

النظرية العامة للالتزام: نسبية الاستقرار

أ.د فوزي بن أحمد بالكناني¹

«حينما يتمدد العقل بفعل أفكار جديدة يستحيل أن يعود إلى حجمه السابق»*

1. لم ينكر الفقه منذ زمن بعيد أنّ «وضوح المصطلحات هو حاجة للذهن الذي يتوق إلى الأمان أكثر من أن يكون تعبيراً عن الحقيقة المعقدة للأشياء»². كما أقرّ الفقه الحديث أنّه كلما زادت الصبغة المحورية للمؤسسات القانونية، كانت تلك المؤسسات أقلّ دقّة، وأنّ انعدام الدقة يبدأ من الالتزام ولا يقف عند العقد، رغم استناد جل الاستدلالات القانونية إلى هذين المصطلحين الجوهريين³.

2. وإن كانت علاقة التضاد بين محورية الدور ودقة التحديد في المصطلحين لا تفضي إلى التضارب والفوضى، فمردّد ذلك إلى النظريات القانونية عموماً والنظرية العامة للالتزام على وجه الخصوص التي تميز الالتزام المدني عن بقية العلاقات الاجتماعية المتاخمة له، والتي تتيح فصل المصطلحات القانونية عن غيرها من المصطلحات. إذ تسعى هذه النظرية العامة إلى توضيح مكونات الالتزام وأحكامه، وإلى البحث في المقاصد التشريعية التي أسهمت في إيجاده وفي الشروط التي يقتضيها إعماله، دون الاهتمام بالتفصيلات أو التفرّيعات الخاصة بكلّ فئة من فئات الالتزام.

3. ويعد الالتزام الوجه الآخر للحق الشخصي، وهو مصطلح يحمل لغة عديد المعاني⁴ تجعل

¹ الأستاذا الدكتور فوزي بن أحمد بالكناني أستاذ مشارك بجامعة قطر

² "Once the mind has been stretched by a new idea, it will never again return to its original size." Judge Oliver Wendell Holmes Jr.

René Demogue : Les Notions fondamentales du Droit privé. Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations. Paris 1911, librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, page : 11. « La clarté des notions est plus un besoin de l'esprit affamé de sécurité qu'une traduction de la réalité complexe des choses. »

³ Christian ATIAS : Restaurer le droit du contrat. Recueil Dalloz 1998 p. 137.

⁴ والالتزام مشتقّ في معناه اللغوي من لزم الشيء أو الرجل، أي لم يفارقه وداوم عليه. واللتزام لغة هو الفصل والقضاء. وهو ما يفهم من قوله تعالى في الآية 129 من سورة طه « وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ لَكَانَ لِزِمَامًا وَأَجَلٌ مُسَمًّى ». وفي الآية 110 من سورة هود «وَلَقَدْ آتَيْنَا مُوسَى الْكِتَابَ فَآخْتَلَفَ فِيهِ وَلَوْلَا

بعض اشتقاقاته من أسماء الأضداد¹، وله امتداد في العديد من التخصصات التي تنظر إليه ممن جوانب مختلفة، مما جعله يكتسي أبعاد متنوّعة أثّرت على تصوّر القانون له² وجعلت القانون المدني القطري، خلافا لبعض القوانين العربية³، لم يورد تعريفا⁴ للالتزام ولم يقدّم حتّى بتخصيص مادة منه لتعداد مصادر الالتزام⁵.

4. وللالتزام معنى عام يشمل كلّ ما يأمر به النظام القانوني شخصا أو فئة من الأشخاص دون أن يترتب عن ذلك بالضرورة حق لفائدة شخص آخر أو فئة أخرى، على غرار واجب السير على اليمين بالنسبة لسائق العربة⁶ وواجب عدم الإضرار بالغير. كما أنّ للالتزام معنى الخاص يجعله يعرف بكونه علاقة قانونية بين شخصين فأكثر تمكّن طرفا فيها يدعى الدائن من أن يطالب طرفا آخر يُسمّى المدين بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بأداء شيء أو حق⁷. وهو ما اقترب منه الفقيه مصطفى الزرقا لما عرف الالتزام في الشريعة الإسلامية

كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ لَفْظِي بَيْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَفِي شَكِّ مِنْهُ مُرِيبٍ .»

واللزام لغة كذلك الموت والحساب. وقد وردت عبارة لزاما مرتين في القرآن الكريم، هما قول الله تعالى في الآية 129 من سورة طه « وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ لَكَانَ لِزَامًا وَأَجَلٌ مُسَمًّى » ، وقوله عزّ وجلّ في الآية 77 من سورة الفرقان « قُلْ مَا يَعْزُبُ بِكُمْ رَبِّي لَوْلَا دُعَاؤُكُمْ فَقَدْ كَذَّبْتُمْ فَسَوْفَ يَكُونُ لِزَامًا ».

1 والزم فصل الشيء. اللزام والزم من أسماء الأضداد. راجع لسان العرب المحيط: ابن منظور. أعاد بنائه على الحرف الأول من الكلمة: يوسف خياط. دار الجيل بيروت 1988. المجلد الخامس. ص 362 و363.

2 Abdelwaheb REBAÏ: La classification des sources de l'obligation dans le code tunisien des obligations et des contrats. Mélanges Philippe JESTAZ. Editions Dalloz 2006, p481.

3 ورد في المادة 121 من المشروع التمهيدي للتعنين المدني المصري وفي الفصل 1 من تعنين الموجبات والعقود اللبناني أنّ «الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقّا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل». وهو تعريف أشار الفقه إلى تأثره بالقانون الروماني. راجع حول ذلك عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة. موسوعة القانون المدني المصري. مصر 1983. ص 5.

4 راجع حول الهدف من التعريف جابر ابن حيان الذي أورد أنّه «الإحاطة بجوهر المحدود على الحقيقة حتى لا يخرج منه ما هو فيه ولا يدخل فيه ما ليس منه»، أوردّه عبد الأمير الأعسم، المصطلح الفلسفي عند العرب، ص 185.

5 قامت المادة الأولى من مجلة الالتزامات والعقود التونسية ببيان أسباب تعميم الذمة موضحة أنّ ذلك يترتب «على الاتفاقات وغيرها من التصريحات الإرادية وعن شبه العقود والجنح وشبهها».

6 François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette : Droit civil. Les obligations. Dalloz. 8^{ième} édition 2002. P 1 n°1.

7 F. Terré et Ph. Simler : ouvrage précité, p 1 n° 2.

- بكونه «علاقة مادية إما بمال المكلف كما في المدين، وإما بعمله كما في الأجير»¹.
5. بحيث لا تشمل نظرية الالتزام سوى الحقوق الشخصية التي تنشأ بين الدائن والمدين، والتي تتنوع بتنوع العلاقات المالية التي يمكن أن تنشأ بين أفراد أو فئات المجتمع والتي تنأى عن كل تعداد أو حصر.
6. ورغم أن «الفقه الإسلامي في مجموعه لا يتعرّض للنظريات العامة على غرار النظرية العامة للالتزام»²، على نحو جعل همّة بعض الفقهاء المعاصرين تتعلّق بالبحث عن مقاربة حديثة للفقه الإسلامي في سعي إلى استخلاص نظرية عامة للالتزام من خلال أحكام الشريعة الإسلامية³، ومع انحياز القانون الأمريكي إلى رأي القاضي Holmes الذي ذهب إلى أن «القانون الذي يتطور من خلال عديد الأحكام التي يصدرها القضاة والمحكمون في إطار النزاعات الخاصة والمتكررة، هو عكس التجريد الذي تقوم عليه الوضعية القانونية»⁴؛ تقرّ الأنظمة القانونية الرومانية والجرمانية إلى حاجتها إلى النظرية العامة للالتزام، باعتبارها استخلاص للجوهر الجامع والناظم، من تعدد وتنوّع القواعد الجزئية.
7. إذ تشكّل النظرية العامة للالتزام في ذات الوقت منطلق دراسة الالتزام وغايتها في ذات

1 مصطفى أحمد الزرقا: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي. دار القلم دمشق. الطبعة الأولى 1999. ص 65.

2 الأستاذ علي نجيدة والأستاذ محمد حاتم البيات: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني القطري مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية، الجزء الأول مصادر الالتزام. طبع جامعة قطر. بدون تاريخ ص 17.

3 راجع مثلا صبيحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت 1972. ص 277؛ ومصطفى أحمد الزرقا: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي. دار القلم دمشق. الطبعة الأولى 1999.

4 FREDERIC R. KELLOGG, Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint Frederic R. Kellogg, Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint, Cambridge University Press, 2007, Reviewed by Brian Z. Tamanaha, St. John's University School of Law "Holmes's view that the law develops through a multitude of decisions by juries and judges in the context of specific and recurring disputes is contrary to the abstract bent of legal positivism".

وأنظر باللغة الفرنسية

S. Herman : Historique et destinée de la codification américaine. In Rev. int. dr. comp. 1995, p.707 et s.

الوقت. فهي الغاية باعتبارها نسقا متكاملًا لدراسة المسائل المتصلة بالالتزام ومجمع المعارف التي تحيط بكل جوانب الالتزام، وهي المنطلق لدراسة الالتزام باعتبارها مجموع الآليات الذهنية *outils mentaux* التي استنبطها الفقه من خلال استقراء نصوص القانون المدني وأحكام القضاء لتطوير المعرفة بالالتزام وتحقيق تناسق قواعده¹.

8. وتختلف النظرية العامة للالتزام عن النظرية العامة للقانون التي تتعلّق بفهم الظاهرة القانونية من خلال تحليل محتواها وأهدافها ومفاهيمها الجوهرية وآلياتها ومناهجها² باعتبار النظرية العامة للالتزام تتكوّن من «مجموعة مبادئ جزئية مترابطة تؤلّف نسيجاً قانونياً متماسكاً ينظم الحق الشخصي من ولادته وحتى نهايته»³، أي نظرية متضمّنة للقواعد العامة المنظمة للمعاملات الاقتصادية والمالية والتجارية، وقادرة على الانطباق على حالات لا متناهية من العلاقات التي تنسب إلى الأشخاص والتي قد تتخذ خاصة شكل أعمال قانونية أو تصرفات قانونية.

9. بل يرى الفقه أنّ ميزة الالتزام هو كونه يحوّل «جملة من الوقائع المستقبلية العفوية والغير محقّقة إلى وقائع محقّقة وضرورية»⁴، وذلك من خلال الربط بين نشاط المدين المتّجه إلى تنفيذ أداء معيّن، ونشاط الدائن المنصبّ على الضغط المسلّط على المدين حتّى يتمّ التنفيذ⁵.

10. و«تكفي ملاحظة أنّ الإنسان يكون ملزماً لكونه أبرم عقداً كما يكون ملزماً لكونه لم يضغط على فرامل السيارة، للوقوف على عمق اختلاف مصادر الالتزام، وعلى ضرورة تنظيم

1 الأستاذ الدكتور محمد حمّودة، النظرية العامة للعقد. مقال نشر ضمن مسائل في فقه القانون المدني المعاصر. كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس. وحدة البحث «قانون المدني». منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص. تونس 2014، ص 247 و248.

2 Jean Louis Bergel, Théorie générale du droit, Dalloz, Collection Méthode du droit, 5^{ème} édition, p 3.

3 الأستاذ علي نجيدة والأستاذ محمد حاتم البيات: مرجع أنف الذكر. ص 17.

4 Friedrich Carl Von SAVIGNY : Das obligationen Recht, Le droit des obligations. Traduction GERARDIN et JOZON. Volume 1, p 21.

5 محمد بقيق : النظرية العامة للالتزام. التصرف القانوني. مجمع الأطرش للنشر. تونس 2009. ص 10.

تلك المصادر»¹ من خلال النظرية العامة للالتزام التي تتفرّع عنها النظرية العامة للعقد باعتبارها مجموع القواعد التي تشكّل بناء فكريا ومنهجيا متكاملًا يهدف إلى التنظيم الشامل والهيكلية المنطقية لأحكام العقود².

11. ورغم أنّ القانون المدني القطري لم يمر بالعمل الفقهي الدؤوب الذي بدأ يتبلور منذ القرن التاسع عشر من خلال أعمال الفقيه تولييه³، ثم تواصل في بدايات القرن العشرين مع شرح الفقيه ريبار للقانون المدني الفرنسي⁴ ومع كتاب الفقيه جيني «علوم وتقنيات في القانون الخاص الوضعي»⁵؛ تمكّن القانون المدني القطري، تحت ضغط تزايد تعقيد العلاقات القانونية المعاصرة واستنادا إلى تزايد تأثيرات الأنظمة القانونية الأجنبية على القوانين الخاصة⁶، من اتخاذ أحكام تعبّر عن مواقف متقدّمة ضمن النظرية العامة للالتزام، وتشكّل تجاوزا لسمة محافظة مازالت تطغى على القانون والقضاء المدني في كثير من البلدان العربية.

12. لقد مكّن الطابع الحدائي لجل أحكام القانون المدني القطري من استباق ما قد يتّسم به القضاء من محافظة وما قد يترتّب عن الصبغة الناشئة للكتابات الفقهية القطرية. إذ استمدت النظرية العامة للالتزام، في القانون القطري، مصادرها من أحكام قديمة مع الأخذ بأسباب الحدائث. وتلك أحكام ترتبط بقوانين مدنية عربية وقوانين غربية وبالفقه الإسلامي في ذات الوقت. فقد أخذت أحكام النظرية العامة للالتزام من كل تلك المصادر لبنات تشكّل بناء فريدا من نوعه في القانون المدني القطري، يجمع بين التجدّر في أصالة الفقه الإسلامي والأخذ بالنظريات المعاصرة.

1 Jean CARBONNIER : Droit civil. Les obligations. PUF 1969, p 19.

2 محمّد حمّودة، مقال أنف الذكر، ص 223.

3 M. J. Frédéric Taulier, Théorie raisonnée du code civil. Tome 1, Paris, Alphonse Delhomme, 1818, p 251.

4 Marcel Ferdinand Planiol, Traité élémentaire de Droit civil, Tome 1, Paris, Pichon, 3^{ème} édition 1904, n° 244 et suiv., p 101 et suiv.

5 François Geny, Sciences et techniques de droit privé positif, Tome 1, Paris Sirey 1914, n° 38 à 40, p 109 à 114.

6 Mireille Delmas-Marty, Pour un droit commun, Seuil, 1994, p. 207.

13. وتشكل المكانة الهامشية التي يحتلها القانون ضمن أحكام مصادر الالتزام في القانون المدني القطري دليلاً قوياً على توجه القانون المدني القطري نحو عدم الإغراق في صبغة محلية تعزله عن التوجهات الحديثة للنظرية العامة للالتزام¹. كما أخذ القانون المدني القطري من القانون المدني الألماني الإثراء بدون سبب كمصدر للالتزام على نحو يجعله متناغماً مع قاعدة منع أكل مال الناس بالباطل المستمدة من الفقه الإسلامي، وأخذ منه تحويل استرداد ما دفع لسبب غير مشروع². ولكنه في المقابل أخذ من القانون المدني الفرنسي تطبيقي الإثراء بدون سبب اللذان يتمثلان في رد غير المستحق والفضالة، رغم كون رد غير المستحق أضيق من الإثراء بدون سبب، وكون الفقه الفرنسي يعتبر الفضالة مصدراً مستقلاً للالتزام³.

14. ولعل هذا التنوع في مصادر الاستلهام هو الذي أكسب نظرية الالتزام شمولاً يجعلها لا تنظم العلاقات في إطار القانون الخاص فحسب، بل تؤثر بصفة غير مباشرة على علاقات الأشخاص بالدولة. ومن قبيل ذلك القانون الإداري الذي لا يفتأ يستعين بنظرية العقد⁴.

1 جعل القانون المدني القطري من القانون مصدراً مباشراً للالتزام وأفرد له المادة 240 من القانون المدني. وهي مادة على غاية من الإيجاز لكونها تقتصر على بيان أن «الالتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها». ويجوز تبرير ذلك الإجمال، الذي يبدو غير مألوف حينما يتعلق الأمر بمادة وحيدة تنظم مصدراً بأكمله من مصادر الالتزام، بما ذهب إليه الفقه الفرنسي من كون التنصيص على هذا المصدر ضمن القوانين المدنية يعدّ تزيّداً غير مفيد وغير كاف في ذات الوقت. إذ التنصيص على كون القانون مصدراً للالتزامات، يعدّ تنصيصاً غير مفيد لكون القانون بالمعنى العام الذي يشمل كافة مصادر الحق الشخصي، هو المصدر الضروري لكل الحقوق الشخصية وبالتالي لكافة الالتزامات. كما يعد اعتبار القانون مصدراً للالتزام غير كاف من جهة أخرى، لكون القانون يستند إلى أفعال أو تصرفات قانونية لئنشئ حقوقاً أو التزامات. بحيث ينبغي اعتبار تلك التصرفات أو الوقائع القانونية المصادر المباشرة للالتزامات، وليس القانون سوى المصدر غير المباشر الموحد لكل مصادر القانون. راجع حول ذلك:

Boris STARCK : Droit civil, les obligations. Paris 1972. P 7 n° 3.

2 François-Paul Blanc : A propos de la classification légale des sources des obligations en droit civil marocain. Revue marocaine de Droit et d'économie du développement. 1983 n° 4, paragr. 24

3 F. GORE : Le fondement de la gestion d'affaires source autonome et générale d'obligations.

Dalloz 1953. Chronique VII. p 41.

4 إذ يتمثل الخطأ التعاقدي سواء في القانون المدني أو القانون الإداري، في الإخلال بالالتزام تعاقدية سابق الوجود. يراجع

CE 81955/7/: SNCASE, Recueil Lebon, p 399 ; Philippe. Terneyre : la responsabilité

وبالقواعد العامة للمسئولية المدنية¹، فضلا عن استعانته بأحكام الإثراء بدون سبب.

contractuelle des personnes publiques en droit administratif, Préface de Franck Moderne, Editions Economica 1999, Collection Science et Droit Administratifs op.cit p.17 « S'agissant de responsabilité contractuelle, la faute ne peut être qu'une faute contractuelle, c'est à dire un manquement aux obligations nées du contrats ».

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر أنه «من الأمور المسلمة في العقود كافة سواء كانت عقودا إدارية أو مدنية أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أي كان السبب في ذلك. يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عمد أو إهماله أو فعله دون عمد أو إهمال» راجع الطعن رقم 1320 و1340 في 15/02/1969 وردا لدى د.حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، القاهرة 2002 ص 251.

1 واجب إثبات الضرر، من المبادئ القانونية العامة المعمول بها في مختلف أصناف المسؤولية بما في ذلك المسؤولية التعاقدية، وسواء في إطارها الإداري أو المدني، بإعتبار أن آثار المسؤولية تجسم عادة في التعويض. وهذا يعني منطقياً أنه يتعين ثبوت ما يحتم التعويض أي الضرر. فإذا لم يتوصل المدعي في دعوى المسؤولية التعاقدية إلى هذا الإثبات، عدت دعواه غير جدية وغير مبررة ويكون مصيرها الرفض. وهو توجه القضاء الإداري الفرنسي. راجع حول ذلك

CE 71934/12/ : Sté varoise : Recueil Lebon, p. 1164 : « qu'en admettant que l'administration ait commis une faute en ne procédant pas en temps utile à une révision efficace des prix du marché, la société requérant ne justifie pas du préjudice qu'elle allègue avoir subi de ce chef »;
CE 31961/5/ : Sté entreprise thomas katland et OPHLM du département de la seine : Recueil Lebon, p. 290 : « la société requérante n'a pas établi devant le tribunal administratif et n'établit pas davantage devant le conseil d'Etat que le faits incriminés aient entraîné pour elle un préjudice de nature à lui ouvrir droit à indemnité. ».

وأنظر كذلك ما ذهب إليه القضاء الإداري الفرنسي من أنّ القاضي يقدر التعويض على ضوء الضرر الذي يستند إليه المدعي ويثبته:

CE 61979/04/ : Sté la plage de la forêt. RDP 1979. P29.

كما يتعين أن يكون الضرر محققا أي فعليا من حيث وجوده. فمجرد التمسك بالضرر أو ادعاء الضرر لا يقنع القاضي ليحكم بتعويض عادل وشامل. فلا مجال منطقياً، كما ذهب إلى ذلك الفقه، إلى الحكم بالتعويض عن ضرر بقي مجهولاً. إذ لا بد أن تتعلق دعوى التعويض بضرر واضح المعالم يمكن ضبطه وتقديره.

R. Chapus : Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, Paris L.G.D.J. 1954, p402 : « Le préjudice est certain lorsqu'il est immédiatement évaluable, lorsque son étendue est déterminée, précisée... on pourrait penser que ces formules ne sont en somme que l'expression d'une évidence et qui posent une règle qui s'imposerait d'elle-même, peut-on réparer un préjudice dont on ignore ce qu'il est ? ».

15. ورغم أنّ النظرية العامة للالتزام تستمدّ أهميتها من كونها تضع الأسس والقواعد العامة التي تقوم عليها كافة الالتزامات¹، مما يجعل منها قوام المعاملات المالية في المجتمع، يتنامى خطر إضاعة النظرية العامة للالتزام لمقوماتها بالنظر إلى أهمية تأثير القوانين الخاصة عليها. إذ تأثر مبدأ سلطان الإرادة، المؤسس لنظرية الالتزام، بقوانين حماية المستهلك² التي تجعل من المستهلك شخصا راشدا، يعيده العقد الذي يبرمه إلى وضعية غير مكتمل الأهلية من جراء الحماية القانونية الواردة في قانون حماية المستهلك³.

16. وهو ما دفع ببعض الفقهاء اللذين يعتبرون الفقه «حارسا للنظام القانوني القائم»⁴، إلى الدعوة إلى التمييز بين القانون المدني للالتزام والقوانين الخاصة، حتى يقع تنقية القانون المدني للالتزام من كافة الترسّبات المتأثية من التأثير بالعوامل الاقتصادية والاجتماعية خلال القرن العشرين⁵.

17. وإن كان تحقيق ذلك من شأنه أن يبرز الصياغة المنطقية والمجردة التي تضل الخاصية الأكثر تميّزا لأحكام النظرية العامة للالتزام، فهو يجعل، النظرية العامة للالتزام بعيدة عن الواقع، ويحصرها في قوالب محنطة مؤسسة على التبسيط والرسوم البيانية والتصنيفية للالتزام.

18. فهل ينبغي على النظرية العامة للالتزام الاختيار بين تحنيط الأسس والصياغة التي تحفظها من تأثير الزمن وتمنحها بقاء المومياء، وبين الالتصاق بالواقع العملي إلى حد ذوبان أحكامها في لجاج النصوص الخاصة التي تصدر تباعا حاملة لتأثيرات متنوّعة ولمصالح ظرفية؟

19. ورغم أنّ هذه الوضعية تقترب مما أشرت إليه مناقيات الحلاج من كون «نزول

1 Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, ouvrage précité, n°61 et suiv.

2 راجع القانون رقم (8) لسنة 2008 بشأن حماية المستهلك..

3 Jean Carbonnier, Ouvrage précité, p19, n° 3.

4 تنسب هذه القولة للفيقيه الفرنسي Georges Ripert راجع حول ذلك :

« Etant le gardien du droit, des lois ... », Paris Cujas 1996, p256.

Philippe Malaurie, Anthologie de de la pensée juridique,

5 Jean Carbonnier, ouvrage précité, p19, n°3.

الجمع ورطة وغبطة، و حلول الفرق فكاك وهلاك»¹، واستنادا إلى كون الفقه معنيا بتقديم تصوّرات مستقبلية تساهم في تطوير النظام القانوني على أساس «قراءة الماضي وفهم الحاضر»²، لسنا على يقين من أنّ المآل المحتوم للنظرية العامة للالتزام هو الجمود والتجبر أو الظرفية والتقلّب، إذ تتميز النظرية العامة للالتزام بوسطية فريدة تبرز من خلال نسبية استقرار الأسس (المبحث الأوّل) من جهة، ونسبية استقرار الصياغة (المبحث الثاني) من جهة أخرى.

المبحث الأوّل - نسبية استقرار الأسس

20. للنظرية العامة للالتزام أسس أخلاقية ثابتة بُنيت عليها جل أحكامها، إلّا أنّ هذه الأسس التي انفردت لقرون بتبرير تلك النظرية والتي اعتبر الفقه أنّ ثباتها في المجتمعات هو المبرر لثبات النظرية العامة للالتزام، لقيت مزاحمة قوية من نوع آخر من الأسس هو الأسس الاجتماعية والاقتصادية التي سمتها التحوّل والتطوّر الدائنين. مما أفضى إلى استقرار نسبي لأسس النظرية العامة للالتزام، لكون تلك الأسس تؤخذ من ثبات الأسس الأخلاقية (المطلب الأوّل) وتطوّر الأسس الاجتماعية والاقتصادية (المطلب الثاني) في ذات الوقت.

المطلب الأوّل - ثبات الأسس الأخلاقية

21. لقد أدّى تأثر النظرية العامة للالتزام بالقيم الأخلاقية، التي تختلط في جل المجتمعات بالقيم الدينية³، إلى إرساء المبادئ القانونية الأساسية للالتزامات التي تقوم على قواعد أخلاقية ثابتة⁴. وبما أنّ الأخلاق تعدّ من المفاهيم الأولية التي تتميز بصعوبة تعريفها، لا

1 . أنظر كتاب مناجيات الحلاج، تحقيق و تعليق: ل. ماسنيون و ب. كرواس (Louis Massignon et Paul Krauss) مطبعة القلم باريس 1936 . صفحة 50 فقرة 30 إلى 32 ثانية).

2 Nicolas Molfessis, Les prédictions doctrinales, in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, Paris Dalloz PUF, et Juris-classeur 1999, p 139.

3 راجع مثلا حول «الدين المعاملة» التي هي قولة مأثورة تربط الإيمان بالعمل، يوسف الرزقي، القانون التونسي والتشريع الإسلامي، نشر ضمن كتاب مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014، ص 169.

4 Georges Ripert: La règle morale dans les obligations civiles. 4ième. Edition 1949. Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, Les obligations. L'acte juridique, Vol. 1, 4ième édit. 1990, A. Colin, p 46.

يمكن الوقوف على تأثيرها على القانون سوى من خلال المصطلحات والأحكام القانونية التي تشكل انعكاسها لها¹ لكونها تتغذى من القيم الأخلاقية على وجه الدوام². وحتى وإن كان الأصل في الأخلاق أن لا تصدر بالمراسيم والقوانين، وأن تكون نتيجة لقناعات داخلية³ ولتتوق كل شخص نحو الأمثال⁴، يمكن للقانون المدني أن يكشف تأثيرها على الالتزام⁵ من خلال مصطلحات وأحكام تشكل الكساء الضروري الذي لا بد أن ترتديه الأخلاق لتتمكّن من الظهور ضمن النظرية العامة للالتزام⁶. وهو ما يتبلور من خلال الطابع الأخلاقي لعدد

1 Farouk MECHRI, Voyage dans l'espace du temps juridique, in Mélanges Gérard FARJAT, Philosophie de droit et droit économique, quel dialogue ?, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, p. 427 et s, spéc. p. 428. Voir aussi Mohammed MAHFOUDH, La théorie des suites contractuelles, R.J.L. Juin 2008, p. 99 et s

وهو يعتبر أن نظرية التوابع العقدية تضيء بعدا أخلاقيا على العقد «moralise le contrat» راجع ص 107.

2 G. RIPERT, la règle morale dans les obligations civiles, PARIS L.G.D.J. 1949, quatrième édition, n°6

3 D. LASZSLO-FENOUILLET, La conscience, Paris, L.G.D.J. B.D.P. Tome 235, 1993, p. 5, n°7.

وقد قام بتعريف الضمير بكونه «موضع الأخلاق الشخصية لصاحبه سواء كان صاحب الضمير قد اكتسب تلك الأخلاق بواسطة الإيمان أو من خلال اختيار عقلائي وشخصي، أو قام بالبناء الشخصي لتلك الأخلاق».

Il a défini la conscience « comme le siège de la morale personnelle du sujet, que cette morale paraisse donnée à celui qui y adhère par foi ou choix personnel et raisonné, ou qu'elle soit construite et posée par lui... ».

4 PH. LE TOURNEAU, Existe-t-il une morale des affaires, in La morale et le droit des affaires, op. cit. p. 7 et s, spéc. p. 13, n°12. V. aussi J. CARBONNIER, La religion fondement de droit, in Droit et religion, A.P.D. 1993, Tome 38, Sirey, p. 17, spéc. p. 18. « La morale est, par excellence, la religion de ceux qui n'en ont pas » ; C. CARDAHI, Droit et morale, Paris, L.G.D.J. Tome I, 1950, p. 30 « ...la morale s'attache avant tout à l'élément interne, au mobile, à l'intention...la morale... s'occupe surtout de dedans et le dehors ne l'intéresse que comme achèvement, réalisation et cristallisation de la pensée interne ».

يعتبر الفقيه كاريونيه أن «... الأخلاق ترتبط قبل كل شيء بالعنصر الداخلي، بالدافع وبالنية... الأخلاق... تهتم خاصة بالداخل ولا تهتم بالخارج إلا كاستكمال وتحقيق وبلورة للفكرة الداخلية».

5 G. RIPERT, Ouvrage précité, op. cit, p. 7, n°3.

6 G. RIPERT, Ouvrage précité, op. cit. p. 4 et 5, n°2.

وأنظر كذلك حمادي الرايس، مجلة الالتزامات والعقود والأخلاق، نشر ضمن كتاب مئوية مجلة الالتزامات والعقود 1906.2006 مركز النشر الجامعي، تونس 2006. ص 237 وما بعدها.

القواعد القانونية الواردة في القانون المدني، سواء كانت تتعلّق بالعقد أو بالمسئولية المدنية.

22. وقد هيمن مبدأ أن متكاملان على فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية هما مبدأ العدل والإحسان، إذ «قرن الله تعالى العدل بالإحسان ووضعه في مرتبته وأمر به»¹، باعتبار العدل هو تطبيق الحكم الشرعي والإحسان هو التخفيف مما قد يشتمل عليه العدل من شدة من خلال مقابلة الخير بأكثر منه والشر بأقل منه لكون الإحسان يحفظ التواد والتراحم وينقّي النفوس من الأحقاد. و«من تطبيقات العدل وجوب الوفاء بالالتزام لقوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» ومن تطبيقات الإحسان إمهال المدين المعسر لقوله تعالى «وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة»².

23. وذلك عدل وإحسان جعل الطابع الأخلاقي للقواعد المنظمة للعلاقات التعاقدية يبرز في أحكام القانون المدني القطري من خلال هيمنة مبدأ حسن النية على تلك العلاقات في طور إبرام العقد، وحتى في طور تنفيذه.

24. فنظرية عيوب الرضا التي أخذت بها المادة 108 من القانون المدني القطري والمواد من 130 إلى 147 ق م، وخاصة منها بطلان العقود التي يكون رضا أحد الطرفين فيها مشوبا بالتدليس والإكراه ما هي إلا تكريس لمبدأ حسن النية في طور إبرام العقود. كما أنّ أحكام الأهلية وعيب الاستغلال تهدف إلى منع استفادة أحد المتعاقدين من نقص أهلية الطرف الآخر أو لحرجه أو تهوّه. فضلا عما اقتضته الفقرة الثانية من المادة 169 من القانون المدني القطري من جعل تفسير العقد يكون من خلال الاستهداء عن نية المتعاقدين «كما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين»³.

1 عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دمشق، دار الفكر، 1971، ص 38 و39.

2 راجع نزار أحمد عيسى عويضات، أثر العذر والجائحة في عقدي البيع والإجارة وما يقابلهما في القانون المدني، رسالة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين سنة 2003، صفحتي 8 و9.

3 وهو إلزام للقاضي بالبحث عن مقتضيات حسن النية عند تفسير العقد قد يكون مأخوذا من الفقرة الأولى من المادة 7 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المؤرخة في 11 أبريل 1980 والتي تنص على أنه «يراعى في تفسير هذه الاتفاقية ... ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية». وراجع حول المراحل المختلفة لتحرير هذه المادة دكتور حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة 2001، فقرة من 50 إلى 59.

25. أما في طور تنفيذ العقد، فيظهر الطابع الأخلاقي للالتزام بصفة جليّة ضمن أحكام الفقرة الأولى من المادة 172 من القانون المدني القطري التي أوردت أنه «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية». مما يعدّ أخذا بالالتزام الأخلاقي والديني الذي يفرض الوفاء بالعهود، وإعمالا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلّم «الأمانة تجرّ الغنى والخيانة تجرّ الفقر»¹.

26. بل إنّ القاضي، «باعتباره مشرّع الحالات الخاصة»، يضطلع بدور مميز في المحافظة على مكانة الأخلاق في النظرية العامة للالتزام. إذ عند سكوت أو غموض النص القانوني أو العقد، يجد القاضي في رحاب «حسن النية» التي جعلتها الفقرة الأولى من المادة 172 من القانون المدني القطري نبراسا لتنفيذ العقد، ما يتيح له فصل النزاعات². وهو ما يجد سنداً له كذلك فيما أوردته الفقرة الثانية من ذات المادة من جعل القوة الملزمة للعقد تمتد لتشمل ما تقتضيه العدالة، على نحو يشكّل مدخلا ثانياً يتيح للقاضي إدماج الأخلاق ضمن أحكام تنفيذ العقد³.

27. إنّ تعدد وتنوّع مظاهر سيطرة مبدأ حسن النية على كل من تكوين وتنفيذ الالتزام يجعل استعراضها غير مفيد لأنّ الانتشار الواسع لهذا المبدأ ضمن النظرية العامة للالتزام يفضي إلى اختلاف المعنى الذي يكتسيه حسب اختلاف مجال تدخّل المبدأ وحسب قوّة تغلغله في ذلك المجال⁴.

28. ومع ذلك يجوز إجمال مظاهر البُعد الأخلاقي لحسن النية ضمن النظرية العامة للالتزام، في صور ثلاثة إحداها حسن النية كمبدأ عام للقانون يوجب في العلاقات القانونية تصرفا مطابقا لما تقتضيه الأمانة، والثاني هو حسن النية الذي يقتضي تسليط جزاء على ضده أي على سوء النية المتجسّم في التدليس والغشّ والإكراه، والثالث هو حسن النية الاعتقاد المخطئ الذي يخلو من نية التعدّي والذي يسمح بحماية من يتصرّف إزاء شيء أو

¹ صبحي المحمصاني، المجتهدون في القضاء مختارات من أقضية السلف، دار العلم للملايين، بدون تاريخ، الفصل 9 عقود الأمانة، ص 230.

² G. RIPERT, Ouvrage précité, op. cit., n° 21

³ G. RIPERT, Ouvrage précité, op. cit., n° 15

⁴ Mostapha MAKKI, L'intérêt général et le contrat. Paris L.G.D.J. 2004. N° 1227.

تجاه شخص وكأنه صاحب حق¹. إذ يبقى حسن النية، من خلال هذه الصور الثلاثة، ماثلا في كافة أنواع التصرفات القانونية، مهما كان نوعها².

29. يقوم المبدأ العام في مجال المسؤولية المدنية على تحميل من تسبب في ضرر غيره عمدا أو عن إهمال، بجبر ذلك الضرر طبقا لأحكام المادة 199 من القانون المدني التي ورد فيها «كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض». مما يعدّ أخذا في حيّز النظرية العامة للالتزام للالتزام أخلاقي يقتضي عدم الإضرار بالغير، ويلخصه الحديث النبوي الشريف «لا ضرر ولا ضرار»³.

30. فضلا عن وجود عدة أحكام أخرى، أکست قيما أخلاقية رداء قانونيا، منها نظرية الضمان المعتمدة في التعويض عن ضرر الأشياء والمأخوذة من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «الخراج بالضمان»، ونظرية الاستعمال غير المشروع للحق الواردة بها المادة 63 من القانون المدني والمستمدّة من قاعدة لا ضرر ولا ضرار المشار إليها، وأحكام الإثراء بدون سبب التي جاءت في المواد 220 وما بعدها من القانون المدني والتي تجد جذورها

1 J. Wertheimcr. Des avantages attribués à la bonne foi relativement aux biens. Thèse. Paris, 1889, n° 32. p. 33.

2 Faouzi BELKNANI, La Sincérité dans le monde arabe : L'exemple du droit civil tunisien. In La sincérité en droit Sous la coordination d'Olivier Le Bot, éditions Larcier, Université Nice Sophia Antipolis 2011, p 17.

3 وقد ورد في تفسير التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور «الضرر: المرض والعاهة من عيى أو عرج أو زمانة ، لأنّ هذه الصبغة لمصادر الأدواء ونحوها ، وأشهر استعماله في العيى ، ولذلك يقال للأعوى : ضرير ، ولا يقال ذلك للأعرج والزمن ، وأحسب أنّ المراد في هذه الآية خصوص العيى وأنّ غيره مقيس عليه . والضرر مصدر ضرر بكسر الراء مثل مرض ، وهذه الزنة تعيى في العاهات ونحوها ، مثل عيى وعرج وخصر ، ومصدرها مفتوح العين مثل العرج ، ولأجل خفّته بفتح العين امتنع إدغام المثلين فيه ، فقيل : ضَرَر بالفكّ ، وبخلاف الضُرّ الذي هو مصدر ضَرَره فهو واجب الإدغام إذ لا موجب للفكّ . ولا نعرف في كلام العرب إطلاق الضرر على غير العاهات الضارة؛ وأمّا ما روي من حديث « لا ضرر ولا ضرار » فهو نادرٌ أو جرى على الإنباع والمزاوجة لاقترانته بلفظ ضَرار وهو مفكّك . وزعم الجوهري أنّ ضرر اسم مصدر الضرّ، وفيه نظر؛ ولم يحفظ عن غيره ولا شاهد عليه». راجع كتاب التحرير والتنوير، نشر الدار التونسية للنشر 1984، الباب 95 الجزء الرابع صفحة 10.

في قاعدة منع أكل مال الناس بالباطل¹. فضلا عما ورد في المادتين 243 و244 من القانون المدني م من أحكام الالتزامات الطبيعية² التي تجد جذورها في قواعد الأخلاق.

31. كما لا جدال في أنّ وراء القلم الذي يصوغ نصوص القانون المدني ويصدر الأحكام ويكتب الفقه، يكمن الإنسان، وفي هذا الإنسان تتفاعل المشاعر والمبادئ والتصورات. فإنتاج وإدراك القانون لا يمكن أن يتمّ بدون خلفية من الأفكار والأمثلة والتصورات المشتركة للنص القانوني³. إذ رجل القانون المجرد من كل ذلك الذي يتعامل مع القانون كعلم جامد يخلو من قيم، ويفسر الأحكام بتجرّد تام وكأنّه عالم رياضيات أو عالم فيزياء، لا يوجد إلّا في مخيلة من لا يدرك أنّ القانون هو قبل كل شيء تنظيم لظواهر اجتماعية. ومن البديهي أن يجد كل رجل قانون تصوّره للعلاقات الاجتماعية عموما، وللملكية والعقد والمسئولية على وجه الخصوص، ماثلا بقوة في تحاليله وكتاباتة القانونية، إذ القيم الأخلاقية والدينية لكل شخص هي التي توجّه أفكاره، وهي التي تطبع تحاليله وكتاباتة. بحيث يمر التحليل القانوني حتما باستحضار المكانة المرموقة للشريعة الإسلامية وثناء الفقه الإسلامي الذي أشار إليه فقه القانون بقوله «وهذه الشريعة الإسلامية إذا صادفت من يعنى بأمرها، تستطيع أن تجاري القانون الحديث دون تقصير، بل وتتفوّق عليه في بعض المسائل»⁴، مؤكّدا بأنّ «الدين الإسلامي في مفهومه السامي أساس القانون لأنّه جملة أحكام نزلت لبيان طريق الصواب للبشر»⁵.

1 ومن قبيل ذلك قوله سبحانه وتعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (سورة النساء، الآية 29).

2 ROTONDI: Le concept d'obligation naturelle et son évolution. R. T.D. Civ. 1979. Page 1.

3 « La fabrique et la réception du Droit ne s'opèrent pas sans un arrière-plan plus ou moins inconscient d'idées, de paradigmes, d'images et surtout de représentations partagées de la chose juridique ». voir DENYS DE BÉCHILLON : L'IMAGINAIRE D'UN CODE. Droits - 27, 1998. P 173.

وراجع لمزيد التعمق:

Gaston BOUTHOU: Les mentalités. 4ème éd. Paris. Presses universitaires de France. 1966. P 29.

4 ذكره محمّد عمارة، الدكتور عبد الرزاق السنهوري، القاهرة 2009، دار السلام للطباعة والنشر والترجمة، الطبعة الأولى، ص 150.

5 الدكتور محمد العربي هاشم، محاضرات في القانون المدني، دروس مرقونة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1985. 1986، ص 31.

32. وحتى وإن كان رد الفعل العادي لكل شخص يواجه بأحكام جديدة أو بأفكار جديدة تصطم مع النموذج الذي وقر في ذهنه، هو الرفض والنقد الذي قد يتخذ شكل الاشتباك مع الأفكار الجديدة واتهام صاحبها¹، فإنّ الفكر القانوني المتوازن يقوم على كون التجذّر في ثوابت أخلاقية والدينية لا يعني التعصّب إلى نموذج دون غيره ولا الانغلاق في محليّ والإعراض عن تجارب القوانين الأخرى²، إذ للحقيقة أوجه متعددة وطرائق مختلفة موصلة إليها، فضلا عما أورده الإمام الغزالي في كتاب «ميزان العمل» من أنّ «من لم يشكك لم ينظر و من ينظر لم يُبصر و من لم يُبصر بقى في العمى والحيرة...»³.

بحيث يقتضي تمحيص المبادئ العملية الجديدة التي يمكن أن تحتل مكانها ضمن النظرية العامة للالتزام المقارنة الدائمة بين ما هو كائن وما ينبغي أن يكون⁴، للحفاظ على علاقة متينة وحيوية بين النظرية العامة للالتزام والتطبيق. وهو ما يستوجب أخذ النظرية العامة للالتزام بتطور الأسس الاقتصادية والاجتماعية⁵.

المطلب الثاني - تطور الأسس الاجتماعية والاقتصادية

33. يخرج القانون المدني عموما على أن يكون مجرد قواعد فنية ويشكّل «تعبيرا عن أخلاق

1 Youssef Guenzoui : Les querelles doctrinales. RTD Civ. 2013 p. 50, n° 13.

2 راجع حول ذلك مثال دولة كندا التي يقوم النظام التشريعي فيها على قانون مدني جديد تأثر إلى حد كبير بالنظام القانوني الروماني والجرماني مع الأخذ ببعض المؤسسات المستمدة من النظام القانوني الأنجلوساكسوني كتوسيع المادة 2260 من ذلك القانون لمجال تطبيق الرهن غير الحيازي المسلط على منقول وأخذ المادة 414 منه بمؤسسة الذمة المالية العائلية. وفي المقابل يتأثر كل من القانون التجاري والقانون البنكي الكندي بالنظام القانوني الأنجلوساكسوني. وتلك ثنائية قانونية تقرب من الثنائية التي أخذ بها المشرع القطري الذي تأثر بالنظام القانوني الروماني والجرماني في القانون المدني وتأثر بالنظام القانوني الأنجلوساكسوني في القانون التجاري .

Remy CABRILLAC, Le nouveau Code civil du Québec, Recueil Dalloz 1993, n° 2.

3 كتاب ميزان العمل للإمام الغزالي : حقه و قدّم له الدكتور سليمان دنيا . سلسلة ذخائر العرب نشر دار المعارف بمصر الطبعة الأولى 1964 صفحة 10 .

4 Maria Letizia RUFFINI GANDOLFI : PROBLÈMES D'UNIFICATION DU DROIT EN EUROPE ET LE CODE EUROPÉEN DES CONTRATS. R.I.D.C. 42002- P 1098.

5 Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, ouvrage précité, p45.

المجتمع وسياسته واقتصاده»¹، وهو «قانون المجتمع»² الذي «يعبر عن روح المجتمع الذي ينظمه»³ ويعكس تاريخه وثقافته وحضارته⁴. بحيث تجعل الأسس الاجتماعية والاقتصادية نظرية الالتزام عرضة لتطور مستمد من التطور الطبيعي لتلك الأسس.

34. فقد أثرت النزعة الفردية على القانون المدني الفرنسي⁵ وانتقل هذا الأثر إلى القانون المدني القطري، وأفضى ذلك إلى اتخاذ أحكام كل من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي والفقرة الأولى من المادة 171 من القانون المدني القطري اللذان يقومان على حرية الأطراف في تحديد محتوى العقد وآثاره، استنادا إلى افتراض المساوات بين أطراف العقد.

35. ولكن هذا المبدأ يؤول، عند الاكتفاء به، إلى سيطرة الطرف القوي في العقد على الطرف الضعيف. وهو ما جعل القوانين المدنية المعاصرة تأخذ بعين الاعتبار خصائص العقود النموذجية وعقود الإذعان⁶، ومن بينها القانون المدني القطري الذي أورد في المادتين 106 و107 حماية للمعاهد الضعيف في عقود الإذعان. كما سنّ المشرع الفرنسي، منذ أواخر سبعينات القرن الماضي قوانين لحماية المستهلك⁷، تأثرا بظهور ما سمي بـ«الاهتمامات الاستهلاكية» في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1960⁸، فانعكس ذلك على القانون القطري

1 Jean François Niort, Le nouveau code civil du Québec et la théorie de la codification : une perspective française, Revue Droits 1996, p 135.

2 الأستاذ الدكتور أحمد بن طالب، التفويت في ملك الغير، دار الميزان للنشر، صفحة 231.

3 جيمس كولسون، في تاريخ التشريع الإسلامي، ترجمة محمد السراج ومراجعة حسن محمود عبد اللطيف الشافعي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1992، ص 289.

4 راجع حمادي الرايس، القانون المدني إلى أين، مقال أنف الذكر، ص 196.

5 Gounot E., Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé français. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse, Dijon, 1912.

6 الأستاذ محمد حمودة، مقال أنف الذكر، ص 234.

7 وهما القانونين الفرنسيين المعروفين بقانوني Scrivner الصادرين في 10 جانفي 1978 الذين أدخلوا إلى النظام القانوني الفرنسي قانون حماية المستهلك. وقد تمّ بعد ذلك جمع كل القوانين المتعلقة بالمستهلك في قانون واحد.

D. BUREAU, « Remarques sur la codification du droit de la consommation », in : Dalloz 1994, Chronique pp. 29192-.

8 S. Bernheim-Desvaux, Droit de la consommation, France 2008, Studyrama, p 18.

من خلال قانون حماية المستهلك¹. بحيث نشأ عن ذلك تصوّر جديد للالتزام، يخرج عن التصوّر التقليدي الذي قام على افتراض المساواة بين المتعاقدين، ويقوم على البحث عن تحقيق المساواة الفعلية بين المتعاقدين من خلال افتراض هيمنة المحترف على المستهلك وعلى وجوب العمل على حماية هذا المستهلك باعتباره طرفاً ضعيفاً في العقد «يندفع إلى التعاقد تحت ضغط الحاجة الاقتصادية دون وعي وإدراك كاملين»².

36. فقد أحدث هذا القانون حقوقاً والتزامات لم تعهدها الشريعة العامة كالالتزام بالتبصير والالتزام بضمان السلامة ومنح المستهلك حق التفكير والعدول، كما أفضى هذا القانون إلى «قيام المسؤولية المهنية التي تتّسم بتفعيل التزامات المحترف في تعاقد مع المستهلك»³.

37. وقد لاحظ فقه القانون أنّ «كل محتويات العقد ليست بالضرورة تعاقدية»⁴، في إشارة إلى تطوّر مقتضيات النظام العام الذي كان في مفهومه التقليدي، الوارد في القانون المدني، ملازماً للآداب العامة كحارس للمقومات الأساسية للنظام في المجتمع وللقدر الأدنى من الضابط الأخلاقي الذي ينبغي أن يميّز المعاملات الاجتماعية على معنى الفقرة الأولى من المادة 154 من القانون المدني، من خلال منع الاتّفاق على ارتكاب جريمة وعلى ما يشكّل مساساً بحقوق لصيقة بالذات البشرية أو بحقوق الأسرة. وقد أصبح المحتوى المعاصر للنظام العام يشمل النظام العام الاقتصادي والاجتماعي المعبّر عن عدم اكتفاء الدولة بدور الرقيب لتتكفّل بضمان عدالة المعاملات من خلال السهر على تحقيق السرعة والنجاحة والمحافظة على الائتمان في المعاملات المالية وعن ضرورة حماية الطرف الضعيف من جور الطرف القويّ في العقود غير المتوازنة. وهو ما أفضى إلى توسّع متزايد لمفهوم ولمهام النظام العام، من شأنه أن يؤوّل إلى تضييق بنفس القدر في المجال الذي تتمتع فيه الإرادة بالحرية

1 صدر بالقانون رقم (8) لسنة 2008 بشأن حماية المستهلك. وأنظر كذلك مليكة باكير: حماية المستهلك في القانون التونسي، مجلة القضاء والتشريع أكتوبر 1994.

2 فدوى القهواجي، «المستهلك»: مفهوم مدني؟، مقال نشر ضمن كتاب مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014. ص 437.

3 فدوى القهواجي، مقال أنف الذكر، صفحتي 525 و526.

4 Émile Durkheim (1893), De la division du travail social. Paris : Les Presses universitaires de France, 1967, huitième édition, Collection : Bibliothèque de philosophie contemporaine, p 191, « Tout n'est pas contractuel dans le contrat ».

في ضبط آثار العقد. بحيث يحمل «تكفل الدولة بضمان عدالة المعاملات، من خلال النظام العام الاجتماعي والاقتصادي، الدليل القاطع على فشل الإرادة الفردية الحرة في تحقيق ذلك الهدف»¹.

38. بل أقر المشرع حلولاً استباقية لتحقيق المساواة الفعلية بين المتعاقدين من خلال قوانين خاصة تستند إلى النظام العام الحمائي²، وتسعى إلى حماية من يعتبره المشرع معاقداً ضعيفاً. وهو نظام عام اتخذ أحياناً شكلاً سلبياً من خلال حظر الدخول في الاتفاقات أو إبرام العقود أو القيام بالممارسات التي يكون من شأنها الإخلال بقواعد المنافسة³، ومنع «الأشخاص ذوي السيطرة أو الهيمنة من إساءة استخدامها، بالقيام بممارسات غير مشروعة»⁴، وتحجير الاتفاق على تمكين صاحب العمل من تقاضي فائدة على ما يقرضه للعامل أو

1 الأستاذ محمد الزين: النظرية العامة للالتزام: العقد. مطبعة الوفاء. تونس 1987. ص 46 و 47، فقرة 43.
2 الأستاذ محمد الزين: مرجع أنف الذكر. ص 48.

3 راجع المادة 3 من القانون رقم (19) لسنة 2006 بشأن حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية. وراجع تيريرا لهذا النوع من المنع لدى الفقه الذي يعتبر أن الغاية من تلك الحماية «ليست تغليب مصالح فئة اجتماعية على مصالح فئة أخرى... بل إعادة المساواة إلى العلاقات التعاقدية حينما تكون تلك المساواة مهددة بالنسبة لأحد أطراف العقد».

Philippe Malinvaud: La protection des consommateurs. Dalloz 1981. Ch. p49. L'objectif de la protection accordée n'est pas de faire triompher les intérêts d'une catégorie sociale sur ceux d'une autre...mais de rétablir dans les rapports contractuels l'égalité lorsqu'elle est menacée au détriment de l'une des parties.

4 اقتضت المادة 4 من القانون رقم (19) لسنة 2006 بشأن حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية أنه «يحظر على الأشخاص ذوي السيطرة أو الهيمنة إساءة استخدامها، بالقيام بممارسات غير مشروعة، وعلى الأخص ما يلي:

1. الامتناع عن التعامل في المنتجات بالبيع أو الشراء أو الحد من هذا التعامل أو عرقلته بما يؤدي إلى فرض سعر غير حقيقي له.
2. إنقاص أو زيادة الكميات المتاحة من المنتج بما يؤدي إلى افتعال عجز أو وفرة غير حقيقية فيه.
3. الامتناع بغير مبرر مشروع عن إبرام صفقات بيع وشراء أحد المنتجات مع أي شخص، أو بيع المنتجات محل تعامله أقل من التكلفة الفعلية أو بوقف التعامل معه كلياً، وبما يؤدي إلى الحد من حريته في دخول السوق أو الخروج منه في أي وقت.
4. فرض التزام بعدم التصنيع أو الإنتاج أو التوزيع لمنتج لفترة أو فترات محددة.
5. فرض التزام بالاقتصار على توزيع أو بيع لسلعة أو خدمة دون غيرها على أساس مناطق جغرافية أو مراكز توزيع أو عملاء أو مواسم أو فترات زمنية وذلك بين أشخاص ذوي علاقة رأسية.

الاتفاق على تمكين صاحب العمل من اقتطاع أكثر من 10% من الأجر كل شهر لاسترداد مبلغ القرض¹؛ واتخذ أحيانا أخرى شكلا إيجابيا من خلال إلزام المحترف بإعلام المستهلك²، واشترط تنصيصات وجوبية³، بهدف لفت نظر المعاهد الغافل.

39. وحتى إن كان البعض ينعى على ما يراه حماية مفرطة للمعاهد الضعيف، عودة بالمعاهد إلى وضعية القاصر⁴، فإن واقع تكاثر العقود التي يختل فيها توازن القوى بين المتعاقدين يقتضي تلافي أن «يصبح العقد مرآة لإرادة أقوى الطرفين»⁵ نتيجة البنود الخاصة التي طورها المحامون ورجال الأعمال لحماية مصالح الطرف القوي⁶، وأن تُضحى «الحياة التعاقدية تكريسا لعلاقة بين

6. تعليق إبرام عقد أو اتفاق بيع أو شراء لمنتج على شرط قبول التزامات أو منتجات تكون بطبيعتها أو بموجب الاستخدام التجاري غير مرتبطة بمحل التعامل الأصلي أو الاتفاق.

7. إهدار تكافؤ الفرص بين المتنافسين بتمييز بعضهم عن البعض الآخر في شروط صفقات البيع أو الشراء دون مبرر مشروع.

8. الامتناع عن إتاحة منتج شحيح، متى كانت إتاحتها ممكنة اقتصادياً.

9. إلزام مورد بعدم التعامل مع منافس.

10. بيع منتجات بسعر يقل عن تكلفتها الحدية أو متوسط تكلفتها المتغيرة.

11- إلزام المتعاملين معه ألا يتيحوا لشخص منافس له، استخدام ما يحتاجه من مرافقهم أو خدماتهم، ورغم أن إتاحة هذا الاستخدام ممكن اقتصادياً».

1 جعلت المادة 70 من قانون العمل حدودا لسلطة صاحب العمل في الاقتطاع من أجر العامل إما وفاء لما قد يكون أقرضه للعامل من قروض، إذ نصّت على أنه «... ولا يجوز لصاحب العمل أن يتقاضى أية فائدة على ما يقرضه للعامل، كما لا يجوز له أن يقطع من أجر العامل أكثر من 10% وفاء لما يكون قد أقرضه له من مال...».

2 محمّد بقبق: مرجع أنف الذكر. ن128. ص 96.

ويغلب أن يفوق المحترف المستهلك معرفة ودراية بمكونات المنتج، مما جعل المادتين 7 و8 من القانون رقم (8) لسنة 2008 بشأن حماية المستهلك تضع على كاهل المحترف التزاما بالإعلام. وأنظر أيضا حول الالتزام بالإعلام المحمول على كاهل المحترف في القانون الفرنسي

GERARD CASSET DIDIER FERRIER, Traité de droit de la consommation, éd. P.U.F 1986, p379, n° 390.

3 ومن ذلك التنصيصات الوجوبية الواردة في المواد 2 و3 و4 من قرار وزير الأعمال والتجارة رقم (68) لسنة 2012 بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم (8) لسنة 2008 بشأن حماية المستهلك. وهي تنصيصات وجوبية يلزم بها هذا القرار المزوّد، حماية للمستهلك. وكذلك اشترط المادة 39 من قانون رقم (27) لسنة 2006 بإصدار قانون التجارة للعقد الرسمي، لتنصيصات وجوبية لصحة بيع المتجر.

4 J. Carbonnier: ouvrage précité. p19. N°3.

5 محمّد الزين: مرجع أنف الذكر، ص 46 نبذة 42.

6 محمّد حمّودة، مرجع أنف الذكر، ص 235.

- مهيمن ومهيمن عليه¹؛ ولكنه يقتضي في نفس الوقت تجنب عدم استقرار المعاملات².
40. كما اتجه مجال تطبيق النظرية العامة للالتزام إلى التفات إلى مجموعات الفرعية، أي إلى كوكبة من القوانين المتباينة والمتخصصة، لمجابهة التعقيد المتزايد للحياة الاجتماعية والعلاقات الاقتصادية³، مما دفع بقانون الالتزام نحو التخصص.
41. وقد جعل انفتاح قانون الالتزام على مجالات واسعة للتعامل الحرية التعاقدية تنشئ مجموعة أحكام مميزة وخاصة ببعض المجالات. وتلك مجالات ما لبثت أن استقلت عن الأحكام العامة. فانفصل عن النظرية العامة للالتزام قانون التجارة⁴ إلى الحد الذي جعل الفقه يذهب إلى أن «علاقة الهياكل القانونية التجارية المعاصرة بالعقود التقليدية هي ذات العلاقة التي يمكن أن تقوم بين الآلة الحديثة والأداة البدائية. فكلما زادت وتطورت التقنيات، زاد ابتعاد القانون التجاري عن القانون المدني وزاد تميز أحكامه»⁵. وهو استدلال لا يخرج عنه قانون البورصة⁶، فضلا عن القانون العقاري⁷. وكذلك الشأن بالنسبة لقانون العمل الذي، لئن كان قانونا للالتزام، فهو يقوم على تصوّر منحاز لعقد العمل، لكونه يقوم على افتراض كون العامل هو دائما المعاهد الضعيف الذي يحتاج إلى حماية المشرع له.
42. بحيث نشأت، نتيجة لهذا التوسع، قوانين متفرعة عن القانون المدني، تستلهم من مصادر مختلفة عن مصادر القانون المدني وتقوم بتنزيل المقتضيات القانونية لكونية

1 G. FARJAT : Droit privé de l'économie. 2/ Théorie des obligations. P.U.F. 1975. P 159.

J. M. Mousseron : Rapport de synthèse. Colloque Les principales clauses des contrats conclus 2 entre professionnels, avant-propos j. mestre, PUAM, 1990. P232

J. Carbonnier: ouvrage précité, p16. N°2

3

4 أنظر قانون رقم (27) لسنة 2006 بإصدار قانون التجارة.

Georges RIPERT et Roger ROBLOT : Traité du droit commercial. Paris L.G.D.J. 1990. 12^{eme} 5 édition, n° 1727 « Les mécanismes juridiques modernes sont aux contrats classiques ce qu'une machine actuelle peut être à un instrument primitif. Plus la technique s'affirme et se développe, plus le droit commercial s'éloigne du droit civil et affirme son particularisme ».

6 راجع قرار وزير الأعمال والتجارة رقم (161) لسنة 2009 بتأسيس شركة مساهمة قطرية باسم بورصة قطر. وأنظر قواعد التعامل في بورصة قطر 2012/0

7 أنظر قانون رقم (14) لسنة 1964 المتعلق بنظام التسجيل العقاري

حقوق الانسان¹ وللعولمة الاقتصادية² وللتطورات العلمية³ والثورة المعلوماتية⁴ على القانون القطري. مما جعل هذه القوانين الخاصة تأخذ بتقنيات تتباعد وتتمايز شيئاً فشيئاً عن التقنيات التي أخذ بها القانون المدني، وتنشئ قواعد تفسير خاصة بها، فضلاً عن كونها تقوم على توازنات ظرفية تجعلها في تطوّر مستمرّ يخرج عن الاستقرار الذي تتميز به النظرية العامة للالتزام⁵.

43. لقد اقتطعت القوانين الخاصة لنفسها عدة مجالات كانت تخضع لأحكام النظرية العامة للالتزام، بل أصبحت الرغبة في الاستزادة منها تفضي إلى أنّ ملاحظة غيابها في أحد المجالات تدفع رجال القانون إلى اعتبار ذلك «فراغاً قانونياً»⁶.

44. كما أفضت الثورة الصناعية واستخدام الآلات الحديثة إلى ظهور أنواع جديدة من المخاطر مرتبطة بالأضرار التي تلحقها تلك الآلات بالأشخاص والممتلكات، مما آل إلى بلورة صور للمسئولية المدنية لا تقوم على الخطأ الثابت، كالمسئولية الناجمة عن إصابات العمل ومرض المهنة⁷، والمسئولية عن ضرر الأشياء التي جاءت بها المادة 212 ق م. فضلاً عن إلزام المشرّع لمالكي المركبات الآلية بتأمينها⁸. مما أفضى إلى بلورة تصوّر جديد للتعويض، يركّز

1 راجع حول ذلك حمادي الرايس، القانون المدني إلى أين؟ نشر ضمن كتاب مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014. ص 197.

2 Mireille DELMAS-MARTY: La mondialisation du droit: chances et risques. Dalloz 1999. Chronique. P 44.

3 أنظر القانون رقم (7) لسنة 2002 بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، والقانون رقم (9) لسنة 2002 بشأن العلامات والبيانات التجارية والأسماء التجارية والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية، والقانون رقم (5) لسنة 2005 بشأن حماية الأسرار التجارية،

4 أنظر مرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2010 بشأن قانون المعاملات والتجارة الالكترونية

5 Gwendoline LARDEUX: Le droit des contrats spéciaux hors le code civil. Petites affiches. 14 septembre 2005. n° 183. P 6.

6 Jean CARBONNIER. Droit et passion du droit sous la Vème République, Flammarion. 1996, op. cit. pp 272-273. Voir aussi: Philippe Remy, la recodification civile, Droit, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, 1998, p17.

7 راجع حول ذلك الفقرة 19 من المادة 1 من قانون العمل

8 يراجع القانون رقم (10) لسنة 1979 بشأن قواعد المرور، وقرار وزير الداخلية رقم (4) لسنة 1992 بشأن توحيد الشروط الخاصة بكل من وثيقتي التأمين الإجباري والاختياري على المركبات الآلية.

على منطق التأمين ويؤثر بعمق متزايد في أحكام المسؤولية¹.

45. ومع ذلك تظل النظرية العامة للالتزام مطالبة بإدخال النظام والترتيب على هذه التطورات المتواترة، فقد أقر الفقه أن «القانون الذي تحكمه الاعتبارات الظرفية وتنحصر أحكامه في المجالات الفرعية، يشبه البستان البور الذي تنمو الأعشاب الضارة في كل أرجائه وتخنق فيه البذور الطيبة»².

46. بحيث لا غنى عن النظرية العامة للالتزام التي تمكّن النظام القانوني من استقرار نسبي يشكّل البنية الرئيسية التي تنتظم حولها القانونين الخاصة مهما كانت اختلافاتها³. وهو ما يقتضي منها التغدّي على تنوع القوانين الخاصة لتبقي على قانون مدني يشتمل على القدر الضروري من الوضوح والتناسق⁴. كما أنّ اضطلاع النظرية العامة للالتزام بهذا الدور يوجب كذلك تميّز صياغة الأحكام المنضوية تحت لواء تلك النظرية بنسبية الاستقرار.

المبحث الثاني - نسبية استقرار الصياغة

47. تنطبق النظرية العامة للالتزام على فروض لا متناهية، رغم اختلاف تلك الفروض في بعض الجزئيات. إذ تقتصر هذه النظرية على القواعد المشتركة بين معظم الالتزامات وتتنسّم في صياغة أحكامها بتجريد مميز. إلا أنّ أحكام النظرية العامة للالتزام تتأثر بشكل متزايد بصياغة يطغى عليها الطابع العملي الموروث من القوانين الخاصة. وهو ما يبرّر الحديث عن نسبية استقرار صياغة أحكام النظرية العامة للالتزام من خلال التطرّق إلى ثبات الصياغة عالية التجريد (المطلب الأوّل) من جهة، وتطور الصياغة العملية (المطلب

1 Marie-Christine de Lambertye-Autrand, professeur à l'université de Bourgogne: La théorie de l'équivalence des conditions et les recours entre coauteurs, Recueil Dalloz, 14/11/2002, N°40, pp. 3044-3046.

2 ALFRED DUFOUR: L'IDEE DE CODIFICATION ET SA CRITIQUE DANS LA PENSEE JURIDIQUE ALLEMANDE DES XVIIIe-XIXe SIECLES. P 56. « Le droit abandonné aux circonstanciel et au sectoriel, ressemble plutôt à un jardin en friche où la mauvaise herbe pousse partout et étouffe la bonne graine ».

3 GUYBRAIBANT: UTILITÉ ET DIFFICULTÉS DE LA CODIFICATION. In revue Droits-24, 1996, p72.

4 Blandine MALLET –BRICOUT : LIBRES PROPOS SUR L'EFFICACITE DES SYSTEMES DE DROIT CIVIL. In R.I.D.C. 4-2004. P 880. N° 20.

الثاني) من جهة ثانية.

المطلب الأول - ثبات الصياغة عالية التجريد

48. تقوم تلك الصياغة على المنطق والاستدلال العقلي، وتستند إلى المبادئ التأصيلية التي تؤسس لأصناف أو مؤسسات أو أحكام قانونية مستمدة منها ومعبرة عن مضمونها¹. إذ تقوم النظرية العامة للالتزام على مبادئ تأصيلية ثابتة ثلاثة هي «مبدأ الحرية ومبدأ حسن النية ومبدأ المسؤولية»². فيؤسس مبدأ الحرية الذي يعني «غياب المنع والفرض والإلزام وغياب الخضوع إلى إرادة الآخر»³ لعديد المؤسسات والأصناف المتفرعة عنه كحرية التعاقد وحرية الزواج وحرية التملك⁴ ويؤسس لقاعدة الرضائية في العقود وقاعدة القوة الملزمة للعقد وقاعدة الفقرة الأولى من المادة 73 من القانون المدني التي أوردت أنه «لا ينسب إلى ساكت قول».

49. كما يؤسس مبدأ حسن النية لأحكام ضمان الاستحقاق والتعرض وضمان العيوب ولأحكام الظروف الطارئة وعقود الإذعان ولأحكام المادة 475 من القانون المدني القطري المتعلقة ببيع ملك الغير وأحكام المادة 1061 من القانون المدني القطري المتعلقة بالرهن الرسمي لملك الغير والمادة 1130 من القانون المدني القطري التي أحالت على المادة 1061 فيما يتصل بالرهن الحيازي لملك الغير. بل يؤسس ذات المبدأ لقاعدة منع الحيل التي «تتيح للمحتال أن يفلت من إعمال حكم قانوني ملزم من خلال الاستعمال المقصود لوسيلة ناجعة تجعله يفلت من تطبيق القانون عليه»⁵. وتلك قاعدة تجد سنداً لها في الفقه

1 راجع الأستاذ الدكتور محمّد كمال شرف الدين، قراءة في المبادئ التأصيلية للقانون المدني، نشر ضمن كتاب مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014، ص 49.

2 محمّد كمال شرف الدين، مقال أنف الذكر، ص 62.

3 الأستاذ الدكتور منير العياري، الحرية في القانون المدني، مقال نشر ضمن كتاب مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014، ص 116.

4 محمّد كمال شرف الدين، مقال أنف الذكر، ص 63.

5 « Il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif », José Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Dalloz 1957, p 208.

الإسلامي¹ في قول الإمام الشاطبي «إن الحيل التي تقدّم إبطالها وذمّها والنهي عنها ما هدم أصلا شرعيا وناقض مصلحة شرعية»²، وفي القاعدة الرومانية «التدليس يفسد كل أمر» *fraus omnia corrumpit*³. ورغم أنّ القانون المدني القطري لم ينص صراحة على هذه القاعدة، فقد أخذ بمضمونها في عديد المواضع كأحكام التدليس المعيب للرضا وأحكام الصورية في العقود وإخضاع التصرفات المبرمة في مرض الموت إلى أحكام الوصية.

50. بينما يؤسس مبدأ المسؤولية الذي «يعني تحمّل الفرد لتبعات الفعل الضار الصادر عنه»⁴، كافة أحكام المسؤولية عن الخطأ الشخصي وعن فعل الغير أو عن ضرر الأشياء.

51. فقد اقتضت المادة 199 من القانون المدني أنّ «كل خطأ سبب ضرا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض». ورغم موقع هذه المادة ضمن الفصل الثالث الذي عنوانه المسؤولية عن العمل غير المشروع، تتفرّع عنها أحكام جزئية منها حكم 168 من القانون المدني المتعلقة بتعويض الضرر الناجم عن إبطال العقد، وحكم الفقرة الأولى من المادة 183 من القانون المدني المتصلة بالتعويض الناجم عن عدم إيفاء المعاهد بالتزامه، وأحكام المواد من 200 إلى 212 من القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية عن الأعمال الشخصية والمسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية عن الضرر الناجم عن الأشياء.

25. وهو ما يبرّر تمتّع قواعد النظرية العامة للالتزام بالثبات على مر الزمان، و«صمود» المبادئ التي تقوم عليها أمام التغيرات الاجتماعية والاقتصادية⁵، لكون الحاجة إلى تغيير قواعدها لا تظهر مع كل تغيير يحدث في القواعد الجزئية التي انبثقت عنها. إذ لا تظهر

1 راجع حول الحيل في الفقه الإسلامي محمّد بن براهيم. الحيل الفقهية في المعاملات المالية، الدار العربية للكتاب، تونس

2 أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، تحقيق محمّد محي الدين عبد الحميد، القاهرة، بدون تاريخ، الجزء الثالث، ص 285.

وأنظر في ذات الاتجاه ابن قيّم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، مصر 1955، الجزء الرابع، ص 340 وما بعدها.

3 Henri Roland et Laurent Boyer, Adages en droit français, Paris LITEC 1999, p 281 et suiv.

4 محمّد كمال شرف الدين، مقال أنف الذكر، ص 68.

5 René Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, première série, panorama des mutations, Paris Dalloz 1964.

تلك الحاجة إلا حينما يطال التغيير المبادئ الأساسية التي منها مثلا قاعدة الفقرة الأولى من المادة 171 من القانون المدني التي تقتضي أن «العقد شريعة المتعاقدين...». وذلك لا يتحقق إلا خلال فترة زمنية طويلة، ويقتضي وجود تحوّل عميق في الأفكار أو تحوّل أساسي في الظروف الاقتصادية والاجتماعية. بحيث لا يطال التغيير مثلا قاعدة منع التصرف في ملك الغير، بمجرد نسخ أحكام المادة 475 من القانون المدني أو المادة 1130 من القانون المدني أو المادة 1061 من القانون المدني.

53. وقد رتب فقهاء القرن التاسع عشر على الصبغة المجردة والمنطقية لقواعد النظرية العامة للالتزام، تمتع تلك القواعد بالخلود والاستقرار المطلق، ووجوب تغليب المنطق الذي كرّسته تلك القواعد على أيّ غرض اجتماعي قد يدفع إلى تغييرها¹، مستندين في ذلك إلى استمرارية بعض قواعد القانون الروماني في الزمان، حتّى أخذ بها قانون نابليون. على غرار قاعدة «Pacta sunt servanda» التي أخذ بها كذلك الفقه الإسلامي من خلال قاعدة «الناس على شروطهم»² المأخوذة من قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وقوله عز وجل «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ، إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا»³، وأخذت بها الفقرة الأولى من المادة

1 Philippe Remy : LA RECODIFICATION CIVILE. Ce statut a même nourri chez certains le mythe du code parfait. En effet, selon Frédéric II : « un corps de loi parfaite, serait le chef-d'œuvre de l'esprit humain dans ce qui regarde la politique du gouvernement: on y remarquerait une unité de dessein et des règles si exactes et si proportionnées, qu'un Etat conduit par ces lois ressemblerait à une montre, dont tous les ressorts ont été faits pour un même but; on y trouverait une connaissance profonde du cœur humain et du génie de la nation; les châtiments seraient tempérés, de sorte qu'en maintenant les bonnes mœurs, ils ne seraient ni légers ni rigoureux; des ordonnances claires et précises ne donneraient jamais lieu au litige; elles consisteraient dans un choix exquis de tout ce que les lois civiles ont eu de meilleur, et dans une application ingénieuse et simple de ces lois aux usages de la nation; tout serait prévu, tout serait combiné, et rien ne serait sujet à des inconvénients ». Voir : Œuvres complètes de Frédéric II, Berlin, 1848, t. IX, p. 27

2 وروى أبو بكر البزار أيضاً عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الناس على شروطهم ما وافقت الحق» ويذكر ابن تيمية بالنسبة لأسانيد هذا الحديث أنه وإن كان الواحد منها ضعيفاً فاجتماعها من طرق مختلفة يشد بعضها بعضاً يقوى الحديث فضلاً عن أن هذا المعنى هو الذي يشهد له كتاب والسنة. راجع الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج 3 ص 481.

3 راجع وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته. نشر دار الفكر - سورّيّة - دمشق. بدون تاريخ الجزء الرابع.

1134 من القانون المدني الفرنسي¹، قبل أن تأخذ بها الفقرة الأولى من المادة 171 من القانون المدني.

54. وهو ما جعل النظرية العامة للالتزام مجالاً رحباً للتفكير المنطقي ولوضع وتقييد المبادئ العامة عن طريق تجريد القواعد الجزئية الخاصة وتجميعها. كما أنّ ذلك يجعل النظرية العامة للالتزام نظرية قابلة للتوحيد في مختلف التشريعات لوحدة أصلها التاريخي

صفحة 556. الذي ورد فيه أنه «اتفق الفقهاء على أن العقد المستكمل لأركانه وشرائطه يتمتع بالقوة الإلزامية أي أن كل عقد باشره الإنسان بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه، ومقيد لإرادته؛ لقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود} [المائدة: 1/5] وقوله: {وأوفوا بالعهد، إن العهد كان مسؤولاً} [الإسراء: 34/17]. وقال سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَغْلُمُ مَا تَفْعَلُونَ*﴾ [النحل: 91]، والأيمان جمع يمين وكل عقد فإنه يمين قيل: سمي بذلك لأنهم كانوا يعقدونه بالمصافحة باليمين.

وقد أورد الشيخ الطاهر بن عاشور حول الآية الأولى «والإيفاء هو إعطاء الشيء وافيًا، أي غير منقوص، ولما كان تحقق ترك النقص لا يحصل في العرف إلا بالزيادة على القدر الواجب، صار الإيفاء مراداً منه عرفاً العدل، وتقدم عند قوله تعالى: {فأما الذين آمنوا و عملوا الصالحات فيوقمهم أجورهم} في سورة النساء (173). والعقود جمع عقد بفتح العين، وهو الالتزام الواقع بين جانبيين في فعل ما. وحقيقته أنّ العقد هو ربط الحبل بالعروة ونحوها، وشدّ الحبل في نفسه أيضاً عقد. ثم استعمل مجازاً في الالتزام، فغلب استعماله حتى صار حقيقة عرفية... فالعقد في الأصل مصدر سمي به ما يعقد، وأطلق مجازاً على التزام من جانبيين لشيء ومقابلته ...

والأمر بالإيفاء بالعقود يدلّ على وجوب ذلك، فتعين أنّ إيفاء العاقد بعقده حقّ عليه، فلذلك يقضي به عليه، لأنّ العقود شرعت لسدّ حاجات الأمة فهي من قسم المناسب للحاجي، فيكون إتمامها حاجياً؛ لأنّ مكتمل كلّ قسم من أقسام المناسب الثلاثة يلحق بمكتمله: إنّه ضرورياً، أو حاجياً، أو تحسينياً». راجع تفسير التحرير والتنوير الجزء السادس الصفحتين 74 و75. وورد كذلك في ذات التفسير ضمن الصفحة 81 من ذات الجزء أنّه «وأي تقصير في الوفاء بهذا الأمر يعتبر إثماً كبيراً، يستوجب المقت والغضب: «يأبها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون - كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون».

وكل ما يقطع الانسان على نفسه من عهد، فهو مسئول عنه ومحاسب عليه: «وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً».

وأنظر أيضاً محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري «(عهد) قال الله تعالى وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً قال الزجاج قال بعضهم ما أدري ما العهد وقال غيره العهد كل ما عوهد الله عليه وكل ما بين العباد من المواثيق فهو عهد...» [لسان العرب، نشر دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، (عهد) صفحة 311.

1 L'alinéa premier de l'article 1134 du code civil français dispose que « Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à celles qui les ont faites... ».

المستمد من كل من الفقه الإسلامي والقانون الروماني في ذات الوقت، ولسيادة المنطق عليها.

55. بحيث لا يمكن للنظرية العامة للالتزام، التي تتميز بطابعها الوصفي، أن تُجاري النسق المتسارع الذي يولده الانتاج المستمر لوضعيات قانونية جديدة ومستحدثة تتعلق خاصة بالإعلامية والأنترنيت والإشهار والرياضة وبالمجال السمعي البصري¹. كما أنّ ثبات المبادئ التأسيسية للنظرية العامة للالتزام لم يحل دون تطوّر الأحكام الفرعية على نحو وصفه فقه القانون بتنامي «قانون مدني تحتوي *droit souterrain* مستجيب لحاجيات ظرفية متغيّرة ومتشعبة» ويشمل نصوصا قانونية فرعية ومتنوعة ومتكاثرة². وهو ما «أرهق المبادئ التأسيسية الواردة في النظرية العامة للالتزام وأضعف من إشعاعها»³.

56. بل إنّ قدم العهد بتصنيفات العقود لا ينفي تنامي أهميتها على مر الزمان. ومن ذلك تزايد إثارة صنف العقود غير المسماة لضرورة تحليل إرادة التعاقد. إذ «حضور نية المجاملة وغياب النفع الشخصي اللذان يميزان التّطوّر لا ينسجمان مع الإرادة الباتة التي تذهب إلى الالتزام والتي هي قوام الالتزام التعاقدي»⁴. بحيث يبرز ذلك الأهمية المحورية لصنف العقود غير المسماة الذي جاءت به النظرية العامة للالتزام، باعتباره صنفا مفتوحا يفتح المجال أمام تصوّر فئات جديدة من العقود تجد مكانتها في القانون المدني القطري.

57. فضلا عن كون الصياغة عالية التجريد لأحكام النظرية العامة للالتزام هي التي تبرّر ذهاب فقه القانون المعاصر إلى أنّ النظرية العامة للالتزام ليست مجرد شروح مقيّدة بنصوص وأبواب القانون المدني، بل هي رؤى قانونية يسلّطها فقهاء القانون على أحكام العقود والالتزامات⁵، وتأكيدهم على كون الرؤيا العلمية للقانون أي «القانون العالم *Droit Savant* وليس القانون الحي *Droit vivant*» أو الواقع القانوني الوضعي هو الذي أفرز

1 راجع حول ذلك محمّد حمّودة، مرجع أنف الذكر، ص 236 و242.

2 Philippe Malaurie et Laurent Aynes, Introduction générale, Paris Defrénois, 2004, p 82 n° 116.

3 الأستاذ الدكتور محمّد كمال شرف الدين، مقال أنف الذكر، ص 51.

4 Christian ATIAS : Restaurer le droit du contrat. Recueil Dalloz 1998 p. 138 n° 4.

5 الأستاذ الدكتور محمّد حمّودة، مقال أنف الذكر، ص 228.

تلك النظرية لاعتبارات بيداغوجية ومنهجية»¹.

58. بل ذهب الفقه إلى أنّ «نظرية الالتزام هي من القانون المدني، ومن القانون عامة بمثابة العمود الفقري للجسم»²، وإلى أن مكانتها من علم القانون هي ذات مكانة نظرية القيمة من علم الاقتصاد³. إذ هي تشتمل على أحكام أساسية عامة تخضع لها الالتزامات في مجموعها، دون اعتبار ذاتية موضوع الالتزام. وهي الأصل العام أو الشريعة العامة التي يقع الرجوع إليها كلما غابت القواعد الخاصة التي تحكم أحد فروع القانون المدني أو القانون الخاص أو حتى القانون العام. ومن قبيل ذلك ضرورة الرجوع إلى الأحكام العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة 289 من القانون المدني القطري بالنسبة للشرط الفاسخ كلما غابت قاعدة خاصة تتعلق بذلك الشرط بالنسبة لعقد من العقود، ومن قبيل ذلك التسليم في عقد البيع المعلق على شرط فاسخ الذي لم تورد المواد 432 وما بعدها من القانون المدني أحكام خاصة به.

59. وهو ما يبرز كذلك في القانون التجاري الذي، تطوّرت قواعده لتتماشى مع مقتضيات قاعدتي دعم الثقة بين التجار وتحقيق السرعة في المعاملات التي يقوم عليهما القانون التجاري. ولكن، ينبغي الرجوع في كافة المسائل المتصلة بالعقود التجارية والتي سكت عنها القانون التجاري ولم توجد فيها أعراف تجارية، إلى القواعد العامة للالتزام كما وردت في القانون المدني، طبقا لما اقتضاه صريح المادة 2 من القانون التجاري⁴.

1 Jean Carbonnier, Les obligations, Paris PUF, n° 16, p 45.

2 الأستاذ الدكتور علي نجيدة والأستاذ الدكتور محمد حاتم البيات: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني القطري مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية، الجزء الأول مصادر الالتزام. طبع جامعة قطر. بدون تاريخ ص 16. وأنظر كذلك الأستاذ الدكتور محمد الزين: مرجع أنف الذكر ص 18 نبذة 3.

3 Gabriel Tarde, Les transformations du droit. Étude sociologique, 2^e édition, 1891. Paris : Berg International Éditeurs, 1994 p 98 « La théorie des obligations est en jurisprudence ce que la théorie de la valeur est en économie politique : le problème central où l'on est ramené par toutes les pentes des discussions ».

4 ورد في المادة 2 من قانون رقم (27) لسنة 2006 المتعلق بإصدار قانون التجارة أنّه «تسري على المسائل التجارية الأحكام الواردة في هذا القانون أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية، فإن لم يوجد نص يطبق العرف التجاري، ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام، فإن لم يوجد عرف تجاري، تطبق أحكام القانون المدني».

06. بحيث تعتبر النظرية العامة للالتزام حجر الأساس للدراسات القانونية عموماً في المعاملات المدنية والتجارية وحتى في مجال القانون الإداري.

61. لكن، مع أنّ قواعد النظرية العامة للالتزام تضلّ أكثر استقراراً من غيرها، بحكم اقتصرها على تنظيم الأسس العامة للمعاملات، لا مجال لإنكار كون غاية هذه القواعد هي تنظيم العلاقات الاجتماعية، وهو ما يدفع أحكام النظرية العامة للالتزام إلى التأثر بتطور الصياغة العملية.

المطلب الثاني - تطوّر الصياغة العملية

62. تضلّ النظرية العامة للالتزام حوصلة لكافة القوانين والأحكام التي تحوم حولها، وتمثّل هذه النظرية بالتالي الأصل بالنسبة لها. إذ تشكّل كل القوانين الخاصة استثناء من هذا الأصل. وهو ما مكّن قانون الالتزامات، من خلال ربط علاقات فعلية مع هذه القوانين الأكثر حيوية وخلقاً، من أن يعطي لمؤسساته نفساً جديداً ومن المحافظة على صلة أحكامه بالواقع.

63. وقد جعل ذلك حضور النظرية العامة للالتزام في القانون المدني القطري دليلاً على ثبات التوجّه نحو التيارات القانونية المعاصرة مع بقاء التجذّر في ثقافة محلية ضاربة في القدم.

46. وتلك تيارات معاصرة تستند خاصة إلى اعتبارات ثلاثة هي تعاضم القيمة المالية لبعض العقود التي أفرزت تراخي مدة انعقادها في الزمن مع تشعّب المفاوضات وتعدد المراحل التحضيرية التي تمهّد السبيل إلى إبرام العقد النهائي من جهة، وتنامي مجموعات العقود التي تشكّل سلسلة مترابطة وبناء قانونياً متكاملًا بهدف خدمة أهداف اقتصادية مجددة مع الحد من المخاطر من جهة ثانية، وتزايد الحاجة إلى انتقال العقد من ذمّة مالية إلى أخرى على نحو يفضي إلى مزيد إدماجه في الدورة الاقتصادية وإلى إتاحة استبدال أطرافه بأخرين¹ من جهة ثالثة.

65. وقد نأت الفقرة الأولى من المادة 171 من القانون المدني بنفسها عن الخوض في أساس

1 محمد حمّودة، مقال أنف الذكر، ص 236 و237.

القوة الملزمة للعقد سواء كان نظرية سلطان الإرادة أو قوة القانون، ولم تخض فيما إذا كان العقد «مجرد مصدر للالتزامات *une simple source d'obligations* أم أنه أداة للتكامل والتعاون *un instrument de complémentarité et de collaboration*» أو فيما إذا كان جوهر العقد يتمثل في كونه رابطة شخصية بين طرفيه أو يكمن في كونه يمثل قيمة مالية في الذمتين الماليتين لطرفيه¹؛ مكتفية بالتنصيص على أن «العقد شريعة المتعاقدين». وذلك حذر محمود لكونه لم يخلق باب النقاش الفقهي الذي يقوم بالضرورة على أسس فكرية وفلسفية متغيرة²، بل جعل هذا الأساس مفتوحا على خيارات لا تنفي استناد القوة الملزمة للعقد على الحرية التعاقدية، ولا تحول دون رقابة القانون والقضاء على تنفيذ العقود.

66. وفي المقابل، لم يتضمن القانون المدني القطري، خلافا لكل من المجلة العثمانية وللقانون المدني الإيطالي الصادر سنة 1865 ومجلة الالتزامات والعقود التونسية³، بابا تنظم فيه القواعد العامة التي تشكل أسسا متينة للتفسير واستنباط الأحكام في مجالي العقد والمسؤولية⁴.

76. وإن كان هذا القانون المدني لا يخلو من بعض القواعد المتناثرة فيه على غرار ما اقتضته الفقرة الأولى من المادة 172 من القانون المدني القطري من أنه «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية». مما يبرز أن التنفيذ الحر في للعقد ليس الهدف الأوحى للقاضي الذي توجب عليه هذه الفقرة تفسير العقد على ضوء متطلبات حسن النية. بحيث لا تقف مهمة القاضي عند قراءة العقد والإلزام بمحتواه، بل تتجاوز ذلك إلى السعي إلى تطويع تنفيذ العقد وحتى إلى إعادة تشكيل هذا التنفيذ بالرجوع إلى ما يراه من مقتضيات حسن النية عند تنفيذ العقد. وتبرز المكانة المتميزة لمبدأ

1 محمد حمودة، مقال أنف الذكر، ص 239.

2 Christian ATIAS : Restaurer le droit du contrat. Recueil Dalloz 1998 p. 138 n°7.

3 الأستاذ الدكتور محمد كمال شرف الدين، مقال أنف الذكر، ص 58.

4 خلافا للمجلة العثمانية ومجلة الالتزامات والعقود التونسية. وهو ما يأخذه الفقه الفرنسي كذلك على القانون المدني الفرنسي راجع :

P. Coste –Floret, Le code civil et les codifications étrangères, Travaux de la commission de réforme du code civil, 1945-1946-, p 56.

حسن النية في تنفيذ العقد من خلال إطلاق عبارته واستنادا إلى ثبات قدرته على «التطبيق الصامت» الذي يعني استبطان المتعاقدين له والذي يؤخذ من ندرة المنازعات حوله¹.

68. إنَّ التأمّل في الفقرة الأولى من المادة 171 من القانون المدني القطري على ضوء ما اقتضته الفقرة الأولى من المادة التي تليها، أي المادة 172 ق م، ينتهي إلى كون فعالية العقد أي قوته الملزمة الواردة في الفقرة الأولى من المادة 171 ق م، خلافا للقوة الملزمة للتشريع، تمرّ حتماً بمصفاة «حسن النية» الواردة في آخر الفقرة الأولى من المادة 172 من القانون المدني، فتختلف القوة الملزمة للعقد عند التنفيذ حسب مدى التزام الطرفين بحسن النية² أخذاً بمبدأ الأمانة في تنفيذ العقود الذي يجد جذوره فيكل من الفقه الإسلامي وفي القانون المدني الألماني³.

69. كما أنّ اعتبار أحكام الفقرة الأولى من المادة 171 من القانون المدني القطري دليلاً على أنّ كافة الالتزامات الناجمة عن العقد تنشأ وقت التقاء الإرادتين، على غرار الالتزام بالتسليم في عقدي البيع والإيجار والالتزام بالضمان التعرّض وضمان العيوب، ليس سوى تبسيط لواقع القوة الملزمة للعقد الأكثر تعقيداً. إذ بعض الالتزامات التعاقدية تضلّ كامنة في العقد وهي لا تنطبق كنتيجة لعدم تنفيذ أو سوء تنفيذ التزامات أخرى. فالالتزام بالتعويض الذي يحمل على كل من يلحق ضرراً بالشيء الذي التزم برده، لا يمكن أن ينشأ في تاريخ نشأة العقد، ويضلّ كامناً حتى يتمّ الرد، ويكون الشيء موضوع ذلك الالتزام قد تضرر بفعل المدين بالالتزام بالرد⁴.

1 الأستاذ الدكتور محمّد كمال شرف الدين، مقال أنف الذكر، ص 53 و54.

2 خلافاً للفقه الأمريكي الذي يجعل القوة الملزمة للعقد تستند إلى الثقة المشروعة reliance التي يولّدها العقد لدى متلقي التصريح بالرضاء

E. A. Farnsworth, The past of promise: an historical introduction to contract, Columbia law review 1969, p 600.

3 راجع حول ذلك الأستاذ الدكتور محمّد حمّودة، في الوفاء بالالتزام مع تمام الأمانة، مجموعة دراسات مهادة للأستاذ ساسي بن حليمة، تونس مركز النشر الجامعي 2005، ص 1031 وما بعدها.

4 إنّ أوّل من اكتشف هذا التنوع هو الفقيه الفرنسي كريستيان مولي ضمن رسالة دكتوراه عنوانها «أسباب انقضاء الكفالة». راجع باللغة الفرنسية

C. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, thèse, Montpellier, Paris, Litec, 1979, Fondation nat. pour le droit de bentreprise, Bibl. dr. entr., n° 10, préface M. Cabrillac.

70. بحيث يبرز هذا التعقيد وذاك التنوع في الالتزامات التعاقدية أن العقد ينتج نوعين من الالتزامات. فالالتزامات العامة التي تنشأ حال تكوين العقد، تمهد السبيل وتنظم التزامات خاصة تخضع إلى نمط حياة مختلف. إذ نشأة الالتزامات الخاصة تستوجب توفّر ظروف نصت عليها الالتزامات العامة، ولكن لا يمكن أن ينشأ بدونها أي التزام قابل للتنفيذ المباشر.

71. لقد أنشأت الفقرة الأولى من المادة 171 من القانون المدني القطري قاعدة، تكتسي، لكونها مجملة، ومع أنها ملزمة، معنى متطوراً يتجاوز المعنى الأوّلي التقليدي الموروث من الإشارة إلى رب الأسرة الصالح الذي يخضع إلى الشريعة الخاصة التي تترتب عن العقود التي أبرمها كما يخضع إلى الشريعة العامة التي تفرضها عليه الدولة¹.

72. ولئن انتهى التطور إلى الحد من سلطان الإرادة وإلى ازدياد القواعد الآمرة في مجال التعاقد، فقد بدأ الوضع يأخذ مجرى جديدا جعل الفقه يرى في الأفق اتجاها تصاعديا جديدا لفكرة العقد ومبدأ الحرية التعاقدية في ثوب جديد² أكثر نضجا وأكثر تلائما مع تعقيد الحياة المعاصرة. ولذلك لم يجد الفقه بدا من جعل أصناف العقود تتوسّع لتشمل أنواعا متنامية من عقود الخدمات التي يتراخى تنفيذها في الزمان كعقود التوزيع وعقود المناولة، فأنشأ أصنافا جديدة كعقود الوضعيات³ *Contrats de situation*، وعقود التنظيم *Contrats d'organisation*⁴، فضلا عن ظهور تمييز جديد بين العقود العلائقية *contrats relationnels* والعقود الخفية *Contrats discrets*⁵.

73. ومع أن المطلوب ليس هجرة القواعد المتعلقة بمختلف العقود والواردة في التشريعات

1 Christian ATIAS : Restaurer le droit du contrat. Recueil Dalloz 1998 p. 140 n° 12.

2 M. Vasseur: Un nouvel essor du concept contractuel. RTD. Civ. 1964. P4.

3 Michel Cabrillac, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale. Mélanges Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978 pp 238 et 239.

4 Paul Didier, Brèves notes sur le contrat-organisation, l'avenir du droit, Mélanges François Terré, Dalloz, PUF, Juris-Classeur 1999, p 635 à 642.

5 Yves-Marie Laithier, A propos de la réception du contrat relationnel en droit français. Recueil Dalloz 2006 p 1003, et surtout pp 1004 et suiv.

الخاصة إلى القانون المدني، فلا بدّ من إعادة النظر في تمييز العقود المدنية عن العقود التجارية أو عقود الأعمال لتغذية النظرية العامة للالتزام بالحلول المستحدثة التي أفرزها التطبيق الخلاق في هذه المجالات، ولإيجاد حد أدنى من التناسق بين النصوص القانونية المنظمة للعقود من خلال ردها إلى مرجعية موحدة يتم الاستناد إليها عند التفسير وعند سنّ نصوص قانونية جديدة¹. وقد نبّه الفقه إلى كون استخلاص القواعد العامة التي يعرقها الأصوليون تحت تسمية «القواعد الكلية»، يعدّ «صنعة متقدّمة جدا عند الفقهاء المسلمين في جانبها الأصولي والكلي»².

74. وهو ما يقتضي إعمال فقهاء القانون لآلية «الاستقراء المضخم induction amplifiante» الذي يقوم على التجريد والتعميم. إذ يقتضي التجريد حصر عناصر الالتقاء في مجموعة من الحلول المتباينة، كما يستوجب التعميم تجميع تلك العناصر وتنسيقها إلى أن يتم استنباط قاعدة جامعة تدرج ضمنها تلك الحلول التي كانت تبدو معزولة، على غرار كل من الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين والالتزام بالتبصير السابق لإبرام العقد، اللذان نشأ عن تعميم بعض الحلول الواردة في عقد البيع³ وعقد الإيجار وعقد المقاولة⁴.

75. ورغم أنّ أساس العقد في القانون القطري يسعى إلى تحقيق توازن عملي بين صبغة موجهة للعقد لا ينبغي أن تكون خانقة للمبادرة الفردية، وحرية تعاقدية لا ينبغي أن تنهش الطرف الضعيف؛ يقتضي تنظيم العلاقات الاقتصادية النابعة عن العقود تعميق وتجديد أسس العقد من خلال إثرائها بالمبادئ الجديدة الكامنة في بعض القوانين الخاصة.

76. ومن هذه المبادئ خاصة مبدأ أن جديداً يكملان مبدأي الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد المأخوذ من مبدأ سلطان الإرادة، ويمكّنان كلّ معاهد من إيجاد المكانة

1 محمد حمّودة، مقال أنف الذكر، ص 240.

2 أحمد بن طالب، القواعد العامة للقانون في فقه قضاء محكمة التعقيب، نشر ضمن كتاب خمسون عاما من فقه القضاء المدني، 2009.1959، تونس 2010، مركز النشر الجامعي، ص 145.

3 يرى الفقه أنّ عددا كبيرا من القواعد المتعلقة بالنظرية العامة للعقد نشأت في رحاب عقد البيع الذي يشكّل العقد الرئيسي خلال جل مراحل تطوّر الحضارة الإنسانية، وأنّ المقايضة التي سبقت البيع في الظهور لم تكن سوى معاملة بدائية لم تكن كافية لقيام الحضارة. راجع مثلا الدكتور عبد الرزاق السنهوري، العقود التي تقع على الملكية، البيع، بيروت لبنان 2000، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 34، فقرة 12
4 محمد حمّودة، مقال سابق الذكر، ص 242.

الملائمة له. وهما مبدأ المساواة التعاقدية الفعلية من جهة، ومبدأ التوازن أو التناسب العقدي من جهة أخرى.

77. إذ رغم «إصرار الحياة المعاصرة على عدم المساواة»¹، يقوم مبدأ المساواة التعاقدية الفعلية² على ضرورة أن يتّسم رضا الطرفين بذات القدر من الحرية والدراية عند إبرام العقد من خلال الالتزام بالتبصير، حتّى يكون لكلّ واحد منهما سيطرة كاملة على العناصر التي يمكن أن تؤثر على قراره³.

78. كما يتدخّل مبدأ التناسب العقدي عبر فرض التزامات بالسلامة لم يتفق حولها الأطراف، وعبر الحد من آثار بعض الشروط المجحفة بمصالح الطرف الضعيف في العقد، أو التي تحمّل أحد الأطراف بالتزامات لا تتناسب مع التصوّر العام للعقد⁴ حتّى وإن كان ذلك التحمّل تمّ بعد إبرام العقد. وهو مبدأ، لئن كان لا يهدف إلى تحقيق التساوي بين التزامات الأطراف، فهو يسعى إلى منع عدم التوازن المجحف بينهم على نحو يمكّن من «تهذيب أخلاقيات التعامل، دون تقديس لمؤسّسة العقد»⁵.

1 Georges RIPERT : Le Régime démocratique et le droit civil moderne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1936, n°49.

2 Terré et Simler : Ouvrage précité, pages 87 et 88, n° 75,

وأنظر كذلك أطروحة باللغة الفرنسية حول العقود غير المتوازنة

Victoire LASBORDES : Les contrats déséquilibrés, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000

3 راجع محمّد حمّودة، مقال أنف الذكر، ص 244.

4 راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني. ج 1. فقرة 201. وأنظر كذلك المادة 138 من القانون المدني الألماني

L'article 138 du B.G.B. dispose que « L'acte juridique contraire aux bonnes mœurs est nul. Est nul notamment celui par lequel, en profitant des embarras, de la légèreté ou de l'inexpérience d'une personne, on se fait promettre à soi ou à un tiers pour une prestation, des avantages pécuniaires qui excèdent la contre-valeur, de telle sorte que d'après les circonstances la disproportion est évidente ».

وأنظر أيضا المادة 21 من قانون الالتزامات السويسري والمادة 214 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

5 محمّد بقيق : النظرية العامة للالتزام. التصرف القانوني. مجمع الأطرش للنشر. تونس 2009. فقرة 176. ص 126.

79. وإن كان العمل بهاذين المبدئين لا ينبغي أن يفضي إلى إقحام القاضي كطرف ثالث، لكون تدخله في العقد يقضي على استقرار المعاملات. إذ بدون ذلك الاستقرار، يفقد العقد الكثير من نجاعته. فلا ينبغي، تبعاً لذلك، استبدال مساوئ الإجحاف بأحد المتعاقدين، بعدم استقرار المعاملات¹.

80. فضلا عن وجوب الإقرار ب بروز مبدأ تأصيلي جديد أفرزته الأخلاقيات الطبية ومصادقة قطر على عديد الاتفاقيات والصكوك الدولية² وهو مبدأ «صون كرامة الذات البشرية»³ الذي يجد أصلا له في القرآن الكريم⁴، والذي أصبحت المادة 16 من القانون المدني الفرنسي تأخذ به منذ تعديل سنة 1994⁵، بعد أن تمّ استخلاصه من الأحكام المتصلة بحق الجنين في الحياة⁶ وحق الطفل في الهوية والحق في التعويض عن الأضرار البدنية وتجريم ومنع استنساخ البشر والاتجار بالأعضاء البشرية والاتجار بالبشر.

81. بحيث يؤول الأخذ بهذه المبادئ الجديدة، إلى جعل كلا من العقد والمسؤولية يقوم على أسس متينة وقوية قادرة على التأقلم مع مقتضيات الحياة الاقتصادية والاجتماعية الحديثة، وقادرة بالتالي على صون دوام مكانة العقد كمصدر أساسي للالتزامات⁷ يقوم على الرضا الحرّ والعدالة التعاقدية مع النجاعة الاقتصادية والنفع الاجتماعي⁸، وعلى صون

1 J. M. Mousseron : Les principales clauses des contrats conclus entre des professionnels. P232

2 أنظر مثلا توطئة الإعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 والإعلان العالمي حول الأخلاقيات الطبية وحقوق الانسان الصادر عن منظمة اليونسكو في 19 أكتوبر 2005.

3 محمّد كمال شرف الدين، مقال أنف الذكر، ص 72.

4 يقول الله تعالى في محكم تنزيله في الآية 70 من سورة الإسراء «ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البرّ والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير من خلقنا تفضيلا» صدق الله العظيم.

5 L'article 16 du code civil français tel que modifié par la loi n°653 -1994 du 29 juillet 1994 dispose que « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie ».

6 راجع بديع بن عباس، الحماية القانونية للذات البشرية قبل الولادة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بصفاقس، تونس 2014.

7 F. Terré et Simler et Y. Lequette : Ouvrage précité, p 49 et 50 n° 45.

8 راجع حول تأسيس العقد على الرضا الحر bargain والنجاعة الاقتصادية في القانون الأمريكي:

J. S. Kraus, Philosophy of contract law, in the Oxford hand book of jurisprudence and philosophy of law, S. Shapiro and J. Coleman editions, 2002, p. 687.

مكانة المسؤولية كضامن للتعايش السلمي في مجتمع لا تفتأ قيمه تتطور.

82. وهو ما يتطلب نظرة جديدة إلى القانون المدني تقوم على نبذ كل من الهدم الكلي للقانون المدني الصادر سنة 2004 والإبقاء الكلي له لتبني منهج تطوير شكله ومضمونه لاستدراك بعض النقائص التي كشفت عنها عشر سنوات من التطبيق¹.

83. ولكن قبل كل ذلك تضلّ المحافظة على صلات متينة بين الكلية والمحكمة من أوكد الواجبات، إذ لا يمكن التسليم بكون النظريات أقرب إلى حقيقة القانون المدني القطري من تطبيق قضائي لا توليه الكلية العناية الكافية. كما لا يمكن القبول بأن يتطور التطبيق بمعزل عن الفقه، لما يشكّله ذلك من خطر مزدوج يتمثل في انزلاق الأحكام إلى التحكّم من خلال الغرق في الخصائص الواقعية لكل نزاع، وانغلاق الفقه في الاستدلالات المجردة التي تقوم على المسلمات النظرية وتنتأى عن التطبيق.

84. إن التسليم باستقرار النظرية العامة للالتزام لا يعني الجمود والتعالى القانوني الذي «يفقدها التواصل مع الواقع الذي يعيشه المتدخلون في مجال المعاملات التعاقدية»²، ويقتضي الوعي بالحقيقة المركّبة لهذه النظرية العتيقة والعتيدة التي عليها أن توجد مكانة ما للحاجة التي تنشئ الحق³ وللمصالح المشروعة التي لا بد من احترامها⁴، إلى جانب الأخذ

وراجع حول تأسيس الفقه الفرنسي للعقد على فكرتي النفع والعدالة Jacques Ghestin, *l'utile et le juste dans les contrats*, Dalloz périodique 1982, Chronique, p.1. ويرى هذا الفقيه أنه باعتبار «الوظيفة الرئيسية للعقد تكمن في كونه وسيلة لتبادل الأموال والخدمات، لا بد أن تخضع الالتزامات العقدية، على غرار بقية الالتزامات، إلى مبدأ العدالة التبادلية». راجع: Jacques Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, Paris LGDJ 1988, p 197, n° 182.

1 حمادي الرايس، مقال أنف الذكر، ص 207.

2 محمّد حمّودة، مقال أنف الذكر، ص 249.

3 Alain Sayag : *Essai sur le besoin créateur de droit*. Préface de Jean Carbonnier. Thèse Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, Bibliothèque de Droit privé, tome 94.

4 Thierry LEONARD : *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes, Un mode de résolution de conflits basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005.

André GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in *Théorie générale du droit et droit transitoire, Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, Tome

بحسن النية وبنظرية الظروف الطارئة. كما أنّ هذه النظرية مطالبة اليوم بأن تعطي لمسلماتها التي قادت خطاها منذ زمن بعيد معاني أكثر معاصرة وأكثر التصاقا بالواقع المرکّب للالتزام. وهو ما يقتضي من الفقه المعاصر إخضاع طبيعة الالتزام إلى تفكير نقدي بناءً، إذ لن يكون الفقه قادرا على تحريك المياه الراكدة للنظرية العامة للالتزام، سوى من خلال إمعان النظر في الهوة التي بدأت تتسع بين الواقع المعاصر للعقد والمسئولية وبعض الاستدلالات المجردة التي اعتاد عليها الفقه، ومن خلال الوقوف على نسبة استقرار النظرية العامة للالتزام حتى تكون أكثر التصاقا بواقع جديد لا يمكنها أن تغض عنه الطرف¹ بحجة استبقاء استقرار هو إلى الجمود أقرب، وحتى تبقى النظرية العامة للالتزام نظرية تنتظم فيها مفاهيم وقواعد ومبادئ ومنهجيات تفسير وتحليل تساعد على إيجاد الحلول العملية المتصلة بكل من العقد والمسئولية المدنية².

85. ألم يكن الفقه الإسلامي سبّاقا إلى ذلك لما جعل الحكم يدور مع علته إذ «لا يُنكر تعيّر الأحكام بتغيّر الأزمان»³ ؟ ألم يرد عن ابن قيم الجوزية قوله «من أفتى الناس بمجرد المنقول من الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأحوالهم، فقد ضلّ وأضلّ وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبّب الناس كلّهم، على اختلاف أبدانهم، بما في كتاب واحد من كتب الطب»⁴؟

86. أليس في ذلك برهان على أنّ الوسطية المطلوبة في النظرية العامة للالتزام تخرج عن كلّ من الثبات التام الذي يفضي إلى التحجّر، والتقلّب الدائم الذي يقود إلى الفوضى التشريعية، ليتجسّم في نسبة الاستقرار؟

1, Dalloz, 1961, p. 243.

1 Christian ATIAS : Restaurer le droit du contrat. Recueil Dalloz 1998 p. 141 n° 20.

2 محمّد حمّودة، مقال أنف الذكر، ص 247.

3 أنظر حول ذلك المادة 39 من مجلة الأحكام العدلية وانظر أيضا مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام. دار القلم دمشق. الطبعة الأولى 1998 فقرة 4/73. وقد أورد أنّه لو كان النصّ التشريعي معلّلا بعلة ينفيها العرف الحادث، لوجب اعتبار ذلك العرف وإن خالف النصّ باعتبار تلك المخالفة ظاهرية وغير حقيقية ما دامت علة النصّ تنتفي لوجود العرف «إذ من المقرّر في علم الأصول أنّ الحكم يدور مع علته، فيثبت عند ثبوتها وينتفي بانتفائها».

4 راجع محمد بن أبي بكر الزرعي (ابن قيم الجوزية)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، 1991، الطبعة الأولى، الجزء 3، ص 66.

