ER 14

السنة الثانية حقوق

القانون المدني

النظرية العامة للالتزامات

العقد

تلخيص يتضمن إصلاح مواضيع نظرية

2007 -2006

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عنيسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

العقد: توافق إرادتين أو أكثر لإنشاء رابطة قانونية مع تعيين شروطها ونتائجها

المقدمة

الحق الشخصي = الالتزام: هو رابطة بين شخصين يلتزم بموجبها أولهما (المدين) بأداء معين للآخر (الدائن) الذي يحق له المطالبة بذلك.

هو حق من وجهة الدائن... وهو واجب أو دين من وجهة المدين.

و أهمية دراسة نظرية الالتزام تكمن في أن الأحكام العامة للالتزام هي الأصل و المرجع لبقية فروع القانون خاصا أو حتى عاما.

و قد أعطت خاصيتي الشمولية والتجريد لنظرية الالتزام مكانتها و اعتبرت أنها نموذج للمنطق القانوني الصالح لكل زمان و مكان... تأثر واضح بالمنهج العقلاني الذي سيطر على القرنين 18 و19 لكن بعض شراح القانون انتقدوا هذا الموقف و أكدوا أن نظرية الالتزامات رغم قيامها على جملة من الثوابت فهي تمتاز بقابليتها للتطوير و التجدد.

وحسب سانتيلانا مقرر لجنة وضع مشروع م ا ع فإن عنصري الدّين و الأخلاق من ثوابت نظرية الالتزام في القانون التونسي و ذلك نقلا عن التشريع الإسلامي القائم على مبدأي المساواة وحسن النية... فالمسلمون متساوون أمام الله... وبالتالي أمام القانون

و يعتبر الفصل 73 أو ما بعده م ا ع الذي يمنع الإثراء غير المشروع من ابرز الأمثلة على تكريس المبادئ الأخلاقية القانونية السواد

كما أن مبدأ حسن النية يهيمن بدوره على نظرية الالتزامات وهو ما يبرز من خلال عيوب الرضا (ف 43 وما بعده م ا ع) و واجب الوفاء بالعقد مع تمام الأمانة و وفق متطلبات الإنصاف (ف 243 م ا ع).

الركيزة الأخلاقية لهذه القواعد تفسر الاستقرار النسبي لنظرية الالتزامات... لكن وجود عوامل اقتصادية واجتماعية أخرى سيفتح الباب أمام تغييرات في نظرية الالتزام...

فمبدأ سلطان الإرادة ... هيمن لسنوات على نظرية العقد في القانون التونسي تحت تأثير الفقه الفرنسي للقرن 19 لكن مع بروز التيار الاشتراكي بداية القرن 20 تقهقر و بدأت تظهر قيود تحد منه و ازداد تدخل المشرع في الميدان التعاقدي... التأمين، الشغل، النقل...

كما أن نظرية الالتزام تتأثر بالسياسة الاقتصادية على اعتبار أنها تتعلق بتنظيم معاملات الأشخاص .. سياسة اقتصادية تحررية = تلاؤم مع نظرية الالتزام وبالتالي ازدهارها لكن دون أن يمنع ذلك من القيام بتغييرات ذات طابع اجتماعي مثل تعميم التأمين الإجباري.

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الارض. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 477

مفهوم الالتزام

رابطة: قانونية... مالية... شخصية

1- رابطة قانونية:

هي العنصر المميز للالتزام القانوني لأنها تعطي الدائن الحق في أن يغصب مدينه على الوفاء.

وهي تتألف من عنصرين:

- مديونية... الواجب القانوني المحمول على المدين و المتمثل في القيام بأداء معين
- مسؤولية... الحق في جبر المدين على الوفاء ان لم يقم به طواعية.

- مديونية + مسؤولية = التزام قانوني...
- مديونية – مسؤولية = التزام ناقص أو التزام طبيعي وهو نوع وسط بين الالتزام الأدبي والالتزام القانوني مثل نفقة الأخ على أخيه.

الفؤاد

- فالالتزام الطبيعي عادة يكون فيه ثبوت مديونية + غياب المسؤولية

ولكنه يكتسب قوة الالتزام القانوني بمجرد تنفيذه ولو خطأ وهو ما كرسه المشرع التونسي في الفصل 78 م ا ع وهذا الفصل له أساس أخلاقي محض... و لا مثيل له في القانون الفرنسي الذي لا يقبل تصحيح الالتزام الطبيعي إلا اذا وقع تنفيذه اختيارا من الدافع...

- الالتزام الطبيعي يكتسي قوة الالتزام المدني بمجرد تنفيذه

2- رابطة مالية:

موضوع الالتزام هو أداء معين يكتسي طابعا ماليا يتميز بموجبه الالتزام المدني عن غيره من الالتزامات القانونية...

- الالتزام المدني من حقوق الذمة المالية... و قد ينشأ عن مخالفة واجب عام ليس له طابع مالي مثل حادث تسبب في ضرر للغير نتيجة خرق قانون المرور...

3- رابطة شخصية:

الالتزام المدني علاقة بين شخصين... لا يمكن تنفيذه إلا بواسطة المدين...

- يختلف عن الحق العيني الذي هو سلطة على شيء و يعطي لصاحبه الحق في تتبع الشيء في أي يد ينتقل إليها كما يعطيه حق أفضلية في الحصول على حقه قبل غيره من الدائنين الآخرين...
- الفرق بينهما: الحق العيني... سلطة مباشرة على الشيء... بينما الالتزام المدني رابطة شخصية لا يمكن الحصول على الحق إلا من خلال المدين...

لكن قيمة عنصر الرابطة الشخصية في الالتزام المدني لم تكن محل اجماع...

- نظريتين: مذهب شخصي و مذهب عيني...

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب خليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

3- 1- المذهب الشخصي في الالتزام:

لا وجود لالتزام إلا بين دائن ومدين معينين... وكل تغير في أحد أطراف الرابطة = نشأة التزام جديد أي تغير الرابطة نفسها.

3- 2- المذهب العيني أو الموضوعي في الالتزام:

العبرة ليست بأطراف الالتزام وإنما بمحل الالتزام... فجوهر الالتزام ليس الرابطة الشخصية و إنما هو القيمة المالية الايجابية في ذمة الدائن والسلبية في ذمة المدين و التي تمثل موضوعه و تعتبر ذات قيمة مالية لها ذاتيتها وتلزم أي مدين لفائدة أي دائن... وهو ما يبرر حوالة الحق و حوالة الدين

- لا عبرة بالأشخاص فالالتزام قد ينشأ دون دائن أو مدين محدد على أن يتم تحديده عند الوفاء...
- وهذا يحد من الفوارق بين الحق العيني و الحق الشخصي فمحل كليهما سيصبح قيمة مالية يواجه بها الكافة.
- اعطاء مرونة كبيرة للالتزام تتناسب و متطلبات الاقتصاد العصري.

ومن مظاهر تأثر المشرع التونسي بالمذهب المادي قبوله لحوالة الحق (ف199 و ما بعده م ا ع) صحة الاشتراط لمصلحة الغير ولو لم يعين المستفيد (ف 38 م ا ع) والتعهد القانوني الأحادي (ف 22 م ا ع).

الفؤاد ترتيب الالتزامات

1- ترتيب حسب موضوع الالتزام:

1- 1- الالتزام بإعطاء:

التزام بانتقال حق عيني مثل الملكية

1- 2- الالتزام بعمل:

التزام يوجب على المدين القيام بعمل معين لصالح الدائن كالقيام بصنع شيء أو إسداء خدمة... وهو ينقسم الى:

1-2-1- التزام بتحقيق نتيجة:

وهو الالتزام الذي يكون **مضمون الاداء فيه هو الغاية** التي يسعى اليها الدائن... مثل التزام ناقل الاشخاص

1-2-2- التزام ببذل عناية:

وهو الالتزام الذي يكون **مضمون الاداء فيه هو الوسيلة** التي تؤدي إلى تحقيق غاية الدائن... مثل التزام الطبيب أو المحامي.

1- 3- الالتزام بالامتناع عن عمل: عدم القيام بنشاط ما مثل الالتزام بعدم المنافسة.

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليمة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

2- ترتيب حسب مصادر الالتزام:

2- 1- ترتيب حسب الفصل 1 م ا ع:

الفصل 1 م ا ع :" تعمير الذمة يترتب على الاتفاقات وغيرها من التصريحات الإرادية وعن شبه العقود والجنح وشبهها .".

الفؤاد

2-1-1- الاتفاقات وغيرها من التصريحات الإرادية:

* **الاتفاق أو العقد:** هو توافق إرادتين أو أكثر الإنشاء رابطة قانونية مع تعيين شروطها ونتائجها أو لتغيير اتفاق أخر سابق الوضع... أهم مصدر للالتزام.

** **التعهد القانوني الأحادي:** التزام بإرادة المدين المنفردة... الفصل 22 م ا ع ... مثال: الوعد بجائزة (ف 19 إلى 21 م ا ع).

2-1-2-شبه العقود:

يعرفه الأستاذ المالقي بأنه عمل جائز يقوم به الشخص اختيارا ويترتب عليه بمقتضى القانون ما يترتب على الاتفاق... مثل تصرف الفضولي (ف 1189 م ا ع) و الإثراء دون سبب و دفع ما لا يلزم (ف 71 حتى 81 م ا ع).

2-1-3- الجنح:

أعمال غير مباحة تلحق ضررا متعمدا بالغير (ف 28 م ا ع).

2-1-4- شبه الجنح:

أعمال غير مباحة تلحق ضررا غير متعمد بالغير ناتج عن اهمال او تفريط (ف 28 م ا ع).

2- 2- نقد الترتيب المعتمد في الفصل 1 م ا ع

- عدم جدوى التفرقة بين الجنح وشبهها... نقد غير وجيه فالفصل 107 م ا ع يرتب عنها أثر عند تقدير الخسارة.

- عدم دقة استخدام مفهوم شبه العقد... فالمشرع لم يحسن استخدامه.

2- الترتيب القائم على التفرقة بين الواقعة القانونية و التصرف القانوني:

2- 1- التصرف القانوني:

عمل إرادي يهدف إلى إحداث أثر قانوني معين يريد من خلاله الشخص وقوع الفعل كما يريد أن ينجر عن ذلك الفعل آثار معينة... يمكن أن يصدر عن تلاقي ارادتين أو عن إرادة منفردة.

اتجاه الإرادة إلى الفعل+ اتجاه الإرادة إلى الآثار

الفؤاد

2- 2- الحدث القانوني (الواقعة القانونية):

تصدر عن شخص بقصد أو عن غير قصد، و يرتب عليها القانون أثرا بغض النظر عن دور الإرادة في الحصول على ذلك الأثر... الاثراء دون سبب ...الفضالة... الجنح و شبهها.

اتجاه الإرادة إلى الفعل... دون اتجاه الإرادة إلى الآثار... مع تعدد الترتيبات يبقى العقد أهمها...

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

العقد:

توافق إرادتين أو أكثر الإنشاء رابطة قانونية مع تعيين شروطها ونتائجها

- العقد = اتفاق لكن الاتفاق أوسع نطاقا من العقد
- تلعب الإرادة دورا كبيرا في إنشاء العقود.

ابعاد الارادة العقدية

الفؤاد

النظرية التقليدية... مبدأ سلطان الارادة

الإرادة هي أساس العقد

I. عرض مبدأ سلطان الإرادة:

1- عناصره:

الارادة الفردية هي المسيطرة على العقد

هو مبدأ ناتج عن الفلسفة الاقتصادية التحررية للقرن 18 و 19

وله أساس سياسي هو حرية الفرد دون أي ضغط أو قيد من أي سلطة خارجية... نظرية العقد الاجتماعي

- التطابق بين التحررية الاقتصادية و الفردانية السياسية ... مهد لتدعيم مبدأ سلطان الارادة و ما يترتب عنه من نتيجتين وهما:

- **الحرية التعاقدية**: ولها وجهان:

– **أصلي** ... ان يتعاقد الشخص من عدمه... وان تعاقد ان يحدد مضمون العقد كما يريد هو

– **شكلي**... غياب **قاعدة الرضائية** في العقود... يكفي لقيام العقد صحيحا مجرد تلاقي ارادتين دون حاجة للالتزام بشكليات معينة ستحد من سلطان الارادة .

2- تاثيره على م ا ع:

– تصادف ازدهاره مع وضع المجلة

- لها آثار واضح منها:

– عدم اعتبار الشكل من شروط تكوين العقد... ف 2

– تكريس نظرية عيوب الرضا... ف 43 و ما بعده

– تكريس مبدأ القوة الملزمة للعقد... ف 242

– وفي القضاء تمسكت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب بالفصل 242 لرفض تعديل العقد من طرف القاضي ولو كان التعديل ضروريا و منصفا...

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

- سانتيلانا أعلن صراحة عن تبني هذا مبدأ سلطان الإرادة تأثرا بالفقه الإسلامي... لكن الطابع اللائكي (العلماني... لا علاقة له بالدين) للمبدأ و الطابع الموضوعي للعقد في الفقه الإسلامي يتعارضان مع هذا القول.

II. نقد مبدأ سلطان الإرادة:

حاول دعاة المبدأ تفسير كامل النظام القانوني بمفهومي الإرادة و العقد لكن هذا غير صحيح:

- وجود قوانين ذات طابع آمر تسيطر على عدة قوانين... بجزائي ، ميراث، العائلة...
- وهمية العدالة العقدية لتباين القوى بين الأطراف
- ضرورة تدخل القاضي عند تنفيذ العقد للحفاظ على توازن التزامات الطرفين تجنبا للظروف الطارئة وضمانا للعدل و الإنصاف.
- التحولات السياسية والاقتصادية منذ بداية القرن 20 أدت الى حتمية تدخل الدولة في الميدانين الاقتصادي و الاجتماعي مما أفضى الى بروز سياسة الاقتصاد الموجه بما تحمله من كثرة القوانين الآمرة التي تحد من إرادة الأفراد التي فشلت أصلا في تحقيق عدالة المعاملات ...
- وهو ما أدى الى **تراجع** دور الإرادة لا زوالها فهي لا تزال عنصرا أساسيا في إنشاء الالتزام و تحديد أثره... فالارادة سلطان غير مطلق كما كان سابقا بل هو مقيد بضوابط النظام العام الاقتصادي والاجتماعي.

الفؤاد النظريات الحديثة... علوية القانون و تراجع الارادة

I. إحلال القانون محل الارادة كأساس للعقد:

1- نظرية DUGUIT:

علوية القانون على الإرادة... دور الإرادة هو قبول تطبيق القانون... فهي ليست قادرة على إنشاء الحقوق ... فالعقد ليس مصدر التزام و إنما هو توافق إرادتين يهدف إلى تطبيق أحكام قانونية معينة ما كانت لتنطبق لولاه.

2- نظرية KELSEN:

دور الإرادة هو خلق قاعدة قانونية تستمد قوتها الإلزامية من القانون... فالعقد يأتي في أسفل هرم كلسن ويستمد قوته الإلزامية من القانون الذي يعلوه في ترتيب الهرم لا من إرادة أطرافه

II. البعد الموضوعي للعقد:

GHESTIN: القانون لا يصادق على نجاعة العقد إلا إذا كان قائما على المصلحة الاجتماعية وعادلا... وتوفر هذين الشرطين يكون من خلال

- ← تطابق العقد مع موجبات النظام العام التوجيهي = تحقيق المصلحة الاجتماعية.
- ← تطابق العقد مع موجبات النظام العام الحمائي = تحقيق العدل.

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - العنابر الأول .الهاتف : 70860477

فحسب GHESTIN العقد ليس توافق إرادتين بل هو معاوضة قائمة على تبادل قيمة مالية بين ذمتين لا يلعب فيه توافق إرادة الطرفين سوى دورا ثانويا فالأساس هو انتقال القيمة المالية من ذمة إلى أخرى... فالعقد اداة لتحقيق حاجيات الاشخاص المتمثلة في تبادل الثروات و الخيرات.

POUGHON: العقد عملية اقتصادية مؤسسة على التوازن المادي و الذاتي للقيم المتبادلة.

← يكون العقد عادلا عندما يتحصل كل من طرفيه على ما يساوي ما أعطاه للأخر دون خسارة لأي منهما.

رغم أهمية دور الارادة باعتبار تلاقي ارادتين هو اجراءا ضروري لاحداث أثار قانونية و معيار لتمييز العقد عن غيره من المفاهيم لكنها ليست أساس العقد.

الفؤاد: مفهوم العقد ودور الارادة العقدية في القانون التونسي

أحدثت السياسة الاقتصادية المتبعة في تونس سواء في مرحلة الاقتصاد الموجه أو اقتصاد السوق تغييرات جوهرية على نظام العقد بصورة تجعله أكثر تكيفا مع مقتضيات المصلحة العامة و العدالة العقدية... وهو ما يفرض عدم الوقوف عند ارادة مشرع 1906 لتحديد مفهوم واساس العقد...

I. تفوق القانون على الإرادة العقدية:

لما كان العقد أداة أسياسة لتحقيق الحاجيات الاقتصادية على مستوى الإنتاج و التوزيع فإن نظامه يتأثر حتما بالسياسة الاقتصادية التي تسطرها الدولة بل يصبح بالضرورة خاضعا لها و لمتطلبات السياسة الاجتماعية المنتهجة...

- لا سلطان للإرادة طالما أن حرية التعاقد مهما بدت مطلقة لا تمارس إلا في نطاق القانون وبترخيص منه... و طالما أن سيادة القانون مطلقة فإنه لا مجال لوجود ارادة عقدية حرة خارج نطاق القانون الذي يوسع و يضيق في مجال الحرية التعاقدية حسب متطلبات المصلحة الاجتماعية... فالتشريع التونسي اليوم يحتوي كما كبيرا من القوانين الآمرة المقيدة للارادة العقدية تحقيقا لمصلحة عامة أو خاصة.

II. عينات من قيود الإرادة العقدية:

- **النظام العام الاقتصادي التوجيهي:**

قانون 1987 المقيد للإرادة في ميدان الكراء الفلاحي

قانون 1992 المتعلق بمصداقية الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود و الذي أخضع تكوين الحقوق العينية و نقلها لشكلية الترسيم بالسجل العقاري مع تحديد من لهم صلاحية تحرير العقد وبيان واجباتهم ... فالإرادة لم تعد بمفردها قادرة على التصرف بالحقوق العينية على العقارات المسجلة

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

- النظام العام الاقتصادي الحمائي:

تعدد قوانين التأمين الإجباري لضمان التعويض للمتضررين و عقد التامين هو عقد إذعان لذلك تولى المشرع تنظيمه تفصيليا.

عقد البعث العقاري خاضع لقانون ينظم كامل تفاصيله

قوانين حق البقاء في بعض أصناف الكراء

قوانين حماية المستهلك...

الإرادة هي معيار العقد وبالتالي يجب تحديد مدلولها

فالتفسير هو: تحديد معنى العقد وأبعاده كلما حصل اختلاف في هذا الشأن بين طرفيه.

❶ محتوى التفسير:

البحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة.

I - النظرية الذاتية : المدرسة الفرنسية .

بما أن العقد هو توافق إرادتين ونتيجة حتمية لتلاقيهما فلا يمكن تحديد آثاره الملزمة أو تقييم أبعاده القانونية إلا بالنظر إلى الإرادة الحقيقية المشتركة لطرفيه.

أصل النظرية :

القانون الفرنسي القديم: تقديم النية على الصيغة و الشكل.

المشرع الفرنسي سنة 1804 أخذها عن ΠOTIEP .DOMAT

الفصل 1156 مجلة مدنية فرنسية: " يجب في مادة العقود البحث عن الإرادة الحقيقية المفترضة عوضا عن التوقف عند ظاهر الألفاظ" .

الفصل 1156 فرنسي = 133 ألماني لكن الفقه والقضاء الألمانيين لم يعطياه نفس التأويل وهمشاه.

مفادها :

العقد = تلاقي إرادتين ---> تفسير العقد = الكشف عن تلك الإرادة .

الإرادة الباطنة هي الإرادة الحقيقية وأما التعبير عن الإرادة فهو مجرد قرينة قانونية بسيطة .

وبالتالي فإن الإرادة الباطنة مقدمة دائما على الإرادة الظاهرة لأنها هي الإرادة الحقيقة.

في صورة اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة فإنه لا يؤخذ إلا بالإرادة الباطنة.

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب طليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

نطاق التفسير :

لا ينحصر في العقود التي يعتري عباراتها غموض بل يمتد أيضا إلى التعبير الواضح إذا ادعى أحد الطرفين أنه مخالف للإرادة الباطنه.

فخاصية النظرية الذاتية هي أنها تعطي نطاقا واسعا للتفسير.

كيفية التفسير: صلاحيات مطلقة للقاضي

إذ لا يحدد القانون ولا الفقه سلطات القاضي في هذا المجال طالما تتجه إلى الكشف عن المقصود من التعاقد.

II النظرية الموضوعية : المدرسة الألمانية وعدد من الفقهاء الفرنسيين.

صادف ازدهارها الفترة الزمنية التي أعدت فيها م ا ع

مفادها :

يجب أن يعتمد القاضي عند التفسير على التصريح بالإرادة لا على الإرادة ذاتها.

الإرادة الظاهرة هي الإرادة الحقيقية بموجب قرينة قانونية قاطعة غير قابلة للإلغاء.

الإرادة الظاهرة مقدمة على الإرادة الباطنة لأن الرضا لا يكون له أثر قانوني(يأخذ به القاضي) إلا بعد الإفصاح عنه .

الإفصاح عن الإرادة = إنفصال عن الإرادة = عمل قانوني .

النتائج :

الفؤاد

1) العقد لا يكون قابلا للتفسير إلا عند غموض عباراته .
2) لا تفسر عبارات العقد إلا بالنظر إلى المعنى الموضوعي الذي تتحمله عادة في الظرف والمكان الذين استعملت فيهما.
3) الهدف من التفسير: إعطاء العقد بعد موضوعي مطابقا لما تمليه قواعد العرف و حسن النية
4) نظرية موجهة نحو ضمان إستقرار المعاملات .
5) التفريق بين :

* التصرفات القانونية المتعلقة بالمعاملات(جميع العقود وجل التصرفات الأحادية): لا يقع التفسير فيها إلا بالرجوع إلى المقاييس الموضوعية.
* الوصايا : من الجائز الغوص في نفسية الفرد للبحث عن أرادته الحقيقية الباطنية.

❷ قابلية العقود للتفسير:

موقف المشرع التونسي :

جدوى التفسير في القانون التونسي تتمثل في الكشف عن الإرادة الحقيقية المشتركة.

النظرية الموضوعية ... **فصل 513 م إ ع** : " لا عبرة بالدلالة إذا كانت عبارات الكتب واضحة".

النظرية الذاتيـــــــة... **فصل 515 م إ ع** : " العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ و التراكيب ".

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

يبدو أن هناك تناقض ظاهري لكن المشرع حل هذا التناقض عندما حدد نطاق كل من الفصلين.

الفصل 514 م إ ع اعتنى بذكر الحالات التي يسوغ فيها تأويل العقد .

الفصل 514 يعتبر توفيقا بين النظرية الموضوعية و النظرية الذاتية طالما أنه حدد الحالات التي يجوز فيها التفسير:

- صورة غموض عبارات الكتب ./ - صورة تناقض فصول الكتب ./ - صورة إختلاف عبارات الكتب الواضحة في عباراتها عن صريح الغرض منه .

I شروط قبول التفسير :... وجود موجب للريب

الفصل 514 م إ ع : وجود موجب للريب : إما في عبارات الكتب أو خارج تلك العبارات

في عبارات الكتب نفسها :

° غير واضحة او قاصرة على بيان مراد صاحبها (الفصل514 م إ ع) .

° مشوبة بتناقض موجب للريب حول حقيقة مدلولها.

لا تثير أي إشكالية: مشروعية الالتجاء إلى التفسير من عدمه تبرز من مجرد الإطلاع على الكتب ومعاينة نقائصه.

الفؤاد

عبارة الكتب سليمة :

السبب الموجب للريب يتمثل في عوامل خارجية عن الكتب من شأنها إقامة الدليل القاطع على تناقض صيغته مع صريح الغرض منه.

لا يتناقض مع الفصل 515 م إ ع الذي تقدم المقاصد على الألفاظ و التراكيب .

لكن: يجب أن يكون طلب التفسير مدعما بأدلة قوية و متضافرة قادرة على إقامة الدليل على تبرير مشروعيته.

إذا تأكد القاضي من وجود موجب للريب فمن واجبه حينئذ أن يشرع في التفسير سعيا وراء الكشف عن إرادة الأطراف الحقيقية.

قرار 1979 لمحكمة التعقيب:" على المحكمة أن تتبين المقصود المنصرفة إليه نية الطرفين وأن تجنح إلى التفسير كلما حف بعبارات العقد ريب أو خيم شك في فحواه ".

II جزاء مخالفة شرط قبول التفسير :

إذا جنح القاضي إلى التفسير في حالة غير إحدى الحالات الثلاث التي يبيحها الفصل514 م إ ع فإن عمله يعد من قبيل التحريف.

ـ و إذا استند القاضي إلى إحداهما دون أن يوجد في عبارات العقد أو خارجها ما يثير التردد في المعني المقصود منه . فإن فقه القضاء يعتبر ذلك من قبل التحريف أيضا.

فالتحريف: هو التفسير المرفوض شكلا بسبب دقة ووضوح عباراة الكتب و عدم تقديم ما يبرر الشك حول تطابقها المفروض مع المقصود و الغرض من التعاقد .

استنادا على **الفصل 513 م إ ع** : " إذا كانت عبارات الكتب واضحة فلا عبرة بالدلالة ".

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة ـ المنار الأول .الهاتف : 70860477

الفصل 514 _ 513 م إ ع :" تحديد نطاق التأويل وليس له أي تأثير على الاتجاه الذي يجب أن تنصرف إليه عناية القاضي عندما يشرع في التفسير" .

الفصل 515 هو الذي يحدد الاتجاه: تقديم النية على الصيغة: النظرية الذاتية.

❸ طرق التفسير:

الفؤاد

الكشف عن الإرادة الحقيقية هو الغاية التي يرمي إليها التفسير:

I طرق البحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة :

وضع المشرع مجموعة من القواعد تساعد على ذلك :

- **517 م إ ع** : " فصول الكتب تأول بعضها ببعض بأن يعطي لكل منها المعنى الذي تقتضيه جملة الكتب".

" ضرورة العمل بالمتأخر في نسق الكتابة "---لماذا ؟ لأن المتأخر محمول على كونه يعبر عن الإرادة النهائية للأطراف.

- **518 م إ ع:** " إذا كان في الكتب عبارة أو فصل يحتمل معنيين كان حملهما على ما فيه فائدة منه"

...هل لهذه الفصول صبغة إلزامية ؟

_ الأرجح أنها وردت على سبيل الإرشاد لأن الكشف عن الإرادة الحقيقية للأطراف عمل دقيق ومتشعب يفترض تمكين القاضي من سلطة تقديرية واسعة يستطيع بفضلها بيان المقصود من التعاقد انطلاقا من الصيغة محل النزاع مع الأخذ بعين الاعتبار جميع الملابسات وظروف الأحوال التي تختلف من قضية إلى أخرى وهو ما يؤكد عليه فقه القضاء باستمرار .

محكمة التعقيب سنة 1959 : "فهم الواقع المقصود من العقد أمر راجع لاجتهاد المحكمة و لا رقابة عليها في ذلك ".

على أن سلطة المحكمة تبقى مقيدة بالقانون الذي يتضمن العديد من الأحكام ذات الصبغة الآمرة التي من شأنها أن تفرض على القاضي تأويلا معينا قد يكون بعيدا عن الإرادة الحقيقية للأطراف ولا يعكس سوى المعنى الذي يقتضيه عرف التعامل وقواعد الإنصاف وحسن النية.

II ضرورة مراعاة قواعد العرف و الأنصاف و حسن النية :

الفصول 516 حتى 529 م ا ع.

عناية المشرع فيها ليست موجهة إلى بيان سبل الوصول إلى الكشف عن إرادة الأطراف بقدر ما هي تراعي من خلال القواعد الآمرة التي تتضمنها البعد الاجتماعي و الاقتصادي للعقد الذي يضمن استقرار المعاملات و هي قواعد: _ حسن النية. _قواعد العرف . _ قواعد الإنصاف .

هذا البعد أساسي في نظر المشرع مهما تأكد تعلقه في الظاهر باحترام المقاصد الحقيقية المشتركة.

المشرع أعطي لمسألة تفسير العقود طابعا موضوعيا ثابتا لا يجوز البحث عن إرادة الأطراف المشتركة دون مراعاته.

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

لكن فقه القضاء تطغي عليه النزعة الذاتية على معنى الفصل 515 م إ ع ومع ذلك فإنه لم يكرس موقفه بصفة صريحة.

◆◆ الخلاصة بالنسبة لموقف المشرع التونسي من تفسير العقد:

- المشرع تأثر بالنظريتين:

- تناقض ظاهري بين الفصول (تحديدا 513 و515)
- كيفية التوفيق:

الفؤاد

- الفصل 514 م ا ع
- موقف فقه القضاء ... شرط التفسير... وجود موجب للريب
- لا يجوز تفسير العقد الواضح
- المشرع يميل إلى النظرية الموضوعية... لا تفسر الا العقود الغامض او التي فيها شك في معنى العقد وهو ما يميل له فقه قضاء محكمة التعقيب التي تنقض بسبب تحريف العقد على أساس الفصل 513 م ا ع

→ التفسير في القانون التونسي يسعى إلى الكشف عن الإرادة الحقيقية والمشتركة للأطراف

→ المشرع يفرض في العديد من الحالات على القاضي احترام قواعد العرف والإنصاف و حسن النية عند تفسير العقد وهو ما قد يسمح بتجاوز إرادة الأطراف

→ المشرع لديه ميل واضح للنظرية الموضوعية

الموضوع:

تأثر المشرع التونسي بالنظرية الذاتية و النظرية الموضوعية عند عملية تفسير العقد

الإشكالية ناتجة عن التناقض الظاهر بين الفصلين 513 و 515 و كيفية التوفيق بينهما؟

1- الفصل 514 شروط قبول التفسير:

+ وجود موجب للريب

++ جزاء تفسير العقد الواضح

2- آليات التفسير:

+ غايته: البحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة

++ ضوابطه: احترام قواعد العرف و الإنصاف و حسن النية

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

الرضـــا

هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء علاقة قانونية ملزمة تنصرف آثارها مباشرة إلى أطراف العقد.

النيابة في التعاقد

الاصل أن يتم التعاقد برضاء الأطراف المتعاقدة مباشرة، **على انه كثيرا:** ما يبرم عقد في حق شخص معين بواسطة آخر ينوب عنه في ذلك (التعاقد بالنيابة) وذلك إما باختيار من المعني بالأمر (نيابة اتفاقية). أو بحكم القانون (نيابة قانونية).

التشريع الإسلامي يولي اهتماما كبيرا لمسألة التعاقد بالنيابة.

المشرع التونسي مثل المشرع الفرنسي يفتقر إلى نظرية عامة في هذا المجال ولكن هناك نصوص متفرقة أهمها الفصول من 1104 إلى 1171 م إ ع المتعلقة بالوكالة.

❶ تعريف النيابة:

النيابة في التعاقد هي أن يبرم شخص أول (النائب) لحساب و باسم شخص ثاني (الأصيل) عقدا لمنفعة شخص ثالث (المتعاقد) تنصرف أثاره إلى الأصيل بعلم المعاقد

أو هي بوجه أدق "نظام قانوني مؤداه أن تحل إرادة شخص معين يسمى النائب محل شخص آخر هو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تنصرف آثاره إلى الأصيل لا إلى النائب " ...

ومبدئيا كل التصرفات القانونية يمكن إنشائها بالنيابة ما عدا حالات نادرة أبرزها أداء اليمين.

❷ مفعومات التعاقد بالنيابة :

تقوم النيابة على أساسين: العلانية وحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل عند إنشاء التصرف في حين تحدث الالتزامات في ذمة الأصيل مباشرة.

1- تصرف النائب باسم الأصيل و لحسابه علانية :

* إذا أخفي النائب صفته هذه عند التعاقد فإن أثار العقد تنصرف إليه شخصيا دون الأصيل طبق الفصل 1148 م إ ع: "حقوق العقد الذي يضيفه الوكيل إلى نفسه ترجع إليه و هو المطلوب مباشرة لمن عاقده ".

* إذا صرح النائب بصفته تلك إلى معاقده فإن أثار العقد تنصرف إلى الأصيل لا إليه شخصيا طبق الفصل 1149 م إ ع : " إذا أضاف الوكيل العقد إلى موكله فإن أثار العقد ترجع على الموكل دون الوكيل "...

وبالتالي فإن التعاقد بالنيابة يقتضي العلانية وعلم المتعاقد الأخر بحقيقة النائب... وهو ما يثبت بإعلان صريح أو أن يثبت من الظروف و الأحوال ان المتعاقد كان على بينة من واقع الأمر .

مؤسسة الفواد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - العنار الاول .الهاتف : 70860477

أما إذا تم التعاقد مع إخفاء النائب لصفته عن المتعاقد معه أو بالتصريح بها دون الإعلان عن اسم الأصيل فإن هذه تعد وكالة فإن كانت مصحوبة بإنابة فهي نوع من أنواع النيابة .

أما الوكالة غير مصحوبة بإنابة فهي متواجد بكثرة في القانون التجاري مثل عقد وساطة العملاء(وهو توكيل تاجر على ان يتعاقد مع الغير باسمه الخاص لكن لحساب موكله) والاسم المستعار(التعاقد بموجب توكيل دون الكشف عن وجود الوكالة).

2- إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

يتكون العقد في حالة النيابة بتلاقي إرادة النائب من جهة و إرادة المعاقد الأخر من جهة أخرى ولكن العقد يرتب آثاره في ذمة الأصيل...

فأساس النيابة هو حلول إرادة النائب محل الأصيل مع ان آثار العقد تقع على ذمة الأصيل فقط.

فإحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل يعني أن إبرام العقد لا يعبر عن إرادة الأصيل بل عن إرادة النائب وهو بالتالي حالة من حالات **التعاقد بين الحاضرين** وليس **تعاقدا بواسطة رسول** (أي ليس تعاقدا بين غائبين)...

ويترتب عما سبق:

الفؤاد

- فيما يتعلق بالأهلية

فهي مشترطة في الأصيل فقط لا في النائب الذي يكفي أن يكون مميزا عاقلا قادرا عن التعبير عن إرادة فقط عملا بالقاعدة القائلة بأنه لا تشترط الأهلية إلا لمن تنصرف إليه أثار الالتزام سلبا أو إيجابا فصل3 م إ ع وقد نص المشرع صراحة على هذه القاعدة في حالة الوكالة الفصل1105 م إ ع.

الاستثناء :

حالات النيابة القانونية التي غالبا ما تقرر لحفظ مصالح عديمي الأهلية مما لا يعقل معه أن تعهد تلك المصالح إلا إلى راشد.

- فيما يتعلق بعيوب الرضي :

تقدير عيوب الرضي المبطلة للعقد المبرم بطريقة النيابة يتم بالنظر إلى سلامة إرادة النائب لا إلى إرادة الأصيل. وكذلك الأمر بالنسبة لحسن النية أو سوئها أو ظروف التعاقد بصفة عامة.

❸ سلطة النائب :

لا يمكن للنائب أن يتصرف باسم الأصيل إلى في حدود السلطة المخولة له وحسب مصدر نيابته وإلا فإنه يتحمل تبعات تصرفه دون سلطة أو بأكثر مما هو ممنوح له.

1- مصادر النيابة :...

الاتفاق أو القانون. فصل 37 م إ ع :"ليس لأحد إلزام غيره أو قبول الالتزام له إن لم يكن مأذونا في النيابة عنه بتوكيل منه أو بولاية حكمية ".

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الاول. مرئب عليسة - المنار الاول .الهاتف : 70860477

♦ النيابة الاتفاقية:

هي التي يستمد فيها النائب سلطته في التعاقد من إرادة الأصيل بموجب عقد الوكالة الذي يبين حدود الوكالة (الفصول 1104 إلى 1171 م إ ع).

♦ النيابة القانونية:

وهي التي يستمد فيها النائب سلطته في التعاقد باسم الأصيل و لحسابه من القانون أو من القضاء... مثل ولاية الأب على أبناءه

2- تجاوز النائب لحدود سلطته :

الفؤاد

من حيث الموضوع أو الأشخاص:

♦ تجاوز حدود النيابة من حيث الموضوع:

يجب أن يتصرف النائب في حدود السلطة المخولة له بموجب الاتفاق أو القانون بحسب الحالات.

الإشكال: إذا خرج النائب عن هذه الحدود ؟ مبدئيا: تصرفه لا يلزم الأصيل.

إشكال آخر: الإضرار بمصالح الطرف الآخر.محاولة للتوفيق بين مصالح الأصيل و مصالح المعاقد.

مصالح الاصيل	مصالح المتعاقد
الفصلان 1131و	فصل 1155م إ ع :" الموكل يبقي ملزما بتصرفات الوكيل الخارجة عن سلطته:
1132م إ ع:	ـ إذا اطلع عليها و أمضاها و لو بغير تصريح.
ـ تحديد التزامات	ـ إذا انتفع بها.
الوكيل بنسبة معتبرة	ـ إذا خالف الوكيل أمر موكله بما هو أحسن .
إذا كانت الولاية	ـ إذا خالف الوكيل شرط موكله بالزيادة في التكاليف أو كان الفرق يسيرا ..."
حكمية : حق قاصر	فصل 1163 م إ ع : " عزل الوكيل عن الوكالة أو بعضها لا يكون حجة على من
أو مولي عليه أو ذات	عاقد جاهلا للعزل ".
معنوية أو كان الوكيل	= تكريس للنظرية الفرنسية للوكالة الظاهرة.
مأجورا .	تراعى مصالح المتعاقد عن حسن نية و تسعى إلى إنقاذ أكبر عدد ممكن من العقود.

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

هناك صورتين:

° يتصرف شخص بصفته نائبا عن الغير وفي حق نفسه في ذات الوقت... فهو طرف في العقد ونائب للطرف الثاني.

° يتصرف النائب في النيابة في حق غيره باعتباره نائبا عن غيره... فهو نائب عن طرفي العقد في ذات الوقت.

هل يجوز مثل هذا التصرف ؟ و هل يعتبر النائب متجاوزا لحدود نيابته ؟

في القانون مقارن :

ـ فرنسا : يجوز . للنائب أن يعبر عن إرادتين مختلفتين مع ضرورة التنبيه عن مخاطرها.

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

_ سويسرا و ألمانيا: يمنع فيهما التعاقد مع النفس بدون ترخيص من الأصيل إلا إذا اندرجت العملية في إطار الوفاء بالتزام سابق (القانون الألماني)...

أو إذا ثبت أنه لا يخشى من إتمامها أي خطر مضر بالأصيل(بالنسبة للقانون السويسري).

_ أما القانون التونسي :

فقد نص صراحة على منع التعاقد مع النفس...

الفصل 549 م ا ع: "من كان له التصرف بالنيـــابـــة عن غيره كالمقدم والمدير ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة"...

+ نصوص خاصة تقر ذات القاعدة.

3- النيابة دون سلطة:

في هذه الحالة لا تنصرف آثار العقد إلى الأصيل إلا إذا صادق عليه لا حقا وعندها يعتبر التصديق وكالة لاحقة... حسب الفصلين 40 و41 م ا ع.

❹ آثار النيابة

الفؤاد

بالنسبة لعلاقة الغير المعاقد بالنائب:

لا يكون النائب ملتزما بشيء.

بالنسبة لعلاقة الغير المعاقد بالأصيل:

تتولد آثار التصرف في ذمة الاصيل فيكون دائنا أو مدينا.

بالنسبة لعلاقة الأصيل بالنائب:

فهي تخضع للاتفاق أو للقانون حسب نوع النيابة.

الموضوع: التعاقد بالنيابة: مفهوم النيابة و مقوماتها

المقدمة:تعريف النيابة وتحديد نطاقها و الحالات التي لا تجوز فيها.

1- علانية النيابة:

+ التصرف باسم الأصيل بعلم المعاقد

++ التصرف باسم الأصيل دون علم المعاقد... وكالة دون نيابة وساطة العملاء+ الاسم المستعار

2- إحلال إرادة النائب محل الأصيل:

+ العقد يحدث آثاره في ذمة الأصيل

++ العبرة بأهلية وإرادة النائب

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الاول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

وجود الرضا

الفصل 23 م ا ع: لا يتم الاتفاق الا بتراضي المتعاقدين على أركان العقد وبقية الشروط المباحة...

❶ تلاقي الإرادتين:

يتم التعاقد بصدور إيجاب عن احدهما (عرض للتعاقد) يسمى الموجب يقترن بقبول (الموافقة على التعاقد) من الطرف الثاني يسمى القابل أو الموجب له... وذلك إما أن يكون بين حاضرين أو بين غائبين.

التعاقد بين حاضرين:

الإيجاب (عرض التعاقد):

هو تعبير بات عن إرادة حرة حقيقية جدية وواعية يتضمن عرضا محددا للتعاقد حسب شروط معينة يوجهه الموجب لشخص معين.

خصائص الإيجاب:

الفؤاد

- ✓ باتا وصريحا لا لبس فيه.
- ✓ دقيقا مشتملا على كافة أركان العقد بحيث يكفي ان يقول الطرف الثاني قبلت لينعقد العقد بينهما ولو كان موجها للعموم إلا في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي ويتم الإيجاب بأي وسيلة كانت.

آثار الإيجاب:

يجب التمييز بين الإيجاب المجرد والإيجاب المقيد بأجل

الإيجاب المجرد:

اذا لم يتلقاه قبول فوري فانه يسقط بمجرد عدم قبوله في الحين وهو ما يعرف بمجلس العقد.

ومجلس العقد هو المكان الذي يضم المتعاقدين طيلة فترة انشغالهما بالعقد.

ويجب ان يتم الإيجاب والقبول مع اتحاد مجلس العقد وهو ما يسمى الفورية في القبول. الفصل 27 م ا ع فقرة 1: "إذا عرض شخص على شخص أخر حاضر بمجلسه عقدا من العقود و لم يعين له أجلا لقبوله أو رفضه فلا يترتب على ذلك شيء ان لم يقبله في الحين...".

وللموجب الحق في الرجوع عن إيجابه مادام بمجلس العقد مستمرا و لم يصدر عن الطرف الثاني قبول. الفصل30 م ا ع: "يسوغ الرجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول او بالشروع في العمل بمقتضاه من الطرف الأخر".

والفورية في القبول لا تعني الفورية المطلقة وإنما يجب ان يترك الموجب فترة تأمل للموجب له وهو ما تفرضه الثقة والأمانة في التعامل وإلا تحمل الموجب مسؤولية التعويض للموجب له عن الرجوع السابق لأوانه.

موسسة الفواد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

الفصل 27 م ا ع: يتضمن التزاما قانونيا على كاهل الموجب يلزمه باحترام مجلس العقد وعدم الرجوع في إيجابه قبل مرور فترة التأمل التي يحتاجها الموجب له وهي المهلة الزمنية التي يكون فيها منشغلا تماما بموضوع العقد المعروض عليه وإلا عـــــد الموجب مخطأ على معنى الفصلين 82 و83 م ا ع.

الإيجاب المقيد بأجل:

الموجب الذي حدد أجلا لقبول إيجابه ملزم باحترامه بحكم إرادته المنفردة بإبقائه إلى حين انتهاء الأجل، وهذا الالتزام يعد تصرفا قانونيا وهو ملزم حتى للورثة... الفصل 33 م ا ع: "من صدر منه الإيجاب وعين أجلا لقبوله فهو ملزم للطرف الأخر إلى انقضاء الأجل فان لم يأته الجواب بالقبول في الأجل المذكور انفك التزامه".

القبول: (الموافقة على التعاقد):

هو تعبير بات عن إرادة حرة حقيقية جدية وواعية يصدر عن الموجب له ويترتب عن تطابقه مع الإيجاب انعقاد العقد.

اما الموافقة بشروط جديدة فهو رفض للإيجاب مقترن بإيجاب جديد.

الفصل 31 م ا ع: "الجواب الموقوف على شرط او قيد يعتبر رفضا للإيجاب مصحوبا بإيجاب آخر".

الفصل 32 م ا ع: "يعتبر الجواب موافقا للإيجاب ان اكتفى المجيب بقوله قبلت أو أجرى العمل بالعقد بلا شرط ".

ويمكن ان يكون القبول صريحا او ضمنيا.

الفؤاد

ويعد السكوت قبولا اذا وقع في ظروف وملابسات تفيد الموافقة.

الفصل 29 م ا ع: "اذا كان الجواب بالقبول غير مطلوب لعارض العقد او كان عرف التجارة لا يقتضيه تم العقد بمجرد الشروع الطرف الأخر في العمل به...".

التعاقد بواسطة الهاتف:...

يأخذ حكم التعاقد بين حاضرين. الفصل 27 فقرة 2 م ا ع: "...وهذا الحكم يجري فيما يعرضه شخص على أخر بواسطة الهاتف".

❷ التعاقد بين غائبين:

عن طريق البريد او بواسطة رسول وهو ما يؤدي الى وجود فاصل زمني بين صدور الإيجاب وتلقيه بالقبول.

ولذلك لا بد من تحديد زمان انعقاد العقد لمعرفة القانون المنطبق ولتحديد زمن استحالة المحل.

كما لابد من تحديد مكان انعقاد العقد لتحديد قانون الدولة المنطبق ومرجع النظر الترابي.

الايجاب بالمراسلة:

يبقى الإيجاب قائما الوقت المناسب لإيصال الجواب مع إضافة فترة تأمل حسب الحالة التعاقدية وتخضع للسلطة التقديرية لقاضي الأصل...

الفصل 34 م ا ع: "من صدر منه إيجاب بمراسلة بلا تحديد اجل بقي ملزما إلى الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرح بخلاف ذلك في الكتاب. فإن صدر الجواب بالقبول في وقته و لم يبلغه إلا

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

بعد انقضاء الأجل الكافي لإمكان وصول الجواب إليه بالوجه القياسي فالصادر منه الإيجاب لا يلزمه شيء ويبقى الحق لمن لحقه الضرر في طلب تعويض الخسارة ممن تسبب فيها".

القبول بالمراسلة:

أخذ القانون التونسي بنظام **صدور القبول** أي يعد العقد مبرما في مكان وزمان حصول القبول وتحديدا **إعلان القبول** أي حالما يعلن الموجب له عن قبوله...

الفصل 28فقرة 1 م ا ع: "يتم العقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطرف الأخر بالقبول والتعاقد بواسطة رسول او غيره يتم في الوقت والجهة التي تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطرف الأخر للرسول".

التعاقد بواسطة رسول:...

نفس حكم التعاقد بالمراسلة.

الوعد بالتعاقد:

هو عقد يتوفر فيه الإيجاب والقبول يلتزم فيه أحد الطرفين أو كلاهما بأن يبرم في المستقبل عقدا ما ويلجأ إليه المتعاقدين عندما يتعذر عليهما لسبب قانوني أو شخصي إبرام العقد مباشرة رغم حصول الاتفاق على أركانه الجوهرية وبقية شروطه المشروعة.

وبالرغم من عدم تنظيم المشرع التونسي للوعد بالتعاقد فإن صحته ثابتة قانونا وهو عقد غير مسمى أي أنه خاضع للأحكام العامة للالتزامات.

الفؤاد

الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد:

وعد انفرادي يحتفظ فيه الموعود له بحرية عدم إتمام العقد.

هو عقد يتوفر فيه إيجاب وقبول ويتفق بموجبه الطرفان على أن يلتزم الواعد بالتعاقد مستقبلا إذا رغب الموعود له بذلك وقد يكون بأجل يسقط بانتهاء التزام الواعد أما إذا كان غير مقيد بأجل فان التزام الواعد لا يسقط إلا بعد إنذار الموعود له ... الفصول 284 و286 و289 م ا ع.

الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين:

وهو اتفاق بين الطرفين على كامل أركان العقد النهائي مع التزامهما بإمضائه بمجرد توفر شروطه...

فهو عقد التقى فيه الإيجاب بالقبول أي أنه وعد متبادل ملزم للطرفين...

فالوعد بالبيع مثلا هو عقد صحيح محل الالتزام فيه هو التزام بعمل يتمثل في إنجاز البيع في وقت محدد عندما يستكملان أركان العقد.

موسسة الفواد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

عيـــوب الرضـــا

هناك ارتباط تاريخي بين ظهور مبدأ الرضائية ونظرية عيوب الإرادة فعندما كان القانون الروماني يكرس الطابع الشكلي للعقد لم يكن يعرف عيوب الإرادة كسبب لبطلان العقد...

عيوب الرضا تثير إشكالية الموازنة بين حماية الإرادة الفردية من جهة وضمان الاستقرار التعاقدي من جهة ثانية...

المشرع حاول الموازنة بين الأمرين: الفؤاد

* الرغبة في الحفاظ على الاستقرار التعاقدي تبرر:

– **التضييق في نطاق عيوب الإرادة** وهو ما يبرر كذلك الصبغة الاستثنائية للغلط فهو محدد في حالات محصورة بالنص... كما أن محكمة التعقيب اعتبرت أن الغلط في الصفة الموجبة للتعاقد لا يقوم ما لم يكن محل اتفاق مسبق.

– تبنى المشرع التونسي في الفصول 43 الى 61 م ا ع **الطابع الاستثنائي** لعيوب الإرادة حفاظا على الاستقرار التعاقدي وهو ما يتضح من خلال:

– الفصل 43 م ا ع **يحصر العيوب** المبطلة للرضا في الغلـــط والتغريـــر والإكـــراه

إقصاء مبدئي للغبن ما لم يكن نتيجة تغرير + عدم اعتبار كل من المرض والسكر عيبين مستقلين بل مجرد قرينة لانعدام الإرادة خاضعة لتقدير القاضي.

– جميع عيوب الرضا لا يترتب عنها البطلان ما لم يكن **العيب حاسما** و لولاه لما أبرم العقد... وهو ما يضيق من نطاق البطلان المؤسس عليها.

* و ضمان العدالة العقدية يبرر:

–الصبغة المزدوجة لكل من الإكراه والتغرير فهما في نفس الوقت سببا بطلان و وسيلة لحماية إرادة الطرف المتضرر و معاقبة من اخل عن سوء نية بضرورة تكافؤ الالتزامات... فهما جنحة مدنية (على معنى الفصل 82 م ا ع سلوك مخطئ و غير مشروع أضر بالغير).

– هناك حالات يغلب فيه المشرع حماية الإرادة الفردية على متطلبات الاستقرار التعاقدي وهي:

– إمكانية طلب الإبطال ان كان هناك غلط ناتج عن تغرير مهما كان نوع الغلط.

– الإكراه يعيب الرضا مهما كان مصدره ولو لم يعلم به المتعاقد الأخر...

وهو ما سيتضح من خلال مختلف عيوب الرضا:

الغلط...

التغرير...

الإكراه...

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليمة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

هو حالة تقوم في النفس تحمل على توهم غير الواقع... تصور مخطئ من أحد المتعاقدين لعنصر من عناصر العقد.

التوسع في نطاق الغلط يكرس احترام الإرادة الفردية ولكنه يخل بالاستقرار التعاقدي... الحل الوسط هو: حصر حالات الغلط المفسد للرضا، وتحديد نظامه.

1- حالات الغلط المفسد للرضا

في الواقع و في القانون

أ- الغلط في الواقع (ف 45 + 46 م ا ع)

الفصل 45 م ا ع:"الغلط في نفس الشيء يكون موجبا للفسخ لغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد".

الفصل 46 م ا ع:"الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته لا يكون موجبا للفسخ إلا إذا كانت ذات المتعاقد معه أو صفته من الأسباب الموجبة للرضا بالعقد".

الغلط في الواقع أربع حالات: 1- الغلط في ذات المعقود عليه... 2- الغلط في نوع الشيء... 3- الغلط في الصفة الموجبة للتعاقد... 4- الغلط في شخص المتعاقد وصفته الأساسية.

1. الغلط في ذات المعقود عليه:

هو الغلط في ذاتية محل الالتزام ... بيع عقار معين في حين أن الشاري يتوهم كونه اشترى عقارا أخرا.

هذا العيب يتعلق بوجود الإرادة أصلا... غلط حائل أو مانع جزاؤه البطلان المطلق

2. الغلط في نوع الشيء المعقود عليه:

أي مجموعة المميزات المادية للشيء محل الالتزام التي إذا اجتمعت فيه تدخله في صنف أو جنس معين... (مثال الشمعدان)

3. الغلط في الصفة الموجبة للتعاقد.

الصفة الموجبة للتعاقد :هي كل صفة تشكل في نظر المعاقد الدافع الاساسي للتعاقد... معيار ذاتي يشكل تهديدا للاستقرار التعاقدي لسهولة ادعائه ---> فهو الغلط في الصفة التي لولاها لما أقدم الشخص على التعاقد (شيء أثري).

بعض الفقهاء: يجب على المحاكم حتى تأخذ به أن يكون محل اتفاق مسبق بين الطرفين أي يجب أن يشتمل العقد على توفر تلك الصفة* بصفة صريحة بشكل لايمكن معه للطرف الأخر أن يدعي عدم علمه بكونها الصفة الموجبة للتعاقد.

قرار محكمة التعقيب عدد2490 المؤرخ في 6/فيفري/1979 :"لا يجوز لمن اشترى قطعة أرض بدافع البناء أن يطلب إبطال البيع إذا تعذر له الحصول على رخصة في البناء من البلدية ما لم يشترط بالعقد صلوحية المشترى للبناء".

4. الغلط في شخص المتعاقد او في صفته الأساسية.

حالة خاصة بالعقود التي يكون فيها شخص المتعاقد معه محل اعتبار (زواج، شغل، توكيل...) الفصل46 م ا ع الغلط الحاسم :يجب أن يكون الشخص محل اعتبار.

وقد يكون الغلط في صفة من صفات الشخص (الأمانة).

ب – الغلط في القانون (ف 44 م ا ع)

توهم أحد المتعاقدين أن القانون ينصّ على قاعدة في حين أنه ينص على خلافها (نصيب الوارث).

الفصل44 م ا ع:"العقد المبنى على جهل عاقده لما له من حقوق يجوز فيه الفسخ في حالتين:

أولا: إذا كان هو السبب الوحيد أو السبب الأصلي الموجب للتعاقد.

ثانيا: إذا كان مما يعذر فيه بالجهل ".

الفؤاد

شرط الغلط المغتفر:"مما يعذر فيه بالجهل".

1- نظام الغلط المفسد للرضا

حاسما... مغتفرا... ولو لم يكن مشتركا

أ- شروط الغلط الحاسم:

أي لولاه لما وافق من وقع فيه على التعاقد.

المشرع نص عليه صراحة في حالات الغلط في القانون و الغلط في ذات أحد المتعاقدين و الغلط في نفس الشيء... المشكلة بالنسبة للغلط في نوع المعقود عليه: يجب تحديد معنى عبارة "نوع الشيء"

النظرية الموضوعية :

... الغلط في مادة الشيء المعقود عليه... لا يشترط الغلط الحاسم... يكفي ثبوت الغلط في النوع ولو لم يكن النوع عنصرا حاسما لقبول التعاقد... توسيع نطاق الغلط في نوع المعقود عليه

النظرية الذاتية :

... العبرة بتأثير الغلط على الإرادة لا بمجرد وجوده... يشترط الغلط الحاسم... تضييق نطاق الغلط في نوع المعقود عليه

موقف المشرع التونسي : سكوت في الفصل 45 يوحي بالنظرية الموضوعية...

ولكن فلسفة نظرية عيوب الإرادة لدى المشرع مبنية على الجانب الذاتي النفسي...

توفر شرط الغلط الحاسم ضروري في جميع حالات الغلط.

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

ب- شرط الغلط المغتفر:

أي أن يكون للواقع في الغلط عذر يبرر غلطه وقد وضع المشرع هذا الشرط بالنسبة للغلط في القانون وهذا الحصر لشرط الغلط المغتفر وعدم تعميمه على جميع حالات الغلط يمكن تفسيره بحرص المشرع على حماية الإرادة الفردية...

فالعبرة ليست بسبب الغلط انما بدرجة تأثيره على رضا الطرفين...

لكن إعطاء القاضي سلطة لتقدير الغلط (ف 48 م ا ع) من الممكن ان يؤدي الى تعميم شرط الغلط المغتفر فالقضاة لن يعتمدوا الغلط ان كان فاحشا ... وهو حل القضاء الفرنسي مراعاة للاستقرار التعاقدي.

ج- الغلط المشترك:

لا يشترط ان يكون الغلط مشتركا

نص عليه الفصل 43 م ا ع كعيب مستقل...

و الفصل 60 م ا ع كشرط للغبن

1- التغرير كعيب مفسد للرضا

هو كل حيلة أو خدعة توقع الشخص في غلط يحمله على التعاقد.

فهو غلط معتنار يقع فيه الشخص تحت تأثير الحيل فيتصور الأمور على غير حقيقتها و يقدم على التعاقد على أساس الأوهام التي افتعلها الغير... فهو يفترض في جميع الحالات خطأ يصدر عن المتعاقد أو الغير (كذب // حيل...)

لذلك فإنه يعد أيضا جنحة مدنية و جزاءه مزدوج البطلان و التعويض...

فهو يختلف عن الغلط الذي يترتب عنه البطلان فقط.

ونطاقه أوسع من الغلط في ناحيتين:

* يشمل خطأ الغير.

** يشمل أي غلط ناتج عن حيلة أو خداع أو كتمان ولو كان غلطا في الحساب أو في القيمة.

فالتغرير ذو طبيعة مزدوجة: سبب لطلب البطلان + جنحة موجبة للتعويض... وهو ما يظهر من مكوناته وشرط أن يكون حاسما.

أ- مكونات جنحة التغرير:

عنصرين: مادي ومعنوي.

1- العنصر المادي

الفصل 56 م ا ع:" التغرير يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الطرفين أو من نائبه أو ممن كان متواطئا معه مخاتلات أو كنايات حملت الطرف الآخر على العقد ...".

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

1- 1- المخاتلات

هي مجموعة الوسائل الاحتيالية، قولية كانت أو فعلية من شأنها تضليل المتعاقد وحمله على الرضاء بما لم يكن ليرتضي به لولاها ...

الفقه المقارن مجرد الكذب يكفي و لا حاجة لأساليب مادية.

مسألة الكذب: هناك إجماع بين تشريعات البلدان العربية على أن الكذب من المخاتلات.

1- 2- الكنايات:

أي التعبير عن شيء معين بلفظ غير صريح في الدلالة عليه لغرض من الأغراض... والمقصود بها السكوت عمدا عن ظرف يهم المعاقد الأخر معرفته...الكتمان... المشرع يضع على كاهل المتعاقد واجب الإعلام و المصارحة.

الكنايات =إخفاء ما تفكر فيه... وبالرجوع إلى النسخة الفرنسية نلاحظ أن كلمة "كنايات" تقابلها كلمة **Ρετισσενχε** وهذه الكلمة تتحمل بسهولة معنى الكتمان ... واعتبار الكتمان نوعا من التغرير ليس أجنبيا على المشرع التونسي ... فصل 8 من مجلة التأمين ... وهناك مبدأ قانوني عام مفاده أنه لا يمكن لشخص ان ينتفع بسوء نيته، و الكتمان يعبر عن سوء النية.

المجلة المدنية الفرنسية لم تتعرض للكتمان... قرار تعقيبي مدني فرنسي مؤرخ في 15 جوان 1971 "يمكن أن يتكون التغرير من السكوت الذي يقصد منه إخفاء أمر على المتعاقد معه لو علم به لما رضي بالتعاقد ".

القوانين العربية المقارنة تعتبر الكتمان تغريرا و هو نفس موقف الفقه الإسلامي.

الفؤاد

2- العنصر القصدي :

"توافر نية التضليل لدى المغرر". يجب التفريق بين:

التضليل المغتفر :وهو عادة المبالغة في الوصف التي لا تؤثر على صحة العقد.

و التضليل المذموم أو غير المشروع: هو الذي يكون فيه التضليل على درجة من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد.

3- مصدر التغرير:

الفصل 56 م ا ع:"التغرير يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الطرفين أو من نائبه أو ممن كان متواطئا معه ... وكذلك حكم التغرير الواقع من غير المتعاقدين إذا علمه من انتفع به".

إذا صدر التغرير مباشرة عن أحد المتعاقدين أو من نائبه أو ممن كان متواطئا معه يكون العقد قابلا للإبطال... أما إذا صدر التغرير عن شخص غير متواطئ فلا يوجب الإبطال إلا إذا علم به المتعاقد و زمن العلم بالتغرير يكون قبل إنشاء العقد لا بعده لتكون هناك إمكانية إبطال العقد.

ب - شرط التغرير الحاسم :

- يجب ان يكون التغرير هو الدافع الأساسي للتعاقد وهو ما يسمى التغرير الأصلي: أي الذي يتعلق بجوهر العقد .

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب طليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

ـ التغرير العارض: هو الذي يلحق توابع العقد , لا يؤثر بصفة حاسمة على التعاقد إنما يجعل المغرر به يرضى بشروط أشد ما كان ليرضى بها لولا التغرير...

وهذه التفرقة يكرسها الفصل 57 م ا ع:" التغرير الواقع في توابع العقد إذا لم يكن هو السبب الأصلي في التعاقد لا يوجب إلا تعويض الخسارة".

- مسألة وصف التغرير تبقي من المسائل الموضوعية التي يخضع تقديرها لمحض اجتهاد القاضي.

1- التغرير شرط الغبن المفسد للرضا

الغبن هو الخسارة المالية التي تلحق بأحد المتعاقدين في عقود المعاوضة نتيجة وجود فارق معتبر زمن التعاقد بين القيمة الحقيقية للمعقود عليه والقيمة المعتمدة في العقد.

الفصل 60 م ا ع: "الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا نتج عن تغرير العاقد الآخر أو نائبه أو من نابه في العقد عدا ما استثني بالفصل الآتي".

الفصل 61 م ا ع: "الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغرير من معاقده الآخر والغبن في هذه الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث".

- الغبن غير الناتج عن تغرير لا يوجب الفسخ إلا إذا كان المغبون صغيرا و تجاوز فارق القيمة الثلث (وفي القسمة الرضائية يكفي فارق الربع ف 125 م ح ع)

هذه الأحكام مستمدة من الفقه الإسلامي الذي لا يعتد بالغبن مالم يصحبه تغرير... و الطابع الاستثنائي للغبن أمر متفق عليه منذ القدم بين الأنظمة القانونية.

- أحكام الفصل 60 م ا ع لا جدوى منها طالما ان التغرير بحد ذاته سببا مستقلا و لا حاجة عند إثباته لمزيد من الجهد من اجل إثبات الغبن فطلب البطلان ممكن للتغرير.

الإكـــــراه الفؤاد

عرفه الفصل 50 م ا ع: "إجبار احد بغير حق على ان يعمل عملا لم يرتضيه".

فهو ضغط على ارادة الشخص بما يحمله على التعاقد دون رضاه... لهذا يعد الإكراه جنحة مدنية... جزاؤه البطلان والتعويض.

و للإكراه مكونات... و شروط.

1- مكونات الإكراه:

الإكراه هو الخوف الباعث على التعاقد ويستثنى منه "الخوف المترتب على الحياء"... الفصل 55 م ا ع...

حسب الفصل 51 ثانيا م ا ع فإن الإكراه يوجب البطلان: إذا كان... من شأنه إحداث ألم ببدن المكره أو اضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليها أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح...".

الإكراه يتكون من ضغط حسي أو معنوي يهدف للتأثير على إرادة المتعاقد وجعله مخيرا بين أمرين: التعاقد أو تحمل الضغط...

موسسة الفواد عدد (45) الطابق الاول. مركب عليسة ـ المنار الأول .الهاتف : 70860477

فالإكراه لا يعدم الرضا وإنما يعيبه فقط... فالمكره يختار التعاقد بموجب رضا غير حر.

الإكراه معنوي: تأثير على المؤهلات النفسية يضعف الإرادة.

الإكراه المادي: هو خلق للإرادة فالشخص المتعاقد فاقد لحرية الاختيار... وقد يترتب عنه البطلان المطلق لانعدام الرضا تماما.

... الإكراه يثبت بجميع الوسائل.

2- شروط الإكراه:

مهما كان مصدره... ان يكون حاسما... وغير مشروع.

أ- مصدر الإكراه:

الفصل53م ا ع: "الإكراه يوجب الفسخ(البطلان) وان لم يقع من المعاقد الذي انجرت له منفعة العقد".

- الإكراه يوجب الإبطال إن صدر عن احد المتعاقدين أو عن الغير ولو جهله من استفاد منه من المتعاقدين...
- الإكراه يعيب الرضا مهما كان مصدره

أما الإكراه المتولد عن حالة الضرورة أي عن الظروف الخارجية التي أحاطت بالمتعاقد زمن إبرام العقد... لا يوجد فيه نص صريح في التشريع التونسي...

الفقه منقسم بين رافض... فالإكراه جنحة تتطلب عنصرا قصديا لا يتوفر إلا إن صدر عن شخص

و قابل... على أساس أن الأصل في العقود الرضائية وحرية التعاقد وهو الموقف الأقرب الى فلسفة عيوب الرضا في التشريع التونسي.

القانون اللبناني اقره صراحة ... في الفقه الإسلامي: المذهب المالكي يعتد به.

الفؤاد

ب- شرط الإكراه الحاسم:

الفصل 51 م ا ع:"لا يكون الإكراه موجبا لفسخ العقد إلا في الصور الآتية: أولا: إذا كان الإكراه هو السبب الملجئ للعقد...".

- يجب ان يكون الإكراه هو السبب الملجئ للعقد.
- مجرد الحياء لا يعد إكراها
- وتقدير مدى تأثير الضغط يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.
- يعتد بالإكراه ولو كان مسلطا على من له قرابة قوية مع المتعاقد الفصل54م ا ع: "الإكراه يوجب فسخ(بطلان) العقد وان وقع على من له قرابة قوية مع المعاقد المكره على العقد".

ج- عدم مشروعية الإكراه:

يجب أن يكون الإكراه بغير حق.

الفصل 52 م ا ع:" الخوف المبني على التهديد بالتقاضي لدى المحاكم أو بغير ذلك من الطرق القانونية لا يوجب الفسخ (البطلان) إلا إذا كان التهديد مما يؤثر في الشخص المقصود به بالنسبة لحاله حتى سلبت منه

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الاول .الهاتف : 70860477

الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد

منافع بغير حق أو كان التهديد مصحوبا بأمور تقتضي الإكراه على معنى الفصل 51 م ا ع ".(أي استعمال الضغط او التهديد)

وهنا يجب التمييز بين ثلاث حالات:

1- الغاية مشروعة والوسيلة مشروعة... ***لا وجود لإكراه***

2- الوسيلة غير المشروعة استخدمت لغاية مشروعة... ***يوجد إكراه***

3- الوسيلة مشروعة و الغاية غير مشروعة... ***يوجد إكراه***

مشروعية الغاية ليست مبررا لاستعمال العنف أو التهديد به في القانون التونسي.

الموضوع:بين كيف أن المشرع التونسي وفق بين حماية الإرادة الفردية و احترام متطلبات الاستقرار التعاقدي عند تنظيمه لنظرية عيوب الإرادة

المقدمة: اقتران ظهور عيوب الرضا بتكريس قاعدة الرضائية و كيف أنها اعتبرت خطرا على الاستقرار التعاقدي مما أدى الى حصر نطاق البطلان المترتب عنها...

1- تغليب مبدئي للاستقرار التعاقدي

+ حصرعيوب الرضا في ثلاث ... ف43 م ا ع

++ حصر حالات الغلط

الفؤاد

2- السعي للموازنة بين حماية الإرادة الفردية و احترام متطلبات الاستقرار التعاقدي

+ شرط أن يكون العيب حاسما

++ توسيع نطاق التغرير و مصدر الاكراه

الموضوع: قارن بين التغرير و الغلط

الإشكالية: كلاهما ذو طبيعة مزدوجة(جنحة مدنية وعيب رضا) وهو ما يفسر نقاط التلاقي و الاختلاف...

1- قيام العيبين

+ حالات كل منهما

++ أن يكونا حاسمين و ثابتين

2- نظام العيبين

+ مصدر كل من العيبين

++ آثار كل منهما

الموضوع: قارن بين التغرير و الإكراه

1- قيام العيبين

+ مكونات كل منهما

++ أن يكونا حاسمين

2- نظام العيبين

+ مصدر كل من العيبين

++ آثار كل منهما: الإبطال + التعويض فهما جنح

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

المقصود هو محل الالتزام وليس محل العقد فهذا الأخير هو العملية القانونية التي يتفق الأشخاص على إنجازها أما محل الالتزام فهو الأداء الذي يلتزم به المدين بموجب العقد.

أنواع محل الالتزام :

الالتزام بإعطاء: الالتزام بنقل الملكية...

الالتزام بعمل: التزام طبيب... مقاول ...

الالتزام بالامتناع عن عمل: الامتناع عن المنافسة...

شروط محل الالتزام :

يجب أن يكون المحل مشروعا... معينا... ممكنا.

I. مشروعية المحل

أ - مفهوم المشروعية

(ان يكون شيئا غير خارج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون[1])

المشروعية شرط جوهري و إلا بطل العقد.

المبدأ : مشروعية المحل...

الفصل 62 م ا ع :"..... فما لم تصرح القوانين منع التعاقد فيه يجوز التعاقد فيه ".

فيما يتعلق بالحالة التي يكون فيها المحل مشروعا ولكن الغاية التي سيستخدم فيها غير مشروعة لا يمكن إبطال العقد على أساس عدم مشروعية المحل وعندها يجب الاعتماد على السبب...

الفصل67م ا ع :" الالتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه. والسبب غير الجائز عبارة عما يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام"...

الأخلاق الحميدة و النظام العام هما مفهوم مرن، متطور في الزمان والمكان...

مما يعطي لنطاق عدم الشرعية مرونة في التطبيق ويجعله متأقلم مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية...

---> المشرع نظم مراقبة مدى تطابق العقود مع قواعد النظام العام في نطاق نظرية السبب لأن التعاقد على محل مشروع لا يكفي لضمان تطابق العقد مع متطلبات النظام العام و الأخلاق الحميدة...

فقد يكون المحل مشروعا و لكن الغاية من التعاقد (السبب) غير مشروعة وعندها لا يمكن إبطال العقد على أساس المحل بينما يمكن ذلك على أساس السبب...

و هو ما يسمح للقاضي أن يراقب مدى مطابقة العقد لمتطلبات النظام العام و الأخلاق الحميدة...

---

1) يمكن القول أن مشروعية المحل تتطابق مع مفهوم المال الوارد بالفصل ا م ح ع وهو:" المال هو كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون ومن شأنه أن يكون موضوع حق ذي قيمة نقدية".

ب - حالات عدم المشروعية

1- حقوق الدولة و اختصاصاتها:

°أملاك الدولة: لا يجوز التعامل فيها ... أو الاختصاصات التي تحتكرها الدولة: تبغ... وقيد... كحول...

°العملة الأجنبية... إلا في الحالات التي يجيزها القانون

2- حقوق الشخصية :

الفؤاد

- حرمة الذات البشرية : لا يباع جسم الإنسان و لا منتوجات الجسد...

يمكن النيل من حرمة الجسد في إطار العقد الطبي لأغراض علاجية...

كما أن المشرع نظم في إطار التبرع:

- أخذ الأعضاء البشرية و زرعها في حالة التبرع.

- نقل الدم البشري.

كما وضع المشرع قوانين تنظم تداول المواد السمية والأدوية وبدائل حليب الأم وصناعة الأدوية ونظم مهنة الطب البشري و طب الأسنان و المهن الصيدلية... و نظم الطب الإنجابي[2]...

- الحقوق الشخصية (غير المالية) تكون باطلة الاتفاقات المتعلقة بـــ... الدين... الزواج...الحق النقابي...

الأحوال الشخصية: الولاية... الحضانة... الميراث...الجنسية.

II. تعيين المحل :

المبدأ: يجب أن يكون **المحل معينا.**

تليين للمبدأ: يجب أن يكون المحل **قابلا للتعيين.**

فصل 63 م ا ع:"المعقود عليه يجب أن يكون معينا ولو بالنوع أما مقداره وعدده فيجوز أن يكون غير معين وقت العقد بشرط إمكانية تعيينه فيما بعد".

معينا أو قابل للتعيين فيما بعد (بشكل موضوعي):

- معين بالذات: عقار... آلة... بصفة تعرفه و تميزه عن غيره دون أن تُثار هنا مسألة المقدار.

- معين بالنوع:

°من حيث جنسه : مثال : قمح... شعير.

°من حيث مدى جودته: جيد... متوسط .

---

[2] قانون عدد 93 لسنة 2001 مؤرخ في 7 أوت 2001 يتعلق بالطب الإنجابي... و مما جاء في هذا القانون: **الفصل الأول:** يخضع الطب الإنجابي لأحكام هذا القانون ويمارس في كنف ضمان كرامة الإنسان وصون حرمته الجسدية. ويقصد بالطب الإنجابي على معنى هذا القانون كل الأعمال الطبية الداخلة في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب والرامية الى معالجة عدم الخصوبة **الفصل 2:** يشمل الطب الإنجابي كل الأعمال السريرية والبيولوجية داخل الأنبوب أو أي تقنية أو عمل آخر له أثر معادل ويؤدي إلى الإنجاب البشري خارج المسار الطبيعي لذلك. **الفصل 3:** يهدف الطب الإنجابي إلى الاستجابة لطلب شخصين متزوجين وذلك قصد تدارك عدم الخصوبة لديهما ويقدم هذا الطلب كتابيا. **الفصل 4 :** لايمكن اللجوء إلى الطب الإنجابي إلا بالنسبة الى شخصين متزوجين وعلى قيد الحياة وبواسطة أمشاج متأتية منهما فقط وأن يكونا في سن الإنجاب. **الفصل 7:** يمنع تكوين الجنين البشري أو استعماله لغايات تجارية أو صناعية أو قصد انتقاء النسل. **الفصل 8** يمنع منعا باتا في إطار الطب الإنجابي اللجوء إلى تقنيات الاستنساخ **الفصل 9** : "يمنع الحصول على أنسجة بشرية بواسطة الأنبوب أو تقنيات أخرى قصد الدراسة أو البحث أو التجربة.∇ **الفصل 11:**لا يمكن إجراء تجميد للأمشاج أو الأنسجة الا لغايات علاجية قصد مساعدة الزوجين على الإنجاب وبطلب كتابي منهما. ولا تستعمل الأمشاج أو الأنسجة المجمّدة طبقا لمقتضيات الفقرة السابقة قصد الإنجاب إلا في إطار احترام الشروط المنصوص عليها في الفصول 3 و4 و5 من هذا القانون.

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

°مسألة المقدار: يمكن أن يكون المقدار غير معين شريطة أن يكون قابل للتعيين فيما بعد على أسس موضوعية.

°مسألة الثمن: فصل 579 م ا ع:معين أو قابل للتعيين على أسس موضوعية.

الأسس الموضوعية :ـما هو معينٌ بقائمة السوق... تعريفة معينة... متوسط أسعار السوق[3]... التزام المشتري بالإنفاق على البائع طيلة حياته غير جائز لأن الثمن غير معين طبق الفصل 579.

III. إمكانية المحل :

المبدأ :يجب أن يكون **المحل موجودا زمن العقد** .

تليين للمبدأ: يجب **أن يكون المحل ممكنا**.

فصل64 م ا ع:" يبطل العقد إذا كان على شيء غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون".

ا - زمن الاستحالة :

1- استحالة المحل و استحالة التنفيذ:

العبرة في البطلان بالاستحالة السابقة عن العقد...

الفؤاد

يجب ان تكون الاستحالة زمن تكوين العقد...

لا تبطل الاستحالة العقد إلا إذا حدت قبل إبرام العقد...

- اما الاستحالة الطارئة بعد إبرام العقد فهي ليست سبب بطلان وإنما تسمح بطلب الفسخ وطلب تعويض المضرة .
- العقد يبقي باطلا حتى وإن زالت الاستحالة وقت الوفاء.

2- المحل المستحيل و المحل المستقبلي :

المبدأ : يجوز التعامل على شيء مستقبلي إذا علم المتعاقدان بعدم وجود الشيء وقت التعاقد .

الفصل 66 م ا ع فقرة أولى: "يجوز أن يكون المقصود من الالتزام شيئا مستقبلا وغير محقق عدا ما استثني في القانون...".

الاستثناءات:

* إذا لم يعلم المتعاقد بعدم وجود الشيء وقت إبرام العقد.

** التركة المستقبلية: فصل 66 م ا ع:"... لا يسوغ التسليم في ميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه أو على شيء من جزئياته ولو برضا المورث فالتعاقد فيما ذكر باطل مطلقا".

*** بيع معدوم: الفصل 574 م ا ع:" بيع المعدوم باطل كثمرة لم تبرز أو ما في حصوله شك كزرع لم ينبت وحمل في بطن أمه. وإنما يجوز بيع الغلة في أصولها وغيرها مـــــن المنتوج البارز ولو قبل النضج".

---

[3] ينص الفصل 579 م ا ع على ما يلي:" تعيين الثمن الذي انعقد عليه البيع لازم فلا يصح "بعت أو اشتريت بما يعينه فلان أو بمثل ما اشترى به فلانا إلا إذا كان الثمن معلوما للمتعاقدين وقت البيع ويجوز الاعتماد على ما هو معين بقائمة السوق أو بتعريفة معينة أو على متوسط أسعار السوق إذا كان ثمن المبيع لايتغير فإن كان متغيرا حمل المتعاقدان على أنهما اعتمدا متوسط الثمن الواقع".

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليمة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

**** عقود المقامرة: فصل 1452 م ا ع: "كل من التزم بدين من جهة مقامرة أو مراهنة كان التزامه باطلا قانونا ولا عمل عليه.".

مسألة عدم وجود الشيء مستقبلا :

المبدأ: يبطل العقد.

الاستثناء: عقود التأمين.

ب - أنواع الاستحالة:

1- الاستحالة المطلقة و الاستحالة النسبية

الاستحالة المطلقة:

المحل في حد ذاته مستحيل و لا يمكن لأي شخص تحقيقه... المحل مستحيل في مواجهة الكافة --> فالاستحالة لا يمكن تجاوزها من أي شخص---> تبطل العقد.

الاستحالة النسبية :

هي الاستحالة التي يكون فيه المحل مستحيلا بالنسبة للمدين فقط... فالمتعاقد لا يمكنه أن يقوم بهذا العمل مع أنه ممكن لغيره---> المحل ليس مستحيل ولكن المدين عاجز عن التنفيذ ---> يتحمل مسؤولية التعويض.

2- الاستحالة القانونية والاستحالة الطبيعية (المادية):

الفؤاد

الاستحالة الطبيعية (المادية):

سبب الاستحالة واقعي: بيع ارض على سطح القمر... بيع بضاعة لم تعد تصنع...

الاستحالة القانونية :

سبب الاستحالة قانوني: الاستئناف بعد فوات الأجل ... البيع الثاني لذات الشيء...

3- الاستحالة القصدية و الاستحالة غير القصدية :

الاستحالة القصدية :

هي التي يعلم بها أحد المتعاقدين زمن إبرام العقد = سوء النية

بطلان + تعويض.

فصل 65 م ا ع :" من كان يعلم حين العقد عدم إمكان المعقود عليه أو كان من حقه أن يعلمه فعليه تعويض الخسارة للطرف الآخر.

ولا تلزمه الخسارة إذا كان هذا الأخير عالما بما ذكر أو كان من حقـــه أن يعلمـــه.

وهـــذا الحكم يجري أيضا في الصورتين الآتيتين:

أولا: إذا كان المعقود عليه غير ممكن في البعض دون الباقي وصح العقد في ذلك البعض.

ثانيا: إذا كان بالعقد خيار التعيين وكان أحد الأشياء المعدة للخيار غير ممكن .".

الاستحالة غير القصدية:

المتعاقدان لا يعلمان بالاستحالة وقت إبرام العقد ---> بطلان فقط.

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء تصرفه الإرادي...

فهو مبرر الالتزام أو الغاية من التعاقد.

المحل هو جواب عن سؤال: بماذا التزم المدين؟

السبب هو جواب عن سؤال: لماذا التزم المدين؟

← ظهر السبب تزامنا مع قاعدة الرضائية ليحل محل الشكل كقيد على الإرادة و أصبحت مشروعية السبب قيدا يحد من سلطان الإرادة.

نظرية السبب غير معروفة في القوانين الانقلوسكسونية

نظرية السبب في القوانين اللاتينية و منها تونس

التصرفات غير المسببة تسمى تصرفات مجردة... يكفي فيه الرضا ليكون المدين ملزما بالوفاء (ألمانيا/ بريطانيا) ولا مجال للتمسك بانعدام السبب

نظام التصرف المجرد يضمن نجاعة الالتزام رغم قسوته على المدين.

القانون التونسي لا يقبل التصرفات المجردة إلا في حالات استثنائية... الأوراق التجارية

الأصل في القانون التونسي ان تكون التصرفات مسببة

I. التطور التاريخي لنظرية السبب .

* عند الرومان لم تكن النظرية معروفة ثم ظهرت في القرون الوسطى.

* الفقهاء الكنسيين: الإرادة هي التي تنشئ العقد و تجعله ملزما و ليس الشكل... التعاقد لا يجوز إذا كان يهدف إلى غرض غير مشروع

الالتزام يجب أن يكون مسببا و أن يكون سببه مشروعا... وهذه المشروعية لها بعدين:

1- ذاتي نفسي: ان لا يكون غرض العقد مخالفا للأخلاق والنظام العام.

2- موضوعي: اشتراط تكافؤ الالتزامات ضمانا للعدالة العقدية.

* القانون الفرنسي: اختلاف بين الفقهاء... ذاتي... موضوعي... توفيقي... مع بروز رأي يطالب بفصل الإرادة عن السبب ليعود كما تصوره الكنسيون ضمانا للعدالة العقدية.

أ- مختلف نظريات السبب :

النقاش يتمحور حول: هل للسبب مفهوم ذاتي (للقاضي ان يقدر تطابقه مع الأخلاق) أم أنه عنصر موضوعي (مقابل الأداء الملتزم به).

*- الإتجاه الموضوعي :Δοματ

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد

لا تولي هذه النظرية للعوامل الذاتية و الأخلاقية أي اعتبار و لا تهتم بالتالي بتكافؤ الالتزامات و بعدالة العقد بوجه عام نظرا لهيمنة مبدأ سلطان الإرادة زمن ظهورها... فالعقد عادل بالضرورة طالما نشأ عن تلاقي إرادتين حرتين

- نقد هذا الاتجاه من **πλανιολ اعتمادا على:

_ نظرية غير صحيحة مطلقا : في العقود الملزمة لجانبين... تزامن السبب مع السبب- غير معقول.

_ نظرية غير مفيدة : يمكن تعويض السبب :

° بالمحل : في العقود التبادلية .

° بالرضا :في عقود التبرع .

الفؤاد

***- وهو ما أدى إلى بروز حركة لتجديد النظرية : **H .Χαπιταντ**

التي أكست مفهوم السبب طابعا ذاتيا مميزا حيث أن السبب هو الدافع الأساسي الملجئ له بشرط ان يكون إما مشتركا بين طرفيه أو خاصا بأحدهما ولكنه منتمي لنطاق العقد... سبب الالتزام هو تنفيذ الطرف الأخر لالتزامه...

°السبب =الدافع الأساسي الملجئ للالتزام ... استمرارية السبب مدى حياة العقد: تكوين + تنفيذ

لكن الشراح يرون أن السبب لا يهم إلا مرحلة تكوين العقد لا تنفيذه.

****- نظرية **9. Μαυρψ**

حاول التأليف بين الموضوعية و الذاتية: وللسبب حسب **Μαυρψ** دور ومفهوم مزدوجان:

"المقابل المقصود"... الالتزام يقوم على عنصر موضوعي (وجود مقابل مالي مشروع و جائز) تحدده الإرادة وحدها (على القاضي اعتبار الدافع الذاتي للمتعاقد)... انعدام المقابل = انعدام السبب ... افتقاره لبعض الصفات = غلط في السبب ---> السبب هو الأساس النظري للغلط...

ب - السبب و العدالة العقدية:

مفهوم السبب يختلف باختلاف دوره:

1- في مفهومه المجرد = مقابل الأداء الملتزم به... ينعدم بانعدامه الالتزام

2- في مفهومه الجائز = الدافع الشخصي الذي يحمل المتعاقد على إنشاء العقد.

دور السبب المجرد:

_ السبب الموجود يمنع القاضي من التدخل ... مبدأ هيمنة سلطان الإرادة... لا يمكن للقاضي مراقبة عدالته

← هذا المفهوم القديم همش دور السبب عند الكنسيين (تحقيق العدالة العقدية)... لا يمكن للسبب أن يؤدي مثل هذا الدور إلا إذا فصل مفهومه تماما عن الإرادة.

_ لماذا لا يلعب السبب دور مراقبة العدالة العقدية ؟...و يسمح للقاضي بأن يتدخل على أساسه لتعديل الشرط التعريمي المجحف؟

غير ممكن... خوفا من تعميم عيب الغبن... و هو أمر مرفوض في القانون التونسي... الغبن يبقى استثنائي.

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

I. النظام القانوني للسبب :

الفصل67 :" الالتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه...".

المشرع يتعرض للسبب بمفهوميه المجرد و الجائز واثبات السبب

أ- السبب المجرد

_ هو كما قال **Δοματ** المفهوم التقليدي الموضوعي : المقابل الذي يلتزم به كل معاقد نحو المعاقد الآخر... وهو لا يتغير في نوع واحد من العقود فهو في:

°التصرفات التبادلية:سبب التزام الطرف الثاني التزام الطرف الأول.

°التصرفات الملزمة لجانب واحد:...

العقد العيني: السبب = الترجيع نتيجة سبق تسلم الشيء

العقد غير العيني: السبب = وجود دين سابق

عقد التبرع: السبب = نية التبرع

= هذا المفهوم لا يولي اهتماما بتكافؤ الالتزامات و لا بالعدالة العقدية.

ب- السبب الجائز

الفصل67 :" الالتزام المبني على ... سبب غير جائز لا عمل عليه..."...

والسبب غير الجائز حسب الفقرة الثانية من الفصل 67 هو:" عبارة عما يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام"...

والسبب الجائز يختلف من عقد الى اخر و من شخص إلى أخر و لو في ذات النوع من العقود حسب الدوافع...

السبب المجرد جزء لا ينفصل عن العقد لا تأثير فيه لنوايا المتعاقدين.

والسبب الجائز عنصر خارجي عن العقد و متغير حسب النوايا... فهو الباعث الأساسي الملجئ للتعاقد.

- والسبب الجائز يعطي القاضي صلاحيات هامة في مجال مراقبة مدى تطابق العقد مع قواعد الأخلاق الحميدة والنظام العام... ضمان مراقبة ناجعة لمشروعية العقد لا يمكن للمحل تحقيقها

ج- إثبات السبب:

الفصل 68:"كل التزام يحمل على سبب ثابت جائز ولو لم يصرح به " .

الفصل 69:"السبب المصرح به يحمل على الحقيقة إلى أن يثبت خلاف ذلك ".

الفصل 70:"إذا تبين أن السبب المصرح به إنما هو في الحقيقة غير موجود أو غير جائز فعلي من يدعي أن للعقد سببا جائزا غيره أن يثبت ذلك".

- المشرع وضع قرائن قانونية بسيطة لفائدة الدائن على الوجود والجواز إلى أن يثبت عكسها:
  1- افتراض ان للعقد سببا مشروعا
  2- افتراض ان السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي.

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

البطـــــــلان

عـــــــرض نظـــرية البطـــــلان

I. تمييز البطلان عن غيره من جزاءات العقد:

1- البطلان و الفسخ :

البطلان = جزاء عدم استكمال العقد لأركانه أو لشروط صحته عند تكوينه.

الفسخ = جزاء عدم تنفيذ أحد الطرفين للعقد (العقد منشأه صحيح).

الفؤاد

الفصول من 248 حتى 302 م أ ع تستخدم مصطلح الفسخ بمعناه الصحيح السابق ذكره.

الفصول من 330 حتى 338 م أ ع تستخدم مصطلح الفسخ خطأ للدلالة على البطلان النسبي.

خلط : سببه الفقه الإسلامي... هفوة لم تتسرب إلى فقه القضاء.

من حيث النتائج:

البطلان المطلق و البطلان النسبي لهما نفس النتائج : زوال العقد بصفة رجعية من تاريخ إبرامه.

و كذلك الفسخ له نفس الأثر الرجعي.

جزاء العقد في الفقه الإسلامي على درجات:

باطل ---> الفساد ---> الوقف ---> النفاذ ---> اللزوم.

2- البطلان و عدم النفاذ :

عدم نفاذ = هو جزاء خلل يعتري العقد دون أن يؤثر على صحته بين طرفيه ولكنه يجعله عديم الأثر بالنسبة للغير بحيث لا يمكن لأحد من الأطراف أن يعارض الغير به و يحتج به ضده..

3- البطلان و العقد الموقوف :

هو العقد الذي انعقد صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه إلا أنه يعتمد لأحد عناصر وهما الملك والأهلية مثال عقد القاصر وبيع ملك الغير الذي يبقى موقوفا حتى إجازة المالك...

ينتمي العقد الموقوف إلى الفقه الإسلامي .

لم يستعمل المشرع عبارة العقد الموقوف لكن أثرها ثابت في عدة فصول....

4- العقد الباطل و العقد الفاسد :

العقد الباطل : هو جزاء إفتقار العقد لأحد العناصر المكونة له.

عقد لا وجود له إلا من حيث الصورة---> لا ينتج أي أثر ---> إذا نفذ وجب الرد و إعادة الحال إلا ما كان عليه.

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

العقد الفاسد: هو مرتب من مراتب البطلان لا يعرفها إلا الفقه الحنفي وهو جزاء افتقار العقد لأوصاف معينة : مثل خلو الرضا من الإكراه أو التغرير... غياب المحل... وجود ربا

العقد الفاسد له وجود شرعي لكن غير صحيح---> فسخ .

5- العقد الموقوف و العقد النافذ غير اللازم .

العقد الموقوف: هو العقد الذي انعقد صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه إلا أنه يعتمد لأحد عناصر وهما الملك والأهلية مثال عقد القاصر وبيع ملك الغير الذي يبقى موقوفا حتى إجازة المالك...

الفؤاد

نقص لأحد عناصر النفاذ و هي أساسا الملك أو الأهلية ---> نفاذه يتوقف على إجازته.

الملك: بيع لملك الغير فصل 176 م أ ع نفاذه موقوف على إجازة من طرف المالك.

الأهلية : القاصر عقوده موقوفة على إجازتها من قبل الولي .

المريض مرض الموت: تصرفاته موقوفة على إجازة بقية الورثة (الفصول 354 _355_565_1481 م أ ع).

العقد النافذ غير اللازم : فهو عقد نافذ انعقد صحيحا منتجا لجميع آثاره لكنه عقد غير لازم لأن أحد طرفيه يستطيع وحده أن يستقل بنفسه دون توقف عن إرادة الطرف الآخر... عقد يستقل أحد الأطراف بفسخه .

II. تطور نظرية البطلان في القانون المقارن :

الفقه الإسلامي لم يؤثر في المشرع التونسي إلا نادرا.

يقوم نظام البطلان في تونس على التفرقة بين البطلان المطلق و البطلان النسبي .

و يرجع أساس هذه التفرقة إلى القانون الفرنسي القديم .

العقود الباطلة بطلان مطلق (لغياب احد الأركان: محل /سبب /أهلية /شكل): طلب الإبطال ممكن للأفراد بحكم القانون لأنها تهم النظام العام .

العقود القابلة للإبطال (عيوب رضا): يجب توفر رخصة باسم الملك من السلط العدلية المختصة لطلب البطلان.

أ- مبررات التمييز بين البطلان المطلق و البطلان النسبي:

1- أسس التفرقة في النظرية التقليدية للبطلان :

تقوم على فكرة تدرج الخطأ المسلط على العقد بحسب الخطورة الخلل الذي يعتري انعقاده و صحته .

- في حالة البطلان المطلق :

العقد يفتقر إلى أحد أركانه الأساسية: الرضا... السبب... المحل + في العقود الشكلية: غياب الشكل.

فافتقار العقد لأحد أركانه يحول تماما دون تكوينه .

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد

- دور القاضي هو مجرد معاينة انعدام العقد.

- في حالة البطلان النسبي :

العقد يفتقد إلى شرط يكتسي أهمية أقل من الشروط التي سبق ذكرها:

عيوب الرضا ... الغبن... الأهلية المنقوصة.

جميع أركان العقد متوفرة لكن شروط صحته غير متوفرة.

الفؤاد

- يصح التصديق عليه .

ملاحظة : بعض الشراح يضيفون الانعدام و هو افتقار العقد إلى ركن لا يمكن بدونه أن نتصور له أي وجود ... مثال : الغلط في ذات المعقود عليه ... و يتفق الشراح على انتفاء كل مصلحة قانونية من مفهوم الانعدام.

2- الأسس الحديثة للتفرقة بين البطلان المطلق و البطلان النسبي :

نقد النظرية التقليدية القائمة على معيار درجة الخطورة في الخلل فدرجة شدة البطلان لا تتأثر بدرجة خطورة الخلل

كما لا يجوز للقاضي التخلي عن البطلان بدعوى عدم خطورة الخلل.

و التصريح بالبطلان يؤدي إلى زوال العقد و انعدامه بصفة رجعية دون التفريق بين درجة الخطورة .

- القرن 20 : إعادة النظر في المسألة :

- المعيار الصحيح : الغرض الذي يرمي إليه المشرع من خلال وضعه لكل شرط من شروط انعقاد العقد وصحته .

الغرض :

إما شرط لحماية النظام العام... عدم احترام = بطلان مطلق .

و إما شرط لحماية المصالح الخاصة... عدم احترام = بطلان نسبي .

◆ تقييم أسس النظرية الحديثة:

- الإيجابيات:

تطابق بين متطلبات النظام العام و نظام البطلان المطلق:

_ توسيع حق القيام لكل من له مصلحة في طلبه.

_ عدم وجود أجل للقيام .

_ منع التصديق على العقد .

تطابق بين مقتضيات حماية المصلحة الخاصة و نظام البطلان النسبي :

_ تحديد الأشخاص الذين يحق لهم القيام .

_ حرية الأفراد في التخلي عن الحماية التي يمنحهم إياها القانون.

_ تحديد الحماية في الزمن لحماية الاستقرار التعاقدي .

- السلبيات :

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

تشعب مفهوم النظام العام... خاصة بعد التمييز بين النظام العام الحمائي (الذي يهدف إلى حماية الأفراد) و النظام العام العادي... حماية المصلحة الخاصة أصبحت من متطلبات النظام العام .

_ الحدود بين النظام العام و المصلحة الخاصة ليست دائما ثابتة .

هل يتجه التخلي عن المعيار الموضوعي للتفرقة بين البطلان المطلق و البطلان النسبي و النظر إلى نظام البطلان باعتبار كل حالة على حدة ؟

_ الشراح المعاصرين : ميل لهذا الحل : الهدف الذي ترمي إليه القاعدة القانونية و الحرص على بجاعة جزاء مخالفتها .

ترك مسألة تكييف جزاء البطلان المطلق و البطلان النسبي لاجتهاد القاضي هو أمر مردود تماما في القانون التونسي لمخالفته لصريح إرادة المشرع .

ب- المصلحة القانونية من التمييز بين البطلان المطلق و البطلان النسبي :

أساسا تحديد نظام البطلان:

_ الأشخاص الذين يحق لهم القيام... أوسع في المطلق.

_ أجل القيام... أطول في المطلق.

_ مدى إمكانية التصديق على العقد الباطل و إجازته... جائز في النسبي فقط .

- و مع ذلك فالآثار واحدة في كليهما.

I. التكريس القانوني النظرية التقليدية للبطلان :

أ- قاعدة لا بطلان بدون نص

فصل 325 حدد حالات البطلان المطلق .

فصل330 حدد حالات البطلان النسبي (وهي حالة الفصول 8 أهلية_43 عيوب رضا _58 السكر المغير للشعور_61 غبن الصغير)

ب- نقائص النظام القانوني للبطلان :

قاعدة لا بطلان بدون نص تقيد القاضي كثيرا و تمنعه من الاستفادة من النظريات الحديثة للبطلان المدني .

ماذا نفعل عند صمت النص عن الجزاء ؟

فقه القضاء =بطلان مطلق

بعض الفقهاء استغلوا غياب التنصيص عن البطلان لتكريس نظرية العقد الموقوف في القانون التونسي...

عموما يجب مراجعة النظرية العامة للبطلان.

II. عرض لمختلف حالات البطلان :

أ- الأهلية

° أهلية الوجوب (حالات نادرة) بطلان مطلق 2-325 م إ ع مثال تحريم التعاقد بين الطبيب والمريض

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

° صغير غير مميز دون 13 = كل تصرفاته بطلان مطلق

° صغير من 13-20

بطلان نسبي (8-9-330 م أ ع)

بطلان مطلق (156 م أ ش من قبل الضرر المحض)

° المجنون بطلان مطلق 2-325 (الرضا –الأهلية)

ب- الرضا :

الرضا المنعدم : الغلط المانع ...الإكراه المادي = بطلان مطلق (ف 2و 325 م أ ع).

° الرضا المعيب – تغرير + غبن... إكـــــراه... غلط = بطلان نسبي... ف 43-60-61 - 330م أ ع و 125-126 م ح ع .

ج- المحل

بطلان مطلق... ف 2-64-66-325 م أ ع

د- السبب

سبب غير موجود ... سبب غير جائز= بطلان مطلق... ف 2+67+325 م ا ع

النظام القانوني للبطلان

أ- الأشخاص الذين يحق لهم القيام بالبطلان

لم يحددهم المشرع... البطلان يكون بمقتضى دعوى... عودة إلى م م م ت ... "لا قيام دون مصلحة"... من له مصلحة في طلب البطلان؟... نميز بين النسبي و المطلق.

1- حالة البطلان المطلق:

العقد يكون باطلا مطلقا إن افتقر لأحد أركانه الأساسية أو إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة... و بما أن البطلان المطلق مرتبط بالمصلحة العامة فهو حق لكل من:

- يحق لكل من طرفي العقد أو ورثتهم أن يطلب البطلان... كما يحق للولي القيام بالبطلان في حق منظوره المحجور.
- يجوز للخلف الخاص القيام بالبطلان
- يحق للدائنين طلب بطلان العقود التي تؤدي إلى إفلاس مدينهم.
- الغير المطلق لا يعترف له بحق القيام إلا عند وجود مصلحة خاصة له و هي صورة استثنائية.
- النيابة العمومية : الدفاع عن المصلحة العامة والنظام العام... الفصل 251 م م م ت " تمثل النيابة العمومية الحق في القيام بالقضايا كلما كانت هناك مصلحة شرعية تهم النظام العام"

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860،77

هل يجوز لمحكمة الموضوع أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان العقد لتعلق الخلل بالنظام العام أو الأخلاق الحميدة؟

- لا يوجد أي نص قانوني خاص يخول للمحكمة حق التمسك من تلقاء نفسها ببطلان العقود المخالفة للنظام العام... ومن الثابت قانونا أن المحافظة على النظام العام هي من مشمولات ممثل النيابة العمومية (ف251 م م ت) فإنه "للمحكمة أن تقرر تمكينه من الاطلاع على القضايا مع طلب إبداء ملحوظاته" كلما تبين لها أن العقد موضوع النزاع قد خالف من حيث الشكل أو المحل أو السبب متطلبات النظام العام... وهناك توجه لدى فقه القضاء لقبول الإثارة من طرف المحكمة ذاتها.

2- حالة البطلان النسبي:

البطلان النسبي هو جزاء مخالفة القواعد التي وضعها المشرع الحماية لمصلحة المتعاقدين كما في حالة عيوب الرضا و نقص الأهلية... حماية مصلحة خاصة...

- لا يكون لغير الطرف المتضرر من العيب الذي يحتويه العقد حق المطالبة بإبطاله.
- إذا كان هذا الطرف قاصرا فيجوز له القيام بالدعوى بعد رشده إن لم يقم بها وليه الشرعي في حقه.... (ف 10 +331 + 391 م ا ع) .
- يجوز لورثه المحجور عليه القيام بدعوى مورثهم بعد موته مع مراعاة مدة التقادم القانونية (ف 331 + 333 م ا ع)

ب- انقراض حق القيام بالبطلان بالإمضاء... بالتقادم...

الفؤاد

1- إمضاء العقد:

1- 1- مفهومه:

تصرف قانوني يصدر من جانب واحد يتخلى بموجبه شخص عن حقه في طلب البطلان.

عبر عليه المشرع في م ا ش بالإجازة.

وهو يختلف عن التصديق ... فالإمضاء يصدر عن أحد طرفي العقد وهو من اقر البطلان حماية له... أما التصديق فيصدر عن الغير الذي وقع التصرف في حقه (ف 42/41/40 م ا ع)

1- 2- نطاقه: ... البطلان النسبي

ينحصر نطاق الإمضاء في **البطلان النسبي** (ف 337/ 338) ويمنعه القانون صراحة في حالة البطلان المطلق (ف329)... إلا في صورة واحدة وهي ان يتم تصحيحها بمقتضى قانون "تصحيح تشريعي".

لكن في حالة البطلان المطلق يمكن إصلاح الوضعية من خلال إبرام عقد جديد بذات الالتزامات.

1- 3- شروط الإمضاء:

- من حيث الأصل:

لا يمكن إمضاء العقد إلا:

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

- من قبل المتعاقد المتضرر الذي أراد المشرع حمايته بتمكينه من حق طلب إبطال العقد الفاسد.
- وأن يكون المتعاقد على علم بالعيب الذي يعتري العقد(ف 338).
- أن يصدر الإمضاء عن بينة (ف 337).

- من حيث الشكل:

صراحة: يجب ان يتضمن كتب الإمضاء بيانات الفصل 337 م ا ع و نصه:" إمضاء الالتزام القابل للفَسخ (للبطلان) قانونا أو التصديق عليه لا يصح إلا إذا تضمن مضمون ذلك الالتزام مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ (للبطلان) ".

ضمنا: الفصل 338 " إذا لم يحصل إمضاء الالتزام أو التصديق عليه بوجه صريح كفى إجراء العمل به اختيارا في الكل أو البعض ممن علم عيوبه وذلك بعد الوقت الذي أمكن فيه إمضاء العقد أو التصديق عليه بوجه صحيح ".

الفؤاد

1- 4- آثار الإمضاء:

يترتب عن إمضاء العقد صريحا كان أو ضمنيا تخلى المتعاقد عن جميع الوسائل والاعتراضات التي كان من حقه أن يقوم بها على العقد القابل للإبطال بما يجعل العقد صحيحا نهائيا بعد أن كان مهددا بالزوال.

و يعتبر العقد صحيحا من يوم انعقاده لا من يوم إمضاءه ولا يستثني المشرع المفعول الرجعي لإمضاء العقد إلا إذا نتج عنه إضرار بحقوق الغير حسن النية.

2- التقادم:

يجب التمييز بين بطلان نسبي و بطلان مطلق...

2- 1- البطلان النسبي :

تكريس قاعدة التقادم يعكس رغبة المشرع في استقرار العقود... و مضي الآجل دون إثارة البطلان هو بمثابة الإمضاء الضمني... مع أن قاعدة الدفع بالبطلان الذي لا يسقط بمرور الزمن توحي بالعكس.

حسب الفصول من 330 حتى 335 م ا ع فإنه:

- يسقط حق القيام بدعوى البطلان النسبي بمضي عام إلا إذ صرح القانون بمدة أخرى (ف 330 م ا ع).
- مدة السقوط لا تحسب في صورة الإكراه إلا من يوم زواله... وفي الغلط إلا من يوم الاطلاع عليه.... وبالنسبة للقاصرين إلا من يوم بلوغ سن الرشد
- المحجور عليهم وعديمي الأهلية إلا من يوم موتهم أو خروجهم من قيد الحجز.
- ورثة المحجور عليه الذي مات تحت قيد الحجر والمغبون الرشيد فمن يوم حوز الشيء المتعاقد عليه.
- على أن القيام بالبطلان يسقط في جميع الدعاوى في أجل أقصاه 15 عام من تاريخ العقد (334 ا ع).

2- 2- البطلان المطلق:

لم تتعرض الفصول 325 وما بعده م ا ع لمسألة سقوط دعوى البطلان المطلق بالتقادم.

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

فكيف يفسر سكوت المشرع؟

- دعوى البطلان تسقط بعد 15 سنة... وهو آجل سقوط حق القيام بدعاوى تعمير الذمة عموما... لكن البطلان لا علاقة له بتعمير الذمة =>
- دعوى البطلان المطلق لا تقبل السقوط بمرور الزمن... و تكريس أجل للتقادم يعني ان الحالة ستصحح بمرور الزمن... وهو أمر غير مقبول فالبطلان المطلق = العدم وهذا لا يمكن ان يصير وجودا مهما طال الزمن... حل رأه البعض متعارضا مع الاستقرار التعاقدي... لكن الاستقرار التعاقدي بحد ذاته هو الذي يفرض ان لا نعطي قيمة لعقد باطل مطلقا مهما طال الزمن فتنفيذه يخل بالاستقرار...

الموضوع: التمييز بين البطلان المطلق و البطلان النسبي

المقدمة: تعريف البطلان و الإشارة إلى وحدة آثار النوعين...

1- مبررات أو أسس التمييز

+ في النظرية التقليدية... يتبناها المشرع التونسي

++ في النظرية الحديثة

2- المصلحة من التمييز:

+ حق القيام

++ انقراض حق القيام

الفؤاد — الآثار التي تترتب عن البطلان

الفصل 325 م ا ع :" ليس للالتزام الباطل من أصله عمل ولا يترتب عليه شيء إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام".

الفصل 336 م ا ع:" إذا فسخ (أبطل) الالتزام عاد الطرفان إلى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما أن يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد المذكور أو من جرائه...".

- البطلان = زوال العقد بأثر رجعي
- البطلان ينسحب على كامل الالتزام... الفصل 326 م ا ع:" إذا بطل الالتزام الأصلي بطل ما التحق به من الالتزامات...".+ الفصل 327 م ا ع:" بطلان بعض الالتزام يبطل جميعه...".
- لهذا وجدت عدة استثناءات... وأحكام خاصة بالبطلان الجزئي و تحول الالتزام ...

موسسة الفواد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الاول .الهاتف : 70860477

I- نسبية الأثر الرجعي للبطلان

المفروض أن البطلان = العدم و بالتالي لا أثر له...

العقد : لم ينفذ : ليس هناك إشكال... نفذ : إشكالية الرجعية: _استحالة مادية + استحالة قانونية= نسبية الأثر الرجعي... = العقد الباطل قادر على إحداث آثار قانونية بالرغم من بطلانه.. المعدوم يمكن أن ينتج أثر.

الفؤاد

ماهي طبيعة الآثار التي تترتب عن العقد الباطل؟

يرى الفقيه:" J_ PIEDELIEVRE ": أنه لا يمكن قبول فكرة وجود استثناءات القاعدة الرجعية ... فلا يمكن قبول فكرة أن العقد باطل و يحدث آثارا...

بل هي وليدة ما تبقى صحيحا من العقد ؟... نعم ... وجودها = بقاء جزء من العقد صحيحا... فالامر لا علاقة له باستثناء من قاعدة الرجعية وإنما هو حالة بطلان جزئي..

المصلحة من هذه النظرية ...

استناد القاضي إلى العقد الباطل لتنظيم الآثار القانونية التي يقر الجميع بوجودها ... سند موضوعي لتصفية العلاقات التي انبنت على العقد الباطل و التي لا يمكن أن تصفي بمعزل عن هذا العقد...

مثال : ما يلزم المتسوغ بدفعه مقابل تمتعه بالمكتري في عقد باطل هو معلوم الكراء المتفق عليه و ليس غرامة انتفاع يخضع تحديدها إلى محض إرادة القاضي .

تأثر المشرع التونسي بهذه النظرية :

المشرع يقر بقاء الالتزامات اللاحقة بعد زوال البطلان الأصلي... الفصل 326 م أ ع فقرة 1:" إذا بطل الالتزام الأصلي بطل ما التحق به من الالتزامات إلا إذا اقتضى نوعها أو القانون ما يخالف ذلك...".

= ما التحق من الالتزامات لا يبطل (يبقي صحيحا) إذا اقتضى نوعها أو القانون ما يخالف ذلك.

حالات البطلان الجزئي المنصوص عليها في الفصل 326 يختلف نطاقها عن حالات البطلان الجزئي الموجودة بالفصل 327 وهي مطابقة لاستثناءات عدم الرجعية حسب الفقه وهي: القانون... طبيعة الالتزام.

فكرة أن المشرع التونسي أخذ عن نظرية J _ PIEDELIEVRE مقبولة.

هناك إجماع فقهي على أن الحالة لا تعود دائما إلى ما كانت عليه قبل التعاقد...

نسبية الأثر الرجعي يقتضيها:

1- القانون....

2- نوع الالتزام...

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

3- المسؤولية المدنية التي يمكن أن تنجر عن العقد الباطل .

1- الحالات التي يقتضي فيها القانون بقاء آثار العقد الباطل:

حالة المتعاقد عن حسن نية :... الحائز بشبهة:

الفصل 44 م ح ع :" من حاز مال غيره بشبهة فليس عليه أن يرد من الغلة إلا ما كان موجودا منها وقت القيام عليه من مستحقها وما حصل له منها من ذلك التاريخ. وعليه مصروف الحفظ والاستغلال. والحائز بشبهة هو الحائز بوجه لا يعلم عيبه ".

مفهومه : هو من حاز مال غيره دون أن يعلم عدم صحة سند حوزه... ورغم بطلان سند الحوز توجد الآثار سالفة الذكر...وهو استثناء أراد المشرع منه عدم إثقال كاهل من تصرف في شيء عن حسن نية على أنه مالك... لكن لا يمتد مفعول هذا الاستثناء إلى الغاصب "الفصل 42 م ح ع".

حالة قاصري الأهلية :

الفصل 13 م ح ع :" إذا تمم الرشيد ما التزم به للصغير أو القاصر فهما ملزمان بقدر ما انتفعا به من جراء ذلك والمنفعة المذكورة تعتبر حاصلة إذا أنفقا المال الذي أخذاه في مصاريف لازمة أو نافعة أو كان موجودا عندهما.

المنفعة تعتبر حاصلة : في صورة إنفاق المال في: مصاريف لازمة... مصاريف نافعة ... وفي صورة وجود المال عند القاصر.

الفؤاد

حالة الغير المتضرر من العقد :

المشرع قلص من مخاطر الرجعية بالنسبة للغير المتضرر من العقد في صورتين:

_ حالة العقارات المسجلة : الفصل 305 م إ ع : " وإبطال الترسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية واعتمادا على الترسيمات الواردة بالسجل ".

لا ينسحب هذا الحكم على العقارات غير المسجلة التي تبقى حقوق الغير المتعلقة بها عرضة للسقوط بمجرد بطلان حقوق أسلافهم عليها وذلك لسببين: 1- قساوة قاعدة الرجعية ...2- عملا بقاعدة لا يمكن لشخص أن يمنح لغيره أكثر مما لنفسه من حقوق (ف551 م ا ع).

_ حالة قانون الشركات: الفصل18 و 182 م الشركات التجارية لسنة 2000(الفصلين 62 و156 من المجلة التجارية سابقا).

لا يجوز للشركة أو للشركاء الاحتجاج ببطلان الشركة على غيرهم.

2- الحالات التي يقتضي فيها نوع الالتزام بقاء آثار العقد الباطل : العقود الزمنية :

مؤسسة الفواد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

ـ عقد الكراء .

ـ عقد الشغل : لا بد أن ينال الأجير مقابل الخدمات التي أداها لمؤجره و إنه لا يحق لهذا الأخير أن يحتج ببطلان عقد الشغل ليتفصى من أداء مقابل ما انتفع به .

ـ عقد الشركة : إضافة إلى الاستثناء القانوني المتمثل في عدم احتجاج الشركاء ببطلان عقد الشركة على غيرهم... هناك استثناء آخر لعدم رجعية في عقد الشركة يتمثل في إمكانية الاستناد إلى عقد الشركة الباطل عند تصفية الشركة : لـ: توزيع المرابيح على الشركاء... تحديد نسبة الخسائر و قسمتها على الشركاء .

فقه القضاء: يعتبر أن أعمال التصفية هي من الالتزامات الملحقة بالالتزام الأصلي التي يقتضي نوع الالتزام بقاءها بما يجوز معه اعتبار عقد الشركة قائما في حدود و إلى أن تنتهي أعمال التصفية اعتمادا على الفصل 326 م أ ع .

3- المسؤولية المدنية الناجمة عن بطلان العقد:

إذا نتج البطلان عن خطأ ينسب للمتعاقد فمن حق المتعاقد الأخر طلب تعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

الفؤاد

II- البطلان الجزئي :

البطلان الجزئي : هو البطلان الذي يصيب الالتزام التابع دون أن يمس الالتزام الأصلي أو البطلان الذي يقتصر على بعض أجزاء العقد دون أن يمتد إليه كاملا (انتقاص العقد)... فهو يقتصر إذا على بعض أجزاء العقد دون أن يمتد إليه كاملا وهي صورة انتقاص العقد.

1- قيام الأصل في صورة بطلان التابع :

فصل326 فقرة 2 :"بطلان الالتزام التابع لا يترتب عنه بطلان الأصل".

الالتزام التابع : عنصر من عناصر العقد التي لا يكون لوجوده أو لعدم وجوده أي تأثير على صحته... مثال : بطلان الشرط التغريمي لا يستوجب بطلان كامل العقد... أو بطلان الشرط التحكيمي... أو بطلان الشرط الفسخي .

المشرع أقر بقرينة قانونية: وجود التزام تابع في عقد من العقود ليس حاسما في انعقاده.

- زواله : لا يؤثر على صحة ذلك العقد .

2- انتقاص العقد :

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

أصل هذه القاعدة هو الفصل 139 من المجلة الألمانية...

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليمة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

ما معنى بطلان بعض الإلتزام ؟

2- 1- تحليل مفهوم بطلان بعض الإلتزام :

الفؤاد

في ألمانيا:

تعريفه : فقه القضاء في ألمانيا : "جملة المقتضيات التي يمكن للالتزام أن يبقى قائما بعد حذفها منه بوصفه التزاما مستقلا"... (STAUDINGER الألماني ـ تحديد المفهوم من وجهة نظر عملية و اقتصادية)

تطبيق الفصل 139 ألماني... العقد المتعدد الأطراف (لا يبطل بصفة كلية إذا بطل في حق أحد طرفيه)... العقود المختلطة لا تبطل جميعها... + شق هام من الفقه الألماني : يستعملونه لتعديل الالتزام المغالى فيه فلا يبطل إلا بعضه .

في تونس :

الفصل 327 م أ ع التونسي: " بطلان الالتزام التابع لا ينتج عنه بطلان الأصل "= الفصل 139 ألماني... لكن لم يلق حظه في التطبيق (خاصة فيما يخص استعمال هذا الفصل لتعديل العقد المغالي فيه لمعارضة هذا التفسير بصفة صريحة لأحكام الغبن).

نقد عدم تطبيق الفصل 327 م أ ع :

ـ الاستقرار التعاقدي يستوجب من وجهة نضر عملية و اقتصادية التضييق في تطبيق عقوبة البطلان و التحديد في نطاقها.

ـ متطلبات النظام العام تقتضي أحيانا تسليط عقوبة البطلان على الشرط المخالف لأحكامه مع الإبقاء على بقية العقد.

ـ انسحاب البطلان على كامل العقد غالبا ما يحمي مصالح الطرف المستفيد من الشرط الباطل و يحرم الطرف الآخر من فوائد ذلك العقد.

2- 2- شروط بقاء العقد منتقصا:

الفصل 327 : قيام العقد منتقصا لا يتم إلا إذا "أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل ".

متى يتعذر قيام العقد منتقصا ؟

لأسباب موضوعية : مثل:

ـ تعلق الخلل بركن من أركان العقد الجوهرية .

ـ استحالة الفصل المادي بين الجزء الفاسد و الجزء السليم .

. موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الاول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

ـ تنصيص القانون في حالات معينة عن ضرورة انسحاب البطلان على كامل العقد... الفصل1475 م أ ع :" الصلح لا يقبل التجزئـــة فبطلان جزء منه أو فسخه يترتب عليه بطلان جميع الصلح أو فسخه" .

لأسباب ذاتية :قرينة عدم تجزئة العقد :

...المفترض قانونا أن إرادة الأطراف وجهت لتحقيق كامل العقد لا جزءا منه... يجب دحض القرينة للتحصل على بطلان جزئي للعقد... يجب أن يثبت الطرف الذي يتمسك بالبطلان الجزئي بأن معاقده ما كان ليرفض إبرام العقد بدون جزئه الباطل لو علم وقت التعاقد بوجود سبب بطلان جزئي .

3- تحول الإلتزام :

فصل 328 م أ ع :" إذا بطل الالتزام وكانت به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام."

فالالتزام الباطل بصفة (كالبيع) ما قد يكون صحيحا بعنوان التزام آخر (الهبة).

العقد لا يسقط بل يتحول إلى التزام آخر.

و يشترط لتحول العقد:... توفر العناصر اللازمة لقيام العقد الثاني... أن يكون العقد الجديد يرمي إلى نفس الهدف الذي حمل الطرفين على إبرام العقد الباطل. مثال: كمبيالة باطلة (بسبب عدم توفر الشروط الشكلية) تتحول إلى سند إذني أو اعتراف بدين .

محكمة التعقيب 1955: تحول العقد يعني تحول وصف العقد...(مسألة إعادة تكييف للعقد).

الفؤاد آثار العقد من حيث الموضوع

إذا نشأ العقد صحيحا قام مقام القانون... الفصل242 م أ ع :"ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام المقام القانون فيما بين المتعاقدين و لا ينقضي إلا برضائهما أو في الصور المقررة بالقانون "... وهذه القاعدة:

ـ نتيجة مباشرة لمبدأ سلطان الإرادة .

ـ تعطي أساسا اقتصاديا و اجتماعيا للعقد... فالثقة في التعامل هي جوهر الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

لكن تدخل القانون حد من القوة الإلزامية للعقد نتيجة إضعاف دور الإرادة في تحديد آثار العقد... التي بات للقانون والعرف و الإنصاف دور فيها إلى جانب الإرادة... و هو ما يتضح من خلال مبدأ ونطاق القوة الملزمة للعقد

مبدأ القوة الملزمة للعقد :

على:... الأطراف... القاضي

I. على الأطراف المتعاقدة :

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الاول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

أ- الوفاء بالإلتزام :

الفؤاد

1- واجب الوفاء :

هو واجب قانوني ناتج عن وضع العقد موضع القانون بين طرفيه

- الاستجابة للعقد = الاستجابة للقانون .
- قاعدة الفصل 242 م ا ع تكتسي طابعا مطلقا يستوجب تنفيذ الالتزامات التعاقدية مهما كانت شدتها أو قسوتها...

الشرط التغريمي : مثل دفع غرامة مالية على كل يوم تأخير ... يكون ملزما عملا بالفصل 242 م إ ع دون اعتبار مدى قساوته... محكمة التعقيب لا يجوز تحوير الشرط التغريمي و لو كان ذلك لعدم وجود ضرر نتيجة مخالفة بنود العقد... قرار 1984 /5/10 :" مخالفته (أي هذا الشرط) بتعلة أن التحوير الذي أدخله المكتري على واجهة المحل أملته عليه ضرورة العمل و لا يضر بالمكتري يعرض الحكم المطعون فيه باالنقض لعدم مراعاته لأحكام الفصل242 م أ ع".

كما أن الأصل هو الوفاء بالالتزام عينا... لا يجوز للقاضي الحكم بالفسخ نتيجة عدم الوفاء إلا أذا أصبح التنفيذ مستحيلا... تعذر الوفاء لسبب خارجي => الاعفاء من الالتزام (ف 282 م ا ع) .

2- مبدأ الوفاء بأمانة : (واجب النزاهة + واجب التعاون)

الفصل 243 م أ ع : " يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة.... ".

الفصل 1143 فرنسي :" الاتفاقات تنفذ عن حسن نية ".

مبدأ حسن النية :... من القواعد الكلية المعمول بها في جميع النظم القانونية و حتى التشريع الاسلامي... و هو من الثوابت الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقد في نظر المشرع التونسي .

يمكن الاستناد إلى قاعدة حسن النية الواردة بالفصلين 157 و 242 م ا ع للسماح بالمراجعة القضائية للعقود عند حدوث تغير مفاجئ للظروف الاقتصادية

تطبيقه : لم يلق حظه في التطبيق . قلما نعثر على قرارات تسلط جزاء الفسخ أو الغرامة عند عدم الوفاء بالالتزامات بأمانة حسب الفصل 243 م ا ع... السبب هو التصور الذاتي للعقد في تونس.

- مبدأ سلطان الإرادة = تقديس مبدأ القوة الملزمة للعقد = حظر كل ما من شأنه أن يعطي سلطة تقديرية للقاضي في تحديد نطاق الإرادة المشتركة للأطراف .

نقد : البحث في مدى تنفيذ العقد"مع تمام الأمانة" ليس تحديدا لنطاقه بل النظر في مسألة مجازاة انعدام النزاهة .

2- 1- واجب النزاهة :

النزاهة : تنفيذ الالتزام بإخلاص و بصفة تمكن من تحقيق الهدف الذي يرمي إليه العقد... يجب تجنب الغش و التغرير عند التنفيذ .

- **فرنسا** :_ يجب على المقاول أن يصل الأسلاك الكهربائية من أقصر طريق ممكن .

_ يجب على ناقل البضائع أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة لصاحبها.

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد

تونس : قرار تعقيبي مدني في 1984 /5/19 : " الأمانة في تنفيذ العقود تعد معدومة من جانب الطرف الذي يطلب تنفيذ حكم قضائي بالوفاء بالالتزام الناشئ عن عقد يربطه بخصمه إذا تبين أن التنفيذ سيؤول إلى إكسابه الغنم على حساب الغير إضافة إلى أن السبب في هذه الوضعية يرجع في الواقع إلى مماطلته في الوفاء بالتزامه" .

الفؤاد

2- 2 - واجب التعاون :

DEMOGUE : المتعاقدين يشكلون مجتمعا صغيرا عليهم العمل من أجل تحقيق هدف المجموعة وهو جملة الأهداف التي يرمي كل منهم إليها مثلما هو الأمر في الشركات...

واجب التعاون هو: تيسير تنفيذ العقد في الحدود التي تمليها قواعد حسن النية على أحد المتعاقدين أو على كليهما ... وهو ما كرسته الاحكام الخاصة ببعض العقود في شكل واجب إرشاد و إعلام :

مادة الكراء: فصل 778 م أ ع : المستأجر ملزم بأن يعلم حالا المؤجر بجميع ما يحدث في العين المأجورة وإلا فإنه ملزم بالخسارة .

عقد الوكالة : فصل 1134 م إ ع : "على الوكيل أن يعلم موكله بكل ما من شأنه أن يحمل الموكل على تأخيره عن الوكالة أو تغيير شروطها ".

عقد التأمين : فصل 7_3 من مجلة التأمين :المؤمن له أن يصرح بالظروف الجديدة التي تطرأ خلال سريان العقد و التي تنجر عنها تفاقم في خطر المؤمن منه .

هذا الواجب يبلغ أحيانا حد واجب حفظ حقوق المتعاقد و صيانة مكاسبه :

عقد الوكالة : فصل 1133 م أ ع : " إذا أسرع الفساد أو ظهر فيما بعد قبل أن يتيسر إعلام الموكل بذلك فعلى الوكيل بيعها على يد المحاكم مع إثبات حالتها و إعلام موكله حالا بكل ما يفعله ".

ملاحظة : قد يكون من المتجه أن تستند المحاكم إلى الفصل 243 م أ ع لتثبت وجود واجب التعاون في تنفيذ العقود في جميع الحالات التي يفتقر فيها إلى نص خاص .

ب –استحالة النقض الأحادي للعقد :

فصل 242 م إ ع : " ..... و لا ينقض إلا برضائهما أو في الصور المقررة في القانون ".

العقد لا ينحل إلا برضاء طرفيه أو في الصورة المقررة بالقانون... نتيجة مباشرة للمبدأ القائل بأن العقد شريعة الطرفين = ما تعقده إرادتان لا يمكن أن تحله إرادة واحدة .

محكمة التعقيب في 1981/11/17 : " لا يحق للوكيل الذي تعهد بالشراء لموكله أن يتحلل بمفرده من هذا الالتزام و يسند العقد لنفسه ".

الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب في 1983 /2/18 :" عقد التسويغ يبقى ساري النفاذ عاملا بين طرفيه منتجا لكل آثاره القانونية و التعاقدية ما لم يطرأ عليه ما ينهي مفعوله و يفسخه لا بالتراضي و لا بالتقاضي ".

لكن المبدأ السابق له استثناء يتعلق بالحالات التي أجاز فيها القانون الفسخ الأحادي...

1- إستثناءات استحالة النقض الأحادي :

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

الفصل 242 م إ ع : " ..... و لا ينقض إلا برضائهما أو في الصور المقررة في القانون ".

1- 1- الفسخ الأحادي المرخص به عقديا :

البند الفسخي : فصل 121 م إ ع : "يبطل الالتزام إذا كان وجوده موقوفا على مجرد رضاء الملتزم و لكل من التعاقدين أن يبقي لنفسه الخيار في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معينة و هذا الشرط لا يصح في الهبة و الإقرار بدين و الإبراء منه و بيع السلم ".

ـ إمكانية مسموحة لأحد الطرفين في فسخ العقد من جانب واحد في مدة زمنية معينة... ولكنه... لا يجوز في الهبة والإقرار بدين أو الإبراء من دين.

1- 2- الفسخ الأحادي المرخص به قانونا :

تجيز بعض القوانين المنظمة لبعض العقود الخاصة أحيانا لأحد المتعاقدين أو كليهما أن يستقل بنقض تلك العقود...

- لأسباب جمائية: العقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة مثل عقد التأمين (فصل 5 م ت) وعقد الشغل (فصل 14 م ش) .
- طبيعة العقد و خصائصه : مثل الوكالة والوديعة

الفؤاد

2- النقض الرضائي :

فصل 242 م إ ع : " ..... و لا ينقض إلا برضائهما أو في الصور المقررة في القانون ".

بموجب حصول اتفاق جديد بين المتعاقدين يقتضي بنقض ما اتفقا عليه سابقاو لكن لا يترتب عليه أي أثر رجعي...

- لا في العقود الزمنية : مجرد انقراضها قبل الآجال المحددة لها بالعقد دون أثر على الماضي...
- ولا في العقود الحينية : لا يترتب عليه محو الآثار بالنسبة للماضي .

مثال :عقد نقض بيع سابق = عقد بيع جديد.... من الناحية الجبائية : دفع معلوم نقل جديد للملكية... ومن ناحية اكتساب الحقوق : الحقوق التي اكتسبها الغير على المشترى (رهن ـحق ارتفاق – كراء) تعد صحيحة قبل تاريخ النقض و يمكن أن يعارض بها المالك .

II. إلزامية العقد اتجاه القاضي :

الفصل 242 ينسحب أيضا على القاضيـ على القاضي أن يفرض احترام العقود و يعتبرها بمثابة القانون... له تفسيرها... لكن ليس له تعديلها أو تغيير محتواها... كما تطالب بذلك نظرية الظروف الطارئة.

أ – إلزام القاضي بقيود الفصل 242 م إ ع :

الفصل 242 م إ ع : "ما إنعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين...."

فقه القضاء : لا يحق للمحكمة ان تعدل مقدار الشرط الجزائي أو أن تلغي الشرط الفسخي

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

الشرط التغريمي :محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة 1975/4/28 : لا يحق للمحكمة تأسيسا على أحكام الفصل 242 م إ ع أن تعدل مقدار الشرط التغريمي... محكمة التعقيب في هذا القرار استندت إلى أحكام الفصل 254 م ا ع :" لا تبرأ ذمة المدين إلا بتسليمه ما التزم به في العقد قدرا وصفة ولا يسوغ له أن يلزم الدائن بقبول شيء آخر عوضا عنه ولا بكيفية غير الكيفية المقررة في العقد أو التي جرى بها العرف".

الشرط الفسخي :محكمة التعقيب في 12/9/ 1976: " لا يمكن إلغاء البند الفسخي ".

محكمة الاستئناف بتونس في 10/2/ 1965 :" لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لطلب حل التزام لم يوف به و التمكين من أجل إضافي طالما لم يقع في شأنه اتفاق ".

قرار تعقيبي مدني 1989 : الوقائع : اتفاق يلتزم فيه أحد الطرفين بأن يجري أعمال دهن و أن يستعمل في ذلك مواد معينة ولكنه استعمل مواد أخرى .

وجد في الاتفاق بند يلزم المدين بإعادة الأشغال في صورة عدم استعمال المواد المتفق عليها...محكمة الاستئناف: لا يلزم المدين إلا بدفع الفارق... قرار محكمة التعقيب : لا : نقض قرار محكمة الاستئناف.

ب – نظرية الظروف الطارئة :

مفهومها : تعديل الالتزامات بسبب تغيرات استثنائية في الاقتصاد تخل بتكافؤ الالتزامات ويصبح معها تنفيذ الالتزامات مرهقا للمدين... فهل من حق القاضي التدخل لإعادة التوازن للعقد؟... منحه هذا الحق يتطابق مع العدالة و الأخلاق.

1- التطور التاريخي و طرح المشكل : الفؤاد

الفقه الإسلامي يوجد فيه أثر لهذه النظرية .

القانون الكنسي :...كرس هذا الحل في القرون الوسطى على أساس : "قاعدة تغير الظروف " التي تفترض وجود شرط ضمني في كل عقد هو عدم تغير الظروف التي تم فيها العقد... إن تغيرت وجب تعديل العقد وفقها

الفقه الألماني في القرن 18... طور النظرية و كرسها بمقاطعة بروسيا... لكن سرعان ما تم التخلي عنها اعتبارا لخطورتها على استقرار المعاملات... وهو ما جعل المشرعين الفرنسي لسنة 1804 والألماني لسنة 1896 لا يعتمدانها عن قصد... و هو ما أثر على م ا ع...

القانون التونسي لا يحتوي قاعدة عامة تكرس نظرية الظروف الطارئة...

توجد أحكام خاصة مثل:

مادة الكراء الفلاحي : **فصل 815 م إ 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 و بلا تقصير منه ...

مادة الرهن الإتفاقي : فصل 276 م ح ع :"من حق الدائن طلب الوفاء بالدين إذا هلكت العقارات المرهونة أو تعطلت بحيث أصبحت غير كافية لضمان الدين "... لكن : يجوز للمدين إذا كان الغصب أو الهلاك من غير فعله: " أن يعرض لدائنه رهنا عقاريا إضافيا "...

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

مادة الإقراض : الفصل 1088 م إ ع :" للمقرض أن يحبس القرض إذا أعسر المقض بعد العقد بحيث يتوقع ضياع كل القرض أو بعضه على المقرض و له الحبس أيضا إذا كان عسر المقرض...

لماذا رفضت تونس و فرنسا نظرية الظروف الطارئة : العائق اقتصادي و اجتماعي و ليس قانوني... حلول خاصة لا تقبل التعميم.

القانون التونسي :...

- المبدأ : لا يوجد قاعدة عامة تكرس هذه النظرية (رفض نظرية الظروف الطارئة)...
- الإستثناء : بعض العقود الخاصة.

ملاحظة: التغيرات منذ الحرب العالمية الثانية طرحت التساؤل حول سبل التوفيق بين مبدأ القوة العقد ومتطلبات العدالة العقدية مما أعطى نفسا جديد لنظرية الظروف الطارئة .

- ألمانيا قبلت مراجعة العقود أو نقضها نتيجة ظروف طارئة منذ 1920...

الفؤاد

وهو ما مهد لاعتمادها في: مصر- إيطاليا – الجزائر قبلوا النظرية...

لكن القضائين التونسي و الفرنسي لازال متمسكين بالقوة الإلزامية للعقد و يرفضانها...

2- نظرية الظروف الطارئة و العوامل القانونية :

ـ لا يمكن البحث عن سند قانوني لنظرية الظروف الطارئة في تونس إلا إذا كان ذلك من باب الكشف عن حيلة قانونية من شأنها أن تساعد القاضي في حالة الضرورة على سد ثغرة لأن القانون التونسي لا يكرس نظرية الظروف الطارئة...

فقه القضاء الألماني كرس نظرية الظروف الطارئة استنادا إلى مبدأ حسن النية في المعاملات...و هو ما حاول القيام به أحيانا القضاء الفرنسي.

2- 1- المحاولات الفقهية في فرنسا :

- الاعتماد على فكرة الشرط الضمني:

أي افتراض وجود شرط بعدم تغير الظرف... فإذا تغيرت الظروف فإن الأطراف محمولون على كونهم ما كانوا ليتعاقدوا أصلا لو علموا مسبقا بحصول تلك المتغيرات.

حق المدين في طلب تعديل العقد أو إعفاؤه منه.

النقد : شرط ضمني يعكس إرادة المدين وحده .

- الاعتماد على المبدأ القانوني العام:

المستنتج من الأحكام القانونية التي تسمح بمراجعة بعض العقود الخاصة أو نقضها وهو ما يستنتج منه أن هناك مبدأ قانوني عام يسمح بالمراجعة.

النقد : هذه الأحكام لها طابع استثنائي و لا تقبل التعميم.

- الاعتماد على نظرية السبب :

التزام المدين يصبح فاقدا لسبب كامل و يجب انتقاصه متى وصل إلى حد الإرهاق.

موسسة الفواد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد

النقد : قيام التعادل بين الالتزامات ليس شرطا ضروريا لتوفر السبب بدليل عدم مجازات المشرع للغبن في العقود ... + اشتراط السبب يهم تكوين العقد في حين أن مسألة تغيير الظروف تتعلق بتنفيذها.

الاعتماد على لتعسف في استعمال الحق :

الدائن الذي يطالب بتنفيذ التزام مرهق للمدين يتعسف في إستعمال حقه .

النقد : هذه الحجة تبقى مردودة طالما لم تثبت نية الدائن في الإضرار بمدينه وهو ما يجعل التمسك بالحق مهما كان مصدره دون نية الإضرار بالغير أمر مشروعا.

2- 2- سند نظرية الظروف الطارئة في فقه القضاء بألمانيا : مبدأ حسن النية :

قرار صادر عن المحكمة العليا الألمانية في 1920/7/8... واجب الوفاء بالالتزام يزول إذا تعلق الأمر بتنفيذ عقد في ظروف لا تتناسب مع ما أراده الأطراف

تغيير الظروف + وفاء جبري = تناقض مع مبادئ حسن النية...كيف؟

ظروف طارئة: ==> زوال العناصر الموضوعية التي هي أساس التعاقد.

زوال أساس العقد = الأطراف ما كانوا ليتعاقدوا دونها

الفؤاد

أساس العقد في العقود الملزمة لجانبين هو : تكافؤ التزامات الأطراف .

- الإصرار على تنفيذ الالتزام رغم زوال أساس العقد مخالف لمبدأ حسن النية.

لكن لا يجوز التمسك بزوال أساس العقد إلا بثلاثة شروط هي:

1. *ان يترتب عن الظروف فارق مشط بين التزامات الطرفين ...*
2. *التغيير غير متوقع و لم ينتج عن خطأ المدين...*
3. *تغيير يصبح معه تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين.*

هذه النظرية ممكنة التطبيق في تونس و فرنسا لأن القانون يفرض احترام قاعدة حسن النية عند التنفيذ (ف243 م ا ع)...

كما أن هناك تشابه كبير مع النظرية الفرنسية من حيث اعتماد تكافئ الالتزامات الذي = انتفاء السبب.

ج- نظرية الظروف الطارئة و العوامل الإقتصادية :

الإيجابيات:

+ التمسك بقداسة العقود رغم وجود ظروف طارئة...

- الضرر كلي للمدين + حالة اضطراب... وعدم استقرار للمدين ينتج عنها عدم استقرار في المعاملات وفقدانها مصداقيتها بصفة عامة...+ عدم الاستقرار لا ينجر عن التعديل بقدر ما ينجر عن الأزمات الاقتصادية غير المتوقعة .
- العميد CARBONIER : تعديل العقد الضمان الوحيد لتنفيذه .

السلبيات :

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

_ المراجعة تفتح المجال لمراجعة أخرى : القاضي عندما يحط من التزامات المدين يمكن أن يضع للدائن صعوبات تجعله غير قادر على تنفيذ التزاماته مما يستوجب مراجعة أخرى لالتزامات الدائن ....

تضخم مالي مضر بالاقتصاد .

FLOUR : السبب الرئيسي للرفض في فقه القضاء الفرنسي هو التخوف من الانعكاسات الوخيمة على الإقتصاد.

_ العقود الطويلة المدى غالبا ما تتضمن بنودا تنظم شروط مراجعتها... + المشرع يتدخل بالسماح بنقض العقود أو تعديلها كلما جدت أزمة اقتصادية خطيرة تؤثر على الاقتصاد.

موقف القانون التونسي :

يجب أن يسمح المشرع بتعديل العقود في حالة وجود ظروف طارئة إذ أن التخوفات على الاقتصاد لم تثبت جديتها في الواقع لكن مع حصر المشرع نطاق المراجعة و شروطها تفاديا لكل أنواع التجاوزات المختلفة .

القوّار نطاق القوة الملزمة للعقد

وفق مبدأ سلطان الإرادة فإنه:... للأفراد الحرية المطلقة في التعاقد... كما لهم تحديد الحقوق والواجبات التي ارتضوها لأنفسهم عند التعاقد.

البحث في محتوى العقد الملزم غير ذي موضوع مبدئيا...

لكن أحكام الفصل 243 م إ ع تنص صراحة على أن العقد: "... لا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب عن الالتزام من حيث **القانون أو العرف أو الإنصاف** حسب طبيعته ".

العقد = الالتزامات المصرح بها إراديا + التزامات ضمنية مصدرها القانون... العرف... الإنصاف.

أ- القانون :

مكمل... آمر

1- القوانين المكملة : أو القواعد المكملة

وهي التي يعطي القانون الحق للأفراد في استبعادها و الاتفاق على خلافها وعند سكوتهم تعتبر نافذة بحقهم فهي تؤثر على العقد إذا التزم الطرفين السكوت في خصوص شروط الاتفاق الحاصل بينهما .

و الهدف من هذه القوانين هو إعفاء الأطراف من عناء التفكير في كل جزئيات العقد .

أمثلة :

البيع : يتم بمجرد إتفاق الأطراف على الثمن والمثمن دون بقية التفاصيل التي تنظمها الفصول المتعلقة بالبيع (الفصول 565 حتى 582 م إ ع) عقد الشركة يكفي ذكر البيانات الأساسية : وما زاد عن ذلك يمكن فيه اعتماد القواعد القانونية المتعلقة بنوع الشركة المحدثة .

2- القوانين الآمرة: القواعد الآمرة

موسسة الفواد عدد (45) الطابق الاول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

وهي قواعد لا يمكن مخالفتها أو استبعادها لتعلقها غالبا بالنظام العام فهي تضبط نطاق العقد دون اعتبار لإرادة الأطراف...

2- 1- في صورة صدور قانون جديد يهم موضوع العقد

فهو لا يسري على الماضي إلا في صورة ارتباطه بالنظام العام وبالتالي سيكون في هذه الحالة معدلا لإرادة الأطراف و محددا لمحتوى العقد...

مثال: عقود الكراء الفلاحي + عقود الشغل... أحكام قانون 1987 المتعلقة بالكراء الفلاحي الناصة على أن كراء العقارات الفلاحية التي" لا يمكن أن تقل...عن 3 سنوات قابلة للتجديد" تطبق حتى على الأوضاع التعاقدية الجارية... قبلت محكمة التعقيب **1981**سريان قانون 1978 على حوادث الشغل الواقعة قبل صدوره اعتمادا على أن "الحقوق الوارد بها القانون المذكور تهم النظام العام لتعلقها بمستحقات العمال لأجورهم القانونية ".

2- 2- التحديد التشريعي لمدة العقود...

الأطراف ليسوا أحرارا في تحديد مدة بعض العقود: الكراء الفلاحي(قانون 1987) : لا تقل مدته عن 3 سنوات... المكترين لمحلات معدة للسكنى أو حرفة أو الإدارة العمومية (قانون 1976) :لهم حق البقاء إلى أجل مسمى وقع التمديد فيه دوريا بقوانين إضافية " وذلك دون اعتبار لكل شرط وارد بالعقد"... الاكرية التجارية تخضع لنظام آمر

2- 3- التحديد التشريعي لكيفية تنفيذ العقود :

بعض العقود تخضع في كيفية تنفيذها إلى أحكام قانونية ... مثل ضبط معلوم الكراء بالنسبة لأراضي الزراعات الكبرى (قانون 1987):"بالرجوع إلى قيمة الكراء الفلاحي التي تضبط كل سنة بالأمر المتعلق بتعيين سعر الحبوب و بكيفيات دفع أثمانها و خزنها و إحالتها "...الأكرية التجارية مراجعة معينات الكراء فيها تخضع لقانون25/5/ 1977 المتعلق بتنظيم كراء المحلات التجارية ... الفصل 137 م ا ع يعطي للقاضي صلاحية منح المدين آجلا على وجه الفضل لسداد الدين.

الفؤاد

ب - العرف :

يعد من عوامل تحديد محتوى العقد و يجري مجرى القانون خاصة في المسائل التجارية و المعاملات البحرية... يجوز للمتعاقدين بوجه عام الاحتجاج بالعرف لتحديد محتوى العقد بحسب طبيعته...

وتعتبر من قبيل العرف الشروط المألوفة...

من أمثلة النصوص القانونية التي أحالت صراحة الأطراف على العرف لضبط مدى التزاماتهم المالية و إتمامها... الوكالة :الفصل 1114 م إ ع : "التوكيل لا يترتب عليه أجر إلا إذا خلافه ومع ذلك فإن الوكيل لا يحمل على عدم الأجر في الصور الآتية:... ثالثا:إذا جرت العادة بالمكان بإعطاء أجرة في مثل ما وكل فيه الوكيل"...

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

الوديعة :الفصل 1004 م إ ع :"من شأن الوديعة أن لا يؤدي لها أجر إلا إذا اشترطه المستودع أو اقتضته الأحوال و العرف و تثبت هذه القرينة قانونا إذا كان المستودع منتصبا لقبول الودائع بالأجر"...

عقد القراض : فصل 1211 م إ ع : نصت على أنه إذا لم يعين العقد نسبة الربح التي يستحقها العامل " يحمل على عرف المكان "... عقد الكراء : فصل 799 م إ ع : "إذا لم يكن في العقد كتب ثابت التاريخ جاز للمالك الجديد أن يخرج المكتري من المحل بعد أن يضرب له أجلا حسب العرف ".

ج- الإنصاف :

الفصل 243 م إ ع: "... ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب عن الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته "...

لكن الأحكام التي تقر بذلك شبه معدومة...و الرأي السائد يقول بأهمية هذا العنصر في القضاء بوجه عام... الالتزام بالسلامة الذي يحمله فقه القضاء على الطبيب لفائدة مريضه... وعلى صاحب الفندق لفائدة حريفه... و الالتزام بضمان سلامة لا يمكن ان تفسره إلا بتحقيق العدالة عبر الإنصاف... فلا يمكن تفسيره لا باتفاق ولا بالقانون و لا بالعرف.

الفؤاد **الموضوع:** مبدأ حسن النية و تنفيذ العقد المقدمة: أهمية المبدأ في تونس و القانون المقارن 1- محتوى المبدأ + واجب النزاهة ++ واجب التعاون (تكريسه في حالات خاصة + ضرورة تعميمه) 2- أهمية المبدأ سند لنظرية الظروف الطارئة + مفهوم النظرية ++ شروطها حسب القضاء الالماني
الموضوع: وظائف الفصل 243 م ا ع فقها و قضاء 1- تحديد نطاق الإلتزام + حسن النية في تنفيذ العقد ++ احترام قواعد القانون و العرف و الانصاف 2- سند للتعديل القضائي للعقد + اعتماد نظرية الظروف الطارئة ++ تعديل الشرط التغريمي
الموضوع: المراجعة القضائية للعقود 1- آليات المراجعة المقترحة + الآلية العامة: نظرية الظروف الطارئة... قبول ألماني رفض فرنسي ++ الآليات الخاصة... السبب والغبن / انتقاص العقد. 2- تطبيقات المراجعة في فقه القضاء التونسي + الرفض المبدئي: أسبابه التمسك بحاجز الفصل 242 م ا ع يشمل القاضي وضمان العدالة العقدية يفرض المراجعة لكن

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب طيبة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

هناك صعوبة توفيق بين المراجعة والاستقرار التعاقدي...

++ التردد بخصوص الشرط التعريمي/ 1975 / 1994

جزاء عدم الوفاء بالعقد

هناك نظام جزاء عام هو المسؤولية العقدية ... و جزاء خاص بالعقد الملزم لجانبين

الفؤاد المسؤولية العقدية

عدم الوفاء بالعقد الصحيح = مخالفة قانونية ==> للدائن حق طلب التنفيذ بل حتى الجبر عليه... فالأصل في الوفاء أن يكون عينا .

ـ الدائن غير ملزم بغصب مدينه على الوفاء... بل له أن يختار: بين التنفيذ الجبري إن كان ممكنا... أو التنفيذ بمقابل أي التعويض .

القيام بالخسارة لا يشترط فيه تعذر التنفيذ العيني بل هو حق للدائن بمجرد ثبوت عدم الوفاء أو المماطلة فيه... (ف277 م ا ع)

أحيانا يصبح التنفيذ غير ممكن و لا مجال سوى لطلب التعويض (ف 275 م ا ع)...وذلك لأسباب مادية : ـتلف الشيء موضوع الالتزام... أو حالة القيام بعمل في صورة الامتناع عن العمل ... أو لأسباب قانونية مثل الالتزامات يتوقف تنفيذها على جبر بدني يسلط على المدين وهذا غير جائز.

I. أركان المسؤولية العقدية :

الخطأ... الضرر... العلاقة السببية... + أسباب الإعفاء

أ- الخطأ:

الخطأ العقدي = عدم تنفيذ المدين لالتزاماته الناشئة عن العقد .

الفصل 277 م إ ع : "عدم الوفاء بالعقد أو المماطلة فيه يوجبان القيام بالخسارة "... لا توجد أي إشارة إلى الخطأ ! ...

لكن جزء هام من الشراح يرى أن الفصل 277 م إ ع يشترط ضمنيا عنصر الخطأ رغم عدم الإشارة إليه بصفة صريحة...

وهو تأويل يتدعم من خلال تعرض المشرع عند تنصيصه في العديد من العقود إلى مفهوم الخطأ العقدي... **مثال** : الفصل 782 م إ ع : مسؤولية المكتري ...الفصل 809 م إ ع : التزامات المستأجر لأرض فلاحية ...الفصل 1075 م إ ع : الإفراط في استعمال العارية... الفصل 1131 م إ ع : مسؤولية الوكيل في صورة تقصيره.

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة ـ المنار الأول .الهاتف : 70860477

1- إثبات الخطأ :

الفصلين 277 و 282 م إ ع .

- 277: " عدم الوفاء بالعقود أو المماطلة فيها يوجبان القيام بالخسارة ولو لم يتعمد المدين ذلك ".

عدم الوفاء + المماطلة = إلزام المدين بتعويض الخسارة.

- 282: " لا يلزم المدين بتعويض الخسارة إذا **أثبت** سببا غير منسوب إليه منعه من الوفاء أو أخره عنه كالقوة القاهرة والأمر الطارئ ومماطلة الدائن ".

- وجود سبب غير منسوب إلى المدين منعه من الوفاء أو أخره عنه (قوة قاهرة أو أمر طارئ أو مماطلة الدائن) = لا يمكن المؤاخذة .

- المؤاخذة ممكنة بمجرد إثبات عدم الوفاء إلا في حالة سبب أجنبي.

لكن كيف يمكن الجزم بثبوت عدم الوفاء ؟

الفقيه RENE DEMOGUE ومنذ 1925 يرى أن: الالتزامات تنقسم إلى نوعين :

- التزام بنتيجة - التزام ببذل عناية .... و صعوبة الإثبات تختلف بين النوعين:

التزام بنتيجة يكفي إثبات غياب النتيجة...

التزام ببذل عناية يصعب إثبات عدم القيام بما يكفي من الحرص عند القيام بتنفيذ الالتزام...

لاقت هذه النظرية نجاحا في فرنسا ...

وفي تونس : تبنتها محكمة التعقيب في العديد من القرارات .

1- 1- مبدأ التفرقة بين الإلتزام بنتيجة و الإلتزام ببذل عناية .

	الالتزام ببذل عناية	الالتزام بنتيجة
	بذل جهد سعيا للوصول إلى غرض معين.	هو التزام لا يكون تنفيذه إلا **بتحقيق غاية معينة** هي محل الالتزام .
	_ الهدف: ليس تحقيق نتيجة إنما بذل مقدار معين من العناية.	_ الهدف: تحقيق نتيجة.
	بذل العناية = تنفيذ الالتزام .	تحقيق النتيجة = تنفيذ الالتزام.

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

كيف يثبت عدم الوفاء ؟	كيف يثبت عدم الوفاء ؟
بإثبات تقصير من المدين: من خلال: تقييم سلوكه... تقييم طريقة تصرفه وقت التنفيذ... بيان الإهمال أو اللامبالاة أو نقص الكفاءات اللازمة. سلطة تقديرية كبيرة للقاضي . المعايير التي سيعتمدها القاضي : معيار رب الأسرة الصالح... والمجهود المطلوب من المدين بموجب : القانون أو العقد أو طبيعة الالتزام .	ـ مجرد إثبات عدم حصول النتيجة المتعهد بها. الدائن معفى من كلفة إثبات الخطأ فهو مفترض من مجرد عدم حصول النتيجة المتعهد بها. و يعفى المدين من المسؤولية إذا أثبت سببا خارجيا مثل القوة القاهرة(ف282م ا ع)

الفؤاد

1- 2- معيار التفرقة بين الالتزام بنتيجة و الالتزام ببذل عناية :

الرجوع إلى إرادة الأطراف المتعاقدة لمعرفة محتوى العقد.

الإشكال: أن بعض العقود لا تتضمن عادة بيانات واضحة في هذا الخصوص... الالتزامات التي يتعذر تصنيفها... لا بد من البحث عن معيار موضوعي لهذا فإن محتوى الالتزام يحدد غالبا إما:... بحكم القانون... بحسب طبيعته.

◆ تحديد محتوى الالتزام بحكم القانون :

الالتزام ببذل عناية : مثال1: 782 م إ ع عقد الكراء :" ...على المكتري ضمان ما يقع فيما اكتراه من الفساد بفعله أو بتقصيره أو بسوء استعماله ...." .

مثال2: 1131 م إ ع : عقد الوكالة: "على الوكيل القيام بما وكل عليه بغاية الاعتناء و التثبت وهو مسؤول بالخسارة الناشئة عن تقصيره....."

الالتزام بنتيجة : مثال1: الفصل 849 و 850 م إ ع :التزام أصحاب الفنادق بضمان كل ما تلف أو سرق من متاع حرفائهم ... ما لم يثبتوا وجود قوة قاهرة أو خطأ المتضرر.

مثال2: فصل 640 م ت : تحمل ناقل الأشياء التزاما بتحقيق غاية وهو تحقيق وصول تلك الأشياء سليمة.

مثال3: الفصل 653 م تجارية: الذي يحمل ناقل الاشخاص التزاما بتحقيق غاية... ما لم يثبتوا وجود قوة قاهرة أو خطأ المتضرر.

◆◆ تحديد محتوى الالتزام بحسب طبيعته :

تشكل طبيعة الالتزام أحيانا دليلا قاطعا على مضمونه .

حسب الشراح :

1- الالتزامات بإعطاء + الالتزامات بامتناع عن عمل = هي التزامات بنتيجة.

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

2- الالتزامات بعمل : بعضها: هو التزام بنتيجة...+...وبعضها: التزام ببذل عناية... يجب البحث عن معيار...

◆◆◆ مسألة التفرقة بين الالتزام ببذل عناية و الالتزام بنتيجة:

اقترح بعض الفقهاء **معيار الاحتمال:**

معيار ينطلق من الإرادة المفترضة لطرفي العقد: تحقيق الغاية أمر غير محقق = التزاما ببذل عناية... أي أن تحقيق الغاية التي تعاقد من أجلها الدائن أمر غير محقق مجرد احتمال...

معيار دور الدائن في تنفيذ الالتزام... دور سلبي = التزاما بنتيجة... دور إيجابي = التزاما ببذل عناية .

فقه القضاء : في فرنسا لم يتقيد بأي من المعيارين و أخذ باعتبارات أخرى:

- التزام بنتيجة:...إذا كان المدين مؤمنا عن المسؤولية من أجل الأضرار التي ألحقها بمعاقده... أو إذا كان موضوع الالتزام متعلقا بضمان سلامة الدائن .

- التزام ببذل عناية:... إذا كان الالتزام بدون عوض.

الفؤاد

1- 3- الالتزام بضمان سلامة :

لا ينحصر الالتزام الذي يجب على المدين تنفيذه بما وقع التصريح به في العقد بل يضاف إليها ما يستوجبه "حكم القانون أو العرف أو الإنصاف"...**الفصل 243 م إ ع**... و يكون المدين ملزما بتعويض الخسارة عند مخالفتها... وهو ما قضت به **المحاكم فرنسية** منذ سنة 1911 عقد النقل لا يلزم الناقل بنقل المسافر فقط وإنما بنقله مع ضمان سلامته البدنية ... يجب التعويض في صورة عدم ضمان السلامة البدنية.

ثم إنتقلت هذه القاعدة إلى جميع العقود التي تكون فيها السلامة البدنية لأحد المتعاقدين عرضة للخطر وقت تنفيذها .

أما في التشريع التونسي: فالالتزام بضمان سلامة هو التزام قانوني بالنسبة لعقد النقل... الفصل 653 و ما بعده م تجارية .

و تبنت محكمة التعقيب من ناحيتها أيضا فكرة الالتزام بضمان السلامة بالنسبة للعقود التي يكون فيها شخص الدائن عرضة للخطر...قرار 1974/11/7 وضع على كاهل صاحب النزل التزاما بضمان سلامة حرفائه المقيمين... وحمله واجب التعويض عن وفاة حريفين نتيجة تسرب غاز .

لكن هل الالتزام بضمان سلامة : هو التزام ببذل عناية ؟... ولهذا السؤال أهمية بالغة بالنسبة للإثبات والإعفاء.

ضمان السلامة المسافرين في القانون التونسي : التزام بنتيجة .

ضمان سلامة الحرفاء في عقد الإقامة في النزل = التزام ببذل عناية في نظر فقه القضاء التونسي.

موضوع: التفرقة بين الالتزام بنتيجة و الالتزام ببذل عناية

المقدمة: ربط الموضوع بترتيب الالتزامات وأنواع الالتزام

1- مبدأ التفرقة

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الاول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

+ المصلحة منها... الإثبات

++ محتواها... مفهوم ونظام كل منهما

2- معيار التفرقة:

+ تعدد المعايير... بالقانون/ حسب طبيعتها/ القاضي/ الفقه

++ حالة الالتزام بضمان السلامة

الفؤاد

2- تدرج الخطأ :

أصلها : القانون الفرنسي القديم .

مفادها : تقسيم الخطأ العقدي إلى 3 أقسام :

_ خطأ جسيم : هو الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل... يقترب إلى الخطأ المعتمد .

_ خطأ يسير: هو الذي لا يرتكبه شخص عادي.

_ خطأ تافه : هو الذي لا يرتكبه شخص حازم يقظ .

أهميتها :

عقد لمنفعة الدائن وحده : لا يسأل فيه إلا على الخطأ الجسيم .

عقد لمنفعة المتعاقدين معا : يسأل فيه المدين على الخطأ اليسير .

عقد لمنفعة المدين وحدة : يسأل فيه المدين حتى على الخطأ التافه .

ملاحظة : تخلى القانون الفرنسي عن هذه النظرية نتيجة **نقد PLANIOL** : فمخالفة الالتزام في كل الأحوال تعد خطأ + إثارة مسألة مدى خطورة الخطأ غير ذي جدوى طالما أن المهم هو التأكد من مدى التزام المدين + يجوز مؤاخذة المدين من أجل أي خطأ بصرف النظر عن درجة خطورته .

التشريع :

المبدأ : يؤاخذ المدين عن كل خطأ و يعوض الخسارة .

الإستثناء : عقد الوديعة : فصل 1005 _ 1020 _ 1021 م إ ع + عقد الوكالة : 1114 _ 1131 _ 1132 م إ ع... يتضمنان تحديد جسامة الخطأ الذي يختلف حسب أن يكون الالتزام بأجر أو بدون أجر.

ب- الضرر :

الركن الثاني في المسؤولية العقدية .

إثباته :

°**المبدأ** : من يدعي الضرر عليه إثباته (لا يفترض من مجرد عدم الوفاء) .

° **الإستثناء** : الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي .

الفصل 278 م إ ع :"..... غير أنه في الالتزامات الخاصة بأداء مالي معين فغرم الضرر لا يكون إلا بالحكم بأداء مقدار معين فغرم الضرر لا يكون إلا بالحكم بأداء الفائض الذي عينه القانون" .

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

الضرر الذي يترتب عليه التعويض :

ينتج عن : _عدم الوفاء الكلي أو الجزئي .

_المماطلة في الوفاء الفصل 277 م إ ع:"عدم الوفاء بالعقد أو المماطلة فيه يوجبان القيام بالخسارة و لو لم يتعمد المدين ذلك ".

طبيعته : _ ضرر مادي .

_ ضرر معنوي : لم يتعرض المشرع صراحة إلى هذا الصنف .

الفؤاد

ج _ العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر :

يجب أن يكون الخطأ هو السبب في حصول الضرر .

فصل 278 م إ ع : " الخسارة عبارة عما نقص من مال الدائن حقيقة و عما فاته من الربح **من جراء عدم الوفاء بالعقد** ..." .

... فالخسارة لا توجب التعويض ما لم تكن نتيجة مباشرة لعدم الوفاء الذي يعد خطأ تعاقديا

لكن أحيانا يصعب تحديد السبب الأصلي لحدوث الضرر نظرا لوجود سلسلة لا متناهية من الأسباب...

يجب تحديد السبب القانوني... ظهرت عدة نظريات أهمها نظريتان هما:

النظرية الأولى : نظرية تكافؤ الأسباب :

كل سبب تبين أنه كان له دور في إحداث الضرر يجب اعتباره مهما كان بعيدا... تصور فلسفي لرابطة السببية يؤدي إلى اعتبار كل الأفراد مسؤولين عما أصابهم + توسيع نطاق الضرر الواجب التعويض... يشتمل الأضرار المباشرة و الأضرار غير المباشرة... كل الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر تعد متكافئة في هذه النظرية .

تصور مخالف لصريح **الفصل 278 م إ ع** : " الخسارة عبارة عما نقص من مال الدائن حقيقة وعما فاته من الربح من جراء عدم الوفاء بالعقد ..." .

النظرية الثانية :نظرية السبب المنتج :

تمييز بين الأسباب العارضة و الأسباب المنتجة ولا يأخذ إلا بالسبب المنتج ... هي المعتمدة في مجلة الالتزامات والعقود عملا بالفصل 278 م ا ع.

السبب العارض : هو السبب غير المألوف الذي لا يترتب عليه عادة نوع الضرر المطلوب التعويض عنه .

السبب المنتج : هو السبب المألوف و الذي يتوقع مه إحداث الضرر... هو الخطأ الذي يعتبر في نظر أي شخص عادي منتجا للضرر موضوع طلب التعويض... (مثال الدابة المريضة و طلب التعويض عن عدم زراعة الأرض... غير ممكن)

ملاحظة : أحكام الفصل 278 م إ ع :" ... و إعتبار الأحوال الخاصة بكل نازلة موكولة لحكمة المجلس و عليه أن يقدر الخسارة و يجعل فيها تفاوتا بحسب خطأ المدين أو تدليسه ..."

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد

... تسمح للقاضي بأن يحكم بالتعويض عن الأضرار غير المباشرة في صورة تعمد المدين عدم الوفاء (سلطة تقديرية) .

د- أسباب الإعفاء من المسؤولية العقدية :

الفصل 282 م إ ع :" لا يلتزم الدائن بتعويض الخسارة إذا أثبت سببا غير منسوب إليه منعه من الوفاء أو أخره عنه كالقوة القاهرة و الأمر الطارئ و مماطلة الدائن " .

ليس على سبيل الحصر :

لماذا ؟

وجود أسباب أخري : فعل الغير و فعل الدائن .

الفؤاد

أ- القوة القاهرة و الأمر الطارئ :

لفظان لا يختلفان من حيث أثارهما و مفهومهما .

محكمة التعقيب : ليس هناك أي إختلاف... + فقه القضاء بفرنسا : ليس هناك أي اختلاف .

ما هي العناصر المكونة للقوة القاهرة؟

1 عناصر القوة القاهرة :

1- 1- عدم إمكانية التوقع زمن التعاقد:

إذا كانت امكانية عدم تنفيذ الالتزام متوقعة عند التعاقد فلا وجود لقوة قاهرة.

_ لماذا عدم إمكانية التوقع ؟

لئن إمكانية التوقع يعني أن المدين تعهد بالوفاء و هو على بينة بواقع الأمور و على علم تام بالمخاطر التي قد يتعرض إليها تنفيذ العقد .

_ توفر هذا العنصر يخضع إلى تقدير القاضي لأنها مسألة واقعية .

_ نطاق استحالة التوقع :

مطلقة :

يقع تقديره لا من جانب المدين فحسب بل من جانب أشد الناس يقظة و تبصر بالأمور .

رأي يخالفه فقه قضاء محكمة التعقيب .

نسبية :

تقدر بالرجوع إلى معيار الأب الصالح... مع اعتبار كل حالة على حدة .

رأي يؤيده فقه **قضاء محكمة التعقيب قرار6 مارس 1986** :" رداءة الأحوال الجوية لا تأخذ كقوة قاهرة بالنسبة لربان السفينة "

1- 2- إستحالة الدفع عند تنفيذ العقد:

الفصل 283 م إ ع : " القوة القاهرة التي لا يتيسر معها الوفاء بالعقود هي كل شيء لا يستطيع الإنسان دفعه ...."

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

- استحالة التوقع من دون استحالة الدفع لا تعتبر قوة قاهرة .

***–إستحالة الدفع لا يمكن أن تتوفر إذا كان هناك:**

إمكانية تغلب... أو إمكانية الاجتناب... **أو خطأ متقدم من المدين**

الفصل 283 م إ ع : " لا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة قاهرة إلا إذا أثبت المدين أن استعمل كل الحزم في رده. و كذلك السبب الحادث من خطأ متقدم من المدين لا يمكن إعتباره قوة قاهرة " .

- **إذا طرأت القوة القاهرة أثناء مطل المدين** فإن القوة القاهرة تفقد مفعولها الإعفائي.

الفصل 280 م إ ع : " إذا تلف الشيء الملتزم به أو تعيب بسبب طارئ أو قوة قاهرة أثناء مماطلة المدين فالمصيبة منه ".

****– إستحالة الدفع يجب أن تكون مطلقة لا نسبية :**

لهذا لا وجود لاستحالة دفع عندما يكون التنفيذ ممكنا ولو بكلفة أكبر أو بشروط أصعب

2 آثار القوة القاهرة و الأمر الطارئ :

... انقراض التزام المدين ± الإعفاء من التعويض عن الخسارة الناجمة عن عدم الوفاء... مالم يوجد اتفاق مخالف فالأمر لا علاقة له بالنظام العام... أو في حالة المدين المماطل الذي يبقى ملزما بالتعويض (ف280 و283م ا ع)... فالمماطل مخطئ و ليس لأحد أن يستفيد بخطئه... وهذه تسمى قوة قاهرة غير وقتية...

القوة القاهرة الوقتية :

نظرية جديدة نسبيا .

_ تتعلق بالعقود الزمنية **التي لا يكتسي تاريخ تنفيذها أهمية جوهرية** بالنسبة للدائن .

_ هي في الحقيقة تعميم **لحلول سبق أن أقرها المشرع خاصة** في مجلة الشغل بالنسبة للولادة والخدمة العسكرية و الانقطاع المؤقت عن العمل .

_ **ينتج عنها تعليق العقد إلى حين زوال سبب الاستحالة .**

الفؤاد

_ أخذ بهذه النظرية فقه القضاء الفرنسي في حالات نادرة...

في تونس...الفقيه محمد المالقي + فقه القضاء : قرار محكمة التعقيب 1989/4/25" إعفاء المدين من تنفيذ الالتزام أو وقفه حسب الأحوال".

موضوع: القوة القاهرة (أو القوة القاهرة و الأمر الطارئ)

1- شروطها او عناصرها

+ عدم إمكان التوقع عند التعاقد

++ استحالة الدفع عند التنفيذ

2- آثارها

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

+ حسب النظام المعتمد في م ا ع ++ حسب نظرية القوة القاهرة الوقتية	

ب- مماطلة الدائن :

الفصل 284 م إ ع : " يعد الدائن مماطلا إذا امتنع بلا وجه من قبول الأداء من المدين أو من نائبه إذا عرضا إتمام ذلك على الوجه المقرر بالعقد أو الذي تقتضيه طبيعة الالتزام ".

الفصل 289 م إ ع : " مماطلة الدائن لا تكفي لبراءة ذمة المدين ".

آثار مماطلة المدين :

ـ إعفاء المدين إبتداءا من تاريخ قيام المماطلة من تعويض الخسارة الناجمة عن تلف أو تعيب الشيء الملتزم به .

ـ لا تعفي المدين من تعويض الخسارة في صورة تدليسه أو تقصيره الفاحش .

الفصل 287 م إ ع : " إذا تلف أو تعيب الشيء الذي التزم به المدين فضمانه على الدائن من وقت ابتداء مماطلته ولا يضمن المدين من ذلك الوقت إلا ما نتج عـــن تدليسه وتقصيره الفاحش "

ج- فعل الغير و فعل الدائن :

فعل الغير :

لا يعفي فعل الغير المدين من التزامه إلا إذا توفرت فيه شروط القوة القاهرة.

فعل الدائن :

المدين مخطئا : استغرق كامل أسباب الضرر + لا يمكن نسبة عدم الوفاء لسواه = **المدين يعفي من تعويض الخسارة .**

أقر المشرع هذا الحل ضمنيا :

حل تشريعي خاص فصل 654 م ت :" يجوز إعفاء الناقل من أجل عدم الوفاء بتعهداته أوالإخلال بها أو التأخر عنها بشرط أن يثبت أن ذلك ناشئ عن قوة قاهرة أو خطأ بسبب المسافر" .

الفرع الثاني : آثار المسؤولية العقدية

◆- مطل المدين

الفصل 268 :"يعتبر المدين مماطلا إن تأخر عن الوفاء بما التزم به في الكل أو في البعض لسبب غير صحيح"...

مع ضرورة التمييز بين الحالات:

1- حالة الالتزام بأجل معين: مبدأ... استثناء...

1-1- المبدأ: الفصل 269 م ا ع:" يعد المدين مماطلا بمضي الأجل المعين في العقد..."

لا حاجة للتنبيه عليه بالوفاء... خلافا للقانون الفرنسي لا بد من التنبيه لاعتبار المدين مماطلا

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الاول .الهاتف : 70860477

في تونس يمكن الاتفاق على ضرورة التنبيه...

1-2- الاستثناءات:

- عند وفاة المدين لا يعد ورثته مماطلين ما لم ينبه عليهم... (ف271 م ا ع).
- عقد الإجارة على الصنع ... تأخر المستأجر عن تسلمه المصنوع... (ف 881 م ا ع فقرة2).
- إذا كان موضوع الالتزام أداء مقدار مالي معين... لا مماطلة إلا من يوم إنذار المدين... (ف 278 فقرة4 م ا ع).

2- حالة الالتزام بدون أجل:

لا يعد المدين مماطلا الا بعد التنبيه عليه... الفصل 269 م ا ع "... فإذا لم يعين أجل فلا يعد المدين مماطلا إلا بعد أن ينذره الدائن أو نائبه القانوني بوجه صريح بالوفاء بما عليه ويذكـــــر في الإنذار ما يأتي:

أولا - أنه يطلب من المدين الوفاء بما التزم به في مدة معقولة.

ثانيا- أنه إذا مضى هذا الأجل فإن الدائن يعد نفسه بريئا مما تعهد به.

ويجب أن يكون الإنذار كتابة وقد يكون برسالة تلغرافية أو بمكتوب مضمون الوصول أو بطلب المدين للحضور لدى المحكمة ولو كانت غير مختصة ."

- يعد المدين مماطلا ابتداء من فوات الأجل الوارد في التنبيه... حل يبدو متناقضا مع احكام الفصل 136 م ا ع" إذا كان الالتزام غير مقيد بأجل أجري حالا "... الرأي السائد فقها وقضاءا أن المقصود بالفصل 136 "حالا" هو حال مما يطلب المدين...

وفي جميع الحالات يكون السؤال وجوبيا حسب الفصل 270 م ا ع في حالتين:" لا يجب على الدائن أن ينذر المدين في حالتين:

أوّلا - إذا امتنع المدين عن الوفاء امتناعا صريحا.

ثانيا -إذا صار الوفاء غير ممكن ".

الفؤاد

◆- تعويض الخسارة:

النظام العام لتقدير التعويض: يجب ان يكون التعويض كاملا حسب الفقرة 1 من الفصل 278 م ا ع:" الخسارة عبارة عما نقص من مال الدائن حقيقة وعما فاته من الربح من جراء عدم الوفاء بالعقد..."... أما السلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي في تقدير التعويضات حسب نوع خطأ المدين أخر الفقرة 1 من الفصل 278 فتطبيقها نادر في فقه القضاء.

النظام الخاص لتقدير التعويض بالنسبة للالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين... الفقرات من 2 حتى 5 من الفصل 278 م ا ع التي يستنتج منها:

- **غرم الضرر لا يكون إلا بالحكم بأداء الفائض الذي عينه القانون.**
- يحكم به **دون أن يلزم الدائن بإثبات حصول أي خسارة.**
- **اعتبارا من اليوم الذي صدر فيه إنذار للمدين** من طرف الدائن.

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

- في صورة سوء نية المدين يمكن للدائن الذي حصل له **ضرر أن يتحصل على جبر ضرره** إضافة إلى الفائض المعين لغرم المماطلة .

موضوع: تعويض الخسارة الناجمة عن عدم الوفاء بأداء مقدار مالي معين
1 - قيام الحق في التعويض...
*- مطل المدين:
- لا يعد المدين مماطلا إلا من يوم إنذاره... وفي هذه الحالة لا عمل بالتفرقة بين الالتزام بأجل أو بدونه خلافا للقانون العادي.
- محتوى الإنذار... طلب الوفاء في مدة معقولة..بمضي تلك يصبح الدائن بريئا مما تعهد به
- شكل الإنذار... كتابة برسالة مضمونة الوصول أو بتلغراف أو غيره أو استدعاء لدى المحكمة ولو كانت غير مختصة.
**- بداية المطل... بنهاية المدة المعقولة... التوفيق بين الفصلين 136 و 269 م ا ع
2- مقدار الخسارة القابلة للتعويض
*- الضرر الناتج عن مجرد المماطلة: الفائض القانوني... في المادة المدنية... في المادة التجارية.
- الخسارة مفترضة من المماطلة وتقدر حسب مدتها
**- الضرر المستقل عن المماطلة... يستوجب التعويض عند إثبات سوء نية المدين

◆- الاتفاقات المتعلقة بالتعويض:

- الاتفاق على تحديد المسؤولية أو الحد منها:

المبدأ... جائز

الحدود... الفصل 244 م ا ع:" لا يسوغ لعاقد أن يشترط عدم إلزامه بما ينتج من خطئه الفاحش أو تعمده"

الاستثناء...باطل حسب الأحكام الخاصة ببعض العقود... ف 644 م ت مثلا وحسب الفقه لا يجوز في العقود الطبية

الشرط التغريمي هو مبلغ من المال يتفق عليه الطرفان زمن إبرام العقد لتعويض الخسارة المتوقعة في صورة عدم الوفاء أو التأخر فيه...

لا يوجد في التشريع التونسي نص خاص ينظمه...

إلا أن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب أقرت في قرارها الصادر في 1975/4/29صحة الشرط التغريمي ذو الطابع التعويضي لا ذو الطابع العقابي اعتمادا على القواعد العامة للالتزامات و تحديدا على مبدأين وهما:

- مبدأ الحرية التعاقدية من ناحية...
- ومبدأ القوة الملزمة للعقد من ناحية أخرى.

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الاول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

و الشرط المقبول هو ذو الطابع التعويضي لا ذو الطابع العقابي الذي سيكون باطلا حسب الفصل 64 م ا ع لتعلقه بأمر غير ممكن قانونا فليس لأحد أن يقتص لنفسه بنفسه

أما الشرط ذو الطابع التعويضي فهو المقبول اعتمادا على الحرية التعاقدية التي تمنح للطرفين حق أن يتفقا على أي أمر لا يتعارض مع القانون وهذا الاتفاق حسب الفصل 242 م ا ع ستكون له نفس القوة الإلزامية التي للقانون "فما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون بين الطرفين".

لكن هذا الفصل كان بدوره أيضا الحاجز الذي اعتمده فقه القضاء للحيلولة دون التدخل في تعديل الشرط التغريمي ولو كان مجحفا.

فعملا بأحكام الفصل 242 م ا ع كانت المحاكم تلزم المدين على الوفاء بالشرط التغريمي الذي تعهد به ولو تجاوزت قيمته قيمة المضرة الحقيقية التي لحقت بالدائن...

وقد استمر الوضع على هذه الحالة الى حين صدور قرار تعقيبي مؤرخ في 1994/4/28 اعتبرت بموجبه إحدى دوائر محكمة التعقيب ان خضوع الشرط الجزائي لمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الحرية التعاقدية طبقا للفصل 242 م ا ع لا يحول دون أن تقوم المحكمة بمراقبة ذلك الشرط والتخفيض أو الترفيع فيه أو حتى إلغاءه وذلك اعتمادا على قواعد العدل والأنصاف وعلى أحكام الفصل 278 م ا ع الذي حدد مقدار تعويض الخسارة بما وقع للدائن من مضرة...

أي أن قرار 1994 أعطى للقاضي حق مراجعة العقد متجاوزا حاجز الفصل 242 م ا ع.

◆◆- النظام الإضافي الخاص بالعقود الملزمة للجانبين:

◆- الدفع بعدم التنفيذ

وسيلة ضغط وقتية قائمة على قاعدة المعاملة بالمثل تؤول فقط إلى إيقاف العقد من أحد المتعاقدين حين يمتنع الطرف الأخر عن الوفاء بالتزاماته... الفصل 247 م ا ع " إذا كان الالتزام من الطرفين فلأحدهما أن يمتنع 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 يمتنع من أداء ما عليه لأحدهم حتى يتمموا جميعا ما وجب عليهم".

... رغم الاختلافات فهناك شبه و تقارب بينه و بين حق حبس المال الوارد بالفصول 309 حتى 324 م ا ع... كلاهما وسيلة وقتية... فحق الحبس هو : " حق الحبس هو الحق في حوز الشيء الذي يملكه المدين حتى يؤدي ما عليه للدائن ولا يجري العمل به إلا في الأحوال التي خصصها القانون "(ف309 م ا ع).

... والفارق بينهما: الدفع بعدم التنفيذ حق شخصي وهو وسيلة دفاعية تشمل جميع أنواع العقود مبدئيا ... الحبس حق عيني فهو وسيلة ضغط و تأمين عيني لضمان خلاص الدين (ف193 م ح ع) وذلك في الحالات الواردة في الفصول 310 حتى 312 م ا ع و 36 م ح ع.

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

الفسخ هو جزاء عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه الناشئ عن عقد ملزم للجانبين ينحل بموجبه العقد بصفة رجعية...

وحسب الفصل 273 فقرة أولى م ا ع:"إذا حل أجل الوفاء وتأخر المدين عنه للدائن الحق في غصب المدين على الوفاء إن كان ممكنا وإلا فسخ العقد".

ويؤخذ من هذا النص أن استحالة التنفيذ هي شرط ومعيار الفسخ في القانون التونسي، أما مماطلة المدين فهي غير كافية لطلب الفسخ، فمجرد ثبوت عدم الوفاء لا يكفي حتى يتمكن الدائن من طلب الفسخ فهي غير كافية بل يجب عليه أن يثبت إلى جانب ذلك استحالة تنفيذ الالتزام فطالما كان الوفاء ممكنا فالخيار الوحيد أمام الدائن هو الجبر على التنفيذ بهدف إنقاذ العلاقة التعاقدية...

وهذا الحل التشريعي يؤكد أن المشرع التونسي غلب عند وضعه المجلة سنة 1906 البعد الموضوعي على البعد الذاتي للعقد...

الفؤاد

1- شروط الفسخ

*- لا يسري إلا على العقود الملزمة لجانبين.

- **استحالة التنفيذ هل هي شرط للفسخ؟

حسب الفصل 273 م ا ع يمكن الإجابة بالنفي.. لكن حسب فقه القضاء يجب التمييز بين مرحلتين ما قبل 1996 و ما بعدها:

◆- **قبل 96 يجب ثبوت عدم الوفاء أي المماطلة + يجب ثبوت استحالة التنفيذ**

استحالة التنفيذ هي شرط الفسخ و معياره...

وهو الموقف الذي اعتمدته المحاكم في تونس منذ القرار التعقيبي الصادر في 12/10/ 1959 واستقرت عليه..

...تأيد هذا الموقف بالقرار الصادر في 1989/10/16 عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب التي أكدت أن طلب الفسخ لا يقبل إلا إذا ثبت أن تنفيذ العقد أصبح مستحيلا بالنسبة للمدين...

مما يعني أن مجرد ثبوت مماطلة الدائن لا يكفي لطلب الفسخ، والمقصود بالمماطلة حسب الفصل 268 م ا ع هو التأخر عن الوفاء بكل أو بعض الالتزام لسبب غير صحيح.

إذا فقه القضاء يعتبر أن مجرد مماطلة المدين لا تكفي بمفردها لطلب الفسخ

☜ تركيز على عبارات الفقرة الأولى من الفصل273 م أ ع

لماذا ؟ تغليبا للبعد الموضوعي للعقد على البعد الذاتي لضمان استقرار المعاملات...خلافا للقانون الفرنسي الذي يجيز الفسخ لمجرد عدم الوفاء (ف 1184 م م ف)... أما في تونس فمجرد ثبوت مطل المدين يخول حق المطالبة بتعويض الخسارة فقط... وطبقه فقه القضاء في بعض الحالات: مثل **حالة عقد الكراء** : حسب الفصل 273 م أ ع :"و تجري في المماطلة القواعد المقررة المتعلقة بالعقود الخاصة ". وقد ورد بالفصل 796 م إ

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

ع:"للمكتري فسخ الكراء مع غرم خسائره إن وقعت إذا كان شيء مما في الصور الآتية:... ثالثها:إذا لم يؤد الكراء الحال عليه "...

محكمة التعقيب اعتبرت أن الفسخ يبقي ممكنا إذا لم يقع خلاص الكراء المتخلد بذمة المتسوغ قبل موعد انتهاء النزاع أمام محكمة الموضوع . قرار مخالف لأحكام الفصل 796 م أ ع التي تجعل من الفسخ حقا لفائدة المتسوغ بإمكانه ممارسته دون قيد ولا شرط بمجرد عدم خلاص معين الكراء... تبرير هذا الحل : ضرورة مراعاة مصلحة المتسوغ باعتباره يمثل الطرف الضعيف عند التسوغ .

- تجدر الإشارة إلى ان الحل واحد في القانونين وذلك في صورة للوفاء الجزئي الذي أعطى فيه المشرع التونسي للدائن الخيار مثلما هو الحل في القانون الفرنسي بين مواصلة التنفيذ أو طلب الفسخ...

◆◆- بعد 96 :قرار محكمة التعقيب دوائر مجتمعة المؤرخ في 1996 /2/29

استحالة التنفيذ ليست شرطا للفسخ ولا معيارا له...

+ عرض موقف محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة:

الفؤاد

قررت قاعدتين جديدتين وهما:

أولا: مجرد المماطلة يكفي للحصول على الفسخ حسب التأويل السليم لأحكام الفصل 273 م ا ع الذي لم يجعل من ممارسة حق الغصب شرطا لطلب الفسخ.

ثانيا: إن للدائن حق الخيار بين طلب الفسخ أو جبر مدينة على التنفيذ وذلك تحت رقابة المحكمة تكريسا لمصلحة الدائن ولتجنيبه خطر ضياع حقه من خلال إجباره على محاولة التنفيذ أولا.

أي أن قرار الدوائر المجتمعة يعني أن الفسخ لم يعد حلا أخيرا لا يمكن اللجوء إليه إلا عندما يستحيل تنفيذ العقد، أنما هو وسيلة من وسيلتين يختار أحدهما الدائن حسب مصلحته ولكن تحت رقابة المحكمة...

وحسب هذا القرار فقد اعتبرت محكمة التعقيب ما يلي:

- إرادة المشرع واضحة في حماية الدائن وقد مكنه من آليات متعددة للغرض (الشرط الفاسخ / الدفع بعدم التنفيذ/ طلب غرم الضرر/ الغصب على الوفاء/ وطلب الفسخ)... وله الخيار بينها دون ترتيب حتمي.

- جبر المدين على خوض تجربة الغصب قبل طلب الفسخ مرهق له و يؤدي إلى تفضيل المدين عليه.

++ النقد:

- حل يتعارض مع وضوح صياغة الفصل 273 م ا ع و الظروف التاريخية لوضعه إذ أن المشرع تخلى عن الفصل 300 من المشروع الذي كان يتبنى حل القانون الفرنسي... مما يعني أن إرادة المشرع واضحة بتبني البعد الموضوعي للعقد.

- تأويل يتعارض مع ركائز نظرية العقد في القانون التونسي القائمة على حماية العقود و ضمان تنفيذها... فمصلحة الدائن ليست المحور الأساسي لتقرير الفسخ بدليل التخلي عن الفصل 300 من المشروع.

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

- المشرع وخلافا لما رأته المحكمة يعتمد ترتيبا حتميا لاستعمال الآليات القانونية المقررة للدائن عند عدم الوفاء.

2- وسائل الفسخ

المبدأ... لا يكون إلا بحكم (ف 273 فقرة أخيرة)... الاستثناء باتفاق الطرفين... الشرط الفسخي (ف 274 م ا ع).

3- آثار الفسخ

المبدأ... له أثر رجعي... **الاستثناء**...العقود الزمنية لا يحدث الفسخ سوى آثار مستقبلية

موضوع: شرط استحالة التنفيذ في الفسخ
1- الرأي السائد قبل سنة 1996
+ اساسه
++ مبرراته
2- موقف الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب سنة 1996
+ محتواه
++ نقده

الفؤاد

◆- مسألة تحمل التبعة :

الفسخ ناتج عن خطأ عقدي يؤدي إلى عدم الوفاء بالعقد .

لكن ما الحل إذا كان عدم الوفاء ناتجا عن قوة قاهرة ؟

الأصل أن المدين يكون معفى من التزامه : فصل 282 م إ ع :"لا يلتزم المدين بتعويض الخسارة إذا أثبت سببا غير منسوب إليه منعه من الوفاء أو أخره عليه كالقوة القاهرة والأمر الطارئ و مماطلة الدائن "

فهل يعفي الطرف الأخر (الدائن)من التزامه؟ أي على من تحمل تبعة القوة القاهرة؟ و هل سيجبر الدائن على تنفيذ التزامه رغم عدم حصوله على شيء :

في صورة الإجابة بنعم : تكون التبعة محمولة على المدين .

في صورة الإجابة بلا : تكون التبعة محمولة على الدائن.

المبدأ: التبعة محمولة على المدين (ارتباط الالتزامين)... حل مكرس في الفصل 348 م ا ع :"إذا لم يتيسر الوفاء بالعقد بغير اختيار العاقدين و بغير مطل من المدين برئت ذمه و يسقط حقه في طلب ما عسي أن يترتب في ذمة المعاقد الآخر ".

الاستثناء : عقود نقل الملكية (بيع – معاوضة): التبعة محمولة على الدائن... حسب الفصل 585 م ا ع:"...ويصير المبيع حينئذ في ضمان المشتري ولو قبل تسلمه إياه ما لم يكن في ذلك ما ينافي العقد "... عند هلاك المبيع : البائع يحتفظ بالثمن أو على الأقل بحقه في المطالبة بالثمن رغم أن المشترى لم يتسلم شيئا...

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

فهل تعتبر هذه المسألة استثناء ؟... لا لأن عقد البيع يترتب عليه نقل فوري للملكية فبمجرد إبرام العقد تنتقل الملكية الى المشتري وتحمل التبعة يقع عليه بصفته مالكا لا دائنا.

آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص

العقد عمل إرادي... لذلك فهو مبدئيا لا يلزم سوى طرفيه... الفصل 240 م ا ع:" لا يلزم العقد إلا العاقدين ولا ينجر منه للغير ضرر ولا نفع إلا في الصور التي نص عليها القانون "... وهو ما يؤكده أيضا الفصل 37 م ا ع:" ليس لأحد إلزام غيره أو قبول التزام له..."...

مبدأ النسبية العقدية

لكن هذا المبدأ طرأت عليه استثناءات...

◆- مبدأ النسبية العقدية .

يقصد به... العقد يحدث رابطة قانونية بين طرفيه يكون لهما بموجبها حقوق و واجبات مما يجعلهما دائنا ومدينا...الفصل 240 م ا ع

الغير لا يصبح بموجب العقد لا دائنا ولا مدينا... و لكن العقد باعتباره حدثا اجتماعيا يبقي لذلك الغير حقا أو مصلحة في وجود العقد... كما أن الأطراف يواجهون الغير به وبما يحدثه من أوضاع قانونية جديدة...

الفرع الأول : نسبية الأثر الإلزامي للعقد :

من هم الأشخاص الذين يسري العقد عليهم ؟

ومن هم الأشخاص الذين لا ينجر لهم نفع ولا ضرر من العقد ؟ ... يجب تحديد مفهوم الطرف المتعاقد وتمييزه عن الغير...

الطرف المتعاقد :

هو الذي يتم رضاه(شخصيا أو عبر النيابة) انعقاد العقد... و يمتد ليشمل...

خلفاء الأطراف المتعاقدين :

الفصل 241 م إ ع : " الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على ورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم...."... فهناك نوعين من الخلف... عام + خاص.

- الخلف العام :

هو من يخلف السلف (الميت) في ذمته المالية كلها أو في جزء غير معين منها باعتبارها مجموعة من الأموال... وهو إما الوارث... أو الموصى له .

المبدأ : الخلف العام متمما لشخص من يخلفه حالا محله فيما له و ما عليه... حسب الإرث و المناب... لكن مع مراعاة صورة عدم قبول الإرث .

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الاول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

فهل تعتبر هذه المسألة استثناء ؟... لا لأن عقد البيع يترتب عليه نقل فوري للملكية فبمجرد إبرام العقد تنتقل الملكية الى المشتري وتحمل التبعة يقع عليه بصفته مالكا لا دائنا.

آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص

العقد عمل إرادي... لذلك فهو مبدئيا لا يلزم سوى طرفيه... الفصل 240 م ا ع:" لا يلزم العقد إلا العاقدين ولا ينجر منه للغير ضرر ولا نفع إلا في الصور التي نص عليها القانون "... وهو ما يؤكده أيضا الفصل 37 م ا ع:" ليس لأحد إلزام غيره أو قبول التزام له..."...

مبدأ النسبية العقدية

لكن هذا المبدأ طرأت عليه استثناءات...

◆- مبدأ النسبية العقدية .

يقصد به... العقد يحدث رابطة قانونية بين طرفيه يكون لهما بموجبها حقوق و واجبات مما يجعلهما دائنا ومدينا...الفصل 240 م ا ع

الغير لا يصبح بموجب العقد لا دائنا ولا مدينا... و لكن العقد باعتباره حدثا اجتماعيا يبقى لذلك الغير حقا أو مصلحة في وجود العقد... كما أن الأطراف يواجهون الغير به وبما يحدثه من أوضاع قانونية جديدة...

الفرع الأول : نسبية الأثر الإلزامي للعقد :

من هم الأشخاص الذين يسري العقد عليهم ؟

ومن هم الأشخاص الذين لا ينجر لهم نفع ولا ضرر من العقد ؟ ... يجب تحديد مفهوم الطرف المتعاقد وتمييزه عن الغير...

الطرف المتعاقد :

هو الذي يتم برضاه(شخصيا أو عبر النيابة) انعقاد العقد... و يمتد ليشمل...

خلفاء الأطراف المتعاقدين :

الفصل 241 م إ ع : " الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على ورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم...."... فهناك نوعين من الخلف... عام + خاص.

- الخلف العام :

هو من يخلف السلف (الميت) في ذمته المالية كلها أو في جزء غير معين منها باعتبارها مجموعة من الأموال... وهو إما الوارث... أو الموصى له .

المبدأ : الخلف العام متمما لشخص من يخلفه حالا محله فيما له و ما عليه... حسب الإرث و المناب... لكن مع مراعاة صورة عدم قبول الإرث .

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

الإستثناء : ـ إذا **اتفق المتعاقدان** على اقتصار أثار العقد عليهما و عدم انصرافها إلى ورثتهما... أو إذا **كانت طبيعة العقد** تفرض عدم انتقال الآثار التي يرتبها إلى الخلف العام : عقد الشغل، عقد مع جراح أو محامي... أو إذا **كان نص القانون** يمنع انصراف أثار العقد إلى الخلف الخاص نظرا لطبيعة المعاملة : مثال الفصل 157 م ح ع سقوط حق الانتفاع بموت المنتفع... أو تأسيسا على الإرادة المفترضة لطرفي العقد : مثال : الوكالة فصل 1157 م إ ع .

الفؤاد

ـ **الخلف الخاص :**

هو من يخلف السلف (حيا أو بعد موته) في حق عيني محدد... فهل أن العقود التي أبرمها أسلافهم في خصوص الأشياء التي تلقوها عنهم قابلة للانسحاب عليهم ؟... لا يثار المشكل إلا في خصوص العقود التي أبرمها السلف قبل انتقال الشيء إلى الخلف الخاص .

الجواب نعم:...الفصل 241 م إ ع : " الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين بل تجري أحكامها أيضا ..... من ترتب عليه حق منهم" .

لكن هناك حالات تخضع **لقاعدة انتقال الالتزامات و الحقوق من الخلف إلى السلف:**

ـالعقود التي تنتقل أثارها إلى الخلف الخاص **هي أولا و بالذات العقود المكملة أو المحددة لحق عيني عن الشخص**...هذه الالتزامات هي تحديد لنطاق العقد... لشمولية الفصل 241 م إ ع .

متى يؤثر عقد السلف في الخلف ؟... عندما يكون عقدا ثابت التاريخ وتاريخه سابق عن العقد الذي انتقل بموجبه الشيء للخلف .

كما نص المشرع صراحة بالنسبة لبعض العقود الخاصة على إلزام و التزام الخلف الخاص بالعقود المتعلقة بالشيء أو بالحقوق التي انتقلت إليه...مثل:

التأمين : فصل 22 م ت : " التأمين يبقي ساريا وجوبا في صورة .... التفويت في الشيء المؤمن لصالح ... المشتري أو من آل إليه الحق ".

الكراء : فصل 798 م إ ع :"خروج الملك من يد مالكه طوعا أو كرها لا يفسخ الكراء . يجعل المالك الجديد محل القديم فيما له و ما عليه من حقوق في الكراء المذكور إن كان عقده خاليا من التدليس و له تاريخ ثابت سابق على تاريخ التفويت ".

عقود الشغل في صورة التفويت في مؤسسة تجارية الفصل 15 م ش : مواصلة العقود بين الأجراء و مؤجرهم الجديد بما يجعل هذا الأخير دائنا و مدينا بموجب عقود سابقة أمضاها سلفه " .

نظام العقارات المقسمة : فصل 90 م ح ع : النظام الذي يضعه المالكون بالاشتراك لعقارات مقسمة إلى عدة طبقات أو شقق ضمانا لحسن الانتفاع بالعقار المشترك و حسن إدارته يسري إلى المالكين الجدد .

استثناءات قاعدة انتقال الالتزامات و الحقوق من الخلف إلى السلف:

حالة الاتفاق على عدم انصراف أثار العقد على الخلف الخاص.

حالة عدم الانصراف بموجب طبيعة العقد .

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

حالة عدم الانصراف بموجب القانون .

- الإتفاق على عدم إنصراف أثار العقد إلى الخلف الخاص :

مبدئيا : ليس هناك أي إشكال عملا بالفصل 241 + الحرية التعاقدية ... ما لم يقض القانون بخلافه.

- يتم هذا الاستثناء بموجب اتفاق بين السلف و معاقده على عدم انتقال الالتزامات إلى الخلف .

إشتراط الخلف لعدم نقل الديون المتعلقة بالعقد من السلف .

- عدم إنصراف أثار العقد إلى الخلف الخاص اعتبارا لطبيعة الالتزام .

غياب معيار موضوعي - أمر خاضع للسلطة التقديرية للقاضي... بالتضييق أو بالتوسيع... باستثناء العقود المتعلقة بحقوق عينية : نقل الالتزامات و الحقوق الناشئة عنها يندرج في الواقع ضمن تحديد مضمون العين المنقولة إلى الخلف الخاص... والعقود المسماة التي ينتقل مفعولها إلى الخلف الخاص بحكم نص قانوني غالبا ما تتعلق أحكامه بالنظام العام... كما يتفق الشراح على أن الاتفاقات المتعلقة بشخص السلف لا تنصرف بطبيعتها إلى الخلف الخاص مبدئيا...

- عدم إنصراف أثار العقد إلى الخلف الخاص بمقتضى القانون :

يمنع المشرع في بعض الحالات انصراف أثار العقود إلى الخلف الخاص... مثال **الفصل 22 م ت** :"... عقد التأمين يتوقف وجوبا في حالة التفويت في عربة ذات محرك بعد 10 أيام من تاريخ التفويت و يمكن لأحد الطرفين فسخ العقد".

الفؤاد

- الدائن العادي :

هو الذي لا يتمتع بأي تأمين عيني أو شخصي خاص يضمن له خلاص الدين إنما له حق ضمان عام على الذمة المالية لمدينه .

الدائن العادي تهمه العقود التي يبرمها مدينه لأن قيمة الضمان تتأثر بالعقود التي يبرمها مدينه...

النظرية قديمة : الدائنون العاديون هم خلف عام (مهجورة اليوم) .

إستثنائيا مكن القانون الدائن من القيام :

_ بدعوى مباشرة ضد معاقد مدينه... مثل الفصل 776 م ا ع

_ دعوى منحرفة وضعية الدائن العادي تبقى شبيهة بوضعية الغير الأجنبي عن العقد لهذا فوضعيته جديرة بحماية القانون له من خداع و تغرير مدينه حفاظا على حظوظه في استخلاص الدين لهذا منح حق القيام بالدعوى البليانية أو دعوى التصريح بالصورية .

الفرع الثاني : المعارضة بالعقد :

العقد : _ رابطة قانونية ملزمة لعاقديه و لخلفائهما + حدث اجتماعي : يفرض وجوده على غير أطرافه .

تجوز على هذا الأساس المعارضة به و فرض احترامه على الكافة .

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

محكمة التعقيب الفرنسية : و لو أنه لا ينجر مبدئيا عن العقد ضرر ولا نفع لغير عاقديه , فإن القاعدة لا تمنع القاضي من أن يعتبر أن من آثار العقد أيضا أنه يحدث اتجاه الغير وضعا واقعيا ".

ـ ـ معارضة الغير بالعقد:

نطاق معارضة الغير + شروطها .

1 نطاقها :

تنشئ العقود لفائدة معاقد ما: حقوق شخصية + حقوق عينية .

ـ المعارضة بالحقوق العينية :

تأثر العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق عينية بالسلب أو بالإيجاب على مكاسب المتعاقدين لأنها تخلق وضع قانوني جديد يجب على الغير احترامه .

وهذا الغير هو:

الدائن العادي... الذي يبقى له حق القيام بالدعوين البليانية والصورية...

الخلف الخاص: يحق لمن أكتسب حق عيني على الشيء الذي انتقل له أن يعارض الخلف الخاص بالعقد الذي أكتسب بموجبه هذا الحق... كأن يبيع شخص مرتين نفس الشيء لشخصين مختلفين ـ الأولوية لمن توفرت فيه شروط المعارضة.

الفؤاد

ـ المعارضة بالحقوق الشخصية :

لا تنصرف آثار الحقوق الشخصية الناشئة عن العقود إلا بين المتعاقدين و لا يعارض بها الكافة بصفة مطلقة مثلما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية... لكن الغير محمولون على احترامها و على عدم عرقلة ممارستها من طرف أصحابها... **مثال الفصل 26 م ش** : المؤجر الجديد يعتبر متضامنا في المسؤولية مع العامل الذي انقطع بصفة تعسفية عن العمل بعقد شغل و الذي عرض من جديد خدماته ـ عن الضرر الملحق بالمؤجر السابق في صورة علمه بأن هذا العامل كان عاملا عند الأول .

على هذا تتأسس مسؤولية العامل الجديد (مشاركة الأجير في مخالفة عقد الشغل الذي يربطه بمؤجره القديم) التي تحمله عبأ الخسارة على معاني الفصل 82 و 83 م إ ع و هي مسؤولية تقصيرية .

2 شروط المعارضة :

لا تصح المعارضة أحيانا إلا بشروط مثل العقود الناقلة لحقوق عينية :

- **عقار مسجل** : إتمام إجراءات الإشهار التي تهدف إلى إعلام الغير بهاته العقود أو تمكينه من العلم بها و المقصود بالغير هنا كل شخص أجنبي عن عقد التفويت الذي اكتسب بمقتضاه أحد طرفيه حقا عينيا مشمولا بعقار مسجل و كان موضوع العقد يربطه بحكم ارتباط حقوقه بالعقار... الفصل 305 م إ ع : " كل حق عيني لا يتكون إلا بترسيمه بالسجل العقاري وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم" .
- **عقار غير مسجل :**

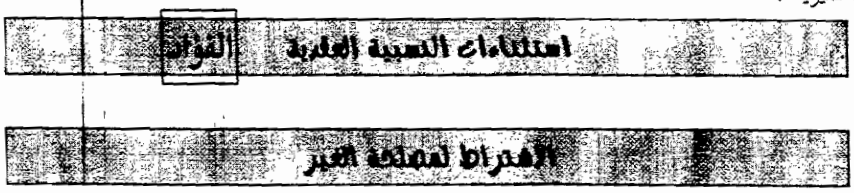
مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

يشترط فقط لمعارضة الغير بوجودها وجود عقد ثابت التاريخ على معنى الفصل 581 م إ ع:" إذا كان موضوع البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو غيرها مما يمكن رهنه يجب أن يكون بيعها كتابة بحجة ثابتة التاريخ قانونا ولا يجوز الاحتجاج بالعقد المذكور على الغير إلا إذا سجل بقباضة المالية مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجّلة".

الفصل الثالث : إحتجاج الغير بالعقد :

يمكن أن ينجر عن إخلال أحد الأطراف بالتزاماته العقدية نحو معاقده ضرر بالغير .

يحق لهذا الغير أن يحتج بالعقد ضد الطرف المخطئ و أن يقوم ضده بتعويض الخسارة على أساس المسؤولية التقصيرية .



1- مفهوم و دور الاشتراط لمصلحة الغير :

مفهومه:

هو عمل قانوني يشترط فيه شخص يسمى المشترط على شخص آخر يسمى المتعهد أو الملتزم بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمي المنتفع... من أهم تطبيقاته التأمين على الحياة الذي يشترط فيه شخص على شركة التأمين أن تدفع لورثته أو للغير قيمة العقد... و عقد التأمين لحساب كل من سيملك الشيء المؤمن عليه... وعقد الهبة بعوض الذي يتضمن شرطا لفائدة الغير... أو أن يضع البائع شرطا في العقد يشترط بموجبه على المشتري أن يدفع كل أو جزء من الثمن للغير الذي هو دائن للبائع...

ومن أمثلة فقه القضاء الفرنسي: تعهد المتسوغ بسداد ما تخلد بذمة المتسوغ الذي قبله أو اتفاق الأبوين على التفويت بملكية العقار للأبناء و عندها يحق للأبناء إجبار الأم على التنفيذ

أهميته :

قدرته على تجاوز قاعدة النسبية العقدية و ذلك بأن تقر حقا مباشرا للغير إستنادا إلى العقد الرابط بين المشترط و المتعهد... وهو ما يخول للمستفيد (الغير) أن يطالب المتعهد بالوفاء بصفة شخصية و مباشرة دون الرجوع إلى المشترط...

كما أن الفوائد العملية لهذا الاشتراط دفعت بفقه القضاء إلى تكريس حالات من **الإشتراط الضمني لمصلحة الغير**

في تونس : وفاة شخص في حادث مرور , قيام الورثة على أساس المسؤولية العقدية للناقل على اساس ان المتوفى وضع شرطا ضمنيا لفائدتهم : قرار 1966/12/13 + قرار 1967/3/28 .

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الاول .الهاتف : 70860477

- حيلة قانونية : مراعاة مصالح المتضررين... لإعفائهم من عبء إثبات الخطأ (ضمان السلامة في عقد النقل التزام بنتيجة (الفصل 653 حتى 656 م ت).

في ألمانيا : مثال: انفجار في شقة نتيجة اشغال يعطي لجميع المتضررين حق طلب تعويض... و كراء قاعة بمطعم...

نقده:

(-) **خرق** كبير لمبدأ النسبية العقدية فضمان التعويض بأقل التكاليف : **لا يبرر** مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير.

(+) وسيلة قانونية **ناجعة** لتبرير حلول قانونية لا يمكن اعتمادها بدونه لتضاربها مع مبدأ النسبية العقدية...

- لهذا لم يكن موجودا في القانون الروماني القائم على الفردانية... أما انتشاره و تعميمه في العصر الحديث فهو راجع للتطور الاجتماعي و الفكري الذي رافق الثورة الصناعية... فالاشتراط لمصلحة الغير وسيلة قانونية ضرورية لتحقيق الابعاد الاجتماعية و الاقتصادية للعقد.

2- التطور التاريخي لإشتراط مصلحة الغير :

الفؤاد

القانون الروماني :

- العصور الأولى : منع الإشتراط لمصلحة الغير... لماذا ؟ لقيامه على فكرة ذاتية الالتزام .

- ثم في مرحلة أولى: وقع قبول إمكانية أن يضع المشترط بالعقد شرط جزائي في صورة عدم وفاء المتعهد لما تعهد به نحو الغير المستفيد... إقرار حق الغير المستفيد مع ضمان عدم مخالفة قواعد الذاتية فغصب المتعهد على الدفع هو حق يرجع للمستفيد وحده كما ظهر عرف كرس حق خيار للمتعهد بأن يؤدي ما عليه للمشترط أو للغير المعين بالعقد... حق القيام بقي للمشترط فقط.

ـــ وفي مرحلة ثانية وقع قبول استثناء لقاعدة ذاتية الالتزم من خلال إقرار حق مباشر للمستفيد في حالتين ... عقد الهبة... دفع مهر للزوج ثم وقع توسيع النطاق ليشمل: الوديعة... العارية: رد الشيء المودع أو المستعار إلى الغير.

في فرنسا :

القانون الفرنسي القديم :

الاشتراط لمصلحة الغير ممنوع ـ انعدام المصلحة(للمشترط)لكن وقع إقرار استثناءات هي ذاتها جميع الاستثناءات التي أقرها القانون الروماني .

ثم في القرن 16 توسيع للاستثناءات :

إقرار حق الغير في القيام مباشرة ضد المتعهد في جميع الحالات التي يكون فيها الاشتراط لمصلحة الغير من توابع أداء أو تعهد طرف نحو الآخر , ولو كان ذلك في إطار عقد بعوض .

ـ صحة الاشتراط لمصلحة الغير ـ فقدان مبدأ ذاتية الالتزام كل فاعليته لكن لا يصح إلا في حالة الهبة أو المعاوضة...

مجلة 1804:

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليمسة - المنار الأول .الهاتف : 70866477

الفصل 1119 تكريس مبدأ ذاتية الالتزام

الفصل1121 يصح الاشتراط لفائدة الغير في حالة الهبة أو عقود المعاوضة....

لا يصح في العقد الذي يهدف فقط إلى إنشاء حق للغير.

... أحكام الاشتراط لمصلحة الغير لم تتطور إلا مع ازدهار قانون التأمين و حوادث الشغل مما أدى إلى تكاثر الشروط لفائدة الورثة والعمال و هو ما خلق مشاكل أمام القضاء دفعت بالفقه الى استنباط حلول بإعادة قراءة الفصلين 1119 و 1121 م م ف و توسيع نطاقهما وتطوير مؤسسة الاشتراط لمصلحة الغير...

المشرع التونسي

استفاد من التجربة الفرنسية... تكريس لمعظم الحلول التي أقرها فقه القضاء الفرنسي .

_ **الفصل 38 م إ ع : استثناء عام لمبدأ النسبية**... "يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته على الغير وإن لم يعين الغير إذا كان ذلك ضمن عقد بعوض أو في تبرع بين المتعاقدين "...

يمكن ابرام عقد موضوعه فقط الاشتراط لمصلحة الغير دون ضرورة لأن يكون الشرط من توابع التزام أخر... خلافا للفصل 1121 م م ف... فحسب الفصل 38 م ا ع الشرط في عقد بعوض صحيح دون أن يكون مقترنا بشرط آخر من المشترط لمصلحته الشخصية.

الأحكام العامة للاشتراط لمصلحة الغير مضمنة بالفصلين 38 و 39 م إ ع.

3 - شروط تحقق إشتراط مصلحة الغير .

3- 1- وجود عقد صحيح بين المشترط و المتعهد :

الفؤاد

بطلان العقد = بطلان الاشتراط .

- صحيح شكلا:

عقد بين المشترط و المتعهد تتوفر فيه جميع شروط الصحة سواء كان بعوض أو تبرع.

...عقد هبة : 240 م أ ش لا يصح إلا بحجة رسمية... غيابها= البطلان

...تأمين على حياة الغير : يبطل إذا لم يعط المؤمن له موافقته كتابيا قبل إكتتاب العقد...(ف 36 م تأ).

- صحيح أصلا:

تأكد إرادة الطرفين المتعاقدين على إكساب حق للغير :

لا تثير أي صعوبة : التأمين على الحياة , هبة(يشترط فيها تعبير الأطراف صراحة عن رغبتهم)

الإشكال : الاشتراط المفترض الضمني ؟...الرجوع إلى القواعد العامة لتفسير العقود... مسألة ترجع للسلطة التقديرية للقاضي

فقه القضاء في **فرنسا و ألمانيا** : اتبع اتجاها تحرريا...افتراض وجود الشرط الضمني لمصلحة الغير دون أن يثبتا لديها اتفاق الأفراد حقيقة على ذلك... وذلك لدوافع إنسانية و خيرية... تيسير الحصول على تعويض ... أو على الأقل ممارسة حق التعويض.

3- 2- الشروط المتعلقة بشخص المستفيد :

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

هل تشترط فيه الأهلية؟ وهل يجب أن يكون معينا؟

الأهلية؟

المبدأ : لا يشترط في المستفيد أن تكون له أهلية الأداء... لأنه ليس طرفا في عقد المشارطة... وناقص الأهلية من حقه اكتساب الحق بموجب عقد ممضى لفائدته... ألا إذا كان سبب الاشتراط حق يرجع إلى علاقات قائمة سابقا أو حاضرا بين المستفيد و المشترط يشترط فيها عادة الأهلية كخلاص دين سابق .

أما بالنسبة للإشتراط الذي يقصد به التبرع يجب أن يكون لدى المستفيد أهلية قبول التبرعات .

التعيين ؟

الفصل 38 م ا ع :" يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته على الغير **وإن لم يعين الغير** "... قبول الاشتراط لمصلحة الغير لأشخاص غير موجودين عند إبرام العقد يعطيه بعدا اجتماعيا... يفترض ضمنيا صحة الذي لم يعين فيه الغير المستفيد بالنسبة لجميع الصور.

يكفي إمكانية التعيين عندما يحدث العقد أثره... الفصل 38 م تأ فقرة 3 : " الأبناء من ولد منهم و من سيولد"... الفصل 39 م تأ: "المبالغ المنصوص عليها بالعقد تدفع بعنوان تأمين في صورة الوفاة إما لشخص واحد أو لعدة أشخاص يعينون بعد اكتتاب العقد "... تعيين الشخص المستفيد بعد اكتتاب العقد جائز قانونا.

الإشكال : إذا أحدث الاشتراط أثره دون أن يتم تعيين المستفيد:...المستفيد يحمل على أنه اشترط هذا الشرط لذات نفسه أو لورثته أو لمن أل لهم حقه بعد وفاته حسب الفصل 40 من مجلة تأمين .

4- آثار الاشتراط لمصلحة الغير :

يترتب عنه علاقة ثلاثية: بين المشترط و المتعهد / و بين المتعهد و المستفيد / و بين المشترط و المستفيد ...

المشترط هو من وضع شرطا لفائدة الغير...

المتعهد هو من التزم بالوفاء لفائدة الغير...

المستفيد هو الغير الذي وضع الشرط لفائدته...

الفؤاد

4- 1- العلاقة بين المشترط و المتعهد :

علاقة مزدوجة ... الالتزامات التي بينهما...+... الشرط المقرر لفائدة الغير...

_ **الالتزامات التي بينهما** تخضع كليا للقواعد المنضمة لآثار العقود وحسب نوعية العقد بغض النظر عن تنفيذ الاشتراط من عدمه فللدائن غصب المدين على الوفاء بالجزء المتبقي من الثمن أو الدفع بعدم التنفيذ أو طلب الفسخ أو القيام بالخسارة .

_ **فيما يتعلق بالاشتراط** : لا حق للمشترط ان يطلب تنفيذ الشرط **إلا مع المستفيد**... الفصل 39 م إ ع : " **يسوغ لمن اشترط على معاقده شيئا لمنفعة الغير أن يطلب مع ذلك الغير تنفيذ الشرط إلا إذا ظهر من العقد أن التنفيذ لا يجوز طلبه إلا من ذلك الغير** "

طلب تنفيذ الاشتراط المقرر لمصلحة الغير لا يتم إلا مع ذلك الغير... هو حق قائم للمستفيد دون المشترط... لا يجوز إدخال الأموال ولو مؤقتا في ذمة هذا الأخير وهو ما قد يحدث لو قام بمفرده

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

كما يجب مراعاة حقوق الغير المستفيد المادية و الأدبية والتأكد من رغبته في الانتفاع بالشرط المقرر لفائدته إذ أن له حق التنازل عنه

الفؤاد

– هل يمكن للمشترط طلب فسخ العقد ؟

المبدأ : **يمكن** للمشترط أن يطلب وحده فسخ العقد الذي يربطه بالمتعهد بسبب عدم إتمام هذا الأخير لما تعهد به نحوه ... مثل الفصل 210 م ا ش في حالة الهبة

الاستثناء : إذا كان الأداء المتعهد به هو اشتراط لمصلحة الغير فقط... لا يجوز في هذه الحالة للمشترط أن يحتج بعدم تنفيذ الاشتراط أو أن يقوم وحده أو بقضية في التنفيذ... الفصل 39 م إ ع : " إلا إذا ظهر من العقد أن التنفيذ لا يجوز طلبه إلا من ذلك الغير "

4- 2- العلاقة بين المتعهد و المستفيد :

يكتسب المستفيد من الاشتراط حقا مباشرا يتحدد نطاقه بموجب العقد بين المتعهد و المشترط...

أ _ الحق المباشر :

الفصل 38 م إ ع :" الشرط ينفذ مباشرة في حق الغير... ويكون له القيام به على الملتزم...".

الأثر الأساسي للاشتراط: **إنشاء حق شخصي** للمستفيد ضد المتعهد يولد في ذمته المالية ويصبح بموجبه دائنا مباشرا له ... و يمكنه بموجب هذا الحق المطالبة بالتنفيذ و طلب التعويض عن المماطلة دون أن يحق للمتعهد أن يعارضه بالدفوع الموجودة بينه و بين المشترط خارج عقد المشارطة... مثل الدفع بالمقاصة لوجود دين سابق بين المشترط والمتعهد... بموجب الاشتراط تنشأ علاقة مديونية مباشرة بين المستفيد و المتعهد لا علاقة لها بالذمة المالية للمشترط و لكنها لا تسمح للمستفيد أن يطلب فسخ عقد المشارطة لأنه ليس طرفا فيه... طلب الفسخ لعدم إتمام المتعهد ما عليه حق يرجع للمشترط وحده.

ب _ حدوده : الفصل 38 فقرة 2م ا ع:

– حق الغير المستفيد يستمد من عقد المشارطة... يزول هذا الحق بزوال الالتزام بالبطلان أو الفسخ .

– لا يمكن أن تتجاوز حدود نطاقه ما أقره العقد لفائدة الغير .

4- 3- العلاقة بين المشترط و المستفيد :

عقد المشارطة هو في الأساس وسيلة قانونية تمكن المشترط من إكساب الغير حقا بمبادرة شخصية منه و لكن ينشأ عن ذلك العقد و من تاريخ تحريره حقا مباشرا للغير المستفيد في ذمة المتعهد تنتفي معه أي علاقة مديونية بين المشترط والمستفيد... مما يحول مبدئيا دون إمكانية نقض الشرط من طرف المشترط...

أ _ إنتفاء كل علاقة مديونية بين المشترط و المستفيد فيما يتعلق بموضوع الاشتراط:

...المستفيد يصبح من تاريخ إتمام اتفاق الاشتراط بين المتعهد و المستفيد دائنا للمتعهد وحده دون المشترط .

° لا يجوز مطالبة المشترط بالتنفيذ إذا تخلف المتعهد عن الوفاء.

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عفيسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

° لا يجوز لدائني المشترط القيام بالدعوي البليانية طعنا في عقد المشارطة أو إجراء عقلة على الأموال الراجعة الراجعة للمستفيد بموجب هذا العقد علما أن هذه الأموال لم تنتم قط إلى ذمة المشترط وهي خارجة عنها تماما.

° لا يعتبر المستفيد بصفته تلك خلفا عاما للمشترط .

الفؤاد

لا تدخل أموال الاشتراط في تركة المشترط و لا تقسم بين الورثة بعد وفاته ... وإذا كان المستفيد وارثا فلا علاقة لهذه الأموال بحقوقه الأرثية... الفصل 39 م تأ " من تنازل عن الارث لا يفقد حق الانتفاع بالتأمين".

ب _ مسألة قابلية الإشتراط للنقض :

– حق المستفيد لا يمكن أن يتجاوز من حيث المحتوى و القوة الحدود التي وضعها عقد المشارطة.

يحق للمشترط وحده، أو لهذا الأخير مع المتعهد، أن يقرر الرجوع فيما اشترطه للغير إذا مكنه عقد المشارطة من ذلك الحق.

الفصل 38 م إ ع : " الشرط ينفذ مباشرة في حق الغير , لهذا الأخير أن يقوم به على المتعهد " ... ولكنه استثنى..." إلا إذا منع عليه القيام في العقد أو علق على شروط معينة ".

– **في حالة السكوت** : هل يجوز للمشترط أن يرجع فيما اشترطه لمصلحة الغير او ينقضه ؟

لا... لأن الحق المباشر يولد في ذمة المستفيد بمجرد إتمام عقد المشارطة ... إذا كان مطلقا (دون قيد أو شرط _ مستقل تماما عن الذمة المالية للمشترط) فالسماح لهذا الأخير بنقضه يكون و الحالة تلك فاقدا لكل أساس قانوني مخالفا للمبادئ العامة التي تقتضي أن لا يحرم شخص من حقوقه المالية دون مبرر قانوني... وهو ما يستفاد من الفصل 38 م إ ع : " يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته إلى الغير ... إذا كان ذلك في ضمن عقد ... وحينئذ ينفذ الشرط مباشرة في حق ذلك الغير ..."

– هل أن وجود حق مباشر للمستفيد يستدعي وجود تصريح بالقبول من قبل المستفيد ؟

لا... القبول ليس ضروريا لقيام الحق المباشر... فوجود الحق المباشر ليس رهين التصريح بقبوله من قبل المستفيد في القانون التونسي...الفصل 38 م إ ع: " وحينئذ ينفذ العقد مباشرة... لا عمل على الشرط إذا أعلم المستفيد به المشترط بعدم قبوله له "...نفس حل القانون الألماني... خلافا للقانون الفرنسي الذي يجيز نقض الاشتراط طالما لم يصرح المستفيد بقبوله له... الفصل 1121 م م ف...

سبب هذا الاختلاف ان القانون الفرنسي يرفض نظرية التصرف الأحادي التي يقبلها القانونيين التونسي و الألماني...

...ما هي نظرية التصرف الأحادي ؟ هي نظرية تقول بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء حقوق للغير.

و تجدر الاشارة من الناحية العملية إلى أن أحكام مجلة الالتزامات و العقود بقيت محدودة للغاية...

فنظام التأمين على الحياة كان خاضعا قبل صدور مجلة التأمين للقانون الفرنسي الذي أقر حق المؤمن له (المشترط) في نقض اشتراطه طالما لم يصدر على المستفيد ما يفيد قبوله الصريح أو الضمني... لكنه لم يسمح للورثة نقض الاشتراط إلا بداية من حلول دفع المبالغ المتفق عليها بالعقد و بعد مرور 3 أشهر من توجيه إنذار

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - العنار الأول .الهاتف : 70860477

للمستفيد بأن يصرح بالقبول ... **ثم بصدور مجلة التأمين**: عدل المشرع عن هذه الحلول و أقر أن المستفيد يكتسب حقا و مباشرا على المبالغ المنصوص عليها بالعقد (الفصل 39 م تأ)... لا يحق للمؤمن له أن ينقض اشتراطه للمستفيد المعين الذي لم يقبل بعد الاشتراط الصادر لفائدته, وأن ينقل هذا الحق إلى غيره من الأشخاص... لكن يمكن التنصيص على ذلك الحق في عقد الإشتراط علما و أن المبادئ العامة لعقود المشارطة تقبل تحديد حقوق المستفيد و تعليقها على شروط .

مفعول التأمين في صورة الوفاة يبطل في جميع الأحوال: " عندما يتسبب المستفيد عمدا في موت المؤمن له " الفصل 38 م تأمين... تنسحب هذه القاعدة على جميع حالات الاشتراط التي يقصد بها المتبرع لفائدة الغير عملا بالفصل 210 م أ ش .

موضوع: تكمن الفائدة من عملية الاشتراط لمصلحة الغير في قدرتها على تجاوز النسبية العقدية و في كونها ترمي غالبا إلى تحقيق أهداف اجتماعية... بين ذلك

المقدمة: عرض مبدأ النسبية وتعريف الاشتراط

1- القدرة على تجاوز قاعدة النسبية

+ العلاقة بين المشترط و المستفيد

++ العلاقة بين المستفيد و المتعهد

2- القدرة على تحقيق اهداف اجتماعية

+ الاسباب: التطور الفكري و الاجتماعي + نبذ الفردانية المطلقة

++ المظاهر: حماية مصالح المتضررين + تطور قطاع التأمين

الفؤاد

التعاقد في حق الغير و التعهد عن الغير

طالما ان التعاقد في حق الغير و التعهد عن الغير لا يرتب أثارا في ذمة الغير إلا إذا رضي بهما... فهما ظاهريا ليسا استثناء من النسبية العقدية... ولكن هما حل عملي لعديد من حالات التصرف في حق الغير أو التعهد عنه دون توكيل... نظمهما المشرع في الفصول 40 حتى 42 م ا ع للتعاقد و الفصل 1156 م ا ع للتعهد

1- تعريف لمفهومي التعاقد في حق الغير و التعهد عن الغير :

_التعاقد في حق الغير هو اتفاق يبرمه شخص باسم غيره و في حقه ليلزمه نحو شخص المتعاقد معه دون أن تكون له صفة النائب ... حالة نيابة دون سلطة

_ التعهد عن الغير هو عقد يتعهد بموجبه شخص (المتعهد) نحو معاقده (المتعهد له) بأن يجعل شخصا ثالثا (الغير) يلتزم بأمر معين .

الفرق بينهما:

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

التعاقد يهدف الى الزام الغير دون توكيل مسبق منه

التعهد عملية ثنائية في تكوينها و آثارها و لا يترتب عليها أي التزام في ذمة الغير المتعهد عنه .

الفؤاد

لكنهما متكاملان في التطبيق:

التعهد غالبا يكون مقترنا بالتعاقد في حق الغير و من توابعه و يكون موضوع التعهد ضمان تصديق الغير على العقد المبرم بحقه دون سلطة... مثل تعهد الوكيل عند تجاوز حدود وكالته بضمان تصديق موكله على العقد... القسمة الرضائية التي فيها قاصر و يتعهد بقية الشركاء بقبوله لها بعد الرشد... تصرف الولي في حقوق القاصر مع تعهده بقبوله لها بعد الرشد... تصرفات مؤسس الشركة التي يتعهد بقبول الشركة بعد التكوين لها...

هناك اقتران بين التعاقد و التعهد فالثاني يضمن تنفيذ الأول مع ان وجود تعاقد في حق الغير دون تعهد عنه وارد عمليا... و دور التعهد عن الغير توسع... ضمان تعويض الخسارة ...ضمان تكافؤ الالتزامات

2- أحكام التعاقد في حق الغير و التعهد عن الغير :

2- 1- نطاق و مضمون التعهد عن الغير :

أ _ نطاق التعهد عن الغير :

الفصل 43 من مشروع المجلة المدنية والتجارية التونسية قبل الصيغة النهائية كان ينظم التعهد عن الغير.

لكن م ا ع في صيغتها النهائية جاءت خالية من أحكام قانونية عامة تنظم هذه المسألة ما عدا الفصل 1156 من م إ ع وهو نص خاص يتعهد الوكيل عن موكله في صورتي التعاقد في حقه بلا وكالة أو خارج حدودها. "إذا تصرف الوكيل بلا وكالة أو تجاوز حدود وكالته لزم غرم الخسارة لمن عاقده إن لم يتيسر إتمام ما تعاقدا عليه إلا إذا أعلمه بحقيقة الحال من أول الأمر أو ثبت أنه كان عالما بها. **كل ذلك ما لم يتكفل بإتمام العقد**".

لكن هل يجوز التعهد عن الغير إذا كان محله ضمان التصديق على عقد أبرم في حق قاصر لا يمكنه قانونا توكيل شخص عنه و لا تجوز عنه النيابة إلا بولاية حكمية .

وجهة نظر 1 : يجوز :

لأن العدول عن تنظيم التعهد عن الغير بنص عام لا يحول دون صحة مثل هذه العملية طالما أنها تتمثل في عقد منشئ لالتزام بعمل لا يتناقى من حيث موضوعه مع قواعد الأخلاق الحميدة و النظام العام... قاعدة الحرية التعاقدية : " التعهد في جميع الأمور القاضية بتكوين موضوع اتفاق ... و في حق أي شخص و لو في حق من ليس له الحق التعاقد مؤقتا... ". قرار مؤرخ في 1930/7/1

كما أن أحكام الفصل 1156 لم يقصد بها الحصر إنما وردت على سبيل المثال .

وجهة نظر 2: لا يجوز.

الفصل 43 من مشروع سنتيلانا المأخوذ عن الفصل 1120 م م فرنسية نص صراحة على أن :" انعدام أهلية المتعهد عنه لا يبطل التزام المتعهد ".لكن الفقه ينتقد قبول فقه القضاء للتعهد ففي حق الصغير باعتباره حل يفقد دور حاكم التقادم كل جدوى و يؤول إلى حرمان الصغير و قاصري الأهلية بوجه عام من الحماية التي

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

خصهم بها القانون... فالصبغة العائلية التي تكتسبها المعاملات المقترنة بشرط التعهد تحول دائما دون ممارسة الطفل عند الرشد حقه في عدم التصديق .

الحل الأرجح التعهد عن الغير إذا كان قاصرا غير مقبول في القانون التونسي .

ب _ مضمون التعهد عن الغير :

التعهد عن الغير هو التزام بعمل يلزم بموجبه المتعهد بأن يضمن إما التصديق على العقد من قبل المتعاقد في حقه أو قبول الغير المتعهد عنه إبرام عقد معين.

◆- القيمة القانونية للعقد المبرم في حق الغير :

الفؤاد

الفصل 40 م إ ع = الفصل 38 م إ ع سويسرية.

التعاقد في حق الغير يصح بشرط تصديقه .

+ - صحة العقد المبرم في حق الغير بلا سلطة :

- **لا يشترط في العقد** أن يكون الطرف المتعاقد مع النائب على علم بأن النائب تصرف معه بدون سلطة.

- و لا يترتب **عن إخفاء الحقيقة** سوى إلزام النائب المذنب بغرم الخسارة... عملا بالفصل 1156 م إ ع... يمكن **سحب** هذا الحل على جميع الحالات التعاقد في حق **الغير**.

عبارات الفصل 40 م إ ع جاءت مطلقة و **لم تشترط لصحة العقد** ثبوت علم المعاقد معه بحقيقة أمر النائب .

لكن : التعاقد في حق الغير **يعد باطلا** من أساسه في جميع الحالات التي **لا يجوز فيها التعاقد بالنيابة.**

+ - عدم نفاذ العقد المبرم في حق الغير بلا سلطة :

لا يلزم العقد المبرم في حق الغير بلا سلطة **أحدا إلى** حد التصديق عليه من صاحب الحق .

و يعتبر الحق حسب شراح سويسرا معلقا أو موقوفا .

وهي وضعية يمكن ان ينتج عنها ضرر للطرف الأخر إذا طالت مدتها لأن هذا الأخير يبقى مقيدا بالعقد الذي أبرمه مع أنه يتعذر عليه تنفيذه لذا حمى المشرع الغير بالتنصيص على انه:" يصح التعاقد في حق الغير على شرط تصديقـــه فيكون حينئـــذ للطرف الآخر أن يسأل من تمّ التعاقد في حقّه الموافقة أو عدمها فإذا لم يعلم بموافقته في أجل مناسب غايته خمسة عشر يوما من تاريخ إعلامه بالعقد انفك التزام صاحبه ". **فصل 40 م إ ع**

◆◆- آثار التعاقد في حق الغير و التعهد عن الغير :

أ _ صورة التصديق :

هو تصرف قانوني أحادي الجانب يعلن بموجبه المتعاقد في حقه قبوله للعقد المبرم من طرف من نابه فيه بدون سلطة .

+ - شكل التصديق :

لا يخضع لأي شرط شكلي... **صريحا**... **أو ضمنيا** :

الفصل 41 م إ ع : " دلالة أي بإجراء العمل بالعقد من قبل من وقع العقد في حقه ".

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

الفصل 42 م إ ع : " يعد السكوت رضاء أو تصديقا من الشخص إذا وقع التصرف في حقوقه بمحضره أو علم به على الصورة المطلوبة و لم يعارض بشيء و لم يكن في سكوته عذر معتبر ".

فالعبرة بالمقاصد : يعد التصديق حاصلا كلما تأكد قبول الغير للعقد المبرم في حقه و رضاءه به بصرف النظر عن الشكل الذي يكتسيه الرضى أو التصديق .

الفؤاد

+ ـ أثر التصديق :

أثر رجعي بين طرفي العقد... **الفصل 41 م إ ع** : " التصديق على العقد كالتوكيل... أحكامه تجري على المصدق لزوما و إلزاما من يوم انعقاد العقد ما لم يوجد شرط يخالف ذلك و لا يجري في حق الغير إلا من يوم التصديق ".

تكريس للقاعدة الرومانية القائلة :"الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ".

أما بالنسبة للغير فإن أحكام العقد لا تجري عليه إلا من يوم التصديق... فالأثر الرجعي للتصديق لا **ينسحب إلى على المصدق و معاقده.**

ب ـ صورة عدم التصديق :

***ـ حالة عدم اقتران التعاقد في حق الغير بتعهد عن الغير : فصل 1156 م إ ع :**

ـ في صورة تصرف الوكيل بدون سلطة أو تجاوز حدود **وكالته لا يلزم بالخسارة** طالما ثبت أنه **أعلمه** أنه يتصرف معه بدون سلطة أو أن معاقده **كان عالما** بذلك .

ـ في **صورة الإخفاء = تعويض** الخسارة .

****ـ حالة اقتران التعاقد في حق الغير بتعهد عن الغير :**

ـ التعهد بضمان التصديق هو إلتزام بنتيجة .

عدم الوفاء = إلتزام بضمان تعويض الخسارة... إلا عند ثبوت قوة قاهرة أو امر طارئ .

و ثبوت علم المتعاقد في حقه بحقيقة الحال لا يكفي لإعفاء النائب بدون سلطة المتعهد بضمان التصديق من واجب تعويض الخسارة... **الفصل 1156 م إ ع** : " كل ذلك ما لم يتكفل بإتمام العقد ".

***** ـ أثر عدم التصديق على العقد المبرم في حق الغير بدون سلطة:**

الفصل 40 م إ ع : " ينفك التزام الطرف الذي أبرم العقد مع النائب و يعتبر العقد لاغيا لا عمل عليه وتلغى جميع آثاره ".

الموضوع: التعاقد في حق الغير
المقدمة: مفهومه وهل هو استثناء من النسبية العقدية فعلا ؟و أهميته العملية... الأمثلة
1 – القيمة القانونية للعقد المبرم في حق الغير:
+ صحيح
++ غير نافذ
2– آثار العقد المبرم في حق الغير:
+ في حالة التعاقد في حق الغير دون تعهد عن الغير : التصديق من عدمه

مؤسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة ـ العنار الأول .الهاتف : 70860477

الفؤاد الصـــــــــورية

1- مفهومها:

1- 1- تعريفها:

المالقي: هناك صورية ان غيرت أو بدلت مفاعيل عقد ظاهر بعقد أخر اتفق الطرفان على أن يبقى سرا بينهما.

... التظاهر بأن العقد هو عقد هبة مع ان التصرف المتفق عليه بين المتعاقدين هو البيع... تهرب جبائي...

- الصورية : وضع قائم على عمل ظاهر يلجأ اليه الطرفان ليسترا عملا أخر أراداه حقيقة...
- CARBONNIER هي كذب مدبر يضر بمصالح الغير و مصداقية العقد

... يجب على المشرع منعها و لا يعترف بأي أثر لكلا العقدين الظاهر و السري

... ولكن هذا الحل يتعارض مع حرية التعاقد ويتجاهل ان الصورية تكون أحيانا لتحقيق غايات أخلاقية مثل التستر على الاحسان...

- القانون الألماني حل مشكلة الصورية في إطار تحديد الإرادة الحقيقة و اعتبر ان العقد الصوري المزيف للإرادة باطل إذا كان بعلم الطرف الثاني...

ولكن هذا الحل له سلبيات فهو يبقي العقد الصوري و يضر بحقوق الغير حسن النية الذي لم يعد قادرا على التمسك بالعقد الظاهر الذي انبنت عليه حقوقه

- المشرع التونسي لم يأخذ به لقساوته وفضل اعتماد النظام الفرنسي في الفصل 26 م ا ع :" الحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكاتيب السرية لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتج بها على الغير ما لم يعلم بها ومن يصير إليه حق من المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصة يعد كالغير على معنى هذا الفصل "
- ...العقد السري ملزم لطرفيه + الغير حسن النية بإمكانه التمسك بالعقد الظاهر..

1- 2- حالاتها:

- الصورية المتعلقة بوجود العقد... فهو عقد وهمي لا وجود له واقعا و قانونا
- الصورية المتعلقة بطبيعة العقد... بيعا ظاهريا ولكن هبة سريا
- الصورية المتعلقة بشخص أحد المتعاقدين... الاسم المستعار التصرف باسم شخص أخر لتجاوز مانع قانوني
- الصورية المتعلقة بمحل الالتزام... تغيير الثمن لتحيل على الشفعة أو الجباية

2- نظام الصورية:

2- 1- آثار العقد السري بين الطرفين:

موسسة الفؤاد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الأول .الهاتف : 70860477

الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد الفؤاد

نفاذ العقد السري بين طرفيه

المبدأ: الاتفاق السري ملزم لطرفيه و لا قيمة للعقد الظاهر لا بين المتعاقدين و لا ورثتهم

الاستثناء: اذا كان العقد السري باطل من أصله فلا عمل عليه

إثبات العقد السري:

البينة على من ادعى... 420 و 421 م ا ع

مع مراعاة توازي الشكليات فالعقد المكتوب لا ينقض إلا بعقد مكتوب ما لم توجد حالة تعذر

2- 2- آثار العقد السري بالنسبة للغير:

صفة الغير:

هو الشخص الذي تجب حمايته و تشمل الخلف الخاص حسن النية + الدائنين العاديين

حق الغير في الخيار بين العقد السري و العقد الظاهر :

يمارس الغير هذا الحق حسب مصلحته فيتمسك بالانسب له

و ان اختار التمسك بالعقد السري عليه أولا القيام بدعوى تصريح بالصورية

حالة التعارض بين غير يتمسك بالعقد السري و غير يتمسك بالعقد الظاهر :

سكت المشرع التونسي... المشرع المصري حسم الأمر لفائدة من تمسك بالعقد الظاهر ... وهو ما قبل به الفقه والقضاء في فرنسا... موقف يؤيده بعض الشراح في تونس (أ- شرف الدين).

الفؤاد

الفـــــؤاد
خدمات مكتبية و إعلامية
معالجة نصوص - نسخ - تسفير
مركب عليسة - الطابق الاول عدد 45
الهاتف 70.860.477 - الفاكس 70.860.908

مؤسسة الفواد عدد (45) الطابق الأول. مركب عليسة - المنار الاول .الهاتف : 70860477