبـ	591
ثـ-التفصي من المسؤولـ	606	- أسباب المراقبـ	592
ثـ-آثار المسؤولـ	606	- مفهوم المراقبـ	592
الفقرة الخامـة: مسؤولـة المتبع عن فعل تابـ	608	٢ـ-شروط الخاضـع للمراقبـ	592
أـشروط مسؤولـة المخدـوم عن فعل خادـ	610	- شرط السن	592
١ـ-علاقة التبعـة <i>lien de préposition</i>	610	- شرط المساكنـة	595
٢ـ-خطـأ التابـع أثناء مباشرـته لعملـه <i>fait dommageable du préposé</i>	610	- صدور عمل غير مشروع عن الطـفل	595
بـ-آثار مسؤولـة المتـبع عن فعل تابـ	611	ثـ-طرق التفصـي في مسؤولـة الآباء والأمهـات والـكـفـيل عن الأطفـال	596

- الضرر 681	1 - علاقة المتبوع بالمتضرر 611
ت - طرق المسؤولية عن فعل الحيوان 682	2 - علاقة المتبوع بالتتابع 612
ث - آثار المسؤولية عن فعل الحيوان 683	المبحث الثالث : المسؤولية الشيئية 612
الفقرة الثالثة: المسؤولية عن البناء 683	الفقرة الأولى: المسؤولية الشيئية عن الأشياء الجامدة 612
أ - أساس المسؤولية عن البناء 683	أ - الأحكام العامة في المسؤولية عن الأشياء الجامدة 612
ب - شروط المسؤولية عن البناء 685	1 - أساس المسؤولية الشيئية 613
1 - الشروط الأولية في المسؤولية عن البناء 685	.. الأساس النظري 613
- ضرورة الإنذار المسبق لرفع الدعوى 685	- توجهات الفقه وفقه القضاء 615
- إلزام المالك باتخاذ الوسائل الالزمة لمنع الضرر 686	2 - شروط المسؤولية الشيئية 618
- إثبات المدعي للشروط الأولية 686	- الحراسة 618
2 - الشروط الأصلية في المسؤولية عن البناء 687	+ المفهوم النظري للحراسة 618
- الضامن في المسؤولية عن البناء 687	+ توجهات مجلة الالتزامات والعقود 618
3 - الريع أو البناء في المسؤولية عن البناء 694	+ توجهات فقه القضاء 624
- الضرر الناشئ عن الريع أو البناء 696	- الشيء 632
4 - طرق التفصي عن المسؤولية عن البناء 697	3 - التفصي من المسؤولية 638
ث - آثار المسؤولية عن البناء 697	- التفصي الكلي من المسؤولية 638
الفصل الثالث: دعوى المسؤولية 699	- التفصي الجزئي من المسؤولية 640
المبحث الأول: أطراف الدعوى 699	ب - الأحكام الخاصة بحوادث المرور 643
الفقرة الأولى: المدعي 699	1 - المسؤولية في حوادث المرور مسؤولية شيئية موضوعية 658
أ - المدعي في الدعوى 703	2 - المسؤولية في حوادث المرور مسؤولية شيئية موضوعية معدلة 671
ب - المدعي في الإثبات 705	الفقرة الثانية: المسؤولية عن فعل الحيوان 679
الفقرة الثانية: المدعي عليه 705	أ - أساس المسؤولية عن فعل الحيوان 679
أ - المدعي عليه في الدعوى 707	- الخطأ المفترض 679
ب - المدعي عليه في الدفع 709	- قرية المسؤولية 679
المبحث الثاني: سبب الدعوى 709	- الخطأ المستحدث 680
الفقرة الأولى: اتجاه التشريع التونسي في سبب الدعوى 709	ب - شروط المسؤولية عن فعل الحيوان 680
الفقرة الثانية: آثار اتجاه التشريع التونسي في سبب الدعوى 711	1 - الحفظ 680
أ - اتصال القضاء بسبب الدعوى 711	- تحديد معنى الحفظ 680
ب - تغيير سبب الدعوى 713	- تحديد معنى الحافظ 680
ت - الخيار أو الجمع في سبب الدعوى 716	2 - إحداث الحيوان للضرر 681
المبحث الثالث: موضوع الدعوى 717	- الحيوان 681

المبحث الثاني: دعوى الإثراء بدون سبب.....	761
الفقرة الأولى: طبيعة دعوى الإثراء بدون سبب.....	761
الفقرة الثانية: أطراف دعوى الإثراء بدون سبب.....	762
الفقرة الثالثة: سبب دعوى الإثراء بدون سبب.....	763
الفقرة الرابعة: إثبات دعوى الإثراء بدون سبب.....	764
الفقرة الخامسة: تقادم دعوى الإثراء بدون سبب.....	765
الفقرة السادسة: الحكم في دعوى الإثراء بدون سبب.....	766
الفصل الثاني: دفع ما لا يجب دفعه أو غير المستحق.....	769
المبحث الأول: صور الدفع غير المستحق.....	770
الفقرة الأولى: انعدام استحقاق الدفع.....	770
الفقرة الثانية: زوال استحقاق الدفع.....	773
المبحث الثاني: دعوى الدفع غير المستحق.....	773
الفقرة الأولى: طبيعة دعوى الدفع غير المستحق.....	774
الفقرة الثانية: أطراف دعوى الدفع غير المستحق.....	774
الفقرة الثالثة: سبب دعوى الدفع غير المستحق.....	775
الفقرة الرابعة: إثبات دعوى الدفع غير المستحق.....	776
الفقرة الخامسة: تقادم دعوى الدفع غير المستحق.....	777
الفقرة السادسة: الحكم في دعوى الدفع غير المستحق.....	777
أ- الأحكام العامة.....	778
1- الحكم في صورة حسن نية المدفوع له.....	778
2- الحكم في صورة سوء نية المدفوع له.....	778
ب- الأحكام الخاصة.....	782
الفصل الثالث: الفضالة.....	783
المبحث الأول: الطبيعة القانونية للفضالة.....	783
المبحث الثاني: شروط الفضالة.....	785
الفقرة الأولى: شروط بجانب الفضولي.....	785
الفقرة الثانية: شروط بجانب صاحب العمل.....	789
المبحث الثالث: آثار الفضالة.....	790
الفقرة الأولى: آثار الفضالة على الفضولي.....	790
1- واجب الاستمرار.....	791
2- واجب العناية والضمان.....	791

الفقرة الأولى: التعييض القضائي.....	717
الفقرة الثانية: الشعويض القانوني.....	721
الفقرة الثالثة: التعييض الاتفاقي.....	724
المبحث الرابع: إجراءات الدعوى.....	725
أ- مباشرة دعوى التعييض.....	725
1- الدعوى المدنية أمام المحكمة الإدارية.....	725
2- مباشرة الدعوى المدنية أمام القاضي المدني.....	728
- قاعدة حضر الرجوع في اختيار طريقة التقاضي.....	729
- مبدأ بوقف المدني.....	730
- مبدأ تقيد القاضي المدني بأحكام القاضي الجزائري.....	730
3- مباشرة الدعوى المدنية أمام القاضي الجزائري.....	733
- طرق تعهد القاضي الجزائري بالدعوى المدنية.....	734
+ القيام بالحق الشخصي.....	734
+ القيام على المسئولية الشخصية.....	735
- شروط الاختصاص.....	737
- المميزات الإجرائية لطلب التعييض أمام القاضي الجزائري.....	738
+ مبدأ اعتماد الإجراءات الجزائية.....	738
+ بعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية.....	739
ب- أنقاض دعوى التعييض.....	742
1- الإسقاط.....	742
2- الصلح.....	744
3- الوساطة.....	747
4- التقادم.....	748

الباب الثاني:

الوقائع المشروعة

الفصل الأول: الإثراء بدون سبب.....	757
المبحث الأول: شروط الإثراء بدون سبب.....	757
الفقرة الأولى: إثراء المدين.....	758
الفقرة الثانية: افتخار الدائن.....	758
الفقرة الثالثة: العلاقة السببية بين الإثراء والافتقار.....	759
الفقرة الرابعة: انعدام السبب.....	760

- التعريف الافتراضي	826
المبحث الثاني: ضمان التنفيذ ووسائله	829
الفقرة الأولى: الضمان العام	829
أ- مفهوم الذمة المالية	829
ب- قاعدة الفصل 192 من ح ٤ في الضمان العام	830
الفقرة الثانية: وسائل التنفيذ	836
أ- الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة	838
ب- الدعوى البليانية	845
ت- دعوى الصورية	849
ث- حق حبس المال	854
ج- إعسار المدين	856

العنوان الثاني: أوصاف الالتزام المدني

الفصل الأول: تغيير وصف الالتزام بشرط أو أجل	861
المبحث الأول: الشرط في الالتزام	861
الفقرة الأولى: مفهوم الشرط	861
الفقرة الثانية: الشروط الواردة على صيغة الشرط	865
الفقرة الثالثة: آثار الشرط	869
أ- مرحلة التعليق	869
1- آثار الشرط الواقع في مرحلة التعليق	869
2- آثار الشرط الفاسخ في مرحلة التعليق	869
ب- مرحلة ما بعد انتهاء التعليق	870
1- آثار الشرط الواقع بعد انتهاء مرحلة التعليق	871
2- آثار الشرط الفاسخ بعد انتهاء مرحلة التعليق	873
ت- الآثار الرجعي في الشرط	873
المبحث الثاني: الأجل في الالتزام	875
الفقرة الأولى: مفهوم الأجل	875
الفقرة الثانية: شروط الأجل	878
الفقرة الثالثة: آثار الأجل	879
أ- آثار الأجل قبل حلول الأجل	879

3. تـ. واجب تقديم الحساب	794
الفقرة الثانية: آثار الفضالة على صاحب العمل	794
الفقرة الثالثة: آثار الفضالة على الغير	795

الكتاب الثاني أحكام الالتزام المدني

العنوان الأول آثار الالتزام المدني	
المبحث الأول: أشكال التنفيذ	801
الفقرة الأولى: التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري	802
أ- التنفيذ الاختياري	802
1- الالتزام باعطاء شيء	802
2- الالتزام بعمل	804
3- الالتزام بالامتناع عن العمل	805
ب- التنفيذ الجبري	805
1- نظام الإنذار	805
- حالات الإنذار	806
- إجراءات الإنذار	808
- آثار الإنذار	811
2- وسائل الجبر	811
الفقرة الثانية: التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل	815
أ- التنفيذ العيني	815
1- شروط التنفيذ العيني	815
2- كيفية التنفيذ العيني	817
ب- التنفيذ بمقابل أو بطريق التعريض	818
1- شروط التنفيذ بمقابل	819
2- كيفية التنفيذ بمقابل	821
- التعريض القضائي	821
- التعريض القانوني	826

915.....	أ- الانتقال المطلق للحق
916.....	1- اتفاقية الانتقال
916.....	- شروط الاتفاقية
917.....	- آثار الاتفاقية في علاقة المدين بالمحال له
920.....	2- شكليات الاتفاقية في مواجهة المحال عليه والغير
920.....	- طبيعة الشكلية
923.....	- آثار الشكلية
924.....	ب- إحالة مجموعة الحق
926.....	ت- انتقال التركة
928.....	ث- انتقال المستدات
929.....	1- إحالة سند القرض
930.....	2- إحالة أو رهن الديون المهنية وتبعة القروض المرتبطة بها
931.....	ج- إحالة الديون في إطار قانون شركات استخلاص الديون
934.....	المبحث الثاني: المبادئ لخاصة في انتقال الالتزام
934.....	الفقرة الأولى: الحلول لشخصي
936.....	الفقرة الثانية: الحوالة <i>la délégation</i>
938.....	أ- شروط الحوالة
939.....	ب- آثار الحوالة
العنوان الرابع: انقضاء الالتزام المدني	
944.....	المبحث الأول: الأداء
944.....	الفقرة الأولى: الوفاء
944.....	أ- شروط الوفاء
944.....	1- أطراف الوفاء
944.....	- الموفى
945.....	- الموفى له
947.....	2- أهلية الأطراف
948.....	3- موضوع الوفاء
950.....	4- زمان ومكان الوفاء
950.....	- المكان والزمان المحددان اتفاقاً أو قانوناً
951.....	- العرض والتأمين

880.....	ب- آثار الأجل بعد حلول الأجل
883.....	الفصل الثاني: تغير وصف الالتزام على مستوى أطراف الالتزام
883.....	المبحث الأول: الالتزام متعدد الأطراف
884.....	المبحث الثاني : الالتزام التضامني
884.....	الفقرة الأولى: التضامن بين الدائنين
884.....	أ- مصدر التضامن بين الدائنين
886.....	ب- آثار التضامن بين الدائنين
886.....	1- آثار التضامن في علاقة الدائنين بالمدين
887.....	2- آثار التضامن في علاقة الدائنين فيما بينهم
888.....	الفقرة الثانية: التضامن بين المدينيين
888.....	أ- مصادر التضامن بين المدينيين
891.....	ب- آثار التضامن بين المدينيين
891.....	1- الآثار في علاقة المدينيين بالدائني
893.....	2- الآثار في علاقة المدينيين فيما بينهم
895.....	المبحث الثالث: الالتزام غير القابل للقسام
895.....	الفقرة الأولى: أسباب عدم انقسام الالتزام
895.....	أ- طبيعة الالتزام كسبب في عدم انقسام الالتزام
896.....	ب- الانفاق كسبب في عدم انقسام الالتزام
896.....	ت- القانون كسبب في عدم انقسام الالتزام
896.....	الفقرة الثانية: آثار عدم انقسام الالتزام
897.....	أ- تعدد المدينيين
898.....	ب- تعدد الدائنين
901.....	الفصل الثالث: تغير الالتزام على مستوى موضوع الالتزام
901.....	المبحث الأول: الالتزام متعدد المحل
902.....	المبحث الثاني: الالتزام التخييري
907.....	المبحث الثالث: الالتزام البلي
العنوان الثالث: انتقال الالتزام المدني	
912.....	المبحث الأول: المبادئ العامة في انتقال الالتزام
912.....	الفقرة الأولى: انتقال الالتزام بسبب الوفاة
915.....	الفقرة الثانية: انتقال الالتزام بين الأحياء

761.....	المبحث الثاني: دعوى الإثراء بدون سبب.....
761.....	الفقرة الأولى: طبيعة دعوى الإثراء بدون سبب.....
762.....	الفقرة الثانية: أطراف دعوى الإثراء بدون سبب.....
763.....	الفقرة الثالثة: سبب دعوى الإثراء بدون سبب.....
764.....	الفقرة الرابعة: إثبات دعوى الإثراء بدون سبب.....
765.....	الفقرة الخامسة: تقادم دعوى الإثراء بدون سبب.....
766.....	الفقرة السادسة: الحكم في دعوى الإثراء بدون سبب.....
769.....	الفصل الثاني: دفع ما لا يجب دفعه أو غير المستحق.....
770.....	المبحث الأول: صور الدفع غير المستحق.....
770.....	الفقرة الأولى: انعدام استحقاق الدفع.....
773.....	الفقرة الثانية: زوال استحقاق الدفع.....
773.....	المبحث الثاني: دعوى الدفع غير المستحق.....
774.....	الفقرة الأولى: طبيعة دعوى الدفع غير المستحق.....
774.....	الفقرة الثانية: أطراف دعوى الدفع غير المستحق.....
775.....	الفقرة الثالثة: سبب دعوى الدفع غير المستحق.....
776.....	الفقرة الرابعة: إثبات دعوى الدفع غير المستحق.....
777.....	الفقرة الخامسة: تقادم دعوى الدفع غير المستحق.....
777.....	الفقرة السادسة: الحكم في دعوى الدفع غير المستحق.....
778.....	أ- الأحكام العامة.....
778.....	1- الحكم في صورة حسن نية المدفوع له.....
778.....	2- الحكم في صورة سوء نية المدفوع له.....
782.....	ب- الأحكام الخاصة.....
783.....	الفصل الثالث: الفضالة.....
783.....	المبحث الأول: الطبيعة القانونية للفضالة.....
785.....	المبحث الثاني: شروط الفضالة.....
785.....	الفقرة الأولى: شروط بجانب الفضولي.....
789.....	الفقرة الثانية: شروط بجانب صاحب العمل.....
790.....	المبحث الثالث: آثار الفضالة.....
790.....	الفقرة الأولى: آثار الفضالة على الفضولي.....
791.....	أ- واجب الاستمرار.....
791.....	2. ب- واجب العناية والضمان.....

717.....	الفقرة الأولى: التعريض القضائي.....
721.....	الفقرة الثانية: التعريض القانوني.....
724.....	الفقرة الثالثة: التعريض الانقافي.....
725.....	المبحث الرابع: إجراءات الدعوى.....
725.....	أ- مباشرة دعوى التعريض.....
725.....	1- الدعوى المدنية أمام المحكمة الإدارية.....
728.....	2- مباشرة الدعوى المدنية أمام القاضي المدني.....
729.....	- قاعدة حضر الرجوع في اختيار طريقة التقاضي.....
730.....	- مبدأ الجزائي يوقف المدني.....
730.....	- عبداً تقيد القاضي المدني بأحكام القاضي الجزائري.....
733.....	3- مباشرة الدعوى المدنية أمام القاضي الجزائري.....
734.....	- طرق تمهيد القاضي الجزائري بالدعوى المدنية.....
734.....	+ القيام بالحق الشخصي.....
735.....	+ القيام على المسؤلية الشخصية.....
737.....	- شروط الاختصاص.....
738.....	- المميزات الإجرائية لطلب التعريض أمام القاضي الجزائري.....
738.....	+ مبدأ اعتماد الإجراءات الجزائية.....
739.....	+ تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية.....
742.....	ب- انقضاء دعوى التعريض.....
742.....	1- الإسقاط.....
744.....	2- الصلح.....
747.....	3- الوساطة.....
748.....	4- التقادم.....

باب الثاني:
الواقع المنشورة

757.....	الفصل الأول: الإثراء بدون سبب.....
757.....	المبحث الأول: شروط الإثراء بدون سبب.....
758.....	الفقرة الأولى: إثراء المدين.....
758.....	الفقرة الثانية: افتقار الذائن.....
759.....	الفقرة الثالثة: العلاقة السببية بين الإثراء والافتقار.....
760.....	الفقرة الرابعة: انعدام السبب.....



المغاربية لطباعة ونشر الكتاب

22، نهج المقلعين - المنطقة الصناعية الشرقية - زبيدة - تونس
الهاتف : +216 70 837 683 - الفاكس : +216 70 838 975

أ- الانتقال المطلق للحق 915	ب- آثار الأجل بعد حلول الأجل 880
1- اتفاقية الانتقال 916	الفصل الثاني: تغير وصف الالتزام على مستوى أطراف الالتزام 883
- شروط الاتفاقية 916	المبحث الأول: الالتزام متعدد الأطراف 883
- آثار الاتفاقية في علاقه المحيل بالمحال له 917	المبحث الثاني: الالتزام التضامني 884
2- شكليات الاتفاقية في مواجهة المحال عليه والغير 920	الفقرة الأولى: التضامن بين الدائنين 884
- طبيعة الشكلية 920	أ- مصدر التضامن بين الدائنين 884
- آثار الشكلية 923	ب- آثار التضامن بين الدائنين 886
ب- إحالة مجموعة الحقوق 924	1- آثار التضامن في علاقه الدائنين بالمدين 886
ت- انتقال التركة 926	2- آثار التضامن في علاقه الدائنين فيما بينهم 887
ث- انتقال التسندات 928	الفقرة الثانية: التضامن بين المدينين 888
ج- إحالة سند القرض 929	أ- مصادر التضامن بين المدينين 888
2- إحالة أو رهن الديون المهنية وتبعة القروض المرتبطة بها 930	ب- آثار التضامن بين المدينين 891
ج- إحالة الديون في إطار قانون شركات استخلاص الديون 931	1- الآثار في علاقه المدينين بالدائنين 891
المبحث الثاني: المبادئ لخاصة في انتقال الالتزام 934	2- الآثار في علاقه المدينين فيما بينهم 893
الفقرة الأولى: الحلول الشخصية 934	البحث الثالث: الالتزام غير القابل للانقسام 895
الفقرة الثانية: الحالة <i>la délégation</i> 936	الفقرة الأولى: أسباب عدم انقسام الالتزام 895
أ- شروط الوفاء 938	أ- طبيعة الالتزام كسبب في عدم انقسام الالتزام 895
ب- آثار الوفاء 939	ب- الاتفاق كسبب في عدم انقسام الالتزام 896
العنوان الرابع: انقضاء الالتزام المدني	
المبحث الأول: الأداء 944	ت- القانون كسبب في عدم انقسام الالتزام 896
الفقرة الأولى: الوفاء 944	الفقرة الثانية: آثار عدم انقسام الالتزام 896
أ- شروط الوفاء 944	أ- تعدد المدينين 897
1- أطراف الوفاء 944	ب- تعدد الدائنين 898
ـ الموقن 946	الفصل الثالث: تغير الالتزام على مستوى موضوع الالتزام 901
ـ الموقن له 947	المبحث الأول: الالتزام متعدد المحل 901
ـ أهمية الأطراف 948	المبحث الثاني: الالتزام التخييري 902
ـ موضوع الوفاء 950	المبحث الثالث: الالتزام البدلي 907
ـ زمان ومكان الوفاء 950	العنوان الثالث: انتقال الالتزام المدني
ـ المكان والزمان المحددان اتفاقاً أو قانوناً 950	المبحث الأول: المبادئ العامة في انتقال الالتزام 912
ـ العرض والتأمين 951	الفقرة الأولى: انتقال الالتزام بسبب الوفاة 912
	الفقرة الثانية: انتقال الالتزام بين الأحياء 915