

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة وهران

كلية الحقوق

بحث لنيل شهادة " الماجستير "

نظرية البطلان في قانون الالتزامات والعقود الموريتاني

:

الدكتور العربي شحط عبد القادر

:

سيد إبراهيم ولد احمد مالك

:

- _ أستاذة تعاليم عالي _ جامعة وهران _ رئيسا -
- _ عليم عالي - جامعة وهران _
- يخاف عبد القادر _ _ جامعة وهران _
- زهدور سهلي _ أستاذ اعليم عالي _ جامعة وهران _

2009/2008 السنة الجامعية

:

تبر نظرية البطلان في القانون المدني من النظريات الهامة و
ظي قه الغربي بقسط وافر من الدراسة والأهمية ، وعلى النقيض من ذلك
لم يهتم الفقه العربي بهذا الموضوع إذا ما استثنينا النزر القليل الذين جاءت كتاباتهم مغرقة
يات وبعيدة كل البعد عن الواقع العملي ، مما جعلها ليست ذات أثر كبير في

ونظرية البطلان نظرية واسعة لها تطبيقاتها في كل فروع القانون ، ولكننا نقتصر على
دراستها بالنسبة لبطلان العقد في القانون المدني .

ونلاحظ أن القوانين القديمة لم تكن تفرد مكانا لنظرية البطلان ، بل كنا نجد القواعد
في البطلان تحتويها نصوص متناثرة

غير أن القوانين الحديثة أصبحت تهتم بهذه النظرية وتخصص لها مكانا خاصا بها ، كما
هو الشأن بالنسبة للقانون الموريتاني الذي نظم نظرية البطلان وافر لها مكانا خاصا ، وهو
: " بطلان الإلتزامات وإبطالها ")

() لكن التشريع الموريتاني كعديد من
التشريعات الأخرى لم يعرف البطلان ، بل إكتفى بذكر أسبابه وأنواعه وآثاره .

ومن خلال تتبع المسار التاريخي لنظرية البطلان يتضح أنها مرت بعدة مراحل زمنية
مرت في القانون الروماني ، حيث كانت الشكلية هي العنصر السائد في العقود وعدم
مراعاتها يعنى بطلان العقد بصرف النظر عن إرادة الأطراف المتعاقدة ، ثم تطور هذا
ديد يعطى القاصر الحق في الإسترداد أو طلب إبطال الأعمال
التي عقدها متى كان الغش والتدليس سائدين فيها ، ومن هنا أخذ التراضى طريقه إلى
العقود بدل الشكلية .

والعقد يبطل مطلقا إذا إنعدم
صبي غير مميز أو إنعدام المحل ، أو كان موجودا لكنه مخالف للنظام العام والآداب أيضا
ويبطل العقد بطلانا نسبيا أو يصبح فاسدا إذا نقضت أهلية المتعاقد او فسد رضائه لغلط
أو تدليس أو إكراه أو إستغلال

:

-

مع أن هذه الد
حظيت نظرية البطلان بعدد من الدراسات والكتابات ، كالدراسة الهامة التي قدمها
الدكتور جميل الشرقاوي سنة 1953 (نظرية بطلان التصرف القانوني)
والتي ناقش فيها الموضوع ودرسه في إطاره العام.

وكذلك الدراسة المتميزة التي قدمها الدكتور ح
1987
(نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي)
حل فيها ودرس موضوع البطلان في القانون الجزائري مقارنة له بالفقہ الإسلامي منجزا
بذلك دراسة متميزة . إلا أن موضوع البطلان في التشريع الموريتاني لم ي
ولم ينل من البحث ما يستحق ليعبر مضمونه ويحدد طبيعته ، لذلك ستكون هذه الدراسة
مستكملة للجهود السابقة في موضوع البطلان ومنطلقة منها ، دراسة للبطلان في التشريع
الموريتاني مقارنة له بنظيره الجزائري وغيره من التشريعات العربية الحديثة .

- الاختيار :

من بين المواضيع التي استغرقتني بالاهتمام المواضيع ذات الصلة ببلدي ، ولقد حز في
نفسي أن أرى أغلب المواضيع في التشريعات العربية مطروقة بالبحث والدراسة -
ذلك لم يصل إلى الحد المطلوب - والتشريع الموريتاني ما زال ينقصه الكثير من الدراسة
ح ، مما ولد في نفسي رغبة في استكمال هذا النقص .

لذلك جاءت هذه الدراسة تحقيقا لهذه الرغبة في سد هذا النقص من جهة من جهة
مد المكتبة القانونية بشكل عام والموريتانية بشك خص بمرجع يساعد المهتمين
والباحثين القانونيين .

- :

بما أن العقد هو وسيلة الأفراد لتبادل الإلتزامات ، فإذا إستوفي أركانه وشروط صحته
كان نافذا ، أما إذا تخلف ركن من الأركان فإن العقد يكون باطلا ولا يترتب الإلتزامات في
ذمة طرفيه ، و بالتالي لا يكون نافذا . وشل العقد فرضته طبيعة الأمور في صورة بطلان
القواعد التي أوجبها المشرع لتحقيق مصلحة عامة أو خاصة .

إذن فالبطلان مرتبط بالعقد ، وبالتالي فهو مجال تطبيقه ، ومن ثم تتعد عليه الدراسة في
هذا البحث .

- :

لقد تعرضت في سبيل إعداد هذا البحث لمجموعة من الصعوبات المختلفة :

ى واجهتني في هذا البحث هي قلة المراجع في موضوع
البطلان ، ذلك أن هذا الموضوع مازال يبحث بالشكل الكافي في القوانين العربية ، ولم
تقدم فيه دراسة وافية ، إذا ما إستثنينا بعض الرسائل التي قدمت فيه ، و التي كان أكثرها
لهذا الموضوع دون أن يلج إلى

هذا بشكل عام

بما أن دراستنا هذه مسقطة على التشريع الموريتاني ، فإن الصعوبات
تزداد ، ذلك أن القانون الموريتاني نتيجة لحدثة عهده لم يتلقى من الشرح والتحليل القدر
الكافي ، مما جعل الباحث فيه يضطر إلى المراجع الأجنبية للمقارنة والتقريب ، وهو ما
أخذ مني الجهد الكثير .

-الإشكالية :

سنحاول في دراستنا هذه إلقاء نظرة شاملة على نظرية البطلان ، من حيث أحكامه
وآثاره وكذلك تحديد أهميته ، بقصد تمييزه عن غيره من نظم الجزاء ، ثم تحديد أسبابه
والتعرض لتقسيمه لبيان أنواعه المستقر عليها فقها ، والمقصودة في التشريع الموريتاني
وغيره من التشريعات العربية .

ولنتناول هذه الجزئيات وغيرها مما يتعلق بنظرية البطلان ، ارتأيت تحديد إشكالية
البحث في التساؤل الأساسي والجوهري لموضوع البطلان ، و هو: ما هو الإتجاه
بين الموريتاني في إطار تقريره

ومن هذا التساؤل تتفرع التساؤلات التالية :

- الإختلاف بين هذين شرعين في إطار نظرية ا
 - هل البطلان يختلف عن الأنظمة المشابهة له وما العلاقة بينهما ؟
 - ما هي الآراء الفقهية المختلفة حول نظرية البطلان ؟.
 - ما هي أحكام البطلان والآثار المترتبة عليه ؟.
- وللإجابة على كل هذه التساؤلات قسمت البحث إلى فصل تمهيدي وثلاثة فصول
رئيسية وذلك طبقا للمنهجية التالية

فصل تمهيدي: أركان العقد وشروط صحته

:
: ماهية العقد
:
:
:
: الأهلية
: عيوب الإرادة
:

: المعايير المعتمدة فقها للتمييز بين نوعي البطلان
: موقف كل من المشرعين الموريتاني والجزائري من هذين

المعيارين

: الطبيعة القانونية للبطلان وتقسيماته

المبحث الأول الطبيعة القانونية للبطلان

: البطلان جزاء يلحق بآثار العقد

: البطلان وصف يلحق العقد وجزاء يلحق الآثار

: تقسيمات البطلان

(:التقسيم الثنائي للبطلان)

: نظرية وحدة البطلان

: التشريعين الموريتاني والجزائري

: وبعض التشريعات العربية لهذه النظرية

: البطلان والأنظمة المشابهة له وآثاره

علاقة البطلان بالأنظمة المشابهة له

:
:
:

:
: الآثار العرضية للبطلان
: الآثار الأصلية للبطلان

:
:

:
:

:
: ماهية الإجازة

:
:
:
:
:
:

مهدي:

أركان العقد و شروط صحته

و العقود عمليا بالقدر
غالبية

لم يكن المشروع الموريتاني في قانون
الكافي حي لم يربط البطلان ، و ربطه
التشريعات العربية التي تربط البطلان بالعقد.¹

(تقنين)

¹ قانون الالتزامات و العقود الموريتاني في مواد من 319 331
99 105.

البطلان بالبحث يقتضي التعرض لموضوعه الذي هو العقد بشيء من البيان و كذلك تناول أركان العقد، شروط صحته، ثم الجزء الذي يترتب على أو تخلف بعضها، لذلك سدحاول تحليل هذ

الجزاء المترتب على تخلف هذه

الأركان و الشروط أو تخلف بعضها.

:

إن دراسة أركان العقد تقتضي تبيان ماهيته أولاً، ثم تحديد صلته بالتصرف ذلك أن بعض الفقه يعرف التصرف القانوني تعريفاً خاصاً يحقق هدفه من جعله موضوع البطلان، و أخيراً تحديد الأركان اللازم توفرها في العقد لكي يوصف بهذا الوصف.

: ماهية العقد

لم يعرف المشرع الموريتاني في قانون الا

ردت في نصوصها

مسلك التقني

تعريف ه 54 بأنه) يلتزم بموجه

شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما 2 و من قراءة هذا

النص نجد أنه أسقط عبارة كاملة من الصياغة العربية له و هي عبارة "

أو عدة أشخاص آخرين " بينما جاءت الصياغة الفرنسية لهذا النص سليمة من أي

3 .

² - محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ن 1998 يتفق الفقه على اعتبار العقد هو نفسه الاتفاق دون أي تمييز بينهما أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في - دار الحياء التراث العربي، بيروت 1952. 447 1

³ - إذ جاءت هذه الصيغة كالآتي: « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

و لأن كان المشرع الموريتاني لم يعرف العقد في قانون الالتزامات و العقود، فإن الفقه المعاصر عمد إلى تعريفه بأنه " توافق إرادتان أو أكثر و تطابقها تطابقا تاما في لحظة زمنية معينة قصد إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر القانوني إنشاء الالتزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه " أو هو باختصار " توافق إرادتان أو أكثر على إنشاء أو تعديل أو إنهاء رابطة قانونية " 4.

و جوهر العقد فيما يظهر من هذا التعريف هو ارتباط الإيجاب بالقبول طالما أن ذلك كان واقعا في دائرة قانونية محددة هي دائرة القانون الخاص و بصدد معاملات مالية⁵، و لا قوام لهذا الارتباط بغير إرادتين أو عدد من الإرادات تتفق على أمر ما، و تلتزم بإعطاء أو بعمل أو بامتناع عن عمل شيء ما.

و تجدر الملاحظة إلى أن ما ذهب إليه المشرع الموريتاني من عدم تعريف العقد هو مسلك اسلم لأن التعريفات تعد من قبيل العمل الفقهي وليست من قبيل العمل التشريعي و هذا ما سارت عليه الاتجاهات الحديثة في القانون الألماني، و القانون السويسري⁶

و بناء عليه فإنه مهما تعددت الإرادات التي تنشئ العقد فإنها في النهاية تفضي إلى وجود كائن واحد جديد هو العقد لذلك يصح تعريف بوري لاكنترزي له بأنه " نتيجة اتفاق شخصين أو أكثر " 7.

:

في دراسة العقد لا بد من تحديد العلاقة بينه و بين التصرف القانوني، و بالعودة إلى الفقه لمعرفة ماهية التصرف القانوني نرى أنه يتجه اتجاهات عديدة بصدد تعريفه، إذ يرى الاتجاه الأول أن العقد هو نوع من التصرف القانوني بمعناه الضيق، بينما يرى اتجاه ثاني أن العقد هو أيضا نوع من التصرف القانوني لكن

4- أنور سلطان : المبادئ القانونية العامة طبعة 2 - دار النهضة العربية بيروت 1978 ص 267
5- عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ج 1 مصادر الالتزام ط 2 1964 بند 39 ص 151
6- كامل مرسي - شرح القانون المدني المصري الجديد ج 1 مصر 1954 بند 9 ص 20.
7- العصامي الوردي - نظرية بطلان العقود في التقين المدني الجزائري - رسالة ماجستير - 2001 ص 6.

بمعناه الواسع، و هناك اتجاه ثالث يرى أن التصرف القانوني هو إرادة منفردة بصفة دائمة.

و في ضوء كل اتجاه من هذه الاتجاهات تتحدد العلاقة بين العقد و التصرف القانوني

: العقد نوع من التصرف القانوني بمعناه الضيق.

يرى أنصار هذا الرأي أن التصرف القانوني هو: "اتجاه إرادة إلى إحداث أثر قانوني معين"⁸ و مفاد هذا التعريف أن أساس التصرف القانوني هو الإرادة المنفردة.

و تفاديا للالتباس و توضيحا لمدلول التصرف القانوني فإنه من الأجدر و الاوفق تعريف التصرف القانوني بأنه "اتجاه إرادة (أو أكثر) إلى إحداث أثر قانوني معين"، و بهذا يمكن تحديد العلاقة بين العقد و التصرف القانوني باعتبار أن العقد نوع من التصرف القانوني بالمقابلة مع النوع الآخر الذي يتمثل في الإرادة المنفردة.

و لعل هذا المنحى هو الذي سار عليه فقهاء الشريعة الإسلامية حيث قالوا بـ "أن كل عقد تصرف و العكس"⁹ و ذلك أن التصرف قد يكون عقدا و إرادة منفردة، و بهذا فإن العقد أخص من التصرف و التصرف أعم من العقد.

و قد سار على هذا الرأي الكثير من الفقهاء و بعض الأساتذة حيث يرون أن التصرف القانوني يشمل العقد و التصرف الصادر من جانب واحد، فالأستاذ محمد حسنين يرى أن مصادر الالتزام منها العقد و الإرادة المنفردة باعتبارهما نوعي التصرف القانوني¹⁰، كما أن الدكتور السنهوري يقسم التصرفات القانونية إلى

⁸ - حبار محمد : نظرية بطلان التصرف القانوني، رسالة دكتوراه 1987، جزء الأول،

⁹ - لعصامي الوردى، نظرية بطلان العقود في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير بن عكنون 2001، ص 07.

¹⁰ - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام و أحكامها في القانون المدني الجزائري، ص 10، المؤسسة الوطنية للكتاب.

تصرفات صادرة من جانب واحد (الإرادة المنفردة) و تصرفات صادرة من جانبين (العقود).11

و يرى بعض الفقه أن العقد يعتبر (أهم صورة للتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية) و مسايرة للرأي الفقهي الغالب، فالتصرف القانوني - كما سلف - هو "اتجاه إرادة أو أكثر إلى إحداث أثر قانوني معين" و هو ما يفيد بأن العقد أحد نوعي التصرف القانوني.

غير أن مشكلة هامة تثار بهذا الصدد تتمثل في إيجاد معيار يتم بموجبه تمييز التصرف القانوني الصادر من جانب واحد عن التصرف القانوني الصادر من جانبين.

و الحل الأمثل هو ما قرره بعض الفقه الفرنسي الحديث من أن ذلك المعيار يكمن في نية المتصرف بقولهم "أن نية من صدر منه التصرف هي المعيار الحقيقي الذي يمكن بمقتضاه تمييز التصرفات الصادرة من جانب واحد عن تلك الصادرة من جانبين".12 و يترتب على هذا أن التصرف الذي يقصد صاحبه عدم الالتزام به إلا إذا اقترن بتصرف آخر هو تصرف صادر عن جانبين (أي العقد) أما التصرف الذي يراد به الالتزام دون أن يقترن بتصرف آخر هو تصرف صادر عن جانب واحد.

: العقد نوع من التصرف القانوني بمعناه الواسع

يذهب أنصار هذا الاتجاه الثاني إلى أن التصرف القانوني يشمل كافة التصرفات القولية (الأقوال) أي التصرفات القانونية بالمعنى السابق، و جميع التصرفات الفعلية (الأفعال) أي الوقائع المادية.

و تأكيداً لهذا المعنى، يرى أحد أنصار هذا الاتجاه أن التصرف القانوني يشمل كل "ما يصدر عن الإنسان من قول أو عمل و يرتب عليه الشارع أثراً معيناً سواء

¹¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، بند 38، ص 143.
¹² - العصامي الوردي، المرجع السابق، ص 08.

كان ذلك متضمنا إرادة إنشاء حق أم لا، وسواء كان الأثر المترتب في صالح من صدر عنه القول أو العمل أو في صالح غيره و كان فيه ضررا له.

و ترتيبا على ذلك فإن العلاقة بين العقد و التصرف القانوني تتمثل في اعتبار العقد نوعا من التصرف القانوني، و بذلك فإن أنصار هذا الاتجاه قد سلكوا مسلك أنصار الاتجاه الأول و إن اختلفوا معهم في توسيع نطاق التصرف القانوني (بنوعيه العقد و الإرادة المنفردة) و الواقعة القانونية بوصفها شاملة للأفعال المادية بنوعيتها النافعة و الضارة.

لكن هذا التعريف يؤخذ عليه مساواته بين التصرف القانوني و الواقعة المادية على الرغم من أن الفرق بينهما جد كبير.13

: التصرف القانوني هو الإرادة المنفردة بصفة دائمة

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التصرف القانوني هو إرادة واحدة بصفة دائمة، سواء كانت هذه الإرادة وحدها أو شاركها غيرها من الإرادات في إنشاء العقد، لأن العقد سيظل محتفظا بذاتيته و إن كان سيصبح كائنا مركبا من مجموعة من التصرفات القانونية.

و بشكل أوضح فإن الإرادة حين ترتبط بغيرها فإنها لا تنوب معها، بل تظل محتفظة بكيانها المستقل رغم دخولها في بناء العقد الذي لا يعدوا أن يكون مركبا من التصرفات القانونية.

و يسترسل أنصار هذا الاتجاه في القول أن آثار التصرف لا تنسب لارتباط الإرادتين بل تبقى منسوبة إلى الإرادة التي تبقى دائما محتفظة بذاتيها¹⁴ و هم في ذلك إنما يضعون مقدمات تؤدي إلى جوهر الفكرة التي يتبنونها و التي مؤداها: أن

¹³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ج1، بند 32، ص 143.
¹⁴ - جميل الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة 1956، بند 5 حتى البند 6، ص 15.

موضوع البطلان هو التصرف القانوني لا العقد كما أن البطلان ليس أنواعا وإنما هو نوع واحد.

و وفق اتجاههم هذا، فإن العلاقة بين العقد و التصرف القانوني تتحدد من خلال أن العقد لم يعد نوعا من التصرف القانوني - كما سبق من خلال الاتجاهين السابقين - و إنما صار مركبا من التصرفات القانونية، و في رأينا فإنه لا مسوغ للقول بهذا الرأي لأنه منخرط في النظريات، كما أنه يتجافى مع المسلك الذي اتخذه قانون الالتزامات و العقود الموريتاني¹⁵ و كذلك القانون المدني الجزائري.

و في الواقع فإنه يصعب القول بأن العقد كائن حي يحمل في ثناياه كائنات حية مستقلة أخرى هي التصرفات القانونية، لذلك يمكن القول أن المسلك الذي اتخذه المشرع الموريتاني مثله في ذلك مثل المشرع الجزائري، كان مسلكا عمليا حين ابتعدا عن النظريات المغرقة في المنطق و ربطا البطلان بالعقد دون التصرف القانوني (أي الإرادة المنفردة باعتبارها من مكونات العقد) و من ثم فإن مسلك المشرعين الموريتاني و الجزائري كان أسلم في وجهة نظرنا حين تجنبنا التعقيد و الغموض اللذين وقع فيهما بعض التشريعات الأخرى.

:

قبل الدخول في تفاصيل أركان العقد يجدر بنا أن نعرف الركن إذ هو في دلالاته اللغوية يقصد به جانب الشيء القوي، و في اصطلاح الأصوليين: هو ما يكون به قوام الشيء و وجوده، بحيث يعد جزءا داخلا في ماهيته¹⁶.

و العقد له أركان لا ينعقد بدونها، بحيث إذا تخلف أي ركن منها فإن العقد لا ينشأ و لا تقوم له قائمة و هذه الأركان هي التراضي، المحل، السبب¹⁷.

¹⁵ - أحمدو ولد عبد الدايم، النظرية العامة للعقد في قانون الالتزامات و العقود الموريتاني، ط2 2005، ص 124.
¹⁶ - محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، السنة لم تذكر، ص 25،
28.

- أحمد ولد عبد الدايم، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق.
¹⁷ - عبد الهادي العطاوي، مصادر الالتزام، نظرية العقد 1983، دار النشر غير مذكورة، ص 121.

و إذا كان الرأي الراجح فقها هو أنه يجب توافر الأركان السابقة للعقد فهناك آراء فقهية ترى عكس ذلك، إذ ثمة رأي يقول أن التراضي هو الركن الأوحد للعقد،¹⁸ و هذا الرأي يتمشى و منطق نظرية وحدة البطلان.

لذلك سنرى لاحقا أن هذا الاتجاه لا يعني أن البطلان المطلق هو جزء تخلف ركن التراضي وحده، بل إنه جزء تخلف أركان أخرى متطلبة في الإرادة .

وبالإضافة إلى الأركان السابقة (التراضي، المحل، السبب) فإن هناك من العقود ما يتطلب ركني الشكلية و التسليم¹⁹، لذلك كان من اللازم إعطاء هذين الركنين مكانتهما في هذا العرض.

و بما أننا حددنا ماهية أركان العقد و أوضحنا أن المراد بالأركان تلك الأسس التي تعتبر دعامة للعقد، و أن هذه الأركان تتمثل في التراضي و المحل و السبب، و كذلك الشكلية و التسليم بالنسبة للعقود التي تطلب المشرع فيها استيفاء شكل معين أو تسليم الشيء المتفق عليه فإننا سنتناول في إيجاز الخصائص البارزة لهذه الأركان المستخلصة من أحكام قانون الالتزامات و العقود الموريتاني، و كذلك القانون المدني الجزائري لنعطي فكرة عن كل منهما و نحللها على النحو التالي:

:

يعرف الرضا بأنه اتجاه الإرادة نحو أمر معين يشترط القانون أن يكون مشروعاً، غير أن لفظ الرضا إلى جانب هذا المعنى معنى آخر يقصد به توافق الإرادتين، أو التراضي، وبهذا المعنى يقال أن العقد يتم بمجرد رضا العاقدين أو أن رضا العاقدين هو أهم ركن من أركان العقد.²⁰

¹⁸ - جميل الشراقي، مصادر الالتزام، القاهرة 1974، ص 74، و انظر كذلك عبد الهادي العطاوي، مصادر الالتزام.
¹⁹ - أنظر قانون الالتزامات و العقود الموريتاني، المواد 500 و 607 و 615، هذا فيما يتعلق بالشروط الشكلية أما فيما يتعلق بشرط التسليم فانظر كذلك نفس القانون في مواده 729 و 777 و 803 و كذلك المادة 1118، و انظر كذلك القانون المدني الجزائري في مادتيه 333 و 793.

²⁰ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد، ج 2، الطبعة الرابعة، بيروت، ص 132

و لا شك أن التراضي هو أهم ركن من أركان العقد لذلك سندرسه من خلال ثلاثة مسائل هي من الأهمية بمكان كأساس لدراسة ركن التراضي في العقد، و هذه المسائل الثلاثة هي الإرادة و اتجاهها إلى إحداث أثر معين ثم التعبير عنها.

1- :

إن قوام العقد هو الإرادة لذا يتعين أن تكون متوفرة لدى المتعاقدين وقت إبرام العقد ، و القاعدة أن لا وجود لطريقة خاصة يعبر بها عن الإرادة، بل يمكن ذلك بثتى الطرق و يلاحظ أن الإرادة شيء معنوي تختلج في نفس الإنسان فيعرفها بشعور ذاتي ينفرد به دون غيره، و لذا فإن الطابع الذاتي النفسي يضيف الكثير من الضبابية على وجود الإرادة الجادة الممكنة الإثبات، و الأصل أن الشخص له إرادة حرة و أهل للالتزام ما لم يصرح القانون بخلاف ذلك.²¹

و بالتالي فإن وجود الإرادة مؤداه أن تكون الإرادة قائمة لدى من يسعى لإبرام العقد، فإذا كانت معدومة قانونا كما لو أبرم العقد عديم الأهلية، أي شخص لم يبلغ السابعة من عمره حسب قانون الإلتزامات والعقود الموريتاني ، أو لم يبلغ الثالثة عشر من عمره حسب القانون المدني الجزائري فإن العقد يكون معدوما شأنه في ذلك شأن التصرفات التي يجريها المجنون أو المعتوه.²²

2- اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر معين:

يقصد باتجاه الإرادة نحو إحداث اثر قانوني، هو أن تتجة الإرادة إلى ترتيب آثار قانونية فإن لم تكن قد اتجهت إلى إحداث هذا الأثر كما يحدث في مجال المجاملات أو الاتفاقات التي لا تتضمن عنصر الإلزام، فإن هذه الأعمال تخرج من كنف القانون لانتفاء عنصر الإلزام فيها.

3-التعبير عند الإرادة:

²¹ - أحمد ولد عبد الدايم، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 29.
²² - حيار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 35، أنظر كذلك الدكتور عبد الهادي العطاف، نظرية العقد مرجع سابق، ص 123.

إن الإرادة لا تظهر إلا بالتعبير عنها، و للتعبير من الوسائل ما يترك للإرادة حرية اختيار ما تراه من طريق يتم به الإفصاح عنها، و لا فرق بين طريق و آخر من طرق التعبير عن الإرادة، و هذا هو الأصل في أن الشخص له أن يعبر عن إرادته بأي طريقة يرتضيها هو²³ و قد قسم الفقه طرق التعبير عن الإرادة إلى نوعين هما: التعبير الصريح و التعبير الضمني، و سنبين كل منهما .

- التعبير الصريح:

يكون التعبير عن الإرادة صريحا إما باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما قد يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقته المقصودة.²⁴

و اللفظ هو طريقة من طرق التعبير الصريح يتم بها التبادل بين المتعاقدين، فينعقد العقد بينهما، و كذلك الكتابة فقد يتم بها التبادل بين الإرادتين، كما يتم تطابقهما عن طريق الكتابة المتبادلة بينهما و بهذا ينعقد العقد أيضا، و كذلك الإشارة فهي إحدى طرق التعبير الصريح، و لكن يشترط أن تكون إشارة متداولة عرفا، أي اعتادها الناس بصورة رفعتها إلى درجة العرف، و لكل متعاقد أن يستخدم الإشارة للتعبير عن إرادته سواء كان أحرص أو غير أحرص، كما أن من وسائل التعبير الصريح عن الإرادة، اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقته المقصودة.

- التعبير الضمني:

إن التعبير الصريح دال بذاته على ما يفيد المعنى المقصود، بينما التعبير الضمني هو وسيلة يمكن بها استنباط ما تهدف إليه إرادة شخص عما يتخذه من موقف معين أو قيامه بعمل- سلبيا كان أم إيجابيا- يستشف من خلاله اتجاه إرادته إلى

²³ - عبد الهادي العطايفي، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 128، وكذلك أحمد ولد عبد الدايم، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 30.
²⁴ - حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني، ص 30، 35 و كذلك عبد الهادي العطايفي، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 128.

إحداث أثر قانوني، أي يستشف منه ما يعد تعبيراً عن إرادته و هذا هو التعبير الضمني.

و يمكننا أن نورد مثالا عن ذلك: استمرار المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار، فإن هذا يحمل في دلالاته تعبيراً عن الإرادة بغرض تجديد عقد الإيجار.

و بعد أن وضحنا طرق التعبير بشقيها الصريح و الضمني لا بأس أن نتطرق بشيء من الإيجاز للسكوت و هل له دلالة على التعبير أم لا.

و السكوت بما أنه عدم - وهذه طبيعته - فإنه لا يصلح لأن يكون وسيلة للتعبير عن الإرادة، و هذا هو الأصل من أن السكوت لا يمكن أن يكون طريقاً للتعبير عن إرادة الموجب، لكن السكوت إذا لابس من الظروف ما يكون بمثابة دليل على اعتباره قبولا، و هذا هو السكوت الملابس الذي نص قانون الالتزامات و العقود الموريتاني بقبوله إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف التي تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب،²⁵ و يعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، و اتصل الإيجاب بهذا التعامل.

ثانياً:

يقصد بالمحل في النصوص المتعلقة به محمل الالتزام، أي الأداء ذاته سواء كان في صورة القيام بعمل أو الامتناع عنه أو في صورة إعطاء شيء، أما محل العقد فيقصد به العملية القانونية المراد إجراؤها بين المتعاقدين²⁶ كالبيع أو الإيجار أو الشركة، ففي البيع على سبيل المثال نجد عدة التزامات، مما يجعل محل الالتزام عنده متعدد، و هذا كالمحافظة على الشيء و تسليمه و ضمان التعرض و الاستحقاق، و

²⁵ - المادة 46 من قانون الالتزامات و العقود الموريتاني، و كذلك المادة 98 من القانون المدني المصري، و كذلك المادة 81 من القانون المدني العراقي.

²⁶ - دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، دار العلوم، ص 38.

يشترط في المحل أن يكون معينا أو قابلا للتعين، و أن يكون موجودا أو قابلا للوجود، و أن يكون ممكنا و مشروعاً.

1- تعيين المحل أو قابليته للتعين:

يجب توافر هذا الشرط سواء كان الأداء عبارة عن القيام بعمل أو الامتناع عنه، أو كان عبارة عن شيء ما ، و الشيء المادي إما أن يكون معينا بذاته أو بنوعه فقط، و في هذه الحالة الأخيرة يجب تحديد المقدار أيضا أو وضع الأساس الذي يتم به تحديد المقدار. 27.

2- وجود المحل أو قابليته للوجود:

إن المحل إذا تمثل في شيء مادي، فإنه يجب أن يكون موجودا وقت العقد و إلا بطل نظرا لتخلف المحل، لكن ذلك لا يمنع من التعامل في الأشياء التي ستوجد في المستقبل، لكن يشترط أن يكون وجودها ممكنا.

و تجدر الملاحظة إلى أن جواز التعامل في الأشياء المستقبلية لا يبيح التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة و لو برضاه، و أي تعامل وقع فيها فهو باطل بنص القانون. 28.

3- أن يكون المحل مشروعاً:

يشترط في محل الالتزام أن يكون مشروعاً، أي مما يجيز القانون التعامل فيه، و عدم المشروعية ترتبط بفكرة النظام العام و الأخلاق ، فكل تصرف يصطدم بهما يكون غير مشروع، و هذا المصطلح (النظام العام) يعبر عن مجموعة المبادئ القانونية السائدة في دولة في فترة زمنية معينة، غرضها تحقيق مصلحة الجماعة سواء كانت تلك المصلحة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية.

²⁷ - دربال عبد الرزاق، المرجع نفسه، ص 38.
²⁸ - المادة 81 الفقرة 2 من قانون الالتزامات و العقود الموريتاني، و كذلك المادة 92 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

4- أن يكون المحل ممكنا:

و يقصد بذلك أن لا يكون المحل مستحيلا، و الاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة لا النسبية و معنى أن تكون الاستحالة مطلقة أن الالتزام لا يستطيع القيام بتنفيذه أيا كان و أيا كانت الوسائل التي يستعملها فهي استحالة على الجميع، أما الاستحالة النسبية هي أن يستحيل على مدين بعينه تنفيذ ما تعهد به، بالرغم من أن غيره قادر على الوفاء بنفس الالتزام، و في هذه الحالة الأخيرة يسأل المدين و العقد صحيح، بينما في الأولى لا ينعقد العقد أصلا لتخلف هذا الشرط في المحل.²⁹

:

يراد بالسبب باعتباره ركنا من أركان العقد طبقا للنظرية القديمة الغرض الذي ابتغاه طرفا أو أطراف العقد من وراء إجراء هذا العقد، بينما يراد به في النظرية الحديثة الباعث الدافع إلى إجرائه، و يتعين التفارقة بين سبب الالتزام و سبب العقد.

فسبب الالتزام هو الغرض المباشر المجرد الذي يقصد صاحب العقد تحقيقه من وراء التزامه، ففي عقد البيع مثلا يعتبر سبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري هو الحصول على الثمن، و يكون سبب التزام المشتري هو الحصول على المبيع، وإذا ما روعي السبب بهذا المعنى فإنه يشترط فيه أن يكون موجودا معيناً و مشروعاً³⁰، أما سبب العقد فهو الباعث الدافع لإجراء هذا العقد والمقرر في هذا الصدد أنه يشترط في هذا الباعث أن يكون مشروعاً أو غير متعارض مع النظام العام و الأخلاق الحميدة.

²⁹ - دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 41.
³⁰ - حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني، مرجع سابق، ص 37، وكذلك أحمد ولد عبد الدايم، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 75.

: الشكالية

يعتبر ركن الشكالية ركنا استثنائيا، ذلك أن المبدأ المستقر عليه حاليا هو مبدأ الرضائية في العقود³¹ أي أن الإرادة وحدها قادرة على إنشاء العقد دون الحاجة إلى أن تتخذ مظهرا خاصا.

غير أنه يلاحظ في الوقت الحديث أن الشكالية قد بدأ يتسع نطاق تدخلها، خاصة بالنسبة للعقود التي يكتسي موضوعها أهمية في الحياة الاقتصادية، كالعقود التي يكون موضوعها عقارا.

هذا و يجدر بنا التنبيه إلى أنه يتعين التمييز في هذا الصدد بين الشكالية كركن في انعقاد العقد، و الشكالية كطريقة لشهر العقد، أو كوسيلة إثبات، فالشكالية المقصودة هنا هي الشكالية المقررة لوجود العقد نفسه، كشرط التوثيق بالنسبة إلى عقد بيع العقار.³²

أما الشكالية المتخذة لشهر العقد فإنها طريقة لإعلام الغير بالعقد الذي انعقد و كذلك الشكالية المتخذة كطريقة لإثبات العقد، فهي وسيلة يعتمدها المشرع لا لقيام العقد، إذ أن العقد قائم و موجود، لكن لإثباته فقط نظرا لقيمه المالية، و من قبيل ذلك ما تطلبه المشرع الجزائري في المادة 333 ف م في فقرتها الأولى، من أنه في المواد غير التجارية "إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فإنه لا تجوز البينة في إثباته أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

³¹ - حبار محمد، مرجع سابق، ص 37 و كذلك أحمد ولد عبد الدايم مرجع سابق، ص 89.
³² - تنص المادة 500 من قانون الالتزامات و العقود الموريتاني على أنه "إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، لزم أن يجري البيع كتابة في محور ثابت التاريخ، و لا يكون له اثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون".

و عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذا المجال فإن المشرع
الموريتاني في قانون الالتزامات و العقود لم يشترط الشكلية لإثبات العقود ذات القيمة
الاقتصادية الكبيرة.33

: التسليم في العقود العينة

هناك مجموعة من العقود اشترط فيها المشرع الموريتاني بالإضافة إلى
الشروط الموضوعية آفة الذكر، أن يتم تسليم الشيء المتفق عليه فلا يكون العقد تاماً
إلا بالتسليم، مثال ذلك الرهن الحيازي الذي لا يكفي لقيامه مجرد التراضي بل يتعين
وضع الشيء المرهون و بصورة فعلية تحت تصرف الدائن المرتهن أو تحت
تصرف الغير المتفق عليه (انظر المادة 1118 قانون الالتزامات و العقود
الموريتاني)، و من العقود العينة ما لا يتم إلا بالتسليم الفعلي كالوديعة، و إعاره
الاستعمال و إعاره الاستهلاك أو القرض. انظر المواد 729 و 777 و 803 من
قانون الالتزامات و العقود الموريتاني.

:

لا يكفي لقيام العقد توافر الأركان السابقة من تراضي و محل و سبب أو
تشكيلة وفق الصيغ السالف بيانها، بل لا بد من توافر شروط أخرى في العقد، تتمثل
هذه الشروط في ضرورة أن يكون العقد قد أبرم من شخص كامل الأهلية، و أن
تكون إرادته خالية من العيوب التي قد تشوبها، و التي تتمثل في الغلط و التدليس و
الإكراه و الاستغلال.

: الأهلية

تعرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات،
و مباشرة ما يترتب عن ذلك من تصرفات قانونية³⁴، فالأهلية بهذا لا تعدو أن ترتب

³³ - أحمد ولد عبد الدايم، مرجع سابق، ص 88.

³⁴ - أحمدو ولد عبد الدايم، النظرية العامة للعقد، نفس المرجع، ص 90.

حقوقاً أو تحمل التزامات في الذمة المالية للمتمتع بها، فهي يراد بها أن تكون للشخص أهلية القيام بالعقد أي أن يكون كاملها، فإن كان ناقصها فإننا - حينئذ - تكون بصدد نقص الأهلية، أي أن الإرادة تكون موجودة غير أنها تعتبر قاصرة في نظر القانون مما يجعل العقد مريضاً، و من ثم يبقى مهدداً من حيث الوجود و المصير³⁵، أما إذا كان الشخص عديم الأهلية فإن العقد على خلاف ذلك لا تقوم له قائمة.

: عيوب الإرادة

لقد أوضحنا فيما سبق ضرورة التراضي كركن أساسي في العقد، و التراضي لكي يكون كذلك يجب أن يكون صحيحاً، و صحته تقتضي صدوره من ذي أهلية متمتع بإرادة خالية من العيوب، و غياب أي من هذه الضوابط يجعل العقد قابلاً للإبطال، و هذا ما يحتم علينا التعرض لعيوب الإرادة³⁶، و التي هي: الغلط و التدليس و الإكراه و الغبن.³⁷

:

و يعرف الغلط بأنه "اعتقاد يخالف الحقيقة يتولد في ذهن الشخص فيحمله على التعاقد، و ما كان ليتعاقد لو علم بالحقيقة"³⁸، يتضح من خلال هذا التعريف أن الغلط هو عدم تطابق الإرادة الحقيقية مع تلك المصرح بها، فضحيته يقوم لديه تصور مغلوط في ظله يبرم عقداً ما كان ليبرمه لو وقف على حقيقة الأمر، فهو بذلك يصيب الإرادة لحظة إبرام العقد فيوجهها وجهة تخالف الحقيقة الواقعية، مثال ذلك أن يشتري شخص نظارات على أساس أن إطارها مكون من ذهب، فإذا به في الحقيقة مكون من نحاس.

³⁵ حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني، مرجع سابق، ص 39.
³⁶ من الفقهاء من يستعمل بدل عيوب الإرادة عيوب الرضا، و ذلك ليس بالدقيق في نظرنا لأن استعمال هذه العبارة الأخيرة من شأنه أن يوقع في اللبس و الإبهام من أنها عيوب تلحق الإرادة التعاقدية فحسب، و الواقع أنه يمكن أن تلحق التصرفات الناشئة عن الإرادة المنفردة كالوصية و غيرها، و عليه فإننا نفضل عبارة عيوب الإرادة التي تشير بوضوح إلى أن هذه العيوب تعترى التصرف الإرادي بغض النظر عن مصدره، عقداً كان أو إرادة منفردة.
³⁷ قانون الالتزامات و العقود الموريتاني، المادة 60 و ما بعدها و انظر كذلك القانون المدني الجزائري، المادة 81 و ما يليها.
³⁸ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دارهومة، ص 13. و انظر كذلك الأستاذ محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، المطبعة الرسمية التونسية 1980، ص 41.

: التدليس

يعرف التدليس بأنه تضليل العاقد باستعمال وسائل احتيالية تدفعه إلى التعاقد، بحيث لولاه لما رضي بالتعاقد، أو هو استعمال طرق احتيالية بقصد إيهام المتعاقد بأمر يخالف الواقع وجره بذلك إلى التعاقد.³⁹

يتضح من هذا التعريف أن التدليس هو استعمال طرق احتيالية بغية إيقاع الطرف الآخر في الغلط، و قد تكون هذه الطرق الاحتيالية نتيجة فعل من هو طرف في العقد نفسه، كأن ينتحل شخص صفة تدفع الآخر إلى التعاقد معه في حين أنه لم تكن له هذه الصفة، كما قد يكون حاصلًا من الغير كأن يوهم شخص ثالث أحد طرفي العقد بأن المتعاقد معه أهل للقيام بعمل ما مع أنه ليس أهلاً لذلك.

و من ما تقدم تتبين لنا الصلة بين التدليس و الغلط: فالوهم هو الأثر الدافع إلى التعاقد في كل منهما.

:

الأصل أن الشخص حر في إبرام العقد طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة لكن قد يتعرض لضغط يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد خشية الأذى و هذا هو الإكراه الذي يمكن تعريفه بأنه "إجبار شخص شخصاً آخر بدون حق على أن يعمل عملاً بدون رضاه"⁴⁰ كما يمكن تعريفه بأنه "عبارة عن وسائل الشدة و التخويف التي يمارسها شخص ضد شخص آخر لإلزامه كرهاً على الرضا بالعقد، و التي تولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد خشية الأذى"⁴¹ فالإكراه إذاً هو تعاقد تحت سلطان الرهبة التي تتولد تحت تأثير الشعور بجدية التهديد بالخطر، فالإكراه يمس الإرادة

³⁹ انظر في ذلك كله:

- أحمد ولد عبد الدايم، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 107 ، و كذلك محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، المطبعة الرسمية التونسية 1980، مرجع سابق، ص 53.

- محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة، مرجع سابق، ص 40-41.

⁴⁰ - المادة 66 من قانون الالتزامات و العقود الموريتاني.

⁴¹ - السنهوري، الوسيط ج1، المرجع السابق، ص 334 ، و كذلك محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مرجع سابق، ص 49.

في أهم مرتكزاتها المتمثل في القدرة على الاختيار و حريته، إذ لا يرغب المكره في التعاقد و إنما تدفعه الرهبة التي تترتب على الإكراه إلى ذلك.

42 :

من أهم متطلبات العدالة التناسب المطلق بين ما يحصل عليه كل طرف و ما يلتزم به، و إذا كانت فكرة العقد - باعتباره أداة فردية للتعامل - تتيح لكل طرف حرية استخدامه وفق تقديره الذاتي لمصالحه و ظروفه، لذا كان المبدأ في العلاقات العقدية وفقاً لمذهب سلطان الإرادة اعتداد المشرع بما أدت إليه اتفاقات الطرفين، بغض النظر عن التعادل الفعلي بين الحقوق و الالتزامات الناتجة عن ذلك، شرط أن لا يصل ذلك حد استغلال أحد المتعاقدين ظروف الآخر، متى كان شأنها حمله على قبول التعاقد رغم الاختلال في الادعاءات أو الغبن الجسيم.

فالغبن إذا هو التفاوت و انتفاء التوازن لحظة إبرام العقد بين ما يعطيه أحد أطراف العقد و ما يأخذه مقابلاً لذلك، أو هو استغلال أحد المتعاقدين في الآخر حالة ضعف في أمر من الأمور بحيث يحجب عنه هذا الضعف ملكة الموازنة و التبصر، فينتهز المتعاقد معه هذه الفرصة و يجره إلى إبرام عقد ينتج عنه لحوق غبن به، ما كان ليقدم على إبرامه لولا هذا الاستغلال.⁴³

: حالة المرض و الحالات الأخرى المشابهة

لقد نص المشرع الموريتاني على حالة خامسة من حالات عيوب الإرادة حيث نص في المادة 74 من قانون الالتزامات و العقود⁴⁴، على أنه إذا كانت أسباب

⁴² - يلاحظ أن المشرع الموريتاني عبر عن هذا العيب من عيوب الإرادة (الاستغلال) بالغبن، و بذلك يكون قد عبر عن الاستغلال بالنتيجة التي تحصل عنه، إذ أن نتيجة الاستغلال هي الغبن و التفاوت الذي ينتج عنه بين المتعاقدين.

⁴³ - محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة، مرجع سابق، ص 91.

⁴⁴ - نص المادة 74 هو "أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض و الحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القاضي".

الإبطال مبنية على حالة المرض و الحالات الأخرى المشابهة يكون ذلك متروك لتقدير القاضي، و يثير نص المادة 74 جملة من الملاحظات، فهو مأخوذ حرفيا من المادة 54 من قانون الالتزامات و العقود المغربي المنقولة عن المادة 59 من قانون الالتزامات و العقود التونسي مع بعض التحريف اللفظي، و يكتنفه الغموض بالنظر إلى أنه لم يعرف المفاهيم التي أورد، فلا هو نص على تعريف لحالة المرض 45 و لا على الحالات المشابهة، فألقى المشرع عبء فهم هذه النصوص القانونية و أعمال مقتضياتها على القاضي.

و تتعلق حالة المرض بكل مرض بغض النظر عما إذا أفضى إلى الموت أم لم يفضي إليها متى كان من شأنه أن يؤثر و بصورة ملموسة على قدرة المريض على التمييز و حرية الاختيار.

و تتمثل حالة المرض في الأمراض جميعها بغض النظر عما إذا كانت عضوية أم نفسية 46 و يمكن أن تعتبر حالات مشابهة لحالة المرض حالة البلادة و البلاهة و الشيخوخة و حالات الاكتئاب و الانفصال العصبي الحاد و غير ذلك، فحين يثبت المريض و على النحو المقدم أنه أبرم عقد تحت تأثير المرض أو حالة مشابهة له يكون له حق إبطال العقد الذي أبرم.

على أن تقدير ذلك متروك لسلطة قاضي الموضوع التقديرية وفقا لأحكام المادة 74 من قانون الالتزامات و العقود الموريتاني.

و يجدر التنبيه إلى أن هذه الحالة من عيوب الإرادة (حالة المرض) التي نص عليها المشرع الموريتاني لم يشر إليها القانون الجزائري في القانون المدني، و لم

⁴⁵ - و هذا أمر يلقي بالمسؤولية على القضاء في الاضطلاع بهذا الدور و لا وجود حسب علمنا لمحاولة قضائية في فحوى هذا النص، من أجل ذلك نورد مقتضيات حكم لمحكمة الاستئناف بمراكش (المغرب) أورده الأستاذ أحمد ولد عبد الدايم في النظرية العامة للعقد، ص 122.

و قد بين هذا الحكم أن الطاعنة و في سبيل إثبات أن مورثها كان في حالة مرض و من أجل هذا باع شقته بثمن أقل من ثمنها، تقدمت بشهادة طبية مثبتة أنه كان من مرضى القلب، و قد أبرم العقد تحت تأثير تلك الحالة، و عمدت المحكمة إلى أن حالة المرض لا يشترط لإعمالها أن يكون المرض نفسيا، بل يكفي أن يكون قد أثر على القدرة على الاختيار و موازنة الأمور و لولاه لما تم العقد.

⁴⁶ - أحمد ولد عبد الدايم، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 123.

ينص على أنها حالة تعيب الإرادة، و بذلك فإن المشرع الموريتاني كان متأثرا في هذا الجانب بالمشرع المغربي و كذلك المشرع التونسي.

: جزء تخلف أركان العقد و شروط صحته:

لقد تناولنا فيما سبق النظرية العامة لأركان العقد و شروط صحته ، و بينا أن العقد لا يقوم إلا بتضافر أركان ثلاثة (التراضي- المحل- السبب) يضاف إليهم الشكل و التسليم في العقود الشكلية و العينية ، و وضحنا أن توفر هذه الأركان لا يكفي لقيام العقد، و إنما يتعين أن تتضافر فيه شروط صحة تقتضي صدوره من شخص تتوفر فيه الأهلية اللازمة، متمتعا بإرادة غير مشوبة بعيب من العيوب التي قد تفسدها.

لذلك سنتناول في هذا المبحث حكم كل من قانون الالتزامات و العقود الموريتاني و القانون المدني الجزائري فيما يتعلق بالجزاء المترتب على تخلف هذه الأركان و الشروط.

و قد نص المشرع الموريتاني على أن جزء تخلف أي ركن من أركان العقد هو البطلان، بيد أن جزء تخلف أي شرط من شروط الصحة هو قابلية العقد للإبطال. و قد أقر المشرع الموريتاني ذلك فاعتد في المادة 319 و ما بعدها بنظام البطلان، و في المادة 324 و ما بعدها بالإبطال⁴⁷ و هو نفس المنهج الذي سار عليه

⁴⁷ - لقد بينت المواد من 319 إل 331 ق.إع. الموريتاني نوعي البطلان و مدة سقوط الحق في إبطال العقد و كذلك أثر البطلان المطلق و مدة سقوط دعواه على النحو التالي:

319: الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر، إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له. و يكون الالتزام باطلا بقوة القانون:

1- إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه.
2- إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه.

320: بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الالتزامات التابعة ما لم يظهر العكس في القانون أو من طبيعة الالتزام التابع، بطلان الالتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الالتزام الأصلي.

321: بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه إلا إذا أمكن شرعا لهذا الالتزام أن يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان، و في هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائما باعتباره عقدا متميزا عن العقد الأصلي.

322: إذا بطل الالتزام باعتباره ذاته، و كان به من الشروط ما يصح به التزم آخر، جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير.

323: إجازة الالتزام الباطل بقوة القانون أو التصديق عليه لا يكون لهما أدنى أثر.

324: يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في المواد 25 و 59 و 75 و 76 من هذا الأمر القانوني و في الحالات الأخرى التي يحددها القانون، و تتقادم هذه الدعوى بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجلا مخالفا، و لا يكون لهذا التقادم محل إلا بين من كانوا أطرافا في العقد.

325: لا يبدأ سريان مدة التقادم المذكورة في الحالة الإكراه إلا من يوم زواله، و لا في حالة الغلط و التدليس إلا من يوم اكتشافهما أما بالنسبة إلى التصرفات المبرمة من القاصرين فمن يوم بلوغهم سن الرشد و بالنسبة إلى التصرفات المبرمة من المحجور عليهم و

المشرع الجزائري حيث اعتبر الجزاء المترتب على تخلف أركان العقد أو شروط صحته هو البطلان و الإبطال، و نص على ذلك في المواد من 99 إلى 105 مدني جزائري.

و يتضح من خلال النصوص التشريعية المذكورة في المواد السابقة أن المشرع الموريتاني قد تبنى التقسيم الثنائي للبطلان مثله في ذلك مثل المشرع الجزائري، دون أن يأخذ بنظرية وحدة البطلان أو نظرية الانعدام.

و في هذا الصدد يثار التساؤل حول المعيار الذي يمكن بمقتضاه التمييز بين البطلان المطلق و البطلان النسبي، و سعيا من الفقه إلى حل إشكال التفرقة بين نوعي البطلان فقد درج على اعتماد معايير معينة في هذا الشأن سنقوم بتوضيحها أولا على أن نبين بعد ذلك موقف كل من المشرعين الموريتاني و الجزائري بهذا الصدد.

: المعايير المعتمدة فقها للتمييز بين نوعي البطلان

انقسم الفقه في اتجاه وضع معايير يمكن من خلالها التفرقة بين نوعي البطلان إلى فريقين يرى أولهما أن المعيار الذي يمكن اعتماده للتفرقة بين البطلان المطلق و البطلان النسبي يكمن في المصلحة، أما ثانيهما فيرى أن انعدام أحد أركان العقد أو كلها أو فساد الرضا هو مناط التفرقة بينهما.

ناقصي الأهلية فمن يوم رفع الحجر عنهم أن من يوم وفاتهم في ما يتعلق بورثتهم إذا مات ناقصو الأهلية و هم على هذه الحالة، و في حالة الغبن المتعلقة بالراشدين فمن يوم وضع اليد على الشيء محل العقد.

326: تنقل دعوى الإبطال إلى الورثة في ما بقي لمورثهم من مدتها، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بانقضاء التقادم أو بمدته.

327: تنتضي دعوى الإبطال بالتقادم في جميع الحالات بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد.

328: يسوغ التمسك بالدفع بالبطلان لمن ترفع عليه الدعوى بتنفيذ الاتفاق في جميع الحالات التي يمكنه فيها هو نفسه أن يباشر دعوى الإبطال، ولا يخضع هذا الإبطال للتقادم المقرر في المواد 324 و 327 السابقة.

329: يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس و مثل الحالة التي كان عليها وقت نشأته و التزام كل منهما بان يرد للأخر كل ما أخذه منه بمقتضى أو نتيجة العقد الذي تقرر إبطاله، و تطبيق بشأن الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير الحسن النية، الأحكام الخاصة المقررة لمختلف العقود المسماة.

330: الالتزام الذي يخول القانون دعوى إبطاله لا تصح إجازته و لا التصديق عليه إلا إذا تضمن بيان جوهر الالتزام و الإشارة إلى سبب قابليته للإبطال، و التصريح بالرغبة في إصلاح العيب الذي كان من شأنه أن يؤدي إلى الإبطال.

331: إذا لم تحصل الإجازة أو التصديق صراحة، يكفي أن ينفذ طوعا كليا أو جزئيا الالتزام القابل للإبطال ممن كان على بينة من عيوبه بعد الوقت الذي يمكن له إجازته أو التصديق عليه بوجه صحيح.

: المصلحة هي مناط التفرقة بين البطلان المطلق و البطلان

النسبي

يرى أنصار هذا الرأي أن معيار التفرقة بين نوعي البطلان يتمثل في نوع المصلحة، فمثلا إن كانت قواعد البطلان تحمي مصلحة خاصة هي مصلحة المتصرف صاحب الإرادة المعنية، كان العقد باطلا بطلانا نسبيا، أما إذا كانت قواعد البطلان تسعى إلى حماية المصلحة العامة باعتبارها مصلحة عليا تغلو على المصالح الخاصة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا. و ينتقد هذا المعيار على أساس أنه تصعب به التفرقة، كما لا يمكننا بمقتضاه وضع حد فاصل بين نوعي المصلحتين، لأن فكرة المصلحة فكرة مرنة متطورة تختلف باختلاف الزمان و المكان.48

: معيار التفرقة بين نوعي البطلان هو انعدام أحد أركان العقد أو

كلها أو فساد الرضا

يرى أصحاب هذا الفريق الثاني من الفقه أن معيار التمييز بين البطلان المطلق و البطلان النسبي يتمثل في انعدام أحد أركان العقد أو كلها أو فساد الرضا، فإذا تخلف مثلا أحد أركان العقد أو تخلفت كلها (التراضي، المحل، السبب، التشكيلة بالنسبة للعقود الشكلية - التسليم بالنسبة للعقود العينية) فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا، أما إذا كان الرضا معيبا (إما لنقص الأهلية أو لعيب في الرضا) فإن العقد يكون قابلا للإبطال.49

و يتضح من خلال هذا المعيار الأخير أنه أكثر وضوحا من معيار المصلحة، و بالتالي هو الأسلم حسب وجهة نظرنا و الأكثر ملائمة للتفرقة بين نوعي البطلان لأنه معيار ملموس يمكن بمقتضاه وضع حد فاصل بين البطلان المطلق و البطلان النسبي.

48- العصامي الموردي، رسالة ماجستير، مرجع سبق ذكره، 1 200 ص 16.
49- عبد الرزاق السنهور / الوسيط، مرجع سابق ج1، ص 540 - 541.

: موقف كل من المشرع الموريتاني و المشرع الجزائري من

هذين المعيارين:

سنتعرض أولا لتوضيح موقف المشرع الموريتاني من هذين المعيارين و على أيهما يعتمد ثم نتبع ذلك بتوضيح موقف المشرع الجزائري منهما و سنتناول ذلك كله بشيء من الإيجاز على النحو التالي:

: موقف المشرع الموريتاني من هذين المعيارين

يتضح من خلال نصوص قانون الالتزامات و العقود الموريتاني و المتعلقة بالبطالان أنه اعتد بالمعيار الثاني (أي المعيار الذي يرى أن مناط التفرقة بين نوعي البطلان هو انعدام أحد أركان العقد أو كلها أو فساد الرضا)، إذ أفاد صراحة من خلال نصوص المواد : 59 و 75 و 76 أن البطلان النسبي و الذي عبر عنه بالإبطال هو الجزاء أو الصفة التي قد تلحق العقد نتيجة تخلف شروط صحة الرضا فالمشرع الموريتاني نص صراحة في المادة 59 على أنه (يكون قابلا للإبطال الرضا الصادر عن غلط أو الناتج عن تدليس أو المنتزع بإكراه)، و هو بذلك يكون قد ربط الإبطال أو البطلان النسبي بتخلف شروط صحة الرضا، كما قد ربط البطلان المطلق بتخلف أو انعدام أركان العقد و بالتالي فهو اعتمد على المعيار الثاني في التفرقة بين نوعي البطلان.

: موقف المشرع الجزائري من هذين المعيارين

إذا عدنا لمراجعة نصوص القانون المدني الجزائري يتبين لنا أنه قد اعتد أيضا بالمعيار الثاني شأنه في ذلك شأن المشرع الموريتاني، إذ أفاد ضمنا أن البطلان النسبي هو الجزاء المترتب على تخلف صحة الرضا.50

و دليل ذلك أنه بعد أن تعرض في الفقرة الأولى من المادة 101 لمدة تقادم الحق في إبطال العقد، حدد في الفقرة الثانية وقت سريان هذه المدة بالنسبة للغلط و

⁵⁰ - العصامي الوردي، بطلان العقد، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 16.

التدليس و الإكراه متبعا نفس الطريقة التي نهجها في نص المادة 90 بصدد حديثه عن الاستغلال و هو ما يدل دلالة واضحة على أن المشرع قد قصد البطلان النسبي دون البطلان المطلق.

كما أن المشرع الجزائري قد أفاد من ناحية أخرى أن البطلان المطلق يعتبر مترتبا على تخلف أحد أركان العقد أو كلها، و إن لم يربطه بأحكام خاصة تحت عنوان مستقل، بل ورد النص عليه في نصوص متفرقة يعالج كل منها حالة معينة، و من هذا القبيل ما ورد النص عليه في المادة 93 مدني جزائري من أنه "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا" حيث رتب المشرع على استحالة المحل عدم قيام ركن من أركان العقد، و من ثم اعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا.

: مقارنة بين التشريع الموريتاني و التشريع الجزائري في نظرتهم لأركان العقد و شروط صحته و الجزاء المترتب على تخلف هذه الأركان و الشروط

يتضح من خلال ما سبق من مراجعة لنصوص قانون الالتزامات و العقود الموريتاني، و القانون المدني الجزائري أنهما يتفقان بصفة تكاد تكون كاملة في عرضهما لأركان العقد و شروط صحته. إلا أنه مع هذا الاتفاق توجد هناك بعض الفروق الشكلية و هي:

1-الاختلاف في التسميات و المصطلحات مثال ذلك أن المشرع الموريتاني في تعداده لعيوب الإرادة (الغلط، التدليس، الإكراه، الغبن) عبر عن العيب الرابع بالغبن في الوقت الذي عبر عنه المشرع الجزائري بالاستغلال و هو اختلاف كما ذكرت شكلي لأن المعنى واحد، فالمشرع الموريتاني عبر عن الاستغلال بالنتيجة التي تحصل عنه إذ أن نتيجة الاستغلال هي الغبن الذي يقع على الطرف المستغل.

2-الاختلاف الثاني هو أن المشرع الجزائري حصر أركان العقد في: التراضي، المحل، السبب، والشكل في العقود التي تشترط فيها الشكلية، في نفس الوقت الذي زاد المشرع الموريتاني على هذه الأركان الأربعة ركنا خامسا هو التسليم في العقود العينية مثل الرهن و الإعارة.

3-الفرق الثالث هو أن المشرع الجزائري عبر عن أركان العقد بشروط انعقاد العقد، فسمى الأركان شروطا و هو بذلك خالف النهج المتعارف عليه فقها في التفرقة بين أركان العقد و شروطه، و هذا هو النهج الذي سار عليه نظيره الموريتاني حيث سمى الأركان التي لا يقوم العقد بدونها أركانا، و سمى شروط صحة العقد شروطا. و هو في ذلك تبعا لأغلب التشريعات العربية.

هذه هي أهم الفروق التي يمكن الخروج بها من خلال المقارنة بين التشريعين.

و خلاصة ما تقدم أن أركان العقد هي تلك الأركان التي لا يقوم العقد بدونها فإذا تخلفت أو تخلف بعضها كان الجزاء هو البطلان المطلق، أما شروط الصحة التي تتمثل في كمال أهلية المتعاقدين، و خلو إرادتهما من عيب يلحقها فإنها إذا تخلفت أو تخلف بعضها أصبح العقد قابلا للإبطال.

:

الطبيعة القانونية للبطان وتقسيماته

سنتناول هذا الفصل في مبحثين، نخصص الأول منهما للطبيعة القانونية للبطلان من خلال الآراء التي تحدثت عنها، ثم نخصص المبحث الثاني للتقسيمات التي أوجدها الفقه للبطلان، وذلك فيما يلي:

: الطبيعة القانونية للبطلان

من خلال تعريفات البطلان التي سبقت الإشارة إليها، سنحدد طبيعته القانونية من خلال تناول الآراء التي تحدثت عنها، على النحو التالي:

جزء يلحق بآثار العقد

:

يذهب أنصار هذا الرأي⁵¹ إلى أن التصرف القانوني مجرد حيلة خيالية وليس بكائن قائم له وجود قانوني، والعبرة هي الآثار التي يترتبها التصرف القانوني. فهي التي يحسب حسابها، وهي التي يلحقها جزاء البطلان. فالتصرف القانوني عندهم

⁵¹ وهم جايبو، لينتسكو، جودمييه، وبيرتراند كرستيان، وقد وردت آراء هؤلاء تفصيلا في رسالة الدكتور جميل الشرفاوي، نظرية البطلان، مرجع سابق، 1953، ص 53 وما بعدها.
ومن الفقه الفرنسي من يرى أيضا أن البطلان مجرد جزاء، فمثلا جوسران يرى بأن البطلان هو جزاء عدم اجتماع الشروط المطلوبة لصحة التصرف القانوني، أنظر هذا الرأي في كتاب: عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة.

مجرد نظام قانوني، يخدم غايات الأفراد في نطاق مصلحة الجماعة، والحيلة القانونية مجرد وسيلة لتحقيق غاية معينة، هي ترتيب الآثار المرغوبة من الأفراد.

فيرى أصحاب هذا الرأي أن البطلان جزاء قانوني لا يلحق إلا آثار العقد ولا يلحق العقد ذاته لإنكارهم له، حيث يرون عدم وجوده قانونا حتى يلحقه الجزاء، فالعقد القانوني عندهم ليس له قيمة في ذاته، والقيمة هي الآثار التي يرتبها تنفذه بين المتعاقدين.

ومن هذا المنطلق فالبطلان ليس بصفة تلحق العقد، فيوصف بأنه عقد باطل بل جزاء يلحق بآثار العقد المعيب فيشلها، ويفقدها فاعليتها.

وقد انتقد جميل الشرقاوي هذا الرأي⁵² ورأى أن التصرف القانوني موجود شأنه في ذلك شأن الكائنات الأخرى، وإن كان مجرد كائن قانوني ينعقد وتبعث فيه الحياة القانونية، إذا استجمع أركان انعقاده التي نظمها القانون.

ويري الدكتور الشرقاوي أن إنكار وجود التصرف يتنافى مع مبادئ الصناعة القانونية المتفق عليها فقها وقضاء.

فإذا كانت الآثار القانونية للتصرف مجرد نتيجة أو غاية فلا بد لها من وسيلة تؤدي إليها، وهذه الوسيلة هي التصرف القانوني، وطالما وجدت الآثار وجد التصرف الذي يبعثها إلى الوجود، ككائن عضوي قائم بذاته.

ويحلل الدكتور جميل الشرقاوي سبب إنكار أصحاب هذا الرأي لفكرة التصرف القانوني أنهم لا يعترفون بالانعدام كمرحلة قصوى للبطلان، أو أنهم لا يعترفون بالتقسيم الثلاثي للبطلان : كانعدام وبطلان مطلق وبطلان نسبي، ويركزون فكرهم على الآثار فقط، ولكن لا يتطلب - حسب الشرقاوي - عدم اعتناق فكرة الانعدام أن ننكر وجود التصرف القانوني، إذ يمكن الوصول إلى نفس النتيجة دون حاجة إلى جحد فكرة التصرف بالقول أن التصرف أما موجود قانونا مكتملا لشروط قيامه وصحته فهو صحيح، و إما أنه غير موجود لتخلف ركن أو أكثر من أركانه فهو باطل.

:البطلان وصف يلحق بالعقد وجزاء يلحق بالآثار

⁵² جميل الشرقاوي، الرسالة، المرجع السابق، ص 58 وما بعدها.

ذهب أوبري ورو "في تعريفهما للبطلان بأنه : ((عدم الصحة أو عدم النفاذ الذي يلحق تصرفا لمخالفته لأمر أو نهى من القانون.))

ويأخذ الدكتور جميل الشرقاوي على هذا التعريف عدم الدقة والقصور. ذلك أنه يجعل البطلان إما أن يكون "عدم صحة" أو "عدم نفاذ" بالخيار بين أي من الكلمتين، أي يستوي التصريف بين معنى كل منهما، وبين معناهما معا، ومعنى البطلان، فلفظ عدم الصحة يعني بالضبط البطلان، ولا فرق بينهما، ولذا فإنها لا تفيد أي إيضاح لمعنى البطلان إذا استعملت في تعريفه بل تحتاج - مثل البطلان - للتوضيح.

فيقال تصرف باطل أي تصرف غير صحيح، أما الثانية فتلحق بآثار التصرف، فيقال الآثار لا تلزم الطرفين ولا تنفذ في حقهما، فصفة عدم النفاذ تلحق بأمر خارج العقد هو آثاره، أما عدم الصحة فيلحق العقد من الداخل أي تلحقه في ذاته.53

من أجل هذا النقد اتجه الرأي في الفقه الفرنسي54 إلى أن البطلان صفة تلحق بالتصرف القانوني المعيب ذاته وبالتالي فالبطلان حالة يكون عليها التصرف المعيب لخلل لحقه بسبب مخالفة النصوص القانونية المنظمة لإنشائه.

وملخص هذا الرأي هو أن الوصول إلى الغاية من البطلان وهي عدم نفاذ التصرف أو شل فاعليته لا يمكن إلا عن طريق الوسيلة المؤدية إليها، وهي التصرف القانوني الذي يجب وصفه بالبطلان كمرحلة أولى، أما المرحلة الثانية فهي توقيع الجزاء، بشل فاعلية الآثار وإعدام القوة الملزمة للعقد.

وحسب رأينا فإن ما ذهب إليه الدكتور جميل الشرقاوي، ويوافقه فيه - عبد الحكم فوده - هو الصحيح وبالتالي نتفق معهما في أن البطلان وصف يلحق التصرف المعيب، غايته تحقيق جزاء معين، هو شل آثار التصرف القانوني، فالصفة التي ينعت بها التصرف المعيب هي السبب في ترتيب الجزاء وتوقيعه، وهذا الجزاء القانوني يتضمن شل فاعلية العقد، ومنعه من ترتيب آثاره، فإذا ترتبت فهي غير نافذة، وبذلك يفقد العقد قوته الملزمة، وهذه النتيجة أمر خارج عن الصفة التي لحقت بذات التصرف القانوني.

⁵³ عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط2، دار الفكر، 1999، ص 24.

⁵⁴ ابلانيول دربير وإسحاق وكنسينو، مشار إليهم في مؤلف د. جميل الشرقاوي، الرسالة، ص 66، هامش رقم

: تقسيمات البطلان

تبنى قانون الالتزامات والعقود الموريتاني تقسيما ثنائيا للبطلان، متبعا في ذلك - غالبية التشريعات الحديثة - مثل القانون المدني المصري التي تبنى نفس التقسيم الثنائي للبطلان، وقبل أن تمضي على تطبيقه خمس سنوات ظهر رأي فقهي سنة 1953 في مصر ينادي بوحدة البطلان، وقد جاء أيضا القانون المدني الجزائري مقتفيا أثر القانون المصري في الأخذ بالتقسيم الثنائي. وللوقوف على الإتجاه الذي انتهجه المشرع الموريتاني وكذلك الجزائري في تبنيهما للتقسيم الثنائي. سنعرض لكلا من التقسيم الثنائي ونظرية وحدة البطلان وذلك على النحو التالي :

: التقسيم الثنائي للبطلان : (البطلان المطلق والبطلان النسبي)

اهتم الفقه بمسألة البطلان، وحظيت عنده بعناية خاصة، وفي إطار عناية الفقه هذه بمسألة البطلان اتجه اتجاهات متعددة، فهناك من قال بالتقسيم الثنائي للبطلان، وهناك من أضاف نظرية الانعدام، في حين أن رأيا ثالثا قال بوجود بطلان من نوع خاص.

وكما سبق فإن المشرع الموريتاني أخذ بالتقسيم الثنائي للبطلان مثله مثل المشرع الجزائري ولاستبيان موقفيهما سنتناول هذه المسائل في ما يلي

:

أولا: تعريف البطلان المطلق:

البطلان المطلق هو البطلان الذي يلحق العقود التي استوفت كل أركانها الأساسية ولكنها تكون باطلة لمخالفتها لقوانين متعلقة بالنظام العام أو الآداب⁵⁵ وبالتالي فسبب البطلان حسب هذا الرأي هو مخالفة العقد لقانون متعلق بالنظام العام. وبالإضافة إلى هذا الرأي ذهب رأي ثاني من الفقه إلى أن البطلان المطلق هو البطلان الذي يلحق بعض العقود جراء عدم توافر الأركان أو اخلالها بالالتزامات القانونية واعتبارات النظام العام، فيعرف البطلان المطلق بأنه الجزاء الذي يربته المشرع إما على عدم توافر ركن من أركان العقد، كإعدام الرضا أو المحل أو السبب

⁵⁵ عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، منشأة المعارف الإسكندرية، التاريخ لم يذكر، ص 444.

أو الشكل، وإما بموجب نص قانوني في حالات خاصة ولا اعتبارات تتصل بالنظام العام فيبطل العقد على الرغم من توافر سائر أركان انعقاده.⁵⁶

ويؤخذ على هذا التعريف أنه أدخل في تعريف البطلان الشروط المتطلبية في الأركان، كما أنه لم يأخذ بعدم تطابق الإرادتين كسبب لبطلان العقد.

ثانياً:

بعد أن تطرقنا للتعريفات الفقهية للبطلان على النحو الذي تقدم سنتطرق إلى الحالات التي تندرج تحته، وبالرجوع إلى أحكام قانون الالتزامات والعقود الموريتاني المتعلقة بالبطلان، نرى أنه حدد حالات أربع هي : - إبرام تصرف من شخص لا أهلية له - وانعدام التراضي والمحل والسبب وشروطهما - إلى جانب تخلف ركن الشكلية "في العقود الشكلية" - والتسليم "في العقود العينية"، وسنحلل كلا من هذه الحالات الأربع على أن نتبع ذلك بالحالات التي أورد فيها المشرع البطلان بنص خاص.

1- إبرام العقد من شخص لا أهلية له

لقد نصت المادة 193 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على أنه يكون العقد باطلاً في الحالات الآتية : "إذا أبرم من شخص لا أهلية له إطلاقاً..." وهذا السبب ذاته نقله بعض الفقه بدون تحريف إذ قال أن العقد يكون باطلاً إذا أبرم من شخص لا أهلية له إطلاقاً.⁵⁷

والمقصود بالأهلية هي أهلية الأداء التي مناطها الإدراك والتمييز.⁵⁸ والحكم في قانون الالتزامات والعقود الموريتاني أن الشخص يعتبر فاقد التمييز ومن ثم عديم الأهلية إذا لم يبلغ من العمر سبع سنوات، فمرحلة التمييز تبدأ وفقاً للتشريع الموريتاني

⁵⁶ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج4، ط1، بيروت، 1962، بند 332، ص 118.

⁵⁷ زهدي يكن، المرجع السابق، بند 333، ص 119.

⁵⁸ حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مقارنة، ص

من السنة السابعة⁵⁹، عكس ما نص عليه المشرع الجزائري من أن الشخص يعتبر فاقد التمييز ومن ثم عديم الأهلية إذا لم يبلغ من العمر ثلاث عشرة سنة⁶⁰، وبالتالي فهو غير مأهلا لإبرام العقود سواء كانت تلك العقود عقود تبرع أم عقود اغتناء، ولذا فإن الصبي غير المميز وفقا للقانون المدني الجزائري لا يستطيع أن يقبل الهبة، لأنه فاقد التمييز، فلا يكون لإرادته أثر.

وقد كان القانون المدني الجزائري قبل تعديل 20 يونيو 2005 يحدد سن التمييز بستة عشر سنة.

وهو ما سبب له انتقادات جوهرية من بعض الفقهاء، مثل الانتقاد الذي وجهه له علي علي سليمان الذي يرى أن مسلك المشرع الجزائري في هذا الصدد جاء معيبا ، حين أناط التمييز بهذه السن المتأخرة⁶¹، خاصة إذا كان لا يفصلها عن سن الرشد سوى ثلاث سنوات فقط⁶²، وهو ما دعاه إلى المطالبة بتعديل يراعي هذه المسألة.

وعلى الرغم من أن التعديل الذي أدخل على القانون المدني الجزائري في 20 يونيو 2005 قد حط سن التمييز من ستة عشر سنة إلى ثلاث عشرة سنة ، فإنه من وجهة نظرنا لا تزال هذه السن متأخرة ، وتتعارض مع ما ذهب إليه أغلب التشريعات العربية الحديثة وكذلك ما سارت عليه الشريعة الإسلامية، التي جعلت سن التمييز سبع سنوات ، باعتبارها السن التي يملك فيها الطفل القدرة على التمييز إذا كان في حالة طبيعية .

وبالتالي فإنه وحسب وجهة نظرنا كان من الأفضل للمشرع الجزائري أن يجعل سن التمييز سبع سنوات تماشيا مع التشريعات العربية التي تأخذ هذا الحكم من الشريعة الإسلامية.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري قد خالف المشرع الموريتاني وكذلك أغلب التشريعات العربية، وذلك حين سوى بين الصبي غير المميز وبين المجنون والمعتوه حيث اعتبرهم جميعا في حكم عديمي الأهلية "المادة 1/42" من القانون المدني الجزائري.

⁵⁹ أحمدو عبد الدايم، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، 2005، ص 93.

⁶⁰ أنظر المادة 42 / فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

⁶¹ السنهوري الوسيط، ج1، بند 152، ص 290، وكذلك حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العام، 1970، بند 20، ص 19.

⁶² قد ورد انتقاد على علي سليمان في مقال له تحت عنوان : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني

الجزائري، منشور في مجلة الشرطة، العدد 30، مايو 1986، ص 21.

وقد نقلناه عن الدكتور حبار محمد. من رسالته. نظرية بطلان التصرف . مرجع سابق. ج. 1. ص. 182

وكان على المشرع الجزائري أن يميز بين الصبي غير المميز من جهة وبين المعتوه والمجنون من جهة ثانية مثل ما فعل المشرع الموريتاني، وذلك أن تصرفات الأول باطلة بطلانا مطلقا حتى ولو كانت نافعة له نفعاً محضاً، بينما تصرفات المجنون والمعتوه تكون صحيحة قبل تسجيل قرار الحجر عليهما ولا تكون باطلة إلا بعد هذا التسجيل، أو في حالة ما إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت العقد أو معروفة للطرف المتعامل معهما.⁶³

من خلال كل ما سبق وبأعمال دراسة المقارنة يتضح أن المشرع الموريتاني في قانون الالتزامات والعقود، والمشرع الجزائري في القانون المدني يتفقان في كل ما يتعلق بأهلية التعاقد، إلا أنهما يختلفان في تحديد لهما لبدأ سن التمييز، حيث قرر المشرع الموريتاني أن سن التمييز تبدأ من يوم بلوغ الفرد السنة السابعة من عمره، في حين أن المشرع الجزائري رفع سن التمييز إلى السنة الثالثة عشر، حيث اعتبر أن الفرد لا يعتبر مميزاً إلا بعد بلوغه الثالثة عشر من عمره، وهو بذلك خالف التشريع الموريتاني والتشريع المصري، بل وكل التشريعات العربية، وكذلك الرأي المعمول به في الشريعة الإسلامية، من أن سن التمييز تبدأ منذ بلوغ الإنسان السنة السابعة من عمره.

2- إبرام عقد ينعدم فيه التراضي من جهة أو المحل والسبب وشروطها من جهة أخرى

لقد سبق لي أن بينت في الفصل التمهيدي أركان العقد التي تنحصر في التراضي والمحل والسبب، ويجدر بي هنا أن أبين الحكم الذي يترتب على تخلف هذه الأركان أو تخلف شروط كل من المحل والسبب.

إن اصطلاح التراضي يفيد - في الأصل - اقتران إرادتي المتعاقدين وتطابقهما تطابقاً تاماً، في زمن محدد مع اتجاه كل منهما إلى إحداث أثر قانوني معين.⁶⁴ ويقتضي ذلك أن تكون الإرادتين جادتين غير هازلتين أو مجاملتين، وأن يتم التعبير عنهما لإخراجهما من دائرة الحالات النفسية، إلى نطاق الظواهر الاجتماعية التي ينظمها القانون.

⁶³ نص المادة 1/42 من القانوني المدني الجزائري هو : "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

⁶⁴ حبار محمد، نظرية بطلان التصرف، مرجع سابق، رسالة، جامعة الجزائر، ص 186.

هذا وقد أورد الفقهاء عدة تعريفات للتراضي منها "أن التراضي هو اجتماع إرادتين أو أكثر لإحداث أثرا قانوني"65، ويحاول البعض من الفقهاء الإيجاز فيقولون أن التراضي "هو تطابق إرادتين".

وبإمعان النظر أكثر في التعريفين السابقين، نلاحظ أن الأول منهما يعبر عن التراضي بأنه "اجتماع إرادتين" دون أن يبين ما إذا كان هذا الاجتماع ينطوي على تطابق الإرادتين من عدمه، كما يلاحظ أن التعريف الثاني لم يقيد التطابق بقيد زمني.

وهاتين الملاحظتين هما اللتان استدركهما رأي حديث في الفقه، فعرف التراضي بأنه "يوجد باقتران إرادتين متطابقتين، إرادة توجب وأخرى تقبل" وأنه لا يكفي صدور هاتين الإرادتين فقط بل يجب أن يتلاقيا أي يجب أن يعلم كل من المتعاقدين بالإيجاب والقبول.66

وبالرجوع إلى التشريع الموريتاني نرى أنه اتجه في تحديده لمدلول التراضي هذا الاتجاه حيث نص في المادة 40 من قانون الالتزامات والعقود على أنه "لا يتم الاتفاق إلا بتراض الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية" ويستخلص من نص المادة 40 هذه أنها تعتبر أن اللحظة الزمنية التي يعتد بها لقيام التراضي هي اللحظة التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول الصادرين من طرفي التراضي.

وقد سار التشريع الجزائري في تحديده المدلول التراضي على نفس المعنى الذي سار عليه المشرع الموريتاني حيث نص هو الآخر في المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما (والأصح إرادتهما) المتطابقتين".

ومن خلال ما سبق يظهر أن التراضي ركن أساسي في العقد، وبالتالي فإن التساؤل التالي يكون مشروعا، ما هو الجزاء المترتب على تخلف ركن التراضي في العقد؟

وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي الرجوع إلى القضاء الذي نجده قد درج على أن الأثر الهام الذي ينتج عن تخلف ركن التراضي هو بطلان العقد، وهناك حكمين قضائيين قد صدرا في هذا المجال عن القضاء المصري، سأقتصر عليهما كمثال.

65 محمد كامل مرسي، الالتزامات، الجزء الأول، ط القاهرة، 1954، بند 247، ص 499.
66 محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزائر 1983، ص 23 و 33.

- فالحكم الأول هو الحكم الصادر عن المحكمة الجزائرية المصرية بتاريخ 04 نوفمبر 1901، حيث جاء في هذا الحكم أنه "يشترط لوجود اتفاق بين شخصين أن يكون هذا الاتفاق مبنيا على رضا كل من المتعاقدين...، كما أنه يشترط في رضا من يتعاقد أن يكون رضاه مطلقا، إذ أن وجود أدنى خلاف بين القبول والإيجاب يكون من شأنه عدم الاتفاق وجعله كأن لم يكن.⁶⁷

- أما الحكم الثاني فهو الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية، حيث قررت في هذا الحكم الصادر في 22 نوفمبر 1951 مبدأ قانونيا هاما مفاده "أنه متى كانت الإرادة منعدمة فإن التصرف يقع باطلا"⁶⁸، وهذان المبدأان القانونيان اللذان قررتهما المحاكم المصرية يؤكدان أن انعدام التراضي في العقد جزاؤه البطلان.

وإذا كانت التشريعات متفقة على أن انعدام الإدراك سواء كان من الجانبين أو من جانب واحد يؤدي إلى البطلان المطلق للعقد لوجود آفة معدمة للإرادة، فإن هناك جدلا قد أثير بصدد حالة السكر، وأثره على صحة العقد، وفي هذا الصدد يذهب رأي جديد في الفقه العربي الحديث إلى أن التفرقة المستقر عليها فقها وقضاء وتشريعا والتي مفادها أن البطلان نوعان، بطلان مطلق يتقرر في حالة فقدان أحد أركان العقد، وبطلان نسبي يتقرر في حالة كون أحد الطرفين ناقص الأهلية أو مشوب رضاه بعيب من العيوب.

تعتبر هذه التفرقة - في رأي هذا الفريق - تفرقة مننقدة لكونها غير متماسية مع الاجتهاد المستمر، ويضرب هذا الفريق مثال لتقوية رأيه، مضمون هذا المثال أنه في حالة كون أحد المتعاقدين مصابا بجنون أو يوجد في حالة سكر ظاهر ينعدم معها كل رأي عاقل لديه، لا نكون في هذه الحالة بصدد بطلان مطلق إذ أن الطرف السكران هو الذي يتضرر فقط في هذا العقد على عكس المتعاقد الآخر الذي كان ملما بأحكام العقد، أو أنه هو من تولى وضعها، وبالتالي فإنه لا يجوز لهذا الأخير التمسك بمبدأ بطلان العقد بطلانا مطلقا لانعدام الرضا في جانب الطرف الآخر المتعاقد معه.

وذلك بسبب عدم مراعاته لقواعد الضمير، بل أن العقد يعتبر باطلا بطلانا نسبيا فقط، بالنسبة للطرف المتعاقد الذي كان رضاه معدوما وله أن يقرر هو أو ممثله إجازة العقد ويطلب تنفيذه، أو أن يقيم دعوى الإبطال⁶⁹.

⁶⁷ هذا الحكم أشار إليه الدكتور حبار محمد، في رسالته المشار إليها مسبقا، ص 188.

⁶⁸ هذا الحكم أورده محمد كامل مرسي، في مؤلفه السابق، هامش 2، ص 503 و504.

⁶⁹ جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج1، مصادر الموجبات، بيروت، 1960، بند 193، ص 293، 294.

لكن هذا الرأي المتقدم يمكن أن توجه له الانتقادات التالية :

فهو اعتبر الرأي القائل بأن العقد في حالة انعدام رضا أحد طرفيه لجنون أو لسكر ظاهر، باطل بطلانا مطلقا رأيا خاطئا على أساس أنه يتنافى مع الاجتهاد، في حين أنه لم يبين مصدر ذلك الاجتهاد ولم يقدم ما يؤيد ادعائه من أحكام وآراء فقهية منسوبة إلى أصحابها وحجج القائلين بها.

أن هذا الرأي ينطوي على تناقض مع ما استقر عليه الفقه والقضاء والتشريع من أن التراضي هو نتيجة تطابق إرادتين سليمتين صادرتين عن طرفي العقد الذي لا تقوم له قائمة بدونهما، فكيف يمكن لهذا الرأي إذن أن يقول أن هناك تراضيا على الرغم من انعدام أحد مكوناته المتمثل في إرادة المجنون أو السكران.

-

قبل التعرض للمحل بتحليل أحكام البطلان المتعلقة به يجدر بنا التعرض لماهيته والبحث عما إذا كان يراد به محل العقد أو المقصود هو محل الالتزام.

وعلة ذلك هو أن هناك عددا من العقود تنشئ عدة التزامات، يتعدد محلها بتعدد الأطراف، ففي عقد البيع مثلا يكون البائع ملزما بنقل ملكية المبيع، كما أن المشتري يكون ملزما بدفع الثمن، أي أن عقد البيع ينطوي على محلين هما : المبيع والثمن، وقد أدى هذا التعدد في المحل بالفقه إلى الأخذ بالتفرقة بين محل العقد ومحل الالتزام، وهو يرى في هذا الصدد، أن محل الالتزام يقصد به ما يلتزم به المدين سواء كان ذلك عملا أو امتناعا عن عمل أو إعطاء شيء⁷⁰، وأنه يراد بمحل العقد العملية القانونية التي يريد المتعاقدان تحقيقها⁷¹ وذلك نظرا لكونهما متميزين عن بعضهما البعض.

فمثلا العقد يمكن أن يكون باطلا لبطلان محله كما هو الأمر بالنسبة إلى التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة "المادة 81، فقرة 2 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني⁷²، وكذلك المادة 92، فقرة 2 من القانون المدني الجزائري⁷³،

⁷⁰ السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، بند 213، ص 408، وكذلك سليمان مرقس، شرح القانون المدني

المصري، في الالتزام، ج2، القاهرة، 1964، بند 118، ص 103.

⁷¹ حبار، نظرية بطلان التصرف، مرجع سابق، ج1، ص 190.

⁷² نص المادة 2/81 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني هو : "أن لا يجوز بأي وجه التنازل عن شركة إنسان على قيد الحياة، ولا إجراء أي تعامل فيها أو في شيء مما تشتمل عليه ولو حصل برضاه، وكل تصرف مما سبق يقع باطلا بطلانا مطلقا"

فالعلمية القانونية المراد تحقيقها محظورة قانونا، ومع ذلك تظل الالتزامات التي يولدها العقد صحيحة⁷⁴، وقد نعى المشرع الموريتاني منحي الرأي الغالب في الفقه، إذ أنه اعتد بمحل الالتزام دون محل العقد، وقد تطلب فيه شروطا معينة يجب توافرها فيه حتى يكون صحيحا .

- فأما الشرط الأول فيتمثل في أن محل الالتزام يجب أن يكون موجودا عند إبرامه فإذا تخلف شرط الوجود كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، على أن شرط الوجود لا يعني عدم قيام العقد إذا كان محل الالتزام شيئا مستقبلا "المادة 81 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني وكذلك المادة 2/92 من القانون المدني الجزائري"⁷⁵، غير أن ذلك لا يعني جواز التعامل في جميع الأشياء المستقبلية، بل يخرج من ذلك النطاق التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة، إذ أخضعه المشرع الموريتاني شأنه في ذلك شأن المشرع الجزائري للبطلان المطلق حتى في حالة رضا صاحب الشأن به.⁷⁶

- وأما الشرط الثاني فيتمثل في أن يكون محل الالتزام ممكنا، وذلك طبقا للحكم المستفاد من نص المادة 79 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني التي نصت على أنه : "يبطل الالتزام الذي يكون محله شيئا أو عملا مستحيلا، إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون"، وهو ما يتفق مع نص المادة 93 من القانون المدني الجزائري الذي جاء فيه أنه "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا".

والاستحالة كما أشارت المادة 79 من قانون الالتزامات والعقود قد تكون طبيعية وقد تكون قانونية، فأما الاستحالة الطبيعية فصورتها أن يتعهد شخص ببيع كوكب سماوي مثلا، وأما الاستحالة القانونية فمثالها أن يتعهد محام برفع استئناف عن قضية معينة في حين أن أجل الاستئناف يكون قد انقضى.

-أما الشرط الثالث فيتمثل في أن يكون محل الالتزام معينا ويستفاد هذا الشرط من نصوص المادتين 23 و 78 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، حيث نصت المادة 23 "على أنه لا بد للالتزام من محل محقق" ثم أضافت المادة 78 "أن

⁷³ نص المادة 2/92 من القانون المدني الجزائري هو : "غير أن التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه".

⁷⁴ السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، هامش 1، ص 408.

⁷⁵ نص المادة 1/81 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني هو : "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو غير محقق في ما عدى الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون".

⁷⁶ المادة 2/81 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني المشار إليه سابقا وكذا نص المادة 2/92 من القانون المدني الجزائري.

الشيء الذي هو محل الالتزام يجب أن يكون معيناً" وهو نفس الشرط الذي يمكن أن يستفاد من مفهوم المخالفة للفقرة الأولى من المادة 94 من القانون المدني الجزائري التي جاء بها : "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا"، وجاء في الفقرة الثانية منها : "ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره.

وتطبيقاً لأحكام هذه المواد السابقة فإنه يتعين في المحل أن يكون معيناً، أو على الأقل أن يستوفي العناصر اللازمة وإلا كان العقد المبرم عرضه للبطلان.

-أما الشرط الرابع والأخير فيتمثل في أن يكون محل الالتزام مشروعاً، أي أن لا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب، وقد ورد النص على ذلك في المادة 77 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني التي جاء بها أن "الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلاً للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها".

وقد ورد النص على هذا الشرط أيضاً ولكن بشكل أكثر صراحة في نص المادة 96 من القانون المدني الجزائري حيث جاء بها : "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا". ومن خلال هاتين المادتين فإن العقد يكون باطلاً لعدم مشروعية محله إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب.

ويتضح من مجمل النصوص السابقة أن المشرع الموريتاني إذا كان قد تطلب شروطاً في محل الالتزام فإنه قد رتب البطلان المطلق كجزاء على تخلفها أو تخلف بعضها مسaire لما درج عليه القضاء.77

وعلى الرغم من أن القانون قد استقر على أن انعدام المحل أو تخلف أحد شروطه يفضي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، فقد ظهر حديثاً في الفقه العربي رأي يذهب إلى ضرورة استبعاد البطلان المطلق كجزاء مترتب على تخلف موضوع العقد، مؤسساً وجهة نظره على أن موضوع العقد (المحل) غير قائم لعدم توافر

77 -وكمثال على ذلك فقد أورد الدكتور محمد كامل مرسي في كتابه الالتزامات ج1 المشار إليه سابقاً، هامش 2، ص 503، كما صادراً عن محكمة دسوق الجزائبة في 4 نوفمبر 1901، حيث جاء في حثيات هذ الحكم أنه : "يشترط لوجود اتفاق بين شخصين... أن يطابق القبول الإيجاب تمام المطابقة... من جهة الشيء موضوع الاتفاق ومن جهة جزئياته وكنياته... إذ أن وجود أدنى خلاف بين القبول والإيجاب (على موضوع الاتفاق أو جزئياته) يكون من شأنه عدم إتمام الاتفاق وجعله كأن لم يكن".

شروط اكتمال العقد، ومن ثم يصبح هذا الأخير (أي العقد) غير ملزم لا باطلا بطلانا مطلقا، بحيث إذا ما رفعت دعوى بشأنه فإنها ترد لهذا السبب.78

ويمكن أن نورد الملاحظتان التاليتان على هذا الرأي الجديد :

الملاحظة الأولى أن صاحب هذا الرأي لم يوضح من هو الطرف الذي يتمسك بعدم إلزامية العقد، فإذا قلنا أن الأمر يقتصر على صاحب المصلحة فكيف يمكن أن نأمر المدين بتنفيذ عقد انعدم أحد أركانه، وإذا ما أعطي هذا الحق للمحكمة - لكي تحكم بعدم إلزامية العقد - فلا فائدة من العدول عن استعمال اصطلاح (البطلان المطلق) لأنه أكثر وضوحا من عبارة غير ملزم للدلالة على ذلك.

أما الملاحظة الثانية فهي أنه حتى يقال أن العقد (غير ملزم) فإن ذلك يفترض بدهاءة أن العقد قائم وموجود وهو أمر غير متحقق في الصورة لاختلال ركن أساسي في العقد هو موضوعه.

وكخلاصة لما عرضنا ونحن بصدد دراسة شروط المحل، يتضح أن المحل الذي قصده المشرع الموريتاني هو محل الالتزام الناشئ عن العقد دون محل العقد نفسه، وأن تخلفه بسبب عدم توافر أحد شروطه أو كلها - المتمثلة في ضرورة كونه موجودا أو ممكن الوجود، ومعينا، ومشروعا، أي غير مخالف للنظام العام أو للأداب - يؤدي إلى إلحاق صفة البطلان المطلق بالعقد.

-

سنتناول الطبيعة القانونية للسبب من الناحية الفقهية هذا أولا على أن نتناول السبب في قانون الالتزامات والعقود .

-الطبيعة القانونية للسبب:

سبق وأن أوضحنا أن السبب يراد به الغرض الذي من أجله التزم المتعاقد، وبالتالي فهو يتضمن إجابة على السؤال لماذا التزم المدين ؟ في مقابل سؤال آخر يثار بصدد المحل هو : بما التزم المدين ؟ وقد ثار التساؤل في الفقه حول الطبيعة القانونية

78- جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، مرجع سابق، بند 191، ص 291.

للسبب، حيث ذهب فريق إلى أن السبب ركن في الالتزام العقدي⁷⁹، في حين ذهب فريق آخر إلى أنه ركن في إرادة الملتزم.⁸⁰

والحقيقة أن تحديد طبيعة كل من (سبب العقد) و(سبب الالتزام) يوضح لنا أمرين :

أولهما : أن كل عقد يرتكز في قيامه على سبب يتمثل في الباعث الذي يدفع كل من الطرفين إلى إجراء هذا العقد، وأن هذا الباعث شخصي لأنه ينبع من ذات المتعاقد نفسه، كما أنه ذو طبيعة مرنة إذ أنه يختلف لدى كل من الطرفين في نفس العقد، وقد يتعدد لدى الطرف الواحد منهما أو لدى الطرفين.

ثانيهما : أن لكل التزام سببا يترتب على العقد بحيث أنه لولا قيام العقد لما قبل أي من طرفيه تنفيذ الالتزام المترتب على عاتقه، والذي اصطلح على تسميته بالسبب القسدي.

وحسب اعتقادنا فإن السبب ركن في الالتزام العقدي ويراد به الغرض الذي دفع كل من المتعاقدين لإبرام العقد، ومن ثم فهو يختلف باختلاف الأشخاص ودوافعه ملموسة حيوية، خلافا لسبب الالتزام، الذي يقصد به الغرض الذي بسببه تحمل المتعاقد بالتزامه وهو لا يختلف باختلاف العقود، ومن ثم تكون دوافعه مجردة وذات طابع فني.

ولكن هذا يدفعنا إلى التساؤل عن السبب الذي يجب أن يعتد به أهو السبب القسدي المباشر، أم هو الباعث الدافع إلى التعاقد، ومحاولة من الفقه الإجابة على هذا التساؤل أوجد نظريتان هما :

الأولى : النظرية التقليدية التي تعتد بالغرض المباشر القريب الذي يرمي إليه المتعاقد من وراء التزامه ، فإذا كان غير مشروع ترتب عنه انعدام السبب ومن ثم عدم قيام العقد.

الثانية : نظرية مصدرها القضاء مضمونها أنه لا يجب الاقتصار على السبب بمعناه التقليدي، بل يتعين الاعتماد بالسبب الدافع إلى التعاقد، على أن هذه الأسباب ليست جميعها متساوية في مركزها، إذ أن القضاء قد استقر على الأخذ بالأسباب

⁷⁹ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، القاهرة، 1966، بند 171، ص 161-162.

⁸⁰ سليمان مرقس، شرح القانون المدني، ج2، في الالتزامات، بند 142، ص 132-124.

الدافعة الرئيسية غير المشروعة باعتبارها سببا للبطلان المطلق، مستبعدا الأسباب الدافعة الثانوية غير المشروعة بشرط أن يكون الطرف الآخر في العقود الملزمة للجانبين عالما بها أو من السهل عليه أن يعلم بها.⁸¹

هذا وبعد أن درسنا السبب من الناحية الفقهية، يجدر بنا أن نوضح موقف المشرع الموريتاني من نظرية السبب، مقارنين له بالموقف الذي اتخذته نظيره الجزائري من هذه النظرية.

- تحديد السبب في قانون الالتزامات والعقود الموريتاني

لقد تطرق المشرع الموريتاني للسبب في المواد من 82 إلى 85، وذلك بعد أن بين ضرورة السبب في كل التزام صادر عن الإرادة في المادة 23 من قانون الالتزامات والعقود، وقد اختلف الفقهاء حين تطرقهم لأحكام السبب، فمنهم من اعتبره ركنا من أركان العقد، ومنهم من اعتبره ركنا من أركان الالتزام.⁸²

وبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود الموريتاني في مواده المتعلقة بالسبب، نرى أنه جعل السبب ركنا في الالتزام وهو ما نراه نهجا معيبا إذ أن النظرية التقليدية التي يستند إليها، والتي ترى أن السبب هو ركن في الالتزام هي نظرية قد هجرت الآن، وحلت محلها نظرية حديثة تجعل السبب ركنا في العقد، وليس ركنا في الالتزام، وبالتالي فإنه لا يسعنا إلا أن نأخذ بهذه النظرية الحديثة، ونقرر ما قرره الثقة من الفقهاء، من أنه يراد بالسبب في القانون الموريتاني "السبب بالمعنى الحديث، أي الباعث، الدافع إلى التعاقد، والذي لا يتصور وجوده إلا في العقد"، وباعتبار السبب هو الباعث الدافع فهو يختلف باختلاف العقود، وباختلاف الأشخاص المتعاقدين.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان الباعث على التعاقد غير مشروع، أو لم يوجد في الأصل باعث على التعاقد، فإن العقد يصبح باطلا بطلانا مطلقا. وذلك تطبيقا لنص المادة 82 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني التي تنص على أن "الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن، ويكون السبب غير مشروع إذا جاء مخالفا للنظام العام، أو للأخلاق الحميدة أو للقانون".⁸³

⁸¹ سليمان مرقس، المرجع السابق، بند 148، ص 133.

⁸² أ عبد المنعم فرج صدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ص 249.

1- يعرف النظام العام بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تستهدف حماية مصالح المجتمع العامة، من النواحي الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والمرتبطة بالوضع الدين والثقافي لذلك البلد، وتعلو قواعد النظام العام مصالح الأفراد، ويتعين عليهم الانصياع لهان ولا تتأتى مناهضة ضوابط النظام العام والأخلاق الحميدة ن باتفاقات مخالفة حتى ولو كان من شأنها تحقيق مصالح ذاتية فردية.

وبمقارنة ما قرره التشريع الموريتاني في ركن السبب مع ما قرره نظيره الجزائري، نرى أنهما يتفقان في ضرورة وجود ركن السبب في العقد، وكذلك في إلزامية مشروعيته. فمثلا نرى المادة 97 من القانون المدني الجزائري تقرر أنه متى كان الباعث على التقاعد غير مشروع فإن العقد يصبح باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا.

3- عدم مراعاة الشكلية وعدم التسليم في العقود العينية

سنعالج الشكل كركن أوجب قانون الالتزامات والعقود مراعاته في العقود الشكلية، وذلك في فقرة أولى، على أن نتعرض للتسليم أيضا كركن تجب مراعاته في العقود العينية.

- الشكلية

ويقصد بها إفراغ الإرادة في شكل معين يحدده القانون، مما يعني أن العقد الشكلي هو ذلك العقد الذي لا يمكن لتطابق الإرادتين وحده فيه أن يكون مصدرا للالتزامات⁸⁴، بل أنه يتطلب إتباع بعض الإجراءات الشكلية، المنصوص عليها قانونا لقيام العقد ذاته، والتي يترتب على عدم استيفائها، عدم قيام العقد، وبالتالي عدم إنتاجه لآثاره حتى في ما بين طرفيه.

وتتخذ الشكلية صورا متعددة حسب ما يحدده القانون، فالقانون أحيانا يتطلب إبرام العقد عن طريق توثيقه (المادة 500 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني)، وفي حالات أخرى يقتصر على اشتراط إفراغ الإرادة في ورقة مكتوبة دون تطلب الرسمية فيها، وبذلك يتميز الشكل الذي يعتبر ركنا في العقد بنص القانون عن الشكل المتطلب للإثبات، وكذلك عن الشكل المتطلب للإشهار.²

ويمكن أن نوجز ونقول أن الشكل المتطلب قانونا لإفراغ الإرادة هو ركن جوهري في العقد، وبذلك يتميز عن الشكل المطلوب للإثبات وعن الشكل المطلوب للإشهار.

وترتبا على هذه الفوارق فقد استقر الفقه على أن عدم مراعاة الإجراءات الشكلية المطلوبة لانعقاد العقد الشكلي يفضي إلى بطلانه بطلانا مطلقا لانعدام أحد أركانه الجوهرية.

⁸⁴ حبار محمد، نظرية بطلان التصرف، مرجع سابق، ص 222.

ويمكننا أن نستأنس في هذا الصدد بالحكم القضائي الذي أصدرته المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 1997/05/23 تحت الرقم 148541، حيث اعتبرت الشكل ركنا من أركان العقد زيادة على الرضا والمحل والسبب، حيث أخضعت العقود المتصلة بنقل ملكية العقار إلى ركن الشكل⁸⁵، وعليه فإنه يترتب البطلان المطلق على تخلف هذا الركن فيها، وذلك عكس ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من تطبيق البطلان النسبي على عدم مراعاة الشكل استنادا منه إلى أن الهدف من تطلب الشكل يتمثل في حماية المتعاقدين، ومن قبيل ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 16 نوفمبر 1932 من أن التقادم العشري المنصوص عليه في المادة 1304 من تقنين نابليون هو الواجب التطبيق على دعوى بطلان العقد المعيب شكلا.⁸⁶

وعلى الرغم من أن هذا الحكم لا يوضح صفة البطلان (هل هو المطلق أو النسبي) إلا أن محكمة النقض بإخضاعها البطلان المترتب على عدم استيفاء الشكل للتقادم العشري قد أفادت ضمنا بأن الأمر متعلق بالبطلان النسبي، لأن البطلان المطلق لا يتقادم إلا بثلاثين سنة، وقد يكون سند المحكمة في هذا أن ركن الشكل المتطلب في العقد الشكلي يستهدف أساسا حماية المتعاقد.

لكننا نرى أن ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية ليس مستقيما، حتى ولو أخذنا بالتفسير الذي يرى أن الشكل متطلب لحماية الشخص المتعاقد لأن الأسباب التي تدفع المشرع إلى تطلب الشكلية لا تقتصر في حقيقتها على حماية المتعاقد نفسه، بل أنها كثيرا ما يراد بها دفع كل من المتعاقدين إلى التفكير في العقد الذي يقدم عليه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يراد بها مراعاة مصالح الغير الذين قد يتضررون من هذا العقد.

وعلى سبيل المثال فإن المشرع حينما يتطلب عقد بيع العقار فإنه قد يستهدف حماية المتعاقدين، لكنه يستهدف قبل ذلك وبدرجة أولى حماية المالك الحقيقي حتى لا يستطيع ذوي الأغراض السيئة التصرف في ملك الغير. ومن هنا نخلص إلى أن عدم استيفاء الشكل المتمثل في توثيق العقد في مثل هذه الحالة يؤدي إلى انعدام ركن جوهرى في العقد، مما يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا.

- عدم تسليم الشيء في العقود العينية

⁸⁵ راجع قرار المحكمة العليا، رقم 148541 بتاريخ 1997/05/23 المنشور بالمجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1997، ص 183.

⁸⁶ هذا الحكم مشار إليه من طرف حبار محمد، المرجع السابق، ج 1، ص 226.

العقود العينية هي العقود التي يلزم لقيامها إضافة إلى الأركان الموضوعية الآتفة الذكر، أن يتم تسليم الشيء المتفق عليه، فلا يكون العقد تاما إلا بالتسليم، ومثال ذلك : الرهن الحيازي، وعقد الوديعة، وإعارة الاستعمال، وإعارة الاستهلاك أو القرض. فكل هذه العقود أوردها المشرع الموريتاني في المواد 729 و777، و803 و1118 واعتبرها عقودا عينية، وجعل التسليم ركنا أساسيا فيها يترتب على تخلفه بطلان العقد. وإذا كان المشرع الموريتاني قد تبنى فكرة العقد العيني فإن هذه الفكرة قد سبق أن وجدت صداها لدى المشرع المغربي الذي أضفى الصفة العينية على نفس العقود التي أضفاها عليها المشرع الموريتاني.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 206 من قانون الأسرة على ما يلي :
"تتعد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإيجارات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

ومن خلال هذا النص نرى أن المشرع الجزائري قد ميز بين الهبة في المنقول والهبة في العقار، فاعتبر الهبة في المنقول عقدا عينيا بحيث لا تتم إلا بحيازة الموهوب له الشيء الموهوب، فإن لم تتم هذه الحيازة كان عقد الهبة باطلا.

أما بالنسبة إلى هبة العقار فقد اشترط المشرع الجزائري لقيامها أن يتم إجراؤها بعقد رسمي أمام الموثق،.

وإلى جانب الهبة في المنقول فإن المشرع الجزائري قد اعتمد في المادة 590 من القانون المدني، الخاصة بعقد الوديعة صياغة تقييد أنه قد اعتبر هذا العقد أيضا من قبيل العقود العينية.

وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد اعتبر أن الوديعة وكذلك الهبة في المنقول عقدان من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم، فإذا لم يتم التسليم فيها كانت باطلة.

وكخلاصة لما سبق، نرى أن التسليم ركن أساسي في العقود العينية لا تقوم إلا به فإذا تخلف كانت باطلة بطلانا مطلقا.

وبعد أن حللنا البطلان المترتب على تخلف ركن من أركان العقد السابقة، لا بأس أن نتعرض ولو بشيء من الإيجاز للبطلان الذي أقره القانون بنصوص خاصة.

لقد أوضحنا أن المشرع الموريتاني قد حدد للعقد أركانا ورتب على تخلفها بطلان العقد، وحصرها في توافر الأهلية الكاملة لطرفي العقد والتراضي والمحل، والسبب، إلى جانب الشكل في العقود الشكلية، والتسليم إذا تعلق الأمر بالعقود العينية.

على أن هناك حالات قد تتوافر فيها للعقد أركانه القانونية ومع ذلك يكون عرضة للبطلان، ومن أمثلة ذلك ما يلي :

لقد قرر المشرع الموريتاني في المادة 2/81 مثله مثل المشرع الجزائري بطلان التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة ولو يرضاه، ويرجع خطر التعامل في الشركة إلى حكمة بالغه تعود في بعض مراميها إلى سد باب المضاربة على حياة المورث المحتمل، هذا فضلا عن كونه مخالفا للنظام العام.

ومن ذلك أيضا ما نص عليه المشرع الموريتاني من بطلان القرض بالفائدة بأي شكل من أشكاله، حيث جاء في المادة 814 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني أن : "اشتراط الفائدة بين الأفراد باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه، سواء جاء صريحا أو اتخذ شكل هدية، أو أي نفع آخر للمقرض، أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطا له"، إذ يتضح من خلال هذا النص أن المشرع يجعل عقد القرض الذي يتضمن فائدة باطل بطلانا مطلقا، وهذا ما يتفق مع نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري، الذي يبطل القرض الذي يكون بأجر.

وكذلك فإن المشرع الموريتاني حرصا منه على حماية العامل من تسلط رب العمل، قرر بطلان كل اتفاق من شأنه إيجار الإنسان خدماته مدة غير محدودة بحيث يظل صاحبها ملتزما حتى موته، وذلك بمقتضى المادة 710 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني التي تنص على أنه : "لا يجوز للشخص أن يؤجر خدماته إلا إلى أجل محدد، أو لأداء عمل معين أو لتنفيذه، وإلا فالعقد باطلا بطلانا مطلقا، يبطل كل اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص بتقديم خدماته طوال حياته أو لمدة تبلغ من الطول حدا بحيث يظل ملتزما حتى موته.

ومن خلال هذه النصوص يتضح أن المشرع الموريتاني ومثله كذلك نظيره الجزائري قد قرر البطلان بنصوص خاصة، وخارجا عن البطلان المقرر للعقد بتغيب أركانه أو شروطه أو بعضها.

:

من المسلم به أن الإرادة تلعب دورا واسعا في مجال العقد، ودليل ذلك أن هذا الأخير لازال يعرف بأنه "توافق إرادتين" تتمثلان في إرادة الموجب وإرادة القابل.

ولذا فلا غرابة في أن نجد مسألة العيوب التي قد تعتري الإرادة في العقد فتبطله بطلانا نسبيا، قد حظيت باهتمام الفقه والقضاء والتشريع في مختلف الدول.

وبالرجوع إلى التشريع الموريتاني نجد أن المشرع قد تناول بالتحليل العيوب التي قد تلحق إرادة الشخص في المواد من 60 إلى 75. فحددها بالغلط، والتدليس، والإكراه، والغبن، ورتب على كل واحد منها قابلية العقد للإبطال.

أما في ما يخص نقص الأهلية فإن المشرع الموريتاني قد نظم أحكامه في المواد من 25 إلى 34 من قانون الالتزامات والعقود.

ومن خلال نصوص هذه المواد يتضح أن المشرع الموريتاني قد اعتبر نقص الأهلية من أسباب الإبطال ولذلك يستحسن إضافة نقص الأهلية إلى العيوب الأربعة السابقة.

وبالرجوع أيضا إلى القانون المدني الجزائري لمقارنته بالتشريع الموريتاني فيما يتعلق بأحكام العقد القابل للإبطال، نجد أنه هو أيضا تطرق لعيوب الإرادة التي تؤدي إلى قابلية العقد للإبطال وحددها بالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال وذلك في المواد من 81 إلى 91 من القانون المدني الجزائري وفي ما يتعلق بنقص الأهلية فإن المشرع الجزائري وإن ترك أحكامه لمدونه الأحوال الشخصية، فإنه اعتبره سببا من أسباب الإبطال وذلك في المادة 101 من القانون المدني الجزائري.

وقبل الدخول في تحليل حالات البطلان النسبي نشير إلى أنه يقصد بالعقد الباطل بطلانا نسبيا أو القابل للإبطال، ذلك العقد الذي يبرمه شخص ناقص الأهلية، أو تكون إرادته مشوبة بعيوب من عيوب الرضا.⁸⁷

-1

وهي كما تقدم الحالات التي يكون فيها المتعاقد ناقص الأهلية، أو تكون إرادته مشوبة بعيوب من عيوب الرضا.

⁸⁷ قد عبر عن هذه الفكرة الدكتور محمد حسنين بقوله : "البطلان النسبي... هو الجزء لعقد توافرت أركانه وإنما لم يستوف أحد شرطي الصحة وهي : أن يكون صادرا من ذي أهلية وغير مشوب بعيوب الرضا" الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، ص 76، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.

: حالة نقص الأهلية

هناك حالتان يعتبر فيهما الشخص ناقص الأهلية. أولاهما بحكم صغر السن، وهي حالة الصغير المميز وثانيهما حالة السفية. والصغير المميز هو الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ بعد سن الرشد، فهو وفقا لأحكام القانون الموريتاني من بلغ السابعة من عمره ولم يصل الثامنة عشرة، ويعد محجورا عليه لصغر سنه، أما السفية فهو الذي يتصرف في أمواله تصرفا يعده العقلاء بلا فائدة.88

وقد اعتبر المشرع الموريتاني نقص الأهلية سببا من أسباب البطلان النسبي إذ أنه نص في المادة 25 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني على أن أي تعاقد مع القاصر أو ناقص الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم لا يلزمهما ولهما أن يطلبوا إبطاله وذلك وفقا للشروط المقررة بمقتضى القانون.89

ويكون الشخص ناقص الأهلية إذا أبرم عقدا وعمره يتراوح ما بين السابعة والثامنة عشرة، أما قبل بلوغه السابعة فيعتبر عديم الأهلية، هذا في التشريع الموريتاني، أما في التشريع الجزائري فإنه اعتبر ناقص الأهلية هو الذي يتراوح عمره ما بين الثالثة عشر والتاسعة عشر. أما الشخص قبل الثالثة عشر فهو عديم الأهلية (المادة 2/42 من القانون المدني الجزائري).

وترتبيا على ما تقدم فإنه إذا أبرم شخص ناقص الأهلية عقدا، كان العقد مشوبا بعيب ناجم عن اختلال شرط الأهلية يخوله حق إبطاله (المادة 25 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني). هذا ويجدر التنبيه إلى أن المشرع الموريتاني وتماشيا منه مع أحكام الشريعة الإسلامية ومع ما اعتمده الفقه المقارن قد قسم التصرفات التي قد يجريها ناقص الأهلية إلى أقسام ثلاثة: تصرفات نافعة نفعاً محضاً وتصرفات ضارة ضرراً محضاً وتصرفات دائرة بين النفع والضرر.

- فأما التصرفات النافعة للقاصر نفعاً محضاً، فهي التصرفات التي تؤدي إلى الزيادة في أمواله، أو التي تبرئ ذمته من التزام دون أن تحمله مقابل ذلك أي تكليف،

⁸⁸ أحمد ولد عبد الدايم، النظرية العامة للعقود، مرجع سابق، ص 93.

⁸⁹ المادة 25، نصها هو: "إذا تعاقد القاصر أو ناقص الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم فإنهما لا يلزمان بالتعهدات التي يبرمانها ولهما أن يطلبوا إبطالها وفقا للشروط المقررة بمقتضى هذا الأمر القانوني".

وتكون صحيحة تماما إذ الصغير المميز أهلا لمباشرتها ولا مجال لبطلانها (المادة 26 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني).90

- أما التصرفات الضارة به ضررا محضا، فهي التصرفات التي تحمل القاصر تكليفا دون أن تدر عليه أي فائدة، فتكون باطلة بطلانا مطلقا، ولو أجزاها من ينوب عن القاصر ومع الإذن الذي يتطلبه القانون (المادة 33 قانون الالتزامات والعقود الموريتاني).91

- والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر فهي التصرفات التي تؤدي أحيانا إلى تحقيق منفعة لناقص الأهلية، وأحيانا أخرى إلى إلحاق ضرر بدمته المالية، وصورة ذلك عقد البيع الذي يجريه ناقص الأهلية، فقد يعود عليه بالربح، كما قد تلحقه خسارة من إجرائه. و أهلية القاصر بالنسبة لهذا النوع من التصرفات تتحدد على أساس التفريق بينما إذا كانت التصرفات المذكورة جرت بإذن من النائب الشرعي، أم من القاضي عند الضرورة وبينما إذا كانت قد تمت دون إذن.92

- فإذا أجرى القاصر أو ناقص الأهلية تصرفا بإذن من النائب الشرعي أو قام هذا الأخير بتصرف باسم من ينوب عنه، مباشرة أو بعد الحصول على إذن من القاضي إذا اقتضى القانون ذلك، كان التصرف صحيحا منتجا كل آثاره القانونية. وهذا ما يؤخذ من المفهوم المخالف للمادة 25 من قانون الالتزامات والعقود.

- أما إذا أجرى القاصر أو ناقص الأهلية تصرفا دون إذن من نائبهما الشرعي فإن تصرفاتهم تكون قابلة للإبطال، وذلك وفقا لأحكام المادة 25 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني.

ثانيا : ة التي تكون فيها إرادة المتعاقد مشوبة بعيب من عيوب الرضا

إن المتعاقد كامل الأهلية إذا شابه عيب من عيوب الإرادة كان العقد قابلا للإبطال لمصلحته. وتنحصر عيوب الرضا - كما أسلفنا - في الغلط، والتدليس، والإكراه، والغين. وسندرس كل من هذه العيوب على حدة وذلك في ما يلي :

⁹⁰ نص المادة 26 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني كالتالي : "يجوز للقاصر ولناقص الأهلية أن يجلبا لنفسيهما نفعاً ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم، يعني أن لهما أن يقبلا كل تبرع من شأنه أن يثريهما، أو يبرئهما من التزام دون أن يحملهما أي تكليف".

⁹¹ نص المادة 33 هو "التصرفات التي يجريها من ينوب عن القاصر والمحجور عليه أو الشخص المعنوي في مصلحتهم وفي الشكل المقرر في القانون لها نفس قيمة التصرفات التي يجريها الراشدون المتمتعون بأهلية مباشرة حقوقهم، ولا تسري هذه القاعدة على التبرعات المحضة حيث لا يكون لها أدنى أثر ولو أجزيت مع الإذن الذي يتطلبه القانون باستثناء ما يتعلق بالأشخاص المعنوية".

⁹² عبد المنعم فرج صده، مرجع سابق، ص 145.

يعرف بعض الفقهاء الغلط بأنه : "اعتقاد يخالف الحقيقة"⁹³، ويعرفه بعض آخر من الفقه بأنه : "وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له أمرا على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد"⁹⁴. هذا وقد ظهرت بصدد الغلط نظريتان : نظرية تقليدية وأخرى حديثة، ومن أجل تحليل أحكام الغلط سنعرض كل من هاتين النظريتين على حدة، وذلك قبل أن نخلص إلى موقف المشرع الموريتاني وكذلك نظيره الجزائري من نظرية الغلط.

-النظرية التقليدية : وقد قسمت الغلط إلى ثلاثة أنواع :

:

الغلط المانع هو الغلط الذي يحول دون انعقاد العقد، ذلك أنه يؤدي إلى فقدان ركن من أركان العقد، لهذا يسمى بالغلط المعدم للرضا. وهو بالتالي يقف في سبيل قيام العقد فيؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا، ولهذا يسمى بالغلط المانع أو (الغلط العقبة)، فالغلط المانع إذا يعدم الإرادة ولا يعيبها فقط، ويرى بعض الفقهاء⁹⁵ أن هذا النوع من الغلط يندمج في ما كان يسمى بالانعدام، والغلط المانع حسب النظرية التقليدية يتحقق في ثلاث حالات هي :

الحالة الأولى : الغلط في طبيعة العقد

وهو عبارة عن الغلط الذي ينصب على طبيعة العقد المراد إبرامه، ومثل هذا الغلط يمنع نشوء العقد لانعدام الإرادة، ذلك أن إرادتي طرفي العقد لم تتوافقا، فأحدهما انصرفت إلى إبرام عقد معين مثلا بينما انصرفت الأخرى إلى عقد آخر، ومثال ذلك من يسلم الآخر مبلغا من النقود على سبيل الوديعة فيتسلمه الآخر على سبيل القرض، فمثل هذا الغلط يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، فلا ينشأ لا عقد وديعة ولا عقد قرض.

الحالة الثانية : الغلط في ذاتية محل الالتزام

⁹³ محمد جمال الدين زكي، دروس في النظرية العامة للالتزامات، 1965، ص 290.
⁹⁴ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، ص 14.
⁹⁵ محمد سعيد جعفرور، نفس المرجع، ص 15.

ويتحقق هذا الغلط مثلا إذا أراد الشخص بيع عقار له ويرتضي آخر الشراء وهو يعتقد أن البائع يريد بيعه عقار آخر، ففي هذا الفرض أيضا ينعدم التراضي نظرا لعدم توافق إرادتي الطرفين على الشيء محل الالتزام.

الحالة الثالثة : الغلط في سبب الالتزام

ويحدث هذا مثلا إذا تعهد وارث بدفع مبلغ من النقود إلى شخص معين تنفيذا لوصية المورث، ثم يظهر بطلان الوصية، أو أن الموصي كان قد رجع فيها قبل موته، ففي هذا المثال يتوهم الشخص وجود سبب للترامه، في حين أن هذا السبب غير موجود، ولذلك لا ينعقد العقد لتخلف ركن من أركانه هو سبب الالتزام.

فالغلط في هذه الحالات الثلاث هو الغلط المانع الذي يعدم الإرادة ويؤدي إلى البطلان المطلق، والذي لا يدخل بحالاته الثلاثة المذكورة، ضمن عيوب الإرادة، بل يدخل إما في موضوع وجود الإرادة أو وجود المحل والسبب.96

: الغلط غير المؤثر في الرضا

وهو غلط يقع فيه الشخص لكنه لا يصيب العقد لا بالبطلان المطلق ولا بالبطلان النسبي، بل يبقى صحيحا ويتحقق ذلك في إحدى الحالات التالية.

الحالة الأولى : الغلط صفة غير أساسية في الشيء محل العقد

مثال ذلك الغلط الذي ينصب على صنف الكتاب الذي تشتريه على أن ورقه من نوع معين ثم يتضح خلاف ذلك.

الحالة الثانية : الغلط في شخصية المتعاقد أو في صفة فيها إن لم تكن هذه أو تلك محل اعتبار للتعاقد

ويظهر هذا أساسا في عقود المعاوضات، كما إذا باع تاجر سلعته بثمن حدده في الأصل لشخص يعتقد أنه فلان، ثم اتضح أنه شخص آخر.

⁹⁶ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 18.

2- محمد سعيد جعفرور - نفس المرجع - ص 19

غير أنه مع ذلك، فإن هناك من عقود المعاوضات ما يعقد بناء على اعتبار الشخص، كما في شركة الأشخاص التي يكون فيها لشخصية الشريك اعتبار كبير في العقد، وكما في عقد الوكالة وعقد العمل حيث تهم شخصية الوكيل أو العامل.

الحالة الثالثة : الغلط في قيمة المحل

مثال ذلك أن يبيع شخص عقارا معتقدا أنه يساوي ألفي أرو ثم تبين له أنه يساوي أربعة آلاف أرو .

الحالة الرابعة : الغلط في الباعث

كما إذا اشترى الشخص سيارة معتقدا خطأ أن سيارته قد سرقت، فالتعاقد في هذا المثال لا يستطيع أن يطعن في العقد على أساس غلط في الباعث.

ذلك إذا هو كل من الغلط المانع والغلط غير المؤثر، وهما يخرجان من ضمن الغلط الذي يعيب الإرادة، ذلك بأن الغلط المانع يعدم الإرادة فلا يقوم الرضا أصلا، ولولا ذلك لما سمي مانعا، أما الغلط غير المؤثر فلا تأثير له أصلا على العقد لا بالبطلان المطلق ولا بالبطلان النسبي، فكأن المتعاقد لم يقع فيه.

وإذا نحن استبعدنا هذين النوعين من الغلط مجارين في ذلك النظرية الحديثة في الغلط، فلا يبقى لنا إلا النوع الثالث من الغلط كعيب في الإرادة وهو الغلط الذي يؤثر في الرضا.

: الذي يعيب الرضا

وقد اصطلح أيضا على تسميته (بالغلط المؤثر في الرضا)، وهو الغلط الذي لا يحول دون انعقاد العقد، ولكن إرادة أحد المتعاقدين لا تكون سليمة، ومن ثم فإن انعقاد العقد لا ينشأ خلوا من التأثير على صحة الاتفاق، أي أنه غلط يعيب العقد، ولكنه لا يعدمه، وبذلك فإن الجزاء المترتب عليه هو قابلية العقد المبرم للإبطال، وتندرج تحت هذا النوع من الغلط صورتان :

الصورة الأولى : هي التي ينصب فيها الغلط على مادة الشيء، وذلك كمن يشتري خاتما على أنه من ذهب في حين يظهر - في ما بعد - أنه من النحاس أو الحديد .

الصورة الثانية : وهي التي ينصب فيها الغلط على شخصية المتعاقد ذاتها على شرط أن تكون محل اعتبار أساسي في التعاقد، وذلك كمن يهب سيارة لشخص يعتقد أنه زميلا له ثم يتضح أنه مجرد شخص يحمل هذا الاسم.

- النظرية الحديثة في الغلط

لقد لحق نظرية الغلط تطور كبير، فظهرت على أساسه نظرية حديثة تنكر فكرة الغلط المانع للرضا، وتخرجه من نطاق الغلط لأنها ترى أن ذلك التصور يرجع في الواقع إلى تخلف التراضي على عنصر أساسي من عناصر العقد : ماهية العقد، أو المحل، أو السبب.

أما بالنسبة إلى الأحوال الأخرى من الغلط، فهي تفرق بين الغلط الدافع والغلط غير الدافع، فالغلط الدافع أو الجوهري هو الذي يدفع المتعاقد إلى الرضا بالعقد بحيث لو لم يقع فيه لما ارتضى إبرام العقد، والغلط غير الدافع أو غير الجوهري هو الذي يقع فيه المتعاقد دون أن يكون له تأثير على التعاقد.

وكخلاصة يترتب على ما سبق أن النظرية الحديثة أصبحت تأخذ بعين الاعتبار الغلط الدافع إلى التقاعد، فإذا ثبت أن إرادة المتعاقد قد شابها غلط بحيث أن الشخص ما كان ليرتضي العقد لو لم يقع فيه، فإن الغلط يصبح مؤثرا ويجعل العقد المبرم قابلا للإبطال ليس فقط في الحالات التي ينصب فيها على مادة الشيء أو على صفة جوهرية فيه، أو على شخصية المتعاقد بل وفي أية حالة أخرى.⁹⁷

- موقف المشرع الموريتاني من نظرية الغلط

بالرجوع إلى أحكام التشريع المدني الموريتاني في ما يتعلق بالغلط (المواد من 60- 65 قانون الالتزامات والعقود) نرى أن المشرع الموريتاني قد اعتمد كليا على النظرية الحديثة في الغلط، حيث اقتصر على الغلط الذي يعيب إرادة المتعاقد ويجعل العقد قابلا للإبطال، واشترط في هذا الغلط حتى يكون سببا لإبطال العقد أن يكون جوهريا، أي أن يكون قد بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فيه، ولعل هذا ما يؤخذ من المادة 9861 في نصها على أنه يشترط أن يكون

⁹⁷ عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام (نظرية العقد)، القاهرة، تاريخ الطبعة لم يذكر، ص 171 -

177.

⁹⁸ نص المادة 61 من ق.إ.ع.م هو : "يخول الغلط الإبطال إذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى الرضا.

الغلط في الشيء هو السبب الدافع إلى الرضا، سواء انصب الغلط على ذات الشيء أو نوعه أو صفة فيه.

وبذلك إذا وقع الغلط في صفة عرضية ثانوية فلا يؤثر في صحة العقد في حين أن الغلط إذا تعلق بصفة جوهرية في الشيء عاب الرضا وأتاح إمكانية طلب إبطال العقد⁹⁹ وتقدير ما إذا كانت الصفة جوهرية مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع وفقا لما تمليه ظروف الحال والغرض من التعاقد، المادة 64 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني .

- موقف المشرع الجزائري من نظرية الغلط ومقارنته بموقف المشرع الموريتاني

بالقاء نظرة تفحصية على أحكام الغلط في القانون المدني الجزائري نرى أن المشرع الجزائري سار على نفس الطريقة التي سار عليها المشرع الموريتاني، حيث أنه (المشرع الجزائري) ساير النظرية الحديثة في الغلط. فقد أهمل كلية الغلط المانع للرضا، واقتصر على الأخذ بالغلط الذي يعيب إرادة المتعاقد، ويجعل العقد قابلا للإبطال. كما أن المشرع الجزائري مثل نظيره الموريتاني اشترط في الغلط حتى يكون سببا لإبطال العقد أن يكون جوهريا (المادة 1/82 من القانون المدني الجزائري) وهو نفس المعيار الذي اعتمده النظرية الحديثة، إلا أن هذا المعيار الذي اعتمده المشرع الجزائري معيار ذاتي، فهو يقوم على البحث في مدى أثر الغلط على إرادة المتعاقد ذاتها.¹⁰⁰

فإن كان هو السبب الذي دفعها إلى التعاقد بحيث لولاه لما ارتضت إبرام العقد عد حينئذ غلطا جوهريا، أما إذا لم يكن هو الدافع إلى التعاقد فلا يعد غلطا جوهريا ومن ثم لا يؤثر في صحة العقد.

ومن خلال ما سبق من تحليل أحكام الغلط في التشريعين الجزائري والموريتاني يتضح أنهما يتفقان في اعتمادهما للنظرية الحديثة في الغلط. وكذلك في تحديدتهما للشروط التي يجب أن تتوافر في الغلط حتى يكون سببا لإبطال العقد، ولا غرو في أن يتفق التشريع الموريتاني في الكثير من النظريات مع نظيره الجزائري حيث يعتبر هذا الأخير كغير من تشريعات المغرب العربي مصدرا من مصادر التشريع الموريتاني.

⁹⁹ أحمد ولد عبد الدايم، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 104.
¹⁰⁰ نص المادة 64 من قانون الالتزامات والعقود هو: "على القضاة عند تقدير الغلط أو الجهل سواء تعلق بالحق أم الواقع، أن يراعوا ظروف الجالس".

وقبل أن نتجاوز نظرية الغلط يجدر بنا أن نجيب على تساؤل كثيرا ما تثيره هذه النظرية في مجال التطبيق، وهو : هل يشترط لإبطال العقد أن يكون الغلط فرديا، أي صادر ممن وقع في الغلط، أم يلزم فيه أن يكون مشتركا.

والإجابة على هذا التساؤل وإن كانت قد تطلبت من الفقه - في ما قبل - عناية عظمى، إلا أنها الآن صارت واضحة، ولم يبق بشأنها أي غموض في قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، ولا في القانون المدني الجزائري ولا في نظرائهم من القوانين العربية الأخرى. إذ يكفي أن يكون الغلط صادرا من جانب واحد حتى يؤدي إلى إبطال العقد (المادة 62 قانون الالتزامات والعقود).

وخلاصة كل ما تقدم أنه إذا وقع أحد المتعاقدين في غلط، وكان هو السبب الذي دفعه إلى التعاقد، بحيث لولاه لما ارتضت إرادته إبرام العقد اعتبر غلطا جوهريا وكان حينئذ سببا لإبطال العقد.

2- التدليس

التدليس هو تضليل العاقد باستعمال وسائل احتيالية تدفعه إلى التعاقد، بحيث لولاهما لما رضي بالتعاقد أو هو استعمال طرق احتيالية بقصد إيهام المتعاقد بأمر يخالف الواقع وجره بذلك إلى التعاقد.¹⁰¹

ويستفاد من هذا التعريف أن التدليس غلط ناشئ عن الحيل أي غلط مستتار وليس تلقائيا.¹⁰² وإذا كان السائد في الفقه أن الغلط يمكن أن يغني عن التدليس فإن التدليس لا يمكن أن يغني عن الغلط، إذ هناك تدليس لا يوقع في نفس المتعاقد غلطا ولا يؤثر في صحة العقد.

وباستقراء المادتين 72 و73 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني يتضح أن المشرع أجاز رفع دعوى إبطال العقد للتدليس لكنه رهن ذلك بضرورة تضافر شرطان هما : تعمد استخدام الحيل و أن تكون الحيل هي الدافعة إلى التعاقد.

¹⁰¹ راجع تعريف التدليس : السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 318. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 331. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 144. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 60. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 211. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 133.

¹⁰² محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج1، مصادر الالتزام، القاهرة، 1976، بند 230، ص 430.

- تعمد استخدام الحيل

لا بد أن يكون ما استخدم من خداع في التدليس يرقى إلى مستوى الحيلة التي من شأنها إخفاء الحقيقة عن الطرف الآخر، وتولد الغلط في ذهنه، وليكون التدليس كذلك اشترط فيه المشرع تضافر عنصرين : مادي ومعنوي.

- فأما العنصر المادي، فيتجلى في الطرق الاحتمالية التي تتخذ صوراً شتى، هدفها إخفاء الحقيقة وتضليل الطرف الآخر، ودفعه إلى تعاقد ما كان ليبرمه لولا الحيل والتضليل. ويعتبر من التدليس : السكوت عمداً عن واقعة أو ظرف اكتنف العقد، إذا كان يهم أحد أطرافه الإحاطة به. بحيث أنه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

- العنصر المعنوي : لا بد لقيام التدليس من وجود العنصر المعنوي إلى جانب العنصر المادي، ويتمثل العنصر المعنوي في نية التضليل، أي أن تكون وسائل التدليس قد استغلت بقصد تضليل الطرف الآخر، للوصول إلى غرض غير مشروع، فإن انتفت نية التضليل انتفى التدليس، فمثلاً لو استهدف أحد التجار إبراز محاسن بضاعته، استهواء للزبائن لا تضليلاً لهم، فإن نية التضليل هنا منتفية وبالتالي ينتفي التدليس.

- الحيل الدافعة إلى التعاقد

وتعني أن يكون المدلس عليه قد أبرم العقد نتيجة تأثره بالطرق الاحتمالية التي استعملها المدلس، وهذا ما تقتضيه المادة 72 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني التي نصت على أن التدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان ما لجأ إليه المدلس من حيل قد بلغ في طبيعته حداً لولاه لما تعاقد الطرف الآخر، وينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار أن المعيار في تقدير الطرق الاحتمالية المعتمدة معيار شخصي يجب أن تراعى فيه حالة الطرف المتعاقد (المدلس عليه) الشخصية من حيث السن، الجنس، المستوى الثقافي والاجتماعي والخبرة.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري وخصوصاً المادة 1/86 نرى أنه اعتد بالتدليس كسبب يؤدي إلى إبطال العقد، لكنه اشترط فيه ليكون كذلك شرطان هما : لجوء المدلس إلى استخدام الطرق الاحتمالية للتأثير في إرادة الغير، وأن يكون التدليس الذي وقع فيه الغير هو الدافع له إلى التعاقد.

هذا و بعد أن حللنا التدليس وبيننا الشروط المطلوبة فيه ليكون سببا للإبطال،
يجدر بنا أن نبين التدليس الذي يكون سببا للإبطال ذلك أنه ليس كل تدليس موضوعا
لطلب الإبطال ، وكذلك حكم التدليس الصادر من الغير ، و الجزاء المترتب على
التدليس ؟

– التدليس الذي يصلح لأن يكون موضوعا لطلب الإبطال ؟

إن الفقه يميز عادة بين نوعين من التدليس : التدليس الرئيسي أو الدافع،
والتدليس العرضي. فالتدليس الرئيسي أو التدليس الدافع هو الذي يحمل على التعاقد
بحيث لولاه ما كان الشخص يقدم على التعاقد وهو لذلك يؤدي إلى قابلية العقد
للإبطال.103

أما التدليس العرضي فهو لا يحمل على التعاقد، وإنما يقتصر على حمل
المتعاقد على قبول شروط في التعاقد أبهظ وأشد مما كان يرتضيه لو لم يضلل،
وبالتالي فإنه لا يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال بل إن كل ما هناك هو أن أثره يقتصر
على إلزام من تعاقد معه على دفع تعويض لجبر الضرر الذي أصابه من جراء ذلك
طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

هذا وإن كان الفقهاء قد اتفقوا على أن التدليس الرئيسي أو الدافع يؤدي إلى
إبطال العقد، فإنهم قد اختلفوا في الجزاء المترتب على التدليس العرضي إلى فريقين :

الفريق الأول : يرى هذا الفريق من الفقهاء أن التدليس العرضي أو غير الدافع
لا يصلح سببا للإبطال وإنما يحق للمدلس عليه أن يحصل على تعويض يتم إما برفع
أو بتخفيض الثمن المتفق عليه.

الفريق الثاني : وهو يذهب إلى أن التدليس غير الدافع يكون سببا للإبطال وهو
يرى أن التفرقة بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع مجرد تفرقة مصطنعة، ذلك
أن التدليس تضليل104 سواء دفع إلى التعاقد أو اقتصر أثره على القبول بشروط أبهظ،
فإنه يعيب الرضا، ويجيز طلب إبطال العقد.

وبإمعان النظر في نصوص قانون الالتزامات والعقود الموريتاني نرى أنه،
وعلى غرار نظيره الجزائري (المادة 1/86) وكذلك نظيره المصري (المادة 125)
والفرنسي (المادة 1116) قد تبنى وجهة النظر الفقهية الأولى، حيث نبذ التفرقة بين

¹⁰³ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة، المرجع سابق، ص 59.

¹⁰⁴ محمد سعيد جعفرور، نفس المرجع، ص 54.

نوعي التدليس، واكتفى بشرط أن يكون التدليس من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم المدلس عليه العقد (المادة 72 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني).

وإذا كنا قد عرفنا أن المشرع الموريتاني قد اعتد بالتدليس الصادر من أحد طرفي العقد كسبب للإبطال، فيجدر بنا أن نعرض حكم التدليس الصادر من الغير.

- حكم التدليس الصادر من الغير

المفروض هنا أن شخصا من غير المتعاقدين هو الذي استعمل الحيل التي دفعت المدلس عليه إلى إبرام العقد. إن نص المادة 72 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني يقرر أن التدليس في هذه الحالة لا يعيب الإرادة، وليس لمن تضرر منه المطالبة بإبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد معه كان على علم، أو يفترض فيه أنه على علم بذلك¹⁰⁵، وهذا أيضا ما يتفق مع نص المادة 87 من القانون المدني الجزائري¹⁰⁶.

إلا أنه حيث يثبت ضحية التدليس، علم الطرف الآخر أن الغير صدرت منه حيل تدليسية لولاها ما تعاقد يكون له أن يطالب بإبطال العقد.

وعبء إثبات حصول التدليس من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه به إذا كان واقعا من الغير يقع على عاتق من يدعي التدليس، فإذا أثبت المدلس عليه ذلك كان المتعاقد معه متواطئا مع هذا الغير في استعمال الحيل، أما إذا لم يثبت ذلك فإنه لا يحق له طلب إبطال العقد، وكل ما هنالك أن المدلس عليه يستطيع الرجوع بالتعويض على الغير الذي صدر منه التدليس¹⁰⁷.

هـ - حكم التدليس الصادر من ناقص الأهلية ؟

لا نزاع في مسؤولية ناقص الأهلية إذا ارتكب تدليسا لإبهام الطرف الآخر بصحة وقائع كاذبة لحمله على التعاقد، لأن المسؤولية في هذه الحالة لا تعاقدية، وحكمه فيها حكم سائر الناس، إذ لا يشترط في تطبيق قواعد المسؤولية اللا تعاقدية توافر أهلية الأداء كاملة، بل يكفي فيها بأهلية التمييز.

¹⁰⁵ أحمدو ولد عبد الدايم، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 112.

¹⁰⁶ وهو ما تقرره نصوص المواد 126 من القانون المدني المصري، 127 من القانون المدني السوري، 126

من القانون المدني الليبي، 122 من القانون المدني العراقي، 148 من القانون المدني الأردني، 209 موجبات

وعقود لبناني، والمادة 56 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

¹⁰⁷ محمد سعيد جعفر، مرجع سبق ذكره، ص 63.

غير أن النزاع يثار في الحالة التي يقوم فيها ناقص الأهلية بإبهاام المتعاقد معه بأنه كامل الأهلية. سواء كانت وسيلة التدليس هي استعمال طرق احتيالية أو كانت مجرد الكذب.

وإذا ما عدنا إلى قانون الالتزامات والعقود الموريتاني نجد أنه أجاز لناقص الأهلية الذي لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته¹⁰⁸، أن يطالب بإبطال العقد وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض في هذه الحالة، ويبدو أن المشرع الموريتاني في هذه المسألة قد ساير المشرع المصري الذي نص هو الآخر في المادة 119 منه، على حق ناقص الأهلية في طلب إبطال العقد الذي استخدم فيه طرقا احتيالية لإخفاء نقص أهليته. وذلك عكس المشرع الجزائري الذي سكت عن هذه الحالة وجاء خاليا من أي نص يشير إلى حالة لجوء ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته.

- الجزاء المترتب على توافر التدليس

إن الجزاء الطبيعي لتوافر التدليس هو إبطال العقد، وذلك في حالة ما إذا تمكن المدعي من إثبات التدليس، وهذا ما يستفاد من أحكام المادة 72 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني التي تنص على أن "التدليس يخول الإبطال إذا كان ما لجأ إليه من حيل أحد المتعاقدين أو نائبه... الخ".

لكن التمسك بالإبطال في مثل هذه الحالة ليس أمرا إلزاميا بالنسبة إلى الطرف المدلس عليه، إذ يمكن له أن يلجأ إلى رفع دعوى يطلب فيها التعويض فقط عن الضرر الذي يكون قد لحقه من جراء التدليس لأن التدليس يعتبر عملا تقصيريا يبرر تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية¹⁰⁹.

-3

الأصل أن الشخص حر في إبرام العقد طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، لكن قد يتعرض لضغط يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد خشية الأذى، ويمكن تعريف الإكراه بأنه : "عبارة عن وسائل الشدة والتخويف التي يمارسها شخص ضد شخص

¹⁰⁸ نص المادة 27 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني هو : "يجوز الطعن في الالتزام من الوصي أو من القاصر بعد بلوغه رشده إذا كان هذا الأخير قد استعمل طرقا احتيالية من شأنها أن تحمل المتعاقد الآخر على الاعتقاد برشده. ويبقى القاصر مع ذلك ملتزما طبقا للشروط المقررة في المادة 30 ق.إ.ع.م.
¹⁰⁹ هذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في نقض صادر عنها من الغرفة المدنية الأولى في فبراير 1975، وقد أشار لهذا الحكم الدكتور حبار محمد في رسالته، نظرية بطلان التصرف القانوني، ص 271.

آخر لإلزامه كرها على الرضا بالعقد، والتي تولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد خشية الأذى".¹¹⁰

فالإكراه من خلال هذا التعريف هو تعاقد تحت سلطان الرهبة التي تتولد تحت التأثير بالشعور بجدية التهديد بالخطر، فالإكراه يمس الإرادة في أهم مرتكزاتها المتمثل في القدرة على الاختيار وحرية، وقد ذهب الفقه إلى التمييز بين نوعين من الإكراه¹¹¹ تبعا لمدى التأثير على الإرادة.

-إكراه مادي (مطلق) : وهو معدم للإرادة، يترتب عليه تناقض، بين حقيقة الإرادة وطريقة التعبير عنها، إذ أن المكره يقصد التعبير ولا يريد مضمونه مما يفضي إلى صدور تعبير لا يترجم بحق الإرادة التي ينسب إليها. ومثال ذلك أن يمسك أحد الأطراف بيد الآخر ليجبره على توقيع وثيقة لا يرضاها.

- إكراه معنوي (نسبي) : وهو إكراه معيب للإرادة، فتكون فيه موجودة وإن اعترافها الفساد لمجيئها وليدة الرهبة.

وقد عالج المشرع الموريتاني الإكراه في المواد من 66 إلى 71 من قانون الالتزامات والعقود. ويلاحظ من خلال هذه المواد أن الإكراه الذي عناه المشرع هو إكراه لا يعدم الرضا أصلا، كما هي الحالة في الإكراه المادي، وإنما هو الإكراه الذي يعيب الإرادة فقط. كما هو الحال في الإكراه المعنوي، ويجدر التنبيه إلى أنه لا يمكن أن يوصف إجراء ما بأنه إكراه مفسد للرضا إلا إذا توافرت فيه شروط معينة نص عليها المشرع الموريتاني، هي :

- استخدام وسيلة من وسائل الإكراه :

لا يشترط في وسائل الضغط أن تتخذ شكلا معينا. فقد تكون حسية مادية، كالتهديد الذي يقع على الجسم بالضرب والتعذيب والقتل. وقد تكون غير حسية، لا تقع على الجسم بل تصيب الشخص في كيانه الأدبي وتمس الشرف والكرامة والسمعة كالتهديد بإفشاء سر وإحداث ألم نفسي بخطف أحد أقاربه أو تعذيبه أو نحو ذلك.

¹¹⁰ راجع تعريف الإكراه في : السنهوري، الوسيط ج1، المرجع السابق، ص 334. سليمان مرقس، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ط 1، 1960، ص 273. ونظرية العقد ط 1956، ص 259. عبد المنعم فرج صدة، المرجع السابق، ص 346. زهدي يكن، المرجع السابق، ص 20. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 64. حسن الذنون، نظرية العقد، ط 1956، ص 40.

¹¹¹ عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الالتزام، ط1، 1951 - 1952، ص 285. وكذلك الدكتور أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 169.

ولا أهمية لما إذا كانت وسيلة الضغط موجهة إلى المتعاقد (في نفسه أو ماله أو شرفه) أو موجهة إلى أحد أقاربه، إذ العبرة بأن يكون لهذا في نفس المتعاقد من المنزلة ما يجعل إرادته تفسد بسبب خطر يهدده فيقدم على التعاقد لدرء هذا الخطر.

و مما لا شك فيه أن الإكراه بالوسائل السابقة يعرض العقد للقابلية للإبطال. وتقدير وسائل الإكراه ومدى جسامتها وتأثيرها في نفس المتعاقد، أمور موضوعية، في تقديرها تستقل محكمة الموضوع دون رقابة عليها من المحكمة العليا.

وقبل أن نخرج عن وسائل الإكراه لا بأس أن نوضح أثر النفوذ الأدبي، إذ نصت المادة 71 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني على أن "الخوف الناشئ عن الاعتبار لا يخول الإبطال إلا إذا انضمت إليه تهديدات جسيمة وأعمال عنف". ولذلك فالسلطة الأدبية رغم ما يترتب عليها من شعور بالذنب حين عدم الانصياع لأوامر وتوجيهات من تلزم طاعته أدبيا، لا يترتب عليها إكراه أدبي، من ذلك مثلا نفوذ الأب على أبنائه والزوج على زوجته، والنفوذ الأدبي لا ينهض أساسا لقيام الإكراه ما لم ترافقه تهديدات جسمية، أو أفعال تشكل في مجموعها وسيلة ضغط من شأنها خلق رهبة، حينها يلحق بالعقد عيب يصيره قابلا للإبطال.¹¹²

- أن تكون وسائل الإكراه من شأنها أن تحدث رهبة

لا يكفي لتحقيق الإكراه المعيب للإرادة وقوع ضغط على إرادة الشخص، بل إن العبرة هي الأثر الذي يترتب على هذا الضغط فيلزم أن يبعث الضغط في نفس الشخص رهبة بينة تجعله خائفا مضطربا. وتجعل عقده قابلا للإبطال لعدم سلامة إرادته، نظرا لشعوره بأن خطرا ما يهدده. فما يعيب الإرادة إذا هو الخوف أو الرهبة التي يبعثها الإكراه في النفس وليس الإكراه ذاته، فالإكراه لا يعدو أن يكون الأداة التي تعيب الإرادة وليس هذا العيب ذاته، وهذا ما حمل بعض الفقهاء على تفضيل لفظ (الرهبة) على لفظ (الإكراه) والمقصود بالرهبة البينة الخشية التي تؤثر في إرادة الشخص، بحيث تدفعه إلى إبرام تصرف ما كان ليرغب فيه لولاها.¹¹³

ويعتد بالإكراه وإن لم يكن واقعا على المتعاقد، وإنما على شخص يرتبط به عن قرب، فالخطر الذي يحرق بشخص يحرص المتعاقد على إنقاذه. مسوغ للقول أن صاحبه تعاقد مكرها، والسلطة متروكة للقاضي في تقدير ذلك الارتباط ومداه، ومن ما يسوغ هذا القول غياب الطابع الحصري لنطاق الإكراه في أحكام المادة 70 من قانون

¹¹² مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج1، مصادر الالتزام، ط2، 1972، ص 195.

¹¹³ عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص 355.

الالتزامات والعقود الموريتاني، وقياسا على التشريعات العربية التي مدت هذا النطاق إلى غير الأقارب كالأصدقاء، إذ جاء النص فيها عاما مطلقا محررا من أي تخصيص، ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة 2/127 من القانون المدني المصري "وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال".

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نرى أنه قصر نطاق الإكراه على الشخص المتعاقد نفسه، وأحد أقرابه دون أن يمد ذلك إلى غير الأقارب كالأصدقاء، وهو بهذا يخالف كافة التشريعات العربية كما سبق.

- أن تكون الرهبة هي الدافع إلى التعاقد

يجب أن تكون الرهبة التي بعثها الإكراه في نفس المكره هي السبب المباشر الذي حمله على التعاقد، بمعنى أنه لولاها لامتنع عن إبرام العقد. 114 أما إذا ثبت أن هذا الشخص كان سيقدم على التعاقد بنفس الشروط التي أبرمه بها ولو لم يسلط عليه سيف التهديد، وذلك لمصلحة وجدها في إبرامه فإن الإكراه المعيب للإدارة لا يتحقق حينئذ، فلا يكون العقد قابلا للإبطال لأن شرط المادة 67 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني لم يتحقق، وهو ضرورة أن يكون سبب التعاقد الوحيد هو الرهبة التي تولدت في نفس المكره.

وإثبات كون الرهبة قائمة على بينة أو على أساس يقع على عاتق من يتمسك بالإكراه بغية إبطال العقد، وله أن يثبت ما يدعيه بجميع طرق الإثبات، والأمر بعد متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، لأن ذلك لا يعدو أن يكون مسألة واقع، فلا تعقيب عليه من المحكمة العليا، طالما بنى حكمه على أسباب سائغة معقولة.

- وقوع الرهبة بدون حق أو أساس شرعي

يتخذ الرأي السائد في الفقه من الغرض المراد الوصول إليه من وراء الإكراه معيارا لتحديد ما إذا كان الإكراه بحق أو بغير حق، فإذا كان هذا الغرض غير مشروع تحقق الإكراه، وإلا فلا، ويستوي بعد ذلك أن تكون وسيلة الضغط مشروعة أو غير مشروعة ما لم تصل إلى حد ارتكاب الجريمة. 115

¹¹⁴ مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 122.

¹¹⁵ محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 83.

- فإذا كان الغرض من الإكراه مشروعاً فلا يعتبر أنه وقع بدون حق ولا يبطل العقد بسبب الإكراه، ويتحقق ذلك حين يضغط شخص على إرادة آخر عن طريق المطالبة بحق له عليه، أو عن طريق استعماله حقه ما دام لا يقصد من وراء ذلك إلا الوصول إلى هذا الحق.

فعندئذ يكون الإكراه مشروعاً، ولعل هذا ما يؤخذ من نص المادة 66 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، فبعد أن عرفت الإكراه بأنه "إجبار شخص شخصاً آخر"، أضافت أن هذا الإجبار يتعين أن يكون "بدون حق". وجاءت المادة 68 وأقرت قاعدة عامة مفادها أن الخوف الناتج عن التهديد بالمطالبة القضائية أو عن الإجراءات القانونية الأخرى لا يخول الإبطال.

ولعل نفس المعنى يستفاد أيضاً من المادة 88 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

- أما إذا كان الغرض من الرهبة أو الإكراه غير مشروع فيعتبر أنه قد وقع بغير حق، فمثلاً إذا تعهد المدين، تحت تهديد الدائن له بالحجز، بدفع مبلغ أكثر من الدين، أو بأن يبيع له عينا بثمن بخس، كان تعهده قابلاً للإبطال بسبب الإكراه.

وبهذا نرى أن استعمال وسائل الضغط للوصول إلى الحق، أو للحصول على المصلحة المشروعة التي يسمح القانون بالتهديد من أجلها، دون شطط أو إسراف، أو تعسف، إنما هو أمر جائز، وقد قدر المشرع أن المصلحة في أن يتغاضى عن فساد الإرادة إذا جاء نتيجة إكراه مشروع. 116

وتحديد ما إذا كان الضغط بحق أو بدون حق، وبالتالي تحديد ما إذا كان الإكراه مشروعاً أو غير مشروع، يعتبر من مسائل القانون، يخضع القاضي بصدده لرقابة المحكمة العليا متى كانت وسائل الإكراه مبينة في الحكم، لأن هذا التحديد يكون هو الوصف القانوني المعطى لواقعة معينة يترتب على ما قد يقع من الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون. 117

¹¹⁶ عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص 367.
¹¹⁷ عبد الفتاح عبد الباقي، نفس المرجع، ص 372. وأنظر حكم محكمة النقض المدني المصرية في 31 مارس 1976، مجموعة النقض، ص 815، الذي جاء فيه ما يلي: "يجب أن يكون الضغط الذي تتولد عنه في نفس المتعاقد الرهبة غير مستند إلى حق، حتى لو سلك في سبيل ذلك وسيلة غير مشروعة"، هذا الحكم أورده محمد سعيد جعفر في كتابه الذي سبق ذكره، ص 84.

يتحقق الغبن في حالة عدم تعادل أداءات الطرفين، أي عدم التناسب بينما يقدمه العاقد وما يحصل عليه من جراء إبرامه للعقد، وذلك في عقود المعاوضة، مما يخرج إمكانية الاعتداد بالغبن في عقود التبرع، كما تستبعد فكرة الغبن في العقود الاحتمالية.

والغبن عيب عقدي لا يتعلق بأطراف العقد، وإنما بموضوعه¹¹⁸، وقد تطرق المشرع الموريتاني لأحكامه في المادتين 75 و 76 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، ومن خلالهما يتضح أن الأصل وفق التشريع الموريتاني أن الغبن المجرد من التدليس لا يخول إبطال العقد وهي القاعدة العامة وإن كانت لها استثناءات، منها المرتبط بالحالة التي يلحق فيها الغبن قاصراً أو ناقص الأهلية، بحيث يكون الغبن سبباً للإبطال، ومنها المتعلق بالغبن الذي يكتنفه تدليس.

لذلك سنعرض القاعدة العامة التي تقضى بعدم الاعتداد بالغبن المجرد سبباً للإبطال على أن نبين الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة.

عدم الاعتداد بالغبن المجرد سبباً للإبطال :

وفق أحكام المادة 75 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني فإن "الغبن لا يخول الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل معه..."

وبهذا فإن الغبن المجرد الخالي من التدليس لا يخول الإبطال بالنظر إلى أن التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين لا يعد شرطاً في العقد، ثقة في ما جبل عليه الناس من حرص على مصالحهم ومنافعهم الذاتية، وفي ذلك خير ضمان لإقامة التوازن بينهم، وبكيفية أكبر جدية، مما يؤكد أهمية اشتراط اكتناف الغبن تدليسا كي يعتد به سبباً للإبطال، والظاهر أن المادة 75 لم تشترط حداً للغبن، فجاءت المادة 76 مبينة أن حده الأدنى الثلث بين الثمن المذكور وقيمة الشيء الحقيقية، مما يعني إفساح سلطة تقديرية للقضاة في ما يتعلق بالغبن الذي يكتنفه التدليس. ويتضح أن المادة 75 لم تقم

¹¹⁸ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 93.

أيضا وزنا للغبن الصادر من الغير على عكس التدليس الذي اعتدت به المادة 72 متى صدر من الغير.

ثانيا : الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم الاعتداد بالغبن المجرد

إذا كانت القاعدة العامة التي اعتد بها المشرع الموريتاني أن الغبن المجرد لا يعد سببا للإبطال فإن هذه القاعدة لا تحمل على إطلاقها وإنما يرد عليها استثناءان هما :

أن الغبن المقترن بتدليس يتيح إمكانية الإبطال حسب المادة 75 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني ، بمعنى أن الطرف الآخر إذا استعمل تدليس كان هو سبب الغبن، عد الغبن في هذه الحال أساسا للمطالبة بإبطال العقد¹¹⁹ وتوحي هذه المادة بأن الاعتداد بالغبن رهين بوجود تدليس دفع إلى التعاقد، على أن التدليس إذا كان عرضا ليس بدافع إلى التعاقد، لا يتيح إمكانية الإبطال، أنظر المادة 73 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني.

الاستثناء الثاني هو أن الغبن المجرد يتيح الإبطال إذا تعلق بقاصر أو ناقص أهلية وقد أقر المشرع هذا الاستثناء في المادة 76 التي أحال إليها في المادة 75، حيث نصت على أن : "الغبن يخول الإبطال إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص أهلية...".

مما يعني أن الغبن المجرد يتيح إمكانية إبطال العقد إذا لحق قاصرا أو ناقص أهلية، حتى ولو تصرف بمعونة وليه أو مساعده القضائي. والظاهر أن المعنى بذلك القاصر المميز بالنظر إلى أن القاصر غير المميز عديم الإرادة.

ومن وجهة نظرنا أن مسلك المشرع الموريتاني في اعتباره الغبن عيبا من عيوب الإرادة كان مسلكا غير صائب، ذلك أن الغبن عيب في العقد وليس عيبا يصيب إرادة المتعاقد، ولذلك كان الأجدر بالمشرع الموريتاني أن ينحو نحو نظيره الجزائي الذي اعتد بالاستغلال كعيب من عيوب الإرادة عكس الغبن¹²⁰، ولهذا كان مسلكه صائبا، لأن الاستغلال حقا عيب من عيوب الإرادة، يمكن وضع قاعدة عامة بشأنه، كما هو الأمر بالنسبة إلى سائر عيوب الإرادة الأخرى.

¹¹⁹ أمأمون الكزيري، مرجع سابق ، 127

¹²⁰ أنظر في التمييز بين الغبن والاستغلال .محمد سعيد جعفرور - مرجع سابق- ص.92

: نظرية الانعدام

للعقد طبيعته الخاصة باعتباره أحد نوعي التصرف القانوني، كما أن له موضوعا يستحيل بدونه أي وجود واقعي له، ولكل من الطبيعة والموضوع عناصر لازمة يترتب على عدم توفرها انعدام وجود العقد في رأي بعض الفقه¹²¹.

ويضيف البعض الآخر إلى هاتين المسألتين الغرض الذي يسعى إليه المتعاقدان ليقول بأن العقد يقوم على أركان إذا لم تتوافر صار منعدما¹²² في حين يتطلب فريق آخر من الفقه ضرورة وصف الانعدام بأنه الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان التصرف القانوني والتي لا وجود له بدونها.¹²³

والبحث في تاريخ نشأة الانعدام يستلزم التعرض لأراء الفقهاء العربي والفرنسي.

- فمن الفقهاء العرب من يذهب إلى أن لنظرية الانعدام أصلا في الفقه الحنفي، حين يقرر أن "كل عقد يجب أن يرتكز أساسا على طرفين وموضوع، فإذا تخلف أحد أركانه فإن العقد يعتبر كأنه منعدم (غير منعقد).

- أما الفقه الفرنسي فإنه ينكر ظهور نظرية الانعدام في الشرائع القديمة، ويربط نشوؤها بظهور الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي في حين أن البعض منهم يقرر أنها لم تظهر إلا في مرحلة لاحقة في كتابات أو بري ورو وبودي الكنتري وغيرهم.

وإذا أعدنا النظر في الرأيين السابقين، يتضح أن الحقيقة في جانب أنصار الرأي الثاني وذلك للأسباب التالية :

إن الفقهاء الفرنسيين وبعض الفقهاء الذين ذهبوا معهم في هذا الاتجاه قرروا أن نظرية الانعدام لم تكن معروفة في الشرائع القديمة، وأرجعوها إلى الأعمال التحضيرية في رأي، أو إلى كتابات الفقهاء اللاحقين في رأي آخر على نحو ما تقدم.

¹²¹ محمد جمال الدين زكي، دروس في النظرية العامة للالتزام، المرجع سابق، ص 246.

¹²² محمد كامل مرسي، مرجع سابق، بند 247، ص 498.

¹²³ جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني،- مرجع سابق، بند 117، ص 332.

أن الشريعة الإسلامية لم تعرف سوى نظرية البطلان، ذلك أن لكل عقد فيها أركاناً يقوم عليها، فإذا تخلف أحدها كان العقد باطلاً لتخلف جزء من ماهيته، ويدعم ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يستخدموا تعبير العقد المنعدم بل وصفوا العقد الباطل بأنه غير منعقد.

كما أن صاحب الرأي الأول حين استطرد قائلاً أن العقد يعتبر باطلاً لتخلف أحد أركانه وهذا البطلان يفضي كما هو الشأن في القانون الفرنسي إلى الانعدام الكلي لآثاره¹²⁴ فكأنه يتكلم عن انعدام الآثار لا عن انعدام المصدر، ومع ذلك فإذا كان الأمر مجرد اصطلاح فإنه لا مانع من القول به كمرادف للبطلان لا كنظرية مستقلة.

وقد ذهب رأي آخر في الفقه مذهباً غير مألوف، ذلك أنه أنكر بادئ ذي بدء ما يعرف بالانعدام، وفند حجج القائلين به، بيد أنه حين تعرض للعقد الذي ينعدم فيه أحد أركانه التي ينص عليها القانون، أو التي يقتضيها الواقع قال إنه عمل قانوني ناقص وحجته في ذلك أنه من غير المنطقي وصف عقد يبرز إلى حيز الوجود بأنه عقد منعدم، إذ أن مجرد وجوده حتى مع عدم استكمالها لكافة العناصر يفيد أنه موجود ولكن ذلك الوجود يكون ناقصاً إذ أن فكرة العدم هي ضد فكرة الوجود الكلي أو الجزئي

وحسب وجهة نظرنا أنه لا يوجد ما يسمى بالانعدام لأن الانعدام قد ظهر في فرنسا كمخرج من القاعدة التي تقرر أن 'البطلان لا يلحق الزواج بغير نص'. فابتعدت تلك القاعدة لتكون مرتبة أشد من البطلان، ويمكن تقريرها بدون حاجة إلى نصوص، ويتضح ذلك مما يورده الفقه الفرنسي من أن لعقد الزواج شروط ثلاثة تعتبر ضرورية لانعقاده وهي : وجود تراضي حقيقي - واختلاف الجنس - وإتباع المراسيم الشكلية، فإذا تخلف أحد هذه الأركان فإن العقد لا يصبح باطلاً فحسب وإنما يصير منعدماً.²

ثم أجرى الفقهاء بعد ذلك هذا الحكم على كافة التصرفات القانونية، وصاغوا منه قاعدة عامة مفادها "أن التصرف الذي لا يستجمع أركانه المادية المتطلبية في طبيعته أو موضوعه يصبح من الصعب تصور وجوده، فلا يمكننا تصور اتفاق دون تطابق إرادتي طرفيه، ولا وجود عقد بيع دون وجود الشيء المبيع والثمن"، و لا يقدر في هذا ما يقرره أنصار نظرية الانعدام من أن الانعدام ليس في حاجة إلى حكم يقرره بينما البطلان المطلق يتطلب صدور حكم حتى يعتبر كأن لم يكن.

¹²⁴ شفيق اشحاتة، البطلان في الفقه الإسلامي الحنفي والقانون الوضعي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،

1963، السنة الخامسة، العدد الأول، ص 2.

2- جورج سيوف، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج 1، بيروت، 1960، بند 186، ص 284 وما بعدها.

وقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات من أهمها :

أنها غير دقيقة : ومظهر ذلك أن الفقهاء الذين قالوا بها لم يستطيعوا الإتيان بحالات من الواقع محددة على سبيل الحصر يمكن تطبيقها عليها.

أنها غير مفيدة : وسبب ذلك أن الآثار التي تترتب على الانعدام (والتي تتمثل في حق إثارته من كل ذي مصلحة، واستحالة إجازة أو سقوطه بالتقادم) هي نفس الآثار التي يرتبها عموما البطلان المطلق.

أن الحجة التي قيل بها من أن البطلان يجب أن يصدر بشأنه حكم القضاء وأن الانعدام لا يتطلب ذلك، هي حجة غير صحيحة، ذلك أن اللجوء إلى القضاء أو الاستغناء عنه لا يرتبط بالانعدام، أو البطلان، بل بموقف ذوي الشأن، يستوي في ذلك أن يكون العقد منعدما أو باطلا، إذ أن الأمر لا يخلو من أحد الفرضين التاليين : إما أن يحصل اتفاق على تنفيذه أو على عدم تنفيذه، وفي هذه الحالة لا يثار إشكالا، وإما أن يحصل نزاع وحينئذ ترفع دعوى بصدده وعلى القاضي الذي طلب منه الحكم بالتنفيذ أن يتحقق من توافر الشروط المتطلبة قانونا أو عدم توافرها، وفي حالة ما إذا تبين للقاضي أن لا مجال للتنفيذ حكم برفض طلب تنفيذ العقد.

وخلاصة ما تقدم أن نظرية الانعدام نظرية خالية من أي مضمون قانوني، وسبب ذلك أنها نظرية تتناقض مع المنطق، وتتنافى مع مقتضيات العمل، ولا يعمل بها القضاء لذلك صح عدم اعتداد غالبية التشريعات العربية بها بما في ذلك التشريع الموريتاني ونظيره الجزائري.

: مقارنة بين التشريعين الموريتاني والجزائري في تقسيمهما

للبطلان

يتضح من خلال دراسة أحكام البطلان في التشريعين الموريتاني والجزائري أنهما يتفقان إلى حد التطابق في الكثير من الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع، ولا غرو في ذلك إذ أن التشريعين يتحدان في مصادرهما. ذلك أنهما يعودان جميعا إلى الشريعة الإسلامية كمصدر لهما وكذلك القانون الفرنسي وبعض القوانين العربية الأخرى السابقة للظهور عليهما مثل القانون المصري، بل أكثر من ذلك فإن التشريع الجزائري يعتبر مصدرا لنظيره الموريتاني مثله في ذلك مثل غالبية تشريعات دول المغرب العربي. هذا وإن كان التشريعان اتفقا في أحكام البطلان وخصوصا في اعتمادها التقسيم الثنائي إلا أن هذا الاتفاق لا يمنع من وجود بعض الفوارق والاختلافات الجزئية التي تتضح بالدراسة والتحليل من أهمها ما يلي :

- أن المشرع الجزائري يشترط في محل الالتزام إذا كان شيئاً مستقبلاً أن يكون محققاً عكس التشريع الموريتاني الذي لم يشترط التحقيق في المحل المستقبلي، ولعل هذا الاشتراط من المشرع الجزائري هو ما سبب له انتقادات حادة من بعض الأساتذة الذين تناولوه بالشرح.

- يختلف التشريعان في رؤيتهما للسبب حيث أن المشرع الموريتاني اعتد بالسبب كركن مستقل في العقد مثله مثل ركني التراضي والمحل، في حين أن المشرع الجزائري أدخل السبب في نطاق المحل، وهو بذلك انتهج نهجاً غير سليم، إذ أن لكل من المحل والسبب ذاتيته الخاصة به، فهما أمران متميزان عن بعضهما البعض يترتب على عدم استيفاء كل منهما الشروط التي يحددها له القانون بطلان العقد بطلاناً مطلقاً.

: نظرية وحدة البطلان ومناقشتها

إن نظرية وحدة البطلان تعتبر إحدى النظريات التي اعتمدها بعض الفكر القانوني العربي، إذ أن الأستاذ السنهوري يعتبر أول من قال بها، وعنه أخذ الأستاذ جميل الشرقاوي الذي حاول أن يجسد معالمها في رسالته سنة 1953. ثم طورها في مؤلفه "مصادر الالتزام" 125، وسنعرض هذه النظرية حسب ما يراها جميل الشرقاوي وذلك في فروع ثلاثة : الفرع الأول نتناول فيه النقد الذي وجهه جميل الشرقاوي إلى التقسيم الثنائي ومناقشته، ثم نعرض في فرع ثاني ماهية وحدة البطلان ومناقشة معطياتها. على أن نبين في الفرع الثالث موقف الفقه العربي المعاصر منها.

: نقد التقسيم الثنائي ومناقشته

إن التقسيم الثنائي للبطلان (أي تقسيمه إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي) الذي استقرت عليه غالبية الفقه لم يلق تأييد فريق من الفقه مثل الدكتور جميل الشرقاوي الذي انتقده بشدة. فهو حين تأصيله للبطلان وتحديد ماهيته، بدأ باستبعاد نظرية الانعدام، ثم اتجه بعد ذلك إلى التفرقة المستقر عليها في الفقه الحديث والقائمة على تنويع البطلان إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي، فحاول نفيها عن طريق انتقادها بكل قوة، وسأعرض لهذه الانتقادات من خلال حصرها ومعرفة مدى صحتها.

I- الانتقادات الموجهة إلى التقسيم الثنائي

وهذه الانتقادات حسب جميل الشرقاوي يمكن حصرها في التالي :

¹²⁵ جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، بند 78، ص 220.

إن المعيار المقترح من بعض الفقه والذي خلاصته أن البطلان يكون مطلقا إذا تخلف ركن في التصرف ويكون نسبيا إذا تخلف شرط عن أحد الأركان معيار غير صالح لتوزيع حالات البطلان بين البطلان المطلق والبطلان النسبي.

لأن التفرقة في نظره، بين تخلف ركن في التصرف وتخلف شرط فيه يتعذر القيام بها. لأن الأمر لا يزيد في اعتقاده عن كونه تخلفا لشرط قانوني في تلك الصورتين¹²⁶.

أما الانتقاد الثاني هو أن الفقه نفسه لم يطبق المعيار السابق الذي اقترحه، فهو لا يقصر البطلان المطلق على تخلف الركن نفسه، بل يجعله جزاء على تخلف الشروط الواجب توافرها في أركان التصرف كعدم تعيين المحل، أو مخالفة السبب للنظام العام.¹²⁷

أما الانتقاد الثالث فهو أن الفقه القائل بنوعي البطلان لم يتفق على معيار حاسم يمكن بمقتضاه التمييز بينهما، وعدم الاتفاق ذاته حسب الشراقي، يعتبر دليلا كافيا على عدم صحة الفصل بين نوعي البطلان¹²⁸، بل إن بعض التحاليل المقترحة ليست إلا محاولة تصنيف أسباب البطلان، ومن قبيل ذلك أن ما يقول به الفقه من أن البطلان المطلق هو " "نتيجة لتخلف أركان التصرف أو عيبها ما عدا عيب ركن الرضا لا يضع معيارا، بل يقتصر فقط على توزيع حالات البطلان على قسميه.

أن القول بالوجود القانوني المؤقت للتصرف القانوني الباطل بطلانا نسبيا إلى أن يقضي ببطلانه، وجعل زوال هذا التصرف ذا أثر رجعي بعد الحكم بالبطلان - أي اعتباره كأن لم يكن - ينطوي على تناقض واضح¹²⁹ لأن الرجوع بأثر الحكم بالبطلان إلى تاريخ إبرام التصرف، وإزالة كل أثر ترتب على افتراض قيام هذا التصرف يعني أن هذا التصرف كان معيبا منذ إنشائه، بحيث لم يكن صالحا لترتيب آثاره القانونية منذ البداية.

وهذا الحكم يتفق مع معنى البطلان، لأن المسلم به أن البطلان يترتب على عيب مصاحب لنشأة التصرف، يستوي في ذلك أن يكون بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا. فكيف نقول بوجود قانوني مؤقت لتصرف كان باطلا منذ نشأته؟

¹²⁶ الشراقي، الرسالة، مرجع سابق، بند 120، ص 340. وفي مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 217.

¹²⁷ الشراقي، الرسالة، بند 120، ص 340-341.

¹²⁸ الشراقي، الرسالة، بند 129، ص 365.

¹²⁹ الشراقي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 217.

ويرى صاحب هذا الرأي أن هذا التناقض لن يحل إلا بأحد أمرين :

أولهما : اعتبار البطلان النسبي سببا لانقضاء التصرف أي اعتبار التصرف صحيحا منذ نشأته ويصير غير موجود منذ صدور الحكم ببطلانه دون حاجة إلى فكرة الرجعية لأنها تتنافى ومعنى البطلان الذي يفيد عدم وجود التصرف كلية، وعدم قيامه إطلاقا.

ثانيهما : وجوب نبذ فكرة الوجود القانوني المؤقت للتصرف الباطل بطلانا نسبيا لأن سبب البطلان مصاحب لوقت نشأته¹³⁰ وانعدام وجود التصرف منذ البداية أمر يترتب بالضرورة على معنى دون حاجة إلى الاستعانة بفكرة الرجعية.¹³¹

أن الفقه القائل بتقسيم البطلان إلى مطلق ونسبي مستقر على اتحادهما في الأثر، إذ أن كل منهما يهدم التصرف منذ لحظة إنشائه ويزيل كل آثاره، فيمتنع ما لم يتم تنفيذه بعد، ويسترد ما نفذ منه، وتقتضي هذه المساواة في الأثر بين نوعي البطلان، ضرورة اتحادهما ليس في الطبيعة فحسب، بل وفي الشدة أيضا، لأنه لا يتصور أن يكون أحد نوعي البطلان أكثر شدة من الآخر في حين أن آثارهما واحدة.

إن التقنين المدني المصري قد استخدم بدل اصطلاح البطلان النسبي تعبير القابلية للإبطال وبرغم أن الأعمال التحضيرية لهذا التقنين تقطع بأن المشرع المصري قد تبنى التقسيم التقليدي القائم على تنوعه إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي، فإن تجنبه هذه التسمية الفقهية تساند نظرية وحدة البطلان لأن تعبير القابلية للإبطال لا يضيف للبطلان أي وصف يوحي بشدته.

وفي ختام سرد هذه الانتقادات التي وجهها جميل الشرقاوي لنظرية التقسيم الثنائي للبطلان، نشير إلى أن تعبير التصرف الوارد في تحليلاته لهذا الموضوع ينصرف إلى مدلول التصرف بمعناه الواسع، أي بوصفه شاملا للعقد، والدليل على ذلك أنه حين انتقد فكرة البطلان النسبي، استهل تحليله بأن النسبية في البطلان لغيب الرضاء أو نقصان الأهلية تقوم لدى الفقه على أساس أن هذه العيوب لا تمنع من قيام العقد.

II- مناقشة هذه الانتقادات

¹³⁰ الشرقاوي، الرسالة، المرجع نفسه، ص 367.

¹³¹ الشرقاوي، مصادر الالتزام، مرجع نفسه، بند 48، ص 224.

هذا وبعد أن عدت الانتقادات الموجهة إلى نظرية التقسيم الثنائي للبطلان، سنقوم بمناقشتها وتوضيح مدى صحتها من عدمه، وذلك من خلال ملاحظات بعض الباحثين عليها.

أن التفرقة بين تخلف ركن وتخلف شرط فيه ليس أمرا متعذرا - كما هو في نظر الشرقاوي - ذلك أن القانون قد فرق بينهما، وبين الجزاء الذي يترتب على تخلف كل منهما، وقد سبق أن بينا موقف المشرع الموريتاني وتبنيه للتقسيم الثنائي للبطلان، وتحديده للحالات التي تندرج تحت كل من نوعيه.

أن صاحب نظرية وحدة البطلان قد عمد إلى الجمع بين آراء متضاربة لمحاولة خلق تناقض في رأي القائلين بازدواجية البطلان، فحين تعرض للمعيار المقترح من طرف بعض الفقه للتمييز بين نوعي البطلان استند إلى رأي (بيدان Bendani) 132 وذلك لأن غالبية الفقه ترى أن البطلان المطلق هو جزاء تخلف الرضا أو تخلف المحل والسبب أو شروطهما، وأن البطلان النسبي هو جزاء تخلف شروط صحة الرضا.

إن عدم اتفاق الفقه على معيار حاسم لا يعني عدم صحة التفرقة بين نوعي البطلان، بل على العكس من ذلك يعتبر دليلا قاطعا على إيمان الفقه بالتقسيم الثنائي للبطلان، ومحاولاته لتأصيل ازدواجيته، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن ما يقول به الدكتور جميل الشرقاوي من أن المعيار القائل بأن البطلان المطلق هو نتيجة لتخلف الأركان أو لوجود عيب في شروطها ما عدى عيب ركن الرضا. وأن البطلان النسبي هو الجزاء المترتب على كون الإرادة مشوبة بعيب، ليس معيارا أصلا .

ومن وجهة نظرنا أن الشرقاوي في هذا الرأي خالف الحقيقة وجانبه الصواب، ذلك أن المعيار هو عبارة عن فائدة عامة، تحكم كافة الحالات التي تندرج تحتها، وأن أنصار معيار التفرقة قد حصروا الحالات التي يشملها كل من نوعي البطلان، وقد سبق لنا بيان الحالات التي تندرج تحت البطلان المطلق وتلك التي تندرج تحت البطلان النسبي، وهي تبين مدى كون هذا المعيار مؤصلا للقاعدة العامة.

نرى أن ما ذهب إليه الدكتور جميل الشرقاوي من القول بأن الوجود القانوني المؤقت للبطلان النسبي ورجعيته تنطوي على تناقض واضح محل نظر، وسنوضح ذلك في مناقشتنا لماهية وحدة البطلان لأنه يرتبط أكثر بمضمونها.

132 - جميل الشرقاوي، الرسالة، مرجع سابق، بند 120، ص 340 - 341، ومصادر الالتزام، البند 47، ص

أن القول بأن اتحاد أثر نوعي البطلان يفضي إلى وحدة طبيعتهما أمر غير مستقيم، لأننا لو قلنا بذلك لأدى بنا الأمر إلى اعتبار الدعوى الصورية والدعوى البولصية شيء واحد. طالما أن أثرهما واحد هو عدم نفاذ التصرف، ثم لأدى بنا ذلك أيضا إلى اعتبار الشرط الواقف كالأجل الواقف أيضا، ما دام أثرهما واحد، وهو نشوء الالتزام المتوقع على تحقيق كل من الشرط والأجل.

أن استخدام التقنين المدني المصري لتعبير البطلان والقابلية للإبطال، يفيد أنه يتبنى صراحة التقسيم الثنائي للبطلان، والدليل على ذلك أن المشرع المصري - مثله مثل المشرع الموريتاني - قد طبق الرأي الفقهي القائل بأن تخلف ركن من أركان العقد أو تخلف شروط المحل أو شروط السبب يفضي إلى البطلان المطلق، وأن تخلف شرط من شروط صحة الرضا في العقد يؤدي إلى إخضاعه لأحكام البطلان النسبي.

: ماهية وحدة البطلان ومناقشتها

إن تحليل نظرية وحدة البطلان يقتضي عرض دعائمها حسب رأي الدكتور الشرقاوي، وكذلك معرفة موقفها من الشروط التي يتطلبها الفقه في المحل والسبب، وأخيرا مناقشة معطيات هذه النظرية.

: دعائم نظرية وحدة البطلان حسب جميل الشرقاوي

إن الدكتور الشرقاوي بعد أن حاول تفنيد النظرية القائلة بالتقسيم الثنائي للبطلان أي بتنوعه إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي، تولى عرض نظريته التي لخصها في عبارة واحدة جاء بها : "إننا نعتقد بأن البطلان نوع واحد" 133 ومن خلال تحليل وجهة نظر الشرقاوي هذه نجد أنها تقوم على دعامين أساسيين هما:

: أن التصرف القانوني باعتباره إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني لا العقد هو موضوع البطلان.

يرى الدكتور الشرقاوي أن ما استقر عليه الفقه من أن العقد كائن جديد ينتج عن امتزاج الإرادات الداخلة في تكوينه رأي غير صحيح، فهو يتصور العقد عبارة عن بناء قانوني مركب، مكون من تصرفات قانونية متعددة يبقى كل منها محتفظا

¹³³ الشرقاوي، الرسالة، ص 415، ومصادر الالتزام، بند 48، ص 220.

بذاتيته، أي أنه لا يزوب مع غيره من التصرفات في كيان جديد عند ارتباط القبول بالإيجاب.134

وترتيباً على تصور الفقه للعقد، فإنه لا يراه محلاً للبطلان - بل على عكس ما استقر عليه الفقه - يذهب إلى أن التصرف القانوني "باعتباره الإرادة الواحدة هو وحده موضوع البطلان".135

أما الدعامة الثانية فهي : البطلان جزاء تخلف شروط ركني الإرادة

يرى الدكتور جميل الشرقاوي أنه لا يوجد ما يسمى بالعقد ككائن ناتج عن امتزاج تصرفات قانونية (أي الإرادات)، ويترتب على ذلك عدم وجود ما يسمى في الفقه بمحل العقد أو سببه، بل يرى أن هنالك فقط موضوعاً للإرادة (أي المحل) وغاية تسعى إليها هي ما يسمى بالسبب.

وإذا ما تم إمعان النظر في كل من المحل والسبب - طبقاً لهذا التصور الجديد - نجد أن فيه خلطاً بينهما لأنه "ليس من الممكن أن يفصل في الإرادة الواحدة بين القصد إلى المحل والقصد إلى السبب"136، وعلّة ذلك أن العمل الإرادي - في نظره - كل لا يتجزأ بالنسبة إلى ما ينصب إليه من موضوع وغاية.

ونظراً لهذا الارتباط بين المحل والسبب، يرى الدكتور جميل الشرقاوي إمكانية التعبير عنهما بعبارة واحدة هي موضوع الإرادة (موضوع التصرف القانوني) أو غاية الإرادة (أو التصرف)، وإن كان يرى أن تسميتها "بغاية التصرف" أقرب إلى إبراز طبيعتهما الذاتية كعنصر للإرادة، واستعمل بدلها عبارة "السبب" لكونها تسمية فقهية وتشريعية مستقرة عليها.

ويرى صاحب هذا الرأي أن مضمون الإرادة - بناء على ذلك - هو السبب وحده دون المحل، وأن هذا السبب هو ركن التصرف القانوني، وهو غني عن المحل لأنه يتضمنه137.

ونظرية الشرقاوي هذه التي تعتبر أن الإرادة هي موضوع البطلان ، وأن السبب هو ركنها الوحيد، تتطلب منا معرفة موقفها من الشروط التي يتطلبها الفقه في كل المحل والسبب .

134 الشرقاوي، الرسالة، بند 6، ص 15.

135 الشرقاوي، الرسالة، بند 17، ص 48.

136 الشرقاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، بند 41، ص 186.

137 الشرقاوي، مصادر الالتزام، نفس المرجع، بند 41، ص 187.

أما الدعامة الثالثة فهي :

هذا وبعد أن عرفنا أن الدكتور جميل الشرقاوي قد قصر حالات البطلان المطلق على عدم المشروعية، والحق به الشكل المتطلب لقيام التصرف، فإنه يجدر بنا أن نعرف موقفه من عيوب الرضا.

يرى الدكتور الشرقاوي أن ما ذهب إليه الفقه من أن عيوب الإرادة (التدليس والغلط والإكراه والاستغلال) لا تؤدي حتما إلى انعدامها أمر متعذر، إذ أن هذا الحكم ما هو إلا وقوف عند نظرية نفسية لا قانونية، فوجود الإرادة قانونا يتوقف على اكتمال شروط يحددها القانون في العمل الإرادي، فإذا تخلف أحد هذه الشروط استحال هذا الوجود القانوني، وما يمكن أن يقال به من وجود فعلي أو واقعي للإرادة لا أهمية له، لأن الأهمية هي لوجود الإرادة في نظر القانون. 138

وإن كان هذا هو موقف الدكتور جميل الشرقاوي، أي أنه قد رتب البطلان (أي ما يسمى في الفقه بالبطلان المطلق) كجزاء على كون الإرادة مشوبة بأحد العيوب الأربعة، فما موقفه من نقص الأهلية وانعدامها ؟

قبل البحث عن وجهة نظر الدكتور الشرقاوي، نشير إلى أن صاحب نظرية وحدة البطلان لا يفرق بين نقص الأهلية وانعدامها، بل يدخلهما معا في نطاق "فقدان الأهلية".

وبالعودة إلى مجال نقصان الأهلية نرى أن الدكتور جميل الشرقاوي يذهب على أن ما استقر عليه الفقه وقتنته التشريعات من أن البطلان المطلق هو جزاء انعدام الأهلية، وأن البطلان النسبي هو جزاء نقصها محل نظر لأن فقدان الأهلية سواء انبنى على انعدام التمييز تماما "أي ما يعرف في الفقه بانعدام الأهلية" أم على نقص هذا التمييز مع وجود بعضه (أي نقص الأهلية) معناه أن الإرادة غير كافية في نظر القانون ليترتب عليها ما تقصد إليه من آثار، أي أن التصرف الذي تشارك في إنشائه الإرادة التي عدها القانون منعدمة في اعتباره تصرفا لا يوجد في نطاق القانون، أي تصرف منعدم لأن الإرادة بشروطها التي قررها القانون غير متوفرة في الحالتين.

وخلاصة القول : أن البطلان رغم وحدة طبيعته، فإن له صورتين تختص كل منهما بطائفة من حالات البطلان.

¹³⁸الشرقاوي، المرجع نفسه ، بند 24، ص 110.

أولاهما : البطلان لعيوب الرضا (الثابتة أو المفترضة) 139 ويشترط في كل منها أن يكون دافعا إلى التصرف، ويرى الشرقاوي أن هذه العيوب مسألة نفسية داخلية، فإذا ما قام من صدر منه التصرف القانوني بإخراجه إلى النطاق القانوني، كان إعلانه كاشفا لعيوب موجود منذ نشأة التصرف، أي أن إعلانه لا يزيد عن كونه كاشفا عن البطلان، وليس إنشاء له، ولذلك يرى أن من الدقة وصف هذه الصورة بالبطلان المقنع. 140

ثانيهما : البطلان لعدم المشروعية، ويلحق به البطلان لعدم استيفاء الشكل المتطلب ركنا في الانعقاد 141 وفيه تكون مخالفة التصرف للقانون ظاهرة مصاحبة لنشوء التصرف دون حاجة إلى أن يفصح عنها المتصرف.

وبعد عرضنا لصورتَي البطلان هاتين حسب الدكتور جميل الشرقاوي، فإنه من الأهمية بمكان أن نعرف دور القاضي في كل منهما.

دور القاضي في كل من صورتَي البطلان هاتين :

إن القاضي في نطاق البطلان بعيوب الرضا - حسب رأي الشرقاوي - يكون ملزما بأن يقضي فيه دون أن تكون له سلطة تقديرية، وعلة ذلك أن القانون قد اشترط لصحة التصرف ضرورة سلامة الإرادة، فإن كانت الإرادة معيبة ترتب عليها انعدام التصرف، أي بطلانه، غير أن تقرير البطلان بعيوب الرضا، يبقى متوقفا على إعلان صاحب الرضا المعيب عنه، وبغير هذا الإعلان يستحيل على القاضي أن يعرف البطلان لأنه لا يكون في نطاق القانون بل يبقى كامنا في نفس من عيبت إرادته. 142

أما فيما يخص البطلان لعدم المشروعية أو لعدم استيفاء ركن الشكل المتطلب في قيام التصرف، فطالما أنه مسألة ظاهرة داخلية في نطاق القانون، فعلى القاضي أن يستشف بنفسه عدم المشروعية، أو المنافاة للأخلاق، وأن يتوصل إلى تبيان عناصرها بنفسه ليقتضي من ثم ببطلان التصرف. 143

139 العيب الثابت للرضا هو : الوهم التلقائي (الغلط) أو الناجم عن استعمال الحيل (التدليس) والإكراه، أما العيب

المفترض فيتمثل في حالة الغين وصغر السن أو ضعف العقل.

140 الشرقاوي، الرسالة، مرجع سابق، بند 135، ص 374-375.

141 الشرقاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، بند 40، ص 222.

142 الشرقاوي، الرسالة، بند 133، ص 375.

143 الشرقاوي، الرسالة، بند 135، ص 375.

ثانيا : موقف نظرية وحدة البطلان من الشروط التي يتطلبها الفقه في المحل

سنتعرف على موقف هذه النظرية من الشروط المتطلبة في المحل والسبب، وذلك من خلال عرض هذه الشروط وتوضيح موقف هذه النظرية منها ، وذلك على النحو التالي :

-1-

يرى الدكتور جميل الشرقاوي أن اعتبار المحل والسبب عنصرين في الإرادة يقتضي استبعاد شرط وجود المحل ووجود السبب كشرط مستقل فيهما، لأن وجود أي منهما يستفاد بالضرورة من وجود الإرادة، فمجرد أن نسلم بوجود إرادة متجهة إلى أحداث أثر قانوني يقتضي أن تكون هذه الإرادة منطوية على مضمون معين هو هدفها أو غايتها التي تضم ما يمكن أن يسمى محلا أو سببا للتصرف القانوني إذ ليس من المتصور أن تكون هناك إرادة خاوية من المضمون¹⁴⁴ أي دون محل أو سبب.

وترتبيا على ذلك فانعدام المحل أو السبب لا يتصور إلا مع انعدام الإرادة نفسها¹⁴⁵ أي انعدام التصرف القانوني، وبذلك نكون في غنى عن البحث في شروط التصرف القانوني.

وخلاصة ما يمكن التوصل إليه هي أن وجود المحل أو السبب ليس شرطا في التصرف القانوني، وليس تخلف وجود أي منهما سببا في البطلان، لأن معنى هذا التخلف هو الانعدام الفعلي للإرادة.

-2-

يرى الدكتور الشرقاوي أنه لا يوجد ما يسمى بالاستحالة الطبيعية المطلقة، وأنه يستحيل وضع حد فاصل ونهائي بين الممكن والمستحيل طبيعيا بسبب تقدم العلم وما أدى إليه من كشف لأسرار الطبيعة، وبذلك فإن الاستحالة المطلقة تقتصر - في نظره - على الاستحالة القانونية التي يراد بها عدم مشروعية الإرادة نظرا لكون التصرف غير جائز بسبب عدم مشروعية موضوعه.

¹⁴⁴ الشرقاوي، مصادر الالتزام، نفس المرجع ، بند 43، ص 190.
¹⁴⁵ الشرقاوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 43، ص 191.

ويترتب على ذلك أن الإمكان القانوني شرط للمحل على الرغم من أن هذا الأخير يعتبر عنصراً للإرادة

-3-

يؤيد الدكتور الشرقاوي ما استقر عليه الفقه الحديث من أن الشرط المتطلب في السبب هو مشروعية الباعث، وأثناء تحليله تعرض لصورة الغلط في السبب فاعتبره مجرد عيب في الإرادة استناداً إلى أن السبب عنصر فيها - حسب رأيه - وليس ركناً مستقلاً قائماً بذاته¹⁴⁶، وانتهى إلى القول بأن لا حاجة لاستلزام صحة السبب - أي عدم الغلط فيه كشرط مستقل للسبب - ما دامت شروط الإرادة تغنى عن ذلك.¹⁴⁷

4- بالنسبة إلى شرط تعيين المحل

بالاستناد إلى ما اعتبره الدكتور الشرقاوي من أن المحل داخل في الإرادة، فإنه رفض أن يكون تعيين المحل شرطاً مستقلاً، لأن تعيين المحل باعتباره عنصراً في الإرادة يتحقق بالضرورة بمجرد التسليم بوجود الإرادة.¹⁴⁸

5- بالنسبة إلى شرط مشروعية المحل والسبب

يرى صاحب نظرية وحدة البطلان أن تحقق مشروعية المحل والسبب باعتبارهما عنصريين مكونين لمضمون الإدارة - شرط لازم لصحة التصرف القانوني - بل إنه يعتبره الشرط الوحيد الذي يستتبعه سبباً للبطلان.

ومضمون هذا الشرط يتمثل في ضرورة موافقته للقانون لأنه لا يمكن أن تخالف شروط التصرف القانوني القواعد القانونية الأمرة.¹⁴⁹

¹⁴⁶ الشرقاوي، مصادر الالتزام، نفس المرجع، بند 43، ص 197.

¹⁴⁷ الشرقاوي، نفس المرجع، بند 43، ص 197.

¹⁴⁸ الشرقاوي، نفس المرجع، البند 44، ص 200.

¹⁴⁹ الشرقاوي، الرسالة، مرجع سابق، بند 105، ص 298-299.

6- أما بالنسبة إلى الشكل في الحالات التي يعتبر فيها ركنا في التصرف

فإن تخلفه يؤدي إلى بطلان هذا التصرف¹⁵⁰ ، وترتيباً على ما سبق، فإن الدكتور جميل الشرقاوي قد استبقى بين الشروط المتطلبة في المحل والسبب شرط المشروعية فقط. كما أنه قد استبقى الشكل بالنسبة إلى التصرفات الشكلية، واعتبرهما داخلين في نطاق الأسباب التي تؤدي إلى ما استقر على تسميته فقها وقضاء وتشريعاً بالبطلان المطلق.

وخلاصة القول : أن البطلان رغم وحدة طبيعته، فإن له صورتين تختص كل منهما بطائفة من حالات البطلان.

أولاهما : البطلان لعيوب الرضا (الثابتة أو المفترضة)¹⁵¹ ويشترط في كل منها أن يكون دافعاً إلى التصرف، ويرى الشرقاوي أن هذه العيوب مسألة نفسية داخلية، فإذا ما قام من صدر منه التصرف القانوني بإخراجه إلى النطاق القانوني، كان إعلانه كاشفاً لعيوب موجود منذ نشأة التصرف، أي أن إعلانه لا يزيد عن كونه كاشفاً عن البطلان، وليس إنشاءً له، ولذلك يرى أن من الدقة وصف هذه الصورة بالبطلان المقنع.¹⁵²

ثانيهما : البطلان لعدم المشروعية، ويلحق به البطلان لعدم استيفاء الشكل المتطلب ركناً في الانعقاد¹⁵³ وفيه تكون مخالفة التصرف للقانون ظاهرة مصاحبة لنشوء التصرف دون حاجة إلى أن يفصح عنها المتصرف.

وبعد عرضنا لصورتي البطلان هاتين حسب الدكتور جميل الشرقاوي، فإنه من الأهمية بمكان أن نعرف دور القاضي في كل منهما.

ما هو دور القاضي في كل منهما ؟

إن القاضي في نطاق البطلان بعيوب الرضا - حسب رأي الشرقاوي - يكون ملزماً بأن يقضي فيه دون أن تكون له سلطة تقديرية، وعلة ذلك أن القانون قد اشترط لصحة التصرف ضرورة سلامة الإرادة، فإن كانت الإرادة معيبة ترتب عليها

¹⁵⁰ الشرقاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، بند 23، ص 104.

¹⁵¹ العيب الثابت للرضا هو : الوهم التلقائي (الغلط) أو الناجم عن استعمال الحيل (التدليس) والإكراه، أما العيب المفترض فيتمثل في حالة الغين وصغر السن أو ضعف العقل.

¹⁵² الشرقاوي، الرسالة، مرجع سابق، بند 135، ص 374-375.

¹⁵³ الشرقاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، بند 40، ص 222.

انعدام التصرف، أي بطلانه، غير أن تقرير البطلان بعيب في الرضا، يبقى متوقفاً على إعلان صاحب الرضا المعيب عنه، وبغير هذا الإعلان يستحيل على القاضي أن يعرف البطلان لأنه لا يكون في نطاق القانون بل يبقى كامناً في نفس من عيبت إرادته.154

أما فيما يخص البطلان لعدم المشروعية أو لعدم استيفاء ركن الشكل المتطلب في قيام التصرف، فطالما أنه مسألة ظاهرة داخلية في نطاق القانون، فعلى القاضي أن يستشف بنفسه عدم المشروعية، أو المناقاة للأخلاق، وأن يتوصل إلى تبيان عناصرها بنفسه ليقضي من ثم ببطلان التصرف.155

: مناقشة نظرية وحدة البطلان هذه

بعد أن عرضنا نظرية الدكتور الشرقاوي هذه وحددنا الدعائم التي تقوم عليها حري بنا أن نناقشها ونعرض الآراء المخالفة لها، وسنقوم بذلك حسب ترتيب العناصر التي تقوم عليهم هذه النظرية.

I- في ما يتعلق بالدعامة القائلة بأن الإرادة هي موضوع البطلان لا العقد

إن مناقشة مدى سلامة هذه الفكرة يقتضي مناقشة التركيب القانوني للعقد، لنبحث عن مدى بقاء الإرادة محتفظة بذاتيتها داخل نطاقه للتوصل إلى تحديد موضوع البطلان.

ومن المعلوم أن العقد لا يتم إلا بصدور إيجاب من أحد الطرفين يليه قبول من الطرف الآخر، ومن حصيلة تطابق القبول مع الإيجاب فقط يتكون العقد، وهذا التطابق يؤدي إلى فقدان كل من الإرادتين لذاتها لكي تصبح جزء من كل غير قابل للتجزئة، وابتداء من هذه اللحظة فحسب، يجب أن نبحث عن الالتزامات التعاقدية.

¹⁵⁴ | الشرقاوي، الرسالة، بند 133، ص 375.

¹⁵⁵ | الشرقاوي، الرسالة، بند 135، ص 375.

أما القول بخلاف ذلك، فسيؤدي بنا إلى نتيجة غريبة، لأن القول بأن الإرادة تبقى قائمة ومحتفظة بذاتيتها داخل نطاق العقد - أو ما يسميه الدكتور الشرقاوي بالبناء القانوني المركب - معناه أن الالتزامات المترتبة في ذمة أطرافه تنشأ في أوقات مختلفة. فمثلا في عقد البيع يكون البائع ملزما بنقل الملكية منذ تعبيره عن إرادته، في حين أن التزام المشتري بدفع الثمن يتراخي حتى وقت تعبيره بدوره عن ذلك، وهذا أمر غير منطقي وهو تصوير نظري مجرد لا يخدم الأغراض العملية.¹⁵⁶

وترتبيا على هذا فإنه في مجال العقد يبقى تطابق الإرادتين، مصدر الالتزام، أي أن كل إرادة تذوب مع غيرها داخل نطاق العقد، وتفقد ذاتيتها، الأمر الذي يجب معه التسليم باعتبار العقد نفسه موضوع البطلان، على أساس أنه أحد نوعي التصرف القانوني .

- في ما يتعلق باعتبار البطلان جزاء تخلف شروط ركني الإرادة

بعد أن وضحنا عدم سلامة الحجة الأولى، يمكننا أن نرتب عليها النتيجة التالية، وهي أنه طالما أن العقد هو مصدر الالتزام، فيجب الأخذ بعين الاعتبار بمحل العقد وبسببه دون الإرادة وسببها.

-

إن لكل عقد محل هو العملية القانونية التي يقصد طرفاه تحقيقها، وتحقيق هذه العملية القانونية يقتضي ترتيب التزامات تتعدد بتعدد أطراف التعاقد، على أن تعدد محل الالتزام لا يعني انعدام محل العقد، بل أن الالتزامات تستهدف في نهايتها تحقيق العملية القانونية المتوخاة من العقد، وتأكيدا لذلك فإن عقد الشركة يلزم أطرافه بتقديم حصصهم عينا أو نقدا أو عملا وذلك لتحقيق استثمار مالي معين في التجارة هو محل عقد الشركة، إن هذا المثال بدون شك يوضح العلاقة بين محل الالتزام ومحل العقد، وكيف أن العقد يعتبر ركنا جوهريا فيه، إذا انعدم ترتب عليه انعدام العقد.

-

إن ما ذهب إليه الشرقاوي من القول بأن السبب ركن في الإرادة هو محل نظر، ذلك أن السبب وثيق الصلة بالرضا، لأن كل إرادة لا تتجه إلى هدف معين إلا إذا كانت مندفعة إلى تحقيق غاية معينة على أن هذه الصلة بينهما لا تمنع من كونهما مستقلين عن بعضهما البعض، فقد يكون السبب غير مشروع على الرغم من كون

¹⁵⁶ حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني، مرجع سابق، ص 119.

الإرادة صحيحة. ومن قبيل ذلك أن يقوم شخص بشراء منزل لإعداده للقمار، ففي هذا المثال يبطل العقد لعدم مشروعية السبب على الرغم من كون إرادة المتعاقدين صحيحة وبذلك يتضح جليا أن السبب ليس ركنا في الإرادة وإنما هو ركن في العقد، وأن كلا منهما مستقل عن الآخر وإن كانا متلازمين.157

-

إن ما يذهب إليه الدكتور الشرقاوي من أن المحل داخل في السبب، أو بعبارة أوضح من أن السبب يغني عن المحل فلا يبقى لهذا الأخير دور في التصرف القانوني، رأي يخالف الواقع، وللتدليل على ذلك وخاصة في مجال العقود، أعرض الصورة التالية التي تبين بوضوح أن كلا منهما له وجوده القانوني الخاص به، فمثلا لو أبرم مالك منزل عقد إيجار عليه لمستأجر كي يستعمله لإيواء المجرمين أو للعب القمار، فإن محل العقد في هذه الصورة أي العملية القانونية التي أراد المتعاقدان تحقيقها هي تأجير العين (المنزل) وهو أمر مشروع، إلا أن العقد يكون باطلا لعدم مشروعيته، ومثال ذلك بطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه. ففي هذا المثال يكون العقد باطلا لعدم مشروعية المحل لكونه محظورا قانونا على الرغم من أن الباعث على التعاقد مشروعاً في حد ذاته.158

ومن خلال هذين المثالين السابقين نكتشف النقاط التالية :

- أن لكل عقد محلا وإن كان يتجزأ إلى محال للالتزام قد تتعدد.

- أن لكل عقد سببا لا بد منه لقيام العقد.

- أنه لا يمكن إدماج المحل في نطاق السبب لأن أحدهما قد يكون باطلا مع بقاء الآخر صحيحا.

وننبه إلى أنه مما يؤكد التفرقة بين المحل والسبب أن الشرقاوي نفسه - في قوله بوحدة البطلان - وبعد أن أدمج المحل في نطاق السبب وتطلب فيهما شرط المشروعية فقط، رجع عن ذلك واستلزم شرط توافر الإمكان القانوني في المحل فقط¹⁵⁹، وهذا ما يترتب عليه اختلاف الشروط المتطلبة في كل من المحل والسبب، وبالتالي يكون لكل منهما خصائصه التي يستقل بها عن الآخر.

¹⁵⁷ أنور سلطان، مرجع سابق، بند 161، ص 143-144.

¹⁵⁸ أنور سلطان، مرجع سابق، بند 176، ص 163.

¹⁵⁹ الشرقاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، بند 43، ص 193.

ومادما في مجال مناقشة مدى استقلال شروط أركان العقد عن بعضها البعض، فالأجدر بنا أن نتابع الدكتور الشرقاوي في تحليله للشروط المتطلبة في المحل والسبب تباعا.

-1-

ذهب الدكتور الشرقاوي إلى أن وجود المحل والسبب يترتب بالضرورة على وجود الإرادة ذاتها¹⁶⁰، ومن ثم فلا حاجة إلى تطلب شرط الوجود فيهما كشرط مستقل. ويعتبر رأي الدكتور الشرقاوي هذا محل نظر لسببين هما :

- أن كلا من المحل والسبب ركن قائم بذاته إلى جانب التراضي استنادا إلى ما سبق إيضاحه.

- أن العقد يقوم أحيانا رغم عدم وجود محله، إلا أنه يبطل إذا ما تبين أن محله كان غير موجود وقت التعاقد على الرغم من وجود التراضي، مثال ذلك أن يبرم طرفان عقد بيع سيارة سيتم نقلها من اسبانيا إلى موريتانيا، ثم تبين أن السيارة قد هلكت بسبب خطأ تابع للبائع قبل إبرام العقد، فهنا يبطل العقد لعدم وجود المحل وقت التعاقد على الرغم من صحة التراضي.

-2-

إن ما ذهب إليه الدكتور الشرقاوي من استحالة الفصل بين الاستحالة الطبيعية المطلقة والنسبية نظرا للتقدم العلمي، ومن ثم نبذ الاستحالة الطبيعية المطلقة، ينطوي على نوع من المعادلة، فحقيقة العلم في تطور مستمر، إلا أن ذلك لا يعني أنه قد أوجد حولا لكل الظواهر، والدليل على ذلك أن بعث الحياة في شخص متوفى يبقى من قبيل الاستحالة المطلقة.

-

استنادا إلى النظرية الحديثة في السبب، فإن الشرط المتطلب فيه هو شرط المشروعية فقط، وأما بالنسبة إلى صورة الغلط في السبب فإن تطبيق أحكام الغلط ليس معناه إهدارا لفكرة السبب، بل أن ذلك يرجع إلى تداخل منطقتيهما مع سيطرة فكرة الغلط عليها، وبذلك يبقى هذا الشرط (أي عدم الغلط في السبب) متطلبا، كما أن

¹⁶⁰ الشرقاوي، مصادر الالتزام، نفس المرجع، بند 43، ص 190. وجبار محمد، مرجع سابق، ص 114.

هذا التداخل لا يعني إدماج السبب في الإرادة لأن لكل منهما كيانه القانوني وإن كانا متلازمين

4- بالنسبة إلى شرط تعيين المحل

إن ما يراه الدكتور جميل الشرقاوي من عدم اشتراط ضرورة تعيين المحل كشرط مستقل فيه لكونه داخلا في الإرادة ذاتها، وأن وجودها يفترض تعيينه، هو عكس ذلك حسب وجهة نظرنا وذلك للسببين التاليين :

أنه لا يمكن إدماج المحل في نطاق الإرادة (الرضا) فقد يبطل العقد لعدم مشروعية المحل رغم أن الإرادة سليمة، ومثال ذلك أن يتعامل شخص كامل الأهلية في تركة مستقبلية عن وعي وإدراك، فهنا يبطل العقد لمخالفة المحل لنص القانون (المادة 2/81 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني) على الرغم من كون إرادة المتصرف سليمة. وبالتالي فلا بد من التفرقة بين المحل والإرادة.

أن وجود الإرادة يقتضي بالضرورة تعيين المحل، فلو أبرم عقد بين مقاول ورب عمل سليمي الإرادتين، بمقتضاه التزم المقاول بإقامة بناء دون تعيين نوعه لأدى ذلك إلى جعل محل الالتزام غير معين، ومن ثم إلى عدم تعيين محل عقد المقاوله فيجعله ذلك في حكم المعدوم، وبالتالي يبطل العقد لعدم تعيين المحل، رغم سلامة إرادتي طرفي عقد المقاوله.

5- بالنسبة إلى شرط مشروعية المحل والسبب

إذا كان الدكتور جميل الشرقاوي يشترط في المحل والسبب أن يكونا مشروعين فإننا نتفق معه في ذلك، على أننا لا نرى قصر مجال المشروعية على نطاق القواعد القانونية الآمرة، بل أن يلحق بهما كلا من النظام العام والآداب العامة.

-6-

لقد سبق وأن بينت أن الفقه استقر على أن تخلف الشكل كركن مطلوب في العقد يفضي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا.

وبالاستناد إلى ما تقدم يتضح أنه لا مناص من الأخذ بالمحل كركن مستقل في العقد مع ضرورة توافر شروطه التي تتلخص في وجوب كونه موجودا أو قابلا للوجود، ومعينا أو قابلا للتعيين وممكنا ومشروعا، واعتبار السبب أيضا ركنا في العقد مع تطلب شرط المشروعية فيه طبقا للنظرية الحديثة إلى جانب ركنا التراضي والشكل في العقود التي أوجب المشرع استيفاءه لقيامها .

III- في ما يتعلق بنبذ فكرة البطلان النسبي

سبق وأن قلنا أن الدكتور الشرقاوي لا يؤمن بفكرة ازدواجية البطلان وأنه يعتبره نوعا واحدا، إلا أن ذلك لا ينفي - في نظره - أن للبطلان صورتين :

أولاهما : البطلان لعد المشروعية فقط وهي صورة من صور البطلان المطلق في نظر الفقه.

وثانيهما : البطلان لعيوب الرضا وهو المعروف فقها بالبطلان النسبي.

ونحن وإن كنا في الصورة الأولى لا نتفق مع الشرقاوي في قصرها على نطاق عدم المشروعية أي مخالفة القواعد القانونية الأمرة¹⁶¹ فإننا لا نختلف معه في أن القاضي هو الذي يكشف هذا العيب من تلقاء نفسه ويحكم بالبطلان إذا بدى له، بينما نجد القاضي في الصورة الثانية لا يحكم بالبطلان إلا إذا أعلن صاحب المصلحة عن العيب الذي شاب إرادته في صورة دعوى الإبطال.

وبخصوص الصورة الثانية يمكن أن نتساءل - في نطاق نظرية الشرقاوي - عن الحكم في حالة الافتراض التالي : لو أبرم شخص عقدا تحت تأثير التدليس في : 2000/01/20 ثم أفصح عن هذا العيب الذي شاب إرادته في : 2005/03/21، فما هو أثر الحكم ببطلان العقد؟ أينصرف إلى المستقبل فقط أم أنه يكون ذا أثر رجعي؟

سبقت الإشارة إلى أن الدكتور الشرقاوي يقول في هذا الصدد بأحد حلين :

- إما اعتبار البطلان النسبي سببا لانقضاء الالتزام، أي اعتبار العقد صحيحا منذ إنشائه وغير موجود منذ صدور الحكم ببطلانه.

¹⁶¹ لقد حصرنا حالات البطلان المطلق في :

أ- إبرام عقد من شخص لا أهلية له إطلاقا.

ب- إبرام عقد ينعقد فيه التراضي من جهة أو المحل والسبب أو شروطهما من جهة أخرى.

ج- إغفال الشكل.

د- عدم التسليم في العقود العينية.

- وإما نبذ فكرة الوجود المؤقت للعقد القابل للإبطال لأن الرجوع بأثر الحكم بالبطلان إلى يوم إبرام العقد وإزالة كل أثر ترتب على افتراض قيام هذا العقد يعني أن هذا العقد كان معيبا منذ إنشائه.

ونلاحظ أن كلا هذين الحلين لا يصادف الصواب للأسباب التالية :

أن مجال انقضاء الالتزام لا محل له في نطاق البطلان، لأن الانقضاء يفترض أن العقد قد نشأ صحيحا منذ وجوده حتى لحظة انقضائه، وهو أمر لا يتماشى ومنطق نظرية وحدة البطلان، لأن الأصل فيها أن العقد كان معيبا منذ إنشائه ومن ثم كان باطلا. وإذا ما جارينا الدكتور الشرقاوي في قوله بالانقضاء أي اعتبار العقد صحيحا منذ نشأته وغير موجود منذ صدور الحكم ببطلانه دون حاجة إلى فكرة الرجعية فعلى أي أساس نقرر صحة الفترة السابقة التي كان العقد فيها مريضا؟ أعلى أساس الإجازة وهي لم تصدر بعد؟ أم على أساس العقد وقد نشأ باطلا؟ فهذا الحل المقترح من طرف الشرقاوي يحتاج إلى تبرير.

أما إذا أخذنا بالحل الذي يراه الشرقاوي أنسب الحلول - وهو اعتبار العقد باطلا منذ نشأته، فإن ذلك يدل على أخذ الشرقاوي بمضمون فكرة الأثر الرجعي مع اختلاف في التسمية فقط.

ونظرا لعجز هذه الحلول السابقة بصدد البطلان النسبي، فإننا نتفق مع الدكتور حبار محمد في القول بضرورة الإبقاء على ما استقر عليه الفقه لأنه يتماشى مع الأغراض العملية.

وكخلاصة فإن نظرية وحدة البطلان نظرية غير سائغة، أساسها الإغراق في المنطق والابتعاد عن المجال العملي. لذلك فإن مسلك المشرع الموريتاني في تجاهل هذه النظرية واعتماده للتقسيم الثنائي للبطلان، كان صائبا، لأنه هو ما استقر عليه الفقه وسار عليه القضاء، وأخذت به التشريعات الحديثة بما فيها التشريع الجزائري.

وإتماما لدراسة نظرية وحدة البطلان هذه فنعتقد أنه من الأحسن أن نتعرض ولو بإيجاز لموقف الفقه العربي المعاصر منها ومدى تأثره بها.

ف الفقه من نظرية وحدة البطلان :

على الرغم من أن رسالة الدكتور جميل الشرقاوي قد اعتمدت فكرا قانونيا جديدا في الفقه العربي، فإنها لم توجه إليها الانتقادات ولم يتبناها أي فقيه عربي حتى أولئك الذين سبقوه إلى تقديم ملاحظات بشأنها، فقليلًا ما نجد دراسات الفقهاء تشير إليها رغم أن مؤلفات الكثيرين منهم قد صدرت في وقت معاصر للرسالة، وسنكتفي هنا بسرد بعض الآراء القديمة والحديثة التي تعرضت للموضوع.

1- رأي الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري

سنتعرض لرأي السنهوري في جميع مؤلفاته التي تناول فيها هذا الموضوع.

- رأيه في مؤلفه (نظرية العقد) 1934

ينكر الدكتور السنهوري على الفقه قوله بوجود ثلاث مراحل للعقد هي : الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق. ويقرر أنه "لا توجد إلا حالتان : الصحة والبطلان المطلق" 162 ولكن الأستاذ السنهوري يقرر أن العقد الباطل بطلانا نسبيا لا يعتبر باطلا بطلانا مطلقا إلا بعد الحكم بذلك، وفي نفس الوقت قد لا يقضي ببطلانه، فيبقى كما هو، لذلك يدفع فورا هذه الشبهة بقوله أن "العقد الباطل بطلانا نسبيا هو عقد يمر بمرحلتين واحدة بعد أخرى" 163، الأولى هي مرحلة الصحة وذلك قبل أن يتقرر بطلانه أو إذا استمر على حالته بحيث لم يتمسك ببطلانه صاحب الشأن، حتى انقضى حقه في طلب الإبطال القانوني بالتقادم، والثانية هي مرحلة البطلان المطلق وذلك إذا تقرر إبطاله بحكم قضائي.

ومن خلال هذا العرض نرى أن الدكتور السنهوري يقول في مؤلفه هذا (نظرية العقد) بوحدة البطلان.

- رأي السنهوري في مؤلفه الوسيط سنة 1964

يقرر الدكتور السنهوري في مؤلفه الوسيط أن المنطق يستلزم القول بوحدة البطلان لأن البطلان عدم، وليس منطقيًا أن يتدرج العدم من شديد إلى أشد، بيد أن

¹⁶² السنهوري، نظرية العقد، القاهرة، 1934، هامش 1، ص 618، وهذا المؤلف أشار إليه في كتابه الوسيط ج 1، ص 638، وهو صدر قبل القانون المدني المصري بـ 14 سنة.
¹⁶³ السنهوري، نفس المرجع، ص 618.

الاعتبارات التاريخية والنصوص التشريعية والمحاولات الفقهية قد عقدت تلك البساطة التي يفرضها المنطق، فمن قائل بتقسيم ثلاثي إلى قائل بتقسيم ثنائي، إلى من يتبنى القول بتنوع البطلان إلى مراتب متعددة¹⁶⁴ ثم ينتهي السنهاوري إلى القول بأن "الوقوف عند التقسيم الثلاثي خير من تشتت قواعد البطلان، وخير من التقسيم الثلاثي التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلانا مطلقا (ويدخل فيه العقد المنعدم) وعقد باطل بطلانا نسبيا... بل خير من التقسيم الثنائي الرجوع إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان من درجة واحدة، لا تفاوت فيها هي البطلان المطلق... والواقع في الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئا مستقلا قائما بذاته، يقوم إلى جانب البطلان المطلق، وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على مرحلتين: مرحلة الصحة ومرحلة البطلان، فيؤول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو البطلان المطلق، ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان يندمج فيه البطلان النسبي كما اندمج فيه الانعدام"¹⁶⁵. ورغم كل ما تقدم فإن الأستاذ الدكتور السنهاوري يعود حين تأصيله للبطلان ويقول: "إن البطلان المطلق وإن كان يرضي المنطق القانوني إلا أنه يجب من ناحية الصياغة المحضة الرجوع إلى التقسيم الثنائي فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا أو باطلا بطلانا نسبيا"¹⁶⁶.

- رأي الدكتور السنهاوري في مصادر الحق في الفقه الإسلامي سنة 1967

في هذا المؤلف يكرر الأستاذ السنهاوري نفس الرأي الثاني بنفس العبارات التي وردت في الوسيط، ولذا يمكن القول بأن هذا الرأي هو الرأي النهائي للدكتور السنهاوري وخلاصته: أن القول بوحدة البطلان هو أمر يفرضه المنطق، ولكن القول بالتقسيم الثنائي هو أمر تقتضيه الصياغة الفنية لهذه النظرية. ولذا وقف السنهاوري عنده - أي عند التقسيم الثنائي - وهو يؤصل البطلان.¹⁶⁷

1954

-2

لقد استعرض الدكتور محمد كامل مرسي في مؤلفه عن الالتزامات، الآراء الفقهية القائلة بالانعدام، فالبطلان المطلق ثم البطلان النسبي، وانتهى إلى أن بعض الشراح يدمجون الانعدام مع البطلان المطلق، وبعضهم يضع العقود المنعدمة في ناحية ودمج العقود الباطلة بطلانا مطلقا وتلك الباطلة بطلانا نسبيا في ناحية

¹⁶⁴ السنهاوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، بند 300، ص 534.

¹⁶⁵ السنهاوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، بند 300، ص 537-538.

¹⁶⁶ السنهاوري، الوسيط، ج1، نفس المرجع، بند 300، ص 538.

¹⁶⁷ السنهاوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، ص 87-88.

أخرى 168. ثم انتهى الدكتور مرسي إلى تفضيل تقسيم العقود إلى قسمين : أولهما الباطلة أو الباطلة بطلانا مطلقا وثانيهما العقود القابلة للإبطال أو الباطلة بطلانا نسبيا ويضيف أن العقود الباطلة تنطوي على العقود المنعومة لأن آثارهما واحدة. 169

-3-

إن الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي حين تأصيله لنظرية البطلان رأى ضرورة تحليلها من زاويتين : فحلل البطلان بالنظر إلى ماهيته وتوصل إلى أن البطلان في حقيقته غير قابل للتنوع لأن العقد الباطل عقد منعدم، والعدم في ذاته لا يتنوع ويرى أن البطلان من حيث الوقت الذي يلحق فيه العقد نوعان :

- إما أن يكون بطلانا يلحقه العقد منذ إنشائه فيحول دون ميلاده حيا وعندئذ يسمى بطلانا مطلقا،

- وإما أن يكون بطلانا يلحق العقد حالة تمسك من تقرر لمصلحته به فيسمى عندئذ بطلانا نسبيا، وحين ما استطرد الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في تحليله رأى أن تسمية العقد المنعدم بالبطلان المطلق تسمية معيبة لأنها تفيد أن هناك تفاوت في درجة البطلان، وهذا غير منطقي لأن البطلان عدم، والعدم ليس له في ذاته درجات يتفاوت بينها. 170

ثم إن العقد الباطل بطلانا نسبيا هو عقد صحيح ومنتج لكل آثاره غير أنه ينطوي على جرثومة فيه تصلح سببا لإبطاله، فإما أن تفتك به فتبطله وإما أن تزول عنه فيتدعم العقد بزوالها، ومن ثم فليس دقيقا أن يوصف هذا العقد بالبطلان ما دام إبطاله لم يتقرر بالفعل. 171

4- رأي الدكتور أنور سلطان في النظرية العامة للالتزام سنة 1976

¹⁶⁸ محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الالتزامات، ج1، بند 247، ص 498-499.
¹⁶⁹ محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، المرجع السابق، بند 248، ص 500.
¹⁷⁰ عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، نظرية العقد، بند 151، ص 257-258.
¹⁷¹ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، بند 151، ص 258.

رأي الدكتور أنور سلطان يقترب كثيرا من رأي الأستاذ السنهوري الذي قال به أخيرا، ذلك أنه يعرض لما يقرره الفقه من أن العقد يمر بثلاث مراحل هي : الصحة والبطلان المطلق والبطلان النسبي.

فحالة الصحة : هي التي تتوافر فيها للعقد أركانه وهي الرضا والمحل والسبب والشكل إذا كان شكليا، وتتوافر لكل ركن شروطه القانونية.

وحالة البطلان المطلق : هي التي تتحقق إذا نقص العقد ركنا أو أكثر، بأن كان الرضا معدوما أو كان المحل مستحيلا أو غير معين أو غير مشروع، أو كان سبب العقد غير مشروع، أو كانت الشكلية غير متوافرة إذا كان العقد من العقود الشكلية.

وحالة البطلان النسبي : وتتحقق إذا نقص العقد أحد شروط صحته كنقص الأهلية أو عيب في الرضا.

ويعرض الدكتور أنور وجهة نظره في تقسيم البطلان فيقول : ليس هناك سوى مرحلتين الصحة والبطلان المطلق "ذلك أن العقد الباطل بطلانا نسبيا يأخذ حكم العقد الصحيح وتترتب عليه كافة آثاره القانونية حتى يتمسك بالبطلان من شرع هذا البطلان لمصلحته وهو ناقص الأهلية، أو من شاب رضاه عيب، فإذا تقرر البطلان زالت جميع الآثار القانونية التي تترتب على هذا العقد وانعدم انعداماً أصلياً بأثر رجعي، ولا يكون ثمة فرق بينه وبين العقد الباطل بطلانا مطلقاً من بادئ الأمر" 172.

ولكن الدكتور أنور سلطان بعد أن يقرر التقسيم السابق، يعود فيؤكد أن وحدة البطلان وإن كانت أمراً منطقياً إلا أنها تمتنع على الصياغة الفنية التي تستلزم وجوب التفرقة بين العقد الباطل بطلانا مطلقاً والعقد الباطل بطلانا نسبياً، لأن لكل منهما خصائصه، فالأول "هو والعدم سواء ولذا لا يرد عليه التقادم ولا تصححه الإجازة، ولا حاجة إلى حكم يقرر بطلانه" 173 وأما الثاني فهو "عقد مرتب لكافة آثاره القانونية حتى يقضي ببطلانه، ولذا لا يجوز للمحكمة أن تقضي بإبطاله من تلقاء نفسها..." 174.

وهكذا ينتهي الدكتور أنور سلطان إلى تأييد التقسيم الثنائي للبطلان، لأن وحدة البطلان وإن كانت مسألة منطقية إلا أن القول بالتقسيم الثنائي هو أمر تقتضيه أصول الصياغة القانونية.

¹⁷² أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، بند 214، ص 209-210.

¹⁷³ أنور سلطان، المرجع السابق، بند 214، ص 210.

¹⁷⁴ أنور سلطان، نفس المرجع السابق.

وفي نفس هذا الاتجاه نجد فقهاء كثيرين يقررون في شروحهم تفضيلهم لتقسيم
البطلان إلى مطلق ونسبي، وإن كانوا لم يتعرضوا صراحة لنظرية وحدة البطلان.175

ومن خلال الآراء السابقة يمكننا أن نجزم بأن معظم الفقه يتبنى التقسيم الثنائي
للبطلان وأساس ذلك أنه تقسيم مقبول يتماشى مع الحياة العملية، وأن القول بوحدة
البطلان هو قول اختلف الفقه حوله، فمن رأي ينبذه إلى آخر يبني عليه كل أحكامه،
إلى ثالث يقول بمنطقيته رغم أن أصول الصياغة القانونية تتنافى معه.

**: مدى تبني التشريعين الموريتاني والجزائري لهذه النظرية
وكذلك بعض التشريعات العربية .**

بعد أن تعرضنا لموقف الفقه العربي المعاصر من تقسيمات البطلان وعرفنا
أنه قد تبني في غالبته التقسيم الثنائي، حري بنا أن نعرف موقف التشريعات العربية
بما فيها التشريع الموريتاني من هذه التقسيمات وعلى أيها يعتمد.

ولمعرفة ذلك سأعرض بالدراسة لأحكام البطلان في كل من التشريعات
العربية التالية : الجزائر، مصر، وسوريا، وليبيا، والمغرب، لبنان، على أن نبدأ
بموقف المشرع الموريتاني.

: القانون الموريتاني

لقد تعرض قانون الالتزامات والعقود الموريتاني في بابه السادس للأحكام
المتعلقة ببطلان الالتزامات وإبطالها وذلك في مواد من 319 إلى 331. وقد تعرضت
في ما سبق لكل هذه المواد بالتحليل وبينت أن المشرع الموريتاني من خلال هذه
النصوص القاطعة الدلالة قد تبني التقسيم الثنائي للبطلان القائم على أساس تنوع
البطلان إلى مطلق ونسبي، وهو يتماشى في ذلك مع التقنينات العربية. وأحيل إلى ما
سبق أن وضحته في بداية هذه الدراسة من تبني المشرع الموريتاني للتقسيم الثنائي.

ثانيا :

إن مراجعة النصوص التشريعية التي وردت في القانون المدني الجزائري
بصدد بطلان العقد تكشف بوضوح أن المشرع الجزائري قد حذى حذو التشريعات
العربية. فأخذ بالمعيار المعتمد في ظل النظرية التقليدية.

¹⁷⁵ منهم الدكتور محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، بند 122، ص 245 وما بعدها، و حسن علي
الذنون، مرجع سابق، بند 139، ص 120.

إذ أفاد ضمنا من جهة أولى أن البطلان النسبي هو الجزاء المترتب على تخلف شروط صحة الرضا، كما أنه أفاد من جهة ثانية أن البطلان المطلق يعتبر جزاء مترتبا على تخلف أحد أركان الانعقاد أو كلها وإن لم يضبطه بأحكام خاصة تحت عنوان مستقل، بل ورد النص على البطلان المطلق في نصوص متفرقة يعالج كل منها حالة معينة.

ومن خلال ما سبق نلاحظ أن المعتمد في القانون المدني الجزائري هو أن شروط قيام العقد هي تلك الأركان التي لا يقوم العقد بدونها، فإذا تخلفت أو تخلف بعضها أو اختل شرط كل منها - عدا اختلال شروط الرضا - كان الجزاء هو البطلان المطلق، أما شروط الصحة التي تتمثل في كمال الأهلية، وخلو الإرادة من عيب يلحقها فإنها إذا تخلفت أو تخلف بعضها أصبح العقد قابلا للإبطال.

وبهذا يتضح أن المشرع الجزائري قد اعتد بالتقسيم الثنائي للبطلان.

في القانون المصري والسوري والليبي 176 :

لقد أخذ المشرع المصري وسائره في ذلك المشرعين السوري والليبي، في إطار العقد بتقسيم البطلان إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي فاعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا، إذا تخلف فيه ركن التراضي أو المحل أو السبب أو الشكل بالنسبة للعقود الشكلية.

فبصدد التراضي اعتبر المشرع المصري عدم تطابق إرادتي المتعاقدين سببا للبطلان المطلق وهو حكم يستفاد من نص المادة 89 من القانون المدني المصري (وتطابقها المادة 92 من القانون المدني السوري والمادة 89 من القانون المدني الليبي) التي جاء بها : "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين..."، الأمر الذي يستفاد منه أن عدم التطابق يؤدي إلى عدم إبرام العقد، كما أنه تطلب في المحل أن يكون ممكنا ومعينا وغير مخالف للنظام العام، أو الآداب وإلا كان العقد باطلا، وهو ما تضمنته أحكام المواد 132 و 133 و 135 من القانون المدني المصري 177، وإضافة إلى ذلك فإنه رتب البطلان المطلق كجزاء على عدم مشروعية

¹⁷⁶ إن ما دفعني إلى تحليل أحكام هذه التقنيات دفعة واحدة مرده إلى أن نصوص التقنين المدني السوري والليبي جاءت مطابقة تماما لنصوص التقنين المدني المصري، ومن ثم فإن ما نستخلصه من استنتاجات من القانون المدني المصري هي التي تسري على القانونية الآخرين، لذلك سنكتفي بتحليل القانون المدني المصري مع الإشارة فقط إلى أرقام نصوص التقنين المدني السوري والليبي.

¹⁷⁷ نصت المادة 132 من القانون المدني المصري (وتطابقها المادة 133 من القانون المدني السوري والمادة 132 من القانون المدني الليبي) على ما يأتي : "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا" وجاء نص المادة 133 من القانون المدني كالتالي : "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه

السبب أخذاً منه بالنظرية الحديثة¹⁷⁸ رغم أن نص المادة 136 من القانون المدني المصري (وتطابقها المادة 137 من القانون المدني السوري)، قد تفيد أنه تبنى نظرية ازدواج السبب القائلة بالجمع بين النظريتين، التقليدية والحديثة، وقد جاء بهذه المادة ما يلي : "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً". وقد امتاز القانون الليبي عن التقنين المصري والسوري، بأنه أزال هذا اللبس إذ جاءت المادة 136 منه على النسق التالي : "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع... الأمر الذي يفيد صراحة أنه تبنى النظرية الحديثة في السبب في هذه المادة.

:

لقد نص قانون الالتزامات والعقود المغربي وهو بصدد العقد أيضاً في الفصل 39 على أن "يكون قابلاً للإبطال الرضا الصادر عن غلط أو الناتج عن تدليس أو المنتزع بالإكراه" وجاء في الفصل 55 أن الغبن لا يخول الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله...". وقد تضمن هذا الفصل استثناءً أورده الفصل 56 وبمقتضاه يجوز إبطال العقد للغبن دون حاجة للتدليس، إذا كان الطرف المغبون قاصراً أو ناقص الأهلية ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي وفقاً للأوضاع التي يحددها القانون...".

وبذلك يكون المشرع المغربي قد اعتبر الغلط والتدليس والإكراه والغبن سبباً للبطلان النسبي، وإن كان قد اشترط في الغبن أن يكون مقترناً بالتدليس إذا كان الطرف المغبون كامل الأهلية.

كما ورد النص على البطلان المطلق في مواضيع متفرقة ترد إلى أصل واحد هو بطلان العقد متى تخلف أحد أركانه، ومن قبيل ذلك ما ورد عليه النص في المادة 1/19 من أنه "لا يتم الاتفاق إلا بتراض الطرفين...". وما جاء في الفصل 59 من أنه¹⁷⁹ "يبطل الالتزام الذي يكون محله شيئاً أو عملاً مستحيلاً إما بحسب طبيعته أو

ومقداره وإلا كان العقد باطلاً"، (وتطابقها المادة 134 من القانون المدني السوري، والمادة 133 من القانون المدني الليبي)، وتطلبت المادة 135 من القانون المدني المصري في المحل أن يكون مشروعاً لقولها : "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً"، (وتطابقها المادة 136 من القانون المدني السوري والمادة 135 من القانون المدني الليبي).

¹⁷⁸ السنهوري، المرجع السابق، ج1، بند 189، ص 514.

¹⁷⁹ قانون الالتزامات والعقود، ظهير رمضان 1331، الموافق لـ 12 أغسطس 1913، منشور بمجلة القضاء والقانون الصادرة عن وزارة العدل المغربية، السنة الثامنة، فبراير، مارس، أبريل، 1965، العدد، 76-77-78.

: يقصد بمصطلح (ظهير) في التشريع المغربي (قانون) أو مرسوم، ويقصد بـ (الفصل)، (المادة).

بحكم القانون" وكذلك نص عليه في الفصل 1/62 من أن "الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كالم يكن".

إن هذه النصوص كلها تدل على أن المشرع المغربي قد تبين التقسيم الثنائي للبطلان القائم على أساس تنوعه إلى مطلق ونسبي وهو يتماشى في ذلك مع التقنيات العربية.

:

لقد وضع المشرع اللبناني وهو بصدد تحليله لأحكام العقد حالات البطلان، فقد نصت المادة 196 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن الموجب الذي ليس له سبب أوله سبب غير صحيح أو غير مباح يعد كأن لم يكن، ويؤدي ذلك إلى اعتبار العقد الذي يعود إليه غير موجود أيضا وما دفع يمكن استرداده.

وجاء في المواد 191، 192، 201 من نفس القانون ما مضمونه أن كل عقد يوجب شيئا أو فعلا مستحيلا باطل، كما يعتبر باطلا كل عقد يوجب أمرا غير مباح قانونا أو فعلا مستحيلا باطل، كما يعتبر باطلا كل عقد يوجب أمرا غير مباح قانونا أو مخالفا للأداب، بالإضافة إلى أنه إذا كان السبب غير مباح كان العقد باطلا أصلا.

وجاء بالمادة 233 أن العقود القابلة للإبطال هي العقود التي تبطل بسبب عيب أصيل لحقها وقت إنشائها كالغلط والإكراه والغبن والخدعة (التدليس) وعدم الأهلية، وأنه لا يجوز لغير المحكمة أن تحكم بالإبطال.

ومن خلال ما تقدم يتضح أن المشرع اللبناني بمقتضى المادة 196 قد اعتبر العقود المخالفة للقانون أو الآداب العامة في حكم العقود المنعدمة، وفي بقية المواد أضيف عليها حكم البطلان المطلق، وبذلك يكون قد سوى البطلان المطلق بالانعدام، وإلى جانب البطلان المطلق فقد أخذ بمقتضى المادة 233 بالبطلان النسبي وبذلك يكون المشرع اللبناني قد أخذ بالتقسيم الثنائي للبطلان. 180.

ومما ينبغي التنبيه إليه أن المشرع اللبناني اعتبر انعدام الأهلية سببا للبطلان النسبي وبالرجوع إلى تفسير الفقهاء اللبنانيين يظهر أن المقصود بانعدام الأهلية هو نقصها، ومن قبيل ذلك ما ورد في مؤلف الأستاذ زهدي يكن من اعتبار العقد المبرم من شخص لا أهلية له إطلاقا سببا للبطلان المطلق، الأمر الذي يفيد أن نقص الأهلية

¹⁸⁰ جورج سيوفي، مرجع سابق، بند 182، ص 280.

هو سبب البطلان النسبي، ولعل هذا الخلط الذي وقع فيه المشرع اللبناني راجع إلى ترجمته لكلمة Incapacité في القانون الفرنسي.181

ويمكن أن نخرج من هذه النظرة على أغلب التشريعات العربية أنها قد أجمعت على تبني التقسيم الثنائي للبطلان يستوي في ذلك قديما (كالقانون المغربي 1913). وحديثها كبقية التشريعات الأخرى، ولعل السبب في ذلك هو أن التقسيم الثنائي للبطلان هو تقسيم تغلب عليه الصفة العملية. بابتعاده عن الإغراق في المنطق والنظريات التي تبقى مجالا خصبا للبحث الفقهي وحده.

¹⁸¹ زهدي، يكن، مرجع سابق، بند 333، ص 119-120.

:

علاقة البطلان بالأنظمة المشابهة له وآ

سنبين في هذا الفصل علاقة البطلان بالأنظمة الأخرى المشابهة له (مبحث أول) ثم الآثار الأصلية والعرضية التي تنتج عن البطلان (مبحث ثاني)

البطلان والأنظمة المشابهة له :

يقتضي منا تحديد علاقة البطلان بالأنظمة المشابهة له أن نتعرض لأنظمة قانونية مختلفة مثل عدم النفاذ، والانحلال، وكذلك الفسخ والانسفاخ، وستطوي هذه المحاولة على أسلوب المقارنة لاستظهار مدى اختلاف البطلان عن الأنظمة المشابهة له، وسنتعرض لهذه الأمور في ثلاثة مطالب وذلك على النحو التالي:

:

لا يمكن أن تتضح علاقة البطلان بعدم النفاذ إلا بعد تبيان ماهية عدم النفاذ، ثم تبيان مدى اختلافه مع البطلان، لذلك سأتناول هاتين النقطتين في فرعين، أبين في الأول ماهية عدم النفاذ، على أن أبين في الثاني مدى اختلافه مع البطلان.

طبيع :

يقصد بعدم النفاذ عدم سريان آثار العقد في مواجهة الغير مع بقائه منتجا لآثاره في ما بين طرفيه¹⁸² بمعنى أن العقد ينتج كل آثاره القانونية المقررة له فيما بين طرفيه، إلا أنه لا يمكن أن ينتج آثاره بالنسبة للغير.

وعدم النفاذ يعود في الأصل إلى مبدأ هام في القانون المدني وهو (نسبية آثار العقد) إذ يوضح الدكتور حشمت أبو استيت أن "عدم النفاذ إنما يكون بالنسبة للأجنبي عن العقد، فهذا (أي الأجنبي عن العقد) طبقاً لقاعدة نسبية أثر العقد، لا يضار بعقد لم

¹⁸² أنور سلطان، مرجع سابق، بين 185، ص 174.

يشترك فيه فلا يعنيه في قليل أو كثير أن يكون العقد باطلاً أو صحيحاً، فهو على فرض صحة العقد لن يؤثر في حقه شيئاً" 183.

وإذا ما عدنا إلى قانون الالتزامات والعقود الموريتاني نجد أنه أخذ بنظرية عدم النفاذ في حيز ضيق حيث اعتد بها في موضعين اثنين يتعلقان دائماً بالعقود الصحيحة، وهذين الموضوعين هما :

- العقد الصوري : حيث نص المشرع الموريتاني في المادة 43 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني على أن "الاتفاقات السرية المعارضة لا يكون لها أثراً إلا في ما بين المتعاقدين... فلا يحتج بها على الغير إذ لم يكن له علم بها..." فيستفاد من هذا النص أن المتعاقدين إذا أبرموا عقداً حقيقياً وستراه بعقد صوري (ظاهر) فإن هذا العقد الخفي الحقيقي هو الذي يكون نافذاً بينهما لكنه لا يكون نافذاً في مواجهة الغير، أي الدائنين والخلف الخاص، ولا ينتج آثاره اتجاههم إذا لم يكونوا عالمين به.

-بيع العقار : نصت المادة 500 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني على أنه : "إذا كان المبيع عقاراً أو حقوقاً عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهناً رسمياً لزم أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون" فاشتراط الكتابة هنا ضرورياً لصحة العقود التي يكون موضوعها عقاراً أو حقوقاً عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها، وجزاء عدم احترام هذه الشكلية هو البطلان، في حين أن هذا العقد حتى ولو توفرت فيه هذه الشكلية لا يسرى في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون، وإذا لم يسجل في هذا الشكل المحدد كان عرضة لعدم النفاذ بمقتضى المادة 500 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني.

هذا في ما يتعلق بموضوع عدم النفاذ في التشريع الموريتاني أما إذا نظرنا في التشريع الجزائري، فنجد أن القانون المدني الجزائري أخذ بنظرية عدم النفاذ بصفة أوسع مما أخذها به نظيره الموريتاني، حيث أخذ بها في مواطن متعددة بعضها متعلق بالعقد الصحيح، وبعضها الآخر متصل بالعقد القابل للإبطال.

فبالنسبة إلى العقد الصحيح نجد المشرع الجزائري أورد نصوصاً متفرقة نص فيها على عدم نفاذ العقد في مواجهة الغير مثل العقد الذي يجريه المدين المعسر أضرار بدائنه حيث نصت المادة 191 من القانون المدني الجزائري على أنه لا يكون نافذاً في حق الغير، ومثل ذلك أيضاً العقد الصوري، فقد نصت المادة 199 من القانون المدني الجزائري على أن العقد الصوري لا يكون نافذاً في مواجهة الغير أي الدائنين والخلف الخاص ومن أمثلة ذلك أيضاً التصرف الذي يجريه المريض مرض الموت

183 أحمد حشمت أبو استيت، نظرية الالتزام في القانون المدني (المصري) الجديد / الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ط 1954، بند 246، ص 241.

بقصد التبرع. فهو يعتبر وصية أيا كانت التسمية التي تعطى له، وبالتالي لا يعتبر نافذا في حق الورثة في ما زاد على ثلث التركة.

أما بالنسبة للعقود القابلة للإبطال : فإنه قد يتم إبرام عقد ويكون قابلا للإبطال لمصلحة أحد عاقديه، ولكنه لا يسري في مواجهة الغير، مثال ذلك عقد بيع ملك الغير، فقد نصت المادة 397 من القانون المدني الجزائري على أن بيع ملك الغير قابل للإبطال في ما بين البائع والمشتري وحده، وأنه لا يسري في حق الغير، والمقصود بالغير هنا المالك الحقيقي حتى ولو أجازته المشتري.

ومن خلال ما تقدم يمكننا القول بأن عدم النفاذ هو حالة قانونية مفادها اعتبار العقد منتجا لآثاره في ما بين طرفيه فقط، دون أن يكون ساريا في مواجهة الغير لعله ارتأها المشرع قاصدا منها حماية الغير، ذوي الحقوق الذين قد يتضررون بسبب هذا العقد.

:

هذا وبعد أن بينا طبيعة عدم النفاذ، يمكننا أن نبين أوجه اختلافه مع البطلان وذلك في ما يلي

1- من حيث كيفية زوال كل منهما

العقد الباطل بطلانا مطلقا لا ينتج آثاره وبالتالي لا يثور خلاف بينه وعدم النفاذ، وإنما يثور الخلاف بين البطلان النسبي وعدم النفاذ، ذلك أن البطلان النسبي لا تصححه إلا الإجازة الصادرة من أحد طرفي العقد، بينما عدم النفاذ لا يمكن للطرفان أو أحدهما أن يصححه، وإنما يتعين أن يتم إقراره من طرف الغير صاحب المصلحة في العقد. 184.

2- من حيث الأثر

إن البطلان سواء كان مطلقا أو نسبيا وصدر به حكم، فإنه يفضي إلى انعدام أثر العقد سواء بالنسبة إلى طرفيه أو بالنسبة إلى الغير.

في حين أن عدم النفاذ يترتب عليه عدم سريان أثر العقد في مواجهة الغير فقط، على الرغم من أن هذا العقد يظل منتجا لكل آثاره في ما بين طرفيه.

3- من حيث نطاق كل منهما

يختلف نطاق البطلان عن نطاق عدم النفاذ، لأن البطلان وصف يلحق العقد ذاته من حيث أنه إذا اختل أحد أركانه أو شروط المحل أو شرط السبب يكون مطلقا،

¹⁸⁴ محمد كامل مرسي، المرجع السابق، بند 252، ص 502.

وإذا اختل أحد شرطي صحة الرضا (كمال الأهلية وخلو الإرادة من العيوب) يكون نسبياً. أما عدم النفاذ فيلحق العقد من الناحية الخارجية المحضة، أي أن العقد يعتبر غير سار في حق الغير متى كانت آثاره غير ممكنة التحقيق بالنسبة للغير، على الرغم من أن العقد يعتبر صحيحاً منذ نشأته.

4- من حيث تحديد صاحب الحق في التمسك بكل منهما

إن التمسك بالبطلان المطلق حق لكل ذي مصلحة، في حين أن التمسك بالبطلان النسبي قاصر على من شرع لمصلحته. أما عدم النفاذ فإنه يقترب من البطلان النسبي، إذ أنه شأنه في ذلك شأن البطلان النسبي، يقتصر على الشخص الذي يستهدف القانون حمايته ويمنحه حق الطعن في العقد، وعلى الرغم من هذا التشابه الذي يوجد بين هذين النظامين، فإن هناك اختلافاً جوهرياً يبقى قائماً بينهما، يتمثل في أن البطلان النسبي مقرر لصالح أحد طرفي العقد، في حين أن عدم النفاذ مقرر لصالح الغير.

:

يختلف البطلان عن الانحلال من حيث أن العقد يكون باطلاً حينما يولد غير صحيح، أو ينشأ صحيحاً ولكنه يكون مهدداً بالزوال لعيب لحقه حين نشأته، في حين أن الانحلال يمكن قيام سببه بصدد العقود التي تبرم صحيحة ثم تنحل قبل أن يتم تنفيذها وأحياناً قبل البدء في تنفيذها. 185

والانحلال يختلف عن البطلان سواء تم الانحلال بإرادة أحد طرفي العقد، أو تم بإرادتها معاً.

: انحلال العقد بإرادة أحد الطرفين

لقد اعتد المشرع الموريتاني على غرار التشريعات المعاصرة بقاعدة عامة مفادها أن العقد شريعة المتعاقدين، وقد ضمن هذه القاعدة في المادة 247 حيث جاء فيها "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى مشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معاً أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

وتبعاً للقاعدة التي أثبتتها هذه المادة فإن العقد لا يمكن إلغاؤه ولا تعديله إلا بتوافق أطرافه، إذ ما أنشأته إرادتان يجوز لهما نقضه وتعديله باتفاق جديد.

¹⁸⁵ محمد كامل مرسي، الالتزام، مرجع سابق، ج1، ص 624.

واستثناء من هذا المبدأ العام الذي أثبتته المادة 247 من قانون الالتزامات والعقود فإن المشرع الموريتاني أورد نصوصا في مواضيع متفرقة من قانون الالتزامات والعقود منح بمقتضاها لأحد طرفي العقد الحق في إنهاء العقد والتحلل منه، من ذلك مثلا ما نصت عليه المادة 870 من هذا القانون التي جاء فيها "للموكل أن يلغي الوكالة متى شاء، وكل شرط يخالف ذلك يكون باطلا وعديم الأثر بالنسبة إلى المتعاقدين وإلى الغير على حد السواء" فهي أعطت للموكل الحق في إنهاء عقد الوكالة في أي وقت وألغت كل اتفاق بينه وبين الموكل يخالف ذلك، وبهذا النص يكون المشرع الموريتاني قد أورد استثناء على القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد لا يمكن إنهاؤه إلا باتفاق طرفيه، أعطى بموجبه لأحد طرفي العقد الحق في إنهائه بإرادة منفردة .

والحقيقة أن المشرع الموريتاني لم يكن بدعا في ذلك، فقد سبقه إليه المشرع الجزائري، إذ أنه بعد أن اعتمد القاعدة العامة السابقة في المادة 106 من القانون المدني الجزائري فمنع بموجبها إنهاء العقد إلا باتفاق طرفيه، عاد وأورد على ذلك استثناءات أعطى بموجبها لأحد طرفي العقد الحق في إنهائه بإرادته، من أمثلة ذلك نص المادة 587 من القانون المدني الجزائري، التي تقضي بأن الوكالة يمكن أن تنتهي في أي وقت بإرادة الموكل ولو وجد اتفاق بينه وبين الموكل يخالف ذلك.

وقد أخذ المشرع الجزائري أيضا بهذا الحكم في ما يتعلق بالوديعة، إذ نجد المادة 594 من القانون المدني توجب على المودع لديه أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع لديه.

ومن خلال هذه الأمثلة يتضح أن الحق في إلغاء العقد أو إنهائه، وإن كان في الأصل لكل من الطرفين، فإنه قد يكون لأحد طرفين فقط دون الآخر كما هو واضح في النصوص السابقة.

: إنهاء العقد باتفاق طرفيه

إن إنهاء العقد بإرادة منفردة يعتبر بمثابة استثناء، لأن القاعدة العامة تقضي بأن إنهاء العقد لا يقع إلا بإرادة طرفية معا، أي باتفاقهما وهو ما يعرف قانونا (بالتقابل) وقد سبق القول أن المشرع الموريتاني نص على أن العقد يعتبر شريعة المتعاقدين، وبالتالي لا يمكن نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما. المادة 247 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني .

وفي هذا الصدد يثار التساؤل حول الطبيعة القانونية للتقابل أو الإقالة، أي هل الاتفاق على التقابل يعتبر فسخا للعقد الأول أم هو عقد جديد. ومحاولة من الفقه للإجابة على هذا التساؤل وجدت آراء ثلاثة : أولها يعتبر الإقالة عقدا جديدا يتفق بموجبه الطرفان على حل ما سبق الاتفاق عليه، ويرى ثانيهما أن التقابل فسخ اتفاقي،

ويذهب الرأي الثالث إلى اعتبار التقايل فسخا في ما بين المتعاقدين، وعقدا جديدا بالنسبة إلى الغير. 186

وتأسيسا على الرأي القائل بأن التقايل عقد، فإنه يلزم أن يتوافر فيه إيجاب وقبول صريحان أو ضمنيان كما هو الأمر في العقد الأصلي 187، والأصل أن أثر التقايل لا يسري إلا بالنسبة إلى المستقبل 188، أي انتهاء سريان مفعول العقد الأول بالنسبة إلى المستقبل فقط، ويظهر ذلك خاصة في نطاق العقود ذات الأداءات المستمرة، كما هو الأمر بالنسبة إلى عقد الإيجار، فإنهاؤه بالطريق الاتفاقي يؤدي إلى إنهاء الأداءات مستقبلا، دون ما تم تنفيذه، إذ أنه لا يمكن الرجوع فيه.

إلا أن المتعاقدين قد يتفقان على إعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل العقد، وبالتالي يثار التساؤل عما إذا كان للتقايل في هذه الحالة أثر رجعي؟

وفي صدد الإجابة على ذلك يذهب رأي من الفقه الفرنسي 189 إلى أن إنهاء العقد في هذه الحالة لا يكون له أثر رجعي بل يمكن تفسيره بما يلي : أن المتعاقدين لم يقررا بموجب عقد ثان - مقابل لأول - محو العقد الأول لأن ذلك لا يدخل في نطاق سلطتهما بل اتفقا على أن يعيد كل منهما للآخر ما حصل عليه، فالبائع يعيد الثمن إلى المشتري مقابل إعادة المشتري الشيء المبيع إليه،

ويترتب على ذلك نتائج عملية تختلف كلية عن تلك التي يؤدي إليها مبدأ الرجعية، فهو يرى أن هذا التحليل وحده هو الذي يسمح بحماية الغير، وتطبيقا لذلك فلو قام مشتري عقار بترتيب حق رهن عليه لصالح الغير، وتم اتفاق الطرفين على إنهاء البيع اللاحق لإنشاء حق الرهن، فإن هذا الاتفاق لا يمس حقوق الدائن المرتهن ولكن بشرط أن يكون الرهن قد تم قيده قبل التقايل.

ويقابل هذا الرأي رأي آخر في الفقه العربي يرى أن التقايل ليس له أثر رجعي إلا إذا تراضا المتعاقدان على ذلك، غير أنه من حيث النتائج العملية يلتقي مع الرأي الأول إذ يشترط عدم مساس التقايل بحقوق الغير. 190

و إذا ما راعينا قواعد العدالة فإننا نرى أن لا يكون للتقايل أثر رجعي، أما إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك، وجب أن يقيدا اتفاقهما هذا بمراعاة حقوق الغير.

: أوجه الاختلاف بين البطلان من جهة والإلغاء والتقايل من

جهة أخرى

186 عبد المجيد الحكيم، الموجز في نظرية الالتزام، ص 446-447.

187 السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، بند 459، ص 777.

188 السنهوري، الوسيط، ج1، نفس المرجع، بند 459، ص 778.

189 هذا الرأي للفقيه مازو، مشار إليه من طرف حبار محمد، مرجع سابق، ص 313.

190 السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، بند 459، ص 778.

بعد أن بينا ماهية الانحلال بشقيه : أي بإرادة أحد طرفيه أو بإرادتيهما معا سننتظر إلى نطاق اختلاف كل منهما عن البطلان.

: اختلاف البطلان عن إنهاء العقد بإرادة منفردة

يمكن تلخيص أوجه الاختلاف بين البطلان والإنهاء بالإرادة المنفردة في ما يلي :

1-الأصل أنه ليس لإنهاء العقد سواء كان ذلك بإرادة أحد عاقيه أو نتيجة قوة قاهرة أثر رجعي191 وذلك كإنهاء رب العمل لعقد المقولة إذ ينصب أثره على المستقبل فقط، على عكس ما عليه الحال بالنسبة إلى البطلان النسبي إذا صدر حكم به فإنه يكون دائما ذا أثر رجعي.

2-يسري البطلان بنوعيه : المطلق والنسبي على العقود التي لا تستجمع أركان قيامها أو شروط صحتها192 أما الإنهاء فهو يقع على عقد مستوف لكل أركانه ولشروط صحته.

ثانيا : اختلاف البطلان عن التقايل

تتبين الاختلافات بين البطلان والتقايل من خلال ما يلي :

أن انحلال العقد بإرادتي المتعاقدين، وهو المسمى بالتقايل يستلزم تطابق أرادتي المتعاقدين على التقايل، وأما البطلان بنوعيه فلا يستلزم ذلك.

إن التقايل باعتباره اتفاقا على إلغاء العقد، يفضي إلى إعفاء كل طرف من التزاماته دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي بذلك، أما البطلان فيختلف الحكم بصدده فإن كان نسبيا، استوجب الأمر صدور حكم قضائي لتقريره أما البطلان المطلق فالأصل فيه أنه لا حاجة لرفع دعوى بشأنه ما دام لم يحصل نزاع بشأنه.

الأصل أنه ليس للتقايل أثر رجعي، على عكس البطلان النسبي الذي ينصرف أثره إلى الماضي حين صدور الحكم به.

:

سنتناول بالتحليل كلا من الفسخ والانفساخ وإختلافهما عن البطلان، وذلك في ثلاثة فروع نخصص الأول منها للفسخ، ونخصص الثاني للانفساخ على أن نبين في الثالث أوجه الاختلاف بين كل من الفسخ والانفساخ من جهة والبطلان من جهة أخرى.

191 السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، مرجع سابق، ص 92.
192 أنور سلطان، مرجع سابق، بند 185، ص 174.

:

يعرف الفسخ بأنه انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي جزاء عدم قيام المدين

بتنفيذ التزامه العقدي .¹⁹³

إذ يفترض في الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه ، فيطلب الآخر فسخه ليفلت بذلك من تنفيذ ما التزم به ، والعقود الملزمة للجانبين هي التي يرد عليها الفسخ بجميع أنواعه ، أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا محل للفسخ فيه.

وقد اختلف الفقهاء في الأساس الذي تقوم عليه نظرية الفسخ ، فذهب فريق من

الفقهاء إلى تأسيسها على نظرية السبب¹⁹⁴ بينما يذهب فريق آخر من الفقه إلى تأسيسها على نظرية الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، إذ أن طبيعتها تستلزم أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر، فإذا لم يتم أحدهما بتنفيذ التزامه جاز للآخر أن يتحلل من التزامه نهائياً¹⁹⁵ وهناك فريق ثالث من الفقه يؤسسها على فكرة العدالة ومقتضاها أن العدالة تقتضي أن يسمح للطرف الذي لم يحصل على الحق المقرر له بمقتضى العقد أن يتحلل مما التزم به من جراء هذا العقد.¹⁹⁶

ولنكون بصدد الفسخ استقر الفقه على ضرورة توافر ثلاثة شروط هي :

1- أن يكون العقد ملزماً للجانبين.

2- أن يكون أحد المتعاقدين قد دخل بتنفيذ التزاماته بمحض إرادته بينما يكون طالب الفسخ قد قام بتنفيذ التزاماته أو أظهر استعداداً لذلك.

3- أن يكون من الممكن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد

والفسخ نوعان، فهو بقدر ما يكون قضائياً فقد يكون اتفاقياً لذلك سنتناول كلا من هذين النوعين على حدة.

:

[1 عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،

ص 15

¹⁹⁴ أنور سلطان، مرجع سابق، بند 306، ص 268.

¹⁹⁵ السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص 785.

¹⁹⁶ سليمان مرقس، شرح القانون المدني، ج2، مرجع سابق، بند 307، ص 272.

يعتبر الفسخ القضائي بمثابة الجزاء المترتب على إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته العقدية في العقد الملزم للجانبين وهذا ما نصت عليه المادة 276 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني حيث جاء فيها : "إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ التزاماته ما دام ممكناً، فإن لم يكن ممكناً جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد وله الحق في التعويض في الحالتين... لا يقع فسخ العقد بقوة القانون وإنما يجب أن تحكم به المحكمة".

فالفسخ القضائي مكنة متاحة وحق لكل متعاقد، ولا بد في أعماله من اللجوء إلى القضاء واستصدار حكم بشأنه، والفسخ القضائي يرد على كل العقود الملزمة للجانبين، خلاف العقود الملزمة لجانب واحد، والتي إذا امتنع الطرف الملزم عن تنفيذ ما عليه فلا مصلحة للطرف الآخر في طلب الفسخ.

والمادة 276 سابقة الذكر تقابلها المادة 1/199 من القانون المدني الجزائري إذ تنص على نفس الأحكام حيث جاء بها : "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

ومن خلال هاتين المادتين يتضح أن للفسخ القضائي ثلاثة شروط هي :

1- أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين :

إن نظرية الفسخ مرتبطة بنظرية السبب، بمعناه التقليدي في العقود الملزمة للجانبين، لأن التزامات الأطراف مرتبطة في ما بينها ارتباطاً لا يتصور معه قيام أحدها دون قيام الالتزام المقابل، بحيث إذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه جاز للطرف الآخر أن يطلب التحلل من التزامه وعلى هذا الأساس فإن الفسخ القضائي - كما تقدم - يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين. 197

2- ألا يقوم أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته

لكي نكون بصدد فسخ قضائي لا بد أن يكون أحد المتعاقدين لم ينفذ التزامه نتيجة خاطئه لا بقوة قاهرة لا حول له فيها - إذ في حالة القوة القاهرة نكون بصدد الانفساخ لا بصدد الفسخ - يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً، إلا أنه في حالة عدم التنفيذ الجزئي للقاضي سلطة تقديرية فإذا ما تبين له أن ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كل الالتزامات جاز له أن يرفض الحكم بالفسخ، ومن الأكيد أن حق طالب الفسخ مشروط بضرورة تنفيذه ما التزم به فعلاً أو بإظهار استعدادده لذلك لأن حق الفسخ ممنوح فقط لمن انتفى التقصير من جانبه.

3- ضرورة أن يكون الفسخ بحكم قضائي

¹⁹⁷ أنور سلطان، مرجع سابق، بند 356، ص 413.

يجب على المتعاقد الذي يرغب في التحلل من التزاماته أن يستصدر حكما قضائيا بالفسخ، والفسخ القضائي اختياري بالنسبة للطرف المطالب به لأن له الحق في أن يطالب بتنفيذ العقد، إذا كان ممكنا، كما أنه اختياري بالنسبة إلى القاضي، إذ له أن يمتنع عن الحكم بالفسخ إذا تبين له أن الفسخ غير مستوف لشروطه، بل ومع استيفائها فله أن يمنح المدين مهلة قضائية يقوم خلالها بتنفيذ التزامه (المادة 276 قانون الالتزامات والعقود الموريتاني) إذا كان الالتزام ما زال ممكن التنفيذ، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزاماته خلال المدة الممنوحة له قضاء، صار العقد مفسوخا تلقائيا بانتهاء الأجل الممنوح له.

هذا وبعد أن تعرضنا لطبيعة الفسخ، وبيننا الشروط المتطلبية فيه حري بنا أن نعرف الآثار المترتبة عليه، ولمعرفة هذه الآثار فإنه من الأحسن التفرقة بين آثار الفسخ بالنسبة إلى المتعاقدين من جهة وآثاره بالنسبة إلى الغير من جهة أخرى.

- آثار الفسخ في ما بين المتعاقدين

إن أهم أثر للفسخ هو إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، أي زوال العقد في ما بين المتعاقدين بأثر رجعي، فيلزم كل منهما يرد ما حصل عليه إن كان لذلك محل، فإن كانت عينا يردّها وثمراتها. وإن كان ثمنا يردّه، وفسخ العقد يؤدي إلى زوال آثاره في الماضي.

والقاعدة العامة أن الفسخ يزيل العقد كلية، ويمحوه بكل شروطه ومقتضى ذلك أن الدائن الذي اختار الفسخ لا محل بعدد لتمسكه بأي شرط من شروط العقد، إلا أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات تجيز استبقاء بعض شروط العقد بعد فسخه،

وذلك لاستقلال هذه الشروط عن موضوع العقد، إذ من الشروط ما يتمتع باستقلال بحيث يشكل اتفاقا مستقلا لا يتأثر بموضوع العقد ولا بماله ويظهر ذلك جليا في إطار الشرط الجزائي¹⁹⁸. وسأبين هذا الشرط بشيء من الإيجاز.

- الشرط الجزائي : وهو يستهدف تنظيما اتفاقيا للنتائج التي قد تسفر عن عدم تنفيذ العقد، وبذلك لا يزول بفسخ العقد، بل يبقى أساسا لتقدير التعويض عن الفسخ الناجم عن عدم التنفيذ، مما يعطيه استقلالية عن العقد تكفل له البقاء بعد الفسخ.

ومبنى استقلال الشرط الجزائي هو تميزه عن المعطيات الاقتصادية والقانونية المتبادلة الناشئة عن العقد، فلا يترتب على فصله عنه أو إضافته إليه المساس بجوهره، وإنما يستهدف تنظيم ما يترتب على عدم تنفيذه.

- أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير

¹⁹⁸ السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، بند 479، ص 807، وكذلك أنور سلطان، مرجع سابق، بند 354، ص 398.

إن الفسخ لا يترتب عليه محو آثار العقد في ما بين المتعاقدين فقط، بل يشمل الغير، ففي عقد البيع مثلا يعتبر المشتري - بناء على الأثر الرجعي للفسخ - كأن لم يكن مالكا أبدا للمبيع، ولذلك يعود المبيع إلى البائع خاليا من الحقوق التي رتبها المشتري عليه لأنه لا يستطيع أن يعطي الغير ما لا يملك وعلى هذا فإذا كان المشتري قد تصرف فيه بالبيع فيحق للبائع أن يسترده من المشتري الثاني، وفي هذه الحالة فإن المشتري لا يلزم برد ثمار المبيع إلا إذا كان سيئ النية وقت القبض، ولا يكون كذلك إلا من اليوم الذي ترفع فيه دعوى الفسخ على المشتري الأول، أما إذا كان يعلم قبل رفع الدعوى بأن سند ملكية البائع مهدد بالفسخ لعدم الوفاء بالتزاماته، فلا يمنع ذلك من اعتباره حسن النية لأنه يصح له أن يعتمد على أن سلفه سيوفي بالتزاماته، كما أنه لا يلزم بالتعويض إذا أحدث تلفا بالمبيع قبل رفع دعوى الفسخ، في حين يجوز له أن يعود على طالب الفسخ بالمصاريف النافعة كمصاريف البناء والإصلاح.

ويستثنى من قاعدة استرداد المبيع من الغير بعد الفسخ ما يلي :

1- إذا كان الغير يستطيع أن يدفع دعوى البائع يملك المبيع بالتقادم.

2- إذا كان الغير قد كسب بحسن نية حقا عينيا على منقول تطبيقا للقاعدة الشهيرة "الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية.

3- إذا كان الغير قد كسب حقا بموجب عقد من عقود الإدارة كالإيجار لأن المشتري يعتبر نائبا عن البائع باعتباره مالكا تحت شرط فاسخ، له حق الإدارة، فإذا ما أبرم عقودا بدون غش فإنها تنصرف إلى المالك.

ثانيا : ()

نصت المادة 277 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني أنه "إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته، وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء" ووفقا لأحكام هذه المادة التي توافقها المادة 120 من القانون المدني الجزائري فإنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدما عند إبرام العقد على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى حكم قضائي حال عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وقد تطلب القانون لإعمال الفسخ الاتفاقي توافر الشروط المتفق عليها بين المتعاقدين، كما اشترط إعدار المدين ويتعين أن يتم الإعدار في المهلة المحددة، اتفقا. 199

وإن كان القانون قد اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي بذلك، فإن هذا لا يعني استبعاد رقابة القضاء في حالة ما إذا نشب نزاع بين المتعاقدين حول تنفيذ الالتزامات أو حول تحقق الشروط المشار إليها، إذ مما لا شك فيه أن القضاء هو المرجع الوحيد في حالة حدوث نزاع بين الطرفين إذ

¹⁹⁹ محمد حسين منصور، دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، منشأة المعارف، ص 41.

هو السلطة ذات الصلاحية للتحقق مما إذا كان وقع هناك إخلال بالالتزام من عدمه، فإذا عرض النزاع على القضاء، اقتضت سلطته على التحقق من حصول الاختلال بالالتزام أو عدم حصوله.

وقد استقر الفقه والقضاء على أن الشرط الفاسخ لا يؤدي إلى اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه إلا إذا كان قاطع الدلالة على ذلك، أما إذا ثار شك بشأنه فيتعين تفسيره على أنه لا يؤدي إلى جعل العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد الإخلال بالالتزام، وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض المصرية في 12 يناير 1950 من أن "الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحقيقه".²⁰⁰

() :

نصت المادة 644 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني على ما يلي : "إذا هلكت العين المكترأة، أو تعيبت، أو تغيرت كلياً أو جزئياً بحيث أصبحت غير صالحة للاستعمال للغرض الذي اكتتبت من أجله، وذلك دون خطأ أي واحد من المتعاقدين فإن عقد الكراء يفسخ، من غير أن يكون لأحدهما على الآخر أي حق في التعويض، ولا يلزم المكثري من الكراء إلا بقدر انتفاعه، وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر".

وتوضح هذه المادة من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، شأنها في ذلك شأن المادة 121 من القانون المدني الجزائري²⁰¹ أن استحالة التنفيذ إذا كانت راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإنها تؤدي إلى انقضاء الالتزام وبالتالي إلى صيرورة العقد منفسخا من تلقاء نفسه، وبذلك يمكن القول بأن الانفساخ يرجع إلى استحالة تنفيذ العقد بسبب أجنبي لا دخل للمدين فيه، سواء كانت الاستحالة مادية كتهدم المنزل المكثري أو المبيع قبل أن يسلمه البائع إلى المشتري، أم كانت تلك الاستحالة قانونية، كما إذا نزع ملكية هذا المنزل للمنفعة العامة.²⁰²

وترتيباً على هذا الأساس فلا ضرورة للإعذار لأن مجال إعماله يتطلب ضرورة كون التنفيذ ممكناً، كما أن لا حاجة لصدور حكم قضائي بالانفساخ لأن مصدره القانون.²⁰³

²⁰⁰ أورده الدكتور السنهوري في الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص 811، هامش 2.
²⁰¹ نص المادة 121 من القانون المدني الجزائري هو : "في العقود الملزمة للجانبين إذا نقض الالتزام بسبب تنفيذه (الأصح : بسبب استحالة تنفيذه)، انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بحكم القانون".
²⁰² عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، مرجع سابق، بند 233، ص 362-363.
²⁰³ محمد حسنين، مرجع سابق، ص 127.

فإذا وقع أن ادعى أحد الطرفين أن الطرف الآخر قد امتنع عن التنفيذ بخطئه، وتبين للقاضي أن عدم التنفيذ مرجعه السبب الأجنبي فأصدر حكماً بالانفساخ كان هذا الحكم مقررًا للفسخ لا منشأ له. 204

وترتبط بالانفساخ مسألة تحمل التبعة، بمعنى أن العقد إذا انفسخ بحكم القانون لاستحالة تنفيذ التزام المدين لسبب أجنبي، فأى الطرفين يتحمل تبعه انقضاء الالتزام الذي استحاله تنفيذه؟

والإجابة على هذا السؤال تختلف باختلاف نوعية العقد، فإذا كان العقد ملزماً لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة، واستحال تنفيذ التزام المودع لديه لسبب أجنبي فإن التزام المدين ينقضي ويتحمل الدائن (المودع) تبعه الاستحالة²⁰⁵. أما إذا كان العقد تبادلياً فإن المدين إذا استحاله عليه تنفيذ التزامه فإنه لا يستطيع مطالبة الدائن بتنفيذ ما تعهد به، وبالتالي فبالخسارة هو الذي يتحملها²⁰⁶. ففي عقد البيع إذا هلك المبيع المعين بالذات قبل التسليم لسبب أجنبي فإن المدين بالتسليم هو الذي يتحمل تبعه الهلاك²⁰⁷، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسلم العين المباعة، فحينئذ تنتقل تبعه الهلاك إلى المشتري الذي لم يحم بالتسلم رغم إعداره.

وفي ما يتعلق بآثار الانفساخ فهي نفس الآثار التي - سبق ذكرها - المترتبة على الفسخ بنوعيه : القضائي والاتفاقي، ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، ولا محل للتعويض لأن المدين قد انقضى التزامه بقوة قاهرة لا يد له فيها. 208

:

إذا كان كل من البطلان والفسخ والانفساخ يؤدي - بحسب الأصل - إلى زوال العقد بآثر رجعي، فإن هناك خلافات جوهرية بينهما يمكن تلخيصها في ما يلي :

1- من حيث السبب

إن سبب البطلان يكمن أصلاً في عدم استجماع العقد لأركان محددة قانوناً، كما أن سبب الإبطال يرجع إلى عدم توافر شروط صحة الرضا أو إلى نقص الأهلية،

²⁰⁴ السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، بند 489، ص 822.

²⁰⁵ السنهوري، الوسيط، ج1، نفس المرجع، بند 490، ص 823.

²⁰⁶ سليمان مرقس، شرح القانون المدني، مرجع سابق، بند 317، ص 279-280.

²⁰⁷ أنور سلطان، مرجع سابق، بند 325، ص 282.

²⁰⁸ السنهوري، الوسيط، ج1، نفس المرجع، بند 491، ص 824.

أي أنه يصاحب العقد من وقت نشأته ووجوده. أما الفسخ بنوعيه والانفساخ فهما جزاء يترتب على عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه، يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى امتناع أحد المتعاقدين أو إلى استحالة التنفيذ بسبب أجنبي لا دخل للمدين فيه.

2- من حيث نوع العقد

يرد الفسخ والانفساخ على العقد الملزم للجانبين فقط، فلا يتصور أن يرد على التصرفات الصادرة من جانب واحد، أما البطلان فإنه يرد على كافة التصرفات سواء كانت صادرة من جانبين أو جانب واحد.

3- من حيث الوقت

ينسب البطلان إلى وقت إبرام العقد سواء كان مطلقا أو نسبيا متى قضي بإبطال العقد، إعمالا لفكرة الأثر الرجعي، أما الفسخ أو الانفساخ فيرد على عقد كان صحيحا ومن ثم فإنه يكون لاحقا لإبرام العقد، وبعبارة أخرى فإن سبب البطلان بنوعيه يقوم وقت قيام العقد، أي يكون معا صرا لنشأته، بينما أسباب الفسخ تنشأ بعد قيام العقد سليما صحيحا والمتمثلة في عدم التنفيذ.

4- المسؤولية بصدد العقد الباطل يخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية باتفاق الفقهاء، فإنه في دعوى الفسخ حصل خلاف حاد بين الفقهاء، فمن قائل بأن المسؤولية تكون تعاقدية لأنها تجد مصدرها في الإخلال بالتزام تعاقدية ومن قائل أن المسؤولية بعد فسخ العقد تكون تقصيرية.

5- من حيث السلطات المخولة للقاضي في كل من الفسخ والبطلان

بالنسبة للبطلان يكون القاضي ملزما بالحكم به متى طلب منه ذلك، أما في الفسخ فيبقى الأمر جوازيا، أي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فله أن يحكم به، وله أن يعدل عنه إلى الحكم بالتنفيذ، وفي حالة الحكم بالتنفيذ فإن السلطة التقديرية تمكنه من منح المدين مهلة يتم خلالها التنفيذ، كما أنه يملك الحكم بالتعويض للدائن أو برفضه خاصة إذا رأى أن عدم التنفيذ كان جزئيا وليس ذا أهمية.

:

إن العقد الباطل ليس عملا قانونيا، إذ هو كعقد لا وجود له، ولكنه عمل مادي، أو واقعة قانونية، وهو بهذه المثابة قد ينتج أثرا قانونيا، ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العمل القانوني باعتباره عقدا، بل هو أثر عرضي يترتب على العمل المادي باعتباره واقعة قانونية، على أن العقد الباطل قد ينتج في حالات استثنائية أثره الأصلي باعتباره عقدا، وهذا شذوذ تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل، وطورا

وجوب حماية حسن النية، والعقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه انعدم من البداية، وصار هو والعقد الباطل بمنزلة سواء.

ولذلك فإن الآثار التي تترتب على البطلان نجدها مشتركة بين كل من البطلان المطلق والقابلية للإبطال. 209

وسنتناول كلا من الآثار العرضية والآثار الأصلية للعقد الباطل وذلك في المطالبين التاليين :

الآثار العرضية للبطلان :

قد ينتج العقد الباطل آثارا باعتباره واقعة مادية كما قدمنا، ومن ذلك الزواج غير الصحيح، فهو في الشريعة الإسلامية لا ينتج آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث ما بين الزوجين، ولكنه ينتج آثارا عرضية كوجوب العدة في بعض الأحوال ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطا وسقوط الحد، ولومع العلم بالبطلان على خلاف في الرأي. 210

وهذه الآثار لا تترتب على الزواج باعتباره عقدا، فهو بهذا الاعتبار باطل لا ينتج أثرا ولكنها تترتب عليه باعتباره واقعة مادية، فإذا وقع أن رجلا وامرأة ارتبط أحدهما بالآخر كما لو كانا زوجين، فالعدة واجبة على إثر هذا الاتصال الفعلي، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء، والمهر بمثابة التعويض عن الدخول، وسقوط الحد عند من يقولون به يكون للشبهة لا لقيام رابطة زوجية.

ومن أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل أثران يستخلصان من تطبيق نظريتين معروفتين، هما نظرية تحول العقد، ونظرية الخطأ عند تكوين العقد، وسنتعرض لكل من هاتين النظريتين وذلك على النحو التالي :

نظرية تحول العقد :

سنتناول هذه النظرية من خلال توضيح مضمونها (أولا)، ثم تقديم أمثلة عملية لها (ثانيا) وأخيرا شروط تحول العقد (ثالثا)

مضمون نظرية تحول العقد :

²⁰⁹ قد يكون العقد القابل للإبطال قبل أن يتقرر بطلانه منتجا لبعض الآثار كواقعة مادية لا كعقد، فهو يصلح أن يكون سببا صحيحا ناقلا للملكية، يستند إليه الحائز في التملك بالتقادم، بخلاف العقد الباطل فإنه لا يصلح لذلك، فإذا اشترى شخص عقارا من غير المالك، وكان البائع قاصرا، صلح هذا البيع أن يكون سببا صحيحا، وتملك المشتري العقار بالتقادم، وظاهر أن البيع الصادر من القاصر غير المالك يعتبر في العلاقة ما بين المشتري والمالك الحقيقي واقعة مادية لا عقدا، وهو لا يكون سببا صحيحا إلا قبل إبطاله، أما إذا أبطله القاصر أو المشتري فإنه لا يعود صالحا لأن يكون سببا صحيحا.

²¹⁰ السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، بند 303، ص 496.

يمكن أن نستخلص نظرية تحول العقد هذه من المادة 322 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني التي جاء بها "إذا بطل الالتزام باعتباره ذاته، وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر، جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير".

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية، صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر، وأخذ بها التقنين الألماني كقاعدة عامة، وعلى نهج التقنين الألماني سارت أغلب القوانين مثل القانون المصري، والقانون الموريتاني على ما يبدو من المادة 322 السابقة الذكر.

وتتلخص نظرية تحول العقد في أن العقد أو التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر عقد آخر، فيتحول العقد الذي قصد إليه المتعاقدان وهو العقد الباطل إلى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح، وبذلك يكون العقد الباطل قد أنتج أثرا قانونيا عرضيا لا أصليا.

ثانيا : أمثلة عملية لنظرية تحول العقد

من أمثلة تحول العقد الباطل إلى آخر صحيح ما يلي :

- الكمبيالة الباطلة :

للكمبيالة شروط شكلية إلزامية تتعلق ببياناتها. فإذا فقدت هذه الشروط أو فقد بعضها فقدت الكمبيالة ماهيتها، ولكن ذلك لا يمنع من تحول الكمبيالة الباطلة إلى سند عادي صحيح. 211

- تعهد شخص بأن يجعل آخر وراثا له :

ومن أمثلة تحول العقد أيضا أن يتعهد شخص تعهدا لا رجعة فيه أن يجعل آخر وراثا له، فيكون هذا التعهد باطلا لأن الشريعة الإسلامية بينت أصحاب الحقوق في التركة ومن يرث ومن لا يرث، وهي لا تعرف عقد إقامة الوارث، ولكن ذلك لا يمنع من تحول هذا العقد إلى وصية صحيحة يمكن الرجوع فيها في أي وقت.

- وصية لاحقة لوصية سابقة :

ومن أمثلة التحول كذلك وصية لاحقة لوصية سابقة، فإذا كانت الوصية اللاحقة باطلة تحولت إلى عدول صحيح عن الوصية السابقة، ومثل ذلك تصرف باطل

²¹¹ السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، بند 305، ص 498.

في شيء كان قد أوصى به المتصرف قبل صدور التصرف، فيتحول التصرف الباطل إلى عدول صحيح عن الوصية.

: شروط تحول العقد

يتبين مما تقدم أن هناك شروط ثلاثة لتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح وهي : - بطلان العقد الأصلي - وتضمنه لعناصر عقد آخر - وانصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا العقد الآخر.

1- وجود عقد أصلي باطل : يشترط لتحول العقد أن يكون هناك عقد أصلي باطل، ويترتب على هذا الشرط نتيجتان أولاهما : لو أن العقد الأصلي كان صحيحا، فلا يتحول إلى عقد آخر كان المتعاقدان يؤثرانه على العقد الأول. وثانيهما : أنه يجب أن يكون العقد الأصلي باطل بأكمله، أما إذا كان جزء منه باطل وكان العقد قابلا للانقسام، فلا يكون هناك محل لتحول العقد، بل لانتقاصه، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح²¹²، مثال ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك، فتقع قسمة الموقوف باطلة، وتبقى قسمة المملوك صحيحة، إلا إذا أثبت من يطعن في القسمة كلها أنها ما كانت لتتم في المنقول دون الموصوف.

2- يشترط ثانيا لإعمال نظرية التحول ضرورة كون العقد الباطل متضمنا جميع عناصر العقد الصحيح الذي يتحول إليه دون إضافة أي عنصر جديد آخر إليه، فإذا اختل هذا الشرط لم يجز التحول، مثال ذلك شخص باع أرضا من آخر، وتبين أن الأرض غير مملوكة للبائع، فلا يتحول العقد إلى بيع يقع على منزل مملوك للبائع، حتى ولو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علما بأن البائع لا يملك الأرض.²¹³

3- والشرط الثالث في إعمال نظرية التحول هو وجوب انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد الآخر الذي تحول إليه العقد الأصلي، وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادا العقد الآخر إرادة حقيقية، بل معناه أنهما كانا يريدانه لو أنهما علما بأن العقد الأصلي باطل، فإرادتهما الواقعية انصرفت إلى العقد الأصلي، وانصرفت إرادتهما المحتملة إلى العقد الآخر، ومن هنا يتضح أن القاضي قد استخلص من العقد الباطل - باعتباره واقعة مادية - عناصر عقد صحيح، انصرفت إليه الإرادة المحتملة للمتعاقدين، فأقام هذا العقد الصحيح مقام العقد الباطل، وجعل ذلك أثرا عرضيا لهذا.²¹⁴

²¹² السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، بند 307، ص 500.

²¹³ السنهوري، الوسيط، ج1، نفس المرجع، بند 307، ص 502.

²¹⁴ هناك من أنصار نظرية الإرادة الباطنة من يشترط في التحول أن تنصرف إرادة المتعاقدين، احتياطا إلى العقد الصحيح الذي تحول إليه العقد الباطل، فلا تكفي الإرادة المحتملة، بل يجب أن يتوقع المتعاقدين احتمال بطلان العقد الأصلي فتتنصرف إرادتهما احتياطا إلى العقد الآخر عند تحقيق هذا الاحتمال، والإرادة الاحتياطية هي كما نرى إرادة حقيقية، ويكون المتعاقدان قد أرادا عقدا باطلا في الأصل، وأرادا عقدا صحيحا على سبيل الاحتياط، فيقوم العقد الصحيح على إرادة حقيقية، لا على إرادة محتملة.

ويمكن للقاضي أن يستخلص من سكوت الطرفين عن التمسك بالبطلان بعد علمهما بأمره، أو من استمرارهما في تنفيذ العقد الأصلي أن نيتهما المحتملة قد انصرفت إلى التحول حتى لو نازع أحدهما في ذلك.215

: نظرية الخطأ في تكوين العقد

سنعالج نظرية الخطأ في تكوين العقد من خلال توضيح مضمونها وذلك في نقطة أولى ثم تبيان موقف الفقهاء منها في نقطة ثانية، على أن نبين في فقرة ثالثة مدى تأثير التشريعات الحديثة بها.

1- مضمون نظرية الخطأ في تكوين العقد :

قد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، ويكون سبب البطلان آتياً من جهة أحد المتعاقدين، أما المتعاقد الآخر فيعتقد صحة العقد، ويطمئن إلى ذلك، ويبني تعامله على هذا الاعتقاد، فإذا تقرر بطلان العقد، ناله من وراء ذلك ضرر لم يكن في حسابه، فهل يرجع بالتعويض على من كان سبب البطلان آتياً من جهته، وعلى أي أساس قانوني يكون هذا الرجوع؟. هذا هو وضع المسألة في نظرية الخطأ عند تكوين العقد، ووجه الصعوبة فيها أن العقد باطل، فليس هناك إذن عقد تؤسس عليه مسؤولية المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته، فكيف إذا يمكن الرجوع عليه؟

ومحاولة منه الإجابة على هذا السؤال فقد وضع إهرنج (Ihering)، الفقيه الألماني المعروف، هذه النظرية (نظرية الخطأ عند تكوين العقد) ودعاها إلى ذلك أن القانون الروماني كان في ألمانيا هو القانون المعمول به في عهده، ولم يكن هذا القانون يسلم أن كل خطأ يرتب مسؤولية مدنية، بل كانت الأعمال الضارة التي توجب التعويض مقيدة بشروط معينة، فلم يستطع إهرنج أن يقرر أن العقد الباطل كواقعة مادية يعتبر خطأً يوجب التعويض، ولكنه نقب في نصوص القانون الروماني، فعثر على بعض النصوص التي تقضي برجوع أحد المتعاقدين على الآخر في العقد الباطل بمقتضى دعوى العقد ذاتها²¹⁶ واستخلص من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاماً بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية.

ولم يقتصر إهرنج على التطبيقات التي وجدها في القانون الروماني بل رسم مبدأ عاماً يقضي بأن كل متعاقد تسبب ولو بحسن نية في إيجاد مظهر تعاقد يطمأن إليه المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر، يلتزم بمقتضى

وعلى النقيض من ذلك يوجد من أنصار نظرية الإرادة الظاهرة من لا يتطلب لا إرادة احتياطية ولا إرادة محتملة، بل يكفي بانعدام الإرادة العكسية، فيتحول العقد ما لم يتضح من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى استبعاد هذا التحول.

²¹⁵ حسن علي الذنون، مرجع سابق، بند 143، ص 124.

²¹⁶ السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، بند 309، ص 505، وكذلك حبار محمد، مرجع سابق، ص 357.

العقد الباطل ذاته أن يعوض المتعاقد الآخر ما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه إلى العقد بحيث يرجع إلى الحالة التي كان يصير إليها لو لم يتعاقد. 217

وتتميز نظرية إهرنج هذه بأن كلا من المقومات الثلاثة للمسؤولية والتي هي : الخطأ، العقد والتعويض تتميز فيها بطبيعة خاصة.

- :

فإنه ينحصر في إقدام المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد، وكان واجبا أن يعلم بما يحول دون هذا التعاقد من أسباب توجب بطلان العقد.

ويرى إهرنج أنه حتى لو فرض أن هذا المتعاقد كان لا يستطيع أن يعلم بسبب البطلان، فإنه يبقى أن ضررا قد وقع، وأن من العدل أن يتحملة هو، وقد وجد سبب البطلان في جانبه، لا أن يتحملة المتعاقد الآخر وهو حسن النية، ولم يكن في موقف يستطيع فيه أن يكشف عن هذا السبب.

فوجود سبب البطلان في جانب أحد المتعاقدين هو في ذاته خطأ يوجب التعويض.

- :

يرى إهرنج أن العقد الذي أخل به المتعاقد المسؤول كان من الممكن تصويره على أنه عقد ضمان التزم بمقتضاه هذا المتعاقد أن يكفل للمتعاقد الآخر صحة العقد. ووجه ذلك أن كل شخص أقدم على التعاقد يتعهد ضمنا ألا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد، ورضاء المتعاقد الآخر أن يتعاقد معه إنما هو قبول ضمني لهذا التعهد، فيتم عقد الضمان - حسب إهرنج - بإيجاب وقبول ضمنيين.

وقد لقيت نظرية إهرنج هذه ترحيبا في الفقه الفرنسي، وخاصة لدى العقليين "سالي" الذي رأى فيها تطبيقا لنص المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة ببيع الغير. إذ أنه لم يرد سبب إلزام البائع بالتعويض في حالة كونه حسن النية إلى أحكام المسؤولية التقصيرية لأنه لم يرتكب خطأ، وإنما يرجع إلى أساس إخلاله بعقد ضمان ضمني مفاده أن كل شخص يقدم على التعاقد يتعهد ضمنا أن يضمن سلامة العقد، أي لا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد. 218

- بالنسبة إلى التعويض :

217 السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، بند 309، ص 505.

218 السنهوري، الوسيط، ج1، نفس المرجع، بند 309، ص 555، وزهدي يكن، المرجع السابق، بند 361، ص

159.

إن التعويض عن العقد الباطل في نظرية إهرنج لا يكون تعويضا كاملا كما في التعويض عن عقد صحيح، لأن التعويض عن العقد الصحيح يكون عن المصلحة الإيجابية، أما التعويض عن العقد الباطل فيكون عن المصلحة السلبية.

ويوضح إهرنج الفرق بين التعويضين ضاربا المثل التالي : شخص حجز غرفة في فندق وتخلف عن الحضور فإذا كان العقد صحيحا كان مسؤولا عن تعويض المصلحة الإيجابية، أي عن الضرر الذي أصاب صاحب الفندق من عدم تنفيذ العقد، فيدفع أجرة الغرفة، أما إذا كان العقد باطلا ومع ذلك اطمأن صاحب الفندق إلى صحة التعاقد، فلا يرجع إلا بالتعويض عن المصلحة السلبية، فيقدر بقيمة الضرر الذي أصابه من جراء توهمه صحة العقد ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التي كان عليها، ولو لم يوجد هذا المظهر الخداع من التعاقد. ويترتب على ذلك أنه لا يرجع بالتعويض إلا إذا أثبت أن الغرفة قد طلبها آخرون فرفض الطلب لاعتقاده أن الغرفة محجوزة 219، لكنه إذا ثبت أن هناك غرفا أخرى في الفندق بقيت شاغرة، فإن صاحب الفندق لا يستحق شيء. 220

2- موقف الفقه من نظرية الخطأ عند تكوين العقد :

إن الفقه في غالبته قد انتقد نظرية الخطأ عند تكوين العقد، واستند في ذلك على المبررات التالية :

أ- أن هذه النظرية كانت وليدة الضرورة، فقد نادى بها إهرنج مضطرا إلى مواجهة حاجات معينة يضيق عنها القانون الروماني، أما في الوقت الحاضر فقد أصبحنا في غنى عن هذه النظرية، طالما أن جميع التشريعات الحديثة قد استقرت على أن كل خطأ يرتكبه شخص ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض، الأمر الذي يساعد على تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية. 221

ب- إن فكرة العقد الضمني قد انتقدت من الفقه الفرنسي وذلك استنادا إلى سببين هما :

- أن هذه النظرية تفترض قيام عقد ضمني إلى جانب كل اتفاق، وهو أمر قل ما يفكر المتعاقدان فيه.

²¹⁹ السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، بند 309، ص 507، وكذلك أنور السلطان، المرجع السابق، بند

313، ص 195.

²²⁰ زهدي يكن، مرجع سابق، بند 310، ص 157.

²²¹ السنهوري، المرجع السابق، بند 311، ص 511.

- وثاني هذه الأسباب أن فكرة العقد الضمني غير مستقيمة، فلو فرض أن العقد الأصلي أبطل نتيجة نقص الأهلية، أو عيب من عيوب الرضا، أفلا يتصور أن يلحق نفس العيب العقد الضمني فيؤثر فيه كما أثر في العقد الأصلي. 222

وقد كان لهذين الانتقادين أثر بالغ في عدم نجاح هذه النظرية، الأمر الذي حدا بالفقه إلى البحث عن أساس آخر يسمح للمتعاقد المتضرر بالحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق به، والمستقر عليه، أن هذا التعويض يتم بالرجوع إلى فكرة المسؤولية التقصيرية، وذلك استناداً إلى أن العقد الباطل لا يزيد عن كونه واقعة مادية منتجة لأثر عرضي بشرط أن تتوفر فيها شروط الخطأ التقصيري. 223

3- مدى تأثير التشريعات الحديثة بنظرية إهرنج :

لقد تأثرت بعض القوانين الحديثة بنظرية إهرنج سائلة الذكر ومن أكثر هذه القوانين تأثراً بنظرية إهرنج هو القانون الألماني الذي أخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، لكن لا كنظرية عامة بل في مواطن متفرقة، فنص في المادة 122 على أنه إذا كان إعلان الإرادة باطلاً وفقاً للمادة 118 (إرادة غير جدية) أو طعن فيه بالبطلان على أساس المادتين 118 (الغلط) و120 (الخطأ في نقل الإرادة) فعلى من صدرت منه هذه الإرادة إذا كانت موجهة إلى شخص معين أن يعرض هذا الشخص.

وإذا لم تكن موجهة لشخص ما أن يعرض أي شخص، عن الضرر الذي أصابه لاعتقاده صحة الإرادة، دون أن يجاوز مقدار التعويض حد ما له من المصلحة في أن تكون الإرادة صحيحة. فنصوص هذه المواد السالفة من القانون الألماني هي تطبيق لنظرية الخطأ عند تكوين العقد في فروض ممتدة مثل فرض الإرادة غير الجدية وفرض الغلط.

كما أخذ القانون الألماني بنظرية الخطأ عند تكوين العقد في المادة 307 التي نصت على أن الطرف الذي يعلم، أو يجب ضرورة أن يعلم، عند إتمام عقد يرمي إلى عمل مستحيل، باستحالة هذا العمل، يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي أصابه من جراء اعتقاده بصحة العقد.

على أنه لا محل للالتزام بالتعويض إذا كان الطرف الآخر يعلم، أو يجب ضرورة أن يعلم بهذه الاستحالة، وهذا النص تطبيق آخر للنظرية في فرض بطلان العقد لاستحالة المحل. 224

222 السنهوري، الوسيط، ج1، نفس المرجع، بند 311، ص 511، أنور سلطان، نفس المرجع، بند 214، ص

196.

223 السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، بند 311، ص 511، أنور سلطان، المرجع السابق، بند 214،

ص 196.

224 زهدي يكن، المرجع السابق، بند 360، ص 158.

على أن القانون الألماني رغم أخذه بنظرية إهرنج هذه، أي نظرية الخطأ عند تكوين العقد، فإنه لم يرتب الالتزام بالتعويض على العقد الباطل بوصفه تصرفاً قانونياً قائماً، بل اعتباره واقعة مادية تنطوي على شروط الخطأ التقصيري. 225

أما في القانون الفرنسي فقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، واستند سالي في ذلك إلى نص المادة 1599 من القانون الفرنسي، وهو يقضي بأن بيع ملك الغير باطل ويترتب عليه الحكم بالتعويض إذا كان المشتري يجهل أن الشيء مملوك للغير، فمصدر التعويض في هذه الحالة، في نظر سالي، لا يمكن أن يكون خطأ من البائع فقد يكون حسن النية، وإنما هو عقد ضمان يستخلص من ظروف التعاقد، إذ أن البائع بإقدامه على البيع يكون قد تعهد ضمناً بكفالة صحة العقد.

على أن غالبية الفقهاء الفرنسيين لا تأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد وترى في حالة ما إذا كان العقد باطلاً أن من أتى سبب البطلان من جهته لا يكون مسؤولاً إلا إذا ثبت خطأ في جانبه، طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

ومثل القانون الفرنسي القانون المصري فإنه لم يأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد.

وإذا كانت نظرية إهرنج لم تلقى تأييداً من غالبية التشريعات القديمة والحديثة، فإنها كذلك قد رفضت أيضاً من طرف التشريع الموريتاني حيث لم يشر إليها، مثله في ذلك مثل التشريع الجزائري.

: الآثار الأصلية للبطلان

قد يرتب القانون في بعض الحالات على العقد الباطل آثاره الأصلية لا باعتباره واقعة مادية كما هو الأمر في الآثار العرضية، بل باعتباره عقداً، فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء.

وفي هذا خروج صريح على القواعد العامة، يبرره أن هذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة حماية القانون للظاهر لاسيما إذا اصطحب بحسن النية، وهذه رعاية واجبة لاستقرار التعامل، فالظاهر المستقر الذي اطمأن إليه الناس في تعاملهم يبقى في حماية القانون حتى ولو خالف الحقيقة، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها، هذا الأصل الجوهرى من أصول القانون، الذي تندرج تحته نظرية الإرادة الظاهرة،

²²⁵ السنهوري، الوسيط، ج1، نفس المرجع، بند 310، ص 509.

ونظرية التصرف المجرد ونظرية الصورية في مختلف تطبيقاتها، يمتد أيضا ليشمل العقد الباطل فيرتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقدا صحيحا. 226

ومن أمثلة العقود الباطلة التي ترتب آثارها الأصلية ما يلي :

1- الشركة التجارية التي لم تستوفي الإجراءات الواجبة قانونا :

تعتبر الشركة التي لم تستوفي الإجراءات الواجبة قانونا باطلة، لكنها مع هذا تعتبر شركة فعلية أو واقعية بالنسبة للغير حسن النية، وتنتج كافة آثارها بحيث يقتصر أثر البطلان على الشركاء، وتظل الشركة قائمة فعلا حماية للغير الذي أطمأن إلى قيامها، وتعامل معها بحسن نية. وذلك تطبيقا للمادة 6/996 قانون الالتزامات والعقود الموريتاني 227، وكذلك المادة 742 من القانون التجاري الجزائري، إذ أن عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية كما لو كان عقدا صحيحا، ووجه ذلك أن الشركة التي قضي ببطلانها تعتبر في المدة السابقة على الحكم بالبطلان شركة واقعية تنتج الآثار التي تنتجها الشركة الصحيحة، ويعتبر تعامل الغير مع الشركة صحيحا.

2- بقاء أعمال الإدارة رغم بطلان سند ملكية المؤجر :

ذلك أن المالك إذا فسخ أو بطل سند ملكيته، فإن أعمال الإدارة التي صدرت منه قبل البطلان وبخاصة عقود الإيجار، فإنها تبقى قائمة بالرغم من بطلان سند الملكية بأثر رجعي، وذلك حماية لاستقرار التعامل في أعمال الإدارة.

3- انعدام أثر الصورية بالنسبة للحقوق التي اكتسبها الغير بحسن نية :

إذا وجد عقد صوري واطمأن الغير على صحته، واكتسب حقا بحسن نية، فإنه لا أثر للصورية على هذه الحقوق. وذلك تطبيقا لنص المادة 43 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء بها (الاتفاقات السرية المعارضة لا يكون لها أثر إلا في ما بين المتعاقدين ... فلا يحتج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها...")

إن هذه المادة التي تقابلها المادة 198 من القانون المدني الجزائري، توضح أن العقد الصوري رغم أنه عقد لا وجود له، إلا أنه رغم ذلك يقوم بالنسبة للغير حسن النية إذا تعامل على مقتضاه.

²²⁶ السنهوري، الوجيز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 188، وكذلك نفس المؤلف، الوسيط، ج1،

المرجع السابق، بند 512، ص 512.

²²⁷ نص المادة 996، فقرة 6، هو : "لا يمكن للشركة ولا للشركاء أن يتمسكوا بالبطلان في مواجهة الغير لحسن النية..."

4- حماية الدائن المرتهن عندما يتقرر بطلان سند ملكية المدين الراهن رهنا رسميا :

إن عقد الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون بسبب أن سند ملكيته قد أبطل أو فسخ أو ألغي أو زال لأي سبب، يبقى رغم بطلانه مترتبا عليه آثاره الأصلية ، ومن أهمها قيام حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن.

هذه هي أهم الآثار الأصلية للعقد الباطل التي نص عليها التشريع الموريتاني وغيره من التشريعات الحديثة بما فيها التشريع الجزائري، والتي أوردتها الفقهاء وأعطوها حيزا من النقاش والتحليل.

:

[]

بعد أن بينا في الفصلين السابقين نوعي البطلان، ومدى اختلافه عن أنظمة مشابهة له مثل عدم النفاذ، والانحلال، وبيننا كذلك الآثار المترتبة عليه سنبيين في هذا الفصل أحكام البطلان بنوعيه، أي العقد الباطل والعقد القابل للإبطال.

وقبل أن ندخل في تبيان أحكام البطلان نشير إلى أن الفرق بين نوعي البطلان يتمثل في أن العقد الباطل هو عقد لا وجود له من الناحية القانونية، في حين أن العقد القابل للإبطال له وجود قانوني مؤقت حتى يقضى بإبطاله، وحينئذ يكون لهذا البطلان أثر رجعي.

ويترتب على هذه التفرقة بين نوعي البطلان أثران هما:

- أن العقد الباطل بطلان مطلقا لا يحتاج تقريره إلى حكم قضائي، وإن كان الواقع العملي قد يتطلب من أي ذي مصلحة التمسك به أمام القضاء²²⁸، أما البطلان النسبي فلا يتم تقريره إلا بالتقاضي، ولا يجوز أن يتمسك به إلا صاحب المصلحة.

- أن البطلان النسبي ترد عليه الإجازة ويزول بالتقادم، خلافا للبطلان المطلق الذي لا يخضع لمثل هذه الأحكام.

وسنحلل أحكام البطلان في ثلاثة مباحث، نخصص الأول لطلب البطلان، على أن نخصص الثاني للإجازة، ثم نتناول في المبحث الثالث أحكام التقادم بالنسبة للبطلان.

:

سنعرض لتحليل هذا المبحث في مطلبين نخصص الأول منهما لطلب البطلان، على أن نتناول في الثاني طلب الإبطال.

:

لنتناول طلب البطلان ينبغي تحديد مسألتين هما: من الذي له الحق في التمسك بالبطلان، وكذلك آثار التمسك به.

: من الذي له الحق في التمسك بالبطلان

القاعدة العامة هي أن لكل ذي مصلحة في البطلان أن يتمسك به وذلك بقوة القانون، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يطلب أي طرف ذلك²²⁹ وإن كان المشرع الموريتاني لم ينص صراحة على من له الحق في التمسك بالبطلان فإنه يمكننا إعمال هذه القاعدة السابقة المعمول بها في كل القوانين العربية بما فيها القانون الجزائري الذي نص صراحة في المادة 1/102 مدني على أنه "إذا كان العقد باطلا

²²⁸ جميل الشرقاوي، الرسالة، مرجع سابق، بند 137، ص 377.
²²⁹ أحمد ولد عبد الدايم، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 130.

بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها... " وفي صدد أعمال هذه القاعدة يثور تساؤل يتعلق بمدى الحاجة إلى صدور حكم بالبطلان؟ إذ أنه ما دام العقد باطلا ومن ثمة لا وجود له، فإنه لا ضرورة لصدور حكم أو حصول اتفاق يقرر بطلانه، فمثلا إذا كان عقد البيع باطلا فلا يكون للبائع إلا تجاهل العقد الباطل، وأن يتصرف بالمبيع الذي كان محلا لعقد البيع الباطل، فيبيع العين من جديد أو يرتب عليها رهنا وحين يطالبه المشتري بتسليمها فلا يكون أمامه إلا أن يدفع ببطلان عقد البيع الذي يستند إليه المشتري في طلبه.

لكن إذا كان هذا هو الأصل المنطقي، فإن الواقع العملي قد يتطلب رفع دعوى لتقرير البطلان، ومن أمثلة ذلك ما يلي:

1- مخالفة المحل للنظام العام:

لقد سبق أن بينا أن التعامل في شركة شخص ما زال على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، وذلك حسب المادة 2/81 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، إذ تعتبر هذه قاعدة متعلقة بالنظام العام، والتحايل عليها يفضي بالضرورة إلى بطلان التعامل الذي أجري تحايلا على القانون.

ولذا فتحريم التعامل في الشركة المستقبلية أمر مرتبط بفكرة النظام العام فإذا باع الوارث كل ما سوف يرثه فإن هذا البيع يقع باطلا لأن محله شركة مستقبلية، والتعامل فيها باطل لمخالفته للنظام العام²³⁰ وإذا كان البطلان في هذه الصورة هو جزاء حتميا إلا أن المرجع في تقريره هو تقدير القاضي، ولذا فإن رفع دعوى للبطلان يصبح أمرا ضروريا.

2- عدم مشروعية السبب:

يشترط في سبب العقد أن يكون مشروعاً أي لا يتنافى مع النظام العام أو الآداب، فإذا كان عكس ذلك فإن العقد يصبح باطلا بطلانا مطلقاً.

ولكن رغم بطلان العقد لعدم مشروعية سببه فإن ذلك متروك لتقدير القاضي، ولذا يجب على من له مصلحة رفع دعوى لتقرير البطلان.²³¹

²³⁰ سليمان مرقس، مرجع سابق، بند 75، ص 150.

²³¹ نور سلطان، مرجع سابق، بند 179، ص 167.

هذا وبناء على كل ما تقدم فإن رفع دعوى أمام القضاء مسألة ضرورية إذا كان الحكم بالبطلان مسألة تقديرية للقاضي، إلا أن الحكم هنا لا يكون منشأ للبطلان وإنما كاشفاً له.

وإذا كانت القاعدة العامة أن الذي يتمسك بالبطلان هو صاحب المصلحة فإن هذا اللفظ مرن، لذلك حاول الفقهاء تحديد مفهوم له يكون أقرب إلى الكمال، فذهب الدكتور جمال الدين زكي إلى أن صاحب المصلحة يقصد به "كل صاحب حق تؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه..."²³² ولذلك فإنه حسب الدكتور زكي ليس لشخص له علاقة سيئة مع جاره أن يرفع دعوى للمطالبة ببطلان سند ملكيته قصد التخلص منه كما أنه ليس لتاجر أن يطلب بطلان شركة تنافسه ليتخلص منها، لأن أي منهما ليس صاحب حق وإن كان كل منهما يمكن أن يجني فائدة من وراء البطلان.

كما ذهب الدكتور أنور سلطان إلى تعريف صاحب المصلحة بأنه "من له حق يؤثر فيه اتخاذ العقد الباطل مظهر العقد الصحيح"²³³ ومثل لذي المصلحة بالدائن والخلف العام ثم بالخلف الخاص.

- فبالنسبة للدائن فإن مصلحته أن يتمسك ببطلان العقد الصادر من مدينه للغير ويترتب عليه إفسار للمدين أو زيادة إفساره، وإلا نقص الجانب الإيجابي من ذمة المدين.

- وبالنسبة إلى الخلف العام: مثل الوارث، فإن من مصلحته أيضاً أن يتمسك ببطلان عقد بيع أبرمه مورثه حتى تعود العين المباعة إلى التركة.

- وبالنسبة للخلف الخاص، مثل المشتري، فإنه إذا كان البائع قد تصرف قبل التعاقد معه في العين المباعة لشخص آخر غيره بعقد باطل فإن من حق المشتري أن يتمسك ببطلان العقد السابق حتى تخلص له العين بمقتضى العقد اللاحق، ونشير في النهاية إلى أن التشريع الموريتاني لم ينص على مدة محددة تسقط دعوى البطلان إذا لم ترفع فيها، وذلك عكس غالبية التشريعات العربية مثل التشريع الجزائري الذي حدد المدة التي يمكن رفع دعوى البطلان خلالها بخمسة عشر سنة.

: آثار تقرير البطلان

وفقاً لأحكام المادة 319 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني فإن "الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له..."

²³² محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، بند 231، ص 259.
²³³ أنور سلطان - نفس المرجع - بند 191، ص 176-177.

ومن هذا النص الذي سبق وأن بينا فحواه يتضح أن العقد الباطل مجرد في الأصل من أي أثر، فلا اعتداد به ولا وجود له قانونا ولا يقدر في ذلك أنه في بعض الحالات يكون العقد باطلا ومع هذا ينتج أثرا فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير أيضا.

: آثار تقرير البطلان فيما بين المتعاقدين

إن القاعدة العامة التي ينبغي الانطلاق منها هي ضرورة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، أي إلى الحالة التي كانوا عليها لو لم يتعاقدا²³⁴ إذ العقد عندئذ لا يترتب أثرا، ففي حالة أنه لم ينفذ بعد فلا التزام على أي من طرفيه، أما إذا كان نفذ كلا أو جزءا لزم أن يعاد الطرفان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ما أمكن ذلك، إذ أن ما بني على باطل يبقى باطلا. وهذا ما يؤخذ من فحوى المادة 319 من قانون الالتزامات والعقود، التي أقرت ضرورة استرداد ما دفع تأسيسا على الالتزام الباطل بقوة القانون.

وتبعاً لذلك إذا كان العقد الباطل عقد بيع تم تنفيذ ما يترتب من التزامات بالتقايض كان لزاماً أن يسترد البائع المبيع والمشتري الثمن، غير أنه إذا استحال الرد كان على القاضي الحكم بتعويض مناسب على أساس الإثراء بلا سبب.²³⁵

أما في العقود الزمنية فإن استحالة الرد بديهية، فلو كان العقد الباطل عقد إيجار مثلا فإنه لا يكون من شأن البطلان إزالة الانتفاع الذي حصل عليه المستأجر. لذلك فإن هذا الأخير يكون ملزماً بدفع تعويض مقابل شغله المكان. غير أن ذلك التعويض لا يأخذ حكم الأجرة، ولا يعطي امتيازها أي أن المستأجر لا يكون ملزماً بدفع قيمة الإيجار الأصلي،

كما أن بطلان عقد العمل يترتب في ذمة رب العمل التزاما بدفع مقابل للعامل عن العمل الذي قام به، على أن هذا المقابل لا يكون مساويا للمبلغ الذي سبق تعيينه في العقد الباطل، بل يتعين تقديره طبقاً للخدمات المقدمة من طرف العامل.²³⁶

وطبقاً لهذا المعنى قررت محكمة النقض الفرنسية أنه "حيث أن العقد الباطل لا يمكنه أن ينتج أي أثر، وإذا تم تنفيذه تعين إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، غير أنه إذا استحال على الطرفين أن يرد كل منهما ما تلقاه من الآخر

²³⁴ محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، بند 134، ص 263.

²³⁵ أحمد ولد عبد الدايم، مرجع سابق، ص 131.

²³⁶ السنهوري، الوسيط، ج 1، مرجع سابق، بند 338، ص 589.

نظرا لطبيعة الالتزامات، فإنه يجب الأخذ بعين الاعتبار قيمة الأداءات التي قدمها كل منهما والفائدة التي حصل عليها الآخر من جراء ذلك".²³⁷

ثانيا : آثار تقرير البطلان بالنسبة للغير

لا تقتصر آثار البطلان على أطراف العقد وإنما تمتد إلى الغير فيتأثر بالبطلان في ما تخلد في ذمته من حقوق تلقاها من أحد أطراف العقد على الشيء الذي ورد عليه العقد، وهي حقوق يزيلها البطلان إعمالا لقاعدة عامة مؤداها أن الشخص لا يمكن أن ينقل إلى غيره أكثر مما يملك.²³⁸

وترتبيا على هذه القاعدة لو باع شخص عقارا لشخص آخر ورتب المشتري (أي المالك الجديد) حق رهن رسمي لصالح الغير على هذه العين ثم تقرر بعد ذلك بطلان عقد البيع فإن منطبق البطلان يقتضي وجوب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ومن ثمة يسترد البائع العين خالية من الحق العيني الذي رتبه المشتري عليها لأن زوال حق الناقل يترتب عليه زوال حق المتلقي²³⁹ إعمالا للقاعدة السابقة "أي أنه لا يجوز لشخص أن ينقل للغير حقوقا أكثر مما يملك". وإعمالا للقاعدة الشرعية "إن فاقد الشيء لا يعطيه".²⁴⁰

غير أن تطبيق هذه القاعدة تم تقييده بالقواعد الخاصة بحماية الغير حسن النية²⁴¹ حيث أن المشرع الموريتاني جعل وضع اليد بحسن نية سند لملكية المنقول، إذ نص في المادة 463 من قانون الالتزامات والعقود على أنه "يفترض في الحائز بحسن نية شيئا منقولا أو مجموعة من المنقولات أنه قد كسب هذا الشيء بطريقة شرعية وعلى وجه صحيح" وتقابل هذه المادة، المادة 1/835 مدني جزائري التي نصت على أن "الحيازة في المنقول سند الملكية".

ومن هذه المادة يستنتج أنه لو حاز أحمد منقولا بعقد باطل ورتب حقوقا عليه لعبد الله حسن النية، فإن بطلان العقد الذي دخل بمقتضاه المنقول في حيازة أحمد لا يؤثر على حقوق عبد الله حسن النية، وتطبيقا لهذه المقتضيات نصت المادة 1117 من قانون الالتزامات والعقود في فقرتها الثانية على أن "الدائن الذي يتسلم بحسن نية، على سبيل الرهن شيئا منقولا ممن لا يملكه يكسب حق الرهن".

²³⁷ هذا الحكم أورده لعصامي الوردى في رسالته، نظرية بطلان العقد في التقنين المدى الجزائري، جامعة الجزائر، 2000، ص 147.

²³⁸ عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 298.

²³⁹ جميل الشرقاوي، الرسالة، مرجع سابق، ص 278.

²⁴⁰ محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، بند 137، ص 270-271.

²⁴¹ أنور سلطان، مرجع سابق، بند 199، ص 182.

:

سنوضح أحكام دعوى الإبطال، من خلال التعرض لمن له الحق في التمسك بطلب الإبطال، هذا أولاً، وثانياً أثر التمسك بطلب الإبطال.

: من له الحق في التمسك بطلب الإبطال

بالعودة إلى قانون الالتزامات والعقود الموريتاني نرى انه جعل الحق في طلب الإبطال مقصور على المتعاقد ناقص الأهلية، أو المتعاقد الذي شاب رضاه عيب من العيوب الأربعة المعروفة، هذا ما نصت عليه المواد 25- و59- و75- و76 ثم أضافت المادة 326 الخلف العام، حيث أعطت للورثة الحق في التمسك بدعوى الإبطال في ما تبقى من مدتها.

وبذلك يظهر أن حق طلب الإبطال يعود لعدد كثير من الأشخاص، كما يظهر أن المتعاقد الذي لم يقم به سبب الإبطال لا يحق له التمسك به، على أن حق طلب الإبطال قد يكون في بعض الصور لكلا طرفي العقد، كأن يكون العقد مبرماً بين قاصرين، ففي هذه الحالة يحق لكل قاصر أن يطلب إبطال العقد.

وبما أن الإبطال حق لمن أجاز له القانون التمسك به، فإنه لا يحق للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، إذا لم يتمسك به أمامها صاحب المصلحة.

وهنا تثار مسألة هامة تتعلق بما إذا كان من حق أحد المدينين المتضامنين أن يتمسك بالإبطال المقرر لأحدهم أم لا يحق له ذلك.

وبالعودة إلى الفقه نرى أنه مختلف في هذا الصدد، حيث يرى فريق منه أنه "لما كانت هناك نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين، فإن لكل منهم أن يتمسك بالبطلان (يقصد الإبطال) المقرر لأحدهم"²⁴² بينما يرى فريق آخر "أن أسباب الإبطال المتعلقة بأحد المدينين كالغلط والإكراه هي أسباب شخصية لا يجوز للمدين المتضامن الآخر التمسك بها لطلب إبطال العقد"²⁴³.

وحسب رأينا فإن الرأي الأخير هو الأصح وهو الذي يتفق مع مقتضيات المادة 184 من قانون الالتزامات والعقود التي تنص على أنه "لكل مدين متضامن أن

²⁴² السنهوري، الوسيط، ج3، بند 195، ص 328.

²⁴³ صبحي المحمصاني، محاضرات في القانون المدني اللبناني، الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام، مطبوعات جامعة الدول العربية، سنة 1958، ص 40.

يتمسك بالدفع الشخصية الخاصة به وبالدفع المشتركة بين المدينين المتضامنين جميعا، ولا يجوز أن يتمسك بالدفع الشخصية المحضة المتعلقة بواحد أو أكثر من المدينين معه" فما دامت أسباب البطلان هي أسباب شخصية متعلقة بأحد الدائنين، فإنه لا يجوز لغيره من الدائنين المتضامنين التمسك بها للمطالبة بإبطال العقد.

:

يترتب على التمسك بطلب الإبطال وتقريره، زوال الآثار التي رتبها العقد بين طرفيه منذ إبرامه، لأن الإبطال بعد تقريره يفضي إلى محو العقد تماما، فيعتبر كأنه لم يبرز إلى حيز الوجود، ويسرى كل ما تقدم ذكره بالنسبة إلى العقد الباطل من وقت تقرير البطلان إذا تم اللجوء إلى القضاء، أي أن كل عاقد يلتزم برد ما تسلمه إلى المتعاقد الآخر.

غير أنه يرد على هذا المبدأ استثناء أورده المادة 27 بإحالتها إلى المادة 30 من قانون الالتزامات والعقود.

ويتعلق هذا الاستثناء بحماية ناقص الأهلية، إذ أنه "لا يسأل إلا في حدود النفع الذي استخلصه من العقد، ومعنى ذلك أنه إذا أبطل عقد بيع بسبب نقص أهلية البائع مثلا التزم هذا الأخير برد ما عاد عليه بمنفعة من الثمن الذي تلقاه.

وترتبيا على ذلك، فإذا باع القاصر عينا مملوكة له وصرف جزء من الثمن الذي قبضه في مجال اللهو والقمار، وأنفق الجزء الآخر في شيء عاد عليه بنفع كما لو اشترى عقارا مثلا، فإذا أبطل عقد البيع الذي أبرمه بسبب نقص أهليته فإن المشتري (كامل الأهلية) يكون ملزما برد المبيع كله، أما البائع (ناقص الأهلية) فلا يلزم برد الثمن كاملا إلى المشتري، وإنما يعيد ما عاد عليه بالمنفعة فقط، دون الجزء الذي أنفقه في مجال اللهو والترف، والسبب الذي دفع المشرع إلى إقرار هذه القاعدة يكمن في حماية القاصر، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى تعجيز القاصر عن طلب الإبطال، وهو ما من شأنه أن يجعل الحماية المقررة له قانونا مجرد حماية صورية.²⁴⁴

كما يمكن أن يكون المشرع قد قصد من وراء ذلك أيضا منع الغير من اللجوء إلى التعاقد مع القاصر قصد الإضرار بمصالحه.

²⁴⁴ أنور سلطان، المرجع السابق، بند 197، ص 180.

وتتحقق مصلحة القاصر طالما انه استعمل المال أو الشيء الذي حصل عليه بمقتضى العقد الذي تقرر إبطاله في ما عاد عليه بفائدة حتى ولو هلك الشيء، أو نقصت قيمته بعد شرائه،²⁴⁵ ومن يدعي أن فائدة قد عادت على ناقص الأهلية عليه أن يقوم بإثبات ذلك حسب القواعد العامة في الإثبات.

هذا وبعد أن أوضحنا أحكام دعوى البطلان ومن يحق له التمسك بها وأثار ذلك التمسك، يجدر بنا أن نتعرض لأسباب سقوط هذه الدعوى أي دعوى البطلان وأحكامه، ذلك أنه إذا ما سقطت دعوى البطلان، أي تعذر رفعها قانوناً، بقيت آثار العقد كما لو كان صحيحاً – رغم أنه نشأ باطلاً – نتيجة لاستحالة الوسيلة الضرورية لتقريره بانقضاء الدعوى به.

وأسباب انقضاء أو سقوط دعوى البطلان المعروفة هي الإجازة والتقدم.

:

إن التعرض للإجازة يتطلب إجراء مقارنة بين العقد الباطل والعقد القابل للإبطال من حيث ورودها عليهما، إذ أن العقد الباطل لا وجود له منذ البداية، وبالتالي فلا يتصور أن تلحقه الإجازة، أما العقد القابل للإبطال فهو في مرحلته الأولى يرتب جميع آثاره كالعقد الصحيح، وإنما يكون لأحد المتعاقدين الحق في طلب إبطاله، ويزول هذا الحق بالنزول عنه وهذه هي الإجازة، فالعقد القابل للإبطال إذن خلافاً للعقد الباطل تلحقه الإجازة.

وسنوضح أحكام كل من العقد الباطل والعقد القابل للإبطال من حيث قبولهما للإجازة وذلك بأن نخصص لكل منهما مطلباً على أن نبدأ بمطلب أول نوضح فيه ماهية الإجازة.

: ماهية الإجازة

إن تحديد ماهية الإجازة يتطلب منا التعرض لتعريفها أولاً، ثم شروط أعمالها ثانياً، وأخيراً تمييزها عما يلتبس بها من أنظمة قانونية أخرى لذلك سنعرض لكل هذه المسائل على النحو التالي:

: تعريف

هناك تعريفات فقهية عديدة قدمت لتحديد ماهية الإجازة سنكتفي بعرض أهمها.

²⁴⁵ محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، بند 135، ص 264.

إذ يعرف البعض الإجازة بأنها "نزول المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد"²⁴⁶
ويعرفها البعض الآخر بأنها "اتجاه إرادة احد المتعاقدين نحو تطهير العقد من
أحد العيوب التي تجعله قابلا للإبطال".²⁴⁷

ومن وجهة نظرنا وحسب ما اتجه إليه الفقه فإن الإجازة هي وضع قانوني يدل
على أن المتعاقد الذي عيبت إرادته ينزل عن حقه في طلب إبطال العقد.

ثانياً:

حتى تكون الإجازة صحيحة وتؤدي المقصود منها لا بد أن تستوفي نوعين من
الشروط: شروط موضوعية وشروط شكلية.

- الشروط الموضوعية:

(1) أن يكون العقد قابلاً للإبطال، إذ أن الإجازة باعتبارها تنازلاً عن
البطلان، تقتصر على العقود الباطلة بطلان نسبياً، أي أنها تصدر فقط عن شخص أو
أشخاص محددين عيبت إرادتهم أو كانوا ناقصي الأهلية.

ويتضح من خلال المادة 331 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني أنه
يقصر الإجازة على العقد القابل للإبطال، إذ جاء بهذه المادة "... الإجازة أو
الاعتراف أو التنفيذ الاختياري إذا وقعت في الشكل والوقت اللذين يحددهما القانون
يترتب عليها التنازل عن الوسائل والدفع التي كان من الممكن التمسك بها ضد
الالتزام القابل للإبطال".

(2) أن يكون المجيز عالماً بالعيب الذي لحق إرادته، وأن تتوافر لديه النية في
تصحيحه.

(3) أن تتم بعد زوال العيب الذي شاب إرادة المتعاقد، وترتيباً على ذلك فإن
إجازة المتعاقد المدلس عليه تبدأ من وقت انتهاء التدليس، وإجازة ناقص الأهلية
تتحدد ببلوغه سن الرشد.

²⁴⁶ أنور سلطان، مرجع سابق، بند 201، ص 184.

²⁴⁷ سليمان مرقس، شرح القانون المدني- ج2، مرجع سابق، بند 212- 188.

- الشروط الشكلية:

لأن كانت المادة 331 من قانون الالتزامات والعقود أشارت إلى شرط الشكلية في الإجازة بقولها " ... إذا وقعت (أي الإجازة) في الشكل والوقت اللذين يحددهما القانون... " فإنها لم توضح نوع هذه الشكلية التي ينبغي للإجازة أن ترد فيها.

وعليه فإن الإجازة يمكن أن تكون صريحة أو ضمنية. والإجازة الضمنية هي أن يقوم المتعاقد الذي عيب رضاه بتنفيذ العقد بإرادته بصفة فعلية أو أن يتخلى عن استعمال حقه في إبطال العقد حتى مضي خمس عشرة سنة المحددة له في المادة 327 من قانون الالتزامات والعقود.

: اختلاف الإجازة عن أنظمة قانونية أخرى

لتأكيد ماهية الإجازة يجب تمييزها عما يلتبس بها من أنظمة أخرى:

I- الإجازة وعمل العقد من جديد:

يقصد بعبارة "عمل العقد من جديد" إنشاء عقد آخر لاحق لعقد باطل لإزالة العيوب التي لحقت العقد الأول، وتختلف الإجازة عن عمل العقد من جديد في جوانب متعددة أهمها:

1- من حيث نوع التصرف:

إذ أن التصرف القانوني – كما سبق – نوعان مختلفان أولهما هو التصرف القانوني الصادر من جانب واحد أي الإرادة المنفردة، وثانيهما التصرف الصادر من جانبين أو أكثر أي العقد أو الاتفاق.

والإجازة بما أنها تصدر من جانب واحد، أي من جانب المجيز، فإنها تختلف عن عمل العقد من جديد الذي يتطلب إرادتين أو أكثر تتوافقان²⁴⁸ أي تتراضيان ويحركهما باعث دافع إلى إعادة عمل العقد.

2- من حيث الأثر الرجعي:

من البديهي القول بأن إبرام العقد يفضي إلى اعتباره موجودا من لحظة الإبرام لا من تاريخ سابق على ذلك، أي أن نشوء العقد له أثر فوري.

²⁴⁸ السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، بند 316، ص 565-566.

فإذا فرض أن كان العقد باطلا وقام المتعاقدان بعمل العقد من جديد فإن هذا العقد لا يكون له أثر رجعي أي لا تنصرف آثاره إلى وقت إبرام العقد الباطل، بل ينتج آثاره من وقت إبرامه فحسب، وذلك على خلاف الإجازة التي يكون لها أثر رجعي.

3- من حيث الأهلية:

إن عمل العقد من جديد يقتضي توافر لأهلية في كل من الطرفين وقت إبرامه، أما في الإجازة فإنه "يكتفي بتوافرها في المجيز وقت الإجازة"²⁴⁹ ولو لم تكن متوافرة عند إبرام العقد.

-II :

تختلف الإجازة عن إقرار العقد في أن الإجازة تقع من صاحب الشأن أي من أحد أطراف العقد القابل للإبطال، أما إقرار العقد فهو وإن كان تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد أيضا إلا أنه يقع من الغير، فيؤدي إلى إنفاذ العقد في مواجهته كالموكل الذي يقر وكيله في ما تجاوز فيه حدود وكالته.²⁵⁰

:

هذا وبعد أن وضحنا معنى الإجازة على النحو السابق فإنه يحسن بنا أن نبين علاقة الإجازة بالعقد الباطل.

ويتضح من خلال قانون الالتزامات والعقود أن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة، ولا تؤثر فيه، وهذا ما نصت عليه المادة 323 من هذا القانون.

بقولها: "إجازة الالتزام الباطل بقوة القانون أو التصديق عليه لا يكون لهما أدنى أثر" وبهذا فإن المشرع يكون قد قصر الإجازة على العقد القابل للإبطال دون العقد الباطل.

والعلة في ذلك هي أن العقد الباطل هو عقد لا وجود له، ولا يمكن بالتالي لشخص واحد وبارادته المنفردة أن يخلق من العدم عقدا كما أنه "العقد الباطل" معدوم والمعدوم لا يصير وجودا ولو أجزى.²⁵¹

²⁴⁹ السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، بند 316، ص 515.
²⁵⁰ السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، القاهرة، 1964 م، بند 249، ص 459.
²⁵¹ أنظر في هذا المعنى:

وإذا كان العقد الباطل لا تلحقه الإجازة فإن هذا لا يمنع من أن يعاد عمله من جديد، وهناك فرق بين الإجازة وعمل العقد من جديد - كما سبق بيانه - فالإجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد هو المميز. ولها أثر رجعي يستند إلى وقت نشوء العقد المجاز، أما عمل العقد من جديد فإنه يقتضي توافق الإرادتين لأنه عمل جديد.

ولكي يكون عمل العقد من جديد صحيحا ينبغي أن يراعى فيه شرطان:

أولهما: وجود أركان العقد وشروط صحته كاملة.²⁵²

وثانيهما: أن يكون هذا العقد الجديد منتجا لآثاره من وقت صدوره، لا من وقت صدور العقد الباطل.²⁵³

هذا وينبغي أن نشير إلى أن قانون الالتزامات والعقود الموريتاني كان سليما في تنظيمه لأحكام عقد الهبة، وبالتالي فإنه لم يثار بصدها ما ثار من تناقض في بعض التشريعات الأخرى، من ذلك مثلا ما ثار بصدد المادة 489 مدني مصري التي تنص على أنه "إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه" ومفاد هذا أن القانون هو الذي يحدد الجزاء المترتب على تخلف الشكل "فيجوز أن يجعل العقد الباطل لعيب في الشكل قابلا لأن تلحقه الإجازة".²⁵⁴

ويرى بعض الفقهاء أن هذا تناقض واضح إذ كيف تلحق الإجازة عقدا منعما لا وجود له من الناحية القانونية. ويشيرون إلى أن بعض الأعمال التحضيرية قد حاولت رفع هذا التناقض بقولها "إن الهبة الباطلة بطلانا مطلقا لعيب في الشكل يتولد عنها التزام طبيعي يعتبر تسليم الموهوب للهبة تنفيذا له، ولهذا السبب لا يجوز الاسترداد وفقا لقواعد الالتزامات الطبيعية".²⁵⁵

:

- جمال الدين زكي، المرجع السابق، بند 125، ص 249.

- السنهوري، الوسيط، ج1، نفس المرجع، بند 316، ص 515.

- زهدي يكن، مرجع سابق، بند 371، ص 169.

²⁵² محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، بند 125، ص 249-250.

²⁵³ السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، بند 316، ص 515.

²⁵⁴ السنهوري، الوسيط، ج1، نفس المرجع، بند 315، ص 515.

²⁵⁵ أنور سلطان، مرجع سابق، بند 201، ص 185.

لكي نتمكن من توضيح العلاقة بين الإجازة والعقد القابل للإبطال، فإنه من الضروري أن نبين حكم إجازة العقد القابل للإبطال في فرع أول، ثم آثار الإجازة في فرع ثاني.

:

نصت المادة 331 من قانون الالتزامات والعقود في فقرتها الثانية على ما يلي: "... الإجازة أو الاعتراف أو التنفيذ الاختياري إذا وقعت في الشكل والوقت اللذين يحددهما القانون يترتب عليها التنازل عن الوسائل والدفع التي كان من الممكن التمسك بها ضد الالتزام القابل للإبطال..."

ويتضح من خلال هذا النص وكما تقدم بأن الإجازة تلحق العقد القابل للإبطال، لأن له وجوداً قانونياً ما دام بطلانه لم يتقرر، وإن كان هذا الوجود مهدد بالزوال، فإذا لحقته الإجازة استقر.

والإجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد فلا حاجة لاقتران قبول بها، ولا يمكن الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر.²⁵⁶

والذي يجيز العقد هو الذي يثبت له الحق في التمسك بالبطلان، فناقص الأهلية ومن شاب رضائه عيب هما اللذان تصدر منهما الإجازة، وهذا ما يقضي به المنطق القانوني، لأن الإجازة نزول عن التمسك بالبطلان ولا ينزل عن الحق إلا من يملكه.²⁵⁷

ويشترط في المجيز وقت الإجازة أن يكون كامل الأهلية بالنسبة إلى العقد الذي يجيزه، وألا تشوب الإجازة - وهي عمل قانوني كما قدمنا - عيب من عيوب الإرادة، كالغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال.²⁵⁸

ومن أجل ذلك لا تصح الإجازة إلا إذا زال السبب الذي قرر القانون من أجله البطلان، فناقص الأهلية مثلاً لا يستطيع إجازة العقد ما دام ناقص الأهلية، فإذا استكمل أهليته جاز له ذلك، كما أن من شاب رضاه عيب لا تكون إجازته صحيحة ما

²⁵⁶ هذا ما قضت به محكمة الاستئناف المختلط المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 27 أبريل سنة 1926، هذا الحكم أشار له السنهوري في الوسيط ج1، على هامش، ص 516.

²⁵⁷ وشذ عن هذه القاعدة بيع ملك الغير، إذ يجوز فيه أن تصدر الإجازة من المالك الحقيقي مع أنه لا يملك التمسك بالبطلان- ويفسر هذا علة البطلان في بيع ملك الغير- وهي ترجع إلى أن هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري، فإذا أجاز المالك الحقيقي العقد لم يعد هناك مانع من انتقال الملكية، فتنقضي علة البطلان فيزول.²⁵⁸ السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، بند 317، ص 517.

دام تحت تأثير هذا العيب، حتى إذا انكشف الغلط أو افترض التدليس أو ارتفع الإكراه صحت الإجازة بعد ذلك.

وتكون الإجازة صريحة أو ضمنية، ولا يشترط في الإجازة الصريحة أن تشتمل على بيانات معينة، بل كل عبارة يفهم منها الإجازة تصح، بشرط أن تكون نية المجيز في الإجازة واضحة.²⁵⁹

والإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق في التمسك بالبطلان، أو إتيانه عملاً مادياً يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان.²⁶⁰ أو بتصرفه تصرفاً يفهم منه بوضوح أنه أجاز العقد كما إذا اشترى قاصر عيناً وبعد البلوغ تصرف فيها باعتباره مالكا وهو عالم بأن له حق إبطال العقد الذي اشترى به العين.

وعبء إثبات الإجازة يقع على الطرف الآخر غير المجير، ولما كانت الإجازة غير صادرة منه فله أن يثبتها بجميع الطرق ولو بالبينة أو بالقرائن.²⁶¹

:

إن الأثر الجوهري والأساس للإجازة هو جعل العقد الذي كان قابلاً للإبطال عقداً صحيحاً.²⁶² أي أن الإجازة تجعل العقد يستقر بصفة نهائية فلا يهدد بالزوال.²⁶³

لكن في الحياة العملية قد تثار مسألة لم تتطرق لها المادة 331 من قانون الالتزامات والعقود تتعلق بحالة ما إذا شاب إرادة أحد المتعاقدين عيبان مثلاً فأجاز أحدهما دون الآخر، مثال ذلك إبرام شخص ناقص الأهلية عقداً تحت تأثير غلط وحين بلوغه سن الرشد يجيز العقد في ما يتعلق بالغلط لا في ما يتعلق بعيب نقص الأهلية. فما أثر هذا على صحة العقد؟.

إن المنطق يقضي في هذه الحالة بصحة العقد بالنسبة للعيب الذي أجز مع بقاء الحق في التمسك بالإبطال بالنسبة إلى العيب الآخر وهذا هو ما جرى عليه أغلب الفقهاء.²⁶⁴

²⁵⁹ هذا ما نصت عليه محكمة الاستئناف المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 17 يونيو 1915. هذا الحكم أشار

له السنهوري في الوسيط ج1، على هامش، ص 517.

²⁶⁰ مثال ذلك بناء المشتري على الأرض التي اشترى، وقد قضت محكمة الاستئناف المصرية: بأن استيلاء الشريك على الجزء المفروز الذي وقع في نصيبه بعد القسمة وقيامه فيه بالأعمال التي يقوم بها المالك في ملكه بعد أن كشف العيب الذي شاب عقد القسمة يعتبر إجازة للعقد (29 مايو سنة 1913).

²⁶¹ السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، بند 317، ص 518.

²⁶² أنور سلطان، مرجع سابق، بند 204، ص 187.

²⁶³ السنهوري، الوسيط ج1، مرجع سابق، بند 318، ص 518.

هذا وبعد أن عرفنا أن الأثر الجوهري للإجازة هو جعل العقد الذي كان قابلا للإبطال عقدا صحيحا. فإنه يحسن بنا أن نعرف إن كان لها (أي الإجازة) أثر رجعي، وإذا كان هل له تأثير على حقوق الغير؟، أم أنه يقتصر على المتعاقدين فقط؟

-1

إن الرأي الراجح في الفقه هو أن للإجازة أثرا رجعيا بمعنى أن العقد يعتبر صحيحا بالإجازة من وقت صدوره لا من وقت الإجازة. وذلك أن للإجازة أثرا رجعيا.²⁶⁵

2- مدى تأثير حقوق الغير بالأثر الرجعي للإجازة؟

إن القول بالأثر الرجعي لإجازة العقد يجب أن يقتصر على المتعاقدين دون إخلال بحقوق الغير. ويقصد بالغر "كل من اكتسب حقا عينيا على الشيء موضوع العقد."²⁶⁶

وقد ظهرت في الفقه أربع صور لحماية الحقوق المكتسبة للغير وفق نص المادة 331 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني التي يوافقها نص المادة 100 مدني جزائري.

وهذه الصور الأربع هي:

- هي حالة ما إذا باع قاصرا عقارا ثم بعد بلوغه سن الرشد رتب حق رهن رسمي على نفس العقار، وعلى إثره أجاز عقد البيع الذي أبرمه حين كان قاصرا، فما مصير هذا الرهن؟ وهل ينفذ في مواجهة المشتري أم لا؟

وفي محاولتهم للإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقهاء إلى رأيين هما:

- يذهب أنصار هذا الرأي وهم أساسا من الفقه الفرنسي في تحليلهم للفقرة الثالثة من المادة 1338 مدني فرنسي إلى أن الإجازة تنتج آثارها (دون مساس بحقوق الغير) وأن الغير في هذه الحالة هو من تصرف إليه القاصر بعقد رهن، وينتقل إليه - تبعا لذلك - الحق في التمسك ببطلان عقد البيع، لأن حق الدائن المرتهن أصبح مرتبطا به، ولذلك فإن الدائن المرتهن قد انتقل إليه بمقتضى عقد

²⁶⁴ السنهوري، الوسيط ج1، نفس المرجع، بند 318، ص 519.

²⁶⁵ السنهوري، الوسيط ج1، مرجع سابق، بند 318، ص 518.

²⁶⁶ أنور سلطان، مرجع سابق، بند 204، ص 187.

الرهن حق طلب الإبطال أو التنازل عنه بالإجازة أو السكوت، فإذا ما صدرت الإجازة من البائع الأصلي، فإنها تكون - حينئذ - قد صدرت ممن لم يعد يملكها.

وترتبيا على ذلك فإن الدائن المرتهن لا يضر بالإجازة، وتنتقل العين إلى المشتري مثقلة بحق الرهن المقرر ضمانا لحقه.

وأيد هذا الاتجاه الدكتور السنهوري إذ قرر أن إجازة البيع من طرف القاصر بعد بلوغه سن الرشد في هذه الحالة لا تضر الدائن المرتهن إذ تنتقل العين إلى المشتري مثقلة بحق الرهن.²⁶⁷

- : يذهب أنصار هذا الرأي إلى عكس ما يقول به الرأي الأول، إذ يقررون أن البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يتقرر إبطاله، ولذلك فيتوافر شروط انتقال الملكية فإنها تنتقل إلى المشتري، أما التصرف اللاحق المتمثل في الرهن الصادر من القاصر بعد بلوغه سن الرشد فيكون صادرا من غير مالك، وبالتالي فلا يسري في حق المالك الجديد (أي المشتري) وخلاصة هذا الرأي أن إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد للبيع لا تمس حقوق المشتري، ومن ثمة تنتقل العين لهذا الأخير نهائيا خالية من الرهن.²⁶⁸

ومن وجهة نظرنا فإننا نعتبر أن عبارة (الغير) الواردة في المادة 331 قانون الالتزامات والعقود، توافق هذا الرأي الأخير، ذلك أن الأصل في العقد القابل للإبطال أنه عقد صحيح منتج لآثاره منذ إبرامه طالما أنه لم يتقرر إبطاله، وبالتالي فإن أي تصرف لاحق يصدر من القاصر - في هذه الحالة - يعتبر تصرفا في ملك الغير، وذلك أن الإجازة لا تضيف شيئا جديدا إلى العقد وكل ما تقيده هو أن من له حق الإبطال قد تنازل عنه.

- **الصورة الثانية:** هي أن يعقد قاصر رهنا رسميا بصفته مدينا مخالفا بذلك ما تقضي به القواعد العامة من أنه لا يجوز للقاصر أن يقوم بتصرف ضار به ضررا محضا، وبعد بلوغه سن الرشد يبيع العقار المرهون بيعا صحيحا، ثم يجيز الرهن بعد ذلك فما حكم هذه الإجازة؟ وهل تنفذ في مواجهة المشتري؟

يرى بعض الفقه أن هذه الإجازة بما أنها تمس حق المشتري المتصرف إليه بالبيع فإنها لا تسري في مواجهته لأن الملكية تكون قد انتقلت إليه بالبيع، ويكون المتصرف بذلك البيع قد تنازل عن حقه في الإجازة أو طلب الإبطال وأصبحت من

²⁶⁷ السنهوري، الوسيط ج1، مرجع سابق، بند 318، ص 518.

²⁶⁸ بلانيول روبيير وإسمان، أشار له السنهوري في هامش، ص 518.

حق المشتري، فإذا صدرت الإجازة من المدين الراهن فتكون - حينئذ - صادرة من غير مالك.²⁶⁹

وحسب رأينا فإن هذا الرأي لا يتماشى مع مقتضى الإجازة، لأن العقد (عقد الرهن) المبرم من طرف القاصر هو عقد صحيح منتج لآثاره القانونية طالما أنه لم يصدر حكم ببطلانه، وأن الإجازة لا تزيد عن كونها عملية تثبت للعقد المبرم بصفة نهائية، أي جعله بمنأى عن شيء يهدده.

وترتيباً على هذا فإن عقد الرهن المبرم من طرف القاصر - في هذه الصورة - هو عقد صحيح منتج لآثاره القانونية، فإذا لم يصدر حكم ببطلانه وقام القاصر بعد بلوغه سن الرشد ببيع العقار موضوع الرهن فإن البيع يكون صحيحاً وينتقل العقار إلى المشتري مثقلاً بهذا الرهن.

- : إذا رتب قاصر رهناً على عقار وقبل إجازته وبعد بلوغ سن الرشد رتب رهناً ثابتاً على نفس العقار ثم أجاز الرهن الأول، فما مصير حق الدائن المرتهن الثاني، أي هل ينفذ في مواجهته الرهن الأول المجاز أو تكون له الأولوية في استيفاء دينه؟

في الإجابة على هذا الافتراض ذهب فريق من الفقه إلى أن الدائن المرتهن المتأخر لا يضر بالإجازة ويستطيع أن يطالب بعدم نفاذ الرهن الأول في حقه، فيتقدم على الدائن المرتهن الأول.²⁷⁰

في حين ذهب فريق إلى عكس هذا المنحى، فرأى أن إجازة الرهن الأول تجعله صحيحاً منذ البداية، ومن ثمة يتقدم الدائن المرتهن الأول على الدائن المرتهن الثاني.²⁷¹

وإذا ما أعدنا النظر في هذين الرأيين نجد أن الصواب هو من نصيب الرأي الثاني لأن الأصل - كما سبق أن بينا - أن عقد الرهن الأول صحيح منتج لآثاره طالما أنه لم يقض بإبطاله، وأن الإجازة لا تزيد عن كونها تثبتاً لهذا العقد الذي كانت آثاره مهتزة منذ إبرامه.

²⁶⁹ السنهوري، الوسيط ج1، التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة، 1970، بند 15، 337-339.
²⁷⁰ ممن قالوا بهذا الرأي الأستاذان: بودري، ودي لوان، الرهن الحيازي والامتياز والرهن الرسمي ونزع الملكية ج2، 1907 فقرة 1333 و1335 و1337 أشار إليهما الدكتور السنهوري في الوسيط ج10، ص 338، هامش 2.
²⁷¹ سليمان مرفس، التأمينات العينية 1959، بند 19، ص 26 هامش 2، و مشار إليه أيضا في الوسيط ج10، ص 339، هامش 1.

- : تفترض أن قاصرا اشترى عقارا وفي وقت لاحق لإبرام عقد البيع قام البائع (الكامل الأهلية) بترتيب حق رهن رسمي على هذا العقار بدون مراعاة للعقد القابل للإبطال الذي أبرمه مع القاصر، فإن قام القاصر (المشتري) عند بلوغه سن الرشد بإجازة عقد البيع الذي كان قد أجراه، فإن هذه الإجازة تهدر حق الدائن المرتهن.

:

سنوضح علاقة التقادم بالبطلان من خلال مطلبين اثنين: نبين في الأول منهما علاقة التقادم بالعقد الباطل، على أن نوضح في الثاني علاقة التقادم بالعقد القابل للإبطال.

:

يمكن توضيح علاقة التقادم بالعقد الباطل من خلال مسألتين هما: التقادم ودعوى البطلان من جهة، ومن جهة أخرى التقادم والدفع بالبطلان.

:

إن الفقه قد اختلف بصدد تقادم دعوى البطلان وانقسم إلى اتجاهين متناقضين سنوضح كل منهما:

- : ينكر وجود تقادم لدعوى البطلان

ويقود هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي (جايو) 272 وهو اتجاه يتمشى مع موقف الفقه التقليدي فيما يتعلق بالبطلان المطلق الذي يشبهه بالانعدام، ويرى أن العقد الباطل بطلانا مطلقا هو والعدم سواء بمعنى أنه ليس له أي وجود ولذا فليست هناك دعوى بشأنه يسري عليها التقادم.

- : يرى أن دعوى البطلان تسقط بالتقادم.

ويتمشى هذا الاتجاه مع الفقه الحديث حيث أنه لا ينكر أن العقد الباطل عقد غير موجود بمعنى أنه كالعدم، وما دام عدمه لا يمكن بعثه فإنه لا يجوز أن

²⁷² جميل الشرقاوي في رسالته، بند 137، ص 393.

ترفع دعوى بطلان العقد الباطل مهما طال الزمن على إبرامه حتى لو انقضت بشأنه مدة التقادم الطويل.273

ولكن هذا الاتجاه الفقهي بعد أن قرر ذلك يرى أن هناك ضرورة تلجئ إلى إخضاع دعوى البطلان للقواعد العامة في التقادم حماية للأمن الاجتماعي بالمحافظة على الأوضاع التي تمت واستقرت بمضي الزمن.

وإذا كان هذا هو موقف الفقه من تقادم دعوى البطلان فما هو موقف التشريعين الموريتاني والجزائري من هذه المسألة؟

1- موقف التشريع الموريتاني من تقادم دعوى البطلان

إن التشريع الموريتاني لم ينص صراحة ولا ضمنا على تقادم دعوى البطلان مما يمكننا من القول بأنه ترك المسألة على أصلها أي عدم وجود دعوى للبطلان في الأصل لكي يسري عليها التقادم، وبهذا فإن المشرع الموريتاني يعتبر قد ساير الرأي الفقهي الأول القائل بعدم وجود دعوى للبطلان المطلق، أخرى أن يسري عليها التقادم.

وبذلك يكون التشريع الموريتاني اعتمد ما يقضي به المنطق من أن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم، لأن العقد الباطل معدوم، والمعدوم لا ينقلب وجودا مهما طال عليه الأمد.

2- موقف التشريع الجزائري من تقادم دعوى البطلان

يبدو أن المشرع الجزائري يقول بالرأي الثاني القائل بأن دعوى البطلان تسقط بالتقادم وذلك حين نص في المادة 2/102 مدني على سقوط دعوى البطلان بالتقادم بقوله: "وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد".

ولعل مبرر المشرع الجزائري في ذلك هو أن الأوضاع التي استقرت يجب احترامها وذلك بإسقاط دعوى البطلان والتي كان للكافة حق استعمالها.

ويكون المشرع الجزائري قد تأثر بنظيره المصري في هذا الصدد.

وإذا كانت دعوى البطلان تسقط بالتقادم حسب التشريع الجزائري، هل يعني ذلك أن العقد بعد مضي مدة التقادم يصبح صحيحا؟ يجيب الفقه على هذا التساؤل بالنفي قائلا إن العقد يبقى دائما باطلا ولو سقطت دعوى بطلانه بالتقادم.274

²⁷³ أنور سلطان، مرجع سابق، بند 206، ص 168.

وحسب رأينا فإن الاتجاه الفقهي الأول والذي أخذ به المشرع الموريتاني هو الذي يوافق الصواب وذلك لسببين هما:

أنه يتماشى مع المنطق الذي يقضي بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم، ذلك أن العقد الباطل كما تقدم معدوم، والعدم لا ينقلب وجودا مهما طال عليه الزمن.

أنه ما دامت دعوى البطلان إذا سقطت بالتقادم لا يؤدي سقوطها هذا إلى اعتبار العقد الباطل صحيحا، وإنما يبقى على أصله وهو البطلان فإنه لا معنى لسقوطها بالتقادم ما دامت لا تؤدي هدفها.

: التقادم والدفع بالبطلان

لقد جاء التشريع الموريتاني خاليا من أي نص يقرر سقوط الدفع بالبطلان بالتقادم، مثله في ذلك مقل غالبية التشريعات الأخرى. خصوصا التشريعين الجزائري والمصري الذي لم ينص أي منهما على سقوط هذا الدفع بالتقادم.

مما يجعلنا نقول بأن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم، معتمدين في ذلك على الاجتهادات القضائية، حيث أن محكمة النقض المصرية أكدت في حكم حديث لها "أن العقد الباطل يظل معدوما ولا ينقلب مع الزمن صحيحا وإنما تنقادم الدعوى فلا تسمع بعد مضي المدة الطويلة، أما إذا أثير البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد فلا تجوز مواجهته بالتقادم" 275

وعليه فإن العقد الباطل ما دام لا ينقلب صحيحا بالتقادم، بل يبقى كما كان دائما معدوما، فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالت المدة.

وترتبيا على ذلك، فإذا باع شخص أرضا مثلا، وكان البيع باطلا، ولم يسلم الأرض للمشتري، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة، فهو لا يستطيع أن يرفع دعوى بطلان البيع لسقوطها بالتقادم (حسب التشريع الجزائري وكذلك المصري)، ولكن ما دامت الأرض في يده ولم يسلمها للمشتري، فهو في غير حاجة إلى رفع دعوى البطلان، غير انه إذا رفع عليه المشتري دعوى يطالبه فيها بتسليم الأرض، استطاع هو (البائع) أن يدفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء خمسة عشرة سنة، لأن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم كما قدمنا.

²⁷⁴ أخذ بهذا الحكم كل من القانون المدني المصري (المادة 141)، والقانون المدني السوري (المادة 142) وكذلك القانون المدني الليبي (المادة 141)، الدكتور السنهوري، الوجيز، مرجع سابق، ص 195، هامش 1. ²⁷⁵ نقض مدني 11/ 1957/ 4، مجموعة أحكام النقض 8 رقم 41، 404، أشار إليه الدكتور السنهوري في الوسيط ج 1، مرجع سابق، 573، هامش 1.

وحتى إذا افترضنا أن البائع قد سلم الأرض للمشتري، ومضى على صدور البيع خمسة عشرة سنة، فإن البائع في هذه الحالة يستطيع أن يسترد الأرض من المشتري، لا بدعوى بطلان البيع لأنها قد سقطت بالتقادم، ولكن بدعوى الاستحقاق وهي لا تسقط أبداً.

فإذا تمسك المشتري في دعوى الاستحقاق بالبيع الباطل، دفع البائع ببطلان البيع والدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم كما رأينا، فيتمكن البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض، ما لم يكن المشتري قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب، وهذا شيء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان. 276

وكمثال آخر إذا كان المشتري قد دفع الثمن في بيع باطل، وأراد استرداده بعد انقضاء خمسة عشرة سنة من صدور البيع، جاز أن يسترده لا بدعوى بطلان البيع، ولكن بدعوى استرداد ما دفع دون حق، فإذا تمسك البائع في دعوى الاسترداد بالبيع الباطل دفع المشتري ببطلانه وهو دفع لا يسقط، فيتمكن المشتري عن طريق دعوى استرداد ما دفع دون حق أن يسترد الثمن ما لم تسقط دعوى الاسترداد ذاتها.

ويتبين من كل ما تقدم أن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم، كما أن سقوط دعوى البطلان بالتقادم ليس بذي أثر كبير، فقد رأينا أن تقادم هذه الدعوى لا يمنع البائع من استرداد المبيع إذا كان قد سلمه، ولا من استبقائه إذا كان لم يسلمه، كما أنه لا يمنع المشتري من استرداد الثمن إذا كان قد دفعه ولا من الامتناع عن دفعه إذا كان لم يدفعه، أما إذا فقد البائع حقه في استرداد المبيع، أو ضاع على المشتري حقه في استرداد الثمن، فإن ذلك لا يرجع إلى التقادم المسقط لدعوى البطلان، بل إلى التقادم المكسب لحق الملكية، أو التقادم المسقط لحق الاسترداد. 277

:

سنبين علاقة التقادم بالعقد القابل للاطال من خلال نقطتين هما: سقوط دعوى الإبطال ودفعها بالتقادم.

: سقوط دعوى الإبطال بالتقادم

تنص المادة 324 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني على أنه "يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في المواد 25- 59- 75- 76

²⁷⁶ أنور سلطان، مرجع سابق، بند 207، ص 189- 190.

²⁷⁷ السنهوري، الوسيط ج1، مرجع سابق، بند 320، ص 522.

من هذا الأمر القانوني، وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون، وتتقدم هذه الدعوى بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجلا مخالفاً.

وجاءت المادة الموالية 325 لتحدد متى يبدأ سريان مدة التقادم هذه بقولها "لا يبدأ سريان مدة التقادم المذكورة في حالة الإكراه إلا من يوم زواله ولا في حالة الغلط والتدليس إلا من يوم اكتشافهما.

أما بالنسبة إلى التصرفات المبرمة من القاصرين فمن بلوغهم سن الرشد، وبالنسبة للتصرفات المبرمة من المحجور عليهم وناقصي الأهلية فمن يوم رفع الحجر عنهم أو من يوم وفاتهم في ما يتعلق بورتتهم إذا مات ناقصوا الأهلية وهم على هذه الحالة، وفي حالة الغبن المتعلق بالراشدين فمن يوم وضع اليد على الشيء محل العقد.

وتنص المادة 327 على أنه "تنقضي دعوى الإبطال بالتقدم في جميع الحالات بمرور خمسة عشرة سنة من تاريخ العقد".

ويتضح من خلال هذه النصوص أن قانون الالتزامات والعقود يقرر تقدم دعوى الإبطال ويحسب سريان مدته على النحو التالي:

1- في حالة ما إذا كان سبب الإبطال هو الإكراه أو الغلط أو التدليس فإن الحق في التمسك بالإبطال ينقضي بمرور سنة من يوم زوال الإكراه أو من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس .

2- أما إذا كان سبب الإبطال هو صغر سن أحد طرفي العقد فإن التمسك بالإبطال يتقدم بمرور سنة تحسب من يوم بلوغ الصغير سن الرشد.

3- وفي ما يتعلق بالتصرفات المبرمة من المحجور عليهم وناقصي الأهلية فإن التمسك بالإبطال ينقضي بمرور سنة من يوم رفع الحجر عنهم، أو من يوم وفاتهم في ما يتعلق بورتتهم إذا مات ناقصوا الأهلية وهم على هذه الحالة.

4- وفي حالة الغبن المتعلق بالراشدين فإن دعوى إبطال العقد بسببه تتقدم بمرور سنة من يوم وضع اليد على الشيء محل العقد.

وفي جميع هذه الحالات المذكورة فبالإضافة إلى أن دعوى الإبطال فيها تتقدم بمرور سنة على زوال الإكراه أو اكتشاف الغلط والتدليس أو بلوغ القاصر سن

الرشد فإنها تنقضي فيها الدعوى أيضا وتتقادم بمرور خمسة عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد (المادة 327) والعبارة في ذلك بأقصر الأجلين. 278

فمثلا لو أبرم شخص عقد بيع تحت تأثير الغلط في 01 / 01 / 1980، فإن دعوى الإبطال تنقضي بأقصر الأجلين وهما:

إما بمرور سنة من تاريخ اكتشاف الغلط.

وإما بانقضاء خمسة عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد أي إلى غاية 01 / 01 / 1995.

وقد جاء القانون المدني الجزائري على عكس نظيره الموريتاني حيث أطال كثيرا مدة تقادم دعوى الإبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه، حيث جعلها عشر سنين من يوم زوال سبب القابلية للإبطال.

وهو ما سبب له انتقادات من بعض الأساتذة على أساس أن هذه الإطالة في مدة تقادم دعوى الإبطال تؤدي إلى عدم استقرار المعاملات.

وكخلاصة لما تقدم فإن الحق في طلب إبطال العقد ينقضي بمضي سنة واحدة (في التشريع الموريتاني) وعشر سنوات (في التشريع الجزائري) من يوم زوال سبب القابلية للإبطال. أو بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد.

وبمضي هذه المدة – دون طلب الإبطال – يصبح العقد صحيحا بعد أن كان مشوبا بأحد العيوب التي تجعله قابلا للإبطال.

ويلاحظ أن هناك فرقا جوهريا بين تقادم الدعوى في العقد الباطل، وتقدمها في العقد القابل للإبطال، فقد قدمنا أن تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل لا يقلب العقد صحيحا بل يبقى العقد باطلا،

أما تقادم دعوى الإبطال في العقد القابل للإبطال فيقلب العقد صحيحا ويبقى العقد مرتبا لجميع آثاره بشكل بات .

: التقادم والدفع بالإبطال

²⁷⁸ أنور سلطان ، مرجع سابق، بند 209، ص 191.

تنص المادة 328 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني في فقرتها الثانية على أنه "لا يخضع هذا الدفع (أي الدفع بالإبطال) للتقادم المقرر في المواد 324 و327 السابق"

ويتبين من خلال هذا النص أن المشرع الموريتاني أخرج الدفع بالإبطال من دائرة التقادم وجعله لا ينقضي بمرور مدة زمنية معينة بل يمكن لمن يحق له استعماله أن يستعمله في أي لحظة شاء.

وبذلك يكون المشرع الموريتاني قد خالف نظيره الجزائري الذي يعتبر أن الدفع بالإبطال يخضع للتقادم في المدة المحددة لتقادم دعوى الإبطال، ويبدو أن المشرع الجزائري تأثر في هذا الصدد بالمشرع المصري.

ومن وجهة نظرنا فإن ما ذهب إليه المشرع الجزائري هو الصواب، ذلك أن الدفع بالإبطال في العقد القابل للإبطال يختلف عن الدفع بالبطلان في العقد الباطل، لأن الدفع في الحالة الأولى هو في حقيقته دعوى إذ سيتخذ من ناحية الإجراءات صورة دعوى فرعية يقيمها المدعى عليه ويطلب فيها بإبطال العقد. أما الدفع في الحالة الثانية فهو دفع محض من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات.

ومن ثمة فالدفع بالإبطال يتقادم لأنه دعوى، والدعوى يرد عليها التقادم، أما الدفع بالبطلان فلا يتقادم لأنه دفع (والدفع لا تتقادم).²⁷⁹

²⁷⁹ السنهوري، الوسيط ج1، مرجع سابق، 523، هامش 1.

لقد تعرضت في هذا البحث لموضوع نظرية البطلان في قانون الالتزامات والعقود الموريتاني مقارنة له بالقانون المدني الجزائري، وذلك في مقدمة وفصل تمهيدي وثلاثة فصول رئيسية .

حيث بينت في المقدمة أهمية الموضوع ، ونطاق الدراسة ، والتطور التاريخي لنظرية البطلان ، وكذلك الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع ، مبينا الصعوبات التي اعترضتني في سبيل إعداده، واضعا في الختام الإشكالية التي التي انطلقت منها .

أما الفصل التمهيدي فقد تعرضت فيه لتوضيح أركان العقد وكذلك شروط صحته ، مبينا أن أركان العقد هي :الرضا والمحل والسبب وكذلك الشكلية بالنسبة للعقود المطلوب استيفائها شكلا معيناً ، ثم أضفنا لهذه الأركان الأربعة ركنا خامسا نص عليه المشرع الموريتاني هو ركن التسليم المطلوب في العقود العينية.

في حين أن الشروط المطلوبة لصحة العقد تتمثل في : كمال الأهلية ، وسلامة إرادة المتعاقد من عيوب الرضا ،والمتمثلة في - الغلط - والتدليس - والإكراه - والاستغلال .
ثم تناولت في آخر هذا الفصل الجزاء المترتب على تخلف هذه الأركان أو الشروط أو تخلف بعضها، مبينا أن جزاء تخلف أركان العقد هو البطلان المطلق في حين أن جزاء تخلف الشروط هو البطلان النسبي ، مبينا المعايير المعتمدة فقها للتمييز بين نوعي البطلان ، موضحا موقف كل من التشريع الموريتاني وكذلك الجزائري من هذين المعيارين .

وقد حلت في الفصل الأول من الفصول الرئيسية الطبيعة القانونية للبطلان وكذلك تقسيماته ، حيث تعرضت في سبيل تحديد طبيعة البطلان لكل الآراء الفقهية التي قيل بها في هذا الشأن ، بدءا بالرأي القائل بأن البطلان جزاء يلحق بآثار العقد ، مرورا بالرأي الآخر الذي يرى بأن البطلان وصف يلحق العقد وجزاء يلحق الآثار، مناقشا لهذين الرأيين مبينا حجج القائلين بهما .

كما عرضت تقسيمات البطلان مبينا أن التقسيم الثنائي هو الذي اعتمده المشرع الموريتاني موافقا في ذلك لنظيره الجزائري ، وغالبية التشريعات الحديثة ، مبينا نظرية وحدة البطلان عارضا الدعائم التي تقوم عليها ومناقشا لها ، ثم عرجت في آخر هذا الفصل على نظرية الانعدام مبينا مدلولها موضحا لها عارضا أدلة المدافعين عنها .

وبينت في الفصل الثاني علاقة البطلان بالأنظمة المشابهة له ، مبرزاً في هذا الصدد أوجه الاختلاف بين البطلان وعدم النفاذ ، وبينه والانحلال ، وكذلك تمايز البطلان عن الفسخ والانفساخ .

وتعرضت في آخر الفصل للآثار المترتبة على البطلان ، مقسما لها إلى آثار أصلية وأخرى عرضية .

وفي الفصل الثالث والأخير بينت أحكام البطلان ، حيث تعرضت لدعوى البطلان ومن له حق التمسك بها ، وكذلك الإجازة والتقادم وورودهما على البطلان.

ومن خلال كل هذا التحليل والنقاشات التي قمنا بها في هذه الدراسة توصلنا للنتائج التالية

:

: أن موضع البطلان في قانون الإلتزامات والعقود الموريتاني هو العقد وليس التصرف القانوني ، وأوضحت أن العقد باعتباره موضوع البطلان ليس إلا أحد نوعي التصرف القانوني ، ينتج عن تطابق إرادتين ويصبح كائنا جديدا يذوب فيه الإيجاب والقبول .
وبما أن العقد هو موضوع البطلان ، فقد بينت أن له أركان وشروط صحة ، فأركان العقد هي تلك الأركان التي لا يمكن للعقد أن يقوم بدونها ، والمتمثلة في : (التراضي والمحل والسبب والشكلية بالنسبة للعقود الشكلية ، وكذلك التسليم في العقود العينية) فإذا تخلفت هذه الأركان أو تخلف بعضها أو إختل شرط من شروط أي منها ماعدا شروط صحة الرضا ، صار العقد باطلا بطلانا مطلقا .

أما شروط صحة العقد فهي (كمال الأهلية ، وخلو إرادة كل من المتعاقدين من عيوب الرضا ، المتمثلة في : الغلط ،التدليس ، الإكراه ، الغبن) فإذا تخلفت هذه الشروط أو تخلف بعضها أصبح العقد قابلا للإبطال .

ثانيا : خلصت من دراسة نظرية البطلان في قانون الإلتزامات والعقود الموريتاني ، إلى أن هذا القانون إعتد التقسيم الثنائي شأنه في ذلك شأن نظيره الجزائري وغالبية التشريعات العربية .

وإعتاد المشروع الموريتاني للتقسيم الثنائي للبطلان (بطلان مطلق وبطلان نسبي) ترتب عليه ما يلي :

أ- أن البطلان يكون مطلقا في حالة عدم إستجماع العقد لكل أركانه أو بعضها ، وتتنحصر الحالات التي تدرج تحت البطلان المطلق في الآتي :
إبرام عقد من شخص لا أهلية له
ب - إبرام عقد يفتقد فيه ركن التراضي من جهة أو المحل أو السبب أو شروطهما من جهة

ج- إغفال الشكل في العقود الشكلية

د- عدم التسليم في العقود العينية

هـ- ويتقرر البطلان في حالات معينة أورد المشرع بشأنها نصوصا خاصة

(2) و يكون البطلان نسبيا إذا كان الشخص الذي أبرم العقد ناقص الأهلية أو هو شخص يشوب إرادته عيب من عيوب الرضا.

وفي ما يتعلق بنظرية وحدة البطلان فقد ناقشناها وعرضنا الانتقادات الموجهة إليها ، وخلصنا إلى عدم جدواها مستنديين إلى آراء بعض الفقهاء كالأستاذ الدكتور : السنهوري والدكتور : عبد الباقي ، وغيرهما ، وبيننا أنه رغم إشارة بعضهم إلى هذه النظرية فإنهم لم

يتبنوها ، ولذلك إستقر غالبية الفقه على التقسيم الثنائي ، ولم يقف الأمر عند الفقه بل تجاوزه إلى التشريع ، فتبنى كل من المشرع المصري والسوري والمغربي والليبي واللبناني والجزائري مثل نظيرهم الموريتاني ، تبوؤ التقسيم الثنائي معتبرين أنه هو التقسيم الواقعي والعملي ، ضاربين بوحدة البطلان عرض الحائط .

:وقد إتضح لنا من خلال البحث والمقارنة أن البطلان يختلف عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة له في مايلي :

(أ) أن البطلان ذو أثر رجعي وبذلك يتفق مع الفسخ في العقود الفورية ويختلف عن عدم النفاذ وعن الإنهاء بالإرادة المنفردة ، وعن التقايل .

(ب) أن البطلان النسبي يقبل الإجازة مثله مثل عدم النفاذ لكنه يختلف عنه في أن الإجازة في البطلان النسبي تصدر من أحد طرفي العقد ، بينما تصدر في عدم النفاذ من الغير .

(ج) أن البطلان لا يرد إلا على عقد غير صحيح ، في حين أن التقايل والفسخ والانحلال ، لا ترد إلا على عقد صحيح فقط .

: إن العقد الباطل تترتب عليه آثار أصلية كما هو الحال بالنسبة للعقد الصحيح، مثل حماية الدائن المرتهن عندما يتقرر بطلان سند ملكية المدين الراهن رهنا رسمياً. كما قد تترتب على العقد الباطل أيضا آثار عرضية أهمها نظرية الخطأ عند تكوين العقد ، وكذلك نظرية تحول العقد .

:بالنسبة إلى أحكام البطلان فقد إتضح من خلال البحث واستقراء النصوص أن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة ولا يخضع للتقادم عكس العقد القابل للإبطال الذي تلحقه الإجازة ويخضع للتقادم ، وهذا التقادم محدد بمرور سنة من تاريخ إكتشاف سبب الإبطال ، أو خمس عشرة سنة من يوم إبرام العقد .

: النصوص القانونية :

- 1- قانون الالتزامات والعقود الموريتاني رقم 89/126 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989، والمعدل بالقانون رقم 2001/031 الصادر بتاريخ 07 فبراير 2001 .
 - 2- القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 ، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخ في 30/09/1975. المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 ، الجريدة الرسمية رقم 31 مؤرخة في 13 مايو 2007.
 - 3- قانون الالتزامات والعقود المغربي ، ظهير 9 رمضان 1331 هـ ، الموافق 12 أغسطس 1913 م ، منشور بمجلة القضاء القانون الصادر عن وزارة العدل المغربية ، السنة الثامنة ، ابريل 1965 ، الأعداد 76-77-78 .
 - 4- مجموعة القانون المدني المصري معلقا على موادها بالملزمة التفسيرية ، بإشراف المحامي عبد البديع أحمد سعيد شلبي .
- ثانيا : الرسائل الجامعية :**
- 1- الدكتور جميل الشرقاوي
- نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه نوقشت سنة 1953 بكلية الحقوق جامعة القاهرة ، مطبعة القاهرة 1956 .
 - 2- الدكتور حبار محمد
- نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه من جزأين، نوقشت سنة 1987 بكلية الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر .
 - 3- لعصامي الوردي
- نظرية بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير ، نوقشت سنة 2001 ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر .

:

1- أنور سلطان

- المبادئ القانونية العامة . الطبعة الرابعة . بيروت . 1983 .

- النظرية العامة للالتزام . ج 1 . مصادر الالتزام . القاهرة 1966

- الموجز في مصادر الالتزام . الإسكندرية 1970

2- أحمد حشمت أبو استيت:

- نظرية الالتزام في القانون المدني المصري (الجديد) . مصادر الالتزام . الطبعة الثانية . 1954

3- أحمدو ولد عبد الدايم :

- النظرية العامة للعقد في قانون لالتزامات والعقود الموريتاني . الطبعة الثانية 2005

4- جورج سيوفي :

- النظرية العامة للموجبات والعقود ، ج 1 ، مصادر الموجبات ، بيروت 1960 .

5- جميل الشرقاوي

- مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، القاهرة 1974 .

6- دربال عبد الرزاق :

- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات . دار العلوم .

7- زهدي يكن

- شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنة القوانين الحديثة والشريعة الإسلامية . ج 4 . الطبعة الأولى . بيروت 1969 .

8- حسن على الذنون

- شرح القانون المدني العراقي - أصول الالتزام - بغداد 1970 .

- نظرية العقد 1956 ، مكان الطبعة لم يذكر .

9- محمد كامل مرسي :

- شرح القانون المدني المصري الجديد . ج 1 . مصادر الالتزام . القاهرة 1954

10- مصطفى شلبي :

- مدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، بيروت 1969.

11- محمد حسنين :

- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري - طبعة ديوان المطبوعات الجامعية ، رقم النشر 81/986 ، الجزائر 1983

12- محمود جمال الدين زكي

- دروس في النظرية العامة للالتزامات . 1965 مع عدم ذكر مكان الطبعة .

- الوجيز في نظرية اللاتزام في القانون المدني المصري . ج 1 . مصادر للالتزام . القاهرة 1976

13- محمد سعيد جعفرور :

- نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي . دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 1998

- نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 1998

14- مأمون الكزبري :

- نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي . ج 1 . الطبعة الثانية . 1972 .

15- محمد حسين منصور

- دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ . منشأة المعارف . الاسكندرية 1995

16- محمد المالقي

- محاضرات في شرح القانون المدني التونسي . المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية ، التاريخ لم يذكر .

17- عبد الرزاق احمد السنهوري :

- الوسيط في شرح القانون المدني المصري . نظرية الالتزام بشكل عام .

ج 1 . الطبعة الثانية . 1964 .

- النظرية العامة للالتزامات ، ج 1 ، نظرية العقد ، الطبعة الأولى . 1934 .

- مصادر الحق في الفقه الإسلامي . المجلد الأول. تاريخ ومكان الطبعة
- الوسيط في شرح القانون المدني المصري- نظرية الالتزام بوجه عام – ج3
القاهرة 1958 .
- الوسيط في شرح القانون المدني المصري –العقود الواردة على العمل - ، في
المقولة والوديعة ، المجلد الأول 1960.
- الوسيط في شرح القانون المدني المصري – التأمينات الشخصية والعينية – ن
ج10 ، القاهرة 1970 .
- 18- عبد الحكم فودة:
- البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة . الطبعة الثانية . دار الفكر 1999
- 19- عبد الحميد الشواربي
- البطلان المدني الإجرائي والموضوعي . منشأة المعارف . الإسكندرية . تاريخ
الطبعة لم يذكر
- فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف الإسكندرية
، 1979.
- 20- عبد المنعم فرج صده :
- مصادر الالتزام في القانون المدني المصري . القاهرة 1960
- 21- عبدالفتاح عبد الباقي :
- دروس في مصادر الالتزام (نظرية العقد) . القاهرة . تاريخ الطبعة لم يذكر .
- مصادر الالتزام – ج1 – القاهرة 1974.
- 22- على علي سليمان :
- النظرية العامة للالتزام .مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري
الطبعة 1992
- 23- عبد الحي حجازي :
- مذكرات في نظرية الالتزام – الطبعة الأولى -1951
- عبد المجيد الحكيم 24

- الموجز في شرح القانون المدني العراقي . ج 1 . مصادر الالتزام . الطبعة الثالثة . بغداد 1970 .

25- عبد الهادي العطافي :

- مصادر الالتزام - نظرية العقد - ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية . 1983 . المكان لم يذكر .

26- سليمان مرقس

- شرح القانون المدني المصري . ج 2 . الالتزامات . القاهرة 1964 .

- مصادر الالتزام . الطبعة الأولى 1960 . مكان الطبعة لم يذكر .

- التأمينات العينية . 1959 . عدم ذكر مكان الطبعة

27- توفيق حسن فرج :

- النظرية العامة للالتزام - في مصادر لالتزام - الطبعة 1988 .

: الدوريات

1- صبحي المحمصان :

- محاضرات في القانون المدني اللبناني - الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام - مطبوعات جامعة الدول العربية . سنة 1958 .

2- شفيق اشحاته

- البطلان في الفقه الإسلام الحنفي والقانون الوضعي . مجلة العلوم القانونية والاقتصادية . السنة الخامسة . العدد الأول .

فهرس الموضوعات :

الصفحة	الموضوع
1.....	المقدمة
6.....	المبحث الأول أركان العقد
6.....	المبحث الأول أهمية العقد
7.....	المبحث الثاني علاقة العقد بالتصرف القانوني
11.....	المبحث الثالث أركان العقد
12.....	التراضي
13.....	وجود الإرادة
13.....	اتجاه الإرادة إلي إحداء أثؤ معين
14.....	التعبير عن الإرادة
14.....	التعبير الصريح
15.....	التعبير الضمني
16.....	المحل
16.....	تعيين المحل أو قابليته للتعيين
16.....	وجود المحل أو قابليته للوجود
17.....	مشروعية المحل
17.....	إمكانية المحل
17.....	السبب
18.....	الشكلية
20.....	المبحث الثاني شروط صحة العقد
20.....	المطلب الأول ماهية العقد
20.....	المطلب الثاني عيوب الإرادة
21.....	الفرع الأول الغلط
21.....	الفرع الثاني التدليس
22.....	الفرع الثالث الإكراه
22.....	الفرع الرابع الغبن
23.....	الفرع الخامس حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة
24.....	المبحث الثالث جزاء تخلف أركان العقد وشروط صحته
26.....	المطلب الأول المعايير المعتمدة فقها للتمييز بين نوعي البطلان
26.....	الفرع الأول المصلحة هي مناط التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي
27.....	الفرع الثاني معيار التفرقة بانعدام أحد أو كل أركان العقد أو فساد الرضي
27.....	المطلب الثاني موقف كل من المشرع الموريتاني والجزائري من المعيارين
28.....	الفرع الأول موقف المشرع الموريتاني
28.....	الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري
51.....	الفصل الأول الطبيعة القانونية للبطلان وتقسيماته
32.....	المبحث الأول الطبيعة القانونية للبطلان

- 32.....المطلب الأول الرأي القائل بأن البطلان مجرد جزاء يلحق بآثار العقد
- 33.....المطلب الثاني البطلان وصف يلحق بالعقد وجزاء يلحق بالآثار
- 34.....المبحث الثاني تقسيمات البطلان
- 35.....المطلب الأول التقسيم الثنائي للبطلان
- 35.....الفرع الأول البطلان المطلق
- 35.....تعريف البطلان المطلق
- 36.....حالات البطلان المطلق
- 36.....إبرام عقد من شخص لا أهلية له
- 38.....إبرام عقد ينعدم فيه التراضي أو المحل والسبب وشروطهما
- 47.....عدم مراعاة الشكلية وعدم التسليم والعقود العينية
- 50.....البطلان المقرر بنص خاص
- 51.....الفرع الثاني البطلان النسبي
- 52.....حالات البطلان النسبي
- 52.....حالة نقص الأهلية
- 54.....حالة التعاقد المشوب بأحد عيوب الرضا
- 54.....1- الغلط
- 54.....أ- النظرية التقليدية
- 54.....الغلط المانع
- 56.....الغلط غير المؤثر في الرضا
- 57.....الغلط الذي يعيب الرضا
- 57.....ب- النظرية الحديثة في الغلط
- 58.....ج- موقف المشرع الموريتاني من نظرية الغلط
- 60.....2- التدليس
- 60.....أ- تعمد استخدام الحيل
- 61.....ب- الحيل الدافعة غاي التعاقد
- 61.....ج- التدليس الذي يصلح لأن يكون موضوعا لطلب الإبطال
- 62.....د- حكم التدليس الصادر من الغين
- 63.....ه- حكم التدليس الصادر من ناقص الأهلية
- 64.....و- الجزاء المترتب علي توافر التدليس
- 64.....3- الإكراه
- 65.....أ- استخدام وسيلة من وسائل الإكراه
- 66.....ب- أن تكون وسائل الإكراه من شأنها أن تحدث رهبة
- 67.....ج- أن تكون الرهبة هي الدافع إلي التعاقد
- 67.....د - وقوع الرهبة بدون حق أو أساس شرعي

69	4- الغبن
69	أولا عدم الاعتراف بالغبين المجرّد سببا للإبطال
70	ثانيا الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم الاعتراف بالغبين المجرّد
71	الفرع الثالث نظرية الانعدام
73	الانتقادات الموجهة لنظرية الانعدام
74	المطلب الثاني نظرية وحدة البطلان ومناقشتها
74	الفرع الأول نقد التقسيم الثنائي ومناقشته
75	1- الانتقادات الموجهة إلى التقسيم الثنائي
77	2- مناقشة هذه الانتقادات
78	الفرع الثاني ماهية وحدة البطلان ومناقشتها
	أولا دعائم نظرية وحدة البطلان من الشروط التي يتطلبها الفقه في المحل
82	والسبب
86	ثالثا مناقشة نظرية وحدة البطلان
92	الفرع الثالث موقف الفقه من نظرية وحدة البطلان
93	1- رأي الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري
94	2- رأي الدكتور محمد كامل مرسي
95	3- رأي الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي
95	4- رأي الدكتور أنور سلطان
97	المطلب الثالث تبني التشريعين الموريتاني والجزائري والعربي للنظرية
97	أولا القانون الموريتاني
97	ثانيا القانون الجزائري
98	ثالثا القانون المصري والسوري والليبي
99	رابعا في القانون المغربي
100	خامسا في القانون اللبناني
102	الفصل الثاني علاقة البطلان بالأنظمة المشابهة له وآثاره
103	المبحث الأول البطلان والأنظمة المشابهة له
103	المطلب الأول البطلان وعدم النفاذ
105	الفرع الأول طبيعة عدم النفاذ
107	الفرع الثاني إنهاء العقد باتفاق طرفيه
108	الفرع الثالث الاختلاف بين البطلان والإنهاء والتقاليل
109	المطلب الثالث البطلان والفسخ والانفساخ
110	الفرع الأول الفسخ
111	أولا الفسخ القضائي
113	ثانيا الفسخ الاتفاقي
114	الفرع الثاني الانفساخ

116.....	الفرع الثالث اختلاف البطلان عن كل من الفسخ والانفساخ
117.....	المبحث الثاني آثار البطلان
117.....	المطلب الأول الآثار العرضية للبطلان
118.....	الفرع الأول نظرية تحول العقد
118.....	أولا مضمون نظرية تحول العقد
118.....	ثانيا أمثلة عملية لنظرية تحول العقد
119.....	ثالثا شروط تحول العقد
120.....	الفرع الثاني نظرية الخطأ في تكوين العقد
120.....	1- مضمون نظرية الخطأ في تكوين العقد
122.....	2- موقف الفقه من نظرية الخطأ في تكوين العقد
125.....	المطلب الثاني الآثار الأصلية للبطلان
125.....	1- الشركة التجارية التي لم تستوف الإجراءات
125.....	2- بقاء أعمال الإدارة رغم بطلان سند ملكية المؤجر
127.....	الفصل الثالث أحكام البطلان
129.....	المبحث الأول طلب البطلان والإبطال
129.....	الفرع الأول من الذي له الحق في التمسك بالبطلان
131.....	الفرع الثاني آثار تقرير البطلان
131.....	أولا آثار تقرير البطلان في ما بين المتعاقدين
132.....	ثانيا آثار تقرير البطلان بالنسبة للغير
133.....	المطلب الثاني طلب الإبطال
134.....	الفرع الأول من له الحق في التمسك بطلب البطلان
135.....	الفرع الثاني آثار التمسك بطلب الإبطال
136.....	المبحث الثاني الإجازة والبطلان
136.....	أولا تعريف الإجازة
137.....	ثانيا شروط أعمال الإجازة
138.....	ثالثا اختلاف الإجازة عن أنظمة قانونية أخرى
139.....	المطلب الثاني الإجازة والعقد الباطل
146.....	المبحث الثالث التقادم والبطلان
146.....	المطلب الأول التقادم والعقد الباطل
174.....	1- موقف المشرع الموريتاني من تقادم دعوي البطلان
148.....	2- موقف المشرع الجزائري من تقادم دعوي البطلان
148.....	الفرع الثاني التقادم والدفع بالبطلان
150.....	المطلب الثاني علاقة التقادم بالعقد القابل للإبطال
150.....	الفرع الأول سقوط دعوي الإبطال بالتقادم
152.....	الفرع الثاني التقادم والدفع بالأبطال

154.....الخاتمة