

محمد الزين

أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

# النظرية العامة للالتزامات

## 1. العقد

تونس، 1997  
طبعة ثانية

قانوني مدنى

العقد أداة قانونية يلجأ إليها الأشخاص لإنشاء مختلف العلاقات الاقتصادية التالية لقيم معينة من ذمة مالية إلى أخرى. وهي عمليات ضرورية لتحقيق تبادل الخبرات والخدمات بين الأفراد. وتعد نظرية العقد لهذا السبب من الركائز الأساسية التي يقوم عليها قانون المعاملات.

وإذا كان حينئذ لا بد من توافق إرادتين فأكثر لإنشاء العقد، فإن ذلك لا يبرر تغليب بعده «الذاتي» - «ال Psi » على بعد «الموضوعي» - «الاقتصادي» الذي أكمل إيهام المشرع في مجلة الالتزامات والعقود وكذلك فيما صدر حديثاً من قوانين هامة.

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

الإهداء

# روح والدی

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف

(قانون 24 فيفري 1994 المتعلق بالملكية الأدبية والفنية)

© محمد الزيّن - ستمبر 1997

طبعة ثانية محيّنة ومنقحة

## توطئة

يهدف المؤلف من خلال نشره لهذا الجزء الأول من النظرية العامة للالتزامات المخصوص للعقد إلى تكين جمهور الحقوقين وخاصة منهم الطلبة والباحثين، والقضاة والمحامين، وكذلك المشرفين منهم على المصالح القانونية في الإدارة أو المؤسسات الاقتصادية، من كتاب يتضمن شرحا لنظرية العقد يعكس بأمانة وبأكثر دقة مكنة القانون الوضعي التونسي في هذه المادة. وهو ما افتقرت إليه إلى حد آن المكتبة القانونية التونسية.

ويفترض الشرح السليم لهذه النظرية، بل فهمها الفهم الصحيح، أن يعتبر الشارح في التحليل تنوّع وتعدد المصادر التي اعتمدها وأضعوا مجلة الالتزامات والعقود عند تنظيمهم لأحكام العقد. وهو المنهج الذي توخاه المؤلف واستند على أساسه، وبحسب الحالات، إلى كلّ من الفقه الإسلامي، والمجلة المدنية الألمانية ومجلة الالتزامات السويسرية، والمجلة المدنية الفرنسية، والمجلة المدنية الإيطالية وكذلك إلى ما أثارته أحكام هذه القوانين في كلّ بلد من البلدان المذكورة - وخاصة في ألمانيا وفرنسا - من صعوبات نظرية وتطبيقية وما انتهى إليه الفقه والقضاء فيها من حلول عملية. وهو ما ساعد المؤلف على تحديد المفاهيم والآليات القانونية المتعلقة بالعقد وبيان أبعادها الحقيقية في القانون التونسي .

وبما أنه بديهي أن تكين القارئ من القانون الوضعي يفرض من ناحية أخرى التعرّيف بفقه القضاء، والكشف عن الحلول والمبادئ التي استقرّ عليها باعتبارها من مكونات القانون الوضعي، فإنّ الكاتب تناول بالتحليل والتقدّم أهمّ ما أوردته الأحكام والقرارات القضائية التي صدرت في مادة العقود وذلك بعد إحصاء شامل لما نشر منها . كما أنه حرص للغرض نفسه، ومراعاة

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

م. ز.

تونس في جانفي 1993

## المخطّط العام

17 .....	المقدمة
23 .....	الفرع الأول : تحليل مفهوم الالتزام
28 .....	الفرع الثاني : ترتيب الالتزامات المدنية

## الجزء الأول : العقد

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

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

### **العنوان الثالث : الجزاء على شروط صحة وتكوين العقد**

199	الفصل الأول : عرض نظرية البطلان .....
200	الفرع الأول : التمييز بين البطلان وبين غيره من الجزاءات المدنية في مادة العقود .....
204	الفرع الثاني : تطور نظرية البطلان في الفقه والقانون المقارن .....
210	الفرع الثالث : نظرية البطلان في القانون التونسي .....
219	الفصل الثاني : <b>النظام القانوني للبطلان</b> .....
220	الفرع الأول : الأشخاص الذين يحق لهم القيام بالبطلان .....
225	الفرع الثاني : إنقراض حق القيام بالبطلان .....
235	الفصل الثالث : الآثار التي تترتب عن البطلان .....
237	الفرع الأول : نسبة الأثر الرجعي للبطلان .....
243	الفرع الثاني : البطلان الجزئي .....
248	الفرع الثالث : تحول الالتزام .....

### **الباب الثاني : آثار العقد**

#### **العنوان الأول : آثار العقد من حيث الموضوع**

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

74	الفرع الثاني : تكيف العقد .....
75	الفرع الثالث : تقسيمات العقود .....

### **الباب الأول : شروط تكوين العقد**

#### **العنوان الأول : الشروط المتعلقة بالأشخاص**

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

#### **العنوان الثاني : الشروط المتعلقة بضمون العقد**

163	الفصل الأول : محل الإلتزام .....
165	الفرع الأول : مشروعية المحل .....
172	الفرع الثاني : تعين المحل .....
174	الفرع الثالث : إمكانية المحل .....
181	الفصل الثاني : السبب .....
183	الفرع الأول : التطور التاريخي لنظرية السبب .....
190	الفرع الثاني : <b>النظام القانوني للسبب</b> .....

## المختصرات

### 1 - العربية :

ج : الجزء

ص : الصفحة

م.أ.ع. : مجلة الإلتزامات والعقود

م.أ.ش. : مجلة الأحوال الشخصية

م.ت. : المجلة التجارية

م.ح.ع. : مجلة الحقوق العينية

ق.ت. : مجلة القضاء والتشريع

ن.م.ت. : نشرية محكمة التّعقيب

### 2 - الفرنسية :

D. : Dalloz.

D.H. : Dalloz hebdomadaire

D.P. : Dalloz périodique.

Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

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

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

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

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

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

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

Rep. : Répertoire.

S. : Sirey.

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

الفرع الأول : المسؤولية العقدية .....

الفرع الثاني : النظام الإضافي الخاص بالعقود الملزمة

313 .....  
لجانين .....

العنوان الثاني : آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص

الفصل الأول : مبدأ النسبية العقدية .....

الفرع الأول : نسبة الأثر الإلزامي للعقد .....

الفصل الثاني : المعارضية بالعقد .....

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

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

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

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

378 .....  
الفرع الأول : مفهوم الصورية .....

382 .....  
الفرع الثاني : نظام الصورية .....

## أهم المراجع

1 - بالعربية :

محمد المالقي :

محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، الجامعة التونسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، مركز البحوث والدراسات والنشر، طبعة ثانية، سنة 1991.

محمد الشرفي :

مدخل للدراسة القانون ، دار سراس للنشر ، مركز الدراسات والبحوث والنشر بجامعة الحقوق والاقتصاد والتصرف ، تونس ٣، 1991 .

عبد الرزاق أحمد السنووري :

الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول : مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.  
مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، ٦ أجزاء،  
جامعة الدول العربية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، 1967 .

عبد المنعم فرج الصدة :

نظريّة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، 1990 .

عبد الفتاح عبد الباقى :

موسوعة القانون المدني المصري : نظرية العقد والإرادة المنفردة ، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي ، 1984 .

أنور سلطان :

مصادر الإلتزام، الموجز في النظرية العامة للإلتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، دار النهضة العربية ، 1983 .

توفيق حسن فرج :

النظرية العامة للإلتزام ، في مصادر الإلتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية) . المكتبة القانونية ، الدار الجامعية ، 1988 .

## 2 - باللغة الفرنسية :

### J. CARBONNIER :

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

### J. FLOUR et J.L.AUBERT :

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

### E. GAUDEMENET :

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

### J. GHESTIN :

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

### CH.LARROUMET :

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

### PH. MALAURIE et L. AYNES :

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

### G. MARTY et P. RAYNAUD :

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

### H., L. et J. MAZEAUD :

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

### A. RIEG :

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

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

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

### A. WEILL et F. TERRE :

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

## المقدمة

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

ويسمى الحق الشخصي الالتزام. والإلتزام هو رابطة بين شخصين يلتزم بوجبها أو تهمما، وهو الدين، بأداء معين للأخر، وهو الدائن، الذي يحق له المطالبة بذلك الأداء. ويطلق عليه حقا إذا نظر إليه من جهة الدائن، ودينا إذا نظر إليه من جهة المدين.

وتتلخص نظرية الإلتزام في دراسة العلاقة القانونية بين هذين الشخصين وذلك بتحديد مصادرها وأثارها وبمعرفة التغيرات التي قد تطرأ عليها أثناء وجودها، وأخيرا، وليس آخرها، حالات انفراضها.

2 - ولهذه النظرية أهمية بالغة في النظام القانوني حيث أجمع الشرح

(1) حول تصنيف الحقوق يراجع محمد الشرفي : مدخل لدراسة القانون، دار سيراسن للنشر ومركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس 1991، من 204 وما بعدها.

(2) أنظر مثلا عبد الرزاق الشهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 1، مصادر الإلتزام، عدد 15. HALUK TANDOGAN, "notions préliminaires à la théorie générale des obligations", Librairie de l'Université, Genève, 1972, pp. 25 et 26. Maurice A. TANCELIN, "Théorie du droit des obligations", Les presses de l'université de LAVAL, QUEBEC, 1975. MARTY et RAYNAUD, Droit Civil, *Les obligations*, PARIS SIREY, 1962, n°6; Gérard FARJAT "Droit privé de l'économie, Théorie des obligations, Collection Thémis, P.U.F. 1975, pp. 5 et suiv.; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations*, 2e éd., Paris - CUJAS, n° 8; FLOUR et AUBERT, Droit civil, *les obligations*, vol. 1, *l'acte juridique*, n° 61 et suiv.

والواقع أن نظرية الالتزامات لا تقتصر على علاقات الأشخاص في نطاق القانون الخاص فحسب، بل أنها تمتذك ذلك، مع بعض التحويرات، إلى علاقات الأشخاص بالدولة. ذلك أن نظرية التصرف القانوني وقواعد المسؤولية المدنية ومبادئ الإثراء بلا سبب تهيمن كمبادئ كلية وأساسية على كل المجالات.

3 - إن الشمولية وصفة التجريد المميزتان لنظرية الالتزامات ذهبت بعض علماء القانون في القرن التاسع عشر، مثل الفرنسي الشهير صالاي<sup>(7)</sup>، إلى الاعتقاد أن هذه المادة تكون، بالنسبة لجميع التشاريع، جزءاً غالباً نظريًّا ومجرد يسوده طابع علميٍّ محض. بحيث يمكن اعتباره بحق أنموذجاً مثالياً للمنطق القانوني يجعله صالحًا في كل مكان وزمان، مضمون الاستمرارية والاستقرار<sup>(8)</sup>. وقد تعود هذه الفكرة إلى التقديس المفرط للعقلانية الذي ميز القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، والذي أدى إلى اعتبار العلم مصدراً أوّلـاً لكل تقدم ورقي في جميع المجالات، وحتى في المجالات الاجتماعية والأخلاقية. وهو ما يصعب التسليم به خاصة عندما يؤدّي مثل هذا التحليل إلى نفي ستة التطور. وقد انتقد العديد من شراح القانون<sup>(9)</sup> في فرنسا هذه الفكرة وبيّناً أن استمرارية نظرية الالتزامات غير ثابتة تاريخياً مستدلين في ذلك مثلاً بالفووارق الجوهرية القائمة اليوم بين القوانين الرومانية الأصل والقانون الروماني ذاته<sup>(10)</sup>.

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

FLOUR et AUBERT, Droit Civil, Les obligations, Vol. I : L'acte juridique, 4ème éd., Armand Colin, Paris, 1990, n° 64 à 68.

WEILL et TERRE, Les obligations, 4ème éd., Dalloz 1986, n° 9.

(8) انظر : FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 66.

وانظر أيضاً المراجع المذكورة به أسفل الصفحة 44.

(10) كما يذكّر الفقهاء في هذا المجال أنه سبق للقانون الفرنسي في القرون الوسطى أن تخلى مؤقتاً عن القانون الروماني لفائدة القانون الجرماني وأخذ مبادئ إلى أن «كشف مجدداً» شراح القانون من DUMOULIN بداية من القرن السادس عشر مبادئ القانون الروماني التي وقع في الأثناء التهوّ عنها تماماً. مما يثبت في نظرهم خطأ فكرة استمرارية نظرية الالتزامات (يراجع FLOUR ET AUBERT, op. cit., n° 66 والمراجع المذكورة به).

أنها من القانون المدني ، بل ومن القانون عامة، بثبات العمود الفقري للجسم. ويرجع ذلك أساساً إلى كون مادة الالتزامات تتضمّن القواعد العامة التي تنظم العاملات الاقتصادية والمالية التجارية بين أفراد المجتمع بما يجعل أحکامها أكثر أجزاء القانون تطبيقاً . والجدير بالذكر أن نظرية الالتزام تمتاز باشتغالها على أحکام أساسية عامة تتسم بصفة التجريد، تخضع لها الالتزامات في مجموعها دون اعتبار ذاتية موضوع الالتزام، الأمر الذي يكون منها الأصل العام الذي لا مناص من الرجوع إليه ومن اعتماده كلما افتقّدت قاعدة خاصة تحكم مسألة من المسائل المتعلقة بالقانون المدني أو يفرع آخر من فروع القانون الخاص<sup>(3)</sup> . ومثل هذه الحالات ليس نادراً في التطبيق. من ذلك أن القانون التجاري يخضع أصلاً لنظرية الالتزامات وذلك إلى درجة لا يمكن معها اعتباره مادة من القانون الخاص مستقلة تماماً عن القانون المدني، بالرغم من كونه يقوم على أساس خاصة به من أهمها السرعة والثقة بين التجار في معاملاتهم التجارية. ولئن بررت هذه الخصوصيات إحداث مجلة تجارية<sup>(4)</sup> إلى جانب مجلة الالتزامات والعقود فإن افتقار تلك المجلة إلى مبادئ عامة تنظم الالتزامات التجارية، بالإضافة إلى عدم تنظيمها للعديد من العاملات والعقود التجارية الخاصة، يسمح بتأييد فكرة وجود وحدة حقيقة لقانون الالتزامات المدنية والتجارية<sup>(5)</sup> . وقد اعتمدت بعض التشاريع الأجنبية هذه الفكرة ووحدت الالتزامات المدنية والتجارية على أساسها ضمن مجلة قانونية واحدة. ومن أشهر المجالات التي تعكس هذا الاتجاه نذكر المجلة الفدرالية السويسرية للالتزامات المدنية والتجارية، ومجلة الالتزامات والعقود اللبنانيّة المأخوذة عن المشروع الفرنسي الإيطالي لمجلة الالتزامات والعقود لسنة 1927<sup>(6)</sup> .

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

(4) وذلك بموجب القانون عدد 59 - 120 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959 .

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

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

بتعويض الخسارة الناجمة عنها (الفصل 82 وما بعده من م.ا.ع.)، ليست سوى عينات من مجموع قواعد مادة الإلتزامات المستمدّة من مبدأ المساواة بين الناس. أمّا مبدأ حسن النية، فهو بدوره مهيمنٌ على نظرية الإلتزامات كما يتجلّى ذلك من الأحكام المنظمة للعيوب البطلة للرّضاء (الفصل 43 وما بعده من م.ا.ع.) وخاصة منها تلك المتعلقة بالتغريب (الفصل 56 م.ا.ع.)، وأحكام الفصل 243 م.ا.ع الذي ينصّ صراحةً، من جهة على آنه يجب الوفاء بالإلتزامات مع تمام الأمانة، ومن جهة أخرى على أن التزامات المدين تمتّد إلى أكثر ما صرّح به لتشمل «كلّ ما يتربّ على الإلتزام من حيث القانون أو العرف أو الانصاف». ولعله من المهم التأكيد هنا على أن واجب الأمانة ليس محمولاً على المدين فقط بل هو كذلك من أهم واجبات الدائن إذ يحرّم التشريع الإسلامي ومن بعده القانون التونسي (الفصل 103 م.ا.ع.) التعسّف في استعمال الحق<sup>(14)</sup>.

6 - إن الركيزة الأخلاقية لهاته القواعد قد تفسّر الاستقرار النسبي الذي يميز مادة الالتزامات. ولا يمكن إذن تفسير التطور الملحوظ الذي شهدته نظرية الالتزامات إلا بفعل عوامل أخرى تكون أقل ثباتا واستقرارا من العامل الأخلاقى؛ وهو العوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية.

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

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

(15) يُاجم العدد 35 أسفله وما بعده.

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

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

فمن المبادئ الأساسية للقانون الإسلامي يذكر الشراح<sup>(13)</sup> مبدأي المساواة وحسن النية. فالمسلمون متساوون أمام الله. وهم كذلك متساوون أمام القانون. وهذا القانون، الذي يسوّي بين الناس جميعاً، يرتكز على حسن النية. «فلا يمكن لسلم، كما أجمع عليه التسولوي وابن نجيم والزرقاني، أن ينال ما هو لسلم آخر بدون رضاه». ويرى خليل أيضاً أنه «عليها أن تكون نزهاء مع من وضع ثقتها في نزاهتنا وأن لا تخون من خانتنا». ولا شك في أن مجلة الالتزامات والعقود كرسّت هذه المبادئ الأخلاقية القانونية في العديد من أحكامها. فتحريم الإثراء غير المشروع (الفصول 73 وما بعده من م.أ.ع)، وتحجير الغبن (الفصلين 60 و 61 من م.أ.ع)، وإلزام من الحق بغيره أضراراً

(11) انظر تقرير SANTILLANA مقرّر المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجاريّة التونسيّة المنشور في صيغة معربة من طرف محمود ابن الشّيخ، «مجلة الإلتزامات والعقود التونسيّة معدّة و沐تمّة على فصولها بأحكام القضاء» - تونس، 1984 ، ص 14 .

(12) يرجى تفاصيل SANTILLANA، المجمع أعلاه، ص 11 وما بعدها.

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

(13) انظر SANTILLANA ، المجمع السائقي ، ص 13 ، 14.

## تحليل مفهوم الالتزام

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

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

### الفرع الأول : تحليل مفهوم الالتزام

8 - سبق أن عرّفنا الالتزام بكونه رابطة قانونية بين شخصين يلتزم أحدهما بأداء معين للأخر. فهو يتكون إذن من ثلاثة عناصر وهي : الرابطة القانونية<sup>(1)</sup>، والرابطة الشخصية<sup>(2)</sup>، والرابطة المالية<sup>(3)</sup>.

#### ٤-١ - الرابطة القانونية

9 - إن الالتزام القانوني أو المدني هو الالتزام الذي يتميز بطابع إجباري بحيث يمكن للدائن أن يغصب مدينه على الوفاء به. وهو يختلف بذلك عن الالتزامات الدينية والأخلاقية وعن غيرها من الالتزامات الأدبية<sup>(4)</sup>. وقد أبرز الفقه الألماني<sup>(22)</sup> هذا العنصر المميز للالتزام المدني بمزيد من الدقة حيث يرى أن الالتزام ينطوي في الحقيقة على عنصرين : عنصر المديونية من جهة، وهو الواجب القانوني المتصل في قيام المدين بأداء معين. وعنصر المسؤولية من جهة أخرى، ومفاده أن يكون للدائن حق جبر مدينه على الوفاء إذا لم يقم به من تلقاء نفسه. وتقع هذه المسؤولية على المدين في ماله.

ولا يكون الالتزام كاملا إلا بتوفير هذين العنصرين فيه. أما إذا وجدت

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

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

(22) عبد المنعم فرج الصنة : نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزء الأول، دار التهفة العربية، القاهرة، 1990، ص. 51.

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

ولا شك من ناحية أخرى في أن نظرية الالتزامات التي تهدف أساسا إلى تنظيم المعاملات بين الأفراد تتأثر بالدرجة الأولى بكل تغيير يطرأ على طبيعة السياسة الاقتصادية التي تتهجّها الدولة<sup>(17)</sup>. من ذلك أن «تجربة التعاقد»، التي عاشتها البلاد في السبعينات، والتي أصبحت بوجهاً جانب هام من النشاطات الاقتصادية من مشمولات تعاضديات تشرف على الإنتاج والتوزيع وفقاً للشروط التي تحدّدتها الحكومة وتحت رقابتها الفعلية، أثّرت سلباً على دور مجلة الالتزامات والعقود. حيث شهد حق الملكية الفردية نتيجة هذه السياسة تراجعاً ملحوظاً تقلّصت معه المعاملات بين الأفراد، الشيء الذي يحدّ من جدوى نظرية الالتزامات التي تستمدّ أساسها من التزعة الفردية التحررية وتهدّف من خلال تنظيمها للمعاملات بين الأفراد إلى حماية الملكية الفردية وحرّية التعاقد.

ولئن انتهت الحكومة منذ السبعينيات سياسة اقتصادية تحررية تبدو أكثر تلاوّماً مع أسس نظرية الالتزام ، فإن ذلك لم يكن حائلا دون القيام بتغييرات لها طابع اجتماعي مميز ، ساهم بدون شك في تطوير مادة الالتزامات ، ومن بين هذه الإصلاحات نذكر على وجه الخصوص تعميم التأمين الذي أصبح إجبارياً في عدة ميادين<sup>(18)</sup> وخاصة بالنسبة للأخطار الاجتماعية مثل حوادث المرور<sup>(19)</sup> ، وفواجع الشغل<sup>(20)</sup> الأمر الذي يشجع المتضرّرين على ممارسة

(16) انظر أنور سلطان ، مصادر الالتزام ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دار التهفة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1983 ، ص. 6.

(17) انظر :

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

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

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

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

على أن مفهوم الالتزام الطبيعي معروف أيضاً في التشريع الإسلامي الذي يمنع حسب التسولي<sup>(26)</sup> زوجة الرجل المفلس من استرداد ما دفعه على سبيل الفقة إذا بقي الزوج على فقره. ومن الأمثلة المعروفة في القانون الوضعي الفقة التي يدفعها الأخ لأخيه التي تعدد من باب الالتزامات الطبيعية التي لا يمكن استرداد ما دفع على أساسها بعد تنفيذها<sup>(27)</sup>. وقد ورد بالفصل 49 من م.ا.ش. ويوجه عام أن «من التزم بنفقة الغير كبراً أو صغيراً لمدة محدودة لزمه ما التزم».

## ٤ - الرابطة الشخصية

11 إن الحق الشخصي أو الالتزام هو رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاهما الدائن مدينه بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل<sup>(28)</sup>. ولا يستطيع صاحبه مباشرته إلا بواسطة المدين وهو يختلف بذلك جوهرياً عن الحق العيني<sup>(29)</sup> الذي يعرفه الفقه بأنه حق مباشر يسلطه صاحبه على شيء معين يمكن له أن يباشره دون وساطة أحد. ويتربّط على الحق العيني حق تتبع الشيء في يد أي شخص وكذلك حق الأفضلية التي تخول

HALUK TANDOGAN, op.cit., pp. 55 et 56; P.GAUCH, W.R. SCHLUEP et P. TERCIER, Partie générale du droit des obligations, Tome 1. 2e éd., éditions Schulthess, Zurich, p. 21, n° 99 et s.

PLANIOL, Traité élémentaire de Droit civil, Tome 2, 9e éd., Paris, 1923, n° 342 à 346.

(24)

يراجع : يراجع المثال المذكور بهامش الفصل 68 من المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية.

(25) يراجع الأمثلة المذكورة بكتاب محمد الماليق «محاضرات في شرح القانون المدني التونسي»، نشر مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس 1980. وانظر أيضاً : محمد الشرفي ، «مدخل للدراسة القانونية»، نشر دار سيراس للنشر ومركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس، 1991، عدد 527 وما بعده، ص 294 إلى 299.

(26) يراجع : عبد المعتمد فرج الصندة : نظرية العقد في التربية الإسلامية والقانون الوضعي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة 1990، ص 34 وما بعدها.

(27) يراجع عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، 1، ص 103 إلى 104.

FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 11; et CH. LARROUMET, op.cit., n° 16 à 18.

المديونية دون المسؤولية ، فإن الالتزام يُعد ناقصاً ولا يجوز حينئذ نعته بالالتزام المدني.

10 - والإلتزام الناقص هو نوع وسط بين الإلتزام المدني والإلتزام الأدبي، ويعبر عنه أيضاً بالإلتزام الطبيعي<sup>(23)</sup>. وهو التزام أدبي الأصل لا يمكن مبدئياً جبر المدين على تنفيذه. أما إذا نفذ طوعاً أو نتيجة غلط قانوني أو مادي، فإن الوفاء به يعدّ صحيحاً ولا يمكن استرداد ما وقع دفعه على أساسه، وهو ما يجعله شبهاً من هذه الناحية بالإلتزام المدني، غير أنه التزام ناقص، من خصائصه المميزة أنه لا يكتسب قوة الإلتزام المدني إلا بعد تنفيذه.

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

إن الدافع التي جعلت المشرع يحجر في صورة الحال استرداد ما وقع دفعه غلطاً تبدو من خلال هذا النص أخلاقية محضة. وقد لا يصح تحليل الدفع المحجر استرداده هنا بكونه هبة أو تبرعاً من طرف الدافع طالما أن التحجير الوارد بالفصل 78 ينسحب أيضاً على صورة الدفع الناتج عن جهل أو غلط، الأمر الذي يفهم منه أن المشرع يهدف إلى منع الرجوع في الدفع غير الواجب قانوناً وذلك كلما تبين أنه عمل مستحسن في ذاته، يتوافق موضوعياً مع ما ت عليه الأخلاق الحميدة دون اعتبار في ذلك إلى إرادة الدافع أو إلى السبب الملاجيء إلى الدفع.

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

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

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

(33) إن اعتير PLANIOL بدوره أن الفارق بين الحق الشخصي والحق العيني ضئيل فإن ذلك يرجع حسب رأيه إلى أن الرابطة الشخصية لا تقل في الحق العيني أهمية عنها في الحق الشخصي بل أن الحق العيني هو في نظره ليس سوى حق شخصي يلزم عامة الناس، أما الحق الشخصي فلا يلزم إلا مدينا واحدا، وهي النظرية المروعة بنظرية الالتزام الشلي العام (L'obligation passive universelle) التي لم تغض بمراقبة رجال القانون المتسكين في غالبيهم بأن الفرق بين الحقين جوهري باعتبار ما يترتب عليه من نتائج هامة بينما.

- انظر في خصوص نظرية PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, : PLANIOL, *Traité de droit civil d'après le Traité de PLANIOL*, T.1, n° 659 et suiv.; MICHAS, "Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle", thèse, Paris 1900.

E. GAUDEMEL, "Théorie générale des obligations", Éd. : Sirey, 1965, réimpression de l'édition publiée en 1937, p. 3; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 16 et 17.

- انظر أيضا عبد الرزاق السنورى، 1، ص 103 إلى 106.

- (1) انظر المدد 429 أسلفه وما بعده.

- (2) انظر المدد 24 أسلفه.

لصاحب حق التقدم على غيره من الدائنين<sup>(1-29)</sup>.

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

### I - المذهب الشخصي في الالتزام

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

### II - المذهب المادي للالتزام

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

(1-29) يراجع : حاتم الحمدي، حق الأفضلية في التأمينات، ضمن المؤلف الجماعي "دراسات في قانون التأمين"، تونس 1997، ص 375.

(30) في خصوص الذهب الشخصي للالتزام، يراجع كتاب عبد النعم فرج الصدفة، الجزء الأول، ص 44.

(31) يراجع عبد النعم فرج الصدفة، ص 42.

(32) يراجع : SALEILLES : "Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le

premier projet du code civil pour l'empire allemand", op. cit.

وأنظر لهذا الكتاب أيضا : "De la cession des dettes", Annales de droit commercial, 1890, pp. I et s.

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

## II - الإلتزام بعمل

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

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

## III - الإلتزام بامتناع عن عمل

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

## § 2 - ترتيب الالتزامات بحسب مصادرها

20 - تخضع مصادر الإلتزام إلى ترتيب أول جاء بالفصل الأول من مجلة الالتزامات والعقود (I)، وإلى عدة ترتيبات أخرى اقتراحتها شرائح القانون، سوف نتعرض إلى أكثرها جدوياً وهو الترتيب المؤسس على التمييز بينحدث القانوني من جهة، والتصرف القانوني من جهة أخرى (II).

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

## § 3 - الرابطة المالية

14 - إن الإلتزام كما رأينا رابطة قانونية تقوم بين شخصين يلتزم بمقتضاهما أحدهما بأداء معين للأخر. ويكتسي هذا الأداء، وهو موضوع الإلتزام، طابعاً مالياً يتميز به الإلتزام المدني عن غيره من الالتزامات القانونية، ويعتبر معه من حقوق الذمة المالية، على خلاف غيره من الواجبات والحقوق العامة، كالتى تنشأ عن علاقات الأسرة، مثل واجب حسن المعاملة بين الزوجين، التي تعد من الحقوق الخارجية عن الذمة المالية<sup>(34)</sup>. وقد ينشأ التزام مدنى بالمعنى الضيق على عاتق شخص نتيجة مخالفة ذلك الشخص لواجب عام خارج عن الذمة المالية. ومثال ذلك ، الإلتزام بالتعويض (التزام مدنى) الذى ينشأ في ذمة من يلحق ضرراً بالغير نتيجة حادث مرور مرجه عدم احترامه لقانون الطرقات ، أي لواجب عام خارج عن الذمة المالية<sup>(35)</sup>

## الفرع الثاني : ترتيب الالتزامات المدنية

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

## § 1 - ترتيب الالتزامات بحسب مواضعها

16 - تقسم الالتزامات من حيث الموضوع إلى التزام بإعطاء، والالتزام بعمل، والالتزام بامتناع عن عمل.

### I - الإلتزام بإعطاء<sup>(1)-(35)</sup>

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

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

(35) انظر نفس المرجع عدد 465 .

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

جانب الإتفاقيات، غيرها من التصريحات الاختيارية (الفصل 1 م.أ.ع.). كما لاشك في أن صحة الإلتزامات الناشئة عن الإرادة تتضمن جميعها مبدئياً للشروط الواردة بالفصل 2 من م.أ.ع. دون تغريدة في ذلك بين الإلتزام الناشئ عن تلافي إرادتين فائتِر والإلتزام الصادر عن إرادة واحدة (2<sup>\*)</sup>). وإذا يترتب إذن عن أحكام الفصل 2 م.أ.ع. أن كلاً من نوعي الإلتزام الإرادي لا ينشأ صحيحاً إلا إذا توفرت فيه الأهلية والرضا، وال محل والسبب، فإنَّ خصوصيات التشهد الصادر من طرف واحد تجعله مع ذلك مختلفاً بالضرورة في بعض أحكامه عن أحكام الإلتزامات الناشئة عن العقود (3<sup>\*)</sup>). وبديهي أنَّ ابز أوجه الاختلاف بينهما يخص مفهوم الرضاء الذي يحصل بخلاف إرادتين بينما يمكن لقياس التصريح الصادر من طرف واحد في التعهد الأحادي، الأمر الذي يفترض إفراط المشرع مسالة الرضا الصادر من طرف واحد بغرض مستقل (الفصول 18 إلى 22) عن الفرع المخصص لتنظيم الرضا في مادة الإتفاقيات (الفصول 21 وما بعد م.أ.ع.).

وتجه الملاحظة من ناحية أخرى أنَّ في اعتبار الإرادة المفتردة مصدرًا ذاتيًّا للإلتزام تطابق واضح مع الفقه الإسلامي الذي يقرُّ بصحة هذا النوع من الإلتزامات في عدة حالات تعرف عند الفقهاء بالتصيرات الناشئة عن الإيجاب وحده (4<sup>\*)</sup>). غير أنَّ فكرة التعهد الأحادي كانت أجنبيَّة تماماً عن القانون الروماني (5<sup>\*)</sup>، ولم تبرز في شكل نظرية قانونية إلا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر. ويشبه الشرح إلى الاستاذ التساوي HEINRICH SIEGEL (6<sup>\*)</sup>). وقد استمد SIEGEL أساس نظرته من القانون الגרמני القديم عارضاً أنَّ الإلتزام في التشريعات الجنرمانية القديمة كان بالدرجة الأولى إلتزام المدين نحو نفسه، وأنَّ

(\*) يراجع بالنسبة للفقه الفرنسي :

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

ويراجع كذلك : J. MARTIN de la MOUTTE, "L'acte juridique unilatéral", essai sur sa notion et sa technique en droit civil", 6<sup>d</sup>. SIREY, Paris, 1951; ALFRED RIEG, "Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand", L.G.D.J., Paris 1961; M.L. IZORCHE, l'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, th. AIX, 1989, ronéo.

(\*) تُرجع الترجمة الفرنسية للفصل 2 وقد ورد فيها حرفيًا ما يلي : "الأركان الضرورية لصحة الإلتزامات الناشئة عن التصريح بالإرادة هي . . . ، بما يبين معه أنَّ الشروط الواردة بهذا الفصل لا تتحقق في الإلتزامات الناشئة عن العقود، كما ورد خطأ على ما يدو في النص العربي للفصل 2 ، إنما تشمل الإلتزامات الإرادية بمختلف مصادرها .

J. MARTIN de la MOUTTE, op. cit., n° 226 à 239.

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

(\*) ذلك أنَّ الرابطة الشخصية تتم جوهر الإلتزام في القانون الروماني الأمر الذي لا يتصور معه نشأة إلتزام دون أن يكون له دائن ومدين معينان. انظر في هذا المخصوص : MARTY et RAYNAUD, Droit civil, II, les obligations, op. cit., n° 317.

SIEGEL, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund in hentigen Recht. (6<sup>\*)</sup>

## I - ترتيب مصادر الإلتزام حسب مجلة الإلتزامات والعقود

### 1- عرض الترتيب

21 - ينص الفصل الأول من م.أ.ع. على أنَّ "تعمير الذمة يترتب على الإتفاقيات وغيرها من التصريحات الاختيارية وعن شبه العقود والجنيح وشبهها". وتكون تبعاً لذلك مصادر الإلتزام حسب مجلة الإلتزامات والعقود أربعة.

1) المصدر الأول : الإتفاقيات وغيرها من التصريحات الاختيارية

22 - تشير عبارة «الإتفاقيات وغيرها من التصريحات الاختيارية» إلى المصادر الإرادية للإلتزامات. وهي نوعان : الإتفاق أو العقد (أ) والتعهد القانوني الأحادي (ب).

#### 1.1) الإتفاق أو العقد (37)

23 - وهو عبارة عن توافق إرادتين أو أكثر لإنشاء رابطة قانونية مع تعين شروطها ونتائجها أو لغير اتفاق آخر سابق الوضع (38<sup>\*)</sup>.

وتعُد العقود، بدون منازع، أهمَّ مصدر منشئ للإلتزام. وقد تولى المشرع تنظيمها مفصلاً.

#### 2.1) التعهد القانوني الأحادي

24 - وهو التزام مصدره إرادة المدين المفتردة. وتسوقه صحته عملاً بأحكام الفصل 22 من م.أ.ع. على بلوغ العلم به للملتزم له. ومن أمثلة التعهد القانوني الأحادي الوعد بجائزة (الفصل 19 إلى 21 من م.أ.ع.) والإيجاب المقيد بأجل (الفصل 33 من م.أ.ع.) (39<sup>\*)</sup>.

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

(38) يراجع كتاب محمد الملاقي ، ص 13.

(39) هل تتحقق المصادر الإرادية للإلتزامات في الإتفاقيات، أم هل تنشأ الإلتزامات أيضاً من مجرد التعهد أو التصريح الصادر عن إرادة متفردة؟ إنَّ التكريس المترتب لنظرية التعهد القانوني الأحادي بالفصل 1 و 2 و 18 إلى 23 من م.أ.ع. من شأنه أن ينزع كلَّ جدوى في القانون التونسي عن المجادلة التي أثارها مثل هذا السؤال في التشريعات الأجنبية (41<sup>\*)</sup>). ذلك أنَّ مصادر الإلتزامات الإرادية في قانوننا تشمل بوجه عام، إلى

## (2) المصدر الثاني : شبه العقود

25- يُعرف الأستاذ المالي<sup>(40)</sup> شبه العقد بأنه عمل جائز يقوم به الشخص اختياراً ويتربّب عليه بمقتضى القانون ما يتربّب على الاتفاق. من ذلك أنّ من يقوم طوعاً بإصلاحات ضرورية لدار جاره دون علم هذا الأخير يحقّ له مطالبه بأداء جميع المصروفات التي سبّبتها للغرض. ويسمى شبه العقد هذا الفضالة وتنظمه الفصول 1189 وما بعده من م.أ.ع. وقد وضع المشرع بالإضافة إلى أحكام الفضالة أحكاماً لصنفين آخرين من شبه العقود وهما الإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم وتنظمها الفصول 71 إلى 81 من م.أ.ع.

## (3) المصدر الثالث :

26- الجنح وهي أعمال غير مباحة تلحق أضراراً بالغير عن قصد.

## (4) المصدر الرابع :

27- شبه الجنح وهي أعمال غير مباحة وغير قصدية تصدر عن إهمال أو تفريط.

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

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

1- أمّا النقد الأول فيتعلّق بالتفرقة بين الجنح وشبه الجنح. وقد اعتبرها

على أن التكريس التشريعي لنظرية التصرف القانوني الأحادي بمثيل هذه الجرائم لم يؤثر على نطاق تطبيقه الذي يقتصر محدوداً في الواقع، ومن أهم حالاته الرعد بجازة (الفصول 19 و 20 و 21 م.أ.ع.) والإيجاب المتفيد باجل (الفصل 33).

(40) لصفحة 13 من كتابه المذكور.

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

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

التمهّد الصريح بأداء معين يقيّد صاحبه بوجه نهائيّ وباتّ بما يجعل منه المصدر الأساسي للالتزام وهو كافٍ وحده لإنشاءه. لذلك فإنّ عدم تحديد شخص الدائن أو عدم تصريح هذا الأخير بقبول التمهّد الصادر لفائدة لا يعذر حائلاً دون نشأة الالتزام ولا بهم التأكيد من قبول الملتزم له سوى في مرحلة تنفيذه. وقد ركز بعضهم<sup>(47)</sup> على أن الالتزام الأحادي ليس ولد مبدأ سلطان الإرادة بقدر ما هو مستمدّ من القوة المترفة التي تفترّها التشريعات الجرمائية القديمة لمجرد التمهّد ظاهر والتصريح بالإلتزام . وهو ما يفسّر التجاهج الكبير الذي لقيته نظرية SIEGEL غداة ظهورها. حيث أن قدرة التصرف الأحادي على إلزام المدين يوحيه بصفة نهاية لا رجوع فيها تجاهله في نظر العديد من الفقهاء أداء ناجمة لتسير المعاملات وخبر ضمان للوفاء بالوعود. وإذا رأى فيه البعض الشند المبرر للفرقة المترفة للأرجحاب<sup>(48)</sup> أو لصحّة الرعد بجازة<sup>(49)</sup>، فإن البعض الآخر قد استند إلى محاولة تفسير آليات مؤسسات ومقاصيم قانونية مختلفة مثل الفضالة والإشتراط لصلحة الغير<sup>(50)</sup> والإلتزام الطبيعي<sup>(51)</sup>. وقد أثار هذا التيار الفقهي الغوري على العديد من التشريعات المدنية التي صدرت أو كانت بطور الاعداد في أواخر القرن التاسع عشر، مثل المجلة الألمانيّة والمجلة الإيطالية.

ولما كان لنظرية التصرف القانوني الأحادي بعض التطبيقات في التشريع الإسلامي، فإنّها قد تبدو بمنتهى نفعها الالتفاتات والعقود، وأن تتشغل هذه المجلة، نتيجة لذلك، على أحكام تكرّس بوضوح هذه النظرية .

على أنّ بعد العملى للتصرف القانوني الأحادي يقتصر محدوداً لل LIABILITY . وإذا يلاحظ البعض<sup>(52)</sup> أن القانون الألماني الرصيحي ذاته لا يحتوي في الواقع سوى على حاليتين للتصرف القانوني الأحادي، وهما المؤسسة الخيرية والرعد بجازة، فذلك للتاكيد على صيغته الاستثنائية التي تميّزه عن العقد. وهو ما يقرّ به فيحقيقة المشروع الألماني بصورة صريحة لا ليس فيها حين ينص ضمن الفصل 305 على أنه «لا ينشأ التزام عن تصرف قانوني، كما لا يمكن تغيير مضامين التزام إلا باتفاق الأطراف، إلا إذا نصّ القانون على خلاف ذلك». ولقد أدى هذا التصرّف بغضّ النظر إلى حد التشكّك في تبني المشروع الألماني لنظرية التصرف القانوني الأحادي. أمّا بالنسبة للمشرع التونسي، فإنه لا مجال للشكّ في الجرائم التي تميّز بها في هذا المخصوص. ويبيّن ذلك من تنصيصه بوجه عام على أن التشريعات الاختيارية هي من أسباب تعمير النّة (الفصل 1 من م.أ.ع.), ثمّ من تأكيده على كون الالتزام من طرف واحد يلزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للالتزام له (الفصل 22 من م.أ.ع.). على أنه من لهم أن تقيّف، رفعاً لباباً محظوظ، أن اشتراط بلوغ علم الملتزم له لصحة إقام التزام المدين نحوه لا يؤثّر على الطبيعة الأحادية لهذا الالتزام. ذلك أن مجردة بلوغ العلم لا يعني القبول كما أنه ليس في اشتراطه سوى العمل بقاعدة أساسية عامة مفادها أن التصرفات الأحادية الموجة لشخص معين لا تلزم صاحبها في الحالات التي يكون لها تأثير على حقوق الملزم له، إلا بلوغ العلم بها لهذا الأخير<sup>(53)</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

(\*) يراجع : A. RIEG., op. cit., n° 51 et 53 et s.

## ترتيب الالتزامات

لهذه الالتزامات، بل يدو و كان العكس هو الذي حصل. من ذلك أنَّ الباب المخصص «للالتزامات الناشئة مما يشأكِل العقود» (الفصول 71 إلى 88 من م.أ.ع.). قد اقتصر فيه المشرع على تنظيم حالتي الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق المنازع في نعمتها بشبه العقود. أمَّا الفضالَة، وهي كما رأينا الحالَة الوحيدة التي تجوز فيها هذه التسمية، فقد تعرَّض لها المشرع ضمن أحكام الوكالة حيث خصَّها بباب رابع عنوانه «في شبه العقود المتصلة متصلة الوكالة» (الفصول 1179 إلى 1194). ولعلَّ في ذلك دليلاً على التفكُّك الذي يمْيز ترتيب مصادر الالتزام بمجلة الالتزامات والعقود مما يبرِّز البحث عن ترتيب آخر لهذه المصادر قد يكون أكثر انسجاماً من الترتيب الذي اهتدى إليه المشرع.

## II - الترتيب المؤسَّس على التمييز بين الحدث القانوني والتصرف القانوني

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

### أ - التصرف القانوني

30- ويعيَّر عنه أيضاً بالعمل القانوني ويُعَكِّن تعريفه بأنه عمل إرادي يهدف إلى إحداث أثر قانوني معين يريد من خلاله الشخص وقوع الفعل، كما يريد أن ينجرُّ عن ذلك الفعل آثار معينة، كما هو الحال في التسويف أو في البيع مثلاً.

ويُعَكِّن أنَّ يصدر التصرف القانوني عن طرفين فأكثُر، وهي صورة العقد. كما قد يصدر من جانب واحد، وهي صورة الإرادة المنفردة.

### ب - الحدث القانوني

31- ويسمَّى كذلك الواقعَة القانونية، وهي التي قد تصدر عن شخص

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

J. CARBONNIER, Droit Civil, 4, les obligations, P.U.F., 12é éd., §§ 5 et 85; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 60.

البعض<sup>(42)</sup> في غير محلها ملاحظين أنَّ العامل القصدي الذي يفرق بين الجنح وشبهها لا يؤثُّر على الالتزامات المدنية الناشئة عنها. وذلك على عكس ما هو عليه الأمر في القانون الجزائري. على أنَّ هذه الملاحظة تبدو في غير طريقها بالنسبة للقانون التونسي حيث أنَّ التمييز بين الجنح وشبه الجنح، وإن كان عديم التأثير فيه على وجود الالتزامات، فإنه يبقى مع ذلك هاماً لما يمكن أن يكون له من تأثير على مدى تلك الالتزامات عملاً وأنَّ الفصل 107 من م.أ.ع. يوصي القاضي بأنَّ يعتبر عند تقديره للخسارة «سبب الضرر من كونه تغريراً أو خطأ»<sup>(43)</sup>.

2- كما اعتبر الشرَّاح من ناحية أخرى أنَّ المشرع قد أساء استعمال مفهوم شبه العقد، عملاً وأنَّ العبارة رومانية الأصل<sup>(44)</sup> وكانت تتطبق منذ JUSTINIEN على صنف الالتزامات التي تنشأ عن تصرفات مباحة غير ناجحة عن اتفاق ولكنها مع ذلك ملزمة للغير المستفيد منها وذلك بناء على إرادته المفترضة. وقد تولد مفهوم العقد المفترض أو شبه العقد عن فكرة افتراض إرادة الغير المستفيد من تصرف مباح كأساس لالتزامه نحو شخص المتصرف. وقد لاحظ الشرَّاح أنه لا يجوز، تبعاً لذلك، إستعمال عبارة شبه العقد إلا بالنسبة للفضالَة. أمَّا تنظيم آثار الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق فهو يستمد أساسه من المبدأ القانوني العام القاضي بتحريم الإثراء غير المشروع وليس من إرادة مفترضة، فلا يصحُّ إذن استعمال عبارة شبه العقد في شأنه.

والملاحظ أنَّ المشرع لم يول أي اعتبار لهذه المعطيات التاريخية عند ترتيبه

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

براعع أيضاً : محمد الشرفي : كيفية تقدير الضرر المعنوي، ق.ت.، 1973، ص 353 وما بعدها.

(44) براعع : PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, 2è éd., 1990, Paris. Cujas, n° 900; MARTY et RAYNAUD, II, Les obligations, op. cit., n° 17.

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

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

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

32- ولكن ومهما تعدد الترتيبات فإنَّ العقد يحضر في جميعها بمكانة خاصة باعتباره أهمَّ مصدر التزام من الوجهين النظري والعملي، وأكثر المسائل تشعبة وأدقها تنظيمًا. وهو بذلك يختلف عن التصرف القانوني الأحادي الذي يكتسي كما سبق بيانه صبغة إستثنائية تجعل منه بحق مصدرًا هامشيًّا للالتزامات<sup>(48)</sup>. الأمر الذي من شأنه أن يسرِّ تركيز الجزء الأول من هذه الدراسة على العقد<sup>(49)</sup>، في حين يخصص جزؤها الثاني للأحداث القانونية بغيرها الأساسية : شبه العقود والجنج وشبهها. أما الجزء الثالث والأخير فسوف نتناول فيه أحکام الالتزام بوجه عام بصرف النظر عن مصادره، وهي مجموعة القواعد التي تنظم وجوده وتنفيذ وانفراضه.

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

(48) أنظر العدد 24 أعلاه.

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

# الجزء الأول

## العقد

# باب تمهيدي

## مفهوم وأبعاد الإرادة في نظرية العقد

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

وإذ يتأكد من التعريف أعلاه دور الإرادة في إنشاء العقود ، فإنه لابدَ من تحديد أهمية هذا الدور وذلك بتقسيم أبعاد الإرادة العقدية نظرياً ووضعياً (الفصل الأول)، قبل بيان مختلف الطرق القانونية والفقهية التي تساعد على الكشف على مدلولها الحقيقي (الفصل الثاني) .

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

# الفَصْلُ الْأَوَّل

## أبعاد الـإِرَادَةِ الْعَقْدِيَّةِ

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

ولا شكّ في أنّ نطابق الفلسفة السياسيّة المؤسّسة على الفردانية مع النظريّة التحرّرية في الميدان الاقتصاديّ مهدّاً لتدعم مبدأ سلطان الإرادة. ذلك أنّ تقدّم الاقتصاد لا يتوقّر حسب الفلسفة التحرّرية السائدة في القرن التاسع عشر إلا بضمّان حرّية العرض والطلب طالما أنّ مصلحة المجتمع لا تحصل حسب أصحاب هذه النظريّة إلا بضمّان مصلحة الأفراد<sup>(5)</sup>.

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

38 - فالحرّية التعاقدية تمثّل من حيث الأصل في حرّية الشخص في أن يتعاقد أو أن يمتنع عن التعاقد، وإذا تعاقد، في أن يحدّد مضمون العقد كما يريد. كما تترتّب عنها من حيث الشكل قاعدة رضائية العقود، ومعناها أنّ العقود تكون تكويناً تكويناً صحيحاً بمجرد التقاء إرادتين دون أن تقيّد إرادة الأطراف

(4) يشكّل القانون في حدّ ذاته نوعاً من العقود حسب دعاء مبدأ سلطان الإرادة، فهو عقد اجتماعي. يراجع في هذا الخصوص : عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، 1، ص 144 و 145. MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n°33.

"La richesse des nations" ADAM SMITH يعبر عن هذا المبدأ بهذا المقتطف من كتابه المنشور عام 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 sera souvent l'intérêt social plus efficacement que dans les cas où il a réellement l'intention de le promouvoir". (V°FARJAT, Droit privé de l'économie, théorie des obligations, op. cit., p. 49).

(5) هذا الاستنتاج لـ GOUNOT، راجع أطروحته المذكورة، ص 83 وما بعدها. يراجع في هذا الخصوص كتاب GHESTIN المذكور، عدد 38 .

34 - يشكّل دور الإرادة في إنشاء العقود ومدى قدرتها على إحداث آثار ملزمة للأطراف محور الاختلاف القائم بين النظريّة التقليديّة المؤسّسة على مبدأ سلطان الإرادة (الفرع الأول)، وبين النظريّات الحديثة التي ترى أنّ العقد يستمدّ قوّته الملزمة من القانون وليس من الإرادة (الفرع الثاني). على أنّ الجانب النظري للمسألة قد لا يكفي وحده لتحديد الأبعاد الحقيقية للإرادة دون تحليل إضافي يشمل واقع العقد اليوم ودور الإرادة فيه من خلال تطورات القانون الوضعي في بلادنا (الفرع الثالث).

## الفرع الأول : النظريّة التقليديّة

35 - ترى هذه النظريّة أنّ الإرادة هي أساس العقد. لذلك فهي تعرف بـ **سلطان الإرادة<sup>(2)</sup>**. ويتمسّك دعاتها بأنّ الإرادة تشكّل المصدر الأساسي للالتزامات التي تنشأ عن العقود<sup>(3)</sup>. وقد تعرّضت نظرية هؤلاء إلى نقد جديّ يبدو لنا من الضّروري التعرّف على أبرز جوانبه<sup>(28)</sup>.

### 1 - عرض مبدأ سلطان الإرادة

#### I - عناصر المبدأ

36 - إنّ نظريّة سلطان الإرادة هي وليدة الفلسفة التحرّرية التي ميزت القرن الثامن عشر على الصعيد السياسي، والقرن التاسع عشر على الصعيد الاقتصادي<sup>(29)</sup>.

وأساس هذه النظريّة من الوجهة السياسيّة هو حرّية الفرد حرّية مطلقة لا تقيّدها أيّة سلطة خارجية أو أيّ قانون باستثناء ما يرتضيه الفرد لنفسه بحكم

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

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

الحديث<sup>(1-8)</sup> يلقى ما يكفيه من الدعم في تقرير SANTILLANA لما أعلن هذا الفقيه عن تبني محرري المجلة لمبدأ سلطان الإرادة، مبرراً هذا الخيار بمقولة أن القانون الإسلامي المبني على حسن النية «جاء بحكم الضرورة مفسحاً المجال إلى أبعد حد لإرادة الإنسان ومتخلصاً من التشتت بالشكليات، إذ أن إرادة الشخص مهما يكن المظهر الذي تتجلى فيه كافية وحدها لإنشاء الرابطة القانونية وقلما تجد في الفقه الإسلامي عملاً من الأعمال تتوقف صحته أو بطلانه على مسألة شكلية». ولقد كان المبدأ القائل بفاعلية الإرادة وحدها سائداً بجمع الأقطار<sup>(9)</sup>.

41 - إنَّ في محاولة البحث عن جذور دينية إسلامية لنظرية لا ينزع أحد في كونها لائقية<sup>(10)</sup> الأصل، الكثير من المغالاة خاصة إذا اعتربنا من ناحية أخرى ما يفترضه هذا التحليل من تهييئ أكيد للطبيعة الموضوعية التي يتميز بها مفهوم الالتزام التعاقدى في التشريع الإسلامي. وهي خاصية لا يجوز معها التركيز على سلطان الإرادة في تحديد مفهوم العقد<sup>(11)</sup>، وهو ما يؤكده بالفعل

(1-8) يراجع العدد 387 وما بعده.

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

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

وانتظر : J. GHESTIN، المذكور أعلاه، عدد 33، حيث يؤكد في هذا المعنى ما يلي : L'influence du christianisme a sans doute été déterminante dans le développement historique de l'individualisme. Mais c'est chez GROTIUS (1583-1645) et ses successeurs qu'il faut sembler-t-il trouver l'origine directe du principe de l'autonomie de la volonté. Après GROTIUS, la laïcisation du droit naturel substitute au respect de la loi naturelle, en fait divine, celui des droits naturels de l'homme. Les droits subjectifs ne dérivent plus d'un droit objectif primordial, mais de l'essence de l'homme lui-même conçu comme un être entièrement autonome, qu'aucune volonté, autre que la sienne propre, ne peut commander".

(11) جاء على لسان الدكتور عبد الرزاق الشهوري في كتابه «مصادر الحق في الفقه الإسلامي» (نشر مهد البحوث والدراسات العربية، 1967) أنَّ انتزاع العقد الذي نقلناه عن مرشد الحيران يتم عن التزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي. فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول، لا من حيث أنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين وهذا هو المعنى البالز في التزعة الثانية، بل من حيث أنه يثبت أثره في العقود عليه أي يغير حالة إلى المحل من حالة، وهنا تبرز التزعة الموضوعية التي أشرنا إليها... (الجزء 1، ص 77). انظر في نفس المعنى : الدكتور عبد النعم فرج الصدقة، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانونوضعي، الجزء الأول، عدد 91، ص 103.

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

39 - أمّا ضرورة احترام الإرادة الفردية عند التنفيذ فالمقصود بها أن العقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون، فهو شريعة الطرفين. ولذا فلا يمكن لأيٍ منها الإنفراد بتعديله أو بإنهاه، وكذلك لا يجوز للقاضي أن يقوم بذلك عوضاً عن الأطراف.

## II - تأثير مجلة الالتزامات والعقود بمبدأ سلطان الإرادة

40 - لقد ازدهر هذا المبدأ في آخر القرن التاسع عشر.<sup>(7)</sup> ولا غرابة إذن في أن يكون المشرع قد تأثر به لما أعدَّ مجلة الالتزامات والعقود التي صدرت كما هو معلوم سنة 1906. ويتجلى ذلك من خلال العديد من أحكام هاته المجلة، نذكر منها على سبيل المثال أحكام الفصل الثاني التي لا شكَّ في أنها أقرَّت قاعدة الرضائية في تكوين العقود لما أمسكت على التنصيص على أي شرط شكلي في هذا المجال. ومن أهم المؤشرات أيضاً على هذا الإنتماء النظري تكريس المشرع ضمن الفصول 43 وما بعده من هذه المجلة لنظرية عيوب الرضاء<sup>(1-7)</sup>، ثم تنصيصه ضمن الفصل 242 على القوة الملزمة

للعقود<sup>(2)</sup> بمقدمة أنَّ «ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضاهما أو في الصور المقررة في القانون». وقد لقيت أحكام هذا النصَّ حظاً كبيراً في فقه القضاء حيث اتّخذت منه محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعية<sup>(8)</sup> سنداً للحليلولة دون تعديل العقود من طرف القاضي مهما أوجبها الضرورة وقواعد الإنصاف لذلك التعديل. وما من شكَّ في أنَّ هذا الاتجاه، وإن شهد بعض التراجع في فقه القضاء

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

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

(7-1) يراجع العدد 156 أسلفه وما بعده.

(7-2) يراجع العدد 317 أسلفه وما بعده.

(8) قرار تقسيبي مدني صادر عن الدواوين المختصة عدد 7919، مؤرخ في 28 أفريل 1975، وتعلق الاستاذة نبيحة النهشلي : ... Rev. tun. dr. 1976, p. 166...، وانظر العدد 321 و 332 أسلفه.

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

## الفرع الثاني : النظريات الحديثة

44 - إذا استثنينا الجانب الهام من الفقه المعاصر الذي بقي على وفائه للنظرية التقليدية مع تسليمه بتقلص سلطان الإرادة اعتباراً لأهمية القوانين الأمرة وتعديها، فإن الجانب الآخر ينكر على الإرادة الدور الذي تنسبه لها النظرية التقليدية ويرى أن العقد يستمد قوته الإلزامية من القانون<sup>(15)</sup> مما يعطيه بعداً موضوعياً على حساب البعد الذاتي الذي يتميز به في ظلّ النظرية التقليدية<sup>(26)</sup>.

## ٤١ - إخلال القانون محلّ الإرادة كأساس للعقد

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

### I - نظرية DUGUIT<sup>(15)</sup>

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

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

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

عدم اعتماد القانون الإسلامي نظرية عيوب الرضاء<sup>(12)</sup>. لذلك تعتبر أن تخلص التشريع الإسلامي من الشكلية وعكسه بقاعدة الرضائية ليس كافياً حتى تنسب له مبدأ سلطان الإرادة. إن لهذا المبدأ أصولاً أوروبية بل لاتينية محضاً .

## ٤٢ - نقد مبدأ سلطان الإرادة

42 - تعرض مبدأ سلطان الإرادة إلى عدة انتقادات. ويتعلّق أهمها بمحاولة دعاته تفسير وتبرير كلّ النظام القانوني بمفهومي الإرادة والعقد والحال أنّ الم Yadîn العديدة من هذا النظام تخضع إلى قوانين آمرة بعيدة كلّ البعد عن فكرة العقد مثل القانون الجنائي والقانون العائلي وقانون الإرث . كما ركز خصوم هذه النظرية ندهم حول ما تضمنته من أنّ العقد عادل بالضرورة مبينين، على عكس هذا المعتقد، أنّ الحرية التعاقدية التي تضمن مبدئياً عدالة العقد هي في غالب الوقت وهمة نظراً لتبسيط القوى بين الأطراف مما يتوجّع عنه أنّ العقد غالباً ما يكون مرآة لإرادة أقوى الطرفين . أما تقديس إرادة الطرفين عند تنفيذ العقد إلى حدّ الحيلولة دون تدخل القاضي لتعديل عقد فقد توازن بحكم تغييرات اقتصادية جدت بعد ابرامه، فإن التجربة أثبتت تنافي هذه القاعدة مع أبسط قواعد العدل والإنصاف<sup>(13)</sup> .

43 - ويستمدّ هذا التقدّم جديته من التحوّلات السياسية والإقتصادية والفكرية التي شهدتها العالم منذ بداية القرن العشرين، وخاصة بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية حيث تأكّد تدخل الدولة في الميدانين الاقتصادي والإجتماعي وذلك لأسباب ظرفية فرضتها أزمات ما بعد الحربين ، وكذلك من تأثير الفلسفة الإشتراكية التي كانت سائدة في ذلك الوقت. وقد نتج عن سياسة الاقتصاد الموجه التي سلكتها الدولة منذ ذلك العهد تعدد القوانين الأمرة التي تهدف إلى تنظيم مختلف أنواع المعاملات بين الأفراد دون ترك المجال فيها للإرادة الفردية . وإذا يرى خصوم النظرية التقليدية أنّ في تكفل الدولة بضمان

(12) يراجع د. عبد الرزاق الشهوري، «مصادر الحق»، ٢، ص. ٩٧.

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

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

## § 2 - بعد الموضوعي للعقد

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

ويبرر GHESTIN هذه النظريّة ملاحظاً أنَّ العقد ليس توافق إرادتين بقدر ما هو معاوّضة بمعنى انتقال قيمة من ذمة مالية إلى أخرى. وهي عملية تستوجب لا محالة موافقة المعينين بالأمر. ولكنَّ الموافقة ليست سوى مجرد إجراء يكتسي صبغة ثانوية. أمّا الأصل فهو العنصر الموضوعي التمثّل في انتقال القيمة الماليّة من ذمة إلى أخرى لأنَّ المصلحة العامة التي يشترطها القانون في العقد لا تحصل إلا بهذا الانتقال طالما أنَّ العقد هو أساساً أدّة لتحقيق حاجيات أفراد المجتمع التمثّلة في تبادل الخيرات والخدمات.

(17) تُراجع أيضاً نظرية ROUHETTE الذي يبني كلَّ دور للإرادة ويرى أنَّ القانون لا يأخذ بعين الاعتبار الإرادة بل مصالح الأفراد. ولا كانت تلك المصالح هي أساس العقد، فإنَّ العقد تختلف إذن باختلاف الحالات والمصالح، الأمر الذي يتّفق معه حسب هذه النظريّة التهوم العام للعقد الخاضع لنظرية المصالح.

(ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris 1965, 2 vol; v°aussi, La force obligatoire du contrat, in Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, L.G.D.J., 1987, p. 27).

تُراجع كذلك ملاحظات J. GHESTIN حول هذه النظريّة بكتابه المذكور أعلاه عدد 168 - انظر أيضاً بنفس المراجع (العدد 91، ص 83) تمتّك هذا الكاتب بوجود نظرية عامة للعقد وبالعلاقة الأساسية التي تربط النظريّة العامة للعقد ب مختلف العقود الخاصة .

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

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

## II - نظرية KELSEN<sup>(16)</sup>

47 - إنَّ هذه النظريّة قريبة من النظريّة التقليديّة من حيث أنَّ صاحبها يعتبر أنَّ دور الإرادة لا ينحصر في تطبيق أحكام قانونية عامة على أشخاص معينين، إنما يرى على عكس ذلك أنَّ العقد يشكّل في ذاته قاعدة ملزمة ينشأها المتعاقدون ويضطّلون محتواها بكلَّ حرية وذلك بتضفيض من القانون وتبعاً لسياسة تشريعية مؤداها ترك حرية تنظيم المعاملات الاقتصاديّة للأفراد باعتبار عدالة هذا الحلّ وملاءنته مع مصالحهم. على أنَّ KELSEN يخالف تماماً النظريّة التقليديّة ليقترب من نظرية DUGUIT لما يضيف أنَّ القاعدة العقدية التي أمكن للأطراف إنشاؤها وتحديد مضمونها بكلَّ حرية لا تستمد قوتها الإلزامية من الإرادة الفردية، بل من القانون الذي يبقى أعلى درجة من العقد، الأمر الذي يستخلص معه أنَّ الإرادة حرّة حسب هذه النظريّة في إنشاء ما تريده من القواعد العقدية ولكنّها لا تتحكم في آثارها لأنّها ليست أساساً

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

التي ييدو أنها تعكس اتجاه المشرع الواضح نحو نظرية سلطان الإرادة<sup>(21)</sup>. على أن هذه الفرضية تبقى قابلة للنقاش<sup>(1-22)</sup> ولربما للتحسن إذا وقع الاستناد إلى العديد من الأحكام الأخرى<sup>(24)</sup> التي تجاهلها الفقه وفقه القضاء والتي من شأنها أن تعطي لمفهوم العقد في مجلة الالتزامات والعقود بعدها موضوعياً لا يجد له أثراً يذكر في التطبيق<sup>(25)</sup> باستثناء بعض القرارات الخديمة النادرة<sup>(1-25)</sup>. كما أنه لابد من الإشارة إلى أن السياسة التشريعية المعتمدة في بلادنا سواء أكان ذلك في ظل الاقتصاد الموجه أم تنفيذاً لسياسة اقتصاد السوق أحدثت تغييرات جوهرية على نظام العقد بصورة تجعله أكثر تكيفاً مع ما تقتضيه متطلبات المصلحة العامة والعدالة العقدية، الأمر الذي يفرض على المحلل أن لا يقف عند مقاصد المشرع لعام 1906 - حتى إذا ثبتت تزعمها الإرادية - وأن يبحث عن أساس العقد ومفهومه باعتبار جميع التطورات التي لحقت القانون والمجتمع منذ ذلك التاريخ . وقد يتأكد من هذا المنطلق خضوع الإرادة العقدية المطلق لسيادة القانون<sup>(16)</sup> ثم تضاؤل سلطانها في العهد المعاصر بحكم هيمنة الدولة على الحياة الاقتصادية والإجتماعية وتكتفيا بحماية الأفراد<sup>(26)</sup>.

## الفصل الأول : تفوق القانون على الإرادة العقدية

50 - إن التحليل الجدي لمفهوم العقد ولدور الإرادة فيه يفرض اعتبار الدور الأساسي الذي تضطلع به الدولة في الاقتصاد الوطني ، وكونها تبقى

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

(24) تُراجع مثلاً الفصول 67 - 67 - 327 - 247 - 246 - 243 ( الرابعية باستثناء الفصل 243 الذي كان موضوع تعليق من طرف الأستاذ حين بن سليمية l'étude de l'article 243 du C.O.C. mémoire soutenu à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1986).

(25) وذلك بالرغم من تأثر المشرع الصريح بالتراثين الإسلامي والجرماني المتعارض باعتمادها لتصور موضوعي للعقد كما سبق عرضه (يراجع العددان 5 و 10 أعلاه).

(26) - (1) يراجع مثلاً القرار التقني المنفي عدد 41791 المؤرخ في 28 مارس 1994، ن.م.ت. ، ص

ويستند هذا الرأي إلى اتجاه فقهي يعتبر بفرنسا<sup>(19)</sup> تميز بتحليله لتبادل الإلتزامات من زاوية اقتصادية أكثر منها إرادية . ويعرف أحد أتباع هذا الاتجاه المعاصرون العقد بكونه «عملية اقتصادية مؤسسة على التوازن المادي والذاتي للقيم المتبادلة»<sup>(20)</sup> ، ويستنتج من هذا التعريف أن عنصر العدالة هو أيضاً أساسياً في العقد، وأن المهم في نظر القانون أن يحصل كل من طرف المعاوضة معادل ما يعطي للطرف الآخر حتى لا يحصل لأيٍّ منها ضرر أو خسارة من العقد<sup>(21)</sup> .

ويعتبر GHESTIN أن ما ذهبت إليه نظرية سلطان الإرادة من افتراض توفر عنصري المصلحة والعدل بمجرد قيام الرضا - وهي فرضية أثبت الواقع عكسها - متأهلاً مبدأ تفوق الحق الشخصي على القانون الذي تقوم عليه هذه النظرية ، وهو ما يجعلها تنكر الدور الأساسي الذي يرجع بالضرورة إلى القانون في هذا المجال .

وإذ يستخلص مما سبق عرضه أن الإرادة ليست أساس العقد، فإن دورها يبقى مع ذلك هاماً، من حيث أن تلاقي الإرادات وتوافقها يشكل إجراء خصوصياً لإحداث آثار قانونية ، وبعد بحق معيار العقد وأساس التفرقة بينه وبين غيره من المفاهيم<sup>(22)</sup> .

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

49 - إن التحليل أعلاه مخالف تماماً للبعد الإرادي الذي أكسه الفقه وفقه القضاء لمجلة الالتزامات والعقود بناء على العديد من أحكام هذه المجلة

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

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

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

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

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

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

## 2 - عيّنات من قيود الإرادة العقدية

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

(26) وهو ما يفسّر ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي من أن الحرية التعاقدية ليست من المبادئ، التي يضمّنها الدستور. يراجع في هذا الخصوص : Yves BROUSSOLLE : *Le principe de la liberté contractuelle n'est garanti par aucune norme de valeur constitutionnelle* (Cons. const. 3 août 1994, déc. n°94-348 DC, S.J. 1995, II, 22404).

(27) القانون عدد 70-26 المؤرخ في 19 ماي 1970 المتعلّق بطرق ضبط الأسعار ومعاقبة المخالفات الاقتصادية.

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

يراجع : محرك بوصيّان : نظام الأسعار والمنافسة في القانون عدد 64 لسنة 1991 ، ق.ت. 1995 عدد 7، ص 23 ، وجوبية قيّمة ، تطوير قانون المنافسة في التشريع التونسي ، ق.ت. 1995 ، عدد 7، ص 7 .

(29) يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n°247; CARBONNIER, op. cit., § 33; FARJAT, op. cit., p. 50; GHESTIN, op. cit., n°189 et s.

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

المسؤولية الأولى على تنظيمه وضبط قواعده القانونية والترتيبيّة مهما تغيّر النظام الذي تبني على أساسه سياسة الحكومة في الميدان الاقتصادي<sup>(26)</sup>. فبالإضافة إلى احتكارها القطاعات الحيوية كالطاقة والمناجم، وإلى سيطرتها المطلقة على القرض، من خلال امتلاكها أو مراقبتها الفعلية والقانونية لبنوك الاستثمار والإيداع، تتكلّف الدولة مباشرة بالتنمية في ميادين الفلاحة والصناعة والخدمات وذلك إما بإحداث مؤسسات اقتصادية عمومية لتعاطي مختلف هذه النشاطات - مثلما كان الأمر في عهد سياسة الاقتصاد الموجه المؤسّس على التخطيط الإشتراكي - ، أو بالسهر على النهوض ب مختلف قطاعات التنمية من خلال توجيهه ومراقبة الإستثمارات وضمان محظوظ تنافي ملائم ووضع القواعد القانونية الضروريّة لذلك، كما هو الأمر في نطاق سياسة اقتصاد السوق التي تنتهيها الدولة حالياً.

على أن انتهاج التحرّرية الجديدة في الميدان الاقتصادي لم يقلّص من الدور الحمائي الذي اضطليع به الدولة منذ بداية القرن العشرين، بل لعله سوف يتدعّم بهدف التصدّي للتجاوزات التي قد يتصرّر منها ضعاف الحال نتيجة تحرّر الاقتصاد واعتباره لمواصلة تكفل الدولة بالتنمية الاجتماعية.

51 - ولما كان العقد أدّة أساسية لتحقيق الحاجيات الاقتصادية على مستوى الإنتاج والتوزيع، فإنّ نظامه يتأثّر حتّما بالسياسة الاقتصادية التي تسطّرها الدولة، بل يصبح بالضرورة خاضعاً لها ولنطّلبات السياسة الاجتماعية المتنّهجة. فهل يمكن والحالّة تلك اعتماد مبدأ سلطان الإرادة لتفسير مفهوم العقد وتبرير قوّته الإلزامية؟ نحن لا نعتقد ذلك، بل نرى أنه لا سلطان للإرادة طالما أنّ حرية التعاقد، مهما بدت مطلقة، لا تمارس إلا في نطاق القانون ويتريّض منه .

(26) حول دور الدولة وعلاقة قانون العقد بالاقتصاد يراجع : G. FARJAT, *Droit économique*, collection Thémis, 2<sup>e</sup> éd., P.U.F., 1982.

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

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

كما اتّخذ المشرع ضمن القانون عدد 46 المؤرخ في 4 ماي 1992<sup>(36)</sup>، سعياً منه لضمان مصداقية الرسوم العقارية وتفادي جمودها مستقبلاً، عدّة إجراءات من أهمّها إخضاع تكوين الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات المسجلة ونقلها إلى شكلية الترسيم بالسجل العقاري<sup>(37)</sup> وإفراد حافظ الملكية العقارية والمديرين الجهوين وأعوان إدارة الملكية العقارية المكلفوون بهمّة التحرير وعدول الإشهاد والمحامين المباشرين من غير المتربيين بهمّة تحرير العقود الخاصة للتّرسيم العقاري<sup>(38)</sup>. كما نصّ القانون عدد 46 المذكور على البيانات التي يجب أن تتضمّنها الصكوك المقدمة للتّرسيم<sup>(39)</sup> ملزماً محّرّرها باحترامها مع القيام تحت مسؤوليتهم بالإجراءات الالزمة للتّرسيم<sup>(40)</sup>.

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

(36) يراجع القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلّق بتنقيح وإقام بعض الفصول من مجلة الحقق العينية (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 29 لسنة 1992، ص 548).

(37) الفصل 305 (جديد) من م.ح.ع.، ويرتّب على هذا النّصّ أنّ البيع والهبة المتعلّقان بعقار مسجل لا يحدّدان أثراًهما الجوهريّيّاً المتعلّق في نقل الملكية إلا بعد إدراجهما بدفاتر الملكية العقارية مما أوّجب تنقيح الفصلين 581 م.ح.ع. (القانون عدد 47 المؤرخ في 4 ماي 1992 - الرائد الرسمي عدد 29 لسنة 1992، ص 549) و204 من م.ا.ش. (القانون عدد 48 المؤرخ في 4 ماي 1992، الرائد الرسمي عدد 29 لسنة 1992، ص 549) على التّحويل الذي يقتضيه الحكم الوارد بالفصل 305 (جديد) من م.ح.ع.

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

(39) الفصل 377 (جديد) من م.ح.ع.  
(40) الفصل 377 ثالثاً من م.ح.ع.

تهدف إلى حماية أحد أطراف العقد ضماناً للعدالة العقدية<sup>(31)</sup>. إنّ هذا التقسيم يعكس إلى حدّ بعيد واقع التشريع المقيد للإرادة وأغراضه. لذلك فإنّا سنعتمد في عرض ميدان القوانين الأمّرة المقيدة للإرادة. على أنه يتعرّد أحياناً ترتيب بعض القواعد الأمّرة على أساس هذا التقسيم بالنظر إلى طبيعتها المزدوجة<sup>(32)</sup> أو بوجه أعمّ لأنّ القوانين المتّمية إلى النظام العام التوجّهي غالباً ما يكون لها دور حمايّي بالتبّعية<sup>(33)</sup>.

## I - ميدان النظام العام الاقتصادي التوجّهي

53 - من أهمّ القوانين الأمّرة المقيدة لحرّية الإرادة العقدية خدمة للمصلحة الاقتصاديّة والاجتماعيّة، القانون عدد 30 لسنة 1987 المتعلّق بتنظيم الكراء الفلاحي حيث ضبط في المشرع محتوى العقد، من مدة ومعلوم كراء وبيانات ضروريّة لوصف العقار وحالات فسخه، بالإضافة إلى اشتراطه من حيث الشكل أن يكون العقد مكتوباً ومسجلاً<sup>(34)</sup>. ويهدف هذا القانون إلى توفير الضمّانات الكافية لتسوّغي الأرضيّ الفلاحي حتّى يقدموا على الاستثمار ويرفعوا في نسبة الإنتاج. وما تتجه ملاحظته بوجه عامّ حرص المشرع على مراقبة العمليّات العقاريّة وتنظيمها لأسباب تتجاوز حماية الفلاحة<sup>(35)</sup> لتشمل

(31) انظر كتاب FARJAT المذكور، ص 50 .

(32) مثل ذلك القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فبراير 1990 الخاصّ بالبت العقاري الذي يتميّز إلى النظام العام الاقتصادي التوجّهي بالنسبة بجزئه النّظم لميّة الباعث العقاري في حين يكتسي صبغة حمايّة واضحة بالنسبة بجزئه النّظم لميّة الباعث بالمستهلك .

(33) وقد يصبح العكس أيضاً طالما أنّ الأحكام القانونية الخاصة للفلاح مثلاً تخدم حتّى مصالح الفلاحة بوجه عام.

(34) انظر القانون عدد 30 لسنة 1987 ، المؤرخ في 12 جوان 1987 المتعلّق بالكراء الفلاحي (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية لسنة 1987 ، عدد 43). حول التطبيق الجنائيّ لأحكام هذا القانون المتعلّقة بالظام العام ، انظر : علي الجلولي « مجال سربان القراء العقاري في الزمان » أطروحة للإجازة على دكتوراه الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة ، تونس 1991 ، ص 229 وما بعدها.

(35) بالنسبة لحماية الفلاحة يراجع خاصة القانون عدد 87 لسنة 1983 المؤرخ في 11 نوفمبر 1983 المتعلّق بحماية الأرضيّ الفلاحي (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 74 بتاريخ 15 و18 أوت 1983، ص 4014).

(40) والقانون عدد 67 لسنة 1982 المؤرخ في 6 أوت 1982 المتعلّق بتشجيع الاستثمارات في قطاعي الفلاحة والصيد البحري (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 54 بتاريخ 10 و13 أوت 1982، ص 1820). وانظر خاصة أطروحة الأستاذ محمد العربي فاضل موسى : "L'Etat et l'agriculture en Tunisie, Essai sur l'intervention de l'Etat dans le secteur agricole", Bibliothèque de Tunisie, CERP, Tunis, 1988.

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

55 - وقد يجوز أيضا ولنفس الأسباب تكيف العقد الذي يربط الباعث العقاري بالمستهلك المرشح لشراء مسكن بعد إذعان<sup>(46)</sup>. وهو ما يفسّر صدور قانون خاص ينظم كامل إجراءات البيع بصفة تضمن حقوق المستهلك وتراعي مصالح الباعث العقاري<sup>(47)</sup>.

(43) يراجع القانون عدد 60-21 المورخ في 30 نوفمبر 1960 المتعلّق بالتأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية التجمّة عن حوادث المور المتبّعة فيها العribات ذات محرك؛ والقانون عدد 73-57 المورخ في 11 ديسمبر 1957 المتعلّق بظام التعریض عن فوایع الشغل والأمراض المهنية؛ والقانون عدد 80-88 المورخ في 31 ديسمبر 1980 القاضي بإجبارية التأمين يونس ضدّ أخطار نقل البضائع المستوردة براً وبحراً وجواً. والقانون عدد 80-88 المورخ في 31 ديسمبر 1980 المتعلّق بالتأمين الإجباري ضدّ حريق المحلات الصناعية والتّجارية والذلّ. والقانونين عدد 9-94 و94-10 المورخين في 31 جانفي 1994 المتعلّقين بالمسؤولية والتأمين في مادة البناء، (يراجع بخصوصها : Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance, Tunis 1996, n°432 et s.).

(44) حول هذا المفهوم يراجع :

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

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

(45) - (1) انظر في هذا الاتجاه ، قرار تعقيبي مدني عدد 31607 مورخ في 20 جوان 1994 ، ن.م.ت. 1994 ، ص 456 . وراجع أيضا : سامية النهاني - بن سالم ، عقد البيع العقاري ، مذكرة لبل شهادة التراسات المعمقة في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تونس 1996 .

(46) يراجع القانون عدد 17 المورخ في 26 فيفري 1990 المتعلّق بالبعث العقاري والمتحق بالقانون عدد 76 المورخ في 2 أوت 1991 (الرأي الرسمي للجمهورية التونسية عدد 17 لسنة 1990، ص 319 وعدد 56 لسنة 1991 ، ص 1170).

بها تلك الحقوق فإنّها لا تكون حجّة بين التعاقددين أنفسهم ولا يتّرب عليها سوى التزامات شخصية.

إنّ متطلبات النظام العام الاقتصادي التي أملت على المشرع مثل هذه الحلول هي نفسها التي جعلته يلجأ لشكلية التّرخيص الإداري لإجراء مراقبة أولية على العمليات العقارية<sup>(48)</sup>. وقد لاحظ أحد الفقهاء أنّ هذه الشكليات تتّل قيودا واضحة لحق التّفويت في الملكية، مضيفا أنّ تضاعف عدد الرّخص أفقدتها صبغتها الاستثنائية ليجعل منها الإطار القانوني للتعاقد في المادة العقارية. على أنّ ميدان الرّخص الإدارية الأولى ليس موقوفا على المادة العقارية إذ هو يشمل قطاعات أخرى لعلّ أهمّها عمليات الصرف والتّجارة الخارجية حيث يخضع كلّ تصدير لرؤوس أموال أو مقاصة ديون مع الخارج، وكذلك كلّ عملية يمكن أن ينتع عنها تحويل، لرخصة من البنك المركزي التونسي<sup>(49)</sup>.

## II - ميدان النظام العام الاقتصادي الحماي

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

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

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

(42) يراجع الفصل الأول من مجلة الصرف والتّجارة الخارجية. وانظر : عصام عيّش، البند التقديمة في المقدّم الداخلي، رسالة للحصول على شهادة التّرسos المعمقة في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1991 .

وبقية شروط البيع (الفصل 22)، تجدر الإشارة، من ناحية إلى القانون عدد 44 لسنة 1991 المتعلق بتنظيم تجارة التوزيع الذي يلزم الفصل التاسع منه كل تاجر بأن «يوفّر للمستهلك خدمات الضمان وخدمات ما بعد البيع بالنسبة للمنتجات والسلع التي يروجها...»<sup>(51)</sup>، ومن ناحية أخرى إلى القانون عدد 117 لسنة 1992<sup>(52)</sup> الذي يهدف حسبما ورد بفصله الأول «إلى ضبط القواعد العامة المتعلقة بسلامة المنتجات ونزاهة المعاملات الاقتصادية وحماية المستهلك». وتعدّ مختلف هذه الأحكام القانونية الحديثة إضافة معتبرة إلى النصوص العديدة والمترفة التي تعمي رضاء المستهلك ضدّ مختلف أساليب الغشّ، ومن أهمّها أمراً 10 أكتوبر 1919 و 11 مارس 1954<sup>(1-52)</sup>.

56 - ولما كان موضوع السكن من المسائل الاجتماعية الحساسة فإنّ التعامل في شأنه يكاد يخرج من نطاق الحرية التعاقدية ليخضع من حيث نظامه ومدّته وشروط تجديده أو انفراضه إلى قوانين آمرة أهمّها يختصّ تنظيم العلاقات بين المسوّجين والمسوّغين إما ل محلات معدّة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية، التي يمكن لتسوّغيها أن يتسلّكوا بحقّ البقاء<sup>(47)</sup>، أو ل محلات ذات الاستعمال التجاري<sup>(48)</sup>، أو ل محلات على ملك الأجانب التي يمكن أيضاً لتسوّغيها التمسّك بحقّ البقاء<sup>(49)</sup>.

57 - وإذا يتبيّن بالرجوع إلى القانون المقارن أنّ حماية المستهلك أصبحت من أهمّ عناصر النظام العام الاقتصادي الحماييّ، فإنّ السياسة التشريعية بتونس تبدو من ناحيتها أيضاً في هذا الاتجاه<sup>(1-49)</sup>. ومن مظاهر ذلك، وفضلاً عن أحكام القانون عدد 64 لسنة 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار<sup>(50)</sup> الذي يتضمّن في جزءه المتعلّق بتنظيم المنافسة التزيمية أحكاماً عديدة ذات صبغة حمايّة، منها تحجّير الامتّانع عن البيع ومنع البيوعات المشروطة (الفصول 6 و 38 و 39) وتحمّيل البائع واجب إعلام المستهلك بالثمن

(47) يراجع القانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرّخ في 18 فبراير 1976 المتعلّق بضبط العلاقات بين المالكين والمكترين ل محلات معدّة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية (الرأي الرسمي للجمهورية التونسية عدد 13 بتاريخ 20 فبراير 1976 ، ص 520).

(48) القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرّخ في 25 ماي 1977 المتعلّق بتنظيم العلاقات بين المسوّجين والمسوّغين فيما يخصّ تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المسمّعة في الحرفة (الرأي الرسمي للجمهورية التونسية عدد 38 بتاريخ 31 ماي و 3 جوان 1977 ، ص 1549).

(49) يراجع المرسوم عدد 13 لسنة 1981 المؤرّخ في أول سبتمبر 1981 المتعلّق بمنع حقّ البقاء للمسوّجين المحلات معدّة للسكنى على ملك الأجانب (الرأي الرسمي للجمهورية التونسية عدد 55 لسنة 1981 ، ص 2150).

(40) 1- يراجع : محمد الحبيب الشريف، حماية المستهلك في زمن التحولات الاقتصادية، ق.ت. 1996 ، عدد 8 ، ص 25 ، مليكة باكي، حماية المستهلك في القانون التونسي، ق.ت. 1994 ، عدد 8 ، ص 41 ، Jean CALAIS-AULOY, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, Rev. trim. dr. civ. 1994, p. 239.

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

(51) أنظر الرأي الرسمي للجمهورية التونسية عدد 49 لسنة 1991 ، ص 1007  
 (52) وهو القانون المؤرّخ في 7 ديسمبر 1992 المتعلّق بحماية المستهلك (الرأي الرسمي للجمهورية التونسية عدد 83 لسنة 1992 ، ص 1583). (الفصل 50 منه). ولكن يراجع في خصوص القانونوضعي التونسي قبل صدور هذا القانون Mohamed Moncef CHAFFAI, "Essai sur la protection pénale du consommateur en Tunisie" mémoire, Faculté de Droit et des sciences politiques et économiques, Tunis, 1975 - 1976, dactyl.

Lotfi LARGUET, La protection du consommateur, Actualités juridiques tunisiennes, n°7, 1993, p. 165 et s.

الفَصلُ الثَّانِي  
مَلُولُ الْإِرَادَةِ

58 - إذا اعتبرنا أن الإرادة هي معيار العقد، فإن تحديد مدلولها يصبح من المسائل الجديرة باهتمام القاضي الذي يدخل في مهماته الأساسية تفسير العقد (الفرع الأول) بصورة يمكن له معها، في مرحلة ثانية، تكييفه (الفرع الثاني). وإذا يتفق الشرائح على أن تحديد الأحكام القانونية المنطبقة على العقد - مكملة كانت أو إجبارية - يفترض حسن تكييفه، فإنه لا نزاع من ناحية أخرى في أن مختلف التقسيمات الفقهية للعقود (الفرع الثالث) إلى أصناف متعددة بحسب خصوصيات كلّ صنف منها تساهم من جهتها أيضاً في ضبط النظام القانوني للعقود وبالتالي في الكشف عن مدلول إرادة أطرافها.

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

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

يفرض الجواب على هذه التساؤلات أن نبحث في جدوى التفسير (1)، وهو ما سيساعدنا على معرفة مدى قابلية العقود للتفسير (2) وعلى

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

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

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

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

62 - ويرجع أصل هذه النظرية خاصة إلى القانون الفرنسي القديم الذي كان يقدم النية على الصيغة والشكل. ويدو أنَّ المشرع الفرنسي لسنة 1804 قد تبناها أخذًا عن DOMAT و POTHIER كما يشهد به صريح أحكام الفصل 1156 من المجلة المدنية الفرنسية التي جاء بها أنه «يجب البحث في مادة العقود عن الإرادة المشتركة للأطراف عوضا عن التوقف عند ظاهر الألفاظ»<sup>(58)</sup>. وقد دأب فقه القضاء الفرنسي على احترام أحكام هذا النص مكرسًا هكذا وباستقرار نظرية الإرادة الباطنة في القانون الوضعي الفرنسي. على أنَّ الأمر كان على خلاف هذا بألمانيا حيث سعت المحاكم إلى التضييق في نطاق الفصل 133 من المجلة المدنية الألمانية، بل إلى تهميش أحكامه المطابقة تمامًا لأحكام الفصل 1156 مدني فرنسي. ويرجع ذلك إلى تأثير المحاكم بالفقه الألماني السائد التمسك بالنظرية الموضوعية<sup>(59)</sup>. وقد صادف ازدهار النظرية الموضوعية الفترة الزمنية التي أعدت فيها مجلة الالتزامات والعقود. ولكن تأثر المشرع التونسي لهذا السبب بالنظرية الموضوعية كما سوف يقع بيانه في الإيَان، فإنَّ أحكام الفصل 515 من م.أ.ع.، التي تنص على غرار القانونين الفرنسي والألماني على أنَّ «العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراتيب»، تفيد بوضوح تأثره من ناحية أخرى بالنظرية الذاتية.

A. RIEG, op. cit., n° 392; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n° 217. (57) يراجع : GOUNOT, "Le principe de l'autonomie de la volonté", Thèse, :

DIJON, 1912, précitée, p. 171; A. RIEG, op. cit., n° 366. (58) يراجع :

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

تحديد طرقه (38) في القانون التونسي.

## § 1 - جدوى التفسير

60 - لقد أفرز الجدل الفقهي الذي ميز هذه المسألة منذ القرن التاسع عشر نظريتين مختلفتين تماما في تصوّرهما بجدوى التفسير : النظرية الأولى ذاتية (I) وقد تبنتها المدرسة الفرنسية، أما النظرية الثانية فهي موضوعية (II) وتترّعّمها المدرسة الألمانية التي تضم إلى جانب الفقه الألماني شقاً هاماً من الفقه الفرنسي تزعّمه صالح.

### I - النظرية الذاتية

61 - إنَّ تصوّر المدرسة الفرنسية لمادة التفسير نابع مباشرة من تصوّرها لمفهوم العقد<sup>(55)</sup>. فيما أنَّ العقد هو توافق إرادتين ونتيجة حتمية لتلاقيهما، فإنه لا يمكن تحديد آثاره الملزمة أو تقديره القانوني إلا بالنظر إلى الإرادة الحقيقة المشتركة لطرفيه. فليس للتفسير من جدوى إذن سوى الكشف عن تلك الإرادة.

وإذ لا ينزع دعاء هذه النظرية في أنَّ الإرادة في ذاتها هي مجرد أحاسيس وشعور ما دامت باقية في حيز النفس، وبالتالي أنَّ القانون لا يهتم بها باعتبارها مكونة للرضاe إلا بعد حصول التعبير عنها وخروجها بذلك إلى العالم الخارجي، فإنَّهم يلاحظون مع ذلك أنَّ تطابق مدلول التصريح بالإرادة أو الإرادة الظاهرة مع الإرادة الحقيقة أو الإرادة الباطنة هو مجرد قرينة تبقى قابلة للدحض ببيانات العكس، مما يتربّط عليه أنه في صورة اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة فإنه لا يعتد إلا بالإرادة الباطنة<sup>(56)</sup>.

ولما كان الهدف من التأويل هو الكشف عن الإرادة الحقيقة المشتركة لطرفي العقد فإنَّ من نتائج هذه النظرية أنَّ نطاق التفسير لا ينحصر في العقود

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

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

نظريّة التصرّيف بالإرادة موجّهة تماماً نحو ضمان استقرار المعاملات وهو ما يؤكّد عليه فقه القضاء بـالمانيا من خلال تبنّيه للشفرة الجوهرية التي اقترحها الفقهاء للغرض في مادّة التفسير، بين التصرفات القانونية المتعلّقة بالمعاملات (Actes d'affaires) التي تشمل في نظرهم جميع العقود وجل التصرفات الأحاديّة، وبين غيرها من التصرفات القانونيّة التي يكاد ينحصر نطاقها في الوصايا<sup>(55)</sup>. ففي حين لا يجوز تفسير القسم الأوّل من التصرفات إلا بالرجوع إلى المقاييس الموضوعيّة المبنية أعلاه الكفيلة وحدها بضمان استقرار المعاملات، فإنه من الجائز قانوناً الغوص في نفسية الفرد بحثاً عن إرادته الحقيقية الباطنة إذا تعلق الأمر بتصرّف خارج عن نطاق التعامل والتّجارة مثل الوصيّة.

64 - وما من شكّ في أنّ المشرع التونسي قد تأثر أيضاً بهذا التّصور الموضوعيّ لتفسيـر العقد. فبالرغم من تصيـصـه على أنّ العبرة بالمقاصـدـ وليسـ بظاهرـالألفاظـ والـترـاكـيبـ (الفصلـ 515ـ مـ 1ـ اـعـ.)ـ،ـ نـزـاهـ يـحـصـرـ منـ جـهـةـ أـخـرىـ نطاقـ التـفسـيرـ فيـ حالـاتـ غـمـوضـ عـبـارـةـ العـقـدـ (الفـصلـانـ 513ـ وـ 514ـ مـ 1ـ اـعـ.)ـ معـ ذـكـرـ طـرقـ تـفـسـيرـ تـغلـبـ عـلـىـ مـعـظـمـهـاـ الصـيـغـةـ المـوـضـوـعـيـةـ<sup>(66)</sup>.ـ فـهـلـ اـسـطـاعـ فـقـهـ القـضـاءـ أـنـ يـوقـقـ بـيـنـ هـاـتـهـ النـصـوصـ الـتـيـ تـبـدوـ مـتـاقـضـةـ مـنـ حـيـثـ اـتـمـائـهـ الـنـظـريـ؟ـ هـذـاـ مـاـ سـنـسـعـ إـلـىـ النـظـرـ فـيـ ضـمـنـ الـفـقـرـتـيـنـ الثـانـيـ وـ الـثـالـثـ أـسـفـلـهـ.

## § 2 - قابلية العقود للفسـير

65 - إنّ تحديـدـ مـدـىـ قـابـلـيـةـ الـعـقـودـ لـلـفـسـيرـ يـسـتـوجـبـ التـوـفـيقـ بـيـنـ أحـكـامـ

(65) حول هذه الشـفـرةـ يـرـاجـعـ :ـ A. RIEG, op. cit., n° 380 et s.

(66) يتبيـنـ بـالـاطـلاـعـ عـلـىـ النـصـولـ 598ـ وـ ماـ بـعـدـهـاـ مـنـ الشـرـوعـ التـمهـيدـيـ لـلـمـجـلـةـ الـمـدـنـيـ وـ الـتـجـارـيـةـ التـونـسـيـةـ رـإـلـىـ مـلـحوـظـاتـ صـانـيـالـاتـ الـمـتـلـقـةـ بـهـاـ،ـ آـتـهـ اـهـتمـامـ بـالـنظـريـاتـ الـحـدـيثـةـ فـيـ مـادـةـ التـفسـيرـ،ـ فـانـ المـشـرـعـ التـونـسـيـ لمـ يـهـمـ تـبـرـيرـ خـيـارـاتـهـ اـسـتـنـادـاـ إـلـىـ الـفـقـهـ وـ الـشـرـعـ الـإـسـلـامـيـنـ.ـ وـيـحدـدـ الـدـكـورـ عبدـ الشـعمـ فـرجـ الصـدـةـ مـوقـعـ الشـرـعـةـ الـإـسـلـامـيـةـ تـحـازـ فـيـ الـجـمـلةـ إـلـىـ جـانـبـ الـإـرـادـةـ الـظـاهـرـةـ.ـ .ـ فـالـمعـنىـ الـواـضـعـ لـلـعـبـارـةـ لاـ يـجـوزـ الـانـجـرافـ عـنـ بـعـحـةـ تـفـسـيرـتـيـةـ الـسـعـادـيـنـ.ـ إـذـ الـأـصـلـ فـيـ الـكـلـامـ الـحـقـيقـةـ.ـ وـلاـ عـبـرـ بـالـدـلـالـةـ فـيـ مـقـابـلـةـ التـصـرـيفـ.ـ وـالـإـرـادـةـ الـبـاطـنـةـ لـاـ يـجـوزـ عـنـهـ إـلـاـ إـذـ قـامـ عـلـيـهـ دـلـيلـ الشـيـءـ فـيـ الـأـمـورـ الـبـاطـنـةـ يـقـومـ مقـامـهـ.ـ فـإـذـاـ لـمـ يـتوـقـرـ هـذـاـ دـكـيلـ حـكـمـ بـالـظـاهـرـ (انـظـرـ المـدـدـ 140ـ،ـ مـنـ 186ـ وـ 192ـ مـنـ "ـنـظـريـةـ الـعـقـدـ فـيـ الـشـرـعـ الـإـسـلـامـيـةـ وـ الـقـانـونـ الرـضـيـيـ"ـ لـلـدـكـورـ الصـدـةـ -ـ دـارـ الـتـهـضـهـ الـعـرـبـيـةـ،ـ الـقـاهـرـةـ،ـ 1990ـ).ـ وـسـوـفـ بـيـنـ التـحلـيلـ لـاحـقاـ أـنـ تـصـورـ الـشـرـعـ التـونـسـيـ لـيـسـ بـعـدـاـ عـنـ هـذـهـ النـظـرـةـ.

## II - النـظـريـةـ المـوـضـوـعـيـةـ

63 - لاـ تـنـكـرـ النـظـريـةـ المـوـضـوـعـيـةـ أـنـ لـلـإـرـادـةـ الـفـسـيـةـ دـورـاـ هـاماـ فـيـ تـكـوـينـ العـقـدـ لـكـنـهـ تـرـىـ مـعـ ذـلـكـ أـنـ يـجـبـ أـنـ يـعـتـمـدـ الـفـقـاضـيـ عـنـدـ التـفـسـيرـ عـلـىـ التـصـرـيفـ بـالـإـرـادـةـ لـاـ عـلـىـ الـإـرـادـةـ ذـاتـهـ،ـ وـهـوـ مـاـ يـبـرـرـ تـسـمـيـةـ هـذـهـ النـظـريـةـ بـنـظـريـةـ التـصـرـيفـ بـالـإـرـادـةـ أـوـ نـظـريـةـ الـإـرـادـةـ الـظـاهـرـةـ.ـ وـيـبـيـنـ دـعـاتـهـ أـنـ الرـضـاءـ لـاـ يـتـمـ وـلـاـ يـكـوـنـ لـهـ أـثـرـ قـانـونـيـ إـلـاـ بـعـدـ الـإـفـصـاحـ بـهـ إـلـىـ الـغـيرـ.ـ إـذـاـ تـمـ ذـلـكـ فـهـوـ يـنـفـصـلـ وـيـسـتـقـلـ عـنـ الـإـرـادـةـ الـتـيـ تـوـلـدـ عـنـهـ لـيـصـبـحـ عـمـلاـ إـجـتمـاعـيـاـ يـلـزـمـ كـلـاـ مـنـ طـرفـهـ نـحـوـ الـآـخـرـ فـيـ حـدـودـ مـاـ صـرـحـ بـهـ<sup>(60)</sup>ـ،ـ وـيـصـرـفـ النـظـرـ عـمـاـ يـكـوـنـ قـدـ خـالـجـ نـفـسـهـ وـقـتـ إـصـدارـهـ.ـ فـإـذـاـ اـخـتـلـفـ إـذـنـ الـإـرـادـةـ الـبـاطـنـةـ عـنـ الـإـرـادـةـ الـظـاهـرـةـ،ـ فـإـنـهـ لـاـ يـعـتـدـ إـلـاـ بـالـإـرـادـةـ الـظـاهـرـةـ الـتـيـ تـعـتـبـرـ مـطـابـقـةـ لـلـإـرـادـةـ الـحـقـيقـيـةـ بـمـوـجـبـ قـرـيـنةـ قـانـونـيـةـ قـاطـعـةـ غـيرـ قـابـلـةـ لـلـدـخـضـ بـإـثـابـاتـ الـعـكـسـ<sup>(61)</sup>ـ.ـ وـيـقـهـمـ مـنـ ذـلـكـ أـنـ الـعـقـدـ لـاـ يـكـوـنـ قـابـلـاـ لـلـتـفـسـيرـ فـيـ ظـلـ هـذـهـ النـظـريـةـ إـلـاـ عـنـدـ غـمـوضـ عـبـارـتـهـ.ـ وـالـهـدـفـ مـنـ التـفـسـيرـ فـيـ هـاتـهـ الصـورـةـ لـيـسـ الـبـحـثـ عـنـ إـرـادـةـ مـشـرـكـةـ،ـ كـثـيرـاـ مـاـ تـكـوـنـ وـهـمـيـةـ وـخـيـالـيـةـ،ـ إـنـماـ السـعـيـ إـلـىـ إـعـطـاءـ الـعـقـدـ مـعـنـيـ مـوـضـوـعـيـاـ مـطـابـقـاـ لـمـاـ يـعـلـيـهـ الـعـرـفـ وـتـفـرـضـهـ قـوـاعـدـ الـإـنـصـافـ وـحـسـنـ الـنـيةـ<sup>(62)</sup>ـ.ـ كـمـ لـاـ تـفـسـرـ كـلـمـانـهـ إـلـاـ بـالـنـظـرـ إـلـىـ الـعـنـيـ الـمـوـضـوـعـيـ الـذـيـ تـسـحملـهـ عـادـةـ فـيـ الـظـرفـ وـالـمـكـانـ الـذـيـ اـسـتـعـمـلـتـ فـيـهـماـ<sup>(63)</sup>ـ.ـ وـيـؤـكـدـ الـفـقـهـاءـ الـأـلـمـانـ أـنـ التـفـسـيرـ السـلـيـمـ هوـ الـذـيـ يـرـاعـيـ قـدـرـةـ الـعـنـيـ بـالـأـمـرـ عـلـىـ الـفـهـمـ.ـ فـلـاـ تـجـوزـ إـذـنـ مـبـاغـتـهـ بـتـفـسـيرـ مـخـالـفـ لـلـمـعـنـيـ الـمـالـوـفـ الـذـيـ تـسـحملـهـ الـعـبـارـةـ عـادـةـ،ـ إـلـاـ إـذـاـ تـبـيـنـ مـنـ طـرـوفـ الـأـحـوـالـ أـنـ فـهـمـهـ أوـ كـانـ عـلـيـهـ أـنـ يـفـهـمـهـ عـلـىـ ذـلـكـ التـحـوـ.ـ وـيـتـضـحـ بـذـلـكـ أـنـ

R. SALEILLES, De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, ouvr. précité; ROUBIER, Théorie générale du Droit, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1951; J. CARBONNIER, op. cit., § 68.

(60) انظر : د. عبد الفتاح عبد الباقى، المذكور أعلاه، عدد 54، ص 115.

MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 21.

A. RIEG, op. cit., n° 380.

(61) يـرـاجـعـ :ـ A. RIEG, op. cit., n° 380.

(62) يـرـاجـعـ :ـ A. RIEG, op. cit., n° 380.

(63) يـرـاجـعـ :ـ A. RIEG, op. cit., n° 380.

(64) انظر مراجع الفقه الالماني في كتاب RIEG, A., المذكور أعلاه، عدد 385، ص 379، الهاشم رقم 87.

يكون مصدر الريب عبارة الكتب نفسها لأن تكون غير واضحة أو قاصرة عن بيان مراد صاحبها (الفصل 514 - 2) أو مشوبة بتناقض موجب للريب حول حقيقة مدلولها (الفصل 514 - 3). ولا يشير البحث عن توفر هذا الشرط أية صعوبة في مثل هذه الحالات طالما أن مشروعية الإلتجاء إلى التفسير من عدمها تبرز من مجرد الإطلاع على الكتب ومعاينة ناقصه.

على أنّ الأمر يكون على خلاف ذلك إذا كانت عبارة العقد سليمة ولا يشوبها من حيث الصياغة أيّ نقص أو غموض. فالسبب الموجي للرّيب في هذه الصورة يتمثل حتماً في عوامل خارجية عن الكتب من شأنها إقامة الدليل القاطع على تناقض صيغته مع صريح الغرض منه. وتتجه الملاحظة في هذا الخصوص أنّ اشتراط وجود موجب للرّيب كشرط أولى للشروع في البحث عن حقيقة المقصود من التّعاقد لا يتعارض مع أحكام الفصل 515 من م.إ.ا.، التي تقدم كما رأينا المقاصد على الألفاظ والتراتيب، وليس سوى نتيجة قرينة تطابق الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة التي لا يمكن دحضها إلا بإثبات العكس. لذلك لا يكفي الإحتجاج بنوايا ومقاصد مزعومة بل يجب أن يكون طلب التفسير مدعماً في هذه الصورة بأدلة قوية ومتظافرة قادرة على تبرير مشروعيته<sup>(70)</sup>. وإذا تأكّد القاضي من وجود موجب للرّيب فمن واجبه حينئذ أن يشرع في التفسير سعياً وراء الكشف عن إرادة الأطراف الحقيقة.

67 - ويبدو أن فقه القضاء قد استقر على هذا الرأي. فالقرارات تؤكد أن التأويل الذي يخوّله الفصل 515 من م.أ.ع. للقاضي يوجب عليه «البحث وراء تحقيق ما كانت عليه نية المتعاقدين»<sup>(71)</sup>. ولكنها تذكر مع ذلك «أن العقود

(70) ويشرط بعض الفقهاء ومنهم ابن قيم الجوزية في المذهب الحنفي قيام هذا الشرط لغلب الإرادة الباطنة على عبارتها المعلنة. ويكتب الدكتور ع. ف. الصدفة على لسان الفقيه ابن قيم الجوزية ما يلي : «... إذا قصد العائد غير ما تدل عليه عبارته، ولم تكن هناك قرائن تكشف عن نيته، كان موازحة بينه ديانة أئم الله، ولكن يتلزم قضاء بحکم العقد كما يوشد من عبارته...» (يراجع ص 191 من «نظريّة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوصيّ» للدكتور ع. ف. الصدفة، المذكور أعلاه).

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

الفصلين 513 و 515 من م.ا.ع. ففي حين ينص الفصل الأول في الذكر على أنه لا عبرة بالدلالة إذا كانت عبارة الكتب صريحة، مكرساً بذلك قاعدة خصوصية من قواعد النظرية الموضوعية<sup>(67)</sup>، نلاحظ أن الفصل 515 قد أتى بعكس هذه القاعدة آخذنا عن النظرية الذاتية أن «العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراتيب»، مما يخوّل مبدئياً للقاضي أن يتجاوز الصيغة، ولو كانت واضحة، ليبحث عن باطن الأمور إذا طلب منه ذلك.

إن التناقض بين النصين يبدو واضحاً من وجهة نظرية. على أن المشرع قد أعفى القاضي عناء حل هذه الصعوبة واعتنى مباشرةً ضمن الفصل 514 من م.أ.ع. بذكر الحالات التي يسوغ فيها تأويل العقد. ويبدو من التأمل في هذا النص أن المشرع غالب فيه النظرية الذاتية على النظرية الموضوعية حيث أن التأويل مسموح به على مقتضاه لا في صورتي غموض عبارة الكتب أو تناقض فصوله فحسب، وإنما أيضاً عند اختلاف عبارته، الواضححة في ذاتها، عن المقصود وصریح الغرض منه (الفصل 514 - ١ م.أ.ع.).

وإذ يتضح مما سبق عرضه أن جدوى التفسير في القانون التونسي تمثل في الكشف عن الإرادة الحقيقة المشتركة، فإنه يكون من المهم، حتى يتبيّن لنا متى يحق للقاضي أن يتجاوز الصيغة ليبحث عن باطن الأمور وحقيقةها<sup>(44)</sup>، وأن نحاول تحديد نطاق كل من الفصلين 513 و515 من م.أ.ع. وذلك من خلال البحث عن شرط قبول التفسير (I) ثم عن جزاء مخالفته (II).

## I - شرط قبول التفسير

66 - إن الشرط الأساسي الذي لا بد من توفره حتى يسمح للقاضي بتأويل العقد هو وجود موجب للرِّيب حول المقصود من التعاقد<sup>(69)</sup>. وقد

<sup>(67)</sup> يرجم التحليل الوارد في العدددين 6:3 و 64 أعلاه.

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

أن يوجد في عبارة العقد أو خارجها ما يثير التردد في المعنى المقصود منه، فإنّ فقه القضاء يعتبر ذلك من قبيل التحرير الموجب للنقض<sup>(76)</sup>. والتحرير في مادة العقود هو بمثابة التفسير المرفوض شكلاً بسبب دقة ووضوح عبارة الكتب وعدم تقديم ما يثير الشك حول تطابقها المفروض مع المقصود والغرض من التعاقد<sup>(77)</sup>، وتستند القرارات القضائية بالنقض من أجل التحرير إلى أحكام الفصل 513 من م.أ.ع. الناصلة على أنه «إذا كانت عبارة الكتب صريحة فلا عبرة بالدلالة». وهو ما يستخلص معه أن دور هذا النص، وكذلك دور الفصل 514 الذي يليه والذي يتحدد على ضوئه مفهوم «عبارة الكتب الصريحة»، ينحصر في نظر فقه القضاء في تحديد نطاق التأويل وليس له أي تأثير على الاتجاه الذي يجب أن تصرف إليه عناية القاضي عندما يشرع في التفسير. إنّ هذا الدور الأخير يرجع أساساً إلى أحكام الفصل 515 من م.أ.ع. التي تلقي على القاضي تقديم النية على الصيغة، مكرّسة بذلك تعاليم النظرية الذاتية.

### § 3 - طرق التفسير

69 - تبيّن من التحليل أعلاه أن الكشف عن إرادة الأطراف الحقيقة هو الغاية التي يرمي إليها التفسير. على أنه سوف يتضح من التأمل في طرق التفسير القانونية أن التفسير الصحيح هو الذي يسعى إلى تحقيق تلك الغاية (I) ولكن مع مراعاة قواعد العرف والإنصاف وحسن النية (II).

(76) يراجع مثلاً القرارات التفصيّة المدنية : عدد 6382، المورخ في 26 ماي 1969، ن.م.ت.، 1969، ص 64، وعدد 796، المورخ في 4 أوت 1976، ن.م.ت.، 1976، ج III، ص 22، وعدد 3746، المورخ في 21 ماي 1981، ن.م.ت.، 1981، ج II، ص 57. يراجع أيضاً القرار التفصيّي المدنى عدد 37969، المورخ في 8 نوفمبر 1994 الذي اعتبر بناء على أحكام الفصل 513 من م.أ.ع. أنه طالما أن العقد «لم يستعمل ولو مرة واحدة عبارة وعد...» مادامت البيانات المضمنة به صريحة فلا داعي لتأويله واعتباره وعد بيع لا عقد بيع متعلق على شرطه (ن.م.ت.، 1994 ، ص 461). وانظر خاصة : Nédir BEN AMMOU, thèse précitée, n° 479 et s.

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

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

تحمل على الصحة والسلامة إلى أن يثبت خلاف ذلك<sup>(78)</sup>، وأن أحكام الفصل 515 جاءت «لصورة ما إذا كان معنى شروط العقد مرتباً فيه ويوجب شرعاً... وأنه لا يمكن أن تخلّ نية المتعاقدين المزعومة محلّ نصّ صريح حال من غموض وإبهام...»<sup>(79)</sup>، الأمر الذي يفهم منه بوجه عام أنه «على المحكمة أن تبيّن المقصود المنصرف إلى نية الطرفين وأن تنجح إلى التفسير كلّما حفّ بعبارات العقد ريب أو خصم شكّ في فحواه»<sup>(80)</sup>.

### II - جزاء مخالفه شرط قبول التفسير

68 - إذا جنح القاضي إلى التفسير في حالة غير إحدى الحالات الثلاث التي يبيّنها الفصل 514 من م.أ.ع. بالعد<sup>(81)</sup>، أو إذا استند إلى إحداها دون

(72) أنظر القرار عدد 10176، المورخ في 29 نوفمبر 1955، (المبدأ)، ق.ت.، العددان 9 و10، سنة 1960، ص 155.

(73) أنظر القرار عدد 231، المورخ في 7 فبراير سنة 1924، (المبدأ)، ق.ت.، العددان 9 و10، سنة 1960، ص 150.

(74) أنظر القرار التفصيّي المدنى عدد 1268، المورخ في 29 مارس 1979، ن.م.ت.، 1979، ج 1، ص 158. تنص عبارة العقد في القضية موضوع هذا القرار صراحة على أن البيع يتمّ باكمال العقار المسجل المبين بالكتاب، ومع ذلك فإنّ محكمة التحكيم لم تتردد في نفس القرار الاستثنائي الذي رفض النظر فيما أدعاه البائع من أنّ نية المتعاقدين انصرفت في الواقع إلى التعاقد بالبيع والشراء في جزء من العقار وليس في كامله. وما يلفت الانتباه حرص محكمة التحكيم على تقليل قرارها تعليلاً دقيقاً يهدف إلى إبراز وجود موجب جديٍ للريب حول محل التزام البائع من شأنه أن يثير الإشكال على تفسير العقد ولربما على تجاوز صريح عبارته، و وكانت من هذا المطلوب من مواخذه قضية الموضوع على التحول التالي : ... واعتبار لهذا الموضوع وما يستدعيه ربط الكلام ببعضه من لزوم رد آخره على أوله وأوكله على آخره بسبعين الدفع ببيان نية الطرفين كانت متصرفة إلى المصنع فحسب ولا تعني شيئاً زائداً عن المساحة المقام عليها، له ما يبرره في نظر القانون. وإنما ذلك كان على المحكمة أن تتحرى وراء مقصد الجانبي بالرورق على حالة البيع المادية وما طرأ على العقار من أوضاع قانونية حتى تبيّن ما إذا كان العقد بعّن قابلًا للتفسير. أما إذا انتصرت في ردّ دفاع الطاعن على ملاحظة أن عقد البيع لا يقبل التأويل في كون المقصود من البيع هو جمّيع موضوع الرسم العقاري بمحاسنه المبنية والمشيد عليها المسلم فإنها تكون قد وقعت في مخالفة القانون بإعمالها سلوك طرائق التفسير التي يجنح إليها كلّما حفّ ... بعبارات العقد ريب أو خصم شكّ على فحواه». إنّ تجاوز القاضي لصريح عبارة العقد الواضحة أمر خطير على استقرار العقود لذلك لابد من التشديد على ضرورة تطابق القرائن الجنديّة الدالة على وجود موجب للريب. ولابد من التذكير هنا أن الحجة على من يذهب إلى مخالفة عبارة العقد لحقيقة المقصود من التساؤل وليس العكس خلافاً لما ذهبت إليه خطأ محكمة التحكيم (القرار عدد 5117، المورخ في 7 فبراير 1983، ن.م.ت.، 1983، ج 1، ص 262) لما اعتبرت ... أن الشروط المدرجة بعقد الكراء المطبوعة لا تكون مازمة للمتعاقدين إلا متى استظهر قاضي الموضوع في نطاق سلطته التقديرية أنها مقصودة منها وناشئة عن إرادتها...».

(75) أنظر القرار عدد 6262، المورخ في 5 ديسمبر 1950، (المبدأ)، ق.ت.، 1960، العددان 9 و10، ص 154.

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

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

## II - ضرورة احترام قواعد العرف والإنصاف وحسن النية

71 - يمكن للمتأمل في الفصول 516 و 529 من م.أ.ع. أن يلاحظ أن عناية المشرع ليست موجهة فيها إلى بيان سبل الوصول إلى الكشف عن إرادة الأطراف بقدر ما هي تراعي من خلال القواعد الامرية التي تتضمنها البعد الاجتماعي والإقتصادي للعقد الذي يفترض ضمان استقرار المعاملات بما يرجع بالفائدة على الاقتصاد وذلك بالسهر على أن تحرر وتتفقد العقود عن حسن نية<sup>(82) ١</sup> وعلى أن تكون عادلة ومطابقة للعرف الجاري به العمل في المكان والظروف التي تم فيها التعاقد. وما من شك في أن هذا البعد يعد أساسياً في نظر المشرع مهما تأكد تعلقه في الظاهر باحترام المقاصد الحقيقية المشتركة. ولو كان الأمر على خلاف ذلك لما تكفل القانون بفرض حلول إلزامية للعديد من حالات الغموض أو التقص في الكتب دون مراعاة لما قد تكون عليه إرادة الأطراف المحتملة في مثل تلك الأحوال (الفصول 524 إلى

(82) القرار عدد 9783، المؤرخ في 21 أفريل 1959، (المبدأ)، ق.ت. 1960، العددان 9 و 10، ص 155؛

وانتظر أيضاً القرار عدد 10334، المؤرخ في 13 نوفمبر 1957، ق.ت. 1960، العددان 9 و 10، ص 155.

والقرار عدد 9535، المؤرخ في 3 ديسمبر 1959، ق.ت. 1960، العددان 9 و 10، ص 156؛ والقرار

التعقيبي المدني عدد 1268، المؤرخ في 29 مارس 1979، ن.م.ت. 1979، ج I، ص 158؛ والقرار

التعقيبي المدني عدد 1509، المؤرخ في 17 مאי 1965، ق.ت. 1965، عدد 9، ص 31 الذي جاء به ما

يأتي: «وحيث أن المحكمة المعرض السلطة الثانية في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود الواردة بها بما تراه

هي أقرب بمقصود المتعاقدين مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى ولملابساتها بشرط أن تبين بحكمها كيف

أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذي اقتنت به ورجحت أنه من مقصد المتعاقدين».

(82) ١ - يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 31607 المؤرخ في 20 جوان 1994 ن.م.ت. 1994، ص 456.

## I - طرق البحث عن الإرادة الحقيقة المشتركة

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

إن استعمال المشرع لصيغة الإيجاب في بعض هاته الأحكام لا يكتسيها بالضرورة طابعاً إلزامياً . والأرجح في نظرنا أنها وردت على سبيل الإرشاد<sup>(80)</sup>. ذلك أن الكشف عن الإرادة الحقيقة للأطراف عمل دقيق ومتشعب يفرض تمكن القاضي من سلطة تقديرية واسعة يستطيع بفضلها أن يتبيّن المقصود من التعاقد انطلاقاً من الصيغة محل التزاع ، واعتباراً لجميع الملابسات وظروف الأحوال التي تختلف من قضية إلى أخرى ، وهو ما يؤكّد عليه فقه القضاء باستمرار حين يعتبر أن «التاویل المخوّل للمحكمة بالفصل 515 يوجب عليها تحقيّق ما كانت عليه نية المتعاقدين»<sup>(81)</sup> أو

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

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

(80) وهو ما ذهب إليه فقه القضاء بفرنسا . انظر شلا : تعقيب مدني فرنسي 6 مارس 1979 - نشرة القرارات المدنية، I، عدد 81، وتعليق محاري فرنسي 19 جانفي 1981 نشرة القرارات المدنية، I، عدد 34.

يراجع أيضاً : J. DUPICHOT, Pour un retour aux textes : défense et illustration du "Petit guide-âne" des articles 1156 à 1164 du code civil, Mélanges FLOUR, 1979, pp. 179 et s.

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

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

### الفرع الثالث : تقسيمات العقود

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

وستحاول في ما يلي أن نعرض أهم أقسام العقود<sup>(89)</sup>.

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

(86) يراجع : تعقيب ، دواوين مجتمعنة ، قرار عدد 120821 ، مورخ في 30 جانفي 1976 ، ق.ت. 1976 ، ع .37.

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

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

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

528). كما أن البحث عن الإرادة الباطنة لا يؤول حتما إلى الحلول التي جاءت بها الفصول 521 و 522 و 529 المستمدّة أساساً من قواعد الإنصاف وحسن النية<sup>(82) - 83</sup>. وتأكّد نية المشرع من جهة أخرى على تقديم الثقة في التعامل على العوامل الذاتية من خلال حرصه على أن يعتمد في التفسير على «العرف المعهود به عادة في محل الكتاب» (الفصول 516 و 519 و 526) وعلى ما هو من طبيعة المقصود من العقد (الفصل 516)<sup>(83)</sup>.

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

### الفرع الثاني : تكيف العقد

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

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

(83) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 3027 المؤرخ في 20 مايو 1981 ، ن.م.ت. 1981 ، ج 11 ، ص 72.

(84) ولكن يراجع القرار عدد 4749 ، المورخ في 7 ماي 1946 ، ق.ت. 1960 ، العددان 9 و 10 ، من 153 الذي يشير صراحة إلى وجوب اعتبار حسن النية في تأويل العقود. وفي نفس هذا المتن يراجع القرار عدد 4268 المورخ في 29 مارس 1979 ، المذكور أعلاه، الذي يدوّن أنه تأسّس نسبة معتبرة على حسن نية الائتمان. كما يفهم من صريح حثّيات القرار عدد 6517 ، المورخ في 7 فيفري 1983 ، المذكور أيضاً أعلاه، أن تجاوز المحكمة للكتب الصريحة والواضحة مردّه اعتبار مصلحة المترفع الذي أكدّت محكمة التعقيب أنه كان مهددا بضرر فادح بسبب عدم احترامه لشرط واضح من شروط العقد ولكنه لا يكتسي أهمية جوهرية في نظر التعاقددين.

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

### § 3 - عقود المعاوضة وعقود التبرع

76 - **عقد المعاوضة** هو الذي يأخذ فيه كلّ من المتعاقدين مقابلًا لما أعطاه، كالبيع والكراء والإجارة وغيرها. أما عقد التبرع فهو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين عوضاً لما أعطاه للأخر، كالهبة والوديعة والقرض بدونفائدة.

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

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

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

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

78 - **العقود المسمّاة** هي العقود التي وضع لها المشرع تسمية وتنظيمها معينين. وقد نظم القانون المدني جملة من العقود ووضع لكلّ منها أحكامًا

<sup>(93)</sup> انظر العدد 388 أسلته.

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

D. GRILLET-PONTON, Essai sur le contrat innommé, thèse, LYON, 1982, ronéo.

<sup>(94)</sup> يراجع:

<sup>(95)</sup> يراجع:

### § 1 - العقود الرضائية والعقود الشكلية والعينية

74 - **العقد الرضائي** : هو العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين دون استلزم شرط آخر. وهذا هو الأصل في العقود ويعتبر نتيجة لسلطان الإرادة. أما العقد الشكلي فهو الذي لا يكفي لانعقاده تراضي الطرفين، بل ينبغي، إلى جانب التراضي، اتباع شكل خاص كتحرير العقد بكتاب رسمي، مثلما هو الأمر بالنسبة للبيوعات العقارية (الفصل 581 م.أ.ع.). ويسمى العقد عينياً إذا كانت صحته رهينة تسليم الشيء، مثل عقد عارية الاستعمال (الفصل 1058 م.أ.ع.), وعقد الوديعة (الفصل 1001 من م.أ.ع.), وعقد الهبة (الفصل 101 من م.أ.ش.).<sup>(96)</sup>

### § 2 - العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة لجانبين<sup>(97)</sup>

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

- أما العقد الملزم للجانبين فهو الذي يلتزم فيه كلّ متعاقد تجاه الآخر، على وجه التبادل بمقتضى الاتفاق المعقود. مثل ذلك عقد البيع الذي يلتزم فيه البائع بنقل ملكية المبيع ويلتزم المشتري بأداء الثمن<sup>(98)</sup>.

انظر من جهة أخرى حول تقسيمات العقود في الفقه الإسلامي : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية المقد والإرادة المفردة، 1984، عدد 37، عبد النعم فرج الصنة - نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوصفي، دار النهضة العربية 1990، عدد 95، ص 112 و 113.

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

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

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

معينة وذلك في الكتاب الثاني من مجلة الإلتزامات والعقود.

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

وتحضن العقود غير المسماة للقواعد العامة للعقود.

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

79 - العقد الفوري هو الذي يتم تفليه دفعة واحدة كما هو الشأن في عقد البيع. أما العقد المتداة فهو الذي ينفرد فيه الإلتزام بأداءات مستمرة أو أداءات دورية (مثل عقدي التأمين والتسويف). وتنظر أهمية التمييز بين العقود الفورية والعقود المتداة فيما يتعلق خاصة بالفسخ الذي يكون رجعياً في العقود الفورية ولا يكون كذلك في العقود المتداة<sup>(97)</sup>.

#### § 7 - العقود البسيطة والعقود المختلطة

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

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

(97) يراجع العدد 401 أسفله.

## آلاب الأول شروط تكون العقد

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

العنوان الأول

## الشروط المتعلقة بالأشخاص

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

الفَصلُ الأوَّل

الْأَهْلِيَّةُ

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

## الفرع الأول : أهلية الوجوب

84 - أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتتمتع بالحقوق وتحمّل الواجبات التي يقررها القانون . والأصل في هذه الأهلية أن تكون كاملة لأنها تتصل بالشخصية القانونية . فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها . وذلك كالجنين الذي يولد ميتاً ، وكالشركة بعد أن تصفى ، وكمن يحكم عليه بالموت المدني في القوانين التي كانت تبيح ذلك<sup>(3)</sup> . على أنه يمكن في حالات خاصة أن تكون هذه الأهلية ناقصة ، وهي الحالات التي يحرم فيها المشرع شخصاً من صلاحية مباشرة تصرف قانوني معين في ظرف معين ، سواء أكان ذلك بنفسه أم بواسطة ، مثل ذلك حرمان بعض الأشخاص كالمحامين والأوصياء المقدمين على أموال غيرهم من حق شراء شيء من تلك الأموال (الفصول 566 إلى 569 م.أ.ع.) ، أو تقييد حق التعامل بالبيع (الفصل 565 م.أ.ع.) أو الإسقاط (الفصلين 354 و 355 م.أ.ع.) أو بالكفالة (الفصل 1481 م.أ.ع.) أو بالهبة (الفصل 206 م.أ.ش.) بالنسبة للمريض في مرض مorte<sup>(4)</sup> . ويتبين من خلال هذه الأمثلة أن فقدان أهلية الوجوب في حالات

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

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

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

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

(4) يراجع تحليلاً لهذا المهرم بمجلة المحاماة لسنة 1983 ، عدد 1، ص 79 وما بعدها : «تعليق على قرار تقسيبي مدنى عدد 11502 مؤرخ في 10 جوان 1975 »، يراجع كذلك المجلة التونسية للقانون لسنة 1979 ، الجزء الأول ، ص 100. يراجع في نفس المعنى كتاب محمد المالقي ، ص 60. وانظر : BEN SALEM : Néziha, Les incapacités en matière de vente, mémoire pour l'obtention du D.E.A. de droit privé, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1992 (dactyl.).

تتصل مع ذلك بالنظام العام، بمعنى أنها إلزامية، ولا يجوز التعديل فيها أو الاتفاق المسبق على ما يخالفها، كالتنازل عن الأهلية أو توسيعها أو التقييد منها. وتشمل هذه الخاصية، إلى جانب أهلية الوجوب، أهلية الأداء. ولا غرابة في ذلك طالما أن مناط هذه الأهلية هو التمييز. فمن لا قدرة له على التمييز، مثل الصبي أو الجنون، أو من لا خبرة له بسبب صغر سنه أو ضعف مداركه، لا يمكن أن تكون له إرادة تخوّل له التصرف القانوني المسؤول الناتج عن رضى صحيح. فلم يكن إذن هناك بد من أن يتکفل المشرع بتنظيم طرق استعمال المحجورين لحقوقهم بصفة إلزامية وحمايتهم بصفة تكاد تكون مطلقة وذلك بتمكينهم من إبطال ما تعاقدوا عليه دون احترام الشروط القانونية التي تستوجبها حالة الحجر (الفصل 8 م.أ.ع.). حتى في صورة استعمال المحجور لحيل قضت بحمل التعاقد معه على الإعتقداد كونه رسيداً أو ماذنا من ولته (الفصل 10 م.أ.ع.)، كل ذلك مع العلم أن من كان أهلاً للتعاقد لا ينتفع بنفس الحق إذا تعامل بصفة مخالفة للقانون مع المحجور عليه. وقد نصَّ الفصل 14 من م.أ.ع. على هذه القاعدة بقوله أن «من كان أهلاً للتعاقد ليس له أن يحتاج بعدم أهلية من عاقده»<sup>(9)</sup>، الأمر الذي يتأكد معه الطابع الحمايَّ المحمض للأحكام الحجر. واعتبر بعض الفقهاء على ذلك الأساس أنَّ حالة الحجر تكون قرينة قانونية غير قابلة للدحض بإثبات العكس على فساد رضاء المحجور الذي يتعاقد بمفرده، بحيث يكون تصرُّفه هذا قابلاً للإبطال بمجرد ثبوت الحجر في شخصه ودون حاجة لإثبات فساد رضاه. ولكن ما هي حالات الحجر وكيف يقع ثباتها؟ هذا ما سنحاول التعرُّف عليه من خلال دراسة أحكام أهلية الأداء.

(9) يراجع القرار التقسيمي المدني عدد 11624، المؤرخ في 25 مايو 1976، ن.م.ت.، ج II، ص 88 (عدد 36). وقد أثبتت فيه محكمة التعيق القرار الإستثنائي الذي أقرَّ صحة بيع كان المشتري فيه دون سند الرشيد ولم يكن له مقدم أو ولد ملاحظة أنَّ القانون حرم حتى نفس معاهد الصنير من الاحتياج بعدم أهلية معاهده (الفصل 14 المدني) ومن باب أولى وأحرى الغير الذي لم يكن طرقاً في هذا المقدار... كما هو الحال بالنسبة للطاعونات في القضية موضوع القرار المذكور. وقد ورد بالقرار عدد 548 المؤرخ في 5 جويلية 1927 (ق.ت، 1960، العددان 9 و10، ص 24) تطبيقاً للفصل 14 من م.أ.ع. أنَّ عدم مراعاة الموجبات الازمة يجعل أعمال القاصر قانونية يعتبر وسيلة خاصة به ولا يقوم بها إلا هو أو مصلحته».

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

## الفرع الثاني : أهلية الأداء

### 1 - مفهوم أهلية الأداء وخصائصها

85 - أهلية الأداء هي صلاحية من له حق، أي من توافر فيه أهلية الوجوب، لمارسة ذلك الحق بنفسه. فالنسبة مثلاً من له حق الشراء أو حق التسويف أو حق الهبة، تتمثل أهلية الأداء في صلاحيته للتعاقد بنفسه لنيل الأثر القانوني الذي ينشده بدون واسطة، فيصبح بائعاً أو مسوغًا أو واهباً. أما فقد الأهلية أو ناقصها فلا يجوز له ممارسة ذلك الحق إلا بطريق نيابة وليه أو وصيه أو المقدم عليه أو بتخصيص منه وذلك بحسب الحالات. ويسمى محجوراً.

86 - ولئن كان الأصل في الإنسان أهلية «الالتزام والإلزام ما لم يصرح القانون بخلافه» (الفصل 3 من م.أ.ع.)<sup>(8)</sup>، مما يترتب عليه أنَّ عبء إثبات انعدام الأهلية أو ناقصها يبقى محمولاً على من يدعى، فإنَّ أحكام الأهلية

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

(6) يراجع الفصل 567 م.أ.ع.

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

(8) يراجع القرار عدد 5436 ، مؤرخ في 5 نوفمبر 1957، ق.ت، 1960، العددان 9 و10، ص 25.

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

### ١- الصغير غير المميز

89 - يعد غير مميزاً حسب الفصل 156 م.أ.ش. الصغير الذي لم يتم الثالثة عشرة من عمره. وتكون جميع تصرفاته باطلة (الفصل 156) بدون استثناء دون فرق في ذلك بين عقود الإغتناء التي يعتني من يباشرها دون أن يدفع عوضاً، كالهبة بالنسبة للموهوب له، وعقود الإدارة، عقود التسويع مثلاً، وعقود التبرع وهي التي ترد على الشيء للتصرف فيه بغير عرض كالهبة بالنسبة إلى الواهب، وعقود التصرف التي ترد على الشيء للتصرف فيه بعرض كالبيع بالنسبة للبائع والمشتري.

90 - ولا يجوز للصغير الذي لم يبلغ من العمر ثلاط عشرة سنة كاملة أن يتعاقد إلا بواسطة ولية الشرعي الذي هو أبوه، أو أمه إذا توفى أبوه أو فقد أهليته. وعند وفاة الآبدين أو فقدان أحليتهم، ولم يكن لقاصر وصي، وجب أن يقدم عليه الحاكم (الفصل 154 م.أ.ش.).

91 - وإذا يصح للولي أن يبرم في حق الصغير غير المميز عقود الإغتناء المحسن وعقود الإدارة بدون آية رخصة، استناداً إلى أحكام الفصل 5 من م.أ.ع. الذي يقرّ بوجه عام مبدأ صحة التعاقد بواسطة، فإنه لا يجوز له إبرام عقود التصرف إلا بإذن خاص من القاضي (الفصل 15 م.أ.ع.). وفيهم من ناحية أخرى من صريح أحكام الفقرة 2 من الفصل 16 م.أ.ع. أن التبرع في حق القاصر محجّر على الولي ولا يجوز لقاضي التقاضي أن يرخص فيه.

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

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

## ٤- ٢ - أحكام أهلية الأداء

87 - خصص المشرع لأحكام أهلية الأداء الفصول 3 إلى 17 من م.أ.ع.، و153 إلى 170 من م.أ.ش. موضوع بابعاشر من م.أ.ش. المذكورة، عنوانه «الحجر». وقد قسم محروراً مجلـة الإلتزامـات والعقود ضمن الفصلـين 5 و 6 المحجورـين إلى صـفين هـما، من جهة صـفـ مـعـلـومـيـ الأـهـلـيـة مـطـلقـاً<sup>(10)</sup> ومن جهة أـخـرى صـفـ ذـوـيـ الأـهـلـيـةـ المقـيـدةـ<sup>(11)</sup>، إـلـاـ أـنـهـ تـجـدرـ المـلاحـظـةـ، نـظـراـ لـصـعـوبـةـ المـادـةـ وـاعـتـبارـاـ لـلـخـاصـيـاتـ الـتيـ تـمـيـزـ كـلـ حـالـةـ منـ حـالـاتـ الـحـجـرـ بـغـضـ النـظـرـ عـنـ الصـنـفـ الـذـيـ تـسـتـمـيـ إـلـيـهـ، أـنـهـ بـالـرـغـمـ مـنـ كـوـنـ النـظـامـ الـقـانـونـيـ لـمـخـلـفـ حـالـاتـ الـحـجـرـ يـتـغـيـرـ فـيـ الجـمـلـةـ بـالـنـسـبـةـ لـكـلـ حـالـةـ حـجـرـ بـحـسـبـ اـنـتـصـائـهـ لـأـحـدـ الصـنـفـينـ الـذـكـورـينـ، بـمـاـ يـجـعـلـ التـرـتـيبـ الـذـكـورـ مـنـطـقـيـاـ لـلـغاـيـةـ، فـإـلـاتـناـ نـفـضـلـ التـخلـيـ عـنـ وـاعـتـمـادـ تـرـتـيبـ يـقـرـبـ أـكـثـرـ مـنـ الـمـخـلطـ الـذـيـ اـخـتـارـهـ مـحـرـرـواـ مـجـلـةـ الـأـحـوالـ الشـخـصـيـةـ فـيـ الـكـتـابـ الـعـاـشـرـ مـنـ هـاتـهـ الـمـجـلـةـ، وـهـوـ التـرـتـيبـ الـمـوـسـسـ عـلـىـ الـعـوـامـلـ الـتـيـ تـتـأـثـرـ بـهـاـ الـأـهـلـيـةـ وـالـسـيـ يـتـجـعـ عـنـ وـجـودـهـ الـحـجـرـ. وـبـاـ أـنـ مـعـيـارـ الـأـهـلـيـةـ هـوـ التـمـيـزـ، فـإـنـ نـقـصـهـاـ أـوـ اـنـدـامـهـاـ يـتـأـثـرـ دـائـماـ بـعـاـمـلـ السـنـ (I). كـمـاـ قـدـ يـتـأـثـرـ بـعـارـضـ مـحـتمـلـةـ مـنـ شـانـهـ إـذـ حـدـثـ أـنـ تـؤـثـرـ عـلـىـ قـدـرـةـ التـمـيـزـ (II).

### I - الحجر للصغر

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

(10) وهو حسب الفصل 5 م.أ.ع. أولاً : الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاط عشرة سنة كاملة. - ثانياً : الرشيد الذي اختل شعوره بما أخرجه عن الإدراك. ثالثاً : التزوات المعنوية المتزكزة الصغير قانوناً. (ويراجع في خصوص أهلية التزوات المعنوية : قرار تعقيبي مدنی عدد 20128، مؤرخ في 17 جانفي 1989، ق.ت، 1991، عدد 6، ص 57).

(11) وهو حسب الفصل 6 م.أ.ع. : «الصغير الذي عمره بين ثلاط عشرة والعشرين سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو ولية، والمحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسوء تصرفهم إذا لم يشاركهم فيها مقدموهم في العقود التي يقتضي القانون مشاركتهم فيها، والمحجور عليهم لتفليسهم، وكذلك من يمنع عليه القانون عقداً من المقدمة».

ولا بد من الملاحظة، تجنبًا لخلط محتمل، أن الحالة الأخيرة تتعلق بأهلية الوجوب بوجه عام لا بحاله معينة من حالات أهلية الأداء. أما المحجور عليهم لتفليسهم فيمتلكون حالة خاصة تدخل في إطار دراسة الإلناس ضمن برامج القانون التجاري.

ترشيده عملا بالفصلين 158 و 159 م.أ.ش. حيث تنص الفقرة الأولى من الفصل الأول في الذكر أنه «يمكن للحاكم ترشيد الصغير ترشيدا مقيدا أو مطلقا، كما يمكن له الرجوع في هذا الترشيد إن قام لديه موجب في ذلك». وجاء بالفقرة الثانية من هذا الفصل صراحة «أن تصرفات الصغير المرشد في حدود ترشيده تكون نافذة صحيحة» على أنه لا يمكن، حسب الفصل 159 م.أ.ش. ، ترشيد الصغير إذا لم يتم الخامسة عشرة».

والجدير بالذكر أن أحكام الفصلين 11 و 12 م.أ.ع. تتعرض إلى الترشيد من أجل تعاطي التجارة دون أن تضارب مع ما جاء بالفصلين 158 و 159 المذكورين. ويبدو أن صلوحيات القضاء في مادة الترشيد أصبحت أوسع منذ صدور مجلة الأحوال الشخصية مما كانت عليه تحت نظام مجلة الإلتزامات والعقود التي لم تهتم سوى بالترشيد من أجل تعاطي التجارة.

## II - عوارض الأهلية

95 - قد يبلغ الإنسان سن الرشد ولكن أهليته تتأثر بعد ذلك بعارض يرجع إلى التمييز. والعوارض ثلاثة في القانون التونسي وهي : الجنون (أ) وضعف العقل (ب) والسفه (ج).

### أ - الجنون<sup>(15)</sup>

96 - يعرف الفصل 160 م.أ.ش. الجنون بكونه «الشخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبيقا يستفرق جميع أوقاته أم تعترف به فرات يثوب إليه عقله فيها». ويتquin الحجر في هذه الحالة «بحكم من المحاكم» (الفصل 161 من م.أ.ش.). ولما كان «كل شخص أهلا للإلزام والإلتزام ما لم يصرح القانون بخلافه» (الفصل 3 من م.أ.ع.)، فإن الجنون الذي لم يصدر في شأنه حكم بالحجر وفقا لمقتضيات الفصل 161 المذكور لا يعد محجورا<sup>(16)</sup> ولا يجوز

(15) يراجع حول الفرق بين المته و الجنون، عبد الرزاق أحمد الشهري، الوسيط، 1، المذكور أعلاه، عدد 156 و 157.

(16) أنظر القرار المنفي الإستئنافي عدد 19172، المؤرخ في 19 نوفمبر 1959. ق.ت. 1960، عدد 2، ص .58

### ب - الصغير الذي تجاوز عمره ثلاثة عشر عاما

92 - إن أهلية الصغير الذي تجاوز عمره ثلاثة عشر عاما دون أن يبلغ سن الرشد تخضع إلى قواعد عامة (1) لا تسحب عليه في صورة ترشيد (2).

#### 1) القواعد العامة

93 - جاء بالفقرة الثانية من الفصل 156 م.أ.ش. أن «الصغير الذي تجاوز الثالثة عشرة يكون مميزا وتصرفاته نافذة إذا كانت من قبيل التفع المحسن وباطلة إذا كانت من قبيل الضرار المحسن. ويتوقف نفاذها في غير الصورتين المذكورتين على إجازةولي». ويستنتج من هذا النص :

1.1 - أن من تجاوزت سنه الثلاث عشرة سنة بعد أهلا لإبرام عقود الإغتناء المحسن بنفسه وبدون استرخاص مسبق من وليه. ويدخل في عقود الإغتناء كل تصرف من شأنه أن يحسن حالة القاصر بدون عوض<sup>(13)</sup>.

2.1 - أنه لا يصح له إبرام عقود التبع المحسن ولو حضي في خصوصها بإجازة وليه.

3.1 - أن إجازةولي ضرورية ولكنها كافية في نفس الوقت لصحة عقود الإدارة التي يرمها من تجاوز سنه الثلاث عشرة سنة.

4.1 - أما بالنسبة لعقود التصرف، فإن إجازةولي لا تكفي لصحتها بدون إذن من المحاكم المختص. ولا يعطي الإذن المذكور إلا عند الضرورة والمصلحة الواضحة للمولى عليه (الفصل 15 من م.أ.ع.).<sup>(14)</sup>

#### 2) حالة ترشيد الصغير

94 - إن القواعد العامة المبينة أعلاه لا تسحب على الصغير الذي وقع

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

(14) يراجع محمد الملاقي، المذكور أعلاه، ص 59، وانظر القرار الشعبي المنفي عدد 6755 مؤرخ في 9 ديسمبر 1982، ن.م.ت. 1982، ج 4، ص 304.

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

وما يلفت الانتباه في خصوص الفصل 162 م.ا.ش. عدم استثنائه لعقود التبرع بما يجوز معه لضعف العقل، بمساعدة وليه، إبرام مثل هذه العقود<sup>(19)</sup>، وذلك على خلاف الصغير المميز الذي لا يحق له ذلك بأي حال من الأحوال عملاً بتصريح أحكام الفصل 155 م.ا.ش.، الشيء الذي يستخلص معه أن تقييد الأهلية لدى ضعف العقل في القانون التونسي هو أقل منه لدى الصغير المميز<sup>(20)</sup>.

(3) 100 - ولما كان حجر ضعيف العقل متوقفاً على حكم كما سبق أن رأينا، فإن تصرفاته قبل الحجر تعد صحيحة. وهذا يعني أن إبطالها يتوقف على إثبات فساد الرضاء المصحح به وفقاً للأحكام العامة للرضا. على أن الفصل 163 م.ا.ش. يعفي طالب الإبطال من عباء إثبات فساد الرضاء إذا كان ضعيف العقل قبل الحجر «مشهراً بضعف العقل وقت التعاقد». ويتوقف الإبطال في هذه الحالة على ثبوت الاشتئار بضعف العقل وقت إبرام العقد<sup>(21)</sup>. فإذا ثبتت تلك الحالة يعامل ضعيف العقل معاملة المحجور بصفة رجعية. ويستتبع من هذا التحليل أن أحكام الفصل 163 م.ا.ش. لا تتعلق إلا بنسبت أدنى صدر في شأنه حكم بالحجر من أجل ضعف عقله، بحيث لا يكفي أن يدعى أو أن يثبت طالب الإبطال اشتئار ضعف العقل وقت إبرام

(18) المصلحة في القيام شرط أساسي لا تقبل بدون توفره الداعوي أمام المحاكم بل ترفض شكلاً ودون المعرض في الأصل (الفصل 19 من م.م.ت.).

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

(20) قارن مع القانون المصري الذي يترك ضعيف العقل (ذو الغفلة في المصطلح المصري) منزلة الصغير المميز (راجع الفصل 115 ق.م.، والستهوري، الوسيط ...، I، المذكور أعلاه، عدد 158).

(21) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 5619، المورخ في 22 أفريل 1968، ق.ت. 1969. عدد 1 و2، من 33. وهو قرار يقضي بتنقض القرار الاستئافي الذي قضى بإبطال تصرفات ضعيف العقل استناداً إلى أحكام الفصل 163 م.ا.ش. دون أن يوضح اشتئار بذلك قبل وضع الحجر عليه. يراجع في هذا المعني أيضاً:

قرار تعقيبي مدني عدد 2877، نونبر 1981، ق.ت. 1981، ج 4، ص 56؛ وحكم مدنى عدد 56605، مورخ في 19 فيفري 1964، ق.ت. 1964، عدد 7، ص 33. يراجع أيضاً القرار التعقيبي المدنى عدد 24709 المورخ في 25 فيفري 1992، ن.م.ت. 1992، ص 456.

بال التالي التمسك في حقه ببطلان تصرفاته إلا على أساس انعدام التصريح الصحيح بالرضا (الفصلان 2 فقرة 2 و59 من م.ا.ع.). وينجر عن ذلك تكليف المدعي في مثل هذه الصورة مشقة إثبات حالة الجنون وقت التعاقد<sup>(22)</sup>.

97 - وبعد الجنون فقد التمييز. فتكون حينئذ تصرفاته غير نافذة (الفصل 162 م.ا.ش.) على غرار تصرفات الصبي غير المميز. ولا يمكن له التعاقد إلا بواسطة وفي الحدود التي ضبطها المشرع للصبي غير المميز (يراجع الفصول 5 - ثانياً و 15 و 16 فقرة 2 من م.ا.ع.).

## ب - ضعف العقل

(1) 98 - ضعيف العقل هو شخص غير كامل الوعي، سيء التدبير، لا يهتدى إلى التصرفات الرائجة، ويفوز في المبایعات (الفصل 160 فقرة 2 م.ا.ش.). ويتعمّن حجر ضعيف العقل بحكم مثل الجنون (الفصل 161 م.ا.ش.).

(2) 99 - وتكون أهلية في ذلك الحال مقيدة على التحوّل المبين بالفصل 162 م.ا.ش. الذي جاء فيه أن «التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه (ضعف العقل) بدون مساعدةولي تكون باطلة إذا لم يجزهاولي». ولا شك أن في أحكام هذا النص، الذي جاء عاماً في اشتراطه لإجازةولي أو مساعدته بالنسبة لجميع تصرفات ضعيف العقل، تضارباً مع أحكام الفصل 9 من م.ا.ع. الذي لا يشترط هذه المساعدة لصحة تصرفات ضعيف العقل التي من شأنها أن تحسن حالته. على أنه قد لا يكون لهذا التضارب المؤسف بين النصوص أيّ أثر من الوجهة العملية إذا اعتربنا أن طلب إبطال عقد اغتناء على

(22) وقد ورد بالقرار التعقيبي المدني عدد 6378 المؤرخ في 23 مارس 1982 (ن.م.ت. 1982، ج II، ص 293)، أن المرجع في ثبوت الميز من عدمه إنما هم الأطباء الذين هم من أهل الخبرة في هذا الشأن... وأن إشهاد العدلين على أن البائع كان وقت البيع مريضاً ولكنه بحالة ميز وإدراك يفهم ما يقول وما يقال له هو في الحقيقة خارج عن نطاق الإشهاد ووظيفة المأمور المعموم وبذلك يمكن معارضته بجميع وسائل الإثبات وبالآخر شهادة أهل الخبرة. قارن أيضاً مع القرار التعقيبي المدني عدد 2005، المورخ في 15 أكتوبر 1963، (ن.م.ت. 1963، ص 52) الذي جاء به في نفس هذا المعنى «أن الملاحة المسجلة من طرف الولاية في بيان أسباب رفض الترخيص في البيع والقافية بيان رفض الترخيص كان لاختلال مدارك البائع بسبب طعنه في السن... لا يتكون منها دليل قانوني ...».

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

### ج - السَّفَه

101 - السَّفَه هو، حسب منطق الفصل 164 م.ا.ش.، «الذِي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف». ويتوقف الحجر عليه حسب نفس النص «على حكم من الحاكم» بما تصبح معه جميع التصرفات التي يباشرها قبل الحكم صحيحة نافذة لا رجوع فيها. أما التي باشرها بعد الحكم فيتوقف نفاذها على إجازة ولئه (الفصل 165 م.ا.ش.). ولا يُعتَدُ بأقرار السَّفَه في الأمور المالية (الفصل 166 م.ا.ش.). ويفهم من هذا العرض «أنَّ مجلة الأحوال الشخصية ضبطت أسباب الحجر وجعلت فرقاً بين نتائج الحجر للسَّفَه والحجر لضعف العقل... فقررت أنَّ التصرفات السابقة للحجر من أجل ضعف العقل يمكن إبطالها إذا كان المحجور عليه مشهراً به وقت إبرامها بخلاف الحجر من أجل السَّفَه فإنَّ التصرفات السابقة عنه تبقى نافذة حسب أحكام الفصلين 163 - 165 منها»<sup>(22)</sup>.

## الفَصل الثَّانِي الرَّضْحِ

(22) يراجع القرار التعنفي المدني عدد 2005، المؤرخ في 15 أكتوبر 1963 (ن.م.ت. 1963، ص 25). وقد قضت في محكمة النقض بالرفض خلو القرار المطعون فيه من العناصر الواقعية المشخصة لضعف العقل المعلوم في تاريخ البيع علاوة على كون قضاة الموضوع لم يبنوا طبيعة الحجر الوارد بالحكم الذي استندوا إليه في حكمهم بما يشكل ضعفاً فادحاً في التدليل اعتباراً لاختلاف السَّفَه وضعف العقل من حيث نظامهما القانونيين. يراجع في هذا المعنى أيضاً : قرار تعنفي مدني عدد 8356، مؤرخ في 29 سبتمبر 1971 (ق.ت. 1972، عدد 1، ص 66).

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

## الفرع الأول : مصدر الرضى : مسألة التعاقد بالنيابة

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

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

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

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

(3) أنظر في خصوص النيابة في التشريع الإسلامي : د. عبد النعم فرج الصدفة، نظرية المقد...، عدد 233، ص 350 وما بعدها.

الحالات التي يفرض فيها القانون أن يبرم الشخص التصرف بنفسه، وهي حالات نادرة أبرزها أداء اليمين<sup>(٤)</sup>.

٤٦ - مقوّمات التعاقد بالنيابة

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

I - تصرف النائب باسم الأصيل وحسابه علانية

106 - تمثل الخاصية المميزة للنيابة في كون النائب يتصرف بصفته تلك باسم أصله المميز ولحسابه بعلم معاقده. ويعتبر هذا الشرط أساسياً لا تقوم النيابة بدونه. فإذا أخفى النائب صفتة تلك عند التعاقد فإن آثار العقد تصرف إليه شخصياً دون الأصل. وقد كرس المشرع هذه القاعدة في مادة الوكالة الإنقافية مبيناً أن «حقوق العقد الذي يضيفه الوكيل إلى نفسه ترجع إليه وهو المطلوب مباشرة لمن عاقده...» (الفصل 1148 من م.أ.ع.). وأنها ترجع على عكس ذلك إلى الموكل دون الوكيل «إذا أضاف الوكيل العقد إلى موكله...» (الفصل 1149 من م.أ.ع.)<sup>(٩)</sup>. وإذا تأكد من هذين التصريحين أن التعاقد بالنيابة لا يتم إلا بعلم المعاقد الذي يتعامل مع النائب، فإن توفر هذا الشرط لا يفترض في نظرنا من جانب النائب إعلاناً صريحاً عن نيابته، إنما يكفي لصحة التعاقد

(8) ينص الفصل 1108 من م.أ.ع. على ما يلي : «لا يصح الترکيل فيما لا يقبل التباهي كاداء اليمين». وقد جرى فقه القضاة بصفة مطردة على اعتبار توجيه اليمين وقلتها من الأعمال الماثلة للأداء فلا ترتب أثراها القانوني إلا إذا باشرها الشخص المعنى بها. فالرکيل على الخصم لا يجوز له مباشرتها في حق موكله...» (قرار تعقيبى مدنى عدد 15766، مؤرخ فى 27 سبتمبر 1988، ن.م.ت. 1988، ص 241).

(٩) يراجع: الفرات التقييمية المدنية: عدد ١٩٣٢، المورخ في ١٣ جوان ١٩٨٤، ن.م.ت. ١٩٨٤، ج. II، ص. ٣٧٣ وعدد ١١٧٧٤، المورخ في ٤ سبتمبر ١٩٨٤، ج. II، ص. ٢٦٩ وعدد ٨٨٣٢، المورخ في ٢٦ مارس ١٩٨٤، ن.م.ت. ١٩٨٤، ج. I، ص. ٣٦١ وق.ت. ١٩٨٥، عدد ٧، ص. ٨٨.

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

وسوف يستند التحليل أسفله إلى مجموع هاته النصوص وإلى أهم ما أورده فقه القضاء في خصوصها سعيا نحو التعريف بالنيابة بوجه عام وتحديد نطاق تطبيقها (٤٦) قبل بيان مقوماتها الأساسية (٤٧) والبحث عن مصادر سلطة النائب وحدودها (٤٨) وأخيراً محاولة حصر آثارها (٤٩).

§ ١ - التّعرِيف بالنّيابة

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

(4) يراجع خاصية الفصول 37 - 40 - 41 و42 من م.أ.ع. والفصلان 154 و155 من م.أ.ش. ، والأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلق بتنظيم تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم، والقانون عدد 27 المؤرخ في 4 مارس، 1958 المتعلق باللابة العمومية والكافلة والتبرع.

WEILL et TERRE, op. cit., n°79; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° : ٤٢٠ CARBONNIER, 4, op. cit., § 53.

پراجع (۶) : P. GAUCH, W.R. SCHLUEP et P. TERCIER, op. cit., 2<sup>e</sup> éd., tome 1, § 17, n° 932 et 933.

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

يكون إلا بالنسبة إلى من ي التعاقد مع من يغير إسمه أو مع الوكيل بالعملة وموكله، فالنيابة تعتبر قائمة ويعمل بها في حقهما، الأمر الذي يتعين معه على من يغير إسمه أو على الوكيل بالعملة أن ينقل آثار التصرف الذي يجريه مع من يتعاقد معه إلى من استعار إسمه أو إلى من وكله... ولما كانت تلك الوكالة لا تظهر لغير طرفها، فقد جرى الفقه والقضاء بمصر على تسميتها بالوكالة المستترة<sup>(15)</sup>. وتسمى في الفقه المقارن بالنيابة المنقوصة<sup>(16)</sup> أو النيابة غير المباشرة<sup>(17)</sup>.

## II - إخلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل

108 - يتكون العقد في حالة النيابة بتلاقي إرادة النائب من جهة وإرادة المعاقد الآخر من جهة أخرى. أما الأصيل فإنه لا يساهم مبدئياً في إبرام العقد ولا يعبر وبالتالي عن إرادته فيه بالرغم من أن العقد يرتب آثاره في ذاته. ولما كان أساس النيابة إخلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل، فإن التعاقد بالنيابة يختلف جوهرياً عن التعاقد بواسطة رسول وذلك من حيث أن الرسول على خلاف النائب لا يعبر عن إرادته الشخصية عند التعاقد إنما يقتصر على نقل إرادة الأصيل إلى الطرف الآخر. ويعتبر التعاقد في هذه الصورة بين غائبين وذلك على خلاف التعاقد بالنيابة الذي يعتبر تعاقداً بين حاضرين إذا جمع النائب ومعاقده مجلس واحد<sup>(18)</sup>.

109 - ويتربّ عمّا سبق عرضه أنه يشترط في النائب أن يكون ممّيزاً عاقلاً قادرًا على التعبير عن إرادة. أما الأهلية فتشترط في الأصيل دون النائب وذلك عملاً بالقاعدة العامة التي لا تفترض اشتراط الأهلية إلا في من تصرف

(15) يراجع : د. عبد الفتاح عبد البافي : نظرية العقد... عدد 110، ص 230، هامش 1 و 2. وانظر أيضاً القرار التعنفي المدنى عدد 9285، المورخ في 21 مارس 1984، ن.م.ت. 1984، ج 1، ص 358.

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

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

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

بالنيابة أن يثبت من ظروف الأحوال أن المعاقد كان على بيته من واقع الأمر<sup>(19)</sup>.

107 - أما إذا تم تصرف النائب مع المعاقد مع إخفاء صفتة عنه، أو بالتصريح بتلك الصفة ولكن دون التعريف بهوية الأصيل<sup>(20)</sup>، فإن وصف تلك العملية بالنيابة لا يصح. بينما يجوز قانوناً وصفها بالوكالة. ذلك أن الوكالة قد تكون مصحوبة بنيابة، وهي في تلك الحالة نوع من أنواع النيابة، وقد تكون غير مصحوبة بها<sup>(21)</sup>. ولشن كانت حالات الوكالة بدون نيابة قليلة في القانون المدني فهي على عكس ذلك عاديّة في القانون التجاري ويتصرّف فيها الوكيل باسمه الخاص دون الكشف عن هويّة موكله كما في حالة عقد وساطة العملاء<sup>(22)</sup> أو حالة الإسم المستعار<sup>(23)</sup>.

ويلاحظ بعض الفقهاء أن الخروج عن نطاق النيابة في هذين المثالين «لا

(10) وما قد يؤكد صحة هذا المثل أن الفصل 1152 من م.أ.ع. جعل من إظهار رسم التوكيل أو نسخة رسسمته... « حق المعاقد الوكيل له أن يطالبه به، لا التزاماً على كامل الوكيل. قارن مع أحكام المادة 106 من القانون المدني المصري التي تقضي بأنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن آخر العقد لا يضاف إلى الأصيل ذاتياً أو مدييناً، إلا إذا كان من المفروض حتى من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب». وقد أخذ المشرع المصري هذا الحكم عن القانون السويسري (الفصل 32 فقرة 2 من قانون الالتزامات السويسري)، قارن أيضاً مع الفقرة الأولى من الفصل 164 من المجلة المدنية الألمانية.

(11) ينهم من أحكام الفصل 1148 من م.أ.ع. أن الإعلان عن صفة النائب دون التعريف بهوية الأصيل لا يكتفى لقيام التعاقد بالنيابة بمعنى أن آثار ذلك المقد تصرف إلى النائب دون الأصيل - الفصل 1148 : «حقوق العقد الذي يضفيه الوكيل إلى نفسه ترجع إليه وهو المطلوب مباشرة من عاقده ولو علم معاقدة أنه اسمه في العقد عارية أو بصفة كونه وكيلاً».

(12) يراجع : د. أنور سلطان - مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار الهبة العربية، عدد 22، ص 27.

(13) يتضمن عقد وساطة العملاء حسب الفصل 601 من م.ت. في «تركيل تاجر على أن يتعاقد مع غيره باسمه الخاص لكن حساب موكله» (أنظر الفصول 601 إلى 608 من م.ت.).

(14) وهي الحالة التي لا يظهر فيها الوكيل في التصرف القانوني الذي يبرمه الوكيل. وقد ورد عن محكمة التقسيب في قرارها عدد 9285، المورخ في 21 مارس 1984 (ن.م.ت. 1984، ج 1، ص 358) التعريف الآتي للإسم المستعار : «وحيث أن تعاقد الوكيل باسمه الخاص ودون إفصاح عن وكالة للشخص الذي يتعاقد معه يسمى في الإصطلاح القانوني بالتعاقد بطريق التسخير أو بواسطة الإسم المستعار. وحيث أن النائب قانوناً أن هذا النوع من التعاقد هو حالة من حالات الوكالة لكنها وكالة مترنة غير ملتفة». وانظر أيضاً : G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial, Tome 1, L.G.D.J., 1977, n° 215; PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, op. cit., n° 667.

### أ - النيابة الاتفاقية

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

### ب - النيابة القانونية

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

## II - تجاوز النائب لحدود سلطته

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

### أ - تجاوز حدود النيابة من حيث الموضوع

115 - تنصُّر آثار العقد الذي يرمي النائب كما رأينا إلى الأصيل. لذلك يجب أن يتصرّف النائب في حدود السلطة المخولة له بموجب الاتفاق أو القانون بحسب الحالات. وإذا خرج النائب عن تلك الحدود فإنّ تصرّفه لا يلزم مبدئياً الأصيل. ونظراً لما قد يؤدي ذلك إلى الإضرار بمصالح الطرف الآخر في العملية أي المعاقد فإنّ المشرع التونسي حاول التوفيق بين مصالح متضاربة : مصلحة الأصيل من جهة، ومصلحة معاقده من جهة أخرى.

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

(23) الفصلان 154 و 155 من م.ا.ع.

(24) يراجع مثلاً الأمر المزبور في 18 جويلية 1957 المتعلّق بتنظيم تسمية المتقدّمين ومراقبة تصرّفاتهم وحساباتهم والأمر عدد 27 المزبور في 4 مارس 1958 المتعلّق بالولاية العمومية والكمالة والتبيّن.

إليه آثار الإلتزام سلباً أو إيجاباً (الفصل 3 من م.ا.ع.). وقد كرسَ المشرع هذا الحلّ صراحة في حالة الوكالة (الفصل 1105 من م.ا.ع.), غير أنه يستثنى بالنسبة لحالات النيابة القانونية التي غالباً ما تقرّر لحفظ مصالح عديم الأهلية، مما لا يعقل معه أن تعهد تلك المصالح لنائب لا تتوفر في شخصه شروط الأهلية الكاملة<sup>(19)</sup>.

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

## § 3 - سلطة النائب<sup>(21)</sup>

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

### I - مصادر النيابة

111 - ينصّ الفصل 37 من م.ا.ع. على أنه «ليس لأحد إلزام غيره أو قبول التزام له إن لم يكن مأذوناً في النيابة عنه بتوكييل منه أو بولاية حكمية»، ويفهم من هذا النصّ أنّ النيابة تتكون بحسب مصدرها من نوعين أساسين. فهي إما نية اتفاقية (أ) أو نية قانونية (ب).

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

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

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

ب - تجاوز حدود النيابة من حيث الأشخاص : مسألة تعاقد التائب مع نفسه 116 - تمثل هذه المسألة في صيغتين. أما الصيغة الأولى فهي التي يتصرف فيها شخص في حق نفسه من جهة وفي حق غيره بصفته نائبا له من جهة أخرى، كأن يشتري زيد لخاصة نفسه العقار الذي كلفه عمرو ببيعه عنه. أما الصيغة الثانية للتعاقد مع النفس فتمثل في التائب الذي يتصرف باسم وحساب أصيلين كان يكون في عملية عقارية معينة وكليا عن زيد بالبيع ووكيلا عن عمرو بالشراء.

فهل يجوز مثل هذا التعاقد ؟ وهل فيه من ناحية التائب تجاوزاً لحدود نيابته؟

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

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

(27) الفصل 181 من المجلة المدنية الألمانية.

(28) يراجع تطبيقا لهذا النص وتحديداً بهذه القانونـيـ القرار التعقيـبيـ المدنـيـ عدد 4252 المؤرـخـ في 17 نوفمبر 1981 ، قـ.ـتـ.ـ 1982 ، عـدـدـ 7 ، صـ 103 . وقد ورد بهذا القرار ما يلى : «وحيث يزخرـ منـ مـنـطقـ هـذـاـ النـصـ وـمـفـهـومـهـ أـنـ التـحـجـيـرـ الـذـيـ جـاهـ بـهـ هوـ تـحـجـيـرـ عـامـ شاملـ لـكـافـةـ التـوـابـ سـوـاءـ الـوارـدـ ذـكـرـهـ بـالـفـصـولـ 566ـ 569ـ أوـ غـيرـهـ مـنـ الشـيـئـينـ بـهـمـ كـالـوكـيلـ الـإـتـقـانـيـ .ـ وـأـنـهـ لـاـ يـقـصـرـ عـلـىـ عـدـمـ جـواـزـ أـنـ يـعـدـواـ لـأـنـفـسـهـمـ فـيـ ماـ وـقـعـتـ إـنـيـهـمـ فـيـ وـدـونـ لـزـومـ أـنـ يـكـونـ التـائـبـ مـصـرـفـاـ فـيـ أـمـلاـكـ مـوـكـلـهـ بـلـ إـنـ يـشـمـلـ حـتـىـ الـتـيـابـةـ فـيـ إـجـراءـ عـمـلـ أـوـ إـبـرـامـ عـقدـ فـيـ أـمـرـ مـعـينـ .ـ وـهـوـ الـإـتـجـاهـ الـذـيـ كـانـ سـارـتـ فـيـ هـذـهـ الـمـحـكـمـةـ فـيـ قـرـارـهـ الصـادرـ فـيـ 2

بالإضافة إلى تحديده لالتزامات الوكيل بشدة معتبرة إذا كانت الوكالة في حق قاصر أو مولى عليه أو ذات معنوية، أو إذا كان الوكيل مأجورا (الفصلان 1131 و 1132 من م.أ.ع.).، تتجلـىـ إرـادـةـ المـشـرـعـ أـكـثـرـ فـيـ سـعـيـهـ، مـرـاعـةـ لـمـصـالـحـ الـمـعـاـقـدـ، لـإنـقـاذـ الـعـقـدـ فـيـ أـكـثـرـ مـاـ يـمـكـنـ مـنـ تـجـاـوزـاتـ الـوـكـيلـ .ـ وـمـثـالـ ذـلـكـ مـاـ نـصـ عـلـىـ فـصـلـ 1155ـ مـ.ـأـ.ـعـ.ـ مـنـ أـنـ «ـالـوـكـيلـ يـبـقـيـ مـلـزـمـاـ بـتـصـرـفـاتـ الـوـكـيلـ الـخـارـجـةـ عـنـ حـدـودـ سـلـطـتـهـ :

- 1) إذا اطلع عليها وأمضها ولو بغير تصريح،
- 2) إذا انتفع بها،
- 3) إذا خالف الوكيل أمر موكله بما هو أحسن،
- 4) إذا خالف الوكيل شرط موكله بالزيادة في التكاليف إذا كان الفرق يسيرا...».

ولا بد أن نذكر في نفس هذا المعنى بأحكام الفصل 1163 م.أ.ع. التي تنص على أن «عزل الوكيل عن كل الوكالة أو عن بعضها لا يكون حجة على من عاقد جاملا بالعزل...». ولعل في أحكام هذا النص تكريسا لنظرية الوكالة الظاهرة التي عمّقتها شرائح القانون في فرنسا في غياب نص بالملحق المدني الفرنسي مثل الفصل 1163 من م.أ.ع. تراعي فيه بنجاعة مصالح من تعاقد عن حسن نية مع من فقد حق النيابة<sup>(25)</sup>.

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

## ٤ - آثار النيابة

118 - في علاقـة الغـير المـعـاـقـد بـالـنـائـب : بما أنَّ آثار العـقـد بـها فـيهـا مـن حقوق وواجبـات تـنـصـرـف إـلـى الأـصـيلـ، فإـنهـ لا يـكـنـ للـنـائـبـ أـنـ يـطـالـبـ المـعـاـقـدـ بـأـيـ حـقـ مـتـولـدـ عنـ العـقـدـ كـمـاـ لاـ يـكـنـ مـلـزـماـ قـبـلـ المـعـاـقـدـ (الـغـيرـ) بـأـيـ التـزـامـ.

119 - في عـلـاقـةـ الغـيرـ المـعـاـقـدـ بـالـأـصـيلـ : تـولـدـ آثارـ التـصـرـفـ الـذـيـ يـبرـمـ الـنـائـبـ فـيـ ذـمـةـ الـأـصـيلـ مـباـشـرـةـ وـيـصـيرـ هـذـاـ الـأـخـيـرـ بـذـلـكـ دـانـاـ وـمـدـيـناـ.

120 - في عـلـاقـةـ النـائـبـ بـالـأـصـيلـ : تـخـصـعـ هـذـهـ الـعـلـاقـةـ إـلـىـ الـإـتـفـاقـ الـذـيـ يـنـظـمـهـاـ فـيـ حـالـةـ الـنـيـابـةـ الـإـتـفـاقـيـةـ وـإـلـىـ الـقـانـونـ فـيـ حـالـةـ الـنـيـابـةـ الـقـانـونـيـةـ.

## الفـرعـ الثـانـيـ : وجودـ الرـضـيـ

121 - كـيـفـ وـمـتـىـ وـأـيـنـ يـوـجـدـ الرـضـيـ ؟ إنـ الجـوابـ عـلـىـ هـاتـهـ الـأـسـنـةـ أـسـاسـيـ طـالـمـاـ الـعـقـدـ لـاـ يـعـدـ تـامـاـ مـبـرـمـاـ إـلـاـ بـحـصـولـ رـضـاءـ طـرفـهـ (عـلـىـ أـرـكـانـهـ وـعـلـىـ بـقـيـةـ الشـرـوـطـ الـمـبـاحـةـ الـتـيـ جـعـلـهـاـ الـمـعـاـقـدـاـنـ كـرـكـنـ لـهـ) (الفـصلـ 23ـ مـ.ـاـ.ـعـ.). وـلـئـنـ أـجـمـعـتـ مـعـظـمـ التـشـريعـاتـ عـلـىـ أـنـ رـضـاءـ الـطـرـفـينـ يـحـصـلـ بـتـلـاقـيـ إـرـادـيـهـمـاـ (16)ـ وـتـطـابـقـهـمـاـ عـلـىـ إـنـشـاءـ أـثـرـ قـانـونـيـ مـلـزـمـ، فـإـنـ تـحـدـيدـ تـطـابـقـ بـتـلـاقـيـ إـرـادـيـهـمـاـ (16)ـ وـتـطـابـقـهـمـاـ عـلـىـ إـنـشـاءـ أـثـرـ قـانـونـيـ مـلـزـمـ، فـإـنـ تـحـدـيدـ تـطـابـقـ بـتـلـاقـيـ إـرـادـتـيـنـ منـ حـيـثـ الـمـكـانـ وـالـزـمـانـ كـثـيـراـ مـاـ يـكـنـ مـصـدرـ صـعـوبـاتـ مـادـيـةـ وـقـانـونـيـةـ هـامـةـ وـذـلـكـ لـأـسـبـابـ مـنـ الـمـكـنـ حـصـرـهـاـ، مـنـ نـاحـيـةـ فـيـ الـطـرـوفـ الـمـكـانـيـةـ لـلـتـعـاـقـدـ الـتـيـ تـمـيـزـ مـسـأـلـةـ الـتـعـاـقـدـ بـيـنـ غـائـبـيـنـ أـوـ الـتـعـاـقـدـ بـمـرـاسـلـةـ (28)، وـمـنـ نـاحـيـةـ أـخـرـىـ فـيـ تـشـعـبـ مـوـضـعـ الـتـعـاـقـدـ الـذـيـ كـثـيـراـ مـاـ يـفـرـضـ عـلـىـ الـمـعـاـقـدـيـنـ وـخـاصـةـ عـلـىـ رـجـالـ الـأـعـمـالـ مـنـهـمـ إـبـرـامـ اـتـفـاقـاتـ تـهـيـدـيـةـ لـتـكـوـيـنـ الـعـقـدـ (38).

## ٥ - تـلـاقـيـ الـإـرـادـتـيـنـ

122 - إنـ التـرـاضـيـ بـيـنـ الـطـرـفـيـنـ الـمـعـاـقـدـيـنـ يـتـمـ بـصـدورـ قـبـولـ عـنـ أحـدهـمـاـ، وـيـسـمـيـ القـابـلـ أوـ الـمـوـجـبـ لـهـ، لـعـرـضـ أوـ إـيـجـابـ بـادرـ بـهـ الـطـرـفـ الـآـخـرـ وـيـسـمـيـ الـمـوـجـبـ. فـإـذاـ اـقـرـنـ إـيـجـابـ (I)ـ بـقـبـولـ مـطـابـقـ لـهـ (II)ـ تـمـ

تـحـرـمـ عـلـىـ الـأـوـلـيـاءـ وـالـأـوـصـيـاءـ وـالـمـقـدـمـيـنـ وـالـمـحـاـمـيـنـ حـقـ شـرـاءـ الـأـمـلاـكـ الـرـاجـعـةـ لـنـظـورـيـهـمـ، وـكـذـلـكـ بـالـفـصـلـ 78ـ مـ.ـتـ.ـ الـذـيـ لـاـ يـسـمـحـ لـمـسـيـرـيـ الشـرـكـاتـ الـخـفـيـةـ الـأـبـسـ الـتـعـاـقـدـ شـخـصـيـاـ مـعـ تـلـكـ الشـرـكـاتـ إـلـاـ بـشـروـطـ مـضـبـوـطـةـ كـفـيـلـةـ بـضمـانـ مـصـالـحـ الـذـاتـ الـمـعـنـيـةـ (29).

## III - الـنـيـابـةـ بـدـوـنـ سـلـطـةـ

117 - إنـ الـعـقـدـ الـذـيـ يـبـرـمـ الـنـائـبـ بـدـوـنـ سـلـطـةـ لـاـ تـنـصـرـ آـثـارـهـ إـلـىـ الـأـصـيلـ. عـلـىـ أـنـهـ «يـصـحـ الـتـعـاـقـدـ فـيـ حـقـ الـغـيرـ عـلـىـ شـرـطـ تـصـدـيقـهـ...»ـ (الفـصلـ 40ـ مـ.ـاـ.ـعـ.)ـ وـلـاـ يـنـفـكـ فـيـ هـاتـهـ الصـورـةـ التـزـامـ الـمـعـاـقـدـ إـلـاـ إـذـاـ لـمـ يـعـرـفـ مـنـ وـقـعـ الـعـقـدـ فـيـ حـقـهـ بـمـوـافـقـتـهـ فـيـ أـجـلـ مـنـاسـبـ غـايـةـ خـمـسـةـ عـشـرـ يـوـمـ مـنـ تـارـيخـ إـعـلـامـهـ بـالـعـقـدـ مـنـ طـرفـ الـمـعـاـقـدـ (الفـصلـ 40ـ مـ.ـاـ.ـعـ.). وـهـيـ حـالـةـ الـوـكـالـةـ الـلـاحـقـةـ (30)ـ الـتـيـ يـنـصـ عـلـيـهـاـ الـفـصـلـ 41ـ مـ.ـاـ.ـعـ.). بـقـوـلـةـ أـنـ: «الـتـصـدـيقـ عـلـىـ الـعـقـدـ كـالـتـوـكـيلـ»ـ (31).

نـوـفـيـرـ 1944ـ تـحـتـ عـدـدـ 4671ـ وـأـبـرـزـتـ فـيـ مـنـ جـهـةـ أـخـيـرـ الـوـاردـ بـالـفـصـلـ 549ـ مـدـنـيـ...ـ لـاـ يـقـتـصـرـ عـلـىـ الـمـقـدـمـ وـالـمـدـيـرـ وـأـنـماـ يـعـدـ حـكـمـ حـتـىـ إـلـىـ الـرـوـكـيلـ الـأـتـمـيـ باـعـتـارـ أـنـ الـمـقـدـمـ وـالـمـدـيـرـ إـنـماـ وـرـدـ عـلـىـ سـيـلـ الـمـالـ الـمـسـتـجـ منـ إـضـافـةـ أـدـاءـ الشـيـءـ الـكـلـمـيـ الـمـقـدـمـ وـالـمـدـيـرـ لـاـ عـلـىـ وـجـهـ الـحـسـرـ وـالـإـسـيـعـابـ. وـحـيـثـ أـنـ الـقـاعـدةـ الـمـشـارـ إـلـيـهاـ وـالـمـعـلـقـ بـعـدـ جـواـزـ عـدـ الـرـوـكـيلـ لـفـسـهـ فـيـ مـاـ وـقـعـتـ إـنـاتـهـ فـيـ بـعـزـمـاـ مـاـ قـرـرـهـ الـقـبـيـهـ الـمـالـكـيـ أـبـنـ زـرـقـونـ مـنـ أـنـ إـخـتـلـفـ فـيـ الـرـوـكـيلـ عـلـىـ شـرـاءـ سـلـعـ بـعـيـهـاـ يـشـتـرـيـهاـ الـرـوـكـيلـ لـفـسـهـ فـرـوـيـ أـصـيـعـ عـلـىـ أـبـنـ القـاسـمـ أـنـ الـسـلـعـ لـلـأـمـرـ (الـمـيـارـ الـجـدـيدـ لـلـشـيـخـ الـمـهـدـيـ الـوـزـانـيـ). وـأـنـطـرـ أـيـضاـ الـفـرـارـ الـتـعـقـيـبـيـ الـمـدـنـيـ عـدـدـ 44867ـ الـمـوـرـخـ فيـ 6ـ فـيـفـريـ 1995ـ الـذـيـ أـجـازـ بـعـدـ الـرـوـكـيلـ لـزـوـجـتـ مـلـاحـظـاـ أـنـ مـجـرـدـ وـجـودـ قـرـابةـ وـلـوـ كـانـتـ مـتـبـةـ لـاـ يـكـنـ لـقـيـامـ الـوـسـاطـةـ طـالـاـ لـمـ يـثـبـتـ عـلـىـ التـحـوـرـ الـمـبـيـنـ بـالـفـصـلـ 486ـ مـ.ـاـ.ـعـ.). أـنـ الـعـقـدـ كـانـ فـيـ حـقـيـقـةـ الـأـمـرـ مـسـنـدـ إـلـىـ الـرـوـكـيلـ لـاـ إـلـىـ زـوـجـتـهـ (قـ.ـتـ.ـ 1996ـ،ـ عـدـدـ 10ـ،ـ صـ 83ـ).

(29)ـ فـيـ خـصـوصـ مـسـأـلـةـ الـتـعـاـقـدـ مـعـ إـنـقـاصـ الـقـيـمـ الـمـعـاـقـدـيـنـ،ـ يـرـاجـعـ دـ.ـ عبدـ المـنـعـ فـرجـ الصـنـدـ،ـ نـظـرـيةـ الـعـقـدـ...ـ عـدـدـ 250ـ،ـ صـ 375ـ وـمـاـ بـعـدـهاـ.

(30)ـ يـرـاجـعـ الـفـرـارـ الـتـعـقـيـبـيـ الـمـدـنـيـ عـدـدـ 17108ـ،ـ الـمـوـرـخـ فيـ 2ـ مـاـيـ 1989ـ،ـ قـ.ـتـ.ـ 1990ـ،ـ عـدـدـ 6ـ،ـ صـ 57ـ الـذـيـ يـنـصـ عـلـىـ أـنـ مـاـ يـصـدـرـ عـنـ الـرـوـكـيلـ يـعـضـيـ فـيـ حـقـ الـرـوـكـيلـ وـلـوـ كـانـ الـرـوـكـيلـ لـاـحـقاـ لـذـلـكـ التـصـرـفـ.ـ وـأـنـطـرـ أـيـضاـ الـحـكـمـ الـإـيـدـاـنـيـ الـمـدـنـيـ عـدـدـ 36ـ،ـ الـمـوـرـخـ فيـ 29ـ دـيـسـمـبـرـ 1960ـ،ـ قـ.ـتـ.ـ 1961ـ،ـ عـدـدـ 2ـ،ـ صـ 56ـ الـذـيـ جـاءـ بـهـ أـنـ الـتـعـاـقـدـ فـيـ حـقـ الـغـيرـ يـصـحـ بـقـوـلـةـ بـتـوـرـ أـرـكـانـهـ حـسـبـ الـفـصـلـ 40ـ مـ.ـاـ.ـعـ.ـ وـأـنـ الـفـرـارـ الـجـوـهـريـ أـجـنـيـ بـخـلـافـ الـثـانـيـةـ.

(31)ـ يـرـاجـعـ فـيـ خـصـوصـ هـاتـهـ الـمـسـأـلـةـ،ـ عـدـدـ 459ـ أـسـفـلـهـ وـمـاـ بـعـدـهاـ.

(2) 126 - يجب أن يكون الإيجاب دقيقاً مشتملاً على كامل أركان العقد وعلى بقية شروطه المباحثة (الفصل 23 م. 1. ع.). بحيث يكفي أن يعبر الموجب له عن قوله «قبلت» ليصبح التّراضي ويكتمل العقد (الفصل 32 م. 1. ع.). ومن ذلك أنّ الإيجاب في البيع يفترض بيان المبيع وتحديد وتحديد ثمنه وإنّه لا يعدّ إيجاباً. على أنه لا يشترط في الإيجاب أن يكون موجهاً لشخص معين. ويجوز بالتالي أن يكون موجهاً للعموم. ومثال ذلك، الحالة المنصوص عليها بالفصل 36 م. 1. ع. المتعلّق بعرض الشيء للمزايدة الذي يعدّ «إيجاباً يقبله من وفقت عليه المزايدة...» حسب صريح الفصل 36 المذكور<sup>(35)</sup>. ولا يعتبر الإيجاب غير مشتمل على كامل أركانه بسبب عدم بيانه لشخص الموجب له، إلا إذا تعلق بعقد يعتمد فيه بالإعتبار الشخصي كعقود الشغل والوكالة والتبرع. فالعرض الموجه إلى العموم بقصد إبرام عقد شغل مثلاً، ليس إيجاباً بالمعنى القانوني لهذه العبارة. ومجراً قوله من طرف شخص لا يكفي لإتمام العقد. ولا يحصل الرّضى في هذه الحالة، نظراً لأهمية شخصية التعاقد في عقد الشغل، إلا بعد موافقة الطرف الذي بادر بالعرض على شخص من قبل ذلك العرض<sup>(36)</sup>.

(3) 127 - وإن كان لابدّ على الموجب أن يظهر إرادته في التعاقد حتى تبلغ إلى الشخص أو الأشخاص المعنيين بالإيجاب، فإنّ الظاهر بالإرادة إلى الخارج لا يخضع مبدئياً إلى أي شرط شكلي<sup>(37)</sup>. ويجوز الإيجاب كتابة عن طريق الرسائل إلى الحرفاء، أو الإعلانات أو الإشهارات، كما يجوز شفاهة أو حتى بمجرد الإشارة كالتالي يوجهها مسافر إلى سائق سيارة أجرة.

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

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

(37) يراجع في هذا الموضوع : GHESTIN, op. cit., n° 282 et s.; A. RIEG, Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français, Trav. Ass. Capitant, 1968, p. 43, n° 3; P. GODE, Volonté et manifestations tacites, thèse LILLE, 1977, préface J. PATARIN.

التّراضي وصحّ العقد<sup>(32)</sup>.

## I - الإيجاب

123 - الإيجاب هو تعبير باتّ عن إرادة حرّة، حقيقة، جدية وواعية يتضمّن عرضاً للتعاقد حسب شروط معينة يوجهه الموجب لشخص آخر معين أو لأشخاص غير معينين. فما هي إذن خصائص الإيجاب (أ)، وما هي آثاره (ب).

### أ - خصائص الإيجاب<sup>(33)</sup>

124 - من الخصائص المميزة للإيجاب أن يكون باتّاً لا لبس فيه (1)، دقيناً مشتملاً على كامل أركان العقد (2) دون أن توقف صحته على أي شرط شكلي (3).

(1) 125 - يجب أن يكون الإيجاب باتّاً لا لبس فيه : ويعني بذلك أن يكون معبراً عن إرادة صريحة للتعاقد في ظروف وبشروط مضبوطة. ولا يعدّ إيجاباً مجرّد التّعبير عن رغبة في التعاقد لا تتضمّن شروط ذلك التعاقد ويقصد بها فقط دعوة الطرف الآخر للتفاوض<sup>(34)</sup> ، كمن يعرض شيئاً للبيع دون بيان ثمنه.

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

ونظر أيضاً ، د. عبد النّعم فرج الصّنة : نظرية العقد... § 152 إلى 155. ود. عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية العقد... ص 119 إلى 243.

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

(34) انظر تطبيقاً لهذه القاعدة القرار المدني الصادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس في 1 ديسمبر 1960 تحت عدد 127 ، ق. ت. 1961، ص 1544 الذي اعتبر من جهة أنّ أحكام الفصل 18 من م. 1. ع. ، التي تنصّ على أنّ مجرّد الوعد لا يترتب عليه التّزام ، لا تطبق إذا تضمن ذلك الوعد كامل الأركان الجوهرية للعقد، ومن جهة أخرى أنّ طلب الفتح استناداً إلى الفصل 18 المذكور يعدّ من اللغو ولا موضوع له في الوعد المجرّد. يراجع في نفس المعنى قرار تعييب مدني عدد 5009 ، مؤرخ في 16 فيفري 1982 ، ن. م. ت. 1982 ، ج 1 ، ص 377 . والقرار التّعقيبي المبني على المذكور في 6 أوت 1992 ، ن. م. ت. 565 ، ص 1992.

أن القبول يبقى جائزًا ولو تأخر عن الإيجاب ما دام قد صدر قبل آخر المجلس<sup>(41)</sup>. أما الشافية فيشير طون الفور في القبول ولكنهم يقولون في الوقت ذاته بخيار المجلس<sup>(42)</sup>. ومعنى ذلك أنه يجوز للموجب له أن يرجع في قوله قبل آخر مجلس العقد، مما يجعل الفرق بين المذهبين الحنفي والشافعى محدوداً جداً عملياً. أما المذهب المالكى فيشرط الفورية بدون تنازل، وهو حل ينطوي على مساوىء جسيمة بالنسبة للموجب له الذى يحتاج بدون شك إلى مهلة زمنية يفكر أثناءها في الجواب الأكثر ملائمة مع مصالحه. وهو ما وقع التعبير عنه في البدائع كما يلى : «ولنا أنّ في ترك اعتبار الفور ضرورة لأن القابل يحتاج إلى التأمل ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل»<sup>(43)</sup>. فما هو موقف القانون التونسي من هذين الإتجاهين: هل هو يمكن القابل من مهلة كافية للتأمل الذي يحتاجه بالرغم من تسكه المبدئي بالفورية، مثلما هو الأمر في المذهبين الحنفي والشافعى<sup>(1.2)</sup>، أم أنه يقر الفورية بدون تنازل على غرار المذهب المالكى<sup>(1.1)</sup>؟

1 - 1.1 - إن الأخذ بالفورية المطلقة يدوّعنا في القانون التونسي إذا اعتبرنا من جهة إشارة المشرع الصريحة ضمن الفصل 27 المذكور إلى ضرورة القبول الحيني، وكونه من جهة أخرى لم يعن بتنظيم مهلة زمنية للقبول إلا في الحالات التي يستحيل فيها مادياً القبول الحيني، وهي صور التعاقد بين غائبين، تاركاً في ما عدا ذلك من الحالات مسألة أجل القبول من عدمه إلى محض اختيار الموجب نفسه<sup>(44)</sup>. ومن نتائج الفورية المطلقة أن الموجب ليس ملزماً بالبقاء على إيجابه مهلة زمنية معينة، ولو حق الرجوع فيه مادام العقد لم يتم بالقبول (الفصل 30 من م.أ.ع.).

ولقد كرس الفقه والقضاء بفرنسا مبدأ حرية الرجوع في الإيجاب استناداً

(41) يراجع السنهوري ، الوسيط، I، عدد 109، ص 215، الهامش عدد 1.  
وانظر شفيق شحاته : Théorie des obligations en droit musulman, n° 139

(42) يراجع السنهوري ، المرجع المذكور أعلاه.

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

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

## ب - آثار الإيجاب

128 - هل يلزم الإيجاب الموجب ؟ إن الرد على هذا السؤال الهام يعلينا أن نفرق بين الإيجاب المجرد (1) وعني به الإيجاب غير المقيد بأجل، والإيجاب المقيد بأجل (2).

### 1 ) الإيجاب المجرد

129 - جاء بالفصل 27 من م.أ.ع. أنه «إذا عرض شخص على شخص آخر حاضراً بمجلسه عقداً من العقود ولم يعين له أجل لقبوله أو رفضه فلا يتربّ على ذلك شيء إن لم يقبله في الحين. وهذا الحكم يجري فيما يعرضه شخص آخر بواسطة التلفون». يفهم مبدئياً من صريح أحكام هذا النص أنه لا يتربّ على الإيجاب الصادر من الموجب إلى شخص حاضر بمجلسه أيّ أثر، بل يسقط الإيجاب بمجرد عدم قبوله في الحين. وقد أخذ المشرع التونسي هذه القاعدة عن التشريعين الألماني<sup>(38)</sup> والسويسري<sup>(39)</sup>.

على أن اشتراط الفورية في القبول مستمد أيضاً من التشريع والفقه الإسلامي<sup>(40)</sup>. وتتبّغ الإشارة في هذا الخصوص إلى أن معظم المذاهب الفقهية قد لطفت من شدة قاعدة الفورية بالنسبة للموجب له. وقد اعتمد المذهب الحنفي للغرض نظرية اتحاد مجلس العقد. ومجلس العقد هو المكان الذي يضم التعاقددين طيلة اشتغالهما بالتعاقد. والمقصود باتحاد مجلس العقد

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

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

(40) يراجع : د. عبد المنعم فرج الصندوحة : نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانونوضعي، القاهرة 1990، الجزء الأول، ص 272 إلى 287. عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء 2، ص 5 وما بعدها، وكذلك الوسيط، I، عدد 109، ص 214.

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

2.1 - 131 - وإذا يتبيّن من التحليل أعلاه أن الثقة والأمانة في التعامل يفرضان على الموجب إحترام فترة التأمل التي يحتاجها الموجب له، فإنه يصبح من الضروري البحث عن سند التّعويض الملائم في القانون التونسي عن الأضرار الناجمة عن الرجوع السابق لأوانه في الإيجاب الصادر بدون تحديد أجل للجواب. على أنّ الأمر قد لا يكون بالصّعوبة التي شاهدناها في القانون الفرنسي، ذلك أنّ السند الذي نبحث عنه يمكن أن يوجد ضمن أحكام الفصل 27 م.أ.ع. المذكور باعتبارها تنظم ، بإشارتها الصريحة لمفهوم مجلس العقد، إجراءات التعاقد بين حاضرين في إطار مكاني وزماني يسمح بالقول بأنّ الفورية التي تنص عليها هي نسبية وليس مطلقة. وهذا يعني بعبارة أخرى أنّ القبول في الحين على معنى الفصل 27 م.أ.ع. هو القبول الصادر أثناء مجلس العقد وقبل انقضائه. وما يدعم هذا الرأي، الذي يقول في الواقع بتبنيّ المشرع لنظرية اتحاد مجلس العقد، ما ورد بالفصل 30 من م.أ.ع. من أنه «يسوغ الرجوع في الإيجاب مادام العقد لم يتم بالقبول...». ذلك أنّ في مجرد تصور المشرع لإمكانية الرجوع في الإيجاب قرينة قوية على أنّ الإيجاب في نظره يبقى قائماً فترة زمنية معينة بعد صدوره ولا يسقط بسبب عدم قبوله الفوري خلافاً لما قد توحى به قراءة أولى وسرعة لأحكام الفصل 27 م.أ.ع.

وما يلفت الانتباه أيضاً ما ذهب إليه الفقه السويسري من أنّ القبول الفوري على معنى الفصل 4 من مجلة الالتزامات السويسرية (المطابق للفصل 27 م.أ.ع.) هو «القبول الذي يصدر قبل انتهاء المباحثات»<sup>(51)</sup>، الأمر الذي يستخلص معه أنّ الفصل 27 من م.أ.ع. يتضمّن إلتزاماً قانونياً وضعه المشرع على كاهل الموجب يتمثل في ضرورة احترام اتحاد مجلس العقد من طرفه وذلك لأنّ لا يمارس حق الرجوع في الإيجاب الذي تمنحه إياه أحكام الفصل 30 من م.أ.ع. قبل مرور فترة التأمل التي يحتاجها الموجب له، وهي المهلة

إلى النظرية التقليدية التي ترى أنه لا يمكن للإرادة المنفردة أن تكون مصدر التزام<sup>(45)</sup>، الأمر الذي نتج عنه في التطبيق تذرّ إيجاد سند قانوني صحيح وثابت لمبدأ التعويض عن الأضرار الفادحة التي كثيراً ما تلحق بالموجب له تبعاً لممارسة الموجب لحقه في الرجوع في إيجابه بتسريع أو بصفة مبالغة . وقد حاول بعضهم تبرير التعويض في مثل هذه الحالات بافتراض تعهد الموجب بالإبقاء على إيجابه وذلك إما بناء على إرادته المنفردة (المفترضة) - مما أثار من جديد جدلاً فقهياً حول مدى صحة التعهد القانوني الأحادي في القانون الفرنسي<sup>(46)</sup> - أو بوجوب عقد تميدي (مفترض أيضاً) يربطه بالموجب له<sup>(47)</sup>. كما استند جانب آخر من الفقه للغرض نفسه إلى المسؤولية الناجمة عن خطأ الموجب الممثل في التعسف في ممارسة حق الرجوع في الإيجاب<sup>(48)</sup>. أمّا فقه القضاء فإنه لم يقبل فكرتي التعهد المنفرد أو الناتج عن عقد تميدي إلا في الحالات التالية التي ثبتت فيها إرادة الموجب، ولو بصفة ضمنية، على الإبقاء على إيجابه<sup>(49)</sup>. ولكنه استقرّ في ما يليه على إلزام الموجب بالتعويض كلّما رجع هذا الأخير في إيجابه بدون مبرر، وقبل مرور «الأجل الأدبي المناسب» الضروري لتمكن الموجب له من تحديد موقفه من الإيجاب الصادر له<sup>(50)</sup>.

ذلك أنّ الفقهاء والمحاكم مجتمعون في فرنسا على أنّ الفورية المطلقة التي يفرضها عليهم احترام النظريات الذاتية السائدة في القانون الفرنسي، وخاصة منها نظرية سلطان الإرادة، تتعارض تماماً مع ما تقتضيه الثقة والاستقرار والأمانة في التعامل، مما أدى إلى حصر النقاش بينهم في كيفية تجاوز الصعوبات النظرية التي تحول دون إلزام الموجب بترك مهلة تأمل للموجب له.

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

(46) يراجع في هذا الموضوع : J. GHESTIN, op. cit., n° 214.

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

(48) يراجع في هذا الموضوع : J. GHESTIN, op. cit., n° 217.

(49) يراجع في هذا الموضوع : J. GHESTIN, op. cit., n° 214.

(50) يراجع في هذا الموضوع : J. GHESTIN, op. cit., n° 218.

## 2) الإيجاب المقيد بأجل

133 - جاء بالفصل 33 من م.ا.ع. أن «من صدر منه الإيجاب وعِنْ

أجلًا لقبوله فهو ملزم للطرف الآخر إلى انتهاء الأجل. فإن لم يأنه الجواب بالقبول في الأجل المذكور، إنفكَ التزامه»<sup>(54)</sup>. ويفهم من هذا النص أنَّ الموجب الذي عينَ أجلًا لقبول الإيجاب الصادر منه يتلزم بحكم إرادته المفردة بإبقاء إيجابه قائمًا طيلة ذلك الأجل بحيث لا يحقّ له الرجوع فيه ولا ينفكُ التزامه إلا بانتهاء ذلك الأجل، سواء صدر الإيجاب لغائب أو حاضر<sup>(55)</sup>.

وغالباً ما يكون الإيجاب المقيد بأجل من قبل التصرف القانوني الأحادي على معنى الفصل 22 من م.ا.ع. ، ولكنه من الجائز أيضًا أن يصدر في شكل عقد وعد ممضى من الموجب له. ويتجه في هذه الصورة وصفه بالعقد الملزم بجانب واحد إذا ثبت أن شروط الإيجاب، بما في ذلك الأجل المعين لقبوله، قد حددت بمشاركة الموجب له وبموافقته دون أن يلزم نفسه بقبولها<sup>(56)</sup>. على أنَّ الإيجاب المقيد بأجل يعدُّ في جميع الحالات، سواء نشأ عن إرادة مفردة أو عن اتفاق إرادتين، تصرفاً قانونيًّا، الأمر الذي يترتب عليه أنه يلزم ورثة

(54) انظر على سبيل المثال القرار التعميقي عدد 34، المورخ في 26 أكتوبر 1976 (ن.م.ت. 1976، ج III، ص 67) الذي اعتبر أن القبول الصادر عن الموجب له بعد مرور الأجل الذي ضرره له الموجب للغرض بستة عشر يومًا لا عمل عليه. يراجع أيضًا القرار التعميقي المدني عدد 22596 المورخ في 5 ديسمبر 1989 ، المجلة القانونية التونسية 1992 ، ص 183 .

(55) يراجع القرار التعميقي الهام الصادر في 25 مايو 1970 تحت عدد 6499 (ق.ت. 1971 ، ص 190)، وقد جاء به أنه يؤخذ صراحة من الفصل 33 «أن الموجب يظل مرتبطاً بإيجابه خلال الميعاد المحدد للقبول من حدّه له ميعاد سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو حاضر».

(56) يراجع في خصوص طبيعة الوعد بالبيع القرار المدني التعميقي عدد 358 المورخ في 31 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، ص 1130 (مع طلبات الأستاذ عبد اللطيف الحمواني مساعد وكيل الدولة العام لدى محكمة التعميقي). ويسعدو أن الكتب موضوع التزاع في هذه القضية كان ممضى من الطرفين ولكنه لا يتضمن سوى التزام الوعادة بالبيع دون الميعاد له الذي ترك لنفسه، بموافقة الوعادة، حق الخيار إلى أجل محدد، الأمر الذي لا يجوز معه وصف ذلك الكتاب بالالتزام «من طرف واحد على معنى الفصل 22 من م.ا.ع.» كما ذهب إلى خطأ محكمة التعميقي في هذا القرار. وما من شك في أن الوصف الصحيح للكتب موضوع التزاع هو الذي تمسّك به مثل وكالة الدولة العامة لدى التعميقي بمقدمة أنه وعد بالبيع ... «الاتفاق فيه منصب على إيجاب بالوعده وبالبيع وقبول لهذا الوعد لا على نفس البيع... وهو من المفهود الغير مسمّى...» . وقد ثبتت محكمة التعميقي هذا التحليل في قرارها عدد 6499 ، المورخ في 25 مايو 1970 والمذكور أعلاه حيث أبرزت بوضوح «أن الإيجاب الملزم يتميّز في كيانه عن العهد بالتماقد، فال الأول ينشأ قانوناً عن الإرادة المفردة والثاني عن اتفاق إرادتين».

الزمينة التي يكون فيها هذا الأخير منشغلًا تمام الإنغالب بموضوع العقد المعروض عليه<sup>(52)</sup>.

ويعد عدم احترام اتحاد مجلس العقد مخالفة للقانون يتكون منها خطأ على معنى الفصلين 82 و 83 من م.ا.ع. قد يعرض الموجب إلى دفع غرامات للموجب له تعريضاً عن الضرر الذي يكون قد لحقه نتيجة ذلك الخطأ. ويبدو أنَّ محكمة التعميقي قد ثبّتت هذا الاتجاه في قرارها المؤرخ في 4 فبراير 1988 الذي جاء به «أنَّ الوقت المناسب لقبول العرض إنما هو مسألة نسبية قد تطول أو تقصير حسب ظروف العقد وأحواله...» وهو ما قد يفهم منه أنَّ الموجب ملزم من ناحيته بالإبقاء على التزامه مدةٌ زمنية مناسبة يخضع تحديدها إلى اجتهد القاضي<sup>(53)</sup>.

132 - ويستتّجع مما تقدّم أنَّ واجب الإيقاء على الإيجاب ليس ولد إرادة الموجب بل هو نابع عن التزام قانوني يتمثل كما رأينا في احترام اتحاد مجلس العقد من طرفه. ولما كان الأمر كذلك فقد لا يصحّ نعت الإيجاب المجرد بالتصريف القانوني الأحادي الملزم لصاحبه (الفصل 22 من م.ا.ع.). طالما أنَّ الموجب لا يتلزم بشيء إزاء الموجب له بحكم إرادته. وإنَّ ولن وجد نفسه ملزماً باحترام اتحاد مجلس العقد، فإنَّ ذلك بحكم القانون وليس نتيجة التزام إراديٍّ منفرد من جانبه. ويترتب على هذا التحليل أنَّ الإيجاب المجرد ينقرض بوفاة الموجب ولا يلزم ورثته على خلاف الالتزامات الناجمة عن العقود أو عن التصرفات القانونية المفردة.

(52) في خصوص المفهوم الموسّع لمجلس العقد في الشريعة الإسلامية وفي القانون المصري انظر عبد الرزاق السنّوري - الوسيط ، الجزء الأول، ص 124. ويراجع بالنسبة للقانون التونسي : المالي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 27 حيث يقول جازماً وبدون أي تعليق ما يلي : «ويعتبر الإيجاب مسحوباً وغير عامل إذا مضى أجل مناسب بدون أن يحصل القبول». ويراعي في ضبط هذا الأجل مختلف الظروف ومواقف الموجب والعوائد المحلية. وقد جاء الفصل 27 بأنَّ الإيجاب من شخص إلى آخر حاضر أمامه بدون تعيين أجل القبول يعتبر كان لم يكن إذا لم يقبل الشخص الآخر في الحال أي إلى آخر المجلس...» .

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

135 - ويشير موضوع القبول الضمني مسألة ما إذا كان السكوت كافيا للتعبير عن القبول. ويرى أغلبية الشرح<sup>(63)</sup> أن السكوت لا يعد تعبيرا عن الإرادة ضرورة أن الرد على الإيجاب يفترض اتخاذ موقف إيجابي لا يمكن أن يعبر عنه السكوت الذي هو عمل سلبي. ولا يكون الأمر على خلاف ذلك إلا إذا اقتضى القانون أن يكون السكوت وحده علامة قبول ورضى. وهذه الحالات استثنائية في القانون الوضعي<sup>(64)</sup>. أمّا حالات القبول الضمني التي سبق التعرض لها، فإن ثبوت القبول فيها لا ينبع عن السكوت إنما عن تصرفات إيجابية تصدر عن الموجب له لتعبر عن إرادته في التعاقد بدون أي لبس، أو بناء على افتراض يبرره تعلق الإيجاب بمعاملات تجارية تقدم الشروع فيها بين الطرفين، الأمر الذي يستخلص معه أن ظروف السكوت وملابساته هي التي قد تفيد القبول؛ أمّا السكوت وحده فهو غير قادر على تأدية هذا المعنى.

وجود المذعنة في القطار قرينة مادية قاطعة على القاء الإيجاب والقبول في عقد التقل وتنبذه من الطرفين يكون قد جاء موافقا للقانون مطبقا له تطبيقا صحيحا...» (قرار تعقيبي مدني عدد 3990، مورخ في 18 جوان 1981، ن.م.ت، 1981، ج II، ص 209).

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

(64) ومن أبرزها أحكام الفقرة 2 من الفصل 7 من القانون الفرنسي للتأمين المورخ في 13 جويلية 1930 الذي كان معمولا به في تونس قبل صدور مجلة التأمين (القانون عدد 24-92 المورخ في 9 مارس 1992). وقد جاء بالفقرة المذكورة أن عدم رفض المؤمن في أجل عشرة أيام لإيجاب صادر عن المؤمن له يقصد التمديد أو التثبيت في عقد التأمين أو استمرار مفعول عقد معانٍ بعد قبوله من طرف المؤمن. يراجع أيضا ما نص عليه الفصل 704 من م.أ.ع. من أن استمرار المكتري على الانتفاع بعد انقضاء مدته لا يترتب عليه تجديد العقد إذا صدر تنبئه أو ما يقام مقاومة من أحد الطرفين يدل على عدم رضاه بتجديد العقد.

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

## II - القبول

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

وقد يكون القبول صريحا أو ضمنيا، ويعد من باب القبول الضمني إجراء العمل بالعقد بلا شرط من طرف المجب (الفصل 32 م.أ.ع.). كما يتم العقد أيضا بمجرد شروع الموجب له في العمل به إذا كانت طبيعة المعاملة لا تفرض جوابا صريحا بالقبول (الفصل 29 من م.أ.ع.). مثل الهبة التي يكفي فيها حوز الموهوب له للشيء لثبت قبوله<sup>(61)</sup>، أو إذا كان عرف التجارة لا يتضمن جوابا عندما يكون الإيجاب متعلقا بمعاملات تجارية جارية تقدم الشروع فيها بين الطرفين (الفصل 29 من م.أ.ع.)<sup>(62)</sup>.

(57) قرار تعقيبي مدني عدد 5869، مورخ في 4 ماي 1948، ق.ت. 1962، ص 37.

(58) إن أحكام الفصل 35 من م.أ.ع. التي تنص على سيل الاستثناء على أنه «لا يمنع إقام 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» تخص فقط حالة الإيجاب الصادر لغائب. أمّا آثار الإيجاب الموجه لغائب بعد وفاة الموجب فهي تخضع للقانون العام ويختلف وبالتالي الحال فيها بحسب نوع الإيجاب وطبيعته القانونية.

(59) انظر : توفيق حسن فرج، *النظرية العامة للالتزام*، مذكور أعلاه، ص 95.

(60) يراجع قرار تعقيبي مدني عدد 3440، مورخ في 6 فيفري 1940، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 152؛ وقرار تعقيبي عدد 66، مورخ في 30 نوفمبر 1922، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 150، وانظر أيضا القرار التعقيبي عدد 483، المورخ في 25 نوفمبر 1976، ن.م.ت. 1976، ج III، ص 144.

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

(62) وقد استخلصت محكمة التحكيم من أحكام الفصل 29 من م.أ.ع. أن عقد التقل «يتكون بركوب المسافر على وسيلة التقل المعروضة بالمحطة على الجمهور الأمر الذي يعتبر إيجابا يتم بقوله من طرف المسافر الذي يقصد على تلك الوسيلة...» مضيفة أن الحكم المطعون فيه «لم يأت قضاءه لصالح الداعوى على أن

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

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

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

### I - الإيجاب ببراسلة

138 - جاء بالفقرة الأولى من الفصل 34 من م.أ.ع. أن «من صدر منه إيجاب ببراسلة بلا تحديد أجل يقي ملزوما للطرف الآخر إلى الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرّح بخلافه في الكتاب»<sup>(68)</sup> . وفيهم من هذا النص أن الموجب يعد مسؤولا عن الخسارة التي قد تنتج للطرف الآخر عن رجوعه في الإيجاب الذي صدر عنه ببراسلة قبل انتهاء «الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة».

ومما تتّجه ملاحظته أن هذا الفصل لا يتضمّن في الواقع الأمر استثناء لمبدأ الفوريّة المخصوص عليه بالفصل 27 م.أ.ع. بالنسبة للعقود بين الحاضرين ، حيث أنه لا يلزم الموجب بالإيقاء على جوابه إلا «الوقت المناسب لوصول

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

(68) لا بد من لفت النظر في خصوص هذا النص إلى أن أحكامه لا تتعلق موضوع تحديد زمان أو مكان العقد إنما تختص فقط بالتزام الموجب بإيجابه الصادر منه ببراسلة وما قد يترتب عن القبول الصادر من الطرف الآخر في الوقت المناسب إذا لم يبلغ إلى علمه إلا بعد انتصاف ذلك الوقت . فلا فائدة إذن في محاولة التوفيق بين أحكام الفصل 28 المتعلق بمكان وزمان وإبرام العقد ببراسلة وأحكام الفصل 34 بباب تقارب محتمل بينهما طالما أن موضوع كل منها مختلف عن الآخر .

### § 2 - نظام العقود المبرمة بين غائبين

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

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

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

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

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

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

يصدر فيهما القبول لأن العقد يتم بقبول الإيجاب. إلا أن دعاء هذه النظرية ينقسمون إلى شقين : شقّ يعتمد مذهب إعلان القبول وشقّ آخر يعتمد مذهب تصدير القبول.

### 1) مذهب إعلان القبول

142 - يعتبر أنصار هذا المذهب استنادا إلى كون العقد هو توافق إرادتين أنه يتم حالما يعلن الموجب له عن قبوله، وهو ما قد يتحقق تماماً مع متطلبات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل.

### 2) مذهب تصدير القبول

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

### ب - نظرية تسليم القبول

144 - يعتبر دعاء هذه النظرية أن القبول لا يكون نهائياً بتصديره إذ يمكن استرداده أثناء طريقته إلى الموجب. وأنه لا يكون نهائياً إلا إذا وصل إلى هذا الأخير، ففي هذا الوقت يتم العقد. ويشقّ دعاء هذه النظرية إلى فريق أول يعتبر أن العقد يعده مبرما بمجرد التسليم سواء أعلم الموجب أم لم يعلم بفحواه، وإلى فريق ثان يرى أن العقد لا يتم إلا بعد علم الموجب بالقبول.

### III - أحكام القانون التونسي

145 - لقد أخذ القانون التونسي بنظام صدور القبول وبالتحديد بمذهب إعلان القبول، وهو ما يتبيّن من أحكام الفقرة الأولى من الفصل 28 التي تنصّ على أنه «تم العقد بالراسلة في وقت ومكان إجابة الطرف الآخر»، ونلاحظ أنّ المشرع لا يشترط ل تمام العقد تصدير القبول<sup>(70)</sup>.

وتتضمن الفقرة الثانية من الفصل 28 أحكاماً خاصة بالتعاقد بواسطة

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

الجواب إليه» دون اعتبار الوقت الذي يحتاجه الموجب له للتأمل قبل أخذ القرار. على أنه من المستبعد جداً أن يميز المشرع الموجب له عن طريق المراسلة بوضع أسوأ من وضع الموجب له العادي. لذلك يتوجه في نظرنا الأخذ هنا بفكرة الفورية النسبية بمثيل ما أخذنا بها في حالة التعاقد بين حاضرين، مما يترتب عليه أن الوقت المناسب على معنى الفصل 34 هو الوقت الضروري لصالح البريد أو البرق ل إيصال الجواب مع إضافة فترة للتأمل تختلف مدتها باختلاف الحالات التعاقدية. كل ذلك مع الملاحظة أن تقدير «الوقت المناسب» ينبع من سلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من قبل محكمة التحكيم بشرط التعليل المستساغ.

139 - ولكن هل يعده العقد مبرما إذا صدر الجواب بالقبول في وقته ولكنه لم يبلغ إلى الموجب إلا بعد انقضاء الأجل الكافي لوصول الجواب إليه عادة؟ يجيب المشرع بالتفويض المطلق على هذا السؤال ضمن الفقرة 2 من الفصل 34 المذكور التي تنصّ بالنسبة لها هذه الحالة على «أن الصادر منه الإيجاب لا يلزم شيء وبقي الحق لمن لحقهضرر في طلب تعويض الخسارة من تسبب فيها» (مصلحة البريد مثلاً).

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

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

#### أ - نظرية صدور القبول

141 - يعده العقد مبرما حسب هذه النظرية في المكان وفي الوقت الذين

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

عقد بينهما أو إلى مراجعة أو تجديد عقد سابق<sup>(72)</sup>. ومن بين هذه العقود نذكر على سبيل المثال إشتراط الأولوية (pacte de préférence) وهو العقد الذي يتعهد به طرف بأن يعطي الطرف الآخر الأولوية في التعاقد على موضوع معين إذا قرر يوما التعاقد في شأنه. كان يتعهد المالك عقار بأن لا يوجه إيجاباً في بيع ذلك العقار إلى غير معاقدة إذا قرر يوماً بيع ذلك العقار<sup>(73)</sup>. كما تتجه الإشارة في هذا المجال إلى شروط هارتشيب (clauses de hardship) وهي من الشروط التي تجدها في العقود العالمية أو في العقود المبرمة بين مؤسسات صناعية أو تجارية يتلزم بموجبها الأطراف بإعادة التفاوض من أجل تعديل العقود الرابطة بينهم في صورة حدوث تغيرات معينة في الظروف الاقتصادية. على أن الالتزام بالتفاوض أو بإعادة التفاوض ليس التزاماً بالتعاقد، بحيث قد لا يرم العقد أو لا يتم تجديده أو مراجعته في صورة فشل المفاوضات<sup>(74)</sup>. ولا كان الفشل مضرًا بصالح الأطراف، خاصة إذا جاء بعد مفاوضات طويلة وشاقة، فإنهم يسعون في بعض الحالات لتفاديه أو على الأقل لحفظ حقوقهم في صورة حصوله فيتقون للغرض مسبقاً على تنظيم فترة التفاوض.

### ب - العقود المنظمة للتفاوض

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

CH. LARROUMET, op. cit., n° 292 à 294; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 353.

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

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

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

رسول وهو كما نعلم نوع من أنواع عقود المراسلة. والتعاقد بواسطة رسول ليس التعاقد بالنيابة. فالرسول مكلف فقط بتبيّن رسالة وليس له، على خلاف النائب، أن يتعاقد في حقّ غيره. وإذا تنص الفقرة 2 من الفصل 28 أن «التعاقد بواسطة رسول يتم في الوقت والجهة التي تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطرف الآخر للرسول» فإنّها تأتي بحلٍ لا يختلف في جوهره عن الحل المنصوص عليه بالفقرة الأولى، فكلا الحالين يتم إلى نظرية صدور القبول.

### § 3 - الاتفاques التمهيدية لتكوين العقد

146 - يمكن تقسيم الاتفاques التمهيدية للعقد إلى نوعين : اتفاques تهدى للتفاوض أو تنظمه وتسمى عقود التفاوض (I)، وأخرى تبرم بعد انتهاء التفاوض وتهيئاً للعقد النهائي وهي وعود التعاقد (II).

#### I - عقود التفاوض<sup>(71)</sup>

147 - تهدف عقود التفاوض بوجه عام إلى تنظيم العلاقات بين مترشحين للتعاقد أثناء فترة التفاوض، وتتفرّع إلى عقود ملزمة للتفاوض وعقود منظمة له.

#### أ - العقود الملزمة للتفاوض

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

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

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

### أ - الوعد بالتعاقد الملزם لجانب واحد

151 - الوعد بالتعاقد الملزם لجانب واحد هو عقد يتمّ بوجوب تلاقي إرادتين واتفاقهما على التزام الوعاد بالتعاقد حسب الشروط التي تضمنها كتب الوعد إذا رغب الموعود له في ذلك. فهو إذن عقد يلزم الوعاد بالإيجاب الصادر منه وبقى للموعود له حرية القبول أو الرفض.

وبالرغم من عدم تنظيم المشرع التونسي للوعد بالتعاقد<sup>(70)</sup> فإن صحته ثابتة قانوناً. ويجب اعتباره، عملاً بقاعدة حرية التعاقد، عقداً غير مسمى يتحدّد نظمه القانوني بالرجوع إلى القواعد العامة للالتزامات<sup>(80)</sup>. ويمكن على ذلك الأساس أن يقيّد الوعد الملزם لجانب واحد الموعود له بأجل محدد لقبوله أو لرفضه كما يمكن أن يكون الوعد بدون أجل. وفي هذه الحالة لا ينفك التزام الوعاد إلا بعد إنذار الموعود له، وذلك وفقاً لأحكام الفصول 284 و 286 و 289 وما بعده من م.أ.ع.<sup>(81)</sup>.

وإذا تتفق الشرائع<sup>(82)</sup> على أنَّ المصلحة من عقد الوعد الملزם لجانب واحد تكمن في تضمين الإيجاب به وذلك بإلزام الموجب بالإبقاء عليه مدة زمنية معينة، فإنه من المتّجه التذكير بأنَّ الإيجاب المقيد بأجل المتصوص عليه بالفصل 33 من م.أ.ع. يؤدي من ناحيته أيضاً إلى نفس هذه التّيّنة ويحدث بالنسبة للموجب جميع الآثار القانونية التي يمكن أن تترتب على عقد الوعاد بالنسبة للوعاد. وينحصر الاختلاف بينهما في مصدر التزام «الموجب - الوعاد» وليس في مضمونه. فال الأول ينشأ عن عقد ملزם لجانب واحد في حين ينشأ الثاني عن

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

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

(81) يراجع في هذا المعنى :

J. GHESTIN, op. cit., n° 232.

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

إبرام العقد النهائي بسبب تعدد الاتفاق بالنسبة للمراحل المowالية. وينص الفصل 24 م.أ.ع. ردّاً على هذا التّساؤل بأنه «لا يعتبر العقد تاماً إذا صرّح المتعاقدان بإبقاء بعض الشروط لعقد تال. فما وقع عليه الاتفاق والحالة هاته لا يترتب عليه التزام ولو وقع تحرير الشروط الأولى بالكتابه»<sup>(70)</sup>.

### II - الوعد بالتعاقد

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

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

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

(77) يراجع مثلاً الفصل 9 من القانون عدد 17، المورخ في 26 فيفري 1990 المتعلق بتحجير التشريع الخاص بالبعث العقاري الذي يلزم الباعث العقاري والمشتري بإبرام وعد بالبيع بعد حرق وواجبات الطرفين قبل إنجاز بيع عقار في نطاق مشروع عقاري.

(78) يراجع د. عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية العقد... عدد 80، ص 172 وانظر تقرير الأستاذ عبد اللطيف الحمووني المنشور تأثراً القرار التّقىيىي المدنى عدد 358، المورخ في 31 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، ص 1133.

في وقت محدد أو حال إتمام إجراء معين<sup>(86)</sup>. ولما كان التَّعهُد بالبيع مستقبلاً لا يشكلُ بعها فورياً ناقلاً للملكية فهو لا يحتاج كشرط لصحته إلى الرخصة الإدارية التي يفرضها القانون كركن من أركان عقد بيع العقار المحرر بكتاب خططي<sup>(87)</sup>

(86) يراجع القرارات التعميقيّة المدنيّة : عدد 12082، صادر عن الدوائر المختصة، مورخ في 30 جانفي 1976، ق.ت. 1976، ص 111 (ملحوظات السيد الهادي سعيد وكيل الدولة العام لدى محكمة التّعقب)؛ عدد 140، مورخ في 13 أفريل 1976، ن.م.ت. 1976، ج I، ص 182؛ عدد 243، مورخ في 20 أفريل 1976، ن.م.ت. 1976، ج II، ص 9؛ عدد 112، مورخ في 7 ديسمبر 1976، ق.ت. 1977، عدد 4، ص 48؛ عدد 639، مورخ في 24 أكتوبر 1978، ن.م.ت. 1978، ج I، ص 118؛ عدد 4344، مورخ في 4 مارس 1980، ق.ت. 1981، عدد 5، ص 81؛ عدد 14194، مورخ في 24 مارس 1987، ق.ت. 1989، عدد 5، ص 81؛ عدد 348 ون.م.ت. 1987، ص 55؛ عدد 19585، مورخ في 7 فيفري 1989، ق.ت. 1991، عدد 1، ص 55؛ عدد 28508 مورخ في 28 جانفي 1992، ن.م.ت. 1992، ص 398، وعدد 32771 مورخ في 20 أوت 1992 ، المجلة التونسيّة للقانون لسنة 1995 ، ص 213 تعلق عبد الجيد عمدة؛ وعدد 28301، مورخ في 21 ديسمبر 1992 ، ن.م.ت. 1992 ، ص 556 . لكن فارق مع القرار التعميقي المدني عدد 7560، المورخ في 28 مارس 1983، الفاضي بطلان وعد بيع العقار المتعلق على شرط تحويل الثمن إلى الخارج لمخالفته لقانون الصرف (ن.م.ت. 1983، ج I، ص 291).

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

ولكن يراجع بالنسبة لامكانية عدم إدراج رخصة الولاية مسبقاً بالعقد التي يحررها العدول بدقير المرسّدات، قرار مدني عدد 17015، مورخ في 2 جانفي 1989، ن.م.ت. 1988، ص 337 .<sup>(97)</sup>

تصرف قانونيًّا أحاديًّا (الفصلان 22 و33 من م.أ.ع.).<sup>(88)</sup> على أن تضمين الإيجاب في صيغة عقد وعد يعد في نظرنا أفضل بالنسبة للموجب الواجب الذي يمكنه بهاته الطريقة اشتراط غرامة جزاء لرفض الموعود له القبول في الأجل المحدد. ويُعد العقد في مثل هذه الصورة ملزماً للجانبين من حيث أنه يلزم الواجب بإبرام العقد النهائي في صورة قبوله من الموعود له، ويلزم في المقابل هذا الأخير بدفع غرامة في صورة رفضه القبول. ولكنه يبقى مع ذلك متضمناً لوعده إنفراديًّا بالتعاقد ضرورة أن الموعود له يحتفظ فيه بحرية عدم القبول ولو كلّه ذلك ثمناً يتمثل في دفع الغرامة المنشطة<sup>(89)</sup>.

#### ب - الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين

152 - إذا اتفق شخصان على التعاقد ولكنّهما لم يستطعا ذلك فوراً كأن منعهما من ذلك إجراءات أولية لابد من إتمامها قبل إبرام العقد النهائي فإنه يجوز لهما إمضاء اتفاق ابتدائي يعد فيه كلّ منهما الآخر بأن يمضي العقد النهائي في مدة معينة يتلقان عليها كما يمكن لهما ذلك بدون تحديد مدة. وسيمّ مثل هذا العقد وعدا بالتعاقد ملزماً للجانبين. والمفروض في هذا العقد أن يتضمن اتفاق طرفيه على كامل أركان العقد النهائي وعلى التزام المتعاقدين بإمضاءه بمجرد توفر شروطه<sup>(85)</sup>.

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

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

(84) انظر في هذا المعنى : J. GHESTIN, op. cit., n° 23. Marcel AZENGOT, La transmission des promesses unilatérales de vente, J.C.P. 1992, Ed. Not et imm., p. 61.

(85) ولا يجوز على ذلك الأساس لشركة طيران أن تتدبّر شخصاً بمرتب دون المرتب الذي يتلقاه فنيّوا الطائرات بدعوى أنها اندية حسب الحاصلات والكافلة والثانية، وذلك إذا سبق لهذه الشركة أن تعهدت باعتماده بصفة ورثية «فتي طائرة» بعد حصوله على شهادة ختم ترخيص من مدرسة الطيران المدني وإذا ثبت أنه أوفى بهذا الشرط (قرار تعميقي مدني عدد 2906، المورخ في 12 مارس 1981، ن.م.ت. 1981، ج I، ص 128).

قد تعفيهم من عناء إثبات وجودهم على تلك الحالة إذا أرادوا الحصول على إبطال الالتزامات الصادرة عنهم أثناء مدة حجرهم . أمّا غيرهم من عديم قدرة التمييز الذين لم يقع التصريح بحجرهم بسبب تهاون عائلاتهم أو مساكنهم أو نظراً لإصابتهم بالاختلال مدة زمنية محددة قد لا يستقيم معها الحجر قانوناً، فإنه يحق لهم أيضاً طلب إبطال الالتزامات الصادرة عنهم شريطة أن يثبتوا أنهم كانوا وقت التعاقد فاقدين لملكة الإدراك والتمييز التي بانعدامها تنعدم الإرادة . ويتفق الشرح على أن انعدام التمييز قد يكون إما نتيجة لمرض عقلي كالجنون وضعف العقل أو غيرهما من الإصابات العقلية الأخرى المؤثرة على ملكة الإدراك<sup>(90)</sup>، كما قد يتبع أيضاً عن أمراض بدنية<sup>(91)</sup> أو عاهات طبيعية إذا ثبت أنها صيررت صاحب الالتزام عديم الميز وقت صدوره منه<sup>(92)</sup>. ويرجع تقدير مدى تأثير المرض على قدرة التمييز والإدراك لنظر المحاكم ولا جهاده المطلق عملاً بأحكام الفصل 59 من م.أ.ع. ويجوز للقاضي استناداً إلى هذا النص وإلى أحكام الفصلين 2 و325 من م.أ.ع. أن يبطل الالتزام الصادر عن شخص أثناء مرض الموت إذا ثبت أن مداركه العقلية قد اختلت بسبب شعوره بقرب المنية بما أفقده ملكرة الإدراك والميز<sup>(93)</sup>. أمّا في غير هذه الصورة فلن

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

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

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

(92) جاء بالقرار التعقيبي عدد 5655 المذكور أعلاه أن «مطلق المرض يدخل في معناه الجنون الغير مستمر والعاهات الطبيعية كالصمم والبكم والعمى حسبما يستفاد من الفصل 64 من لائحة الجلة قد يلحق عبساً بالزضاء إذا صيررت صاحب الالتزام وقت صدوره منه عديم الميز والأهلية...»، ولا يعارض هذا القرار - إذا تمازتنا طبعاً إشارته الخاطئة إلى مفهوم عيب الرضا بالنسبة لحالة صدور الالتزام من شخص عديم الميز - مع ما استقرّ عليه الفقه الإسلامي<sup>(94)</sup> يراجع في خصوصه هامش الفصل 64 من مشروع صarterslana) والفقه الحديث (راجع 10 A. RIEG, *Le rôle de la volonté.... op. cit.*, n° 358. V. aussi Marie Anne FRISON-ROCHE, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, Rev. trim. dr. civ. 1995, p. 573).

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

## الفرع الثالث : سلامه الرّضى وصحته

153 - إن الإرادة هي معيار العقد. لذلك لا يكون الرّضاء سليماً وصحيحاً إلا إذا نتج عن تلاقي إرادتين حررتين واعيتين . فإذا انعدمت الإرادة في شخص أحد الأطراف، استحال توفر الرّضى وبطل العقد<sup>(95)</sup>. كما تستوجب صحة الرّضى وسلامته أن يصدر التصريح بكلّ من الإرادتين المكتوبتين له عن بيئة الواقع الأمور وأن يكون حالياً من كلّ ضغط خارجي يعيشه<sup>(26)</sup>.

### ٤ ١ - إنعدام الإرادة

154 - بعد وجود الإرادة والتصرّح بها «تصريحاً معتبراً» من الأركان الجوهرية التي لا يمكن للعقد أن ينشأ صحيحاً بدون توفرها (الفصلان 2 و325 من م.أ.ع.). والإرادة في التعاقد هي وليدة عملية فكرية تمكّن الإنسان من تحويل معطيات التصرّف الذي يقصده ثمّ من تقسيمه قبل أخذ القرار في شأنه<sup>(96)</sup>. فهي تفترض القدرة على الاختيار الحرّ الوعي وتندم إذن في كلّ شخص فقد ملكرة التمييز أو كان وقت التعاقد في حالة انعدام الشعور<sup>(1-97)</sup>.

155 - إن قدرة التمييز مفترضة قانوناً (الفصل 3 من م.أ.ع.) . في جميع الأشخاص باستثناء من هم دون الثلاث عشرة سنة والرشداء المحجورين<sup>(98)</sup> . واعتباراً لصغر سنّهم أو عملاً بالحكم القاضي بحجرهم، يتمتع هؤلاء بحماية القانون الذي يفترض فيهم انعدام ملكرة التمييز بصفة قاطعة

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

(89) 1) ولقد اقتضى الفصل 2 من القانون عدد 83 لسنة 1992 المورخ في 3 أوت 1992 المتعلق بالصلة العائلية وبشروط الإيواء في المستشفى بسبب اضطرابات عقلية أنه لا يمكن إيواء هؤلاء المرضى لغاية علاجهم بدون رضاهم إلا إذا توفر أحد الشروط الثلاثة الآتية : 1 - انتقاله المفروض على رضاه المريض نظراً لحالته المصححة المتدبرة ، 2 - أن هذه الحالة تتطلب إسعافات مستجدة ، 3 - أنها أصبحت تشكل خطراً على سلامته وسلامة غيره .

(90) يراجع في هذا المخصوص المدادان 89 و96 أعلاه.

إن إقام شكليات معينة يضبطها القانون وليس برضاء الأطراف، كان لا يقبل بإبطال العقد بسبب الغلط إلا إذا وقع على مادة محل الإلتزام أو في شخص المتعاقد أو في بعض صفاته<sup>(95)</sup>. أما التغريب والإكراه فقد كانا من الأسباب التي تبرر الامتناع عن الوفاء أو طلب الفسخ باعتبارهما من الجنح الموجبة للعقاب جزاء إخلال مرتكبيهما بواجب النزاهة في التعاقد<sup>(96)</sup>، وليس حماية لإرادة معاقدتهم. ولم تبرز نظرية عيوب الإرادة بمعناها الحديث إذن، إلا بعد أن حلّت الرضائية محل الشكل تحت تأثير الكنسين، الأمر الذي أصبح معه من الضروري حماية الإرادة والتأكد من سلامتها باعتبارها عنصرا أساسيا في تكوين الإلتزامات. على أن الحلول القانونية التي اهتدى إليها المشرع الفرنسي لسنة 1804 ، أخذها عن DOMAT و POTHIER تهدف من ناحية أخرى إلى ضمان استقرار المعاملات، وهو ما يفسّر أن البطلان من أجل الغلط حافظ فيها على الصبغة الاستثنائية التي كانت تميزه في القانون الروماني، كما أنها تعكس أيضا الحرص على ضمان العدالة العقدية<sup>(97)</sup> مثلاً تبيّنه الطبيعة المزدوجة التي تميز بها كلّ من الإكراه والتغريب باعتبارهما سببين لبطلان العقود يرمي المشرع من خلالهما في الوقت ذاته إلى حماية إرادة الطرف المتضرر منها وإلى معاقبة من أخلّ عن سوء نية بضرورة تكافؤ التزامات أطراف العقد.

157 - وقد تبني محرر روا مجلة الإلتزامات والعقود هذا الاتجاه مقرّين صراحة نظرية عيوب الإرادة ضمن الفصول 43 إلى 61 . وتكتسي الحالات البطلة للرّضاء بسبب عيب في الإرادة، اعتباراً لضرورة استقرار المعاملات، صبغة استثنائية ثابتة. ويتجلى ذلك أساساً من خلال أحكام الفصل 43 التي تحصر حالات العيوب البطلة للرّضى في الغلط والتغريب (أو التدليس)

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

و د. عبد الفتاح عبد الباتي، نظرية العقد... عدد 145 هاشم 1 ، ص 296.

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

(97) وتجه الإشارة في هذا المخصوص إلى أن نظرية التّسب التي تهدف أساساً إلى ضمان العدالة في المعاملات تزامنت تاريخياً مع ظهور نظرية عيوب الإرادة وجاءت لتحدد من تجاوزات الرّضائية في هذا المجال. فليس من الغريب إذن أن يوجد عنصر العدالة المقدمة بين الإعتبار عند تحديد نظام عيوب الإرادة (يراجع المددان 224 و 229 أسفله، وانظر .J. GHESTIN, op. cit., n° 362).

الطعن في صحة تصرفات المريض مرض الموت لا يجوز إلا بناء على أحكام الفصول 354 و 355 و 565 و 1481 من م.أ.ع. و 206 من م.أ.ش. التي لا علاقة لها بمسألة الرّضى<sup>(94)</sup>.

ويعدّ التعاقد في «حال السكر المغير للشعور» من الحالات التي توجب البطلان في القانون التونسي (الفصل 58 م.أ.ع.). وتعتبر هذه الحالة من الحالات المشاكلة للمرض، لذلك فإنّ مدى تأثيرها على ملحة الإدراك والميز موكول «لنظر الحكم» (الفصل 59).

## 2 - عيوب الإرادة

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

(94) تحيّز فقه قضاء محكمة التقسيب في الستينيات والسبعينيات بخلط بين مرض الموت المقيد للتصرف (الفصول 354 - 355 - 565 - 1481 م.أ.ع. و 206 م.أ.ش.) والمرض المؤثر على ملحة الإدراك والتمييز الذي تندم به الإرادة (الفصول 2-59 و 325 م.أ.ع.) وذكر من بين هذه القرارات على سبيل المثال: القرار التقسيبي المدني عدد 4408 ، المؤرخ في 29 نوفمبر 1966 ، ن.م.ت. 1966 ، ص 48 ، وق.ت. 1967 ، عدد 2 ، ص 38؛ والقرار التقسيبي المدني عدد 11502 ، الصادر في جوان 1975 (المجلة التونسية للقانون 1979 - I - ص 107 وما بعدها بتعليقنا)؛ والقرار التقسيبي المدني عدد 83 ، المؤرخ في 8 فيفري 1977 ، ن.م.ت. 1977 ، ج 1 ، ص 95 . وقد راجعت محكمة التقسيب هذا الموقف متبنية مجدداً التحليل الصحيح لمرض الموت من جهة ، والمرض القصد للرّضاة من جهة أخرى، دون خلط بينهما كما سبق أن ورد ذلك في القرار المدني الهمام عدد 5655 المؤرخ في 26 أبريل 1949 المذكور أعلاه . ومن أهم القرارات التي تعكس هذا الاتجاه انظر خاصة : القرار التقسيبي المدني عدد 8162 ، المؤرخ في 24 نوفمبر 1982 ، ن.م.ت. 1982 ، ج 4 ، ص 351 والقرار التقسيبي المدني عدد 18890 ، المؤرخ في 24 مارس 1988 ، ن.م.ت. 1988 ، ص 341 . وانظر أيضاً قرار تقسيبي مدني عدد 6864 ، مؤرخ في 6 ماي 1982 ، ن.م.ت. 1982 ، ج 3 ، ص 188 . وقرار تقسيبي مدني عدد 4295 ، مؤرخ في 18 ماي 1982 ، ن.م.ت. 1982 ، ج 3 ، ص 270 ، والقرار التقسيبي المدني عدد 8419 ، مؤرخ في 3 ماي 1983 ، ق.ت. 1984 ، عدد 10 ، ص 55 ، وراجع كذلك القرار الاستثنائي (تونس) المدني عدد 97294 ، المؤرخ في 28 ديسمبر 1991 (ق.ت. 1992 ، عدد 6 ، ص 96) الذي نص بكل وضوح على «أن أساس الدين وأساس مرض الموت في البيع مختلفان إذ يتعلّق الغنّ بعيوب الرّضا بينما يتعلّق مرض الموت بحماية حقوق الورثة من تصرفات المورث الحرّة الوعية والمحظوظ بحقوق بعضهم في التركة». وانظر في المتن المخالف : قرار تقسيبي مدني عدد 10102 ، المؤرخ في 25 جوان 1984 ، ن.م.ت. 1984 ، ص 370 ، وقرار تقسيبي مدني عدد 39458 ، المؤرخ في 30 نوفمبر 1994 ، ن.م.ت. 1994 . راجع حول هذه المسألة : Youssef KNANI, Chronique de droit civil, Contrats, 1984, p. Dernière maladie, Cass. civ., n° 4937 du 15 décembre 1981, Rev. Tun. dr., 1984, p. 627.

فيجوز القول بأنه تصور مخطئ من أحد المعاقدين لعنصر من عناصر العقد<sup>(102)</sup>. فقد يشمل الغلط موضوع الالتزام أو قيمة الأداء، كما قد يتعلق بالسبب التعاقد من أجله أو بالدافع على التعاقد أو بشخص من يقع معه التعاقد أو بإحدى صفاته. ويمكن أن يتمثل الغلط أيضاً في طبيعة العقد لأن يظن طرف أنه فوت في شيء على وجه البيع في حين يعتقد معاقدة أنه تحصل منه على هبة<sup>(103)</sup>.

لا شك في أن احترام الإرادة الفردية قد يفرض التصرير ببطلان جميع العقود المبنية على غلط أحد التعاقدين مهما كان نوع غلطه أو خطورته. غير أن هذا الحال الجذري قد يخل بالاستقرار التعاقدى ويؤثر سلباً في ثقة الأشخاص في العقود التي يلزمون بموجبها بعضهم بعضاً. لذلك كان لزاماً على المشرع أن يجد حلاً وسطاً يسمح بحماية الرّضاء دون المس بالإستقرار التعاقدى الذي تفرض ضمانه المصلحة الاقتصادية العامة. ويمكن هذا الحال في حصر حالات الغلط المفسد للرّضاء على سبيل الحدّ (أ)، ثم في ضبط نظامه القانوني (ب) بما يعطي للقاضي سلطة معتبرة في تقديره.

### ١ - حالات الغلط المفسد للرّضاء

159 - يتبيّن من مراجعة الفصول 44 و 45 وما بعدهما من م.ا.ع. أن الغلط المفسد للرّضاء يمكن أن يكون غلطاً في الواقع (١) أو غلطاً في القانون (٢).

#### ١ ) الغلط في الواقع

160 - جاء في الفصل 45 من م.ا.ع. أن «الغلط في نفس الشيء» يكون موجباً للفسخ لغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد». وينص الفصل 46 م.ا.ع. من جهة على أن «الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفتة لا يكون موجباً للفسخ إلا إذا كانت ذات المتعاقدين معه أو

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

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

والإكراه، مما يقصي مبدئياً الغبن إذا لم يكن نتيجة تغريب. ويفهم أيضاً من أحكام الفصل 43 أن المرض وما شاكله من الحالات كالسّكر (الفصلان 58 و 59 من م.ا.ع.). ليس في ذاته عيباً من عيوب الإرادة. وإذا يكن اعتباره كما سبق عرضه<sup>(98)</sup> قرينة لانعدام الإرادة أو كالمشرع تقديرها إلى محض اجتهد القاضي، فإنه يبدو منطقياً من جهة أخرى أن المريض الذي يتزم أثناء مرضه وهو سليم المدارك قد يكون مع ذلك أحاجاناً على حالة من الضّعف قد تجعله أكثر عرضة من غيره للغلط أو التغريب أو الإكراه. وإذا يستوجب مثل هذا الوضع من القاضي المزيد من المحن والإنتباه في تقديره لدى تأثير أحد العيوب الثلاثة المذكورة على رضاء المريض وقبوله للتعاقد<sup>(99)</sup>، فهو لا يبرر اعتبار المرض في ذاته من قبيل عيوب الرّضا؛ وذلك، من جهة لأنّ قائمة العيوب المطلة للرّضا وردت في الفصل 43 على سبيل الحصر والحدّ، ومن جهة أخرى لأنّ المشرع لا ينص ضمن الفصل 59 على أنّ المرض يجب الفسخ بل تعرض فيه فقط إلى أسباب الفسخ المبنية على المرض... ولا يقصد بها طبعاً سوى أسباب الفسخ المرخص بها قانوناً وهي الغلط (I) والتغريب (II) والإكراه (III).

#### I - الغلط<sup>(100)</sup>

158 - إن الغلط هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع. ويرى فيه صالح «اختلافاً بين الإرادة الحقيقة الكامنة في النفس والإرادة المصحّ بها»<sup>(101)</sup>. وبما أنّ الأمر يتعلق بعذر تأثير الغلط على صحة العقود،

(98) يراجع العدد 155 أعلاه.

(99) يراجع تعليقنا على القرار التقني عدد 11502، المذكور أعلاه، المجلة التونسيّة للقانون 1979 - I - 117، ولكن قارن مع القرار التقني عدد 4624، المورخ في 6 مارس 1945، ق.ت. 1960، عدد 9 و 10، ص 153، والقرارين عدد 4537، مورخ في 28 جويلية 1942، وعدد 4986، مورخ في 12 نفري 1946، ق.ت. 1960، عدد 9 و 10، ص 153.

(100) يراجع : الحبيب المشـ : الغلط عـبـ من عـيـوبـ الرـضاـ (من خـلالـ نـظرـيـةـ سـلطـانـ الإـرـادـةـ) : قـ.ـتـ.ـ Richard BLASSELLE, *L'erreur vice du consentement*, note sous cass. com. 7 février 1995, D. 1996, p. 50.

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

وانظر في هذا الموضوع تعليق A. RIEG بكتابه المذكور، ص 92، عدد 89.

الذى يأخذ بقاعدة لا بطلان بدون نص (الفصل 325 م.ا.ع.)<sup>(106)</sup>، فإن البطلان المطلق من أجل الغلط المانع يعد جائزًا فيه إذا تمت في غلط في السبب أو تسبّب في انعدام الرضا (الفصلان 2 و325 من م.ا.ع.). ولكن إذا تأسّست الدعوى على الفصل 43 وما بعده، فإن البطلان لا يمكن أن يكون إلا نسبياً (الفصل 330 من م.ا.ع.).

#### 1.2) - الغلط في نوع الشيء المعقود عليه

162 - لا يتعلّق هذا الغلط بذاتيّة محل الإلتزام ولكن بنوعه. والمراد بنوع الشيء المعقود عليه هو مجموعة الميزات المادية للشيء محل الإلتزام التي، إذا اجتمعت فيه، تدخله في صنف أو جنس معين مختلف عن الأجناس أو الأصناف القريبة منه<sup>(107)</sup>. فمن يشتري شمعداناً من نحاس مطلي بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة يقع في غلط في نوع الشيء أو في مادته.

#### 1.3) - الغلط في الصفة الموجبة للتعاقد

163 - يتحقق الغلط في هذه الحالة إذا وقع في صفة في الشيء لولاها لما أقدم الشخص على التعاقد. كمن يشتري شيئاً على أنه ثري في حين أنه اشتري في الحقيقة شيئاً حديث الصنع. أو من يشتري قطعة أرض ليقيم عليها مسكنًا له ثم يتقطّن إلى أن البناء منع في موقع تلك الأرض. ويمكن القول بوجه عام أن الصفة الموجبة للتعاقد هي كل صفة تشكّل في نظر التعاقد الدافع الأساسي على التعاقد. ويمكن أن تتعلّق هذه الصفة بمادة المعقود عليه أو صلاحيته للإستعمال المعدّ له في نظر التعاقد. والمهم في الصفة الموجبة للتعاقد ليس إذن مكانتها الموضوعية بالنظر للشيء المعقود عليه أو طبيعتها إنما فقط كونها تشكّل الدافع الرئيسي على التعاقد.

ولا شكّ في أنّ قيام هذا الغلط المعيّب للرضا على معيار ذاتيّ واحد قد يهدّد الاستقرار التعاقدّي إذ يستطع أحد التعاقددين أن يدعّي أن الشيء كان

(106) يراجع العدد 258 أسلفه.  
MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 123.

(107) يراجع :

صفته من الأسباب الموجبة للرضا بالعقد». وهكذا يتضح من خلال هذين التصينين أن حالات الغلط في الواقع المفسد للرضا أربعة، وهي : الغلط في ذات المعقود عليه (1.1) والغلط في نوع الشيء (2.1) والغلط في الصفة الموجبة للتعاقد (3.1) وأخيراً الغلط في شخص المعocado أو في صفةه الأساسية (4.1).

#### 1.1) - الغلط في ذات المعقود عليه

161 - الغلط في ذات المعقود عليه هو الغلط في ذاتيّة محل الإلتزام كمن يبيع عقاراً معيناً في حين يتوهم المشتري أنه اشتري عقاراً آخر. ويرى الكثير من الفقهاء أنّ غلطاً مثل هذا لا يدخل في دراسة عيوب الإرادة بل يتعلق بوجودها. فهو يحول دون انعقاد العقد، شأنه في ذلك شأن الغلط في طبيعة العقد، كأن يظنه أحد أنه سوّغ عقاراً على ملكه بشمن معين في حين أنه باعه في الواقع الأمر بذلك التمن لمعاقده. ويعبر عن هذا النوع من الغلط، سواء تعلق بذلك المعقود عليه أو بطبيعة العقد، بالغلط المايل أو الغلط المانع<sup>(104)</sup>، أي الغلط الذي يحول دون إنشاء العقد أو يمنعه. ويرى أغلبية الشرائح أنّ جزاء الغلط المانع هو البطلان المطلق، وذلك على خلاف الغلط المعيّب للرضا الذي لا يترتب عليه سوى البطلان النسبي<sup>(105)</sup>. أما فيما يتعلق بالقانون التونسي

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

وانظر القرار التقني المنزلي عدد 11251، المؤرخ في 22 أفريل 1985، ن.م.ت. 1985، ج. I، ص 178 الذي كيف الغلط في محل الإلتزام «بالغلط المانع الذي لا يفسد الرضا فحسب بل يعده أساساً...» ملاحظاً أن مجرد الغلط المادي التحقّق في «التصيّص غلطاً على أن موضع البيع تابع للقطعة عدد 748 من مثال المسح الإيجاري التابع لشيشة قرية والحال أن البيع تابع للقطعة عدد 624 موضوع الرسم العقاري عدد 10279 تونس من 2...» لا يعده من قبل الغلط المانع المطل للعقد ولا يتطلب سوى إصلاحه عملاً بأحكام الفصل 47 م.ا.ع. طالما ثبت وأنّ كعب البيع تضمن وصفاً دقيقاً للبيع مع ضبط حدوده الغلطة.

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

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

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

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

## 2) الغلط في القانون

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

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

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

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

(114) يراجع في خصوص إمكانية إبطال عقد الصلح المبني على غلط في القانون القرار التقسيمي عدد 2078 المؤرخ في 17 أبريل 1980 (ق.ت, 1981, عدد 7, ص 79, ن.م.ت. 1980, ج 1, ص 10). وقد اعتبرت فيه محكمة التقسيم من طرف متضرر مع شركة التأمين قبل أن تبتور حالة القضية بصفة جلية بعد منها على غلط جسيم موجب للبطلان. ويبدو أن محكمة التقسيم قد تجاهلت في هذه القضية صريح أحكام الفصل 1473 من م.أ.ع. لما وصفت غلط المتضرر في هذه القضية بكونه غلطًا أو جهلاً من حقه، ثم اعتبرت مع ذلك أن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون لما قضوا ببطلان العقد المذكور. (راجع تعليق الأستاذ علي الجلاري على هذا القرار بجلة المحاماة 1989، عدد 1، ص 185).

يجب أن يستعمل على صفات معينة في ذهنه، وأن عدم توفرها يجيز له أن يطلب إبطال العقد بالرغم من كونه لم يفصح عنها. لذلك يجمع شرائح القانون على أن تجنب مثل هذه المخاطر يفرض على المحاكم أن لا تستجيب إلى دعوى في البطلان لغلط في الصفة الموجبة للتعاقد، إلا إذا شمل اتفاق الطرفين توفر تلك الصفة، إما صراحة، أو بصورة ضمنية، إعتبارا لطبيعة العقد، أو لما يلايه من ظروف لا يمكن معها لأحد المتعاقدين أن يجهل أن توفر تلك الصفة يشكل الدافع الموجب للتعاقد بالنسبة لتعاقده<sup>(108)</sup>. ويبدو أن محكمة التقسيم متمسكة بهذا الرأي حسبما يتجلى من قرارها عدد 2490 المؤرخ في 6 فيفري 1979<sup>(109)</sup> الذي جاء به أنه لا يجوز لمن اشتري قطعة أرض بداعي البناء أن يطلب إبطال البيع إذا تذرّع له الحصول على رخصة في البناء من البلدية ما لم تشرط بالعقد صلوحيّة البيع للبناء.

### 1. 4 ) - الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة الأساسية

164 - جاء بالفصل 46 م.أ.ع. أن «الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفتة لا يكون موجبا للفسخ إلا إذا كانت ذات المتعاقد معه أو صفتة من الأسباب الموجبة للرّضى بالعقد».

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

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

(109) قرار تقسيمي عدد 2490، مؤرخ في 6 فيفري 1979، ن.م.ت. 1979، ص 61. وانظر تعليق الأستاذ يوسف الكافي على هذا القرار بالمجلة التونسية للقانون، 1981، ص 401. وتعلق القضية موضوع هذا القرار بالبطلان من أجل التغیر ولكن المبدأ الذي ورد عن محكمة التقسيم بالتبة للتغیر ينسحب أيضا على مجرد الغلط.

J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 410 et s.; A. WEILL et F. TERRE, Obligations, op. cit., n° 170.

عليه<sup>(116)</sup>، فإنَّ مجرد إثبات حصول الغلط في النوع يكفي لإبطال العقد دون المزيد من البحث حول مدى أهمية هذا العنصر في قرار التعاقد الغالط. بل قد لا يجوز للقاضي رفض طلب الإبطال بحجة عدم إثبات المدعى أنَّ غلطه المزعوم كان الدافع الأساسي لقبوله التعاقد. فيكتفى إذن لشترى الشمعدان المشار إليه في المثال السابق، حتى يتحصل على بطلان العقد، أن يثبت أنَّ الشمعدان الذي اشتراه ليس مصنوعاً من الفضة الحالصة خلافاً لما تزعمه. ولا شك في أنَّ إعفاءه من إثبات مدى تأثير هذا الغلط على قبوله للتعاقد من شأنه أن يسهل عليه الفوز بدعواه في الإبطال.

على أنَّ الأمر قد يكون على خلاف ذلك إذا اعتمدنا النّظرية الذاتية

(116) ويرجع أصل هذه الققرية إلى القانون الروماني الذي لم يقبل في مرحلة أولى إلا الغلط المانع الذي يحول دون تكوين العقد المتمثل في الغلط في شخص التعاقد أو في ذات المعقود عليه. وقد قبل في مرحلة ثانية البطلان على أساس الغلط في مادة المعقود عليه (*L'error in substantia*) ولكنَّ حصر هذا المفهوم في نطاق خبيث للغاية بحيث لا يمكن إبطال العقد على أساس إلا إذا ظهر الغلط في المادة التي صنع بها التي، المعقود عليه، بما يستوي صفة التي، المعقود عليه وكذلك جميع الإعتبارات الذاتية التي يمكن أن يتأسّس عليها الغلط في التعاقد. وهذا الأمر ليس بالغريب نظراً إلى أنَّ القانون الروماني كان يجعل الرّضائية في العقود وكذلك نظرية عبوب الإرادة التفرعية عنها. وإن تأثر الفهم في عهد القانون الفرنسي القديم مثل POTHIER بالنظرية الموضوعية السائدَة في القانون الروماني بالرغم من تمسّكم بالرّضائية، فذلك عمّا من أن تزول نظرية عبوب الإرادة التي ساهموا في إراستها إلى الابتعاد بمتطلبات الاستقرار التعاقدى. الأمر الذي جعلهم يقتربون في تصوّرهم للغلط المعيّن في مادة الشيء من النظرية الرومانية بالرغم من اختلاف أساس الغلط المطل للعقود في القانونين الروماني من جهة والفرنسي القديم من جهة أخرى. ولقد تأثر محظوظاً بالمجلة المدنية الفرنسية بهذا الترجمة الضيق لمفهوم الغلط. لكن فقه القضاء حرص منذ البداية على توسيعه بما يجعله أكثر ملائمة مع الأساس الثاني لنظرية عبوب الإرادة.

يراجع في هذا الموضوع :

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

وما من شك في أنَّ النصوص 44 إلى 48 من م. 1. ع. تعكس ما كان عليه الفقه وقت القضاة، بفرنسا في أوآخر القرن التاسع عشر في مادة الغلط المعيّن للرّضى، علماً أنَّ الشرع الألماني تمثّل من ناحيته أيضاً وإلى حد ما تكريس النّظرية الموضوعية في هذا المجال (يراجع : A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte* : juridique en droit civil français et allemand, op. cit., n° 96

## ب - نظام الغلط المعيّن للرّضاء

166 - إنَّ من يقوم بالبطلان على أساس الغلط المعيّن للرّضاء عليه أنْ ثبت أنه وقع في حالة من حالات الغلط في الواقع أو في القانون المبين أعلاه (4) وأنَّ غلطه كان حاسماً في التعاقد (1) ومختلفاً (2) حتى إذا لم يكن مشتركاً مع عاقدة (3).

### 1 ) شرط الغلط الحاسم

167 - الغلط الذي يترتب عليه البطلان هو مبدئياً الغلط الحاسم للرّضاء الذي لو لا وافق من وقع فيه على التعاقد. وقد نصَّ الشرع صراحة على هذا الشرط بالنسبة لحالة الغلط في القانون (الفصل 44 - أولاً)، وكذلك في صورة الغلط في ذات أحد التعاقددين أو في صفتة (الفصل 46). أمّا بالنسبة لحالات الغلط في نفس الشيء (الفصل 45) فقد اشترطه المشرع في حالة الغلط في صفة الشيء، دون حالي الغلط في ذات المعقود عليه وفي نوعه. وإذا يتفق الشرح على أنَّ الغلط في ذات المعقود عليه ليس عيباً من عيوب الإرادة إنما هو من قبيل الغلط المانع الذي تندم به الإرادة تماماً ويحول دون إنشاء العقد<sup>(115)</sup>، بما يكون معه البحث عمّا إذا كان حاسماً في التعاقد أم لا أمراً غير ذي موضوع، فإنَّ السؤال يبقى قائماً في خصوص الغلط في النوع : فهل يكفي لينجر عن البطلان إثبات حصوله، أم هل يجب أن يثبت مدعى البطلان أنَّ الغلط في نوع الشيء المعقود عليه كان حاسماً في التعاقد، أي أنه لو لا كان ليقبل إبرام العقد ؟

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

إذا اعتمدنا لتفسيرها النّظرية الموضوعية للغلط في مادة الشيء المعقود

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

للرّضاء باعتباره يتعلّق بما ليس له مساس بجوهر الإتفاق، فإنه من الأهم التأكيد في هذا المجال على أنّ توفر شرط الغلط الحاسم لا يكفي لينجرّ عنه البطلان طالما أنّ هذا الغلط لم يكن من بين الحالات المنصوص عليها بالفصل 44 وما بعده من م.ا.ع.، من ذلك مثلاً أنّ الغلط في قيمة الشيء لا يفسد الرّضاء حتى إذا ثبت أنه كان حاسماً له. والسبب في هذه الاستحالة هو أنّ الغلط في القيمة يعني الغبن. وهو عيب لا يجيز القانون التونسي إبطال العقود على أساسه إلا بشروط<sup>(117)</sup>. مما يستثنى من ميدان تطبيق الغلط المعيب للرّضاء، عدا الحالات التي يكون فيه مجرد نتاجة لغلط في النوع أو في الصفات الموجبة للتعاقد<sup>(118)</sup>.

## 2) شرط الغلط المفتر

170 - ينصّ المشرع صراحة على ضرورة توفر هذا الشرط بالنسبة للغلط في القانون الذي لا يترتب عليه البطلان إلا إذا كان معذوراً (الفصل 44 - ثانياً من م.ا.ع.). وبعد الجهل في القانون معذوراً، عملاً بأحكام الفصل 545 من م.ا.ع.، إذا تعلّق بأحكام بقية خافية على العموم حتى بعد نشرها. والغلط فيما لا يخفى على العموم من القوانين يعدّ طبعاً من قبيل الغلط الفاحش الذي لا يفتر. وهو من المسائل الموضوعية التي تخضع لسلطة ومحض تقدير قضاة الأصل.

إنّ حرص المشرع على حماية الإرادة الفردية وعلى ضمان سلامه الرّضاء من خلال تنظيمه لعيوب الإرادة قد يفسّر الطابع الاستثنائي الذي خصّ به شرط الغلط المفتر لما حصر نطاقه في الغلط في القانون دون الغلط في الواقع طالما أنّ المهم في نظرية عيوب الإرادة ليس سبب الغلط وإنما مدى تأثيره على رضاء الطرفين بالعقد. ولكنّ هذا لا يعني أنّ القاضي يكون في كل الأحوال ملزماً بالإستجابة إلى طلب الإبطال المؤسس على غلط فاحش في الواقع. بل لعله

لتفسير مفهوم الغلط في نوع الشيء المعقود عليه. فالغلط حسب هذه النّظرية ليس كلّ غلط ماديّ، إنما فقط الغلط الماديّ الذي ما كان بدونه أن يقبل الطرف الغلط إبرام العقد. وإذا أخذنا بهذه النّظرية فإنّ دعوى البطلان التي يقوم بها مشتري الشمعدان في مثالنا قد تؤول إلى الفشل إذا تبيّن مثلاً أنّ شراءه للشمعدان تمّ باعتباره تحفة أثرية نادرة وليس ظناً منه غلطاً أنه شمعدان مصنوع من الفضة الخالصة.

168 - وإذا تبيّن هكذا أنّ نطاق الغلط في نوع الشيء المعقود عليه يكون أوسع بكثير في النّظرية الموضوعية مما قد يكون عليه في النّظرية الذاتية، فإنه يصبح من المفيد التّساؤل عن موقف المشرع التونسي من هاتين النّظريتين. إنّ نعرض المشرع إلى الغلط في نوع المعقود عليه ضمن الفصل 45 من م.ا.ع. دون أن يشترط فيه أن يكون السبب الوحيد أو السبب الأصليّ في التعاقد، على خلاف ما فعل بالنسبة لغيره من حالات الغلط المعيب للرّضاء، قد يبعث على الاعتقاد أنه تبني النّظرية الموضوعية وبالتالي فإنّ كلّ غلط في نوع الشيء المعقود عليه قد يترتب عليه بطلان العقد بصرف النظر عن الدافع الذي حمل التعاقد الغلط على التعاقد دون اعتبار مدى تأثير غلطه على رضاه. على أنه من المستبعد جداً أن يكون المشرع التونسي قد قصد تكريس هذا الحلّ وذلك نظراً لتضاربه المطلق مع البعد الذاتي والنفساني الذي تتميز به نظرية عيوب الرّضاء التي لا جدوى لها سوى ضمان احترام الإرادة الفردية حرصاً على سلامه الرّضاء. فلا يمكن إذن أن يترتب أيّ أثر قانوني على عدم إشارة المشرع صراحة إلى ضرورة توفر العنصر الذاتي بالنسبة للغلط في النوع، الأمر الذي يستخلص معه أنّ شرط توفر الغلط الحاسم ضروري في نظرنا بالنسبة لجميع حالات الغلط المعيب للرّضاء بدون استثناء<sup>(117)</sup>.

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

(117) يراجع العدد 182 أسلفه وما بعده.

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

B. STARCK, H. ROLAND : *Introduction à la théorie du contrat*, Paris, 1992 et L. BOYER, *Obligations*, 2, contrat, op. cit., n° 416 et s.

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

## II - التّغريب

173 - التّغريب هو عيب من عيوب الرّضاء المنصوص عليها بالفصل 43 م.أ.ع. (أ) ولكنه يشكل من ناحية أخرى شرطاً أساسياً لابد من توفره ليصبح الغبن بدوره من الحالات المعيبة للرّضاء عملاً بصریح أحكام الفصل 60 م.أ.ع. (ب).

### أ - التّغريب باعتباره عيباً للرّضاء

174 - التّغريب أو التّدليس (قارن الفصلين 43 و 56 م.أ.ع.) هو كل حيلة أو خدعة توقع الشخص في غلط يحمله على التعاقد. فهو إذن غلط مستشار يقع فيه الشخص تحت تأثير الحيل فيتصور الأمور على غير حقيقتها ويقدم على التعاقد على أساس تلك الأوهام التي افتعلها الغير<sup>(122)</sup>.

(121) يراجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 423 à 426.

(122) يراجع محمد الملاقي : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 52، وعلى رجب : «التّغريب في إبرام المقرّد»، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المتقدمة في القانون الخاص - كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس سنة 1990 - ص 3. وانظر أيضاً Y. SCHUMACHER, *La mauvaise foi en droit positif*, thèse, Aix, 1967; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, op. cit., n° 142 et s.; P. BONASSIES, *Le dol dans la conclusion des contrats*, thèse, Lille, 1955; J. GHESTIN, *Encycl. Dalloz, Rep. dr. civ.*, 2 è éd., v° Dol; et "la réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles", D. 1971, chr., p. 247.

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

### 3 ) مسألة الغلط المشترك

171 - لا يشترط المشرع في الغلط المعتبر للرّضاء أن يكون مشتركاً بين أطراف العقد. وهذا طبيعي لأنَّ الأصل هو سلامه الرّضى الصادر عن كل من التعاقددين وإنْ تعدد إلزم أحدهما بما يكون قد قبله وارتضاه بناء على غلط. على أنه يتوجه لفت النظر والتذكير إلى أنَّ حالة الغلط في الصفة الموجبة للتعاقد تفرض كما رأينا أن يكون التعاقد الثاني على علم بأهمية صفة الشيء التي وقع في شأنها الغلط بالنسبة لمعاقده، لكنَّ هذا لا يعني وجوب حصول غلط مشترك<sup>(120)</sup>.

### 4 ) إثبات الغلط

172 - لا شك في أنَّ إثبات الغلط محمول على من يدعيه وهذا أمر صعب للغاية لتعلقه بحالة نفسانية قد يصعب، بل يستحيل أحياناً، بيان وجودها وقت إبرام العقد. وتزول حدة هذه الصعوبة إذا تبيّن أنَّ الغلط يتعلق بنوع أو صفة كانت محلَّ اتفاق، إذ يكفي في هذه الصورة الرجوع إلى الكتب لإثبات الغلط. كما يمكن إثبات الغلط بسهولة نسبية إذا تعلق بصفة مميزة عادة للشيء موضوع الإلتزام. فمن يشتري مثلاً تحفة من مغازة مختصة في بيع التحف الأثرية يُحمل على أنه اشتري تحفة أثرية أصلية، لا نسخة مزيفة. وقد يكون من صالح البائع في هذه الصورة أن يحاول إثبات العكس. ولابد من

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

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

ويتضح هكذا من المقارنة بين الغلط والتغريب أنّ البطلان من أجل التغريب ليس فقط جزاء النّيل من سلطان الإرادة وسلامة الرّضاء، بل هو كذلك جزاء مدنيّ لجنحة مدنية. ويترتب على الطبيعة المزدوجة المميزة لنظام قانوني مزدوج حيث أنّ البطلان من أجله يفترض، بالإضافة إلى ثبوت جنحة التغريب<sup>(1)</sup>، بيان أنها كانت حاسمة في التعاقد<sup>(2)</sup>.

### 1) مكونات جنحة التغريب

175 - يثبت التغريب إذا توافر فيه عنصران : عنصر قصدي وعنصر ماديّ. ويمكن أن ينجرّ البطلان عن توفر هذين العنصرين ولو صدرت الجنحة عن غير المتعاقدين.

#### 1.1) - العنصر الماديّ

176 - جاء بالفصل 56 م.ا.ع. أن «التدليس يوجب البطلان إذا صدرت مخالفات أو كنایات حملت الجانب الآخر على التعاقد...».

177 - المخالفات هي مجموع الوسائل الإحتيالية، قوله كانت أو فعلية التي من شأنها تضليل المتعاقدين وحمله على الرّضاء بما لم يكن ليرضى به لولاه<sup>(124)</sup>. كما لو قدم مثلاً بائع أصل تجاريًّا أوراقاً مزورة توهم المشتري بأرباح مبالغ في قيمتها لحمله على الشراء. ويتفق شرائح القانون في فرنسا وفي بلدان الشرق العربي على أن مجرد الكذب يكفي ليتكون منه تغريب وليس من الضروري إذن أن يكون الكذب مصحوباً باستعمال أساليب الخدعة والخيال الماديّة<sup>(125)</sup>.

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

(124) وهو التغريف البارد بالمادة 143 من القانون المدني الأردني.

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

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

ويتبين من خلال هذا التعريف أنّ الغلط في التغريب هو غلط مستشار وليس غلطاً تلقائياً كما هو الحال في مادة الغلط. ولا شكّ في أنّ ميزة هذا الغلط هي التي تعطي للتغريب خصوصيته وتبرر وجوده بصفة مستقلة عن الغلط العادي. ذلك أنّ الغلط المستشار أو التغريب يفترض في جميع الحالات خطأ يصدر عن التعاقد أو عن الغير (كذب - حيل - خدعة) بما يجعله سهل الإثبات اعتباراً إلى أنّ الحيل والخدع من الأمور الخارجية الظاهرة على خلاف الغلط التلقائي الذي هو أمرٌ داخليٌّ محض صعب الإثبات كما سبق أن رأينا. وعما أنّ التغريب يتكون دائماً من خطأ صادر عن الغير، فإنه يمكن من ناحية أخرى، لمن يثبتته أن يحصل، إضافة إلى إبطال العقد، على الغرامات التي يستوجبها تعويض الضّرر الناجم عنه. وهو شيء صعب المنال في حالة القيام على أساس مجرد الغلط.

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

(123) في حصر م العلاقة بين الغلط والتغريب يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 180; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 450 à 453.

يراجع أيضاً قرار محكمة الاستئناف الفرنسية بكمار الصادر في 30 جانفي 1970، Janvier 1970, J.C.P., 1970, II, 16609, note LOUSSOUARN, D. 1970, p. 297, note AL FANDARI (القاضي بأن التغريف ليس بالضرورة غلطاً مستشاراً بل يمكن أن يتمثل أيضاً في جميع أنواع المخالفات التي تؤثّر على إرادة الشخص فتحمله على التعاقد. وبعد على ذلك الأساس تغريه موجباً للبطلان الملل والإيهاف الذي حمل امرأة عمرها 75 عاماً على إمساكه فقد هبة لفائدة ابنته وصهرها اللذين حجزاماً بلا بصرتها ومحصلاً على مبالغهما بعد ساعات طوية من التقاش). واستندت محكمة كومار في قرارها هذا إلى التغريف الذي أورده في بداية القرن العشرين الفقيه GAUDEMEL في كتابه Théorie générale des obligations (صفحة 70). وقد ساندتها في هذا الاتجاه الأستاذ LOUSSOUARN الذي لاحظ أنّ هذا الحلّ الجريء الذي يجعل من مجرد الضّغط المسلط على الشخص تغريه موجباً للإبطال من شأنه أن يسدّ ثغرة في نظرية عيوب الرّضاء ضرورة أن الضّغط المرهن الذي يحمل الإنسان على التعاقد لا يمكن وصفه بالاكراه لعدم توفر عنصر الحرف فيه، كما أنه لا يمكن تغريه بالمعنى التقليدي المتعارف لهذا المفهوم. فلا مناص إذن من توسيع مفهوم التغريف مثلكم فللت محكمة كومار إذا أردنا حماية الإرادة الفردية وضمان سلامه الرّضاء بجماعته (يراجع تعليق LOUSSOUARN تحت قرار كومار المذكور : J.C.P. 1970, II, 16609 على أنّ محكمة التّقبّل الفرنسية لم تقبل على ما يدور هذا الاتجاه (انظر مثلاً Cass., 2 Juin 1970).

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

#### 2 ) - العنصر القصدى

179 - لكي يتوافر التدليس لابد من توافر نية التضليل لدى المدلس. فإذا انعدم هذا العنصر يتعدّر بطلان العقد. من ذلك أن الكذب أو المبالغة التي تصدر من طرف التاجر بقصد مدح تجارتة وترويجها تعدّ من قبيل التغيير المفتر (Dolus bonus) الذي لا يؤثّر على صحة العقد. وذلك على عكس التغيير المذموم أو غير المشروع (Dolus malus) وهو الذي يكون فيه الخطأ، من حيل أو كتمان، على درجة من الجسامّة بحيث لو لاحاً لها لما أبرم الطرف الثاني العقد<sup>(130)</sup>.

#### 3 ) - الشرط المتعلق بن مصدر منه التدليس

180 - جاء بالفصل 56 م.ا.ع. أن «التغيير يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الجانيين أو من نائبه أو من كان متواطناً معه... وكذلك حكم التغيير الواقع من غير المتعاقدين إذا علمه من انتفع به».

ويفهم من هذا النص أن التغيير يؤدي إلى البطلان إذا ارتكبه مباشرة أحد المتعاقدين أو نائبه إضراراً بالتعاقد الآخر، أو في صورة ارتكابه من طرف شخص متواطئ مع أحد المتعاقدين.

(129) يراجع د. عبد الفتاح عبد الباتي : نظرية العقد...، عدد 170، ص 335. وانظر مشروع صائبانا (ماش الفصل 61).

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

178 - كما يقع التغريّر حسب صريح الفصل 56 م.ا.ع. بواسطة الكنایات. وهي جمع کنایة أي التعبير عن شيء معين بلفظ غير صريح في الدلالة عليه لغرض من الأغراض<sup>(126)</sup>. والمقصود بالكنایات هنا السكوت عمداً عن ظرف معين يهم المتعاقد الآخر معرفته. ويعتبر عليه أيضاً بالكتمان. واعتبار الكتمان تغريراً يعني في الحقيقة أنّ المشرع التونسي يضع على كاهل المتعاقد وأجل إعلام المتعاقد معه ومصارحته بخصوصيات الشيء المعقود عليه وخاصة منها السليمة التي قد تؤثّر على الرضاء. وما يلفت الانتباه بالنسبة للقانون المقارن هو عدم تعرّض المجلة المدنية الفرنسية صراحة لحالات التغريّر بالكتمان، كما أنّ القضاء في فرنسا لم يقبله إلا بعد تطور بطيء ثُوج بقرار تعقيبي مدنيّ مؤرخ في 15 جوان 1971 ينصّ على أنه «يمكن أن يتكون التغريّر من السكوت الذي يقصد منه إخفاء أمر على المتعاقد معه لو علم به ما رضي بالتعاقد»<sup>(127)</sup>. ونحن نعتقد أنّ قبول قضاة الفرنسي لهذا الحلّ ليس من باب الصدف علماً أنه حدث في وقت شهدت فيه نظرية الدفاع عن حقوق المستهلكين ازدهاراً ملحوظاً في البلدان المتقدمة<sup>(128)</sup>. والجدير باللاحظة في هذا المجال تطابق التشريع العربي مع القانون التونسي وخاصة منها القانون المصري (المادة 126/1)، والأردني (المادة 144) والكويتي الذي جاء به ضمن المادة 152 أنه «يعتبر بثابة الحيل المكونة للتّدليس الكذب في الإدلة بالمعلومات بوقائع التعاقد أو ملابسته، أو السكوت عن ذكرها إذا كان في ذلك إخلال

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

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

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

لولاه<sup>(133)</sup>.

وإذ يتفق الشرائح على أن التغريب العارض هو الذي يلحق توابع العقد دون شروطه الجوهرية، فإن التمييز بينه وبين التغريب الأصلي يبقى مع ذلك في نظرهم أمراً دقيقاً ضرورة أن أهمية الشروط العقدية تختلف من حالة إلى أخرى بحسب ظروف الأحوال واعتباراً لما يقصد الأطراف<sup>(134)</sup>. وهو ما يفسر في رأينا الصيغة الخدنة التي استعملها المشرع في تحريره لأحكام الفصل 57 من م.أ.ع. الذي كرس موجبه هذه التفرقة حيث ورد بهذا النص أن «التغريب الواقع في توابع العقد إذا لم يكن هو السبب الأصلي في التعاقد لا يوجب إلا تعويض الخسارة». الأمر الذي يفهم منه أن مسألة وصف التغريب بكونه عارضاً أو أصلياً تعدد من المسائل الموضوعية التي يخضع تقاديرها لمحض اجتهاد القاضي.

### ب - التغريب شرط الغبن المعيب للرّضى

182 - الغبن هو الخسارة المالية التي تلحق بأحد المتعاقدين في عقود المعاوضة نتيجة وجود فارق معتبر زمن التعاقد بين القيمة الحقيقة للمعقود عليه والقيمة المعتمدة في العقد<sup>(135)</sup>. وقد نص الفصل 60 من م.أ.ع. أن «الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا تسبب عن تغريب من العائد الآخر أو من نائه أو من ناهيه في العقد...». والغبن الذي لم يتسبب فيه تغريب لا يفسخ العقد إلا إذا كان المغبون صغيراً وتجاوز الفرق في القيمة الثالث (الفصل 61 من م.أ.ع.). أو إذا تعلق الغبن في قسمة رضائية لمشتركين من ليس لهأهلية التصرف وكان الفرق في القيمة الرابع (الفصل 125 فقرة ثالثة من م.ح.ع.).<sup>(136)</sup>

(133) يراجع : د. عبد الفتاح عبد الباتي : نظرية العقد...، عدد 167، من 345.

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

وانظر قرار تعقيبي مدنى عدد 1216، مورخ في 5 فبراير 1962، ن.م.ت. 1962، ص. 9.  
(135) يراجع ك. د. عبد الفتاح عبد الباتي : نظرية العقد...، عدد 161، من 402، ومحمد الملافي : محاضرات في شرح القانون المدنى التونسي، ص. 54. يراجع أيضاً : Huguette MÉAU-LATOUR : Aléa, lésion et vilité du prix, J.C.P., éd. N. 1990, p. 301.

(136) يراجع في هذا المعنى القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في المادة المدنية تحت عدد 97294 المؤرخ في 28 ديسمبر 1991 (ق. ت. 1992، عدد 6، من 96) وقد ورد به أن الغبن لا يفوم «عيماً مستقلة من عبود الرّضا بالنسبة لن له أهلية التصرف بل يشترط الفصل 60 من م.أ.ع. أن يكون الغبن ناتجاً عن تغريب».

أما إذا صدر التغريب عن شخص ثالث غير متواطئ مع المتعاقدين المتفق به، فإن البطلان لا يجوز إلا إذا كان هذا الأخير على علم به عند إنشاء العقد. ولما تتجه الإشارة إليه في هذا الخصوص إنفاق معظم التشريع العربي على هذا الحال، مثل القانون المصري (الفصل 26) والسوسي (الفصل 219) والكويتي. وينص هذا الأخير بالمادة 148 على أنه «إذا صدر التغريب من غير المتعاقدين وأثبت المغدور أن المتعاقدين الآخر كان يعلم بالتغريب وقت العقد، جاز له فسخه». وتختلف هذه القوانين عن القانون الفرنسي الذي لا يقبل، باستثناء حالة التواطؤ، سوى التغريب الصادر عن أحد المتعاقدين. وإذا يرر الشرائح في فرنسا هذا الحال بضرورة مراعاة مصالح المستفيد من التغريب، فقد يفهم منه أيضاً أن التغريب في القانون الفرنسي يغلب عليه طابع الجنة على حساب طابع العيب في الرّضاء علماً أن البطلان من أجل التغريب مردود فيه<sup>(131)</sup> إذا صدر عن غير المتعاقدين المتضرر منه حتى ولو نتج عنه عيب ثابت في الرّضاء. وذلك على خلاف ما ورد في القانون التونسي وفي غيره من التشريعات العربية المذكورة أعلاه التي تقبل البطلان مهما كان مصدر التغريب ولا تستثنى من هذه التاحية إلا إذا كان المتعاقد المستفيد منه جاهلاً قام الجهل بوقوعه.

### 2) شرط التغريب الخامس

181 - لا يجوز البطلان على أساس التغريب إلا إذا كان التغريب هو الدافع على التعاقد بحيث ما كان للطرف المغدور أن يتعاقد لولا وجود الحيل أو الكنيات<sup>(132)</sup>. وهذا هو ما يطلق عليه بالـ **التغريب الأصلي** (Dol principal) وبمقابلة **التغريب العارض** (Dol incident) وهو الذي لا يؤثر بصفة حاسمة على التعاقد إنما يجعل المغدور يرضى بشروط أشد من تلك التي ما كان ليقبلها

(131) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 185. وانظر بالنسبة للقانون المصري : د. عبد الفتاح عبد الباتي : نظرية العقد...، عدد 165، من 340، وما بعدها.

(132) وهو الشرط المخصوص عليه صراحة ضمن الفصل 56 من م.أ.ع. بمقدمة أن «التغريب يجب الفسخ إذا وقع من أحد الجانبين... مخالفات أو كنيات حملت الجانب الآخر على العقد بحيث لم يتم إلا بها...» وانظر في خصوص هذا الشرط بالقانون الفرنسي : J. GHESTIN, Traité de droit civil, op. cit., n° 421...

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

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

A. RIEG, op. cit., n° 181 et s. : يراجع (142).  
EL BASSOUMI, La lésion en droit comparé, thèse, Strasbourg, 1942; : يراجع (143).  
R. DE LA GRASSERIE, L'inégalité dans les contrats en droit comparé, Bull. soc.  
légis. comp., 1911, p. 482; Abdelkader MRABTI, Contribution à l'étude critique de  
la notion de lésion, thèse, Paris II, 1986.

ويرجع أصل هذه الأحكام إلى الفقه الإسلامي الذي لا يعتد في غالبه بالغبن إلا إذا صحبه تغريب<sup>(137)</sup>. وقد نصت المجلة العثمانية على ذلك الأساس أنه «إذا وجد غبن فاحش ولم يوجد تغريب، فليس للمغبون أن يفسخ العقد إلا أنه إذا وجد الغبن في مال اليتيم لا يصح البيع. ومآل الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم» (المادة 356). وإذا يقرّ مذهب مالك هذا الحل، فهو يختلف عن بقية المذاهب الأخرى بقبوله للغبن الذي يقع فيه العاقد عن مجرد غلط في قيمة المعقود عليه<sup>(138)</sup>. وهو اتجاه لم يأخذ به المشرع التونسي حسبما يتضح من مراجعة أحكام الفصل 60 المذكور أعلاه من م.أ.ع. وما من شك في أن اشتراط التغريب في الغبن ورد ضمن هذا الفصل على سبيل المحصر وقد صد به أساساً عدم اعتبار الغبن الحاصل عن مجرد الغلط في القيمة الذي لا يأخذ به سوى المذهب المالكي دون غيره من المذاهب الفقهية الأخرى كما سبق عرضه. وإذا اعتمدنا هذا التفسير فإنّ ما لاحظه بعض الشرّاج<sup>(139)</sup> من أن الفصل 60 من م.أ.ع. هو في الواقع غير ذي موضوع طالما أن التغريب المنشترط في الغبن يشكل في ذاته سبباً كافياً لايطال العقد، قد يكون والحالة تلك في غير محله علماً أنه لا يوجد حكم قانوني غير الذي ورد بالفصل 60 المذكور ليُمْنَع البطلان من أجل الغلط في القيمة.

183 - إن الطابع الإبستثنائي الذي يتميز به الغبن هو في الواقع أمر مشاع منذ القديم بين مختلف الأنظمة القانونية. فالقانون الروماني الشكلي<sup>(١٤٠)</sup> كان

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

(138) براجع: د. عبد الرزاق الشهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي...، ص 137 وما بعدها وانظر: قارئ ينفّس عدد 615، مدرسة في 3 جان 1926، ق. 1، 1960، ج. 2، 159-160.

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

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

حرّاً بل كان نتائج ضغط يتمثل في ألم حسيّ أو في خوف أو اضطراب معنويّ ناتج عن تهديد بالليل من نفسه أو عرضه أو ماله.

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

وينتت الإكراه بأنه معنويّ لما يحدّنه من تأثير على المؤهلات النفسية للمرّكه يكون من شأنه إضعاف الإرادة. ولابد من التأكيد هنا على أنّ إضعاف الإرادة قد يتّجّع عن كلّ ضعف مؤثّر حسياً كان أو معنوياً. فالتعذيب وما يتّجّع عنه من آلام بدنية يضعف الإرادة و يجعلها تخاف التعاقد مقابل كفّه. ويقال في هذه الصورة إنّ التعاقد كان نتائجاً لإكراه معنويّ. أمّا ما يسمّى بالإكراه الماديّ فيتعلّق مفهومه بالحالة التي يجبر فيها الشخص على التعاقد دون أن يكون له أن يختار. ويكون ذلك مثلاً في حالة ما إذا أمسك شخص بيد آخر ووضع بصمة أصبعه على الكتب أو نوّمه تنوّعاً مغناطيسيّاً وأوحى إليه بإمضاء العقد. ففي مثل هذه الحالات يكون الرّضا مفقوداً تماماً وقد يترتّب عليه البطلان المطلق عملاً بأحكام الفصلين 2 و325 من م.أ.ع.. ويشبّه الإكراه معنويّ كان أو مادياً بجميع وسائل الإثبات<sup>(145)</sup>.

### ب - شروط الإكراه

186 - يفهم من الفصول 50 و51 أولاً و52 إلى 55 م.أ.ع. أنّ الإكراه

(145) وقد صدرت بعض القرارات التعقيبية لتؤكّد على أنّ مسألة توفر الإكراه من عدمه تقديرية محضة وترجع بالتالي إلى سلطة قضاء المرضي بشرط التعليل المست anguish. ونفت محكمة العقب على ذلك الأسان القرار الاستثنائي الذي أمسك عن الرّدة على دفع المدعى في قضية قاتم بها لايطال تصرّف موئتها المتصل بفرض موته وكانت هذه الدّفوع مأخوذة خاصة من أنّ إجازتها لذلّك التصرّف صدرت عنها عن إكراه من المستفيد من التصرّف الباطل والمال أنّها استندت في إثبات الإكراه لشهادة شهود أيدوا سقاها (قرار مدني تقسيبي عدد 266، مورخ في 25 جانفي 1961، ق.ت. 1961، عدد 7، ص 24، ملحوظات البابا العسوسية). يراجع أيضاً فيما يتعلّق بجرم إثبات الإكراه : حكم مدني ابتدائي عدد 6، صادر عن المحكمة الإبتدائية بالمهديّة، مورخ في 10 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، عدد 8، ص 37، وقرار تقسيبي مدني عدد 5217، مورخ في 26 أفريل 1968، ق.ت. 1969، عدد 1 و2، ص 38.

### III - الإكراه

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

فالإكراه إذن هو ضغط على إرادة الشخص من شأنه أن يحمله على التعاقد بدون رضاه. وقد يترتّب على فساد الرّضاء الناجم عن الإكراه بطلان العقد<sup>(144)</sup>. فما هي مكونات الإكراه البطل للرّضى (أ) وما هي شروطه (ب).

#### أ - مكونات الإكراه

185 - يتبيّن من الفقرة 2 من الفصل 51 م.أ.ع. أنّ الإكراه يوجّب البطلان «إذا كان . . . من شأنه إحداث ألم يبدّن المكره أو اضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليها أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح . . .». ويفهم من هذا النصّ أنّ الإكراه يتكون من كلّ ضغط، حسياً كان أو معنوياً، يهدف إلى التأثير على إرادة شخص وذلك بأن يجعله مرغماً على الاختيار بين أمرين : إما إبرام العقد المطلوب منه، أو تحمل آلام التعذيب المسلط عليه أو نتائج التهدّيد الذي تلقاه.

ويتضح من هذا أنّ الإكراه لا يعد الرّضاء تماماً بل هو يعيّبه فقط. فالمكره هو من اختار التعاقد ورضي به. ولكن الرّضاء الذي صدر عنه لم يكن

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

ظروف خارجية تضغط على إرادة الشخص فتحمله على التعاقد بشروط ما كان ليقبلها لولا حالة الضرورة التي وجد عليها نفسه<sup>(147)</sup>، كما لو كان الشخص مهدداً بخطر محقق كالغرق، فاتفق معه آخر على إنقاذه لقاء مبلغ مشطٍ من المال، وكذلك إذا كان شخص مهدداً بخطر الموت إن لم تمر عليه عملية عاجلة فيتفق مع طبيب بأن يجريها عليه ولكن بشمن باهض جداً. فهل يجوز بطلان مثل هذه العقود على أساس الإكراه؟ أو بعبارة أخرى هل يستوجب بطلان على أساس الإكراه أن يكون الإكراه صادراً عن شخص أم هل يكفي للحصول على تلك التبيّنة إثبات وجود حالة الضغط المعيّن للرضا دون اعتبار مصدره؟

لم يتعرض القانون التونسي إلى هذه المسألة وذلك خلافاً لقانون الموجبات اللبناني الذي جاء فيه بال المادة 1/210 أن الإكراه الذي يصدر من أحوال ظروف خارجة عن دائرة التعاقد يعتد به. أما الفقهاء فقد تبني بعضهم<sup>(148)</sup> هذا الحل، في غياب نص يقرّه، استناداً إلى كون مصدر العيب المبطل للرضا لا يهمّ بقدر ما يهمّ ثبوت ذلك العيب، عملاً وأن العقد لا يكون صحيحاً إلا بتلقي إرادتين حرتين واعيتين : فإذا ثبت أن التصرّيف بإحداهما كان نتيجة ضغط مؤثر على الحرية فإنّ طلب البطلان يكون جائزًا. ويضيف هؤلاء الشرّاح أنّ هذا الرأي يتماشى مع إرادة المشرع الذي يقرّ صراحة بقابلية البطلان التاجم عن الغلط دون أن يشترط لذلك أن يكون الغلط مسيّباً من طرف التعاقد الآخر أو من طرف الغير.

نحن نشاطر هذا الرأي اعتقاداً منا أن نظرية العيوب المطلة للإرادة مستمدّة في جوهرها من قاعدتي الرضائية وحرية التعاقد، لذلك لا يجوز في

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

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

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

### 1 ) مصدر الإكراه

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

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

188 - جاء بالفصل 53 م.أ.ع. أن «الإكراه يوجب الفسخ وإن لم يقع من المعاقد الذي اخترته له منفعة من العقد». فالإكراه يعيّب إذن الرضا مهما كان مصدره ولو صدر عن غير التعاقددين، وحتى إذا كان التعاقد المستفيد منه جاهلاً تماماً لوقوعه. ويعتبر هذا الحلّ قاسياً بالنسبة للمتعاقد الذي لم يتسبّب في الإكراه ولم يكن عالماً به خاصة إذا ذكرنا بأنّ التغيير الصادر عن شخص ثالث بدون علم المتعاقد المستفيد منه لا يوجب بطلان (الفصل 56 م.أ.ع.). ولا يمكن تفسير الحلّ الخاص بالإكراه في هذا المجال سوى بالخطورة المميزة للأضطراب الاجتماعي الناجم عنه بمقارنة من هذه الناحية مع التغيير<sup>(146)</sup>. ولما تتوجه ملاحظته في هذا المقصوص أن الشari'ah العربية اختلفت في هذه المسألة حيث أخذت القوانين اللبنانيّة والعربيّة والأردية بالحلّ المقصوص عليه بالفصل 53 من م.أ.ع. المأخوذ بدوره عن القانون الفرنسي (الفصل 1111)، بينما اعتمدت القوانين المصرية (المادة 128) والستوريّة (المادة 129) والجزائرية (المادة 89) والكويتية (م 157/2) الحلّ المعمول به في حالة التغيير الصادر عن غير المتعاقددين. وهو حلّ يراعي أكثر مصالح المتعاقد المستفيد عن حسن نية من العيب المفسد لرضا معاقدة.

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

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

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

سن (الشخص المكره) وكونه ذكراً أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثيره<sup>(152)</sup>. وبعد الإكراه حاسماً للتعاقد عملاً بأحكام الفصل 54 م.ا.ع. وإن وقع على من له قربة قوية مع المتعاقد المكره على العقد<sup>(153)</sup>. من ذلك أنَّ من يقبل التعاقد خضوعاً لطلب مختطفٍ أحد أولاده أو زوجته أو تحت تأثير التهديد بخطفهما، فإنَّ تعاقده يبقى قابلاً للإبطال بسبب الإكراه بالرغم من كون الإكراه لا يتعلّق بشخصه أو بماله.

### 3) عدم مشروعية الإكراه

191 - يفهم من صريح أحكام الفصل 50 م.ا.ع. أنَّ الإكراه لا يوجب البطلان إلا إذا كان **غير حق**. وهو ما يعبر عنه الشرح بشرط علم المشروعية. ويفرق الشرح هنا بين حالتين : الحالة التي تكون فيها الغاية التي يسعى المتعاقد للوصول إليها بواسطة الإكراه غير مشروعة (1.3)، ثمَّ الحالة التي تكون فيها تلك الغاية مشروعة (2.3).

192 - أما الحالة الأولى وهي التي تكون فيها الغاية غير مشروعة فيتحقق فيها الإكراه، بمعنى أنه يكون مبطلاً للعقد المبرم تحت تأثيره، سواء كانت الوسيلة التي تمَّ بوجها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة. فإذا كان الهدف من الإكراه إجبار شخص على دفع مال دون حق، فإنَّ عدم مشروعية هذه الغاية تتحقق الإكراه سواء تكون الإكراه من شيءٍ مشروع، كتهديد المكره بأنه سيقع إعلام السلط بجريمة ارتكبها إذا لم يقبل إمضاء العقد، أو تقتل في شيءٍ غير مشروع، كتهديد بقتل قريبه إذا لم يمثل لإبرام العقد المطلوب منه<sup>(153)</sup>.

(152) وقد أيدت محكمة النقض من هذا المتعلق بمحكمة الاستئناف التي قضت في نطاق سلطتها التقديرية أنَّ تهديد الآرين بفرار والديه إنَّ لم يغبيا بعدم البحار بواسطة عذلين لا يعذر الإكراه بطلان الرّضى خاصة إذا ثبت أنَّ ذلك الآرين ليسا وحيداً والديه (قرار تعقيبي مدني عدد 1059، مورخ في 20 فبراير 1979، ن.م.ت. 1979، ج 1، ص 82). يراجع أيضاً قرار تعقيبي عدد 7712، مورخ في 14 ديسمبر 1954، ق.ت، 1960، عدد 9 و 10، ص 154. وقرار تعقيبي عدد 1049، مورخ في 3 أفريل 1962، ن.م.ت. 1962، ص 29.

(153) يراجع مثلاً القرار التعقيبي عدد 1049 المورخ في 3 أفريل 1962، المذكور بالهامش أعلاه.

نظرنا تفسيرها بعزلة عن هاته المبادئ التي لو لاها لما كان هناك أيَّ مبرر لوجود هاته النظرية. ومن هذا المنطلق فإنَّ تحفظات الجانب الآخر من الشرح<sup>(149)</sup> تبدو لنا مرتكزة على اعتبارات هامشية. من ذلك قولهم أنَّ الإكراه جنحة تتضمن عنصراً قصدياً ولا يمكن وبالتالي أن يكون لها وجود وأن يعاقب عليها مدنّياً إلا بحسبها إلى شخص معين. ويستند هذا الرأي إلى القانون الروماني الذي كان يرفض البطلان إذا لم يصدر الإكراه عن شخص. ويبدو أنَّ للتشريع الإسلامي الذي يعطي للإكراه مكانة مميزة عن سائر عيوب الإرادة<sup>(150)</sup> موقفاً أكثر مرونة حيث أنَّ المذهب المالكي يعتدُ بالإكراه، حتى لو تهياً مصادفة بأنَّ كان الإكراه على سبب التصرف لا على التصرف نفسه. من ذلك أنَّ البيع يكون باطلاً حسب هذا المذهب إذا تسبّب فيه حالة ضرورة تمثل في دفع مال ظلماً. ويرى السنّهوري<sup>(151)</sup> أنَّ المذهب المالكي ينبذ الإكراه إلى مدى بعيد ويعتبر بالإبرادة الحقيقة حتى لو أهدى في سبيلها استقرار التعامل.

### 2) شرط الإكراه الخامس

190 - تشير إلى ضرورة توفر هذا الشرط أحكام الفصل 51 أولاً من م.ا.ع. التي تنصُّ صراحة على أنَّ الإكراه لا يكون موجباً للنفس إلا إذا كان هو السبب المجلِّء للعقد: ولا شكَّ في أنَّ الألم الحسي أو الرّهبة التي يلجمها إليها أحد المتعاقدين لا تؤثّر بنفس الدرجة على جميع الأشخاص. لذلك فإنَّ مدى تأثير الضّغط على شخص المتعاقد يخضع لمحض تقدير القاضي الذي يعتبر في ذلك حسب صريح أحكام الفقرة الثانية من الفصل 51 من م.ا.ع. . . . .

(149) يراجع مثلاً : RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 45, p. 88 et s.; E. GAUDEMEL, *Théorie générale des obligations*, Éd. 1965, p. 69.

(150) يراجع : د. عبد الرّزاق السنّهوري : *مصادر الحق في الفقه الإسلامي*، الجزء الثاني، ص 183 وما بعدها.

(151) انظر المرجع السابق، ص 224.

2.3 ) 193 - أمّا إذا كانت الغاية مشروعة، وهي الحالة التي يسعى فيها الشخص للحصول على حق دون زيادة أو مبالغة، فإن الإكراه لا يتحقق إذا كانت الوسيلة مشروعة. فمن يهدّد مدنه بالتنفيذ عليه أو بشهر إفلاسه في صورة عدم الخلاص أو بالقيام ضده لدى المحاكم فهو يلجأ إلى تهديد مشروع لغاية مشروعه ويحق له ذلك طالما لم يتعرّف في استعمال ذلك الحقّ كان يطالب بأكثر من دينه (يراجع في هذا المعنى الفصل 52 م.أ.ع.).

ولكن هل يتحقق الإكراه البطل للرّضاء إذا استعملت وسيلة غير مشروعة في سبيل الوصول إلى غاية مشروعة؟ يبدو أنّ المشرع التونسي يرفض تكرار هذا الحال حيث ينصّ الفصل 52 على أنَّ التهديد بالمرافعة لدى المحاكم أو بغير ذلك من الطرق القانونية لا يحول دون البطلان إذا كان مصحوباً بأمور تقتضي الإكراه على معنى الفصل 51 أي استعمال العنف أو التهديد باستعماله للضغط على الإرادة. ويفهم من هذا النصّ أنَّ مشروعية الغاية ليست مبرراً لاستعمال العنف أو التهديد باستعماله في القانون التونسي<sup>(154)</sup>.

## العنوان الثاني

### الشروط المتعلقة بضمون العقد :

### المحل والسبب

(154) يراجع في هذا المعنى قرار استئنافي فرنسي : DOUAI, 16 Juin 1982, S.J. 1983, I, 20035, note JAMB MERLIN, et Rev. trim. dr. civ. 1984, obs. CHABAS.

# الفَصْلُ الْأَوَّل

## مُحْلِّ إِلَيْهِ التَّزَامُ<sup>(١)</sup>

---

(١) راجع H. MAYER, *L'objet du contrat*, thèse, Bordeaux, 1986; J.F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats sépéaux*, thèse, Bordeaux, 1969; M. L. ENGELHARD-GROSJEAN, *La détermination de l'objet dans les contrats*, *Annales*, Faculté de droit de Clermont-Ferrand, t. XIII, 1976, p. 439 et s. ويراجع بالنسبة للقانون التونسي: YOUSSEF Souad née BABAÏ, *La possibilité de l'objet*: de l'obligation, mémoire pour le DEA de Droit Privé, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1991, Dactyl.

66 من م.أ.ع. التي يستخلص من أحکامها أن صحة الإلتزام الناشيء عن العقد تستلزم أن يكون محله مشروعًا (الفرع الأول) ومعيناً (الفرع الثاني) ومكناً (الفرع الثالث).

## الفرع الأول : مشروعية المحل

197 - من نتائج الحرية التعاقدية، مشروعية التعامل في جميع الأشياء والحقوق إلا ما استثنى منها قانونا. فالالأصل في محل الإلتزام أن يكون مشروعًا. وما المصلحة من دراسة هذا الشرط إذن سوى بيان أهم حالات انتفاء المشروعية في المحل<sup>(2)</sup> بعد محاولة حصر مفهومها الصحيح<sup>(3)</sup>.

## § 1 - مفهوم مشروعية المحل

198 - إن المشروعية شرط جوهرى لابد من توافره في محل الإلتزام وإلا بطل العقد. وبعد محل الإلتزام مشروعًا إذا تعلق بشيء أو بحق لم يصرح القانون بمنع التعامل فيه (الفصل 62 من م.أ.ع.). وما من شك في أن التضييق في حرية التعامل أو تحريمه كلًا بالنسبة لبعض الأشياء والحقوق يرجع بالأساس إلى اعتبارات لها مساس بالأخلاق الحميدة أو النظام العام بمفهومه الواسع وبختلف أنواعه<sup>(5)</sup>. وإذا كان من المفيد أن تعرض إذن أهم الحالات التي أخرجها القانون صراحة من نطاق التعامل الحر، فإنه لا بد من الإشارة قبل ذلك إلى أن مجال النظام العام والأخلاق الحميدة بوجه عام لا ينحصر بالضرورة في تلك الحالات. بل يتجاوزها حتما نظرا للطابع النسبي الذي يتميز به هذان المفهومان بما يجعلهما يتغيران ويختلفان بحسب الأجيال والحضارات

(5) حول مفهوم النظام العام ومختلف تقسيماته ، انظر المدد 52 وما بعده أعلاه وراجع : CARBONNIER, op. cit., § 32; WEILL et TERRE, op. cit., n° 241 et s.; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 273 et s.; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 520 et s.; J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 93 et s.; MALAURIE, L'ordre public et le contrat, thèse, Paris, 1953, préface P. ESMEIN; FARJAT, L'ordre public économique, thèse Dijon 1963; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L'ordre public en droit privé interne, Etudes Capitant, 1939, pp. 381 et s.; RIPERT, L'ordre économique et la liberté contractuelle : Etudes GENY, 1934, t. II, pp. 347 et s

194 - يعد وجود المحل (أو الموضوع) من أركان العقد الأساسية (الفصل 2 من م.أ.ع.). والمقصود بالمحل هنا هو محل الإلتزام لا محل العقد. ويرى أغلبية الشرح<sup>(2)</sup> أنه ليس في الحقيقة للعقد محل أو موضوع بأتم معنى الكلمة وما موضوعه سوى إنشاء التزامات . وتشير عبارة محل العقد إذن إلى العملية القانونية التي يتتفق الأطراف على إنشائها، كأن يكون موضوع العقد يرعا أو تسويغا أو وكالة أو صلحا... . ويلاحظ العديد من الشرح<sup>(3)</sup> أن المصلحة من دراسة محل العقد تتحضر في الواقع في التأكيد من مدى مطابقته للنظام العام وللأخلاق الحميدة. وهي نتيجة يمكن الحصول عليها من خلال التأمل في محل الإلتزام الناشيء عنه أو في سببه بما يبرر التركيز هنا على محل الإلتزام دون محل العقد.

ومحل الإلتزام ، أو بالأحرى محل الإلتزام الناشيء عن العقد<sup>(4)</sup>، هو الأداء الذي يلتزم به المدين بموجب العقد.

195 - ويتتنوع محل الإلتزام بتنوع ذلك الأداء. فهو يتمثل في إعطاء شيء كنقل الملكية أو ترتيب حق عيني آخر بالنسبة للإلتزام بإعطاء . ويتمثل في القيام بعمل كالالتزام مقاول ببناء عمارة أو محام بالدفاع عن متهم أو التزام المسوغ بتسليم المركى وضمان انتفاع المتسوغ به بالنسبة للإلتزام بعمل. أما في الإلتزام بالامتناع عن عمل فالمحل هو الامتناع عن القيام بذلك العمل، كامتناع باعث متجر عن منافسة مشتري ذلك المتجر في مكان معين ولددة معينة.

196 - ويجب أن تتوفر في محل الإلتزام على اختلاف أنواعه جملة من الشروط لا يصح العقد بدونها. وهي الشروط المنصوص عليها بالفصول 62 إلى

(2) يراجع : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 510; MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 164; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 232.

وانظر في الإتجاه المخالف : WEILL et TERRE, op. cit., n° 223. ويراجع في خصوص الفرق بين محل العقد ومحل الإلتزام في الفتوى المصرية : عبد الفتاح عبد الباقى : نظرية العقد... ، عدد 194 ، ص 407

B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Droit civil, op. cit., n° 471; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 232; LARROUMET, op. cit., n° 381 et 382.

B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 471; J. GHESTIN, : يراجع : op. cit., n° 510; WEILL et TERRE, op. cit., n° 223.

تصرّح القوانين بمنع التعامل فيه، بينما يجوز الحصول على هاته التبيّحة بالإستناد إلى كون سبب الشراء (تعاطي الخناء) غير جائز. وإذا تعهد شخص بأن يدفع لعاقده مبلغاً مالياً فإنّ محلّ التزامه مشروع لأنّ المال من الأشياء التي لا يمنع القانون التعامل فيها. ولكنّ هذا لا يحول دون بطلان العقد إذا كان سبب التعهد مخالفًا للأخلاق الحميدة أو للنظام العام.

وهكذا يمكن أن نستخلص مما سبق عرضه أنّ التعاقد في محلّ مشروع لا يكفي في كلّ الأحوال لضمان تطابق العقد مع متطلبات النظام العام والأخلاق الحميدة. وهذا يدلّ على أنّ مشروعية المحلّ على معنى الفصل 62 من م.أ.ع. تختلف من حيث مفهومها ومن حيث نطاقها عن مشروعية السبب التي تتحقق من خلالها وبصفة أساسية مراقبة القاضي لدى مطابقة العقد لمتطلبات النظام العام والأخلاق الحميدة وذلك بالرغم من كون الدوافع التي تُلْجِئُ المشرع بصفة إستثنائية إلى إخراج بعض الأشياء والحقوق من نطاق التعامل تعكس بدون شكّ حرصه على حماية النظام العام والأخلاق الحميدة<sup>(9)</sup>.

(9) يبقى مفهوم مشروعية المحلّ محتلاً لتحليل آخر سبق لنا أن عرضناه في إطار دروس القانون المدني للسنة الثانية من الأستاذية في الحقوق (كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، دروس مرقون 1990 - 1991، ص 117) بما نصّه : «عبارة القانون في الفصل 62 لا تشير فقط إلى القواعد القانونية الخاصة المانعة لبعض المعاملات اخالتها للنظام العام أو الأخلاق الحميدة، بل إنها تشمل أيضاً أموراً عامة يحقّ للقاضي أن يحكم على أساسه ببطلان كلّ عقد مخالف من حيث محلّ الإلتزام الناشيء عنه للنظام العام والأخلاق الحميدة. ويستند هذا الرأي المخالف لنظرية الفقرة 2 من الفصل 62 إلى أحكام الفصل 67 من م.أ.ع. الذي يتضمنه على بطلان الإلتزامات التي يخالف سببها القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام بنسحب بالضرورة على محلّ باعتباره للعقود الملموسة للجانبين عملاً وأنّ سبب التزام الدائن في هذه العقود يوافق محلّ التزام المدين فيها، الأمر الذي يستخلص معه أنّ البطلان من أجل عدم توافق المحل مع النظام العام والأخلاق الحميدة يوجّه عاماً ممكناً هنا بالرغم من ظاهر أحكام الفصل 62 من م.أ.ع. .... وقد يتداعم هذا الرأي بالحكم الفصل 1107 الذي تنصّ على أنّ تعهد الوكالة بأن يتلزم في حقّ موكله بأمر مخالف للنظام العام والأخلاق الحميدة لا يصحّ ويطّل الوكالة بما يفيد من باب أولى وأخرى أنّ الإلتزام ذاته يبطل إذا كان على أمر مخالف للنظام العام والأخلاق الحميدة. إنّ تهميشنا لهذا التحليل يرجع إلى كون المثلث المطروح لا يتنقل في الواقع بمدى صحة أو بطلان العقد المخالف للنظام العام والأخلاق الحميدة، وهو أمر مفروغ منه ولا ينبع فيه أحد، إنما بالاستدلال القانوني الذي يجب اعتماده في إبطالها. وقد بتنا أعلاه، بالرجوع إلى صريح أحكام الفصلين 62 و 67، وأعتبرا دور السبب، وكذلك إلى قدرة مفهوم السبب بوجه عام على تنفيذ جميع حالات النظام العام والأخلاق الحميدة، أنّ المشرع قد اختار أن تتعّزّز مراقبة النظام العام والأخلاق الحميدة بصفة أساسية عن طريق مراعاة صحة السبب بمفهومه الموضوعي والثاني (يراجع العدد 222 آسفلاً وما بعده).

والجهات<sup>(10)</sup>، الأمر الذي يفهم منه أنّ مسألة مدى تطابق العقد مع متطلبات النظام العام والأخلاق الحميدة ترجع في الواقع إلى اجتهاد القاضي الذي يحقّ له أن لا يتقيّد عند تقديره لها بما نصّ القانون على منعه صراحة وأنّ يستجيب إلى طلب إبطال عقد كلّما ثبت لديه أنّ الإلتزام الناشيء عنه كان مخالفًا للنظام العام أو للأخلاق الحميدة. ويكون في ذلك تعلييل حكمه تعليلاً مستساغاً دون حاجة لأنّ يستند فيه إلى نصّ قانوني يمنع صراحة الإلتزام المثار في صحته.

199 - على أنه تنبغي الملاحظة من ناحية أخرى أنّ المشرع التونسي مكّن القاضي من هذه الصلاحيات الهامة والواسعة في نطاق تنظيمه للسبب وليس من خلال اشتراطه لمشروعية المحلّ. وفي حين تنصّ أحكام الفصل 62 من م.أ.ع. على سبيل الاستثناء والحصر «أنّ ما لم تصرّح القوانين بمنع التعاقد فيه يصحّ التعامل فيه»، تتميز أحكام الفصل 67 بالشمولية من هاته الناحية فتشترط في صحة الإلتزام أن يكون مبنياً على سبب جائز، مضيفة بوجه عام أنّ «السبب غير الجائز عبارة عما يخالف القانون والأخلاق الحميدة والنظام العمومي»، تاركة هكذا للقاضي مهمة تحديد ميدان النظام العام والأخلاق الحميدة.

ويبدو اختيار المشرع تنظيم مراقبة مدى تطابق العقود مع قواعد النظام العام في نطاق نظرية السبب في طريقة وذلك من جهة، لسلامته مع دور هذه النظرية في قانون العقد<sup>(11)</sup>، ولكونه يمكن من جهة أخرى من مجازاته عدم احترام الأخلاق الحميدة أو النظام العام بنسجاعه قد تفتقر إليها أحياناً نظرية المحلّ اعتباراً لطابعها الموضوعي المحض وذلك بفضل الطبيعة الذاتية التي يكتسيها مفهوم السبب الجائز<sup>(12)</sup>. فلو اشتري شخص شقة بغرض استعمالها لتعاطي الخناء، فإنه لا يجوز إبطال عقد الشراء لمخالفته للأخلاق الحميدة استناداً إلى قواعد المحلّ طالما أنّ محلّ الإلتزام فيه يتعلق بشيء (الشقة) لا

(6) يراجع : عبد الرزاق التميمي - الوسيط...، 1، عدد 228، ص 399.

(7) يراجع العدد 234 آسفلاً، وانظر خاصة : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 512.

(8) انظر : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 512.

تكون ذاته محل الزام (أ) وأن تعد حقوقه الشخصية خارجة عن الحقوق الذمة ولا يجوز إذن التعامل فيها (ب).

### ١ - حرمة الذات البشرية<sup>(1)</sup>

203 - لا يباع جسم الإنسان<sup>(2)</sup> ولا يشتري، ولا يعقل أن يكون محل حق أو التزام مالي. والقاعدة إذن أن كل الزام من شأنه أن يمس بحرمة الإنسان الجسدية يعد باطلًا<sup>(3)</sup>. من ذلك أن من يتلزم بعدم المطالبة بأى تعويض في صورة إصابته بأضرار أو سقوط بدني نتيجة حادث شغل بعد التزامه باطلًا<sup>(4)</sup>.

على أن تحرير التعاقد في جسم الإنسان<sup>(5)</sup> وفيما له مساس بحرمه الجسدية ليس مطلقا. فبالإضافة إلى مشروعية العقد الطبي<sup>(6)</sup> الذي يفترض بحكم طبعه ومن خلال تنظيمه لعلاقة الطبيب بمريضه إمكانية النيل من الحرمة

(12) - 1) محمد اللجمي : نطاق العマイنة القانونية للحرمة الجسدية، الأحداث القانونية التونسية لسنة 1994 ، عدد 8 ، ص 5 وما بعدها.

(12) - 2) يراجع بخصوص الطبيعة القانونية لجسم الإنسان : Najeh YAHIAOUI, *Essai sur la nature juridique du corps humain, mémoire pour le D.E.A. de Droit privé*, Faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis, 1995.

(13) وقد أكد المشرع التونسي على تعلق هذا المبدأ بالنظام العام لما نص بالفصل الأول من القانون عدد 22 المؤرخ في 25 مارس 1991 المتعلّق بأذن الأعضاء البشرية ووزرعها على أن «الحرمة الجسدية للإنسان مضمونة». يراجع حول هذه المسألة : رضا خماخم وسمير متعرق، «زراعة الأعضاء بين الطب والدين والقانون»، ق.ت. 1989 ، عدد 9 ، ص 7 . وانظر خاصة الفصل 5 من التصور الذي ينص صراحة على أن «الجمهورية التونسية تتضمن حرمة الفرد...».

(14) انظر الفقرة الثالثة من الفصل 148 من القانون عدد 73، المؤرخ في 11 ديسمبر 1957 ، المتعلّق بفتح باب الشلل والأمراض المميتة التي تتضمن على بطان الشرط الذي يتخلى بمقتضاه المستفيدين عن الحقوق والدعوى الصالحة لها والتي يمكنهم منها هذا القانون.

XAVIER LABBEE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, thèse, Paris, 1986. V. aussi, *Actes du colloque international tenu à Tunis les 12 et 13 janvier 1996, "Qu'est-ce que la bioéthique?"*, Collection FORUM DES JURISTES, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Tunis 1997.

(16) يراجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1711 et s.; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 369.

وأنظر أيضا هشام الكسيبي ، حقوق المريض ، ق.ت. 1996 ، عدد 8 ، ص 105 .

## ٤ ٢ - حالات انتفاء مشروعية المحل

200 - تنوع وتعدد المواقف التي لا يجوز التعاقد في شأنها بحكم القانون. ولعل من أهمها ما يتعلق بحقوق الدولة واحتياطاتها من جهة (I)، وبشخص الإنسان وما يترتب له من حقوق من جهة أخرى (II).

### I- حقوق الدولة واحتياطاتها

201 - تُعد القوانين المنظمة لهياكل الدولة كالقانون الدستوري والقانون الإداري أو قوانين التنظيم القضائي من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. كما تخرج من نطاق التعامل الحر الأشياء والحقوق التي لها مساس بسيادة الدولة. ولا يجوز على ذلك الأساس التفوّت في ملك الدولة العام<sup>(10)</sup> أو التعامل بعملة أجنبية أو تصدير رؤوس أموال دون سابق ترخيص من السلطات المالية ذات النظر<sup>(11)</sup>، مثلما لا يحق لموظّف عمومي أن يتعاقد بأى وجه كان في خصوص وظيفته. ويستثنى القانون أيضا من مجال التعامل الحر المتوجّات التي جعلتها الدولة من اختصاصاتها كصنع النبيغ والوقيد والإتجار فيها<sup>(12)</sup>.

### II - حقوق الشخص

202 - يعتبر الإنسان في القانون من الأمور المقدسة. فالالأصل أن لا

(10) انظر الأمر المؤرخ في 24 سبتمبر 1885 في جعل قانون للأملاك العمومية» (الرأي الرسمي التونسي عدد 56، المؤرخ في 1 أكتوبر 1885) وقد ورد بفصله الثالث أن «الأملاك العمومية لا يصح تفويتها ولا ملكها بطلول مدة المؤرخ». على أنه يمكن نزع صفة الملك العمومي من الشيء بمقتضى قرار من الوالي يعرض على مصادقة وزير الداخلية بالنسبة للملك العمومي الجبوري (الفصل 24 من القانون عدد 54 المؤرخ في 30 ديسمبر 1963 المتعلّق بمجاالت الولايات) أو بمقتضى قرار من رئيس البلدية بعد مداولة المجلس البلدي بالنسبة للملك العمومي البلدي (الفصل 122 من القانون عدد 33 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلّق بإصدار القانون الأساسي للبلديات).

(11) انظر القانون عدد 21 المؤرخ في 21 جانفي 1976 المتعلّق بمراجعة وتدوين التشريع الخاص بالصرف والتجارة الخارجية والأمر عدد 608 المؤرخ في 27 جويلية 1977 .

(12) ويضاف إلى هذه الأمثلة حالة الإتجار في الجمعة وفي غيرها من المشروعات المزروعة بالكحول الذي يمنع القانون ويعاقب عليه في صورة تعاطيه بدون رخصة (قرار تعقيبي جزائي عدد 7350، مؤرخ في 4 جانفي 1973، ن.م.ت. 1973 ، ص 41، القرار عدد 15) وكذلك رخص وسائل النقل التي تمنع أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 17 من الأمر المؤرخ في 25 ماي 1955 إحالتها وكراهامها مقابل (انظر تعقيباً لهذا التصرّف : حكم مدنى ابتدائى صادر عن محكمة المهدية تحت عدد 81 المؤرخ في 3 جويلية 1961 ، ق.ت. 1961 ، ص 1469).

(الفصل 8). ويجوز مع هذا للمتبرع خلافاً لأحكام الإلتزام العادي أن يتراجع عن رضاه قبل إجراء العملية دون التقييد بأي شكل (الفصل ٩). وما من شك في أنَّ هذا الإلتزام من النوع الذي لا يصح التعهد به بواسطة نائب<sup>(١٨)</sup>.

ويبيح الفصل الثالث من هذا القانون وبشروط أخفّ أخذ عضو من جثة شخص وذلك حتى إذا كان الهدف من العملية علمياً محضاً وليس علاجيّاً. - - - - - عاصم محمد، مائعة مد. المالك في قائم حياته أو من أقربائه بعد وفاته علامه رضي. ولا يشترط التغيير الصريح عن الرضي بجواز أخذ عضو من جثة شخص ميت إلا من الولي الشرعي عندما يكون الهالك قاصراً أو محجوراً (الفصل، 3).

على أنه يحجر في جميع الحالات «أخذ الأعضاء بمقابل ماليّ أو بأيّ صفة من صفات التعامل . . .» (الفصل ٦) سواء تعلق الأمر بأخذ عضو من شخص ميت أو من شخص حي. ذلك أنّ ضمان الحرمة الجسدية يفترض تحريم التعامل بالمال في شخص الإنسان، الأمر الذي لا تصح معه عملية أخذ أحد أعضاءه مهما كانت مبرراتها العلمية والاجتماعية إلا متى يكون أساسها الإيثار والتلقائية وحب التبرع وليس الإتجار<sup>(١٠)</sup>.

2) - نقل الدّمّ البشري

205 - الإتجار في الدم منع ولا يمكن القيام بعملية نقل الدم البشري، عملاً بصريح أحكام الفصل 2 من القانون عدد 26 المؤرخ في 17 مارس 1982 المتعلق بنقل الدم البشري المعد للحقن، «إلا برضى الشخص المعنى بالأمر بصفة حرة وواعية وبدون مقابل».

(3) - حماية الصحة

206 - وردت عدة نصوص قانونية لتنظيم التعامل أو لتحريره مطلقاً في ميادين متعددة حماية لصحة الإنسان. ومن أبرز تلك النصوص، القانون عدد

(18) يراجم العدد 104 أعلاه.

(19) انظر تعليق J. B. GRENOUILLEAU (D.S. 1977, ch. p. 213). في هذا المخصوص يقال إن المذكور أعلاه (18) يرجع إلى المدد 104-105.

(20) العائد الرسمى للجمودية التنسية، الصادر في 5 أكتوبر 1969، ص 990.

الجسدية للإنسان لأغراض علاجية، أقرّ المشرع التونسي مواكبة لتطور علوم الطب م مشروعية أخذ الأعضاء البشرية وزرعها (1). كما سبق له أن نظم نقل الدم البشري (2). ويعتبر هذا الصنف من القوانين الحديثة التي تبرر التيل من الحرمة الجسدية بأهداف إنسانية نبيلة، صنف آخر من القوانين يضيق في حق التعامل والإتجار في الأدوية وما يشبهها من المواد حرصاً من المشرع على حماية صحة الإنسان (3).

## ١) - أخذ الأعضاء البشرية وزرعها

204 - تخضع عمليات أخذ الأعضاء البشرية وزرعها لأحكام القانون عدد 22 المؤرخ في 26 مارس 1991<sup>(17)</sup>. ويجوز عملاً بهذا القانون أخذ عضو من شخص متبرع قصد زرعه لشخص آخر لغاية العلاج (الفصل 2) باستثناء الأعضاء الضرورية للحياة (الفصل 4) وأعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية (الفصل 5)، وبشرط أن يكون المتبرع رشيداً سليماً المدارك العقلية ممتلكاً بالأهلية القانونية الكاملة وأن يكون رضاه صريحاً وصادراً عن اختياره (الفصل 2). وقد أحاط المشرع إجراءات التبيير عن الرضى بشكليات جوهريّة تعكس خطورة القرار على حرمة الإنسان الجسدية وصيغته الإثباتية. من ذلك أنه يتشرط في صحة التصرير بالرضى أن يدللي به المتبرع رئيس المحكمة الابتدائية، التي يوجد بذائرتها الشريافية مقرراً أو مقرّ المؤسسة الإستشفائية التي ستجرى بها العملية. وعلى القاضي الذي يتلقى التصرير أن يتأكد سلفاً من صحة توفر شروط الرضى الواردة بالفصل الثاني من القانون

(17) وقد تأثر الشّرع مباشرةً في وضعه لهذا القانون بالتشريع الفرنسي كما ورد في القانون عدد 76 - 1181 المؤرخ في 22 ديسمبر 1976 المتعلّق باختصار الأعضاء. ويراجع في خصوصه : J. B. GRENOUILLEAU, *Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélevements d'organes*, D.S. 1977, chr., pp. 213 et s.; v° aussi, René SAVATIER, *Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains*, J.C.P. 1969, I, n° 2247; Christian BYK, *Transplantation d'organes et droit : Une greffe réussie ? Expérience française, contexte européen* S.J. 1997, I, 4026.

وانتظر خاصة : رضا خامنام ، أخذ وزرع الأعضاء والإيجاب المساعد طبباً في القانون التونسي، ق.ت. 1996، عدد 2، ص 7.

ويفهم من هذا النص أن محل الالتزام يجب أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين. على أنه يجب التفريق هنا بين حالة المحل المتمثل في شيء معين بالذات، وحالة المحل المتمثل في شيء معين بال النوع فقط.

فإذا تعلق الأمر بشيء معين بالذات، كعقار معين أو آلة معينة، وجب على الأطراف تحديده ووصفه بصفة تعرف به وتميّزه عن غيره دون أن تثار هنا مسألة المدار.

أما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بال النوع، وجب عندئذ تحديده من حيث جنسه (قمح - شعير) ونوع جودته (الصنف الجيد أو المتوسط) ومن حيث مقداره أيضاً. ولthen صح أن يكون المدار هنا غير معين، ولكن مع ضرورة قابلية تعينه، حسبما جاء صراحة بالفصل 63 من م.أ.ع.، فإن ذلك شريطة أن يقوم التعيين اللاحق على أساس موضوعية وأن لا يترك لإرادة أحد الطرفين.

209 - وتثار مسألة قابلية المحل للتعيين بالنسبة للثمن في عقد البيع حيث ينص الفصل 579 من م.أ.ع. صراحة على ما يلي : «تعيين الثمن الذي انعقد عليه البيع لازم فلا يصح بعث أو شريط بما يعينه فلان أو بمثل ما اشتري فلان إلا إذا كان الثمن معلوماً للمتعاقدين وقت البيع. وقد يصح الإعتماد على ما هو معين بقائمة السوق أو بتعريفه معينة أو على متوسط أسعار السوق إذا كان ثمن البيع لا يتغير. فإن كان متغيراً حمل المتعاقدان على أنهما اعتمدا متوسط الثمن الواقع». وقد اعتبرت محكمة التحكيم استناداً إلى هذا النص أن مجرد التعهد بالإنفاق على مالكة لعقار طيلة حياتها مقابل تلك المتعهد للنصف الشائع من ذلك العقار إنما هو التزام يتناهى وما اقتضاه الفصل 579 من لزوم تعيين الثمن<sup>(27)</sup>. ويفهم من هذا القرار أن عقد البيع يكون معرضًا للبطلان كلما

(27) قرار تقضي مدنى، عدد 7009، موزع في 10 ماي 1983، ج. II، ص. 238.

(28) يراجع في هذاخصوص : BERMOND DE VAUX, La détermination du prix dans le contrat de vente : J.C.P. 1973, I, 2567; J. GHESTIN, L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'un des parties contre l'arbitraire de l'autre), D.S. 1973, chr. p. 293.

54 المؤرخ في 26 جويلية 1969 المتعلق بتنظيم المواد السمّية<sup>(20)</sup> والقانون عدد 24 المؤرخ في 4 مارس 1983 المتعلق بمراقبة جودة بدائل لبن الأم والمادة الشبيهة بها وبتسويقها<sup>(21)</sup> وكذلك تسويق قوارير الرضاع والرضاعات، والقانون عدد 91 المؤرخ في 22 نوفمبر 1985 المتعلق بتنظيم صناعة الأدوية المعدة للطلب البشري<sup>(22)</sup>.

### ب - حقوق الشخصية

207 - الحقوق الشخصية خارجة بطبعها عن الذمة المالية ولا يمكن بالتالي «تقديرها نقداً واستعمالها تجارة... لا تقبض عليها اليد ولا تفرط فيها الإرادة حتى لو شاءت، لا تبيع ولا تشتري ولا تعقل...»<sup>(23)</sup>. وبعد باطلا على ذلك الأساس كل التزام مدني يتعلق موضوعه بحق من حقوق الشخصية. من ذلك أن الالتزام باعتناق ديانة معينة أو بالبقاء أعزب<sup>(24)</sup> أو بعدم ممارسة أي نشاط نقابي لضمان استمرار علاقة شغلية يعتبر نيلاً مفترطاً من الحرّيات الفردية الأساسية ويترتب عليه البطلان. ولا تصح بوجه عام الاتفاques في ما يتعلق بالأحوال الشخصية والميراث والجنسية لمساس هاته المسائل بالظام العام<sup>(25)</sup>.

### الفرع الثاني : تعيين المحل<sup>(26)</sup>

208 - جاء بالفصل 63 من م.أ.ع. أن «المعقود عليه يجب أن يكون معيناً ولو بال النوع . أما مقداره وعده فيجوز أن يكون غير معين وقت العقد بشرط إمكان تعيينه فيما بعد».

(21) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 18، الصادر في 8 مارس 1983، ص. 666.

(22) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 84، الصادر في 26 - 29 نوفمبر 1985، ص. 1584.

(23) يراجع : محمد الشرفي، مدخل لدراسة القانون، مذكور أعلاه، عدد 464، ص. 268.

(24) يراجع : VOIRIN, Marion pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie, D. 1963, chr., p. 247.

(25) يراجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op.cit., n° 508.

(26) يراجع في خصوص تعيين المحل بوجه عام : عبد الفتاح عبد الباقى : نظرية العقد...، عدد 201 ، ص. 419.

يراجع أيضاً : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 516 et s.; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 234; J. CARBONNIER, op. cit., § 25; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 490 et s.

لعدم وجود الشيء المتعلق به أو لعدم امكانية العمل موضوع التعهد. فمن يبيع متزلا سبق هدمه يكون قد التزم بإعطاء مستحيل وهو نقل الملكية. أما من يؤمن ضد السرقة شيئاً أتلفه حريق فيكون قد التزم بعمل مستحيل وكذلك شأن الوكيل إذا التزم بإبرام عقد سبق لوكله أن أبرمه بنفسه.

ويطلب فهم موضوع إمكانية المحل أن تركز على تحديد زمن الإستحالة<sup>(28)</sup> ثم أن تقسمها حسب أنواعها<sup>(29)</sup>.

## ٤١ - زمن الإستحالة

212 - ويستوجب تحديده أن نفرق بين استحالة المحل واستحالة التنفيذ من جهة (I) وبين المحل المستحيل والمحل المستقبل من جهة أخرى (II).

### I - إستحالة المحل وإستحالة التنفيذ

213 - لا تبطل الإستحالة العقد إلا إذا جدت قبل إبرامه. أما الإستحالة التي تحدث بعد العقد فلا تبطله بل قد يتربّط عليها الفسخ أو الغرامات لتعلقها في هذه الصورة بتنفيذ العقد لا بتكوينه. فإذا تعهد تاجر مثلاً بتزويد حرفائه بسلع موردة في وقت تقرر فيه من توريد تلك السلع، فإن العقد الذي التزم بموجبه هذا التاجر يعدّ باطلًا لاستحالة موضوعه. أما في صورة صدور قرار منع توريد تلك السلع بعد إبرام عقد التزويد بين التاجر وحرفائه، فإن العقد يعدّ صحيحاً ملزماً ولا يخضع في خصوص استحالة تفيذه إلا للأحكام القانونية المتعلقة بآثار العقود.

وقد تسأله البعض عن مآل العقد إذا كان محل الالتزام الناشئ عنه مستحيلاً وقت إبرامه ثم زالت الإستحالة عند حلول أجل الوفاء بحكم تغير الأحوال. كمن تعهد بدون حق بأن يدفع ثمن المبيع بالعملة الأجنبية ثم تغير قانون الصرف فأصبح الوفاء بالتزامه هذا ممكناً. وقد لاحظ بعضهم رداً على هذا التساؤل أن الأصل في هذه الصورة يبقى البطلان طالما أن صحة العقد من عدمها تقدر زمن التعاقد بصرف النظر عمّا قد يطرأ من ظروف أو تغييرات فيما بعد<sup>(30)</sup>.

J. CARBONNIER, Flexible Droit, 5e éd., L.G.D.J., Paris, 1983, n° 38; (32) انظر : Souad YOUSSEF née BABAI, La possibilité de l'objet de l'obligation, op. cit., p. 53.

اتفق طرفاً على ترك مسألة تحديد ثمن المبيع إلى محض اختيار أحدهما<sup>(28)</sup>. وإذا يصح الإعتماد على تعرية مصادق عليها إدارياً لتحديد الثمن فإن ما يطرأ على تلك التعرية من تغييرات بعد حصول الاتفاق لا يبرر تعديل الثمن زيادة أو نقصاً. وببقى الثمن الواجب الدفع الثمن المعين بمقتضى التعرية الجاري بها العمل وقت التعاقد<sup>(29)</sup>.

210 - وقد اعتبر فقه القضاء في فرنسا من ناحية أخرى أن عقد القرض الذي يلزم المقترض بدفع فائض دون بيان نسبة ذلك الفائض لا يكون باطلاً لأنّ الفائض الذي يمثل جزءاً من محل التزام المقترض بعد قابلاً للتعيين وذلك بالرجوع إلى النسبة القانونية للفائض وقت حلول أجل الدفع<sup>(30)</sup>.

### الفرع الثالث : إمكانية المحل<sup>(31)</sup>

211 - ينص الفصل 64 من م.أ.ع. على أن «العقد يبطل إذا كان على شيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون». وفيهم من هذا الحكم أن العقد يكون باطلاً إذا تضمن التزاماً مستحيلاً

(28) قرار تعقيبي مدني عدد 384، مؤرخ في 25 نوفمبر 1975، ن.م.ت. 1975، ص 144.  
يراجع أيضاً تعليق الأستاذ العربي هاشم على القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 68496 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المنشور باللغة الفرنسية بالجنة التونسية للقانون : Rev. tun. dr., 1976, I, pp. 111 et s.

(29) يراجع : Cass. civ. 1ère, 23 Juillet 1974, D. 1975, p. 586, note STOUFFLET . V. aussi, Laure FINEL, Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire, S.J. 1997, I, 3957.

وانظر أيضاً فقه القضاء الفرنسي المتعلق بضرورة اعتماد ضوابط موضوعية خارجة عن نطاق إرادة الأطراف لتعيين الثمن بعد إبرام العقد الرابطة بين الشركات التقنية وموذجي مواد إناتها: Cass. com., 27 Avril 1971, D. 1972, p. 553, note GHESTIN, et J.C.P. 1972, II, 16975, note BORÉ; Cass. com. 11 Octobre 1978, D. 1979, p. 135, note HOUIN, et J.C.P., 1979, II, 19034, note LOUSSOUARN. Vº aussi, Didier FERRIER , La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif, D. 1991, chr., p. 237; Marie Anne FRISON-ROCHE, L'indétermination du prix, Rev. trim. dr. civ. 1992, p. 269.

(31) انظر : Souad YOUSSEF née BABAI, La possibilité de l'objet de l'obligation, mémoire de D.E.A. de Droit privé, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1991 (dactyl); B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 496 et s.

الإحتمال ذاته هو محل التزام أحد الأطراف كالالتزام المؤمن نحو المؤمن له في عقد التأمين<sup>(35)</sup>.

#### ب - الاتفاقيات المتعلقة بالتركات المستقبلة<sup>(36)</sup>

216 - تمنع الفقرة الثانية من الفصل 66 هذه الاتفاقيات على التحو الآتي (لكن لا يسوغ التسليم في ميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه أو على شيء من جزئياته ولو برضي المورث. فالتعاقد فيما ذكر باطل مطلقاً<sup>(36) - 1</sup>). ويرجع تحريم العاملات بشأن تركات مستقبلة أصلاً إلى القانون الروماني الذي كان يعتبر ذلك التعاقد مخالفًا للأخلاق وللمصلحة العامة. وقد أخذ القانون الفرنسي بهذه القاعدة. ولا شك في أن المشرع التونسي قد تأثر من ناحيته بأحكام القانون الفرنسي في هذاخصوص غير أنّ هذا المانع قد لا يتناهى مع أحكام الشريعة الإسلامية التي ترى أن كلّ ما يتعلق بالإرث والوصية يشكل قواعد إلزامية لا يصحّ الاتفاق على ما يخالفها.

(35) يراجع في هذاخصوص : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 483. وانظر خاصة القرار التقسيي المدني عدد 7720 المؤرخ في 2 جانفي 1951 (ق.ت. 1962، عدد 1، ص 65) الذي تبرر فيه محكمة التعقيب بدون سوجب قانوني في الواقع ، نظراً لوجود تشريع يقبل التأمين وينظمها، مشروعية عقد التأمين مستدنة في ذلك إلى أحكام الفصل 66 من م.أ.ع. بمقدمة ... أن عقد التأمين على المريض هو عقد يعقده فرد مع شركة تختبر بعملية التأمين من ذلك ويتحقق عملها في هذه الحالة . وهي ضم المؤمن عليهم إلى بعضهم بعضاً وتنظيم حالة التبادل فيما بينهم . فإذا وقع الحادث المؤمن من أجله جمعت الشركة الأقساط المدفوعة من المؤمن عليهم ودفعت منها التعويضات المتفق عليها لن تزال به الحادث منهم وأضرر به وأن الشركة لم تتحمّل هي بضرر ما من مالها الخاص وإنما الشائج الإحتمالية هي في الحقيقة تكون بالنسبة للمؤمن له لأنّ بدفعة للقضاء إنما يريد أن يامن من غواصي الحادث الذي ربما يقع فيضرر به وقد أجازت مجلة الإلتزامات والعقود صحة مثل موضوع هذا الإلتزام بقولها في الفصل 66 «قد يكون المقصود من الإلتزام شيئاً مستقبلاً غير محقق».

(36) يراجع : عبد الرزاق السعدي : من التعاقد على التركة المستقبلة، ق.ت. 1970، عدد 7، ص 21 وما بعدها . وعبد الفتاح عبد الباقى : نظرية العقد...، عدد 200. وانظر أيضاً : J. F. VOUIN, Les pactes passés sur succession future en Droit français, thèse, Paris 1967; A. LUCAS, Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif, Rev. trim dr. civ. 1976, pp. 455 et s.; J. GHESTIN, "La promesse unilatérale de vente dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant est elle un pacte sur succession future?", D. 1970, chr., p. 89.

(36) - 1 إنّ أحكام هذا الفصل لا تعارض في نظرنا مع ما أورده الفصل 180 من م.أ.ع. من أنّ «تحصيص الموصي في حياته جميع ورثته أو بعضهم بأعيان من ماله تناول ما بينهم من الإرث جائز ويلزم بالوفاء».

#### II - المحل المستحيل والمحل المستقبل

214 - رأينا أن استحالة المحل تقدر وقت إبرام العقد لا بعده. إلا أنّ المشرع يقرّ ضمن الفقرة الأولى من الفصل 66 من م.أ.ع. بصحة الإلتزام بشيء مستقبل وغير متحقق . وهو شيء غير موجود وقت العقد ولكن وجوده محتمل بعده . ولا يستثنى المشرع من هذه القاعدة، بالإضافة إلى الاستثناءات الواردة في حالات قانونية خاصة كبيع العدوم الذي يمنع الفصل 574 م.أ.ع. أو منع عقود المراهنة والمقامرة المذكورة بالفصل 1452 من 1457 م.أ.ع. ، إلا ترکات المستقبلة التي يعد التعاقد فيها باطلًا مطلقاً حسب صريح الفقرة الثانية من الفصل 66 من م.أ.ع. .

#### أ - مبدأ صحة الإلتزام على شيء مستقبل<sup>(33)</sup>

215 - يكون الإلتزام صحيحاً إذا كان محله متعلقاً بشيء ليس موجوداً بالفعل وقت العقد ولكنه محتمل الوجود أي أنه قد يوجد مستقبلاً . من ذلك بيع الباعث العقاري لشقيقه مستقبلاً أو بيع صانع شاحنات أو طائرات لمتوجاته قبل صنعها . على أن مثل هذه العمليات لا تصح إلا إذا كان المتعاقدان على علم بعدم وجود الشيء وقت إبرام العقد . أما إذا التزم أحدهما بالشراء وهو يعتقد خطأً أن الشيء موجود، فيحق له، إما طلب إبطال العقد لعدم توفر محل التزام البائع، أو طلب إبطاله على أساس الغلط في مادة الشيء المعقود عليه<sup>(34)</sup>.

على أنه تبغي الملاحظة أن صحة الإلتزام الذي محله شيء مستقبل تبقى معلقة على وجود الشيء المستقبل . فإذا لم توفر الشيء مستقبلاً يبطل الإلتزام . ولا يكون الأمر على خلافه إلا بالنسبة للعقود التي يكون فيها

(33) يراجع : عبد الفتاح عبد الباقى : نظرية العقد...، عدد 199، ص 415; op. cit., n° 536; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 482 et 483; WEILL et TERRE, op. cit., n° 228.

(34) وقد ورد عن محكمة التعقيب أنه «لابد أن يكون موضوع العقد معلوماً لدى المتعاقدين بصورة تفي كلّ جهة . والغلط في موضوع العقد يعتبر من باب الغلط المانع الذي ي عدم الرضا : قرار تعقيبي مدنى عدد 11251، مورخ في 22 أفريل 1985، ن.م.ت. 1985، ج 1، ص 178 .

فمن ليس له الملكية لا يمكن له نقلها قانونا<sup>(37)</sup> وقد ترتب عن التجاء المحاكم إلى مفهوم المحل المستحيل لابطال القيود المولالية لبيع أول صريح من قبل نفس البائع إعطاء نفس جديد لأحكام الفصل 62 إلى 66 م.أ.ع. المتعلقة بال محل<sup>(38)</sup> في حين يصبح الفصل 576 من م.أ.ع. ، وهو النص الخاص الذي جعله المشرع لتنظيم حالات بيع ملك الغير، فacula لكل جدو<sup>(39)</sup>.

### III - الإستحالة القصدية والإستحالة اللاقصدية

221 - تكون الإستحالة قصدية إذا علم أحد المتعاقدين وقت إبرام العقد بعدم إمكان المحل. ويتحمل هذا الطرف الخسارة الناجمة للطرف الآخر عن هاته الوضعية. ولا يعفي منها حسب صريح أحكام الفصل 65 م.أ.ع. إلا إذا كان معاقده عالما بها أو كان من حقه أن يعلم بها.

وتكون الإستحالة غير قصدية إذا لم يعلم المتعاقدان بعدم إمكان المحل وقت العقد.

(37) يراجع في هذا المعني تعقيب مدني عدد 1979، في 27 فبراير 1979، ق.ت. 1979 ، عدد 4، ص 111، ن.م.ت. 1979 ، ص 109؛ وتعقيب مدني عدد 13253، في 19 ماي 1986، ق.ت. 1987 ، ع 10، ص 57؛ وتعقيب مدني عدد 14194، مؤرخ في 24 مارس 1987 ، ن.م.ت. 1987 ، ع 1348 وتعقيب مدني عدد 4326، في 21 جويلية 1966، ق.ت. 1966 ، عدد 10، ص 68. وانظر أيضا القرارات التقىتين عدد 8551، في 27 جويلية 1972 (ن.م.ت. 1972 ، ص 47) وعدد 182، في 13 جويلية 1960 (ن.م.ت. 1960 ، ص 36). كما أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المختصة قرارا في هذا الاتجاه يقتضي أن «عقد التسوية المبرم من طرف المالك قبل التخلل من رباط عقد تسوية أول بريطة بالشروع الأول بعد غير قائم على موضوع بدلولة القانوني الواردة به الفصول 720 و727 و739 من م.أ.ع.» (دوائر مجتمعنة عدد 775 في 18 فبراير 1983 ن.م.ت. 1985 ، ج 1 ، ص 268).

(38) يراجع في هذا الخصوص دراسة الأستاذ نور الدين الخزواني : "Réflexions sur la sanction de la vente de la chose d'autrui", Rev. tun. dr. 1987, p. 119 et s.

أنظر كذلك الدراسة المنشورة بالجلة التونسية للقانون لسنة 1988 ، ص 66 تعلقا على القرار التعقيبي المدني عدد 11257 ، المؤرخ في 22 أفريل 1985 ، يقلم الأستاذ علي الجلولي . كما يراجع مقال الرئيس محمود شمام "التقرير بدفتر خاتمة للأدلة المقاربة وإمكانية إبطاله والتشطيب عليه" (ق.ت. 1980 ، عدد 3 ، ص 7 وما بعدها). وبين فيه الكاتب أن الفصل 305 م.ح.ع. لا يحول دون التشطيب طالما ثبت بطلان العقد النافذ للملكية بسبب استحالة المحل. ويراجع في هذا المعني أيضا قرار مدني صادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس في 8 أفريل 1982 ، تحت عدد 6215 ، ق.ت. 1983 ، عدد 4 ، ص 126.

(39) وانظر حول هذه المسألة : المنذر الصيد : «كراء ملك الغير في ضوء مجلة الإلتزامات والعقود التونسية»، ق.ت. 1990 ، عدد 3 ، ص 33. وفروزي بالكتاني ، «تعليق على القرار الاستئنافي عدد 641 المؤرخ في 25 أفريل 1992 ، ق.ت. 1994 ، عدد 3 ، ص 84.

## § 2 - أنواع الإستحالة

217 - قد تكون الإستحالة مطلقة أو نسبية. وتكون أيضا طبيعية أو قانونية. كما تكون قصدية أو غير قصدية.

### I - الإستحالة المطلقة والإستحالة النسبية

218 - الإستحالة التي تبطل العقد هي الإستحالة المطلقة . والمقصود بذلك أن يكون الإلتزام مستحيلا في ذاته أي أن لا يستطيع أحد القيام به. أما الإستحالة النسبية فهي التي يكون فيها الإلتزام مستحيلا بالنسبة للمدين فقط ولكنه ممكن لغيره. وهاته الحالة لا تبطل العقد بل إنها قد تجعل تنفيذه مستحيلا بالنسبة للمدين الذي يكون مسؤولا عن ذلك ويتحوّل إلتزامه إلى التزام بالتعريض.

### II - الإستحالة الطبيعية والإستحالة القانونية

219 - قد تكون الإستحالة طبيعية بمعنى الإستحالة المادية كالإلتزام بتسلیم سلعة غير موجودة بسبب غلق المصنوع الوحيد الذي يصنعها. أو تعهد شخص ببيع ما لا يمكن التعامل في شأنه مثل أشعة الشمس أو البخار.

220 - وقد تكون الإستحالة قانونية وهي التي ترجع إلى سبب في القانون<sup>(40)</sup>. كالالتزام المحامي مثلا باستئناف حكم بعد انتهاء أجل الاستئناف . ويعتبر فقه قضاء محكمة التعقيب على ذلك الأساس أن التقويم في ملك الغير باطل إذا لم يصادق عليه هذا الأخير أو إذا لم يصبح البائع مالكا، باعتبار استحالة محل الإلتزام الذي هو في هذه الصورة نقل الملكية.

(40) وقد اعتبر البعض استنادا إلى أحكام الفصل 64 من م.أ.ع. أن التعاقد على أساس عملة أجنبية يعتبر من الأشياء غير الممكنة قانونا إلا أن محكمة التعقيب لم تتبين هذا الموقف ملاحظة أن التعاقد بهذه الصورة ممكن طبيعيا وغير محظوظ قانونا وأن عدم ضبط مقدار تقلب صرف العملة المتفق عليه كوحدة للحساب وقت التعاقد لا يمنع الطرفين من تحديد ذلك في أجل لاحق باتفاقهم عليه لإجراء الحساب بينهما أو يحددهما لتنفيذ الإلتزام وهو الأمر الذي أجازه الفصل 63 من م.أ.ع. إذ اقتضى أن المعقود عليه يجب أن يكون معينا ولو بال نوع ، أمرا مقداره وعده فيجوز أن يكون غير معين وقت العقد بشرط إمكان تعيينه فيما بعد . ق.ت. 1996 ، عدد 7 ، ص 97 .

ويعد العقد باطلا في كلتا الحالتين. بحيث ينحصر الفرق بينهما في تغدر طلب تعويض الخسارة في صورة الإستحالة اللاقصدية وفي إمكانية ذلك في صورة الإستحالة القصدية في حدود ما يسمح به الفصل 65 من م.أ.ع.

## السبب الفصل الثاني

223 - ولما كان الأصل في القانون التونسي أن يشترط في التصرفات أن تكون مسيبة (الفصول 67 إلى 70 من م.أ.ع.). فإنه من المهم أن نبحث عن جدوى هذا الشرط. فهل أن الإرادة وحدها غير كافية لإنشاء التزامات صحيحة، وهل توجد إمكانية للتوفيق بين الرضائية وحرمة التعاقد من جهة، ونظرية السبب من جهة أخرى؟

تفرض علينا محاولة الجواب عن هذه التساؤلات الرجوع إلى تاريخ نظرية السبب (الفرع الأول) بما يساعدنا على فهم أبعادها الحقيقة، وبالتالي على تحديد نظامها القانوني (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : التطور التاريخي لنظرية السبب<sup>(1)</sup>

224 - يبدو من الثابت أن نظرية السبب لم تبرز إلا بظهور الإرادة والرضائية في تكوين العقد. فقد كانت غير معروفة في القانون الروماني الذي كانت تعدد فيه العقود تامة مبرمة، لا بمجرد حصول الرضا، إنما بإتمام شكليات معينة يحدّدها القانون بالنسبة لكل عقد. ولم تعرف في القانون الفرنسي القديم إلا بداية من القرون الوسطى وذلك تحت تأثير الفقهاء الكنيسين الذين أثروا مبدئين أساسيين في تكوين العقود : أولهما أن الوفاء بالوعد واجب وأن الإخلاص به خطيبة. وقد ترتب عن هذا المبدأ الأول أن الإرادة هي التي تنشئ العقد وتجعله ملزما وليس الشكل. أما المبدأ الثاني فهو أن التعاقد لا يجوز إذا كان يهدف إلى غرض غير مشروع، الأمر الذي يفترض إذن أن يكون الإلتزام مسيبا وأن يكون سببه مشروعا.

ويبدو أن للمشروعية في السبب عند الفقهاء الكنيسين بُعدان : بعد ذاتي نفسياني يتمثل في أن لا يكون الغرض من التعاقد مخالفًا للأخلاق

(1) يراجع في خصوص تاريخ نظرية السبب : عبد الرزاق الشهوري : الوسيط ، I ، عدد 242 وما بعده؛ J. GHESTIN, Traité...، عدد 207 وما بعده؛ وانظر أيضًا : op. cit., n° 634 654; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 500 à 509; J. CARBONNIER, 4, op. cit., § 29, p. 125; Y. THOMAS, Causa : sens et fonction d'un concept en droit romain, 2 vol., thèse, Paris II, 1976; MACQUERON, l'histoire de la cause immorale et illicite dans les obligations, thèse, Paris, 1926.

222 - لا يكفي أن يكون الإلتزام وليد إرادة سليمة بل يجب أيضا حتى يستوفي شروط صحته أن يكون مسببا. فمن يمضي اعترافا بدين لا يلزم باعترافه إذا ثبت أنه ليس مدينا بشيء للمستفيد بذلك الاعتراف. أو بعبارة أدق أن اعترافه يفتقر لسبب يبرره. فالسبب إذن هو تبرير الإلتزام الإرادي أو تعليل الإرادة المنشئة للإلتزام<sup>(2)</sup>.

وقد يحقق لنا التساؤل عن الجدوى من اشتراط سبب مبرر للتصرفات القانونية الإرادية، خاصة أن نظرية السبب تميز قوانين البلدان اللاتينية والنظم المتأثرة بها من هذه الناحية، مثل النظام التونسي للالتزامات والعقود، دون القوانين الأنجلوسكسونية التي تصح فيها مبدئياً الإلتزامات بمجرد رضاء الأطراف وبصرف النظر عن مبرراتهم، عدا صورة مخالفتها للنظام العام وللأخلاقيات الحميدة.

وتنتهي التصرفات غير المسببة إلى نظام التصرف المجرد، وهو الأصل في التشريعين الألماني والأنجليزي<sup>(3)</sup>. ومن خصائص هذا النظام أن المدين يكون فيه ملزماً بالوفاء بمجرد ثبوت رضاه بالإلتزام المحتاج به ضده. ولا تقبل معارضته بانعدام السبب لأن يدعى مثلاً عدم وجود السلعة التي تعهد بأداء ثمنها. ومن مزايا نظام التصرف المجرد ضمانه لنجاعة الإلتزامات. ولكنه في المقابل شديد القساوة بالنسبة للمدين الذي عليه أن يدفع ولا يجوز له سوى القيام فيما بعد بدعوى في استرداد ما سبق له دفعه بلا حق<sup>(4)</sup>. ولا يقبل القانون التونسي صحة التصرفات المجردة إلا في حالات استثنائية منها مادة الأوراق التجارية<sup>(5)</sup>. وينجر عن ذلك أنه لا يجوز في هذا الإطار رفض خلاص شيك بدعوى عدم وجود معاملة بين الساحب المستفيد تبرر إصداره<sup>(6)</sup>.

(1) يراجع : PH. MALAURIE, Théorie des obligations, fasc. 2, Contrats I. Les cours de Droit, 1982-1983, pp. 366 et 367; PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, 2<sup>e</sup> éd., 1990, n° 491.

(2) يراجع : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 494; J. CARBONNIER, 4, op. cit., § 30, p. 12.

(3) يراجع : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 493 et 494.

(4) يراجع : YOUSSEF KNANI, Droit commercial, les effets de commerce et le chèque, C.E.R.P., TUNIS, 1988, n° 26.

(5) YOUSSEF KNANI, op. cit., n° 222 et suiv.

التمسك بتصوره المجرد للسبب طيلة القرن التاسع عشر في فرنسا. ويلاحظ الشرّاح<sup>(9)</sup> أن الرّضى يبقى في هاته النّظرية المصدر الأوحد للعقد إذ لا تقتيد على أساسها الإرادة بالسبب إلا من حيث أنه يشترط في الإلتزام الصادر عنها أن يكون له أساس يبرره، أو بعبارة أخرى أن يوجد للأداء الذي التزمت به مقابل. ولا تولي هذه النّظرية للعوامل الذاتية والأخلاقية أي اعتبار ولا تهتم بالتالي بتكافؤ الإلتزامات وبعدالة العقد بوجه عام نظراً لهيمنة مبدأ سلطان الإرادة في ذلك العصر حيث تمسّك دعاته كما نعلم بأن العقد عادل بالضرورة طالما نشأ عن تلاقي إرادتين حررتين<sup>(10)</sup>.

226 - وقد ناهض PLANIOL<sup>(11)</sup> اشتراط السبب في صحة الإلتزامات والعقود عارضاً أن هذه النّظرية غير صحيحة وغير مفيدة. فهي غير صحيحة لأن القول بأن سبب التزام المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين هو التزام المعقد الآخر يعني تزامن السبب مع المسبيب، وهذا أمر مستحيل، علماً أن المسبيب يسبق بالضرورة المسبيب. كما يرى PLANIOL أن هذه النّظرية غير مفيدة ويع肯 الاستغناء عنها وذلك بتعريض السبب بال محل في العقود التبادلية؛ وبالرّضا في عقود التبرع، مع التسلیم إلى جانب ذلك بعدم جدواه المطلقة في العقود الأحادية العينية<sup>(12)</sup>. وقد مهدت تهجمات PLANIOL إلى تحديد تصوّر السبب عند الفقهاء.

227 - وقد تزعّم حركة التجديد العلامة Henri CAPITANT<sup>(13)</sup> الذي

(9) انظر مثلاً : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 503, p. 275.

(10) يراجع العدد 36 أعلاه، وما بعده.

MARCEL PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 9<sup>e</sup> éd., n° 1037 et s.<sup>(11)</sup> (12) انظر عرضاً لنظرية PLANIOL : عبد الرّزاق الشهوري - الوسيط، I، عدد 272. عبد الفتاح عبد الباتي ، نظرية العقد... ، عدد 210. على أنه تبغي الملاحظة أن أول من هاجم نظرية السبب هو البلجيكي "La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions ?".

HUC في بلجيكا أيضًا LAURENT (Principes de droit civil, t. XVI, n° 111) (Commentaire du Code civil, t. VI, n° 39 et t. VII, n° 77 - 78).

(13) يرجى : HENRI CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3<sup>e</sup> éd. 1927. وانظر عرضاً لنظرية J. GHESTIN، عبد الرّزاق الشهوري، الوسيط ، 1 ، عدد 274.

الحميدة وللنظام العام. ويعُد موضوعيّ يتمثل في اشتراط تكافؤ الإلتزامات بما يضمن العدالة العقدية<sup>(14)</sup>. ولقد كانت مسألة السبب مصدر مجادلة فقهية في فرنسا بداية من عهد القانون الفرنسي القديم إلى أواسط القرن العشرين. فاختلفت حولها النّظريات بين موضوعية ذاتية (15) إلى أن استقرّ الرّأي السائد على محاولة التوفيق بين الاتجاهين المنضاريين . وما يلفت الانتباه اتفاق جميع النّظريات التي يتأسّس عليها المفهوم السائد الآن للسبب إلى تخليل كفيل بضمان العدالة العقدية. وقد حاول بعض الفقهاء سدّ هاته التغيرة متمسكين بضرورة فصل الإرادة عن السبب حتى يصبح السبب أداة لضمان العدالة العقدية مثلما تصوره الكنيسون وقت نشأته (26).

## § 1 - مختلف نظريات السبب

225 - تمحور النقاش النّظري الذي تعلق بمفهوم السبب عبر القرون أساساً حول ما إذا كان للسبب مفهوم ذاتيٌّ نفسانيٌّ يدخل في دور القاضي أن يقدر استقامتها أخلاقياً أم هل أنه يشكل عنصراً موضوعياً يتمثل بالنسبة لكلٍّ من المتعاقدين في مقابل الأداء الذي التزم به.

وأول من تبنّى الاتجاه الموضوعيّ هو الفقيه DOMAT<sup>(8)</sup> الذي وقع

(7) يراجع عبد الرّزاق الشهوري : الوسيط ، I ، عدد 243 و 257؛ عبد الفتاح عبد الباتي : نظرية WEILL et TERRE, op. cit., n° 253; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 501; J. CARBONNIER, 4, op. cit., § 29.

(8) J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, Titre I, Sect. 1. وقد كتب DOMAT في كتاب المذكور الأسطر الآتية التي يرى فيها (125 من 745، عدد 638) أحسن شرح للفصول 1131 وما يبعدها من المجلة المدنية الفرنسية (67 إلى 70 من م. 1.4.) في مفهومها الموضوعي المجرد الذي فرضه تصور DOMAT للسبب : Dans les conventions synallagmatiques "il se fait un commerce où rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. Et dans les conventions même où un seul paraît obligé, comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui emprunte a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devrait donner pour former la convention. Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des des contractants a toujours sa cause de la part de l'autre, et l'obligation serait nulle si dans la vérité elle était sans cause".

"Dans les donations et dans les autres contrats où un seul fait et donne; et où l'autre ne fait et ne donne rien, l'acceptation forme la convention. Et l'engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien". (Lois civiles, Livre I, Titre I, sect. 1, n° 5 et s.).

فإنه يحصل عندئذ **غلط في السبب** يمكن أن ينجر عنده بطلان العقد. وينتشر ممّا سبق أن السبب في نظرية MAURY J. هو الأساس النظري للغلط في صفة ذات المعقود عليه باعتبار أنّ الأمر يتعلق في هذه الحالة بتحديد «المقابل المقصود» أو «المقابل المتفق عليه».

وإذ يرى MAURY أن ضرورة تطابق العقد مع النظام العام والأخلاق الحميدة تفرض أن يكون «المقابل المقصود» (يعني العنصر الموضوعي الاقتصادي الملجي للتعاقد) مشروعًا وجائزًا، فهو يقرّ من جهة أخرى أنه من الواجب أن يعتبر القاضي من قبيل السبب أيضًا أي دافع ذاتي ملجي للتعاقد بالنسبة لأحد الطرفين كلما تعلق الأمر بتقدير مدى مخالفته للنظام العام أو للأخلاق الحميدة. وبهذا يكون للسبب في نظر MAURY مفهوم دور مزدوجان. فهو بالأساس «الم مقابل المقصود» أو الدافع الاقتصادي للالتزام المتفق عليه الذي بدونه ينعدم العقد. وهو إلى جانب ذلك أيضًا أي دافع ملجي للتعاقد كلما تعلق الأمر بإجراء مراقبة إجتماعية على العقد لتقدير مدى خضوعه لموجبات النظام العام والأخلاق الحميدة<sup>(17)</sup>.

(17) وتشير الإشارة إلى أن التصور الثاني لنفهم السبب بحسب وظيفته أصبح سائدا في الفقه الفرنسي JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques, n° 108 et s.; RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, n° 21 et s.; RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil, t. II, n° 292 et 293.

كما لا بد من الملاحظة أن بعض الفقهاء ينسب إلى السبب دورا ثالثا يجعل منه أداة لوصف المقصود وقد عرض هذه النظرية الأستاذ العلامة François TERRE في كتابه : *l'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, Paris, 1955, préface de M. le Balle, p. 256). وذلك تحت تأثير دور السبب في القانون الإداري : (G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, thèse, Toulouse 1934; CHARLIER, *La cause dans la jurisprudence administrative*, J.C.P. 1950. 1. 87).

L. BOYER, *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse, Toulouse, 1947.

وقد أثيرت مسألة السبب كادة وصف للمفرد في مطعن تقييبي تمكنت به الطاعنة في القضية موضوع القرار التمهيبي عدد 1153، المؤرخ في 20 أكتوبر 1960، (ق.ت. 1961، عدد 4، ص 47) حيث «استند ناتها إلى أن كتب نقل ملكية الأرض كان خالياً عن السبب ولا يدرى فهو هبة بدون عوض التي تشرط لها شروط خاصة خصوصاً وأن السبب الذي ذكره المحکوم له لم يثبت، أو أنه إحالة بمعرض وعلىه فعدم تعيين الثمن أو المقابل يضر بالإحالة باطلة خلوقها من السبب والقرار المطعون فيه لما حكم بصحته قد خرق القانون...» وقد أصدرت محكمة التعقيب قراراً بالرفض بناءً على أن العقد الذي لم يذكر به مسبباً يحمل على ابنيه على سبب جائز وأن الطاعنة لم تثبت العكس الحال أنّ عبء الإثبات محمل عليها (الفصلان 68 و 69 من م. ا.ع.).

أكسي مفهوم السبب طابعاً ذاتياً مميزاً حيث أن سبب الالتزام في نظره هو الدافع الأساسي الملجي له بشرط أن يكون إما مشتركاً لطرفيه أو خاصاً بأحدهما فقط ولكنه متعمّد بحكم طبيعة التعامل وظروفه إلى نطاق العقد. فسبب التزام التعاقد ليس إذن ذات التزام التعاقد الآخر كما تقول النظرية الموضوعية، إنما تنفيذ الالتزام. والدافع الملجي للالتزام بدفع الثمن بالنسبة لمشتري سيارة ليس مجرد وجودها، والتزام البائع وقت التعاقد بنقل ملكيتها إليها، إنما تسلمه إليها منه ونقل ملكيتها له بصورة فعلية. ويلاحظ الفقهاء أن تركيز CAPITANT على عنصر استمرارية السبب<sup>(14)</sup> مدة حياة العقد كان له دور هام في تفسير أساس آليات تنفيذ العقود الملزمة للجانبين كالدفع بعدم التنفيذ والفسخ<sup>(15)</sup>.

على أن السبب يبقى في نظر الشراح شرطاً من شروط تكوين العقد ولا يقدر من حيث وجوده أو استقامته إلا وقت نشأة العقد خلافاً لما أورثت به نظرية CAPITANT، الأمر الذي يستخلص معه أن المهم في هذه النظرية هو تركيز صاحبها على البعد الذاتي لمفهوم السبب الذي يرجع أصله في الواقع إلى الكنسين.

228 - ويعد العلامة JACQUES MAURY<sup>(16)</sup> من أهم من ساهم بعد H. CAPITANT في بلورة التصور الحديث للسبب وذلك بمحاولته التأليف بين النظريتين التقليدية والذاتية للسبب حيث يرى فيه «الم مقابل المقصود» ("L'équivalent voulu"). ويعني بذلك أن الالتزام يقوم على عنصر موضوعي يتمثل في وجود مقابل مالي أو اقتصادي له. ولكن هذا المقابل يتعدد بالإرادة. وبالإرادة وحدها. وإذا انعدم «الم مقابل المتفق عليه» انعدم السبب. أما إذا افتقر هذا المقابل إلى صفات خصوصية أو ذاتية متفق عليها،

(14) يراجع : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 505 et 506  
(15) يراجع : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 646.

(16) راجع : J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1920; *De l'erreur sur la substance dans les contrats à titre onéreux*, Etudes CAPITANT, 1939, pp. 491 et s.; Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence (Rapport 3es journées franco-latino-américaines), Rev. int. dr. comp. 1951, pp. 485 et s.

وانظر عرضاً لنظرية MAURY في : J. GHESTIN, op. cit., n° 648, et MARTY et RAYNAUD, II, *Les obligations*, op. cit., n° 182.

الإرادة وبنفسية التعاقددين. وقد أيد بعض الفقهاء المعاصرين هذا الاتجاه الموضوعي<sup>(20)</sup>. وما من شك في أن اعتماده من طرف المحاكم في تونس قد يعطي للسبب نفسها جديدا في التطبيق، بما قد يساعد على سد بعض التغرات التي يشكو منها القانون المدني التونسي، لأن يسمح للقاضي بأن يتدخل على أساسه لتعديل الشروط المجنحة<sup>(21)</sup>. على أن مثل هذا التطور صعب الإحتمال لأنّه يؤول في الواقع الأمر إلى تكريس الغبن في القانون التونسي بما يخالف صريح أحكام الفصلين 60 و 61 من م.أ.ع. الأمر الذي يستخلص معه أنّ السبب في القانون الوضعي التونسي لا يمكن أن يكون أداة تضمن العدالة العقدية. وإذا يعتبر أغلبية الشرائح أنه مفيد بل ضروري في مفهومه الذاتي لمكين القاضي من إجراء مراقبته على مدى استجابة العقود لطلبات النظام العام والأخلاق الحميدة، فإنّ جدواه تبقى نسبية في مفهومه المجرد خاصة بعد أن تبين أنه يمكن تعويضه في عدة حالات بآليات قانونية أخرى مثل الرضا في عقود التبع والمحل في عقود المعاوضة الملزمة للجانبين<sup>(22)</sup>.

(20) راجع : ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965, op. cit., n° 137 et s.

(21) وهو ما رفضه فقه القضاء مهما بللت درجة الخطورة (يراجع القرار الصادر عن الدوائر المختصة تحت عدد 7919، المؤرخ في 28 أفريل 1975، المعلن عليه من طرف الأستانة فتحية الشئي بالجنة التونسية للقانون لعام 1977، المذكور أعلاه) إلى تاريخ صدور القرار القضائي المدني عدد 42624 في 28 أفريل 1994 الذي حرك للقاضي حق تعديل الشرط الجنائي بالزيادة فيه أو التخصيص (يراجع العدد 2-387-2-أسفله). وما من شك في أن الشرط التغريبي المجنح قد يمكن اعتباره فائضاً جزئياً للسبب. على أن الفقدان الجنائي للسبب لا يمكن أن يتأسس عليه البطلان لأنّه ليس سوى حالة غير بما يجعلها خاصية لاحكام الفصلين 60 و 61 من م.أ.ع. إلا أنه تمجد الإشارة إلى أن فقه القضاء في فرنسا يأخذ بنظرية الفقدان الجنائي للسبب وذلك في حالات استثنائية. من ذلك أنه يستعملها لتعديل أجرة الحامي أو الطبيب إذا كانت مصححة بالقارنة مع المجهود المبذول، أو في صورة ما إذا كان مقابل الأداء المتفق عليه ناقصاً مادياً، كمن يدفع ثمن شقة بها ستة غرف ولا يتسلم سوى شقة تشمل على خمسة غرف فقط. (يراجع في خصوص هذه النظرية وكذلك مبررات J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 568 et 632; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 690 à 692; WEILL et TERRE, op. cit., n° 128; LARROUMET, op. cit., n° 471).

(22) وتمجد الإشارة في هذا الخصوص إلى أن بعض التشريعات الحديثة قد استنفت عن مفهوم السبب، فبالإضافة إلى القوانين الأمريكية والسكندرية، فإن مشروع المجلة المدنية لقاطنة الكيباك (QUEBEC) لسنة 1977 تجاوز من ناحيته أيضاً هذا المفهوم (راجع: J. GHESTIN, op.cit., n° 772, p. 855).

## § 2 - السبب والعدالة العقدية

229 - يمكن أن نستخلص من التحليل أعلاه أن مفهوم السبب يختلف باختلاف دوره. وأنه في مفهومه المجرد مقابل الأداء الملتزم به الذي ينعدم بانعدامه الإلتزام. وليس على القاضي إلا أن يراقب وجوده وصحته وقت التعاقد حماية للإرادة الفردية التي لا يعقل في نظرية التصرف المسبب أن تصدر بدون سبب يبررها. أما إذا ثبت وجود المقابل المتفق عليه، فإنه لا يدخل في مهمة القاضي أن يقدرها كمياً وأن يبحث عن مدى تناسبه من هاته الناحية مع الأداء الملتزم به لما في هاته المراقبة من مس بسلطان الإرادة وبحرية التعاقد. وإذا يجوز للفرد أن يتظلم من اختلال التوازن بين التزامه والتزام معاقدة فلا يمكن أن يكون ذلك إلا عن طريق الغلط في السبب الملغى للتعاقد. أما إذا تذرّع عليه إثبات قيام هذا العيب أو غيره من عيوب الإرادة فإنّ طلبه يستوجب الرفض طالما أن العقد الصادر عن إرادتين حررتين سليمتين يعتبر عادلاً بالضرورة ولا يمكن للقاضي أن يُعدّه أو أن يطاله بدعوى عدم تكافؤ الإلتزامات الناشئة عنه.

وقد تبيّن لنا مما سبق عرضه أن نظريات السبب موضوعية كانت أو ذاتية لم تختلف حول هذه المسألة اعتباراً لهيمتها مبدأ سلطان الإرادة على الفقه الفرنسي السادس، الأمر الذي أدى إلى تهميش أنفكars الكنيسيين الذين اكتشفوا نظرية السبب وأرادوها قيada للإرادة وضماناً للعدالة العقدية. وقد اعتبرت أقلية ضئيلة من الفقهاء في بداية القرن العشرين أنه لا يمكن للسبب أن يؤدي مثل هذا الدور إلا إذا فصل مفهومه تماماً عن مفهوم الإرادة. وقد دافع عن هذا الاتجاه LOUIS LUCAS<sup>(18)</sup> الذي يرى أن الإرادة هي مفهوم قانوني لعنصر نفسياني بما يجعلها تختلف تماماً عن السبب باعتباره مفهوماً قانونياً لعنصر اقتصادي محض يتمثل في تعويض القيمة الاقتصادية التي يفقدها المدين حين يلتزم نحو معاقدة بقيمة تعادلها. ويفترض توفر شرط السبب قيام توازنٍ كميٍ بين القيمتين<sup>(19)</sup>. ولا علاقة لهذا الموضوع في نظر LOUIS LUCAS بمسألة

(18) يراجع : LOUIS LUCAS, Volonté et cause, thèse Dijon, 1918.  
(19) يراجع في هذا المعنى أيضاً : GAUDEMEL, Théorie générale des obligations, 1937, p. 117.

المعاوضة الملزمة بجانب واحد فإن سبب التزام المدين يختلف بحسب الحالات. فإذا كان العقد عينياً، أي أنه من العقود التي لا تتم إلا بتسلیم الشيء المعقود عليه كالوديعة أو عارية الإستعمال، فإن سبب التزام المدين بترجيع الشيء هو سابق تسلمه إيهام من طرف الدائن. أما إذا لم يكن العقد الملزم بجانب واحد سابق تسلمه إيهام من طرف الدائن، فإن سبب التزام الواحد يتمثل في مقابل عينياً كالتعهد بدفع مبلغ من المال، فإن سبب التزام الواحد يتمثل في مقابل خارج عن العقد وسابق له كوجود دين سابق لفائدة الموعود له. ويتمثل سبب الالتزام بالنسبة لعقود التبرع في نية التبرع.

232 - ويشترط في السبب المجرد أن يكون ثابتاً (الفصل 68) وصحيحاً (الفصلان 69 و 70 من م.أ.ع.)<sup>(1-23)</sup>. ويتفق الشرح على أن السبب **الخطاطي** ليس سوى الغلط في ذات المعقود عليه. وقدر وجود السبب من عدمه باعتبار وقت إبرام العقد. ولا يتربّ على زواله بعد ذلك بطلان العقد.

## ٤٢ - السبب الجائز

233 - ينص الفصل 67 من م.أ.ع. بفقرته الأولى على أن الالتزام «المبني على ... سبب غير جائز لا عمل عليه». والسبب غير الجائز حسب صريح أحكام الفقرة الثانية من هذا النص «عبارة عمما يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العمومي». ويفرق الشرح بين السبب المجرد والسبب الجائز، باعتبار أن الأول هو الذي لا يتغير في النوع الواحد من العقود على خلاف الثاني الذي يختلف من عقد إلى آخر ومن شخص إلى آخر بحسب الدوافع الخاصة بكل متعاقد. فهو الدافع الشخصي الذي يحمل المتعاقد على إنشاء العقد. كما يختلف السبب المجرد عن السبب الجائز من ناحية كون الأول يعد كجزء غير منفصل عن العقد نفسه، أو عنصر موضوعي لا تأثير فيه لنوايا المتعاقد، في حين أن الثاني يعد على عكس ذلك عنصراً

(1) براجع : Pascal DIENER, "A propos d'une prétendue absence de cause", D. 1994, Chr., p. 347.

(24) يراجع في هذا المعنى المادة 200 من قانون الموجبات اللبناني. انظر أيضاً كتاب الدكتور توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، المذكور أعلاه، عدد 154.

## الفرع الثاني : النظام القانوني للسبب

230 - تنص الفقرة الأولى من الفصل 67 من م.أ.ع. على أن «الالتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه». وإذا يصعب الكشف عن بعد العملي لهذا النص، نظراً لعدم توفرقه قضاء معتبر في هذه المادة، فإنّه يمكن انتلاقاً من القرارات التعقيبية النادرة التي صدرت في هذاخصوص واعتماداً على الفقه السائد المبين أعلاه أن نعتبر أنّ المشرع التونسي قد من خلال هذا النص التعرض إلى السبب بمفهومه المجرد من جهة (16)، والجاز من جهة أخرى (26)، وذلك قبل أن يهتم ضمن الفصول 68 إلى 70 من المجلة ببيان نظام إثباتهما (36).

## ٤١ - السبب المجرد

231 - السبب المجرد هو السبب بمفهومه التقليدي الذي أوضحه DOMAT في القرن السابع عشر التميّز بطابعه الموضوعي الذي يمكن تعريفه بأنه مقابل الأداء الذي يتلزم به كلّ متعاقد نحو المتعاقد الآخر. وخلو الالتزام من سبب يبرره يعرضه إلى البطلان<sup>(23)</sup>. والسبب المجرد لا يتغيّر في نوع واحد من العقود ولا يختلف باختلاف مقاصد الأفراد، وإن كان يختلف باختلاف أنواع العقود. ففي العقود الملزمة للجانبين يولد العقد التزامات متبدلة على عاتق الطرفين يتمثل فيها سبب التزام كلّ منهما في التزام معاقدته. سبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع هو التزام المشتري بأداء الثمن. وعلى عكس ذلك فإنّ سبب التزام المشتري بأداء الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية. أما بالنسبة لعقود

(23) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 13936، المؤرخ في 19 جوان 1986 ، (ق.ت. 1988، عدد 7، ص 75). وتمثل وقائع القضية في استصدار المكتب أمراً بالدفع باسم المتعقب ضدهما بان تؤدي له مبلغ خمسة آلاف دينار. فأعراضت عليه هذه الأخيرة ثم استأنفت متسكّنة بأنّها ليست مدينّة لخصمها بشيء، ولم تفترض منه ملبياً واحداً بل على عكس ادعاءه، فإنّها هي التي دفعت له ذلك المبلغ ليقوم عوضاً عنها بخلاص مطالبه قمرقة تتعلّق بسيارة محلّ مشروع يبع بينهما. واعتبرت محكمة الاستئناف أنّ الكتب الذي ينصّ على المبلغ المالي المذكور بهم ولا يشير إلى سببه وتقضي على ذلك الأساس الحكم الإيداعي القاضي بـ تقرير الأمر بالدفع، وقضت من جديد بعدم سماع الداعي وأيتها محكمة التقيّب في ذلك بمقولة : «أنّ كلّ التزام لأبد أن يكون له سبب شرعي ولا اعتبر في حكم المدعوم...».

شك في أن هذا الحال الأخير يراعي مصالح المعاقد حسن النية<sup>(29)</sup>.

### § 3 - إثبات السبب

236 - ينص الفصل 58 من م.ا.ع. على أن «كل التزام يحمل على سبب ثابت جائز ولو لم يصرح به». كما ينص الفصل 69 على «أن السبب المصرح به يحمل على الحقيقة إلى أن يثبت خلافه». أما الفصل 7 فجاء به أنه «إذا تبين أن السبب المصرح به إنما هو في الحقيقة غير موجود أو غير جائز، فعلى من يدعى أن للعقد سببا جاززا غيره أن يثبت ذلك».

237 - ويفهم من مجموع هذه التصووص أن المشرع وضع لفائدة الدائن قرينة مقتضاهـا أنه عند عدم ذكر السبب يفترض أن للعقد سببا مشروعاـ. ولكن هذه القرينة قابلة للدحض بإثبات العكس<sup>(30)</sup>.

238 - وإذا ذكر السبب في العقد فإن القانون يفترض أن السبب المذكور هو السبب الحقيقي والشروع إلى أن يثبت العكس، وفي هذه الصورة، أي لما يقيم المدين الحاجة على عدم مشروعية السبب، أو على كون السبب المصرح به

(29) ويبدو أن اتجاه فقه القضاء في فرنسا مؤسس حالياً على التفرقة بين مقدمة المعاوضة من جهة وعمرها الشريعـ من جهة أخرى، حيث يشترط لإبطال العقد المتناسب للمنتف الأول من أجل تأييـها على سبب غير مشروع علم المأذن الآخر بذلك. في حين يمكنـ بالتأيـيـة المتفـق الثاني بمحـرـة قيـام عدم المشروعـة لإبطـال العـقد (يراجـع فيـ هـذا المـصـوـصـ: 502 à 502). LARROUMET, op. cit., n° 500.

(30) برابـع القرـار التـقـيـيـ عدد 1153، المـورـخـ في 20 أكتـوبرـ 1960، قـ.ـتـ.ـ 1961، عـدـدـ 4، صـ 47، الذي وردـ بهـ آنـ لاـ يـكـنـ الـاجـتـاجـ بـدـمـ ذـكـرـ سـبـبـ نـقـلـ مـلـكـيـةـ قـطـعـ أـرـضـ بـالـكـ قـاضـيـ بـذـلـكـ لـيـطـلـ مـاـذـكـرـ مـاـذـكـرـ وـعـلـىـ مـاـذـكـرـ اـنـتـهـاـ السـبـبـ أـوـ دـمـ شـرـوعـهـ آنـ يـثـبـتـ اـعـادـهـ. وـقـدـ أـنـكـتـ مـحـكـمـةـ التـعـقـيبـ هـذا الـبـاـدـاـ فيـ نـقـيـبـ آخـرـ نـقـلـ التـرـاعـ فـبـاـ حـوـلـ مـدـيـ جـرـازـ التـبـ، بـيـنـ آنـ مـجـرـدـ وـجـودـ دـارـ مـرـغـةـ بـقـابـلـ مـنـيـ مـعـيـنـ دـوـنـ تـحـصـيـصـ لـمـاـ مـعـدـ إـلـيـهـ إـلـيـهـ فـيـ سـلـةـ شـيـرـهـ، لـمـ يـكـنـ اـنـتـهـاـ سـبـبـ بـعـدـ جـرـازـ طـلـانـ آنـ ذـلـكـ خـارـجـ عـنـ الـعـقـدـ خـاصـةـ آنـ الفـصـلـ 68ـ مـنـ مـاـعـ، مـرـجـعـ صـرـحـ فـيـ تـقـيـيـ 9123ـ، مـرـجـعـ فـيـ تـقـيـيـ 1955ـ، قـ.ـتـ.ـ 1960ـ، عـدـدـ 5ـ، صـ 49ـ، وـرـاجـعـ خـاصـةـ القرـارـ تـقـيـيـ عـدـدـ 6929ـ، مـرـجـعـ فـيـ 10 مـارـسـ 1959ـ، قـ.ـتـ.ـ 1960ـ، عـدـدـ 5ـ، صـ 49ـ، وـرـاجـعـ خـاصـةـ القرـارـ تـقـيـيـ عـدـدـ 21941ـ، المـورـخـ فيـ 5 جـانـفيـ 1989ـ (قـ.ـتـ.ـ 1991ـ، عـدـدـ 7ـ، صـ 63ـ) الذـيـ نـفـسـ بـاـنـ الـبـيـعـ الـمـارـدـ بـإـخـرـاجـ الـبـيـعـ عنـ التـرـاعـ الـاستـحـقـاقـيـ إـضـافـاـ بـسـتـحـقـقـةـ الـحـقـيقـيـ بـعـدـ التـرـامـاـ مـخـالـفاـ مـنـ جـبـتـ بـهـ لـلـاخـلـقـ الـحـيـدةـ وـلـاـ عـلـىـ جـبـاـ اـنـتـهـاـ النـصـلـ 67ـ مـنـ مـاـعـ).

Jean-Pierre MARGUENAUD, La cause simulée, (note sous Civ. Ière, 20 déc. 1988, D. 1990, J. p. 241).

متغيراً خارجياً عن العقد، إذ هو عنصر شخصي غير موضوعي يختلف باختلاف التوبيخ الخاصة للمتعاقد<sup>(24)</sup>.

234 - ويعتبر الفقهاء<sup>(25)</sup> أن اشتراط السبب الجائز يعطي للقاضي صلاحيات هامة في مجال مراقبة مدى تطابق العقد مع قواعد الأخلاق الحميدة والنظام العام، لأن الأمر يخضع لسلطته التقديرية المطلقة فحسب، بل وكذلك لأن هاته المراقبة غنوكه، في حالات، من إبطال عقود قد يستحيل إبطالها تأسيساً على نظرية المحل<sup>(26)</sup>. فإذا اشتري شخص شقة بغيره استعمالها لتعاطي الخنا، فإنه لا يجوز إبطال عقد شرائه تأسيساً على قواعد محل، إذ أن محل الالتزام هنا يتمثل في المبيع وهو الشقة التي يعده التعامل في شأنها مكنا وغير مخالف للأخلاق الحميدة والنظام العام. لذلك لا يمكن الإبطال هنا إلا بالاستناد إلى كون سبب البيع غير جائز<sup>(27)</sup>.

235 - وإذا اتفق الشرح في هذا المخصوص على أن السبب الجائز لا يتمثل إلا في الباعث الأساسي الملجيء للتعاقد، وليس في أي باعث ساهم ولو بصفة ثانوية في حمل أحد الأطراف على التعاقد، فإن الخلاف قائـمـ بينـهـمـ حولـ ماـ إـذـ كـانـ يـجـبـ أـنـ يـكـنـ الـبـاعـثـ دـاخـلـاـ فـيـ نـطـاقـ الـعـقـدـ. فالبعض يرىـ آنـ يـكـفـيـ أـنـ يـكـونـ الـبـاعـثـ غـيرـ مـشـرـوـعـ لـيـطـلـ الـعـقـدـ، وـلـاـ يـشـرـطـ أـنـ يـكـونـ الـطـرـفـ الـآـخـرـ عـلـىـ عـلـمـ بـهـذاـ الـبـاعـثـ. أـمـاـ الـبـعـضـ الـآـخـرـ فـيـشـرـطـ أـنـ لـاـ يـسـلـطـ الـبـطـلـانـ عـلـىـ الـطـرـفـ الـمـقـابـلـ إـلـاـ إـذـ كـانـ عـلـىـ عـلـمـ بـوـاقـعـ الـأـمـورـ<sup>(28)</sup>. وما من

MALAURIE, Les cours de droit, op. cit., p. 388; LARROUMET, op. cit., n° 491.

(25) يرجـعـ: MALAURIE, Les cours de droit, op. cit., p. 388; LARROUMET, op. cit., n° 491.

(26) يرجـعـ العـدـدـ 199ـ أـعـلاـ.

(27) يرجـعـ فـرـارـ مـدـنـيـ تـقـيـيـ عـدـدـ 736ـ، مـرـجـعـ فـيـ 24 جـانـفيـ 1961ـ، نـ.ـمـ.ـتـ.ـ 1961ـ، صـ 18ـ، وـقـرارـ تـقـيـيـ عـدـدـ 6929ـ، مـرـجـعـ فـيـ 10 مـارـسـ 1959ـ، قـ.ـتـ.ـ 1960ـ، عـدـدـ 5ـ، صـ 49ـ، وـرـاجـعـ خـاصـةـ القرـارـ تـقـيـيـ عـدـدـ 21941ـ، المـورـخـ فـيـ 5 جـانـفيـ 1989ـ (قـ.ـتـ.ـ 1991ـ، عـدـدـ 7ـ، صـ 63ـ) الذـيـ نـفـسـ بـاـنـ الـبـيـعـ الـمـارـدـ بـإـخـرـاجـ الـبـيـعـ عنـ التـرـاعـ الـاستـحـقـاقـيـ إـضـافـاـ بـسـتـحـقـقـةـ الـحـقـيقـيـ بـعـدـ التـرـامـاـ مـخـالـفاـ مـنـ جـبـتـ بـهـ لـلـاخـلـقـ الـحـيـدةـ وـلـاـ عـلـىـ جـبـاـ اـنـتـهـاـ النـصـلـ 67ـ مـنـ مـاـعـ).

A. WEILL, "Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité", Et. Marty, 1978, pp. 1165-1180, et MAZEAUD : note, sous civ. Ière, 4 décembre 1956, J.C.P. 1957, II, 10008.

غير موجود، فإنه يحق للطرف الذي له مصلحة في ذلك أن يثبت أن للعقد سبباً جائزًا غير السبب المصرح به<sup>(31)</sup>.

### العنوان الثالث

## الجزاء على شروط صحة وتأكيد العقد نظريّة البطلان

(31) يراجع القرار التعسفي المدني عدد 9990، المزدوج في 24 جويلية 1973، د.م.ت. 1973، ص 63، وقد ورد فيه استنادا إلى أحكام الفصلين 69 و70 من م.أ.ع. أنه إذا أدى مشروغ محل ردا على الدعوى المثورة خلأه في النفع لغير استعمال المكرى أن السبب المصرح به في كتب التسويف هو غير الحقيقة وأنه خللا لما نصمه هذا الكتاب لم يتسرع المحل لتعاطي إئية حرفة إنما لكنني فقط والله لم يستعمله إلا لهذا الغرض بعلم مسوغه فإن تقاضاه الأصل ملزمون بمساعي بيته وإجراء البحث الذي طلب منهم لإثبات ادعاءاته لأن من حقه أن يثبت أن السبب المصرح به (تعاطي حرفة) هو في الحقيقة غير موجود وأن له في الحقيقة سبباً جائزًا (السكن). يراجع أيضًا في هذا المعنى: قرار تعسفي مدني عدد 3027، مزدوج في 21 جوان 1938، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 152.

239 - اعنى المشرع بالبطلان ضمن المقالة السادسة من الكتاب الأول لمجلة الإلتزامات والعقود المشتملة على الفصول 325 إلى 338 . والبطلان بأنواعه هو المجزء على مخالفة شروط صحة وتكوين العقد وذلك بأن لا يترتب على العقد الباطل أيّ أثر قانونيّ، بما يصحّ معه القول أنّ البطلان هو انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير<sup>(1)</sup>، أو أنه «غير قائم . . . ولم يقم أبدا . . . بسبب اختلال تكوينه»<sup>(2)</sup>.

ويتفق الشرح على ضرورة تطبيق هذه العقوبة المدنيّة مع مراعاة متطلبات الإستقرار التعاقدّيّ، ولكن بطريقة تمكنها من أن تؤدي دورها على أحسن وجه بما يجعلها تمحو من جهة، وبصفة رجعيّة، العقد المخالف لشروط صحته وتكوينه القانونيّ، وت redund في الوقت ذاته، ومن جهة أخرى، عموم الناس عن مخالفة تلك الشروط في العقود والاتفاقات التي يبرمونها، اعتباراً لجسامه العقوبة التي قد تسّلط عليهم في مثل هذه الصور<sup>(3)</sup>.

240 - على أن الحصول على هذه التّيجة قد تضمنه بنجاعة معتبرة المراقبة الأوّلية التي يمكن للإدارة أن تجريها على صحة بعض العقود قبل إتمامها أو نفاذها<sup>(4)</sup>. كأن يرفض المأمور الإداري التعرّيف بامضاءات المتعاقدين إذا تبيّن له أنها تتعلّق بعقد مخالف للنظام العام أو للأخلاق الحميدة. أو كأن ترفض المصلحة الجبائية المختصة تسجيل عقد بيع لأجنبي لا ينصّ على حصول طرفه على الرخص الإدارية الضروريّة لصحته. وإذا يتفق الشرح على أن هذا النوع من المراقبة يعني من عناء طلب البطلان باعتباره يمنع من الأساس قيام العقد الباطل، فلأنّهم يلاحظون إلى جانب ذلك أن تدخل الإدارة بهذه الصورة من شأنه أن يؤثّر سلبا على حرّية المعاملات، الأمر الذي يتّجه معه عدم

(1) يراجع السنوري، الوسيط ،الجزء الأول، عدد 299.

(2) انظر : د. عبد الفتاح عبد الباتي : نظرية العقد . . . ، عدد 220.

PH. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, les obligations, 2<sup>e</sup> éd. 1990, n° 547; MALAURIE, Les cours de droit, droit civil, théorie des obligations, 1982/1983, Fasc. 2., p. 410.

FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 319; PH. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, les obligations, op. cit., n° 546.

(4)

التشجيع على تعميمه والسعى إلى حصر نطاقه<sup>(5)</sup>. لذلك، وبالرغم من تعدد الحالات التي يعاقب فيها القانون جزائياً على مخالفه شروط صحة العقود<sup>(6)</sup>، فإنّ البطلان يبقى بدوره المزدوج **الزجري - الوقائي** المبين أعلاه الجزء الأساسي لشروط تكوين العقد.

وسوف تشتمل دراستنا له على عرض لنظرية البطلان (الفصل الأول)، تليه دراسة نظامه القانوني (الفصل الثاني) والأثار القانونية التي تترتب عليه (الفصل الثالث).

## الفصل الأول

# عرض نظرية البطلان

(5) وكتب FLOUR et AUBERT (المرجع أعلاه) في هذا المعنى ما يلي : "Une vérification préalable supposerait que la conclusion de tout contrat est soumise à une surveillance de l'autorité publique. Ce serait la destruction - et non plus seulement comme aujourd'hui, la limitation- de la liberté".

(6) أنظر مثلا الفصل 292 من المجلة الجنائية الذي يعاقب بالعقوبات المقررة بجريدة التحيل «بيع أو رهن أو توبيخ أو كراء ما لا حق لمرتكب ذلك التصرف فيه»... أو ... «بيع أو رهن أو كراء ما سبق بيعه أو رهنه أو كراوه...».

وانظر أيضا الفصل 36 من القانون عدد 64 لسنة 1991 المتعلّق بالمنافسة والأسعار الذي يعاقب بالسجن والمحظية ارتكاب المواقع المبينة في الفصول 5 و6 من هذا القانون، ومنها الامتناع عن البيع أو البيوعات المشروطة وغيرها من حالات الاستغلال المفرط لوضعية بيعها. ومن الملحوظ أن العقوبة الجزائية تُنفّذ هنا إلى البطلان المطلق الذي يعرض له بموجب الفصل 7 من هذا القانون «كل التزام أو انتهاك أو شرط تعادي يتضمن بالحدى الممارسات المحظمة بمقتضى الفصول 5 و6...» المذكورين. وراجع في خصوص الإلتجاء إلى القانون الجزائري لضمانت الإلتزامات المدنية التي تهم المستهلك CHAFFAI Mohamed Moncef, "Essai sur la protection du consommateur en Tunisie", mémoire pour l'obtention du D.E.S. de sciences criminelles, op. cit., pp. 13 et s.

بين العقد الباطل من أساسه لفقدانه لركن من أركانه الجوهرية، والعقد الفاسد وهو عقد واجب الفسخ لفقدانه أحد أوصافه القانونية كوصف خلو الرضاء من الإكراه أو من التغريب<sup>(2)</sup>. بقي أن وجه الشبه القائم بين مفهوم الفسخ في المذهب الحنفي والمفهوم الغربي للبطلان النسي<sup>١</sup> لا يبرر بأي حال استعمال محرّري مجلة الالتزامات والعقود - بل مترجموها إلى العربية - لعبارة واحدة (الفسخ) للدلالة على مفهومين قانونيين مختلفين من الأساس : جزاء عدم صحة العقود من جهة، وجزاء عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنها من جهة أخرى. على أن الهفوءة المرتكبة لم تتسرب إلى فقه القضاء الذي يستعمل في العديد من القرارات والأحكام المصطلح الصحيح متوجهًا كلمة الفسخ إذا لم تكن في محلها<sup>(3)</sup>.

## § 2 - البطلان وعدم النفاذ

244 - عدم النفاذ هو جزاء لخلل يعترى العقد دون أن يؤثر على صحته بين طرفيه. ولكنه يجعله عديم الأثر بالنسبة للغير بحيث لا يمكن لأي طرف أن يعارض الغير به أو يحتج به ضده. من ذلك أن تاريخ العقد لا يكون حجة على الغير إذا كان غير ثابت التاريخ (الفصل 450 من م.أ.ع.), ولكنه يبقى حجة على طرفيه<sup>(4)</sup>. كما أن عدم ترسيم الحق المسلط على عقار مسجل لا يبطله، ولكنه يجعله غير نافذ، ولا يمكن بأي حال معارضته الغير به (الفصل

(1) انظر مثلاً : الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالكاف تحت عدد 395، المؤرخ في 23 جانفي 1962، (ق.ت. 1962، عدد 7، ص 62) والقرارين التعميين : عدد 4411، مؤرخ في 13 ديسمبر 1966 (ق.ت. 1967، عدد 4/3، ص 72) وعدد 2950، مؤرخ في 16 جوان 1981، (ن.م.ت. 1981، ج II، ص 185). وتستعمل جميع هذه القرارات وغيرها عبارتي «البطلان» و«العقد الثابت للبطلان» في قضايا يتعلق موضوعها «بالفسخ» في معناه الوارد بالفصل 330 إلى 338 من م.أ.ع. ولكن هذا لا يعني أن كلمة «الفسخ» غير مستعملة في التطبيق للدلالة على البطلان النسي. بل كثيراً ما يتزدّد استعمالها في الأحكام والقرارات، خاصة لما يلتجيء محرّرها إلى ذكر صريح عبارة النص القانوني باعتباره سندًا للدعوى البطلان النسي. ونعن لا نعتقد أنه تجوز مواخذتهم من أجل ذلك.

(4) يراجع : Mohamed Kamel CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes : translatifs de propriété immobilière, thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1990 (Dactyl.), p. 106.

وأنظر أيضاً العدد 426 أعلاه وما بعده.

241 - يستلزم الفهم الصحيح لنظرية البطلان في القانون التونسي (الفرع الثالث) عدم الخلط بين البطلان وبين غيره من الجزاءات المدنية الخاصة بالعقود (الفرع الأول)، ثم التأمل في مختلف مراحل تطور هذه النظرية في الفقه والقانون المقارن (الفرع الثاني).

## الفرع الأول : التمييز بين البطلان وبين غيره من الجزاءات المدنية في مادة العقود

242 - ينبغي تمييز البطلان عن الفسخ (1) وعن عدم النفاذ (2) وعن العقد الموقف (3).

## § 1 - البطلان والفسخ

243 - البطلان كما رأينا هو جزاء على عدم استكمال العقد لأركانه أو لشروط صحته عند تكوينه. أما الفسخ، فهو جزاء عدم تنفيذ أحد الطرفين لعقد توافرت فيه عند تكوينه الأركان والشروط القانونية المستوجبة لصحته. وهو ما يتضح معه أن البطلان والفسخ يختلفان اختلافاً جذرياً بالرغم من أنهما يقتربان في أثيرهما حيث أنه يترتب على كلّ منهما، كقاعدة عامة، زوال العقد بصفةرجعية من تاريخ إبرامه<sup>(1)</sup>.

وقد أقرّ المشرع التونسي استعمال مصطلح الفسخ في المعنى الذي ذكرناه وذلك ضمن الفصول 248 إلى 302 من م.أ.ع. المتعلقة أحکامها بالوفاء بالالتزامات. على أنه أعاد استعمال نفس المصطلح ضمن الفصول 330 إلى 338 للتعبير على مفهوم البطلان النسي، وكرّجّمه لكلمة RESCISON. وقد يرجع ذلك إلى تأثير الفقه الإسلامي، حيث أن المذهب الحنفي كان يفرق

(1) يراجع : د. عبد الفتاح عبد الباقى : نظرية العقد...، عدد 223. وانظر حول صعوبات التفرقة في PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, op. cit., n° 540; J. GHESTIN, Traité de Droit civil, les obligations, contrat : formation, op. cit., n° 360 et 726.

(2) يراجع العدد 247 أعلاه.

كان عليه. وينجرّ البطلان عن افتقار العقد لأحد العناصر المكونة له.

**ب - 247 - أما العقد الفاسد فهو مرتبة من مراتب البطلان لا يعرفها إلا الفقه الحنفي.** أما المذاهب الأخرى فهي لا تميّز بين العقد الفاسد والعقد الباطل، فكلّاهما باطل. ويفرق الفقه الحنفي بين البطلان والفساد من حيث أنه يعتبر أن استكمال العقد للعناصر المكونة له تكفي لانتقاده، ولكنّها غير كافية لصحته التي تستلزم أن تضاف إلى هذه العناصر **أوصاف معينة**. وبذلك يتميّز العقد الفاسد عن العقد الباطل. فالعقد الباطل هو ما لا يكون مشروعًا بأصله ووصفه، أما العقد الفاسد فهو ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه. ومن بين الأوصاف التي ينجرّ عن تخلّفها فساد العقد خلو الرضاء من الإكراه وانتفاء الغرر من المحل وأن يكون المحل خالياً من الشرط الفاسد وأن يكون خالياً من الربا.

والعقد الفاسد في نظر الفقه الحنفي هو عقد له وجود شرعي ولكنّه غير صحيح بما يجعله معرضًا للفسخ، بل واجب الفسخ.

## II - العقد الموقوف والعقد النافذ غير اللازم

**أ - 248 - العقد الموقوف** هو العقد الذي انعقد صحيحاً لتوافر عناصر الانبعاث وعناصر الصحة فيه، ولكن نقصه أحد عنصري النفاذ، وهو الملك أو الأهلية. فإذا صدر العقد عن ناقص الأهلية فإنه يكون موقوفاً على إجازته من طرف الولي. فإذا أُجيز نقد، وإذا تخلّفت الإجازة انعدم. وكذلك تصرف الفضولي في ملك غيره، فنفاذه موقوف على إجازة المالك له. وكذلك البيع الصادر عن المريض في مرض الموت لوارث فإنه بعد صحيحاً، ولكن نفاذته موقوف على إجازة بقية الورثة.

ولئن لم يستعمل المشرع التونسي كما قلنا عبارة العقد الموقوف بصفة صريحة، فقد أقرّها ضمناً في العديد من الحالات ذكر منها على سبيل المثال حالة الفصل 576 م.ح.ع. المتعلق ببيع ملك الغير وحالات الفصول 355 و 565 و 1481 من م.ح.ع. المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت.

305 من م.ح.ع.<sup>(5)</sup>. ومن حالات عدم النفاذ أيضًا «الحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكاتب السرية» التي ينص في خصوصها الفصل 26 من م.ح.ع. أنه «لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتاج بها على الغير ما لم يعلم بها...»<sup>(6)</sup>.

## 3 - البطلان وحالة العقد الموقوف<sup>(7)</sup>

**245 -** يتميّز مفهوم العقد الموقوف إلى نظرية البطلان في الفقه الإسلامي. وإن لم يستعمل المشرع التونسي هذه العبارة في مجلة الإلتزامات والعقود أو في غيرها من المجالات فإنّ أثراها في القانون المدني التونسي ثابت مع ذلك، بل قد يسرّ علينا فهم بعض القواعد القانونية التونسية المستمدّة من الفقه الإسلامي دون أن تكون لنا معرفة ولو سطحية بما يسمى العقد الموقوف. وقد يتطلّب ذلك أن نضع هذا المفهوم في إطاره العام، وهو نظرية البطلان في الفقه الإسلامي، قبل أن نعرض بإيجاز حكم العقد الموقوف.

إن نظرية البطلان في الفقه الإسلامي أوسّع نطاقاً وأكثر تدرجًا من نظيرتها في الفقه الغربي. فالعقد في الفقه الإسلامي يتدرج من حيث البطلان والصحة من البطلان إلى الفساد، ثم من الفساد إلى الوقف ثم من الوقف إلى النفاذ، ثم من النفاذ إلى الالتزام.

## I - العقد الباطل والعقد الفاسد

**أ - 246 - العقد الباطل** في الفقه الإسلامي هو عقد لا وجود له إلا من حيث الصورة. فهو لا يتحقّق أثراً. وإذا نفذ وجب الرد وإعادة الحال إلى ما

(5) أنظر حول آثار عدم الترسيم فيما بين الأطراف العدد 53 أعلاه، هامش 37.

(6) أنظر كمال شرف الدين، المذكور أعلاه، ص 398، وانظر العدد 474 أسلفه وما بعده.

(7) يراجع في خصوص نظرية البطلان في الفقه الإسلامي وأحكام العقد الموقوف : عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، - الجزء الرابع، ص 43 إلى 286، وخاصة ص 128 و 178 و 197 و من 276 إلى 278 و د. عبد الفتاح عبد الباقى : نظرية العقد...، ص 507 إلى 519؛ وانظر بالنسبة للفقه التونسي: فتحي الوراثي: العقد الموقوف في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الدراسات الممدة - كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1990 - 1991 ، براجح أيضاً : Mohamed Kamel CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, op. cit., pp. 311 et s.

rescission<sup>(10)</sup>. ومنها جاءت عبارة action en rescission وكلمة rescission المستعملتان في النسخة الفرنسية لمجلة الإلتزامات والعقود للدلالة على مفهومي البطلان النسبي ودعوى البطلان النسبي، كل ذلك مع العلم أن العقود التي يعتريها خلل يعرضها للبطلان النسبي تسمى أيضاً في تشريعنا العقود القابلة للبطلان. ولابد من لفت الانتباه إلى أن التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي معمول بها في أغلبية التشريعات العربية<sup>(11)</sup> والأوروبية وكذلك الأمريكية<sup>(12)</sup>. فما هي ميزاتها<sup>(13)</sup> وما هي المصلحة القانونية منها<sup>(28)</sup>.

#### ٤١ - ميررات التمييز بين الطلاق المطلق والطلاق النسبي

I - أسر التفرقة في النظرية التقليدية للطفلان<sup>(13)</sup>

251 - تقوم النظرية التقليدية للبطلان على فكرة تدرج الجزء المسلط على العقد بحسب خطورة الخلل الذي يعتري انعقاده وصحته. فإذا تمثل الخلل في افتقار العقد إلى أحد أركانه الأساسية التي لا يكون له بدونها وجود، فإن جزاء ذلك يكون البطلان المطلق. فيكون إذن وعلى ذلك الأساس معرضا للبطلان المطلق العقد الذي ينعدم فيه إما الرضى أو السبب أو المحل أو بالنسبة للعقود الشكلية، الشكل الذي يشتهر به القانون لصحته.

WEILL et TERRE, op. cit., n° 289. : پراجم (10)

(١١) يراجع في هذا المخصوص : الدكتور توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام، مذكور أعلاه، ص ٢٢٩، وما بعدها.

CH. LARROUMET, op. cit., n° 530. : (12) مراجعاً

وانظر أيضاً MAURICE A. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, Les presses de l'université de LAVAL, Québec 1975, pp. 88 et s.

[13] وقد وضعت النقاوة الفرنسية خلال القرن التاسع عشر، ومن أهمهم : AUBRY et RAU, 1ère éd., t. 1, § 37 et t. 4, §§ 332 à 337; BOURGEON, Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques, 1885; HARTEMANN, distinction des actes annulables et des actes inexistentes, 1889; LOYER, Les actes inexistentes, 1908.

وانظر عرض هذه النظرية في الفقه الحديث :

J. GHESTIN, Droit civil, les obligations, op. cit., n° 732 et s.; FLOUR et AUBERT, Les obligations, I, L'acte juridique, op. cit., n° 323.

وهي حالات قانونية أخذها المشرع التونسي عن الفقه الإسلامي الذي يصفها بالعقود الموقوفة وهي كما رأينا عقود مستكملة العناصر، صحيحة الأوصاف ولكن نفاذها يتوقف على إجازة الوصي أو المالك أو الورثة بحسب الحالات<sup>(4)</sup>.

**ب - 249 -** أمّا العقد النافذ غير اللازم فهو عقد نافذ، انعقد صحيحًا متوجهاً بجميع آثاره، لكنه عقد غير لازم لأنّ أحد طرفيه يستطيع وحده أن يستقلّ بمسخه دون توقف على إرادته الطرف الآخر.

## المقارن الفرع الثاني : تطور نظرية البطلان في الفقه والقانون

250 - لم يتأثر المشرع التونسي في الواقع إلا في القليل التادر بنظام البطلان في الفقه الإسلامي بالرغم من وسع نطاقه والدقة التي تميزه. ويقوم نظام البطلان عندنا أساسا على التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان التسيبيّ التي يرجع أصلها<sup>(4)</sup> إلى القانون الفرنسي القديم الذي كان يفرق بين العقود الباطلة من ناحية، وهي العقود التي تفتقر إلى أحد عناصر صحتها الأساسية، كالأهلية والمحل والسبب والشكل، والعقود القابلة للبطلان من ناحية أخرى، وهي العقود التي يعتريها غبن أو عيب من عيوب الرضا.

وإذا كان طلب إبطال العقود المتممية لمجموعة العقود الباطلة مكنا للأطراف بحكم القانون، تتعلق حالات البطلان المذكورة بالنظام العام، فإن القيام لدى المحاكم لإبطال عقد من مجموعة العقود القابلة للإبطال كان في ذلك العصر غير جائز إلا برخصة للغرض تسليم المرشح لطلب البطلان باسم الملك من السلط العدلية المختصة. وتسمى هذه الرخصة *Lettre de*

(8) يراجع في خصوص نطاق العقد الموقف ونظامه القانوني في القانون التونسي محاولة فتحي الورتاني في ذكره «العقد الموقف في القانون المدني» المذكورة، ص 23 وما بعدها، و101 وما بعدها.

<sup>(9)</sup> مراجع في خصوص تاريخ نظرية البطلان: J. GHESTIN, op. cit., n° 734; J. CARBONNIER, 4, op. cit., § 50; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 289; CH. LARROUMET, op. cit., n° 528 et 529.

وليس البطلان المطلق. وما تتجه ملاحظته في هذا الخصوص شبه إجماع الشرح المعاصرين على انتفاء كل مصلحة قانونية من مفهوم الإنعدام بالإضافة إلى فقدانه لمعيار يميزه بصفة جدية عن البطلان المطلق. بل كثيراً ما تستعمله بعض المحاكم في فرنسا ومنها محكمة التعقيب كمرادف لعبارة البطلان المطلق<sup>(16)</sup>.

## II - الأسس الحديثة للتفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي

253 - تعرّض الشرح بالتفصيف إلى تأسيس التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي على درجة خطورة الخلل الذي يعتري العقد، والتمييز على ذلك الأساس بين شروط انعقاد العقد التي ينجرّ عن فقدان أحدها البطلان المطلق، وشروط صحة العقد التي يترتب على عدم توافر أحدهما البطلان النسبي. وقد أعاد أولئك الفقهاء النظر في مسألة البطلان في بداية القرن العشرين<sup>(17)</sup> مبيّن أنه لا مجال للتمييز بين مختلف الشروط الضرورية من حيث أهمية كل منها طالما أن العقد لا ينبع في الواقع الأمر ولا يكون صحيحاً بدون توافر جميع هاته الشروط فيه. ويرى أغلبية هؤلاء الشرح أنه يجب البحث عن المعيار الصحيح لهاته التفرقة في الغرض الذي يرمي إليه المشرع من خلال وضعه لكل شرط من شروط انعقاد العقد أو صحته. فإذا كان المقصود من الشرط حماية النظام العام، فإن عدم احترامه يعرض العقد للبطلان

(16) يراجع في هذا المعنى : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 291; H. L. et J. MAZEAUD, t. 1er, vol. par F. CHABAS, n° 356; RIPERT et BOULANGER, I.1, n° 628 et s.

وقارن مع : PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, op. cit., n° 545, et J. GHESTIN, Traité, Les obligations, op. cit., n° 741.

(17) ومن أمّ الفقهاء الذين قاوموا النظريّة التقليديّة JAPIOU في أطروحته الشهيرة Des nullités en droit civil, 4, les obligations, op. cit., § 50, p. 197. Vº aussi, FLOUR et AUBERT, Les obligations, I, l'acte juridique, op. cit., n° 323.

وكذلك GAUDEMEL في كتابه : Théorie générale des obligations, op. cit., p. 146... "Essai d'une théorie générale des nullités", AIX, 1902... و DROGOUL في أطروحته : Vº aussi, DURRY, Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques, trav. Ass. H. Capitant 1961-1962, t. XIV, pp. 611 et s.; KAYSER, Les nullités d'ordre public, Rev. trim. dr. civ. 1933, p. 1115.

أما إذا تعلق الخلل بافتقار العقد لشرط يكتسي أهمية أقل من الشروط التي سبق ذكرها، فإنّ الحالة تعتبر ذات خطورة أقل فتجازى بالبطلان النسبي. ومن هذه الحالات نذكر خاصة عيوب الرّضا والغبن وحالات الأهلية الناقصة. ويبّرر البعض هذه التفرقة بالتأكيد على أنّ افتقار العقد إلى أحد أركانه الأساسية يحول تماماً دون تكوينه، ويعنيه من الوجود. بحيث يكون من الطبيعي أن ينسحب عليه البطلان المطلق الذي يتمثل في مجرد معاينة القاضي لأنعدام العقد، أو بعبارة أخرى لكونه ولد ميتاً ثم في التصریح بذلك. أما

حالات البطلان النسبي فهي حالات توفرت فيها جميع عناصر انعقاد العقد، بحيث أمكن فيها للعقد أن يتكون وأن يبعث إلى الوجود، ولكنه ولد معاقاً غير مستوف لشروط صحته. فهو إذن بثابة المريض الذي تمكّن معالجته فيصيغ صحيحاً<sup>(18)</sup>. وهو ما يجيء البطلان النسبي، حيث أن العقد المعرض له لا يعدّ باطلا إنما معتبراً للبطلان. وهذا يعني خاصة أنه يصبح في صورة التصديق عليه، وذلك على خلاف العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذي لا يمكن تدارك أمره.

252 - وقد عقد بعضهم المسألة وذلك باقتراح جزء ثالث يضاف إلى البطلان المطلق والبطلان النسبي وهو الإنعدام<sup>(19)</sup>. وهو جزاء يصرّح به لما يفتقر العقد إلى ركن لا يمكن بدونه أن تتصور له أيّ وجود. ومن الأمثلة التي كثيراً ما تذكر هنا حالة الغلط في ذات المعقود عليه، أو في طبيعة العقد. وهي كما رأينا من صنف الغلط المانع الذي ينجرّ عنه حسب هذه النظريّة، الإنعدام

(14) وقد علق J. CARBONNIER على هذه النظريّة قائلاً : "La théorie classique des nullités est un peu à base de métaphore : elle conçoit le contrat comme un organisme qui vit et meurt, souffre et guérit, et la nullité comme une qualité juridique du contrat" (Droit civil, 4, les obligations, op. cit., § 50, p. 197). Vº aussi, FLOUR et AUBERT, Les obligations, I, l'acte juridique, op. cit., n° 323.

(15) يراجع في هذا المعنى : COHENDY, Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et les nullités d'ordre public, Rev. trim. dr. civ. 1911, p. 33; LOYER, Des actes inexistantes, thèse, Rennes, 1908; Vº aussi, AUBRY et RAU, t. 1, 6e éd., § 37, pp. 180 et s.; JOSSERAND, op. cit., t. 1, n° 139 et s.

الفرد أصبحت بدورها من النظام العام. وهو ما من شأنه أن يقلص من مصداقية هذا المعيار، خاصة إذا ذكرنا أن الحدود بين النظام العام وبين المصلحة الخاصة ليست ثابتة، ولا تخضع من ناحيتها إلى أي معيار موضوعي يمكن الاعتماد عليه.

فهل يتوجه التخلّي تماماً عن البحث عن معيار موضوعي للتفرقة بين نوعي البطلان وتحديد نظام البطلان الواجب تطبيقه باعتبار كلّ حالة على حدة؟ ييل عدد من الشرائح المعاصرین إلى مثل هذا الحال<sup>(19)</sup> حيث أنّ الأهم في نظرهم أصبح اليوم التأكّد من الهدف الذي ترمي إليه القاعدة القانونية ثم الحرص على خيّاعة جزاء مخالفتها<sup>(20)</sup>. الأمر الذي يفهم منه أنّ تكيف الجزاء بالبطلان المطلق أو بالبطلان النسبيّ يجب أن يخضع حسب هذا الإعتبار إلى اجتهاد القاضي وليس إلى القانون. وهو حلّ مردود من الأساس في القانون التونسي لمخالفته لتصريح إرادة المشرع<sup>(21)</sup>.

## § 2 - المصلحة القانونية للتمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبيّ

- تكمن المصلحة القانونية للتمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي أساساً في تحديد نظام البطلان، حيث أنه يختلف بحسب كونه مطلقاً أو نسبياً. وتمثل أوجه الاختلاف بالخصوص في الأشخاص الذين يحق لهم القيام بدعوى البطلان، وفي أجل القيام، وفي إمكان التصديق على العقد الباطل وإجازته. وما تتجه ملاحظته أيضاً إنعدام آية مصلحة من التفريق بين نوعي البطلان من حيث آثارهما وهي واحدة مهما كان هذا النوع.

(19) يراجع في هذا المعنى : PH. SIMLER, note, Sem. jur. 1976, II, 18378, sous com. 25 mars 1974.

وقارن مع : FLOUR et AUBERT, Les obligations, I, op. cit., n° 325; CH. LARROUMET, op. cit., n° 531.

(20) يراجع : J. GHESTIN, op. cit., n° 749.

(21) يراجع : العدد 258 أسلفه.

المطلق. أما إذا كان الغرض من ذلك الشّرط حماية مصالح خاصة لأحد المتعاقدين، فإنّ البطلان المنجرّ عن عدم توافر ذلك الشّرط يكون نسبياً.

- إنّ هذا المعيار أرقى بكثير من المعيار التقليدي المؤسس على التمييز الإعتباطي بين مختلف شروط صحة العقد، طالما أنّ البطلان، مطلقاً كان أو نسبياً، ليس جزاءً اختيارياً، ولا يجوز بالتالي للقاضي أن يتخلّي عنه بدعوى عدم خطورة الخلل الذي يعترى العقد. وإذا صرّح القاضي ببطلان العقد فإنّ أثر ذلك يكون في جميع الحالات زوال العقد وإنعدامه بصفة رجعية. ويتبّع من ذلك أنّ درجة شدة جزاء البطلان، مهما كان نوعه، لا تتأثّر بدرجة خطورة سببه، الأمر الذي يبعث على الإعتقاد أنّ المعيار التقليدي للتفرقة بين نوعي البطلان لم يكن في طريقه، وذلك على خلاف المعيار الحديث المأخوذ من التفرقة بين الشروط المتممّة للنظام العام والشروط الهدافة لحماية مصالح الأطراف الخاصة.

ما يؤيد هذا الرأي، التّطابق الكامل القائم بين متطلبات النظام العام ونظام البطلان المطلق. فهذا الأخير يساهم بدون شكّ في المحافظة على النظام العام ويناسب تماماً مع متطلباته. ويبير ذلك جلّياً في توسيعه لحقّ القيام لكلّ من له مصلحة في طلبه، ويتكمّن المدعى من أجل طويل للقيام به، وكذلك في منعه لكلّ تصديق على العقد. أما نظام البطلان النسبي فهو يتماشى بدوره مع خاصيّات الشروط الهدافة لحماية المصلحة الخاصة التي تفترض، إضافة إلى حرية الأفراد في التخلّي عن الحماية التي يمنحهم إياها القانون، تحديد حمايتها في الزّمن، مراعاة للمصلحة العامة المتمثلة هنا في الإستقرار التعاقدي وفي استقرار المعاملات بوجه عام. وهو ما يسعى إليه نظام البطلان النسبي من خلال حصره لحقّ القيام في أجل قصير لا يتعدي مبدئياً السنة.

على أنّ تطبيق المعيار المأخوذ من فكرة النظام العام يلاقي صعوبات هامة ومتعدّدة بحكم تشبع مفهوم النظام العام، وذلك خاصة منذ بروز التمييز بين النظام العام الحساني والنظام العام العادي<sup>(18)</sup> الذي يفترض أنّ حماية مصلحة

(18) يراجع في هذا الخصوص : FARJAT, op. cit., pp. 300 à 309 et p. 325 ، وانظر العدد 52 أعلاه، وما بعده.

في صورة الفصل 325 إلا إذا « خلا عن ركن من أركانه» أو «إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة». أما في صورة الفصل 330 المتعلق بالبطلان النسبي، فإن هذا الجزء لا يجوز إلا في الحالات «المبنية بالفصل 8 والفصل 43 والفصل 58 والفصل 61...» من المجلة. وقد سبق لمحكمة التعقيب أن أقرت هذه القاعدة في قرار يرجع تاريخه إلى 3 جوان 1926<sup>(24)</sup> وقد بيّنت فيه أن «الحاكم لا حق له في فسخ (إبطال) عقد إلا طبق الشروط القانونية التي يتحتم إثباتها...» موضحة أنه «... لا خلاف أن الربا قانونا لا يعد شرطا لنقض الإتفاقات الواقعية بين الرشداء...».

## II - نفائص النظام القانوني

259 - يمكن اعتبار اعتماد قاعدة لا بطلان بلا نص، بما تقتضيه من تكفل المشرع بتحديد طبيعة البطلان بالنسبة لكل حالة من الحالات التي يسلط فيها هذا الجزء، من الضمانات القانونية التاجعة ضد مخاطر تجاوزات القاضي أو تعسفة. ولكن مثل هذا النظام ينطوي على نفائص عديدة من أهمها أن الطابع الإلزامي الجامد المميز له من شأنه أن يحرم القانون الوضعي من الاستفادة بالتطورات النظرية الحديثة للبطلان المدني. فلو عدل المشرع عن تحديد كل من نطاق البطلان المطلق والبطلان النسبي لأمكن لفقه القضاء، إذا رأى في ذلك فائدة، أن يعطي للمعيار المصلحة العامة المكانة التي يستحقها وبالقدر الذي يراه صالح<sup>(25)</sup>. وهو ما يتعدّر مبدئيا على المحاكم القيام به طالما أن نظام «لا بطلان بلا نص» يقوم على قرينة «كمال القانون». وهي قرينة تفتقر

(24) القرار عدد 615 المؤرخ في 3 جوان 1926، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 150.

(25) إن المعيار المأخوذ من المصلحة العامة يقول حسب الشرح إلى توسيع نطاق البطلان النسبي بما يجعله يشمل، بالإضافة إلى حالات نقص الأهلية وعيوب الرضا، حتى إنعدام المحل وإنعدام التبر، ولربما أيضا حالات انعدام أهلية الأداء، وذلك باعتبار أن هذه الأمور لا تتعلق بالنظام العام بقدر ما هي نهم المصلحة الشخصية للمساءدة. فالمحل والتب بهما وجود الأداء، وبقيةه. أما الأهلية فلا شرط لها هدف جماعي محض. وهكذا قد ينحصر نطاق البطلان المطلق في حالتي المساءدة فيما يمنع القانون أو لسيب مخالف CH. LARROUMET, Les obligations, op. cit., n° 534; WEILL et TERRE, Les obligations, op. cit., n° 294, FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 334).

## الفرع الثالث : نظرية البطلان في القانون التونسي

256 - يشكل التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي بدون شك أساس نظرية البطلان في القانون التونسي، وهو ما سنجاول التأكيد منه من خلال عرض مختلف حالات البطلان التي تجاري مختلف شروط صحة العقد<sup>(26)</sup>. لكن لابد من التركيز في البداية على خصوصية التشريع التونسي المتمثل هنا في تكريسه للنظرية التقليدية للبطلان<sup>(27)</sup>.

### § 1 - التكريس القانوني للنظرية التقليدية

257 - يتجلّي خيار المشرع في هذا الخصوص في اعتماده لقاعدة «لا بطلان بلا نص»<sup>(22)</sup> مع تحديده لحالات البطلان (I). وهو خيار لا يخلو من نفائص (II) بما يعرضه للتقدّم.

### I - قاعدة «لا بطلان بلا نص» والتحديد القانوني لحالات البطلان

258 - لقد تأثر المشرع التونسي بالنظرية التقليدية، بل كرسها صراحة لما فرق عند عرضه لمختلف حالات البطلان بين البطلان النسبي والبطلان المطلق باعتبار درجة الخطورة التي يكتسيها الحال الذي يعتري العقد. من ذلك أن فقدان أهلية الأداء وإنعدام الرضا وغيرهما من أركان العقد كال محل والسبب يجاري عليه بالبطلان المطلق في حين لا يترتب على نقص في الأهلية أو على عيب في الرضا سوى البطلان النسبي<sup>(23)</sup>.

كما يفهم من أحکام الفصلين 325 و330 من م.أ.ع. أن المشرع قد اعتمد بوجه عام قاعدة «لا بطلان بلا نص». حيث أن بطلان العقد لا يجوز

(22) إن قاعدة «لا بطلان بلا نص» تعني أنه لا يجوز للقاضي أن يصرح ببطلان نصّر فقانوني أو عمل إجرائي إذا لم ينص القانون على إمكانية البطلان. وهي قاعدة مهجورة في مادة الاجراءات المدنية والجزائية. أما بالنسبة للبطلان المدني فإنه لا يوحد بها في القانون المقارن إلا بصورة استثنائية (يراجع : PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, op. cit., n° 555; FLOUR et AUBERT, Les obligations, I, op. cit., n° 321, note n° 3, p. 241; J. GHESTIN, op. cit., n° 728).  
(23) يراجع العدد 261 أسفله وما بعده.

260 - وترتب من ناحية أخرى عن سهو المشرع على التنصيص صراحة على البطلان أو عن طبيعته بالنسبة لبعض حالات الحجر ظهور حركة فقهية تنادي بتطبيق نظرية العقد الموقوف استنادا إلى أن قواعد الحجر يرجع أصلها إلى التشريع الإسلامي<sup>(29)</sup>. من ذلك أن تصرفات الصغير الذي تجاوز سنّه الثالثة عشرة إذا لم تكن من قبل النفع المحسّن أو الفرار، وإذا لم يجزها الوالٍ، فإنّها تعدّ في نظر هذا الشقّ من الفقه موقوفة على إجازة الوالٍ وليس باطلة. ويستند هذا التفسير إلى صريح أحكام الفصل 156 من م.أ.ش. لما ينصّ في خصوص هذه التصرفات، لا على أنها قابلة للبطلان، بل أنه «يتوقف نفادها... على إجازة الوالٍ».

إن بروز هذا الاتجاه الفقهي ليس في الواقع سوى شاهد على التفكّك الواضح القائم بين القاعدة القانونية من جهة وجزاء مخالفتها من جهة أخرى. وهو تفكّك ناتج عن تنوع مصادر القانون المدني التونسي، قد يفقد معه نظام البطلان المخصوص عليه بالفصول 325 إلى 338 م.أ.ع. الشمولية التي لا بدّ أن توفر فيه باعتباره جزءا لا يتجزأ من النظرية العامة للإلتامات والعقود. لذلك فإنّ مراجعة هذا النظام تشيّعياً تبدو ضرورية حتى يقع تطويره على ضوء الآثارات التي أدخلها الفقه والقانون المقارن على نظرية البطلان، وبصورة تزيح الغموض السائد حول مدى شموليته.

## 2 - عرض مختلف حالات البطلان<sup>(30)</sup>

(29) يراجع : فتحي الورتاني : العقد الموقوف في القانون المدني، مذكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1990 - 1991 .

V° aussi : Noureddine GHAZOUANI, "Réflexions sur la vente de la chose d'autrui", Rev. tun. dr. 1987, p. 119.

(30) يخصّ هذا العرض حالات البطلان التي أوردها القانون بوجه عام جزاء خلخلة الإلتام من أحد أركانه (الفصل 325 - أولًا من م.أ.ع.) أو لغب اعتり رضاء أحد طرفه أو لتفسّر في أحليته (الفصل 330 من المشرع، 325 - 326 من م.أ.ع.). ولا يضمّ الحالات الخاصة التي حكم فيها القانون ببطلان الإلتام في صورة معينة (الفصل 325 - ثانية من م.أ.ع.). ومن أهمّ حالات البطلان التي أوردها القانون في صور معينة الحالات المتعلّقة بالعقود المسنّة كالبيع (الفصول 566 إلى 569 و571 و574 و575 من م.أ.ع.) والكراء (الفصلان 731 و733 من م.أ.ع.) والإجازة بأنواعها (الفصول 833، 834، 835 و879 من م.أ.ع.) والوديعة (الفصل 1023 من م.أ.ع.) والعارية (الفصل 1076 من م.أ.ع.) والقرض (الفصل 1085 من م.أ.ع.) والوكالة (الفصلان 1107 و1108 من م.أ.ع.) والقراض (الفصلان 1207 و1218 من م.أ.ع.) والتأمين (الفصول 8 و12).

إلى أساس جديّ، من نتائجها الوخيمة أنها تجعل القاضي عاجزا، لا عن تطوير القانون فحسب، إنما أيضاً عن سدّ ثغراته العديدة التي غالباً ما يكشف عنها التطبيق.

ومثل هذه التغرات موجود في نظام البطلان المدني التونسي . من ذلك مثلاً أن المشرع سهى عن ذكر طبيعة البطلان المنجرّ عن التعاقد فيما يتنافى مع قواعد النظام العام والأخلاق الحميدة (الفصل 62 م.أ.ع.). فهل يجوز في هذه الصورة تكييفه بالبطلان المطلق والحال أن الفصل 325 لا يسمح بهذا الجزاء إلا إذا خلا العقد من ركن من أركانه أو إذا حكم القانون صراحة ببطلانه؟ وإذا كان الجواب بالتنفي فكيف اعتبار البطلان نسبياً وحالة الفصل 62 لا تدخل في نطاقه المبين بالفصل 330؟<sup>(26)</sup> وإذا لم يتردد القضاء، تجاوزاً لهذه الصعوبة، في تسليط عقوبة البطلان كله ثبت لديه أن التعاقد وقع فيما يخالف النظام العام والأخلاق الحميدة<sup>(27)</sup>، فإنّ في ذلك دليل على فشل قاعدة «لا بطلان بلا نص»<sup>(28)</sup> .

(26) يجازى التعاقد فيما يمنعه القانون في فقه القضاء الفرنسي بالبطلان النسبي إذا تعلق المدعى بنظام عام WEILL et TERRE, Les obligations, op. cit., n° 247, 294 et 299. V° aussi dans le même sens, RIPERT, L'ordre économique et la liberté contractuelle, Etudes GENY, 1934, t. 2, pp. 347 et s.; comparer cependant avec KAYSER, Les nullités d'ordre public, Rev. trim. dr. civ. 1933, p. 1136, et cf. J. GHESTIN, Traité de Droit civil, les obligations, op. cit., n° 778 et s.).

(27) أنظر مثلاً الحكم الابتدائي المدني عدد 81 مؤرخ في 3 جويلية 1961 (ق.ت. 1961، عدد 8، ص 57) والمراجع المذكورة بالعدد 201 وما بعده أعلاه التي تؤكد هذا الاتجاه خلافاً لما قد يوحى به القرار المؤرخ في 3 جوان 1926 المذكور آنفاً.

(28) راجع كذلك القرارات التقضية المدنية : عدد 1414، مؤرخ في 30 أكتوبر 1979، ن.م.ت. 1979، ج 2، ص 74؛ وعدد 810، مؤرخ في 9 ماي 1978، ن.م.ت. 1978، ج 1، ص 246؛ وعدد 7748، ص 246؛ وعدد 7748، مؤرخ في 21 مارس 1983، ق.ت. 1984، عدد 5، ص 79 التي رتّب البطلان على مخالفته لأحكام الفصل 581 من م.أ.ع. الذي يشترط أن تتم البيوعات المعقولة بمكتب ثابت التاريخ. على أنه تتجه الملاحظة أنّ الحكم بالبطلان الوارد في هذه القرارات لا يمكن فقه القضاء السائد في هذا المجال كما أنه مخالف تماماً لمقصد المشرع، يراجع في هذا المخصوص : أحمد بن طالب : «تمثيل الفصل 581 من مجلة الإلتامات والعقود»، مذكرة لبيان شهادة الدراسات المعمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1989 - 1990، وتنقيح 581 من مجلة الإلتامات والعقود في محظي الإصلاح المقاري، الأحداث القانونية التونسية عدد 9، 1995 ، ص 43؛ وراجع الفصلين 305 و373 من م.ح.ع. المتعين والمتمنى بموجب القانون عدد 46 المؤرخ في 4 ماي 1992 ، وانظر كذلك المدد 53 أعلاه، والمدد 426 أسلفه.

النسبي في غير الصورتين المذكورتين في حالة إبرامها دون إجازة الولي<sup>(32)</sup>.

### 3 - تصرفات المجنون

264 - وهي باطلة مطلقاً استناداً إلى صريح أحكام الفصول 163 م.أ.ش.، و 325 من م.أ.ع.

### 4 - تصرفات ضعيف العقل والسفه

265 - إنها قابلة للبطلان إذا لم يجزها الولي وذلك استناداً إلى الفصول 162 و 165 م.أ.ش.، و 8 و 30 من م.أ.ع.

### ب - أهلية الوجوب

266 - يتوجه التذكير هنا بأنَّ أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات. وهذه الحالة تتصل كما نعلم بالشخصية القانونية ولا تندم إلا بانعدامها. على أنَّ المشرع يحدُّ من تلك الأهلية ويقيدها في حالات خاصة ولأغراض قد تختلف من حالة إلى أخرى. فيحرم بعض الأشخاص من التعاقد في بعض الأمور أو مع بعض الأطراف. وتنص مجلة الإلتزامات والعقود على العديد من هذه الحالات خاصة في مادة البيع والإسقاط والكفالة والهبة. والمفروض مبدئياً أن يكون جزءاً تجاوز القانون في هذه الحالات البطلان مطلقاً، طالما أنَّ الأمر يتعلق بانتفاء الأهلية في شخص أحد المتعاقدين. وتشكل الأهلية كما نعلم ركناً من أركان العقد (الفصلان 2 و 325 م.أ.ع.). ينجرُ عن عدم توافرها فيه البطلان. على أنَّ التأمل في بعض حالات الحرمان من أهلية الوجوب المنصوص عليها بمجلة الإلتزامات والعقود يفيد أنَّ المشرع لم يأخذ بهذا الحل، وخصص كلَّ حالة بجزاء خاصٍ بها. من ذلك أنَّ البيع في مرض الموت من المريض لأحد ورثته يصحُّ بصادقة جميع الورثة عليه (الفصل 565 م.أ.ع.). بما قد يجعله من قبيل العقود القابلة للإبطال<sup>(33)</sup>، في حين يعدُّ باطلة مطلقاً البيع المجرى لفائدة القضاة وكتاب

(32) يتجاوز هذا العرض طبعاً نظرية العقد الموقوف استناداً إلى كون المشرع لم يأخذ بها صراحة ولم ينظمها.

(33) أنظر نفس الملاحظة بالمرجع أعلاه.

## I - البطلان في حالة انعدام أو نقص الأهلية

### أ - أهلية الأداء

261 - تعدد حالات الحجر الناتجة عن فقدان الأهلية مطلقاً أو عن مجرد تقييدها، ويختلف نظامها القانوني في هذا المجال باختلاف أنواعها.

### 1 - الصغير غير المميز

262 - وهو الذي لم يبلغ عمره ثلاثة عشر عاماً . وتكون جميع تصرفاته باطلة مطلقاً بدون استثناء وذلك استناداً إلى أحكام الفقرة الأولى من الفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية المتطابقة تماماً مع أحكام الفصلين 2 و 325 من م.أ.ع. التي يستنتج منها أنَّ العقد الذي يبرمه الصغير غير المميز يفتقر إلى ركن من أركانه الأساسية وهو الأهلية ويعد بذلك باطلاً.

### 2 - الصغير الذي تجاوز عمره ثلاثة عشر عاماً ولم يبلغ سن الرشد

263 - يفهم من صريح الفصول 8 و 9 و 330 من م.أ.ع. أنَّ تعاقد الصغير الذي تجاوز عمره ثلاثة عشر عاماً يجعل العقد قابلاً للبطلان (بطلاناً نسبياً) إلا إذا كان من قبيل التفع المحسن، وهي صورة يكون فيها تصرفه نافذاً<sup>(34)</sup>. على أنَّ هذا الحل أصبح مخالفًا للقانون الوضعي منذ نشر مجلة الأحوال الشخصية التي تنص بالفقرة 2 من الفصل 156 على أنَّ تصرفات الصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاماً صحيحة نافذة إذا كانت من قبيل التفع المحسن، وباطلة مطلقاً إذا كانت من قبيل الضرر المحسن، وقابلة للبطلان

و 19 و 36 من مجلة التأمين - القانون عدد 92 لسنة 1992). ومن أمثلة حالات البطلان المنصوص عليها بقوانين خاصة، البطلان من أجل مخالفة أحكام الأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 وجميع التصرفات التي تقتضي ذلك المتعلقة بشكلية الرخصة الإدارية في المفود السابقة لحقوق عينة عقارية، والبطلان من أجل تحرير العقود المتعلقة بحقوق خاصة للترسم بالسجل العقاري تمنٌ ليست له الصفة (الفصل 377 مكرر من م.ح.ع. موضوع القانون عدد 46 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية والقانون عدد 84 المؤرخ في 6 أوت 1992 المتعلق بتنقيح مجلة الحقوق العينية).

(34) انظر حالة من حالات تطبيق الفصل 8 م.أ.ع. : قرار تعميقي عدد 7727، مؤرخ في 5 جانفي 1954، ق.ت. 1960، عدد 9 و 10، ص 154، راجع أيضاً القرار عدد 5736، المؤرخ في 4 جوان 1946، ق.ت. 1960، عدد 9 و 10، ص 153.

**ب - عيوب الرّضاء**

268 - يجازي المشرع صراحة بالبطلان التّسبي الرّضاء الصادر عن غلط أو عن تدليس (أو تغريه) أو عن إكراه (الفصل 43 م.ا.ع.). والأمر يكون بالمثل في حالات الغبن التي يمنعها القانون (الفصول 60 و61 م.ا.ع. و125 و126 م.ح.ع.).

**III - البطلان لانتفاء المحلّ ولافتقاره لأحد أوصافه القانونية**

269 - إذا انتفى المحلّ يبطل العقد بطلاناً مطلقاً استناداً إلى الفصلين 2 و325 من م.ا.ع. كما تنجز نفس العقوبة عن التعاقد في محلّ غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون، وذلك عملاً بصرىح أحكام الفصل 64 من م.ا.ع. وبعد أيضاً باطلاً مطلقاً التسليم في ميراث قبل وفاة المورث أو التعاقد عليه عملاً بصرىح أحكام الفصل 66 فقرة 2 من م.ا.ع. أما البطلان المنجز عن التعاقد فيما يمنعه القانون أو فيما يتنافي مع قواعد النظام العام والأخلاق الحميدة، فإنه يجازي بالبطلان المطلق<sup>(37)</sup>.

**IV - البطلان لانتفاء السبب أو لسبب غير جائز**

270 - يكفي التذكير هنا بمنطق الفصل 67 من م.ا.ع. الذي مفاده أن الإلتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه. والإلتزام الذي لا عمل عليه هو الإلتزام الباطل مطلقاً (الفصل 325 من م.ا.ع.).

(37) يراجع في هذا الخصوص العدد 200 أعلاه.

المحاكم والمحامين للأشياء والأموال المتنازع فيها لدى المحاكم (الفصلان 566 و567 م.ا.ع.). أما الأوصياء والمقدّمون والمتصرّفون في أموال أبنائهم وأمناء التّفليس والمصفقون، فإنّ شراءهم لأموال منظوريهم منوع ولا يصحّ إلا في صورة تصديق من وقع في حقّه البيع للعملية (الفصل 568 م.ا.ع.).

ويستخلص من هذه الأمثلة أنّ البطلان الذي ينجرّ عن التعاقد بدون توفر أهلية الوجوب يختلف من حيث طبيعته بحسب الغرض الذي يرمي إليه المشرع. فإذا كان لتنقييد الأهلية مساس بالنظام العام، فإنّ البطلان يكون مطلقاً. أما إذا كان الغرض منه حماية حقوق ومصالح الأفراد، فالبطلان يكون نسبياً<sup>(34)</sup>.

**II - البطلان في حالتي انعدام الرّضاء وحصول عيب به****أ - انعدام الرّضاء**

267 - الرّضاء هو ركن من أركان العقد. لذلك فإنّ انعدامه يوجب البطلان المطلق عملاً بأحكام الفصلين 2 و325 من م.ا.ع. وتحاذي إذن على هذا النحو العقود التي يرمي بها فاقدو قدرة التمييز من الرشاد وغير المحجورين إذا ثبتت إبراهيمهم للعقد وهم على تلك الحالة.

كما يرى الفقهاء أنّ الغلط المانع - كالغلط في ذات المعقود عليه أو في طبيعة العقد - هو غلط ينتفي معه وجود الرّضا مما يبرر بطلان العقد بطلاناً مطلقاً. ونحن نعتبر أنّ هذا الرأي صائب مع التشبيه على كونه قد لا يتناسب مع صريح عبارة الفصل 45 م.ا.ع. الذي يذكر الغلط في ذات المعقود عليه من ضمن عيوب الرّضا الموجبة للبطلان التّسبي<sup>(35)</sup>. ومن الحالات التي ينتفي فيها الرّضاء تماماً نضيف حالة التعاقد نتيجة إكراه مادي، وهي حالة تختلف جوهرياً كما سبق أن أرأينا عن الإكراه المعيّب للرّضاء<sup>(36)</sup>.

(34) يراجع في هذا المعنى : FLOUR et AUBERT, *Les obligations*, op. cit., n° 225. وانظر العدد 84 أعلاه.

(35) انظر قرار تعديني مدني عدد 11251، مورخ في 22 أفريل 1985، ن.م.ت. 1985، ج 1، ص 178، والمجلة التونسية للقانون 1988، ص 61، تعلق الأستاذ علي الجلولي (ص 66 وما بعدها).

(36) يراجع العدد 185 أعلاه.

الفَصلُ الثَّانِي  
النَّظَامُ الْقَانُونِيُّ لِلْبَطْرَانِ

ورثهم...» (الفصل 241 من م.أ.ع.)، فإنه يحقّ أيضًا لهؤلاء أن يقوموا بدعوى البطلان بعد وفاة مورثهم. ولا نزاع أيضًا في أنه يمكن للولي القيام بالبطلان في حقّ منظوره المحجور.

274 - ولما كانت المصلحة هي معيار حقّ القيام بالبطلان، فإنه يجوز مبدئيًّا للخلف المختصّ القيام ببطلان العقد الذي أبرمه سلفه مع شخص آخر إذا كانت له مصلحة في ذلك. مثال ذلك من يشتري شقة ثمّ يقوم بقضية في بطلان عقد التسوية الذي يربط مت索غ الشقة بمالكها الأصلي. فمصلحة المشتري واضحة هنا. فهو سيتطلع مباشرةً بالبطلان بما يكتبه من استغلال شقته بفائدة أكثر من ذي قبل (كأن يبيعها شاغرة بشمن أرفع أو يسوغها بعین كراء أرفع) (١).

275 - كما تقرّ أغليبية الشرائح بحقّ الدائنين في طلب بطلان العقود التي يبرمها مدينيوهم إذا أقاموا الدليل على مصلحتهم في القيام. وتنحصر هذه المصلحة طبعاً في حالة ما إذا نتج عن العقد الباطل إفلاس كلي أو نسبي للمدين (٢).

276 - أمّا الغير المطلق الذي لا تربطه صلة بالعقد فإنّ مصلحته في القيام مستبعدة جدًا باعتباره أجنبيًا تماماً عن العقد ولا يعترف له إذن بحقّ القيام إلا بصورة استثنائية، وإذا كانت له مصلحة خاصة في ذلك (٣). فقد يكون للجار مثلاً مصلحة في طلب بطلان عقد تسوية المتزّل المجاور له إذا كان سبب التسوية استغلال المحل للدعارة. وتنحصر المصلحة في القيام هنا في الضرر الناتج عن مخالفة الأخلاق الحميدة وليس في مجرد هذه المخالفة. ولا يحقّ تبعاً لذلك لتأجير أن يطلب بطلان عقد تسوية مغازة لفائدة تاجر آخر يريد

271 - من هم الأشخاص الذين يحقّ لهم القيام بالبطلان وما هي الحالات التي ينفرض فيها هذا الحقّ؟

## الفرع الأول : الأشخاص الذين يحقّ لهم القيام بالبطلان

272 - يفيد التأمل في أحكام الفصول 325 وما بعده من م.أ.ع. أنّ المشرع لم يهتمّ بتحديد من له حقّ القيام بالبطلان. وهذا ليس بالأمر الغريب طالما اتفقنا أنّ هذه المسألة لا تهمّ القانون المدني بقدر ما هي تهمّ قانون المرافعات المدنية والتجارية. ولthen أجمع الشرائح بمساندة فقه القضاء (٤) على أنّ نظام دعوى البطلان المطلق يختلف من هاته التاحية عن نظام دعوى البطلان، النسبيّ بالرغم من غياب نصّ صريح في هذا المعنى بمجلة الإلتزامات والعقود، فإنّ ذلك راجع إلى أنّ القاعدة الإجرائية الأساسية التي مفادها أنه «لا قيام بدون مصلحة» (٥) تختّم اهتداء الجميع إلى هذا الحلّ. وهو ما ستتأكد منه من خلال الفقرتين المواليتين.

## ٤١ - حالة البطلان المطلق

273 - تبيّن لنا عند دراسة نظرية البطلان أنّ العقد يكون باطلاً مطلقاً إذا افتقر لأحد أركانه الأساسية أو إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة. ولا شكّ في أنه يحقّ لكلّ من طرف في هذا العقد أن يطالب بإبطاله. فلكلّيهما مصلحة قانونية في ذلك، لها صلة وثيقة بسبب البطلان وبنتائجها. وبما أنّ «الإلتزامات لا تجري أحکامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضًا على

(١) يراجع القرار التعبيّي المدني عدد 4411، المؤرخ في 13 ديسمبر 1966، ق.ت. عدد 3 و4 لسنة 1967، ص 72. وقد جاء به أنّ الاعتراضات على العقود القابلة للإبطال لا تقبل إلا من الطرف الذي أراد القانون حمايته.

(٢) يراجع الفصل 19 من م.م.ت. الذي ينصّ على أنّ «حقّ القيام لدى المحاكم يكون لكلّ شخص له صفة وأهلية تتوكل له حقّ القيام بطلب ما له من حقّ وأن تكون للنظام مصلحة في القيام». وانظر في هذا الاتجاه : FLOUR et AUBERT, *Les obligations*, I, op. cit., n° 335; CH. LARROUMET, *Les obligations*, op. cit., n° 552; J. GHESTIN, op. cit., n° 765 et s.

(٣) انظر : FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 335.

(٤) يراجع : العدد 487 أسفته؛ وتوفيق فرج حسن : النظرية العامة للإلتزام، في مصادر الإلتزام، الدار الجامعية، بيروت 1988، عدد 169. وانظر أيضًا :

J. L. AUBERT, *Le droit pour le créancier*, d'après en nullité des actes passés par son débiteur, Rev. trim. dr. civ., 1969, p. 701.; J. GHESTIN, *Traité, les obligations*, op. cit., n° 770 et s.; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations*, op. cit., n° 562.

يستخلص معه أن رقابة صحة تكوين العقود من خلال القيام بدعوى البطلان المطلق موكول الأساسية إلى الأطراف والورثة وبدرجة أقل إلى الخلف الخاص وإلى الدائنين إذا أقنعوا المحكمة بأن لهم مصلحة خاصة ومشروعة في القيام. ولا يمتد هذا الحق إلى الغير المطلق إلا بصفة استثنائية لصعوبة توفر شرط المصلحة في هذه الحالة.

278 - بقي أن نبحث هل أنه يجوز لمحكمة الموضوع أن تقضي من تلقاء نفسها، دون أن يطلب منها ذلك، ببطلان العقد لتعلق الخلل الذي يعتريه بالنظام العام أو لمخالفته لقواعد الأخلاق الحميدة؟ إن المسألة إجرائية محضة ولا يمكن حلها في غير هذا الإطار علما أنه لا يوجد أي نص قانوني خاص يخول للمحكمة حق التمسك من تلقاء نفسها ببطلان العقود التي ثبت لديها أنها مخالفة لقاعدة تهم النظام العام. أما قواعد الاجراءات فهي مستقرة على أنه لا يجوز للمحكمة أن توسع في الدعوى وأن تقضي فيما لم يطلب منها طرفا النزاع. وبما أنه من الثابت قانونا أن المحافظة على النظام العام هي من مشمولات ممثل النيابة العمومية (الفصل 251 فقرة 1 من م.م.م.ت)، فإنه «للمحكمة أن تقرر تمكينه من الإطلاع على القضايا مع طلب إيداء ملحوظاته...» (الفصل 251 فقرة 3 من م.م.م.ت). كلما تبين لها أن العقد موضوع النزاع المثار أمامها قد خالف من حيث الشكل أو محل أو السبب متطلبات النظام العام. أما أن تعهد من تلقاء نفسها بال موضوع دون علم الأطراف والنيابة العمومية فهذا مخالف لمبادئ الاجراءات<sup>(8)</sup>. على أن فقه القضاء<sup>(9)</sup> يجد متمسكا من هاته

(8) يراجع خاصية الفصل 175 من م.م.م.ت. الذي يذكر من بين الحالات التي يمكن على أساسها الطعن بالتفبيب في الأحكام النهائية حالة صدور الحكم بما لم يطلب المقصوم أو بأكثر مما طلبوه...».

(9) يراجع القرار المدني التعبي عدد 6999 المؤرخ في 10 مارس 1959 (ق.ت، 1960، عدد 5، ص 49). وتتمثل القضية موضوع القرار المذكور في دعوى في الخروج بعدم خلاص معايلم الكراء مع أداء المتخلد منها بذمة المسنوع وقد لاحظ قضاة الأصل أن قدر الكراء الذي تأسس عليه القيام كان مبنية على سبب غير جائز وقضوا ببطلانه على ذلك الأساس وأيدتهم محكمة التفبيب في ذلك مبنية أن «القاعدة أن الحكم لا يغرن التزاما باطلأ من أصله بل يجب عليه التصرير بإبطاله وطرح أثره». راجع أيضا : قرار تعبي عدد 8292، مؤرخ في 11 أكتوبر 1955، (ق.ت، 1960، عدد 9 و 10، ص 154).

منافسته استنادا إلى فقدان ذلك العقد لأحد أركانه. إن الخلل الذي يعتري هذا العقد يعرضه إلى البطلان المطلق، ولكنه لا يحق للناجر القيام لدى المحاكم للغرض إذا لم تكن له مصلحة مشروعة في القيام. وقد يتحقق توافق شرط المصلحة المشروعة يخضع بدون شك إلى اجتهاد القاضي<sup>(10)</sup>، ولكن تبرير القيام بداعف المحافظة على النظام العام لا يكفي وحده لتوفيق شرط المصلحة.

277 - أما الدافع عن النظام العام وعن المصلحة الاجتماعية فإنه يبقى من مشمولات النيابة العمومية وحدها. وقد مكثها المشرع من ممارسة هذا الحق لما نص بالفصل 251 من م.م.م.ت. أنه «لمثل النيابة العمومية القيام بالقضايا كلما كانت هناك مصلحة شرعية تهم النظام العام». على أن النيابة العمومية لا تمارس في الواقع هذا الحق أمام المحاكم المدنية. وذلك من جهة لافتقارها للإمكانات المادية الازمة للإطلاع على العقود المدنية ولراقبتها، ومن جهة أخرى لعلها السبق بعدم نجاعة البطلان الصادر بناء على طلبها إذا أصر الأطراف على تنفيذ العقد الباطل وعلى إجراء العمل به<sup>(11)</sup>، الأمر الذي

(6) يراجع القرار المدني التعبي عدد 575 المؤرخ في 20 أبريل 1976، ن.م.ت، 1976، ج 1، ص 207. ومتى تتجه ملاحظته في هذا المخصوص التفوج الذي شهد فقه القضاء الحديث بفرنسا الذي يجد أنه أصبح غير مشتدد في قبول دعوى الغير في البطلان المطلق. من ذلك أن الدائرة التجارية لمحكمة التفبيب الفرنسية قررت في 1 مارس 1983 تقضي القرار الاستئنافي القاضي برفض دعوى في بطلان بيع وقع إبرامه دون احترام ترتيب الفرض المتعلقة بالنظام العام. وتأسس القرار المطعون فيه على انتفاء صفة القيام في شخص المدعية باعتبار أنها لم تكن طرفا في العقد. فأعادت محكمة التفبيب على هذا التعليل بقوله أن الحكم على هذا التحorum، وبالحال أن القواعد القانونية المعنية تهم النظام العام وأنه يحق لكل ذي مصلحة أن يطالب بتطبيقها، يجد مخالفا للقانون (J. GHESTIN, Traité, Les obligations, op. cit., n° 770, p. 916, note n° 29).

(7) وقد ورد في كتاب PH. MALAURIE et L. AYNES (عدد 562، ص 304) ما يلي : «En théorie, le ministère public a le droit de demander la nullité d'un contrat contraire à l'ordre public. Il ne le fait jamais, car la nullité serait un coup d'épée dans l'eau si les parties veulent vraiment exécuter le contrat». V° dans le même sens, J. GHESTIN, op. cit., n° 771.

على أنه تتجه الملاحظة أن النيابة العمومية تقوم بدورها لدى المحاكم المدنية خاصة لا يتعلق الأمر بمحاجة المحجورين أو عندما تقتضي الظروف السهر على المحافظة على النظام العام السياسي والاقتصادي (اشتراك رخصة الوالي بوجب أمر 4 جوان 1957 أو تججير التفبيب في الأراضي الفلاحية للأجانب بوجب قانون 12 ماي 1964 - انظر في هذا المعنى : القرارات التعبيتين المذكورتين عدد 6475، مؤرخ في 31 ديسمبر 1968، ن.م.ت. 1968، ص 115، وعدد 6326، مؤرخ في 2 نوفمبر 1982، ن.م.ت. 1982، ج 4، ص 262). راجع أيضا القرار التعبي المدني عدد 319، المؤرخ في 17 جانفي 1961، ن.م.ت. 1961، ص 10).

(الفصول 10 و 331 و 392 من م.أ.ع.). كما يجوز لورثة المحجور عليه القيام بدعوى مورثهم بعد موته مع مراعاة مدة التقادم القانونية (الفصلان 331 و 333 من م.أ.ع.).

## الفرع الثاني : انقراض حق القيام بالبطلان

280 - ينقرض حق القيام بالبطلان بامضاء العقد (١) أو بالتقادم (٢).

### ٤١ - إمضاء العقد

281 - تتطلب دراسة هذه المسألة تحديد مفهوم الإمضاء ونطاقه (١) قبل التعرض لشروطه (II) وأناره (III).

#### I - مفهوم الإمضاء ونطاقه

282 - إمضاء العقد هو تصرف قانوني يصدر من جانب واحد يتخلّى بموجبه شخص عن حقه في طلب البطلان<sup>(١)</sup>. وقد عبر عليه المشرع في مجلة الأحوال الشخصية بالإجازة<sup>(٢)</sup> (الفصول 156 - 162 - 165 و 179). وهو المصطلح الذي اختاره أيضاً المشرع المصري<sup>(٣)</sup>. كما تستعمل كلمتا «التأيد» و«الإقرار» في نفس هذا المعنى.

ويختلف اصطلاحاً الإمضاء عن التصديق<sup>(٤)</sup>. فال الأول يصدر عن أحد طرفي العقد القابل للإبطال وينطوي على التنازل عن حق الإبطال. أمّا الثاني فهو تصرف يصدر عن شخص أجنبي عن العقد يرتكبها بمقتضاه أن تحرى

(١) يراجع : COUTURIER, La confirmation des actes nuls, thèse, Paris, 1969; L.G.D.J. 1972, préface FLOUR; DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, thèse, TOULOUSE, L.G.D.J., 1972, préface Hébraud.

(٢) يراجع : Mohamed Kamel CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes : translatifs de propriété immobilière, thèse, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1990, p. 291, note 7.

(٣) أنظر : عبد الفتاح عبد الباتي : نظرية العقد...، عدد 232، ص 473.

(٤) راجع عبد الفتاح عبد الباتي : نظرية العقد...، عدد 232، ص 474، الهاشم 1.

التاحية بالحل المخالف، فهل يكون ذلك تحت تأثير الفقه وفقه القضاء بفرنسا؟<sup>(٥)</sup>.

### ٤٢ - حالة البطلان النسبي<sup>(٦)</sup>

279 - البطلان النسبي هو جزء مخالف القواعد التي وضعها المشرع رعاية لمصلحة المتعاقدين كما في حالة عيوب الرضى ونقص الأهلية. ولهذا فلا يكون لغير الطرف المتضرر من العيب الذي يعتري العقد حق المطالبة بإبطال العقد على أساسه<sup>(٧)</sup>. وإذا كان هذا الطرف فاقداً فيجوز له القيام بهاته الدعوى بعد رشده<sup>(٨)</sup> إن لم يقم بها وليه الشرعي في حقه

(١) لم يكن فقه القضاء بفرنسا يسمح للقاضي بأن يعتمد من تلقاء نفسه بمسألة البطلان إلا في نطاق ضيق ومحظوظ. وقد ورد عن محكمة التعييب الفرنسية في 7 ديسمبر 1956 مبدأ مفاده «أنه لا يجوز للقاضي أن يغير عناصر التزاع الم موضوع عليه ولو كان ذلك لتطبيق قاعدة تهم النظام العام طالما أن هاته القاعدة كانت أ justifye عن موضوع الدعوى» (Cass. com. 7 décembre 1954, D. 1955, p. 110 note Crémieux (٩) الأمر الذي استخلص منه القوه أنه لا يمكن للقاضي أن يبطل من تلقاء نفسه شرطاً مخالفًا للنظام العام في صورة اتفاق طرفيه على صحته (راجع : P. RAYNAUD, L'ordre public, économie, cours de doctorat, 1965-1966, p. 325; MALAURIE, note, D. 1956, p. 517; V° aussi sur cette jurisprudence, J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 750 - I, p. 889).

وقد ثبّرت هذه المعطيات حيث أثار فقهاء الحديث حق القاضي بل واجبه في إثارة حالات البطلان نفسه من تلقاء نفسه أولى من مجلة المراجعت المدنية الجديدة الذي ينص على أن «القاضي يفصل التزاع عملاً بالقواعد القانونية المنطبقة عليه». (Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables").

وقد استنتجت محكمة التعييب الفرنسية من شمولية عبارات هذا التقى حق القاضي في أن يغير من تلقاء نفسه جميع حالات البطلان دون فرق في ذلك بين البطلان المطلق والبطلان النسبي. (Cf. Cass. civ. 1ère, 22 mai 1985, Bull. civ. 1ère, n° 159, p. 145, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 149, obs. Ph. Rémy, et Cass. civ. 3e, 20 novembre 1985, Bull. civ. III, p. 116; V° J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 750 - 3).

ويؤكد الشرح في هذا المخصوص على حرص فقه القضاة على تكين أطراف التزاع من إدراك ملحوظاتهم في مسألة البطلان الذي تعتزم المحكمة إثارته من تلقاء نفسها. (يراجع : PH. MALAURIE et L. AYNES, obligations, op. cit., n° 558).

(٦) يراجع : FLOUR et AUBERT, Obligations, I, op. cit., n° 337; J. GHESTIN, op. cit., n° 752 et s.

(٧) يراجع : قرار تعقيبي مدني عدد 575، مؤرخ في 20 أبريل 1976، ن.م.ت. 1976، ج 1، ص 207.

(٨) يراجع : قرار تعقيبي مدني عدد 11624، مؤرخ في 25 مايو 1976، ن.م.ت. 1976، ج 2، ص 88 وقرار تعقيبي مدني عدد 5736، في 4 جوان 1946، ق.ت. 1960، عدد 9 و 10، ص 153.

السيّاق أنَّ منع إمضاء العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا يحول دون «إصلاحه» بموجب عقد جديد متضمن لنفس الإلتزامات ولكنه خال من سبب البطلان الذي أفسد العقد الأول ومستقل عنه تماماً<sup>(21)</sup>.

## II - شروط الإمضاء

### 1 - شروط الإمضاء من حيث الأصل

283 - لا يمكن إمساء العقد إلا من قبل المعقد المتصرّر الذي أراد المشرع حمايته بتمكينه من حق طلب إبطال العقد الفاسد<sup>(22)</sup>. ولا يصحُّ الإمضاء إلا إذا كان المعقد على علم بالغيب الذي يعتري العقد وبشرط صدوره في وقت يمكن له فيه إمساؤه بوجه صحيح (الفصل 338). الأمر الذي يتربّ عليه أنَّ الإمضاء لا يصحُّ في صورة الابراه إلا من يوم زواله، وفي صورة الغلط والتلليس إلا من وقت الإطلاع عليهما. وبالنسبة لعقود القاصرين إلا من يوم رشدهم، وفيما يتعلق بالمحجور عليهم وعددي الأهلية إلا من يوم موتهم أو خروجهم من قيد الحجر<sup>(23)</sup>. فالعبرة إذن أن يكون الإمضاء بنية تأييد وجود العقد وأن يتم ذلك عن علم وبيته. وهو ما حرص المشرع على تحقيقه لما نصَّ بالفصل 337 من م.ا.ع. على أنَّ «إمساء الإلتزام القابل للفسخ قانوناً أو التصديق عليه لا يصح إلا إذا تضمن مضمونه مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصرّيف بقصد جبر النقص الموجب للفسخ».

### ب - شروط الإمضاء من حيث الشكل

284 - رأينا أنَّ المهمَّ في الإمضاء أن يصدر عن بيته من طرف المعقد. أي أن يكون صادراً بنية تأييد العقد بعد ثبوت العلم بسبب البطلان المتخلّى عنه بوجبه<sup>(24)</sup>. ويمكن أن يقع ذلك إما صراحة - ويجب في هاته الصورة أن

(21) براجع : J. GHESTIN, *Traité*, op. cit., n° 792 et 903; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 347, p. 269. Vº aussi, Laure MARINO, *Peut-on confirmer un contrat caduc?* Note sous cass. 1ère civ. 23 janvier 1996, S.J. 1997, II, 22800.

(22) براجع قرار تعقيبي عدد 8532، موزَّع في 22 ديسمبر 1953 ، ق.ت. 1960 ، عدد 9 و 10 ، ص . 154

(23) انظر الفصل 331 م.ا.ع.

(24) براجع عبد الفتاح عبد الباقى : *نظريَّة العقد... ،* عدد 232 ، 1994 ، ص . 475

أحكامه عليه من وقت انعقاده (الفصول 40 ، 41 و 42 من م.ا.ع.) إلا أنَّ المشرع ينزله من حيث نظامه القانوني متزلة الإمضاء (الفصول 329 ، 329 ، 337 و 338 من م.ا.ع.).

وينحصر نطاق الإمضاء في البطلان النسبي (الفصلان 337 و 338). وينبع القانون صراحة في حالات البطلان المطلق (الفصل 329)<sup>(18)</sup>. على أنه يمكن تصحيح عقود سابقة باطلة من أصلها بموجب قانون جديد تنسحب آثاره على الماضي. وهي النتيجة التي أرادها المشرع من خلال القانون عدد 38 المؤرَّخ في 27 أفريل 1992<sup>(19)</sup> الذي وسع في نطاق المرسوم عدد 4 المؤرَّخ في 21 سبتمبر 1977<sup>(20)</sup> القاضي بإعفاء الأشخاص التونسيين، معنوين كانوا أو ماديّين، من رخصة الولاية التي كانت مشترطة لصحة العمليات العقارية الناقلة لحقوق عينية عقارية إلى العمليات المجرأة قبل صدوره. فحوَّل من العدم والبطلان إلى الصحة والوجود جميع العقود الناقلة لحقوق عينية عقارية المبرمة قبل 30 سبتمبر 1977 بدون رخصة سابقة من الوالي. ولم يستثن قانون 27 أفريل 1992 من هذا التصحيح التشريعي إلا العقود التي صدرت في شأنها «أحكام أحرزت قوَّة ما اتصل به القضايا»<sup>(21)</sup>. كما تتجه الملاحظة في هذا

(18) لقد أصبح هذا الحال غير ثابت في الفقه الفرنسي حيث يلاحظ بعض الفقهاء أنَّ تأييد العقد الباطل من أصله يمكن كاماً تبيَّنت المصلحة العامة وأصبحت لا تقتضي زوال العقد، كان يوضع حدًّا بموجب تشريع جديد لتجحير التعاقد في شيء معين. ففي هذه الصورة يجد منطقياً أن تقرُّ المحاكم جواز إمساء العقد الصادرة في ظل القانون القديم (راجع : COUTURIER, op. cit., n° 319 et s.). وقد ذهب قضاة بعض المحاكم الفرنسية في هذا الاتجاه (أنظر تعبِّيل فقه القضايا في كتاب COUTURIER عدد 323) بقى أنَّ الفرق غير واضح هنا بين حالات الإمضاء بآئمَّة معنى الكلمة وحالات التصحيح الآلي للمقدود السابقة بمقتضى القانون الجديد (راجع : FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 346). بحيث يمكن القول وان المبدأ لا يزال قائماً في القانون الوضعي الفرنسي : ويقى العقد الباطل من أصله غير قابل للإمساء (راجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, contrat, formation*, op. cit., n° 864 à 866; J. GHESTIN, *Traité Droit civil, Les obligations, le contrat*, op. cit., n° 840 à 846; CH. LARROUMET, *Droit civil*, t. 3, *Les obligations*, I, op. cit., n° 557; WEILL et TERRE, *Les obligations*, op. cit., n° 309).

(19) براجع الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرَّخ في 5 ماي 1992 ، عدد 27 لسنة 1992 ، ص . 516 .

(20) براجع الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرَّخ في 30 سبتمبر 1977 ، عدد 63 لسنة 1977 ، ص . 2077 .

(20) - 1) براجع القرار التعقيبي المدني عدد 32943 المؤرَّخ في 28 جوان 1994 ، ن.م.ت. 1994 ، ص . 167

تفتبيه متطلبات المصلحة العامة وخاصة منها الطمأنينة في المعاملات<sup>(26)</sup>. وما من شكّ في أنّ قبول المشرع لمبدأ تقادم دعاوى البطلان النسبي يعكس انشغاله بضمان استقرار العقود، وبالتحديد حرصه على أن لا تبقى العقود التي اعتراها عيب عند تكوينها مهددة إلى ما لا نهاية له بالزوال بما قد يضرّ الأطراف والغير ويقلص عنصر الثقة في التعامل. على أنّ عدداً من الشرائح قد ركز في هذا الخصوص على أنّ أساس التقادم المسقط يمكن هنا في الواقع في التصديق الضمني المفترض على العقد من قبل صاحب حقّ القيام بالإبطال مبيناً أنّ سكوته عن مارسته لحقّه يعني في نظر المشرع أنه أراد تجاوز الخلل الذي يعتري العقد وأنّه رغب في تصحيحه<sup>(27)</sup>. وإذا تأيد هذا التفسير بعض قواعد التقادم المسقط الواردة بالفصول 330 إلى 335 ، مثل تلك التي تنظم بدء سريان مدة التقادم (الفصل 331)، فإنّ بعض القواعد الأخرى يتناقض مع الأساس الخصوصي المقترن هنا. ومثل ذلك القاعدة التي تنصّ على عدم قابلية الدفع بالبطلان للتقادم، والتي لا يمكن معها تحليل التقادم هنا باعتباره نوع من أنواع التصديق على العقد طالما أنّ السكوت لا يفيد في نظر المشرع التصديق. وفي هذا دليل على ضعف هذه النظرية. ويتجه إذن التخلّي عنها خاصة أنّ حرص المشرع على تحديد النظام القانوني للتقادم المسقط لحقّ القيام بدعوى البطلان النسبي يتزعّم عملياً كلّ جدوى عن البحث عن أساس خصوصي للتقادم في هذه الصورة.

## 2 - إثنان

289 - ينص الفصل 335 من م.أ.ع. على أنه «يجوز لمن طرّب بالوفاء

(26) يراجع : WEILL et TERRE, Droit civil, Les obligations, op. cit., n° 318.  
 (27) يراجع في هذا المعنى : MARTY et RAYNAUD, Les obligations, op. cit., n° 230; B. STARCK, Obligations, op. cit., p. 503, n° 1606.

وأنظر أيضاً : توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام، عدد 177 ، ص 255 وراجع في الاتجاه المعاكس الذي يرى أنّ أحکام التقادم في مادة البطلان تخضع في الواقع للمعيادن العامة المتعلقة بالتقادم بوجه عام وليس لها أساس خصوصي يميّزها عن بقية حالات التقادم : PH. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, les obligations, op. cit., n° 565; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Obligations, op. cit., n° 854; WEILL et TERRE, Obligations, op. cit., n° 318; J. GHESTIN, Traité, obligations, op. cit., n° 860.

يتضمن كتب الإمضاء البيانات المنصوص عليها في الفصل 337 من م.أ.ع. المذكور أعلاه، وإلا عدّ باطلاً - أو بصورة ضمنية وذلك بأن يقع «إجراء العمل به اختياراً في الكل أو البعض من علم عيوبه... . بعد الوقت الذي أمكن فيه إمضاء العقد أو التصديق عليه» (الفصل 338 من م.أ.ع.).

## III - آثار الإمضاء

285 - يترتّب على إمضاء العقد، صريحاً كان أو ضمنياً، تخلّي المعاقد عن جميع الوسائل والإعتراضات التي كان من حقّه أن يقوم بها على العقد القابل للإبطال بما يجعل العقد صحيحًا نهائياً بعد أن كان مهدّداً بالزوال. ويعتبر العقد صحيحًا من يوم انعقاده لا من تاريخ إمضاءه ولا يستثنى المشرع المفول الرجعيّ لإمضاء العقد إلا إذا نتج عنه إضرار بحقوق الغير. ويفهم من أحكام الفصلين 336 و338 أنه لا تجوز معارضه الغير الذي اكتسب حقوقاً عن حسن نية بإمضاء العقد من طرف أحد المعاقددين.

## 4 2 - التقادم

286 - هل ينقرض البطلان بالتقادم وفي أيّ أجل وحسب أيّ شروط؟ إنّ محاولة الجواب عن هذه الأسئلة تستلزم مرأة أخرى أن تفرق بين حالي البطلان النسبيّ (I) والبطلان المطلق (II).

### I - البطلان النسبيّ

287 - تقرّ الفصول 330 إلى 335 من م.أ.ع. مبدأ تقادم دعاوى البطلان النسبيّ (أ) وتحدد مدة (ب).

#### أ - مبدأ التقادم

#### 1 - أساس

288 - تقوم نظرية التقادم المسقط بوجه عام على وجوب احترام الأوضاع المستقرة التي مضت عليها مدة من الزمن<sup>(25)</sup> حتى لا تتحول ضرورة احترام القوانين وضمان حقوق الأشخاص إلى عامل عدم استقرار مخالف لما

(25) يراجع عبد الرزاق الشهوري، الوسيط، الجزء الثالث، عدد 592، ص 996 وما بعدها.

المذكورة «لا تمحض في صورة الإكراه إلا من يوم زواله وفي صورة الغلط والتلليس إلا من وقت الإطلاع عليه. وبالنسبة لعقود القاصرين إلا من يوم رشدهم<sup>(31)</sup> وفيما يتعلّق بالمحجور عليهم وعددي الأهلية إلا من يوم موتهم أو خروجهم من قيد الحجر». أمّا في «ما يخصّ ورثة المحجور عليه الذي مات تحت قيد الحجر والمغبون الرشيد، فمن يوم حوز الشيء المتعاقد عليه» (الفصل 331 فقرة 2 م.أ.ع.). وينتقل طلب البطلان إلى الوارث في المدة التي بقيت لورثه (الفصل 333 م.أ.ع.). على أنّ القيام بالبطلان النسبي يسقط في جميع الأحوال، بصرف النظر عن تاريخ بدء سريان المدة، في أجل أقصاه خمسة عشر عاماً من تاريخ العقد (الفصل 334 من م.أ.ع.).

## II - البطلان المطلق

292 - لم تُعرض الفصول 325 وما بعده من م.أ.ع. لمسألة سقوط دعوى البطلان المطلق بالتقادم. فكيف يمكن حينئذ تفسير سكت المشرع؟ فهل يعني أنّ دعوى البطلان تسقط بمرور خمسة عشر عاماً وفقاً لأحكام الفصل 402 من م.أ.ع.? أمّ أنه يعني أنّ دعوى البطلان المطلق لا تقبل السقوط بمرور الزمن؟

293 - يعكس الاتجاه الأوّل الموقف الذي تبنّاه فقهاء القضاء بفرنسا منذ سنة 1879<sup>(32)</sup> بالرغم من معارضة الفقه السائد آنذاك<sup>(33)</sup>. ويستند هذا الاتجاه إلى شمولية عبارات الفصل 2262 من المجلة المدنيّة الفرنسية التي ورد بها

(31) انظر فرار تعقيبي مدني عدد 16669 ، مورخ في 16 فبراير 1988 ، ن.م.ت. 1988 ، ص 301.

(32) يراجع القرار التعقيبي الفرنسي الصادر في 5 ماي 1879 : 1, 3 . Req. 5 mai 1879, S. 1879, 1, 3 . D. 1880. I. 165. V° Eugène GAUDEMEL, Théorie générale des obligations, publiée par H. DESBOIS et J. GAUDEMEL, SIREY, 1965, p. 178.

(33) إنّ عدم قابلية دعوى البطلان المطلق للتقادم هي نتيجة لفهم الإنتمام الذي تصوره دعاة النظرية التقليدية للبطلان الذين يعنون على ذلك الأساس أنّ القاضي يكون ملزمًا بإقرار عدم العقد الذي ولد مبناً كلّا طلب منه ذلك دون اعتبار لمرور الزمن : يراجع في هذا الخصوص : J. GHESTIN, Traité, Les obligations, op. cit., n° 740 et 857; CH. LARROUMET, Les obligations, op. cit., n° 530 (Spéc. pp. 468 à 470) et 532; WEILL et TERRE, Les obligations, op. cit., n° 315; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Obligations, op. cit., n° 849 à 851. V° aussi, M. BANDRAC, La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, Economica, 1986, préface P. RAYNAUD, p. 152.

بالعقد أن يتحجّج ببطلانه في جميع الأحوال التي يسوغ له القيام فيها بذلك الداعوى. ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدة المعينة...» بالفصول 331 إلى 334 من م.أ.ع.<sup>(28)</sup>. ويرجع أصل هذه القاعدة إلى فقه القضاء الفرنسي الذي أقرّ مبدأ عدم قابلية الدفع بالبطلان للتقادم منذ القرن التاسع عشر<sup>(29)</sup>. يعتبر الشرح اليوم أنّ الأساس الصحيح لهذه القاعدة هو السعي إلى ضمان استقرار الأوضاع. ففي صورة العقد الباطل الذي لم ينفذ تشكّل المطالبة بتنفيذه بعد مرور مدة سقوط حق القيام بالبطلان إخلالاً بالإستقرار التعاقدى وأضراراً بمصالح الغير أحياناً. وهي أخطار يسمح بتفاديها عدم قابلية الدفع بالبطلان للتقادم<sup>(30)</sup>.

## ب - مدة التقادم

### 1 - أجل السقوط بالتقادم

290 - يسقط حق القيام بدعوى البطلان النسبي بمضي عام إلا إذا صرّح القانون بمدة أخرى (الفصل 330 من م.أ.ع.).

### 2 - بـدء سريان مدة التقادم

291 - ورد بالفصل 331 فقرة أولى من م.أ.ع. أنّ مدة السقوط

(28) يراجع M. STORCK, L'exception de nullité en droit privé, D. 1987, chr., p. 67.

(29) انظر القرار التعقيبي الفرنسي المورخ في 18 ماي 1886 (D.P. 1887, 1, 121) والقرار التعقيبي الفرنسي المورخ في 21 جوان 1880 (1880, 1, 108). وقد أشار مقرّر اللجنة التي اعدت مشروع المجلة المدنيّة والتجاريّة التوسيّة إلى هذين القراراتين أسفل الفصل 332 من ذلك المشرع. وقد احتفظ المشرع بالصيغة الأصلية لهذا الفصل ضمن الفصل 335 من المجلة الحاليّة، غير أنّ التصصيص على أنّ سقوط دعوى البطلان بمرور الزمن لا يمنع من التمسّك بالبطلان على سبيل الدفع يعكس اتجاهًا تمثّل في القانون المقارن لبعض التشريعات الأجنبية كالقانون الإيطالي (الفصل 302)، الذي يستند إليه أيضًا صانعتلنا في مشروعه المذكور، ومشروع القانون الفرنسي الإيطالي (الفصل 227) والمشروع الأوكي لتنقيح القانون المدني الفرنسي (الفصل 27 من مشروع التصوص المتعلقة ببيان الضرورات القانونية). راجع في هذا الخصوص : عبد الفتاح عبد الباتي : نظرية العقد...، عدد 239 ص 484 - 485 .

(30) يراجع PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, op. cit., n° 567; WEILL et TERRE, Obligations, op. cit., n° 323; FLOUR et AUBERT, Obligations, I, op. cit., n° 354; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Obligations, op. cit., n° 858.

بمرور الزَّمن، ويرى أنَّ طبيعة البطلان المطلق لا تتماشى مع فكرة التقادم. فالتقادم هو حاجز يمنع تطبيق الجزء المتمثل في البطلان ويؤول بالتالي إلى تصحيف العقد. وهذا أمر لا يمكن تصوّره بالنسبة للعقد الباطل بطلاناً مطلقاً. إنَّ عقد «لا عمل عليه من الأصل» (الفصل 325 من م.أ.ع.). ولا يمكن للعدم أن يتقلب وجوداً ب مجرد مرور الزَّمن<sup>(37)</sup>.

ويجب بالطبع أن لا ننسينا جدية هذا التحليل مخاطر نبذ التقادم وما قد يتربّ على هذا الحل من عواقب سلبية على الاستقرار التعاقدي. إلا أنه يتوجه عدم تهويل هذا الخطر. إذ بين الشرح<sup>(38)</sup> في هذاخصوص أنَّ الاستقرار التعاقدي لا يكون مهدداً في الواقع إلا متى تعلق الأمر بعد بباطل وقع تنفيذه. وهي حالة لا يقع فيها عادة طلب البطلان إلا بصفة عرضية ضمن دعوى أصلية في «استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب الالتزام الباطل»، وهي دعوى قابلة للسقوط بمرور الزَّمن وفقاً لأحكام الفصول 384 وما بعده من م.أ.ع. ويستنتج من ذلك أنَّ سقوط دعوى الاسترداد بمرور الزَّمن يكفي، بالنسبة للحالات التي وقع فيها تنفيذ العقد، لضمان استقرار الأوضاع، وأنَّه لا يخشى تبعاً لذلك أي إضرار باستقرار العقود ويطمئنّة المعاملات نتيجة عدم قابلية دعوى البطلان

(37) يتميّز فقه القضاء حول هذه المسألة بالتردد وعدم الاستقرار فيبعد أن أقرت محكمة التعييب في قرارها عدد 11113 المؤرخ في 25 ديسمبر 1984 قاعدة عدم التقادم بقوله أنَّ العقد الباطل «لا تسرى عليه أحكام الفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقد التي لا تتعلق إلا بالعقود التي انعقدت صحيحة» (ن.م.ت. 1984، ج 2، ص 273) مؤيدة بذلك ما تضمنه قرارها عدد 1637 المؤرخ في 12 ديسمبر 1978 (ق.ت. 1979، ع 4، ص 106) من أنَّ «العقد الباطل لا يزول بطلانه بالتقادم لأنه معدوم والمدعى لا يتقلب وجوداً مهما طال عليه الأمد...» وما دأب عليه الفقه السائد في هذه المادة (يراجع محمد الملاقي، محاضرات في شرح القانون المدني، المذكور آنفًا، ص 309)، ومحمد كمال شرف الدين، تعليق على حكم صادر عن محكمة التأدية بتونس في 27 مارس 1990 تحت عدد 9132، الأحداث القانونية التونسية، 1 - 1990، عدد 3، ص 97، يبيّن أحد قراراتها الحديثة معكس هذا الحل منسقاً بشمولية أحكام الفصل 402 التي تحمل قاعدة التقادم الواردة به «تسري بالنسبة لكل الالتزام بباطل أو صحيح...» مضيفاً أنَّ قصد المشرع بفتحه لأحكام هذا النص هو ضمان استقرار الشامل وما يتطلبه من وجوب احترام الأوضاع القائمة التي استقرت بالتقادم منذ صدور العقد الصحيحة وبذلك فإنَّ سكت الطاعن مدة طويلة من الزَّمن تقارب الثلاثين سنة تزيل حقه في المطالبة بإبطال عقد البيع موضوع التداعي المؤرخ في 15 ماي 1958 والمسجل في 29 أوت 1960 (قرار تعقيبي مدنى عدد 28197 مؤرخ في 26 جانفي 1993، ن.م.ت. 1993، ص 305).

(38) يراجع خاصة DANIEL GUGGENHEIM, L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé, Essai d'une théorie générale, op. cit., pp. 103, 104 et 120.

أنَّ «جميع الدّاعوي عينية كانت أو شخصية تسقط بمرور ثلاثين سنة...». وقد انضمَّ معظم الفقه الحديث<sup>(34)</sup> إلى هذا الاتجاه خاصة بعد أن تراجع مفهوم الانعدام الذي كان البعض يلجأ إليه لتبرير عدم قابلية البطلان المطلق للتقادم.

على أنَّ فكرة سقوط دعوى البطلان المطلق بمرور الزَّمن المعمول بها بفرنسا ليست شائعة في القانون المقارن<sup>(35)</sup>. ولا يمكن التسليم بتبنّيها من قبل المشرع التونسي بالرجوع إلى الفصل 402 من م.أ.ع.<sup>(36)</sup> علماً أنَّ هذا النص، الذي يستند إليه البعض لذلك الغرض، يفتقر في الواقع إلى الشمولية المميزة لعبارات الفصل 2262 من القانون المدني الفرنسي حيث أنَّ نطاقه لا يمتد إلى جميع الدّاعوي عينية كانت أو شخصية... بل ينحصر في «الدّاعوي الناشئة عن تعمير الذمة» وهي صفة لا توفر في دعوى البطلان. فهذه الدّاعوي تنشأ عن القانون لا عن التزام بباطل ضرورة أنَّ الالتزام الباطل هو من قبيل المعدوم الذي لا ينشأ عنه أيَّ حق. فهي ليست إذن من الدّاعوي الناشئة عن تعمير الذمة، وبالتالي فإنه لا يصح الاستناد إلى أحكام الفصل 402 من م.أ.ع. لتبرير قابليتها للسقوط بمرور الزَّمن، الأمر الذي من شأنه أن يدعم الموقف المخالف.

## 294 - إنَّ الاتجاه الثاني يرفض فكرة سقوط دعوى البطلان المطلق

J. CARBONNIER, Les obligations, op. cit., § 48, p. 192; WEILL et TERRE, Les obligations, op. cit., n° 315; CH. LARROUMET, Les obligations, op. cit., n° 563; MESTRE, obs. in. Rev. trim. dr. civ. 1987, p. 746; comparer avec B. STARCK, Les obligations, op. cit., n° 1657.

(34) يراجع بالنسبة لشاريع البلدان العربية التي اعتمدت في معظمها الحال الفرنسي أخذنا عن القانون المصري: د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، المذكور أعلاه، عدد 171، 1971، ص 248 هامش 1. وانظر بالنسبة للقانون اللبناني نفس المرجع، حيث ركز الكاتب على انتقام فقه القضاء اللبناني حول هذه المسألة نتيجة سكت الشرع في خصوصها.

CH. LARROUMET, Les obligations, op. cit., n°530, p. 47. Vº aussi pour le Droit comparé européen : Daniel GUGGENHEIM, L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé, Essai d'une théorie générale, L.G.D.J., Paris, 1970.

(36) وقد جاء بهذا الفصل ما يلي : «كل دعوى ناشئة عن تعمير الذمة لا تسع بعد مضي خمس عشرة سنة عدا ما استثنى بعد، وما قرره القانون في صور مخصوصة».

المطلق للتقادم في هذه الصورة. أما إذا تعلق الأمر بعقد باطل لم ينفذ بعد إبرامه بعده طولية، فإن إبطاله من طرف المحكمة في مثل هذه الظروف يعدّ من باب تكريس الأمر الواقع. فهو لا يخلّ إذن باستقرار الأوضاع بل يدعّمه. ويتبّع بذلك أن المخاوف التي يثيرها لدى البعض عدم تقادم دعاوى البطلان المطلق ليس لها في الواقع ما يبرّرها.

## الفَصْلُ الثَّالِثُ

# الآثار التي تترتب عن البطلان

بـل، ويمكن القول بأن المصلحة من دراسة الآثار التي تترتب عن البطلان  
تتمكن أساسا في بيان نطاق هذه الإستثناءات، وذلك بالتركيز من جهة على  
نسبة الأثر الرجعي (الفرع الأول)، ومن جهة أخرى على تحديد حالات  
البطلان الجزئي (الفرع الثاني)، وذلك مع مراعاة الحالة الخصوصية التي ينظمها  
الفصل 328 من م.أ.ع. وهي حالة تحول الالتزام (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول : نسبة الأثر الــرجعي للبطلان

298 - لا تثير إعادة الحال إلى ما كان عليه آية صعوبة في صورة ما إذا  
لم يتم تنفيذ الالتزام الباطل. أما إذا وقع تفيذه، فإن تطبيق قاعدة الرجعية  
بصفة مطلقة قد يتعذر في العديد من الحالات وذلك إما بسبب استحالة مادية  
محضه تعود أساساً إلى نوع الالتزام الباطل، أو لأن القانون قضى صراحة  
باباستثناء الرجعية أو بتحديد مقدار ما يمكن استرداده في حالات معينة. وقد  
لاحظ أحد الشرائح، J. PIEDELIEVRE<sup>(3)</sup>، أنَّ تصور استثناءات لقاعدة  
الرجعية مثلما ذهب إليه الفقه السائد يعني بالضرورة قبول الفكرة التي مفادها  
أنَّ العقد الباطل قادر على إحداث آثار قانونية بالرغم من بطلانه. وهي فكرة  
خاطئة تماماً في نظره لأنَّ المدعوم لا يتيح عنه شيء ولا يمكنه بحكم طبيعته  
إحداث أيِّ أثر قانوني. فالآثار التي يمكن أن تترتب أحياناً على العقد بالرغم  
من بطلانه لا ترد إذن إستثناء لقاعدة الرجعية حسب هذا الفقيه، إنما هي وليدة  
ما تبقى صحيحاً من ذلك العقد، بل إنَّ وجودها هو الدليل على بقاء جزء من  
العقد صحيحاً. وقد نتج عن هذا التحليل أنَّ ما يعتبره الفقه إستثناء للرجعية  
يعدُّ، في منطق هذه النظريَّة، حالة بطلان جزئيٌّ للعقد. من ذلك مثلاً أنَّ عقد  
الكرياء الذي يصرح القاضي ببطلانه بعد مدة زمنية من دخوله حيز التنفيذ لا  
يمكن أن يبطل إلا جزئياً، وتعتبر هذه النظريَّة أنه بقى صحيحاً بالنسبة للمدة  
التي تقدُّ فيها بدليل عدم قدرة القاضي، وكذلك الأطراف، على محاربة الآثار

J. PIEDELIEVRE, "Des effets produits par les actes nuls", thèse, Paris, 1911, pp. 116 à 137 et 463 à 465; v° une analyse critique de la théorie développée par cet auteur dans sa thèse, in Philippe SIMLER, La nullité partielle des actes juridiques, L.G.D.J., Paris, 1969, n° 13, 59 et 60.

295 - لا يترتب شيء على الإلتزام الذي قضى ببطلانه بطلانا مطلقا ما عدا «استرداد ما وقع دفعه بغير حق» (الفصل 325). والأمر يكون بالمثل بالنسبة للإلتزام الباطل بطلانا نسبيا حيث ينص الفصل 336 على أنه «إذا فسخ الإلتزام عاد الطرفان إلى ما كانوا عليه عند التعاقد، ويجب حيئذ على كل منهما أن يرد لصاحب ما قبضه منه بموجب العقد المذكور أو من جرائه...».

ويعبر الفصلان المذكوران في الحقيقة عن قاعدة أساسية في نظرية البطلان مفادها أن العقد الباطل تزول آثاره بصفة رجعية، أو بعبارة أخرى أن البطلان ينسحب على الماضي . ويترتب على الأثر الرجعي للبطلان إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد عندما يتعلق الأمر بعقد باطل نفذ بعضه أو كله<sup>(14)</sup>.

296 - ولما كان الإنعدام الرجعي للإلتزام من طبيعة البطلان، فمنطقى أن لا يتجاوز مفعوله نطاق البطلان. ولكن من الملاحظ في هذا التصوص أن الأصل في القانون التونسي هو انسحاب البطلان على كامل الإلتزام لا على بعضه أو على أحد عناصره، وذلك حتى إذا انحصر سبب البطلان في بعض الإلتزام أو في أحد عناصره، وهو ما يتبيّن من مراجعة الفصل 326 م.أ.ع. الذي ينص على أنه «إذا بطل الإلتزام الأصلي بطل ما التحق به من الإلتزامات...»، وكذلك الفصل 327 الذي ينص من ناحيته أيضا على أن «بطلان بعض الإلتزام يبطل جميعه...». هذا بالإضافة إلى شمولية عبارات الفصلين 325 و336 المذكورين<sup>(2)</sup>.

نطاقه على كامل الالتزام لا ينفي وجود استثناءات هامة لهاتين القاعدتين.

(1) يراجع في خصوص أثر الطلاق وأسس الالتزام بالرّتّب على بطلان العقد : عبد الفتاح عبد CH. LARROUMET, op. cit., n° 576 . . . . وانتظر أيضاً : J. GHESTIN, op. cit., n° 918 et s.; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 359 et s.; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 874 et s.; WEILL et TERRE, op. cit., n° 329 et s. Vº aussi, Joanna SCHMIDT - SZALEWSKY, Les conséquences de l'annulation d'un contrat. J.C.P. 1989, I. 3397.

(2) يراجع في خصوص نطاق البطلان: د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد...، عدد 248. FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 355 à 358; J. GHESTIN, op. cit., n° 899; WEILL et TERRE, op. cit., n° 326 à 328.

المصلحة القانونية التي قد تنجر عن تبني المحاكم لهذا الإتجاه قد تنحصر في تمكينها من سند موضوعي يحق لها الرجوع إليه لتصفية العلاقات التي انبت على العقد الباطل. وهي علاقات غالبا ما تكون وراءها مصالح شرعية لا يمكن تجاهلها على أساس مجرد وهم قانوني مخالف للواقع، أو تنظيمها بعزل تام عن العقد الذي كان سببا في نشأتها.

بقي أن النظريات الفقهية، على اختلافها، لا تنازع في أن الأمور لا تعود دائما إلى الحال الذي كانت عليه قبل التعاقد بفعل البطلان، بما يصح معه القول أن المفعول الرجعي للبطلان لا يudo أن يكون سوى نسيبي سواء وقع تفسير ذلك ببعض استثناءات القاعدة الرجعية، وهو الإتجاه السائد، أو بالإستناد إلى نظرية البطلان الجزئي التي سبق عرضها.

**ونسبة الأثر الرجعي -** أي عدم قدرته على محظى العقد الباطل بصفة مطلقة -، تقتضيها بالإضافة إلى القانون (16) ونوع الالتزام (26)، المسؤولية المدنية التي يمكن أن تنجر عن العقد الباطل (36) (6).

(6) وما لابد من لفت الانتباه إليه حرص المشرع على محظى جميع آثار العقود المخالفة للنظام العام والأخلاق الحميدة وذلك بتخصيصه صراحة ضمن الفصل 77 من م.أ.ع. على أنه «يجوز استرداد ما دفع لسبيل بالقانون أو بالنظام العام أو بالأخلاق الحميدة». وبخلاف القانون التونسي في هذا الخصوص عن القانون الفرنسي الذي يبقى على آثار العقد الباطل بسبب مخالفتها للنظام العام والأخلاق الحميدة وذلك من خلال منه لن كان على علم بالخلل الذي يعتري العقد وقت إبرامه من حق الطالبة باسترداد ما دفعها تفديا لهذا العقد الباطل، الأمر الذي يمكن اعتباره استثناء آخر للرجعية. وقد أثار تبني هذه القاعدة من قبل المشرع الفرنسي جدلا لا متنه بين الفقهاء. وإذا تأكد تأثر المشرع التونسي بالقانون الألماني (الفصلان 817 و 819 من المجلة المدنية الألمانية) عند تبنيه للحل المخالف، فإن التشريعات المدنية العربية هجرت بدورها هذه القاعدة تحت تأثير القانون المصري. يراجع في هذا الخصوص : عبد الفتاح عبد الباقى : نظرية العقد...، عدد 241، ص 488 و 479، هامش عدد 1؛ توفيق حن فرج : نظرية العادة للالتزام...، عدد 190، ص 278 إلى 280. أما بالنسبة للقانون الفرنسي والقانون المقارن فيراجع :

WEILL et TERRRE, op. cit., n° 334, et les références auxquelles renvoient ces auteurs; J. GIESTIN, Traité de Droit civil, op. cit., n° 928 et s.; G. RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, op. cit., n° 104; CARDALHI, L'exécution des conventions immorales et illicites, étude de la règle "nemo auditur..." d'après le droit comparé, le droit musulman et les moralistes chrétiens, Rev. int. dr. comparé, 1951, p. 385; Pascal DIENER, Chèque de casino et exception de jeu, note sous Civ. Ière, 19 mai 1992, D. 1992, J.P. 494.

التي سبق للعقد أن أحدهما في الماضي. والمصلحة من هذا التحليل تبدو عملية محضة : فهي تمكّن القاضي من الإستناد إلى العقد الباطل لتنظيم الآثار القانونية التي يقر الجميع بوجودها، والتي يستحيل إخضاعها لمقتضياته في صورة الجرم بزواله التام. فترى هذه النظرية في مثالنا المضروب أنها أن ما يلزم المت索ع بدفعه مقابل تمعّه بالمكرى بموجب العقد الباطل هو معلوم الكراهة المتفق عليه، وليس غرامة انتفاع قد يخضع تحديدها إلى محض إرادة القاضي بدون أي تقيد، كما في صورة وصف الآثار المتبقية للعقد الباطل بكونها مجرد استثناءات لقاعدة الرجعية<sup>(4)</sup>.

299 - ولقد بقيت هذه المحاولة الجريئة منعزلة في الفقه وفي القانون المقارن. ولكنّه يجوز مع ذلك التساؤل حول احتمال انحياز المشرع التونسي لها لما نص بالفقرة الأولى من الفصل 326 من م.أ.ع. على أنه «إذا بطل الالتزام الأصلي بطل ما تتحقق به من الالتزامات إلا إذا اقتضى نوعها أو القانون ما يخالف ذلك». وإنما قد يؤكّد مشروعية هذا التساؤل تعلق النص المذكور بحالات بطلان جزئي يختلف نطاقها عن نطاق البطلان الجزئي بمعناه التقليدي الذي أقره المشرع التونسي ضمن الفصل 327 من م.أ.ع. أحدا عن الفصل 139 من المجلة المدنية الألمانية<sup>(5)</sup>. ومن الملفت للإنتباه تطابق نطاق الالتزامات اللاحقة التي تبقى قائمة بعد زوال البطلان الأصلي، حسبما أورده الفصل 326 فقرة أولى من م.أ.ع.، مع نطاق استثناءات قاعدة الرجعية التي لا يبررها أيضا، بناء على ما عاينه وأجمع عليه الفقه السائد، إلا «القانون» أو الاستحالات المادية التي يرجع سببها إلى «نوع الالتزام». ويستطيع من ذلك أن تفسير أحكام الفقرة الأولى من الفصل 326 م.أ.ع. باعتبارها تكريسا لنظرية J. PIEDELIEVRE قد يكون مقبولا، خاصة أن ظهور هذه النظرية تزامن تاريخيا مع الفترة التي تم أثناءها إعداد مجلة الالتزامات والعقود. على أن

(4) يراجع : A. PIEDELIEVRE, Quelques réflexions sur la maxime "Quod nullum est, nullum producit effectum", Mélanges VOIRIN, 1967, pp. 638 et s., spéci. pp. 641 et 642.

(5) انظر العدد 309 أسفله.

### III - حالة الغير المتضرر من العقد الباطل

303 - تنسحب مبدئياً قاعدة الرجعية على كافة الناس. إلا أن المشرع

قلص من مخاطرها على مصالح الغير في صورتين. أما الصورة الأولى فهي التي تنصّ عليها الفقرة الثانية من الفصل 305 من م.ح.ع. (١) المتعلقة أحکامه بالعقارات المسجلة. وقد ورد بهذا النصّ أن إبطال ترسيم الحق يإدارة الملكية العقارية «لا يمكن بأي حال أن يعارض به الغير الذي يكون حسن النية واعتماداً على الترسيمات الواردة بالسجل». ولا ينسحب هذا الحكم على العقارات غير المسجلة التي تبقى حقوق الغير المتعلقة بها عرضة للسقوط بمجرد بطلان حقوق أسلفهم عليها وذلك نتيجة قساوة قاعدة الرجعية وعملاً بالقاعدة القانونية العامة القائلة بأنه «لا يجوز لشخص أن ينبع غيره أكثر مما لنفسه من حقوق» (الفصل 551 من م.أ.ع.). (٢)

وتتعلق الصورة الثانية التي اعنى فيها المشرع ببراءة مصالح الغير بتحديده لآثار البطلان بقانون الشركات إذ يتبيّن من صريح أحکام الفصلين 62 و 156

(٣) في صيغته الجديدة المقيدة بموجب الفصل الأول من القانون عدد 46 المؤرخ في ٤ ماي ١٩٩٢ المتعلقة بفتح وإتمام بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية (الرأي الرسمي للجمهورية التونسية عدد ٢٩ لسنة ١٩٩٢، ص ٥٤٨).

(٤) واد ينص الفصل 81 من م.أ.ع. على أن «من اتصل بشيء بغير حق جهله منه ثم باعه وهو على جهل فلا يلزم إلا إذا أراد ما يقصد من القسم أو إحالة حقوقه التي على المشتري»، فإذا نفأه بمحضه في مادة الإثبات بدون سبب ولا يقصد منه سوى عدم إرادة من اتصل بشيء عن حسن نية وتصرف فيه بالبيع عن جهل بأدائه قيمة المحقيقة. ولا يطلب منه في هذه الصورة سوى رد ما يقصد من القسم. ويعدّ بما لذلك مخالفًا لاحکام الفصل 44 من م.ح.ع. و ٥٥١ من م.أ.ع.

و كذلك لفائدة رجعية آثار البطلان إنعتمد أحکام الفصل 81 المذكور لضمان ملكية وحوز الغير على الشيء بعد بطلان حقوق سلفه عليه. كل ذلك مع مراعاة الاستثناء الوارد بالفقرة الثانية من الفصل 305 من م.ح.ع. وما قد يترتب على القوام المكتب للملكية إذا توفرت شروطه بالنسبة للعقارات غير المسجلة (يراجع الفصول 45 إلى 51 من م.ح.ع. وانظر محمد كمال شرف الدين : دروس في القانون المدني لطلبة السنة الأولى حقوق، الجزء الثاني، الأموال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1991 - 1992، ص 67 إلى 75) واعتباراً إلى ما تقتضيه قرينة الملكية الناتجة عن حوز المقول (يراجع الفصل 53 وما بعده من م.ح.ع. وانظر محمد كمال شرف الدين، دروس في القانون المدني، الجزء الثاني، الأموال، المذكور أعلاه، ص 85 إلى 89). وانظر خاصة حول هذه المسألة تحليل Eugène GAUDEMÉT, Théorie générale des obligations, publié par H. DESBOIS et J. GAUDEMÉT, Sirey 1965, (réimpression de l'édition publiée en 1937), pp. 162 et 163; v° aussi, Michèle MULLER, L'acquéreur de bonne foi d'un meuble. Vers un nouvel équilibre entre ses droits et ceux du propriétaire injustement dépouillé, Rev. trim. dr. civ. 1989, p. 697.

### ٤ - الحالات التي يقتضي فيها القانون بقاء آثار العقد الباطل

300 - تدخل المشرع في عدة حالات ليحدّ من آثار البطلان وذلك إما مراعاة لمصالح من تعاقد عن حسن نية (I)، أو لفائدة قاصري الأهلية (II)، أو دفاعاً عن الغير الذي تضرر من العقد الباطل (III).

#### I - حالة المتعاقد حسن النية

301 - اهتمّ المشرع في هذه الصورة بوضع «الحاائز بشبهة»، وهو الذي حاز مال غيره بموجب عقد باطل (هبة - شراء...) وهو ليس عالماً وقت إبرامه بالفساد الذي يعتريه (الفصل 44 فقرة 3 من م.ح.ع.)، فيفعى القانون من أجل ذلك من رد الغلة «إلا ما كان موجوداً منها وقت القيام عليه من مستحقتها وما حصل له منها من ذلك التاريخ» (الفصل 44 فقرة أولى من م.ح.ع.). وفي هذا إستثناء واضح لما تستوجبه قواعد الرجعية المطلقة. وقد أراد به المشرع عدم إثقال كاهل من تصرف في الشيء بصفة مالك عن حسن نية (٤). ولا يمتدّ مفعول هذا الإستثناء إلى الغاصب الذي عليه «أن يردد عين ما غصبه مع جميع ما حصل عليه من الغلة أو ما كان يمكنه أن يحصل عليه لو أدار المقصوب بالوجه المعتمد وذلك منذ وضع يده على الشيء...» (الفصل 42 من م.ح.ع.).

#### II - حالة قاصري الأهلية

302 - لا ينسحب المفعول الرجعي للبطلان بصفة مطلقة على قاصر الأهلية إذا تعاقد مع الرشيد ثم تحصل على حكم يقضي ببطلان ذلك العقد. وينصّ الفصل 13 من م.أ.ع. في هذا المخصوص على أنّ القاصر لا يكون ملزماً في هذه الصورة إلا بقدر ما انتفع به من جراء العقد الباطل. والمنسعة المذكورة تعتبر حاصلة إذا أنفق القاصر المال الذي أخذه في مصاريف لازمة أو نافعة أو كان موجوداً عنده (٥).

(٤) يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n° 332.

(٥) يراجع في خصوص تطبيق هذه القاعدة في فقه القضاء الفرنسي : WEILL et TERRE, op. cit., n° 333.

الالتزامات الملتحقة بالإلتزام الأصلي الباطل التي يقتضي نوع هذا الإلتزام بقاءها بما يجوز معه اعتبار عقد الشركة قائما في حدود وإلى أن تنتهي أعمال التصفية، وهو الحال المعروف به قانونا في صورة حل الشركة<sup>(15)</sup>، والذي يمكن اعتماده في صورة بطلانها بالرجوع إلى أحكام الفصل 326 فقرة أولى من م.أ.ع.

### § 3 - المسؤولية المدنية الناجمة عن بطلان العقد

305 - تتنوع الأضرار التي يمكن أن تترتب على بطلان العقد. وتمثل بالنسبة للمدعي إما في تفويت فرصة إبرام صفقة مماثلة للصفقة الباطلة بشروط أرقى، أو في المصارييف التي قد يكون أقدم عليها بدون جدوى لأعداد الدراسات التي يحتم نوع الصفقة الباطلة القيام بها قبل إبرامها. ولا يمكن المطالبة بجبر هاته الأضرار إلا إذا ثبت خطأ «المعاقد» المدعى عليه. ويتمثل هذا الخطأ حسب الفقه السائد في حمل الطرف المتضرر على التعاقد مع سابق العلم بالخلل الذي يتعري صحة العقد، وتعتبرأغلبية الشرائح أن المسؤولية الناجمة عن بطلان العقد تقصيرية وليس عقدية<sup>(16)</sup>.

### الفرع الثاني : البطلان الجزئي

306 - يعتبر البطلان جزئيا إذا اقتصر على بعض أجزاء العقد دون أن يمتد إلى كامله وهي صورة انتقاص العقد<sup>(2)</sup>. كما يمتد جزئيا أيضا البطلان الذي يصيب الإلتزام التابع دون أن يمس بالإلتزام الأصلي<sup>(18)</sup>.

من المجلة التجارية أنه لا يجوز للشركاء - سواء تعلق الأمر بشركة خفية الاسم أو شركة محدودة المسؤلية - الإبrogاج ببطلان الشركة على غيرهم.

### § 2 - الحالات التي يقتضي فيها نوع الإلتزام بقاء آثار العقد الباطل

304 - تتعلق هذه الحالات أساسا بالعقود الزمنية التي تقضي المحاكم ببطلانها بعد تنفيذها على امتداد مدة زمنية طويلة. ويقر الجميع<sup>(11)</sup> باستحالة محظوظ تفويته من هذه العقود أو الرجوع فيه. وبالإضافة إلى عقد الكراء الذي سبقت الإشارة إليه<sup>(12)</sup>، يركز الشرائح في هذا المجال على عقد الشغل والشركة، ملاحظين بالنسبة للأول أنه لا بد أن يتال الأجر مقابل الخدمات التي أدامها مؤجره وأنه لا يحق لهذا الأخير أن يحتج بطلان عقد الشغل وبقاعدة الرجعية لتفصي من أداء مقابل ما انتفع به. كما لا تقل الرجعية المطلقة بما تفترضه من محظوظ للماضي بالنسبة لشركة سبق لها أن نشطت وأن تعاملت مع الغير فترة زمنية معينة. فعلاوة على ضرورة مراعاة حقوق الغير التي تكفل المشرع بضمانتها على النحو الذي بتناه<sup>(13)</sup>، فلا بد أيضا من تصفية هذه الشركة ومن توزيع المرابيع أو تحديد نسبة الخسائر وقسمتها بين الشركاء. وما من شك في أن القاضي لن يجد سندًا موضوعياً وعادلاً لإثبات هذه العملية أحسن من عقد الشركة الباطل. بل لعله قد يعتذر بدون هاته الوثيقة تحديد نسبة الأموال والحقوقrajue للك شريك بموجب التصفية. على أنه يبدو من الممكن للمحاكم أن تعتمد عقد الشركة الباطل في مثل هاته الصورة بدون أي حرج إذا ما تبنت نظرية البطلان الجزئي واعتبرت، استنادا إلى أحكام الفصل 326 في فقرته الأولى من م.أ.ع.<sup>(14)</sup>، أن أعمال التصفية الضرورية هي من

(11) يراجع مثلا : WEILL et TERRE, op. cit., n° 331; CH. LARROUMET, op. cit., n° 577; J. GHESTIN, op. cit., n° 922 et s.; FLOUR et AUBERT, par J.L. AUBERT, op. cit., n° 361. Vº aussi, Imed ARIBI, Notion et rôle de la résiliation en droit privé interne, thèse dactyl., Grenoble, 1995, p. 231 et s.

(12) يراجع العدد 298 أعلاه.

(13) يراجع العدد 303 أعلاه.

(14) يراجع العدد 299 أعلاه.

(15) الفصول 1332 وما بعده من م.أ.ع.. ، وخاصة منها الفصل 1334.

(16) يراجع في خصوص التطور النظري الذي مرت به مسألة طبيعة المسؤولية التي تتجزأ عن البطلان في القانونين الفرنسي والألماني Eugène GAUDEMEN, Théorie générale des obligations, : publié par H. DESBOIS et J. GAUDEMEN, op. cit., pp. 194 à 199; vº aussi, WEILL et TERRE, op. cit., n° 340, et Alain PIEDELIEVRE, Quelques réflexions sur la maxime "Quod nullum est, producit effectum" in Mélanges VOIRIN, pp. 643 et 644; Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, Nullité, restitutions et responsabilité, thèse dactyl., Paris I, 1989.

## I - تحليل مفهوم «بطلان بعض الالتزام»

309 - يمكن ضبط مفهوم «بطلان بعض الالتزام» بالرجوع إلى الفقه الألماني، فيرى الفقيه STAUDINGER<sup>(19)</sup> بالخصوص أنه يجب تحديد هذا المفهوم «من وجة نظر عملية واقتصادية». ويلاحظ هذا الكاتب أنّ فقه القضاء الألماني قد عرفه من هذا النطلق «بأنه جملة المقتضيات التي يمكن للالتزام أن يبقى قائماً بعد حذفها منه بوصفه التزاماً مستقلاً»<sup>(20)</sup> بما يجوز معه القول أنّ البطلان يعدّ جزئياً على معنى الفصلين 139 ألماني و327 تونسي كلّما أمكن لجزء الالتزام الذي لم يعتره الخلل الموجب لبطلان بعضه الآخر أن يكون له وجود ذاتي<sup>(21)</sup>.

310 - وقد أعطى هذا المفهوم الموسّع لعبارة «بطلان بعض الالتزام» بعدها كثيراً لأحكام الفصل 139 من المجلة المدنية الألمانية. وترتّب عليه تعدد صور البطلان الجزئي في القانون الوضعي الألماني. فبالإضافة إلى حالة قيام الالتزام الأصلي في صورة بطلان الالتزام التابع التي أفردتها المشرع التونسي كما رأينا بالحكم الوارد بالفقرة 2 من الفصل 326، يشمل نطاق الفصل 139 من القانون المدني الألماني عدة حالات أخرى تذكر منها حالة العقد المتعدد الأطراف الذي لا يبطل بصفة كلية إذا بطل في حق أحد أطرافه، إنما يبقى قائماً في حق البقية. كما ينسحب البطلان الجزئي على العقود المختلطة التي تجمع بين عدة عقود يمتزج بعضها بالبعض الآخر في كتب واحد<sup>(22)</sup>. وقد استقرّ الفقه وفقه القضاء الألماني على أنّ بطلان بعضها لا ينجرّ عنه بالضرورة بطلان البقية<sup>(23)</sup>. ويعتبر شقّ هامٍ من الفقه ومن القضاء الألماني أنه من الجائز أيضاً الإستناد إلى

(19) يراجع : J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, § 139, n° 5, cité par Philippe SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1969, n° 342 et 343.

(20) انظر المرجع أعلاه.

(21) يراجع : Philippe SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, op. cit., n° 343, p. 419.

(22) يراجع العدد 80 أعلاه.

(23) يراجع : PH. SIMLER, op. cit., n° 344.

## § 1 - قيام الأصل في صورة بطلان التابع

307 - تنص الفقرة الثانية من الفصل 326 من م.أ.ع. على أنّ «بطلان الالتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الأصل». والإلتزام التابع هو عنصر من عناصر العقد التي لا يكون لوجودها أو عدم وجودها تأثير على صحته<sup>(24)</sup>. من ذلك الشرط الجزائي أو شرط التحكيم أو الشرط الفسخي<sup>(25)</sup>. ويمكن أن نعتبر انتلاقاً من هذا التعريف للالتزام التابع أنّ المشرع أراد من خلال الحكم الوارد بالفقرة 2 من الفصل 326 م.أ.ع. أن يضع قرينة قانونية مفادها أنّ وجود التزام تابع بعد عقد من العقود ليس حاسماً في انعقاده وبالتالي فإنّ زواله بسبب البطلان يبقى بدون تأثير على صحة ذلك العقد. وهو أمر لا يفترضه القانون بل يبقى واجب الإثبات في صورة انتقاص العقد.

## § 2 - إنتقاص العقد

308 - ينص على صورة انتقاص العقد الفصل 327 من م.أ.ع. الذي ورد به أنّ «بطلان بعض الالتزام يبطل جميعه إلا إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل فيستمرّ بصورة عقد خاص». ويرجع أصل هذه القاعدة إلى الفصل 139 من المجلة الألمانية. ويطلب فهمها تحديد معنى «بطلان بعض الالتزام» (I) ثمّ بيان شروط قيام العقد منتصحاً (II).

(17) يراجع في خصوص مفهوم الالتزام التابع : Philippe SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, op. cit., n° 34.

(18) ولا بدّ من التساؤل في هذا الفسمار حول مآل الالتزام التابع في صورة بطلان الالتزام الأصلي. إنّ احترام إرادة الطرفين يفرض مبدئياً تطبيق القاعدة التي تقضي بانحساب البطلان على كامل العقد بجميع شروطه. على أنّ فقه القضاء بفرنسا قضى بذلك في بعض حالات ثانية تعود إلى خصوصية نوع الالتزام التابع. فلابغي على الالتزام التابع بعد إبطال الالتزام الأصلي. من ذلك عدم إبطال للشرط التحكيمي المرجع بعد باطل استناداً إلى ذاتية هذا الشرط بالنسبة للعقد الأصلي الباطل، وكذلك التصرّف بصفحة قرار الرجوع في وصية أولى وقع التنصيص عليه ضمن وصية ثانية باطلة. يراجع في خصوص هذه المسائل :

Philippe SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, op. cit., n° 59 et 60; Frédéric-Edouard KLEIN, *Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international*, Rev. crit. D.I.P. 1961, p. 579; v° aussi, la chronique de Motulsky au J.C.P. 1954, n° 1194, et cass. fr. civ., 7 mai 1963, D. 1963 p. 545, note Robert; v° également, J. GHESTIN, *Traité de droit civil, obligations*, op. cit., 1, n° 893, et les références citées sous ce numéro).

السليم عن جزئه الفاسد كالبيع بثمن جميـ واحد لعدة أشياء. حيث لا يمكن أن يستمرـ قيام مثل هذا العقد متৎضاـ في صورة بطلان بعضـه فيما يتعلـ بأحد الأشيـ المبـاعة نظـرا لاستـحـالة فـرـز ثـمن الـبيـع الـباطـل عن ثـمن بـقـية الـبيـعـات<sup>(23)</sup>. ومن الأسبـاب المـوضـوعـية التي يتـعـذرـ معـها أـيـضا قـيـام الـعـقد متـتـضاـ، تـنصـيصـ القـانـونـ فيـ حالـاتـ مـعـيـنةـ عـلـىـ ضـرـورـةـ اـنـسـاحـابـ الـبـطـلـانـ عـلـىـ كـاـمـلـ الـعـقـدـ<sup>(24)</sup>. منـ ذـلـكـ ماـ نـصـ عـلـىـ 1475ـ مـ.ـاـ.ـعـ.ـ فـيـ خـصـوصـ بـطـلـانـ عـقـدـ الـصـلـحـ حيثـ وـرـدـ فـيـ صـرـاحـةـ أـنـ «ـالـصـلـحـ لـاـ يـقـبـلـ التـجـزـةـ».ـ بـطـلـانـ جـزـءـ مـنـهـ أوـ فـسـخـهـ يـتـرـتبـ عـلـيـ بـطـلـانـ جـمـيعـ الـصـلـحـ أـوـ فـسـخـهـ».

313 - وتعـذرـ التـجـزـةـ منـ نـاحـيـةـ أـخـرـىـ لـأـسـبـابـ ذـاتـيـةـ.ـ ويـجـمـعـ الشـرـاحـ فيـ هـذـاـ الـخـصـوصـ عـلـىـ أـنـ الـفـصـلـ 139ـ مـنـ الـمـجـلـةـ الـمـدـنـيـةـ الـأـمـلـانـيـةـ وـنـظـيرـهـ الـفـصـلـ 327ـ مـ.ـاـ.ـعـ.ـ يـقـومـانـ عـلـىـ قـرـيـنةـ عـدـمـ تـجـزـةـ الـعـقـدـ<sup>(25)</sup>.ـ فـالـمـفـرـضـ قـانـونـاـ أـنـ إـرـادـةـ الـطـرـفـنـ وـجـهـتـ لـتـحـقـيقـ كـاـمـلـ الـعـقـدـ لـاـ جـزـءـ مـنـهـ.ـ لـذـلـكـ إـنـ «ـبـطـلـانـ بـعـضـ الـإـلـتـزـامـ يـبـطـلـ جـمـيعـهـ».ـ وـلـاـ يـكـونـ الـأـمـرـ عـلـىـ خـلـافـهـ إـلـاـ إـذـ أـثـبـتـ الـطـرـفـ الـذـيـ يـتـمـسـكـ بـطـلـانـ الـجـزـئـيـ،ـ أـيـ بـقـيـامـ الـعـقدـ متـتـضاـ،ـ بـأـنـ مـعـاـقـدـهـ مـاـ كـانـ لـيـرـفـضـ إـبـرـامـ الـعـقـدـ بـدـوـنـ جـزـءـ الـبـاطـلـ لـوـ عـلـمـ وـقـتـ الـتـعـاـقـدـ بـوـجـودـ سـبـبـ بـطـلـانـهـ الـجـزـئـيـ.ـ وـإـذـ يـرـكـزـ الشـرـاحـ عـلـىـ أـنـ الـحـكـمـ بـقـيـامـ الـعـقدـ متـتـضاـ مـنـ عـدـمـهـ يـخـضـعـ فـيـ النـهـاـيـةـ إـلـىـ تـقـدـيرـ الـقـاضـيـ الـذـيـ يـعـتـبـرـ فـيـ ذـلـكـ ظـرـوفـ الـأـحـوالـ وـمـدـىـ حـسـنـ نـيـةـ الـطـرـفـ الـذـيـ يـطـلـبـ بـطـلـانـ الـجـزـئـيـ<sup>(26)</sup>،ـ فـإـنـهـ يـقـرـؤـنـ مـعـ ذـلـكـ بـالـدـوـرـ الـأـسـاسـيـ الـذـيـ يـلـعـبـ تـحـلـيلـ إـرـادـةـ الـأـطـرـافـ فـيـ الـوـصـولـ إـلـىـ تـحـدـيدـ نـطـاقـ الـبـطـلـانـ.ـ وـتـنـجـهـ الـمـلـاـحـظـةـ فـيـ هـذـاـ الـخـصـوصـ أـنـ نـظـرـيـةـ الـبـطـلـانـ الـجـزـئـيـ تـقـومـ فـيـ فـرـنـسـاـ عـلـىـ نـفـسـ الـأـسـاسـ<sup>(27)</sup>.ـ بـقـيـ أـنـهـ يـجـبـ أـنـ لـاـ نـتـسـيـ أـنـ قـيـامـ الـعـقدـ متـتـضاـ يـهـدـفـ فـيـ نـظـرـ الـمـشـرـعـ إـلـىـ إـنـقـاذـ الـعـقـودـ مـنـ الـبـطـلـانـ بـاـ يـضـمـنـ الـإـسـتـقـرارـ

J. GHESTIN, *Traité*, op. cit., n° 884, et PH. SIMLER, op. cit., n° 353. (29) يـرـاجـعـ :

PH. SIMLER, op. cit., n° 354. (30) يـرـاجـعـ :

PH. SIMLER, op. cit., n° 348. (31) يـرـاجـعـ :

(32) حولـ اـشـتـرـاطـ حـسـنـ نـيـةـ الـطـرـفـ الـذـيـ يـتـمـسـكـ بـطـلـانـ الـجـزـئـيـ يـرـاجـعـ : PH. SIMLER (عدد 358)

الـذـيـ يـرـكـزـ هـنـاـ عـلـىـ الـمـصـدـرـ الـفـقـهيـ لـهـذـاـ الشـرـطـ الـذـيـ لـمـ يـتـضـمـنـهـ الـفـصـلـ 139ـ الـأـمـلـانـيـ (327ـ مـ.ـاـ.ـعـ.).ـ

J. GHESTIN, *Traité*, op. cit., n° 885 et 897. (33) يـرـاجـعـ :

أـحكـامـ الفـصـلـ 139ـ لـتـعـديـلـ الـإـلـتـزـامـ الـمـغـالـيـ فـيـ بـنـسـةـ مـازـادـ عـنـ قـيـمـتـهـ الـحـقـيقـيـةـ بـحـيـثـ لـاـ يـبـطـلـ مـنـ الـإـلـتـزـامـ إـلـاـ بـعـضـهـ كـمـاـ يـسـمـعـ بـهـ نـظـامـ الـبـطـلـانـ الـجـزـئـيـ الـوارـدـ بالـفـصـلـ 139<sup>(28)</sup>.ـ إـنـ أـحكـامـ الـبـنـنـ الـتـيـ تـمـنـعـ كـمـاـ رـأـيـناـ مـجاـزاـةـ الـإـنـدـادـ الـجـزـئـيـ لـلـسـبـبـ بـطـلـانـ الـجـزـئـيـ لـلـإـلـتـزـامـ تـحـوـلـ طـبـعاـ<sup>(29)</sup> دونـ اـعـتـمـادـ الـفـصـلـ 327ـ مـ.ـاـ.ـعـ.ـ لـتـكـرـيسـ هـذـاـ الـحـلـ الـعـادـلـ فـيـ الـقـانـونـ الـتـوـنـسـيـ.ـ عـلـىـ آنـ بـقـطـعـ النـظرـ عـنـ هـذـاـ الـحـالـةـ الـخـصـوصـيـةـ،ـ فـإـنـهـ يـبـقـيـ مـنـ الثـابـتـ بـوـجـهـ عـاـمـ أـنـ الـفـصـلـ 327ـ مـ.ـاـ.ـعـ.ـ لـمـ يـجـدـ حـظـهـ فـيـ الـتـطـيـقـ.ـ وـأـمـاـ تـأـكـدـ اـهـتمـامـ الـفـقـهـ الـحـدـيثـ الـمـاقـارـنـ بـنـظـريـةـ الـبـطـلـانـ الـجـزـئـيـ وـخـصـوصـاـ بـفـهـومـ اـنـتـقـاصـ الـعـقـدـ،ـ فـإـنـ الـأـمـرـ يـصـيرـ مـاـ يـؤـسـفـ لـهـ.ـ وـفـيـ ذـلـكـ اـعـتـبارـانـ.ـ أـوـلـاهـمـاـ أـنـ الـإـسـتـقـرارـ الـتـعـاـقـدـيـ يـسـتـوـجـبـ مـنـ وـجهـ نـظـرـ عـمـلـيـةـ وـاـقـصـادـيـةـ الـتـضـيـيقـ فـيـ تـطـيـقـ عـقـوبـةـ الـبـطـلـانـ وـالـسـحـدـيدـ فـيـ نـطـاقـهـ<sup>(30)</sup>،ـ وـثـانـيهـمـاـ أـنـ مـرـاعـةـ مـتـطـلـبـاتـ الـنـظـامـ الـعـامـ تـقـضـيـ أـحيـاناـ،ـ تـحـقـيقـاـ لـغاـيـةـ الـمـشـرـعـ،ـ تـسـلـيـطـ عـقـوبـةـ الـبـطـلـانـ عـلـىـ الشـرـطـ الـمـخـالـفـ لـأـحـكـامـهـ مـعـ الـإـيـقـاءـ عـلـىـ بـقـيـةـ الـعـقـدـ<sup>(31)</sup> ضـرـورـةـ أـنـ اـنـسـاحـابـ الـبـطـلـانـ عـلـىـ كـاـمـلـ الـعـقـدـ غالـباـ مـاـ يـحـمـيـ مـصالـحـ الـطـرـفـ الـمـسـفـيدـ مـنـ الشـرـطـ الـبـاطـلـ وـيـحـرـمـ فـيـ الـوقـتـ ذـاهـيـهـ مـعـاـقـدـهـ مـنـ فـوـائـدـ ذـلـكـ الـعـقـدـ.

## II - شـروـطـ قـيـامـ الـعـقـدـ مـنـتـضـقاـ

311 - يـفـهـمـ مـنـ صـرـيـحـ أـحـكـامـ الـفـصـلـ 327ـ أـنـ قـيـامـ الـعـقـدـ مـنـتـضـقاـ لـاـ يـجـوزـ «ـإـلـاـ إـذـ أـمـكـنـهـ الـقـيـامـ بـدـوـنـ جـزـءـ الـبـاطـلـ».ـ وـيـتـقـنـ الشـرـاحـ عـلـىـ أـنـ تـمـقـتـ هذهـ الـإـمـكـانـيـةـ يـبـقـيـ فـيـ جـمـيعـ الـأـحـوالـ رـهـينـ قـابـلـيـةـ الـعـقـدـ لـلـتـجـزـةـ.

312 - تـعـذرـ تـجـزـةـ الـعـقـدـ أـحـيـاناـ لـأـسـبـابـ مـوـضـوعـيـةـ.ـ مـنـ ذـلـكـ تـعـلـقـ الـخـلـلـ الـذـيـ يـعـتـرـيهـ بـرـكـنـ مـنـ أـرـكـانـهـ الـجـوـهـرـيـةـ<sup>(32)</sup> أوـ اـسـتـحـالـةـ الـفـصـلـ الـمـادـيـ بـلـجـيـهـ

(24) يـرـاجـعـ : PH. SIMLER, op. cit., n° 345 à 347.

(25) يـرـاجـعـ العـدـدـ 182ـ أـعـلاـهـ.

(26) يـرـاجـعـ : PH. SIMLER, op. cit., n° 348 et 390.

(27) يـرـاجـعـ : PH. SIMLER, op. cit., n° 339; J. GHESTIN, op. cit., n° 895.

(28) يـرـاجـعـ : J. GHESTIN, *Traité*, op. cit., n° 883.

الفسخ الفاصل للعلاقة إذا كانت المحكمة قد تولت تأويل العقد بما يرجع به إلى تتحقق المقصود منه فيصبح بذلك إلتزاما غير الذي اقتضاه ظاهر التحرير. وتحبri عليه القواعد المقررة لذلك الإلتزام كما اقتضى ذلك الفصل 328 من م.أ.ع.<sup>34</sup>. وقد تبني المشرع التونسي هذه النظرية أخذًا عن القوانين الألمانية والسويسرية والإيطالية<sup>(38)</sup>.

التعاقدي. كما أنه يعطي لعقوبة البطلان أكثر مرونة بما يوفر لها المزيد من النجاعة في حماية النظام العام<sup>(34)</sup>. وهو ما يفسر اعتمادها في القانون المقارن<sup>(35)</sup>.

### الفرع الثالث : تحول الإلتزام

314 - جاء بالفصل 328 من م.أ.ع. أنه «إذا بطل الإلتزام وكانت به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الإلتزام».

ويتبين من التأمل في أحكامه أنه يفترض حالة يكون فيها الإلتزام المتفق عليه باطلًا بصفته تلك، ولكنه صحيح بعنوان التزام آخر. فبدل أن يسقط ما اتفق عليه الطرفان بسبب بطلان العقد الذي أبرمهان للغرض، يتحوّل إلى عقد آخر، وهو العقد الذي توافرت عناصره، متى تبين أن هذا العقد يرمي إلى نفس الهدف الذي حمل الطرفين على إبرام العقد الباطل. ومثال ذلك تحول الكمية الباطلة بسبب عدم توفر شروطها الشكلية إلى سند إذني، أو إلى اعتراف بدين. ويمكن بناء على هذا التعريف وعلى المثال المرافق له أن نعتبر أن تحول العقد هو عبارة عن تغيير في وصف العقد من شأنه أن يرتب له جميع آثاره بالرغم من البطلان الذي لحقه عندما كان على وصفه الأصلي<sup>(36)</sup>. وهو التحليل الذي اعتمدته محكمة التعقيب<sup>(37)</sup> لما قضت «أن البطلان لا يقتضي

(34) يراجع : J. GHESTIN, *Traité*, op. cit., n° 880.

(35) بشكل البطلان المجزئي المبدأ في القانون السويسري : يراجع الفصل 20، الفقرة الثانية من مجلة الازمات السويسرية التي تنص على ما يلي :

"Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces dernières sont seules frappées de nullité à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles". V° sur le droit suisse, PH. SIMLER, op. cit., n° 361 et s.

(36) يراجع PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, op. cit., n° 13; WEILL et TERRE, *Obligations*, op. cit., n° 328; J. GHESTIN, *Traité*, op. cit., n° 873; Alain PIEDELIEVRE, *Quelques réflexions sur la maxime "Quod nullum est, nullum producit effectum"* in *Mélanges VOIRIN*, 1967, pp. 639 et s., spéc. pp. 646 et 647; J. FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, *Etudes Ripert*, II, p. 93.

(37) يراجع القرار التعقيبي عدد 6557، المؤرخ في 25 مارس 1955، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص . 154

(38) انظر في خصوص هذه التشريع : TANDOGAN, *La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats*, thèse, Lausanne, 1952, pp. 111 et s.

البَابُ الثَّانِي  
أَثَارُ الْعَقْدِ

## العنوان الأول

# آثار العقد من حيث الموضوع

316 - إذا نشأ العقد صحيحاً تكون له قوّة ملزمة لطرفيه تجعله شبّهها من هاته الناحية بالقانون (الفصل الأول). وحتى تكون لإلزامية العقد جدوى، اهتمّ المشرع بصور عدم الوفاء بالعقود ونظم جزاءها (الفصل الثاني).

315 - تمثل آثار العقد في إنشاء التزامات. فإذا تكون العقد وتواترت جميع شروط صحته وجب على التعاقددين تنفيذ ما تضمنه من التزامات. على أنّ هذه الآثار لا تنسحب مبدئياً على غير التعاقددين وهو ما يجب البحث فيه وبيانه من خلال دراسة آثار العقد من حيث الموضوع (العنوان الأول) ثمّ من حيث الأشخاص (العنوان الثاني).

الفَضْلُ أَلَّا تُؤْلِمُ  
الْفَرَةَ الْمَازِمَةَ لِلْعَقْدِ

## أ - واجب الوفاء

321 - يعني وضع العقد في مقام القانون بالنسبة لطرفه أن كل طرف مطالب بالإستجابة إلى العقد الذي يربطه بعاقده بمثيل ما هو ملزم بالإستجابة إلى سلطة القانون<sup>(1)</sup>. وإذا كان لا بد في هذا الخصوص من مراعاة القوانين الأمرة وخاصة منها تلك المتعلقة بالنظام العام التي لا ينزع أحد في تفوقها على مجرد الإلتزامات العقدية، فإن قاعدة الفصل 242 م.ا.ع. تكتسي في غير هذه الحالات طابعا عاماً ومطلقا<sup>(2)</sup> يحتم على القاضي المتهدّه السهر على أن تتفّذ جميع الإلتزامات الناشئة عن العقود مما كانت شدتها. من ذلك أن الشرط الجزائي التّقيلي - كضرب غرامة يومية عند تأخّر المدين عن الوفاء -

يلزم هذا الأخير عملا بأحكام الفصل 242 م.ا.ع. دون اعتبار مدى قساوته<sup>(3)</sup> وكذلك الحال بالنسبة للشرط القاضي بفسخ عقد التسویغ في صورة تغيير المكّرى بدون رخصة كتابية من المالك. وقد أكدت محكمة التّعقيب<sup>(4)</sup> على حتمية العمل بهذا الشرط مبيّنة أن مخالفته بعلة أن التحويل الذي أدخله المكّري

(1) يراجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1135; WEILL et TERRE, op. cit., n° 346.

(2) وهو ما أكدته محكمة التّعقيب (قرار عدد 3550، مورخ في 4 مارس 1941، ق.ت. 1960، عدد 9 و 10، ص 152) بمقولة «أنه على مقتضى الفصل 242 من المجلة المدنية ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين». وأن هذه القاعدة عامة ومطلقة كان يلتزم المكّرى بإجراء جميع الإصلاحات التي تلزم المحل دون المالك». وانظر في نفس المعنى القرار التعقيبي المدني عدد 17957 المورخ في 5 مارس 1991، ن.م.ت. 249.

(3) انظر : قرار مدني استئنافي، تونس، عدد 57407، مورخ في 10 فيفري 1965، ق.ت. 1965، عدد 6، ص 88 والحكم الإبتدائي الصادر عن محكمة المهدية في 19 نوفمبر 1962، تحت عدد 232، ق.ت. 1963، عدد 7، ص 74، ولكن راجع حول تطورات فقه القضاء في هذا المجال العدد 387 أسفه، وما بعده.

(4) يراجع قرار تعقيبي مدني عدد 9640، مورخ في 10 ماي 1984، ن.م.ت. 1984، ج II، ص 339. وانظر أيضاً : قرار تعقيبي مدني عدد 133، مورخ في 9 ديسمبر 1976، ن.م.ت. 1976، ج III، ص 171. وقد قضى فيه أنه في صورة اشتراط الطرفين أن عدم وفاء أحدهما بما التزم به يتجرّع عنه فسخ العقد، فإن الفسخ يتحقق بمجرد وقوع مخالفة الشرط. ويراجع أيضاً تطبيقاً للفصل 242 : قرار تعقيبي مدني عدد 6948، مورخ في 17 مارس 1983، ن.م.ت. 1983، ج I، ص 209، وانظر كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 10463، المورخ في 3 ديسمبر 1984، (ن.م.ت. 1984، ج II، ص 314) الذي ورد به أنه إذا اضطجع من تصفّح عقد القرض التزام المدين باداء الدين في تاريخه أصلاً وفائضاً إلى تمام الوفاء فإن «عدم القضاء من طرف محكمة الحكم المتقدّد في شأن الفرع المتعلق بالفائض من فروع الدّعوى» يعتبر خرقاً لما تعاقد عليه الطرفان ووفقاً بالكتابية.

317 - ينص على القوة الملزمة للعقد الفصل 242 من م.ا.ع. الذي جاء به أن «ما انعقد على الوجه الصحيح بقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضاهما أو في الصور المقررة في القانون». وتتفيد هذه القاعدة ضرورة الوفاء بالعهد بما يعطيها بعداً أخلاقياً ثابتاً. على أن الفقه ينسب لها من ناحية أخرى أساساً إقتصادياً واجتماعياً لا يمكن المنازعة في جديته طالما أن التّفقة في التعامل والإتجار تبقى أساس الحياة الإقتصادية والإجتماعية السليمة. وما يدعم أيضاً قاعدة إلزامية العقود وبررها حسب دعوة النظرية التقليدية، كونها تبدو نتيجة طبيعية و مباشرة لمبدأ سلطان الإرادة الذي تقوم عليه في اعتقادهم نظرية العقد .

على أن التأمل في القانون الوضعي سوف يبيّن لنا أن العوامل الموضوعية التي تفرضها المصلحة الإقتصادية والإجتماعية كثيراً ما تنسحب المجال للقانون للتقليل من حدة القوة الملزمة للعقد، بما يضعف دور الإرادة في تحديد آثار العقد من حيث الموضع خاصة أن للقانون والعرف والإنصاف - فضلاً عن الإرادة - دوراً هاماً في تحديد محتوى العقد الملزم. وهو ما ستحاول بيانه من خلال دراسة مبدأ القوة الملزمة للعقد (الفرع الأول) ثم نطاقها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول : مبدأ القوة الملزمة للعقد

318 - يسحب مبدأ القوة الملزمة للعقد على الأطراف المتعاقدة<sup>(1)</sup> كما ينسحب على القاضي<sup>(2)</sup>.

### § 1 - إلزامية العقد فيما بين الأطراف

319 - تخصّ مقتضيات الفصل 242 م.ا.ع. الأطراف المتعاقدة بالدرجة الأولى. وتقتضي ضرورة الوفاء بالإلتزام الناشئ عن العقد(I)، كما تعني استحالة نقض العقد دون رضاء طرفه أو ترخيص من القانون (II).

#### I - الوفاء بالإلتزام

320 - الوفاء بالإلتزام واجب قانوني<sup>(1)</sup> يشترط من كلّ متعاقد أن يؤديه «مع تمام الأمانة» (ب).

323 - وإذ يتبيّن من مراجعة العديد من أحكام مجلة الالتزامات والعقود وغيرها من بعض القوانين الخاصة الأخرى<sup>(10)</sup> أن مبدأ حسن النية في المعاملات يمكن أيضا اعتباره من التوابت الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقد في نظر المشرع بتونس، فإن هذا المبدأ لم يلق مع ذلك بعد الحقيقي الذي يستحقه في التطبيق. وقل ما نعثر على قرارات تجاري بالفسخ أو بالغرامة عدم الوفاء بالالتزامات بأمانة وفقا لما يفرضه صريح أحكام الفصل 243 من م.أ.ع. وقد يعزى هذا التقص إلى التصور الذاتي للعقد الذي يسود فقه القضاء ببلادنا<sup>(11)</sup>. وهو تصور ينطلق من مبدأ سلطان الإرادة فيؤدي إلى تقديس مبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك إلى درجة حظر كل ما قد يخشى منه أن يعطي للقاضي سلطة تقديرية في تحديد نطاق الإرادة المشتركة للأطراف.

وما من شك في أن هذا الاحتراز قد يبدو في غير طريقه إذا اعتبرنا - وهو الرأي السائد اليوم<sup>(12)</sup> - أن البحث في مدى تنفيذ العقد «مع تمام الأمانة» ليس تحديد نطاقه، سواء كان ذلك بالتوسيع فيه أو التضييق، إنما النظر أساسا في مسألة مجازة انعدام التزاهة - 1 - وما تفترضه قواعد التعايش والتعاون - 2 - بين طرفيه أثناء تنفيذه .

#### 1) واجب التزاهة<sup>(13)</sup>

324 - يقصد بالتزاهة هنا تنفيذ الالتزام بإخلاص وبصفة تكمن من تحقيق الهدف الذي يرمي إليه العقد. وهو أمر يفرض تجنب التغیر وجميع أنواع

على وجهة محل أملته عليه ضرورة العمل ولا يضر بالمكرى يعرض الحكم المطعون فيه للنقض لعدم مراعاته لأحكام الفصل 242 م.أ.ع.

والأصل في الوفاء بالالتزام أن يتم عينا . ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ بسبب عدم الوفاء إلا إذا أصبح التنفيذ مستحيلا<sup>(5)</sup>. وفي صورة تعذر الوفاء بسبب خارجي مثل القوة القاهرة فإن الدين يعفى منه تماما عملا بأحكام الفصل 282 من م.أ.ع.<sup>(6)</sup>.

#### ب - مبدأ الوفاء بأمانة<sup>(7)</sup>

322 - ينص الفصل 243 م.أ.ع. على ضرورة «الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة». وقد أورد القانون الفرنسي نفس القاعدة ضمن الفقرة الأخيرة من الفصل 1134 من مجلة المدينة الفرنسية الناخصة على أن «الإتفاقات تتقد عن حسن نية». على أن مبدأ حسن النية يعد في الحقيقة من القواعد الكلية المعمول بها في جميع النظم القانونية. وقد سبق ل SANTILLANA أن ذكر بأن «القانون الإسلامي الذي سوى بين الناس جميعا يرتكز على حسن النية...» مستشهادا خاصة بما ورد عن خليل من أنه « علينا أن تكون نزهاء مع من وضع ثقته في زراحتنا وأن لا نخون من خاننا»<sup>(8)</sup>. ولما كان ضمان الثقة في المعاملات من أهم الأسس التي ينبغي عليها التشريع في مادة العقود بألمانيا، فلا يعد أمرا غريبا استناد فقه القضاء بهذه البلاد على مبدأ حسن النية الوارد بالفصلين 157 و 242 من مجلة المدينة الألمانية للسماح بالمراجعة القضائية للعقود في صورة تغير مفاجئ للظروف الاقتصادية<sup>(9)</sup>.

(5) يراجع العدد 397 أسله؛ وانظر أيضا : WEILL et TERRE, op. cit., n° 350.

(6) يراجع العددان 369 و 402 أسله .

(7) يراجع : Robert VOUIN, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, thèse. Bordeaux 1939; F. GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, thèse. Paris, 1928; G. LYON-CAEN, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, Rev. trim. dr. civ. 1946, pp. 75 et s.; A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse, NICE, 1977.

(8) يراجع : SANTILLANA, تقديم المشروع الأول لمجلة المدينة والتجارة التونسية، منتشر باللغة العربية ضمن «مجلة الالتزامات والعقود التونسية» مجلدة و沐لقا على فصولها بأحكام القضاء، الطبعة الثانية، تونس 1982، ص 14 (جمع ونشر محمود ابن الشيخ).

(9) يراجع العدد 333 أسله .

(10) يراجع في هذا الخصوص العددان 329 و 334 أسله. وانظر الفصول 7 و 8 و 18 من مجلة التأمين.

(11) يراجع العدد 49 أعلاه . ولكن انظر القرار الهمام والجريء الصادر عن الدائرة المدنية لمحكمة التعيق في 20 جوان 1994 تحت عدد 31607 (ن.م.ت. 1994 ، ص 456).

(12) يراجع WEILL et TERRE, op. cit., n° 355 à 357; PH. MALAURIE et L. AYNES, *les obligations*, op. cit., n° 614 - 634; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1140 à 1146.

ولكن يراجع في الاتجاه المعاكس : FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 374; MARTY et

RAYNAUD, II, 1er vol, op. cit., n° 222.

(13) يراجع : Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1989, préf. G. COUTURIER.

المقارنة من مبالغة<sup>(20)</sup>. ولكنها مع ذلك تعكس واقعاً قانونياً لا يمكن تجاهله. ذلك أنَّ واجب التعاون هو بوجه عامٍ تيسير تنفيذ العقد في الحدود التي تملِّها قواعد حسن النية<sup>(21)</sup> على أحد الطرفين أو على كليهما. وقد أقرَّتْ هذا الواجب العديد من النصوص القانونية المتعلقة ببعض العقود المسمَّاة في شكل واجب إرشاد وإعلام على كاهل أحد التعاقددين<sup>(22)</sup>. ومن ذلك ما ورد بالفصل 778 م.أ.ع. في مادة الكراء من أنَّ المستأجر ملزم «بأن يعلم حالاً المؤجر بجميع ما يحدث في العين المأجورة مما يلزم المؤجر مباشرته سواء كان ذلك للزوم ترميمات أكيدة أو لظهور عيب غير متوقع بها أو لوقوع تدَّعُّ عليها أو دعوى أقيمت في ملكيتها أو في حقِّ من حقوقها أو لحصول ضرر لها من الغير»، وإنما فإنَّ المستأجر يلزم بالخسارة<sup>(23)</sup>. كما ينص الفصل 1134 م.أ.ع. للغرض نفسه وفي مادة الوكالة أنه «على الوكيل إعلام موكله بجميع ما من شأنه أن يحمل الموكل على تأخيره عن الوكالة أو تغيير شروطها». وفي عقد التأمين يلزم الفصل 7 - 3 من مجلة التأمين الصادرة بموجب القانون عدد 24

(20) وقد أبدى المعبد CARBONNIER احتراماً واضحاً نحو جدية التعاون في تنفيذ العقد نظراً لتأييده مصالح الأطراف الذي لا يسمح في اعتقاده إلا «تعاون مضاد» كامن للنزاع والشقاوة. وقد كتب في هذا المعنى قائلاً :

"L'outrance peut perdre une idée juste. On s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en contrat, d'aucuns aient rêvé de transformer tout contrat en mariage... Qu'il puisse y avoir dans le contrat un contenu affectif, c'est ce dont témoignent... de nos jours... tant d'associations qui... vivent d'un élan des coeurs. Mais les contrats dont traite ordinairement le droit civil sont d'une pâte plus médiocre. Ce sont, selon l'expression de la psychologie sociale, des formes de coopération antagoniste..." (Droit civil, 4, Obligations, § 51, pp. 209 et 210).

(21) يراجع في خصوص هذا التعريف : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1144.

V. de JUGLART, L'obligation de renseignements dans les contrats, Rev. trim. dr. civ. 1945, pp. 1 et s.; ALISSE, L'obligation de renseignements dans les contrats, thèse, Paris, 1975; Raymond VAISSETTES, A propos de l'obligation de renseignements, Rev. loyers, 1989, p. 72; Muriel FABRE-MAGNAN, Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats, thèse, Paris I, 1991.; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 634 à 636.

(23) يراجع : قرار تعقيبي مدني عدد 7945، مورَّخ في 16 مارس 1972، ف.ت. 1973، عدد 5 و6، ص .67

العشَّ أثناء تنفيذ العقد<sup>(14)</sup>. ومن الأمثلة التقليدية التي يوردها الشَّراح في هذا المخصوص ما قضت به المحاكم الفرنسية من أنَّه يجب على المقاول إذا تعهد بإيصال أسلاك كهربائية إلى مكان معين أن ينجز هذه العملية من أقصر طريق ممكن<sup>(15)</sup>. أو أنَّه يجب على ناقل البضائع أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة لصاحبها<sup>(16)</sup>. وقد اعتبرت محكمة التعقيب من جهتها في قرار جريء وشاذٌ في نوعه<sup>(17)</sup>، أنَّ الأمانة في تنفيذ العقود تعدَّ معدومة من جانب الطرف الذي يطلب تنفيذ حكم يقضي بالوفاء بالالتزام ناشئٍ عن عقد يربطه بخصمه إذا تبيَّن أنَّ التنفيذ سوف يؤُول إلى اكتسابه الغنم على حساب هذا الأخير، إضافة إلى أنَّ سبب هذه الوضعية يرجع في الواقع إلى عاطلته في الوفاء بالتزامه<sup>(18)</sup>.

## 2 ) واجب التعاون

325 - يقول الحقوقي DEMOGUE<sup>(19)</sup> توضيحاً منه لفهوم واجب التعاون المحمول على الأطراف بموجب العقد : «إنَّ التعاقددين يشكّلون مجتمعاً صغيراً يتزمَّ فيه كلَّ فرد بالعمل لتحقيق هدف المجموعة. ويتمثل هذا الهدف في جملة الأهداف الخاصة التي يرمي إليها كلَّ فرد من أفراد هاته المجموعة. مثلما هو الأمر في الشركة المدنية أو التجارية». لا شكَّ فيما ترسم به هذه

B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1142; WEILL et TERRE, op. cit., n° 356.

(14) يراجع : قرار تعقيبي فرنسي : Req. 19 janvier 1925, D.H. 1925, p. 77.

(15) يراجع : قرار تعقيبي فرنسي : Civ. 28 novembre 1905, D.P. 1909-1-193, S. 1909-1-269

(16) يراجع : قرار تعقيبي مدني عدد 9221، مورَّخ في 19 ماي 1984، ن.م.ت. 1984، ج 1، ص .355

Ives PICOD, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, (18) J.C.P. 1988.I.3318; J. MESTRE, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 109; WEILL et TERRE, op. cit., n° 357; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1144.

(17) يراجع : قرار تعقيبي مدني n° 3 et s. : "Les contractants forment une sorte de microcosme; c'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale".

بمقولة «أن الاتفاقيات تلزم طرفيها كشريعة لها». ولا يمكن لأحدهما الإقدام بمفرده على إلغاء مقتضياتها والتخلّل من التزاماتها فيها طالما لم يقترن ذلك بموافقة معاقده». وفي قرار صادر عن الدوائر المختصة في 18 فبراير 1983<sup>(27)</sup> أكدت محكمة التعقب من جديد على هذا المبدأ بمقولة أن «عقد التسویغ يبقى ساري النعاذ عاماً بين الطرفين متوجهاً لكل آثاره التعاقدية والقانونية ما لم يطرأ عليه ما ينهي مفعوله أو يفسخه لا بالتراضي ولا بالتفاضي». واعتبرت نتيجة ذلك أن الحكم الإستعجالي القضائي ياخذ المسوغة من المكرى لعدم الوفاء بجزء من معين الکراء لا تفرض به العلاقة التسویغية التي تبقى على نفاذها ضرورة أن القضاء المستعجل لا ينظر في أصل النزاع وليس سوى وسيلة حماية وقائية لا تزال من العلاقة الموضوعية القائمة بين طرفى النزاع<sup>(28)</sup>.

على أن مبدأ استحالة التقضي الأحادي للعقود ليس مطلقاً إذ يستثنى من صريح أحكام الفصل 242 م.أ.ع. أن تقضي العقد لا يجوز فقط باتفاق طرفيه بل يبقى كذلك ممكناً في الصور المقررة في القانون. الأمر الذي يتوجه معه حصر استثناءات استحالة التقضي الأحادي (أ) قبل التعرض لمسألة التقضي الرضائي (ب).

### أ - إستثناءات إستحالة التقضي الأحادي

327 - يكون فسخ العقد من جانب واحد ممكناً إما بوجوب القانون (2) أو بترخيص مسبق من العقد (1).

#### 1 ) الفسخ الأحادي المرخص به عقدياً

328 - تعرّض الاتفاقيات أحياناً إلى إمكانية فسخها من جانب واحد في مدة معينة. ولا يعتبر وجود الالتزام موقعاً في هذه الصورة على مجرد رضاء

(27) قرار تعقيبي مدنى عدد 775، صادر عن الدوائر المختصة في 18 فبراير 1983، ن.م.ت. 1985، ج. 1، ص. 268.

(28) يراجع أيضاً القرار التعقيبي المدنى عدد 21229، المؤرخ في 20 جوان 1989، وقد اعتبرت فيه محكمة التعقب أن الشبه بالخروج لانتهاء المدة لا قيمة له قانوناً ولا يمكن أن ينال من علاقته الطرفين إذا صدر عن المسوغ بعد التجديد الفضلى للكراهة على التحرّم المبين بالفصل 793 م.أ.ع. لأنطوانه في مثل هذه الحالة على إنها، تلك العلاقة من جانب واحد وبدون أي سبب مشروع (ن.م.ت. 1989، ص 247).

لسنة 1992 المؤمن له «أن يصرّح بالظروف الجديدة التي تطرأ خلال سريان العقد» والتي ينجرّ عنها تفاقم في الخطر المؤمن منه. على أن الالتزام بالتعاون يتجاوز أحياناً واجب الإعلام والإرشاد ليشمل واجب حفظ حقوق التعاقد وصيانته مكاسبه. ومثال ذلك الفصل 1133 من م.أ.ع. الذي ينصّ في فقرته الثانية على أنه إذا أسرع الفساد في الأشياء التي تسلّمها الوكيل في حقّ موكله «قبل أن يتيسّر إعلام الموكل بذلك فعلى الوكيل بيعها على يد الحاكم بعد إثبات حالتها وإعلام موكله حالاً بكلّ ما يفعله».

إنّ أحكام الفصل 243 م.أ.ع. ، التي تنصّ بوجه عامّ على ضرورة الوفاء بالإلتزامات مع تمام الأمانة، تتضمّن كما سبق عرضه جملة هذه المعاني. لذلك قد يكون من المتّجاه أن تستند المحاكم إلى هذا النصّ لثبتّ وجود واجب التعاون في تنفيذ العقود في جميع الحالات التي يُفترض فيها إلى نصّ خاصّ علماً أنّ أداء هذا الواجب يعتبر أمراً حتمياً بالنسبة لبعض أنواع العقود الحديثة مثل عقود الإعلامية<sup>(24)</sup>.

### II - إستحالة التقضي الأحادي للعقد

326 - لا ينقض العقد حسب صريح أحكام الفصل 242 م.أ.ع. إلا برضاء طرفيه أو في الصور المقررة في القانون. وهذه القاعدة هي في الواقع نتيجة مباشرة للمبدأ القضائي بأنّ العقد هو شريعة الطرفين طالما أنّ ما تعيده إرادتان لا تخلّه إرادة واحدة<sup>(25)</sup>. وقد طبّقت محكمة التعقب هذه القاعدة في قرارها الصادر في 17 نوفمبر 1981<sup>(26)</sup> حيث قضت بأنه لا يحقّ للوكيل الذي تعهد بالشراء لموكله أن يتحلّل من هذا الإلتزام ويستند العقد لنفسه معللة حكمها

(24) براجـع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1146; MALAURIE et AYNES, op. cit., n° 635, note 58.

(25) براجـع DEMOGUE, Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, : Rev. trim. dr. civ. 1907, p. 245; B. HOUIN, La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques, thèse Paris, 1973; PH. SIMLER, L'article 1134 du code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée, J.C.P. 1971, 1, 2413.

(26) قرار تعقيبي مدنى عدد 4252، مؤرخ في 17 نوفمبر 1981 ، ق.ت. 1982 ، عدد 7 ، ص 102.

### ب - النقض الرضائي<sup>(37)</sup>

330 - يتم النقض الرضائي للعقود المشار له بالفصل 242 م.ا.ع. بوجوب حصول اتفاق جديد بين التعاقددين يقضي بنقض ما اتفقا عليه سابقا. ولا يترتب على النقض أي أثر رجعي وتنسحب قاعدة عدم الرجعية على العقود الزمنية . حيث ينجرّ على نقضها مجرد انفراطها قبل الآجال المحددة لها بالعقد ولكن دون أيّ أثر على الماضي . كما تنسحب عدم الرجعية أيضا على العقود الحينية . من ذلك أنّ النقض الرضائي لعقد بيع لا يترتب عليه قانونا محظ آثار البيع بالنسبة للماضي ، كما هو الحال في صورتي الفسخ والبطلان. الأمر الذي يستخلص منه أن عقد النقض لبيع سابق ليس إلا بيعا جديدا تنتقل بوجبه ملكية المبيع مجددا إلى مالكها الأصلي اعتبارا من تاريخه. ويترتب على ذلك - من وجاهة جبائية - ضرورة دفع معلوم نقل جديد. أما بالنسبة للحقوق التي اكتسبها الغير من المشتري على المبيع قبل تاريخ النقض (كالرهن أو حق الارتفاع أو الكراء) ، فإنهما تعدّ صحيحة ويتحقق لهم تبعا لذلك أن يعارضوا بها المالك<sup>(38)</sup>.

### § 2 - إلزامية العقد تجاه القاضي<sup>(1)</sup><sup>(39)</sup>

331 - عندما ينص الفصل 242 م.ا.ع. على أن «ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين التعاقددين...» فإنه ينسحب أيضا على القاضي ويلزمه (I). على أن السؤال يبقى مطروحا حول إمكانية إعفاء القاضي من هذا القيد والسماح له إما بتعديل العقود الزمنية أو بنقضها وذلك كلما طرأ أحداث استثنائية لم تكن متوقعة ترتب عليها أن تتنفيذ الالتزام أصبح مرهقا للمدين إلى حد يفقد العقد توازنه الاقتصادي بصفة ملحوظة وخطيرة

R. VATINET, *Le mutuus dissensus*, Rev. trim. dr. civ. 1987, p. 252 et s.; MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 615.

A. RIEG, J. Class. civil, Articles 1134 et 1135, op. cit., n° 20; WEILL et TERRE, op. cit., n° 352.

Nédir BEN AMMOU, Thèse précitée, n° 508 à 510. (1) يراجع :

الملزم<sup>(29)</sup>. ولا يعدّ حينئذ باطلًا على ذلك الأساس (الفصل 121 م.ا.ع. وما بعده). لذلك فإنه يمكن مثلا للمسوغ أو للمسوغ أن يبقى لنفسيهما حق التحلل من عقد التسويف بعد مرور مدة معينة بالعقد وبصفة دورية. كما يجوز للمشتري أن يبقى لنفسه الخيار في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معينة. ويمكن أن ينص مثل هذا الشرط على حق البائع في الاحتفاظ بالعربون بعنوان غرامة. على أن حق الفسخ من جانب واحد لا يجوز في الهبة والإقرار بالدين والابراء منه (الفصل 121 م.ا.ع.). ويلاحظ الشراح بوجه عام أن الفسخ الأحادي المرخص به عقديا ليس استثناء حقيقيا للمبدأ الوارد بالفصل 242 ضرورة أنه في الواقع ممارسة لحق أقرته شريعة الطرفين<sup>(30)</sup>.

### 2 ) الفسخ الأحادي المرخص به قانونيا

329 - تحييز القوانين المنظمة لبعض العقود الخاصة أحيانا لأحد التعاقددين أو لكليهما أن يستقل بنقض تلك العقود. وذلك إما لأسباب حمائية<sup>(31)</sup>، مثلما هو الحال بالنسبة للعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة، كعقد التأمين<sup>(32)</sup> أو عقد الشغل<sup>(33)</sup>، أو لأسباب ترجع إلى طبيعة العقد وخصائصه، كما هو شأن في الوكالة<sup>(34)</sup> والوديعة<sup>(35)</sup>. وينظم القانون عادة شروط ممارسة هذا الحق<sup>(36)</sup>.

(29) يراجع : A. RIEG, J. Class. civ., Art. 1134 et 1135, Fasc. 11, n° 16; WEILL et TERRE, op. cit., n° 353, note 7.

(30) انظر المراجعين أعلاه. راجع أيضا : نور الدين بسرور، خواطر حول مسؤولية البنك في غلق الحساب الجاري في القانون التونسي، المجلة القانونية التونسية 1986، ص 11.

(31) وتمثل هذه الأسباب خاصة في حماية حرية الأطراف وذلك بمتى يمكنها من التخلل من قيود العقد الطويلة المدى. يراجع : MARTY et RAYNAUD, op. cit., II, n° 247, MALAURIE et AYNES, op. cit., n° 747.

(32) يراجع الفصل 5 من مجلة التأمين .

(33) يراجع الفصل 14 ب من مجلة الشغل .

(34) يراجع الفصل 1157 - 3 - 4 من م.ا.ع.

(35) يراجع الفصل 1008 و 1030 من م.ا.ع.

(36) يراجع : A. ROBERT, *La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis*, et J. GUYENOT, *La rupture abusive des contrats à durée indéterminée*, (in la tendance à la stabilité du rapport contractuel : Etudes de droit privé sous la direction de Paul DURAND, Paris, 1960, pp. 37 et s., et 235 et s.).

محكمة التعقيب في تعليها لهذا القرار القاضي بالتفص إلى أحكام الفصل 254 من م.أ.ع. التي جاءت ناصحة على أنّ ذمة الدين «لا تبرأ... إلا بتسليمها ما التزم به في العقد قدرها وصفة». ولا يسوغ له أن يلزم الدائن بقبول شيء آخر عوضاً عنه ولا بكيفية غير الكيفية المقررة في العقد أو التي جرى بها العرف». ويعتبر هذا النص في نظر الفقه<sup>(44)</sup> حلاً تشريعياً خاصاً مستمدًا من القاعدة العامة الواردة ضمن الفصل 242 المذكور.

## II- نظرية الظروف الطارئة<sup>(45)</sup>

333 - هل يحق للقاضي أن يتجاوز القيد الذي وضعها الفصل 242 م.أ.ع. في تقضي العقود ويعذر التزامات أطرافها بسبب حدوث تغيرات استثنائية في الاقتصاد تخلّ بتكافؤ الالتزامات ويصبح معها تنفيذ الالتزام مرهقاً

<sup>(44)</sup> براجـع : A. RIEG, Juris Classeur civil, Art. 1134 et 1135, contrats et obligations, Fasc. 11, n° 22.

<sup>(45)</sup> براجـع : VOIRIN, De l'imprévision dans les rapports de droit privé, th. Nancy, 1922; E. De GAUDIN DE LAGRANGE, La crise du contrat et le rôle du Juge, thèse Montpellier, 1935; AUVERNY - BENNETOT, La théorie de l'imprévision, th. Paris, 1938; EL GAMMAL, L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, Paris, L.G.D.J., 1967, n° 267 et s.; RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, op. cit., n° 48 et s.; DELMAS SAINT-HILAIRE, L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, in la tendance à la stabilité du rapport contractuel, 1960, pp. 189 et s.; I. DE LAMBERTERIE, Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, rapport français, in le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, sous la direction de D. TALLON et D. HARRIS, pp. 217 et s.; R. DAVID, L'imprévision dans les droits européens, Etudes JAUFFRET, L.G.D.J., 1974, pp. 211 et s.; A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, ouvr. précité, n° 524 à 541; v° aussi, J. CARBONNIER, Droit civil, 4, Les obligations, op. cit., §§ 67 et 69; J. FLOUR et J.L. AUBERT, Les obligations, L'acte juridique, op. cit., 4è éd. 1990, n° 401 et s.; A. WEILL et F. TERRE, Les obligations, op. cit., n° 377 et s.; B. STARCK, H. ROLLAND et L. BOYER, Droit civil, obligations, 2. Contrat, op. cit., n° 1154 et s.; G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, II, Les obligations, op. cit., n° 226 et s.; A. RIEG, J. Class. Droit civil, Art. 1134, Fasc. 11, n° 29 à 48; Nédir BEN AMMOU, thèse précitée, n° 1000.

وراجـع أيضاً : عبد الرزاق السهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ...، I، ص 629 وما بعدها.

عليه. وهو الحلّ الذي تنادي به نظرية الظروف الطارئة (II).

## I - إلتزام القاضي بقيود الفصل 242 م.أ.ع.

332 - تنسحب آثار مبدأ القوّة الملزمة للعقد على القاضي بمثيل ما تعني الأطراف المتعاقدة. فعلى القاضي إذن أن يفرض احترام العقود وأن يعتبرها من هاته الناحية بمثابة القانون. وإذا سمح له بتفسيرها<sup>(39)</sup> إذا اعتبرى بعض فصولها غموض، فإنه لا يمكنه في المقابل أن يعدل أو أن يغيّر الإلتزامات الناشئة عنها ولو كان ذلك بحجّة منافاتها للعدالة. وقد أكدت محكمة التعقيب هذا الحلّ لما قضت أنه لا يحق للمحكمة تأسيساً على أحكام الفصل 242 م.أ.ع. أن تعدل مقدار الشرط الجزائي<sup>(40)</sup> أو أن تلغى الشرط الفسخي<sup>(41)</sup> أو أن تستجيب لطلب من حلّ أجل التزامه ولم يُوف به تمكّنه من أجل إضافي طالما «لم يقع في شأنه اتفاق»<sup>(42)</sup>. كما ورد عن محكمة التعقيب أنه إذا اتضحت أن طرفي النزاع كانا قد اتفقا على أن يجري أحدهما أشغالاً تمثّل في دهن محلّ على ملك الآخر وأن يستعمل في ذلك مواد أولية معينة الكلّ والنوع والثمن، وإذا ثبت من اتفاقهما إلتزام الدين بإعادة الأشغال في صورة عدم مطابقتها لشروط العقد، فإنه لا يحق للمحكمة أن تعفيه من الإلتزام بإعادة الأشغال وأن تحصر مقدار الغرامة التعويضية المحمولة عليه في فوارق الأسعار بين المورد المتفق على استعمالها بالعقد والمورد الذي استعملت فعلاً<sup>(43)</sup>. وعما يلفت الانتباه في هذه القضية استناد

(39) براجـع العدد 59 أعلاه وما يليه .

(40) براجـع : قرار تعقيبي مدني صادر عن الدوائر المختصة في 28 أفريل 1975، نـمت عدد 7910 ن.م.ت. 1975، ص 224 وانظر تعليق الأستاذة التميمي على هذا القرار بالمجلة التونسيـة للقانون لسنة 1976، ص 166 (باللغة الفرنسـية)؛ قرار تعقيبي مدني عدد 5820، مؤرخ في 20 جوان 1968، ن.م.ت. 1968، ص 52. ولكن انظر في الاتجاه المعاكس قرار عدد 10149، في 17 جويلية 1956، ق.ت، عدد 1960، عدد 9 و 10، ص 139. وراجـع خاصة القرار عدد 42024 المؤرخ في 28 أفريل 1994، مذكور بمراجع سابقـة، وانظر العدد 387 أعلاه وما بعده.

(41) براجـع : قرار تعقيبي مدني عدد 133، مؤرخ في 9 ديسمبر 1976، ن.م.ت. 1976، ج III، ص 171.

(42) انظر قرار استنافي مدني، تونس، عدد 57407، مؤرخ في 10 فبراير 1965، ق.ت. 1965 ، عدد 6، ص 88.

(43) قرار تعقيبي مدني عدد 52، مؤرخ في 13 أفريل 1976، ن.م.ت. 1976، ج I ، ص 184. براجـع أيضاً القرار التعقيبي المدنـي عدد 20128، المؤرخ في 17 جانفي 1989، ق.ت. 1991، عدد 6، ص 57 .

العقود حفاظا على مصداقية المعاملات وعلى نجاعتها<sup>(48)</sup>. ويبدو أن هذا الإتجاه قد أثر على محركي مجلة الالتزامات والعقود. لذلك، وبالرغم من وجود أثر ملحوظ لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي<sup>(49)</sup>، فإن القانون المدني التونسي يفتقر بدوره إلى قاعدة عامة تكرس مثل هذه النظرية.

على أن بعض الأحكام القانونية المتفرقة تدل على أن المشرع في تونس لا ينجد المراجعة القضائية للعقود بصورة مطلقة. من ذلك أن الفصل 805 م.أ.ع. يسمح لمكتري أرض فلاحية أن يطلب من القاضي إسقاط الكراء أو الحط منه إذا أجيح زرعها كله أو أكثر من نصفه بأمر طارئ أو قوة قاهرة وبلا تقدير منه. كما ينص الفصل 1088 م.أ.ع. على نفس ذلك الأساس أنه «المقترض أن يحبس القرض إذا أفسر المقترض بعد العقد حيث يتوقع ضياع كل القرض أو بعضه على المفترض. وله الحبس أيضا إذا كان عسر المقترض قبل العقد ولم يطلع عليه المقرض إلا بعده». وينص الفصل 276 م.ح.ع. من ناحية أخرى في مادة الرهن الاتفاقية على أنه من حق الدائن طلب الوفاء بالدين «إذا هلكت العقارات المرهونة أو تعطبت بحيث أصبحت غير كافية لضمان الدين...» (فقرة 1). ولكنه يجوز للمدين عملا بالفقرة الأخيرة من هذا النص إذا كان الهلاك أو العطب بغير فعله «أن يعرض لدينه رهنا عقاريا إضافيا».

335 - وتشكل هذه الأحكام بدون منازع استثناءات قانونية معتبرة لمبدأ إزامية العقود الوارد بالفصل 242 م.أ.ع. ولكنها مع ذلك لا تعدو أن تكون سوى حلول خصوصية لا يمكن اعتمادها لمواجهة الأحداث والتغييرات الاقتصادية والاجتماعية التي يمر بها العالم منذ الحرب العالمية الأولى وما نتج عنها من فوضى في التجارة العالمية وأضطراب في التنظيم المالي الدولي، حيث أثرت هذه الظروف الجديدة سلبا على مبدأ القوة الملزمة للعقود إلى درجة صار معها القضاة والفقهاء يتساءلون حول سبل التوفيق بين هذا المبدأ وبين متطلبات

J. CARBONNIER, op. cit., § 69; A. WEILL et F. TERRE, (48) يراجع في هذا المعنى : op. cit., n° 377 et 378; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 617.

(49) يراجع : عبد الرزاق الشهوري . . . ، الوسيط ، I ، ص 633 ، عدد 416 .

للمدين، ملحقا به خسارة فادحة من شأنها أن تعرضه للإفلاس؟ إن نظرية الظروف الطارئة تتضمن ردا إيجابيا على هذا السؤال. ولكنها مع ذلك غير مقبولة في القانون التونسي. وحتى تبين هل أنه من واجب فقه القضاء أن يسعى إلى سد هذه الثغرة، وهل أنه من المتوجه في مرحلة ثانية تكريس هذه النظرية بنص تشريعيا، يتبع علينا استعراض التطور التاريخي الذي شهدته مما قد يساعدنا على وضع المشكل في إطاره الصحيح (أ) ويقتربنا وبالتالي أن موقع الصعوبة هنا ليس قانونيا (ب) بقدر ما هو اجتماعي واقتصادي (ج).

### أ - التطور التاريخي وطرح المشكل

334 - يبدو تمكين القاضي من مراجعة أو نقض العقود التي يختل توازنها بسبب تغير الظروف الاقتصادية أمرا مطابقا للعدالة وللأخلاق. ولا غرابة إذن في أن يكرس القانون الكنسي في القرون الوسطى هذا الحل<sup>(46)</sup>. وقد كان ذلك على أساس «قاعدة تغير الظروف» التي تفترض في كل عقد شرطا ضمنيا وهو عدم تغير الظروف الاقتصادية التي تم في ظلها التعاقد. أما إذا تغيرت بصورة يصبح معها تنفيذ العقد جائرا بالنسبة إلى أحد المتعاقدين، فإنه يجب تعديل العقد حتى يزول الحيف الناشيء عن هذا التغير الذي لم يسبق توقعه. وقد تولى الفقه الألماني في القرن الثامن عشر تطوير نظرية الشرط الضممي المتعلق بتغير الظروف والتعمق فيها إلى حين تكريسها تشريعيا في مقاطعة بروسيا<sup>(47)</sup>. ولكن سرعان ما وقع التخلّي عنها اعتبارا لخطورتها على استقرار المعاملات. ويتفق الشراح اليوم على أن عدم اعتمادها من طرف المشرع الفرنسي لسنة 1804 والمشرع الألماني لسنة 1896 كان عن قصد وبيته، وأن ذلك يرجع أساسا إلى حرص المشرع في كلا البلدين على ضمان استقرار

(46) يراجع في خصوص هذه النقطة : عبد الرزاق الشهوري، الوسيط . . . ، I ، ص 633 ، عدد 416 .  
وانظر : J. FLOUR et J. L. AUBERT, op. cit., n° 406; A. RIEG, Le rôle de la volonté... op. cit., n° 529.

(47) يراجع : A. RIEG, Le rôle de la volonté... op. cit., n° 52  
وقارن مع : J. CARBONNIER, Droit civil, 4, op. cit., § 69.

معظم الشرائح اليوم أن العائق دون تكريس هذه النظرية من قبل فقهاء القضاء ليس قانونياً بقدر ما هو اقتصادي واجتماعي.

### ب - نظرية الظروف الطارئة والعوامل القانونية

336 - ورد ضمن التحليل أعلاه أن المشرع التونسي عدل تحت تأثير القانونين الفرنسي والألماني عن قبول نظرية الظروف الطارئة. كما ذكرنا أن ذلك كان عن قصد وبيئة. لذلك فإنه لا يمكن قبول البحث عن سند قانوني لهذه النظرية في بعض الأحكام القانونية الصريحة أو في المبادئ العامة التي تتضمنها مجلة الإلتزامات والعقود إلا إذا كان ذلك من باب الكشف عن حيلة قانونية مشروعة من شأنها أن تساعد القاضي في حالة الضرورة على سد ثغرة في القانون. وهو ما وقع في المانيا لما أقرّ فقه القضاء نظرية الظروف الطارئة استنادا إلى مبدأ حسن النية في المعاملات. أما الفقه الفرنسي فقد قام للغرض نفسه بمحاولات عديدة أخرى سوف نذكر أهمها (1) قبل التعرض إلى السند المأذوذ من مبدأ حسن النية (2).

#### 1 ) المحاولات الفقهية بفرنسا

337 - سُتمدّ، من وجهة نظر أولى، شرعية ضرورة تعديل العقد أو نقضه في صورة تغير مفاجئ للظروف الاقتصادية بصفة تجعل تنفيذه مرهقا للمدين، من إرادة الأطراف التي يتوجه تفسيرها انطلاقا من الظروف الاقتصادية القائمة في الوقت الذي تم فيه التعاقد. أما إذا تغيرت الأوضاع تماما من هذه الناحية، وبصورة لم تكن متوقعة وقت التعاقد، فإن الأطراف محمولون على كونهم ما كانوا ليتعاقدوا أصلا ولا أن يقبلوا التعاقد بنفس الشروط لو علموا باحتمال حصول تلك التغييرات. فمن حق المدين إذن أن يطلب إما إعفاء من التزام مرهق مخالف لإرادته الحقيقة، أو تعديل ذلك الإلتزام. ويرد خصوصية النظرية على هذا السند تكون الشرط الضمني المفترض هنا يعكس في الحقيقة إرادة المدين وحده في حين أن المطلوب هو التأكيد من إمكانية نسبته إلى الإرادة المشتركة للطرفين في العقد. وهو أمر مستبعد جدا في صورة الحال نظراً لتبادر

العدالة العقدية. مما أعطى نفسها جديدا لنظرية الظروف الطارئة<sup>(50)</sup>. وبالفعل، وبالإضافة إلى حالات المصار الحربي التي قد تنتج عنها صعوبة كبيرة في تنفيذ عقود التوريد، فإنه قد يترتب على التضخم المالي الذي أصبح بهذه اقتصاد البلدان منذ الحرب العالمية الأولى ارتفاعا فاحشا في الأسعار كثيراً ما يصبح معه تنفيذ المدين لعقد التوريد عملية مخترقة قد تعرضه إلى الإفلاس أو على الأقل إلى خسارة فادحة غير مألوفة في التجارة. كما تخشى نفس العواقب من خطر الصرف<sup>(51)</sup> وعدم استقرار أسعار المواد الأولية وخاصة منها أسعار الطاقة. فهل من المعقول مثلاً أن يجبر المدين على موافقة مدعاوته بسلعة تضاعف ثمنها أكثر من مائة مرة منذ تاريخ إبرام العقد دون أن تغير التزامات الطرف المقابل؟<sup>(52)</sup>.

لقد رفض القضاء الألماني هذه الحتمية وسارع منذ سنة 1920<sup>(53)</sup> إلى قبول مبدأ تعديل العقود أو نقضها بسبب حدوث ظروف طارئة. وقد مهد هذا الموقف إلى تكريس هذه النظرية تشريعيا في عدة بلدان منها مصر (المادة 147 من القانون المدني الجديد لسنة 1942) وإيطاليا (الفصول 1467 إلى 1469 من المجلة المدنية لسنة 1942) والجزائر (الفصل 107 من المجلة المدنية) والعراق (المادة 146/2 من القانون المدني) والأردن (المادة 250 من القانون المدني). أما القضاء التونسي فإنه لا يزال متمسكا بمبدأ إلزامية العقود، شأنه في ذلك شأن القضاء الفرنسي الذي يقي أيضا على رفضه لنظرية الظروف الطارئة<sup>(54)</sup>. ويرى

(50) يراجع : G. MARTY et P. RAYNAUD, II, op. cit., n° 226.

(51) يراجع : عmad M'his : البند التقديمي في العقود الداخلية، رسالة للحصول على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1991.

(52) يراجع في خصوص هذا المثال : A. RIEG, Le rôle de la volonté...., op. cit., n° 530....

(53) يراجع في خصوص فقه القضاء الألماني : A. RIEG, Le rôle de la volonté.... op. cit., n° 531 et s.

(54) وقد استقر فقه القضاء الفرنسي في هذا الخصوص منذ القرار الشهير Canal de Craponne الصادر عن الدائرة المدنية المحكمة التقسيب بتاريخ 6 مارس 1876 1876, 1, 193, S. 1876, 1, 161 (D.).

ولكن أقرّ الفقهاء الإداري سنة 1916 نظرية الظروف الطارئة، فإن مجلس الدولة الفرنسي على قراراته بضرورة Arêt Gaz de Bordeaux, C.E. 30 mars 1916, D. 1916. 3. 25; Hauriou, S. 1916. 3. 17, note Hauriou).

2) سند نظرية الظروف الطارئة في الفقه والقضاء بألمانيا : مبدأ حسن النية

338 - تمسّك فقه القضاء الألماني ، وذلك خاصّةً منذ قرار صادر عن المحكمة العليا في 8 جويلية 1920 ، بأنّ واجب الوفاء بالإلتزام يزول إذا تعلق الأمر بتنفيذ عقد في ظروف لا تناسب مع ما أراده الأطراف بحقّ. ويكون التنفيذ الجبري في هاته الصورة متنافيًا تمامًا مع ما يفترضه احترام مبدأ حسن النية والعرف في المعاملات كما تقتضيه أحكام الفصلين 157 و 242 من المجلة المدنيّة<sup>(60)</sup>.

ويعتبر الإصرار على تنفيذ الإلتزام مخالفًا لواجب حسن النية حسب الفقه السائد<sup>(61)</sup> إذا ترتب على الظروف الطارئة زوال العناصر الموضوعية التي تتمثل في نظر الأطراف أساس العلاقة بينهم بحيث كانوا ليتعاقدوا لولا توفرها. من ذلك أنّ «أساس التعاقد» في العقود الملزمة للجانبين يمكن في تكافؤ التزامات الأطراف. فالثمن في هذه النظرية هو أساس العقد بالنسبة للتاجر البائع. فإذا تضاعفت تكلفة السلعة التي تعهد ببيعها عشرات المرات منذ تاريخ إبرام العقد، فإنّ هذا العقد يصبح بلا معنى معقول بالنسبة له، فاقدًا تماماً لأسسه. ويعدّ جبر التاجر على تنفيذه والحالة تلك أمراً من نوع ما مخالفته لمبدأ حسن النية.

على أنه لا يجوز الإحتجاج بزوال أساس التعاقد في فقه القضاء بألمانيا إلا إذا توفرت شروط ثلاثة وهي : 1) أن يكون تغيير الظروف قد أحدث فارقاً مشطاً وواضحاً بين التزامات الأطراف، 2) أن يكون غير متوقع ولم يتسبّب فيه المدين بخطئه، 3) وأخيراً أن يصبح معه تنفيذ الإلتزام مرهقاً لا طاقة للمدين به.

(60) يراجع A. RIEG, *Le rôle de la volonté*..., op. cit., n° 533.

Paul OERTMANN : "Die Geschäftsprinzipien. Ein Neuer Rechtsbegriff" Leipzig-Erlangen 1921; Bernhard WINDSCHEID : "Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung", Dusseldorf 1850.

ويراجع أيضاً عرضاً لهذا الفقه في : J. CARBONNIER, op. cit., § 69, et A. RIEG, *Le rôle de la volonté*..., op. cit., n° 534 à 540.

مصالح الدائن ومصالح المدين في هذا الخصوص<sup>(55)</sup>.

أما من حيث وجهة النظر الثانية فقد حاول بعض الشرّاح تأسيس نظرية الظروف الطارئة على مبدأ قانوني عام يمكن استنتاج وجوده في نظرهم من الأحكام القانونية التي تسمح بمراجعة بعض العقود الخاصة أو بنقضها<sup>(56)</sup>. وهو رأي مردود أيضاً اعتباراً إلى أنّ الطابع الاستثنائي الحصوسي المميز لهاته الأحكام يحول كما رأينا دون تعميم حق المراجعة القضائية للعقود على أساسها<sup>(57)</sup>.

ويرى بعضهم، من وجهة نظر ثالثة، أنه يجب البحث عن السند الصحيح لمبدأ مراجعة العقود بسبب حدوث ظروف طارئة في نظرية السبب. ذلك أنّ التزام المدين يصبح فاقداً لسبب كامل ويجب إنقاذه متى وصل إلى حد الإرهاق<sup>(58)</sup>. ولكنّ هذه النظرية لا تأخذ بعين الاعتبار أنّ قيام التعادل بين الإلتزامات ليس شرطاً ضرورياً لتوفّر السبب بدليل عدم مجازاة المشرع للغبن في العقود. كما أنها لا تراعي أنّ اشتراط السبب يهمّ تكوين العقود في حين أنّ مسألة تغيير الظروف تتعلّق بصعوبة تفديتها.

ومن بين الآراء الفقهية الهامة في هذا المجال، نذكر أخيراً بالرأي الذي يسند نظرية الظروف الطارئة إلى مبدأ **التعسف في استعمال الحق**<sup>(59)</sup> باعتبار أنّ الدائن الذي يطالب بتنفيذ التزام مرهق للمدين يتعسف في استعمال حقه. غير أنّ العديد من الشرّاح في فرنسا يرون أنّ الإحتجاج بهذا المبدأ يبقى مردوداً طالما لم تثبت نية الدائن في الإصرار بعدها على أنّ التمسّك بحقّ مهما كان مصدره يبقى أمراً مشروعًا في غياب هذا الشرط.

(55) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 378, p. 381.

(56) يراجع : A. RIEG, *Le rôle de la volonté*..., op. cit., n° 526, et A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 378, p. 382.

(57) يراجع العدد 335 أعلاه.

(58) يراجع : J. CARBONNIER, op. cit., § 69, p. 270; A. RIEG, *Le rôle de la volonté*..., op. cit., n° 526; عبد الرزاق الشهوري، الوسيط ...، 1، من 635.

(59) يراجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1163.

CARBONNIER في هذا الشأن أن تعديل العقد غالباً ما يكون الضامن الوحيد لتنفيذه<sup>(64)</sup>.

على أن عدداً من الشرائح يرون من ناحيتهم أن في المسألة من مبدأ القوة الملزمة للعقود خطراً جسيماً على الاقتصاد ككل وذلك من حيث أن «المراجعة تفتح الطريق لمراجعة أخرى»<sup>(65)</sup>. فإذا قبل القاضي تعديل العقد بالخط من التزام المدين، فلربما تجرأ عن هذه العملية صعوبات للدائنين تجعله بدوره غير قادر على تنفيذ الالتزامات المحمولة عليه بموجب عقود أخرى، مما يمكن أن يتطلب مراجعة ثانية... ثم ثلاثة وهكذا دواليك دون أن يستطيع القاضي توقيف التيار أو التحكم فيه. وقد يخشى من تسلسل المراجعات القضائية للعقود تضخم ماليّ مضار بالاقتصاد. ويرى الأستاذ FLOUR<sup>(66)</sup> أن السبب الرئيسي لإصرار فقه القضاء بفرنسا على عدم قبول نظرية الظروف الطارئة ليس سوى الخوف من انعكاساتها الوخيمة على الاقتصاد. وقد تمسّك جانب هام من الفقه الحديث بهذا الموقف السلبي مبيناً أن مشكل الظروف الطارئة سائر بطبعه نحو الحل حيث أن العقود الطويلة المدى غالباً ما تتضمن بنوداً تنظم شروط مراجعتها<sup>(67)</sup> فضلاً عن أنّ المشرع لا يتردد في التدخل للسمح عند الاقتصاد بتفصيل العقود أو بتعديلها كلما جدت أزمة اقتصادية خطيرة تؤثر على

J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., § 69.

J. FLOUR et J. L. AUBERT, op. cit., n° 407.

J. FLOUR, Note, D.C. 1943-II-135; v° aussi, J. FLOUR et J.L. AUBERT, op. cit., n° 407, p. 333; et J. CARBONNIER : "Les phénomènes d'incidence dans l'application des lois", in *Recht als instrument van behoud en verandering*.

CH. JARROSON, *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, colloque d'Aix-en-Provence, mai 1990; PH. FOUCHEARD, *L'adaptation des contrats à la conjoncture économique*, Rev. Arb. 1979, p. 67; P. VAN OMMESLEGHE, *Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux*, Rev. dr. intern. et dr. comp. (belge), 1980-7-59; P. Y. GAUTIER, *Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques*, D. 1990, chr., p. 130; FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, Rev. trim. dr. civ. 1983, p. 1 et s.

لاشك في أن الأساس القانوني الذي اعتمدته الفقه وفقه القضاء بألمانيا لتبرير المراجعة القضائية للعقود في صورة تغيير الظروف الاقتصادية قد يصح أيضاً بالنسبة للقانونين التونسي والفرنسي. حيث أن احترام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود تفرضه صراحة أحكام الفصلين 24:3 مدني تونسي و11:34 فقرة ثلاثة مدني فرنسي. وقد سبق للفقهاء أن تمسكوا به في فرنسا بدون جدوى<sup>(68)</sup>. وما يلفت الانتباه أيضاً وجه الشبه الكبير القائم بين النظرية الألمانية القائلة بضرورة تعلق إمكانية الاحتجاج بمبدأ حسن النية على إثبات المدين زوال أساس التعاقد، وبين السند الذي اقترحه الفقه الفرنسي والمأخوذ من ضرورة الحفاظ على تكافؤ الالتزامات طيلة دوام العقد بناء على نظرية السبب وتسمة لها. ويستخلص من ذلك أن الصعوبات التي منعت أو تمنع تكريس نظرية الظروف الطارئة ليست قانونية، وأن العائق الحقيقي الذي يفسر الاحتياز الكبير الذي يديه جانب هام من الفقه الحديث نحو هذه النظرية ومواصلة فقه القضاء في رفضه لها يرجع إلى عوامل إقتصادية.

#### ج - نظرية الظروف الطارئة والعوامل الاقتصادية

339 - إن المشكل الذي تثيره مسألة مراجعة العقود إقتصاديًّا من الأساس. وتبدو عناصر تقديره من هاته الناحية متشعبة لاختلاف جوانبها<sup>(69)</sup>.

فهناك من يعتبر أن التمسك بقداسة العقود دون اعتبار التغيرات الفجائية في الظروف الاقتصادية - كالارتفاع الفاحش والهبوط في الأسعار - يؤول في الواقع إلى انهيار ماليٍّ كليٍّ للمدينين، وبالتالي إلى حالة اضطراب وعدم استقرار قد يكون من الأفضل تفاديهما بتعديل العقود، وأن في ذلك ضماناً لسلامة المعاملات ولصدقتها. فعدم الاستقرار لا ينجر عن التعديل بقدر ما هو راجع إلى الأزمات الاقتصادية غير المتوقعة التي قد تفرض على القاضي مراجعة العقد باعتبارها أخف الضرررين. وقد لاحظ العميد

A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 378, p. 382.

(68) يراجع في هذا المعنى : J. FLOUR et J. L. AUBERT, *Les obligations, L'acte juridique*, op. cit., n° 406.

القانون (§1) أو العرف (§2) أو الإنصاف (§3).

## § 1 - القانون

341 - يتحدد تأثير القانون على محتوى العقد انطلاقا من التفرقة بين القوانين المكملة (I) والقوانين الأمرة (II).

### I - القوانين المكملة

342 - إذا لازم طرفا العقد السكوت في خصوص شروط الاتفاق الحاصل بينهما، فإن علاقتهما تتحدد بالإعتماد على القواعد القانونية المكملة التي وضعها المشرع لآنظم العقود المسماة لتحل محل إرادة الأطراف وذلك كلما أغفل هؤلاء بيان شروط العلاقة الرابطة بينهم. والهدف من هذه القوانين في نظر البعض<sup>(70)</sup> ليس سوى إعفاء الأطراف من عناء التفكير في كل جزئيات العقد. من ذلك مثلاً أن البيع يصح بمجرد اتفاق الطرفين على الثمن والمثن دون حاجة إلى المزيد من البيانات التتممة لشروط العقد، إذ يكفي في هذا الخصوص تطبيق الفصول 565 وما بعده من م.أ.ع. والأمر بالمثل بالنسبة لعقد الشركة الذي يجوز إعداده بالإقتصار على ذكر البيانات الأساسية المشخصة للذات المعنوية المراد إنشاؤها والإعتماد فيما زاد على ذلك على الأحكام القانونية المتعلقة بنوع الشركة المحدثة.

### II - القوانين الأمرة

343 - تتدخل القوانين الأمرة أحياناً وخاصة منها تلك التي لها مساس بالظام العام لضبط نطاق العقد دون اعتبار لراداة الأطراف. ويتجلّى ذلك خاصة من خلال حالات تطبيق قوانين جديدة عوضاً عن قانون العقد<sup>(1)</sup>، والتحديد التشريعي لهذه العقود أحياناً (ب)، ولكيفية تنفيذها أحياناً أخرى (ج).

حسن تنفيذ المعاملات<sup>(68)</sup>.

بقي أن الموقف بالنسبة إلى القانون التونسي لا يمكن أن يتحدد في نظرنا إلا بعد تقييم جدي للتجارب التي عاشتها البلدان التي أقرت تشاريعها الحديثة نظرية الظروف الطارئة. وإذا ما تبيّن - مثلما هو متوقع - أن التخوفات على الاقتصاد التي نبه إليها بعض الفقهاء لم تثبت جديتها في الواقع، فإنه قد يكون من المفيد أن يسمح المشرع بمراجعة العقود، على أن يقع حصر نطاق المراجعة وشروطها تفادياً لكل أنواع التجاوزات المحتملة.

## الفرع الثاني : نطاق القوة الملزمة للعقد

340 - قد يبدو التساؤل حول محتوى العقد الملزم غير ذي موضوع في نظر من يتبنّى نظرية سلطان الإرادة التي تقول بحرمة الأطراف المطلقة في التعاقد أو في عدم التعاقد ثم في تحديد الحقوق والإلتزامات التي ارتضتها نفسها بموجب العقد. ولكن مثل هذا التصور للعقد يبدو مخالفًا للواقع القانوني كما يتجلّى لنا خاصة من خلال أحكام الفصل 243 م.أ.ع. التي تنص صراحة على أن العقد «لا يلزم ما صرّح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الإلتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته». وفيهم من هذا النص أن العقد يتضمّن إلى جانب الإلتزامات المصرّح بها التابعه عن الإرادة المشتركة لطرفيه، إلتزامات أخرى ضمنية<sup>(69)</sup> يفرضها على الأطراف إما

(68) يراجع في هذا المتن : WEILL et TERRE, op. cit., n° 377, 383 et 384; J. FLOUR et J. L. AUBERT, op. cit., n° 408; PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, op. cit., n° 620 à 622.

(69) وقد كتب العميد CARBONNIER في هذا المتن ما يلي : "...Sur ce schéma juridique voulu par moi - un contrat de vente - la loi, la coutume, le juge dessinieront ensuite, au besoin, tout un tissu d'obligations, que je n'ai pas directement voulues, peut être même pas soupçonnées. Le mécanisme est décrit dans l'article 1135 : Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. Ainsi, il n'y a qu'une fraction du contrat (peut-être très réduite), qui entre sous le faisceau lumineux de la volonté; le reste, qui demeure dans l'ombre, n'en est pas moins tenu pour consenti, tacitement consenti..." (Obligations, op. cit., § 13).

الأكرية التجارية من حيث مدتها وكيفية تجديدها إلى أحكام قانونية أمرة لا قدرة للأطراف على تغييرها<sup>(77)</sup>. كما يجوز القول أن مدة عقود التأمين تخضع من ناحيتها وإلى حد بعيد إلى سلطة القانون وذلك إذا اعتبرنا أن المشرع منح لكل من الطرفين في هذا العقد إمكانية التخلل من روابطه في موافق كل سنة مما قد يحول دون دوام إلزامية العقود الطويلة المدى السالبة لحرية المؤمن له في التعاقد مع مؤمن آخر<sup>(78)</sup>.

#### ج - التحديد التشريعي لكيفية تنفيذ العقود

346 - تخضع بعض العقود فيما يتعلق بكيفية تنفيذها إلى أحكام قانونية أمرة. من ذلك مثلاً أن ضبط معلوم الكراء بالنسبة لأراضي الزراعات الكبرى يتم حسب الفصل ٥ من قانون 12 جوان 1987 المذكور «بالرجوع إلى قيمة الكراء الفلاحي التي تضبط كل سنة بالأمر المتعلق بتعيين سعر الحبوب وبكيفيات دفع ثمنها وتخزنها وإحالتها»<sup>(79)</sup>. كما أن الأكرية التجارية تخضع فيما يخص مراجعة معينات الكراء فيها إلى معايير وإجراءات تحدّدها الفصول 22 وما بعده من القانون عدد 37 المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتنظيم كراء المحلات التجارية. وإذا لا يمكن المشرع القاضي بوجه عام من إمهال المدين على وجه الفضل أو أن يضرب له أجلاً إضافياً، فإنه احتفظ لنفسه بهذه الإمكانيّة (الفصل 137 من م.أ.ع.).

#### § 2 - العرف<sup>(80)</sup>

347 - يُعد العرف من عوامل تحديد محتوى العقد ويجري مجرى القانون خاصّة في المسائل التجارية والمعاملات البحريّة<sup>(81)</sup>. وتعتبر من قبيل

(77) يراجع القانون عدد 37، المؤرخ في 25 ماي 1977، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 38 لسنة 1977، ص 1549.

(78) يراجع الفصل ٥ من مجلة التأمين.

(79) يراجع : سامية البوغاني : الكراء الفلاحي ، المذكور أعلاه ، ص 37 و 38 .

(80) يراجع : محمد الشرقي : مدخل لدراسة القانون، المذكور أعلاه، عدد 356 وما بعده.

René RODIERE et Emmanuel du PONTAVICE, Droit maritime, Précis : (81) يراجع Dalloz, 11è éd., 1991, n° 9 et 18.

#### أ - القانون الجديد وتأثيره على الأوضاع التعاقدية الجارية

344 - تخضع الأوضاع التعاقدية بمبدئياً للقانون النافذ في تاريخ إبرامها. على أنه من المتفق عليه فقها وقضاء<sup>(71)</sup> أن قانون العقد يستبعد تطبيقه في صورة صدور قانون جديد تتعلق أحكامه بالظام العام. وقد قضت محكمة التعقب على ذلك الأساس أن أحكام الفصل 3 من القانون عدد 30 المؤرخ في 12 جوان 1987 المتعلّق بالكراء الفلاحي، الناصلة على أن مدة كراء العقارات الفلاحية «لا يمكن أن تقل... عن ثلاث سنوات قابلة للتجدد»، تنسحب على العقود الجارية التي تعتبر بذلك محرومة لثلاثة أعوام من تاريخ عقد الكراء لتعلق أحكام القانون الجديد بالنظام العام<sup>(72)</sup>. كما ذهبت محكمة التعقب أيضاً إلى قبول سريان قانون 1978<sup>(73)</sup> على حادث الشغل الواقع قبل صدوره اعتماداً على أن «الحقوق الوارد بها القانون المذكور تهم النظام العام لتعلقها بمستحقات العمال لأجورهم القانونية»<sup>(74)</sup>.

#### ب - التحديد التشريعي لمدة العقود

345 - لا يكون الأطراف أحراراً في تحديد مدة بعض العقود. وبالإضافة إلى الكراء الفلاحي الذي لا يمكن أن تقل مدة رأينا عن الثلاث سنوات، فإن المشرع منح المكترين للمحلات المعدة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية المبينة بالقانون<sup>(75)</sup> حق البقاء بها إلى أجل مسمى وقع التمديد فيه دورياً بقوانين إضافية «وذلك بدون اعتبار لكل شرط وارد بالعقد...»<sup>(76)</sup>. كما تخضع

(71) يراجع : علي الجلولي : مجال سريان القواعد القانونية في الزمان، أطروحة، تونس 1991، مرقونة، ص 228 إلى 233؛ سامية البوغاني : الكراء الفلاحي في التشريع الجديد، رسالة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس 1992، ص 30 و 31.

(72) قرار تعقيبي مدني عدد 23317، المؤرخ في 25 ماي 1989، غير منشور، قاض بالرفض بدون إحالة للقرار الاستثنائي الاستعجمالي القاضي بعدم تجديد العقد من ستين إلى ثلاث سنوات وبالخروج لانتهاء المدة (راجع أطروحة الأستاذ على الجلولي المشار إليها أعلاه، ص 229، هامش عدد 3).

(73) يراجع القانون عدد 30، المؤرخ في 25 ماي 1978، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 40 لسنة 1978، ص 1725.

(74) قرار تعقيبي مدني عدد 3842، المؤرخ في 16 ماي 1981، ن.م.ت. 1981، ج 3، ص 221.

(75) يراجع القانون عدد 35 ، المؤرخ في 18 فيفري 1976 ، الفصل الأول.

(76) يراجع الفصل 2 من القانون عدد 35 المشار له أعلاه.

العنصر في القضاء بوجه عام. ويعتقد العديد من الشرّاح أن الالتزام بالسلامة الذي يحمله فقه القضاء التونسي على الطبيب لفائدة المريض، وعلى صاحب الفندق لفائدة حريفه لا يمكن تفسيره ، في غياب اتفاق الطرفين عليه، واعتبارا لسکوت القانون<sup>(85)</sup>، وانعدام عرف في خصوصه ، إلا بحرص القاضي على ضمان مصالح الطرف الضعيف في هذا النوع من العقود وتحقيق العدالة فيها<sup>(86)</sup>.

**العرف الشروط المألوفة<sup>(82)</sup>**. وهي الشروط التي جرت العادة بإدراجها في عقد معين فيطلب المتعاقدون بتنفيذها ولو لم تذكر صراحة بالعقد لأنها أصبحت عرفا خاصاً بهذا العقد. من ذلك ما جرت به العادة في الفنادق والمطاعم والمقاهي من إضافة نسبة مأتوية على الثمن لفائدة العملة.

وإذ يجوز للمتعاقدين بوجه عام الإبتجاج بالعرف لتحديد محتوى العقد بحسب طبيعته، فإن النصوص القانونية أحالت صراحة الأطراف على العرف لضبط مدى التزاماتهم التعاقدية أو لإنقاذهما. من ذلك الفصل 1114 من م.إ.ع. الذي يستثنى من قاعدة مجانية التوكيل الحالات التي جرت فيها العادة بخلاف ذلك . والفصل 1004 من م.إ.ع. الذي ورد به نفس الاستثناء بالنسبة لعقد الوديعة ، والفصل 1211 م.إ.ع. الذي ينص في خصوص عقد القراض على أنه إذا لم يعين العقد نسبة الربح التي يستحقها العامل «يتحمل على عرف المكان». والفصل 799 من م.إ.ع. الذي جاء به أنه «إذا لم يكن في الكراء كتب ثابت التاريخ جاز للملك الجديد أن يخرج المكتري من المحل بعد أن يضرب له أجلا حسب العرف». ومن بين أحكام المجلة التجارية التي تحيل إلى العرف نذكر الفصلين 637 و 674 المتعلقتين بتنظيم الحساب الجاري.

### § 3 - الإنصاف<sup>(83)</sup>

348 – هل تعتمد المحاكم الإنصاف لتحديد محتوى بعض العقود كما تشير إليها بذلك أحكام الفصل 243 من م.إ.ع. ؟ تكاد الأحكام التي تقر بذلك صراحة أن تكون معادومة<sup>(84)</sup> ولكن الرأي السائد يقول بأهمية هذا

WEILL et TERRE, op. cit., n° 101. MALAURIE et AYNES, op. cit., n° 630 et 739; LECOMTE, La clause de style, Rev. trim. dr. civ. 1935, p. 305 et s.; ZUCHETTA, La clause de style dans les actes notariés, th., AIX, 1943.

J. CARBONNIER, op. cit., §§ 13 et 113; A. RIEG, J. Class. civil, Art. : 1134 et 1135, Fasc. 11, n° 58 à 63; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1141, note 146.

Slaheddine MELLOULI, Le juge et l'équité, Rev. tun. dr. 1983, pp. 507 : 512 et 513.

(85) على أن المشرع التونسي نصّ على الالتزام بالسلامة في عقد التقل (الفصول 653 وما بعده من المجلة التجارية).

(86) يراجع العدد 363 أسفله .

الفصل الثاني  
جزاء عدم الوفاء بالعقود

الأمر في حالة طلب الفسخ<sup>(6)</sup>. بل هو حق يتوفّر للدائن بمجرد ثبوت «عدم الوفاء أو المماطلة فيه» (الفصل 277 من م.أ.ع.).

351 - وكثيراً ما يكون الخيار بين التنفيذ بمقابل والتنفيذ العيني وهما بالنسبة للدائن. فإذا أصبح الوفاء غير ممكناً لأسباب مادية كتلف الشيء موضوع الإلتزام، فإنه لا يبقى عند الدائن من حلّ سوى طلب التعويض. وقد يكون الأمر بالمثل إذا قام المدين بعمل مُخلٍ بالتزام باستناد عن عمل (الفصل 276 من م.أ.ع.), كالفنان الذي يقدم عروضه في عدة مسارح في حين أنه تعهد بأن يفرد بها مسرحاً معيناً بالذات. فالتنفيذ العيني يصبح مستحيلاً هنا بالنسبة لتعاقد الفنان المدين بمجرد إخلال هذا الأخير بالتزامه<sup>(7)</sup>.

وقد يتعذر التنفيذ العيني أحياناً أخرى لأسباب قانونية. وذلك هو شأن صنف الإلتزامات بعمل كلما توقف تنفيذها على جبر بدني يسلط للغرض على شخص المدين. فيما أنّ تنفيذ الإلتزامات المدنية بهاته الطريقة غير جائز في القانون التونسي<sup>(8)</sup> فإنّ التنفيذ لا يمكن حينئذ في مثل هذه الحالات إلا بمقابل (الفصل 275 من م.أ.ع.).

352 - ولما كان التنفيذ بمقابل يرمي إلى تحكيم الدائن من الحصول على مبلغ مالي - الغرم - تعويضاً عن الخسارة الناجمة عن مخالفة المدين للعقد الذي يربطه بذلك الدائن، فإنّ المقومات الأساسية للمؤلولة المدنية تبدو متوفّرة فيه بما يجعل منه في نظر الإتجاه السائد فقها وقضاء<sup>(9)</sup> حالة مسؤلية

(6) يراجع العدد 397 أعلاه.

(7) يراجع عبد الرزاق السنوري، الربط في شرح القانون المدني، II، عدد 439، ولكن راجع احتراز الأستاذ محمد المصطفى الشافعي في خصوص شمولية القاعدة التي تقول بأن عدم الوفاء بالالتزام باستناد عن عمل لا ينجيز عنه سوى تعويض الخسارة. وبين هذا الكاتب بأطروحته المذكورة أعلاه (La demeure du débiteur...) الحالات التي يمكن فيها غصب المدين بالتزام باستناد عن عمل على تنفيذه (أنظر ص 158 إلى 163).

(8) يراجع في خصوص مفهوم القاعدة التي أوردها الفصل 275 م.أ.ع. وحول استثنائها أطروحة الأستاذ محمد المصطفى الشافعي، المذكورة أعلاه، ص 232 وما بعدها.

(9) يراجع في خصوص طبيعة ودور المؤلولة العقدية: CH. LARROUMET, op. cit., n° 599 et 600; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 810 et 813; J. HUET, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, thèse, Paris II, 1978, ronéo; G. VINEY, La responsabilité : conditions, op. cit., n° 232 et s.

349 - يجازى عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن العقود عادة حسب قواعد المسؤولية العقدية (الفرع الأول). ولشن كانت هذه القواعد منطبقه على كافة العقود مهما اختلفت أنواعها ، فإن المشرع ميز حالات عدم الوفاء بالعقود الملمزة لجانبين بقواعد إضافية خاصة بها (الفرع الثاني) جديرة بالدرس والتحليل اعتباراً لأهميتها الكبيرة من الوجهين النظري والعملية .

### الفرع الأول : المسؤولية العقدية<sup>(1)</sup>

350 - يعتبر عدم تنفيذ المدين لالتزام ناشئ عن عقد صحيح عملاً مخالفًا للقانون<sup>(2)</sup>. لذلك يحق للدائن مطالبه بالتنفيذ. بل جبره على الوفاء<sup>(3)</sup>. ذلك أنّ الأصل في تنفيذ الإلتزام أن يكون<sup>(4)</sup> عينياً أي أن يتم بأداء نفس موضوعه وبالطريقة المحددة بمقتضى سنته إنفاقاً كان أو قانوناً (الفصلان 254 و 340 من م.أ.ع.).

على أن الدائن غير ملزم في صورة عدم الوفاء أو المماطلة فيه بغضب مدينه على التنفيذ العيني، بل يحق له في مثل هاته الحالة أن يختار بين التنفيذ الجبري - إذا كان ممكناً - والتنفيذ بمقابل، أي بطريق التعويض<sup>(5)</sup>. وهذا يعني بعبارة أخرى أن القيام بالخسارة لا يشترط فيه تuder التنفيذ العيني مثلاً هو

R. RODIERE, Responsabilité contractuelle, Rep. Dr. civ. Dalloz; G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., II, n° 465 à 476, et 536 à 545; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1371 à 1568; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 810 à 883; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 386 à 462; CH. LARROUMET, op. cit., n° 598 à 694; J. CARBONNIER, op. cit., §§ 70 à 79; Philippe le TOURNEAU et Loïc CADIER, Droit de la responsabilité civile, Dalloz, 1996.

(1) يراجع : J. CARBONNIER, op. cit., § 70, p. 273.

(2) يراجع في هذا الموضوع : محمد بن علي التقيسي : التنفيذ الجيري للإلتزام بعمل، رسالة للإجازة على نهاية الدراسات المعمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1989؛ عبد اللطيف الحموني، الجبر بالمال، ق.ت. 1957 ، عدد 7 ، ص 46.

(3) يراجع : Mohamed Moncef CHAFFAI, La demeure du débiteur dans l'exécution : du contrat en droit civil, thèse, dactyl., Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Tunis, 1984, pp. 231 et s., spéc. p. 276.

(4) وانظر أيضاً : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 829 et s.  
(5) يراجع : CH. LARROUMET, op. cit., n° 598, p. 542.

خصوص التزامات المستأجر للأرض فلاحية. فالقانون يوجب عليه بالخصوص أن يتصرف فيها بما لا يضر المالك وأن يمتنع عن تغيير كيفية الخدمة بما يؤثر في الأرض تأثيرا مضررا... أما فيما يتعلق بعقد الإجارة فقد جاء أن «أجير الخدمة أو العمل يضمن ما ينشأ عن فعله أو تفريطه أو قصوره...» (الفصل 843) وأنه «... مسؤول بعواقب مخالفته لأذن المؤجر...» (الفصل 844). كما تضمنت مجلة الالتزامات والعقود وصف أخطاء عقدية أخرى مثل حالي الفصل 1075 الخاص بالإفراط في استعمال العارية، والفصل 1131 المتعلق بمسؤولية الوكيل في صورة تقصيره، الأمر الذي يتبيّن معه أن الخطأ العقدي في نظر المشرع التونسي هو ركن ضروري وهام من بين أركان المسؤولية الثلاثة<sup>(13)</sup>، وأنه يتمثل كما سبقت الإشارة إليه في عدم قيام المدين بما التزم به نحو الدائن. ويتأثر قيام المسؤولية بدرجة صعوبة إثبات الخطأ من ناحية (أ)، وبدرجة خطورته من ناحية أخرى (ب).

### أ - إثبات الخطأ

355 - ورد بالفصلين 277 و 282 من م.أ.ع. أن عدم الوفاء بالعقد أو المماطلة فيه يلزم المدين بتعويض الخسارة (الفصل 277) إلا إذا أثبت سبباً غير منسوب إليه منعه من الوفاء أو آخره عنه كالقوة القاهرة والأمر الطارئ ومقاطلة الدائن (الفصل 282). ويفهم من هذه الأحكام أن مواجهة المدين ممكنة مدنياً - عدا حالة السبب الأجنبي - بمجرد إثبات خطأه المتمثل في عدم وفائه بما التزم به عقدياً نحو الدائن.

356 - ولكن كيف ومتي يمكن الجزم بشبه عدم الوفاء؟ يختلف الجواب عن هذا السؤال من عقد إلى آخر. وقد لاحظ الفقيه René DEMOGUE في هذاخصوص، منذ سنة 1925<sup>(14)</sup>، أن الالتزامات العقدية

(13) وما من شك في أن الفصل 278 م.أ.ع. المتعلق بتحديد الخسارة الناتجة عن عدم الوفاء وبكيفية تقديرها يكشف صراحة عن اتجاه المشرع في هذا الخصوص وذلك بتنصيبه على أنه على المجلس أن يقدر الخسارة ويعمل فيها تفاوتاً بحسب خطأ المدين أو تلبسه.

(14) يراجع : René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris 1925, t. 5, n° 1237, pp. 536 à 544.

مدنية خصوصية وهي المسوؤلية العقدية الناجمة عن عدم الوفاء بالالتزامات العقدية. فما هي أركان المسوؤلية العقدية<sup>(15)</sup>؟ وكيف تتحقق آثارها المتمثلة في تعويض الخسارة<sup>(16)</sup>.

### § 1 - أركان المسوؤلية العقدية

353 - أركان المسوؤلية العقدية ثلاثة. وتمثل في الخطأ (I) والضرر (II) والعلاقة السببية بينهما (III). على أن توافر أركان المسوؤلية الثلاثة لا يمنع من التخلص من عواقبها إذا توافر سبب من أسباب الإعفاء منها (IV).

#### I - الخطأ<sup>(17)</sup>

354 - يتمثل الخطأ العقدي في عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد. فمن يمتنع عن الوفاء أو ياطل فيه يرتكب بالضرورة خطأ طالما اعتبرنا أن الخطأ في تعريفه العادي العام هو عدم الوفاء أو التقصير في الوفاء بالتزام<sup>(18)</sup>. لذلك فإن جمهور الشرائح<sup>(19)</sup> يرى أن الفصل 277 من م.أ.ع.، عندما ينص على أن «عدم الوفاء بالعقد أو المماطلة فيه يوجبان القيام بالخسارة...»، فإنه يشترط ضمنياً توفر ركن الخطأ رغم عدم إشارته له بصفة صريحة. وما يؤكد هذا التفسير تعرّض المشرع عند تنظيمه للعديد من العقود المسماة إلى مفهوم الخطأ العقدي وخاصة إلى الأفعال المكونة له والتي قد ينجر عنها إلزام المدين بضمان الخسارة. من ذلك تنصيص الفصل 782 من م.أ.ع. على مسوؤلية المكتري عما «يقع فيما اكتراه من الفساد بفعله أو بتفريطه أو بسوء استعماله...»، وكذلك ما ورد ضمن الفصل 809 م.أ.ع. في

L. SEGUR, *La notion de faute contractuelle en droit français*, thèse, : Bordeaux, 1954; D. NGUYEN-TAN-BOURGEAIS, *Contribution à l'étude de la faute contractuelle*, Rev. trim. dr. civ. 1973, p. 496.

(10) يراجع J. CARBONNIER, op. cit., § 71, p. 280.

R. ROBERT, *Responsabilité contractuelle, ét. préciee*, n° 53 et s.; A.

WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 395; MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 467;

J. CARBONNIER, op. cit., § 71; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., p. 437.

B. STARCK, H. ROLAND, et L. BOYER, op. cit., n° 1389 à 1391; CH. LARROUMET, op. cit., n° 604 à 607.

العناية. فإذا بذل المدين الجهد المطلوب منه يكون قد نفذ التزامه. وعلى الدائن الذي يدعى عدم الوفاء أن يثبت قلة العناية والتقصير أو الإهمال من جانب المدين في بذله للجهد المطلوب منه بموجب العقد. وما من شكّ في أن مهمّة الدائن قد تكون صعبة في هذه الصورة نظراً إلى أن إثبات تقصير المدين يفترض تقدير سلوكه وطريقة تصرفه وقت التنفيذ، وبيان ما تميّزت به من إهمال ولا مبالغة أو نقص في الكفاءة الازمة. وهذه مسائل تقديرية تخضع لسلطان القاضي الذي يقضي فيها حسب مطلق وجданه، مما يؤكّد دقة موقف الدائن الذي يدعى عدم الوفاء بالتزامه بعناية.

ويقدر القاضي مدى توفر الخطأ من عدمه بالرجوع إلى سلوك الرجل العاقل العادي - رب الأسرة المعتنى بأموره<sup>(18)</sup>. ولكنه يعتبر في ذلك أيضاً مقدار الجهد المطلوب من المدين بموجب القانون والعقد أو بحسب طبيعة الإلتزام. من ذلك أنّ التزام الطبيب نحو مريضه<sup>(19)</sup>، وهو التزام بعناية يتمثل أساساً في معالجة المريض بعد تشخيص ملامح مرضه، يحدّد بالنظر إلى ما يورقه تطور علوم الطب من وسائل تشخيص ومعالجة. فإذا أحسن الطبيب استعمال جميع هاته الوسائل أثناء مباشرته للمريض، فإنه يكون قد أوفي بالتزامه نحوه كما يجب. ولا تجوز عندئذ مواجهته من أجل عدم تحقّق الشفاء لخروج هذا الهدف عن نطاق التزامه. أمّا إذا تبيّن إهمال الطبيب أو تقصيره من هاته الناحية وثبت ابتعاده عن أساليب العمل العلمية، فإنّه يعُد مخططاً بما يعرضه لتعويض الخسارة التي قد تكون لحقت المريض نتيجة خطأ ذلك الطبيب.

#### 2.1 - الإلتزام بنتيجة

358 - الإلتزام بنتيجة أو بتحقيق غاية هو الإلتزام الذي لا يكون تنفيذه إلا بتحقيق غاية معينة هي محلّ الإلتزام<sup>(20)</sup>. فمن تعهد بنقل شخص من مكان

(18) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 398.

(19-18) يراجع : محمد صالح بن حسين، المسؤولية الطبية في القانون التونسي، ق.ت. 1996، عدد 2، ص 7.

(20) يراجع : عبد الرزاق الشهوري : الوسيط . . . . I ، عدد 428 .

تنقسم من هذه الناحية إلى نوعين : إلتزامات بنتيجة والتزامات ببذل عناية مبيناً أن مدى صعوبة إثبات عدم الوفاء تغيّر بحسب نوع الإلتزام. وقد لقيت هذه النظرية في فرنسا<sup>(21)</sup>، وفي عدد من البلدان الأخرى<sup>(22)</sup>، خاجها فقهياً وقضائياً كبيراً. وقد تبنتها المحاكم التونسية في العديد من أحكامها وقراراتها<sup>(23)</sup> بالرغم من عدم تعرّض المشرع لها. وفي ذلك ما يفرض عرض مبدأ التفرقة الذي تقوم عليه نظرية DEMOGUE (1)، ثم البحث في مسألة معيارها (2)، قبل التعرّض إلى الإلتزام بضمّان السلامة الذي يعُد من أهم حالات تطبيقها<sup>(3)</sup>.

#### 1 ) مبدأ التفرقة بين الإلتزام بنتيجة والإلتزام ببذل عناية

##### 1.1 - الإلتزام ببذل عناية

357 - الإلتزام ببذل عناية هو الإلتزام الذي يتعهد بوجبه المدين ببذل جهد سعياً للوصول إلى غرض معين. ويستوي في ذلك أن يتحقق الغرض أو أن لا يتحقق. فاللهمّ فيه إذن، ليس تحقيق نتيجة، إنما بذل مقدار معين من

(15) يراجع : J. FROSSARD, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, th., LYON, L.G.D.J., 1965, préf. R. NERSON; ESMEIN, Remarques sur de nouvelles classifications des obligations, Mélanges CAPITANT, p. 235; ESMEIN, Obligation et responsabilité contractuelle, Mélanges RIPERT, t. 2, p. 101; MARTON, Obligations de résultat et obligations de moyen, Rev. trim. dr. civ. 1935, p. 499; A. TUNC, La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, J.C.P. 1945 - I - 449; RODIERE, Une notion menacée, la faute ordinaire dans les contrats, Rev. trim. dr. civ. 1945, p. 201; MAZEAUD, L'obligation générale de prudence et de diligence et les obligations déterminées, Rev. trim. dr. civ. 1936, p. 1; PLANCQUEEL, Obligations de moyen, obligations de résultat, Rev. trim. dr. civ. 1972, p. 334.

(16) يراجع بالنسبة للقانون المصري : عبد الرزاق الشهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، II ، عدد 424 وما بعده. وانظر بالنسبة للقانون مقاطعة الكيباك بالكندا : MAURICE A. TANCELIN, Théorie du droit des obligations, Les presses de l'université de Laval, QUEBEC, 1975, n° 375.

(17) يراجع مثلاً : قرار تعقيبي مدنيّ عدد 10624 ، مورّخ في 17 جانفي 1985 ، ن.م.ت. ، ج 1 ، ص 190 ، وق.ت. 1986 ، عدد 5 ، ص 43 . وحكم مدنيّ عدد 212 ، مورّخ في 29 أكتوبر 1962 ، بمحكمة المهدية الابتدائية ، ق.ت. 1963 ، عدد 7 ، ص 63 .

م.أ.ع. أنه لا يمكن إعفاؤهم من ذلك الضمان إلا إذا أثبتوا أنَّ التلف أو التعيب نتج عن سبب خارجيٍّ مثل القوة القاهرة أو خطأ المترسّر. كما تتجه الإشارة في هذا المضمار إلى أحكام الفصل 640 من المجلة التجارية الذي يحمل ناقل الأشياء التزاماً بتحقيق غاية منصوصاً عليه كما يلي : «يُضمن الناقل من وقت تسلمه الأشياء المراد نقلها ضياعها كلاً أو بعضها أو تعيبها أو التأخير في تسليمها». أمّا ناقل الأشخاص فهو ملزم بضمان سلامة المسافرين بموجب التزام بتحقيق غاية ينصّ عليه الفصل 653 من المجلة التجارية على النحو الآتي : «يجب على ناقل الأشخاص أن يوصل المسافر إلى وجهته المقصودة سالماً وفي حدود الوقت المعين». ويضيف الفصل 654 أنَّ الإعفاء من هذا الضمان لا يجوز إلا بثبوت القوة القاهرة أو خطأ ينبع للمسافر<sup>(20)</sup>.

#### 2.2) - تحديد محتوى الإلتزام بحسب طبيعته

361 - تشكّل طبيعة الإلتزام في بعض الأحيان الدليل القاطع على مضمونه. ويتفق الشرح<sup>(21)</sup> على أنَّ الإلتزامات بإعطاء والإلتزامات بامتناع عن عمل تتسمى إلى صنف الإلتزامات بتحقيق غاية. فمن يبيع شيئاً على ملكه يلتزم نحو المشتري بنتيجة تمثل في نقل الملكية. فإذا لم تتحقق النتيجة المتعهد بها فإنَّ البائع يكون ملزماً بتعويض الخسارة، ولا يمكن له إذن أنْ يؤسس دفاعه على كونه سعى بكلِّ ما له من جهد إلى تحقيق تلك النتيجة. والأمر يكون بالمثل بالنسبة لمن يتلزم بعدم منافسة غيره في تجارة معينة - وهو التزام بامتناع عن عمل لا يعقل أن يكون التزاماً ببذل عنابة. أمّا الإلتزامات بعمل فإنَّ محتواها يختلف باختلاف العقود المنشطة لها. فبعضها يدخل في صنف الإلتزامات بتحقيق غاية في حين يعدُّ البعض الآخر من قبل الإلتزامات ببذل عنابة، لذلك يجب البحث عن معيار تفرقة بينهما.

(20) يراجع : محمد الصالح بن حسين : «مسؤولية ناقل الأشخاص»، ق.ت. 1987، عدد 6، ص. 7.  
 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 985 et s.; CH. :  
 LARROUMET, op. cit., n° 628 à 630; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 399.

إلى آخر في وقت معين يكون قد التزم بتحقيق نتيجة. فإذا لم يتحقق تلك النتيجة يبقى الإلتزام المتعهد به غير منقد، الشيء الذي يتكون منه الخطأ طالما أنَّ الخطأ العقدّي يتمثل كما رأينا في مجرد عدم الوفاء. ويتبيّن من هذا أنَّ مهمَّة الدائن الذي يعتمد القيام بالخسارة سهلة جداً في صورة الإلتزام بنتيجة. فهو معفى من كلفة إثبات الخطأ إذ أنَّ الخطأ مفروض هنا من مجرد عدم حصول النتيجة المتعهد بها. أمّا المدين بهذا النوع من الإلتزام فإنَّ إعفاءه من تعويض الخسارة يبقى رهين إثباته للسبب الخارجي (الفصل 282 م.أ.ع.).

#### 2) معيار التفرقة بين الإلتزام بنتيجة والإلتزام ببذل عنابة

359 - يمكن تحديد ما إذا كان الإلتزام المتفق عليه إلتزاماً بنتيجة أو إلتزاماً ببذل عنابة بالرجوع إلى إرادة الأطراف المتعاقدتين، حيث أنَّ الأمر يتعلق في الواقع بمحتوى الإلتزام الناشئ عن العقد الرابط بينهم. غير أنَّ العقود لا تتضمن عادة بيانات صريحة في هذا الخصوص. والسبب في ذلك راجع أساساً إلى أنَّ محتوى الإلتزام يحدّد غالباً إما بحكم القانون (1-2) أو بحسب طبيعته (2-2). على أنَّ ذلك قد لا يعفي من البحث عن معيار تفرقة موضوعيٍّ وذلك بالنسبة للإلتزامات التي يتعدّر تصنيفها بالرجوع إلى طبيعتها أو إلى القانون، وهو ما سعى إليه الفقه الفرنسي الحديث (2-3).

#### 1.2) - تحديد محتوى الإلتزام بحكم القانون

360 - الإلتزامات التي يحدّد محتواها القانون هي طبعاً تلك التي تنشأ عن العقود المسماة. ويمكن أن نذكر منها على سبيل المثال ما جاء بالفصل 782 م.أ.ع. من أنه «على المكتري ضمان ما يقع فيما اكتراه من الفساد بفعله أو بتغريبه أو بسوء استعماله». ويفهم من هذا النصُّ أنَّ التزام المكتري بالمحافظة على المكرى هو التزام ببذل عنابة. وكذلك الشأن بالنسبة لالتزام الوكيل حيث جاء بالفصل 1131 أنه «على الوكيل القيام بما وكلَّ عليه بغاية من الاعتناء والشّتّت وهو مسؤول بالخسارة الناشئة لوكيله عن تقصيره...». ومن حالات الإلتزام بتحقيق غاية التي ينصُّ عليها القانون، إلتزام أصحاب الفنادق بضمان ما تلف أو سرق من متاع حرفائهم، حيث يتبيّن من الفصلين 849 و850 من

متعلقاً بسلامة الدائن الجسدية أو بحياته . ولكنها لا تذهب إلى إثقال كاهل المدين إذا كان التزامه بدون عوض ولا تحمّله في هذه الصورة سوى إلتزام يبذل عنابة<sup>(24)</sup>.

### 3 ) الإلتزام بضمان السلامة

363 - لا تتحصر الإلتزامات التي يجب على المدين تنفيذها والتي قد ينجر عن مخالفتها إلزامه بتعويض الخسارة في تلك التي صرّح بها الأطراف، بل تضاف إليها جميع الإلتزامات التي تتبعها أو تترتب عليها بحكم «القانون أو العرف أو الإنصاف». ويستنتج من هذه القاعدة التي أوردها كما سبق بيانه<sup>(25)</sup> الفصل 243 من م.أ.ع. ، أنه يحق للقاضي إذا لم يصرّح الأطراف أو القانون عن الإلتزامات التي تتبع حتماً بعض العقود اعتباراً لطبيعتها، أن يقرر إجراء العمل بها وأن يحكم على المدين بالتعويض من أجل مخالفتها<sup>(26)</sup>.

وقد قضت المحاكم الفرنسية على ذلك الأساس منذ سنة 1911 بأن عقد النقل لا يلزم التناول بنقل المسافر من مكان إلى آخر فحسب، بل يلزمه أيضاً بإتمام ذلك مع ضمان سلامته البدنية. ويتترتب على ذلك إلزام التناول بالتعويض في صورة حصول أضرار بدنية للمسافر نتيجة حادث جدّ أثناء النقل<sup>(27)</sup>. وقد لقيت هذه القرارات صدى كبيراً في التطبيق حيث امتد نطاق الإلتزام بضمان السلامة شيئاً فشيئاً إلى جميع أنواع العقود التي تكون فيها

(24) يراجع في خصوص مختلف هذه الاعتبارات : R. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 980 à 983; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 823.

(25) يراجع العدد 348 أعلاه.

R. RODIERE, Responsabilité contractuelle, Rep. Dr. civ.. Dalloz, n° 13 et suiv. V. aussi, Patrice JOURDAIN, Nouveaux développements de l'obligation de sécurité extra-contractuelle et responsabilité contractuelle du fait des choses, note sous cass. 1er Civ. 17 janvier 1995, D. 1995, p. 350; Yvonne LAMBERT-FAIVRE, Fondement et régime de l'obligation de sécurité, D. 1994, Chr., p. 81.

(26) قرار تعقيبي مدنى فرنسي مورخ في 11 نوفمبر 1911 (D. P. 1913 - I - p. 249, note 1911 SARRUT).

3.2 ) مسألة معيار التفرقة بين الإلتزام ببذل عنابة والإلتزام بنتيجة

362 - حاول عدد من الشرائح وضع معيار موضوعي للتفرقة بين الإلتزام ببذل عنابة والإلتزام بنتيجة. وقد اقترح بعضهم للغرض اعتماد معيار الإحتمال<sup>(22)</sup> التمثيل في أن يقع تحميم المدين التزاماً ببذل عنابة كلما كان تحقيق الغاية التي تعاقد من أجلها الدائن أمراً غير محقق بل مجرد احتمال لا تكفي عنابة المدين وحدها لتحقيقه. وذلك حال الطبيب في علاقته مع مريضه. فالالتزام نحوه ينحصر مبدئياً في استعمال جميع الوسائل العلمية لاكتشاف نوع المرض ولقاومته وليس بشفاءه. ذلك أن الشفاء غالباً ما يبقى رهين عوامل مختلفة لا يخضع جميعها لرادرة الطبيب بحيث لا تكفي في كل الأحوال العناية التي يبذلها هذا الأخير أثناء معالجته للمريض لتحقيق الشفاء. وإذا يدو هذا المعيار جدياً فلأنه ينطلق في الواقع من الإرادة المفترضة لطيفي العقد. ويوجد معيار فقهي ثان مأخوذ من دور الدائن في تفزيذ الإلتزام<sup>(23)</sup>. فإذا كان هذا الدور سلبياً - كالمنفرج في الملعب - فإن الإلتزام يكون بنتيجة. أما إذا كان دور الدائن فعالاً - كاللاعب في مقابلة رياضية - فإن التزام المدين يكون ببذل عنابة اعتباراً إلى أن حسن تنفيذ الإلتزام يبقى في الحالة الثانية هذه - وإلى حد ما - رهين سلوك الدائن نفسه.

واللاحظ أن فقه القضاء بفرنسا لم يتقيّد بصفة مطلقة بأيٍ من المعيارين المذكورين. بل إنه يعتمد في تحديد الإلتزام محتوى الإلتزام شتى الاعتبارات الأخرى. من ذلك أن المحاكم تميل إلى إلزام المدين بنتيجة معينة إذا كان هذا الأخير مؤمّناً على مسؤوليته من أجل الأضرار التي ألحقتها بمعاقده أو إذا كان موضوع الإلتزام

(22) يراجع TUNC, La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, J.C.P. 1945 - I - 449; WEILL, note J.C.P. 1952 - II - 6909; R. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 978 et 979; A. BENABENT, note J.C.P. 1980 - II - 19402.

(23) يراجع CH. LARROUMET , op. cit., n° 630, p. 590; R. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 982; J. FROSSARD, La distinction des obligations de moyens et de résultats, thèse, LYON, L.G.D.J., 1965, n° 232.

من التعويض في صورة إصابة مسافر بأضرار بدنية أثناء النقل إلا إذا ثبت أنَّ الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا ينسب إلى المسافر (الفصلان 654 و 655 ق.ت.). أمّا صاحب التزل فإنَّ التزامه بضمان سلامة حرفائه يعتبر في نظر محكمة التعقيب التزاماً ببذل عناية يتمثل أساساً في السهر على سلامة حرفائه من جميع النواحي وتوفير جميع المراقب للغرض. وقد عابَ القرار المؤرخ في 7 نوفمبر 1974 المذكور أعلاه على صاحب التزل تقصيره في تجهيز الغرف التي يقيم بها حرفاؤه بالمرافق الصحية الالزمة. وقد ترتب على هذا الخطأ تسرب الغاز مما عرض حياة حريفيه للهلاك.

#### ب - تدرج الخطأ<sup>(31)</sup>

365 - ترجع فكرة تدرج الخطأ إلى نظرية قدية استنبطها القانون الفرنسي القديم. وهي تقسيم الخطأ العقدي غير العمد إلى أقسام ثلاثة: خطأ جسيم (Faute lourde)، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل، وهو أقرب ما يكون إلى الخطأ العمد ويلحق به من حيث نظامه القانوني. وخطأ يسير (Faute légère)، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص عادي. وخطأ تافه (Faute très légère)، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص حازم يقط.

وتقسم هذه النظرية العقود من جهتها إلى أنواع ثلاثة : عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة، ولا يسأل فيه المدين إلا عن الخطأ الجسيم، وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالأيجار ويسأل فيه المدين عن الخطأ اليسير، وعقد لمنفعة المدين وحده، ويسأل فيه المدين حتى عن الخطأ التافه<sup>(32)</sup>.

(31) يراجع : عبد الرزاق الشهوري : الوسيط...، I، عدد 430، 1930. (32) يراجع : عبد الرزاق الشهوري : الوسيط...، I، عدد 430، 1930. AYNES, op. cit., n° 826; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 403 et s.; v° aussi, D. NGUYEN THANH-BOURGEAIS : Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place dans la gamme des fautes, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 414; G. VINEY, Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde, D. 1975, chr., p. 263; Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance op. cit., n° 104 et s.

السلامة البدنية لأحد المتعاقدين عرضة للخطر وقت تنفيذها<sup>(28)</sup>. وإذا جعل المشرع التونسي من الالتزام بضمان السلامة التزاماً قانونياً بالنسبة لعقد التقل (الفصول 653 وما بعده من م.ت.). فإنَّ فقه قضاء محكمة التعقيب تبني من ناحيته أيضاً فكرة إلزام المدين بضمان سلامة الدائن في العقود التي يكون فيها شخص هذا الأخير عرضة للخطر. على أنَّ القرارات المنشورة التي صدرت في هذا الخصوص قليلة العدد، ولعلَّ أهمُّها يقى القرار ذا العدد 10578 المؤرخ في 7 نوفمبر 1974 الذي وضع على كاهل صاحب نزل إلزاماً بضمان سلامة حرفائه المقيمين، مجبراً إيه على ذلك الأساس بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن هلاك حريفيه بسبب تسرب الغاز الطبيعي إلى الغرفة التي كان الهاكلان يقيمان بها<sup>(29)</sup>.

364 - على أنه لا يكفي التصریح بوجود التزام بضمان السلامة. وعلى القاضي أن يحدد أبعاده وأن يبين هل أنه إلزام ببذل عناية أم أنه إلتزام بنتيجة. وما من شكَّ في أنَّ وصف الالتزام بضمان السلامة يكتسي من هذه التالية أهمية بالغة بالنسبة للطرفين المتعاقدين، حيث أنَّ تكليفه بالتزام بنتيجة يعني إعفاء الدائن المتضرر من عناية إثبات خطأ المدين بما يقلل كاهل هذا الأخير الذي لا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المتضرر. أمّا إذا اعتبرت المحكمة أنَّ ضمان السلامة المحمول على أحد المتعاقدين هو التزام ببذل عناية لا يثبت عدم الوفاء به إلا بثبوت تقصير المدين أو إهماله، فإنَّ مهمة الطرف المتضرر تكون أصعب بكثير<sup>(30)</sup>. ومن الملحوظ أنَّ ضمان سلامة المسافرين في القانون التونسي هو التزام بنتيجة إذ لا يعفي التألف

(28) يراجع في هذا الخصوص : L. JOSSERAND, La personne humaine dans le commerce : juridique, D.H. 1932, Chr., p. 1; H. LALOU, Contrats comportant pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant sain et sauf, D.H. 1931, chr., p. 37; M. MIOCO, La sécurité de la personne physique et la responsabilité contractuelle, thèse, Paris 1938; J. BEQUE, La protection de la victime d'un accident corporel et de ses proches dans le cadre contractuel, thèse, Montpellier, 1943.

(29) قرار تعقيبي مدني عدد 10578 مؤرخ في 7 نوفمبر 1974، ن.م.ت.، ج II، ص 118.

(30) يراجع في هذا الخصوص : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1010 à 1043, spéci. n° 1026 et suiv.

ويبدو من جهة أخرى أنّ الضرر المستوجب التعويض يمكن أن يكون ضرراً مادياً أو معنوياً بالرغم من عدم تعرض المشرع صراحة إلى هذا الصنف الأخير من الضرر. ذلك أنّ قواعد المسؤولية المدنية بوجه عام - عقدية كانت أو تقصيرية - تفترض التعويض التام عن الضرر الحالى مهما كان نوعه<sup>(36)</sup>. ولا شكَّ في أنَّ فقه القضاء في بلادنا قد تبنى هذا المبدأ بالنسبة للمؤولة العقدية، ويمكن استنتاج ذلك من الأحكام والقرارات العديدة التي تلزم الناقلين ومؤذنيهم بجبر كامل الأضرار التي تلحق حرفاً هم المسافرين، بما فيها الأضرار الأدبية، لما يتعرضون إلى حادث مرور أثناء تنفيذ عقد النقل<sup>(37)</sup>. وتجدر الملاحظة في هذا الشأن أنَّ فقه القضاء بفرنسا أقرَّ منذ أوائل القرن العشرين مبدأ تعويض الضرر المعنويَّ في إطار المسؤولية العقدية<sup>(38)</sup>.

### III - العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

367 - لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر لقيام المسؤولية. بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في حصول الضرر أي أن توجد علاقة سببية بين الخطأ والضرر. وهو الشرط الذي يشير إليه المشرع لما ينص بالفصل 278 من م.أ.ع. على أنَّ «الخسارة عبارة عما نقص من مال الدائن وعما فاته من الربح من جراء عدم الوفاء...». فالخسارة لا توجب التعويض إذن إلا إذا كانت النتيجة المباشرة للخطأ العقدي المتمثل في عدم الوفاء. ويتعين على الدائن أن يثبت ذلك. على أنه غالباً ما يتعدّر مادياً الكشف عن السبب الأصليّ لضرر معين. فالضرر الذي يحصل يعزى دائماً وبوجه عام إلى سلسلة لا متناهية من الأسباب يتولّد كلَّ سبب منها عن الآخر ويكون له دور في إحداث ذلك الضرر. لذلك فإنَّ السبب المطلوب توفره ليس السبب الحقيقي بقدر ما هو

(36) يراجع... PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 836... التغوص الكامل، محمد الجعبي : التعويض عن الضرر البدني في القانون التونسي والقانون المقارن، مطبعة بايريس - تونس 1997 ، الجزء الأول ، ص 75 وما بعدها.

(37) انظر مثلاً القرار التعقيبي المدني عدد 7793 المؤرخ في 29 أفريل 1971، ن.م.ت.، 1971، ص 64، وق.ت.، عدد 3، ص 41، والقرار عدد 16957 المؤرخ في 25 أفريل 1989، ن.م.ت.، 1989، ص 149.

Tb. com. Seine, 20 février 1932, Gaz. Pal. 1932-1-895, et Tb. civ. Seine, 20 Décembre 1932, S. 1932 - 2 - 144.

وقد تخلَّى القانون الفرنسيَّ عن هذه النظريَّة منذ أواخر القرن التاسع عشر وذلك خاصة تحت تأثير PLANIOL الذي لاحظ أنَّ كلَّ مخالفَة لالتزام قانونيَاً كان أم تعاقدياً، تعد خطأ، وأنَّ توافر هذا الرُّكن من عدمه يعني رهن محتوى وأهميَّة الالتزام المحمول على المدين، بحيث أنَّ إثارة مسألة خطورة الخطأ تكون في جميع الأحوال غير ذات معنى طالما أنَّ المهمَّ هنا هو التَّأكيد من مدى التزام المدين . فإذا تبيَّن أنه لم يفِ به على النحو وبالقدر المتفق عليه، فإنَّ الخطأ يثبت ضده ويمكن مطالعته بتعويض الخسارة على أساسه<sup>(39)</sup>. ويستنتج من هذا التَّحليل أنه يجوز مواجهة المدين من أجل كلَّ مخالفَة من جانبِه للالتزام الذي تعهدَ به بصرف النظر عن درجة خطورتها. وما من شكَّ في أنَّ مجلة الالتزامات والعقود قد تبنَّى هذا الاتجاه وذلك بالرغم من كون بعض أحکامها، وخاصة منها الأحكام المتعلقة بتحديد التزامات المدين في عقدي الوديعة (الفصول 1005 و 1020 و 1021) والوكالة (1114 و 1131 و 1132) تتضمَّن بعض آثار نظرية تدرج الخطأ المهجورة حيث أنَّ تقدير خطأ المدين في العقود المذكورين يختلف من حيث شدته بحسب ما إذا كان التزامه بأجر أو بدون أجر.

### II- الضرر

366 - الضرر هو الرُّكن الثاني في المسؤولية العقدية. والدائن الذي يدعى مطالب بإثباته. وهو لا يفترض من مجرد عدم الوفاء<sup>(40)</sup>. فقد لا ينفرد المدين التزامه دون أن يترتب للدائن أيَّ ضرر من ذلك<sup>(41)</sup>. ولا يعفى الدائن من عبء إثبات الخسارة إلا في الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي (الفقرة 3 من الفصل 278 من م.أ.ع.). والضرر الذي يترتب عليه التعويض - بشرط الإثبات طبعاً - يتمثل إما في عدم الوفاء الكلي أو الجزئي بالالتزام، أو في المطالدة فيه (الفصل 277 من م.أ.ع.).

(38) يراجع : PLANIOL, Rev. cr., 1905, p. 283.

(39) يراجع عبد الرَّزاق الشهوري ، الوسيط ... ، I ، عدد 442 .

(40) PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 836; A. WEILL et F. : TERRE, op. cit., n° 388.

زرع أرضه وقلص دخله. ذلك أنّ هلاك الدّواب - بل شراء دابة مريضة - يعدّ من الأسباب العارضة لحرمان الفلاح من زرع أرضه ولتقليص دخله ضرورة أن تعلّم زرع الأرض قد يرجع إلى أسباب متعددة أخرى وليس من المألف أن يتبع عن شراء دابة مريضة. فهو إذن سبب غير متوج وغير مباشر على معنى الفصل 278 م.أ.ع.

على أنّ أحكام هذا النص قد تسمح للقاضي بأن يحكم بالتعويض عن الأضرار غير المباشرة في صورة تعمّد المدين عدم الوفاء. وقد خوّل المشرع للمجلس في هذا المجال سلطة تقديرية مركّزاً خاصة على أن يجعل في تقديره للغرامات «تفاوتاً بحسب خطأ المدين أو تدلّسه» (الفصل 278 فقرة أولى).

#### IV - أسباب الإعفاء من المسؤولية العقدية

368 - جاء بالفصل 282 من م.أ.ع. أن المدين «لا يلزم . . . بتعويض الخسارة إذا ثبتت سبباً غير منسوب إليه منعه من الوفاء أو آخره عنه كالقوة القاهرة والأمر الطارئ ومحاطلة الدائن». وإذا لم ترد أحكام هذا النص على سبيل الحصر، فإن ذلك يرجع بدون شك إلى أنه يوجد إلى جانب القوة القاهرة والأمر الطارئ (أ) ومطلب الدائن (ب) أسباب أخرى تعفي المدين من المسؤولية تمثّل أساساً في فعل الغير و فعل الدائن (ج).

##### أ - القوة القاهرة والأمر الطارئ<sup>(42)</sup>

369 - إن القوة القاهرة والأمر الطارئ لفظان لا يختلفان من حيث مفهومهما وأثارهما. وقد لاحظ أحد الشرّاج<sup>(43)</sup> أن المشرع تعرّض لحاديّث القوة القاهرة والأمر الطارئ في قرابة ثالثين فصلاً من مجلة الالتزامات والعقود. وفي كلّ هاته النصوص القانونية لا يجدّه يميّز صراحة ولا ضمنياً

(42) يراجع Paul-Henri ANTONMATTEI, Contribution à l'étude de la force : majeure, thèse, Montpellier, 1992 و محمد الحبيب الشريف : حول الدفع بالقوة القاهرة في قضايا حوادث المرور، ق.ت، 1992، عدد 5، ص 29 وما يليها.

(43) محمد الحبيب الشريف : هل يجوز التمييز بين القوة القاهرة والأمر الطارئ؟، ق.ت، 1987، عدد 7، ص 25 وما يليها.

سبب قانونيّ. وقد حاول الشرّاج تحديده ووضعوا للغرض عدّة نظريات مختلفة سوف نتعرّض إلى أهمّها : نظرية تكافؤ الأسباب<sup>(39)</sup> ونظرية السبب المتوج<sup>(40)</sup>.

أما النّظرية الأولى فمفادها أن كلّ سبب تبيّن أنه كان له دور في إحداث الضّرر يجب اعتباره - مهما كان بعيداً - من الأسباب التي أحدثت الضّرر. ذلك أن كلّ الأسباب التي تدخلت في إحداث الضّرر تعدّ متكافئة في هذه النّظرية. وبالتالي فإن كلّ واحد منها يعتبر سبباً في إحداثه. ويؤدي هذا التّصور طبعاً إلى البحث عن الأسباب البعيدة للمسؤولية ولو جانب فلسفـي ما ورائي قد يؤول إلى اعتبار كلّ فرد من أفراد المجتمع مسؤولاً عن المصائب التي تحدث له. كما يتربّط حتماً على هذه النّظرية التّوسيع في نطاق الضّرر الواجب التعويض بما يجعله يشمل على حدّ السّوى الأضرار المباشرة والأضرار غير المباشرة. وهو أمر مخالف لتصريح أحكام الفصل 278 م.أ.ع.

وتعد النّظرية الثانية، وهي نظرية السبب المتوج، أكثر تطابقاً من هذه النّاحية مع إرادة المشرع حيث أنها تميّز بين الأسباب العارضة والأسباب المتوجة. ولا تأخذ إلا بهذه الأخيرة. والسبب العارض الذي لا يمكن اعتماده هو السبب غير المألف الذي لا يتربّط عليه عادة نوع الضّرر المطلوب التعويض عنه. أما السبب المتوج فهو، على خلاف ذلك، السبب المألف الذي يتوقع منه إحداث ذلك الضّرر. فهو بعبارة أخرى الخطأ الذي يتبع عنه في تقدّرات كلّ شخص عاقل الضّرر موضوع طلب التعويض. ولا يمكن الحصول على أساسه على جبر غير ذلك الضّرر.

وإذ يمكن على مقتضى ذلك لمن اتّبع مثلاً<sup>(41)</sup> دابة مريضة أن يطالب باسترداد ثمنها وثمن الدّواب الأخرى التي هلكت نتيجة العدوى، فإنه لا يحقّ له أن يطلب أيضاً التعويض استناداً إلى كون موت الدّواب حرمه من فرصة

(39) يراجع في خصوص نظرية الأسباب المتكافئة : عبد الرّزاق السّهوري، الوسيط . . . 1، عدد 605.

(40) ويراجع بالنسبة لنظرية السبب المتوج : عبد الرّزاق السّهوري، الوسيط . . . 1، عدد 606.

(41) ويرجع المثال المذكور إلى الكاتب الغربي القديم POTHIER.

عدمه يعتبر من المسائل الواقعية التي تخضع لاجتهد القاضي، فإنهم يختلفون في خصوص نطاق استحالة التوقع. ففي حين يشرط بعضهم<sup>(48)</sup> أن يكون عدم إمكان التوقع مطلقاً وأن يقع تقادره لا من جانب المدين فحسب، «بل من جانب أشد الناس يقظة وبصر بالأمور»<sup>(49)</sup>، نلاحظ أن أهم الفقهاء المعاصرين<sup>(50)</sup> يؤكدون على أن عدم إمكان التوقع لا يكون إلا نسبياً وأنه يتوجه تقادره إما بالرجوع إلى معيار «الأب الصالح» أو باعتبار حالة كلّ مدين على حدة. وهو اتجاه يدوّن مطابقاً لفقه قضاء محكمة التعقب<sup>(51)</sup>.

## ٢.١) - إستعمال الدفع

372 - يجب أن تكون الحادثة غير المتوقعة مستحيلة الدفع لكي تتكون منها حالة قوة قاهرة (الفصل 283 م.أ.ع.). أما إذا أمكن دفع المحتال فلا يجوز اعتباره قوة قاهرة حتى إذا ثبت استحالة توقعه<sup>(52)</sup>.

(48) يراجع : عبد الرزاق السنّهوري : الوسيط . . . ، ١ ، عدد ٥٨٨.

<sup>(40)</sup> عبد الرحيم السندي، المجمّع أعلاه.

J. CARBONNIER, op. cit., § 75; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. : براجع (50) cit., n° 827; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 413; F. CHABAS, Force majeure, ét. précitée, n° 10 et suiv.

(51) ومن أمثلة ذلك تأييد محكمة التمييز للقرار الاستئنافي الذي قضى بأن «ردامة الأحوال الجوية في الرحلات البحرية لا ينظر إلى كفرة قاهرة لأنها لا تخفي عادة على ممارسي هذه الرحلات وأن ريان السفينة لم يأخذ بشارة الرصد الجوي التي أفادت بتوقع الزوجية التي تعرّضت لها السفينة الحاملة لتلك البيضاء» (قرار تعييني مدني عدد 102712، المؤرخ في 6 مارس 1986، ن.م.ت، 1986، ج 1، ص 209). وكذلك ما ذهبت إليه من أن اتفاق عجلة السيارة أو العربية بوجه عام من المواريث التي تحصل بكثرة ويمكن مراعاة أصحابها سلماً، ولهذا فهو أمر متوقع وبالتالي لا يعد من قبل الفرقة القاهرة ولو استحال على السائق دفعه (قرار تعييني مدني عدد 16957، المؤرخ في 25 أبريل 1989، ن.م.ت، 1989، ص 149؛ ولكن انظر في الاتجاه المعاكس القرار التمهيلي المدني عدد 7793، المؤرخ في 29 أفريل 1971، ق.ت، 1972، عدد 3، ص 41).

على أنه يصعب مواجهة محكمة التحكيم لما تسرت وراء سلطة قضاء الموضوع في تقدير الواقع لنقرر الحكم المطعون فيه القضائي بان فقدان مواد البناء ورداة الأحوال الجوية التي تسببت في تأخير إنجاز الأشغال تعد حالة قوّة قاهرة تبرر إعفاء المدين من الشرط التغريمي الذي التزم به في صورة التأخير، دون أن تناقض ما تمسكت به الطاعنة من أن رداة الأحوال الجوية وكذلك فقدان بعض مواد البناء ليست من الأمور التي لا يمكن توقعها وأنه كان على المدعي ضده أن يحتاط لها (قرار تعميسي مدني عدد ٦٧٢٨، مؤرخ في ١٣ جانفي ١٩٨٣، ن.م.ت. ١٩٨٣، ج ١، ص ٢٥٦).

(52) يجب التركيز هنا على ضرورة جمع شرطى عدم إمكان الترقق وعدم إمكان الدفع في حادثة معينة حتى تكون منها حالة قوة قاهرة وهو ما عبر عليه القرار عدد 16957، المؤرخ في 25 أفريل 1989 المذكور أعلاه بقوله «... أن القوة القاهرة... هي الحادث الذي لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه. فإذا أمكن توقيعه ولو است الحال دفعه لم يكن قوة قاهرة ولا أمرا طارئا، وإن أمكن دفعه ولو استحال توقيعه لم يكن قوة قاهرة ولا أمرا

بين الحادثتين المذكورتين. وقد أثيرت مسألة التمييز بين القوّة القاهرة والأمر الطارئ أمام محكمة التعقيب فأجبت بأن «... كلّاهما يتّبع نتائج قانونيّة واحدة بدون ميّز أو تفرقة...»<sup>(44)</sup>. وهذا هو أيضًا الرأي السائد فقهًا وقضاءً بفرنسا<sup>(45)</sup>.

فما هي العناصر المكونة للقوة القاهرة والأمر الطارئ (1) وما هي آثارها؟ (2).

## ١) عناصر القوة القاهرة والأمر الطارئ

370 - القوة القاهرة<sup>(٤٦)</sup> هي حادث غير ممكن التوقع (١.١)، مستحيل الدفع (١.٢) يصبح معه الوفاء بالإلتزام مستحيلاً.

## ١.١) - عدم إمكان التوقع

371 - لا يعتبر الحال دون تفاصيل الالتزام قوة قاهرة إلا إذا كان غير ممكن التوقع زمن التعاقد. ويبدو اشتراط عدم إمكان توقع الحادثة الحالية دون الوفاء أمراً طبيعياً ومعقولاً. ذلك أنه إذا كان في استطاعة المدين توقع الحادثة ولم يسع لتدارك عواقبها في الإياب، فإن وقوعها لا يشكل عذراً له باعتباره تعهد بالوفاء وهو على بيته من واقع الأمور وعلى علم نام بالمخاطر التي قد يتعرض إليها تفاصيل العقد. وإذا يتفق الشرح<sup>(44)</sup> على أن تقدير توفر هذا العنصر من

J. CARBONNIER, op. cit., § 75; F. CHABAS, *Force majeure*, Rep. Dr. : civ. Dalloz.

(46) ونقصد بها أيضاً الأمر العلائي، إذ لا يوجد فرق بين المفهومين في القانون التونسي كما سبق بيانه.  
 (47) يراجع في هذا المقصود : F. CHABAS, Force majeure, Et. précitée, n° 82 et s.:  
 ويلاحظ هنا الكتاب أن محكمة التقيب الفرنسية تحفظ لنفسها بحق وصف الواقع وتعتبر أن مفهوم استحالة الواقع واستحالة الدفع من المسائل القانونية مما يخول لها حق مراقبة تكييف الواقع بهما من قبل قضاء المحكمة الم موضوع. أمّا تقدير الواقعة في ذاتها فهو يخضع لطريق اتجاه محاكم الموضوع ولا رقابة عليهم في ذلك من قبل محكمة التقيب. وهو الاتجاه الذي تتبّعه محكمة التقيب التونسية لما خولت لنفسها حق مراقبة قضاء الأصل حين قضوا بأنّ حادثة انفلاقي عجلة السيارة تعد من قبيل القرف القاهرية وحكمت بالشخص بناء على عدم توفر عنصر استحالة الواقع في مثل هذه الحادثة (راجع قرار تعيبي مدني عدد 16957، مورخ في 25 أفريل 1989، ن. م. ت. 1989، ص 149). وانتظر أيضاً في خصوص حق مراقبة محكمة التقيب في هذا المجال:  
 قرار مدني تعيبي عدد 7753، مورخ في 8 أفريل 1971، ق. ت. 1972، عدد 6، من 43 وقانون خاصة مع القرارات التقيبية المدنية عدد 6728، المورخ في 3 جانفي 1983، (ن. م. ت. 1983، ج 1، ص 256) الذي نصّ فيه أن محكمة التقيب، فضلاً مراقبة مسألة استحالة التقييم، اعتبارها من المسائل المضمنة.

العام وأن الإتفاق على خلافها جائز<sup>(56)</sup>. على أن المشرع يستثنى من هذه القاعدة المدين الماطل الذي يبقى ملزما بتعويض الخسارة «إذا تلف الشيء الملتزم به أو تعيب بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة» (الفصل 280 م.ا.ع.). ويبدو هذا الحال في نظر الشرح مطابقا للقواعد العامة. ويلاحظ أحدهم<sup>(57)</sup>. في هذاخصوص أن المدين الماطل هو مدين مخطئ، والخطأ المتقدم عن القوة القاهرة يفقد لها مفعولها الإعفائى عملا بالقاعدة المنصوص عليها بالفقرة الأخيرة من الفصل 283 م.ا.ع. بما يكفي لتفسير الحال الوارد بالفصل 280 أعلاه.

ويرى فريق من الشرح الحديثين<sup>(58)</sup> أن استحالة التنفيذ لا ينجر عنها حتما إنقراض الالتزام إذا كانت مجرد استحالة وقته. ولا يتربّب عليها في هذه الصورة إعفاء المدين من التزامه إنما فقط تعليق العقد الذي يربطه بالدائنين إلى حين زوال سبب الاستحالة. وتعد هذه النظريّة جديدة نسبيا. وينحصر نطاق تطبيقها في العقود الزمنية التي لا يكتسي تاريخ تنفيذها أهمية جوهرية بالنسبة للدائنين. وهي ترمي في الواقع إلى تعليم الحلول التي سبق أن أقرّها المشرع بمجلة الشغل لفائدة الأجزاء الذين تجبرهم أسباب قاهرة كأداء الواجب العسكري (الفصل 19 من م.ش.) أو الولادة (الفصلان 20 و 64 من م.ش.) على الانقطاع مؤقتا عن العمل. وقد أخذ فقه القضاء بفرنسا بهذه النظريّة في بعض الحالات النادرة<sup>(59)</sup>. كما سبق أن تبنّاها في تونس الفقيه محمد الملاقي

(56) يراجع في هذا المعنى : محمد الملاقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 208 ، وانظر PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 828.

(57) يراجع : Mohamed Moncef CHAFFAI, La demeure du débiteur dans l'exécution du contrat en droit civil, thèse précitée, p. 348.

(58) يراجع : J. F. ARTZ, La suspension du contrat à exécution successive, D. 1979, chr., p. 95; J.M. BERRAUD, La suspension du contrat de travail, thèse, LYON, 1980; v° aussi, Marie-Louise CROS, Les contrats à exécution échelonnée, D. 1989, chr., p. 49; PH. LANGLOIS, Contre la suspension du contrat de travail, D. 1992, chr. p. 141.

(59) يراجع في هذاخصوص : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 835.

وإمكانية الدفع يعني إما إمكانية التغلب على الوضع الراهن أو إمكانية اجتنابه. وتنص الفقرة الثانية من الفصل 283 م.ا.ع. على أنه «لا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة قاهرة إلا إذا ثبت المدين كل الحزن في درنه»<sup>(60)</sup>. كما لا يعتبر قوة قاهرة حسب الفقرة الثالثة من الفصل المذكور «السبب الناجع عن خطأ متقدم من المدين»<sup>(61)</sup>. ولا غرابة في مثل هذا الحال طالما أن استحالة الدفع تنتهي بوجود الخطأ المتقدم، علاوة على كون الخطأ المتقدم يستغرق أحيانا كامل أسباب الضرر فيزيل بذلك عن القوة القاهرة أثرها الإعفائى.

وتقدر استحالة الدفع على خلاف استحالة التوقع وقت تنفيذ العقد لا زمن إبرامه. ولا بد أن يتربّب عليها استحالة تنفيذ العقد التي تعتبر في نظر الكافة العنصر الأساسي المبرر للقدرة الإعفائى التي تحضى بها القوة القاهرة. ويجب أن تكون استحالة التنفيذ مطلقة لا نسبية. فإذا كان التنفيذ أصعب أو بكلفة أكبر نتيجة حدوث أمر غير متوقع قد تذرّر دفعه، فإن شروط القوة القاهرة لا تعدّ متوفّرة فيه ولا ينجر عنه إعفاء المدين من المسؤولية<sup>(62)</sup>.

## 2 ) آثار القوة القاهرة والأمر الطاري

373 - تمثل النتيجة الأساسية للقوة القاهرة في انقراض التزام المدين وإعفائه من تعويض الخسارة الناجمة عن عدم الوفاء التأخير وذلك طالما لم يتقد الأطراف على خلاف ذلك، علمًا أن أحكام القوة القاهرة لا تتعلق بالنظام

طارنا... . . . . .  
 عدد 4، ص 35) والقاضي بأن إخراج المدعية من محل الصلوة إذا كان في إمكانها توقفه وقاديه بالطعن في التعيين المرجع إليها في الأجل القانوني أو البحث عن محل جديد تنقل إليه شاطئها.

(53) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 14549 فبراير 20 1986، ن.م.ت. 1986، ج 1، ص 256.

(54) أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 3591، المؤرخ في 7 جوان 1982، ن.م.ت. 1982، ج III، ص 247. وراجع أيضا القرار التعقيبي المدني عدد 2544، المؤرخ في 25 ديسمبر 1980، ن.م.ت. 1980، ج II، ص 233. وقد ورد به أن وجود المدين بالسجن لا يعتبر حالة قوة قاهرة تغيفه من أداء التزامه. ويبدو هذا الحكم في طريقة إذا اعتبرنا أن وجود شخص بالسجن يرجع مبدئيا وباستثناء حالات الإيقاف التحفظي والاحتفاظ إلى خطأ متقدم منه. وانظر كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 34611 المؤرخ في 16 مارس 1994 (ن.م.ت. 1994 ، ص 365) المكرس لنفس الاتجاه.

(55) يراجع : J. CARBONNIER, op. cit., § 75.

به أنه «يجوز إعفاء الناقل من الضمان الكلي أو الجزئي من أجل عدم الوفاء بتعهداته أو الإخلال بها أو التأخير فيها بشرط أن يثبت أن ذلك ناشئ عن قوة قاهرة أو خطأ ينسب للمسافر».

## ٤٢ - آثار المسؤولية العقدية، تعويض الخسارة

377 - لا يصح طلب تعويض الخسارة الناجمة عن المسؤولية العقدية لدى المحاكم إلا ضد المدين المماطل، كما أن تحديد الخسارة واحتسابها لا يمكن إلا اعتبارا من تاريخ بداية المماطلة. فمن المهم جداً أن نبين إذن كيف يصبح المدين مماطلا (I)، قبل أن ت تعرض إلى مسألة كيفية تقدير التعويضات المستحقة (II) وإلى مختلف الافتراضات التي يرمها الأطراف مسبقا في خصوصها ومدى سلامتها (III).

### I - مطلب المدين<sup>(64)</sup>

378 - إن المماطلة هي التأخير عن الوفاء في الكل أو في البعض لسبب غير صحيح (الفصل 268 م.أ.ع.)<sup>(65)</sup> وتحتفل الكيفية التي يصبح بها المدين مماطلا بحسب ما إذا كان الإلتزام بأجل معين (أ) أو بدون أجل (ب).

#### أ - حالة الإلتزام بأجل معين

379 - يعد المدين مماطلا في هذه الصورة «بعضى الأجل المعين في العقد...» (الفصل 269)<sup>(66)</sup>، دون حاجة لسؤاله أو التنبية عليه من أجل

(64) يراجع : محمد الملاقي : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 262. وانظر خاصة أطروحة محمد المنصف الشافعي، المذكورة أعلاه، La dénouement du débiteur dans l'exécution du contrat en droit civil.

(65) ولا يعد على ذلك الأساس مماطلا في نظر محكمة التعقب الشوّع الذي لم ينقطع عن دفع الكراء خلال المدة المترnung في شأنها - والتي تزيد عن الأربع سنوات - وقد انحصر الخلاف بينه وبين معاقدته في مقدار قليل الأعمية لم يتحدد إلا عن طريق الاختبار (قرار تعقيبي مدني عدد 9928، مؤرخ في 10 ماي 1973، ن.م.ت. 1973، ص 47. وانظر في هذا المعنى أيضا : قرار تعقيبي مدني عدد 5649، مؤرخ في 17 مارس 1982، ن.م.ت. 1982، ج 2، ص 348).

(66) راجع تطبيقا لهذا القنون : قرار استئنافي مدني (صنان) عدد 1316، مؤرخ في 5 فبراير 1960، ق.ت. 1960، ص 395، وقرار استئنافي مدني (تونس) عدد 57407، مؤرخ في 10 فبراير 1965، ق.ت. 1965، ص 426.

حين تعتبر بوجه عام أن القوة القاهرة لا تكون من تعتد وقتي للتنفيذ<sup>(60)</sup>. وهو اتجاه يبدو مطابقا أيضا لفقه قضاء محكمة التعقب<sup>(61)</sup>.

### ب - مساطلة الدائن

374 - «يعد الدائن مساطلا إذا امتنع بلا وجه من قبول الأداء من المدين أو من نائبه إذا عرضا إقام ذلك على الوجه المقرر بالعقد أو الذي تقتضيه طبيعة الإلتزام» (الفصل 284 فقرة أولى م.أ.ع.)، ولا تكفي مساطلة الدائن لبراءة المدين (الفصل 289 فقرة أولى م.أ.ع.). غير أنها تعفيه ابتداء من تاريخ قيامها من تعويض الخسارة الناجمة عن تلف أو تعيب الشيء الملزم به. إلا ما تسبب فيه بتديله وقصره الفاحش (الفصل 287 م.أ.ع.)<sup>(62)</sup>.

### ج - فعل الغير وفعل الدائن

#### 1 ) فعل الغير

375 - لا يكفي فعل الغير أو خطأه لإعفاء المدين من التزامه لأنه يعتبر حالة من حالات القوة القاهرة ولا ينفرض به التزام المدين إلا إذا توفرت فيه شروطها.

#### 2 ) فعل الدائن

376 - إذا كان فعل الدائن مخططا وثبت أنه استغرق كامل أسباب الضرر وأنه لا يمكن نسبة عدم الوفاء إلى سواه، فإن المدين يعفى من تعويض الخسارة<sup>(63)</sup>. وقد أقر المشرع هذا الحل ضمن الفصل 654 من م.ت. الذي ورد

(60) انظر كتابه : «محاضرات في شرح القانون المدني التونسي»، المذكور أعلاه، ص 268.

(61) ويتبين ذلك من القرار التعقيبي المدنى عدد 16857، المؤرخ في 25 أفريل 1989، المذكور أعلاه، حيث جاء به أنه يترتّب على القوة القاهرة «إعفاء المدين من تنفيذ الإلتزام أو وقته حسب الأحوال...».

(62) يراجع : قرار تعقيبي مدنى عدد 434، مؤرخ في 8 جانفي 1976، ن.م.ت. 1976، ج I، ص 22 Mohamed Moncef CHAFFAI, th. précitée, p. 7.

(63) يراجع القرار التعقيبي المدنى عدد 12042، المؤرخ في 31 أكتوبر 1985، ن.م.ت. 1985، ج II، ص 343 وق.ت. 1987، عدد 8، ص 81. وقداعتبرت فيه محكمة التعقب أن خطأ الدائن، المشتمل في عدم تائبه لكون الحصاد خلافا لما تمهّد به، يعده عنرا كافيا لعدم إلزام المدين لالتزامه - المنشغل في سيادة تلك الآلة وتوليها مدة شهرين - من شأنه أن يعفيه من تعويض الخسارة الناجمة عن عدم الوفاء. لذلك يعدّ قاصر التعليل موجبا للنفاذ الحكم الذي لم ينال دفعات المدين المتعلقة بأسباب امتناعه عن الوفاء.

التأخّر في الوفاء بها إلّا اعتباراً من اليوم الذي صدر فيه إنذار للمدين وذلك عملاً بأحكام الفصل 278 فقرة رابعة.

### ب - حالة الالتزام بدون أجل

383 - إذا لم يعينَ أجل للوفاء، فلا يعُد المدين ماطلاً حسب الفصل 269 م.أ.ع. إلّا بعد أن يسأله الدائن بوجه صريح خلاص ما عليه «ويذكر في السؤال ما يأتي : أولاً - أن يطلب من المدين الوفاء بما التزم به في مدة معقولة. ثانياً - أنه إذا مضى هذا الأجل فإن الدائن يعُد نفسه بريئاً مما تهدّد به». ويجب أن يكون السؤال كتابة وقد يكون برسالة تلغافية أو بمكتوب موصى به أو بطلب المدين للحضور لدى الحاكم ولو كان نظر الحاكم لا يشمل تلك النازلة».

ويثير هذا النصّ مسألة في غاية من الأهميّة بالنسبة لتحديد نطاق مسؤوليّة المدين إذ هي تخصّ تاريخ بداية مطل المدين. فهل يتدنى المطل من يوم الإنذار الموجّه للمدين أم هو يتدنى بنهاية المدة المعقولة التي على الدائن أن ينجزها له لتمكينه من الوفاء عملاً بأحكام الفصل 269 فقرة 2 - أولاً، المبنية أعلاه؟ يجد الجواب على هذا السؤال بسيطاً إذ يمكن استنباطه من صريح أحكام الفصل 269 م.أ.ع. التي بتحديد لها لمضمون السؤال الواجب توجيهه إلى المدين على التحو الذي سبق عرضه («ويذكر في السؤال ما يأتي ...»)، تجعل منه إجراء قانونيّاً يهدف إلى تعين أجل للالتزام كان في الأصل بدون أجل. فلا يمكن إذن تصوّر أي تأخّر أو ماطلة في الوفاء إلّا بعد مضي ذلك الأجل. ويفيد هذا الحل المنطقيّ متناقضاً في ظاهره مع أحكام الفصل 136 من م.أ.ع. الذي جاء به أنه «إذا كان الالتزام غير مقيد بأجل أجري حالاً...» حيث يمكن أن يفهم منه أن الغرض من سؤال المدين ليس تحديد أجل للالتزام، إنما فقط إشعار المدين بمطالعته، طالما أن الالتزام بدون أجل ينعقد حال تكوينه حسب صريح عبارة الفصل 136 م.أ.ع. وما قد يؤكّد جديّة هذا التحليل تمسّك جانب من الشراح به. إلّا أن الرأي السائد فقهها<sup>(69)</sup> وقضاء<sup>(70)</sup> هو أن الفصل

ذلك. ويتميز القانون التونسي في هذا المجال بتوافقه من جهة مع معظم التشريعات الأجنبية كالقانوني الألماني والسويسري اللذين تأثر بهما مباشرة، أو غيرهما كالقانون التمساوي والبرازيلي والياباني، وباختلافه من جهة أخرى عن القانون الفرنسي الذي يعتبر، على عكس ما درج عليه القانون المقارن، أن المدين لا يصبح ماطلاً إلّا بعد سؤاله من طرف الدائن<sup>(67)</sup>. على أن القاعدة التي أقرّها المشرع في بلادنا لا تهمّ النظام العام بما يصحّ معه اتفاق الأطراف على خلافها<sup>(68)</sup>. ويستثنى المشرع تطبيقها في حالات ثلاث.

380 - أمّا الحالة الأولى فتحدث عند وفاة المدين وينصّ عليها الفصل 271 م.أ.ع. كما يلي : «إذا حلّ أجل الالتزام بعد وفاة المدين فلا يعتبر ورثته أنهم ماطلون إلّا بعد أن ينذرهم الدائن أو من ناب عنه بالوفاء إنذاراً صريحاً. فإن كان فيهم قاصر أو صغير وجب إنذار الولي بالوفاء».

381 - وتمثل الحالة الثانية في تأخّر المستأجر عن تسلّمه المصنوع في نطاق عقد الإيجار على الصنع حيث تنص الفقرة 2 من الفصل 881 من م.أ.ع. في هذا الحخصوص على ما يلي : «فإنْ تراخي المستأجر في تسلّمه ولم يكن في ذلك تقدير من الأجير كان التلف أو التعيبُ عليه من وقت ابتداء مطالعته المثبتة بإنذاره كما يجب». ويرى الأستاذ الشافعي أنه لا مبرر لهذا الاستثناء المتضمن لحماية ميزة المستأجر، ولا يمكن تفسيره إلّا بكون الأحكام المتعلقة بعقد الإيجار على الصنع مأخوذة عن القانون الفرنسي وهي بالتالي غير مطابقة للأحكام العامة التي وردت في خصوص مطل المدين المختلفة عنها كما رأينا من حيث المصدر.

382 - أمّا الاستثناء الثالث والأخير فيتعلّق بالإلتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين. وهي إلتزامات لا ينجرّ غرم الضرر الناجم عن

(67) يراجع في هذا الحخصوص الأستاذ المنصف الشافعي الذي يحلل باطروحته المذكورة (ص 30 إلى 40) مزاباً الحال الفرنسي وسلبياته معتبراً في النهاية أن الحال الذي أقره المشرع التونسي - وهو السادس في القانون المقارن - أرقى بكثير مما ذهب إليه القانون الفرنسي في هذا المجال.

(68) يراجع في هذا المعنى : قرار تعقيبي مدني عدد 11495، مؤرخ في 4 سبتمبر 1974، ن.م.ت. ج III، ص 102. أنظر كذلك الشافعي، المرجع السابق، ص 20، ملاحظة عدد 1.

(69) انظر الشافعي، المرجع السابق، ص 49 وما بعدها.

(70) قرار تعقيبي مدني عدد 1934، مؤرخ في 1 جويلية 1959، ق.ت، 1960، ص 277.

1) أن غرم الضرر لا يكون بالنسبة لهاته الإلتزامات إلا بالحكم بأداء الفائض الذي عينه القانون ونسبة سبعة بالمائة في المادة المدنية. أمّا في المادة التجارية فنسبة تفوق بنصف نقطة النسبة القصوى المحددة من طرف البنك المركزي لفوائض الكشوف البنكية<sup>(73)</sup>.

2) يحكم بهذا الغرم بدون أن يلزم الدائن بإثبات حصول أية خسارة. فالخسارة هنا مفترضة قانوناً من المماطلة وتقدر بحسب مدتها. ولا يصبح المدين في هذه الصورة ماطلاً حسب الفقرة الرابعة من الفصل 278 م.أ.ع. - كما سبق أن رأينا - إلا بعد إنذاره من طرف الدائن.

3) إذا تسبب المدين لدائه في ضرر مستقلٍ عن المماطلة في الوفاء<sup>(74)</sup> فإنه تجوز المطالبة بتعويض الخسارة بشرط إثبات سوء نية المدين<sup>(75)</sup>.

### III - الاتفاقيات المتعلقة بالتعويض

أ - الاتفاق على تحديد مسؤولية المدين أو على إعفائه منها<sup>(76)</sup>

386 - يعتبر الاتفاق على تحديد مسؤولية المدين أو على إعفائه منها جائزًا بحكم مبدأ حرية التعاقد. ولا يمنع القانون سوى اشتراط العاقد عدم

(73) الفصل 1100 من م.أ.ع. المقترن بوجب القانون عدد 14 - 83 المؤرخ في 15 فبراير 1983.

(74) يراجع فيخصوص هذا المفهوم : محمد المصطفى الشافعي، الأطروحة المذكورة، ص 315 إلى 321، واظهر أيضًا : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 845.

(75) يراجع أطروحة محمد المصطفى الشافعي، ص 321 إلى 329، وانظر : قرار تعقيبي مدني عدد 9245، مؤرخ في 12 نوفمبر 1973، ن.م.ت. 1973، ص 184؛ قرار تعقيبي مدني عدد 2460، مؤرخ في 13 ماي 1963، ن.م.ت. 1963، ص 79، وق.ت. 1964، عدد 1، ص 50؛ وقرار تعقيبي مدني عدد 1877، مؤرخ في 18 جوان 1962، ن.م.ت. 1962، ص 35.

(76) يراجع : مثود التاريhi : التحديد الاتفاقي للمؤولية العقدية، رسالة للإجازة على شهادة الدراسات المساعدة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1992؛ P. DURAND, Des conventions d'irresponsabilité, th. Paris 1931; PH. DELEBECQUE, Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, thèse, Ronéo, Aix, 1981; MUZUAGHI, Le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau, L.G.D.J., 1981, préface BONASSIES; MALINVEAUD, Pour ou contre la validité des clauses limitatives de la garantie des vices cachés dans la vente; v° aussi, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1479 à 1486; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 854 à 863; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 445 à 455.

136 م.أ.ع. عندما يقضي بأن الإلتزام بدون أجل ينقذ حالاً، فهو يقصد بذلك إمكانية التنفيذ حالما يطالب به الدائن مدينه. فالمدين بالتزام بدون أجل لا يتلزم بالوفاء من تاريخ وجود الإلتزام، إنما فقط عندما يطالبه الدائن بالوفاء. بذلك يمكن التوفيق بين الفصلين 269 و 136 : فسؤال المدين من قبل الدائن ليس إذن سوى مطالبته بالوفاء في أجل معين يصبح المدين بعد مروره ماطلاً<sup>(77)</sup>.

على أن سؤال المدين ليس واجباً حسب صريح أحكام الفصل 270 م.أ.ع. في حالتين، أولهما إذا امتنع المدين من الوفاء امتناعاً صريحاً (بشرط الإثبات طبعاً) وثانيهما إذا صار الوفاء غير ممكن.

### II - تعويض الخسارة<sup>(2-70)</sup>

384 - تستحق الخسارة الناجمة عن عدم الوفاء بالعقد أو المماطلة فيه التعويض الكامل حسبما يفهم من أحكام الفقرة الأولى من الفصل 278 التي تقرّ هذا المبدأ بمقدمة أن «الخسارة عبارة عمّا نقص من مال الدائن حقيقة وعمّا فاته منربح من جراء عدم الوفاء بالعقد». ولشن خول المشرع للقاضي حق تقدير التعويضات بحسب خطط المدين أو تدلisse (آخر الفقرة الأولى للفصل 278) فإن القرارات الصادرة في هذا المعنى تبقى نادرة<sup>(78)</sup>.

385 - هذا، ولا بدّ من الإشارة كذلك إلى أن الإلتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين تخضع إلى نظام خاص<sup>(79)</sup> منصوص عليه بالفقرات 2 و 3 و 4 و 5 من الفصل 278 م.أ.ع. ويتميّز هذا النظام بما يلي :

(70) يراجع في هذا المعنى : قرار تعقيبي مدني عدد 32639 مؤرخ في 20 فبراير 1992، ن.م.ت. 1992، ص 525.

(71) Alain BENABENT, La notion de dommages-intérêts en cas d'inexécution d'une obligation de faire, D. 1994, p. 454.

(72) ولكن يراجع القرار التعقيبي المدنى عدد 9245، المؤرخ في 12 نوفمبر 1973، ن.م.ت. 1973، ص 184.

PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 843 à 847; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 437 à 441; J. CARBONNIER, op. cit., §§ 76 et 77; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1443 à 1477.

وقد اعتمد القرار المبدئي الصادر عن الدوائر المجتمعية بتاريخ 29 أفريل 1975 لتبير صحة الشرط التغريبي على مبدأ الحرية التعاقدية من ناحية، وعلى مبدأ القوة المازمة للعقد من ناحية أخرى، عارضا على ذلك الأساس أنه «جرى عمل المتعاقدين في نطاق حرية الاتفاques»<sup>(2-79)</sup> أن يضبطوا علاقتهم فيما يتوقعونه من ضرر عند عدم الوفاء بالإلتزام أو تأخير الوفاء به ويعتبروا له مقدارا ماليا مسبقا يتقون عليه صراحة بالعقد، وأن مثل هذا الاتفاق يُسمى شرطا تغريبيا ولم ينص عليه القانون صراحة، ففي مثل هذه الصورة ينظر إليه على أساس القواعد العامة المتعلقة بالإلتزامات وما يتربّ عليها مطلقا حسبما نص عليه الفصل 242 م.ا.ع....»<sup>(3-79)</sup>.

1.387 - والأغلب إلى الظن أن الشرط التغريبي الجائز في نظر الدوائر المجتمعية هو الشرط ذو الطابع التعويضي دون الشرط الجزائي العقابي الذي يشترطه الأطراف لتأمين الوفاء بالعقد. ولا يسعنا إلا أن نؤيد هذا الموقف اعتقادا منا أن العقوبات الخاصة لا تجوز إلا بترخيص من القانون، وأنه ينبغي على المشرع أن يحرص في مثل هذه الحالة على تنظيم ممارستها من قبل المتعاقدين، وأن يسهر على ضمان حقوقهم ضد التجاوزات المحتملة وضد كل أنواع التعسف<sup>(80)</sup>. وبما أن القانون التونسي يفتقر إلى نص قانوني ينظم الشرط الجزائري بوجه عام، فإن إقرار صحة الشروط الجزائية العقابية يعد في نظرنا مخالف للقانون ومحظيا للبطلان عملا بأحكام الفصل 64 من م.ا.ع. الذي ينص على

(2) إلا أن الاتفاق على الشرط التغريبي لا يعني تنازل الدائن عن حقه في طلب الفسخ من أجل عدم الوفاء (دوائر مجتمعية عدد 11637 في 16 أكتوبر 1989، ن.م.ت. 1989 ، ص 397).

(3) قرار تعقيبي مدني عدد 7919، الدوائر المجتمعية، مورخ في 28 أفريل 1975 ، Rev. tun. dr. 1976, II, p. 166 . تعلق فحصة النقاش. وراجع كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 5820 في 20 جوان 1968 ، ن.م.ت. 1968 ، ص 52 ، والقرار التعقيبي المدني عدد 10149 ، المورخ في 17 جويلية 1956 ، ق.ت. 1960 ، عدد 11 - 12 ، ص 139 ، والحكم الاستئنافي المدني عدد 57407 ، المورخ في 10 فيفري 1965 ، ق.ت. 1965 ، عدد 6 ، ص 88.

(80) يراجع في هذا الموضوع : Suzanne CARVAL, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, L.G.D.J., Paris 1995, préface Geneviève VINEY, n° 200 à 214.

قارن مع نذير بن عمو : الشرط الجزائري بعد ثلاثين سنة : صحوة البركان، تعلق على قرار تعقيبي عدد 42624 مورخ في 28 أفريل 1994 ، المجلة القانونية التونسية لسنة 1996 ، ص 245 إلى 248.

إزالمه بما يتيح عن غشه أو خطنه الفاحش (الفصل 244 م.ا.ع.). كما تتجه الملاحظة في هذا الصدد أن شروط الإعفاء الكلية من المسؤولية تعدّ باطلة بالنسبة لبعض العقود الخاصة مثل عقود النقل (يراجع الفصل 64 من المجلة التجارية والفصل 107 من الأمر المورخ في 4 جويلية 1959 المتعلق بتنظيم الملاحة الجوية) - كما يعتبر بعض الشرائح أن شرط الإعفاء من المسؤولية يكون باطلا في العقود الطبية لأن مثل هذا الشرط يعد في نظرهم مخالفًا للنظام العام لتعلقه بالسلامة الجسدية للإنسان<sup>(77)</sup>.

#### ب - الشرط التغريبي - أو الجزائري<sup>(78)</sup>

387 - هو عبارة عن مبلغ من المال يتفق عليه المتعاقدان وقت إبرام العقد كشرط لزومي لتعويض الخسارة المتوقعة من جراء عدم الوفاء أو من تأخيره. ولن تخلّي المشرع التونسي في الصيغة النهائية لمجلة الإلتزامات والعقود عن تنظيم الشرط التغريبي لأسباب راجعة بالأساس إلى أنه مخالف على ما يبدو «روح الفقه الإسلامي» لما يتضمنه من «إمكانية ربح غير مسبّب»<sup>(79)</sup>، إلا أن فقه القضاء أقر صراحة صحته ومبدأ ثبوته<sup>(1-79)</sup>.

(77) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 450; SAVATIER, Le dommage et la personne, D. 1955, Chr., p. 5; P. ESMEIN, Méditation sur les conventions d'irresponsabilité en cas de dommage causé à la personne, Mélanges SAVATIER, p. 271.

(78) يراجع : D. MAZEAUD, La notion de clause pénale, th. Paris XII, ronéo, Paris 1990, La suppression de la clause pénale manifestement excessive : un excès de logique indemnitaire, note sous cass. com. 16 juillet 1991, D. 1992, p. 365; J. THILMANY, Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé, R.I.D.C. 1980, p. 17; J.Y. CHEVALIER, Clause pénale, Rep. civ. Dalloz. V° aussi, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1487 à 1527; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 864 à 869; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 456 à 462; J. HUET, Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives (à propos de la loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection du consommateur), S.J. 1992, I, 3592; Gilles PAISANT, Clauses pénales et clauses abusives, Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat, S.J. 1994, I, 3790.

(79) يراجع هامش الفصل 333 من الأئحة الأ炳ذانية في تنظيم قانون مدني وتجاري للمملكة التونسية (مشروع صانيلانا) ، طبع مطبعة الدولة التونسية الرسمية سنة 1316 و1899 ، ص 85 وما بعدها.

(1) يراجع في هذا المعنى ، محمد الملاقي، المذكور أعلاه، ص 267.

النحو المعمول به في القانون المقارن<sup>(82)</sup>. ونحن نعلم أن القانون التونسي لم يهتد إلى مثل هذا الحل مما جعل المحاكم التونسية ترفض، قبل تحول عام 1994، الحكم ببطلانها أو بالتخفيض منها عملاً بأحكام الفصل 242 من م.أ.ع.

## الفرع الثاني : النظام الإضافيُّ الخاصُّ بالعقود الملزمة للجانبين

388 - تعد العقود الملزمة للجانبين من أهم أنواع العقود وهي أكثرها عدداً. وميزتها الأساسية هي كما نعلم<sup>(83)</sup> إنشاء التزامات مرتبطة للطرفين المتعاقدين بحيث يكون التزام كل جانب مرتبطاً بالتزام الجانب الآخر. ومن شأن هذا الارتباط أن يعطي مجاعة متميزة لهاته العقود. ذلك أنه من طبع الالتزامات المقابلة أن تنفذ في وقت واحد. ولا يجوز جبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل (الفصل 246 من م.أ.ع.). وهذا ما يحمل طبعاً كل طرف على الإسراع في الوفاء بالتزامه إذا ما أراد أن يوفي معاقدة بما التزم به نحوه. ويسمح القانون التونسي صراحة لكل طرف بأن يضغط على الطرف المقابل ليحمله على الوفاء بالتزامه، وذلك من خلال تنظيمه ضمن الفصل 247 من م.أ.ع. للدفع بعدم التنفيذ. وهو، كما ستتأكد منه في الفقرة الأولى من هذا الفرع، وسيلة ضغط وقائية توول فقط

E. M. BEY, De la réforme de la clause pénale, J.C.P. 1975, éd. C.I., 11882; B. BOCCARA, La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire, J.C.P. 1975, 1. 2742; F. CHABAS, La réforme de la clause pénale, D. 1976, chr., p. 229; S. SANZ, La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale, Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 268 et suiv.; G. PAISANT, Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale, Rev. trim. dr. civ. 1985, pp. 372 et suiv., et les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, D. 1988, chr., p. 253; Denis MAZEAUD, La suppression de la clause pénale manifestement excessive : un excès de logique indemnitaire, note sous Com. 16 juillet 1991, J., p. 365.

(82) يراجع المدد 68 أعلاه.

(83) راجع تطبيقاً لهذا النص : قرار تعقيبي مدني عدد 16910، مؤرخ في 28 مارس 1989، ق.ت. .69، عدد 2، ص 1991.

أن «العقد يبطل إذا كان على شيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون»<sup>(1-80)</sup>.

2.387 - وما من شك في أن الفراغ التشريعي الذي تشکره هذه المادة هو الذي يفسر الصعوبات التي اعتبرت سبباً للمحاكم في مقاومة الشروط التغريمية المجنحة. فبعد أن كان معظمها لا يتردد - استناداً إلى أحكام الفصل 242 من م.أ.ع. - في إلزم المدين بتنفيذ الشرط التغريبي الذي تعهد به مهما تجاوزت الغرامة الإتفاقية الجملية حقيقة الضرر الحاصل للدائنين، أصبح بعضها اليوم يخول لنفسه الحق في ممارسة رقابته على الشرط التغريبي. وقد زكّت محكمة التعقيب هذا الاتجاه الجديد، المتغير تماماً موقف الدوائر المجتمعنة لسنة 1975، في قرار هام صدر بتاريخ 28 أفريل 1994 تحت عدد 42624<sup>(81)</sup>. وجاء في حি�ثية مبدئية لهذا القرار أنه «ولشن كان الشرط الجزائري خاصاً لمبدأ سلطان الإرادة وحرية الإتفاقات تفيناً لمقتضيات الفصل 242 م.أ.ع.، إلا أن هذا لا يعني محكمة الموضوع من إجراء ما لها من حق المراقبة على ذلك الشرط بالزيادة أو التقيص فيه أو الإيقاء عليه أو إلغائه عند الإقتضاء بحسب أحوال كل قضية على معنى الفصل 278 من نفس المجلة تحقيقاً لمبادئ العدل والإنصاف بشرط التعليل».

إن أهمية هذا القرار تتجاوز في نظرنا مسألة مراقبة الشرط التغريبي لتشمل موضوعاً أعم يخص حق القاضي في مراجعة العقود. فالفصل 242 من م.أ.ع. الذي كان يشكل حاجزاً يحول دون تدخله في هذا المجال<sup>(1-81)</sup>، قد فقد من قدسيته لتعطى الأولية لمبادئ العدل والإنصاف ! وفي ذلك خطير جسيم على استقرار المعاملات طالما لم تتكلّل محكمة التعقيب ببعض قيود وضوابط لتدخل قضاء الموضوع في العقود قصد تعديلهما أو مراجعتها. بل لعله من الأجدى أن يتدخل المشرع في هذه المادة لينظمها على

(80) يراجع التحليل الوارد بخصوص هذا النص بالعدد 211 وما بعده أعلاه.

(81) مذكور برجع سابق.

(1-81) يراجع العدد 331 وما بعده.

وذلك على خلاف التشريعين الألماني (الفصل 320) والسويسري (الفصل 82) اللذين أخذ عنهما المشرع التونسي التصريح الذي أوردناه<sup>(87)</sup>.

ولما كان الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضغط على الطرف الذي لم يلتزم، فإنه من المهم جداً أن نشير إلى كونه شبهاً من هاته الناحية بحق حبس المال<sup>(88)</sup> موضوع الفصول 309 إلى 324 م.أ.ع. ذلك أن «حق الحبس هو - حسب التعريف الوارد بالفصل 309 - الحق في حوز الشيء الذي يملكه المدين حتى يؤدي ما عليه للدائن...»، فهو إذن وسيلة قانونية يمكن بمقتضاه للدائن أن يضغط على مدينه حتى يؤدي له ما عليه، شأنه في ذلك شأن الدفع بعدم التنفيذ. على أن وجه الشبه القائم بين المفهومين لا يبرر بالرغم من أهميته، الخلط بينهما<sup>(89)</sup>. فهما يختلفان من حيث الطبيعة القانونية (I) ونطاق التطبيق (II) والأثار (III).

### I - المقارنة بين الحبس والدفع بعدم التنفيذ من حيث الطبيعة القانونية

390 - الدفع بعدم التنفيذ هو حق شخصي يكسب المعاقده ضد معاقدة بحكم القانون ويتمثل في حق الامتناع مؤقتاً عن الوفاء بالتزامه نحوه إلى أن يؤدي الطرف الآخر التزامه المقابل. فهو إذن استثناء للقوة الملزمة للعقد المنصوص عليها بالفصل 242 م.أ.ع. والتصنيص عليه من قبل المشرع في هذا الموقع من المجلة - أي بعد الفصل 242 - ليس طبعاً من باب الصدفة.

أما حق الحبس فهو حق عيني أعطاه القانون (الفصل 193 م.ح.ع.).

(87) يراجع في خصوص الدفع بعدم التنفيذ في القانون المقارن : CH. LARROUMET, op. cit., n° 698.

(88) يراجع BEL HAJ HAMOUDA Ajmi, *Le droit de rétention dans le code des obligations et des contrats*, Rev. tun. dr. 1976, II, p. 45 et suiv.; v° aussi, N. CATALA, *De la nature juridique du droit de rétention*, J.C.P. 1976, I, 2760; CH. SCAPEL, *Disparition et renaissance du droit de rétention*, D. 1972, chr., p. 19; CH. SCAPEL, *Le droit de rétention en droit positif*, Rev. trim. dr. civ. 1981, p. 539 et s.

(89) ولكن انظر القرار التقسيمي المدني عدد 11947، المؤرخ في 16 أكتوبر 1984 (ن.م.ت. II، ص 318) الذي ورد فيه خطأ أن الفصل 247 من م.أ.ع. يمكن الدائن من استعمال حق الحبس ضد مدينه.

إلى إيقاف العقد بما يجعل مجاعتها محدودة. فإذا لم تأت بنتيجة فإنه يجوز للمتعاقد أن يطلب إعفاء نهائياً من التزامه تبعاً لعدم وفاء المعاقد الآخر بالتزامه المقابل. ويتم له ذلك عن طريق فسخ العقد الذي ستشكل دراسته موضوع الفقرة الثانية من هذا الفرع. ولكن هل يجوز إعفاء المعاقد نهائياً من التزامه إذا تعذر الوفاء بالإلتزام المقابل بسبب إستحالة تنفيذه. فعلى أي من الطرفين تحمل مخاطر استحالة تنفيذ أحد الإلتزامين ؟ يثير هذا السؤال مسألة تحمل التبعة التي تتوجه دراستها في الفقرة الثالثة والأخيرة من هذا الفرع.

### § 1 - الدفع بعدم التنفيذ<sup>(85)</sup>

389 - ينص الفصل 247 من م.أ.ع. على ما يأتي :

«إذا كان الإلتزام من الطرفين فلا يتحقق من إتمام ما عليه حتى يتمم الآخر ما يقابل ذلك من العقد إلا إذا اقتضى العقد أو العرف تعجيل أحد الطرفين بما عليه». «وإذا كان على أحد أن يوفي بما عليه لعدة أشخاص فله أن يتمنع من أداء ما عليه لأحدهم حتى يتمموا جميعاً ما وجب عليهم». وتقوم قاعدة الدفع بعدم التنفيذ التي ينظمها هذا الفصل على مبدأ «المعاملة بالمثل» الذي يسمح بالإرتباط بين الإلتزامات بتطبيقه بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين وذلك لأن يتمنع طرف من تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ ما عليه. ويرجع أصل هذه القاعدة إلى القانون الفرنسي القديم. وتعرف إلى هذا اليوم بـ « Exceptio non adimpleti تم وضعه في المصور الوسطى (Exceptio non adimpleti contractus<sup>(86)</sup>) على أن المشرع الفرنسي لم ينظم الدفع بعدم التنفيذ بنص

J. F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, thèse, : (85) براجح Paris, L.G.D.J. 1971, préface P. RAYNAUD; CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, thèse, Paris 1914; A. HUET, *Exceptio non adimpleti contractus ou exception d'inexécution*, in *Juris-classeur civil*, app. art. 1184; Michel STORCK, *L'application de l'exception d'inexécution en matière de bail*, note sous cass. 3e civ., 15 décembre 1993, D. 1994, p. 462; Janick ROCHE-DAHAN, *L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique*, D. 1994, Chr., p. 255.

A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 469; (86) انظر في خصوص تاريخ الدفع بعدم التنفيذ : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 722; J. CARBONNIER, op. cit., § 84.

بفسخ العقد. أما الحبس، فقد سبق أن رأينا أنه في الواقع وسيلة ضغط في مقدور صاحبها أن يحولها إلى وسيلة تنفيذ.

## § 2 - الفسخ<sup>(90)</sup>

393 - الفسخ هو جزء عدم تنفيذ أحد الطرفين للتزامه الناشئ عن عقد ملزم للجانبين، ينحل بموجبه ذلك العقد ويزول بصفة رجعية بحكم من المحكمة أو عملا بشرط فسخي في العقد.

394 - ويرجع أصله إلى القانون الفرنسي القديم وإلى الكنسرين بالذات. فقد جعل منه هؤلاء تتمة لنظرية السبب التي ساهموا في إرسانها بصفة أساسية<sup>(91)</sup> بهدف ضمان عدالة العقد من خلال تكافؤ الالتزامات الرابطة بين طرفيه<sup>(92)</sup>. ذلك أن العدالة الحقيقية تقضي في نظرهم أن يعفى أحد الطرفين نهائياً من التزامه، أو أن يسترجع ما دفعه لو سبق له تنفيذه لذلك الالتزام إذا لم يف الطرف الآخر بما تعهد به نحوه. ولو لم يكن الأمر كذلك لكان اشتراط السبب عند تكوين العقد فاقدا تماما لجدواه. وقد حملت جدية

CONSTANTINESCO, *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, thèse, Paris, 1940; LEPELTIER, *La résolution des contrats pour inexécution des obligations*, thèse, Caen, 1934; CASSIN, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, Rev. trim. dr. civ. 1945, p. 149; M. PICARDD et PRUDHOMME, *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*, Rev. trim. dr. civ. 1912, p. 61; V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Le domaine de l'action résolutoire : recherches sur le contrat synallagmatique*, thèse dactyl., Pau, déc. 1988; Imed ARIBI, *Notion et rôle de la résiliation en droit privé interne*, thèse dactyl., Grenoble 1995. V. aussi PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 735 et suiv.; J. CARBONNIER, op. cit., §§ 80 et 81; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 478 et s.; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n° 296 et suiv.; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1572 et suiv.

يراجع بالنسبة للقانون التونسي : Mohamed Moncef CHAFFAI, thèse, op. cit., p. 178 à 213.

(90) يراجع العدد 211 أعلاه.

G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution : آثار في خصوص تاريخ الفسخ* : des contrats, thèse, TOULOUSE, 1924; A. WEILL et F. TERRE, n° 84T; PH. MALAURIE et L. AYNES, n° 738; J. CARBONNIER, § 81.

يراجع أيضاً : عبد الرزاق السنووري : الوسيط . . . , I ، عدد 463.

للدائنين لضمان استخلاص الدين من مدینه. ويتمثل هذا الحق في حوز الشيء الموجود بين يدي الدائن بغرض بيعه لاستخلاص دينه من ثمنه قبل غيره من الدائنين إذا لم يقع الوفاء بعد الإنذار (الفصل 323 م.أ.ع.). فهو إذن وبالتحديد تأمين عيني بثابة الرهن المنقول، الذي يختلف عنه من حيث المصدر، باعتبار أن الحبس ينشأ عن القانون في حين أن رهن المقول ينشأ عن العقد (الفصل 201 م.أ.ع.)، ولكنه يخضع لأحكامه في خصوص نظامه القانوني (يراجع الفصول 320 إلى 322 من م.أ.ع.).

بهذا يبرز الفارق الجوهرى بين المفهومين في القانون التونسي. فالحبس ليس إذن مجرد وسيلة دفاعية وقيبة مثل الدفع بعدم التنفيذ، إنما هو وسيلة تنفيذ ثابتة وناجعة.

## II - المقارنة بين الحبس والدفع بعدم التنفيذ من حيث نطاق التطبيق

391 - يتيّد ميدان تطبيق الدفع بعدم التنفيذ إلى جميع الالتزامات المرتبطة التي تنشأ عن العقود التبادلية. ولا يستثنى هذا الحق إلا «إذا اقتضى العقد أو العرف تعجيل أحد الطرفين بما عليه» (الفصل 247 - آخر الفقرة الأولى). أما حق الحبس «فلا يجري العمل به إلا في الأحوال التي خصّصها القانون» (الفصل 309 م.أ.ع.). وهي حالات تشمل أساساً من حاز شيئاً عن حسن نية وهو ليس على ملكه فيحق له حبسه إلى أن يؤدي له مالكه مقابل ما أنفقه لحفظه وصيانته (يراجع الفصول 310 و 311 و 312 من م.أ.ع. و 36 من م.أ.ع.). ويشترط الفصل 314 من م.أ.ع. بوجه عام لإجراء الحبس أن يكون الدين ناشئاً من معاملات بين الدائن والمدين أو تولد من الشيء المراد حبسه.

## III - المقارنة بين الحبس والدفع بعدم التنفيذ من حيث الآثار

392 - إن آثار الدفع بعدم التنفيذ دفاعية محضة حيث لا يترتب عليه إلا توقيف الالتزام إلى أن ينفذ الطرف المقابل التزامه. ولا يزول الالتزام إلا

**ب - شرط إستحالة التنفيذ<sup>(96)</sup>**

397 - جاء بالفصل 273 فقرة أولى من م.أ.ع. أنه «إذا حلّ الأجل وتأخر المدين عن الوفاء، فللدائنين الحق أن يغتصب المدين على الوفاء إن كان مكنا وإلا فسخ العقد...».

وإذ يفهم مبدئياً من هذا النص أن استحالة التنفيذ هي شرط الفسخ ومعياره في القانون التونسي (1)، وأن مطل المدين لا يجيز بالتالي وحده تسلیط هذا الجزاء على المدين (2)، فإن هاتين القاعدتين استقرّ عليهما رأي المحاكم منذ عقود عديدة، قد وقع الرجوع فيها مؤخراً من قبل محكمة التقييب بوجوب القرار الصادر عن دواوينها المجتمعية تحت عدد 35350 بتاريخ 29 فيفري 1996<sup>(1-96) (3)</sup>.

398 - (1) إن مجرد ثبوت عدم الرفاء لا يكفي، حسب المفهوم السائد للفسخ قبل صدور قرار الدوائر المجتمعية المشار له أعلاه، لكي يكتسب الدائن حق المطالبة به ، بل يجب عليه أن يثبت إلى جانب ذلك أن تنفيذ الإلتزام أصبح مستحيلاً. أما إذا كان الوفاء ممكناً فليس للدائن إلا أن يغتصب مدينه على الوفاء. وقد اعتمدت محكمة التقييب هذه القاعدة ، التي تستند في الواقع إلى صريح أحكام الفقرة الأولى من الفصل 273 المذكور أعلاه، منذ قرارها ذي العدد 7867 المؤرخ في 12 أكتوبر 1959<sup>(97)</sup>. وتغيّر قضاؤها في

(95) ومن مبررات هذا الحال ما ورد عن محكمة التقييب الفرنسية في قرار أصدرته سنة 1829 وقد تضمن «Le partage lui-même est moins l'effet de la volonté libre des parties que : la partie la plus égale : le partage lui-même est moins l'effet de la volonté libre des parties que : la nécessité de faire cesser l'indivision; il n'est pas un acte de spéculation et de commerce; il fixe souvent le sort de l'état de plusieurs familles; il ne peut donc, sans les inconvénients les plus graves, être rescindé pour une inexécution quelconque de la part d'un des partageants, et pour le payement de tout ou partie d'une soule pour le recouvrement de laquelle le créancier co-partageant tient un privilège spécial de la loi» (Req., 29 déc. 1829, cité par PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 739, p. 399, note 8).

(96) يرجح أطروحة الأستاذ الشافعي، ص 178 إلى 213.

(1) - (1) المجلة التونسية للقانون ، 1996 ، ص 267 ، تعليق نذير بن عمّر .

هذه المبررات المشرع التونسي، على غرار بقية التشريعات الأجنبية<sup>(98)</sup>، على قبول مبدأ فسخ العقود. لكننا سوف نلاحظ من خلال دراسة شروطه (I) ووسائل الحصول عليه (II) وآثاره (III) أن باب الفسخ ليس مفتوحاً على مصراعيه في القانون التونسي وذلك بالنظر إلى خطورة نتائجه التي حملت المشرع على أن لا يقبله إلا في الحالات القصوى.

**I شروط الفسخ**

395 - لا يسلط الفسخ إلا على العقود الملزمة للجانبين (1) ويشترط فيه ثبوت استحالة تنفيذ الإلتزام الذي لم يف به المدين (ب).

**أ - نطاق الفسخ**

396 - لا يكون الفسخ مبدئياً إلا في العقود الملزمة للجانبين لارتباط الإلتزامات الناشئة عنها. أما العقود الملزمة بجانب واحد فلا يمكن تصور الفسخ فيها نظراً لوجود طرف واحد متلزم دون الآخر. فإذا لم يقم بتنفيذ إلتزامه لا يكون للطرف الآخر أية مصلحة في طلب الفسخ إذ ليس في ذمته أي التزام قد يصبح في حل منه بوجوب الفسخ. على أن بعض العقود الملزمة بجانب واحد قد يجوز طلب فسخها لما تكون بعوض، مثل الوكالة والوديعة، ولكن هاته الحالات قد لا تدخل في باب الإستثناءات إذا اتفقا على أن العقد الملزم بجانب واحد يصبح عقداً ملزماً للجانبين إذا كان بعوض. بقي أن الأحكام العامة التي تنظم الفسخ لا تنسحب على بعض العقود الملزمة للجانبين مثل عقد التأمين الذي يخضع في هذا المجال إلى النظام الذي خصّه به قانون التأمين<sup>(99)</sup>، أو القسمة الرّضائية عملاً بأحكام الفصل 125 من م.ح.ع.<sup>(100)</sup>.

(98) يراجع في خصوص الفسخ في القانون المقارن : CH. LARROUMET, op. cit., n° 702; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 737; A. I. OGUS, Les remèdes (à l'inexécution du contrat), in le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, sous la direction de D. TALLON et D. HARRIS, L.G.D.J., 1987, p. 299 et s.

(99) الفصول 11 - 10 - 9 - 5 من مجلة التأمين (القانون عدد 92-24، المؤرخ في 9 مارس 1992).

وانظر : Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance, op. cit., n° 90 et s.

الذاتي النفسي للعقد<sup>(2-98)</sup>

ويبدو من الثابت أنّ المشرع التونسي لسنة 1906 سعى في هذا المجال إلى تغليب البعد الموضوعي للعقد على بعده الذاتي. وهو ما يؤكدّه، إضافة إلى وضوح عبارات الفقرة الأولى للفصل 273 المذكور أعلاه، تخلّي واضح القانون عن صياغة الفصل 300 من المشروع التمهيدي للمجلة المدنيّة التجاريّة المأمورّة بصورة تكاد تكون حرفيّة عن الفصل 1184 فرنسي<sup>(3-98)</sup>.

على أنّ القانونين التونسي والفرنسي يلتقيان في حالة الوفاء الجزئي، وهي صورة يعطي فيها المشرع للدائنين الخيار بين طلب مواصلة التنفيذ أو طلب الفسخ (الفقرة 2 من الفصل 273 من م.أ.ع.). مثلما هو الشأن في القانون الفرنسي.

2 - 399 مطلب المدين لا يجوز وحده تسليط هذا الجزء عليه ولا يخوّل سوى حق المطالبة بتعويض الخسارة<sup>(99)</sup>. وهو حلّ حتميًّا ومنطقىً إذا اتفقنا أنّ الماطلة تقضي فرضياً بالإستحالة. فهي حسب تعبير الأستاذ الشافعى «عدم تنفيذ وقتي»

(2-98) يراجع خاصة : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 735 et 741, et J. CARBONNIER, op. cit., § 81 (politique législative).

(3-98) قارن الفصل 300، فقرة أولى من المشروع التمهيدي للمجلة المدنيّة والتجاريّة الفرنسية بالفصل 1184 فقرة 1 و2 من المجلة المدنيّة الفرنسية :

Article 300 al. 1er de l'avant-projet de code civil et commercial tunisien : "lorsque le débiteur est en demeure, le créancier a le choix ou de demander la résolution du contrat, ou de contraindre le débiteur à accomplir l'obligation si l'exécution en est possible, avec les dommages intérêts dans les deux cas".

Article 1184 al. 1 et 2 du code civil français : "la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfaira point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit . La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts".

(99) يراجع قرار تعقيبي مدني عدد 1321، مورخ في 26 أفريل 1977، ن.م.ت. 1977، ج 1، ص 245، عدد 530، مورخ في 7 مارس 1978، ن.م.ت. 1978، ج 1، ص 77.

هذه المادة بالإسماريّة والإستقرار حتى بداية التسعينات<sup>(1-97)</sup>. ومن أهم القرارات المؤيدة لمثل هذا التصور للفسخ ذاك الذي صدر عن الدوائر المجتمعنة في 16 أكتوبر 1989 الذي اعتبرت فيه محكمة التعقيب «أنّ فوات كلّ الآجال المحددة للمشتري لإتمام ما التزمت به من أشغال (إقامة مركب سياحي فوق الأرض المبيعة في أجل معين متفق عليه) وعجزها البين عن ذلك بسبب وضعها الماليّ نتيجة سجن مديرها ببلاده بتهمة استيلائه على التمويلات التي رصدت لإتمام المشروع وضياع ثقة الممولين فيه من شأنها أن تعطي الحق للبائع في طلب الفسخ... تطبيقاً لأحكام الفصل 273...». وإذ يتتأكد من خلال هذا المثال أنّ استحالة التنفيذ هي شرط الفسخ ومعياره في نظر فقه القضاء السائد قبل سنة 1996 ، فإنه يتربّ على هذه القاعدة أنه ليس للدائنين أن يطلب الفسخ إلا إذا أثبت أنّ الوفاء أصبح مستحيلاً على المدين. وهو اتجاه سبق أن كرسه العديد من القوانين الأجنبية، كالقانون الألماني (الفصلان 324 و325) والمغربي (الفصلان 107 و108) والإيطالي (الفصل 1454) ، وهو يقوم على فكرة رئيسية مؤداها حرص المشرع على ضمان استقرار المعاملات وعلى الإبقاء على العقد وعلى محاولة إنقاذه وتوفير سبل تنفيذه<sup>(1-98)</sup> باعتباره عملاً اجتماعياً وظيفته تحقيق تبادل الحيات والخدمات بين الأفراد . فلا سبيل إذن إلى السماح للدائنين بطلب فسخه بمجرد ثبوت عدم الوفاء مثلما ذهب إليه المشرع الفرنسي في الفصل 1184 من المجلة المدنيّة، متأثراً في ذلك بتصوره

(97) ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 155 .  
 (98) 1) ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 155 . وانظر أيضاً : م. استناف صفاقس، قرار مدنى عدد 29، مورخ في 21 جانفي 1960، ق.ت. 1960، ص 306، وقرار عدد 1316، مورخ في 5 فيفري 1960، ق.ت. 1960، ص 395، وقرار تعقيبي مدنى عدد 4704، مورخ في 8 جوان 1982، ن.م.ت. 1982، ج III، ص 192، وقرار تعقيبي مدنى عدد 15102، مورخ في 7 أكتوبر 1986، ن.م.ت. 1986، ج II، ص 272، قرار تعقيبي مدنى عدد 31966، مورخ في 29 مارس 1994، ن.م.ت. 1994 ، ص 421 . ولكن انظر في الاتجاه المضاد : عدد 116، في 29 جوان 1926 (ق.ت. 1960 عدد 9 و10، ص 150)، عدد 1214، مورخ في 19 ديسمبر 1928 (ق.ت. 1960، ص 223) وعدد 21342 مورخ في 26 مارس 1991، ن.م.ت. 1991 ، ص 227 .

(99) دوائر مجتمعنة عدد 11637، مورخ في 16 أكتوبر 1989، ن.م.ت. 1989، ص 397 . وانظر كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 20128، المورخ في 17 جانفي 1989، (ق.ت. 1991، عدد 6، ص 57).

(1) يراجع تعليق الأستاذ بن عمّر المذكور أعلاه ، ص 282 .

موقوف على تعتذر الوفاء لا سند له من القانون وتفسير غير سليم لأحكام الفصل 273 م.أ.ع. الذي ... لم يجعل ممارسة حق الغصب شرطا لطلب الفسخ ... وأنّ منع الدائن من طلب فسخ العقد رغم مساطلة معاقده وإلزامه بأن يلجأ للقضاء أولاً ليخوض تجربة إجبار معاقده على الوفاء بما في التجربة من تكاليف وإضاعة للوقت وتهديد بضياع حقه في الفسخ... يؤدي إلى تفضيل المعاقد المخل بالتزاماته على المعاقد الذي يوفي بها...». فالفسخ القضائي في نظر محكمة التعقيب ليس إذن ذلك «الخل الأخير الذي لا يسمح بالاتتجاه إليه إلا إذا انعدم التنفيذ وأصبح غير ممكنا»<sup>(102)</sup>، إنما يجب اعتباره وسيلة قانونية جعلها المشرع لحماية الدائن ضد مدينه الماطل كلما اقتضت مصلحته ذلك مع إبقاء حقه في الخيار بين طلب الوفاء والقيام بالفسخ .

**2.399** إن هذا التصور للفسخ التمحور كلياً على معيار «مصلحة الدائن» قابل بدون شك للنقاش والتقد. ونحن نعتقد أن وضع حق الخيار المنحى للدائن «تحت رقابة المحكمة»، مثلما نص عليه قرار الدوائر المجتمعية، من شأنه أن يقلّص من السليبات العديدة التي نبه إليها الأستاذ بن عمّو في تعليقه المذكور أعلاه . إلا أن ذلك كله قد لا يكفي لتبرير موقف محكمة التعقيب، نظراً من ناحية إلى وضوح صياغة أحكام الفصل 273 وإلى الظروف التاريخية التي مرّ بها وضع هذا النص ، التي تجعله لا يتحمل في نظرنا التأويل الذي خصّه به فقه القضاء الحالي ، واعتباراً من ناحية أخرى إلى أنّ التفسير المهجور لأحكام الفصل 273 يدو، بالرجوع إلى الفقه التونسي الحديث<sup>(2-102)</sup> وإلى القانون المقارن<sup>(3-102)</sup> أكثر تلاوئماً مع المصلحة العامة التي تقتضي حماية العقود وضمان تنفيذها حفاظاً على استقرار المعاملات الذي يعتبر من الركائز الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقد في القانون التونسي .

(102) (1) نذير بن عمّو ، المرجع سابق الذكر ، ص 282 .

(2) يراجع خاتمة محمد المصطفى الشافعي ، المرجع سابق الذكر ، ص 178 إلى 213 .

(3) (102) يراجع نذير بن عمّو المرجع السابق ، ص 286 ، و Jacques MESTRE, *Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat*, in "le juge et l'exécution du contrat", Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p. 91 et s., spéci. p. 13 et s. et les références.

يعنى أن الالتزام لم ينفذ في الأجل ولكنه مع ذلك قابل لتنفيذ لاحق...» .  
ومجدي بالنسبة للدائن<sup>(100)</sup> . وهو الحل الذي استقر عليه فقه القضاء في مادة فسخ عقود التسويف حين يعتبر أن الفسخ يصبح ممكناً إذا لم يقع خلاص الكراء المتخلد بذمة المتسوغ قبل موعد انتهاء التزام أيام محكمة الموضوع<sup>(101)</sup> . على أنه يبدو من المهم في نظرنا لفت الانتباه إلى أن هذا الاتجاه مختلف لصريح أحكام الفصل 796 ثالثاً من م.أ.ع. التي تجعل من الفسخ حقاً لفائدة المتسوغ بإمكانه ممارسته دون قيد ولا شرط بمجرد عدم خلاص معين الكراء ، فضلاً عن عدم مراعاته لما ورد بالفقرة الثالثة للفصل 273 من أنه «تجرى في المساطلة القواعد المقررة بالفصل المتعلق بالعقود الخاصة»<sup>(102)</sup> . وإذا يكن تبرير هذا الحل المخالف للقانون بضرورة مراعاة مصلحة المتسوغ باعتباره يمثل الطرف الضعيف في عقد التسويف ، فإنه سوف يصبح من الصعب مستقبلاً التوفيق بين هذه الممارسة القضائية المتميزة بطابعها الحمايي للمدين ، والتأويل الجديد للفصل 273 الذي ترمي محكمة التعقيب من ورائه إلى تفضيل حماية الدائن .

**1.399** 1 - (3) لقد أحدث القرار عدد 35350 الصادر عن الدوائر المجتمعية في 29 فيفري 1996 تحولاً جوهرياً في نظام الفسخ القضائي وفي مفهومه في القانون التونسي إذ جاء به «أن الرأي القائل بأن طلب الفسخ

(100) محمد المصطفى الشافعي ، مرجع سابق الذكر ، ص 174 .

(101) أنظر مثلاً القرار التعقيبي المدني عدد 603 ، المؤرخ في 15 أبريل 1976 ، (ن.م.ت. ، ج 1 ،

ص 191) الذي جاء به أنه ... يؤخذ من الفصلين 796 و340 من م.أ.ع. أنه إذا وقع الخلاص في مال

الكريء على الصورة المقررة بالاتفاق أو القانون قبل صدور حكم نهائي بالفسخ فإنه لم يبق بعد ذلك وجه

للفسخ . وراجع في نفس المعنى : القرارات التعقيبين عدد 11995 ، المؤرخ في 22 جوان 1976 ، ن.م.ت.

، ج II ، ص 145 ، وعدد 3312 ، المؤرخ في 15 جوان 1981 ، ن.م.ت. ، ج II ، 1981 ، ص 176 .

ولكن أنظر في الاتجاه المخالف القرار التعقيبي المدني عدد 539 ، المؤرخ في 7 مارس 1978 ، المذكور أعلاه ،

الذي قضى - مراعاة لأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 273 واستناداً إلى أحكام الفصل 796 ثالثاً من م.أ.ع .

- بأن «للبعري حق الفسخ إذا لم يجد المكريء الحال عليه» وأن زمن الحلول يتحدد بحلول الأجل المتفق

عليه بالعقد عملاً بأحكام الفصل 260 بما لا يعنّ معه محكمة الموضوع أن ترفض طلب الفسخ بسبب الخلاص

قبل انتهاء التزام» .

(102) يراجع مثلاً القرار عدد 1321 ، المذكور أعلاه ، والقرار التعقيبي المدني عدد 1674 ، المؤرخ في 24

ديسمبر 1962 ، ن.م.ت. ، ص 73 . ولكن انظر في الاتجاه المخالف القرارات التعقيبية المدنية عدد

28 ، المؤرخ في 7 أكتوبر 1976 ، ن.م.ت. ، ج III ، ص 136 وعدد 404 ، المؤرخ في 20 أكتوبر

1977 ، ن.م.ت. ، ص 132 ، وعدد 539 ، المؤرخ في 7 مارس 1978 ، المذكور أعلاه .

### III - آثار الفسخ

401 - الفسخ بعدم العقد بصفة رجعية<sup>(106)</sup> ويحول جميع آثاره بين الأطراف وبالنسبة للغير. ولا يستثنى من قاعدة الرجعية سوى العقود الزمنية<sup>(107)</sup> مثل عقد التأمين وعقد الشغل وعقد التسويف التي لا يحدث فيها الفسخ آثاره إلا بالنسبة للمستقبل.

### ٤ ٣ - مسألة تحمل التبعة<sup>(108)</sup>

402 - تبين لنا من الفقرة السابقة أن الفسخ هو جزء عدم الوفاء. فهو بعبارة أخرى جزء لخطا عقدي ارتكبه أحد الطرفين بحيث يكون من العدل والإنصاف أن يعفى الطرف الآخر من التزامه. وهي التبيجة التي يمكنه منها حصوله على الفسخ.

ولكن ما الحل إذا كان سبب عدم الوفاء ناتجا عن استحالة خارجة عن إرادة المدين مثل القوة القاهرة أو الأمر الطارئ، خاصة ونحن نعلم أن المدين يكون في هاته الصورة معفى من التزامه بموجب أحكام الفصل 282 من م.أ.ع.؟ فهل يعفى الطرف الآخر بدوره من التزامه؟ فإذا كان الرد بالإيجاب نقول إن التبعة محمولة على المدين، أما إذا كان الرد بالسلب فنقول وأن التبعة محمولة على الدائن - أي أن هذا الأخير سينفذ التزامه دون أن ينال شيئا في المقابل.

فلنفترض أنَّ مالك عمارة سوَّغها لشخص تحطمت بعد ذلك بزلزال. فالمسوغ المالك يكون في هاته الصورة معفى من التزامه المتمثل في ضمان انتفاع

(106) يراجع : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 74. وانظر القرار التقسيمي المدني عدد 829، المؤرخ في 24 أفريل 1928، ق.ت. 1928، عدد 9، 1929، ق.ت. 1928، عدد 16 أكتوبر 1981، ن.م.ت. 1981، ص 151.

والقرار التقسيمي المدني عدد 9769، المؤرخ في 4 جانفي 1955، ق.ت. 1960، عدد 9، 1960، ص 135.

(107) يراجع : القرار التقسيمي المدني عدد 14262، المؤرخ في 28 أكتوبر 1985، ق.ت. 1987، عدد 10، 1987، ص 75. وانظر خاصية : Imed ARIBI, *Notion et rôle de la résiliation en droit privé interne*, thèse dactyl., Grenoble 1995.

A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 497 et suiv.; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 760; J. CARBONNIER, op. cit., §§ 82 et 83.

### II - وسائل الفسخ

400 - لا يكون الفسخ إلا بحكم (الفصل 273 الفقرة الأخيرة). أما إذا اشترط العقادان أنَّ عدم وفاء أحدهما بما التزم به يوجب فسخ العقد فإنَّ العقد يفسخ بمجرد وقوع ذلك (الفصل 274 من م.أ.ع.).<sup>(103)</sup>

ولئن ذهب فقه القضاء بفرنسا إلى الإعتراف لقضاء الأصل بسلطة تقديرية في مادة الفسخ القضائي، بما يجعل منه جزء اختيارياً بالنسبة للقاضي<sup>(104)</sup>، فإنَّ هذا الحال لا يتماشى مع أحكام الفسخ في القانون التونسي. فالفسخ لا يمكن قانوناً إلا متى أصبح أمراً حتمياً لا مناص منه وذلك بفقدان الدائن لكل أمل في أن يفي مدينه بما التزم به نحوه. أما في فرنسا فإنَّ طلب الفسخ جائز حتى في صورة ما إذا كان الوفاء ممكناً. فمن المعقول والحالة تلك أن يعترف فقه القضاء في هذا البلد بحق القاضي في النظر في وجاهة الفسخ المطلوب وأن يراعي في ذلك مصالح الطرفين المتعاقدين وخاصة منها ظروف المدين. وذلك على خلاف الوضع في القانون التونسي حيث لا خيار للقاضي سوى التصریح بالفسخ. لذا فهو لا يملك هنا إلا سلطة تقدير ما إذا توفر شرط الاستحالة.<sup>(105)</sup>

(103) يراجع تطبيقاً لهذا التقى : القرارات التقسيمية المدنية : عدد 1007، المؤرخ في 30 نوفمبر 1978، ق.ت. 1979، عدد 5، ص 92؛ عدد 3476، المؤرخ في 16 أكتوبر 1981، ن.م.ت. 1981، ج III، ص 217؛ عدد 5479، المؤرخ في 26 نوفمبر 1981، ن.م.ت. 1981، ج IV، ص 171؛ عدد 9712، المؤرخ في 16 جانفي 1984، ن.م.ت. 1984، ج I، ص 322؛ عدد 12898، المؤرخ في 12 ديسمبر 1985، ن.م.ت. 1985، عدد 315؛ عدد 15913، المؤرخ في 16 أكتوبر 1986، ن.م.ت. 1986، ج II، ص 325؛ عدد 12768، المؤرخ في 16 جانفي 1986، ن.م.ت. 1986، ج I، ص 219؛ عدد 17329، المؤرخ في 8 جوان 1989، ن.م.ت. 1989، ص 228. وانظر : André JACQUEN, La modification des clauses résolutoires, Gaz. Pal. 1990. II. Doct. 408; Y. PICOT, La clause résolutoire et la règle morale, J.C.P. 1990. I. 3447; J.L. AUBERT, La clause résolutoire, la loi et la bonne foi, note sous civ. 3è, 13 avril 1988, D. 1989, J. p. 334. A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 487; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 741.

(104) يراجع : محمد المنصف الشافعي، المرجع المذكور أعلاه، ص 209.

المتسوّغ بالعمارة التي سوّغها له. ولكن هل يعفي نتيجة ذلك المتسوّغ من التزامه المتمثل في دفع معين الكراء؟

إن ارتباط الإلتزامين يفرض هذا الحل بحسب ما يمكن القول إن خطر الإستحالة يتحمله المدين الذي يفقد حقه في معين الكراء بمجرد تعلّم ضمانه لانتفاع المتسوّغ بالعمارة. وهو الحل الذي قرره المشرع ضمن الفصل 348 من م.أ.ع. الآتي نصّه : «إذا لم يتيسّر الوفاء بالعقد بغير اختيار العاقد وبغير مطل من المدين برئت ذمته ويسقط حقه في طلب ما عسى أن يترتب في ذمة العاقد الآخر».

على أن هذا الحل لا ينطبق في الظاهر، في صورة ما إذا كان موضوع الإلتزام نقل ملكيّة شيء معين كما في عقدي البيع والمعاوضة. حيث ينص الفصل 585 من م.أ.ع. صراحة على أن المبيع يصير «في ضمان المشتري ولو قبل تسلمه إياه ما لم يكن في ذلك ما ينافي العقد»، فإذا هلك المبيع فإن البائع، وهو المدين، يحتفظ بالثمن أو بحق المطالبة به وبالحال أن المشتري - وهو الدائن - لم يحصل على أي شيء في المقابل بسبب هلاك المبيع بما قد يصح معه اعتبار أن التبعة يتحملها في هذه الصورة الدائن لا المدين، وذلك على خلاف القاعدة العامة الواردة بالفصل 348 م.أ.ع. ولكن هذا الحل لا يعتبر في الحقيقة استثناء للقاعدة العامة، وهو ليس سوى نتيجة ما يترتب على عقد البيع من نقل فوري للملكية. فإذا حمل المشرع المشتري مخاطر هلاك الشيء فهو حمله ذلك بوصفه مالكا للشيء لا بصفته دائنا.

## العنوان الثاني آثار العقد بالنسبة إلى الأفراد

# الفصل الأول

## مبدأ النسبة العقدية

403 - العقد عمل إرادي، لذلك فإنَّ ما ينشئه من التزامات لا يلزم مبدئياً سوى طرفيه. وينصُّ على هاته القاعدة الأساسية، فضلاً عن الفصل 37 م.أ.ع. ، الذي ورد به بوجة عامٍ أنه «ليس لأحد إلزام غيره أو قبول التزام له إن لم يكن مأذوناً في التباهي عنه...»، الفصل 240 م.أ.ع. ، المتعلقة أحکامه بآثار الإلتزامات الناشئة عن العقود. وقد جاء به أنه «لا يلزم العقد إلا العاديين ولا ينجرِّ منه للغير ضرر ولا نفع إلا في الصور التي نصَّ عليها القانون». ويعبر هذان النصان على مبدأ النسبة العقدية. وسوف يبيّن لنا تحليل هذا المبدأ (الفصل الأول) أنَّ مفهوم «الغير» يتخلص أحياناً إلى درجة تجعل قائمة الأشخاص الذين تجري عليهم أحکام الإلتزامات العقدية تتجاوز بكثير شخصي التعاقددين لتشمل غيرهما من لم يعبر شخصياً أو بواسطة عن إرادة تلزمته أو قد تنجرَّ له منها حقوق. وهو أمر يصعب معه الارتياب إلى الرأي القائل بأنَّ آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص تستمدُّ أساسها من مبدأ سلطان الإرادة. وذلك خاصة أنه يترتب على أهمِّ استثناء جعله المشرع لمبدأ النسبة العقدية (الفصل الثاني)، وهو الإشتراط لمصلحة الغير، أنَّ العقد ينبع أثراً مقصوداً ينصرف إلى الغير الأجنبيَّ عنه تماماً. على أنَّ المقاييس التي تنظم على أساسها آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص لا يجري العمل بها إلا بالنسبة للعقود الصادقة والجديدة. أمَّا إذا قصد بهذه العقود إخفاء إرادة الأطراف الحقيقة عن الغير، وكان ظاهرها جدًّا وباطنها كذب أو مخداع، فإنَّ آثارها تحدد بالرجوع إلى نظام قانونيٍّ خصوصيٍّ سوف نتعرَّف عليه من خلال دراسة الصورية في العقود (الفصل الثالث).

## نسبة الأثر الإلزامي للعقد

يتجاهل تماماً العقود التي لا تكون له فيها صفة الطرف المتعاقد. ذلك لأن العقد، إلى جانب كونه مصدر التزام، هو حدث إجتماعي تغير بموجبه مكاسب الأطراف وحقوقهم وتنشأ عنه أوضاع قانونية جديدة قد يكون لها انعكاسات على غير المتعاقدين بما يخول لهم أن يحتاجوا به على الأطراف، بمثل ما يتحقق لهؤلاء أن يعارضوا به الكافة. ويتبيّن من ذلك أن حصر نطاق العقد بين طرفيه باعتباره رابطة إلزامية لهما لا يحدّ من إشعاعه على الكافة بصفته حدثاً إجتماعياً مكرساً لأوضاع قانونية جديدة<sup>(3)</sup>.

لذلك يكون من المتوجه أن ندرس في ما يلي وعلى حدة كلّاً من مفهومي نسبة الأثر الإلزامي للعقد (الفرع الأول) والمعارضة بالعقد (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : نسبة الأثر الإلزامي للعقد

405 - ليس بالأمر البسيط أو البديهي تحديد مدى نسبة الأثر الإلزامي للعقد. وعلة ذلك أنه توجد بين الأطراف المتعاقدين والغير الأجنبي تماماً عن العقد<sup>(4)</sup> أصناف أخرى من الأشخاص وهم الخلفاء<sup>(5)</sup> والدائون العاديون<sup>(6)</sup> الذين لا بد أن نبين فيما يتعلّق بكلّ صنف منهم ما إذا كانت أحكام الإلتزامات الناشئة عن العقد جارية عليهم بما يتحقّق اعتبارهم دائرين أو مدينين بموجبها، أم هل يتوجه وصفهم غيراً على معنى الفصل 240 من م.أ.ع.، لا ينجرّ لهم من العقد «ضرر ولا نفع».

#### § 1 - الأطراف المتعاقدون والغير<sup>(4)</sup>

##### I - الطرف المتعاقد

406 - الطرف المتعاقد هو الذي يتمّ برضاه انعقاد العقد. ولما كانت

G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., n° 233; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1207 à 1210.  
براجع : (3)

J. GHESTIN, La distinction entre les parties et les tiers au contrat, S.J. 1992. I. 3628, pp. 173 et s; V. aussi les critiques suscitées par cette étude (Jean-Luc AUBERT, A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, Rev. trim. dr. civ. 1993, p. 263, et Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, De l'élargissement

404 - إن أهمّ أثر يحدثه العقد هو إنشاء رابطة قانونية بين طرفيه تتولد عنها لكلاهما حقوق وواجبات، ولا يكون لأحد غيرهما فيه صفة المدين والدائن. وهي القاعدة التي يعبر عنها الفقه عادة بنسبية آثار العقد<sup>(1)</sup> والتي ينصّ عليها الفصل 240 من م.أ.ع. بقوله أن العقد «لا يلزم... إلا المتعاقدين ولا ينجرّ منه للغير ضرر ولا نفع إلا في الصور التي نصّ عليها القانون».

على أنّ عبارة «... لا ينجرّ منه للغير ضرر ولا نفع...» لا تعني سوى كون العقد لا يحدث للغير حقوقاً أو التزامات، أي أنّ الغير لا يصبح بموجبه لا دائناً ولا مديناً<sup>(2)</sup>. ولا يقصد بها أنه من حقّ الغير أو من مصلحته أن

(1) حول هذه المسألة يوجه عام برامج :

A. WEILL, Le principe de la relativité des conventions, th. Strasbourg, Dalloz 1938; S. CALASTRENG, La relativité des conventions, th. Toulouse, 1939; Y. FLOUR, L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé, th. Paris II, ronéo 1978; J.L. GOUTAL, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, th. Paris II, L.G.D.J. 1981, préf. H. BATTIFOL; F. BERTRAND, L'opposabilité du contrat aux tiers, th. Paris II, ronéo, 1978; R. SAVATIER, Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats, Rev. trim. dr. civ. 1934, p. 525; M. CABRILLAC, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale : Mélanges MARTY, 1978, p. 247 et s.; JOSE DUCLOS, L'opposabilité (essai d'une théorie générale), thèse, Rennes, 1984; J. LIMPENS, De l'opposabilité des contrats à l'égard d'un tiers. Contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et personnels : Mélanges ROUBIER, t. II, pp. 89 et s.

براجع أيضاً : عبد الرزاق السنوسي، الوسيط...، 1، ص 342 إلى 356؛ محمد الملاقي : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 233 إلى 240. Droit civil, Les obligations, op. cit., n° 505 à 521; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Droit civil, obligations, 2. Contrat, n° 1193 à 1320; PH. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Les obligations, 2ème éd. 1990, n° 650 à 663; J. CARBONNIER, Droit civil, 4, Les obligations §§ 53 à 56; G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, II, 1er vol., Les obligations, n° 233 à 247; A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, op. cit., n° 453 à 465.

(2) إن أحكام الفصل 240 م.أ.ع. مأخوذة عن الفصل 1165 من المجلة المدنية الفرنسية وهي تنصّ على مبدأ RES INTER ALIOS : (Les glossateurs) ACTA NEQUE NOCESSE PRODESSE POTEST (La chose convenue entre les uns ne profite ni ne nuit aux autres). Vº PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 650.

على جميع من ترتب لهم حق من المعاقدين، في حين أن التحليل السليم يفرض أن نفرق من هاته الناحية بين الخلف العام<sup>(1)</sup> من جهة، والخلف الخاص<sup>(2)</sup> من جهة أخرى.

### I - الخلف العام

409 - الخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها أو في جزء منها باعتبارها مجموعة أموال. ويكون الخلف العام إما الوارث لكل التركة أو جزء منها، أو الموصى له بجزء منها. ولا تتحقق هذه الصفة بالشخص إلا في حالة وفاة السلف فقط.

والخلف العام، كالوارث، يعتبر متمماً لشخص من يخلفه وحالاً محله في ما له وما عليه<sup>(3)</sup>، ولكن مع مراعاة حق الوارث في عدم قبول الإرث وفي كونه لا يلزم بدين مورثه في صورة القبول إلا بقدر إرثه وعلى نسبة مثباته (الفصل 241 م.أ.ع.).<sup>(4)</sup>

410 - وإذا يتبيّن هكذا أن العقود التي يلتزم بمقتضاها السلف تلزم الخلف العام بعد ممات السلف فيصبح الخلف دائناً ومدييناً بموجبها، فإن الفصل 241 م.أ.ع. الذي ينص على هذه القاعدة قد استثنى منها الحالات التالية :

أ - إذا اتفق المتعاقدان على اقتصار آثار العقد عليهم وعدم انصرافها إلى ورثهما. كما لو اتفقا في عقد إيجار على انقضاء العقد في حالة وفاة أحدهما.

ب - إذا كانت طبيعة الالتزام تفترض عدم انتقال الآثار التي يرتبها إلى الخلف العام. كما في الجرایة العمریة التي يحصل عليها شخص بمقتضى عقد.

(8) يراجع محمد الملاقي : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 235.

(9) يراجع تعريفه لهذه القاعدة القرار المدني الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 92154 في 6 فبراير 1991 (ق.ت. 1992، عدد 4، ص 109) وقد ورد به على وجه الخصوص أن الابتعان عن قبول الإرث لا يكون بمجرد تصريح بقدمة محامي الورثة أثناء التقاضي بل يتصرّف بقدمة الورثة لغایض التسجيل يمكن افتتاح التركة مصحوباً بكل ما يجوز من الوثائق والرسوم التي تهم التركة مع تحكيمه من حوز المخالف بصورة قانونية وفقما تقتضيه أحكام الأمر المؤرخ في 15 فبراير 1932 والقرار المؤرخ في 28 ماي 1932 الصادر عن المدير العام للمالية التونسية.

الإرادة معيار العقد، فإن الحضور الشخصي وقت التعاقد لا يهم هنا لتعريف الطرف في العقد<sup>(5)</sup> بقدر ما تهم موافقته عليه وإمساكه إياه إما مباشرة أو بواسطة نائب. وقد قضت محكمة التعقيب<sup>(6)</sup> على ذلك الأساس أن عقد التسويف يكون عديم الأثر تجاه مالك المحل المسوّغ طالما تبيّن وأن المدعى توسيع المحل من غير المالك دون أن يذكر بالعقد أن هذا الأخير تصرف بتلك الصورة في حق المالك ونيابة عنه.

### II - الغير

407 - تطبق عبارة الغير هنا على الأشخاص الأجانب تماماً عن العقد الذين لا ينجرّ لهم ضرر ولا نفع. ويستعمل الشراح عبارتي «الغير المطلق» أو «الغير الحقيقي» للدلالة على هذا المفهوم تجنباً للخلط بينه وبين مفهومي الخلف العام والخلف الخاص بحيث يمكن حصر مفهوم الغير على معنى الفصل 240 م.أ.ع. في الشخص الذي لم يكن طرفاً في عمل قانوني ولا مثلاً فيه ولا وارثاً ولا من انجز له حق من أحد الطرفين المتعاقدين<sup>(7)</sup>.

## § 2 - خلفاء الأطراف المتعاقدين

408 - جاء بالفصل 241 من م.أ.ع. أن «الإلتزامات لا تجري أحکامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضاً على ورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم ما لم يصرّح بخلاف ذلك أو ينبع من طبيعة الإلتزام بمقتضى العقد والقانون...». وقد توهم شمولية عبارات هذا النص بأن آثار العقد تنسحب

de la notion de partie au contrat .... à l'élargissement du principe de l'effet relatif, Rev. trim. dr. civ. 1994, p. 275) et la réaction constructive de Jacques GHESTIN : Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, Rev. trim. dr. civ. 1994, p. 77.

M. VASSEUR, Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres, Rev. trim. dr. civ. 1949, pp. 173 et s.

(5) يراجع : قرار تعقيبي مدني عدد 5077، مؤرخ في 24 ديسمبر 1981، ن. م. ت. 1981، ج IV، ص 295.

(6) يراجع : هنري شمامه : الغير، محاضرة أقيمت بكلية التربية للعلمن في 6 ماي 1963 - نشر : القضاة DEBRAUD, La notion de tiers, thèse, DIJON, 1890; AUSSEL, : Essai sur la notion de tiers en droit civil français, thèse, Montpellier, 1953.

دائنا ومدينا بوجوب ذلك العقد ؟

ولا يثار المشكّل طبعاً إلّا بالنسبة للعقود التي أبرمها السلف فيما يتعلق بالشيء الذي تلقاه منه الخلف. أمّا فيما عداها من العقود، فالخلف الخاص يعده غيراً مطلقاً على معنى الفصل 240 م.أ.ع.، لا ضرر ولا نفع له منها. كما لا تعرّض مسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص إلّا في خصوص العقود التي أبرمها السلف قبل انتقال الشيء إلى الخلف الخاص.

ويبدو أنّ المشرع قد حسم الأمر بالنسبة للعقود التي تهمّ الخلف الخاص المحددة أعلاه لما أورد ضمن الفصل 241 م.أ.ع. أنّ الإلتزامات لا تجري أحکامها على المتعاقدين بل تجري أيضاً على ... من ترتب له حقّ منهم. وما من شكّ في أنّ شمولية هذه العبارة تجعل نطاقها غير مقتصر على الخلفاء العامين وإنما يمتدّ أيضاً إلى الخلفاء بوجه خاص. وإذا يفهم من هذا أنّ الأصل في القانون التونسي هو انصراف أثر العقد الذي يبرمه السلف إلى الخلف الخاص<sup>(12)</sup>، فإنّ هذه القاعدة ليست مطلقة الأمر الذي يتوجه معه، بالرجوع إلى

(12) لابدّ من التوضيح هنا أنّ الفصل 241 م.أ.ع. يرجع أصله إلى القانون الإيطالي (أنظر تعليق صانيلانا على الفصل 264 من المشروع الأول للمجلة المدنية والتجارية التونسية). حيث ينصّ الفصل 1127 من المجلة المدنية الإيطالية كما أورده H. PRUDHOMME في صيغة فرنسيّة annoté et précédé d'une introduction, Paris, 1896 : "On est censé avoir contracté pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, lorsqu'il n'a pas été stipulé le contraire, ou que cela ne résulte que de la nature du contrat".

وقد يتبين بذلك أنّ القانونين التونسي والإيطالي يختلفان من هاته الناحية عن القانون الفرنسي. ففي حين ورد في كلّ من هذين القانونين أنّ "الالتزامات... المتعاقدين" (جري أيضاً) على من ترتب له حقّ منهم... (الفصل 241 تونسي) أو أنّ "من تعاقد في حقّ نفسه محمول على أنه تعاقد أيضاً في حقّ من ترتب له حقّ منه..." (الفصل 1127 إيطالي) معتبرين بذلك صراحة بذلك نقل الإلتزامات إلى الخلفاء (بوجه عام أو بوجه خاص) دون تغيير في ذلك بين الإلتزامات السليمة (الديون) والإلتزامات الإيجابية (الحقوق)، نلاحظ أنّ القانون الفرنسي أقصر في فصله 1122 على التصريح بأنّ "من يشترط التزاماً لنفسه محمول على كونه اشتراه أيضاً لورثته ولن ترتب له حقّ منه...". فهو قد يسمح إذن بنقل الديون دون الحقوق بما لا يجعل منه سندًا كافياً لتبسيط المخلول التي انتهت إليها فقه القضاء الفرنسي في خصوص مسألة انصراف الإلتزامات إلى الخلف الخاص. وإذا أتفق الشرح في فرنسا على تهبيط الفصل 1122 المذكور نافياً عنه كلّ مصلحة قانونية وعملية (انظر مثلاً : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 660) ، فإنّ هذا الاتجاه قد لا يصح بالسبة لأحكام الفصل 241 من م.أ.ع. التي تعتبر في نظرنا مطلقاً ضروريّاً لحسن تحليل هذه المسألة. تماً ذي بنا - خلافاً للاتجاه السائد في الفقه الفرنسي - إلى اعتبار أنّ الأصل في قانوننا هو نقل العقد إلى الخلف الخاص، وأنّ عدم نقلها إليه بعد من قبيل الاستثناء.

فهي لا تنتقل إلى ورثته لأنّ طبيعتها القانونية تقضي بأنّها تنتهي بموت صاحبها<sup>(10)</sup>. والأمر بالمثل في الإلتزامات التي تراعى فيها شخصيّة العائد. كالمحامي أو الجراح الذي يلتزم بالعقد لأنّ يقوم بعمل من أعمال مهنته. فإنّ التزامه لا ينتقل إلى ورثته بعد وفاته.

ج - إذا كان نصّ في القانون يمنع أن ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام. وينصّ القانون على ذلك بالنظر إلى طبيعة المعاملة كما في حقّ الإنتفاع الذي ينقضي بموت المتتفق (الفصل 157 م.أ.ع.) أو تأسيساً على الإرادة المفترضة لطرف العقد كما في الوكالة التي تقضي بموت الموكّل أو الوكيل (الفصل 1157 خامساً من م.أ.ع.).

## II - الخلف الخاص

411 - الخلف الخاص هو من يخلف السلف في حقّ عينيّ على شيء محدد كالمشتري الذي يخلف البائع في ملكية المبيع وصاحب حقّ الإنتفاع لم تلقى منه هذا الحقّ والموهوب له أو الموصى له بعين معينة من التركة<sup>(11)</sup>.

ويتعلّق السؤال الذي يتوجه طرّاه بالنسبة لهذا الصنف من الأشخاص بمعرفة ما إذا كانت العقود التي أبرمها أسلافهم في خصوص الأشياء التي تلقواها منهم قابلة للإنسحاب عليهم، أو بعبارة أخرى، هل تنتقل إلى الخلف الخاص (المشتري أو الموهوب له أو الموصى له...) الحقوق والواجبات التي تنشأ عن العقد الذي سبق لسلفة (البائع أو الواهب أو الموصى...) أنّ أبرمه فيما يتعلّق بالشيء الذي تلقاه منه؟ فإذا كان البائع مثلًا قد أبرم عقداً بشأن الشيء الذي باعه، فهل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري فيصبح هذا الأخير

(10) يراجع محمد المالطي : كتاب، المذكور أعلاه، ص 236.

(11) يراجع في خصوص هذا المفهوم LEPARGNEUR, De l'effet à l'égard de l'ayant cause : particulier des contrats génératrices d'obligations relatifs aux biens transmis, Rev. trim. dr. civ. 1924, pp. 481 et s.; MOURGEON, Les effets des conventions à l'égard des ayants cause particuliers en droit français, th. Paris, 1934; DU GARREAU de la MECHENIE, La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur, Rev. trim. dr. civ. 1944, pp. 219 et s.

## 2) العقود المسماة التي تنقل إلى الخلف الخاص حقوقاً والتزامات شخصية

414 - نصّ المشرع صراحة بالنسبة لبعض العقود الخاصة على إلزام والالتزام الخلف الخاص بالعقود المتعلقة بالشيء أو بالحقوق التي انتقلت إليه. ومثّل ذلك ما ورد بالفصل 22 من مجلة التأمين من أنّ التأمين يبقى «سارياً وجوياً في صورة ... التقويت في الشيء المؤمن عليه لصالح ... المشتري أو من آلت إليه الحق...». كما جاء في الفصل 798 من م.أ.ع.، في خصوص آثار عقد الكراء بالنسبة للخلف الخاص، أنّ «خروج الملك من يد مالكه طوعاً أو كرها لا يفسخ الكراء. وإنما يحلُّ المالك الجديد محلَّ القديم فيما له وعليه من الحقوق في الكراء المذكور إن كان عقده خالياً من التدليس ولو تاريخ ثابت سابق على تاريخ التقويت»<sup>(15)</sup>. كما ينسحب نفس المبدأ بالنسبة لتألّ عقود الشغل في صورة التقويت في مؤسسة تجارية أو صناعية، حيث ينصّ الفصل 15 من مجلة الشغل على مواصلتها بين الأجراء ومؤجرهم الجديد بما يجعل هذا الأخير دائناً ومدييناً بموجب عقود سابقة أفضاها سلفه<sup>(16)</sup>. ومن الحالات التي ينجر عنها أيضاً إلزام للخلف الخاص بموجب اتفاق سابق أمضاه السلف، ما تعرض إليه الفصل 90 من م.ح.ع. في خصوص النظام الذي يضعه المالكون بالاشتراك لعقارات مقسمة إلى عدة طبقات أو شقق ضماناً لحسن الارتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته. وقد ورد بالفصل 90 المذكور أنّ «هذا النظام يلزم جميع المالكين وكلّ من انخرط له حقٌّ منهم. ويجب ترسيمه بسجلِّ الملكية ليكون عاملاً بالنسبة لمن انخرط له حقٌّ منهم بوجه خاص».

### ب - الاستثناءات

415 - يتضح بالرجوع إلى الفصل 241 م.أ.ع. أنّ نطاق الاستثناءات

(15) يراجع : Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance, op. cit., n° 288 et s.  
(16) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 31480 المؤرخ في 14 أكتوبر 1992 ن.م.ت. ، ص 437.

(17) يراجع تطبيقاً لهذه القاعدة : قرار تعقيبي مدني عدد 16005، مؤرخ في 1 ديسمبر 1986، ن.م.ت. ، ص 25. والقرار التعقيبي المدني عدد 21773 ، المؤرخ في 2 جانفي 1989، ن.م.ت. 1989، ص 437.

أحكام الفصل 241 وإلى غيره من النصوص القانونية الخاصة، بيان ما استثنى منها (ب) وذلك بعد محاولة حصر نطاقها<sup>(1)</sup>.

### أ - مبدأ نقل الالتزامات والحقوق من السلف إلى الخلف الخاص

412 - تنسحب القاعدة الواردة بالفصل 241 من م.أ.ع. أساساً على العقود المكملة أو المحددة لحقٍّ عينيٍّ على الشيء<sup>(2)</sup>. كما أنّ المشرع كرسها بصفة خاصة بالنسبة لعدد من العقود المسماة<sup>(3)</sup>.

### 1) العقود المكملة أو المحددة لحقٍّ عينيٍّ على الشيء

413 - إن العقود التي تنتقل آثارها، سلبية كانت أو إيجابية، إلى الخلف الخاص هي أولاً وبالذات العقود المكملة أو المحددة لحقٍّ عينيٍّ على الشيء<sup>(4)</sup>. فمن يبيع داراً كان رتب لها بمقتضى عقد حق ارتفاق ينقل ملكيتها إلى المشتري الذي يتلقّاها ممتنة بذلك الحق. وعلى عكس ذلك فإذا رتب السلف بمقتضى عقد حق ارتفاق عينيٍّ على الشيء، فإن ذلك الشيء ينتقل إلى الخلف الخاص مثقلًا بهذا الحق. كما يلزم الخلف الخاص بالصلاح الذي أمضاه سلفه لضبط الحدّ الفاصل بين ملكه وملك جاره.

وإذ يمكن تأسيس هذه الحلول على شمولية عبارات الفصل 241 المذكور، فإن الشرح<sup>(14)</sup> قد جمعوا على كونها، من جهة أخرى، نتيجة منطقية للمبدأ القانوني العام القائل بأنه «لا يجوز لشخص أن يمنع غيره أكثر مما لنفسه من حقوق» (الفصل 551 م.أ.ع.). وما الارتفاع بحقوق الارتفاع المرتبة لفائدة المبيع أو تحمل الارتفاعات المرتبة عليه إذن سوى تحديد لمضمون المبيع أو بوجه أعمّ ل نطاق امتداد العين.

على أنّ العقد الذي يخصيه السلف لا يمكن أن يؤثّر بالسلب أو بالإيجاب على حقوق الخلف الخاص إلا إذا كان ثابتاً التاريخ ومتقدماً من حيث التاريخ عن العقد الذي انتقل الشيء بمقتضاه إلى الخلف. كما تراعى في ذلك بالنسبة للعقارات المسجلة القواعد القانونية للإشهار المتعلقة بالترسيم العقاري<sup>(15)</sup>.

(13) يراجع : عبد الرزاق التمهوري ، الوسيط... ، 1، عدد 352، ص 549 إلى 551.

(14) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 510; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1299; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n° 240.

(15) يراجع المدد أسفله.

هو يتأسس على أحكام الفصل 241 المتعلق بأثار العقود، والحالة الثانية التي تتعلق بالعقود المسماة التي يتنتقل مفعولها إلى الخلف الخاص بحكم نص قانوني غالبا ما تتعلق أحکامه بالنظام العام، فإنّ مدى انصراف الإلتزامات والحقوق إلى الخلف الخاص يتحدد حتما - عدا الحالات النادرة التي يحول فيها دونه صراحة اتفاق الأطراف أو القانون - بالرجوع إلى اجتهاد القاضي الذي له أن يقرر، بحسب نتيجة تحليله لطبيعة الإلتزام، ما إذا كان من النوع الذي ينصرف إلى الخلف الخاص. الأمر الذي يستخلص معه أن آثار العقود بالنسبة للخلف الخاص تبقى في الواقع غير ثابتة بالرغم من شمولية عبارات الفصل 241 م.أ.ع.

418 - ويفقق الشراح<sup>(18)</sup> على أن الإلتزام الذي يتعلق بشخص السلف يعد من الإلتزامات التي لا تنصرف بحكم طبيعتها إلى الخلف الخاص. كما إذا كان للبائع اتفاقية مع شركة توزيع الكهرباء تقتضي التخفيف لفائدة من ثمن التيار الكهربائي الذي يستعمله في الدار. فالمشتري لتلك الدار لا يتفع بذلك الحق نظرا للطابع الشخصي الذي يكتسيه اتفاق سلفه مع شركة توزيع الكهرباء بما يجعله عديم الصلة بالعين التي اشتراها منه<sup>(19)</sup>. ولكن السؤال يبقى قائما في خصوص مدى درجة الإرتباط اللازم بين الإلتزام والشيء حتى تنصرف آثار هذا الإلتزام إلى الخلف الخاص. فهل يكفي ليتم ذلك إثبات وجود مجرد علاقة بينهما، أي أن يكون الإلتزام خاصا بالشيء، أم هل من الضروري أن تكون الإلتزامات والحقوق من توابع الشيء محددة أو مكمّلة له؟ إن اشتراط مجرد العلاقة يبدو أكثر تماشيا مع شمولية عبارات الفصل 241 من م.أ.ع. التي تقر مبدأ انصراف آثار العقود إلى الخلف الخاص. وذلك على عكس الاتجاه الثاني الذي يرمي إلى التضييق في نطاق القاعدة العامة. فلا يمكن على أساسه مثلا أن يتنقل إلى مشتري الأرض التزام وحق بائتها الناجم عن اتفاقه مع مقاول على بنائها. كما لا يتنتقل التزام السلف بتعويض ما أحدثه الشيء

(18) يراجع مثلا محمد الملاقي : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 237، و B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1300.

(19) مثال مأخوذ عن محمد الملاقي في كتابه المذكور أعلاه، ص 237.

لإبدإ نقل الإلتزامات والحقوق الناجمة عن العقود التي يرمها السلف إلى الخلف الخاص يشمل حالة الاتفاق على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلفاء بوجه خاص<sup>(1)</sup>، وصورتا ما إذا نتج هذا الحل إما من طبيعة الإلتزام بمقتضى العقد<sup>(2)</sup>، أو بمقتضى القانون<sup>(3)</sup>.

### 1 ) الاتفاق على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص

416 - لا يشير هذا الاستثناء مبدئياً آية صعوبة خاصة إذا أخذنا بالإتجاه القائل بأنّ الحل الوارد بالفصل 241 م.أ.ع. يتأسس على الإرادة المفترضة لجميع الأشخاص الذين يمكن أن تنصرف إليهم آثار العقد (الأطراف والخلف الخاص)<sup>(17)</sup>. فالحرية التعاقدية تخول بدون شك للسف ولعاقده أن يتفقا على عدم انصراف آثار العقد الذي يربط بينهما إلى الخلف الخاص. كما يتحقق للخلف الخاص أن يستثنى في العقد الذي يربطه سلفه نقل الديون المتعلقة بالعين التي تلقاها منه والمتخلدة بذمة هذا الأخير. ولا تحدّ من هذه الحرية سوى متطلبات النظام العام التي تكتسي أحيانا طابعا إلزاميا لنقل آثار بعض العقود إلى الخلف الخاص (انظر مثلا الفصول 22 من مجلة التأمين و 90 من م.ح.ع. و 15 من مجلة الشغل ...).

### 2 ) عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص إعتبارا لطبيعة الإلتزام

417 - يرجع بالضرورة إلى القاضي تحديد الإلتزامات التي ينتج من طبيعتها أنها لا تنصرف إلى الخلف الخاص. ونقصد بهذا أنه يمكن للمحاكم، في غياب معيار موضوعي يعرف بـ «الإلتزامات التي تتنقل بحكم طبيعتها إلى الخلف الخاص»، أن ترسم لمبدأ انتقال الإلتزامات والحقوق إلى الخلف الخاص بعد الذي تتغير، وذلك إما بالتضييق أو بالتوسيع في نطاق هذا الاستثناء. وإذا ما تركنا جانبًا حاليتين، تهم الأولى العقود المتعلقة بحقوق عينية، والتي سبق أن أشرنا في شأنها أن نقل الإلتزامات والحقوق الناشئة عنها يندرج في الواقع ضمن تحديد مضمون العين المنقول إلى الخلف الخاص بقدر ما

### § 3 - الدائنون العاديون

420 - الدائن العادي هو الذي لا يتمتع بأي تأمين عيني أو شخصي خاص يضمن له خلاص الدين وإنما له حق ضمان عام على الذمة المالية لمدينه (الفصل 192 م.ا.ع.).<sup>(23)</sup> وما من شك في أن قيمة هذا الضمان تتأثر بالعقود التي يبرمها مدينه. فإن كانت نافعة للمدين وساهمت في إثرائه ازدادت حظوظ الدائن في استخلاص دينه وارتفعت قيمة ضمانه، أما إذا كانت هذه العقود نتيجة معاملات فاشلة، تقلصت قيمة الضمان العام على أموال المدين وتراجعت حظوظ الدائن في استخلاص دينه. لذلك فإن الدائن العادي يعد من الأشخاص الذين تهمهم العقود التي يضفيها مدينه إلى درجة كبيرة. ولكن هذا لا يبرر وصفه بالخلاف العام مثلاً ذهبت إليه نظرية قد يدو أنها اليوم مهجورة<sup>(24)</sup>. ذلك لأن وضعية الدائن تختلف جوهرياً عن وضعية الخلف العام حيث أنه لا يصبح على عكس هذا الأخير داناً أو مديناً بوجوب تلك العقود، ولا ينجرّ له منها ضرر ولا نفع. وإذا استثنينا من جهة الحالات الخاصة التي مكنته فيها القانون من القيام بدعوى مباشرة ضد معاقد مدينه<sup>(25)</sup>، وحقه من جهة أخرى في القيام عوضاً عن مدينه ضد مدينيه هذا الأخير حفاظاً على ضمانه العام وذلك عن طريق الدعوى المنحرفة<sup>(26)</sup>، فإن وضعية الدائن العادي تبقى شبيهة بوضعية الغير الأجنبي عن العقد. وهو في حاجة بصفته تلك إلى حماية القانون ضد جميع أساليب المخادعة والغش التي من شأنها أن

الذي انتقل إلى الخلف من ضرر إلى الغير<sup>(20)</sup> ضرورة أن مثل هذه الالتزامات والحقوق يتعلق بالشيء دون أن يكون من توابعه<sup>(21)</sup>. فإذا قبل فقه القضاء الفرنسي، الذي يبدو متمسكاً هنا بالإتجاه الضيق، انصراف الالتزام بعدم المنافسة الذي يتسع به باع الأصل التجاري إلى المشتري، فلأن شرط عدم المنافسة يرتفع في قيمة الأصل. فهو إذن مكملاً للشيء ومن توابعه. وقد برر الشرح استناداً إلى هذا التحليل القرارات التقنية الفرنسية<sup>(22)</sup> التي أقرت حق الخلف الخاص في القيام بدعوى العيوب الخفية التي يملكتها سلفه ضدّ باع الأصلي للشيء الذي تلقاه منه. أما في بلادنا فإن النصوص القانونية تسمح كما سبقت الإشارة إليه بتبنيّ تصورٍ واسع لنطاق انصراف العقود إلى الخلف الخاص ولكن ذلك يبقى رهين عدم التوسيع في مفهوم الاستثناء المأخوذ من طبيعة الالتزام.

### 3 ) عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص بمقتضى القانون

419 - يمنع الشرع في بعض الحالات انصراف آثار العقود إلى الخلف الخاص. ومن أمثلة ذلك ما ورد على سبيل الاستثناء ضمن الفقرة 2 من الفصل 22 من مجلة التأمين من «... أن عقد التأمين يتوقف وجوباً في حالة التقويت في عربة ذات محرك بعد عشرة أيام من تاريخ التقويت. ويمكن لأحد الطرفين فسخ العقد...».

BONNECASE, Condition juridique du créancier chirographaire, Rev. :<sup>(23)</sup> يراجع trim. dr. civ., 1920, pp. 103 et s.

(24) يراجع في هذا المعنى : MARTY et RAYNAUD, op. cit., II, n° 243; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1205.

(25) انظر مثلاً الفصل 776 م.ا.ع. الذي يمكن المرجع من دعوى مباشرة ضدّ المتصرف الثاني والفصل 26 من مجلة التأمين الذي يعطي للمتضرر في نطاق التأمين على المسؤولية الحق في مطالبة المؤمن مباشرة... في توسيع الحسائين والأضرار التي تتسبّب له فيها المؤمن له.

(26) يراجع في خصوص الدعوى المنحرفة في القانون التونسي : محمد الماليقي : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 292 وما بعدها، وألفة الفرشيشي : خواطر حول الدعوى المنحرفة، ضمن «دراسات في قانون التأمينات»، مؤلف جماعي تحت إشراف البشير التويي الفرشيشي ، تونس 1997 ، ص 375 وما بعدها.

(20) يراجع : عبد الرزاق الشهوري : الوسيط ...، 1، عدد 353، ص 552 و 553.

(21) إن اشتراط أن يكون الالتزام من توابع الشيء بحيث لا تكون له آية مصلحة إذا كان مفصلاً عن الشيء يرجع إلى نظرية دافع عنها الفقهاء الفرنسيون AUBRY et RAU . وقد عبرا عنها كما يلي : "Le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose corporelle ou incorporelle à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose comme qualités actives, ou qui en sont devenus des accessoires", (AUBRY et RAU, 6e éd., par BARTIN, I, 2, § 176, 1c, p. 99).

(22) أنظر في هذا الخصوص : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1319; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 511, p. 534.

### أ - المعارضـة بالحقوق العينـية<sup>(30)</sup>

424 - تؤثر العقود المشتقة أو الناقلة لحقوق عينية بالسلب أو بالإيجاب على مكاسب المتعاقدين، وتحدد بالتالي وضعاً قانونياً جديداً يلزم الكافة ويتحتم على الغير احترامه. وكلمة الغير تنسحب هنا على الغير المطلق الأجنبي تماماً عن العقد، كما أنها تشمل الدائن العادي مع مراعاة حق هذا الأخير في القيام بالدعويين البليانية والصورية<sup>(31)</sup>. أما الخلف الخاص، فإنه يعتبر أيضاً غيراً بمعنى أنه يحقّ له اكتسب حقاً عيناً على الشيء الذي انتقل إليه أن يعارضه بالعقد الذي اكتسب بموجبه هذا الحق. وفي صورة نزاع بين خلفين خاصين حول حق واحد، كأن يبيع شخص مرتين نفس الشيء لشخصين مختلفين، فإن الأولوية تُسند إلى من توفرت فيه شروط المعارضـة<sup>(32)</sup>.

### ب - المعارضـة بالحقوق الشخصية

425 - لا تصرف آثار الحقوق الشخصية الناشئة عن العقود إلا بين المتعاقدين ولا يعارض بها الكافة بصفة مطلقة مثلاً هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية. ولكن الغير محمولون مع ذلك على احترامها وعلى عدم عرقلة ممارستها من طرف أصحابها. ففي صورة تواظـو الغير مع أحد المتعاقدين بما يؤثر سلباً على ظروف إنجاز العقد، يجوز للمعاقـد الثاني أن يقوم ضد الغير في تعويض الخسارة التي لحقته نتيجة هذا التصرف. وقد كرس المشرع التونسي هذا الحلّ صراحة بالنسبة لعقد الشغل لما نصّ ضمن الفصل 26 من مجلة الشغل على أن المؤجر الجديد يعتبر «متضامناً في المسؤولية مع العامل الذي قطع بصفة تعسـفـية العمل بعد الشغل والذـي عرض من جديد خدماته عن الضـرر المـلحـق بالمؤجر السابق في صورة علمـه بأنـا هذا العـامل كان عـاماً عند الأول». وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية المؤجر الجديد تأسـس على خطـه المـتمـثل في مشاركة الأجير في مخالفـة عـقد الشـغل الرابـط بين هذاـ الأخير وـمؤجرـه القـديـم. وهو

(30) براجع : Marc LEVIS, L'opposabilité du droit réel, thèse, Paris II, 1985.

(31) براجع العدد 420 أعلاه.

(32) انظر في هذا المخصوص العدد 426 أسلفـه.

تضـعـف قيمة ضـمانـه العام وتـنـقـلـص حـظـوظـه في استـخـلاـصـ الـدـيـنـ. وـهـوـ ما يفسـرـ تـمـكـيـنـهـ منـ الـقـيـامـ بـالـدـعـوـيـ الـبـلـيـانـيـ<sup>(27)</sup> وـبـدـعـوـيـ التـصـرـيـعـ  
بـالـصـورـيـةـ<sup>(28)</sup>.

### الفـرعـ الثـانـيـ : المـعارـضـةـ بـالـعـقـدـ

421 - ليس العـقدـ مـصـدرـ رـابـطةـ قـانـونـيـةـ مـلـزـمـةـ لـعـاـقـدـيهـ وـلـخـلـفـاهـمـاـ فـحـسـبـ، إـنـماـ هـوـ أـيـضاـ حـدـثـ إـجـتـمـاعـيـ يـفـرضـ وـجـودـهـ عـلـىـ غـيرـ أـطـرـافـهـ وـتـحـوزـ عـلـىـ هـذـاـ أـسـاسـ الـمـعـارـضـةـ بـهـ وـفـرـضـ اـحـتـرـامـهـ عـلـىـ كـافـةـ. وـحـقـ المـعـارـضـةـ بـالـعـقـدـ لـاـ يـتـافـيـ مـعـ مـبـداـ التـسـبـيـةـ الـعـقـدـيـةـ. وـقـدـ سـبـقـ لـمـحـكـمـةـ التـعـقـيـبـ الـفـرـنـسـيـةـ أـنـ وـضـحتـ ذـلـكـ بـمـقـوـلـةـ أـنـ «ـوـلـوـ أـنـ لـاـ يـنـجـرـ مـبـدـئـيـاـ مـنـ الـعـقـدـ ضـرـرـ وـلـاـ نـفـعـ لـغـيرـ عـاـقـدـيـهـ، إـنـ هـاتـهـ الـقـاـعـدـةـ لـاـ تـمـنـعـ الـقـاضـيـ مـنـ أـنـ يـعـتـرـ أـنـ مـنـ آـثـارـ الـعـقـدـ أـيـضاـ أـنـ يـحـدـثـ تـجـاهـ الـغـيرـ وـضـعـاـ وـاقـعـيـاـ»<sup>(29)</sup> لـاـ يـكـنـ تـجـاهـهـ. عـلـىـ أـنـ مـفـهـومـ الـمـعـارـضـةـ بـالـعـقـدـ لـاـ يـنـحـصـرـ فـيـ حـقـ الـمـعـاـقـدـيـنـ فـيـ الـإـحـتـاجـاجـ بـالـعـقـدـ عـلـىـ الـغـيرـ (§1) بلـ هوـ أـشـمـلـ مـنـ ذـلـكـ حـيـثـ يـقـصـدـ بـهـ أـيـضاـ حـقـ الـغـيرـ فـيـ أـنـ يـحـتـجـ بـالـعـقـدـ عـلـىـ طـرـفـيـهـ (§2).

### جـ 1 - مـعـارـضـةـ الـغـيرـ بـالـعـقـدـ

422 - تستـوجـبـ درـاسـةـ هـذـهـ مـسـائـلـ التـعـرـضـ إـلـىـ نـطـاقـ مـعـارـضـةـ الـغـيرـ  
بـالـعـقـدـ (I) قـبـلـ بـيـانـ شـرـوـطـهـ (II).

### I - نـطـاقـ الـمـعـارـضـةـ

423 - تـشـيـءـ الـعـقـودـ لـفـائـدـةـ مـعـاـقـدـ ماـ عـلـىـ حـسـابـ مـعـاـقـدـهـ حـقـوقـاـ عـيـنةـ  
(أـ) وـحـقـوقـاـ شـخـصـيـةـ (بـ). وـلـاـ بـدـ إـذـنـ مـنـ الـإـحـتـاجـاجـ بـهـ حـتـىـ تـمـكـنـ مـعـارـضـةـ  
الـغـيرـ بـتـلـكـ الـحـقـوقـ.

(27) بـراجـعـ : Mohamed Kamel CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, op. cit., p. 346 et s.

(28) بـراجـعـ العـدـدـ 474 أـسـلـفـهـ وـماـ بـلـهـ وـاحـتـراـزاـنـاـ فـيـ هـذـاـ الـحـصـوصـ.

(29) (Civ. com. 19/10/1954, D.S. 1954, p. 78).

وكان موضوع العقد يعنيه بحكم ارتباط حقوقه بالعقار<sup>(34)</sup>. ويدخل في هذا التعريف أساساً الخلف بوجه خاص<sup>(34)</sup>. أمّا إذا تعلقت عملية التقويم في حقّ عينيّ بعقار غير مسجل فإنه يشترط فقط في معارضته الغير بها وجود عقد ثابت التاريخ على معنى الفصلين 450 و 581 من م.أ.ع.<sup>(35)</sup>.

## § 2 - إحتجاج الغير بالعقد

427 - يمكن أن ينجرّ عن إخلال أحد الأطراف بالتزاماته العقدية نحو معاقده ضرر بالغير. ويحقّ لهذا الأخير أن يتحجّج بالعقد ضدّ الطرف المخطئ، وأن يقوم ضده بتعويض الخسارة على أساس المسؤولية التقصيرية. ومن أمثلة

(34) قرار تعقيبي مدني عدد 20605، مورّخ في 3 أكتوبر 1989، ن.م.ت. 1989، ص 356. وقد صدرت قرارات تعقيبية عديدة في نفس المعنى مذكورة إلى جانب ذلك أنّ من الخبر لهم حقّ من أحد المتقاضين بوجه عام مثل الورثة لا يمترون غيراً على معنى الفصلين 241 م.أ.ع. و 305 م.ح.ع. ولا يحقّ على ذلك الأساس للورثة أن يتضمنوا بمحاجة الفصل 305 م.ح.ع. وأن يدعوا أنه لا تمثّل معارضتهم بالبيع الصادر عن موّرثهم قبل وفاته بسبب عدم ترسيمه بإدارة الملكية العقارية (انظر مثلاً : قرار تعقيبي مدني عدد 14485، مورّخ في 16 جوان 1986، ق.ت. 1988، عدد 5، ص 71؛ وعدد 15157، مورّخ في 16 جوان 1986، ق.ت. 1988، عدد 5، ص 76؛ وعدد 13310، مورّخ في 28 أكتوبر 1986، ن.م.ت. 1986، ج II، ص 323؛ وعدد 13094 مورّخ في 25 أفريل 1985، ق.ت. 1987، عدد 3، ص 46؛ وعدد 3151، مورّخ في 25 ماي 1981، ن.م.ت.، ج II، ص 59؛ وعدد 6057، مورّخ في 15 جوان 1981، ن.م.ت. 1981، ج II، ص 3394؛ وعدد 3394، مورّخ في 17 ماي 1979، ن.م.ت. 1979، ج I، ص 240؛ وعدد 2804، مورّخ في 12 أكتوبر 1978، ن.م.ت. 1978، ج II، ص 96). وقد أصبح هذا الحال متعارضاً مع التقييمات الشريعة موضوع القانون عدد 46 لسنة 1992، المذكور أعلاه، الذي ورد به صراحة أنّ العقود المكتوبة أو المكتبة لحقّ عينيّ على عقار مسجل لا تكون حجة بين المتقاضين إلا من تاريخ ترسيمها بإدارة الملكية العقارية. (الفصلان 305 و 373 من م.ح.ع.). وتنسحب هذه الأحكام على الورثة عملاً باحكام الفصل 241 من م.أ.ع. على أنّ هذا التقييم سوف لن يدخل حيز التنفيذ إلا بعد مضي ثلاثة أعوام من تاريخ صدور القانون عدد 46 المذكور أعلاه وذلك عملاً بفصله الثاني. وقد قوّي التسديد في هذا الأجل بثلاثة سنوات إضافية بموجب القانون عدد 95-37 المورّخ في 24 أفريل 1995.

(34) - يراجع قرار تعقيبي مدني عدد 40654 مورّخ في 27 ديسمبر 1994، ن.م.ت. 1994، ص 198.

(35) انظر مثلاً الحكم المدني الإيدياني عدد 521 مورّخ في 25 أفريل 1965، ق.ت. 1966، عدد 2، ص 57. والقرار التعقيبي المدني عدد 5791، المورّخ في 9 جوان 1970، ن.م.ت. 1970، ص 105؛ وقارن مع القرار التعقيبي المدني عدد 1856، المورّخ في 27 جوان 1963، (ن.م.ت. 1963، ص 27) الذي ورد به أنّ الادلاء يكتفى ثبات التاريخ على التحوّل المبين بالفصل 450 م.أ.ع. ووفقاً لافتراضيات الفصل 581 م.أ.ع. لا يكتفي لمعارضته الغير بالحقوق العقارية المسجلة طالما لم يقْع ترسيمها بسجل الأسلاك العقارية. يراجع في هذا الموضوع، أحمد بن طالب : تقييم الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود في محظ الإصلاح العقاري ، الأحداث القانونية التونسية لسنة 1995 ، عدد 9 ، ص 43 وما بعدها.

خطأ كفيلي بتحميله عبء تعويض الخسارة على أساس الفصلين 82 و 83 من م.أ.ع. دون حاجة إلى النصّ الخاصّ الوارد بالفصل 26 المذكور من مجلة الشّغل، الأمر الذي يستخلص منه بوجه عام أنّ مشاركة الغير أحد المتعاقدين في مخالفة عقد من العقود أو في عرقلة تنفيذه يبرّر مواجهته على أساس المسؤولية التّقصيريّة<sup>(33)</sup>.

## II - شروط المعارضة

426 - لا تصحّ في عدد من الحالات معارضه الغير بالعقود، وخاصة منها العقود الناقلة لحقوق عينية، إلا إذا توفرت فيها بعض الشروط، نذكر من أهمّها إتمام إشهار التي يهدف من خلالها المشرع إلى إعلام الغير بهاته العقود أو على الأقلّ تمكنه من العلم بها. فإذا لم يتمّ الإشهار يبقى الغير محمولاً على جهله بالعقد ولا يجوز وبالتالي معارضته به. وقد ورد على ذلك الأساس ضمن الفصل 305 من م.ح.ع.، وفي خصوص العقارات المسجلة، أنّ «كلّ حقّ لا يعارض به الغير إلا بترسيمه بإدارة الملكية العقارية وابتداء من تاريخ ذلك التّرسيم». وبعد غيراً على معنى هذا النصّ «كلّ شخص أجنبيّ عن عقد التقويم الذي اكتسب بمقتضاه أحد طرفيه حقّاً عيناً مشمولاً بعقار مسجل

A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 519, p. 542; G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., n° 245, p. 225; V. aussi B. STARCK, Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui, J.C.P. 1954, I, 1180; P. HUGUENEY, La responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, th. DIJON, 1910.

(33) يراجع في خصوص الحركة الفقهية والقضائية الحديثة بفرنسا التي ألت أحياناً إلى توسيع نطاق المسؤولية العقدية إلى غير المتعاقدين وذلك في حالة «سلسل المفرد» : Patrice JOURDAN, "La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juillet 1991", D. 1992, chr., p. 149; Christian LARROUMET, L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels, J.C.P. 1991, I, 3531; J. GHESTIN, Le rejet de la notion de groupe de contrats comme fondement d'une action contractuelle directe en responsabilité, Note , D. 1991, J. p. 549. Les recours au sein des groupes de contrats, mémoire pour l'obtention du D.E.A. en droit privé, Faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis, 1992.

ذلك قيام شخص تضرر من حادث أثناء استعماله لمصعد كهربائي بتعويض الخسارة ضد صانع المصعد محتاجا في ذلك تكون هذا الأخير قد أخل بالتزاماته الناتجة عن العقد الذي يربطه بصاحب العمارة التي أقيم بها المصعد<sup>(36)</sup>.

## الفصل الثاني الاستنادات النسبية العقدية

(36) يراجع في هذا المخصوص : MARTY et RAYNAUD, op. cit., n° 247; WEILL et TERRE, op. cit., n° 519, p. 534; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1220 et 1221.

قالب جرأة عمرية<sup>(2)</sup> وذلك مقابل أقساط تأمين متفق عليها. وكذلك عقد التأمين لحساب من يملك الشيء المؤمن عليه وهو عقد يشترط فيه مكتبه على شركة التأمين أن تضمن تعويض الحسائر الناجمة عن تلف الأشياء المؤمنة لأي شخص تعود له ملكيتها وقت وقوع الحادث. ويستعمل التأمين لحساب الغير خاصة لضمان خطر تلف السلع التي يتغير مالكوها أثناء نقلها<sup>(3)</sup>. وتُعد أيضاً اشتراطاً لمصلحة الغير الهبة بعوض (الفصل 200 فقرة 2 من م.ا.ش.) التي يفرض فيها الراهن على الموهوب له القيام بالتزام معين لفائدة الغير دون أن يتجرّد عن نية التبرّع. كمن يهب عقاراً ويشترط في المقابل على الموهوب له دفع جرأة عمرية لفائدة شخص ثالث. كما يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير، وبخضوع وبالتالي لنظامه القانوني، اشتراط البائع على المشتري في عقد البيع أن يدفع كامل الثمن أو جزءاً منه للغير على سبيل الهبة أو تسديداً للدين بقي في ذمته. ومن أمثلة الإشتراط لمصلحة الغير التي أوردها فقه القضاء الفرنسي تهدّي المتسوّغ في عقد كراء بتسييد معاليم الكراء المتخلدة في ذمة المتسوّغ السابق<sup>(4)</sup>، وكذلك الإنفاق الذي يتعهّد بمقتضاه زوجان بالتفويت في ملكية عقار لأبنائهما وقد نتج عن وصفه بالإشتراط لمصلحة الأبناء تكين هؤلاء من حق الاحتجاج به ضدّ أمهما لجبرها على إقام إجراءات تحويل ملكية العقار لفائدهم على أساسه<sup>(5)</sup>.

430 - ويتبيّن من خلال هذه الأمثلة أن المصلحة القانونية من عملية الإشتراط لمصلحة الغير تكمن في قدرتها على تجاوز قاعدة النسبية العقدية وذلك بأن تقرّ حقاً مباشراً للغير استناداً إلى العقد الرابط بين المشترط والمعتهد. وفي هذا ما يسمح للغير المستفيد من الإشتراط بأن يطالب المتعهد بذلك الحق

(2) يراجع : M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, t. I, Le contrat : d'assurance, Paris L.G.D.J., 5<sup>e</sup> éd., 1982, n° 449; Mohamed ZINE, *Droit du contrat d'assurance*, op. cit., n° 58 et 560.

(3) يراجع : M. PICARD et A. BESSON, *Les Assurances terrestres*, t. I, op. cit., n° 265 et s.

(4) انظر قرار محكمة الاستئناف بباريس : Paris 20 février 1985, D. 1985, I.R. 344, obs. VASSEUR.

(5) يراجع قرار محكمة التعيّب الفرنسية : Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai 1986, J.C.P. 1986, IV. 198.

428 - لقاعدة النسبية العقدية عدة استثناءات قانونية يترتب عليها أنَّ العقد يتبع أثراً مقصوداً ينصرف إلى الغير فيصبح بموجبه دائناً دون أن يكون طرفاً فيه. وهو ما يمكن التأكيد منه من خلال دراسة الإشتراط لمصلحة الغير (الفرع الأول) الذي يعتبر أهمَّ استثناء لقاعدة النسبية العقدية. ولما كانت الجدوى من هذا الاستثناء إكساب حق لفائدة الغير بموجب العقد، فإنه من المهم أن نبحث من ناحية أخرى هل أنه في إمكان العقد أن يرتب التزاماً في ذمة الغير فيصبح هذا الأخير مديناً بموجب عقد لم يكن طرفاً فيه. وهو سؤال تستدعي الإجابة عليه دراسة مفهوم التعاقد في حق الغير والتعهد عن الغير (الفرع الثاني).

## الفرع الأول : الإشتراط لمصلحة الغير<sup>(1)</sup>

### § 1 - مفهوم ودور الإشتراط لمصلحة الغير

429 - الإشتراط لمصلحة الغير هو عمل قانوني يشترط فيه شخص يسمى المشترط على شخص آخر يسمى المتعهد أو الملزم بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المتفع. ومن أهم تطبيقاته التأمين على الحياة الذي يشترط فيه شخص على شركة تأمين أن تدفع لورثته، أو لغيرهم من الأشخاص بعد وفاته، مقداراً من المال معيناً بالعقد وذلك إما في شكل رأس مال أو في

(1) يراجع : عبد الرزاق الشهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، 1، عدد 365 إلى 383؛ عبد الفتاح عبد الباتي : نظرية العقد والإرادة المنفردة، 1984، عدد 297 إلى 307؛ توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام، 1988، ص 308 إلى 324؛ أتور سلطان : مصادر الالتزام. دار النهضة العربية، 1983، ص 207 LAMBERT, La stipulation pour autrui, de la : nature du droit conféré au tiers bénéficiaire, thèse, Paris 1893; CHAMPEAU, La stipulation pour autrui en droit français, thèse, Paris 1983; WEILL, De la relativité des conventions en droit privé français, thèse, Paris 1938; BOYER-DRIOT, Du fondement juridique de la stipulation pour autrui, thèse, Toulouse 1933; LARROUMET, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, thèse, Bordeaux 1968; Travaux de l'Association Capitant, 1952, La stipulation pour autrui et ses principales applications; G. VENANDET, La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire, J.C.P. 1989, 1, 3391.

بفرنسا<sup>(9)</sup> وألمانيا<sup>(10)</sup> على هذا الإتجاه. فبالإضافة إلى تكريسها للإشتراط الضمني لفائدة الغير بعقد التقل، فقد قضت المحاكم الألمانية على ذلك الأساس أن حصول انفجار بشقة على إثر أشغال قام بها مقاول على العين يخول لجميع المتضررين الموجودين بالشقة وقت الحادث حق تأسيس دعواهم في التعويض ضد المقاول على العقد الرابط بينه وبين حرفيه صاحب الشقة، وذلك عملا بالإشتراط الضمني الذي اشترطه هذا الأخير لفائدهم. وقضى أيضا في نفس هذا المعنى أن عقد كراء قاعة بمطعم ليعدن بها اجتماعا يخول لكل من المشاركين في الاجتماع حق مطالبة صاحب المطعم مباشرة بالتعويض في صورة وقوع حادث وذلك بناء على أن عقد كراء القاعة المضى بين صاحب المطعم ومنظم الاجتماع يتضمن اشتراطا ضمئيا من هذا الأخير بضم سلامة كل المشاركين في هذا الاجتماع.

432 - وقد تعرض هذا الإتجاه للنقد من جراء تعدد الحالات التي يمكن فيها للفقه القضاء في البلدان المذكورة من الحد من نسبية العقود، حيث يرى الشرح في مجموعهم أن تعلق القضاء بضمان التعويض في أحسن الظروف وبأقل التكاليف للمتضررين من الحوادث لا يبرر تحريف مفهوم الإشتراط لمصلحة الغير الذي أدى إليه كما رأينا اعتماد فكرة الإشتراط الضمني بالرغم من فدقانها فيأغلب الحالات المعروضة لأساس واقعي صحيح.

433 - على أن التطور الكبير الذي لقيه هذا المفهوم في القانون المقارن، ودرجة أقل في القانون التونسي، يعكس في الواقع أهميته النظرية باعتباره وسيلة قانونية ناجعة لتبرير العديد من الحلول القانونية التي لا يمكن اعتمادها بدونه لتضاربها مع قاعدة النسبية العقدية التي تستمد أساسها من حرية الفرد في الإلتزام وفي عدم الإلتزام. وما من شك أن في قبول التعاقد لمصلحة الغير تجاوز لهاته الحرية يصعب قوله في نظام يقوم على الفردانية المطلقة. وهو ما

(9) يراجع : Cass. civ. 6 déc. 1932, et 24 mai 1933, D. 1933. I. 137, note : JOSSERAND; civ. 21 nov. 1978, J.C.P. 1980. II. 19301, note RODIERE.

(10) يراجع في خصوص فقه القضاء بالألمانيا : A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte : juridique en droit civil français et allemand, op. cit., n° 470, p. 475.

بصفة شخصية و مباشرة دون حاجة لاستثناء المشترط في ذلك بالرغم من كونه يقي أجنبيا عن العقد الذي يستند إليه، والذي لا يربط سوى بين المتعهد والمشتري.

431 - إن في تجاوز النسبية العقدية فائدة عملية ثابتة في بعض الحالات. لذلك نلاحظ أن فقه القضاء لا يتردد أحيانا في الإلتجاء إلى آلية الإشتراط لمصلحة الغير للتوسيع في نطاق العقد من حيث الأشخاص إذا تأكدت المصلحة من مثل هذه العملية. من ذلك أن المحاكم التونسية تقبل في صورة وفاة شخص في حادث مرور أن يقوم ورثته ضد الناقل بالطالبية بغير الأضرار المادية أو المعنوية التي لحقتهم شخصيا نتيجة وفاة مورثهم، على أساس المسؤولية العقدية<sup>(11)</sup> استنادا إلى عقد التقل البرم بين مورثهم والناقل. وإذا يبرر الشرح قبول قيام الورثة في هذه الصورة على أساس المسؤولية العقدية باشتراط ضمئني في هذا المعنى يكون قد اشترطه مورثهم لفائدهم بعد عقد التقل، فإن معظمهم يرى أن الإلتجاء إلى آلية الإشتراط لمصلحة الغير لا يستقيم هنا من الناحية القانونية طالما أن نية الإشتراط المنسوبة إلى المورث لفائدة ورثته لا أساس لها من الواقع<sup>(12)</sup>. ويتبين من ذلك أن استعمال مفهوم الإشتراط لمصلحة الغير في هذه الصورة كان من قبيل الحيلة القانونية التي تبررها ضرورة مراعاة مصالح المتضررين وذلك بتمكينهم من ممارسة حقوقهم في التعويض مع إغفالهم من عباء إثبات الخطأ الذي يفترضه القيام في مثل هذه الحالة على أساس المسؤولية التقصيرية، وفي السماح لهم لنفس الغرض بالابتعاد من فوائد الإلتزام بضمان سلامة المسافر. وهو التزام بنتيجة محمول قانونا على ناقل الأشخاص (الفصول 653 إلى 656 من م. ت.)، يعنى بموجبه المسافر من عناء إثبات الخطأ في صورة تضرره من حادث أثناء السفر<sup>(13)</sup>. وقد استقر فقه القضاء

(11) يراجع : محمد الصالح العياري : حول تطبيق الفصل 38 من م. ا. ع. في حوادث الطرقات، ق. ت. 1968، عدد 2، ص 20؛ وانظر القرارات عدد 58210، بتاريخ 28 مارس 1967، وعدد 58082، بتاريخ 13 ديسمبر 1966، وعدد 58238، بتاريخ 13 ديسمبر 1966 المذكورة بدراسة السيد محمد الصالح العياري.

(12) يراجع حول هذه المسألة : CH. LARROUMET, op. cit., n° 803; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 532; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1256.

(13) يراجع العدد 360 أعلاه.

فكرة ذاتية آثار الإلتزام التي كان يقوم عليها هذا القانون، والتي مفادها أنه لا يمكن لأحد أن يكسب حقاً بواسطة شخص آخر ليس خاضعاً لسلطته (*alteri stipulari nemo potest*). على أنَّ القانون الروماني شهد من هذه الناحية تطوراً ملحوظاً يعكس حرصه على التوفيق بين هذه القاعدة الأساسية والضروريات العملية الجديرة أيضاً باهتمام القانون. فقد سمح في مرحلة أولى للمشترط أن يضع بالعقد شرطاً جزائياً يمكن له المطالبة به في صورة عدم إتمام المعهود لما تعهد به نحو الغير المستفيد. وبذلك يكون قد أقرَّ حقَّ الغير في تلقّي ما اشتراط لمصلحته دون أن يخالف قاعدة ذاتية آثار الإلتزام إذ أنَّ غصب المعهود على الدفع هو حقٌ يرجع إلى المشترط وحده بموجب الشرط الجزائي المضاف إلى العقد، دون الغير المستفيد الذي لا يملك آية دعوى ضدَّ المعهود. كما استقرَّ للغرض نفسه عرف يقضي بإمكانية التنصيص بالإشتراط على حقَّ المعهود في أن يختار بأن يؤذى ما عليه إما للمشترط أو للغير المعين بالعقد. على أنَّ حقَّ القيام يبقى في هاته الصورة للمشترط وحده، ولا يملك الغير إذن آية دعوى ضدَّ المعهود لاختلافه ذلك لقاعدة ذاتية آثار الإلتزام. ولكنَّ تطور القانون الروماني استمرَّ إلى أنْ أقرَّ في مرحلة أخيرة استثناء لتلك القاعدة وذلك بأنَّ اعترف بحقِّ مباشر للغير المستفيد، وذلك بمنحه دعوى ضدَّ المعهود لغصبه على الوفاء. وقد منحت هذه الدعوى للغير في حالتين : في عقد الهبة أولاً، وذلك إذا اشترط فيها الواهب على الموهوب له حقاً لمصلحة الغير، وثانياً في صورة دفع مهر إلى الزوج مع اشتراط إرجاعه إلى الغير؛ حيث مكَّن القانون الرومانيَّ الغير المستفيد من هذا الشرط من دعوى ضدَّ الزوج المعهود. وقد وقع التوسيع فيما بعد في نطاق هذا الاستثناء ليشمل عقدي العارية والوديعة إذا اشترط فيما رَدَ الشيءُ المستعار أو المردوع إلى الغير.

435 - أمَّا في القانون الفرنسيِّ القديم فقد بقي الإشتراط لمصلحة الغير منوعاً بناءً على انعدام مصلحة المشترط من إتمام المعهود لما يكون قد تعهد به نحوه لفائدة غيره. على أنَّ الفقهاء أقرُّوا جميع الاستثناءات التي أوردها القانون الرومانيَّ قبل أنْ يوسعوا في نطاقها وذلك خاصة بقبولهم منذ القرن

يفسر من جهة أنَّ «قانوناً أنانياً» مثل القانون الرومانيَّ، حسب تعبير العلامة E. GAUDEMEN<sup>(11)</sup>، كان يرفضه من الأصل، ومن جهة أخرى أنَّ انتشاره وتعميمه في العصور الحديثة كان نتيجة التطوير الاجتماعي والمفكري الذي رافق الثورة الصناعية بداية من التصف الثاني من القرن التاسع عشر حيث ظهرت، إضافة إلى التأمين على الحياة وتأمين المؤخرین لأجرائهم ضدَّ حوادث الشغل، العقود المشتركة للشغل، والإشتراطات لفائدة العمالة في عقود الأشغال العامة التي تبرمها الإدارة مع المقاولين الخواص، بما يتضمن معه أنَّ الإشتراط لمصلحة الغير يعدَّ وسيلة قانونية ضرورية لتحقيق الأبعاد الاجتماعية والاقتصادية التي يقتضيها التطور في هذه الميادين.

## § 2 - التَّطْوِيرُ التَّارِيْخِيُّ لِلإشتراطِ لمصلحةِ الغير<sup>(12)</sup>

434 - كان القانون الروماني يعني في عهوده الأولى الإشتراط لمصلحة الغير بمثل ما كان يعني التَّبَابَةُ في التعاقد وذلك لتعارض هذين المفهومين مع

(11) يراجع : Eugène GAUDEMEN, Théorie générale des obligations, publié par H. DESBOIS et J. GAUDEMEN, Ed. Sirey, 1965, p. 238.

وقد كتب E. GAUDEMEN في خصوص دور الإشتراط لمصلحة الغير وبعد عرضه للأسباب النظرية التي تفسر عدم وجوده في القانون الروماني، ما يلي : "Ce droit égoïste n'avait pas senti le besoin de : permettre aux particuliers de faire des contrats dans l'intérêt des autres; il ne connaissait guère les institutions de prévoyance. Nous verrons, au contraire, que dans la civilisation moderne le développement des stipulations pour autrui est lié à celles des institutions de prévoyance et spécialement des assurances. Le développement juridique n'a été que la conséquence d'un développement social..." (Théorie générale des obligations, op. cit., p. 238).

(12) يراجع حول هذه المسألة خاصَّةً : Eugène GAUDEMEN, Théorie générale des obligations, op. cit., pp. 238 à 240; Marcel PLANOL, Traité élémentaire de Droit civil, Paris, L.G.D.J., 1923, 9<sup>e</sup> éd., n° 1212 à 1216, pp. 410 et 411; A. WEILL et F. TERRE, Obligations, op. cit., n° 528 à 531; CH. LARROUMET, Droit civil, III, Obligations, op. cit., n° 800.

وانظر أيضاً : عبد الرَّافِق السَّهْوَرِيُّ، الوسيط في شرح القانون المدني، I، ص 566 إلى 569 ، ويراجع كذلك لنفس الكاتب : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه العربي، الجزء الخامس، ص 160 و 161 حيث يبين الكاتب أنَّ الإشتراط لمصلحة الغير على النحو المعروف في الفقه العربي غير جائز في الفقه الإسلامي. ولكن قارن مع David SANTILLANA ، مارش الفصل 40 من مشروع المجلة المدنية والتجارية التونسية.

العديد من المشاكل القانونية على المحاكم. وقد ساعد الفقهاء<sup>(13)</sup> على حلها فركزوا مجهداتهم على تجديد تفسير الفصلين 1119 و 1121 من المجلة المدنية الفرنسية بما مكن فقه القضاء من توسيع نطاق الإشتراط لمصلحة الغير بصفة أمكن معها التصريح مثلاً بصفة عقود التأمين على الحياة المكتبة لفائدة الغير وبوجه عام تحديد الشروط التي يجب أن تتوفر في الغير المستفيد وبيان مدى حقوقه نحو المتعهد وعلاقته بالشرط وعلاقة هذا الأخير بالمستفيد. وقد مهد هذا المجهود الكبير لتنظيم عقود التأمين على الحياة ضمن القانون الخاص بالتأمين البري المؤرخ في 13 جويلية 1930.

436 - وقد استفاد محروروا مجلة الإلتزامات والعقود - مثل المشرع الألماني لسنة 1896 - من التجربة الفرنسية في هذا المجال. وبالإضافة إلى تكريسهم لمعظم الحلول التي أقرّها فقه القضاء الفرنسي تدريجيًا لإبراس نظام قانوني متكملاً للإشتراط لمصلحة الغير، لابد من لفت الانتباه إلى أنهم حددوا نطاقه ضمن الفقرة الأولى من الفصل 38 من م.أ.ع. بصفة تجعل منه بحق إستثناء عاماً لقاعدة النسبية العقدية يمكن أن يتكون منه الموضوع الوحيد للعقد الرابط بين المشرط والمتعهد. وليس من الضروري إذن لثبت صحته أن يكون من توابع التزام آخر يلتزم به أحد الطرفين نحو الآخر. ومتى يؤيد هذا التحليل أن صحة الإشتراط تتوقف، بالرجوع إلى صريح أحكام الفقرة الأولى من الفصل 38، على أن يكون الإنتفاع العائد إلى الغير ضمن عقد بعوض أو في تبرع بين الطرفين. فالإشتراط يصح إذن بالنسبة للحالة الأولى بمجرد صدوره عن المشرط ضمن عقد معاوضة دون أن يشترط فيه أن يكون مقروراً باشتراط آخر من المشرط لمنفعته الشخصية، وذلك خلافاً لما ينص عليه الفصل 1121 من المجلة المدنية الفرنسية. ولما كان التأمين على الحياة عقداً بعوض بين المؤمن له (المشرط) والمؤمن (المتعهد)، فإن توفر هذا الشرط فيه يكفي ليصبح اكتتابه

(13) وقد لعب الفقه في ذلك دوراً أساسياً. ومن أهم من ساهم في بلوغ نظرية الإشتراط لمصلحة الغير في أواخر القرن التاسع عشر الفقيه LABBE وذلك من خلال تعليقه على أمم قرارات محكمة التعقب الفرنسية. (انظر مثلاً التعالق المنشورة في : 1 - 145 et S. 1885 - 1 - 393; S. 1881 - 1 - 5).

السادس عشر تعميم حق الغير في القيام مباشرة ضد المتعهد - وقد كان محصوراً قبل ذلك في صورة الإشتراط الصادر لفائدة من الواهب إلى الموهوب له - إلى جميع الحالات التي يكون فيها الإشتراط لمصلحة الغير من توابع أداء أو تعهد طرف نحو الآخر، ولو كان ذلك في نطاق عقد بعوض. وبهذا فقدت قاعدة ذاتية آثار الإلتزام كل فاعلية في هذا المخصوص حيث أن صحة الإشتراط لمصلحة الغير أصبحت ثابتة قانوناً دون أي تدخل شخصي من المستفيد في تكوين حقه، وذلك بوجوب العقد الرابط بين المشرط والمتعهد، وشروطه أن يتضمن ذلك العقد هبة أو التزاماً بعوض من أحد الطرفين نحو الآخر. أما العقد الذي يهدف فقط إلى إنشاء حق للغير دون أن يتضمن هبة أو التزاماً بعوض من أحد طرفيه نحو الآخر، فإن الإشتراط الوارد به يعد مخالفًا لقاعدة ذاتية آثار الإلتزام ولا يمكن بالتالي أن تكون له آية فاعلية تذكر.

وقد كرس المشرع الفرنسي لسنة 1804 هذا الاتجاه، فنصَّ ضمن الفصل 1119 من المجلة المدنية، إقراراً منه لقاعدة ذاتية آثار الإلتزام الرومانية، على «أنه لا يجوز لأحد أن يتلزم أو أن يتشرط حقاً إلا لنفسه»، قبل أن يقبل على سبيل الإستثناء وفي الحدود التي سبق أن رسمها القانون الفرنسي القديم إمكانية الإشتراط لمصلحة الغير. وقد ورد هذا الإستثناء ضمن الفصل 1121 من نفس المجلة الذي يجيز الإشتراط لمصلحة الغير إذا كان الإنتفاع العائد إلى الغير شرطاً لهبة من المشرط للموهوب له، أو إذا صدر من المشرط عقد معاوضة اشترط فيه أولاً حقاً لنفسه، ثم قرن ذلك بأن اشترط حقاً للغير.

ويلاحظ الشرح اليوم أنَّ الفقهاء لم يعطوا خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر لهذه الأحكام بعد الذي تستحقه، بل فسّروها تفسيراً ضيقاً أدى إلى تهميش هذا المفهوم الأساسي. ولم تغير الأوضاع إلا بداية من سنة 1860 لما نظُر قطاع التأمين بفضل ازدهار التأمين على الحياة والتأمين على المسؤولية خاصة في ميدان حوادث الشغل، وحين تعددت الإشتراطات لصالح العملة التي تفرضها الإدارة في عقود الأشغال العامة التي تضيقها مع المؤسسات الخاصة. وقد نتج عن هذه العوامل الاجتماعية والإقتصادية والسياسية طرح

آية صعوبة في صورتي التأمين على الحياة المكتتب لفائدة الغير والهبة بشرط لفائدة الغير. ففي كلتا الحالتين يعبر الأطراف عن مقاصدهم في هذا الخصوص بصورة صريحة لا يبقى معها مجال للشك. على أن الوضع يكون مختلفاً في صورة ما إذا كان الإشتراط المقترض ضمنياً. ويتفق الشرح على أنه يتوجه عندئذ تطبيق القواعد العامة لتفصير العقود واعتبار مسألة وجود نية إكاسب الغير حقاً من عدمه من المسائل التي تخضع لاحض اجتهاد القاضي ولسلطته التقديرية. ومن المعلوم<sup>(14)</sup> أن المحاكم في فرنسا وألمانيا خاصة اعتمدت في هذا الخصوص اتجاهها تحرّرياً يؤول إلى افتراض وجود اشتراط لمصلحة الغير دون أن يثبت لديها اتفاق الأطراف على ذلك. ولا يمكن تفسير هذا الاتجاه إلا بداعٍ إنسانية وخيرية تكمن أساساً في تمكين المتضررين من الحصول من الحصول على التعويض أو لتسهيل ممارستهم لهذا الحق<sup>(15)</sup>.

(14) يراجع العدد 431 أعلاه.

(15) ويدو بالرجوع إلى دراسة الأستاذ محمد الصالح العياري «حول تطبيق الفصل 38 من مجلة الإلتزامات والمقدود في حوادث الطرق» (ق.ت. 1968، عدد 2، ص 20) وإلى القرارات المذكورة بها، وكذلك إلى القرار التقسيمي المنزلي عدد 8178 المؤرخ في 4 جانفي 1983 (ق.ت. 1984، عدد 7، ص 57 و Rev. Y. KNANI tun. dr. 1984, p. 630, obs.). أن جانباً هاماً من فقه القضاة في تونس يبرر حق الغير المتضرر من حصول كارثة في القيام مباشرة على مؤمن المسؤول المدني بالاستاد إلى الفصول 38 و39 من م.أ.ع. المتعلقة بالإشتراط لمصلحة الغير. وهو حل لا يستقيم قانوناً علماً أن الغير المتضرر يستمد حقه الماثر ضد مؤمن المسؤولية المدنية من الفصل 53 من قانون التأمين لعام 1930 المأوف للالفصل 26 من مجلة التأمين الجديدة ومن الفصل 5 من أمر 30 جانفي 1961 فيما يخص التأمين عن المسؤولية الناجمة عن حوادث الرور، الأمر الذي يفهم منه أن هذا الحق ليس ولد تلاقي إرادتي المشترط والمعهد بقدر ما هو نابع من إرادة المشرع. وبذلك يتضح أن الخاصة المذكورة للإشتراط لمصلحة الغير تتمثل في كونه لا يصح إلا بقيام نية إكاسب الغير حقاً لدى طرف عقد الشارتة وهو عنصر يفتقر إليه التأمين على المسؤولية المدنية وذلك لبيانه، ويكون السبب الأول في أن اكتاب مثل هذه العقود يصدر عن المؤمن لهم لفائدةتهم الشخصية المتمثلة في رغبهم في الحصول على ضمان المؤمن لخلاص دين محتمل ناتج عن ثبوت مسؤوليتهم الشخصية في حصول ضرر للغير واجب التعمير، وذلك إضافة إلى مصلحته - في حالات التأمين الإيجاري - في الاستجابة إلى القانون. أما السبب الثاني فإنه يتمثل في انعدام قدرة المؤمن له على الإنفاق على خلاف ذلك ضمن عقد التأمين تعلق مسألة الحق المباشر والدعوى المباشرة المرتبة عليه بالظامن العام. ولابد من الملاحظة تبعاً لذلك أن نطاق الحق المباشر في التأمين على المسؤولية يتحدد لا محالة بالرجوع إلى عقد التأمين ولكنك كثيراً ما تغير بحكم إرادة المشرع (يراجع ملأ أحكام الفصل 5 من أمر 30 جانفي 1961 الذي يضبط بصفة إلزامية حدود حقوق الغير على المؤمن بما يجعلها تتجاوز في العديد من الحالات حدود ما تعيده به المؤمن للمؤمن له) وذلك على خلاف ما تقضيه أحكام الإشتراط لمصلحة الغير، الأمر الذي يجوز معه الجزم بأن الحق المباشر في التأمين على المسؤولية هو استثناء لقاعدة النسبة المقددة بحسب إلى الإشتراط لمصلحة الغير دون أن يخالط به. حول مفهوم الدعوى المباشرة أنظر خاصة : Christophe JAMIN, "La notion d'action directe", thèse, Paris I, 1991. V° aussi, Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance, op. cit., n° L.G.D.J. 1991. 357, 358 et 405 et s.

لمصلحة الغير استناداً إلى صريح أحكام الفصل 38 فقرة أولى من مجلة الإلتزامات والعقود. وما من شك في أن الفصلين 38 و39 من م.أ.ع. يتضمنان الأحكام العامة للإشتراط لمصلحة الغير التي يجب الرجوع إليها كلما تذر إيجاد حل مشكل قانوني يتعلق بنظام عقود التأمين على الحياة على أساس أحكام الفصول 34 إلى 42 من مجلة التأمين.

### 3 - شروط تحقق الإشتراط لمصلحة الغير

437 - يفترض تحقق الإشتراط لمصلحة الغير وجود عقد بين المترتب والمعهد ثبت فيه نية الإشتراط لفائدة الغير (I)، على أن توفر في شخص هذا الأخير شروط قانونية يتوجه تحديدها (II).

#### I - وجود عقد بين المترتب والمعهد

438 - يستوجب تحقيق عملية الإشتراط لمصلحة الغير وجود عقد بين المترتب والمعهد توفر فيه جميع شروط الصحة. ويجوز أن يكون العقد إما بعوض أو تبرعاً من المترتب للمعهد (الفصل 38 فقرة أولى من م.أ.ع.). وينجر عن بطلان العقد، مهما كان الصنف الذي يتميّز إليه، بطلان الإشتراط لمصلحة الغير الذي يتضمنه. فإذا بطل عقد هبة لمخالفته مثلاً لأحكام الفصل 204 من م.أ.ش. ، الذي تقضي أحكامه أن الهبة لا تصح إلا بحجة رسمية، يبطل معه الإشتراط الذي اشترطه به الواهب على الموهوب له لفائدة الغير. ومن أسباب البطلان الخصوصية لعقود التأمين على الحياة، «التأمين في صورة الوفاة الذي يعقده الغير على حياة المؤمن له... . إذا لم يعط هذا الأخير موافقته كتابياً قبل اكتتاب العقد» (الفصل 36 من مجلة التأمين)<sup>(16)</sup>. ولا يتحقق للمستفيد من التأمين تبعاً لذلك أن يحتاج في هذه الحالة بالإشتراط الذي يتضمنه العقد الباطل لفائدة.

439 - أما من حيث الأصل، فلا يتحقق الإشتراط لمصلحة الغير إلا إذا تأكدت إرادة الطرفين المتعاقدين على إكاسب حق للغير. ولا يشير هذا الموضوع

## الاشتراط لمصلحة الغير

الحياة المكتب لفائدة الزوج والأبناء والورثة دون بيان أسمائهم. ويكتفي في هذه الحالة التأكيد من هوية الأشخاص الذين لهم صفة الزوج أو الأبناء أو الورثة لمعرفة من هم المستفيدون من التأمين. لذلك ورد بالفقرة الثالثة من الفصل 39 من مجلة التأمين أنه «... يعتبر أشخاصا معينين القرین والأبناء... والورثة دون بيان أسمائهم»<sup>(17)</sup>.

2) 444 - يفترض البعد الاجتماعي المميز الذي يهدف إلى تحقيقه استعمال الاشتراط لمصلحة الغير قبل الاشتراط لأشخاص غير موجودين وقت إبرام العقد. وقد قبل المشرع صراحة هذا الحل بالنسبة للتأمين على الحياة المكتب لفائدة الغير. حيث يعتبر الفصل 39 فقرة 3 من مجلة التأمين أشخاصا معينين «... الأبناء، من ولد منهم، ومن سيولد...». ويتفق أغليمة الشرائح على أنه يمكن بالقياس تعليم هذا الحل على جميع حالات الاشتراط لمصلحة الغير<sup>(18)</sup>. وما من شك في أن شمولية عبارة الفصل 38 فقرة أولى م.أ.ع. «... وإن لم يعين الغير...» تؤيد تماما اعتماد هذا الحل في القانون التونسي.

3) 445 - وإذا لم يعين الشخص المستفيد، أو كان غير قابل للتعيين وقت اكتتاب العقد، فإن تعينه بعد اكتتاب العقد يجوز قانونا. وقد نصت مجلة التأمين صراحة على هذا الحل في الفقرة الأولى من الفصل 39 التي ورد بها أن المبالغ المنصوص عليها بالعقد تدفع «بعنوان التأمين في صورة الوفاة إما لشخص واحد أو لعدة أشخاص مذكورين في العقد وإما لأشخاص يعينون بعد اكتتاب العقد...». ولا شك في أن الفصل 38 من م.أ.ع. الذي يقبل في فقرته الأولى صحة الاشتراط الذي لم يعين فيه الغير المستفيد يقر ضمنيا هذا الحل بالنسبة لجميع صور الاشتراط لمصلحة الغير بوجه عام.

446 - أما إذا أحدث الاشتراط أثره دون أن يتم تعين المستفيد، فإن المشرط يحمل على أنه اشترط الشرط على المتعهد للذات نفسه أو لورثته ولم آل (1) يراجع : Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance, op. cit., n° 626 et s. (17) WEILL et TERRE, op. cit., n° 550; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 467.

## II - الشروط المتعلقة بشخص المستفيد

440 - يمكن حصر الصعوبات التي يشيرها هذا الموضوع في سؤالين اثنين: هل من الضروري أن تتوفر شروط الأهلية في شخص المستفيد (أ) وهل يجب أن يكون معينا بعقد المشارطة (ب)؟

1 - 441 - يبدو من الممكن، جوابا عن السؤال الأول، الجزم بأنه لا يشترط في المستفيد أن تكون له **أهلية الأداء** التي لا يسترجبها القانون إلا في من يلزم نفسه أو يلزم غيره<sup>(19)</sup>، وهي غير صورة الحال. ذلك لأن المستفيد ليس طرفا في عقد المشارطة، ولأن القانون لا يمنع الصغير أو المحجور من اكتساب حق بموجب عقد مضى لفائدتهما من غيرهما من الأشخاص. بقي أن الحق المكتسب بهاته الصورة يرجع سببه بالضرورة إلى العلاقات القائمة ماضيا أو حاضرا بين المشرط والمستفيد. وقد يكون إما خلاصا لدين سابق في ذمة المشرط نتيجة عقد بعوض بينهما، أو تبرعا من المشرط لفائدة المستفيد. ويتحقق الشرح على أنه من الضروري ليصبح الاشتراط الذي يقصد به تبرع لفائدة الغير أن تكون لهذا الأخير **الأهلية القانونية** لقبول التبرعات<sup>(20)</sup>.

ب - 442 - أما مسألة تعين الشخص المستفيد بعقد المشارطة، فإن الفصل 38 فقرة أولى من م.أ.ع. ينص صراحة في خصوصها على «أنه يسوع اشتراط شرط تعود منفعته على الغير وإن لم يعين الغير...». والغير الذي لم يعين هو إما شخص قابل للتعيين (1)، ويجوز في هذه الصورة أن يكون شخصا سيوجد مستقبلا (2)، أو شخصا يقع تعينه بعد اكتتاب عقد المشارطة(3).

1) 443 - يعد المستفيد قابلا للتعيين كلما أمكن تعريفه عندما يحدث الاشتراط أثره. من ذلك أن المستفيد من التأمين لحساب من يملك الشيء المؤمن منه، هو شخص ليس معينا ولكنه يمكن التعين بمجرد الرجوع إلى من له صفة مالك الشيء وقت حصول الكارثة. والأمر يكون بالمثل بالنسبة للتأمين على

(16) يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n° 547; A. RIEG, op. cit., n° 471.

(17) يراجع : عبد الرزاق الشهوري : الوسيط، I، ص 579 ، وانظر أيضا : WEILL et TERRE, op. cit., n° 545; CH. LARROUMET, op. cit., n° 817.

ينص صراحة على أنه يحق أيضاً من «اشترط على معاقده شيئاً لمنفعة الغير أن يطلب مع ذلك الغير تفيد الشرط ...». وهو الحال الذي اهتدى إليه الفقه وفقه القضاء بفرنسا<sup>(20)</sup> بناء على أن صدور الشرط عن ذات المشرط يفترض أن لهذا الأخير مصلحة شخصية في أن ينفذ. وقد تكون هذه المصلحة مادية، كما في الإشتراط الذي سببه خلاص دين في ذمة المشرط نحو المستفيد، أو أديبة، كما إذا قصد من الإشتراط تبرع للغير. وإذا يتبيّن من صريح أحكام الفصل 39 من م.أ.ع. أن طلب تفيد الإشتراط لمصلحة الغير من طرف المشرط لا يجوز إلا «مع ذلك الغير»، فإن ذلك مراعاة لحق الغير المباشر على الأداء المشرط على المعهود. وهو حقّ قادر عليه دون المشرط بما يستحيل معه السماح بإدخال الأموال المشرطية ولو مؤقتاً في الذمة المالية لهذا الأخير. وهو ما قد يقول إليه الحال التمثّل في تحكيمه من القيام بمفرده بدعوى في تنفيذ الإشتراط<sup>(21)</sup>. وما يبرر أيضاً الحال الوارد بالفصل 39 من م.أ.ع. ضرورة التأكّد من رغبة المستفيد في الانتفاع بما اشترط لفائدة إذ لا ينزع أحد في حقه في التنازل عنه حتى بعد تصريحه بقبول الإشتراط.

يُقى أن نصفيف من ناحية أخرى أن الفصل 39 المذكور لا يمنع طبعاً المشرط من أن يطلب وحده فسخ العقد الذي يربطه بالمعهود بسبب عدم إتمام هذا الأخير لما تعهد به نحوه. كأن يقوم الواهب ضدّ الموهوب له بالرجوع في الهبة لإخلاله بما يجب عليه نحوه عملاً بعقد الهبة (الفصل 210 من م.أ.ش.). فإذا صادف أنّ الأداء المعهود به هو اشتراط لمصلحة الغير، فإنّ هذا الظرف لا يمنع المشرط من القيام وحده ضدّ المعهود. ولا يكون الأمر على خلافه «إلا إذا ظهر من العقد أنّ التنفيذ لا يجوز طلبه إلا من ذلك الغير» (الفصل 39 من م.أ.ع.). ففي هذه الصورة لا يجوز للمشرط أن يحتاج بعد تنفيذ الإشتراط أو أن يقوم وحده أو بعنته الغير بقضية في تنفيذه.

(20) يراجع : FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 473; WEILL et TERRE, op. cit., n° 540.

(21) قارن مع القانون الفرنسي وراجع في هذا الموضوع : J. CARBONNIER, op. cit., § 58.

لهم حقه بعد وفاته. وقد كرس المشرع هذا الحال المستمدّ من القواعد العامة للالتزامات في الفصل 40 من مجلة التأمين الذي جاء به أنه «إذا انعقد التأمين في صورة الوفاة بدون تعين المستفيد أو إذا تنازل المستفيد الذي تمّ تعينه عن حقه في التأمين فإنّ رأس المال أو الجرأة العمرية المضمونين يدخلان ضمن تركة المتعاقد».

#### ٤ - آثار الإشتراط لمصلحة الغير

447 - يترتب على الإشتراط لمصلحة الغير قيام ثلاثة أنواع من العلاقات القانونية وهي : العلاقة بين المشرط والمعهود (I) والعلاقة بين المعهود والمستفيد (II) والعلاقة بين المشرط والمستفيد (III).

##### I - العلاقة بين المشرط والمعهود

448 - علاقة المشرط بالمعهود مزدوجة. فالعقد المبرم بينهما يتضمن غالباً، بالإضافة إلى الإشتراط لمصلحة الغير، التزامات فيما بينهما لاشك أنّ تنفيذها يخضع كلّاً للقواعد المنظمة لأثار العقود، العامة منها أو الخاصة بحسب ما إذا كان العقد الرابط بينهما من العقود غير المسماة أو من العقود المسماة. من ذلك أنه يحقّ مثلاً للبائع الذي اشترط على معاقده دفع جزء من الثمن إلى الغير - وبصرف النظر عما قد يترتب على تنفيذ هذا الإشتراط من عدمه - أن يغصب المشتري على الوفاء له بالجزء المتبقّي من الثمن وذلك لأنّ يمتنع مثلاً من ناحيته من إتمام ما عليه، أو بأن يطلب الفسخ، وكذلك بأن يقوم عند الاقتضاء على المشتري بالخسارة. كما يحقّ للمؤمن في صورة التأمين لفائدة من سيملّك الشيء أن يجبر المؤمن له على دفع مطاليم التأمين وفقاً للإجراءات الخاصة المنصوص عليها ضمن الفصل 11 من مجلة التأمين والتي يمكن أن تنتهي بفسخ العقد من جهة المؤمن لعدم الوفاء<sup>(19)</sup>.

449 - أمّا فيما يتعلق بتنفيذ الإشتراط ذاته، فإنّ الفصل 39 من م.أ.ع.

(19) يراجع بالنسبة لما يمكن أن يترتب على عدم دفع الأقساط في مادة التأمين على الحياة الحال الخصوصي الذي أورده الفصل 41 من مجلة التأمين. وانظر : Mohamed ZINE, op. cit., n° 604 et s.

38 فقرة 2 من م.أ.ع. على هذه القاعدة بمقولة أن الشرط ينفي مبادرة في حق الغير «الذى يكون له القيام على الملتزم إلا إذا منع عليه القيام في العقد أو على على شروط معينة».

### III - العلاقة بين المشرط والمستفيد

453 - من المهم أن نذكر هنا، توضيحا لطبيعة المشاكل التي تثيرها العلاقة القانونية بين المشرط والمستفيد، بأن الإشتراط لمصلحة الغير هو في الواقع نتيجة لمبادرة شخصية من المشرط أراد بها هذا الأخير إكساب حق للغير، قبل أن يكون نتيجة تلاقي إرادتي المشرط والمعهد. وهذا ما يمكن من القول بأن عقد المشارطة ليس سوى وسيلة قانونية تمكن المشرط من تحقيق ذلك الهدف. ولكنه جدير بالذكر أيضا في هذا المجال أن عقد المشارطة يتثنى من تاريخ انعقاده حقا مباشرا للغير ضد المعهد يكون قاصرا عليه دون المشرط. وإذا بترت على هذا الحق المباشر انتفاء كل علاقة مديونية بين المشرط والمستفيد<sup>(25)</sup>، فإن من نتائجه أيضا أن يكون الإشتراط لمصلحة الغير غير قابل مبدئيا للنقض من قبل المشرط (ب).

#### أ - انتفاء كل علاقة مديونية بين المشرط والمستفيد<sup>(25)</sup>

454 - لا تترتب على الإشتراط لمصلحة الغير أية علاقة مديونية بين المشرط والمستفيد وذلك بصرف النظر عن وجود رابطة سابقة بينهما من عدمه، وبالرغم من كون وجود مثل هذه الرابطة هو الذي جعل المشرط يتطرق مع المعهد على أن يلتزم بأداء معين للمستفيد. فالمستفيد يصبح من تاريخ إتمام هذا الانتقاء وبوجهه ذاتيا للمتعهد وحده دون المشرط. فلا يجوز له إذن مطالبة هذا الأخير بالتنفيذ إذا تخلف المتعهد عن الفوائد. كما لا يجوز لنفس السبب لدى المشرط القيام بالدعوى البليانية طعنا في عقد المشارطة أو إجراء عقلة على الأموال الرجاعية للمستفيد بموجب هذا العقد علما أن هاته الأموال لم تتس

(25) يراجع في خصوص هذه المسألة : CH. LARROUMET, op. cit., n° 817; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, op. cit., n° 479, p. 484.

### II - العلاقة بين المعهد والمستفيد

450 - يكتسب المستفيد من الإشتراط الصادر لفائدة حقا مباشرا (أ) يتحدد نطاقه بالرجوع إلى العقد الرابط بين المعهد والمشرط (ب).

#### أ - الحق المباشر

451 - ورد بالفصل 38 من م.أ.ع. أن الشرط ينفي «مبادرة في حق... الغير ويكون له القيام به على الملتزم...». ويتفق الشرح<sup>(22)</sup> على أن خصوصية الإشتراط لمصلحة الغير تكمّن أساسا في الإعتراف للغير بحق مبادر ضد المعهد بما يمكنه من مطالبته بالتنفيذ والرجوع عليه بالتعويض في صورة المطالبة، دون أن يتحقق للمتعهد أن يعارضه بدفعات خارجة عن نطاق عقد المشارطة، والتي يكون من حقه أن يعارض بها المشرط، كالدفع بالمقاصة لوجود دين سابق في ذمة المشرط نحو<sup>(23)</sup>. ذلك أن الأثر الأساسي للإشتراط لمصلحة الغير هو إنشاؤه حقا شخصياً للمستفيد ضد المعهد يولد مبادرة في ذمته المالية ويصبح بموجبه ذاتيا مباشرا له. ويتربّ على ذلك أن الأداء موضوع ذلك الدين يبقى خارجا تماما عن الذمة المالية للمشرط. على أن صفة الدائن لا تسمح للمستفيد بطلب فسخ عقد المشارطة لأنّه لم يكن طرفا فيه. ولا يجوز إذن طلب الفسخ لعدم إتمام المعهد ما عليه نحو المستفيد إلا للمشرط وحده.

#### ب - حدوده

452 - يرجع أصل حق الغير ضد المعهد إلى عقد المشارطة. وما كان ليُوجد بدونه. لذلك فهو يزول بزواله بموجب البطلان أو الفسخ. كما أنه لا يمكن أن تتجاوز حدود نطاقه ما أقره العقد لفائدة الغير<sup>(24)</sup>. وقد نص الفصل

A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, op. cit., n° 475 et s.; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1261; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 475; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 676.

(22) يراجع : CH. LARROUMET, *Droit civil, III, obligations*, I, op. cit., n° 820.  
 (23) FLOUR et AUBERT, *Les obligations, l'acte juridique*, op. cit., n° 477;  
 (24) B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1280 et 1281; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 541.

## الإشتراط لمصلحة الغير

قانوني ومخالفا للعباديّة العامة التي تقضي أن لا يحرم شخص من حقوقه المالية بدون مبرر قانوني.

456 - بقي أن نضيف أن وجود الحق المباشر ليس رهين التصريح بقبوله من قبل المستفيد في القانون التونسي. وهو ما تؤكد، إضافة إلى عبارات الفصل 38 الفقرة 2 المذكورة (وحيثند ينفي الشرط مباشرـة...)، أحكام الفقرة الثالثة من ذلك الفصل التي جاء بها أنه لا عمل على الشرط إذا أعلم المستفيد به المشترط بعدم قبوله له.

ويفهم مما سبق أن الإشتراط يعدّ صحيحاً نافذاً طالما لم يعلم المستفيد به المشترط بعدم قبوله له. وطبعاً لذلك فإن القبول ليس ضروريًا لإنشاء الحق المباشر. وهذا هو الحال الذي أقره المشرع الألماني (الفصل 328 فقرة 2 من المجلة المدنيّة الألمانيّة)<sup>(26)</sup> والذي يبدو أن المشرع التونسي قد تأثر به مما يجعله مختلفاً من هاته الناحية عن القانون الفرنسي الذي استقرَّ على أنه يحق للمشترط أن ينقض الإشتراط طالما لم يصرّح المستفيد بقبوله له عملاً بتصريح أحكام الفصل 1121 من المجلة المدنيّة الفرنسية. ويذكر الفقه السائد في فرنسا<sup>(27)</sup> هذا الحال معتبراً أن الحق المباشر الذي ينشأ بموجب عقد المشارطة يبقى هنا ضعيفاً معرضاً للنقض طالما لم يقع دعمه وتوطينه بتصريح المستفيد بقبوله له. أما إذا توفر ذلك الشرط، فإنّ مفعول الحق يكون رجعيّاً إلى تاريخ إبرام عقد المشارطة. على أنه لا يمكن فهم سبب الاختلاف القائم من هاته الناحية بين القانون الفرنسي من جهة، والقانونين الألماني والتونسي من جهة أخرى، إلا بالرجوع إلى نظرية التصرف الأحادي. ففي حين يتميز القانون الفرنسي بفرضه لهذه النظرية التي تقول بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الحقوق للغير بما يجعل الفقه السائد يصف بالهشاشة والضعف الحق المباشر الناتج عن اشتراط المشترط بعدم المشارطة إذا لم يقع توطينه بتصريح المستفيد لقبوله له، تعتبر

(26) يراجع : A. RIEG, op. cit., n° 478.

(27) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 534 et 543; CH. LARROUMET, op. cit., n° 807; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 676; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1268.

قطاً إلى ذمة المشترط وهي خارجة عنها تماماً.

كما أن المستفيد لا يعتبر بصفته تلك خلفاً عاماً للمشترط مما يتربّ عليه أن الأموال المشترطة لفائدة لا تدخل في تركيبة المشترط ولا تقسم بين ورثته بعد وفاته. وإذا كان المستفيد وارثاً، فإنه لا يفقد حقه على تلك الأموال في صورة تنازله عن الإرث وهو الحال الذي أقرته صراحة الفقرة الأخيرة من الفصل 39 من قانون التأمين بمقولة أن «التنازل عن الإرث لا يفقد الانتفاع بالتأمين» على الحياة في صورة الوفاة.

## ب - مسألة قابلية الإشتراط للنقض

455 - لا يختلف الشّرّاج في كون الحق المباشر المعترف به للغير بموجب الإشتراط الصادر لمصلحته لا يمكن أن يتجاوز من حيث المحتوى ومن حيث القوة والفعالية الحدود والشروط التي وضعها عقد المشارطة. فلا نزاع إذن في أنه يحق للمشترط وحده، أو لهذا الأخير مع المتعهد، أن يقرر الرجوع فيما يشترطه للغير إذا مكّنه عقد المشارطة من ذلك الحق. ويجب أن لا ننسى في هذا المخصوص أن المشرع لما نص بالفقرة 2 من الفصل 38 من م.أ.ع. على أن الشرط ينفي مشارطة في حق الغير، وأن لهذا الأخير القيام به على المتعهد، وأضاف مستثنيا «إلا إذا منع عليه القيام في العقد أو على شرط معينة»، الأمر الذي يتبيّن معه أن الصعوبة التي تثيرها مسألة قابلية الإشتراط للنقض تتحصر في صورة سكوت عقد المشارطة عن هذا الحق. فهل يجوز للمشترط في مثل هذه الصورة أن يرجع فيما يشترطه لمصلحة الغير وأن ينقضه؟

يكمن الأساس الذي يجب اعتماده لحلّ هذا المشكل في صريح عبارات الفصل 38 من م.أ.ع. التي ورد بها أنه «يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته على الغير... إذا كان ذلك في ضمّن عقد... وحيثند ينفي الشرط مباشرة في حق ذلك الغير...». حيث يفهم من هذا الحكم أن الحق المباشر يولد في ذمة المستفيد بمجرد إتمام عقد المشارطة. فإذا ولد هذا الحق مطلقاً دون أن يعلق على شرط أو قيد، وإذا اتفقنا من ناحية أخرى أنه مستقل تماماً عن الذمة المالية للمشترط، فإن السماح لهذا الأخير بنقضه يكون والحال تلك فاقداً لكل أساس

قانوني ومخالفًا للمبادئ العامة التي تقضي أن لا يحرم شخص من حقوقه المالية بدون مبرر قانوني.

456 - بقي أن نضيف أن وجود الحق المباشر ليس رهن التصريح بقبوله من قبل المستفيد في القانون التونسي. وهو ما تؤكد، إضافة إلى عبارات الفصل 38 فقرة 2 المذكورة (وحيثند ينفرد الشرط مباشرة...)، أحكام الفقرة الثالثة من ذلك الفصل التي جاء بها أنه لا عمل على الشرط إذا أعلم المستفيد به الشرط بعدم قبوله له.

ويفهم مما سبق أن الإشتراط يعد صحيحاً نافذاً طالما لم يعلم المستفيد به الشرط بعدم قبوله له. وتبعاً لذلك فإن القبول ليس ضرورياً لإنشاء الحق المباشر. وهذا هو الحال الذي أقره المشرع الألماني (الفصل 328 فقرة 2 من المجلة المدنية الألمانية)<sup>(26)</sup> والذي يبدو أن المشرع التونسي قد تأثر به مما يجعله مختلفاً من هاته الناحية عن القانون الفرنسي الذي استقرَ على أنه يحق للشرط أن ينقض الإشتراط طالما لم يصرح المستفيد بقبوله له عملاً بتصريح أحكام الفصل 1121 من المجلة المدنية الفرنسية. ويذكر الفقه السائد في فرنسا<sup>(27)</sup> هذا الحال معتبراً أن الحق المباشر الذي ينشأ بوجوب عقد المشارطة يبقى هشاً ضعيفاً معرضًا للتلخص طالما لم يقع دعمه وتوطينه بتصريح المستفيد بقبوله له. أما إذا توفر ذلك الشرط، فإنّ مفعول الحق يكون رجعيًا إلى تاريخ إبرام عقد المشارطة. على أنه لا يمكن فهم سبب اختلاف القائم من هاته الناحية بين القانون الفرنسي من جهة، والقانونين الألماني والتونسي من جهة أخرى، إلا بالرجوع إلى نظرية التصرف الأحادي. ففي حين يتميز القانون الفرنسي برفضه لهذه النظرية التي تقول بقدرة الإرادة المفردة على إنشاء الحقوق للغير بما يجعل الفقه السائد يصف بالهشاشة والضعف الحق المباشر الناتج عن اشتراط الشرط بعد عقد المشارطة إذا لم يقع توطينه بتصريح المستفيد لقبوله له، تعتبر

(26) يراجع : A. RIEG, op. cit., n° 478.

(27) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 534 et 543; CH. LARROUMET, op. cit., n° 807; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 676; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1268.

قط إلى ذمة الشرط وهي خارجة عنها تماماً.

كما أن المستفيد لا يعتبر بصفته تلك خلفاً عاماً للمشترط مما يترتب عليه أن الأموال المشترطة لفائدة لا تدخل في تركيبة المشترط ولا تقسم بين ورثته بعد وفاته. وإذا كان المستفيد وارثاً، فإنه لا يفقد حقه على تلك الأموال في صورة تنازله عن الإرث وهو الحال الذي أقرته صراحة الفقرة الأخيرة من الفصل 39 من قانون التأمين بمقدمة أن «التنازل عن الإرث لا يفقد الائتمان بالتأمين» على الحياة في صورة الوفاة.

#### ب - مسألة قابلية الإشتراط للتفص

455 - لا يختلف الشراح في كون الحق المباشر المعترف به للغير بموجب الإشتراط الصادر لمصلحته لا يمكن أن يتجاوز من حيث المحتوى ومن حيث القوة والفعالية الحدود والشروط التي وضعها عقد المشارطة. فلا نزاع إذن في أنه يحق للمشترط وحده، أو لهذا الأخير مع المعهد، أن يقرر الرجوع فيما يشنطه للغير إذا مكّه عقد المشارطة من ذلك الحق. ويجب أن لا ننسى في هذا الخصوص أن المشرع لما نص بالفقرة 2 من الفصل 38 من م.أ.ع. على أن الشرط ينفرد مباشرة في حق الغير، وأن لهذا الأخير القيام به على المعهد، وأضاف مستعيناً «إلا إذا منع عليه القيام في العقد أو علق على شروط معينة»، الأمر الذي يتبيّن معه أن الصعوبة التي تشيرها مسألة قابلية الإشتراط للتفص تتحصر في صورة سكتوت عقد المشارطة عن هذا الحق. فهل يجوز للمشترط في مثل هذه الصورة أن يرجع فيما يشنطه لمصلحة الغير وأن ينقضه؟

يمكن الأساس الذي يجب اعتماده لحلّ هذا المشكل في صريح عبارات الفصل 38 من م.أ.ع. التي ورد بها أنه «يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته على الغير... إذا كان ذلك في ضمن عقد... وحيثند ينفرد الشرط مباشرة في حق ذلك الغير...». حيث يفهم من هذا الحكم أن الحق المباشر يولد في ذمة المستفيد بمجرد إتمام عقد المشارطة. فإذا ولد هذا الحق مطلقاً دون أن يعلق على شرط أو قيد، وإذا اتفقنا من ناحية أخرى أنه مستقل تماماً عن الذمة المالية للمشترط، فإن السماح لهذا الأخير بنقضه يكون والحالات تلك فاقداً لكل أساس

في صورة الوفاة يبطل في جميع الأحوال «عندما يتسبب المستفيد عمداً في موت المؤمن له» (الفصل 38 من مجلة التأمين). وتنسحب هذه القاعدة على جميع حالات الإشارة لمصلحة الغير التي يقصد بها التبرع لفائدة الغير وذلك استناداً إلى أحكام الفصل 210 - 1 من م. ا. ش. <sup>(31)</sup>.

## الفرع الثاني : التعاقد في حق الغير والتعهد عن الغير <sup>(32)</sup>

- 457 - لا يندرج التعاقد في حق الغير والتعهد عن الغير في نطاق إستثناءات النسبية العقدية ضرورة أنه لا يترتب عليهما في جميع الأحوال التزام في ذمة الغير، إلا إذا رضي التعاقد في حقه أو التعهد عنه بذلك الإلتزام. على أن هذه الرؤية القانونية الضيقية لا تمنع من الإعتراف بأن الإلتجاء لهذين المفهومين يهدف في التطبيق، ولأسباب تفرضها إما مصلحة العائلات أو السرعة في المعاملات وحسن سيرها، إلى تجاوز العقبات التي يمكن أن تترتب ظرفياً على قاعدة النسبية العقدية، وذلك بأن يقدم شخص على إلزام غيره بدون توكييل منه أو ولایة حكمية، أو على التعهد عنه نحو شخص آخر مفترضاً بحسب الحالات - إما قبول الغير التعاقد أو تصديقه على العقد المبرم

(31) وقد استقر الفقه في فرنسا على وصف الإشارة الذي يقصد به تبرعاً بالهبة غير المباشرة (indirecte donation). وتتحقق الهيئة غير المباشرة من حيث الموضع إلى قواعد الهيئة (يراجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1282; WEILL et TERRE, op. cit., n° 545; CH. LARROUMET, op. cit., n° 817). V° aussi, Mohamed ZINE, op. cit., n° 635 et 636. A. RIEG, Porte-fort, encyclopédie Dalloz, Droit civil; Marc VERICEL, : désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort, D.S. 1988, chr., p. 123; R. SAVATIER, La clause de porte-fort dans la pratique contemporaine, Rep. gén. not. 1928, art. 21592 à 21605; J. BOULANGER, La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui, thèse, Caen, 1933; Guy FLATTET, Les contrats pour le compte d'autrui : essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français. Paris, Sirey, 1950; M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques; RIPERT et BOULANGER, Traité de Droit civil, t. 2, n° 615 et s.

(32) وانظر في القانون المصري : عبد الفتاح عبد البافي : نظرية العقد... ص 580؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، I ، ص 556 وما يتعلمه. ويراجع أيضاً في خصوص التعهد عن الغير في الفقه الإسلامي : عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الخامس، ص 159 و 160.

عملية القبول هذه غير ضرورية في النظم التي تقرّ نظرية التصرف القانوني الأحادي مثل النظامين التونسي والألماني <sup>(28)</sup>.

غير أنه تتوجه الملاحظة أن مكانة أحكام مجلة الإلتزامات والعقود بقيت من هذه الناحية محدودة للغاية في التطبيق ضرورة أن نظام التأمين على الحياة كان خاضعاً قبل صدور المجلة الجديدة للتأمين وإلى حد دخولها حيز التنفيذ <sup>(29)</sup> للقانون الفرنسي المؤرخ في 13 جويلية 1930 الذي أجري به العمل في تونس بوجوب الأمر المؤرخ في 16 ماي 1931. وقد أقرّ هذا القانون حق المؤمن له (المشترط) في نقض اشتراطه طالما لم يصدر عن المستفيد ما يفيده قبولة الضمني أو الصربيح (الفصل 64 فقرة أولى من قانون عام 1930). ثم نظم ذلك الحق بأن جعله قاصراً على المشترط دون دائنيه (الفصل 64 فقرة 2 من نفس القانون). كما أنه لم يسمح به بالنسبة للورثة إلا بداية من حلول أجل دفع المبالغ المتفق عليها بالعقد وبعد مرور ثلاثة أشهر من توجيه إنذار للمستفيد قصد التبيه عليه بأن يصرّح بالقبول (الفصل 64 فقرة 3 من نفس القانون). وذلك حماية لصالحه <sup>(30)</sup>. وقد عدلت مجلة التأمين الجديدة عن هذه الحلول وقضت بدون أي احتراز من هذه الناحية بأن المستفيد يكتسب حقاً خاصاً ومبشراً على المبالغ المنصوص عليها بالعقد (الفصل 39 من مجلة التأمين). وإذا يترتب على ذلك أنه لا يحق بوجوب القانون الجديد للمؤمن له أن ينقض اشتراطه للمستفيد المعين الذي لم يقبل بعد الإشارة الصادر لفائدة، وأن ينقل ذلك الحق إلى غيره من الأشخاص، فإن ذلك لا يمنع المؤمن له من التنصيص على ذلك الحق بعقد التأمين، علماً أن المبادئ العامة تسمح كما سبق عرضه بتحديد حقوق المستفيد وتعليقها على شروط ضمن عقد المشارطة <sup>(1-30)</sup>. على أن مفعول التأمين

(28) إن عدم اشتراط القبول من المستفيد لا يعني طبعاً أنه مرغم على تلقي الحق المنشترط لفائدة علماً أن الشرع مكتبه من حق الرفض كما يبين ذلك من مراجعة الفقرة الثالثة من الفصل 38 من م. ا. ش.

(29) ورد بالفصل 5 من القانون عدد 24 المؤرخ في 9 مارس 1992 المتعلق بإصدار مجلة التأمين أنه «يجري العمل بأحكام مجلة التأمين ابتداء من غرة جانفي 1993».

(30) M. PICARD et A. BESSON, Les assurances terrestres, 1, 5é éd., op. cit., n° 510 et s.; A. RIEG, op. cit., n° 477, p. 482; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 543; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 478.

Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance, op. cit., n° 633 et 634.

(30) يرجع : M. PICARD et A. BESSON, Les assurances terrestres, 1, 5é éd., op. cit., n° 510 et s.; A. RIEG, op. cit., n° 477, p. 482; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 543; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 478.

عقد مستقلّ، إنما باعتباره من توابع عقد أبرمه شخص في حقّ غيره بدون أن تكون له صفة النائب. وكثيراً ما يمثلّ موضوع التعهد في ضمان تصديق الغير على العقد المبرم في حقّة بدون سلطة. ومن أمثلة ذلك تعهد الوكيل الذي تصرف بلا وكالة أو تجاوز حدود وకالته عند إبرامه عقداً في حقّ موكله بأن يقبل هذا الأخير التصديق على العقد<sup>(35)</sup>. كما تستعمل آلية التعهد عن الغير في القانون المقارن في القسمة التي يكون فيها أحد الشركاء قاصر الأهلية. وذلك إذا أقدم الشركاء الرشداء على إجراء القسمة بالرضاة تجنيباً لإجراءات القسمة القضائية التي يفرضها عليهم القانون في هاته الصورة. فيتعهد كل شريك نحو بقية الشركاء، ضماناً لنجاعة العملية، بأن يجعل القاصر يقبل التصديق على القسمة عند بلوغه سنّ الرشد<sup>(36)</sup>. وقد استقرّ فقه القضاء الفرنسي على قبول صحة العملية القانونية المتمثّلة في التقويت في ملك القاصر من طرف وليه الشرعي دون إذن حاكم التقاديم، مع تعهد الولي نحو المشتري بأن يقبل القاصر التصديق على البيع بعد رشده<sup>(37)</sup>. كما اعتبرت بعض المحاكم الفرنسية<sup>(38)</sup> من جهة أخرى أنّ مؤسس شركة تجارية محمول على كونه تعهد ضمنياً نحو الغير بالنسبة لجميع العقود التي أبرمها في حقّ تلك الشركة أثناء تأسيسها، الأمر الذي يتربّط عليه إزامه شخصياً بتحمل التبعية في صورة فشل المشروع وعدم تكوين الشركة.

(35) وهي صورة الفصل 1156 من م.ا.ع.

A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 524; POITIERS 13 novembre 1934, : (36) برایج  
D.P. 1935, 2, p. 61, note SAVATIER; civ. 6 octobre 1954, sem. jur. 1955, II, 8444,  
note LAURENT.

يراجع في هذا المعنى : (37) Cass. franc. civ. 1<sup>e</sup>, 26 novembre 1975, D. 1976, p. 653, note CH. LARROUMET, J.C.P. 1976, II, 18500, note F. MONEGER; Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 575, obs. G. CORNU. V<sup>e</sup> aussi, obs. LOUSSOUARN, Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 177.

B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1286; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 154; V. aussi, DAGOT, *La reprise par une société commerciale des engagements souscrits pour son compte avant son immatriculation au registre du commerce*, J.C.P. 1969, 1, 2277.

في حقه بدون إثابة. أما إذا رفض الغير الالتزام، فإن المتعاقد في حقه بدون سلطة أو المعتمد عنه سوف يتحمل بدون شك التبعية.

وقد حرص المشرع التونسي على تنظيم التعاقد في حق الغير ضمن الفصول 40 إلى 42 من م.أ.ع.، كما أجاز الفصل 1156 من م.أ.ع.، الوارد ضمن أحكام الوكالة، التمهيد عن الغير. وقبل أن ندرس على ضوء هذه النصوص أحكام المفهومين المذكورين (28)، فإنه من المهم أن نحاول تعريفهما وبيان دورهما في التطبيق (18).

## ٤١ - تعريف مفهومي التعاقد في حق الغير والتعهد عن الغير ودورهما

458 - التعاقد في حق الغير هو اتفاق يبرمه شخص باسم غيره وفي حقه ليلزمته نحو شخص المتعاقد معه دون أن تكون له صفة النائب. وهو إذن حالة نسبية بدون سلطة<sup>(33)</sup>.

أما التعهد عن الغير فهو عقد يتعهد بموجبه شخص (المتعهد) نحو معاقدة (المتعهد له) بأن يجعل شخصا ثالثا (الغير)، يتلزم له بأمر معين، كالامتناع عن عمل أو القيام بعمل.

459 - وإذا يختلف التعاقد في حق الغير عن التمهيد عن الغير من حيث أن الأول يهدف إلى إلزام الغير دون سابق إذن بتوكيل منه أو بولاية حكمية، في حين أن الثاني يبقى عملية ثنائية في تكوينها وفي آثارها بين المتعهد له دون أن يتربّب عليها أي التزام في ذمة الغير المتعهد عنه، فإنه من المهم جداً أن نركّز هنا، تمهيداً لتحديد النظام القانوني لكل المفهومين، على التكامل القائم بينهما في التطبيق<sup>(34)</sup>. ذلك أن التمهيد عن الغير لا يصدر في غالب الأحيان بصفة

M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 224 à 255.

<sup>34)</sup> برای جس A. RIEG, Porte-fort, Encycl. Dalloz, Droit civil, n° 4; B. STARCK, H. : ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1284; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 682.

تحديد نطاق ومضمون التعهد عن الغير (I) وتحليل القيمة القانونية للعقد المبرم في حق الغير بلا سلطة (II) قبل بيان الآثار القانونية لهذين المفهومين (III).

### I - نطاق ومضمون التعهد عن الغير

#### أ - نطاق التعهد عن الغير

462 - لم تختفي مجلة الإلتزامات والعقود في صيغتها التهاوية بالأحكام التي وردت بالفصل 43 من المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية<sup>(42)</sup> التي أجاز ونظم بموجتها أصحاب المشروع التعهد عن الغير. وإنجر عن ذلك أن هذه المجلة بقيت خالية من أحكام قانونية في هذا المجال باستثناء ما ورد في الفقرة الأخيرة من الفصل 1156 ، وهو حكم خاص بتعهد الوكيل عن موكله في صورتي التعاقد في حقه بلا وكالة أو خارج حدودها. ويفرض التصديق على عقد أبرم في حق قاصر لا يمكنه قانوناً توكيل شخص عنه ولا يجوز عنه التباهي إلا بولاية حكمية.

يمكن من وجاهة نظر أولى اعتبار التعهد عن الغير في مثل هذه الصورة جائزًا. ويتأسس هذا الرأي على أنّ عدول المشرع عن تنظيم التعهد عن الغير بوجه عام لا يحول دون صحة مثل هذه العملية طالما أنها تمثل في عقد منشئ لالتزام بعمل لا يتنافي من حيث موضوعه لقواعد الأخلاق الحميدة والنظام العام. وهو ما يمكن معه، عملاً بقاعدة الحرية التعاقدية واستناداً إلى النظرية العامة للعقود، «التعهد في جميع الأمور القاضية بتكونين موضوع اتفاق... وفي حق أي شخص ولو في حق من ليس له حق التعاقد

<sup>(42)</sup> Art. 43 : "On peut également se porter : ... وقد ورد بهذا النص في صيغته الفرنسية ما يلي : fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci, sauf l'action en dommages telle que de droit contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement. L'incapacité de la partie dont on a promis le fait n'annule pas l'obligation du porté fort.

Le porté fort peut cependant se soustraire aux dommages-intérêts en exécutant lui-même l'obligation, lorsque la nature de celle-ci le permet".

460 - إن مختلف هذه الأمثلة يبيّن اقتران مفهومي التعاقد عن الغير والتعاقد في حق الغير بعضهما في التطبيق، ويؤكد تكاملهما من حيث أن أول العقددين يهدف إلى ضمان نفاذ الثاني بما يشجع التعهد له على إبرامه بالرغم من انعدام أو نقصأهلية من له صفة المدين فيه وانتفاء صفة النائب فيمن تعاقده في حقه.

على أن التعاقد في حق الغير ممكن واقعاً وقانوناً بدون تعهد من يضمه في حق غيره بلا سلطة على ضمان تصديق هذا الأخير عليه. كما أثبتت الأبحاث الفقهية الحديثة<sup>(39)</sup> من ناحية أخرى أن دور التعهد عن الغير أصبح لا ينحصر في ضمان الخسارة الناجمة عن رفض التعاقد في حقه بدون سلطة التصديق على العقد، بل إنه امتد أحياناً إلى ضمان تعويض الخسارة التي يمكن أن تنجو عن عدم الوفاء بالإلتزامات العقدية العادية إذا كان الوفاء بها رهين إبرام المدين لعقد ثان. ومن أمثلة ذلك ما ذهبت إليه بعض المحاكم الاستئنافية بفرنسا<sup>(40)</sup> من أنّ من يرم عقداً نهائياً وبأثنا لشراء معدات صناعية على شرط حصوله على قرض ينكي لتمويل العملية محمول على أنه تعهد نحو البائع صانع المعدات بضمان قبول البنك منحه القرض المذكور. ويتربّ على ذلك تحمل المشتري عبء الخسارة الناجمة للبائع عن عدم تحقق الصفقة المتفق عليها بسبب رفض تمويلها من قبل البنك. كما تستعمل آلية التعهد عن الغير لضمان تكافؤ الإلتزامات بين التعهد والمعاهدة له بموجب عقد أصلي، كأن يتعهد طرف بأن يضمن لمعاهده الحصول على صفة أخرى مع الغير كضمان لمردودية الصفقة التي أبرمها معه بشروط نافعة<sup>(41)</sup>.

### § 2 - أحكام التعاقد في حق الغير والتعهد عن الغير

#### 461 - تطلب دراسة أحكام التعاقد في حق الغير والتعهد عن الغير

<sup>(39)</sup> يراجع خاصّة : Marc VERICEL, Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort, ét. précitée, v° spéci. pp. 127 à 130.

<sup>(40)</sup> انظر المرجع السابق، ص 128 و 129، وراجع فرار استئنافي : ROUEN, 7 avril 1970, D, 1970, p. 676, note TROCHU.

<sup>(41)</sup> يراجع دراسة Marc VERICEL، المذكورة أعلاه، ص 129.

## II - القيمة القانونية للعقد المبرم في حق الغير

464 - أقرّ المشرع التونسي نظرية العقود المبرمة في حق الغير ضمن الفصل 40 من م.أ.ع. - أخذنا عن أحكام الفصل 38 من مجلة الإلتزامات السويسرية<sup>(46)</sup> - لما نصّ على أنَّ التعاقد في حق الغير يصح بشرط تصديقه. ويتربّ عمّا ذكر أنَّ العقد المبرم في حق الغير ينشأ صحيحاً (أ) ولكنه يبقى غير نافذ في حق المتعاقد باسمه (ب) إلى حين التصديق عليه من قبله<sup>(47)</sup>.

### أ - صحة العقد المبرم في حق الغير بلا سلطة

465 - تتّجه الملاحظة في هذا الخصوص أنه لا يشترط في العقد حتى ينشأ صحيحاً أن يكون الطرف المتعاقد مع النائب على علم بكون النائب تصرف معه بدون سلطة. ولا يتربّ على إخفاء الحقيقة عليه سوى إلزم النائب المذنب بغرم الخسارة. وهو الحلّ الوارد بالفقرة الأولى من الفصل 1156 من م.أ.ع. المتعلّق بتعاقد الوكيل في حق الغير بلا وكالة. وقد جاء بهذا النصّ أنه «إذا تصرف الوكيل بلا وكالة أو تجاوز حدود وكالته لزم غرم الخسارة لمن عاقده إن لم يتيّسر إتمام ما تعاقدا عليه إلا إذا أعلمته بحقيقة الحال من أول الأمر أو ثبت أنه كان عالماً بها». وما من شكّ في أنَّ سحب هذا الحلّ على جميع حالات التعاقد في حق الغير جائز، خاصةً أنَّ عبارات الفصل 40 من م.أ.ع. جاءت مطلقة ولم تشترط لصحة العقد ثبوت علم المعاقد معه بحقيقة أمر النائب<sup>(48)</sup>.

(46) ينص الفصل 38 من مجلة الإلتزامات السويسرية على ما يلي :

"Lorsqu'une personne contracte sans pouvoirs au nom d'un tiers, celui-ci ne devient créancier ou débiteur que s'il ratifie le contrat. L'autre partie a le droit d'exiger que le représenté déclare, dans un délai convenable, s'il ratifie ou non le contrat; elle cesse d'être liée, faute de ratification".

(47) وقد أقرَّ الفقه وفقه القضاء بفرنسا هذا الحلّ بالرغم من أنَّ المشرع الفرنسي لم ينظم المفرد المبرمة في حق الغير. يراجع في هذا المخصوص : A. RIEG, ét. précitée, n° 8 et 9, et M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, op. cit., n° 231, p. 171.

(48) وهو الحلّ الذي أقرَّه القانون الرضعي في سويسرا عملاً بأحكام الفصل 38 من مجلة الإلتزامات السويسرية المذكور (راجع في هذا الخصوص A. RIEG, Porte-fort, ét. précitée, n° 17 et s.; Marc VERICEL, Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort, ét. précitée, p. 126).

مؤقاً...». وهو الحلّ الذي تبنته محكمة التعقيب في قرار يرجع تاريخه إلى غرة جويلية 1930<sup>(43)</sup>. وفيهم منه أنَّ أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 1156 من م.أ.ع. لم يقصد بها الحصر والحد إنما وردت على سبيل المثال.

على أنه يصعب الإرتياح إلى مثل هذا التحليل إذا ذكرنا من جهة أنَّ الفصل 43 من مشروع صانيلانا المأخوذ عن الفصل 1120 من المجلة المدنية الفرنسية كما وقع تأويله وتحديد نطاقه من طرف فقه القضاء الفرنسي، كان قد نصَّ صراحة على أنَّ «انعدام أهلية الطرف المتعهد عنه لا يبطل التزام المتعهد»، ومن جهة أخرى أنَّ المشرع تخلى عن قصد عن أحكام الفصل 43 المذكور. ولابد من الإشارة في هذا الخصوص إلى أنَّ الفقه الفرنسي انتقد بشدة وباستمرار<sup>(44)</sup> إقرار المحاكم لصحة التعهد عن الغير في هذه الصورة. وقد علل الفقهاء رأيهم بأنَّ هذا الحلّ يفقد كلَّ جدوى لدور حاكم التقاضي من هذه الناحية، بل يؤول إلى حرمان الصغير وقاصري الأهلية بوجه عام من الحماية التي خصّهم بها القانون علماً أنَّ الصبغة العائلية التي غالباً ما تكتسيها المعاملات المترتبة بشرط التعهد تحول دائمًا دون ممارسة الصغير بعد رشه لحقه في عدم التصديق. لذلك تعتبر من وجهة نظر ثانية - وهي الأرجح في نظرنا - أنَّ التعهد عن الغير إذا كان هذا الأخير قاصرًا غير ممكن في القانون التونسي.

### ب - مضمون التعهد عن الغير

463 - التعهد عن الغير التزام بعمل يلتزم بموجبه المتعهد بأنْ يضمن إما التصديق على العقد من قبل المتعاقد في حقه، أو قبول الغير المتعهد عنه إبرام عقد معين. وهو التزام بنتيجة. ولكنه يضمن فقط التصديق على العقد أو تكوينه دون تنفيذه بما يجعله يختلف من هذه الناحية عن الكفالة<sup>(45)</sup>.

(43) قرار تعقيبي مؤرخ في 1 جويلية 1930، ق.ت. 1960، عدد 9 و 10، ص 58. وانظر أيضاً : محمود ابن الشيخ، مجلة الإلتزامات والعقود مملأة ومملأة على فصولها بآحكام القضاء ، الفصل 40، ص 35 إلى 37.

(44) يراجع : A. RIEG, Porte-fort, ét. précitée, n° 17 et s.; Marc VERICEL, Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort, ét. précitée, p. 126.

(45) انظر المرجع السابق : A. RIEG, ét. précitée, n° 17 et 27 et Marc VERICEL, ét. précitée, p. 129.

ويمكن إذن أن يكون إما صريحاً أو ضمنياً. وقد أجاز المشرع صراحة التصديق «دلالة أي إجراء العمل بالعقد من طرف من وقع العقد في حقه» (الفصل 41 من م.أ.ع.). كما نص أيضاً بالفصل 42 من م.أ.ع. على أن السكت بعد رضاء أو تصديقاً من شخص إذا وقع التصرف في حقوقه بمحضره أو أعلم به على الصورة المطلوبة ولم يعارض بشيء ولم يكن في سكوته عنده معترضاً، الأمر الذي يتبيّن معه أن العبرة هنا بالمقاصد، بحيث بعد التصديق حاصلاً كلّما تأكّد قبول الغير للعقد المبرم في حقه ورضاؤه به بصرف النظر عن الشكل الذي يكتسيه الرضى أو التصديق.

## 2) أثر التصديق

470 - للتصديق أثر رجعيٌ بين طرفين العقد. وتحري أحكامه «على المصدق لزومها والتزاماً من وقت انعقاد العقد ما لم يوجد شرط يخالف ذلك...» (الفصل 41 فقرة 2 م.أ.ع.). وفي هذا الحكم تكرر تكريس للقاعدة الرومانية<sup>(52)</sup> القائلة بأن «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»<sup>(53)</sup>. وقد نصّ عليها المشرع في مطلع الفصل 41 من م.أ.ع. بمقولة أن «التصديق على العقد بالتوكيل...» على أن الأثر الرجعي للتصديق الذي تفترضه هذه القاعدة القيمية لا ينسحب إلا على المصدق ومعاقده. أما بالنسبة للغير فإن أحكام العقد لا تجري إلا من يوم التصديق.

وتتجه الإشارة من جهة أخرى إلى أن التصديق في صورة اقتران التعاقد في حق الغير بتعهد عن الغير، يمثل وفاء المعهود بالتزامه نحو المعهود له بما يبرئ ذمته نحوه.

## ب - صورة عدم التصديق

### 1) حالة عدم اقتران التعاقد في حق الغير بتعهد عن الغير

471 - إذا أبرم وكيل بلا وكالة أو بتجاوز حدود وكالته عقداً في حق

RIPERT et BOULANGER, op. cit., t.2, n° 622, p. 234. <sup>(52)</sup> يراجع : «Ratibus mandato equiparatur», v° <sup>(53)</sup> ويبرئ عنها في صيغتها الأصلية باللاتينية بما يلي : H. ROLAND et L. BOYER, Locutions latines et adages du droit français contemporain, t. 2, éd. l'Hermes, LYON, 1979, p. 395.

على أن التعاقد في حق الغير يعدّ باطلًا من أساسه في جميع الحالات التي لا يجوز فيها التعاقد بالنيابة<sup>(49)</sup>.

## ب - عدم نفاذ العقد المبرم في حق الغير بلا سلطة

466 - لا يلزم الغير العقد المبرم في حقه ولا يمكن الإحتجاج به ضده إلى حين التصديق عليه من طرفه وبعد العقد في هاته الصورة، حسب بعض الشرائح في سويسرا<sup>(50)</sup>، معلقاً أو موقوفاً. وهي وضعية يمكن أن يتبع عنها ضرر للطرف الآخر إذا طالت مدتها علمًا أن هذا الأخير يبقى في الأثناء مقيداً بالعقد الذي أبرمه مع أنه يتذرّع عليه تنفيذه. لذلك سعى المشرع إلى تجنب وقوعها وذلك بأن سمح للطرف الآخر أن يسأل من وقع العقد في حقه الموافقة أو عدمها. فإذا لم يعرف بموافقته في أجل مناسب غايته خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلامه بالعقد إنفّك التزام صاحبه» (الفصل 40 فقرة أولى من م.أ.ع.).

## III - آثار التعاقد في حق الغير والتعهد عن الغير

467 - يجب أن نفرق هنا بين صورتي التصديق (أ) وعدم التصديق (ب).

### أ - صورة التصديق

468 - التصديق هو تصرف قانوني آحادي<sup>(51)</sup> يعلن بموجبه التعاقد في حقه قبله للعقد المبرم في حقه من طرف من نابه فيه بدون سلطة.

### 1) شكل التصديق

469 - لا يخضع التصديق من حيث صحته إلى أي شرط شكليّ.

<sup>(49)</sup> من ذلك مثلاً عقد التبرع بعضو قصد زرعه لشخص آخر (يراجع العدد 204 أعلاه).

P. GAUCH, W.R. SCHLUER et P. TERCIER, op. cit., n° 1009, p. 188.

<sup>(50)</sup> يراجع في خصوص الطبيعة القانونية للتصديق :

M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, op. cit., pp. 186 à 188; A. RIEG, Porte-fort, ét. précitée, n° 21.

## الفصل الثالث الصوريّة في العقود

الغير ولم يتعهّد بضمانت التصديق عليه من طرف المتعاقد في حقّه فإذاً لا يلزم بالخسارة لمن عاقده إذا لم يتيسّر إقام ما تعاقدا عليه طالما ثبت أنه أعلم أنه يتصرّف معه بدون سلطة أو أنّ عاقده كان عالما بذلك. أما إذا تبيّن أنه قد أخفى عليه حقيقة الأمر فعليه تعويض الخسارة. وينسحب هذا الحلّ الوارد ضمن الفصل 1156 من م.أ.ع. المتعلّق بالوكالة على التعاقد في حقّ الغير بوجه عامّ.

### 2 ) حالة اقتران التعاقد في حقّ الغير بتعهّد عن الغير

472 - التعهّد بضمانت التصديق هو التزام بتبيّنة<sup>(54)</sup> يتترتّب على عدم الوفاء به إلى المتعهّد بضمانت الخسارة. ولا يعفي من هاته المسؤولية إلا بإثبات حالة القوّة القاهرة أو الأمر الطارئ، الأمر الذي يفهم منه أنّ ثبوت علم المتعاقد في حقّه بحقيقة الحال لا يكفي في هاته الصورة لإعفاء النائب بدون سلطة المتعهّد بضمانت التصديق من واجب تعويض الخسارة. وقد نصّت الفقرة الأخيرة من الفصل 1156 من م.أ.ع. صراحة على هذا الحلّ .

### 3 ) أثر عدم التصديق على العقد المبرم في حقّ الغير بدون سلطة

473 - إذا لم يقع التصديق على العقد من طرف المتعاقد في حقّه بدون سلطة بعد التنبيه عليه على التحوّل المبين بالفصل 40 من م.أ.ع. ينفكّ التزام الطرف الذي أبرم العقد مع النائب ويعتبر العقد لاغياً لا عمل عليه وتلغى جميع آثاره .

فالصّورّيّة هي إذن «وضع قائم على عمل ظاهر يلجم إلّا إلى الطرفان ليسترا عملاً آخر أراداه حقيقة»<sup>(3)</sup>.

ويرى العميد CARBONNIER أنَّ التَّبَاعِين المقصود بين العقد الظاهر والعقد الحقيقِيِّ السُّرِّي يجعل من الصّورّي مجرد كذب مدبّر من الطرفين من شأنه أن يضر بصالح الغير وبصدقية العقد. وفي ذلك خطر جسيم على استقرار المعاملات وعلى سلامتها. ويعتبر هذا الكاتب<sup>(4)</sup>، مع غيره من الفقهاء المعاصرِين<sup>(5)</sup>، انطلاقاً من هذه الإعتبارات المتعلقة بالصلبة العامة، وبناءً على كون الصّورّي تتعارض في غالب الأحيان مع قواعد الأخلاق، أنه من واجب المشرع أن يمنعها بصفة مطلقة وذلك بأن لا يعترف بأي أثر قانوني لكل من العقد الظاهر والعقد السُّرِّي.

إنَّ هذا الحلَّ الجندي الذي يؤول في الواقع إلى الحدّ من حرّيَّة التعاقد يقوم على افتراض الغشِّ والمخادعة في جميع حالات الصّورّيّة. وهو افتراض غير صحيح. حيث أنَّ الغرض من التجاء الأطراف إلى الصّورّي يتغيّر من حالة إلى أخرى وقد يكون أحياناً أخلاقياً محضاً<sup>(6)</sup>. كمن يقدم الهبة في شكل بيع بغية التَّسْتَر عند إحسانه للغير. الأمر الذي يتوجه معه تجاوز العامل الأخلاقي عند تنظيم الصّورّي وأثارها، والسعى إلى معالجة هذا الوضع بالرجوع إلى المبادئ القانونية الثابتة.

ولقد كان هذا هو المنهج الذي اختاره المشرع الألماني لما عالج الصّورّي باعتبارها حالة تضارب بين الإرادة الظاهرة والإرادة الحقيقية، وقرر من هذا المنطلق، واستناداً إلى المبادئ القانونية العامة، تغليب الإرادة الحقيقية الخفية على الإرادة الوهميَّة الظاهرة. وقد نصَّ على ذلك الأساس الفصل 117 (فقرة

(3) يراجع خليل جريج : في نظرية الصّورّيّة، ق. ت. 1962، عدد 10، ص 23.

(4) انظر : J. CARBONNIER, op. cit., § 39, p. 158 et § 40, p. 163.

(5) يراجع خاصة J. D. BREDIN, Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé, ét. précitée, pp. 261 et s.; M. K. CHARFEDDINE, thèse précitée, p. 378.

(6) يراجع في هذا المعنى : JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé, Paris 1928, n° 193; A. RIEG, ouvr. précité, n° 495, p. 504.

## الفرع الأول : مفهوم الصّورّيّة<sup>(1)</sup>

474 - يستوجب تحديد مفهوم الصّورّيّة تعريفها وبيان أسس تنظيمها قبل التَّعرّض إلى مختلف حالاتها<sup>(2)</sup>.

### 1 - تعريف الصّورّيّة وبيان أسس تنظيمها

475 - يعرف المرحوم محمد المالكي الصّورّيّة بقوله : «هناك صورّيّة إذا غيرت أو نقضت مناعيل عقد ظاهر بعقد اتفق الطرفان على أن يبقى سراً بينهما»<sup>(3)</sup>، كمن يظهر بالبيع في حين أنه اتفق سراً مع معاقده على أن يتم نقل الملكية بينهما على سبيل الهبة، أو من يخفي الثمن الحقيقي في عقد بيع بغية التَّهرب من دفع معاليم التسجيل القانونية.

(1) في خصوص الصّورّيّة بوجه عام يراجع :

E. BARTIN, Théorie des contre-lettres, thèse, Paris, 1885, éd. A. DERENNE, Paris, 1885; D. BASTIAN, Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, thèse, Paris, 1929; M. DAGOT, La simulation en droit privé, thèse, Toulouse, 1967, préface de P. HEBRAUD, in Bibliothèque de droit privé, Tome 73, Paris L.G.D.J.; CHAPEAU, Les dissimulations de prix devant la législation civile, thèse, Paris, 1934; DAVID, de l'action en déclaration de simulation, thèse, Poitiers, 1921; FLAVIAN, Des contre-lettres, thèse, Paris 1929; NAUT, Effet des actes juridiques simulés, thèse, Paris, 1951; J. ROUSSEAU, Essai sur la nature juridique de la simulation, thèse, Paris, 1936.

يراجع أيضاً :

J. D. BREDIN, Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé, Rev. trim. dr. civ. 1956, p. 273 et s.; M. K. CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, thèse précitée, pp. 376 et s.; A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, ouvr. précité, n° 488 et s.

خليل جريج : في نظرية الصّورّيّة، محاضرة ألقاها بيروت في 16 ماي 1962، ق. ت. 1962، عدد 10، ص 23.

ويراجع كذلك :

J. GHIESTIN, Simulation, Rep. Dalloz, Droit civil, 1975; J. CARBONNIER, op. cit., §§ 39 et s.; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 562 et s.; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 907 et s.

عبد الرزاق الشهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 2، ص 1073 وما بعدها.

(2) محمد المالكي : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، تونس 1980، ص 241 وما بعدها.

إما بوجود العقد ذاته (I) أو بطبيعته (II) أو بشخص أحد المتعاقدين (III) أو بحل التزام أحدهما (IV).

### I - الصّورّة المتعلقة بوجود العقد

478 - وهي الحالة التي لا يكون فيها للعقد الظاهر وجود في الحقيقة ويقتصر فيها الكتب السري على التّنصيص على أن العقد الظاهر إنما هو عقد وهمي لا وجود له واقعا وقانونا. كمن يبيع شيئاً بيعا صوريّا لأحد أقربائه بغية الإضرار بحقوق ذاته<sup>(10)</sup>. ويعبر عن هذا النوع من التصرف بالصّورّة المطلقة<sup>(11)</sup>.

### II - الصّورّة المتعلقة بطبيعة العقد

479 - وهي الحالة التي يتقدّم فيها الطرفان على إخفاء نوع المعاملة وذلك بإظهارها في شكل معاملة أخرى مختلفة عنها. كأن تنقل الملكية في الظاهر على أساس البيع في حين أنها نقلت في الواقع، وباتفاق الطرفين، على سيل الهبة. ويتضمن الإنفاق السري في هذه الحالة التّنصيص على عدم دفع الثمن المذكور بالعقد الصّوري.

### III- الصّورّة المتعلقة بشخص أحد المتعاقدين

480 - ويعبر عليها أيضاً بالصّورّة بطريق التّسخير أو بالإسم المستعار<sup>(12)</sup>. والغرض منها عادة هو التغلب على مانع قانوني يحول دون إتمام صفقة معينة. كمن يريد أن يهب مالاً لشخص لا يجوز التبرع لفائدته قانوناً، فيهب المال صوريّاً لشخص آخر، ويعتهد هذا الأخير سراً بأن يتلقى الهبة من

(10) يراجع مثلاً وقائع القضية موضوع القرار التقسيمي عدد 8860، المؤرخ في 9 جانفي 1984، المنشورة في قيام الدائنين ضدّ أقرباء مدینهم بدعوى الصّورّة مدعين أنّ تقويم مدینهم في أملاكه لفائدة المدعى عليهم كان صوريّاً ولا يهدف سوى لتهريب أمواله والإضرار بالضمّان العام لدينهم (ن. م. ت. 1984، ج 1، ص 317). يراجع أيضاً القرار التقسيمي المدني عدد 830، ق. ت. 1960، عدد 5، ص 13.

(11) يراجع القرار التقسيمي عدد 8860، المؤرخ في 9 جانفي 1984 ، المذكور أعلاه، الذي وردت به عبارة الصّورّة المطلقة. وانظر أيضاً : عبد الرّزاق السنّوري، الوسيط، 2، ص 1074، عدد 610.

(12) يراجع : عبد الرّزاق السنّوري، الوسيط، 2، ص 1075، عدد 613، وانظر أيضاً : WEILL et F. TERRE, Les obligations, op. cit., n° 564, p. 579.

أولى) من المجلة المدنيّة الألمانيّة على بطلان العقد الصّوري المزيف للإشارة到 الحقيقة بقوله أن «التصرّف بارادة صورّة باطل إذا كان الطرف الموجّه له ذلك التصرّف عالماً بالصّورّة»<sup>(7)</sup>. على أنّ التجربة أثبتت ضعف هذا الحلّ الذي يؤدي إلى الأخذ بالعقد السري دون العقد الظاهر، ويعود بالتالي بالمضرة على الغير حسن النّية الذي لا يمكنه في مثل هذا النّظام الإحتجاج بالعقد الظاهر المعروف لديه والذي انبثت عليه حقوقه، في حين تجوز معارضته بالعقد السري الذي لا علم له بوجوده والذي كثيراً ما يشكّل خطراً على تلك الحقوق<sup>(8)</sup>.

476 - وما من شكّ في أنّ قساوة هذا النّظام بالنسبة للغير هي التي جعلت المشرع التونسي لسنة 1906 يعدل عنه نهائياً وذلك، بتحليله من جهة عن الفصل 28 من المشروع الأوّل للمجلة المدنيّة والتّجاريّة التونسيّة المأخوذه حرفيّاً عن الفصل 117 من المجلة الألمانيّة<sup>(9)</sup>، وبتكريسه من جهة أخرى ضمن الفصل 26 من م.أ.ع. للنّظام الفرنسي للصّورّة (الفصل 1321 من المجلة المدنيّة الفرنسيّة) الذي يبدو أكثر اتزاناً ومرونة حيث أنه يقرّ مبدأ إلزامية العقد السري بين طرفيه باعتباره يعكس إرادتهما الحقيقية، ولكنه يبقى مع ذلك على العقد الظاهر لفائدة الغير حسن النّية مراعاة لحقوقه.

## § 2 - حالات الصّورّة

477 - يقسم الشرّاح عادة الصّورّة إلى أنواع أربعة باعتبارها قد تتعلق

(7) يراجع : Codes allemands, code civil, code de commerce, traduits en français par : W. GARCIN, Editions Jupiter, Paris : Article 117 al. 1er du code civil allemand : "Est nulle toute déclaration qui, devant être adressée à une autre personne, est émise fictivement avec l'assentiment de cette dernière".

(8) انظر الدراسة التحليلية التي قام بها RIEG A. في كتابه المذكور أعلاه للصّورّة في القانون الألماني مقارناً بالقانون الفرنسي (يراجع المصادرات 495 وما بعدها، عدد 488 وما بعده).

(9) يراجع : Code civil et commercial tunisien, avant-projet discuté et adopté au rapport de M.D. SANTILLANA, Tunis 1899, Article 28 al. 1er : "La déclaration de volonté simulée, et dont la simulation est connue de l'autre partie, est nulle et non avenue".

## I - نفاذ الإتفاق السري بين الطرفين

484 - ليس للعقد الظاهر وجود ولا يعمل به فيما بين المتعاقدين وورثتهم. ولا يعتد إذن فيما بينهم إلا بالإتفاق السري. وينص على هذه القاعدة الفصل 26 من م.أ.ع. بمقولة أن «الحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكاتب السرية لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم...». ويركز معظم الشرح<sup>(16)</sup> على توافق هذا الحل مع المبادئ العامة مبين أن المكاتب السرية تعكس هنا الإرادة الحقيقة لأصحابها، وأنه ليس في اعتبارها ملزمة لهم سوى احترام لموجبات الفصل 242 من م.أ.ع. التي مفادها أن العقد «... يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين...».

على أن الأمر يكون على خلاف ذلك في صورة ما إذا نص القانون صراحة على بطلان المكاتب السرية<sup>(17)</sup>، أو إذا تبيّن أن الإتفاق السري يتضمن التزامات أو يكسب لأحد طرفيه حقوقاً متنوعة قانوناً. من ذلك أن التبرع في حق القاصر أو في حق ذات معنوية يبقى في جميع الحالات باطلاً قانوناً. ولا قدرة للأطراف على تصحيحه بمجرد التجاهم إلى الصورية وتعمدهم إخفاء العملية بإظهارها في شكل بيع. ويكتفي إذن في مثل هذه الصورة لمن تكون له مصلحة في ذلك أن يثبت الصورية وأن يكشف على حقيقة الإتفاق ليحصل

(16) يراجع A. WEILL et F. TERRE, *Les obligations*, op. cit., n° 567; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, op. cit., n° 495.

وعبد الرزاق الشهوري : الوسيط ، 2، عدد 618، ص 1082 .

(17) فرنسية المكاتب والإتفاقات ليست إذن في ذاتها سبب بطلان وهو ما يعبر عليه الشرح في فرنسا بـ«ركيزة على «حياد الصورية» من ماه التاحية» (انظر مثلاً J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., § 39, p. 159; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, 2, contrat, op. cit., n° 927; J. GHESTIN, *Simulation*, Rep. Dalloz, Droit civil, 1975, n° 29 à 33).

على أن المرسوم الفرنسي أدخل عدة استثناءات على مبدأ حياد الصورية وذلك بتنصيصه صراحة على بطلان الإتفاقات السرية الناقضة لبرود بعض العقود وذلك لأسباب تتعلق بالنظام العام تذكر من أهمها حماية صندوق الدولة من التهرب من الجباية (يراجع في هذا الموضوع : J. GHESTIN, *Simulation*, ét. précitée, n° 36 à 46; A. WEILL et F. TERRE, *Obligations*, op. cit., n° 568; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, 2, contrat, op. cit., n° 928 à 943).

واهاب ثم ينقلها إلى الموهوب له الحقيقى<sup>(18)</sup>.

## IV - الصورية المتعلقة بمحل الإلتزام

481 - وهي الحالة التي يخفي فيها الأطراف محل التزام أحدهم. ومثل ذلك عقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي تحيلاً على القانون الجنائي<sup>(19)</sup>، أو ثمناً أكبر من الثمن الحقيقي تحيلاً على أحكام الشقة<sup>(20)</sup> على أن يحتفظ الطرفاً المتعاقدان بكتب سرى مضى منها يذكر فيه الثمن على حقيقته.

## الفرع الثاني : نظام الصورية

482 - ورد بالفصل 26 من م.أ.ع. أن «الحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكاتب السرية لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم. ولا يحتاج بها على الغير ما لم يعلم بها...». ويفهم من هذا النص أن نظام الصورية في القانون التونسي يقوم على تفرقة أساسية بين الأطراف من جهة، وبين الغير من جهة أخرى. ففي حين يحدث الإتفاق السري جميع آثاره بين طرفيه (18)، فإنه لا يحتاج به على الغير (20).

## § 1 - آثار الإتفاق السري بين الأطراف

483 - يلزم الإتفاق السري الناقض للعقد طرفيه (I) شريطة إثباته (II).

(18) ويراجع على سبيل المثال أيضاً القضية موضوع الحكم المدني عدد 36 الصادر عن المحكمة الابتدائية بسوق الإرباع، والتي يدعى فيها الطالبان أن مورثهما المشتري مثباً على الشياع من عقار في حق زوجته المدعى عليها. وبما أنه دفع الثمن من ماله الخاص ولم يكن عن زوجته في تاريخ الشراء، فإن التعرض لاسم المدعى عليها بكتب الشراء كان بصفة صورية... (ق.ت. 1961، عدد 2، ص 56).

(19) يراجع مثلاً وقائع القضية موضوع القرار المدني الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 54492 المؤرخ في 27 جويلية 1962 المتصلة في رفض المدعى عليه تسليم المبيع للمشتري قائلًا أن «الثمن الحقيقي المتفق عليه هو مليون وثلاثمائة وخمسة وعشرين ألف فرنك وأنه استجاب لرغبة خصمه فرض بمحنة البيع على أن الثمن هو شاغفة ألف فرنك وذلك تخفيضاً من وطأة معاليم التقليل... إلا أن خصمه خانه وعك بالاتفاق الظاهر...» (ق.ت. 1963، عدد 6، ص 64).

(20) يراجع : عبد الرزاق الشهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، 2، ص 1075، عدد 612.

المعاقدين أو يخالفهم بصفة خاصة يعد كالغير على معنى هذا الفصل». وإذا يتوجه لحسن فهم هذا النص تحديد معنى الغير في نظرية الصورية (I)، فإنه من المهم جداً أن نبرز بعد ذلك حق الخيار الذي تقره أحكامه لفائدة الغير بين العقد السري والعقد الظاهر (II)، الأمر الذي يثير في صورة تعدد الأشخاص الثالثين الذين يهمهم العقد مشكل التعارض بين غير يتمسك بالعقد الظاهر وغير يتمسك بالعقد السري (III).

### I - صفة الغير في نظرية الصورية

487 - تعد حماية الغير حسن الركيزة الثانية التي يقوم عليها نظام الصورية إلى جانب ركيزته الأولى المتمثلة كما سبق عرضه في ضمان احترام الإرادة الحقيقة للطرفين وتغليتها على الإبرادة الظاهرة. ويترتب على ذلك أن الغير في الصورية لا يكون بالضرورة سوى الشخص الذي يجب حمايته لأنه اعتمد على العقد الصوري واعتقد عن حسن نية أنه عقد حقيقي جدير بأن يبني عليه تعامله<sup>(25)</sup>. وما من شك في أن الخلف الخاص الذي يخالف أحد طرف العقد الصوري في حق عيني على شيء معين، كالمشتري أو الموروب له أو الموصى له بعين معينة بالذات، يستحق بالدرجة الأولى حماية القانون من هاته التاحية. ولا غرابة إذن في أن يسند إليه المشرع صراحة صفة الغير في الصورية.

ولكن هل يجوز سحب الحماية التي جعلها المشرع لفائدة الخلف الخاص على الدائنين العاديين؟ فغالباً ما يكون هؤلاء الأشخاص عرضة إلى غشن بعض المدينيين ذوي التوايا السيئة الذين يعتقدون مع بعض أقربائهم بيواعات صورية بهدف تهريب أموالهم والإضرار بالضمان العام للدين غرمانهم. فهم إذن في حاجة، مثل الخلف الخاص، إلى حماية القانون. على أن المشرع قد مكثهم من القيام بالدعوى البليانية<sup>(26)</sup> المنصوص عليها بالفصل 306 من

(25) يراجع : عبد الرزاق الشهوري : الوسيط . . . ، عدد 621 ، ص 1088.

(26) الدعوى البليانية هي وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري للالتزام بما كان مصدره ومن المفترض أن تدرس في نطاق دراسة آثار الالتزام بوجه عام مما كان مصدره. وينص الفصل 306 فقرة أولى من م.أ.ع. الذي أوردها في القانون التونسي على ما يلي : «يجوز للدائنين أن يطعنوا في حق أنفسهم في المفرد التي شتمها مدينيهم بأنه تمثّلها لإضرارهم في حقوقهم تغيراً وتديلاً، لكن بدون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالبراءات».

على بطalan الهبة الخفية الصادرة عن قاصر أو عن ذات معنوية<sup>(18)</sup>.

### II - مسألة إثبات العقد السري

485 - إذا أدعى الصورية طرف وقسى بوجود كتب سريّة ناقض للعقد الظاهر الذي يربطه مبدئياً بمعاقده، فإنه عليه أن يثبت هذا الإدعاء (الفصلان 420 و 421 من م.أ.ع.). ويفتف الشرح<sup>(19)</sup> في هذا المخصوص أنَّ التوقيع<sup>(20)</sup> الواقع بتراسي الطرفين لا يمكن إثباته إلا بما يثبت به العقد الظاهر فيما بين المعاقدين<sup>(21)</sup>. فإذا عين القانون الكتابة صورة لإثبات عقد حملت على أنها معينة أيضاً لإثبات جميع التغييرات التي تحدث فيه<sup>(22)</sup>. لذلك، وعملاً بالفصلين 473 و 474 من م.أ.ع.، فإنَّ الاتفاق السري المدعى به في ثمن المبيع على كونه أرفع مقداراً مما يكتب البيع لا يمكن إثباته إلا بالكتاب<sup>(23)</sup>. ولا يكون الأمر على خلافه إلا إذا اعتبرت المحكمة في نطاق اجتهادها المطلق، وبالنظر إلى ظروف القضية وملابساتها، أنه يتعدّر على المدعى الحصول على حجة مكتوبة ثبت وجود العقد السري، فيجوز لها عندئذ قبول البيئة بالشهود (الفصل 478 من م.أ.ع.).<sup>(24)</sup>

### § 2 - آثار الاتفاق السري بالنسبة للغير

486 - جاء بالفصل 26 م.أ.ع. أنَّ «الحجج الناقضة للعقود... لا ي Hutchinson على الغير ما لم يعلم بها... وأنَّ «... من يصيّر إليه حق

(18) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, Obligations, op. cit., n° 569.

(19) يراجع : عبد الرزاق الشهوري : الوسيط . . . ، 2، عدد 629، ص 1108.

(20) إنَّ كلمة التوقيع تعني الكذب الذي يقصد به مخادعة الغير (راجع محمد الملافي : محاضرات في شرح القانون المدني ، ص 241).

(21) يراجع : قرار مدنی تعيّبي عدد 297، مورخ في 10 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، عدد 3، ص 34.

(22) يراجع : قرار مدنی صادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 27 جويلية 1962 تحت عدد 54492 ق.ت. 1963، عدد 6، ص 64.

(23) يراجع : قرار مدنی عدد 297 الصادر في 10 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، عدد 3، ص 34.

(24) يراجع حول هذه المسألة : Mohamed BAG BAG, "De la déclaration de volonté source : étude d'une théorie générale), thèse pour le doctoral d'obligation dans le C.O.C. (essai d'une théorie générale), Tunis 1994, p. 164 et 165.

المعاقدين أو يخالفهم بصفة خاصة يعدّ كالغير على معنى هذا الفصل». وإذا يتجه لحسن فهم هذا النص تحديد معنى الغير في نظرية الصورية (I)، فإنه من المهم جداً أن نبرز بعد ذلك حق الخيار الذي تقره أحكامه لفائدة الغير بين العقد السري والعقد الظاهر (II)، الأمر الذي يثير في صورة تعدد الأشخاص الثالثين الذين بهمهم العقد مشكل التعارض بين غير يتمسّك بالعقد الظاهر وغير يتمسّك بالعقد السري (III).

### I - صفة الغير في نظرية الصورية

487 - تعد حماية الغير حسن النية الركيزة الثانية التي يقوم عليها نظام الصورية إلى جانب ركيزته الأولى المتمثلة كما سبق عرضه في ضمان احترام الإرادة الحقيقة للطرفين وتغليبيها على الإرادة الظاهرة. ويتربّ على ذلك أن الغير في الصورية لا يكون بالضرورة سوى الشخص الذي تحبّ حمايته لأنّه اعتمد على العقد الصوري واعتقد عن حسن نية أنه عقد حقيقي جدير بأن يبني عليه تعامله<sup>(25)</sup>. وما من شك في أنَّ الخلف الخاص الذي يختلف أحد طرف العقد الصوري في حق عيني على شيء معين، كالمشتري أو الموهوب له أو الموصى له بعين معينة بالذات، يستحق بالدرجة الأولى حماية القانون من هاته الناحية. ولا غرابة إذن في أن يسند إليه المشرع صراحة صفة الغير في الصورية.

ولكن هل يجوز سحب الحماية التي جعلها المشرع لفائدة الخلف الخاص على الدّائنين العاديين؟ فغالباً ما يكون هؤلاء الأشخاص عرضة إلى غشن بعض المدينين ذوي التّوايا السيئة الذين يعقدون مع بعض أقربائهم بروقات صورية بهدف تهريب أموالهم والإضرار بالضمان العام ل الدين غراماتهم. فهم إذن في حاجة، مثل الخلف الخاص، إلى حماية القانون. على أنَّ المشرع قد مكتّنهم من القيام بالدعوى البليانية<sup>(26)</sup> المتّصوص عليها بالفصل 306 من

(25) يراجع : عبد الرّازق الشهوري : الوسيط . . . . . ، 2، عدد 6/21، ص 1088.

(26) الدّعوى البليانية هي وسيلة من وسائل التنفيذ الجيري للالتزام بما كان مصدره ومن المفترض أن تدرس في نطاق دراسة آثار الالتزام بوجه عامًّا، فيما كان مصدره. ويذكر الفصل 306 فقرة أولى من م.أ.ع. الذي أوردها في القانون التونسي على ما يلي : «يجوز للدائنين أن يطعنوا في حق انتظامهم في العقد التي تمّها مدينهما بأنه تمّها لإضرارهما في حقوقهما تغيراً وتسلباً، لكن بدون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالبراءات».

على بطalan الهبة الخفية الصادرة عن قاصر أو عن ذات معنوية<sup>(18)</sup>.

### II - مسألة إثبات العقد السري

485 - إذا أدعى الصورية طرف وتمسّك بوجود كتب سريّة ناقض للعقد الظاهر الذي يربطه مبدئياً بمعاقده، فإنه عليه أن يثبت هذا الإدعاء (الفصلان 420 و 421 من م.أ.ع.). ويتفق الشرح<sup>(19)</sup> في هذا المخصوص أنَّ التوليب<sup>(20)</sup> الواقع بتراسي الطرفين لا يمكن إثباته إلا بما يثبت به العقد الظاهر فيما بين المتعاقدين<sup>(21)</sup>. فإذا عين القانون الكتابة صورة لإثبات عقد حملت على أنها معينة أيضاً لإثبات جميع التغييرات التي تحدث فيه<sup>(22)</sup>. لذلك، وعملاً بالفصلين 473 و 474 من م.أ.ع.، فإنَّ الاتفاق السري المدعى به في ثمن المبيع على كونه أرفع مقداراً مما يكتب البيع لا يمكن إثباته إلا بالكتاب<sup>(23)</sup>. ولا يكون الأمر على خلافه إلا إذا اعتبرت المحكمة في نطاق اجتهادها المطلق، وبالنظر إلى ظروف القضية وملابساتها، أنه يتعذر على المدعى الحصول على حجة مكتوبة تثبت وجود العقد السري، فيجوز لها عندئذ قبول البيئة بالشهود (الفصل 478 من م.أ.ع.)<sup>(24)</sup>.

### § 2 - آثار الاتفاق السري بالنسبة للغير

486 - جاء بالفصل 26 م.أ.ع. أنَّ «الحجج الناقضة للعقود . . . لا يتحجّ بها على الغير ما لم يعلم بها . . . » وأنَّ « . . . من يصيّر إليه حق

(18) يراجع : WEILL et F. TERRE, Obligations, op. cit., n° 569.

(19) يراجع : عبد الرّازق الشهوري : الوسيط . . . . . ، 2، عدد 6/29، ص 1108.

(20) إنَّ كلمة التوليب تعني الكلب الذي يقصد به مخادعة الغير (يراجع محمد الملاقي : محاضرات في شرح القانون المدني ، ص 241).

(21) يراجع : قرار مدني تعقيبي عدد 297، مؤرخ في 10 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، عدد 3، ص 34.

(22) يراجع : قرار مدني صادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 27 جويلية 1962 تحت عدد 54492.

ق.ت. 1963، عدد 6، ص 64.

(23) يراجع : قرار مدني عدد 297 الصادر في 10 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، عدد 3، ص 34.

(24) يراجع حول هذه المسألة : Mohamed BAG BAG, "De la déclaration de volonté source : étude d'obligation dans le C.O.C. (essai d'une théorie générale)", thèse pour le doctoral d'Etat en droit privé, dactyl., Tunis 1994, p. 164 et 165.

سوف تتولى عرضها أسلفه، إلا إذا كان عن حسن نية. وهو ما قصده المشرع لما نصّ على أنَّ الحجج الناقضة للعقود لا يُحتاجُ بها على الغير «ما لم يعلم بها». وبما أنَّ الأصل في الإنسان الإستقامة وسلامة النية (الفصل 558 من م.أ.ع.)، فإنَّ الغير محمول على جهله للحقيقة وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يثبتها.

## II - حقَّ الغير في الخيار بين العقد السري والعقد الظاهر

488 - يتطرق الشرح<sup>(30)</sup> على أنه يحقُّ للغیر في صورة وجود عقد صوري ظاهر وعقد حقيقي سري أن يتمسّك، بحسب مصلحته، إما بالعقد الظاهر (أ) أو بالعقد السري (ب).

### أ - حقَّ التمسك بالعقد الظاهر

489 - وينصُّ عليه صراحة الفصل 26 بمقدمة أنه لا يُحتاجُ على الغير بالحجج الناقضة للعقود وغيرها من المكاتب السرية. فمن حقَّ الغير إذن أن يتمسّك بالعقد الظاهر إذا انبثت عليه حقوقه وأن يتجاهل الكتب السرية الذي يعدُّ في هذه الصورة غير نافذ في حقه. ويلاحظ الشرح أنَّ تكين الغير من التمسك بالعقد الظاهر هو استثناء للقواعد العامة يتضمنه مبدأ استقرار التعامل وتفرضه حماية مصالح الغير حسن النية. أمّا إذا اقتضت مصالح الغير عدم التمسك بالعقد الظاهر فلا مانع من ذلك طالما أنَّ هذا العقد لا يعكس إرادة طرفيه وليس له إذن أيَّ وجود حقيقي<sup>(31)</sup>.

### ب - حقَّ التمسك بالعقد السري

490 - يمنع الفصل 26 من م.أ.ع. الأطراف من الإحتجاج بالعقد السري ضدَّ الغير حسن النية (لا يُحتاجُ بها على الغير). ولكنه لا يمنع هذا الأخير من الإحتجاج بهذا العقد إذا اقتضت مصلحته ذلك. ففي صورة اتفاق

(30) يراجع عبد الرزاق السنهوري : الوسيط . . . . . ، 2، عدد 622 و 633 ، ص 1096 و 1103 . M. K. CHARFEDDINE, ouvr. précité, p. 389; WEILL et TERRE, op. cit., n° 573, p. 589; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 944.

(31) يراجع : عبد الرزاق السنهوري : الوسيط . . . . . ، 2، عدد 623 ، ص 1099 .

م.أ.ع. ومن الطعن على ذلك الأساس في حقِّ أنفسهم في هاته العقود بشرط إثبات نية الإضرار بهم تغريراً وتديلاً. وقد اعتبرت محكمة الإستئناف بصفاقس أنه لا يحقُّ للدَّائنين، والحالَة تلَكَّ، القيام على أساس الصورية، وعليهم اتباع طريقة الدَّعوى البليانية. فنقضت محكمة التَّعْقِيب هذا القرار في 9 جانفي 1984<sup>(27)</sup> معللة حكمها بمقدمة أنه «من المسلم به قانوناً وفقاً لما أقرَّه الفصل 26 مدني والمبادئ العامة الواردة بهذا القانون... أنه حماية للدائنين من تأليج وغضَّ بعض المدينين ذوي التوايا السيئة بهدف تهريب أموالهم والإضرار بالضمَّان العام لدين غرامتهم، يكون لهؤلاء الحق في رفع الدَّعوى الصورية طعناً في عقود التقويم التي يبرمها مدينهم تحابلاً وإضراراً بضمانهم العام...» . ويعكس هذا القرار المبدئي بدون شكَّ الحلول المعول بها في العديد من التشريعات الأجنبية<sup>(28)</sup>. ولكنه يبدو مخالفًا لأحكام الفصل 26 م.أ.ع. التي يغلب الظنُّ في خصوصيتها على أنها وردت على سبيل المحرر لما اعترفت للخلف الخاص وحده دون غيره من الأشخاص بصفة الغير<sup>(29)</sup>. على أنَّ الخلف الخاص لا يتمتع بالحماية القانونية الواردة بالفصل 26 م.أ.ع. ، والتي

(27) قرار تعقيبي مدني عدد 8860، مؤرخ في 9 جانفي 1984، ن.م.ت. 1984، I، ص 317.

(28) يراجع خاصة القانون المصري عبد الرزاق السنهوري : الوسيط . . . . . ، 2، عدد 621 ، ص 1094 والقانون السويسري (يراجع : P. GAUCH, W. R. SCHLUEP et P. TERCIER, Partie : générale du droit des obligations, tome 1, 2ème éd., n° 700).

والقانون الفرنسي : (يراجع : A. WEILL et F. TERRE, Les obligations, op. cit., n° 572).

(29) وقد لا يجوز تفسير سكتوت المشرع في خصوص الدائن المادي بمجرد التهور، كما لا يمكن ترك المجال إلى فقه القضاء ليحدد مفهوم الغير في الصورية بعد أن تكفل المشرع صراحة بهذه المهمة خلافاً لما هو الشأن في القانون الفرنسي. وتحمل هذه الإعتبارات على الإعتقداد أنَّ ما ذُكرت إليه محكمة الإستئناف بصفاقس أقرب إلى القانون ولائيَّة المشرع من الاتجاه الذي ثبَّتته محكمة التَّعْقِيب لما نقضت قرار المحكمة الإستئنافية المذكورة. بقي أنَّ موقف محكمة التَّعْقِيب يثير بالرأفة وقد يستند إلى الإنصاف أكثر منه إلى القانون علمًا أنَّ شروط الدَّعوى البليانية قاسية على الدائن وقد يصعب عليه الإستجابة لها مما يقلص من قدرتها الحماية بالمقارنة مع دعوى التَّصريح بالصورية (في خصوص المقارنة بين الدَّعويين يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n° 885 و عبد الرزاق السنهوري : الوسيط . . . . . ، 2، عدد 36 وما بعده، ص 1116 إلى 1121 ، وانظر في خصوص شروط الدَّعوى البليانية في القانون التونسي البشير زهرة : حول الدَّعوى البليانية، تعلق على القرار الإستئنافي عدد 70627، ق.ت. 1988، عدد 445، ص 285 . محمد الملقي : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 285 وما بعدها. وانظر أيضًا : M.K. CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, ouvr. précité, pp. 346 et s.).

فتمسّك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسّك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين<sup>(34)</sup>. وما من شك في أن الإعتبارات المتعلقة باستقرار التعامل هي التي أملت هذا الحل على الشّرع المصري. وقد تأسّس حولها أيضا موقف الفقه<sup>(35)</sup> وفقه القضاء<sup>(36)</sup> الحديثين بفرنسا. أما في تونس، فالرغم من أن المسألة لم تر بعد، على ما يبدو، أمام المحاكم، فإن بعض الشرائح تبني صراحة الحل القضائي بإعطاء الأفضلية لمن تمسّك بالعقد الظاهر<sup>(37)</sup>.

طفي عقد توسيع مثلا على التّرفيع سراً في معين الكراء الأصلي فإن مصلحة المشتري الذي تصرير إليه حقوق المالك المسوغ تقضي أن يتحقق بالترفع المتفق عليه سراً. ويتفق الشرائح<sup>(38)</sup> على كون القانون لا يمنع ذلك لأنّ الأصل كما رأينا هو أن يعتد بالاتفاق السري باعتباره الإنفاق الحقيقي الوحيد. أما العقد الظاهر فالتمسّك به من قبل الاستثناء. ولا يجوز بالتالي التوسيع في نطاق نفاذ خاصّة لما يقول هذا الحل إلى الإضرار بمصالح الغير وهو عكس ما يرمي إليه المشرع.

وبينجي على الغير الذي يريد الاحتجاج بالكتب السريّ أن يقوم بدعوى في التصريح بالصورية. وعليه أن يثبت الكتب السريّ. ويجوز له ذلك بجميع وسائل الإثبات القانونية ومن ضمنها القرائن وشهادة الشهود. ذلك أن تصرف طفي العقد بعد تجاه الغير مجرد واقعة مادية تخضع لقاعدة حرية الإثبات<sup>(39)</sup>، فضلا عن كونه يعد من قبل التلويح الذي يمكن إثباته بجميع وسائل الإثبات. وهو الحل الذي يقره صراحة الفصل 444 من م. ا. ع.<sup>(40)</sup>

### III - صورة التعارض بين غير يتمسّك بالعقد الظاهر وغير يتمسّك بالعقد السري

491 - بما أنه يحق للغير أن يتمسّك بحسب مصلحته بالعقد الظاهر أو بالعقد السري، فإن التنازع فيما بين الأشخاص الثالثين يمكن في صورة تعددهم لتعارض المصلحة. فإذا فرضنا بعضا صوريا يكون لكل من طرفه دائن، فبديهي أن مصلحة دائن البائع هي التمسّك بالعقد السري في حين تكون مصلحة دائن المشتري في التمسّك بالعقد الظاهر. فبأي العقدين يؤخذ؟ لقد لازم الشّرع التونسي الصمت حول هذه المسألة وذلك على خلاف نظيره المصري الذي أورد بالفقرة الثانية من المادة 244 قانون مدني أنه «إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن

(34) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 575; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, 1er vol., par F. CHABAS, n° 824; MARTY et RAYNAUD, op. cit., II, n° 281.

(35) يراجع : J. CARBONNIER, op. cit., § 40, p. 164. ولكن راجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 575. في خصوص تطور فقه قضاة محكمة التقبّل الفرنسية في هذه المادة :

(36) يراجع : Mohamed Kamel CHARFEDDINE, ouvr. précité, pp. 393 et 394.

(37) يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n° 573; CHARFEDDINE, ouvr. précité, pp. 390 et 391; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 947 et s.

(38) يراجع : عبد الرزاق الشهوري : الوسيط ..., 2، عدد 1111، 630، من 1111. محمد كمال CHARFEDDINE, ouvr. précité, p. 393.

(39) يراجع : Mohamed BAG BAG, thèse précitée, p. 164 et 165.

# فهرس أبجدي

تحيل الأسماء إلى أرقام الفترات  
لا إلى المتنحات

- ١ -

- |                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|---------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| — الورثة : 266 - 248<br>248 - 101 - 99 - 93<br>264 - 263 - 260                        | — إبطال : أنظر بطلان<br>— إتفاق (أو إتفاقات) :<br>— إبتدائي : 152<br>— تعريف : 33<br>— تمهيدية : 121 - 146 وما بعده<br>— جزئية : 149<br>— سري : أنظر عقد سري<br>— على تركات مستقبلة : 216<br>— متعلقة بالتعويض : 386 - 377 وما بعده<br>— بالعقد الظاهر : 475<br>— الغير بالعقد : 427 |
| — أدى مناسب : 130<br>— لقبول الإيجاب : 133<br>— لوصول الإيجاب : 139<br>— للوفاء : 383 | — إختبال : 155<br>— أخلاق : 475 - 334<br>— حميدة : 10 - 194 - 198 وما بعده، 224 - 228 - 233 وما بعده، 462 - 299 - 278 - 276 - 269 - 240                                                                                                                                              |
| — أداء — أداءات : 194 - 77 - 14 - 1<br>231 - 225 - 229 - 195<br>— دورية : 79          | — إثارة : أنظر رجمية<br>— إرراء بلا سبب (أو غير مشروع) : 303 - 31 - 28 - 25 - 5 - 2<br>— إجازة : أنظر كذلك إمضاء<br>— تصرف صادر في مرض موت : 185<br>— العقد الباطل : 255<br>— لاحقة : 440<br>— المالك : 248                                                                          |

— معنوي : 185  
— مكونات (ال...) : 184 - 185  
— إلزام — إلتزامات  
— بأجل : 379 وما بعده  
— بأجر : 365  
— إحالة (ال...) : 33  
— أخلاقي (أدبي) : 10 - 9  
385  
— بأداء مقدار مالي : 382 - 385  
— إرادي : 24 - 31  
— إرادي منفرد : 132  
310 - 307 - 306 - 304  
— أصلي : 211 - 195 - 17 - 16 - 15  
— بإعطاء : 361 -  
19 - 16 - 11 : بامتناع عن عمل  
458 - 361 - 195 -  
34 - 33 : إنشاء (ال...) :  
— إنقراض (ال...) : 373  
— أنواع (ال...) : 15 - 7  
— يبذل عنابة : 18 - 357 وما  
بعدة  
— نابع : 310 - 307  
— بتحقيق نتيجة (أو غاية) : 18  
358 - وما بعده، 431 - 463 - 472 -  
— ترتيب (ال...) : 7 - 15 وما  
بعدة.  
— بالتسليم : 17  
— بالتعاقد : 148  
310 : تعديل (ال...)

— ضئني : 439 - 432 - 431  
— نفس (ال...) : 455 - 453 وما  
بعده  
— أصل : 104 وما بعده، 115 إلى  
120  
— إرادة (ال...) : 112 - 109  
— أهمية (ال...) : 109 - 106 -  
107  
— هوية (ال...) : 203 -  
— أعضاء بشرية (أنجد وزرع) :  
204 -  
— إقتصاد  
— السوق : 50 - 49  
— موجه : 50 - 49 - 43  
— وطني : 52 - 50  
— إقرار : أنظر إمضاء  
— إكراه : 184 - 174 - 157 - 156 وما  
بعدة، 291 - 283 - 268 - 243  
— إثبات : 185  
— من أحد التعاقدين : 187  
— جنحة (ال...) : 189  
— حاسم : 190 - 186 -  
— على سبب التصرف : 189  
— من شخص ثالث : 188 - 187  
— شروط (ال...) : 186 وما بعده  
— عدم مشروعية (ال...) : 191 وما  
بعدة  
— متولد عن حالة الضرورة : 189  
— مادي : 185

— نسبة : 372  
— وقته : 373  
— استحالة الترّفع : أنظر عدم إمكان  
الترّفع  
— استحالة الدفع : 371  
— استحالة المثل : 211 - 136 وما  
بعدة  
— أنواع (ال...) : 217 وما بعده  
— زمن (ال...) : 212 وما بعده  
— طبيعية : 219  
— غير قصدية : 221  
— قانونية : 220  
— قصدية : 221  
— مادية : أنظر طبيعية  
— مطلقة : 218  
— نسبة : 218  
— إسترداد ما وقع دفعه : 294 - 10 -  
183  
— إستلال : 84  
— إسقاط : 480 - 107  
— إشتراط الأولية : 148  
— إشتراط لصلاحة الغير : 24 - 13 -  
429 - 428 - 403  
— آثار : 447 وما بعده  
— التطور التاريخي (ال...) : 434  
— وما بعده  
— تفتيذ : 463 - 449 - 451 - 454 -  
— شروط : 437 وما بعده  
— مطلقة : 372

— مستمرة : 79  
— إرادة  
— أبعاد (ال...) : 34 - 33  
48 - 35 : أساس العقد (ال...) :  
— الأصيل : 108  
— إنعدام (ال...) : 154 وما بعده  
167 - 157 -  
— حرّة : 47 - 36  
— حقيقة - باطنـة : 61 وما بعده  
— حرّة : 47 - 36 -  
— حقيقة باطنـة : 61 وما بعده  
487 - 484 - 476 - 475 - 337 - 158 - 70  
— دور (ال...) : 39 - 31  
— سلطان (أنظر ذلك)  
— ظاهرة : 61 - 63 وما بعده،  
487 - 475 - 158  
— مدلول (ال...) : 58 وما بعده  
— مشتركة : 71 - 70 - 63 - 62 -  
337 - 323 -  
— معيار العقد (ال...) : 58 - 48  
— 406 - 153 -  
— مفترضة : 362 - 130 - 28 -  
416 - 410 -  
— قيد (ال...) : 52 :  
— النائب : 108  
— استحالة التفتيذ : 321 - 213 -  
388 - 397 - 373  
— مطلقة :

<ul style="list-style-type: none"> <li>— الصنف المميز : 99</li> <li>— عوارض (...) : 95</li> <li>— الوجوب : 84</li> <li>— أوراق تجارية : 222</li> <li>— إيجاب : 24 - 41 - 123 وما بعده.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— رجوع في (...) : 131 - 130</li> <li>— سقوط (...) : 138 - 136 - 133</li> <li>— لائئب : 131 - 129 -</li> <li>— مجرد : 129 وما بعده</li> <li>— بمراسلة : 138 - 137</li> <li>— مقيد بأجل : 133 - 128 - 24 - 151</li> <li>— واجب الإبقاء على (...) : 132</li> </ul>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## — ب —

<ul style="list-style-type: none"> <li>— العقد الموقوف (وال...) : 245</li> <li>— كامل العقد (أو الالتزام) : 296</li> <li>— 313 - 312 - 310 - 307 - 297</li> <li>— «لا بطلان بدون نعم» : 161 - 161</li> <li>— بطلان بدون نعم : 258 - 257</li> <li>— مطلق : 84 - 185 - 161 - 214 - 250 إلى 239</li> <li>— 270 - 273 - 272 إلى 294</li> <li>— نسيي : 161 - 243 - 250 إلى 272</li> <li>— 261 - 263 - 265 إلى 268</li> <li>— 278 - 282 - 285 - 287</li> <li>— نظرية البطلان : 239 وما بعده</li> <li>— نظرية تقليدية : 251 - 252 - 256 إلى 258</li> <li>— نظرية (...) في القانون التونسي : 256 وما بعده</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— باعث على التعاقد : 235</li> <li>— بطلان : 239 وما بعده</li> <li>— آثار (...) : 255 - 295 وما بعده</li> <li>— أثر رجمي (...) : أنظررجعية</li> <li>— إضاء : أنظر ذلك</li> <li>— إنقراض حق القيام (بال...) : 280 وما بعده</li> <li>— تقادم دعاوى (...) : 286 وما بعده</li> <li>— جزئي (أو بعض الالتزام) : 297</li> <li>— 298 - 304 - 299 - 299 وما بعده</li> <li>— حق القيام بدعوى (...) : 271 وما بعده</li> <li>— الفسخ (وال...) : 243</li> <li>— عدم التنفيذ (وال...) : 244</li> </ul>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<ul style="list-style-type: none"> <li>— إلزامية العقد : أنظر قوة ملزمة</li> <li>— أمانة : 5 - 130 - 131 - 322 - 322 وما بعده : 474 - 402</li> <li>— أمر طاريء : 369 - 355 - 334 وما بعده : 474 - 402</li> <li>— آثار (...) : 373</li> <li>— عناصر (...) : 370 وما بعده</li> <li>— إعطاء العقد : 280 - 281 وما بعده</li> <li>— آثار : 285</li> <li>— شروط : 284 - 283</li> <li>— إنناص العقد : 308 - 307 - 306 - 306 وما بعده</li> <li>— إنذار المدين : أنظر سؤال</li> <li>— إنشاء عقد : أنظر تكوين</li> <li>— إنصاف : 5 - 40 - 42 - 42 - 69 - 69 وما بعده : 317 - 317 - 363 - 348 - 332 - 293 - 253 إلى 251</li> <li>— إنعدام : 251 إلى 251 - 28 - 14 - 10 - 9 - 2 - 207</li> <li>— أهمية : 24 - 46 - 46 - 83 وما بعده</li> <li>— 250 - 248</li> <li>— الأداء : 85 إلى 101 - 261 وما بعده : 460</li> <li>— الأصل : 109</li> <li>— إنعدام (...) : 261 - 86</li> <li>— 461 - 460</li> <li>— تعريف (...) : 83</li> <li>— تقيد (...) : 86 - 84</li> <li>— ضعيف العقل : 99 - 98</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— دينية : 9</li> <li>— بدون أجر : 365</li> <li>— بدون أجل : 383 - 379</li> <li>— بضمان السلامة : 360 - 348</li> <li>— 431 - 364 - 363 - 362 - 362 - 357 - 18</li> <li>— طبيعي : 24 - 10</li> <li>— عقدي : 132 - 41 - 24</li> <li>— بعدم مناسبة : 418 - 19</li> <li>— بعمل : 195 - 152 - 18 - 17 - 11</li> <li>— 463 - 462 - 458 - 361 - 211</li> <li>— قانوني : 132 - 131 - 14 - 9</li> <li>— لا إرادية : 31</li> <li>— لاحقة : 299</li> <li>— متبادلة : 231 - 48</li> <li>— محترى (...) : 361 - 360</li> <li>— محل (...) : أنظر محل</li> <li>— مدنى : 2 - 224</li> <li>— مرهق : 337</li> <li>— مسبب : 224</li> <li>— مستحيل : أنظر إستحالة</li> <li>المحل</li> <li>— مصادر (...) : 15 - 20 - 20 وما بعده</li> <li>— مفهوم (...) : 8 وما بعده</li> <li>— ناقص : 10 - 9</li> </ul>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

- بالثانية : أنظر نهاية 97 - 91
- بواسطة : 145 - 108
- تعالّق في حق الفير : 428 - 117 - 156 - 28 - 5
- وما بعده : 457
- آثار (...) : 467 وما بعده
- أحکام (...) : 461 إلى 466
- تعريف (...) : 458 وما بعده
- تعديل : أنظر مراجعة تعالّق 5 - 337 - 193 - 130
- تعليق العقد (أو توقيف) : 392 - 388 - 373
- تعهد أحادي : أنظر تعرّف
- تعهد عن الفير : 428 - 457 وما بعده
- آثار (...) : 467 وما بعده
- أحکام (...) : 461 وما بعده
- تعريف (...) : 458 وما بعده
- مضمون (...) : 463
- نطاق (...) : 462
- تعريض : 174 - 131 - 130 - 28 - 5
- 365 - 181 - 204 - 350 وما بعده 363
- 439 - 432 - 431 - 427 - 425 - 472 - 471 - 465 - 451
- تعين المحل : أنظر محل تهير : 164 - 157 - 156 - 28 - 5

- من قبيل الضّرر المحض : 93 - 263 - 260
- من قبيل التّفع المحض : 93 - 263 - 260
- الجنون : 264 - 97
- المحجور : 99 - 84
- مسبيّة : 229 - 223
- المريض في مرض الموت : 185 - 155
- تصريح — تصريحات
- إختيارية : 24 - 22 - 21 - 204
- بالإرادتين : 153
- بالحجر : 155
- بالرّضا : 96
- صادر من إرادة منفردة : 24
- تعاطف : 6
- تعاقد
- إيجاري : 53
- «أساس التعاقد» : 338
- تحريم (...) : 203 - 38 - 37 - 6
- حرمة (...) : 133 - 104 - 86 - 84 - 75 - 63 - 31
- قانوني آحادي (أو تعهد...) أو صادر من جانب واحد : 22 - 13 - 151 - 130 إلى 133
- 475 - 462 - 433 - 416 - 387 - 386 - 340
- بدون إثابة : 457
- بين حاضرين : 138 - 131 - 108
- بين غائبين : 130 - 121 - 108
- وما بعده : 136
- التّائب مع نفسه : 116

- مرتدين : 424
- المدعوم : 214
- ملك الغير : 248 - 220
- بند مراجعة : 339
- سمع
- صوري : 487
- عقاري : 259 - 74
- ت —
- تأشير : أنظر قانون
- تصدق : 251 - 117 - 104 - 84
- 468 - 282 - 266 - 255 - 254
- تهدى بضمّان (...) : 459 إلى 472 - 471 - 463
- أثر (...) : 470
- شكل (...) : 469
- ضمّني : 288
- عدم (...) : 471 وما بعده
- تصرف — تصريحات
- إرادي : 222
- قانوني : 2 - 20 - 29 إلى
- تحمل تبعه : 402 - 388
- تحول الالتزام : 314 - 297 وما بعده
- تخطيط إشتراكي : 50
- تدليس : أنظر تغريب
- ترجيح
- الولي أو المقدم : 85
- ترشيد الصّفّر : 94
- ترّكات مستقبلة : 269 - 216 - 214
- تسلل عقد : 425

<p>— توليج : أنظر عقد سري</p> <p>— نوكيل : 458 - 457</p> <p style="text-align: center;">— ث —</p> <p>— ج من : أنظر محل</p> <p>— جسم الإنسان : 203</p> <p>— جمجمة : 32 - 31 - 28 - 26</p> <p>— شبه جمجمة : أنظر ذلك</p>
<p>— جنسية : 207</p> <p>— جنون : 96 - 95</p> <p>— منقطع : 155 - 96</p> <p>— مطبق : 96</p> <p style="text-align: center;">— ح —</p> <p>— حق</p> <p>— الأفضلية : 11</p> <p>— البقاء : 56</p> <p>— التبع : 11</p> <p>— التقويم في الملكية : 53</p> <p>— حبس المال : 389 و ما بعده</p> <p>— الخيار (بين عقد سري وعقد ظاهر) : 488 و ما بعده</p> <p>— الرجوع في الإيجاب : 131</p> <p>— شخصي : 48 - 46 - 13 - 11 - 1</p> <p>— عيني : 390 - 53 - 17 - 13 - 11</p> <p>— إلى إليني : 487 - 425 - 423 - 413</p> <p>— مباشر : 439 - 435 - 434 - 430</p>
<p>— جمع — جمجمة : 189 - 180 - 175 - 156</p> <p>— شهادة : 301</p> <p>— حادث — حوادث مرور : 14 - 6</p> <p>— 439 - 431</p> <p>— حالة ضرورة : 189</p> <p>— حاكم : أنظر قاضي</p> <p>— حجمع ناقصة للعفرد : أنظر عقود سريّة</p> <p>— حجر : 83 و ما بعده، 96 - 98 إلى 283 - 261 - 260 - 155 - 101</p> <p>— حدث قانوني : 32 - 31 - 29 - 20</p> <p>— حرمة جسدية : 204 - 203</p> <p>— حسن النية : 72 - 71 - 63 - 40 - 5</p> <p>— 322 - 313 - 303 - 301 - 188 - 115 - 109</p> <p>— وما بعده، 487 - 391 - 338 - 336</p>

— تفسير العقود : 73 وما بعده 173

— تكافل الالتزامات : 156 - 183

460 - 394 - 338 - 337 - 229 - 224

— تكهن العقود : 81 - 81 وما 180

بعد، 156 - 156 - 224 - 213 - 167 - 277

463 - 337 -

— تكيف العقود : 55 - 55 - 133 - 72

364 - 314 - 228

— رقابة محكمة التعقب 188

على : 72

— تميز : 86 - 86 - 155 - 154 - 95 - 87

— إنعدام (ال...) : 155

— فقدان (ال...) : 267

— تفليذ (أو وفاء) : 9 - وما بعده، 37

- 37 - 470 - 388 - 320 - 227 - 213

— أجل (ال...) : 213

— إستحالة (ال...) : أنظر ذلك

— الإلتزام الأحادي : 24

— إمتناع عن (ال...) : 156

— تأخير في (ال...) : أنظر

مساءلة

— جبri — جبر على (ال...) —

أو غصب : 10 - 338 - 350 - 398 - 448

— جزئي : 398

— عدم (ال...) : أنظر ذلك

— عيني : 321 - 351 - 350

338 - 337 - 333 - مرهق للمدين : 352

— بمقابل : 350 إلى 352

420 - 291 - 243 - وما بعده، 173

— إثبات (ال...) : 174

— من أحد المتعاقدين : 181

— أصلى : 188

— وإكراه : 181

— حاسم : 180 - 175 - جنحة (ال...) : 188

— من شخص ثالث : 182

— شرط الغرين : 181

— عارض : 174

— وغلط : 178 - مذموم (غير مشروع) : 179

— مفترض : 179

— تفسير العقود : 59 - 58 وما بعده

— تحريف : أنظر ذلك

— جدوى (ال...) : 60 إلى 64

— حالات (ال...) : 68

— رقابة محكمة التعقب على (ال...) : 72

— شرط قبول (ال...) : 66 إلى 68

— نظرية ذاتية : 60 إلى 62

— نظرية موضوعية : 64 - 63

— وسائل (ال...) : 61

— تفسير القانون : 67

— تدوير

— مجاناً : 10

— في ملك الغير : 220

— في ملك القاصر : 459

— منحرفة : 420  
— ناشئة عن تعمير الذمة : 293  
— دعوة للتفاوض : أنظر إيجاب  
— دفع  
— بالبطلان : 289 - 288  
— بعدم التنفيذ : 389 - 388 - 227  
— وما بعده  
— ما لا يلزم (أو غير المستحق) : 31 - 28 - 25  
— دولة  
— تدخل (...) : 50 - 43  
— حقوق (...) : 201  
— دور (...) الحمايى : 50  
— سيادة (...) : 201  
— ملك (...) العام : 201

## — ذ —

— حرمة (...) : 203 - 202  
— ذات معنوية : 484 - 116 - 87  
— ذاتية آثار الالتزام : 435 - 434

## — ر —

— البطلان : 304  
— التصديق : 470  
— الحق المباشر : 456  
— الفسخ : 401 - 393 - 79  
— نسبة (...) أو استثناءاتها  
• في البطلان : 298 وما بعده

— دعوى  
— الإبطال : 167  
— آسترداد ما دفع : 294 - 222 - 226 إلى 181 - 168 - 167 -  
— البطلان المطلق : 272 وما  
بعده  
— البطلان النسي : 250 - 272 وما  
بعده  
— بلائية : 487 - 454 - 424 - 420 - 424 - 420  
— التصریح بالصّریح : 490 - 487  
— في تنفیذ الإشتراط : 449  
— شخصیة : 293  
— عینیة : 293  
— مباشرة : 439 - 420

— رابطة  
— شخصیة : 8 - 11 وما بعده -  
24  
— قانونیة : 40 - 33 - 23 - 14 - 9 - 8 -  
— مالية : 14 - 11 - 8  
— رجعية

— حماية الصحة : 206  
— حواله  
— البحث : 13 - 12 - 13 - 12 -  
— الذين  
178 - 177 - 174 - حيلة : 431 - 181 - 179  
— حيل — حيلة : 207 - 202

## — خ —

— مفروض : 358  
— يسير : 365  
— خطير  
— المترف : 335  
— هلاك الشيء : 460 - 402  
— خلف — خلفاء : 408 - 405 وما  
بعده  
— خاص : 408 - 407 - 277 - 274 - 411  
— عام : 409 - 408 - 407 - 408 وما  
بعده - 454 - 420 -  
— خوف متربّع عن الحياة : 185  
— خيار  
— المجلس : أنظر مجلس العقد  
— بين عقد سري وعقد ظاهر :  
أنظر حق  
— الغير : 375  
— فاجش : 386  
— المتضرر : 364 - 360  
— المدين : 384 - 372 - 338

## — د —

— دائم — دائمون : 420 - 405 - 362 - 376 - 368  
— دافع على التعاقد : 163 - 158 - 487 - 424 -

— سبب أجيبي : 360 - 358 - 355	— سبب أجيبي : 360 - 358 - 355
— سلف : 409 إلى 418	— سلف : 368 - 364 وما بعده
— سلوك الرجل العادي : 357	— سبب متوج : أنظر نظرية (...) (...)
— سن الرشد : 93 - 92	— سفه : 101 - 95
— سوء نية : 487 - 385 - 156 - 109	— سفيه : 265 - 101
— سياسة	— سقوط دين : 10
— إجتماعية : 51	— سكر : 157 - 155
— الاقتصاد الموجه : 43	— سكوت : 469 - 178 - 135
— اقتصادية : 51	— سلطان الإرادة : 35 - 34 - 24 - 6
— تشريعية : 57 - 49 - 47	— تزور ما بعده، 44 - 46 إلى 51
— الحكومة : 40	— شهادة (ال...) : 130 - 74 - 51

## — ش —

469	— شبه جنحة : 32 - 31 - 28 - 27 - 21
— صحة (...) : 239 - 222 - 82	— شبه عقد : 32 - 28 - 25 - 21
— 438 - 254 - 253 - 251 - 243 - 240	— شخصية قانونية : 266 - 84
— ضمني : 337 - 334	— شرط — شروط
— عدم تغير الظروف الاقتصادية : 334	— انعقاد العقد : 253 - 136
— فاسد : 247	— أولية : 149
— فسخ : 393 - 332 - 307	— باطل : 310
— مألوفة : 347	— تحكيم : 307
— متعلقة بالنظام العام : 254 - 253	— تفريضي (جزائي) : 307 - 229
— مجحفة : 229	— 434 - 387 - 371 - 334
— هارتشيب : 148	— تكوين العقد : 81 وما بعده
— شكل : 224 - 204 - 156 - 62 - 53	— 254 - 239 - 227
— 278 - 250	— جزائي-تفقلي : 321
— شكلية — شكليات : 156 - 41 - 40	— جوهريّة : 181
	— شكلية : 127 - 124 - 40 - 38

100 - 96 - 86 : فساد (...) : 100 - 96 - 86	— في الفسخ : 401
— المريض : 157 - 155	— رخصة إدارة : 240 - 152 - 150
— المستهلك : 57	— رضاء : 5 - 102 - 63 - 48 - 40 - 24
— مصدر (...) : 103 - 102	— وما بعده، 251 - 243 - 229 - 204
— وما بعده : 103 - 102	— إنعدام (...) : 185 - 161 - 267 - 258
— رضائة : 167 - 156 - 41 - 40 - 38	— سلامة (...) : 153 - 102 وما بعده
— رشيد — رشاء : 302 - 267 - 204	— صحة (...) : 153 - 86 وما بعده
— 459 - مغبون : 291	— عيوب (...) : أنظر ذلك

## — ز —

— الحائز (...) : 233 - 230 - 199	— سؤال المدين : 384 - 383
— وما بعده	— سبب : 168 - 165 - 161 - 158
— خاطيء : 232	- 181 - 182 - 194 - 199 - 222 وما بعده
— دور (...) : 229	— إثبات (...) : 238 إلى 236
— صحة (...) : 199	— أدلة للمدالة المقدمة : 229 - 224
— غير حائز : 238 - 236 - 234	— أدلة وصف للعقود : 228
— 278 - 270	— استمرارية (...) : 227
— فقدان جزئي (...) : 229	— إنعدام أو إنفاء (...) : 222
— 337 - 310	— 270 - 259
— المعجرد (...) : 222 - 221	— نظور تاريخي لنظرية (...) : 224
— 232 - 231 - 229	
— مفهوم (...) : 225 وما بعده	

— إذعان : 73 - 55 - 54  
— أساس (...) : 49 - 48  
— أصلية : 460 - 60  
— الإعلامية : 325  
— الإغتناء : 99 - 93 - 91 - 89  
— إنتهاء : 39  
— باطلة : أنظر بطلان  
— ببساطة : 80  
— تبادلٍ : 391  
— تبرّع : 226 - 164 - 99 - 89 - 76  
— 441 - 438 - 436 - 235 - 231 - 148  
— تجديد (...) : 53  
— تحرير (...) : 93 - 89  
— تحريف : أنظر ذلك  
— التصرف : 93 - 89  
— تعديل (...) : أنظر مراجعة  
— تعريف (...) : 41 - 33 - 33  
— التفاوض : 146 إلى 149  
— تقسيم (...) : أنظر ذلك  
— تهديدية : 130  
— توابع (...) : 459 - 181  
— توريد : 335  
— جارية : 344  
— بين حاضرين : 138  
— حينية : أنظر فونية  
— خاصة : 386 - 329 - 84 - 52 - 2 - 414 - 399  
— رضائية : 74 - 38

— عدل : 48 - 47 - 42  
— عدم إمكان التوقيع : 372 - 371  
— عدم رجعية : 330  
— عدم نفاذ : 466 - 244 - 243  
— عدم وفاء (أو عدم تنفيذ) : 75 - 448 - 349 - 323 - 321 - 243  
— 460 -  
— إثبات : 357 - 356  
— جزاء : 349 وما بعده  
— جزئي : 366  
— بالعقود المازمة لجانبين : 349 - 402 - 398 - 393 - 387 - 384 - 356  
— كلي : 366  
— عديم أهلية : 283 - 183 - 109 - 291  
— عرض : 123 - 122 - 36  
— للتعاقد : أنظر إيجاب  
— للمزايدة : 126  
— موجة المعموم : 126  
— عرف : 317 - 71 - 70 - 69 - 63 - 5 - 391 - 389 - 363 - 347 - 340 - 338 -  
— التجارة : 134  
— عقد — عقود  
— أحاديث عينية : 226  
— إحسانية : 215 - 77  
— آثار (...) : 315 وما بعده، 448 - 405 إلى 403  
— الإلادبة : 93 - 91 - 89

— معين بالتنوع : أنظر محل  
— نوع (...) المعقود عليه : 162  
— صفة (...) المرجوة للتعاقد : 163 - 160  
— معين بالذات : أنظر محل

— صحة العقود : 243 - 158 - 93 - 40  
— مرشد : 94  
— مميز : 99  
— صورته : 462 - 183 - 403 - 474 وما بعده  
— صغير : 441 - 380 - 90 - 87

— ضرر — إضرار : 99 - 48 - 14 - 5  
— مستقل عن المماطلة : 385  
— معنوي : 366  
— ضعف عقل : 100 - 99 - 98 - 95 - 155  
— ضعيف عقل : 98 وما بعده - 265

— ط —  
— ظ —  
— طوف طارئة : 333 - 331 وما  
بعد

— ع —  
— عاهات بدنية : 155  
— عدالة : أنظر إنصاف

— عدالة عقدية : 156 - 52 - 49 - 42 - 394 - 335 - 229 - 225 - 224 - 183 -

— في الوعد بالتعاقد : 152 - 150  
— عيوب الإرادة أو عيوب الرضا :  
156 - 109 - 41 - 40 - 5  
واما بعده : 229  
279 - 268 - 259 - 258 - 251 - 250

— عقلانية : 3  
— علاقة سلبية : 367 - 353  
— عمل قانوني : أنظر تصرف  
158 - 126 - 127 - 267 - 259 - 258 - 251 - 250  
267 - 266 - 259 - 252 - 251

## — غ —

— فاحش : 170  
— في القانون : 10 - 160 -  
165 - 160 - 167 - 166 -  
170 - 167 - 166 -  
— في قيمة الشيء : 174 - 169 -  
182

— في مادة الشيء : أنظر في  
نوع الشيء  
— مادي : 10 - 167 -  
267 - 252 - 167 - 161 -  
مانع : 171 - 166 -  
مستار : أنظر تغیر  
مشترك : 171 - 166

— مفترض (أو معنور) :  
170 - 166 -  
— في الواقع : 160 وما بعده

— غموض العقد : 61 - 60 - 63 وما بعده  
— غير : 119 - 118 - 63 -  
244 - 239 - 119 - 118 - 63

330 - 304 - 303 - 300 - 289 - 288 - 285  
438 - 428 - 407 - 405 - 403 -  
438 - 428 - 407 - 405 - 403 -  
476 - 458 -

— حسن النية : 285 - 303 -  
475 - 303 - 490 - 489 - 487 - 476 -

— مطلق (أو حقيقي) :  
277 - 276 -  
407 -

— غبن : 182 - 173 - 157 - 156 - 5  
310 - 268 - 251 - 250 - 229  
337 -  
— غرامات : 323 - 213 -  
387 -  
— غش : 386 -  
— غلط : 10 - 156 - 10 - 157 - 158 - 158 وما  
بعد : 291 - 283 - 268 - 189 -  
174 - 172 - 167 -  
— في الباعث : 174 -  
— تلقائي : 174 -  
— حائل : (أنظر مانع)  
— حاسم : 166 إلى 168 -  
— في الحساب : 169 -  
— في ذات المعقود عليه : 160 -  
267 - 252 - 228 - 167 - 161 -  
— في شخص المتعاقدين : 160 -  
167 - 164 -  
— في الصفة : 163 - 162 - 160 -  
171 - 169 -  
— في طبيعة العقد : 252 - 161 -  
267 -

— ببراسلة : 145 - 136 -  
354 - 342 - 325 - 78 -  
448 - 417 - 414 - 412 - 360

— مشارطة : أنظر إشتراط  
لمصلحة الغير

— معاوضة : 231 - 229 - 182 - 76 -  
441 - 438 - 436 - 435 - 235 -

— معلم : 466 -  
— مفترض : 130 - 28 -  
— مفهوم العقد : 48 - 41 إلى 51 -

— مكان (ال...) : 136 - 140 وما  
بعده  
— مكملة أو محددة لحق عيني :  
417 - 413

— ملزمة للتفاوض : 148 -  
— ملزمة لجانب واحد : 75 - 73 -  
396 - 231 - 151 - 133

— ملزمة لجانبين : 199 - 75 - 73 -  
388 - 349 - 338 - 231 - 229 - 227 - 225

396 - 395 - 393 - 389 -  
— ممتدة : أنظر زمنية  
149 - 148 -

— منظمة للتفاوض : 365 -  
— لمنفعة المتعاقدين معا :  
365 -  
— لمنفعة المدين وحده : 426 -

— ناقلة لحقوق عيني : 227 -  
— نطاق (ال...) : 77 -  
— نهائية : 460 - 152 - 151 - 148 -

— وعد : 133 -  
— زمان : 136 - 140 وما بعده  
— زمنية : 79 - 304 - 329 - 331 -

401 - 375 -  
— سري (أو حقيقي) : 475 - 244 -  
وما بعده

— شكلية : 251 - 74 -  
— طيبة : 386 - 203 -  
— طولية المدى : 339 -  
— ظاهر (أو صوري) : 475 وما

بعده  
— عالمية : 148 -  
— عينية : 74 - 231 -

— بين غالبين : 136 وما بعده  
— غرر : أنظر إحمالية

— غير مسمى : 448 - 151 - 78 -  
— غير نافذة : 464 -  
— فاسدة : 283 - 247 - 246 -

330 - 79 -  
— فورية : 330 -  
— قابلية (ال...) للتجرئة : 311 إلى

313 -  
— قوة إزامية : أنظر قوة ملزمة  
— مبرمة في حق الغير : 464 وما

بعده  
— متعددة الأطراف : 310 -  
— في مجلس واحد : 136 -  
— محددة : 77 -

— مختلطة : 310 - 80 -  
— مدة (ال...) : 345 -

- صريح : 134

— ضمني : 135 - 134

— علم (بال...) : 140

— فوبيّة في (...) : أنظر ذلك

— نظرية تسليم (...) : 144

— نظرية صدور (...) : 141

— وما بعده : 145

- مذهب إعلان (...) : 141

— مذهب تصدير (...) : 142 - 145

— مذهب تصدير (...) : 141

— قوة قاهرة : 360 - 335 - 334 - 321

- وما بعده : 369 - 368 - 364 -

— آثار (...) : 373

— عناصر (...) : 370 وما بعده

— قوة ملزمة — إزامية

— للالتزام الأحادي : 24

— للعقد : 40 - 47 - 51 - 317 وما بعده

— بين الأطراف : 319 وما بعده

— بالنسبة للقاضي : 331 وما بعده

- 5 -

- كراء
  - فلاحى : 53
  - ملك النير : 220
  - كفالة : 463 - 84

- سوري : 188 - 179 —  
 سويسري : 116 - 106 - 103 —  
 398 - 389 - 379 - 313 - 131 - 129 —  
 ضبط الأسعار : 51 —  
 عراقي : 335 - 188 - 184 —  
 الكراء الفلاحي : 53 —  
 كندي : 334 —  
 كويتي : 188 - 179 - 178 —  
 لبناني : 293 - 189 - 188 —  
 المسؤولية والتأمين في ميدان البناء : 54 —  
 مصرى : 178 - 131 - 106 - 103 —  
 188 - 180 —  
 منظم لتجارة التوزيع : 57 —  
 منظم لأكيرية محلات السكنى والحرفة : 56 —  
 نساوي : 379 —  
 ياباني : 379 —  
 قبول : 41 - 42 - 122 - 134 وما بعده —  
 أجل (...): 130 —  
 الاشتراط لمصلحة الغير : 456 —  
 صدور (...): 140 —

- ۹ -

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>— فضالة : 31 - 28 - 25 - 24</p> <p>— فضولي : 248</p> <p>— فعل الفير : 375 - 368</p> <p>— فقه : 41 - 40 - 24 - 10 - 5</p> <p>— إسلامي : 131 - 129 - 115 - 104 - 103 - 64 - 49 -<br/>- 243 - 216 - 189 - 183 - 182 - 178 -<br/>334 - 332 - 250 - 248 - 245</p> <p>— ألماني : 338 - 334 - 62 - 13 - 9</p> <p>— سويسري : 131</p> <p>— فوريّة : 138 - 131 - 130 - 129</p> | <p>— فردانية : 433 - 183 - 36</p> <p>— فسخ : 157 - 156 - 125 - 79 - 53</p> <p>— 323 - 321 - 247 - 227 - 213 - 190 - 180 -<br/>393 - 388 - 387 - 350 - 330 - وما بعده</p> <p>— 452 - 451 - 448</p> <p>— آثار (ال...) : 401 - 394</p> <p>— أحادي : 329 - 328</p> <p>— شروط (ال...) : 395 - 394 وما<br/>بعدة</p> <p>— نطاق (ال...) : 396</p> <p>— وسائل (ال...) : 400 - 396</p> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

- ٦ -

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| إنكليزي : 222<br>إيطالي : 411 - 398 - 335 - 314<br>أوروبى : 24<br>برازيلي : 379<br>البُعْثُ العَتَارِي : 55 - 52<br>التأمين الإجباري : 54<br>تجاري : 87 - 2<br>الأُكْرَبَةُ الشَّجَانَةُ : 56<br>جديدة وأوضاع تعاقديّة : 344<br>جزائري : 335 - 188<br>روماني : 24 - 13 - 12 - 10 - 3<br>405 - 224 - 216 - 189 - 183 - 167 - 156 -<br>434 - 433 | فاصل : 283 - 279 - 204 - 90 - 86<br>484 - 462 - 459 - 380 - 302 - 300 - 291<br>قاضي التقاضي : 462 - 459 - 91<br>قانون — قوانين —<br>اختبارية — مكملة : 342 - 341<br>أردني : 188 - 184 - 178 - 177<br>293<br>إسلامي : أنظر فقه<br>ألماني : 116 - 103 - 13 - 62 -<br>336 - 334 - 222 - 183 - 167 - 131 - 129<br>475 - 456 - 436 - 398 - 389 - 379 -<br>52 - 51 - 44 - 43 - 42 : آمرة : 343 - 341 - 321 - 71 - 56 - 53 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

— مشرط : أنظر إشراط لمصلحة الغير	— شافعى : 129
— مصلحة إجتماعية : 277 - 53 - 51 - 48	— (ال...) الشخصى فى الإلتزام : 13 - 12 - 11
— إقتصادية : 53 - 51	— مادى : 13 - 11
— خاصة : 259 - 254 - 253 - 47	— مالكى : 189 - 182 - 129
— مصلحة : 277 - 266	— مراجعة العقد : 229 - 148 - 42 - 39
— في طلب البطلان : 273 - 254	— إلى 339 - 337 - 335 - 334 - 331 - 322 - 157 - 156
— إلى 276	— بدنى : 155
— عامة : 259 - 254 - 49 - 48	— مفسد للرضا : 155
— مشروعة : 277 - 276	— موت : 248 - 185 - 155 - 84
— المولى عليه : 93	— مسؤلية تقصيرية : 305 - 46
— مطلب : أنظر مساطلة	— 431 - 427 - 429 -
— معارضة بالعقد : 421 وما بعده	— عن الرجوع فى الإيجاب : 130
— معيار الأب الصالح : 371	— منجرة عن عقد باطل : 299 -
— مقاومة : 451	— مسؤلية عقدية : 350 - 349 - 305
— مساطلة : 366 - 355 - 350 - 324	— وما بعده : 431 - 425
— 399 - 387 - 385 - 384 - 378 - 377	— اتفاق على تحديد (ال...) : 386
— تاريخ بداية (ال...) : 383	— اتفاق على الإعفاء من (ال...) : 386
— الذائن : 374 - 368 - 355	— آثار (ال...) : 352 - 377 وما
— المدين : 378 وما بعده : 399	— بعده
— منفع — مستفيد : أنظر إشراط لمصلحة الغير	— أسباب الإعفاء من (ال...) :
— أهلية (ال...) : 441 - 440	— وما بعده : 368
— تعين (ال...) : 442 وما بعده	— مستهلك : 178 - 57
— مورث : 291 - 279 - 273	

394 - 229 -	— كاهيات : أنظر كمان
227 - 224 - 183 - 156	— كستون : أنظر كستان
— ل —	
— م —	
247 - 234 - 229 - 226	— مبدأ — مبادىء
— 250 - 251 - 258 - 258 - 269 - 269 - 358 - 358 - 481	— حسن النية : أنظر ذلك
— استحالة (ال...) : أنظر ذلك	— سلطان الإرادة : أنظر ذلك
— إمكانية (ال...) : 211 وما بعده	— المعاملة بالمثل : 389
— إنعدام (ال...) : 269	— النسبة المقدمة : أنظر ذلك
— تعين (ال...) : 196 - 208 وما	— معهيد : 429 وما بعده : 446 إلى
— بعده	472 - 470 - 463 - 460 - 459 - 458 - 451
— الغلط فى ذاته... : أنظر غلط	— معهيد عنه — معاقد فى حقه : 473 - 468 - 463 - 459 - 457
— مشروعية (ال...) : 197 - 196	— معهيد له : 458 إلى 460
— محل العقد : 194	— مجلة
— مخالفات : 177 - 174	— عثمانية : 182
— مدين	— مدينة ألمانية : 106 - 62 - 24
— انقراس إلتزام : 373	— 476 - 322 - 308 - 299 - 183 - 149
— تقصير : 374 - 364	— مجلس العقد : 131 - 129 - 108 - 378 - 373 - 377
— مساطل : 378 - 377 - 378 وما	— 136 - 132 -
— بعده	— مجذون : 86 - 86 إلى 96 - 98 - 264
— وفاة (ال...) : 380	— محجور — محجورين : 85 إلى 441 - 291 - 283 - 204 - 155 - 100 - 88
— مديونية : 9 - 454 - 453	— مذهب
— إشتراكى : 6	— محل الإلتزام : 14 - 13 - 11 - 2
— حنفى : 189 - 182 - 129	— 172 - 162 - 161 - 158 - 156 - 16 - 15 -

— ن —

- موصى له : 411 - 409
- موضوع : أنظر محل
- نائب : 180 - 145 وما بعده
- 460 - 406
- إنعدام سلطة (ال...) : 110
- 473 إلى 471 - 468 - 465 - 117
- أهمية (ال...) : 109
- تجاوز حدود سلطة (ال...) : 114 وما بعده
- تعاقد (ال...) مع نفسه : 116
- سلطة (ال...) : 105 إلى 110 وما بعده
- نزاهة : 324 - 323 - 156
- نسيبة عقدية : 404 - 403 وما بعده، 457 - 433 - 421
- إستثناءات (ال...) : 428 - 403 وما بعده
- نطاق العقد : 343 - 235 - 227 - 431 - 404
- نظام عام : 198 - 194 - 86 - 84
- 228 - 224 - 222 - 216 - 207 - 201 - 199
- نقل الدم البشري : 205 - 203
- 434 - 204 وما بعده : 203
- نفقة : 339 - 337 - 335 - 334 - 331
- ملزم لجانبين : 152 - 150
- ملزم لجانبين : 151
- وصف : أنظر تكيف
- وعد بالتعاقد : 150 وما بعده
- بدون أجل (أو مجرد) : 151 - 125
- محدود بأجل : 151
- ملزم لجانبين واحد : 151 - 150
- وصف : أنظر تكيف
- وفاء : أنظر تنفيذ
- وفاة
- الأبوين : 90
- أحد المتعاقدين : 410
- السلف : 409
- المدين : 380
- قانونية : 113 - 109
- قضائية : 113
- نيابة عمومية : 278 - 277
- نية
- الإشتراط : 439 - 438 - 431
- المترتب : 446
- المورث : 431 - 273
- وقت مناسب : 138
- وكالة : 109 - 107 - 103 - 28 - 112
- إنفاقية : 106
- بدون نيابة : 107
- في حق ذات معنوية : 113
- في حق قاصر : 115
- في حق موئي عليه : 115
- سابقة : 470
- ظاهرة : 115
- لاحقة : 117
- مسترة : 107
- وكيل : 471 - 465 - 462 - 454
- ولامة : 462 - 458 - 457 - 103
- ولسي : 101 - 99 - 93 - 91 - 90
- 439 - 380 - 279 - 273 - 113 -
- غير مباشرة (منقوصة) : 107
- قانونية : 120 - 113 - 111 - 109
- قضائية : 278 - 277
- م موضوع له : 216 - 207
- ميراث : 207

— ٩ —

- واجب — واجبات
- إرشاد وإعلام : 325
- تعاون وتعاون : 325 - 323
- واقعة قانونية : أنظر حدث
- وارث — ورثة : 277 - 273 - 133 - 133
- 410 - 409 - 408 - 407 - 380 - 291 - 279
- 456 - 446 -
- وصف : أنظر تكيف
- وعد بالتعاقد : 150 وما بعده
- بدون أجل (أو مجرد) : 151 - 125
- محدود بأجل : 151
- ملزم لجانبين واحد : 151 - 150
- ملزم لجانبين : 152 - 150
- وفاء : أنظر تنفيذ
- وفاة
- الأبوين : 90
- أحد المتعاقدين : 410
- السلف : 409
- المدين : 380

## فهرس المواد

الصفحة

17 .....	<b>المقدمة</b>
23 .....	الفرع الأول : تحليل مفهوم الإلتزام (ع. 8 إلى 14)
23 .....	§ 1 - الرابطة القانونية (ع. 9 و 10)
25 .....	§ 2 - الرابطة الشخصية (ع. 11 إلى 13)
26 .....	I - المذهب الشخصي في الإلتزام (ع. 12)
26 .....	II - المذهب المادي للإلتزام (ع. 13)
28 .....	§ 3 - الرابطة المالية (ع. 14)
28 .....	الفرع الثاني : ترتيب الإلتزامات المدنية (ع. 15 إلى 32)
28 .....	§ 1 - ترتيب الإلتزامات بحسب مواضعها (ع. 16 إلى 19)
28 .....	I - الإلتزام باعطاء (ع. 17)
29 .....	II - الإلتزام بعمل (ع. 18)
29 .....	III - الإلتزام بامتناع عن عمل (ع. 19)
29 .....	§ 2 - ترتيب الإلتزامات بحسب مصادرها (ع. 20 إلى 32)
30 .....	I - ترتيب مصادر الإلتزام حسب مجلة الإلتزامات والعقود (ع. 21 إلى 28)
30 .....	أ - عرض الترتيب (ع. 21 إلى 27)
30 .....	1. المصدر الأول : الاتفاقيات وغيرها من التصریحات الاختيارية (ع. 22 إلى 24)

47	§ 1 - إحلال القانون محل الإرادة كأساس للعقد (ع. 45 إلى 47)
47	I - نظرية DUGUIT (ع. 46)
48	II - نظرية KELSEN (ع. 47)
49	§ 2 - البعد الموضوعي للعقد (ع. 48)
50	الفرع الثالث : مفهوم العقد ودور الإرادة العقدية في القانون التونسي (ع. 49 إلى 57)
51	§ 1 - تفوق القانون على الإرادة العقدية (ع. 50 و51)
53	§ 2 - عينات من قيود الإرادة العقدية (ع. 52 إلى 57)
54	I - ميدان النظام العام الاقتصادي التوجيهي (ع. 53)
56	II - ميدان النظام العام الاقتصادي الحماائي (ع. 54 إلى 57)
61	<b>الفصل الثاني : مدلول الإرادة (ع. 58 إلى 80)</b>
63	الفرع الأول : تفسير العقود (ع. 59 إلى 71)
64	§ 1 - جدوى التفسير (ع. 60 إلى 64)
64	I - النظرية الذاتية (ع. 61 و62)
66	II - النظرية الموضوعية (ع. 63 و64)
67	§ 2 - قابلية العقود للتفسير (ع. 65 إلى 68)
68	I - شرط قبول التفسير (ع. 66 و67)
70	II - جزاء مخالفة شرط قبول التفسير (ع. 68)
71	§ 3 - طرق التفسير (ع. 69 و71)
72	I - طرق البحث عن الإرادة الحقيقة المشتركة (ع. 70)
73	II - ضرورة إحترام قواعد العرف والإنصاف وحسن النية (ع. 71)
74	<b>الفرع الثاني : تكيف العقد (ع. 72)</b>
75	الفرع الثالث : تقسيمات العقود (ع. 73 إلى 80)
76	§ 1 - العقود الرضائية والعقود الشكلية والعيبة (ع. 74)

30	1.1 - الإنفاق أو العقد (ع. 23)
30	1.2 - التعهد القانوني الأحادي (ع. 24)
33	2. المصدر الثاني : شبه العقود (ع. 25)
33	3. المصدر الثالث : الجنح (ع. 26)
33	4. المصدر الرابع : شبه الجنح (ع. 27)
33	ب - نقد الترتيب المعمول به بمجلة الإلتزامات والعقد (ع. 28)
35	II - الترتيب المؤسس على التمييز بين الحدث القانوني والتصرف القانوني (ع. 29 إلى 32)
35	أ - التصرف القانوني (ع. 30)
35	ب - الحدث القانوني (ع. 31 و32)

## الجزء الأول

### العقد

#### باب تمهيدي

#### مفهوم وأبعاد الإرادة في نظرية العقد

41	<b>الفصل الأول : أبعاد الإرادة العقدية (ع. 34 إلى 57)</b>
42	الفرع الأول : النظرية التقليدية (ع. 35 إلى 43)
42	§ 1 - عرض مبدأ سلطان الإرادة (ع. 36 إلى 41)
42	I - عناصر المبدأ (ع. 36 إلى 39)
42	II - تأثير مجلة الإلتزامات والعقود بمبدأ سلطان الإرادة (ع. 40 إلى 41)
44	§ 2 - نقد مبدأ سلطان الإرادة (ع. 42 و43)
46	<b>الفرع الثاني : النظريات الحديثة (ع. 44 إلى 48)</b>

93	أ - الجنون (ع. 96 و 97)
94	ب - ضعف العقل (ع. 98 و 99)
96	ج - السفة (ع. 101)
97	<b>الفصل الثاني : الرضى (ع. 102 إلى 193)</b>
99	<b>الفرع الأول : مصدر الرضى : مسألة التعاقد بالنيابة (ع. 103 إلى 120)</b>
100	١ - التعريف بالنيابة : (ع. 104)
101	٢ - مقومات التعاقد بالنيابة (ع. 105 إلى 109)
101	I - تصرف النائب باسم الأصيل ولحسابه علانية (ع. 106 و 107)
103	II - إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل (ع. 108 و 109)
104	٣ - سلطة النائب (ع. 110 إلى 117)
104	I - مصادر النيابة (ع. 111 إلى 113)
105	٤ - النيابة الإتفاقية (ع. 112)
105	ب - النيابة القانونية (ع. 113)
105	II - تجاوز النائب لحدود سلطته (ع. 114 إلى 116)
105	أ - تجاوز حدود النيابة من حيث الموضوع (ع. 115)
107	ب - تجاوز حدود النيابة من حيث الأشخاص : مسألة تعاقد النائب مع نفسه (ع. 116)
108	III - النيابة بدون سلطة (117)
109	٤ - آثار النيابة (118 إلى 120)
109	<b>الفصل الثاني : وجود الرضى (ع. 121 إلى 152)</b>
109	١ - تلاقي الإرادتين (ع. 122 إلى 135)
110	I - الإيجاب (ع. 123 إلى 133)
110	أ - خصائص الإيجاب (ع. 124 إلى 127)
112	ب - آثار الإيجاب (ع. 128 إلى 133)

76	٢ - العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة لجانبين (75)
77	٣ - عقود المعاوضة وعقود التبرع (76)
77	٤ - العقود المحددة والعقود الإحتمالية وعقود الغرر (77)
77	٥ - العقود المسماة والعقود غير المسماة (78)
78	٦ - العقود الفورية والعقود الممتدة (79)
78	٧ - العقود البسيطة والعقود المختلطة (80)

## الباب الأول شروط تكوين العقد

### العنوان الأول الشروط المتعلقة بالأشخاص

85	<b>الفصل الأول : الأهلية (ع. 83 إلى 101)</b>
87	الفرع الأول : أهلية الوجوب (ع. 84)
88	الفرع الثاني : أهلية الأداء (ع. 85 إلى 101)
88	١ - مفهوم أهلية الأداء وخصائصها (ع. 85 و 86)
90	٢ - أحکام أهلية الأداء (ع. 87 إلى 101)
90	I - الحجر للصغر (ع. 88 إلى 94)
91	أ - الصغير غير المميز (ع. 89 إلى 91)
91	ب - الصغير الذي تجاوز عمره ثلاثة عشر عاما دون أن يبلغ سن الرشد (ع. 92 إلى 94)
92	١ . القواعد العامة (ع. 93)
92	٢ . حالة ترشيد الصغير (ع. 94)
93	II - عوارض الأهلية (ع. 95 إلى 101)

137	..... 2 . الغلط في نوع الشيء المعقود عليه (ع. 162 )	112 .....	1 . الإيجاب المجرد (ع. 129 إلى 132 )
137	..... 3 . الغلط في الصفة الموجبة للتعاقد (ع. 163 )	117 .....	2 . الإيجاب المقيد بأجل (ع. 133 )
	..... 4 . الغلط في شخص المتعاقد أو في صفتة الأساسية	118 .....	II - القبول (ع. 134 إلى 135 )
138	..... (ع. 164 )	120 .....	§ 2 - نظام العقود المبرمة بين غائبين (ع. 136 إلى 145 )
139	..... 2 . الغلط في القانون (ع. 165 )	121 .....	I - الإيجاب برسالة (ع. 138 و 139 )
140	..... ب - نظام الغلط المعيوب للرضا (ع. 166 إلى 172 )	121 .....	II - المذاهب القانونية لتحديد مكان وزمان انعقاد العقد (ع. 140 إلى 144 )
140	..... 1 . شرط الغلط الخامس (ع. 167 إلى 169 )	122 .....	أ - نظرية صدور القبول (ع. 141 إلى 143 )
143	..... 2 . شرط الغلط المغتفر (ع. 170 )	123 .....	1 . مذهب إعلان القبول (ع. 142 )
144	..... 3 . مسألة الغلط المشترك (ع. 171 )	123 .....	2 . مذهب تصدير القبول (ع. 143 )
144	..... 4 . إثبات الغلط (ع. 172 )	123 .....	ب - نظرية تسليم القبول (ع. 144 )
145	..... II - التغريب (ع. 173 إلى 183 )	123 .....	III - أحكام القانون التونسي (ع. 145 )
145	..... أ - التغريب باعتباره عيبا من عيوب الرضاء (ع. 174 إلى 181 )	124 .....	§ 3 - الإنفاقات التمهيدية لتكوين العقد (ع. 146 إلى 152 )
147	..... 1 . مكونات جنحة التغريب (ع. 175 إلى 180 )	124 .....	I - عقود التفاوض (ع. 147 إلى 149 )
147	..... 1 . العنصر المادي (ع. 176 إلى 178 )	124 .....	أ - العقود الملزمة للتفاوض (ع. 148 )
149	..... 2 . العنصر القصدي (ع. 179 )	125 .....	ب - العقود المنظمة للتفاوض (ع. 149 )
149	..... 3 . الشرط المتعلق بن صدر منه التدليس (ع. 180 )	126 .....	II - الوعد بالتعاقد (ع. 150 إلى 152 )
150	..... 2 . شرط التغريب الخامس (ع. 181 )	127 .....	أ - الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد (ع. 151 )
151	..... ب - التغريب شرط الغبن المعيوب للرضا (ع. 182 إلى 183 )	128 .....	ب - الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين (ع. 152 )
154	..... III - الإكراه (ع. 184 إلى 193 )	130 .....	الفرع الثالث : سلامة الرضى وصحته (ع. 153 إلى 193 )
154	..... أ - مكونات الإكراه (ع. 185 )	130 .....	§ 1 - إنعدام الإرادة (ع. 154 و 155 )
155	..... ب - شروط الإكراه (ع. 186 إلى 193 )	132 .....	§ 2 - عيوب الإرادة (ع. 156 إلى 193 )
156	..... 1 . مصدر الإكراه (ع. 187 إلى 189 )	134 .....	I - الغلط (ع. 158 إلى 172 )
156	..... 1 . الإكراه الصادر عن شخص ثالث (ع. 188 )	135 .....	أ - حالات الغلط المفسد للرضا (ع. 159 إلى 165 )
156	..... 2 . الإكراه المتولد عن حالة الضرورة (ع. 189 )	135 .....	1 . الغلط في الواقع (ع. 160 إلى 164 )
158	..... 2 . شرط الإكراه الخامس (ع. 190 )	136 .....	1 . الغلط في ذات المعقود عليه (ع. 161 )
159	..... 3 . عدم مشروعية الإكراه (191 إلى 193 )		

## العنوان الثاني الشروط المتعلقة بضمون العقد المحل والسبب

181 .....	<b>الفصل الثاني : السبب</b> (ع. 222 إلى 238)
183 .....	الفرع الأول : التطور التاريخي لنظرية السبب (ع. 224 إلى 229)
184 .....	§ 1 - مختلف نظريات السبب (ع. 225 إلى 228)
188 .....	§ 2 - السبب والعدالة العقدية (ع. 229)
190 .....	<b>الفصل الثاني : النظام القانوني للسبب</b> (ع. 230 إلى 238)
190 .....	§ 1 - السبب المجرد (ع. 231 و 232)
191 .....	§ 2 - السبب الحائز (ع. 233 إلى 235)
193 .....	§ 3 - إثبات السبب (ع. 236 إلى 238)

## العنوان الثالث الجزاء على شروط صحة وتكوين العقد نظرية البطلان

199 .....	<b>الفصل الأول : عرض نظرية البطلان</b> (ع. 241 إلى 270)
200 .....	الفرع الأول : التمييز بين البطلان وبين غيره من الجزاءات المدنية في مادة العقود (ع. 242 إلى 249)
200 .....	§ 1 - البطلان والفسخ (ع. 243)
201 .....	§ 2 - البطلان وعدم النفاذ (ع. 244)
202 .....	§ 3 - البطلان وحالة العقد الموقوف (ع. 245 إلى 249)
202 .....	I - العقد الباطل والعقد الفاسد (ع. 246 إلى 247)
202 .....	أ - العقد الباطل (ع. 246)
203 .....	ب - العقد الفاسد (ع. 247)
203 .....	II - العقد الموقوف والعقد النافذ غير اللازم (ع. 248 و 249)
203 .....	أ - العقد الموقوف (ع. 248)
204 .....	ب - العقد النافذ غير اللازم (ع. 249)
204 .....	<b>الفصل الثاني : تطور نظرية البطلان في الفقه والقانون المقارن</b> (ع. 250 إلى 255)

163 .....	<b>الفصل الأول : محل الالتزام</b> (ع. 194 إلى 221)
165 .....	الفرع الأول : مشروعية المحل (ع. 197 إلى 207)
165 .....	§ 1 - مفهوم مشروعية المحل (ع. 198 إلى 199)
168 .....	§ 2 - حالات انتفاء مشروعية المحل (ع. 200 إلى 207)
168 .....	I - حقوق الدولة واحتياصاتها (ع. 201)
168 .....	II - حقوق الشخص (ع. 202 إلى 207)
169 .....	أ - حرمة الذات البشرية (ع. 203 إلى 206)
170 .....	1 . أخذ الأعضاء البشرية وزرعها (ع. 204)
171 .....	2 . نقل الدم البشري (ع. 205)
171 .....	3 . حماية الصحة (ع. 206)
172 .....	ب - حقوق الشخصية (ع. 207)
172 .....	الفرع الثاني : تعيين المحل (ع. 208 إلى 210)
174 .....	الفرع الثالث : إمكانية المحل (ع. 211 إلى 221)
175 .....	§ 1 - زمن الإستحالة (ع. 212 إلى 217)
175 .....	I - إستحالة المحل واستحالة التنفيذ (ع. 213)
176 .....	II - المحل المستحيل والمحل المستقبل (ع. 214 إلى 216)
176 .....	أ - مبدأ صحة الالتزام على شيء مستقبل (ع. 215)
177 .....	ب - الاتفاقيات المتعلقة بالتراث المستقبلة (ع. 216)
178 .....	§ 2 - أنواع الإستحالة (ع. 217 إلى 221)
178 .....	I - الإستحالة المطلقة والإستحالة النسبية (ع. 218)
178 .....	II - الإستحالة الطبيعية والإستحالة القانونية (ع. 219 و 220)
179 .....	III - الإستحالة القصدية والإستحالة للأقصدية (ع. 221)

III - البطلان لانتفاء المحل أو لافتقاره لأحد أوصافه القانونية	(ع. 269)	217
IV - البطلان لانتفاء السبب أو لسبب غير جائز (ع. 270)		217
<b>الفصل الثاني : النظام القانوني للبطلان (ع. 271 إلى 294)</b>		219
الفرع الأول : الأشخاص الذين يحق لهم القيام بالبطلان (ع. 272 إلى 279)		220
§ 1 - حالة البطلان المطلق (ع. 273 إلى 278)		220
§ 2 - حالة البطلان النسبي (ع. 279)		224
الفرع الثاني : إنقراض حق القيام بالبطلان (ع. 280 إلى 294)		225
§ 1 - إمضاء العقد (ع. 281 إلى 285)		225
I - مفهوم الإيمضاء ونطاقه (ع. 282)		225
II - شروط الإيمضاء (ع. 283 إلى 284)		227
أ - شروط الإيمضاء من حيث الأصل (ع. 283)		227
ب - شروط الإيمضاء من حيث الشكل (ع. 284)		227
III - آثار الإيمضاء (ع. 285)		228
§ 2 - التقادم (ع. 286 إلى 294)		228
I - البطلان النسبي (ع. 287 إلى 291)		228
أ - مبدأ التقادم (ع. 287 و 289)		228
1 . أساسه (ع. 288)		228
2 . إستثناؤه (ع. 289)		229
ب - مدة التقادم (ع. 290 إلى 291)		230
1 . أجل السقوط بالتقادم (ع. 290)		230
2 . بدء سريان مدة التقادم (ع. 291)		230
II - البطلان المطلق (ع. 292 إلى 294)		231

§ 1 - مبررات التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي (ع. 251 إلى 254)		205
I - أسس التفرقة في النظرية التقليدية للبطلان (ع. 251 و 252)		205
II - الأسس الحديثة للتفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي (ع. 253 و 254)		207
§ 2 - المصلحة القانونية من التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي (ع. 255)		209
الفرع الثالث : نظرية البطلان في القانون التونسي (ع. 256 إلى 270)		210
§ 1 - التكريس القانوني للنظرية التقليدية (ع. 257 إلى 260)		210
I - قاعدة لا بطلان بلا نص وتحديد القانوني لحالات البطلان (ع. 258)		210
II - نقائص النظام القانوني (ع. 259 و 260)		211
§ 2 - عرض لمختلف حالات البطلان (ع. 261 إلى 270)		213
I - البطلان في حالة انعدام أو نقص الأهلية (ع. 261 إلى 266)		214
أ - أهلية الأداء (ع. 261 إلى 265)		214
1 . الصغير غير المميز (ع. 262)		214
2 . الصغير الذي تجاوز عمره 13 عاما ولم يبلغ سن الرشد (ع. 263)		214
3 . تصرفات الجنون (ع. 264)		215
4 . تصرفات ضعيف العقل والسفه (ع. 265)		215
ب - أهلية الوجوب (ع. 266)		215
II - البطلان في حالة إنعدام الرضا وحصول عيب به (ع. 267 و 268)		216
أ - إنعدام الرضا (ع. 267)		216
ب - عيب الرضا (ع. 268)		217

256	§ ١ - إلزامية العقد فيما بين الأطراف (ع. 319 إلى 330) I - الوفاء بالإلتزام (ع. 320 إلى 325) . . . . .
256	أ - واجب الوفاء (ع. 321) . . . . .
257	ب - مبدأ الوفاء بأمانة (ع. 322 إلى 325) . . . . .
258	١ . واجب التزاهة (ع. 324) . . . . .
259	٢ . واجب التعاون (ع. 325) . . . . .
260	II - إستحالة النقض الأحادي للعقد (ع. 326 إلى 330) . . . . .
262	١ - إستثناءات إستحالة النقض الأحادي (ع. 327 إلى 329) . . . . .
263	١ . الفسخ الأحادي المرخص به عقدياً (ع. 328) . . . . .
263	٢ . الفسخ الأحادي المرخص به قانونياً (ع. 329) . . . . .
264	ب - النقض الرضائي (ع. 330) . . . . .
265	§ ٢ - إلزامية العقد تجاه القاضي (ع. 331 إلى 339) I - إلتزام القاضي بقيود الفصل 242 م.إ.ع. (ع. 332) . . . . .
266	II - نظرية الظروف الطارئة (ع. 333 إلى 339) . . . . .
267	أ - التطور التاريخي ووضع المشكل (ع. 334 إلى 335) . . . . .
268	ب - نظرية الظروف الطارئة والعوامل القانونية (ع. 336 إلى 338) . . . . .
271	١ . المحاولات الفقهية بفرنسا (ع. 337) . . . . .
271	٢ . سند نظرية الظروف الطارئة في الفقه والقضاء بألمانيا : مبدأ حسن النية (ع. 338) . . . . .
273	ج - نظرية الظروف الطارئة والعوامل الاقتصادية (ع. 339) . . . . .
274	الفرع الثاني : نطاق القوة الملزمة للعقد (ع. 340 إلى 348) . . . . .
276	§ ١ - القانون (ع. 341 إلى 346) . . . . .
277	I - القوانين المكملة (ع. 342) . . . . .
277	II - القوانين الأممية (ع. 343 إلى 346) . . . . .
277	أ - القانون الجديد وتأثيره على الأوضاع التعاقدية الجارية (ع. 344) . . . . .
278	

الفصل الثالث : الآثار التي تترتب على البطلان (ع. 295 إلى 314) . . . . .	
235	
237	الفرع الأول : نسبة الأثر الرجعي للبطلان (ع. 298 إلى 305) . . . . .
237	٤ ١ - الحالات التي يقتضي فيها القانون بقاء آثار العقد الباطل (ع. 303 إلى 300) . . . . .
240	١ - حالة التعاقد حسن نية (ع. 301) . . . . .
240	II - حالة قاصر الأهلية (ع. 302) . . . . .
241	III - حالة الغير المتضرر من العقد الباطل (ع. 303) . . . . .
241	٤ ٢ - الحالات التي يقتضي فيها نوع الإلتزام بقاء آثار العقد (ع. 304) . . . . .
242	٤ ٣ - المسؤولية المدنية الناجمة عن بطلان العقد (ع. 305) . . . . .
243	الفرع الثاني : البطلان الجزئي (ع. 306 إلى 313) . . . . .
244	٤ ١ - قيام الأصل في صورة بطلان التابع (ع. 307) . . . . .
244	٤ ٢ - إنتقاص العقد (ع. 308 إلى 313) . . . . .
245	I - تحليل مفهوم «بطلان بعض الإلتزام» (ع. 309 و 310) . . . . .
246	II - شروط قيام العقد متنقساً (ع. 311 إلى 313) . . . . .
248	الفرع الثالث : تحول الإلتزام (ع. 314) . . . . .

## باب الثاني آثار العقد

### العنوان الأول آثار العقد من حيث الموضوع

الفصل الأول : القوة الملزمة للعقد (ع. 349 إلى 317) . . . . .	
255	
256	الفرع الأول : مبدأ القوة الملزمة للعقد (ع. 318 إلى 339) . . . . .

300	1. عناصر القوّة القاهرة والأمر الطارئ (ع. 370 إلى 372)
300	1.1. عدم إمكان التوقع (ع. 371)
301	1.2. إستحالة الدفع (ع. 372)
302	2. آثار القوّة القاهرة والأمر الطارئ (ع. 373)
304	ب - ماطلة الدائن (ع. 374)
304	ج - فعل الغير وفعل الدائن (ع. 375 إلى 376)
304	1. فعل الغير (ع. 375)
304	2. فعل الدائن (ع. 376)
305	§ 2 - آثار المسؤولية العقدية، تعويض الخسارة (ع. 377 إلى 377)
305	I - مطل الدين (ع. 378 إلى 383)
305	أ - حالة الالتزام بأجل معين (ع. 379 إلى 382)
307	ب - حالة الالتزام بدون أجل (ع. 383)
308	II - تعويض الخسارة (ع. 384 إلى 385)
309	III - الاتفاقيات المتعلقة بالتعويض (ع. 386 و 387)
309	أ - الاتفاق على تحديد مسؤولية المدين أو على إعفائه منها (ع. 386)
310	ب - الشرط التغريبي أو الجزائي (ع. 387)
310	الفرع الثاني : النظام الإضافي الخاص بالعقود الملزمة لجانبين (ع. 388 إلى 402)
314	§ 1 - الدفع بعدم التنفيذ (ع. 389 إلى 392)
315	I - المقارنة بين الحبس والدفع بعدم التنفيذ من حيث الطبيعة القانونية (ع. 390)
316	II - المقارنة بين الحبس والدفع بعدم التنفيذ من حيث نطاق التطبيق (ع. 391)
316	III - المقارنة بين الحبس والدفع بعدم التنفيذ من حيث الآثار (ع. 392)

278	ب - التحديد التشريعي لملأ العقود (ع. 345)
279	ج - التحديد التشريعي لكيفية تنفيذ العقود (ع. 346)
279	§ 2 - العرف (ع. 347)
280	§ 3 - الإنصاف (ع. 348)
283	الفصل الثاني : جزاء عدم الوفاء بالعقد (ع. 349 إلى 402)
284	الفرع الأول : المسؤولية العقدية (ع. 350 إلى 387)
286	§ 1 - أركان المسؤولية العقدية (ع. 353 إلى 376)
286	I - الخطأ (ع. 354 إلى 365)
287	أ - إثبات الخطأ (ع. 355 إلى 364)
288	1. مبدأ التفرقة بين الالتزام بنتيجة الالتزام ببذل عنابة (ع. 358 إلى 357)
288	1.1. الالتزام ببذل عنابة (ع. 357)
289	2. الالتزام بنتيجة (ع. 358)
289	2. معيار التفرقة بين الالتزام بنتيجة الالتزام ببذل عنابة (ع. 359 إلى 362)
290	2.2. تحديد محتوى الالتزام بحكم القانون (ع. 360)
291	3. تحديد محتوى الالتزام بحسب طبيعته (ع. 361)
292	3.2. مسألة معيار التفرقة بين الالتزام ببذل عنابة والالتزام بنتيجة (ع. 362)
293	3. الالتزام بضمان السلامة (ع. 363 و 364)
295	ب - تدرج الخطأ (ع. 365)
296	II - الضرر (ع. 366)
297	III - العلاقة السببية بين الخطأ والضرر (ع. 367)
299	IV - أسباب الإعفاء من المسؤولية العقدية (ع. 368)
299	أ - القوّة القاهرة والأمر الطارئ (ع. 369 إلى 373)

1 . الابناع على عدم انصراف العقد إلى الخلف الخاص (ع.)	358
(416)	
2 . عدم انصراف العقد إلى الخلف الخاص اعتبارا لطبيعة الالتزام (ع. 417 إلى 418)	338
3 . عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص بمقتضى القانون (ع. 419)	340
§ 3 - الدائنون العاديون (ع. 420)	341
الفرع الثاني : المعارضة بالعقد (ع. 421 إلى 427)	342
§ 1 - معارضة الغير بالعقد (ع. 422 إلى 426)	342
I - نطاق المعارضة (ع. 423)	342
أ - المعارض بالحقوق العينية (ع. 424)	343
ب - المعارض بالحقوق الشخصية (ع. 425)	343
II - شروط المعارضة (ع. 426)	344
§ 2 - إحتجاج الغير بالعقد (ع. 427)	345
<b>الفصل الثاني : إثناءات النسبية العقدية (ع. 428 إلى 473).</b>	347
الفرع الأول : الإشتراط لمصلحة الغير (ع. 429 إلى 456)	348
§ 1 - مفهوم ودور الإشتراط لمصلحة الغير (ع. 430 إلى 433)	348
§ 2 - التطور التاريخي للإشتراط لمصلحة الغير (ع. 436 إلى 437)	352
§ 3 - شروط تحقق الإشتراط لمصلحة الغير (ع. 437 إلى 446)	356
I - وجود عقد بين المشترط والمعهد (ع. 438 و 439)	356
II - الشروط المتعلقة بشخص المستفيد (ع. 440 إلى 446)	358
§ 4 - آثار الإشتراط لمصلحة الغير (ع. 447 إلى 456)	360
I - العلاقة بين المشترط والمعهد (ع. 448 إلى 449)	360
II - العلاقة بين المعهد والمستفيد (ع. 450 إلى 452)	362
أ - الحق المباشر (ع. 451)	362
ب - حدوده (ع. 452)	362

§ 2 - الفسخ (ع. 393 إلى 401)	317
I - شروط الفسخ (ع. 395 إلى 399)	318
أ - نطاق الفسخ (ع. 396)	318
ب - شرط إستحقاق التنفيذ (ع. 397 إلى 399)	319
II - وسائل الفسخ (ع. 400)	324
III - آثار الفسخ (ع. 401)	325
§ 3 - مسألة تحمل التبعية (ع. 402)	325

## أثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص

الفصل الأول : مبدأ النسبية العقدية (ع. 404 إلى 427)	329
الفرع الأول : نسبية الأثر الإلزامي للعقد (ع. 405 إلى 420)	331
§ 1 - الأطراف المتعاقدة والغير (ع. 406 إلى 408)	331
I - الطرف المتعاقد (ع. 406)	331
II - الغير (ع. 407)	332
§ 2 - خلفاء الأطراف المتعاقدة (ع. 408 إلى 419)	332
I - الخلف العام (ع. 409 و 410)	333
II - الخلف الخاص (ع. 411 إلى 419)	334
أ - مبدأ نقل الإلتزامات والحقوق من السلف إلى الخلف الخاص (ع. 412 إلى 414)	336
1 . العقود المكملة أو المحددة لحق عيني على الشيء (ع. 413)	336
2 . العقود المسماة التي تنقل إلى الخلف الخاص حقوقا والالتزامات شخصية (ع. 414)	337
ب - الإثناءات (ع. 415 إلى 419)	337