

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية



مبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير - دراسة مقارنة -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم

تخصص: قانون خاص

إشراف الأستاذ:

أ.د. بموسات عبد الوهاب

إعداد الطالبة:

مجاجي سجاد

لجنة المناقشة

رئيساً	جامعة تلمسان	أستاذ	- أ.د. بو عزة ديدن
مشرفاً ومقرراً	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	- أ.د. بموسات عبد الوهاب
مناقشاً	جامعة سيدي بلعباس	أستاذة محاضرة "أ"	- د. صابونجي نادية
مناقشاً	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	- د. حوالم عبد الصمد

السنة الجامعية: 2020-2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ۚ إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴿٩١﴾ وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِي نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَا تَتَّخِذُونَ أَيْمَانَكُمْ دَخَلًا بَيْنَكُمْ أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ ۚ إِنَّمَا يَبْلُوكُمْ اللَّهُ بِهِ ۚ وَلِيُبَيِّنَ لَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴿٩٢﴾ ﴾

صدق الله العظيم

سورة النحل الآيات: 91-92

شكر و تقدير

الشكر أولا وأخيرا لله عز وجل على عظيم فضله و توفيقه

والشكر أجزله للأستاذ بموسات عبد الوهاب الذي تفضل بقبول الإشراف على

هذه الرسالة، ولما بذله معي من جهد ومتابعة مستمرة، وما قدمه من توجيهات سديدة

حتى رأت هذه الأطروحة النور، فجزاه الله خير ما يجازي به العلماء، وبارك الله له في

علمه وعمره.

وخالص الشكر للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشة هذه

الأطروحة وتصويبها، وأخص بالذكر الأستاذ الفاضل بوعزة ديدن عرفانا بفضلته وتشجيعه

الدائم لي.

والشكر أيضا موصول لكل من ساهم في مدي بمراجع ومصادر غنية بمادة علمية

دسمة عززت هذا العمل، والتي لم يمكن للباحثة أن تجدها بجهد منفرد، فالشكر لهم

جميعا على ما قدموه . . .

إهداء

إلى روح والديّ العزيزين برا بهما، سائلة من الله أن يغفر لهما ويرحمهما ويجمعني
بهما في مستقر رحمته ودار كرامته.

إلى الذين شد الله بهم عضدي إخوتي فكانوا عوناً لي بعد الله عز وجل وما
زالوا ملاذي، وإذ حاولت قدر المستطاع أن لا أخيب ظنهم الحسن بي، مدينة لهم بأي
تميز حققته في حياتي المهنية.

إلى كل من أعانني بالجهد وأحاطني بالتشجيع إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل
المتواضع.

الباحثة

قائمة بأهم المختصرات

باللغة العربية:

ج ر ج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ج: الجزء

د.ب.ن: دون ذكر بلد النشر

د.س.ن: دون ذكر سنة النشر

س.ق: سنة قضائية

ص: صفحة

ط: طبعة

ع: عدد

ق.إ.م.إ: قانون اجراءات مدنية و إدارية

ق.م.ج: قانون مدني جزائري

ق.م.ف: قانون مدني فرنسي

ل.ت.م.ع.ب: لجنة تنظيم و مراقبة عملية البورصة

مج: مجلد

باللغة الفرنسية:

A.J.D.A : Actualité juridique de droit administratif.

al : alinéa.

art : article.

Bull : Bulletin .

Bull. Joly : Bulletin Joly sociétés.

Bull.Cass.civ : Bulletin des arrêts de la cour de cassation .(chambres civiles).

CPU: Centre de publication universitaire(La manouba) Tunisie.

C.A : Cour d'appel.

C.civ.fr : Code civil français.

C.com : code de commerce.

C.E :Conseil d'état

C.pr.civ : code de procédure civile.

Cass : cour de cassation.

Chron : Chronique.

CIJ :cour internationale de justice

Civ. (1^{ère} 2^{ème}, 3^{ème}) : (Première, deuxième ou troisième) chambre de la cour de cassation.

Com : commentaire.

Concl : Conclusions.

D : recueil Dalloz.

Defrénois : Répertoire du notariat defrénois.

Dr.& patr. : Droit & Patrimoine.

éd : édition.

ENAJ : Editions Nationales administratives & juridiques

GATT ; Accords général sur les tarifs douaniers et le commerce

Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

J.-Cl. : Juris-Classeur.

J.R.O.F : Journal officiel de la république française

JCP A : Semaine juridique, administrations et collectivités territoriales

JCP E : Semaine juridique, édition entreprises.

JCP G : Semaine juridique, édition générale.

JDI : Journal de droit international (Clunet)

L.G.D.J : Librairie générale de droit et de la jurisprudence.

LPA : Les petites affiches.

N. : numéro.

Obs. Observation

Op.cit : Ouvrage précité.

P. : Page

P.P. : Paragraphe.

Préc. : précité.

Préf : préface.

PUF : Presses Universitaires de France

RCDI : Revue critique de droit international.

RCDIP : Revue critique de droit international privé. **RDAl** : Revue de droit des affaires internationales.

RDC : Revue des contrats.

RDPSP : Revue de droit public et science politique

Rép. Dalloz : Répertoire Dalloz.

Rev. : Revue.

Rev.arb : Revue de L'arbitrage

RID comp : revue internationale de droit comparé.

RJEP : Revue juridique de l'économie publique.

RJ com : Revue de jurisprudence commerciale

RLDA : Revue Lamy droit des affaires.

RLDC : Revue Lamy droit civil.

RTD civ : Revue trimestrielle de droit civil.

RTD com : Revue trimestrielle de droit commercial.

Th. : thèse

Tr : tribunal

V : voir

Vol : volume

AC : Law reports, Appeal cases
ALL ER: ALL England Law Reports
App: appeal
At : At the suit of
At: Australian current Law articles
Cf : Confer
Ch : Chambre
Ch : Chancery
CLR: Common Law Repport
Co: Company
D.L.R: Dominion Law Repports
ed: edition
ER: English Reports
HL : House of Lords
ILR : International Law Review
K.B: Law Repports, King's Bench
LT : Law Times Report(Angleterre)
Ltd : Limited company(société à responsabilité limitée)
p: page
QB : Queen 's Bench Division
Trad: Traduction
UK: United Kingdom
V.: Versus
WLR: Weekly Law Reports
EWHC: England and wales High court

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيد الأولين والآخرين
سيدنا محمد الأمين وعلى آل بيته الطاهرين وصحابته المهديين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين،
أما بعد:

إن التفكير سمة الإنسان الأساسية، وبما أن المنطق يبحث في التفكير الإنساني خصوصاً
الإستدلال، كان من الطبيعي أن يهتم أولاً بتحديد القوانين الأساسية العامة التي يسير على ضوئها
العقل أثناء تفكيره واستدلاله، ولقد عرف المنطق التقليدي مجموعة من القوانين أطلق عليها اسم
قوانين الفكر الأساسية، والتي لوراها الإنسان لعصم ذهنه من الوقوع في الخطأ في أي موضوع
كان، ومعنى هذا أن المنطق لا يختص بعلم دون آخر، بل هو بقواعده التي يضعها لابد أن يكون
عاماً لجميع العلوم والمعارف، لأن القواعد المنطقية هي بمثابة الشروط العامة لصحة التفكير بغض
النظر عن موضوعه ومادته، فالمنطق أداة البحث عن الحقيقة، ولذلك يعرف المنطق بأنه آلة تحصيل
المعرفة الصحيحة¹، وأنه علم استدلالي² على أساس أنه نبدأ فيه من مقدمات نسلم بصحتها لنتتهي
منها إلى النتائج التي تلزم عنها، ولهذا فإن هذه السمة هي التي جعلت موضوع علم المنطق يدور
حول تحديد الشروط التي بواسطتها يصح الانتقال من أحكام فرضت صحتها إلى أحكام أخرى
تلزم عنها³.

صحيح أن العقل غير معصوم من الخطأ، لكن يجب مع ذلك أن يكون الفكر منسجماً
ومتناغماً مع نفسه، فما يهم هو الإتساق الذاتي، أي ترابط الفكر مع نفسه أو اتساق النتائج مع
المقدمات التي صدرت عنها، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال مراعاة مبادئ وقوانين المنطق.
وقوانين التفكير التي يبحث فيها المنطق هي:

- قانون الذاتية ويقصد به أن حقيقة الشيء ثابتة لا تتغير ولا يطرأ عليها تغيير، وطبقاً
لهذا القانون فإن هوية الشيء تفترض ثباته.

¹ - انظر: فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه - دراسة في فلسفة القانون، ط.1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2011، ص.15.

² - انظر: محمد مهران، مدخل إلى المنطق الصوري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، مصر، 1989، ص.17-18.

³ - فايز محمد حسين، المرجع نفسه، ص.17.

- قانون عدم التناقض¹، ويعبر هذا الأخير عن القانون الأول بصورة سلبية، وينص على أنه لا يمكن أن يكون الشيء موجودا وغير موجود في آن واحد، فهذا القانون ينكر مكنة الجمع بين النقيضين.

- قانون الثالث المرفوع ويشير إلى امتناع الوسط بين الإثبات والنفي².

وللمنطق أهمية كبيرة في مجال القانون، ولهما صلة وثيقة من أوجه عديدة، ولما كان هذا الأخير يقوم على مبدأ غاية في الأهمية، مبدأ عدم التناقض وهو مبدأ فطري في الإنسان، ومن المبادئ الأساسية المكونة للعقل البشري، وهو المبدأ القائل بأن التناقض مستحيل، فلا يمكن أن يتفق

¹- كلمة التناقض في اللغة يرجع أصلها إلى الفعل نقض وهو بمعنى أفسد أو هدم، ونقض الشيء نقضا أفسده بعد إحكامه، يقال نقض البناء: هدمه، ونقض الحبل أو الغزل: حل طاقاته انظر: ابراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ج.2، المكتبة الإسلامية، اسطنبول، تركيا، 1972، ص.947. والنقض إفساد ما أبرم من عقد أو بناء...، وناقضه في الشيء أي خالفه انظر: ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب (مادة نقض)، ج.7، ط.1، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1984، ص.242. وفي الصحاح النقض نقض البناء والحبل والعهد، غيره النقض ضد الإبرام. انظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، حققه أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، مصر 2008، ص.1643؛ إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح في اللغة، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، ج.6، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1990، ص.344.

ونقضه ينقضه نقضا وانتقض وتناقض، والمناقضة في القول، أن يتكلم بما يتناقض معناه والانتقاض الانتكاث انظر: إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح في اللغة، المرجع نفسه، ص.344، ويقال ناقض في قوله مناقضة ونقاضا، وناقض غيره أي خالفه وعارضه انظر: العلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في فريب الشرح الكبير للرافعي، كتاب النون، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ص.622، أشار إليه رمضان ابراهيم علام، تعارض الإجراءات في قانون المرافعات، حالاته آثاره قواعده وأحكامه، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2015، ص.14.

والتنقيض المخالف، يقال فلان نقيضك وهذا القول نقيض ذلك، ويقال تناقض القولان ونحوهما، أي تخالفا وتدافعا كأن كل واحد ينقض الآخر، وفي كلامنا تناقض إذا كان بعضه يقتضي إبطال بعض انظر: جعفر باقر الحسيني، معجم مصطلحات المنطق، ط.1، دار الاعتصام للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2005، ص.103.

والشاعران قال كل منهما قصيدة ينقض بما قصيدة الآخر ويعارضها ولذلك قالوا نقائض جرير والفرزدق انظر: جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج.1، ط.1، مؤسسة العلمي للطبوعات، بيروت، لبنان، 2005، ص.4003. ومعنى التناقض في اصطلاح المناطقة اختلاف جملتين بالنفي والإثبات، اختلافًا يلزم منه لذاته، كون إحداها صادقة والأخرى كاذبة" يقال تناقض الكلامان أي تدافعا كأن كل واحد نقض الآخر، وفي كلامه تناقض إذا كان بعضه يقتضي إبطال ". لمزيد من التفصيل انظر: أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1998، ص.305. أو هو اختلاف القضيتين بالإيجاب والسلب بحيث يقتضي صدق إحداها كذب الأخرى انظر: أبو علي الحسين بن عبد الله بن الحسن بن علي بن سينا، منطق المشركين، المكتبة السلفية، القاهرة، مصر، 1910، ص.74. أشار إليه صادق عبد علي طريخيم، قاعدة عدم التناقض (الإغلاق) وتطبيقها القانونية، ط.1، الثقليين للطباعة، التصميم والإخراج الفني مكتب محمد الخزرجي، النجف الأشرف، العراق، 2016، ص.22.

والمتناقضان في المنطق ما لا يجتمعان ولا يرتفعان في شيء واحد، وحال واحدة نحو أبيض ولا أبيض، ومن الكلام ما لا يصح أحدهما مع الآخر في شيء واحد وحال واحدة، نحو كذا وليس بكذا. انظر: ابراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص.947.

²-انظر: فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص.17.

النفي والإثبات في أي حال من الأحوال، والتناقض يحدث لما يتناقض الإثبات مع نفيه بالذات، ووجود الشيء يتعارض بصورة أساسية مع عدم ذلك الشيء، ومعنى تعارضهما أنهما لا يمكن أن يتوحدا أو يجتمعا.

والتناقض لا يؤخذ به على أية حال، التناقض منبوذ، ولأن المنطق ليس قاصرا على الفلسفة وحدها، فهو يشكل جزءا هاما من حياة الإنسان، نستند عليه في عمليات التفكير وإقامة البراهين والحجج، لذلك أكثر الناس، حتى دون علم منهم بالمنطق، يأخذون في اعتبارهم هذا المبدأ خاصة في العمليات التي تتطلب نتيجة ينبغي التوصل إليها، وحتى المنكرين لمبدأ عدم التناقض يطبقون المبدأ من حيث لا يشعرون.

ولقد اختارت الباحثة البدء بهذه المقدمة المنطقية، وإذ هي مصدر إلهامها لربط فكرة عدم التناقض بموضوع الأطروحة، ذلك أن هناك الكثير ممن يكسر هذا القانون البديهي بكل بساطة على أرض الواقع ويناقض نفسه في القول أو الفعل، ويقصد بالتناقض قول الشيء وعكسه كمن يعد بالوفاء ثم يخون، أو كمن يلتزم ثم يتراجع، والتناقض الذي نقصده لا يفيد عن عدم تنفيذ أو تقلب، بل عدم تطابق وعدم تجانس بين سلوكيين أو موقفين أو تصريحين صادرين عن نفس الشخص ومتصلين بذات الموضوع، ومثل هذه السلوكيات قد ترجع إلى تسرع أو عدم دقة الشخص في اتخاذ قراره أو تردده وعدم امتلاكه الشجاعة في إرادة الالتزام، أو يكون مدفوعا بعوامل خارجية تكون وراء تأرجح مواقفه.

صحيح أنه في قانون الطبيعة، ليس هناك أي خطأ في تغيير المرء لرأيه، يقول الفيلسوف¹ SPINOZA:

"لنفترض أن شخصا ما قد أعطى كلمته لأداء هذا العمل أو ذاك، الذي يمكنه من وجهة نظره أنه يمارس حقا شخصيا، في أن يمتنع عنه أو يرجع فيه، أو على العكس من ذلك أنه أعطى كلمته للامتناع عن عمل ثم يقرر أن يقوم به. هذه الكلمة تبقى صالحة فقط ما دامت إرادة من

¹-انظر:

SPINOZA, Traité de l'autorité politique, publié en 1677 dans les opéras Posthuma, trad. Franç. In : SPINOZA, Œuvres complètes, Ed. la pléiade (1954), p. 928. Voir: B. Fauvarque Cosson, La confiance légitime et l'estoppel, Electronic journal of comparative law, vol. 11. 3 déc. 2007, site internet : [http:// WWW. ejcl.org/113/article113-8.pdf](http://WWW.ejcl.org/113/article113-8.pdf), visité le 13/11/2018.

الترم نفسه لا تتغير، لأنه يملك القدرة على الرجوع في رأيه، فهو لم يجرم بأي حال من الأحوال من حقه في ذلك، إن هذا الرجل هو الحكم الوحيد لأفعاله وقد يعتبر الكلمة المعطاة أكثر ضرراً من نفعها، ولا يهم ما إذا كان هذا التقييم خاطئاً أم لا، لأن الإنسان ليس معصوماً من الخطأ، ومع ذلك إذا كان يعتقد، من جانبه، أنه ينبغي الرجوع في كلمته، فإنه سوف ينظر إليها على أنها مسألة طبيعية".

فالتناقض والتغير هو الوضع الطبيعي للإنسان وهو متأصل في الحياة نفسها، ومن البديهي أن يجب كل امرئ نفسه لأنه أناني بطبعه، وأن يسعى لما فيه مصلحته وإلى ما هو مفيد له بالفعل على حساب الغير، وإن كان ذلك أمراً مقبولاً في علم الاجتماع، انطلاقاً من الحق الإنساني لكل فرد بتقييم أوضاعه وحسم مواقفه انسجاماً مع مصلحته ورغبته، على الرغم من وقعها الفظ في النفس، لكونها تخرج عن اللباقات والأدبيات الاجتماعية¹. غير أن الأمر يختلف في علم الأخلاق وكذا القانون، حيث يصبح من غير العدل فعل ذلك، وقد يجعل القانون أحياناً من الصعب على المرء تغيير موقفه، ذلك أن الإرادة الفردية، وإن كانت حرة ومستقلة، إلا أن سلطانها قطعاً ليس بمطلق، وقد يغلق الطريق عن الشخص في حال إتيانه بتصرف قانوني لاحق يناقض تصرفاً سابقاً (قولاً أو فعلاً)، كان قد اقترن بعلم الطرف الآخر ولد لديه اعتقاداً معيناً، ورتب عليه وضعاً قانونياً من الصعب الرجوع فيه أو كان بالإمكان الرجوع فيه إلا أنه يرتب ضرراً لهذا الأخير، إذ ليس من العدل جعل الأفراد تحت رحمة تقلبات غمائمهم بتأرجحهم غير المبرر في هدم أعمالهم أو أقوالهم السابقة².

من هنا تتجلى فكرة عدم التناقض للحفاظ على مستلزمات الأمن القانوني واستقرار التعامل، والسبب هو أخذ الثقة المشروعة للغير بعين الاعتبار، والتي تضررت بفعل تقلبات شخص آخر من جراء التغيير المفاجئ في سلوكه من دون مسوغ قانوني، والثقة المقصودة من الدراسة هي التي تتجسد في مظاهر خارجية، وتترتب غالباً عن وعود أو تصرفات ظاهرة للعموم.

¹ - انظر: محمود محمود المغربي، الاستوبل في قانون التحكيم، المرسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2010، ص.06.

² - رعد عداي حسين، قاعدة الإغلاق و تطبيقاتها في الحقوق العينية، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، ع.4، كلية القانون و العلوم السياسية، بغداد، الأعظمية، العراق، تشرين الأول، 2019، ص.111.

وحق يعتد بالثقة على أنها مشروعة، يجب أن تكون معقولة، ويتعلق الأمر تحديدا بثقة الرجل العاقل *l'homme raisonnable* وتقاس بضابط سلوك رب الأسرة العادي¹ *le bonus (families pater)*، وعلى ذلك تجهد الأنظمة القانونية بالعمل على صون الثقة في العلاقات القانونية، فالعيش داخل المجتمع يفترض نوع من الثبات والاستمرارية والثقة.

وتعد فكرة الإستوبل الإنجليزية الأكثر مواءمة مع فكرة عدم التناقض، كآلية قانونية متفردة تستهدف منع التناقض إضرارا بالغير، وهي في الحقيقة تجازي خيانة الثقة المشروعة (الثقة المضللة)، وهذه القاعدة من القانون الأنجلوسكسوني ذات أوجه متعددة، وترتكز على استنتاج موقف سابق أخذ في الاعتبار من قبل الطرف الآخر، حيث ترتبط نشأتها في النظام القانوني الإنجليزي بالمنحى القضائي في معالجة حالة التناقض في القول أو الفعل، ونظرا لاستقرار الاستوبل ضمن المبادئ العامة الجديدة للتجارة الدولية، فإن الإستوبل عبر الحدود بين مختلف الأنظمة القانونية انطلاقا من القانون الإنجليزي والأمريكي والأسترالي والكندي بالنسبة لنظم القانون العمومي، وصولا إلى القانون الألماني والإسباني والفرنسي عن طريق آلية التحكيم بالنسبة لنظم القانون المدني ومن دون ترجمة للمفهوم الأجنبي².

ولم يمر الحدث دون أن يلاحظه أحد، إن فرادة المؤسسة وحدها لا تفسر اكتساحها لنظم القانون المدني، ويرجع ذلك أساسا إلى الآثار الرائعة التي يمكن توقعها لأن الإستوبل تشير فكرة نبيلة تتمثل في واجب الاتساق مع الذات والتراهم مع الآخرين.

وجدير بالذكر أنه في بلدان القانون المدني، تؤخذ حماية الثقة في أقوال أو أفعال الآخر في الاعتبار بشكل متنوع جدا، إذا كان ذلك في بعض الأحيان من خلال آلية أو نظرية محددة، وفي كثير من الأحيان الأخرى، يتم ذلك من خلال مبادئ عامة، وأولها وفي طبيعتها نجد مبدأ حسن النية.

¹-انظر:

M. Berbagui, La protection de la confiance légitime en droit français et anglais, 1^{ère} éd. , Editions universitaires européennes, Beau Bassin, Mauritius, 2017, p. 01.

²-انظر:

Anne-Chloé FOIRRY, Pour une transplantation de l'estoppel défensif en droit administratif des contrats , Petites affiches - 16/12/2011 - n° 250.

بيد أن هذا لا يعني أن مضمون فكرة عدم التناقض وتسمياتها غير موجودة في الشرائع والحضارات والنظم القانونية الأخرى، وفي الواقع تمتد جذورها إلى القانون الروماني، فقد تضمنت مدونة جستنيان قاعدة مشابهة لجوهر فكرة الإستوبل، والقائلة بأنه ليس لأحد أن يخالف أو يناقض ما قبله، لأن فعل الشخص حجة عليه¹، وهذه القاعدة تتشابه مع القول الروماني المأثور القائل بأنه لا يقبل من أحد قول يتنافى مع سابق مسلكه.

لقد عرف القانون المقارن والقانون الدولي وبشكل جيد ظاهرة تلقي القانون، من خلال غزو المفاهيم القانونية الأجنبية ولاسيما الأنجلوسكسونية، للنظم اللاتينية، وهذا بالضبط ما حصل في التحكيم، ومن ناحيتين فهو، من جهة، فرع من القانون يتسم بدرجة عالية من التدويل، ويتيح، من جهة أخرى، إنفاذ مبادئ قانونية ذات منشأ مختلف (أجنبية)، سواء من ناحية الأسس الموضوعية للقضية أو في المسائل الإجرائية.

ويعتبر موضوع حظر التناقض فيما يعرف بالإستوبل من أبرز الموضوعات التي خلقت اجتهادات قضائية وتسببت كثيرا في تنوع الآراء الفقهية إزاءه، إلى الحد الذي لم ينل استقرارا فقهيا أو قضائيا في إطار محدد وثابت لموضوعاته.

ويجدر التنويه أن المؤسسة التي يمثلها الإستوبل سحرت الفقهاء الغربيين المعاصرين وتناولت عدة أطروحات الإستوبل، إما في جانب محدد أو في فرع من القانون أو كمظهر من مظاهر مبدأ عام، مثل مبدأ الاتساق العقدي، وقد خصصت له مقالات كثيرة، ولاسيما في القانون التجاري الدولي، وهو الشيء الذي دفع تطوره ونفوذه إلى النظم القانونية الوطنية اليوم إلى البحث في أغواره، والذي لم يبحث بالعربية على وجه الاستقلال بشكل معمق، وعلى معرفة الفقه الإسلامي له في إطار القواعد الفقهية الكلية.

ويعتبر الفقه الإسلامي أول من وضع قاعدة عدم التناقض ورسخ أساسها في القاعدة الفقهية المعروفة ب"من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه" التي تلقفتها بعض التقنيات العربية، وإن الشريعة الإسلامية بحق لووطئت أكنافها لكان لنا من هذا التراث الجليل ما يمكن أن نضيء به جانبا هاما من جوانب الثقافة العالمية ألا وهو القانون.

¹ - انظر: عبد العزيز فهمي، مدونة جستنيان في الفقه الروماني، عالم الكتاب، ص.370.

وعلى الرغم من أن دراسة الباحثة الموسومة بمبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير (دراسة مقارنة) لم تكن هي الأولى، والدراسات العربية المتخصصة التي تناولته قليلة وغالبيتها في جانب فرع معين من القانون في إطار البحث الجزئي الذي لا يغني عن مفهوم كلي شامل للتناقض كالقانون الإجرائي مثلاً أو قانون التحكيم أو القانون الدولي، باستثناء الدراسة التي تعرض لها الدكتور صادق عبد علي طريخم في كتابه الموسوم بقاعدة عدم التناقض (الإغلاق) وتطبيقاتها القانونية¹ التي تناولت الموضوع على امتداد القانون الإجرائي و الموضوعي.

وقد حاولت دراسة الباحثة جاهدة أن تعمل الفكر مع من أعملوه، وأن تتابع الاجتهاد بعد من كان لهم فضل سبق إليه، لعلها تدفع بالبحث خطوة أخرى إلى الأمام إن لم تكن تصل به إلى غايته، وما انفردت به الدراسة أنها دراسة تأصيلية للموضوع سواء على المستوى الوطني أو الدولي وقائمة أيضاً على المقارنة بين النظم القانونية التي تترأس العائلتين القانونيتين الأنجلوسكسونية واللاتينية لاسيما النظام القانوني الإنجليزي وكذا الأمريكي والأسترالي والفرنسي، ومن ثم ما سار عليه المشرع المشرع الجزائري والمصري وكيف تعاملت المحاكم القضائية حيال هاته المسألة، ويروم هذا البحث الإجابة على الإشكالية التالية:

هل يحق لنا أن نعتقد في لزوم مبدأ عدم التناقض في صورته الإستوبلية لتأمين الثبات والاستقرار والاتساق في العلاقات القانونية وعلى إطلاقه في القانون الخاص؟ أو بعبارة أخرى أكثر دقة:

هل يمكن القول بأن فكرة الإستوبل بلغت من العالمية ما يكفي للجزم بأنها مبدأ عام قابل للتطبيق في القانون الخاص؟ وهل من المستساغ أن نتخلى عن خصوصية نظامنا الداخلي لصالح انفاذ مبادئ أجنبية المنشأ تختلف عن تلك التي يؤدي إليها قانوننا؟

ومهما تعددت العبارات واستنسخت المصطلحات من أجل توصيف الفكرة، فهي لم تكن مقتصرة على نظام قانوني أو أسرة قانونية معينة، وهي ليست بالموضوع الجديد، بل هي ضاربة في القدم وتوارثتها النظم القانونية المختلفة، وإن كانت قد برزت في مفردة الإستوبل، غير أن الاختلاف يكمن في التباين الشديد في مقاربة المفهوم والنظام القانوني للمصطلح، ليس فقط فيما بين العائلات القانونية بل وضمن نظم العائلة القانونية الواحدة، فلقد يعتد بالإستوبل كمبدأ في

¹-انظر: صادق عبد علي طريخم، قاعدة عدم التناقض (الإغلاق) وتطبيقاتها القانونية، ط.1، الثقليين للطباعة، النجف الأشرف، العراق، 2017.

نظر الكثيرين، لأنه واسع الانتشار ومعترف به على هذا النحو في القانون الدولي، فضلا عن العديد من النظم القانونية الوطنية، بالنسبة للآخرين فإنه لا يزال قاعدة فريدة ومبتكرة، من تشييد قضائي تم تفصيله بعناية مشبع بالنظام القانوني الإنجليزي، ويحتوي حتما على خصائص أي آلية مستمدة من هذا القانون، الذي ينضح بالمبادئ مع زخم السوابق القضائية.

إن مضمون المبدأ وحجم أهميته يقتضي تسليط الضوء عليه وابرار موضعه في القانون الوضعي، بالرغم من أنه يمثل أحد المبادئ القانونية التي يقوم عليها أي نظام قانوني، وبالرغم من أنه أخذ يدخل في جميع فروع القانون إلا أنه لم يأخذ حقه من البحث والتحليل.

وفي افتراض السعي لتكريس المبدأ الثابت قبوله في مذاهب مختلفة، والذي ليس له مكان حقيقي في نظم القانون المدني بما في ذلك القانون الجزائري الذي لم يشر إليه بصفة صريحة، لا نصا ولا اجتهادا، وهو كآلية جديدة لم يألفها بعد هذا الأخير، والقول أنه لا يعترف بمبدأ عدم التناقض ولو ضمينا قول تعوزه الدقة، وليس هناك مع ذلك ما يمنع من تلقي الآلية خاصة وأن القانون يتطور استجابة لتأثيرات خارجية، ما يدعم فكرة أن هناك نفاذا ما ثقافي في المجال القانوني، تحت مسمى الانتقال المفروض بالقوة أو الانبهار الذي يؤدي إلى استقبال إرادي لمؤسسة قانونية، والتي تم تبيينها بشكل متبادل من جانب القضاة، وتجاوزت حدود الكامنلو لتطول القانون المدني¹، والخوف من عرضها في جسم القانون وفي مقدمته، وما قد يترتب على ذلك من دلالة إلزامية وترجيحا قانونيا على النص القانوني، والذي سيفتح الباب أمام التدخل القضائي بشكل واسع، الشيء الذي قد ينعكس على مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية.

والواقع أن نظم القانون المدني لا تترك إلا المكان القليل لعمليات الخلق البريتوري، وإذا كانت القاعدة القانونية، المعلن عنها وبشكل حقيقي، هي قاعدة بريتورية، إلا أنها لا تستطيع على أي حال أن تستمر كذلك لزم من طويل²، فضلا على أن إقحام الإستوبل، وككل جديد، شأنه شأن أي فائض، يولد ارتباكات وتناقضات فيما استقرت عليه من ثوابت وقيم محمية، وبسبب وجود آليات مقاومة عفوية داخل كل قانون قد تجعله يصنف من باب لزوم ما لا يلزم.

¹ - انظر: هوارطيا موير واط، مقال بعنوان "أحاديث تمهيدية حول جاذبية النمط الأمريكي"، فرانسوا تريه، كتاب أمركة القانون، ترجمة محمد وطفه، ط. 1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص. 42.

² - انظر: ماري دومينيك تريبه، فرضية أمركة المؤسسة القضائية، من كتاب فرانسوا تريه، أمركة القانون، ترجمة محمد وطفه، المرجع السابق، ص. 209.

وفي الواقع، لا يكفي قصر الاهتمام على التقنية القانونية، فما يهم أيضا هو ارتقَاب مراهنتها من حيث مداها وارتدادها.

ويحتل هذا الموضوع ما يكفي لاختياره عنوانا لهذه الأطروحة، فهو يبحث في العمق وفي المدى من زاوية ما يمكن أن يحققه منع التناقض من إنصاف، وفرض نوع الاتساق والانسجام مع الذات والتزاهة في العلاقات القانونية، خاصة التعاقدية منها، ولما لا باعتبارها صلب العلاقات الإنسانية، وهو الأنسب لمواجهة التجاوزات والتناقضات الشاذة في السلوك، فكم نحن بحاجة إلى الارتكاز إلى المبادئ والقواعد، لاسيما الأخلاقية منها، ومن هنا كانت هذه الأطروحة ولكن من زاوية القانون وهذا ما يؤكد فائدة دراستها.

كما أن القلق الحقيقي لم يتأتى من الاهتمام بتهديب السلوكيات، بل من عدم الأمان خاصة في عالم الاقتصاد حيث لا مكان لحماية ثقة الغير، وإنما الأولوية لقيم السوق والمعادلات الحسابية التي ترجح المصلحة الأنانية الفردية على حساب انتهاك الثقة، وحيث التقلب الحتمي الضار في المنحى السلوكي وحرية إعادة تقييم السياسة الاقتصادية لصالح تحقيق المصلحة الفردية أمر مبرور ومشروع.

وإذ تظهر الصعوبة في تحقيق الموازنة بين الفائدة المرجوة من قاعدة عدم التناقض من خلال تأمين الاتساق والانسجام في العلاقات القانونية وتصويب مسارها وتهديبها من جهة، وارتدادات ذلك على حرية التقاضي والحرمان من فرصة إضافية في إثبات الحقيقة، والخوف المبرر من أن يصبح المبدأ المنشود خارج نطاق السيطرة في الميدان الاقتصادي من جهة أخرى، بأن يخل بالتوازنات من خلال الحد من حرية الإرادة الفردية وتقييد تلقائية المبادرات على عكس ما تبيحه القاعدة الاقتصادية في تغليب المصلحة الفردية.

إن الاعتداد بقاعدة عدم التناقض لم يأت من منطلق فكرة أو مجرد تصور نظري لا أساس له في الواقع، بل هي حقيقة قانونية تفرضها قيمة اجتماعية ومقتضيات مرتبطة بالمصلحة العامة، فهي انعكاس لما هو مثالي أو أخلاقي في مجتمع سيطرت عليه النظرة المادية النفعية، وهو أمر يجذب أي باحث للتعرف على أصول هذه الفكرة وضوابط إعمالها، وإذ يقودنا تناول الموضوع باعتباره سيرورة تلقي والبحث في مقارنة تأثيره على القانون الداخلي وتأثيره أيضا على الثقافة القانونية.

وكذلك في محاولة لنفض الغبار عن إحدى أهم القواعد القانونية التي وضع أساسها المسلمون الأوائل واقتبسها الفقه الغربي لتعود ثانية إلى النظم القانونية العربية بحلة جديدة.

وتسعى هذه الدراسة إلى تحقيق عدة أهداف:

- إن فكرة عدم التناقض، رغم تنوع مفرداتها في كل نظام قانوني، تجمع بين الواجب الأخلاقي والإلزام القانوني لتصحيح حالة شاذة في التعامل، والأثر العام الذي يترتب على هذه الفكرة هو تأمين وحماية الواقع القانوني.

- إن الشخص لا ينطلق في تصرفاته من فراغ، فلا بد أن يحاط علما وإلماما بآثار تصرفاته، ومن حق كل فرد أن يسعى إلى تحقيق مصلحته الذاتية، طالما لا يضل طرفا آخر لأنه سترتب عليه مسؤولية، لأن تصرفات الشخص مرتبطة ارتباطا وثيقا بتوقع النتائج، ولا يمكن عزل النتائج عن التصرفات، ويجب أن يدرك أن القانون يحرص على ضرورة محاسبة الفرد المتقلب وغير المتجانس مع ذاته ومع الغير، وتحميله مسؤولية نتائج تناقضاته.

- أن هذا المبدأ من خلق القضاء، وأن المبادئ التي تقرها جميع المحاكم عبر العالم يفترض بالقاضي الجزائري أن يعلم بها، وإذا كان هذا الأمر مألوفا في مجال القانون الإداري حيث قضاء مجلس الدولة يعد المصدر الرئيسي للقانون الإداري، إلا أن القضاء المدني لا يقوم بذلك بحسب الأصل.

وحيث أن مهمة الاجتهاد لا تقتصر على الاعتماد على النصوص الجافة، بل تتعداه إلى نطاق حكم المبادئ العامة لتوفيقها مع الحاجات الملحة والضرورة الناشئة، وتجزئ للقاضي في معرض المساهمة في خلق القاعدة القانونية عندما لا ينظم المشرع وضعية قانونية معينة، الخروج من دائرة تحفظه إلى الإنشاء، فيسبق المشرع ويشق الطريق أمامه في حقل التقنين.

- كما أن المبدأ العام هو مبدأ يقتضي أن لا يعتمد بصورة انتقائية، ويتطلب الأمر البحث في هوية المبدأ أو ما يجب أن يكون عليه الأخير.

- وجوب سد الثغرة الموجودة بالمكتبة القانونية الجزائرية في خصوص هذا الموضوع.

ولا يغيب عن البال بصدد التمهيد لهذه الدراسة تسجيل العوائق والصعوبات التي واجهت الباحثة، منها تشعب الموضوع وتناثره بين أرجاء فروع القانون وتنوع الأحكام القضائية والدراسات الفقهية بشأنه، بالإضافة إلى أن ترجمة المصطلحات من اللغات الأجنبية إلى اللغة العربية الأم ليست بالأمر الهين، سيما وأن اللغة القانونية تمتاز بخصوصية.

ومن جانب آخر، شح المراجع المتخصصة حول هذا الموضوع، فيما يتعلق بالمكتبة القانونية العربية وانعدامها في القانون الجزائري، حيث لم تجد الباحثة مقال أو بحث أو كتاب يعالج الموضوع أو حتى قرار قضائي.

وعن المنهج المتبع فقد تم الاعتماد على:

- المنهج التأصيلي، وكان لا بد منه في بعض الأمور لرسم الخلفية اللازمة لعرض موضوع الأطروحة.

- المنهج التحليلي حيث اعتمدت الدراسة، في مختلف أقسامها حيثما وجد السبيل إلى ذلك، على المنهج التحليلي القائم على التقييم والنقد والترجيح بما يخدم التحليلات والاستنتاجات التي تم التوصل إليها في سياق الأحكام القضائية الصادرة والآراء الفقهية المتباينة وكذا النصوص القانونية المختلفة.

- المنهج المقارن: حيث اعتمدت الباحثة، وهذا واضح من عنوان الأطروحة، على المقارنة والموازنة، لاسيما وأن الشرائع القانونية التي ستكون أدوات هذه الدراسة هي الشريعة اللاتينية المتصدرة للقوانين المدنية، والشريعة الأنجلوسكسونية المتصدرة لنظم القانون العام.

وفي سياق ما تقدم، فقد تم تقسيم موضوع هذه الأطروحة إلى باين:

يتناول الباب الأول التأصيل القانوني لمبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير في القانون المقارن والدولي، ويتناول الباب الثاني فرادة واستقلالية المبدأ تحت عنوان عدم التناقض مع الذات مبدأ قانوني قائم بذاته، ونختم البحث بخاتمة نعرض فيها أهم النتائج التي يمكن أن نخرج بها ونسأل الله أن يوفقنا إلى ذلك.

الباب الأوّل

تأصيل مبدأ عدم التناقض مع الذات على
حساب الغير في القانون الدولي والمقارن

إن حرية الفرد محدودة إلى حد كبير في الواقع، حيث لا يسعه التخلص من جانب واحد من الرباط الذي نشأ على هذا النحو بينه وبين شخص آخر على وجه التنافس، في إطار عقد أو ما شابه ذلك من اتفاق، بالانقطاع عما يريد وبإبداء عدم رغبته ورجوعه عما سبق وأن أرادته في آونة عقد الاتفاق، ويجسد ذلك قول ماثور يحض على احترام الكلمة المعطاة بالقول أنه "تمسك الثيران بقرونها والرجال بأقوالها"¹، فإرادة الفرد وإن كانت حرة ومستقلة إلا أنها ليست مطلقة، لأنه أحيانا يصبح من غير العدل فعل ذلك، ويعني هذا أن الفرد لم يعد حرا في إجراء أي تصرف قانوني لتعظيم مصالحه الخاصة، بل صار مقيدا كذلك ومحدودا بالمصالح الأخرى.

فمتى تجاوز تناقض الشخص مع نفسه حدود المصالح الشخصية إلى المساس بمصالح الآخرين أصبح من الواجب التصدي له ومنعه من ذلك، إذ لا يجوز له الاستفادة من موقف يتناقض مع ما سبق مسلكه، عندما يحدث هذا التغيير على حساب الغير أو كما يقال إضرارا بالغير، وهو ما تمنعه صيغة حكم قديم بالقول أنه "لا يجوز لأحد أن ينفخ في الحار والبارد في نفس الوقت، أن يؤكد من جانب وينكر من جانب آخر"²، وقاعدة أخرى كذلك والقائلة ب"عدم جواز فعل الشيء ونقيضه قاعدة ضرورية لتجنب أن نصبح رديئين"³.

¹-انظر:

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, La confiance légitime et l'estoppel, Rapport général publié par la société de législation comparée, Paris, France, 2007, p.10:

« On lies les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles » cette maxime célèbre de Loysel, qui exprime le principe de consensualisme, rends également compte de l'idée que ce n'est pas tant la volonté elle-même qui marque la naissance de l'obligation, mais l'expression de cette volonté, sa communication à autrui qui aura placé toute sa confiance dans les paroles ainsi exprimées ».

²- انظر:

(Cave v. Mills ,1862) cité par Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, L'estoppel du droit anglais ,In actes du colloque organisé par le centre de droit des affaires et de gestion(C.E.D.A.G) de l'université de Paris V, France,(13 janvier2000), p.03.

³-انظر:

Dimittri HOUTCIEFF , La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Recueil Dalloz, 2009, p.1245:

« ...Que l'on puisse faire une chose et le contraire est une règle nécessaire à force d'être triviale ».

والمبدأ بعد هذا، تعبير عن قانون المخالفة أو التناقض الظاهر في المنطق¹، ونجد أن القانون يتدخل لمنع التناقض، هذا المانع مترجم في شكل أحد المبادئ التي تتبناها بأهمية محاكم القانون في العصر الحديث، وقد عبر (MCNAIR)² عن هذا المبدأ بطريقة مبسطة بالقول أنه: "من المنطق أن نتوقع من أي نظام قانوني، وجود قاعدة تمنع الشخص الذي يغير مواقفه على واقعة معينة من مناقضة نفسه، إذا اعتمد شخص آخر على هذا الإعلان في سلوكه"، وللمبدأ أثر عميق في القانون الوضعي، وهو أخلاقي في جوهره يعني بفكرة الاستقرار القانوني وضرورة التوفيق بين المصالح المتعارضة، ذلك أن من المهم جدا والضروري للغاية تنظيم تلك المصالح حتى لا تعم الفوضى ويهدر السكون الاجتماعي، إذا ما ترك لكل إنسان مطلق الحرية في تحقيق رغباته وفقا لمشيئته أو وفق ما يعتقد أو يظن أنه حقا وعدلا.

حيث مختلف النظم القانونية تقرر حماية الثقة والتوقعات المشروعة، ولكن بآليات متعددة، وإن تعددت المصطلحات المستخدمة للدلالة عليها، فهي قاعدة راسخة في القانون على الصعيدين الداخلي وحتى الدولي، بالرغم من كونها لا تزال مبهمة صعبة الإدراك³، ورغم أنها اتخذت معان ومفاهيم مختلفة في كل نظام قانوني حلت فيه فهي تتوافق بشكل أو بآخر مع مقومات هذا النظام أو ذاك، وإن عدم تواتر استخدام نفس المصطلح في مختلف النظم لا يعني عدم معرفتها به كما أن تعميمه لا يفيد نفس المفهوم القانوني لدى بقية النظم القانونية.

وما دام الأمر كذلك فلا مانع من معالجة الموضوع مع ضرورة تتبع الحقائق التاريخية على نحو واضح لا يقبل الشك، وعرف النظام الأنجلوسكسوني آلية فريدة تعالج مسألة حظر التناقض مع الذات على حساب الغير، ويشار إليها كما تفرضه العولمة بكلمة الإستوبل (Estoppel)، كما أن العولمة ساهمت إلى حد كبير في سفر الآلية إلى أشكال أخرى من القانون وليس غريبا أن يتبنى

¹ - انظر: محمد طلعت الغنيمي، بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974، ص.111، أشار إليه طالب عبد الله فهد العلوان، تنفيذ الالتزامات الدولية ومبدأ حسن النية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015، ص.119.

² - انظر:

Lord MCNAIR, Law of treaties, Clarendon Press, Oxford, UK, (1961), p.485.

أشار إليه المهيني نعمان عطا الله، قاعدة الإغلاق الحكمي (Estoppel) في القضاء الدولي، مجلة الحقوق، مج. 40، ع.2، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، يونيو، 2016، ص.401.

³ - انظر: هادي نعيم المالكي، قاعدة الإغلاق Estoppel في القانون الدولي، مجلة رسالة الحقوق، ع.3، س.7، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2015، ص.124.

القانون الدولي هذا المصطلح عبر القانون الدولي العام، وقد يكون ذلك السبب لكل الحماس الذي يشهده هذا المبدأ حالياً¹ (الفصل الأول).

ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل أصبحت تطبق في بلدان القانون المدني، ولكن حتما ليس بخصائصها الأنجلوسكسونية، وإن كانت الإستوبل تمتد بجذورها إلى المبدأ الروماني القائل "لا يقبل من أحد قول يتنافى مع سابق مسلكه" (**Non concedit venire contra factum**) ولكن الصيغة تختلف بحسب الدول، كما أن الشريعة الإسلامية تحتوي مضمون الاستوبل وتتسع لما يماثله أو يقترب منه كما سيأتي ذكره عند الحديث عن الدول العربية. وجدير بالذكر في أن ترجمة المصطلحات لن تخلو من أي انتقاد ولن تصبح مسلماً بها بصورة تلقائية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

فكرة الإستوبل في القانون الأنجلوسكسوني

القانون الأنجلوسكسوني هو شريعة القانون غير المكتوب والسوابق القضائية، والقانون الانجليزي هو أصل قوانين العائلة الأنجلوسكسونية، فهو يعد النموذج الأصلي والمحتذى به في أنظمة وقوانين هذه العائلة، وإن خولف في بعض المسائل. ودراسة قاعدة عدم التناقض في الشرائع الأنجلوسكسونية تتحقق بدراسة نموذجها الأصلي وهو القانون الانجليزي، والإمام بالتطور التاريخي لهذا القانون من العوامل المهمة في فهم نشأة القاعدة وتطورها، وقد انتقل القانون الإنجليزي القديم² إلى أمريكا الشمالية نتيجة غزو إنجلترا لها في القرن السابع عشر، حيث لم يكن بهذه البلاد قانون أمريكي بالمعنى الدقيق، ولا يقتصر مجال

¹ - انظر: القاضي مهيب معماري، مبدأ الإغلاق (Estoppel) في القانون اللبناني، مجلة التحكيم العالمية، ع.13، س.4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، يناير، 2012، ص.45.

² - "القانون الإنجليزي القديم كان عبارة عن مجموعة من العادات والقواعد القانونية التي كانت تتبعها القبائل الجرمانية في بداية عهدها، تلك القبائل التي هاجر عدد منها في منتصف القرن الرابع عبر البحر إلى إنجلترا، وكان على رأس هذه القبائل الجرمانية المهاجرة، قبيلتنا النجل (angle) وساكسون (saxon)، ولهذا القبائل فضل وضع أسس الفقه الجرمانى في الأراضي البريطانية، ومن هذه الجذور نما جذع الشجرة الضخمة للقانون المسماة Anglican وقد تطعم هذا القانون في وقت لاحق بعد الفتح النورماندي لانجلترا بفقه النورمان وبعض الأفكار الدائريكية الهامة، وهكذا ظهر القانون الأنجلوسكسوني خليطاً من هذه الأنماط المختلفة من الفقه".

للتفصيل أكثر في هذا الشأن، انظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق (دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة اللاتينية - الإسلامية - الأنجلوأمريكية)، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1980، ص.97.

القانون الأنجلوسكسوني على إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية فقط، وإنما يمتد إلى كل البلاد الناطقة باللغة الإنجليزية تقريباً، فيطبق في استراليا والهند وكندا وبعض الدول الأفريقية¹. ليس غريباً التطرق للشيعة الأنجلوسكسونية خصوصاً القانون الإنجليزي، فليس من الفضول في هذا المقام أفراد لها مجالاً في البحث بدافع التأثير مثلاً بكتابات الفقه الأنجلوسكسوني بقدر ما أن السبب الجوهري يعود إلى كونها مسقط رأس الإستوبل وبيئتها الأولى، ولا شك في تجربته هذه فائدة عملية لكثير من الدراسات التي تصب في مصلحة الموضوع لتظهره بمظهره اللائق البعيد عن النقص والغموض، ذلك أن الاستفادة من قواعد أجنبية لا تكون ذات فائدة إذا تم عزلها عن نظامها القانوني ككل إذ لا بد على رجل القانون أن يدرسها في بيئتها، بل أكثر من ذلك يصعب في أغلب الأحيان فهم قاعدة قانونية أجنبية بمعزل عن تاريخ نظامها القانوني، وهذا ما يتجلى واضحاً في القانون الإنجليزي .

المبحث الأول

الاستوبل في القانون الإنجليزي هنا يقال كانت البداية

من التشريعات التي نصت بصفة صريحة على منع التناقض الإجرائي، والتي رصدت له جزاء هو عدم قبول الدعوى أو حتى فحص موضوعها بسبب حالة التناقض هو القانون الإنجليزي فيما يعرف بالإستوبل، والتي تعد من المبادئ الهامة داخل هذا النظام، وتعود كلمة الإستوبل إلى القانون الإنجليزي القديم في وقت كانت لغة القانون فيه هي اللغة النورماندية الفرنسية (Norman-French)²، وقد عبرت هذه الفكرة الحدود إلى إنجلترا كنتيجة طبيعية لواقعة المانش الشهيرة عام

¹-انظر:

W.FRIEDMAN, Legal theory, 4ed. Stevens & sons , London ,UK, 1960, p.466.

أشار إليه ابراهيم الدسوقي، المرجع السابق ، ص.97.

²- " أصل النورمان (أي أهل الشمال) هم الفايكنج Viking ، وأصل كلمة الفايكنج يرجع إلى أهم سكان الفيوردات أو الخلجان التي نعرفها في البلاد الإسكندنافية. وقد أخذت غارات الفايكنج على أوروبا شكلاً خطيراً في القرن التاسع الميلادي. ويرجع أصل الفايكنج إلى عناصر تبتونية جرمانية ظلت على حالتها البدائية إلى أن أجبرتها ظروف الحياة إلى التروح إلى الجنوب. فبدأت بغزو سواحل إنجلترا وفرنسا إلى أن سمح لهم شارل الثالث ملك فرنسا سنة 911م بمقتضى اتفاقية شهيرة بين الطرفين (تسلم بمقتضاها الفايكنج الإقليم الساحلي الممتد من السوم Somme حتى بريتاني، وهي المنطقة التي نسبت إلى الشماليين (أو النورمان) فعرفت منذ ذلك التاريخ باسم نورمانديا أي أرض النورمان وعاصمتها روان بغرب فرنسا. في نفس الوقت استمرت غزوات الفايكنج على إنجلترا الذين بدأوا تسميتهم بالدانيين Danes " .

انظر: سعيد عبد الفتاح عاشور ، أوروبا العصور الوسطى، التاريخ السياسي، ج.1 ، مكتبة الأجلو المصرية، مصر، 2007، ص.226.

1066 مع وليام الفاتح أو النورمانديين في رأي آخر، حيث انتهى العصر الأنجلوسكسوني بدخول النورمان أو رجال الشمال وما حمله الغزاة من التقاليد الفرنسية نتيجة احتكاك النورمانديين بالقوانين الرومانية الفرنسية قبل فتحهم للجزيرة البريطانية¹.

ويكاد يجمع الشراح على أن تاريخ هذا العصر أي العصر النورماندي، هو التاريخ الثابت للقانون الإنجليزي، حيث ترتب على هذا الفتح إدخال نظم ثابتة أساسية في القانون الإنجليزي قامت عليها تطورات العصور اللاحقة².

أشار إليه: برهام محمد عطا الله، النظريات المقتبسة من الفقه الإسلامي في النظام القانوني الأنجلوأمريكي، تأثير الفقه الإسلامي على القانون الإنجليزي، مقال منشور على شبكة الإنترنت اطلع عليه بتاريخ 2017/08/08، على الساعة 16.00، على الموقع الإلكتروني: [www.siiroline.org/alabwab/makalat&mohaderat\(12\)1492.htm](http://www.siiroline.org/alabwab/makalat&mohaderat(12)1492.htm).

".. إلى أن نجح ملك الدانمرك والنرويج كانوت Knut في أن يصبح ملكا على إنجلترا في الفترة من (1016-1035م) ولم يستطع أصحاب الحق في العرش السكسوني الوصول إلى الحكم إلا في 1042 حيث اعتلى إدوارد الثالث المعروف بإدوارد المعترف والمعروف بنقائه وتدينه وتشيده كنيسة وستمنستر التي دشنت في 1065م واعترف به قديسا بعد ذلك لهذا السبب. وكانت أمه Emma تنتمي إلى النورمان الموجودين بغرب فرنسا. وتقول أكثر الروايات: إنه قضى معظم مدة حكمه لدى وليام دوق نورمانديا، الذي أصبح فيما بعد وليام الفاتح وأنه أوصي له أو اتفق معه على أن يرثه وليام في حكم إنجلترا بعد موته. وحين مات إدوارد المعترف، أعلن هارولد الأنجلوسكسوني نفسه ملكا على إنجلترا، فقاد وليام حملة على إنجلترا وهزم فيها هارولد وقتله في معركة حاسمة هي معركة هاستينج Hasting في 14 أكتوبر 1066م وأعلن وليام نفسه ملكا على إنجلترا كلها كوارث للعرش عن طريق وراثته لإدوارد الثالث وليس بطريق الاستيلاء. وبذلك أصبح حاكما لكل من نورمانديا وإنجلترا وبدأ عصر النورمان في إنجلترا. وباعتباره ملكا على إنجلترا فقد توج نفسه في كنيسة وستمنستر في آخر ديسمبر 1066م التي كانت قد دشنت في العام السابق على ذلك أي 1065م"

انظر:

(Claude GAUVARD, Alain DE LIBERA, Michel ZINK, Dictionnaire du Moyen âge, PUF, paris, France 2002, pp.60-61.).

"وظل وليام الفاتح ملكا لإنجلترا ودوقا لنورماندي في نفس الوقت حتى وفاته سنة 1087م. وباعتباره ملكا لإنجلترا كان ملكا مستقلا ولكنه بالنسبة لنورماندي لم يكن سوى دوقا لا بد له من الاعتراف بتبعيته للملك فرنسا — وكانت هذه العلاقة سببا في استمرار المناوشات بين ملك فرنسا ووليام الفاتح ومن تقلد من أولاده أو أحفاده عرش إنجلترا إلى أن تنازل الملك جون (1199-1216م) شقيق ريتشارد قلب الأسد عن دوقية نورماندي وغيرها من المقاطعات الفرنسية التي كانت تحت سلطانه في سنة 1302م، وسمي على أثر ذلك بجون الذي لا يملك أرضا Sans terre". انظر أيضا: برهام محمد عطا الله، النظريات المقتبسة من الفقه الإسلامي في النظام القانوني الأنجلوأمريكي، متاح على الموقع الإلكتروني:

[www.siiroline.org/alabwab/makalat&mohaderat\(12\)1492.htm](http://www.siiroline.org/alabwab/makalat&mohaderat(12)1492.htm).

¹ - انظر:

John CARTWRIGHT, protecting legitimate expectations and estoppels in English law, Report to the XVII international congress of comparative law, Electronic Journal of Comparative Law ,Vol .(10.3) (July 2006). publié sur le site internet :<https://www.ejcl.org/103/art103-6.pdf>, visité le 16/06/2018.

² - انظر: محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1987، ص. 277.

وبسبب هذه العلاقة النورماندية التاريخية كانت اللغة الإنجليزية القانونية تحتوي أكثر من نصفها على مصطلحات فرنسية قديمة قد لا تستخدم الآن في القانون الفرنسي المعاصر ورجوعا إلى كلمة الإستوبل فلقد نشأت تحديدا في القرنين الثاني عشر والثالث عشر وتطورت حتى اتخذت أشكالا عديدة وصورا متنوعة، ونظرا لعدم إمكان ترجمة هذه الكلمة بكلمة مناسبة فإنه يتعين الاحتفاظ بها كما هي¹.

المطلب الأول

الإستوبل قاعدة محض إنجليزية مستقاة من كلمة فرنسية

يجمع الفقه الغربي² على الأصل الفرنسي لمصطلح الإستوبل شأنه في ذلك شأن الكثير من المصطلحات القانونية الإنجليزية³ كنتيجة حتمية لواقعة النورماندي الشهيرة لسنة 1066، ولقد دعا الفقيه (Olivier MORETEAU)⁴ إلى عدم تكبد عناء البحث في أصول الكلمة أو ترجمتها لكونها قاعدة محض إنجليزية مستقاة من كلمة فرنسية⁵.

وإذا أردنا فهم القانون الإنجليزي، فيجب أن لانغفل عن أهمية الإجراءات أو القواعد الإجرائية في هذا القانون وسبقها على القواعد الموضوعية، وقد كتب الفقيه روني دافيد أن القانون الأنجلوسكسوني يختلف عن القانون اللاتيني من حيث الحلول التي يكرسها كل منهما:

¹-انظر: محمد عبد الخالق عمر، عناصر الدفع بالشئ المقضي به في القانون الإنجليزي، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، ع. 1، س. 43، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، مارس، 1973، ص. 99.

²- انظر:

J. DARGENT, Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve : La doctrine de l'estoppel, Thèse. Grenoble, Tourcoing Imp. G. Frères, France, 1943, p. 232.

وانظر أيضا:

Bénédicte FAUVARQUE COSSON, L'estoppel du droit anglais, In l'interdiction de se contredire actes du Colloque organisé par le centre de droit des affaires et de gestion de l'université Paris 5 , Economica, France, 2000, pp. 3-4.

³-انظر في تفصيل ذلك:

F.POLLOCK et F.W. Maitland, The history of English law before the time of Edward1, T.1, Cambridge, UK, 1985, pp.15-16.

⁴-انظر:

Olivier MORETEAU , L'estoppel et la protection de la confiance légitime :Eléments d'un renouveau du droit de la responsabilité(droit anglais et droit français), Thèse de doctorat, Lyon, France, 1990, p.34 et S.

⁵-انظر أيضا:

O.MORETEAU, (avec le concours de Stewart NEWCOMBE, André TUNC), Droit anglais des affaires, 1éd. , (DOLLOZ-DELTA), Paris, France, 2000, p.113.

"رجال قانون القارة الأوروبية (النظام اللاتيني) يعتبرون القانون كمجموعة القواعد التي تحدد من ناحية الموضوع الحلول الواجب اتخاذها بالنسبة للمسائل المتعلقة بها، عكس ذلك بالنسبة لرجل القانون الإنجليزي القانون هو مجموعة القواعد الإجرائية بإتباعها يفترض أن يعطي القضاة حلولاً عادلة للمسائل المطروحة أمامهم..."¹. ومن المعروف أن القانون الإنجليزي تطور تطوراً ذاتياً، لم يتأثر فيه إلا بمقدار ضئيل بالاتصال بالقوانين الأوروبية، فهو قانون قضائي يأخذ بمبدأ السابقة القضائية²، ولذلك دراسة تاريخ القانون الإنجليزي³ هي دراسة للقضاء الإنجليزي، والنظام القضائي الإنجليزي هو من أشار إلى فكرة الإستوبل كمصطلح قانوني بحث إلى أن وصل إلى ما هو عليه الآن في معظم قوانين الدول.

ويعتبر الإستوبل نظرية قضائية خالصة، فالقضاء هو الذي أخرج هذه النظرية إلى حيز النور حيث لا يوجد نص في القانون الإنجليزي ينظم الإستوبل، وإن كل ما قيل بصدد الإستوبل في القانون الإنجليزي يعتمد على السوابق القضائية.

الفرع الأول

المقصود بمفردة الإستوبل

إن التعرض لتحديد المقصود من الإستوبل، يقتضي بالضرورة البحث عن تعريف للإستوبل في اللغة كما في الاصطلاح، ومن المعروف أن مسألة وضع تعريف جامع مانع كما يقال من

¹ - انظر:

René DAVID, Le droit comparé : Droits d'hier, droits de demain, Economica, Paris, France, 1982, p.195.

² - "حيث تقرر المحاكم الإنجليزية القاعدة الواجبة الأعمال على ضوء ظروف كل نزاع، وذلك بالاستعانة بالأحكام السابقة الصادرة في مسائل مماثلة أو مشابهة. وعند إصدار الأحكام فإن القضاة يبدون آراءهم استناداً إلى حجج وأسس مستفيضة، وتتضاعف الأحكام بالتالي أعداد القواعد القانونية لتشكّل النظام القانوني الإنجليزي، إن أصالة هذا القانون تتمثل في أنه تجاوز الأعراف القديمة البالية وانطلق نحو تطوير مبادئه لتواكب المعطيات المعاصرة بل خطأ خطوة نحو التشريع في بعض المجالات المحدودة بإصدار قوانين مكتوبة، ولكن دون الوقوع في حالة الإسراف التشريعي الذي تتسم به الشريعة الرومانية الجرمانية".

انظر في هذا الشأن: محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص.203.

³ - "وقد تطور القانون الإنجليزي، حتى وصل إلى صورته الحالية، على مراحل عديدة وهي:

I- مرحلة الأجلوسكسون السابقة على الغزو النورماندي لاجلثرا الذي حدث سنة 1066 م

II- مرحلة تكون القانون الأصلي أو العام common law بعد الغزو النورماندي في سنة 1066 وحتى سنة 1485.

III- مرحلة ازدهار القانون الأصلي وظهور قانون العدالة (Equity law) مطوراً ومكملاً له من سنة 1485 حتى 1832.

IV- المرحلة الحديثة والمعاصرة والتي بدأت سنة 1832.

انظر: محمد نصر محمد، علم القانون والقضاء المقارن، ط.1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013، ص.36

الأمر الصعبة، ويزداد الأمر صعوبة كلما أوغل المفهوم النظري المراد تعريفه أو الوقوف على ماهيته عمقا وتجريدا.

أولا: تعريف الاستوبل في اللغة.

اختلف شراح القانون في أصل القاعدة، ولكن غالبيتهم يذهب إلى أنها تعود إلى كلمة فرنسية قديمة، وهي مستقاة من الكلمة اللاتينية «*stuppa*»، والمعروفة يونانيا بـ «*stuppe*»، وألمانيا «*stoppan*» مقتبسة من الكلمة الفرنسية القديمة «*estoupe*» والتي استبدلت في القرن التاسع عشر بكلمة «*etoupe*»¹، وهي تعني الجزء الأكثر خشونة من المشاقة بضم الميم وفتح حرف الشين، والمشاقة ما سقط من الكتان ونحوه بعد مشقه بالمشقة، والمشقة شيء كالمشط لمشق الكتان ونحوه، وامتشق، مشق، مشقا الكتان، أي جذبه في المشقة حتى يخلص خالصه وتبقى مشاقته كما يقال امتشق الحسام أي السيف ليستعمله². وتستخدم بمعنى المنع، الإغلاق، إيقاف الشيء والحيلولة دونه «*interdir, fermer, empêcher*»، وتعني صمام أو سدادة «*Bouchon*»، و«*garnier d'étoupe ou étouper*»³، و«*boucher avec de l'étoupe*» ، وتبرز في عبارات فرنسية مثل سد الأذن «*s'étouper les oreilles*»، أو سد ثقب البرميل «*étouper un bateau*» وكذلك⁴ «*étouper les fentes d'un tonneau pour obstruer une fuite*».

ويراد باستعمال الإستوبل بالمعنى المجازي في سياق الخصومة المدنية وضع الشخص الشكيمة⁵ على شفاه الخصم «*mettre un baillon pour boucher les lèvres de son*

¹-انظر:

Marie –Christine CAUCHY PSAUME, L'estoppel by representation :Etude comparative de droit privé Français et Anglais, thèse de doctorat , Discipline droit privé, Faculté « JEAN MONNET » à SCEAUX , Université Paris sud XI, France, 1999, p.15.

²- انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2010، ص ص.10-11 نقلا عن قاموس المنجد في اللغة والإعلام، ط.26، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1960.

³-انظر:

Alexis ALBARIAN, Les 100 mots du droit anglais : Les 100 notions fondamentales du droit anglais à l'épreuve du droit français, Coll. Lamy/ Axe DROIT, 04/2013 , p.267 :

« Boucher avec de l'étoupe Qui veut dire clore, fermer ou , au sens figuré empêcher ».

⁴-انظر:

Marie –Christine CAUCHY PSAUME, ibid, p.14.

⁵-انظر: الهيبي نعمان عطا الله، المرجع السابق، ص.403.

« **adversaire**، بمعنى منعه من الكلام الذي يتناقض بصفة واضحة مع سلوكات معينة في سياق الخصومة القضائية¹.

فالإستوبل وسيلة دفاع ترمي إلى منع فحص ادعاء المدعي، والتي يستخدمها المدافع أو الخصم أثناء سير الخصومة، ويشبهها البعض بالسدة في فم الخصم بهدف إسكاته ومنعه من الإدعاء بمزاعم ترد متناقضة تناقضا واضحا مع وقائع ثابتة التي لا تقبل التناقض في الحقيقة، فكلمة إستوبل إذن تفيد أو تعبر عن قاعدة إجرائية تطبق في سياق المنازعة القضائية لمنع التناقض في الأقوال والأفعال بإجماع المجامع القانونية والتعريفات الفقهية.

ويشار إلى أن لمصطلح (**Estoppel**) مرادفات أخرى في الإنجليزية والعربية أيضاً، فالكلمة (**clash**) تعني التناقض والتنافر، والكلمة (**Contradiction**) التي تعني المخالفة والتناقض والمعارضة، والكلمة (**Contrary**) تعني مناقض ومعاكس، والكلمة (**Contrast**) تعني التضاد والاختلاف والتناقض والتباين²، وكل ذلك مما يمنع ويغلق قانوناً (**Préclusion**) لو حصل في السلوك.

ثانياً: تعريف الإستوبل في الإصطلاح

على أية حال لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، ويرتكز على استنتاج موقف سابق (الوصف **représentation**) أخذ في الاعتبار (مسند إليه **reliance**) من قبل الطرف الآخر³، في تحديد المقصود من الإستوبل كانت هناك تصورات عديدة لا تختلف في جوهرها ومضمونها، والتي تنادي بعدم السماح للشخص بأن يعصف بكل شيء أن يؤكد في آن واحد، ما ينكره على الطرف الآخر.

¹ - انظر:

Comme l'a relevé Jean DARGENT dans sa thèse relative à l'estoppel:

« De même qu'on utilise un tampon d'étope pour obstruer une voie d'eau, ainsi le plaideur emploie-t-il le moyen de l'estoppel au cours d'un procès judiciaire, comme il mettrait un bâillon aux lèvres de son adversaire, pour lui interdire péremptoirement d'alléguer telle prétention qui serait en contradiction flagrante avec certains faits ». J.DARGENT, th.cit, p.232.

² - انظر: رشيد مجيد محمد الربيعي، نظرية عدم التناقض في القانون الدولي العام، مجلة قضايا سياسية، كلية العلوم السياسية، جامعة النهرين، مج.2، ع.5 و6، ديسمبر 2016، ص.106، متاح على شبكة المعلومات العالمية، اطلع عليه بتاريخ 2018/04/12، على الساعة 14.30، على الموقع الإلكتروني: <https://pol.nahrainuniv.edu.iq/wp-content/uploads/2016/12/>، العددان 5-6،

³ - انظر: القاضي مهيب المعماري، المرجع السابق، ص.45.

ويذكر الفقيه الفاروقي في معجمه القانوني¹، أن مصطلح (Estoppel) لا يخرج عن معنى الكلمتين الإغلاق، أو الإيقاف، إذ يفيد الإغلاق أو الإيقاف عن السير في تصرف أو سلوك، ويضيف على أن معناه القانوني يذهب إلى أبعد من ذلك، ويمكن تفسيره بالإغلاق الحكمي أو الحجة المغلقة أو الموصدة، لأنها تغلق دون الشخص باب الرجوع فيما قال أو فعل، وتجعل من قوله أو فعله حجة عليه، كما يمكن تفسيره أيضا بالحجة القاصرة (على صاحبها) أو الحد المانع.

ولقد عرف قاموس مصطلحات القانون الدولي الإستوبل بأنه: "مصطلح إجرائي مستعار من اللغة الإنجليزية، ويعني دفعا قاطعا يوجه لأحد أطراف الخصومة في حالة اتخاذه موقفا يتعارض، إما مع ما سبق وأن قبله صراحة أو ضمنا، أو مع مطالبه في نفس الخصومة"².

وعليه تعد قاعدة الإستوبل تعبيراً عن مبدأ مانع يفيد الإغلاق للتناقض³، لذلك يسمى أيضا بمبدأ عدم التناقض، حيث لا يسمح من شخص نقض دعواه السابقة ولذلك يقال أن من يدعي العكس أو النقيض لا يسمع، وأن إبداء التناقض غير مسموع⁴، فالكلام المتناقض ينفي بعضه بعضا، وقاعدة الإغلاق تفيد أن لا يكون في الدعوى أو في الدليل الذي يقدمه الشخص تعارض واضح، أو أن يكون بعض كلامه ينقض بعضه الآخر، فإذا كان كذلك كان كلامه ساقطا وفكرته لاغية⁵.

¹-انظر: حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، ط.5، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1980، ص.277.

²- انظر:

Jules BASDEVANT, Dictionnaire de la terminologie du droit international, Union Académique du droit international, Sirey, Paris, France, 1960, p.263

³-انظر:

VANDERLINDEN J ; SNOW G ;POIRIER D ;La Common Law de A à Z, Y.BLAIS ET BRUYLANT, 2010, v. Préclusion , cité par :

O. MORETEAU, Le développement historique de la règle de l'estoppel , Revue de la Common Law en français , Vol.7,2005, p.189 .

⁴-انظر: رشيد مجيد محمد الربيعي، قاعدة عدم التناقض في القانون الدولي، مجلة قضايا سياسية ، ع.5 و6، كلية العلوم السياسية، جامعة النهرين،

بغداد، العراق، 2004، ص.106

⁵-انظر:

DANIEL H, The clayton Act and offensive collateral estoppels in antitrust damages action , the Yale law journal, Vol.85,1976, p.548.

أشار إليه هادي نعيم المالكي، المرجع السابق ، ص.125.

فالإستوبل إذن بمعناه الواسع يمنع الخصم أو أي شخص آخر من إنكار أو التمسك بشيء مخالف لما أصبح يمثل من الوجهة القانونية أنه الحقيقة، إما بسبب قرار من السلطة القضائية، أو بسبب أفعاله أو أقواله، أو سند محرر من قبله، أو أية تصرفات أخرى صريحة أو ضمنية.

ووفقا لما ورد على لسان القاضي الإنجليزي اللورد (COKE)¹:

"إن كلمة (Estoppe) مشتقة من المفردة الفرنسية (Estoupe) وتعني الإغلاق، لأن فعل المرء ذاته أو قبوله أو إقراره يغلق أو يسد فمه عن الإنكار أو الادعاء أو المطالبة بالحق، وهو غلق فم الشخص عن الادعاء بشيء معين، فلا يحق لأي طرف المنازعة فيه أو عرضه ثانية على المحكمة طالما أن الحكم أو القرار لم ينقض، وعندما يتفق طرفان بسند مكتوب أو عرفا على شيء معين ويعملان وفق ذلك، لا يحق لأي منهما فيما بعد إنكار أو نفي ما اتفقا عليه ولا تسمع دعواهما".
ويمكن القول بأنه يوجد إستوبل عندما لايقبل من الشخص رفع دعوى أو إثبات شيء بالمناقضة لما سبق وأن قرره القضاء ضده، أو ما سبق وأن أثبتته الشخص نفسه، بغض النظر عن مطابقته للحقيقة من عدمه.

فالمبدأ يرمي بوجه عام إلى منع الخصم أو أي شخص آخر من المنازعة في صحة الوقائع التي كانت محلا لقرار قضائي صدر ضده بالفعل، عن طريق الإدعاء بما يتناقض مع هذه الوقائع، وفي نفس الوقت منع الشخص الذي صدر منه قول أو فعل من الادعاء بما يخالف قوله أو فعله، أو تقديم أدلة لإنكاره، عن طريق المنازعة فيه مرة أخرى بادعاء يتناقض مع ما سبق وأن قرره².

وبعبارة أخرى هو مانع قانوني يمنع الشخص من مناقضة نفسه ووظيفته تتماشى مع آلية عدم القبول أو عدم سماع الدعوى³، وبالتالي يمكن القول بأن المبدأ يهدف إلى التأكيد على حقيقة الوقائع الثابتة في وجودها وصحتها، والتي تعد قاطعة في ترتيب نتائجها عليها بما يقطع بصلاحياتها في كل مرة ترفع فيها هذه المسألة طيلة سير الخصومة، ويترتب على ذلك تأمين وحماية الواقع

¹-انظر:

Sir Edward COKE ,Sir Thomas LITTLETON , Thomas Coventry , A readable edition of Coke Upon Littleton , Sanders and Benning Law booksellers, London ,UK, 1830, p.352.

أشار إليه صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.112.

²- انظر:رمضان إبراهيم علام، المرجع السابق، ص.94.

³-انظر:

O.MORETEAU, Droit anglais des affaires, op.cit, n° 185, p. 113.

القانوني¹، فضلا عن كون الإستوبل وسيلة دفاعية محضة تركز على العدل والإنصاف، وتهدف إلى تهذيب أو تصويب السلوكيات الإجرائية للخصوم من خلال منع التعارض الذي يترتب عنه ضرر للآخرين²،

بمعنى أن الإستوبل تعد حظرا أو قيادا على الخصوم من الإدعاء بدعاوى ظالمة أو جائرة أو تتناقض مع السلوك والنظام القانوني³.

ولا تقتصر الإستوبل كآلية داخل القانون الإنجليزي على صورة واحدة بل تشمل صورا عديدة ولكل منها نظامها وقواعدها الخاصة وهو ما سوف يتم استعراضه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

تعدد صور الإستوبل في القانون الإنجليزي

إن مصطلح الإستوبل، كما وصفه البعض من الفقه الفرنسي⁴ مصطلح غامض ومتعدد الأشكال في القانون الإنجلوسكسوني، نتيجة عدم وجود تعريف محدد وموحد للإستوبل في الأنظمة الأنجلوسكسونية، وحتى داخل النظام الإنجليزي نفسه، ذلك أن قاعدة الإستوبل ليست واحدة، وإنما متنوعة في أشكالها وصورها.

ومرت قاعدة الإستوبل بمحطات عديدة أولها في مجال الإثبات قبل أن تنتقل إلى التحكيم وقانون العقود.

أولا: الإستوبل البدائية في القانون الإنجليزي (les estoppels prémitifs).

ترتبط نشأة الإستوبل الأولى في النظام الإنجليزي بالمنحى القضائي في معالجة حالة التناقض على اختلاف أنواع المحاكم ودرجاتها، وتطور نظام الإثبات المعمول به منذ سنين ماضية، اتسم

¹-انظر:

J.DARGENT, th.cit, p.5

أشار إليه رمضان ابراهيم علام ، المرجع السابق، ص.95.

²- انظر:

Horatia MUIR WATT, pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français, l'internationalisation du droit, mélanges sur l'honneur de Yvon Loussouarn, éd. Dalloz, 1994, p.303.

³- انظر: رمضان ابراهيم علام ، المرجع نفسه، ص.95.

⁴-انظر:

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, L'estoppel, concept étrange et pénétrant, RDC , du 01/10/2006 , n°4 , p. 1279.

بطابع الصرامة والغلو في الشكلية¹، وكان يقتصر على حلف اليمين، واستعانة الشخص بالأهل أو الجيران لأداء القسم معه على رفع دعواه أو دفاعه، أما نظام الشهادة فلم يكن أمام المدعى عليه سوى نفي ما اتهم به والتلفظ بعبارات تفيد ذلك، وغالبا لم تكن المحكمة تكتفي بالقسم لتبرئة المدعى عليه بل كانت تلجأ إلى استخدام وسائل قاسية أكثر من اليمين في الإثبات²، كالإمسك بحديد ملتهب أو المشي على حديد محترق، أو بوضع اليد في ماء مغلي، أو عبر نظام المبارزة³.

وفي ظل ما ساد من الشكلية بأقصى صورها من جهة والميل التدريجي نحو الموضوعية برز الإثبات عبر التدوين ومن هنا ظهرت أولى أشكال الإستوبل.

1- الإستوبل التدويني أو الإستوبل بموجب السجل.

وهو أولى أشكال الإستوبل وتعرف بـ:

(**Estoppel by record**)، (**je me souviens**) (**dérivé du latin recordor**)، ويقصد به التدوين بالتسجيل والحفظ، فيقال دون تدوينا أي سجل وحفظ، ويعود ظهور أولى التدوينات لنشاط المحكمة الملكية (**curia regis**) المعتمدة منذ عهد الملك هنري الأول (1100-1135م)، أما عن وظيفتها فكان كل من ينازع في مضمون أي عقد أو حكم صادر عن المحكمة الملكية، يطلب الطرف ذو العلاقة تثبيت ما توصلوا له في قرارهم عبر الإشهاد والإقرار، بحيث يتم اللجوء إلى التدوينات بوصفها مصدرا هاما للتحقيق والتمحيص في سلامة ومصداقية القرار الفاصل⁴.

وكانت المحكمة لفترة طويلة لا تملك أرشيف مكتوب، فكان القضاة يعتمدون فقط على تقديم إثبات شفهي مبني على ذاكرتهم، وما حفظوه من أحكام سبق إصدارها في قضايا سابقة. استمر الوضع إلى غاية المنتصف الأول للقرن الثاني عشر، حيث بدأ التسجيل الكتابي لمجريات المحاكمات وقراراتها دون أن يكون لها صبغة رسمية، فكانت بمثابة عنصر مساعد للقاضي

¹-انظر:

Antoine MARTIN, L'Estoppel en droit international public(Précédé d'un aperçu de la théorie de l'Estoppel en droit Anglais, éd. A. Pedone , paris, France, 1979 , p.09.

²-انظر:

O.MORETEAU, le développement historique de la règle de l'estoppel, art. préc, p.189 .

³-انظر: نورمان. ف. كانتور، التاريخ الوسيط، قصة حضارة البداية والنهاية، ترجمة وتعليق قاسم عبده قاسم، القسم الأول، ط.5، عين للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية، القاهرة، مصر، 1997، ص.155.

⁴-انظر:

J.DARGENT, th.cit, p.13.

للتذكير بما سبق وأصدرت المحكمة من أحكام وعالجت من قضايا، بحسب ما يدونه كل قاضي من ملاحظات خاصة بمعطيات النزاع المثار أمامه.

وبداية من منتصف القرن الثالث عشر اعتمد نظام الأرشفة الرسمية الموحد لتدوينات المحكمة الملكية، وتسجل عليها المعلومات بشكل دقيق، وتظهر خصوصية تدوينات المحاكم الملكية بعدم قابليتها للنقض والمنازعة بشأنها، لكونها صادرة عن محكمة ملكية أي باسم الملك وفي حضرته، فمن الصعوبة دحض ما تتضمنه أو ما يصدر عنها من قرارات وأحكام بخلاف سائر المحاكم، أي المحاكم المحلية ومحاكم النبلاء¹.

وانطلاقاً من هذه المعطيات التاريخية أضحى عبارة محكمة التدوين سمة لصيقة بالمحاكم التي لا تقبل تدويناتها الدحض، ويمكن رد سبب خصوصية أو تميز تدويناتها بهذه السمة لكونها ممهورة بالختم الملكي، مما يصعب عليها المصادقية الشديدة التي تفرض احترامها وتقديسها.

وقد أكد Bracton، وكان يشغل منصب قاضي في محكمة منصة الملك "هنري الثالث" وهو المؤسس لعلم القانون في إنجلترا²، التشديد على أهمية طابعها الرسمي في منحها درجة من الثقة والحقيقة. وكل من كان يحاول المنازعة في مضمون تدوين المحكمة الملكية يواجه بالإستوبل أي بعدم قابليتها للنقض والدحض ونشأت بذلك أولى أشكال الاستوبل.

2- الإستوبل بموجب السند أو العقد (Estoppel by deed).

كانت تتناول كل عمل أو تصرف ثابت كتابة ومصدق عليه (seal) بالإمضاء أو الختم³، قد يكون ملزماً لجانب واحد، وقد يكون ملزماً للجانبين، كالعقود الرسمية ومن شروط صحته توقيع وختم الأطراف فيما يعرف بـ (delivery)، وهو إجراء شكلي يعرب من خلاله الأطراف عن نيتهم في وضعه موضع التنفيذ، فهو إعلان مكتوب يدرج في أسفل الصك وذلك بإضافة عبارة (I deliver)، (this as my own act and deed) أو (a deed must be signed sealed and) (delivered)⁴.

¹-انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.80.

²-انظر: محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المرجع السابق، ص.287.

³-انظر: رمضان ابراهيم علام، المرجع السابق، ص.97.

⁴-انظر:

وهذه الشكلية في تنظيم العقود المعاصرة لمرحلة التدوين كانت شائعة في اتفاقات الأراضي كعقود نقل الملكية والعقود المنشئة للرهن العقاري، وعلى غرار التدوينات كانت الصكوك تخضع لقواعد الشكلية بحيث يتم تدوين الوقائع بدقة متناهية. الشيء الذي كان يكسبها قوة رسمية مطلقة يصعب دحضها، غير أن التطور في مراحل استخدام الصك أدى إلى ندرة اللجوء إلى الختم في التعاملات، مما جعله قاصرا على ختم الملك وحده، ثم اتسعت في القرن الثاني عشر حيازة الختم لتشمل الكونت والأساقفة والشريف، ولكل ختمه الخاص به¹.

أما في القرن التاسع عشر، شاعت حيازة الختم وأصبح لكل شخص حر ختمه الشخصي بمهره على العقود التي يجريها لتثبيت أنه طرف في العقد، فضلا عن ختم الشريف أو نبيل من نبلاء المقاطعة ليعطيها طابع المصدقية والقوة الثبوتية على التصرف القانوني المنجز، وهذا ما استتبع شيوع (Estoppel by deed) كوسيلة إثبات لدحض ادعاءات أو المنازعة في صحة العقود فوجدت صورة ثانية للإستوبل حيث لا يجوز للخصم أن ينكر مضمون عقد أو سند اعترف به².

وفيما يخص (estoppel by deed) بعدما كان قاصرا على العقود الرسمية أو المختومة أضحى أعماله يتعداها إلى كل تصريح أو إعلان مكتوب لم تراخ فيه المعايير الشكلية حيث لم تعد القوة الثبوتية والقرينة المطلقة للحقيقة متعلقة بالشكل الخارجي للعقد بل بما يتعلق بمضمونه³.

3- الإستوبل في مسائل البلد **Estoppel by matter in Pais**.

وهي التصرفات التي تتناول أموالا غير منقول، وأطلقت على مجمل هذه العقود تسمية (Matter in Pais⁴)، (matières ou actes dans le pays) لأنها تبرم في موقع العقار مضمون العقد أمام سائر سكان البلاد من الجيران والناس، مما يساعد على اللجوء إلى شهادتهم في حال لم يكونوا أطرافا في مثل هذه العقود عند المنازعة بمضمونها أو بوقائعها، وحتى وإن كانت تصرفات عرفية، وعليه يصعب دحض معطيات العقد نظرا للمصدقية التي اكتسبها، وهذا هو الشكل الثالث للإستوبل.

¹-انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.81.

²-انظر:

Antoine MARTIN , op.cit, p.11.

³-انظر:

J. DARGENT , th. cit .p.21.

⁴-انظر:

Antoine MARTIN, ibd, p.11-12.

إن ظهور الاستوبل بهذه الصور الأولى، لم يترتب عليه تحول جذري في نظام الإجراءات المتبع بل جل ما قدمه هو عنصر إثبات جديد، ويتمثل في تعديل القدرة على إنكار المعطيات المتوافرة في التدوينات (records)، أو الموثقة في الصكوك (deeds)، أو المثبتة من قبل سكان البلاد (matter in pais)، وعلى الرغم مما تضيفه هذه الأخيرة من قوة الحقيقة المطلقة، إلا أنها في أحيان أخرى تحول دون دحض بعض من الوقائع التي لا أساس حقيقي لحصولها من الناحية الفعلية، مما يترتب عليه نوع من الظلم يترك آثاراً على مفهوم ودور الإستوبل في فض المنازعات القانونية المثارة، وهو جعلها تتعرض لنقد حاد من جانب الفقه في القرنين الثامن والتاسع عشر، وقد وصل الأمر إلى حد وصفها بالبغيضة لاستبعادها الحقيقة واعتمادها على الشكلية المفرطة والمبالغ فيها¹.

ورافق ذلك التطور الذي مس المجتمع الإنجليزي واتساع دور محاكم العدالة أين برز مبدأ العدالة «Equity» إلى جانب القانون العمومي commun law، إضافة إلى ظهور مستجدات في المعطيات القانونية التي ساهمت في تهذيب العديد من النظريات والمفاهيم، الشيء الذي ساهم في ظهور أشكال جديدة ومتطورة للإستوبل.

ثانياً: الإستوبل المستجدة في قانون العدالة (Equity Law).

في القرن الثالث عشر، بدأ مجلس اللوردات الذي وجد بجانب الملك لدواعي استشارية في أمور الدولة، ينظر في الدعاوى المدنية التي ترفع إلى الملك، ولم يكن له في البدء سلطة قضائية بل تركت هذه السلطة لمحاكم القانون العمومي، ثم انتهى الأمر بتأليف محكمة يرأسها هذا المستشار وتسمى بمحكمة الضمير (Court of conscience)، يلجأ إليها الأطراف خشية من الأحكام الظالمة التي تصدر في دعواهم من المحاكم الملكية².

والمستشار يختاره الملك من كبار رجال القانون، وهو شخصية سامية والمتعاون الأول مع الملك، إذ كان يدعى حافظ ضمير الملك، حيث كان له دور مهم في مجلس الملك أين كانت تبحث دعاوى المتقاضين، ولم يلبث الأمر أن تطور بعد ذلك بشيوع محاكم المستشارية (chancery Courts)، وهكذا تكونت نتيجة دور محكمة المستشار مجموعة كاملة من الإجراءات

¹-انظر:

Olivier MORETEAU, L'estoppel et la protection de la confiance légitime, th.cit, p.34.

²- انظر: هادي نعيم المالكي، قاعدة الإغلاق في القانون الدولي، المرجع السابق، ص.127.

والمبادئ القانونية أصبحت قانونا يعرف بقانون العدالة¹، والذي برز كمنظومة قانونية مستقلة إلى جانب القانون العام .

وكان طبيعيا لهذا السبب أن يثور التنافس بين المنظومتين، منظمة القانون العمومي ومنظومة العدالة، واستمر كذلك لمدة نحو قرنين ووصل إلى حد الصراع السياسي في بعض الأحيان، إذ بينما حاول قضاة القانون العمومي الهيمنة بمبادئهم الراسخة على قضاة محاكم العدالة، حاول الآخرون أيضا فرض مبادئهم بما تتسم من مرونة لإيقاف تنفيذ بعض الأحكام الصادرة من محاكم القانون العمومي أو المشترك.

وعندما استفحل الخلاف بين الجانبين، تدخل البرلمان وحسم الأمر بإصدار قوانين القضاء عامي 1873 و1875م (**The judicature acts**) التي ألغت هذه الازدواجية، وانتظمت الجهتان تحت محكمة عليا واحدة تطبق مبادئ القانون العمومي ومبادئ العدالة على أن تكون الغلبة في حالة الاختلاف لقواعد العدالة، مع ذلك استمرت كل من الجهتين متشبته بمبادئها نظرا لأن قوانين القضاء لم تتناول إلا الجانب الإداري، ولهذا قيل تصويرا لهذا الوضع ، "التقى النهران ويجريان الآن في مجرى واحد لكن مياههما لا تختلطان"².

وشيئا فشيئا تم التخلص من سيطرة الإجراءات والشكليات، واتجه الاهتمام ليس بشكل وصياغة الدعوى، وإنما بموضوع وجوهر الحق الذي تستند إليه، وفي ظل هذا التحول التدريجي من الشكل نحو المضمون، تم تطوير الإستوبل وتهدئتها فاتخذت مفاهيم وأشكال جديدة محافظة على جذورها الإجرائية الأولية³.

وعلى أية حال بالنسبة للإستوبل بالتدوين (**Estoppel by record**) أصبحت تسمى (**Estoppel by res judicata**) ، وهي تعني كل طرف في حكم ما لا يمكنه إثارة ما سبق له وأن

¹-انظر: محمد حسين منصور، القانون المقارن ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر ، 2010، ص.205.

²- انظر:

Walter ASHBURNER, Denis BROWNE, Principles of Equity, 2nd ed. Butterworth, London, UK, 1933, p.180.

أشار إليه: علي حامد الحضار، العدالة في العقود، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في مصر والعالم الغربي، ط.1، الناشران (دار الكتاب المصري-القاهرة، دار الكتاب اللبناني-بيروت)، 2016/2017، ص.58.

³-انظر:

Antoine MARTIN, op.cit, p.12.

ادعى به في دعوى ثابتة، وهذا يعني أن هذا النوع شبيه بحجية الأمر المقضي، بحيث ما كان محلا لقرار قضائي لا يمكن إعادته للتزاع مرة أخرى فيما يخص ما فصل فيه هذا القرار¹.

أما بالنسبة (**estoppel by matter in pais**) هذه الأخيرة بتأثير من مبادئ العدالة امتد إعمالها إلى تعاملات الأموال المنقولة بعدما كانت مقتصرة على الأموال الغير منقولة، كما أصبحت (**Estoppel by deed**) تشمل كل تعبير أو إعلان عن الإرادة المجرد من أي شروط شكلية، و كذا كل تصوير لوقائع يفيد الاستنتاج المنطقي بمطابقته مع الحقيقة والواقع، فقد اعتبر صحيحا وعادلا في ظروف معينة حرمان أصحاب هذه التصرفات من إنكار حقيقتها لأن لديها قوة ثبوتية مطلقة.

تم تحوير هاتان الصورتان في ظل محاكم العدالة وسميت **Estoppel by representation** والتي كان لها تأثير على إستوبل القانون العمومي أو كما يسمى القانون المشترك (**common law**) بصفة عامة، وأخذت مكانة أساسية في القانون الانجليزي؛ وستشكل في ظل قانون العدالة مبدأ عاما للإستوبل²، ولذلك يجب التعرض إليها بشيء من الدقة، وبذلك نقصر الحديث عن الصورتين الرئيسيتين للإستوبل في شكلها الحديث.

1- الإستوبل بموجب حكم قضائي (**Estoppel by res Judicata**) :

كان يطلق على هذا النوع من الإستوبل بناء على سجل الحكم (**Estoppel by record**)، ولكن تطور القانون الانجليزي في الأزمنة اللاحقة نحو التخلص من الشكليات، جعل هذه التسمية غير دقيقة وخاطئة. ولم يعد هناك شرط لوجود سجل للحكم، وإنما يجب أن يوجد حكم قضائي نهائي، بغض النظر عن كون المحكمة التي أصدرت الحكم ملزمة بمقتضى القانون أو العرف أن تسجل أحكامها في سجلات خاصة³، ولم يبق قاصرا على تدوينات المحاكم الملكية بل أصبح شاملا حتى المحاكم غير التدوينية، كما امتد إعماله إلى قرارات التحكيم فضلا عن الأحكام الأجنبية المطبقة داخل الأراضي الانجليزية⁴، وفي ظل هذا التطور أصبحت هذه الصورة من الإستوبل تعرف حديثا بـ **Estoppel By rem Judicatum** أو **Estoppel by res Judicata**⁵.

¹ - انظر: رمضان غلام إبراهيم، المرجع السابق، ص.97.

² - انظر:

-Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, L'estoppel du droit anglais, art. préc, p.07.

³ - انظر: محمد عبد الخالق عمر، عناصر الدفع بالشيء المقضي في القانون الإنجليزي، المرجع السابق، ص.100.

⁴ - انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.83.

⁵ - انظر:

سيتم التعرض فيما يلي للمعنى القانوني للقاعدة وشروط الدفع بها :

أ- المعنى القانوني للإستوبل بحكم قضائي (Estoppel by res Judicata):

هي تعني باللغة القانونية العربية الدفع بحجية الشيء المقضي فيه التي تثبت للأحكام أو لحجية المسألة المتنازع عليها بحيث يتمتع على أطراف الدعوى العودة إلى النزاع فيما تقرر فيها¹، وهذا النوع يختلف عن باقي أنواع الإستوبل لأنها جاءت بسبب حكم قضائي وليس بسبب ما قاله أو فعله أو سكت عنه الشخص، وهذه القاعدة تحكمها قواعد واعتبارات تختلف عن القواعد والشروط والاعتبارات المطبقة على باقي أنواع الإستوبل².

وهي تمنع أطراف حكم ما من معاودة إثارة النزاع من جديد والادعاء به مرة أخرى، حيث يكون لحكم المحكمة حجية الأمر المقضي به بالنسبة لأطراف الخصومة، ويتعداه إلى كل من يتصل بأطراف الخصومة، وهذا ما يعادل الدفع بعدم القبول كما هو معروف في القانونين الفرنسي والمصري.

ونشأت هذه القاعدة كوسيلة لمنع ظلم أطراف قضية يفترض أنها انتهت تجنباً لضياح وقت وجهد النظام القضائي في البلاد³.

وقرر اللورد ديبلوك (Diplock) في ذلك بأن: "أية محكمة يجب أن تمتلك سلطة لمنع التعسف في استخدام الإجراءات بشكل قد يبدو غير عادل لأحد الأطراف، أو قد تسيء إلى سمعة القضاء أمام الناس، رغم أن هذه الإجراءات قد لا تخالف التطبيق الحرفي لقواعد العمل بهذه الإجراءات، لكنها قد تشوه سمعة إدارة العدالة بين أوساط الناس"⁴، والدفع بالحجية في القانون

Antoine Martin, op.cit, p.13.

¹-انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012، ص.58.

²- انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.303.

³-انظر:

Lancelot FIELDING EVERES, Edmund STRODE, The law of estoppels Eteven's &son. Ltd; 3rded , London, UK, 1923. p.17

أشار إليه: صادق عبد علي طريخيم، المرجع نفسه، ص.307.

⁴-انظر:

Judgments- polanski (Appellant) v. conde Nast Publications limited(Respondents), 2005, The Law reports-house of Lords(UKHL), 10.Parliament Publications, P.86.On appeal from 2003 England and Wales courts of Appeal decision,1573.

الإنجليزي على غرار التشريعات الأخرى يقوم على اعتبارات المصلحة العامة والنظام العام، وكذا حماية الأفراد من التعرض لمضايقات المطالبة القضائية في نفس الموضوع إلى ما لا نهاية.

وقد عبر عن ذلك اللورد¹ (BLACKBURN) بقوله: "إن موضوع قاعدة الشيء المقضي فيه (res judicata) يقوم دائما على أساسين الأول النظام العام، فمن مصلحة الدولة أن يوضع حد للتقاضي والثاني تجنب الصعوبة التي تلحق الشخص إذا ما أرهق مرتين لنفس السبب".

وأكد اللورد (CROSS) على نفس المبررات بالقول أن من المصلحة أن توجد نهاية للتقاضي، وأنه لا يجوز مقاضاة الشخص أكثر من مرة².

والأصل التاريخي لها يرجع إلى حكم رئيس القضاة جراي (GREY, C.J) في قضية دوقة كينجستون³ حيث قرر "أن حكم أية محكمة ذات اختصاص مشترك أو اختصاص قاصر ليس حجة على أية مسألة أثرت جانبا ولو كانت داخلة في اختصاص المحكمة، أو على أية مسألة فصلت فيها عرضا أو على أية مسألة يمكن استنباطها من الحكم"⁴.

تعود بداياته لعام (1775) بمناسبة قضية (Kingston) الشهيرة⁵، وأثارت القضية الشهيرة

اهتمام المحققين الإنجليز آنذاك، ورغم توافر جميع الشروط المطلوبة لإعمال (Estoppel by res

¹-انظر:

Lockyer v. Ferryman(1977) 2 App, Cass. 519, 530, H.L; New Brunswick Ry. co v British& French Trust Corp; LTD(1938) 4 All. E.R747,754 , per Lord MAUGHAM.L.C

أشار إليه محمد عبد الخالق عمر، عناصر الدفع بالشيء المقضي في القانون الإنجليزي، المرجع السابق، ص.100.

وانظر أيضا

Lancelot FIELDINDG EVEREST, Edmund STORE, The law of estoppels, 3 .ed, Stevens& sons LTD, London, UK, 1923, p.72.

²-انظر:

Sir Rupert CROSS & nancy WILLKIN'S , Outline of the law of evidence, 4th ed, Butterworth, London, UK, 1986, p.772.

³-انظر:

The Dushess of Kingston's Case(1976) 2 Smith L.C.13th ed;64,645. voir J.DARGENT, th.cit, p.30et s.

⁴-انظر: محمد عبد الخالق عمر، المرجع نفسه، ص.122.

⁵- "ويتم إيجاز وقائعها في أن سيدة تزوجت من الأشراف من بلاط الملك جورج الثاني تدعى (Elizabeth) في عام 1734 سرا من قائد الأسطول الملكي (Aughust)، وبدءا من سنة 1750 تعرفت السيدة على الدوق (Evelyn) الدوق الثاني ل(Kingston) بسبب الغياب الدائم لزوجها.

وفي ظل إنكاره لزوجها الأول، حاول دوق (Kingston) طلب يدها مرات عديدة إلا أنها كانت ترفض حتى حصلت على حكم في سنة 1769 ببطان زوجها بطلان مطلق لعيب في الشكل بعد أن دفعت رشوة لعدد من الشهود، وبناء على تحررها من هذا الزواج تزوجت من دوق (Kingston) في نفس السنة، والذي توفي في عام 1773 تاركا كل أمواله وممتلكاته لزوجته ونسيبه (Evelyn Meadows)، وعاشت

judicata) إلا أنها لم تطبق من طرف المحكمة، حيث اعتبرت أن الحكم الذي تستند عليه المدعى عليها لم يكن صحيحاً بل قائم على الغش والتدليس لكون المدعى عليها دفعت رشوة للشهود آنذاك للحصول على الطلاق، وبالتالي اعتبرت الدوقة متزوجة من اثنين فأبطل على إثره الزواج الثاني وخسرت المدعى عليها الثروة¹.

إن قاعدة حجية الأحكام، في القانون اللاتيني واحدة لا تختلف ولكن في القانون العمومي **Common law**، قد تعني القضية التي تم إصدار الحكم القضائي النهائي فيها لم تعد قابلة للطعن بالاستئناف، وقد تشير إلى المبدأ القانوني القاضي بمنع استمرار التقاضي في مثل هذه القضية بين نفس الأطراف، فيما يعرف بـ **Preclusion**².

بينما يقرر بعض الفقه³ أن قاعدة عدم التناقض المترتبة على الحكم القضائي **estoppel by res judicata** في النظام الأنجلوسكسوني تختلف عن قاعدة حجية الأحكام، ولا بد من الفصل بينهما، وذكر أحدهم في مواطن الخلاف بينهما أنه: "بينما تحول قاعدة الحجية بين المحكمة وبين الدخول في مناقشة أي أمر سبق البت فيه بحكم، استناداً على أن الحكم الصادر قد أحال الحقائق الواقعية إلى وقائع قانونية، فإن قاعدة عدم التناقض تتعلق بالإثبات دون أن يمتد إلى المساس بالدعوى ذاتها، وبذلك تمنع من إثبات أي واقعة تخالف أمراً مقررًا بمقتضى حكم صحيح صادر من محكمة مختصة. وبالتالي قاعدة الحجية متى تمت إثارتها وكانت مستوفية لشروطها، ترتب عليها رفض المحكمة للدعوى والامتناع عن النظر فيها تماماً، أما قاعدة عدم التناقض المترتبة على الحكم

الدوقة (Kingston) حياة رغيدة وصلت إلى حد تبديدها الأموال. واستمر الحال على هذه المنوال إلى غاية 1775 حين قرر Meadows Evelyn) مقاضاة الدوقة لاسترجاع الإرث معلناً في تأسيس دعواه على أنها تجمع بين زوجين في آن واحد مما يستتبع معه إبطال زواجها الثاني، وفي دفاعها ردت الدوقة داحضة هذا الادعاء مستندة على الحكم الصادر في 1769 والذي حررها من قيود الزوجية، زاعمة أنه في ظل وجود هذا الحكم الذي يتمتع بقربنة مطلقة يمنع على المدعي من المنازعة مجدداً في صحته.
انظر:

J.DAGENT , Th.cit, p.30 et s.

¹ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستويل الإجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016، ص.56.

² - انظر:

Peter BARNETT, Res judicata, Estoppel, And Foreign Judgements : The preclusive effects of foreign judgements in private international law, 1st ed, Oxford university press, UK, 2001, p.177.

³ - انظر: محمد الشيخ عمر، قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983، (الدعوى)، ج1، ط.5، الدار السودانية للكتب، الخرطوم، السودان، 1994، ص.164.

القضائي، فتستتبع الحيلولة بين المتقاضي وبين الادعاء بأي أمر يمكن أن يتعارض مع الحكم القضائي الصادر في تلك المسألة¹.

ولقد فرق القضاء الإنجليزي بين مبدأ حجية الأحكام والإستوبل، ويظهر ذلك من خلال السوابق القضائية الإنجليزية، كما أن بعض السوابق القضائية الهندية أقرت هذا الاختلاف بين القاعدتين، وتكمن هذه الفروقات في أن قاعدة حجية الأحكام تمثل قرينة قاطعة وتعتبر عنوان الحقيقة² تمنع من إعادة القضاء بذات الشيء مرة أخرى، بينما قاعدة الإستوبل المترتبة على الحكم القضائي تمنع الشخص بسبب فعله من قول الحقيقة، فهي تحول بين الشخص وبين ادعاء يخالف ما سبق وأن قدمه من حقائق³، كما أن قاعدة حجية الأحكام القضائية تتعلق بالنظام العام، بينما قاعدة عدم التناقض المترتبة على الحكم تعود في أساسها إلى مبدأ العدالة بين الخصوم⁴.

وقضي أيضا بأن قاعدة حجية الأحكام، تختلف عن قاعدة عدم التناقض من حيث أن الأولى تأتي نتيجة لحكم محكمة، بينما تأتي الأخيرة نتيجة فعل الخصوم أنفسهم⁵، بينما ترتب حالة الإستوبل أن الإقرار الصريح للشخص في الدعوى أو الحكم والثابت من سلوكه، يعتبر دليل إثبات قوي ضده بحيث لا يمكنه إنكاره، غير أنه ومع ذلك تعامل القانون الإنجليزي والهندي مع قاعدة حجية الأحكام باعتبارها جزء من قاعدة عدم التناقض⁶.

¹-انظر: أحمد عوض الجيد العجب فضل الله، مبدأ الإغلاق في القانون السوداني، مذكرة ماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم،

السودان، 2008، ص.11

²-انظر: الشيخ محمد عمر، المرجع السابق، ص.40.

³-انظر:

Cassomally v Carrimbhooy 1911 36 , Bombay Law reports ,2014, para923, p.1194

⁴-انظر في مثال ذلك السابقة القضائية:

Sitaram v Amir begum& co .Ltd;1886, Indian law reports(ILR), 8 All 324 at p.327.

Charles Dickenson FIELD'S, Law of evidence in India and Pakistan, volume.5, 11th ed, Law publishers, India, 1985, p.2205:

"The theory of Res-judicata is to presume by a conclusive presumption that the former adjudication declared the truth. Whilst an estoppels, to use word of lord Coke. Is where a man is concluded by his own act acceptance to say the truth"

⁵-انظر:

Sitaram v Amir Begum& Co.Ltd, on 5 may , 1886, ILR, 8, All.324.

متاح على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الإلكتروني: <https://indiakanoon.org/doc/>، تمت زيارته بتاريخ 2019/05/12، على الساعة 14.00

⁶-انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص. 339، أيضا أحمد عوض الجيد العجب فصل المولى، المرجع نفسه ، ص.14.

ب- شروط الدفع بقاعدة الإستوبل المترتبة على الحكم القضائي

ويشترط لإمكان التمسك بـ (Estoppel by res judicata) أن يوجد حكم قضائي قطعي صادر من محكمة مختصة، وأن يكون صادرا في نفس المنازعة وبين نفس الخصوم فيما يعرف بوحدة السبب والموضوع والخصوم ويتم التفصيل فيها كما يلي أدناه:

ب-1- صدور حكم قضائي قطعي صادر عن محكمة مختصة:

يجب أن يكون الحكم قطعيًا بمعنى القرار الذي تحسم به المحكمة منازعة الطرفين وتنتهي به الدعوى¹، والمقصود بالحكم الذي تثبت له الحجية هو منطوق الحكم ويعرفه أحد الفقهاء (بأنه الجزء النهائي من الحكم والذي تحسم فيه المحكمة النزاع وتؤكد حقوق الخصوم)²، ويكون بهذا المعنى له أثر قاطع بالنسبة للمحكمة التي أصدرته والكافة³.

ويكون صادرا من محكمة مختصة لها ولاية القضاء أو سلطة نظر النزاع، وأن يكون فصل في أساس النزاع، وينطبق ذلك على جميع المحاكم العليا كما ينطبق على المحاكم الدنيا وإلى جانب قضاء الدولة يوجد قضاء التحكيم الخاص وأحكام المحكمين تتمتع بنفس حجية الأحكام القضائية لأغراض الدفع بالشيء المقضي⁴، والحكم الحائز للحجية يجب أن يتضمن فصلا بطريقة صريحة أو ضمنية في مسألة واقع أو مسألة قانون، من ذلك مثلا الحكم بتعويض نهائي عن الأضرار الحاضرة والمستقبلية يمنع من رفع دعوى جديدة لطلب التعويض عن الأضرار الجديدة التالية للحكم الصادر والتي لم تكن متوقعة وقت صدوره⁵.

¹-انظر:

George SPENCER BOWER, The doctrine of res Judicata, 2nd Revision ed., Betterworth-Heinman, United Kingdom, 1969, p.9:

« A judicial decision is deemed final, when it leaves nothing to be judicially determined or ascertained thereafter in order to render it effective and capable of execution and is absolute, complete, and certain, and when it is not lawfully subject to subsequent rescission, review, or modification, by the tribunal which pronounced it”

²- انظر: حيدر أحمد دفع الله، قانون الإجراءات المدنية السوداني بين التحليل والتطبيق، دراسة مقارنة، ط.1، الخندق للطباعة والنشر، الخرطوم، السودان، 1994، ص.46.

³-انظر:

Krishna VASDEV, The law of evidence, Butterworths, London, UK, 1981, p.216.

⁴-انظر: محمد عبد الخالق عمر، عناصر الدفع بالشيء المقضي في القانون الإنجليزي المرجع السابق، ص.104.

⁵-انظر:

Fetter v Beal (1997) 1 L.d, Raym.339.

والحكم بعدم الاختصاص ليست له حجية فيما يتعلق بموضوع المنازعة أمام المحكمة المختصة، غير أن للحكم بعدم الاختصاص حجة أمام المحكمة التي أصدرته، حتى ولو بالفرض كان خاطئا إذ في هذه الحالة يعتبر بمثابة رفض موضوعي¹.

والحكم برفض الدعوى يجوز الحجية بالقدر الذي يعتبر فيه فاصلا في مسألة معينة، والحكم الغيابي يجوز حجية الشيء المقضي، فمثلا الحكم الصادر بإنهاء الخصومة بسبب التنازل عن الخصومة لا يولد حالة الإستوبل لعدم حسمه في أساس النزاع، غير أن الحكم الغيابي الصادر نتيجة التخلف عن الحضور وإبداء الرأي يتمتع بالحجة المقضية ويولد حالة الإستوبل²، ولكن صدور هذه الأحكام في غير حضور الخصم جعل بعض الأحكام الحديثة تميل إلى التشكيك في إمكان الاستناد إلى أحكام غيابية كأساس للدفع بقاعدة عدم التناقض.

وفي ذلك يقول اللورد رايت (Lord WRIGHT): "توجد أسباب ملائمة خطيرة تبرر عدم إلزام الخصم بأية مسألة واقع أو قانون أساسية للحكم الغيابي، إن كل أثر ضروري يعترف به للحكم الغيابي بالنسبة لما فصل فيه مباشرة، وإني اعتبر أن أي أثر ضروري يراد الوصول إليه عن طريق الدفع بالحجة تعتبر توسعا غير مشروع في هذه النظرية لست مستعدا لقبوله"³، ويقول القاضي اللورد روسيل (Lord RUSSEL)⁴: "أن هذه القاعدة تتعلق بحجية حكم حضوري ولست مستعدا لمدها على حالة حكم غيابي في دعوى متعلقة بالعقد (أ) تتلوها دعوى متعلقة بالعقد المماثل للعقد (أ) في الصياغة"، وفي قضية أخرى قرر اللورد راد كليف (Lord RADCLIFFE) "... إن الأحكام الغيابية، على الرغم من صلاحيتها لتأسيس الدفوع بهذه القاعدة يجب دائما فحصها بعناية بقصد التأكد من جوهر ما قرره"⁵.

¹-انظر: محمد عبد الخالق عمر، عناصر الدفع بالشيء المقضي في القانون الإنجليزي، المرجع السابق، ص.110.

²-انظر:

J.DARGENT, th.cit, p.61et S.

أشار إليه محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.87.

³-انظر:

New Brunswick Railway Co. Ltd, v British & French Trust Corp. Ltd 1939, A.C 1, The Law - 38. Reports -House of Lords

⁴-انظر:

-A Baily & co, v Clark Son and Morland,1938, The Appeal Court reports 557.

⁵-أشار إليه محمد عبد الخالق عمر، المرجع نفسه، ص. 112.

ب-2- اتحاد السبب والموضوع والخصوم.

لكي يوجد الدفع بالإستوبل المترتبة على الحكم القضائي، يجب أن يتوافر اتحاد السبب والموضوع والأشخاص في الدعويين الأولى والثانية على الوجه المبين أدناه:

- وحدة السبب:

بالنسبة للسبب يهتم القضاء الإنجليزي بصفة أساسية بالتفرقة بين الحجية التي تشمل سبب الدعوى بأكمله (Cause of action estoppel)، والحجية التي تشمل مسألة فرعية معينة من المسائل المتنازع عليها (Issue estoppels) أو ما يسمى بالإستوبل الفرعي (collateral estoppel). والمقصود بحجية سبب الدعوى (cause of estoppel)؛ الحجية التي تشمل كل الوقائع أو الشروط التي تتأسس عليها دعوى معينة، فإذا ما فصل حكم قضائي في توافر أو عدم توافر هذه الوقائع أو الشروط، فإنه لا يجوز معاودة البحث فيها مرة أخرى ولا يوجد اتحاد في السبب لمجرد كون الدعويين قائمتين على نفس السبب القانوني إذا كان سبب كل دعوى يقوم على وقائع مختلفة.

وبالنسبة لحجية المسألة المتنازع فيها¹، فإنه ومنذ زمن بعيد والقضاء الإنجليزي لا يقصر الحجية على سبب الدعوى، بل يمتد لتشمل على انفراد كل عنصر من العناصر المكونة لسبب الدعوى، بحيث يمنع البحث مرة أخرى في أي عنصر من هذه العناصر في دعوى لاحقة مؤسسة على سبب دعوى مختلف. وأول من استعمل اصطلاح (Issue estoppel) من القضاة الإنجليزي هو القاضي اللورد (DIBLOCK)² في سنة 1964، وتوالى فيما بعد استعماله من طرف القضاة الإنجليزي، وأصبح من المفردات المتداولة في لغتهم القانونية.

وكتعريف لفكرة الدفع بحجية المسألة المتنازع عليها يقول اللورد ديبلوك في قضية **Thoday v Thoday** بأنه: "توجد أسباب متعددة للدعوى لا تنشأ إلا بإثبات توافر شرطين أو أكثر، وأسباب الدعوى هذه تتضمن عددا من المسائل المتنازع عليها بين الأطراف بقدر الشروط التي يجب على المدعي أن يثبتها لينشأ لمصلحته سبب للدعوى..."، وعلى ذلك لا يمكن لأي من

¹ - انظر: محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص. 120.

² - انظر:

الخصمين المنازعة لاحقاً حول أي سبب للدعوى بالاعتماد على توافر نفس الشروط إذا كانت المحكمة قد قررت في المنازعة السابقة أنهما غير متوافرة¹.

وبصدد التمييز بين الاستتوبل بموجب حجية الحكم القضائي والاستتوبل الفرعي، يمكن القول أن الاستتوبل الفرعي هو تطبيق خاص للاستتوبل بموجب الحجية، وبينما يشمل الاستتوبل بموجب الحجية المنع من الإدعاء في نزاع لاحق بين ذات الأطراف يدعون ذات سبب الدعوى، فإن الاستتوبل الفرعي يتطلب دعوى جديدة بين ذات الأطراف ولكن بأسباب مختلفة، والدعوى الأولى لا تكون مانعة من رفع الدعوى الجديدة، ولكن الاستتوبل الفرعي يمنع من إثارة ذات المسائل المثارة في الدعوى الجديدة— والتي تم بالفعل الفصل فيها في الدعوى الأولى².

كما في مثال صدور حكمفي قضية طلاق يقضي بعدم وجود أية أموال مشتركة بين الزوجين على أساس البيانات المقدمة، فإنه بموجب هذا الحكم أية أموال أخرى كوثائق التأمين على حياة الزوج لا تعتبر أموالاً مشتركة، ومن ثم لا تملك الزوجة المطلقة حق الادعاء بعد موت زوجها في موضوع التأمين أو التعويض الناتج عنه إذ تكون بحكم الاستتوبل ممنوعة من حق المقاضاة المذكور³.

– وحدة الموضوع:

عبر الفقيه⁴(SPENCER BOWER) عن الشيء المقضي فيما يتعلق باتحاد الموضوع بالعبارة الآتية: "وحدة الموضوع (subject matter) لا تعني فقط وحدة الشيء، ولكن أيضاً وحدة المسألة أي ليس فقط وحدة الموضوع بالمعنى المادي، ولا سيما أيضاً وحدة الموضوع بالمعنى القانوني، ولا شك أن وحدة الموضوع المادي ليست بذاتها كافية لوجود الحجية إذا كان السبب مختلفاً وإذا لم تكن المسألة واحدة⁵. هذا واختلاف المحل المادي في الدعويين لا يؤثر في وجود الحجية إذا كان محل الدعوى الأولى، ومحل الدعوى الثانية يكونان جزأين من محل واحد. ففي مثال حكم صدر برفض دعوى القذف المبنية على بعض الفقرات في كتاب، حيث يعتبر حجة يحول دون قبول دعوى

¹ - انظر: أشار إليه محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص.121.

² - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الاستتوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.101-102.

³ - انظر: حارث سليمان القاروقي، المرجع السابق، ص.135.

⁴ - انظر:

George SPENCER BOWER, The doctrine of res Judicata, op.cit , 1969, pp.116-115.

⁵ - انظر: محمد عبد الخالق عمر، المرجع نفسه، ص.132.

قذف أخرى مبنية على فقرات أخرى من نفس الكتاب، لأن الحكم الأول أجاب بالنفي وبشكل قاطع على التساؤل: هل كان الكتاب كله ذو طبيعة تشهيرية¹.

الاتجاه القضائي للمحاكم الانجليزية أبدي اهتماما متزايدا بوحدة المسألة واهتماما أقل بوحدة المحل المادي، وثبت ذلك من حكم مجلس اللوردات في قضية (New runswick Railway Co.)²

.V.British and French Trust Corporation,LTD

- وحدة الخصوم:

ترتبط شروط وحدة الأطراف اللازمة ليتولد عن الأحكام إستوبل بضرورة التمييز بين الأحكام الشخصية والأحكام العينية، وفي ذلك يفرق القضاء الإنجليزي بين أحكام لها حجية على أطراف الدعوى فقط وهي الأحكام الشخصية، وأحكام لها حجية في مواجهة الكافة ويطلق عليها الأحكام العينية، فالأولى لا تلزم إلا أطراف المنازعة، بينما الثانية تكون حجة على الجميع³.

والأحكام الشخصية هي الأحكام المؤثرة في حقوق وواجبات ومصالح الخصوم، وهي بهذا الوصف تتعلق بوحدة الأطراف وتنحصر مفاعليتها بين أطراف النزاع ومن يخلفهم، والحكم يسري على جميع الأشخاص الممثلين في الدعوى تمثيلا صحيحا، ولا يسري الحكم في حق الأفراد الذين لم يكونوا ممثلين في الدعوى⁴.

وفي دعاوى إثبات الوصية (probate actions) يعتبر الحكم الصادر فيها حجة على كل شخص كان من المفروض عليه العلم بوجود الدعوى والتدخل فيها، ومع ذلك لم يتدخل فيها

¹-انظر:

-MacDougal V Knight1890 /25, Queen's Bench Reports 1,court of appeal.

²-تلخص وقائع القضية في أن الدائن بمقتضى سند دين معين صدر لصالحه حكم ضد المدين يلزمه بأن يدفع فوائد السند بسعر الذهب، قام برفع دعوى أخرى لمطالبة المدين بدفع الفوائد بسعر الذهب على أساس 992 سند آخر تطابق شروطها مطابقة تامة شروط السند الأول، وتمسك أمام المجلس بالحكم باعتباره حائزا لحجية الشيء المقضي، ولكن مجلس اللوردات حكم بأن الحكم الأول لا حجية له في الدعوى الثانية، لأن 992 سندا لم تكن محل ادعاء في الدعوى الأولى، ولأن تطابق شروط السند الأول لا يكفي بذاته لوجود الحجية فمن المحتمل أن تكون ظروف إصدار كل سند مختلفة مما يقتضي تفسيرها مختلفا لكل منها.

انظر:

New Brunswick Railway Co V. British &French trust Corp Ltd, 1939, 4 All England reports747(the Law reports -House of Lords1983)

أشار إليه ضادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.329.

³-انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.86.

⁴-انظر:

J.DARGENT, th.cit, p.77 .

للمطالبة بما يدعيه من حق، وفي مثال على ذلك جرى العمل منذ عهد بعيد على أن يقوم دائنو المدين المفلس بعمل ترتيبات معه يتفق بموجبها على أن يقبل الدائن نسبة مئوية من دينه كوفاء كامل الدين وهذا ما حدث في قضية¹ (John v Mendoza) .

حيث اتفق شخص أشهر إفلاسه مع أحد دائنيه على ألا يتقدم بدينه في التفلسة في مقابل تعهد المفلس بأن يدفع له دينه كاملاً، وعند التوزيع حصل كل الدائنين الآخرين على ديونهم كاملة، فصدر أمر بإلغاء التفلسة²، عندئذ رفع الدائن دعوى للمطالبة بدينه فحكمت المحكمة بأن أمر إلغاء التفلسة يعتبر حجة ضد دعواه، ذلك أنه كان واجبا عليه التدخل في إجراءات التفلسة، ومن ثم في إجراءات التوزيع.

وفي تقدير وحدة الأشخاص لا بد من النظر إلى وحدة الصفة، وليس إلى وحدة الأشخاص الطبيعيين، ويجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول أن يكون الشخص واحداً من الناحية الطبيعية ولكنه يتقاضى بصفتين مختلفتين، وفي هذا الفرض لا شك في عدم توافر وحدة الخصوم³، من ذلك مثلاً صفة الزوج كمطالب بتعويض الضرر الشخصي الذي أصابه وأصاب سيارته في حادث تصادم تختلف عن صفة الزوج كمدير لتركة الزوجة يطالب بتعويض الضرر الذي أصاب الزوجة شخصياً بوفاتها في حادث التصادم⁴.

أما الفرض الثاني، وفيه يختلف الخصوم من الناحية الطبيعية ولكنهم يتحدون من حيث صفاتهم القانونية، وهذا الإتحاد كاف لوجود الحجية أو إثارة الإستوبل⁵، من ذلك الحكم الصادر لمصلحة مدين متضامن يستفيد منه المدين الآخر، أي يعتبر الحكم حجة لمصلحته، مادام أن الحكم ليس مبنيًا على سبب خاص بالمدين الأول كالتقصير أو الإفلاس، ويعتبر الحكم حجة على خلف

¹-انظر:

John v Mendoza, 1939, 1 King's Bench Reports 141.

²- انظر: محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص.144.

³- انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.332.

⁴-انظر:

Marginson v.Blackburn Borough Council(1939) 1 ALL.E.R.273.

⁵- انظر:

Peter BARNETT, Res judicata, Estoppel and Foreign judgements, Oxford University Press, London, UK,2001,p p.18-19.

الخصم، والخلف إما يكون في الدم أو السند أو المصلحة، وفي الحالة الأخيرة يكون هناك اتحاد في المصلحة بين شخصين، فدائن المفلس يعتبر خلفا له ومصفي الشركة يعتبر خلفا لها، ولكن صاحب العمل ليس خلفا للعامل، ووحدة المسألة المتنازع عليها لا تأثير لها على حجية الأحكام الشخصية التي لا يتوافر بالنسبة لها شرط وحدة الخصوم¹.

أما الأحكام العينية وهي التي تحدد الحالة أو الوضع القانونية للشخص أو للشيء اتجاه الكافة مما يجعل هذه الأحكام تسري على الجميع² من حيث إمكانية التمسك بها والاستشهاد بها لتدعيم مطالبهم، ويعتبر القضاء الإنجليزي أن الأحكام المحددة لمركز الشخص تعتبر أحكاما عينية مثل حكم قاضي الانتخاب بصحة أو بطلان انتخاب أحد المترشحين³، والحكم التأديبي الصادر من مجلس التأديب⁴، كما وتعتبر كذلك أحكاما عينية الأحكام المحددة لمركز الأموال مثل أحكام الإفلاس⁵ والحكم بإثبات وصية⁶، وأيضا الأحكام المحددة للمركز العائلي للشخص لها حجيتها في مواجهة الكافة مثل الأحكام بصحة الزواج أو بطلانه أو انحلاله⁷، وتصنف في خانة الأحكام العينية مما يولد حالة الإستوبل، وتسمح بإمكانية التمسك بها إزاء الجميع وبالتالي لا تثار وحدة الخصوم في هكذا نوع من الأحكام.

بعد استعراض شروط الدفع بالإستوبل المترتبة على الحكم القضائي، يتضح وجود تماثل في موقف القانون الإنجليزي بخصوص حجية الأمر المقضي مع ما هو متعارف عليه في نظم الشريعة اللاتينية والقوانين المتأثرة به كالقانون الجزائري أو المصري، وحتى وإن وجد بعض الخلاف مع

¹ -انظر: محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق ص.147.

² - انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.88.

³ -انظر في مثال ذلك:

Stevens v Tillet, 1870, Law reports 6 common Plea147.

⁴ -انظر:

Hill v Clifford, 1907, 2 chancery Division Reports236, Court of Appeal.

⁵ -انظر:

Boaler v Power, 1910, 2 king's bench reports229, court of Appeal.

⁶ -انظر:

Birch v Birch (1902) P.130.Court of Appeal.

⁷ -انظر:

D.TOLOSTOY, Marriage by Estoppel or an excursion into res judicata, law quarterly review ,Vol.85 (1968), p.245.

أحكام القضاء الإنجليزي، والتي تعود إلى اختلاف القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي عن نظيره اللاتيني فإن ذلك لا ينفي إمكانية الإفادة من حلول القضاء الإنجليزي.

ويظهر أن معالجة القضاء الإنجليزي لتحديد عناصر الشيء المقضي مبنية على نفس تقسيم القانون اللاتيني الذي يتطلب وحدة الأطراف والموضوع والسبب، لكن القضاء الإنجليزي قد أعطى معنى جديد لفكرة وحدة المسألة فيما أصبح يعرف بحجية المسألة المتنازع عليها (Issue estoppel)¹.

وعلى الرغم من دقة القضاء الإنجليزي في تحليل وتقدير ذاتية المسألة المتنازع عليها وتبيان أهميتها، إلا أنه لا يتردد في الحكم بعدم قبول الدعوى بناء على سلطته الطبيعية في حالة عدم توافر شروط الدفع بالشيء المقضي، أو في حالة وجود تشابه كبير بين الدعوى الأولى والثانية، فيعتبر رفع الدعوى الثانية من قبيل التعسف في استعمال حق التقاضي، والقضاء الإنجليزي لا يعتبر قاعدة الشيء المقضي فنية بل موضوعية استنادا إلى اعتبارات العدالة وحسن التقدير.

هذا والقضاء الإنجليزي يشترط في الحكم أن يكون قطعيا، ولا يمنع من وجود القطعية مجرد كون الحكم غيايبا، وإن كان هناك بعض التشكيك في وجود تشابه بين حجية الحكم الغيابي والحكم الحضوري².

وفيما يتعلق بشرط الاختصاص، فإذا كان القضاء الإنجليزي يشترط صدور الحكم من محكمة مختصة حتى يجوز الحكم الحجية، فإنه في القضاء الجزائري ونظيره المصري فالأصل في تحديد الاختصاص يجد اختلافًا في إعمال أثر عدم مراعاة الاختصاص، ويجب التفرقة بين عدم الاختصاص الولائي وعدم الاختصاص النوعي أو القيمي أو المحلي³.

ويظهر جزاء عدم مراعاة الحكم القضائي لحدود الولاية القضائية واضحا في اعتبار الحكم الصادر عن جهة غير مختصة ولائيا بنظر النزاع، يكون له حجية أمام الجهة مصدرة الحكم وما يتبعها من محاكم، ولكن لا حجية له أمام الجهة صاحبة الولاية الأولى بنظر النزاع، بحيث يجوز لها إصدار حكم جديد دون اعتبار للحكم الأول. أما الحكم الصادر من محكمة غير مختصة نوعيا أو

¹-انظر: محمد عبد الخالق عمر، الدفع بالشيء المقضي في القانون الإنجليزي، المرجع السابق، ص.151.

²-انظر: صادق عبد علي طريخم، المرجع السابق، ص. 334.

³-انظر: مراد كاملي، حجية الحكم القضائي، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص.242.

إقليميا أو محليا فإن له حجية أمام جميع أنواع المحاكم، إما على اعتبار أن التشريع لا يمنع من نظر النزاع من غير محكمة مختصة إذا كان عرض الخصومة عليها بناء على اتفاق الخصوم، أو لأن ترتيب أثر عدم الاختصاص متوقف على تمسك الخصوم بالدفع بعدم الاختصاص، أو على طعنهم في الحكم وفق طرق الطعن القانونية ومواعيدها¹.

كما أن القضاء الإنجليزي في تحديد معنى الخلف الذي يسري في حقه الحكم ويعتبر حجة عليه، لا يعرف التفرقة بين الخلف العام والخلف الخاص² التي يعرفها القضاء الجزائري ونظيره المصري. فالخلف العام لهم أن يدفعوا بحجية الحكم الصادر لصالح مورثهم لأنهم يشكلون معه وحدة الخصوم، وعلى العكس من ذلك فإنه لو كان مورثهم قد خسر دعواه وحكم ضده، فللمحكوم له أن يدفع بحجية الحكم الصادر ضد مورثهم باعتبارهم خلفه وامتدادا له، في حين إذا كانت صفتهم في الدعوى الجديدة هو كونهم ورثة مثلا³، فإن الدفع بحجية الحكم القضائي الصادر في الدعوى التي اختصم فيها سلفهم لا يصح لانتفاء وحدة الخصوم⁴.

أما بالنسبة للخلف الخاص، فإذا كان الحق المدعى به قد تقرر قبل تصرف السلف إلى الخلف كان الحكم حجة على الخلف، أما إذا كان الحق المدعى به قد تقرر بعد تصرف السلف إلى الخلف لم يكن الحكم حجة على الخلف⁵.

2- الاستوبل بالتصوير أو الوصف (Estoppel by representation):

وتعتبر قضية (Pickard v Sears)⁶ من أوائل المسائل النزاعية التي قدمت تعريفا دقيقا لمفهوم الاستوبل بموجب التصوير⁷، ويعود الفضل في تحديد ملامح هذه القاعدة إلى الفقيه سبنسر

¹-انظر: مراد كاملي، حجية الحكم القضائي، المرجع السابق، ص.240.

²-انظر: محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص.152.

³-انظر: المادة 2/776 من القانون المدني الجزائري التي تمنح الحق الورثة الحق في إثبات أن التصرف الصادر من مورثهم حال مرض موته صادر على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك.

⁴-انظر: عبد الحكم فودة، حجية الأمر المقضي وقوته في المواد المدنية والجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1994، ص.299.

⁵-انظر: مراد كاملي، المرجع نفسه، ص.317.

⁶-انظر:

Pickar v Sears, 6 Ad &El ,469(1837):

وتتلخص في أن السيد Pickard كان يملك أرضا أجرها للسيد Metcalfe ، هذا الأخير قام بخداع ثقة المؤجر و باعها إلى Sears ، فرفع Pickard ضد Metcalfe دعوى لاسترداد ملكه، و لكن تقرر ان المدعي ممنوع من ذلك. بموجب الاستوبل المترتبة على الملكية لان سكوته طوال فترة البيع فسر على انه موافقة ضمنية من قبله على التصرف الحاصل.

⁷-انظر:

باورر (SPENCER BOWER)¹، ثم أرست هذه القاعدة القضائية الإنجليزية (Freeman v. Cooke)²، وظهرت هذه الصورة من الإستوبل لصون الثقة المشروعة من خلال عدم قبول ادعاء كل من يحاول نقض أقواله أو تصرفاته أو سلوكياته اتجاه الغير الذي عول عليه.

وعليه تمنع الإستوبل الشخص المصرح من بيان حقيقة مختلفة عن تلك الأولى التي بنيت عليها الثقة المتولدة لدى المصرح له³، وهي مبدأ دفع يمنع أحد الأطراف من الاستفادة غير المنصفة على حساب الآخر، ويقوم عندما يحمل شخص بتصريحاته أو تصرفاته شخصا آخر على الاعتقاد بوجود بعض الوقائع فيتصرف الأخير انطلاقا من ثقته وإيمانه بوجودها الفعلي معدلا من موقفه ثم يتذرع صاحب التصوير بوقائع مغايرة لتلك التي صور بأنها موجودة أو ظاهرة⁴.

وينشأ هذا النوع من الإستوبل عندما يقوم أحد الطرفين بتأكيد واقعة أو مجموعة وقائع للطرف الآخر، ويكون ذلك إما قولاً أو فعلاً وحتى عن طريق السكوت باعتباره موقفاً سلبياً محضاً، وبنية الإيحاء للموصوف له وإقناعه بصحة وصدق ذلك الوصف لتغيير موقفه، مما يؤدي إلى إلحاق الضرر به، ففي هذه الحالة يحظر على الواصف من الرجوع عن وصفه في أية دعوى قد تقوم

George SPENCER BOWER, Alexender Kingcome TURNER, The Law relating to estoppels by representation Butterworths, London, UK, 1966, p.04.

¹ - وعبر عنها قائلاً: "عندما يقوم (صاحب التصوير) بأي سلوك موجه لأي شخص آخر (متلقي التصوير)، سواء كان هذا السلوك بصيغة القول أو الفعل أو (كان من واجب صاحب التصوير أن يتكلم أو يتصرف) لكنه أثر السكوت والامتناع عن أي عمل عن قصد، وبالنتيجة ترتب عليه دفع الطرف المقصود بالتصوير لتغيير موقفه بما يضر بمصلحته، فإنه عند قيام أي نزاع قضائي بين صاحب التصوير والمتلقي، يمنع الأول من محاولة تقديم الدليل أو السعي لإثبات وضع يناقض سلوكه السابق، بشرط أن يعارض المقصود بالتصوير في الوقت المناسب وبالطريقة المناسبة تلك المحاولة وهذا المسعى".

انظر:

George SPENCER BOWER , the law relating to estoppel by representation, London, UK, 1923, p.170.

² - حيث ورد في الحكم ما مفاده أنه: "إذا تسبب شخص متعمداً بأقواله أو أفعاله في حمل آخر على الاعتقاد بوجود حالة معينة للوقائع وحملة على التصرف بما يغير وضعه إلى الأسوأ انطلاقاً من هذا الاعتقاد، فإنه يتمتع على الشخص الأول أن يدفع في مواجهة أن يدفع في مواجهة الآخر بوجود حالة مغايرة للأمر التي كانت عليها قبلاً"

انظر:

Freeman V. Cooke (1848) 2Exchequer reports554 ; 6 Dow &L 187; 1843-60 , All England Reports 185.

³ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي مبدأ عدم التناقض الإجرائي في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص.19.

⁴ - انظر:

Antoine MARTIN , op.cit, p.16.

بينهما مستقبلاً، ومن محاولة تقديم دليل لإثبات عكس ذلك الوصف إذا ما تمس طبه الموصوف له استناداً على وصف تلك الوقائع ودون أن يقدم أي مقابل¹.

وكما تكون (estoppel by representation) مباشرة كأن تكون حدثت بين شخصين مصدرها ومستقبلها، فإنها تكون غير مباشرة، ويظهر ذلك عند ممارسة أعمال الوكالة والتفويض وغيرها، فهي في هذه الحالات تحدث عن طريق وسيط وهو مقدمها وهو ممثل عن الفاعل الحقيقي.

فهذا الأخير هو الذي يرتبط بها وتنصرف آثارها إليه، فالوسيط ليس أداة ولكن لا بد من أن يكون الوسيط يعمل لحساب غيره في حدود سلطاته المحددة، فإذا عمل لحسابه الخاص، فإنه هو الذي يرتبط بها، وتنصرف آثارها إليه².

وهذا الوجه من التطبيق هو من أهم أوجه تطبيقات الإستوبل، ويتفرع عنه الكثير من الأحكام مثلاً في النيابة الظاهرة في الأحوال التي يكون فيها مسلك الأصيل مؤدياً إلى الاعتقاد بوجود النيابة. وكما هو الحال في القانون الإنجليزي، كلما كان مسلك الشخص مدعاة للغير حسن النية إلى الاعتقاد بأنه قد أناب عنه شخصاً آخر، ففي هذه الحالة إذا تعامل هذا الغير مع ذلك النائب الظاهر فلا يقبل من صاحب الشأن أن ينكر علاقة النيابة لتنافي هذا القول مع سابق سلوكه³.

¹ - انظر: يونس صلاح الدين علي، مبدأ الإغلاق في القانون الإنجليزي، دراسة تحليلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، مجلة جامعة تكريت القانونية والسياسية، ع.21، كلية القانون، جامعة تكريت، العراق، مارس، 2014، ص.232..

² - انظر: رمضان إبراهيم غلام، المرجع السابق، ص.100.

³ - وينطبق هذا الحكم في حالات انعدام النيابة أصلاً في حقيقة الأمر، كما ينطبق كذلك في حالات تجاوز النائب لحدود إنابته، وإن كان انطباقه في حالات تجاوز حدود الإنابة لا يبنى في التحقيق على مبدأ الإستوبل، إنما على فكرة المكنة الظاهرة وتغليب تلك المكنة الظاهرة على المكنة الحقيقية للنائب بالنسبة للغير حسن النية.

وعليه النيابة الظاهرة في القانون الإنجليزي تشمل حالات تجاوز النائب حدود مكنته، ويكون منبهاً في هذه الحالة أن العبرة بالنسبة للغير حسن النية هي المكنة الظاهرة دون الحقيقية، كما تشمل النيابة الظاهرة في القانون الإنجليزي حالات تكون فيها علاقة النيابة منعدمة أصلاً في حقيقة الواقع، ولكن يكون مسلك صاحب الشأن مدعاة للغير إلى الثقة بوجود الإنابة، وفي هذه الحالة يكون مبنى النيابة الظاهرة القاعدة الكلية، والتي تقضي بأنه لا يقبل من أحد أن يتنافى مع سابق مسلكه أو الإستوبل، ونفس الحكم ينطبق بالطريق العكسي على من يتعامل دون الإشارة إلى صفته كنائب ثم يدعي النيابة عن غيره في التصرف الذي أجراه

انظر: جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها، ط.3، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1980، ص.276-278.

أ- شروط إعمال الإستوبل بموجب التصوير.

لكي يتحقق التناقض بالمعنى المعروف في القانون الإنجليزي، وتوجد حالة الإستوبل يفترض وجود علاقة قانونية قائمة بين شخصين أحدهما المتناقض (الموجه إليه الدفع)، والطرف الثاني هو ضحية التناقض أي المتمسك بالإستوبل. هذه العلاقة القانونية قد تكون موضوعية كأني تصرف كالعقد مثلا¹، وقد تنشأ تلك العلاقة عن أعمال إجرائية كالدعوى أو الخصومة أو القضية القانونية²، يشترط لإثارة الدفع بالإستوبل وإمكان التمسك به وجود تناقض بين سلوكين متتاليين وفائدة نتجت عن التناقض في السلوك، ومن جانب آخر أن يسبب التغيير في السلوك إلى الإضرار بالخصم الآخر الذي اعتمد على السلوك الأصلي على الوجه المبين أدناه.

أ-1- وجود تصوير أولي واضح لا لبس فيه³:

معناه تصوير (غير قابل للتأويلات والتفسيرات) صادر بحرية وبتبصر من شخص ذو أهلية قانونية (شخصا طبيعيا أو معنوي)، وسواء صدر منه شخصيا أو ممن ينوب عنه يتناول وقائع مادية راهنة أو سابقة⁴.

ويستهدف الإستوبل بالتصوير (**Estoppel by representation**) التقريرات المقدمة، والمتمثلة في إدعاء يتصل بالوقائع أو بحالة الأشياء (عملا أو قولاً مصحوبا بوقائع مادية)⁵، التصريحات أو حتى استعمال إشارات أو رموز...⁶، أو كان شكل التصوير سلوكا إيجابيا أو

¹ - حيث هذا ما قرره اللورد Donaldson في قضية Fancy Goods V Michael Jackson بالقول أنه لا يشترط وجود علاقة عقدية لتوجد حالة الإستوبل أو قاعدة عدم التناقض وإنما يكفي لقيامها علاقة قانونية سابقة تنشئ في ظروف معينة التزامات وحقوق للطرفين.
انظر:

Durham Fancy Goods v Michael Jackson , 968 , 2 Queens Bench Reports 839.

أشار إليه صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.218.

²-انظر:

O.MERETEAU, Droit des affaires, op.cit, p.370.

³-انظر:

Marie-Christine CAUCHY PSAUME, thès.cit , P.47.

⁴-انظر: محمود محمود المغربي، جدلية ظاهرة الإستوبل Estoppel وقانون التحكيم، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، ع. 28، سبتمبر، مركز التحكيم لمجلس التعاون لدول الخليج العربي، البحرين، 2015، ص.44.

⁵-انظر: رمضان ابراهيم غلام ، المرجع السابق ، ص.98.

⁶-انظر:

"Un précédent judiciaire remarquable a même estimé que le drapeau d'un navire pouvait constituer une représentation."

سلبيا، وسواء كان السلوك الإيجابي شفهي ولكن مثبت أمام المحكمة في محضر الجلسات أو كتابي كالوثيقة الرسمية أو غير الرسمية.

غير أن الإستوبل لا تقوم في السلوك السليبي أو السكوت إلا إذا كان هناك التزام بالكلام¹ صادر من شخص نحو شخص آخر، يحمله على الاعتقاد بصحة ما يدعيه وتصرف معه على هذا الأساس².

أ-2- حمل المقصود بالتصوير إلى التصرف أو عدمه على أساسه.

ويجب أن يكون تحرك المقصود بالتصوير أو عدمه مبني على إيمانه بأنه تصوير صحيح فلا يجوز التذرع بالإستوبل إذا كان الأخير عالما تمام العلم أنه خاطئ، ويجب أن يولد السلوك أو يعزز اعتقادا معينا لدى الطرف المقصود أي من شأن التصوير حمل أي إنسان عاقل إلى الاعتقاد بأنه حقيقي وأغلب الظن أن صاحبه رام من خلاله إلى حمل المقصود به إلى التصرف بالطريقة التي تصرف بها³، وأن يكون هذا الاعتقاد قد دفع به إلى القيام بعمل معين أو تعديل موقفه، وتأتي أهمية هذا الشرط من أنه يتجه لإثبات أو تقدير أن السلوك قد نشأ وأخذ به على محمل الجد⁴.

أ-3- تصوير ثاني يلغي أو يناقض أو يعدل ذات الوقائع التي تناولها التصوير الأولي

صادر عن نفس الشخص (صاحب التصوير) و يؤثر على العلاقة القانونية بين الطرفين.

أ-4- أن يلحق الضرر بالطرف المتصود بالتصوير بسبب وثوقه واعتماده

أن يتسبب التناقض بالإضرار بالخصم الذي اعتمد على السلوك الأولي للخصم المتناقض، وتجدر الإشارة إلى أن المحاكم الإنجليزية فسرت بطريقة موسعة نظرية الضرر بالتأكيد على طابعه المادي ليسهل تحديد قيمة التعويض، وإن الضرر المترتب عن تعديل الموقف يكون في الغالب ضررا

Dionissis v. R « the Laura » [1865] ,3 Moo PCCNS 181, 16 ER 68 ,cité par Mehdi BERBAGUI, op.cit, p.34.

¹-انظر:

Green wood v Martins Bank LTD.(1933) AC 51(H.L):

« Le Cas du client qui avait négligé de prévenir sa banque des chèques tirés frauduleusement sur son compte, empêchant celle-ci de les contester à temps. En l'espèce, il avait une duty to speak, une obligation de prévenir sa banque de ces incidents ».cité par Mehdi BERBAGUI, op.cit, p.34.

²-انظر في نفس المعنى:

Ewan MACKENDRICK, contract law, Palgrave Macmillan, 2005, p.115.

³-انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.95.

⁴- انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.223.

احتماليا وليس حالا، كما لا يستفيد من الإستوبل الغير بل ينحصر إعماله بين صاحب التصوير والمقصود به¹.

ب- صور الإستوبل بموجب التصوير:

الإستوبل بموجب التصوير بدورها تنقسم إلى عدة صور أهمها:

ب-1- الإستوبل المترتبة على الملكية *The proprietary estoppel*².

وتنشأ عندما يتصرف شخص ما اعتمادا على قناعة مؤداها أنه سوف يكسب ملكية عقار شخص آخر أو حقوقا عينية عليها، وغالبا ما تتكون من تصرفات ذلك الشخص من إقامة أبنية ومنشآت على أرض الشخص الآخر أو إجراء تحسينات على عقار ذلك الشخص، فإذا ما استوفت هذه الصورة من الإستوبل شروطها القانونية، فعندئذ يحظر على المالك إنكار وجود تلك الحقوق أو التنصل منها ويجبر على منحها، والتسليم بحقوق الشخص الآخر في ملكية العقار، ومن هنا تأتي تسمية الإستوبل بموجب التملك³.

وهي أقدم نوع للإستوبل بالتصوير وتعود إلى القرن السابع عشر، ومن خلالها تنتقل الحقوق العينية على المال وتنطبق خارج النطاق التعاقدي، وحتى في حالة عدم وجود تمثيل واضح لا لبس فيه، فعندما يصدر عن شخص تصوير موجه لشخص آخر يتناول حقا على عقار، ويتصرف الطرف المقصود بالتصوير تبعا لاعتماده وثقته بصحته، عندها لا يستطيع صاحب التصرف (مالك العقار) التذرع لاحقا بحقوقه الخاصة على ملكيته، وذلك احتراماً للتصوير أو الوعد الصادر عنه، ويغلب على هذا النوع من الإستوبل الطابع الهجومي⁴.

ويعود بروز هذا النوع لخصوصية القانون الإنجليزي، فهو وإن نشأ لتجاوز الشكلية الصارمة إلا أنه كثر الاستشهاد به في نقل الحقوق ذات الطبيعة العينية (العقارية) في القانون

¹ - انظر:

Antoine MARTIN, op.cit, pp.28-29.

و أيضا محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق ص.95.

² - انظر في تفصيل هذه الصورة من الإستوبل:

M.PAWLOWSKI, The doctrine Of Proprietary Estoppels, Sweeh and Maxwell, London, UK, 1996.

³ - انظر: يونس صلاح الدين علي، مبدأ الإغلاق في القانون الإنجليزي، المرجع السابق، ص.234.

⁴ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.56.

الإنجليزي، ولإعماله لا بد من اعتقاد بكسب حق مشروع على المال، وأن يتسبب هذا الاعتماد في إلحاق ضرر به فيما يعرف بالاعتماد الضار (**detriment reliance**).

إذ بموجبه يستطيع القضاء الإنجليزي التصدي للأوضاع غير العادلة التي قد ينتجها تصرف الأطراف بخصوص العقار، ويتقرر ذلك في حالتين رئيسيتين¹:

– الحالة الأولى:

عندما يسلك مالك العقار موقفا سلبيا في معرفة كاملة بالحقائق ويتخذ موقف المتفرج، بينما يرى شخصا آخر حسن النية يقوم بإجراء تحسينات على العقار السالف الذكر ظنا منه عن طريق الغلط بأنه هو المالك الحقيقي للعقار²، أو معتقدا أن تصرفه سيحقق له توقعاته بالنسبة للملكية ذلك العقار، ثم يسعى المالك بعدها إلى المطالبة بحقوقه القانونية على العقار فيواجه بالإستوبل لمنعه من التمسك بالملكية³.

– الحالة الثانية:

الموعد له بتلقي حق عيني والذي يتصرف ضد مصلحته انطلاقا من ذلك الوعد.

¹ - انظر:

Ewan MACKENDRICK, op.cit, p.119.

² - انظر: بونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص. 234.

³ - المشرع الجزائري يضيف حماية خاصة لحق الملكية، وأضفى على هذا الأخير طابع الشمولية والاستثنائية بحق وخول للمالك الإستعمال والتصرف وفقا لما تقتضيه مصلحته وفي حدود القانون، انظر المادة 647 ق.م.ج.

غير أن هذا الحق قد يتراجع أمام تغليب المصلحة العامة وفي ذلك نصت المادة 677/1 ف1 على أن:

"لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته، إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل ومنصف"

إن المشرع الجزائري لم يتوقف عند حد تغليب المصلحة العامة على حساب المالك الأصلي بل ذهب إلى أبعد من ذلك من خلال حماية بعض المصالح الخاصة المتعلقة بالأفراد على حساب المالك الحقيقي، من خلال إجباره على التنازل عن ملكه ولفائدة شخص اكتسبها عن حسن نية وفقا لشروط وإجراءات معينة، بشرط أن تكون الحيازة هادئة معناه غير متنازع فيها ومستمرة من دون انقطاع وعلنية ولمدة 15 سنة بمقتضى المادة 827 من نفس القانون بشرط عدم خضوع العقار لعملية المسح العام للأراضي طبقا لما جاء به الأمر رقم 75-74، المؤرخ في 11/12/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري (والذي دخل حيز التطبيق بمقتضى المرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 25/03/1976 والمتعلق بإعداد مسح الأراضي العام والمرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري)، هذا وتقلص المدة إلى 10 سنوات إذا كانت مستندة إلى سند صحيح. انظر: المادة (828) ق.م.ج.

وأمام تعثر عملية المسح الحيازة تلعب دورا مهما في كسب الملكية العقارية ضمن أحكام الأمر 02/07، المؤرخ في 27/02/2007، المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري (ج.ر.ج.ع. 15 لسنة 2007)، والمرسوم التنفيذي رقم 147/08 المؤرخ في 19/05/2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية وهذا لدعم عملية المسح العام للأراضي والتقليل من المنازعات القائمة بشأنها.

وللتوضيح يتم عرض بعض الأمثلة عن قضايا ذات صلة منها مثلاً:

يمكن الاستشهاد بقضية (Pascoe v Turner)¹ عام 1979، الذي يقدم مثلاً معبراً إلى حد ما، فقد عاش المدعي والمدعى عليه معاً لسنوات، ثم تركها هذا الأخير من أجل امرأة أخرى، ووعدها بأن المتزل بكل ما يحتويه سيقى ملكاً لها، وفي غضون ذلك، تقوم السيدة (Turner) بأعمال الإصلاح في المتزل بتكلفة 230 جنيهاً إسترلينياً، وبعد ذلك، يعود شريكها السابق ليرفع عليها دعوى لاستعادة حيازة المبنى، ولكن القضاة يحكمون لمصلحة المدعى عليها بتملك العقار ويدعمون توقعاتها المشروعة بسبب الثقة في الوعد الصادر من طرف المدعى².

أو كما في قضية (Inwards v. Baker)³ أين شجع أب ابنه على بناء منزل في أرض الأب، واعداداً بأنه سيوصي بتلك الأرض إلى ابنه في وصيته، بعدها قام الابن ببناء المنزل وعاش فيه مدة 30 عاماً، وبعد وفاة الأب لم يرد أي شيء يتعلق بتحويل ملكية الأرض في الوصية، قررت المحكمة أنه بالرغم من ذلك، تم منع ممثل الأب من تخليّة الابن للعقار، أي تم تطبيق قاعدة الإستوبل المترتبة على الملكية.

وفي قضية⁴ (Dillwyn v. Llewellyn) وعد أب ولداً بإعطائه منزلاً، حيث استلمه الابن وانفق عليه مبلغاً كبيراً من المال في الترميم وإضافة تحسينات عليه، ولكن الأب لم ينقل في الواقع حق ملكية المنزل إلى الابن، وعندما توفي الأب، ادعى الابن ملكيته للمنزل وفقاً للعرف والعدالة، قضت المحكمة بأن يتولى القيم على الوصية نقل ملكية العقار إليه.

¹-انظر:

[1979] 1 WLR 431.

²-انظر:

John CARTWRIGHT, Protecting Legitimates expectations and Estoppel : English Law, in colloque La confiance légitime et l'estoppel, société de législation comparée, 2007, p322et s.

³-انظر:

Inwards v. Baker ,(1965)2 Queen's reports 29.

⁴-انظر:

Dillwyn v Llewellyn 4 de Gex (1862) Fishers & Jones Chancery Reports, 517.

أشار إليها صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.373.

ويلاحظ أن للقضاة حرية في اختيار المعالجة التي يظنون أنها الأنسب عندما يستندون لهذا النوع من الإستوبل¹، تجدر الإشارة في هذا المقام أن التمسك بالإستوبل المترتبة على الملكية لا يولد بالضرورة تحويلا أو نقلا للملكية إلى المدعي².

هناك حالة وهي لا تثور إلا إذا رأت المحكمة في ظروف القضية ما يحول دون نقل ملكية عقار إلى الراغب في شرائه فعليها عندئذ أن تقرر رد المبلغ الذي دفعه، فالمبدأ أنه لا يمكن لمن تسلم مالا بموجب عقد باطل أن يحتفظ به نظرا لعدم وجود أي أساس قانوني لأن يستتقي المبلغ³.

¹ - ما ينبغي الإشارة إليه أن العقود الخاصة والعقود الإدارية والتي ترمي إلى كسب الملكية العقارية، استوجب المشرع الجزائري صياغتها في محور رسمي مستوفي لكل الشروط المطلوبة قانونا حتى يؤدي الوظيفة المنوطة به.

انظر في تأكيد ذلك: المادة (324) مكرر1 و المادة(793) قانون مدي جزائري ، بالإضافة إلى الأمر74/75 المؤرخ بتاريخ 08 ذي القعدة عام 1395، الموافق ل12 نوفمبر1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري (ج.ر.ج.ج ، ع.92، المؤرخة في 18/11/1975)، وما صاحبه من مراسيم تنفيذية لاسيما المرسوم التطبيقي رقم63/76 المؤرخ في 23/03/1976، (ج ر ج ج ، ع.30. الصادر بتاريخ 13/04/1976) بتعلق بتأسيس السجل العقاري بموجب المادة 61 منه.

وتجسدت هذه الشكلية أيضا بصور قانون التوجيه العقاري رقم 25/90، المؤرخ في 18/11/1990 (ج ر ج ج ، ع.49، المؤرخة في 18/11/1990) الذي كرس الملكية العقارية الخاصة. ولقد تم التأكيد على قاعدة الرسمية من جديد بموجب المادة 25 من القانون 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا كانت تعطي في ظل الاجتهاد القضائي القديم المحررات العرفية حجية كاملة في عملية نقل الملكية وبالتالي إلزام البائع بالتوجه أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي مع المشتري وفي حالة امتناع المطلوب قام الحكم مقام العقد وتؤكد هذا الاتجاه من خلال بعض القرارات من ذلك قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 07/02/1990، ملف رقم 57930، تطبيقات قضائية في المادة العقارية، ص.27-31. غير أنه صدر قرار مخالف مؤرخ في 21 أكتوبر1981، والذي قرر أن العقد العرفي لا يشكل إلا وعدا بالبيع، وبإمكان المشتري المطالبة بتجسيد البيع في شكل عقد توثيقي، وأن حالة عدم التنفيذ لا تخول إلا الحصول على التعويضات المدنية. وأمام تضارب الاجتهادات القضائية بخصوص صحة المحررات العرفية فإن ذلك استدعى انعقاد الغرف المجتمعة بالمحكمة العليا. حيث أصدرت المحكمة هيئة الغرف المجتمعة قرارا يؤكد على ضرورة احترام نص المادة (324) مكررا بخصوص ركن الرسمية، بل أكثر من ذلك يتعين إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد النهائي. (المحكمة العليا، قرار هيئة الغرف المجتمعة ، قرار رقم 136156، المؤرخ في 18/02/1997، قرار غير منشور)

انظر: تعليق على قرار الغرف المجتمعة 18/02/1997 بقلم السيدة يونسى حداد نادية، محامية لد المحكمة العليا ، ترجمة السيد عبد العزيز أمقران قاضي ملحق بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، ع.1، لسنة 1997، ص.ص. 212-224، والمشرع لم يكتفي بالرسمية بل تبني نظام الشهر العيني الذي يعتبر فيه القيد هو وحده الذي يؤدي إلى إنشاء الحقوق أو تعديلها أو زوالها، إلا أنه لم يأخذ بهذا النظام بصفة مطلقة بحيث أبقى على نظام الشهر الشخصي إلى حين تمام عمليات المسح العام للأراضي.

²-انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.101.

³-انظر: علي حامد الحضار، العدالة في العقود، المرجع السابق، ص.141.

بل يمكن أن يصدر حكم بالتعويض المالي¹ استناداً إلى قضية (Jenning v Rice)² حيث اتجه ميل القضاة إلى الأخذ بالتوقع لاحتساب التعويضات وتقليل القيمة الإجمالية للمال المدفوع خاصة إذا كان تقييم التوقع لا يتجانس بتاتا مع الضرر اللاحق.

ب-2- الإستoppel المترتبة على الوعد (promissory estoppel)

يعد المقابل ركناً أساسياً لنشأة العقد أو الوعد ونفاذه في النظام الأنجلوسكسوني بما في ذلك القانون الإنجليزي، فلا يعد العقد ملزماً وناظراً إذا لم يتوافر هذا الركن في العقد³، هذا وقد ورد تعريف المقابل على لسان أحد الفقهاء الإنجليز بأنه "المصلحة التي تنقرر لصالح المتعاقد الذي يتعهد بتنفيذ التزام معين في العقد أو العبء الذي سيتحمل به المتعاقد الآخر لصالح الأول"⁴، وهو ما يفيد بأن العقد يجب أن ينطوي على مصلحة متبادلة لطرفيه حتى يكون نافذاً، هذا وتعريف المقابل يظهر في السابقة القضائية في قضية (Currie v. Misa) في عام 1875 بأنه ما يتضمنه العقد من حق أو مصلحة أو ربح لأحد المتعاقدين أو التزام أو عبء على المتعاقد الآخر⁵.

ولقد طوّرت السوابق القضائية أساس التنفيذ الذي كان معروفاً بمبدأ العوض أو المقابل، وقد استخدمت هذه الكلمة دونما أي مغزى في، لكنها صارت في القرن السادس عشر كلمة تعبر عن مجمل الشروط الضرورية لدعوى مخالفة العقد، وبهذا تحورت الكلمة لتستخدم في تحديد الوعود التي لها أهمية بالنسبة للقانون المبني على السوابق القضائية، والذي يقرر بأن مجرد وعد

¹-انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.374.

²-انظر:

Robert Walker LJ. Jennigs v. Rice (2002), England and Wales court of Appeal, civil Decisions, 159.

³-انظر: أبو زيد بريهان، المقابل في العقد وفقاً للقانون الإنجليزي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، ع.2، جامعة الإسكندرية، مصر، 2015، ص.153.

⁴-انظر:

Catherine ELLIOT and Frances QUINN, Contract Law, Pearson Education, 4th. ed, England , 2003, P.66.

⁵-انظر:

Currie v. Misa(1875), LR10 Ex153.

الواعد القيام بعمل ما غير قابل للتنفيذ ما لم يتأيد بعوض يقابل هذا الوعد، وقد صار جوهر العوض هو المبادلة التي يصدر فيها الوعد مقابل الحصول على شيء ما غالباً ما يطلق عليه ببديل الشيء¹. وترتب عليه أنه لا سبيل للمطالبة بتنفيذ الوعود التبرعية (المجانية)، إذ ليس هنالك أبداً نظام قانوني يمكن أن يصل تموره إلى جعل كل الوعود قابلة للتنفيذ²، وفي مجرى تطور النظام القانوني، كان لابد ليد التغيير أن تصيب وجه القانون القديم، بموجب قواعد العدالة، من ذلك، الميل العام إلى رفض الثقة المطلقة التي اعتنقها القرن التاسع عشر بشأن تفضيل حرية التعاقد وما تبعها من نظرية سلطان الإرادة، وذلك دون إتباع لصياغة بديلة واضحة³.

وقاعدة الإستوبل المترتبة على الوعد هي أحدث نسخة للإستوبل الإنصافية وقد ظهرت منذ أن اعتمدت أمام محاكم العدالة الفكرة القائلة بأن مجمل أنواع التصوير بما فيها الوعود سواء كانت تدليسية أو التي تصدر بحسن نية، شفوية كانت أو كتابية، أو تستنج ضمناً من سلوكات معينة⁴ يمكن أن تؤسس لحالة الإستوبل وتشمل التصريحات أو مجرد الإعلانات عن النوايا بشرط أن تكون واضحة ولا لبس فيها⁵، وكانت سابقاً تعتمد ما يعرف بالإستوبل الإنصافية (**Equitable estoppel**)⁶ لإيجاد حل لقضية تنفيذ الوعود التبرعية التي لا تحترم، والقانون لم يكن يحكم سابقاً بتنفيذها جبراً ما لم تكن رسمية⁷، وهي تعني أن الوعد المعطى دون مقابل يتم تنفيذه متى كان الموعد له قد قام بالتصرف معتمداً على هذا الوعد.

¹ -انظر: إي ألان فارنسورث، مقال بعنوان "قانون العقد المقارن"، من كتاب: ماتياس ريمان، رينهارد زيممان، أكسفورد للقانون المقارن، ترجمة

محمد سراج وسامي شير، مج.2، ط.1، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، لبنان، ص.1353.

² -انظر: إي ألان فارنسورث، المرجع نفسه، ص.1350.

³ -انظر: ج.س. شيشير وآخرون، المرجع السابق، ص.69.

⁴ -انظر:

Bénédicte .FAUVARQUE COSSON, Rapport général, op.cit, p.18.

⁵ -انظر:

Marie LAMOUREUX, Les déclarations d'intention en droit privé, Revue Lamy droit civil, éd.Lamy, Wolters Kluwer, France, 2008, p.67.

⁶ -انظر:

B. FAUVARQUE COSSON, L'estoppel du droit anglais ,art. préc, P.8.

⁷ -انظر:

Basil.S. MARKESINIS, La notion de considération dans la Common Law : vieux problème nouvelle théories, In revue internationale de droit comparé, vol.35, n4, octobre-décembre1983, p.736.

وحيث لا يمكن تجنب اللاعدالة التي تنتج عن هذا الوضع إلا بتنفيذ التعهد أو الالتزام، وعليه يمنع القضاء الواعد من الرجوع في وعده¹.

وتعد الإستوبيل المترتبة على الوعد الصورة الأحدث للإستوبيل بالتصوير، وتختلف عنها في أن مفهوم التصوير واسع²، بينما الإستوبيل المترتبة على الوعد عبارة عن وعد وليس وصفا لواقعة أو ادعاء معين، حيث يرجع الفضل في بروز الإستوبيل بهذه الصورة رغم عدم اكتمال مفهومها القانوني، خاصة من حيث إعمالها ومفاعيلها للقاضي (DENNING) في حكمه في قضية (High trees case) لسنة 1947³.

وتعود وقائع القضية إلى سنة 1939 في لندن، وتتلخص في أن الشركة المؤجرة (المدعية) أقدمت على تأجير عمارة سكنية لمدة 90 سنة مقابل 2500 جنيه في السنة للشركة المدعى عليها، وغداة اندلاع الحرب العلمية الأولى ونظرا لظروف الحرب تم إخلاء الكثير من الشقق، مما دفع بالمؤجرة إلى الموافقة كتابة على تخفيض بدل الإيجار إلى النصف (1250 جنيه) دون أن يحدد ميعاد لانتهاء العمل بهذا التخفيض في الأجرة، وفي عام 1945 وعلى إثر عودة المستأجرين للشقق عادت المؤجرة مطالبتهم بالأجرة القديمة ولكن كأجرة مستقبلية بدءا من المنتصف الثاني من عام 1945⁴.

ولكن المستأجرة (المدعى عليها) رفضت طلبها مما اضطر بالشركة المؤجرة إلى مقاضاتها، وعلى الرغم من كون تعديل الإيجار لم يكن له مقابل جديد ومن المفروض أن لا يكون ملزما، حكم القضاة بتنفيذ الوعد⁵، وبرأي القاضي (Lord Denning) حق المؤجرة قانوني، ولكن

¹-انظر:يزيد أنيس نصير ، المقابل في نظرية العقد في الأنظمة الأنجلوسكسونية ، دراسة مقارنة مع السبب في نظام القانون المدني ، مجلة الشريعة القانون، كلية الشريعة والقانون ، ع. 33، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، يناير، 2008، ص.209.
²-انظر:

B. FAUVARQUE-COSSON, Rapport général art.prec, pp.17-18.

³-انظر:

Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd (1947) King's Bench Reports 130 as per.L.Denning

⁴-انظر:

François BAVOILLOT, Alexandre BAVOILLOT , L'introduction en droit des contrats de la notion de la Promissory Estoppel développée en common law, consultable via le site internet : <https://www.village-justice.com/.../introduction-droit-des-contrats>, publié: Le 18 juin 2015, consulté 22 /04/2018.

⁵-انظر:

اعتباراً من عام 1945 وليس الفترة الواقعة بين 1940 و1945، إنفاذاً للوعد السابق الصادر منها¹، فجاء في تعليل قراره :

"إذا صدر عن شخص، عبر تصريحاته أو سلوكه، تصوير لا لبس فيه عن سلوكه المستقبلي مع اتجاه إرادته إلى التأثير في العلاقة التعاقدية بين الأطراف، وعدل الطرف المقصود بالتصوير عن موقفه انطلاقاً من إيمانه بصحة هذا التصوير مع التعويل عليه، عندها يمنع صاحب التصوير من التصرف بطريقة مناقضة لما صدر منه، فإذا فعل فسوف يلحق ضرر بالمقصود بالتصوير أو الوعد"².

ذهب اللورد (DENNING) إلى أن الاتفاقية المبرمة في يناير 1940 لا تعدو أن تكون في قصد المتعاقدين اتفاقية مؤقتة أملتها الضرورة، وأن أثرها قد توقف منذ أوائل 1945، ومن ثم تكون الأجرة المتفق عليها أصلاً في العقد هي الواجبة الدفع مما يتعين معه الحكم لصالح المدعي. وتسبب الحكم في تلك القضية بالغ الأهمية، ولقد ذهب إلى أنه لم يكن هناك سبب لوعد المدعية بتخفيض الأجرة، وإن كانت المدعى عليها قد أقامت دعوى على ذلك الوعد، فقد كان متعينا رفضها، ذلك لأن دعواها كانت تقوم على عقد يفتقد ركناً جوهرياً هاما من أركانه، ولكن إن استخدم الوعد كمجرد دفاع، فلماذا يكون ضرورياً توافراً أو عدم توافر السبب، ذلك أن المدعى عليها في هذه الحالة لا ترغب في تنفيذ العقد، ومن ثم ليس لها حاجة إلى إثبات السبب³.

Corinne BOISMAIN, Ce qu'il faut savoir afin de contracter avec des américain ou des anglais (Elément essentiels du droit des contrats américain et anglais), Les petites affiches, du 31/01/2008, n23, p.06.

¹-انظر:

Bénédicte FAUVARQUE- COSSON, L'estoppel du droit anglais, op.cit, P.09.

²-انظر:

Régis DE GOUTTES, Le principe de l'estoppel à l'épreuve de la cour de cassation, les petites affiches(LPA), n95, 13/05/2009, p.07.

« Selon la définition qui en a été donnée par Lord DENNIG, juge de la High Court, dans l'arrêt High Trees Case , Si par ses paroles ou sa conduite, une personne fait une représentation non ambiguë quant à sa future conduite, avec l'intention que cette représentation affecte les relations légales entre les parties, et que l'autre partie change sa position sur la foi de celle-ci (in reliance on it), celui qui a fait la représentation ne peut plus agir de manière contradictoire (inconsistent with) avec la représentation si, ce faisant, il cause un préjudice à l'autre ».

³-انظر: ج.س. شيشير، س.خ فيفوت، م.ب.فيرمستون، أحكام العقد في القانون الإنجليزي، ترجمة هنري رياض، (دار الجليل- بيروت، مروى بوكشوب-الخرطوم)، 1987، ص.229

وتجنباً لهذه الإشكالية حاول اللورد (DENNIG) أن يتبع المجرى الضيق لاتجاه السوابق التي انبثقت في رحاب قواعد العدالة منذ صدور حكم اللورد (CAIRNS) في قضية (Hughes V. Metropolitan Railway Co)¹ وتتلخص وقائعها في أنه:

في 22 أكتوبر 1874 وجه المالك للمستأجر إنذاراً لمدة 6 أشهر لإصلاح العين المؤجرة، وفي حالة عدم ترميمها من طرف المستأجر اعتبر العقد مفسوخاً بينهما، وفي الشهر الموالي (28 نوفمبر)، بدأت المفاوضات بين المؤجر والمستأجر حول شراء العين المؤجرة واستمرت إلى غاية 31 ديسمبر، ولكن المفاوضات انتهت دون نتيجة، وخلالها لم يقيم المستأجر بأي عمل لإصلاح العين، وبعد انقضاء الأشهر الستة من تاريخ الإنذار الأول، أذره المالك باعتبار العقد مفسوخاً وأقام دعوى لإلزام المستأجر بإحلاله².

قضت محكمة مجلس اللوردات بأن الشروع في المفاوضات بين المالك والمستأجر يرقى إلى درجة الوعد من جانب المالك، لأنه طالما ظلت المفاوضات مستمرة بينهما، فإنه لن يقوم بتنفيذ ما جاء في الإنذار. واستناداً إلى هذا الوعد، لم يحرك المستأجر ساكناً في هذا الخصوص، ومن ثم يجب أن يجري احتساب ميعاد الأشهر الستة للقيام بالإصلاح من تاريخ فشل المفاوضات والعدول اللاحق عن الوعد، ولذا فإنه مما يتوافق والعدالة أن لا يصدر حكم بفسخ العقد في مواجهته.

وقد عبر اللورد (Cairns) عن اتجاه الحكم في الدعوى بقوله:

"إنه من المبادئ الأصولية التي تتبعها محاكم العدالة، أنه إن كان الطرفان اللذان أبرما شروطاً محددة ومستقلة تنطوي على آثار قانونية معينة، قد قاما فيما بعد عن طريق إعمالها بنفسيهما، أو أنهما نتيجة تراض من جانبهما قد شرعا في التصدي لمجرى مفاوضات تدفع أحد الطرفين إلى الافتراض بأن الحقوق الأصلية الناشئة بموجب العقد لن تنفذ أو أنها تظل موقوفة أو معطلة، فإن الطرف الذي كان بمقدوره أن ينفذ هذه الحقوق لن يسمح له بتنفيذها عندما يكون ذلك أمراً غير عادل، اعتباراً للمعاملات التي حدثت فيما بين الطرفين"³.

¹-انظر:

[1877] 2 Law reports-Appeal Cases.439, House of lords.

²-انظر:

Mukun SARADA, The doctrine of promissory estoppel, Orient journal of law and social sciences (a monthly journal), Volume IV, issue 9, P.K.Printing .Press and publications centre, Andhra pradesh ,INDIA , August 2010, p.13.

³ - انظر: ج.س. شيشير وآخرون، المرجع السابق، ص.232.

إن محكمة مجلس اللوردات قد تبين لها أن المؤجر سعى إلى تنفيذ حق وهو فسخ الإيجار، الذي لم يثمر، إلا لأن المستأجر كان معتمدا على ما صدر من المؤجر فلم يقيم بالإصلاحات، ولو صدر الحكم على خلاف ذلك، فإن حق المؤجر في إصلاح المباني كان ممكنا أن يتحول إلى أكثر من فسخ الإيجار، ولعل من اليسير إدراك أن هذه النتيجة مجحفة إلى حد كبير.

والأمر الثاني فهو أن محكمة مجلس اللوردات تعني ببساطة وقف حق المؤجر في إصلاح المباني وليس إنهاء الحق، لاسيما أنه منح المستأجر وقتا إضافيا للإصلاح و لم يعفه من التزامه في هذا الخصوص.

وأما إذا قورنت قاعدة هيوز ضد متروبولتن¹ مع وقائع قضية هاي تريز²، فإنه من اليسير استخلاص أنه ما دام أن المالك قد قبل جزءا من الأجرة كوفاء كامل، فلا يجوز له بعد ذلك المطالبة بباقي الأجرة، وإنه إن قرروا التمسك بالمطالبة بباقي الأجرة فإنه يتعين عليهم على الأقل أن يمهلوا المستأجر في الدفع³.

وذهب اللورد (Denning) إلى القول بأنه كان على استعداد للحكم بانقضاء حق المالك في استرداد باقي الأجرة، وبالتالي كان جليا أنه يسعى إلى مد نطاق القاعدة إلى أبعد من ذلك. ومنذ 1947 أضحى موقف القاعدة محل جدل كبير، حيث في كل مرة تظهر الحاجة إلى إعادة النظر في سلسلة القضايا التي تقوم على حجية الوعد، ابتداء من السابقة الشهيرة (Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd) وذلك بغرض أن يستخلص منها القضاء قاعدة ملائمة متسقة⁴.

¹-انظر:

[1877] 2 Law reports-appeal Cases.439, House of lords.

²-انظر:

[1877] 2 Law reports-appeal, House of lords Cases.439

³-انظر:

Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd (1947) King's Bench Reports130 as per.L.Denning.

⁴-انظر:ج.س.شيشير وآخرون، المرجع السابق، ص.234.

والقضاء الإنجليزي لا يزال يعتبر أن الأخذ بقاعدة الإستوبل المترتبة على الوعد لا يجب أن يصل إلى الحد الذي يلغي مبدأ المقابل، وقد أكد اللورد (DENNING) في السابقة القضائية (High Trees) ، أنه على الرغم من أن سابقة (Foakes v Beer)¹ كانت ولا تزال هي القاعدة. فهناك حالات يكون فيها من غير العدل السماح للواعد بالرجوع في وعده، ولتفادي رقابة مجلس اللوردات يقول اللورد (DENNING) أن هذه القاعدة لا تخلق أسبابا جديدة للدعوى ما لم تكن موجودة سابقا، ومبدأ الوثوق أو الاعتماد لا يمكن أن يشكل وحده سببا للدعوى مثلما يمثل طلب المقابل².

ب-3- الإستوبل بالاتفاق (Estoppel by agreement or convention) :

وهي تقوم على الاتفاق الشفوي أو التحريري ولا تكاد تختلف عن (estoppel by deed)³، وتترتب على أساس فهم مشترك خاطئ لوقائع معينة أو قانون، ويكون أثره أن يمنع طرفي الاتفاق من إنكاره إذا كان من غير العدل والإنصاف السماح لأحدهما بالرجوع عن هذا الفهم أو الاعتقاد⁴، ويختلف هذا النوع عن الإستوبل بموجب التصوير والإستوبل بموجب الوعد لأنه لا يقوم على أساس أي وصف واضح أو بات أو جازم⁵، من ذلك ما يترتب على عقد الإيجار من حرمان المستأجر أن ينكر ما كان للمؤجر من حق الملكية فيما أجر عند إبرام العقد⁶.

¹ - "وتتلخص وقائع القضية في أن الأنسة بير حصلت على حكم ضد الدكتور فوكس بإلزامه بدفع مبلغ 2090 جنيهها، فاتفق الطرفان كتابة على أنه إذا قام الدكتور فوكس بدفع مبلغ 500 جنيهه فوراً وبدفع الباقي على أقساط فإن الأنسة بير لن تتخذ أي إجراءات بخصوص المطالبة بتنفيذ الحكم، وكان مبلغ الحكم يتضمن فواتدا من تاريخ الإصدار ولكن لم ترد الإشارة إليه بالاتفاق. وبعد أن دفع الدكتور المبلغ المحكوم به طالبته الأنسة بير بدفع الفواتد، ولما رفضت طلبت منه السماح لها بتصريح تنفيذ الحكم أو إقامة دعوى للمطالبة بالفواتد وهو ما حصل فعلا، فدفع الأخير بحجة الاتفاق المبرم بينهما، وردت الأنسة بير بأنه لم يكن للاتفاق سبب يحمل عليه، وعلى إثره قضى مجلس اللوردات لصالح الأنسة بير لما طلبته من فواتد". انظر:

Foakes v beer, (1884)9 Law reports appeal Cases 605.

²-انظر:

Mukun SARADA, art. préc, p.15.

³-انظر: حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني (الإنجليزي-عربي)، المرجع السابق، ص.258.

⁴-انظر:

-B.Fauvarque-Cosson, « Rapport général », in La confiance légitime et l'estoppel, Société de législation comparée, art.préc .p.16.

⁵-انظر:

G.H.TREITEL , The law of contract , 11.ed.sweet and Maxwell, London, UK, 2010, p.130.

أشار إليه: يونس صلاح الدين علي، مبدأ الإغلاق في القانون الإنجليزي، المرجع السابق، ص.230.

⁶-انظر: حارث سليمان الفاروقي، المرجع نفسه، ص.258.

ويعتبر قبول دفع الأجرة إقراراً من المستأجر بملكية المؤجر للعقار، وعليه لا يجوز للمستأجر أن ينكر ذلك فيما بعد، فمضمون القاعدة أنه يمنع على الشخص معارضة الاتفاق المفترض الذي قبله وفق الشروط الواردة فيه¹، وقد اعترف بها القضاء الإنجليزي أول مرة أمام محكمة الاستئناف الإنجليزية في 1981 في قضية بنك تكساس (The Texas Bank Case)².

ففي قضية بنك تكساس، وقع العيب الفني في العقد من التغيير اللاحق له، وكان القرض موجه في الأصل لأحد الأشخاص مضموناً بخطاب ضمان صادر من الشركة الأم للشخص المقترض لصالح البنك، وتم تنفيذ خطاب الضمان على هذا الأساس، لكن وقع تغيير لاحق على بنية العقد، وأصبح القرض مقدماً من أحد فروع البنك إلى المقترض بدلاً من البنك الرئيسي، ولم يلحظ العواقب القانونية أو مضامين التغيير خاصة بالنسبة للبنك، وكان جميع الأطراف يفترضون في تعاملاتهم أن الضمان يؤمن أو يضمن هذا القرض، واستمر التعامل على هذا الأساس لمدة سنوات³.

قررت محكمة الاستئناف الاستناد إلى قاعدة الإستوبل المترتبة على الافتراض أو الاعتقاد المشترك، الذي تصرف جميع الأطراف بموجبه في تلك الصفقة، وبمناسبة هذه القضية جاء في تقرير اللورد (DENNING) أنه:

"إذا وضع أطراف عقد معين تفسيراً معيناً لبنوده، وتصرفوا وأداروا شؤونه المشتركة على ضوء هذا الاعتقاد، فإنهم يكونون ملزمين بهذا التفسير كما لو كان مكتوباً من قبلهم على أنه تغيير على العقد، فهم ملزمين بموجب الأساس الإتفاقي الذي أداروا به شؤونهم استناداً إلى أنه من غير العدل السماح لأحد الأطراف بأن يتمسك بالتفسير الحرفي لبنود العقد الأصلية"⁴.

¹-انظر:

O.MORETEAU, Le développement historique de la règle de l'estoppel, art. préc, pp.245-249.

²-انظر:

Amalgamated Investment & Property Co. Ltd. V Texas Commerce International Bank (the Texas Bank case), 1982 Queen's Bench Reports 84

³-انظر: صادق عبد علي طريخ، المرجع السابق، ص.298.

⁴-انظر:

- Texas Bank Case, 1982 Queen's Bench Reports 84, at 121.

المطلب الثاني

قياس حجية الاستوبل

اتخذت الإستوبل منذ بدايات ظهورها في القرن الثاني عشر ثم مراحل تطورها المختلفة صوراً وأدواراً تتفق وواقع حال كل حقبة من حقبات تطور القانون الإنجليزي، ورغم ذلك ما زالت الإستوبل من المؤسسات الصعبة الإدراك، وحتى يومنا هذا لا يحيط الحقوقيون بكل جوانبها، ويكاد هذا لا يتوافق مع الحيز الذي صارت تكتسبه يوماً بعد يوم في اجتهادات المحاكم، ولعل في تعدد صورها والخلاف حول أسسها وتنوع فروع إعمالها سواء في القانون العام أو الخاص، جعل بلورتها في مفهوم موحد متكامل صعب المنال.

مع ذلك يوجد دعم قضائي جوهري لوصفها بالنظرية، كيفما كان مضمونها على وجه التحديد، ولكن ما هو مألوف بالنسبة لأية قاعدة تتطور عبر الزمن، فإن تطبيقها على القضايا يثير فعلاً بعض المشاكل نظراً لعدم استعراضها بعد استعراضاً منهجياً مرتباً، ومن ثم فإن التصدي لها يتطلب أولاً البحث عن أوجه القاعدة المسلم بها (الفرع الأول)، ثم تناول الأوجه المشكوك فيها التي لم يستقر عليها العمل في القضاء الإنجليزي (الفرع الثاني)، وأخيراً عرض أنموذج الإستوبل المطبقة في كل من النظام القانوني الأمريكي والأسترالي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أوجه القاعدة المسلم بها

قاعدة الإستوبل قاعدة مبتكرة ذات بنية قانونية متماسكة رغم تباين ميدان إعمالها الواسع الممتد لمجمل فروع القانون، كما أن تطبيقها الكثيف من قبل القضاء الإنجليزي، يعكس الاهتمام والاتجاه نحو التمسك بها وتثبيت استقلاليتها، رغم التماثل في بعض جزئياتها مع سواها من الآليات القانونية، ومع أنها قد تتمايز من فرع إلى آخر، إلا أن هذا لا ينفي الفرادة التي تتمتع بها. مما يدفع إلى القول بأنها نظرية قانونية قائمة بذاتها وبديلة عن مبدأ حسن النية، أقله في القانون الإنجليزي¹، خاصة في مجال العقود أين كان من اللازم البحث عن أداة عدالة تعاقدية تعتمد بالدرجة الأولى على فكرة الاعتماد والثقة المشروعة.

¹ - انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.103.

إن القانون العمومي (الشريعة العامة كما يقال) وهو متأثر مسبقاً بفكرة الصفقة، إنما كان يضع أهمية كبيرة للمظهر الخارجي للإرادة، مع ذلك استطاع القرن الحالي أن يقدم مبادئ جديدة في القانون لا يستهان بها، من ذلك مثلاً الإجابة على المسائل التي عرضت بصدد مبدأ السبب أو المقابل (**Consideration**)، وكان جوهر المبدأ الفكرة القائلة بأن إمكانية رفع دعوى على أساس وعد شفوي يجب أن تعتمد على التحقق من السبب أي لماذا صدر الوعد؟

إن سبب الوعد أضحى هو التساؤل لماذا يجب أن ينفذ الوعد أولاً ينفذ، يعتبر أثر مبدأ السبب على الوعد في أن مجرد التعبير عن الإرادة ليس بذي أثر قانوني، ذلك أن التعبير عن الإرادة الذي يحمل على سبب صحيح أو دافع فحسب هو الذي يلزم من أعلن وعبر عن إرادته بالوفاء لما تعهد¹.

وتأتي خصوصية القانون الأنجلوسكسوني من أنه كان لا يجيز مبدأ الوفاء بالعهد كما هو الحال في القانون الفرنسي، فالقاعدة التي تقرر بأن الشخص ملزم بوعوده لا تشكل أساس نظرية العقود، وكان القانون الإنجليزي لا يعرف مفهوم الالتزام نفسه في صورته المجردة، وقد اعتمد على الجزاء الإجرائي للالتزام، وهو التعويض عن أضرار التعويل والذي يعاقب على عدم التنفيذ.

ولم تتبلور مبادئ قانون العقود إلا ابتداءً من سنة 1852 الذي حرر القانون الإنجليزي من أضرار الإجراءات، وسمح برسم وصياغة قانون العقود، فدعوى (**assumpsit**) أو (الدعوى الشخصية) لا تعاقب إلا على التعهدات القائمة على فكرة العوض (**consideration**) إلى جانب تطابق الإيجاب والقبول، فالوعد المعطى من شخص لتنفيذ أداء معين لمصلحة شخص آخر، يجب أيضاً أن يستند على اشتراط العوض، أي فعل أو تعهد من الطرف المقابل بأن يعطي ويقدم شيئاً معيناً.

وعليه فالإرادة المعترف لها بآثار قانونية هي فقط تلك التي تقوم على عملية تبادل، ووحدها التعهدات التي تتضمن مقابلاً تتمتع بالقوة القانونية الملزمة، وعليه إن التعهدات التي يعاقب عليها بواسطة دعوى (**assumpsit**²) هي التعهدات التي تتطلبها وتعترف بها المنفعة الاجتماعية كتعهدات ملزمة لأسباب اقتصادية وتجارية مرتبطة بتطور التجارة.

¹ - انظر: ج.س. شيشير و آخرون ، أحكام العقد في القانون الإنجليزي، المرجع السابق ، ص.33.

² - انظر: عابد فايد عبد الفتاح فايد، الاستدانة في أزمة ديون الأفراد ومعالجتها القانونية "دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص.136.

وقد تحررت فكرة المقابل من هذه الشكلية، وأصبح التوجه شيئاً فشيئاً إلى معيار الرجل العاقل الذي يجب أن يكشف في الظروف المقابل الحقيقي، ويكفي أن يكون سلوك الأطراف حيال هذه الظروف يمكن تفسيره على أنه ينشئ رابطة قانونية ملزمة، وإن أساس قانون العقود يكمن في الثقة المشروعة المسلمومة (*trompée*).

والواقع لا يكون الوعد ملزماً لأن المتلقي قد وثق فيه، فهذا الأخير يعتمد على نية المتعاقد الآخر في أن يؤدي الذي وعد به، لذلك مبدأ (*reliance*) يتوارى ليترك مكاناً لمسألة التوقعات المشروعة، فتوقع المتعاقد الذي يجب ألا يخيب يؤسس القوة الملزمة للعقد¹.

وبالمثل فإن حجية العقد أو السلوك (*Promissory or equitable Estoppel*)، وإن كانت مستمدة من السوابق القضائية في القرن التاسع عشر، إلا إنها قد طبقت في حالات وأوضاع حديثة.

وعليه هناك قاعدة فنية في القانون الإنجليزي مؤداها أنه يمكن أن يمتنع على المدعي التنصل من وعده والإصرار على اقتضاء كل حقوقه بموجب العقد الأصلي، ووفقاً لهذا المبدأ متى قام شخص بإبداء تصوير واضح وغير غامض لواقعة في مواجهة شخص آخر، وكان ذلك الشخص راغباً في أن يتصرف الآخر طبقاً لذلك، فإن تبين أن هذا التصوير ليس صحيحاً ولكن قام ذلك الآخر بالتصرف طبقاً له إضراراً بمصلحه، فإنه يمتنع على من قدم هذا التصوير إنكار مطابقته للحقيقة، فلا يجوز له أن يستفيد من الكذب وأن يترك الشخص الآخر يتضرر من رجوعه².

لهذا قاعدة الإستوبل قد وجدت مجالاً لتنمو وتترعرع في مادة العقود، لأن الإستوبل تحمي الثقة المشروعة (روح العقد) كما يقال، فالإستوبل تواجه المتعاقد الذي ينكث عن التزاماته وعهوده متى شاء وكيفما شاء، وتمنع تعرض العقود للتقلبات المزاجية للمتعاقدين³، وتغلق فم المتعاقد الذي يدعي إلغاء العقد ويطلب بتنفيذ بعض بنوده في نفس الوقت، ومن يتمسك ببند في العقد تارة لأنه في مصلحته ثم يهمله فيما بعد لأنه يضر به تارة أخرى⁴، ثم إنها ظهرت في باقي

¹ -انظر: عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص. 136-137.

² -انظر: ج. س. شيشير وآخرون، أحكام لعقد في القانون الإنجليزي، المرجع السابق، ص. 230.

³ -انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص. 03.

⁴ -انظر:

العلاقات القانونية التي تحميها القوانين الموضوعية بالأنظمة الأنجلوسكسونية، في شتى مجالات القانون¹.

ولقد أطلق عليها في بعض الدراسات المبكرة اسم حجية العدالة، إلا أن حجية العدالة على ما أشار إليه اللورد (Megary) تشمل كلا من حجية الإستوبل المترتبة على الملكية والإستوبل المترتبة على الوعد². وفي الواقع هناك أنواع لا تحصى لقاعدة عدم التناقض أو الإستوبل، ولكنها تشترك جميعها بصفات مشتركة، وإن كان القضاء لا يفسرها دائما بنفس المنوال، مما يدفع إلى التساؤل فيما إذا كانت الإستوبل قاعدة واحدة أم مجموعة من القواعد؟

يقول اللورد (Lord Denning) للإجابة عن ذلك بقوله: "إنه ومنذ قرون طويلة شيد في قانوننا العرفي منزل كبير يضم غرف عديدة، وهذا المنزل يدعى الإستوبل... ولقد ازداد عدد الغرف في زماننا ولا يمكن الخلط بينها، فهناك قاعدة الإستوبل المترتبة على الحكم « Estoppel by rem judicatum » والإستوبل بالمسألة « Issue estoppel »، والإستوبل المترتبة على السند التدويني « Estoppel by deed »، والإستوبل المترتبة على الوصف « Estoppel by representation »، والإستوبل المترتبة على السلوك « estoppel by conduct » والإستوبل المترتبة على السكوت³ « Estoppel by acquiescence »، والإستوبل المترتبة على الاختيار⁴

¹-انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.03.

²- انظر: ج. س. شيشير وآخرون، المرجع السابق، ص.235.

³- حيث يكون للسكوت اثر معلق أو مانع إذا ركن إليه الشخص عمدا حين وجب عليه الكلام أو كان منافيا للشرف والثقة أو مخالفا للاستقامة في التعامل. وتعتبر الموافقة المنبثقة عن السكوت قائمة على مبدأ الإغلاق وتجزئ الموافقة (بحكم سكوتة) على مراعاة مقتضياتها وقبول نتائجها وتعلق عليه السبيل دون إنكارها ويلتقي هذا النوع من الإستوبل مع الإستوبل بالوصف الكاذب أو بالادعاء.

فلو أبدى شخص للغير وصفا دقيقا أو فعلا أو سكت أمامه عن شيء أو كتمه عند وجوب الكلام فحمله على سلوك أو تصرف معين، فليس للشخص المذكور أن ينكر ما صدر عنه ولا يجوز التمسك بالإستوبل هنا ممن كان يعلم بكذب الوصف أو البيان عندما سمعه.

انظر: رشيد مجيد محمد الربيعي، مبدأ عدم التناقض في القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص.110.

وقررت هذا المبدأ السابقة الإنجليزية، Green Wood v Martin Bank.

انظر:

"Such an estoppel may be arise even by silence, if a party is under a duty to speak out and disclose a state of affairs to the others, deliberate silence may amount to representation". [1933] A C51.HL, see Krishna VASDEV, Law of evidence in the Sudan, Butterworths, 1981, p.219.

⁴- وتقرر عندما يكون للشخص أن يختار بين مصلحتين أو حقين متعارضين، فإذا حصل واختار أحدهما، فإنه يمنع من التمسك أو الإدعاء بالخيار الآخر، ويكون الاختيار مانعا إذا كان بين تدبيرين أو طريقين قانونيين متعارضين لا يملك صاحب الشأن إلا أن يختار بينهما، فإذا حدث ذلك منعه القانون من نقض اختياره أو الرجوع فيه و كان اختياره حجة مانعة عليه.

« **Estoppel by election** »، والإستوبل المترتبة على التنازل « **estoppel by waiver 3** » ،
والإستوبل المترتبة على الإهمال¹ « **Estoppel by negligence** » والإستوبل المترتبة على
الوعد « **promissory estoppel** » والإستوبل الإنصافية « **Equitable estoppel** »، والإستوبل
المترتبة على الملكية « **Proprietary estoppel** »، ولا نعلم ماذا بعد²، ولكنها تشترك في سقف

انظر:

Kenneth HANDLEY, *Estoppel by conduct and election*, Sweet&Maxwell, London, 2006, p.1.

¹ - تتور القاعدة عندما يفشل الشخص بإهماله في بذل عناية واجبة مما يجعل شخصا آخر يعتقد بوجود حالة معينة ويتصرف بناء على هذا الاعتقاد.
انظر: شهاب سليمان عبد الله ، قانون الإثبات السوداني لسنة 1994، د.د.ن، 2007، ص.84.

وعلى ذلك فالطرف المهمل ممنوع من إنكار وجود هذه الحالة. فيكون الإهمال ذا أثر مانع أو حجة على المهمل، إذا كان هذا الشخص ملزماً قانوناً نحو من لحقه الضرر أو نحو العامة بأن يتدبر أمراً أو يحتاط له، ولم يفعل شيئاً إزاء ذلك، فكان تقصيره وبالا على الغير وسبباً في تضليله وحمله على تغيير موقفه تغييراً جلب له ضرر.

انظر: حارث سليمان الفاروقي، المرجع السابق، ص.475.

وفي مثال على ذلك تقرر في قضية قامت فيها الزوجة بتزوير توقيع زوجها على عدد من الشيكات للسحب من حساب زوجها في البنك، واكتشف زوجها هذه الحادثة ولم يبلغ البنك لأن زوجته هددته بالانتحار، وفعلاً توفيت الزوجة فيما بعد منتحرة بعدة شهور فقام الزوج برفع دعوى ضد البنك مطالبا تعويضه عن المبالغ التي صرفت من حسابه دون أمره، قررت محكمة مجلس اللوردات أن الزوج يتمتع عليه الاحتجاج بتزوير زوجته لتوقيعه،— لأنه سكت عن الإبلاغ عن التزوير في حياتها. انظر:

Greenwood v Martins Bank, Ltd, 1932, King's Bench Reports 371; (The law Reports-house of Lords)1933 appeal court51.

²- هذا ولقاعدة الإستوبل صوراً أخرى مهمتها المشتركة مع سابقتها هي منع التناقض ورده، ولا يتسع المجال للتفصيل فيها لذلك يتم عرض أهمها بشكل موجز:

- الإستوبل بالوصف الكاذب أو بالادعاء (**Estoppel by misrepresentation**)

هي قاعدة تنشأ عما يدلي به أحد الأشخاص بقول كاذب أو بالقيام بشيء مصطنع يقنع الغير ويجعله يعتقد بشيء ويؤدي هذا إلى اعتماد الشخص بشكل معقول على هذا الاعتقاد وحصول ضرر له وتنشأ بإدلاء الشخص ببيان مزيف، ويدفع هذا البيان شخصاً آخر للاعتقاد بشيء معين، مما يؤدي إلى حصول ضرر معقول بناء على هذا الاعتقاد. انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.384.

-الإستوبل بإهمال التنفيذ (**Estoppel by laches**):

وهي تعني حرمان الشخص من مطالبة حقه أو تنفيذه إذا أهمله أو سكت عنه مدة غير معقولة من الزمن من شأنها أن تثير الشكوك في عدالة التنفيذ، وتعرف بأنها مبدأ من مبادئ الإنصاف تنكر بمقتضاها بعض المحاكم إحابة المدعي الذي تأخر بشكل غير معقول أو كان مهملاً في المطالبة بحقه.
انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.268.

-الإستوبل بالنيابة أو بالوكالة (**Estoppel by agency**):

هذه القاعدة تجدد مجالاً لتطبيقها عندما يؤدي سلوك أو قول الموكل إلى اقتناع الشخص العادي بأن هذا الوكيل مخول بالعمل نيابة عنه حتى لو كان الموكل أو الوكيل الظاهر لم يقرراً أبداً مثل هذه العلاقة.

انظر:

O .MORETEAU , *Droit anglais des affaires, préc* , p.113 et s.

على سبيل المثال عندما يضع شخص شخصاً آخر في وضع، يحمل معه سلطات تشبه سلطات الوكالة، فإن من يعرفون مثل هذا الوضع، يحق لهم الافتراض أن هناك سلطة ظاهرة لتصرف بشكل طبيعي من شخص يحتل مثل هذا المركز ، وإذا سعى الموكل لخلق انطباع لدى الغير بأن هذا الوكيل يمثله ولكن لا توجد لدى الأخير سلطة وكالة فعلية، فإن الغير يحميه القانون، طالما أنه قد تصرف بشكل معقول، استناداً إلى الإستوبل

واحد وهو منع الشخص عن قول شيء ما، أو القيام بتصرف ما، أو المنازعة في موضوع ما، ولكن كل غرفة تستخدم بطريقة مختلفة عن الأخرى فإذا ما دخلت إلى إحداها فستجد ملاحظة مفادها أن الإستوبل مجرد قاعدة إثبات.

وإذا دخلت أخرى تجد ملاحظة أخرى تفيد أن الإستوبل قد تكون سببا لإقامة الدعوى ولكل غرفة علامة مميزة، ومن الخطأ الاعتقاد أن ما قد تجده في غرفة ستصادفه في الغرف الأخرى¹.

على أن الراجح أنه يجب التمسك بقاعدة الإستوبل كما أطلق عليها أوالحجية كدفع للدعوى وليس كسبب للدعوى، وهذا نابع من طبيعة هذه القاعدة التي ينظر إليها بصورة عامة على أنها قاعدة إثبات تمنع أحد الأطراف من التمسك بواقعة معينة أو حق، ولكن هذا لا يعني أن هذه القاعدة لا تستخدم كسبب للدعوى، فقاعدة الإستوبل المترتبة على الملكية وقاعدة الإستوبل الإنصافية والإستوبل الفرعية والإستوبل المترتبة على الوعد تستخدم دائما كسبب للدعوى، ففي

المترتبة على الوكالة أو مبدأ الوضع الظاهر، حيث يمنع الموكل من إنكار منحه سلطة الوكالة للوكيل الظاهر إذا غير الغير مركزه القانوني. بما يسبب ضررا له نتيجة اعتماده وثوقه بالسلوك الظاهر للموكل.

انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.382.

-الإستوبل المقابل أو بالمثل (Estoppels against estoppel).

تنشأ هذه الصورة من الإستوبل إذا اجتمعت قاعدتا الإستوبل في مسألة واحدة، أبطلت كل منها الأخرى من ذلك إذا عرض في دعوى الطلاق ما يثبت أن الزوجة عندما حصلت على أمر الطلاق كانت مدفوعة عليه من زوجها دون أية رغبة منها، فلن تمنع هذه الأخيرة من إثبات بطلان أمر الطلاق إذا شاءت على أساس ما تقدم باعتبار أن الإستوبل القائم على تصرف الزوج من شأنه أن يبطل عدم التناقض القائم على الأمر وإن فعلها بالتقدم بطلب الطلاق يقابله فعل الزوج بإكراهها عليه.

-الإستوبل بالقرار الصادر من هيئة المحلفين (estoppels by verdict).

وتنشأ هذه القاعدة عن أي قرار صادر عن هيئة محلفين قانونية في واقعة معينة بين الخصوم أصحاب الشأن أنفسهم، ولا يعتبر هذا الاصطلاح صحيحا من الناحية الفنية، لأن قاعدة الإستوبل لا تترتب على قرار المحلفين، بل على حكم المحكمة ولعل المراد بها قاعدة الإستوبل المترتبة على الحكم القضائي.

انظر: حارث سليمان، المرجع السابق، ص.730.

-شبه الإستوبل (Quasi estoppel): تطبق في بعض القضايا بمنع أحد الأطراف من التمسك بموقف متعارض مع موقف سابق له إذا تضرر الغير من جراء الموقف الجديد وهي لا تختلف كثيرا عن الإستوبل الانصافية، حيث لا يستطيع الشخص أن ينكر ما صدر عنه من قول أو فعل إذا اعتمد عليه الغير عن نية سليمة، وكان الإنكار ضارا به.

انظر: حارث سليمان الفاروقي، المرجع نفسه، ص.574.

¹-انظر:

-Elizabeth Cooke : The moder Law of Estoppel , 1ère ed ,Oxford press University, New York2000, P.4.

مرحلة معينة كما في قضية كومب ضد كومب¹ (**Combe v. combe**)، كان ينظر إلى هذه القاعدة على أنها تستخدم كدفع فقط، فقد تقرر في هذه القضية أنه لا يمكن التمسك بها كسبب للدعوى. وتتلخص وقائعها في أن زوجة بدأت باتخاذ إجراءات قضائية للتطبيق وحصلت على حكم ابتدائي بالتطبيق من زوجها، وعندها وعد زوجها بإعطائها مائة جنيه سنويا كنفقة مستمرة غير خاضعة للضريبة مقابل عدم مطالبتها بالنفقة قضاء، ولم تكن الزوجة قد طلبت في الواقع من محكمة الطلاق الحكم لها بالنفقة، ولم يكن امتناعها عن ذلك بناء على طلب من الزوج، ثم صدر حكم نهائي بالطلاق، ولما لم تدفع المبالغ السنوية التي وعد الزوج بدفعها أقامت عليه الزوجة دعوى بناء على ذلك الوعد، قضى (**Bayern**) لصالح الزوجة، ورأى أنه ليس هناك سبب لوعد الزوج، لأنه لم يتم بناء على تعهد من جانب الزوجة للتنازل عن النفقة.

وعلى أية حال، فإنه لما كان من المسلم به قانوناً أن النفقة أمر يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة، فإن مثل هذا التعهد لم يكن من الممكن أن يكون صحيحاً أو ملزماً².

ولكن القاضي رأى أن المبدأ الذي أرسى في قضية هاي تريز يمكن الزوجة من كسب الدعوى متى كان من الثابت أن الزوج قد صدر منه وعد صريح بأن يدفع نفقة سنوية، قاصداً بذلك أن تعمل الزوجة بموجب ذلك الوعد، وأن الزوجة قد تصرفت بموجبه فعلاً. ومن الواضح أن هذا الحكم يعتبر تطبيق غير سائغ للمبدأ المقرر في هذا الشأن، فكان من الواجب استخدامه كدفاع، وليس كسبب تقوم عليه الدعوى، لأن السماح للمدعي بإقامة دعوى على مثل ذلك الوعد يعني إهداراً لركن السبب³.

وعليه تم نقض الحكم في الاستئناف، وانتهز اللورد (**Denning**) هذه الفرصة لاستعراض المسألة بالقول: "إن المبدأ الذي أرسته سابقة هاي تريز لا يخلق أسباباً جديدة للدعوى لم يكن عهد للقانون بها من قبل، ذلك أنه يمنع الطرف من الإصرار على تنفيذ حقوقه الأصلية فحسب عندما يكون من الإجحاف السماح له بتنفيذها بالنظر إلى المعاملات الفعلية التي جرت بين الطرفين...".

¹ - انظر:

combe v. combe, [1951], 2 K.B, 215 ; ALL England Law Reports, vol.1 at p.770.

² - انظر:

Hayman v Hayman (1929) A.C.601, All E.R. Rep. 245.

³ - انظر: ج.س. شيشير وآخرون، أحكام العقد في القانون الإنجليزي، المرجع السابق، ص.237.

كما أن العضوين الآخرين بمحكمة الاستئناف، وهما اللورد بيركت واللورد ايسكويت أوضحا أن المبدأ "يجب استخدامه كدرع واق للدفاع، وليس سيفاً للهجوم" وهذه الاستعارة يجب ألا يساء تفسيرها كفكرة مؤداها أن المدعى عليه فحسب هو الذي يمكن أن يتمسك بها، إذ ليس ثمة ما يمنع المدعي من الاعتماد على هذا المبدأ بشرط أن يكون لديه سبب منفصل عن الدعوى¹.

لكن هذا التصور قد تم تجاوزه، حيث أصبح بالإمكان استخدام قاعدة الإستوبل كسبب للدعوى لإمكانية خلقها أسباباً جديدة للتقاضي، فاستخدام هذه القاعدة كدفع فقط أصبح موضع شك في قضية² (Re Wyvern Developments)، حيث يقول القاضي اللورد (templeman) أن هذا الوضع لم يعد بالإمكان قبوله، وأن القاعدة يمكن أن تخلق حقوقاً.

وبالمثل أيضاً تبنى وجهة النظر هذه القاضي (Lord Denning) في قضية³ (Evenden v Guildford City Assosiation Football Club)، حيث لم يشترط لقيام قاعدة الإستوبل وجود علاقة عقدية مسبقة بين الطرفين لهذا تصلح أن تكون سبباً للدعوى.

وفي قاعدة عدم الإستوبل المترتبة على الحكم القضائي، لا يستطيع الغير الاحتجاج بهذه القاعدة، حيث تقتصر حجية الأمر المقضي به على الأطراف وخلفهم العام والخاص، فالقاعدة بالنسبة إلى الأحكام الشخصية أهما لا تعتبر حجة إلا بالنسبة لأطرافها وخلفائهم، والحكم يسري على جميع الأشخاص الممثلين في الدعوى تمثيلاً صحيحاً، ولا يسري على غيرهم.

أما قاعدة الإستوبل الفرعية (Collateral estoppel) يستطيع الغير استخدام هذه القاعدة كدفع لإنكار المسؤولية أو كسبب للدعوى لتثبيت مسؤولية الطرف الآخر عن واقعة معينة، مثاله إذا قاضت مثلاً لجنة البورصة والأوراق التجارية أحد المدعى عليهم عن قهمة احتيال في بيع الأسهم في البورصة وكسبتها، بالنتيجة قام شخص آخر بمقاضاة نفس المدعى عليه في القضية السابقة، يستطيع المدعي أن يستخدم قضية مسؤولية المدعى عليه عن قهمة الاحتيال في بيع الأسهم في

¹-انظر: ج.س. شيشير و آخرون، المرجع السابق، ص.237.

²-انظر:

-Re Wyven Developments, 1974, 1, Weekly Law Reports, 1097.

³-انظر:

-Edeven v Guildford City Association football Club, 1975, Queen's Bench Reports

القضية السالفة الذكر، ويستطيع أن يستخدم نفس تلك القضية كسبب للدعوى لتلقي التعويض عن الاحتيال استنادا إلى قاعدة الإستوبل الفرعية¹.

وقد ورد في حيثيات الحكم الصادر عن القاضي اللورد (Lord Denning) في قضية (Combe v.combe) عن مدلول المبدأ، بكونه يطبق عندما يقطع طرف سواء بالسلوك أو القول وعدا أو إقرارا لطرف آخر بقصد التأثير على العلاقة القانونية بينهما وبقصد العمل وفقا لذلك، حينها إذا حمل الطرف الآخر قول الأول على محمل الجد والثقة، وعمل على وفقه، فلا يجوز للطرف الواعد أو المقر أن يتراجع عن الوضع القانوني السابق الذي كان سببا في صنعه.

وإنه من المسلم به أنه يجب أن يكون هناك وعد صريح أو سلوك واضح الأثر لا لبس فيه ولا غموض، ولعل من أشهر القضايا في هذا الخصوص القضية الكندية، (John Burrows Ltd. V Subsurface Surveys, Ltd)²، حيث ورد في عقد قرض ما مفاده أن يتم السداد على أقساط شهرية، وأعطى الدائن الحق في المطالبة بباقي المبلغ كله إذا سدد أي قسط من الأقساط متأخرا لأكثر من 10 أيام من تاريخ الاستحقاق، ومن جملة الأقساط الثمانية عشر الأولى كانت العشرة منها لأكثر من 10 أيام دون اعتراض من جانب الدائن، فحكم بأن ذلك لا يحرم الدائن من ممارسة حقه في المطالبة بباقي المبلغ إن تم رفع القسط التاسع عشر متأخرا³.

الفرع الثاني

أوجه النظرية التي لم تستقر بعد

من الراجح أن الإستوبل يرقى إلى وصف مؤسسة أو نظرية في القانون الإنجليزي يتم استخدامها في حالات معينة لحظر الإستفادة من التناقضات الخاصة، لمنع أحد الأطراف أن يتراجع عما قاله سابقا أو فعله أو جعل غيره يعتقدده، فالإستوبل تعمل كدفع بعدم قبول أو تعطيل قانوني للاحتجاج أو لإنكار حالة واقعية معينة بسبب إنكار أو احتجاج أولي أو سلوك سابق.

غير أن الإشكال المطروح، هو غياب توحيد الإستوبل (uniformité)، إذ ليس هنالك صورة لإستوبل واحدة بل مجموعة من الصور المتعددة المقاصد في القانون الإنجليزي، وهناك جدل حول

¹ انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص. 210.

²-انظر:

(1968), 68 D.L.R. (2d) 354.

³-انظر:

Subsurface Surveys, LTD.(1968), 68 D.L.R(2d) 354. John Burrows, LTD .V.

ما إذا كانت جميع الصور أو على الأقل بعضها من نفس الطبيعة (النوع) أو يجب اعتبارها من حيث المبدأ مستقلة تماما عن بعضها البعض¹.

حيث في سابقة (Amalgamated Investment and Property Co. Ltd. v. Texas

² International Bank Ltd)، كتب اللورد (DENNING) أن فقه الإستوبل هو الأغنى والأكثر فاعلية في الترسانة القانونية الإنجليزية، وفي الوقت نفسه، أعرب عن أسفه لأنه تطور إلى صور من الإستوبل المنفصلة عن بعضها، وأن محاولات بذلت للحد منه بسلسلة من القيود من ذلك الإستوبل ليست سوى قاعدة من قواعد الإثبات، ولا يمكن أن تشكل سببا للدعوى، وأنه لا يمكن للإستوبل أن تعوض المقابل أو تزيجه³.

ومنذ ذلك الحين، بدأ التفكير حول إمكانية العمل على البحث على توحيد مفهوم الإستوبل الذي من شأنه أن يجمع ليس فقط الإستوبل المترتبة على الملكية والإستوبل المترتبة على الوعد، بل أيضا جميع أشكال الإستوبل الأخرى، وذلك بالتركيز على فئة أشمل نطاقا من الإستوبل التي من شأنها أن تستهدف السلوك اللاضميري (المخالف للسلوك السليم) لمن يعطي كلمته أو يخلق مظهرا مضللا، ويؤدي إلى اعتماد الغير الذي يجعله يغير من موقفه على حساب مصلحته⁴. ويمكن الاعتداد باللامعقولية أو بالسلوك اللاضميري للإشارة إلى الصلة بينها، ولكن لا يزال لديها شروط متميزة ومجالات مختلفة في التطبيق، وقد تخلت المحاكم الإنجليزية عموما عن أي محاولة لإيجاد أساس واحد أو مبدأ عام للإستوبل.

¹-انظر:

John CARTWRIGHT, Protecting legitimate expectations and estoppels: English Law, in la confiance légitime et l'estoppel, colloque droit privé et comparé, volume 4, société de législation comparé, Paris, 2007, p.322.

²-انظر:

([1981], 3 WLR 565, [1982], Q.B. 284)

³-انظر:

-B.FAUVARQUE COSSON, l'estoppel concept étrange et pénétrant, art. préc, p.1279.

⁴-انظر:

B.FAUVARQUE COSSON, ibid, p.1279.

وفي سابقة¹ (First National Bank plc vThompson)، قضى اللورد (MILLETT) بأن محاولة إثبات أن جميع صور الإستوبل هي الآن تجتمع تحت سقف صورة واحدة وهي الإستوبل بموجب التصوير، وأنها جميعاً يحكمها نفس المبدأ لم تنل القبول العام.

وثمة مسألة أخرى تتعلق بالسياسة القانونية، لم تحل حتى الآن في القانون الإنجليزي، وهي تتعلق بأي فرع من القانون يجب أن يتضمن النص على حماية حقوق أولئك الذين يتصرفون على حساب مصلحتهم، بالاستناد على وعود غير ملزمة قانوناً؟ هل ينبغي النص على هذه الحماية في قانون العقود، الذي يركز على الوعد والثقة المتضررة؟ ألا ينبغي أن يكون ذلك في فرع آخر من القانون، مثلاً قانون الخطأ أو المسؤولية (Law of torts)، مع إيلاء اهتمام خاص لسلوك المدعى عليه غير المعقول (اللاضميري) وطبيعة الجزاء²، أو حتى في قانون الثقة (constructive trusts).

وعلى الرغم من عدم وجود نظرية عامة حول اللاضميرية في القانون الإنجليزي، فإن هذا التطور ليس مستبعداً، ولكن من أجل بناء مبدأ موحد للإستوبل، سيكون من الضروري اتخاذ قرار من مجلس اللوردات، وبمناسبة البحث عن لخيطة المشترك، يمكن أن يستلهم ذلك في نهاية المطاف من المبدأ الإنجليزي لحماية التوقعات المشروعة، الذي دخل مؤخرًا في مجال القانون العام.

حيث إذا كانت السلطة العامة قد دفعت شخصاً عادياً، لعدة سنوات، إلى الاعتقاد بأنه سينتفع من حق إجرائي معين، يختلف عن ما يتطلبه عموماً مبدأ "الإنصاف" و"العدالة الطبيعية"، فإن القضاة الإنجليزي يعتبرون أن التوقعات الإجرائية المشروعة لذلك الشخص يمكن أن تحظى بالحماية؛ وفيما بعد، تم توسيع نطاق هذه الحماية لتشمل التوقعات الموضوعية المشروعة³.

وعلى الرغم من أن لهذا المذهب، له أوجه تشابه كثيرة مع الإستوبل، وإذا كان يتشاطر القيم الأخلاقية مع القانون الخاص، فإنه موجود في حد ذاته وفي القانون العام الإنجليزي.

¹-انظر:

(1996) Ch231, CA , per MILLETT LJ at p.236.

²-انظر:

Sur ce débat, MCKENDRICK, Contract Law, Palgrave, 6^{ème} éd., p. 125.

³-انظر:

B.FAUVARQUE COSSON , L'estoppel concept étrange et pénétrant, art. préc, p1279.

وخارج نطاق القانون الإنجليزي يمكن للقانون الإسكتلندي أن يكون مصدر إلهام له، من خلال مبدأ موحد يسمى الحاجز الشخصي¹ (**Personal Bar**)، حيث عدم الاتساق وعدم الإنصاف في القانون الإسكتلندي هما المفهومان الرئيسيان لهذا المبدأ، وهما أقرب إلى الاستتوبل، ولكن ربما يكونان أقرب إلى مفهوم "إساءة استعمال الحق".

وبالنسبة للإستتوبل المترتبة على الوعد لا زال تطبيقها يلقي تحفظا وتضييقا من حيث الشروط، بسبب ما يعرف بالمقابل نظرا لخصوصية قانون العقود الإنجليزي.

وفيما يلي يتم استعراض بعض النقاط التي تثيرها الإستتوبل في التطبيق عندما تستخدم كدفع وبالأخص تلك المترتبة على الوعد:

أولاً: هل القاعدة ذات أثر واقف للحقوق؟

لقد تمت الإشارة سابقا في قضية هيوز ضد متروبوليتن أن محكمة مجلس اللوردات قد قضت بأن حق المؤجر في إصلاح المباني قد أوقف ولم يتم إنهائه، وقد اعتقد على نطاق واسع أن التفرقة بين الإيقاف والإنهاء إنما هي وجه ضروري من أوجه النظرية.

وفي الواقع يمتد تأثير قاعدة الإستتوبل إلى تعطيل الحقوق وليس إلغائها ومن المؤكد أنها تتوافر في واقع الأمر في كثير من القضايا الهامة، كما جاء في سابقة (**Hughes v Metropolitan Railway Co**²)، فالالاتجاه العام هو أن تأثيرها يمتد لتعليق الحقوق التي يمكن استعادتها بعد توجيه إشعار معقول أو بتغير الظروف، مع ذلك أقر حكم مجلس اللوردات في قضية (**Tool Metal Manufacturing co.Ltd.V Tungsten Electric co.Ltd**)³ خلاف ذلك وتتلخص وقائعها في أنه:

¹-انظر في تفصيل الموضوع:

Elspeth REID, Protecting Legitimate Expectations and Estoppels in Scots Law, Report to the XVIIth International congress of Comparative Law , (Response to questionnaire II.A.4) July 2006, Electronic Journal Of comparative Law, vol.10.3, December(2006), site internet: [Http://www.ejcl.org](http://www.ejcl.org).

²-انظر:

(1877) 2 App .Cas.439.

³-انظر:

-Tool Metal Manufacturing Co. Ltd. V .Tungsten Electric Co; Ltd(1955)2 ALL E, R.657;(1955) IW.L.R.761.

كانت المستأنفة هي المالكة المسجلة لبراءات اختراع بريطانية، وفي أبريل 1938 أبرمت عقدا مع المستأنف ضدها، والتي أعطت بموجبه للأخيرة رخصة للقيام بصنع خليط من معادن صلبة وفقا للاختراعات التي كانت محلا للبراءة، واتفقت معها على أن تقوم باستيراد سلعة صناعية. ووافقت المستأنف ضدها على الشرط الذي وضعته المستأنفة بأن تدفع لها تعويضا، إن حدث وأن تجاوزت الكمية المقررة المتفق عليها، وإثر نشوب الحرب العالمية الثانية 1939، تنازلت المستأنفة عن ذلك الشرط وبعد انتهاء الحرب تراجعت عن هذا التنازل عن التعويض، وذلك بسبب تجاوز السلعة القيمة المتفق عليها¹.

وحيث اتضح وتبين من الأدلة الموضوعية، أن المستأنفة وافقت في 1932 على أن توقف تنفيذ التعويضات إلى حين إبرام عقد جديد، وفي 1944 رفعت المستأنف ضدها الدعوى ضد المستأنفة على أساس الإخلال بالعقد، فأقامت المستأنفة دعوى فرعية مطالبة بالتعويض من أول يونيو 1945، وقضي برفض دعوى المستأنف ضدها، ومن ثم انصب الجدل كله حول الدعوى الفرعية. قضت محكمة الاستئناف بأن أثر الاتفاق المبرم في 1942 في نطاق العدالة يمنع المستأنفة من المطالبة بالتعويض، إلا إذا قامت بتوجيه إنذار معقول للمستأنف ضدها برغبتها في العودة للتمسك بكافة حقوقها الأصلية، ولكن لم توجه مثل هذا الإنذار.

وبداية من شهر سبتمبر 1950 أقامت المستأنفة الدعوى ضد المستأنف ضدها مطالبة بقيمة التعويض منذ بداية يناير 1947، وردا عليها دفعت المستأنف ضدها بحجة الاتفاق المبرم في 1942 بناء على قواعد العدالة، واستندت أيضا إلى القول بأنهما لم تتلق إخطارا معقولا لإنهاء ذلك الاتفاق. وقد حكم القاضي بيرسون بأن الدعوى الفرعية التي أقيمت ردا على الدعوى الأصلية في 1945 ترقى إلى مرتبة الإنذار، وقضت محكمة الاستئناف بنقض حكم محكمة أول درجة. ولكن مجلس اللوردات لم يوافق على ما ارتأته محكمة الاستئناف، ومن ثم نقض حكمها وأيد حكم القاضي بيرسون.

وأكد اللورد هيدسون على الشروط التي يجب أن تخضع لها حجة الوعد:

¹ - انظر: ج.س. شيشير وآخرون، المرجع السابق، ص. 239.

- 1- أن يكون الطرف الآخر قد غير مركزه.
- 2- أنه يمكن للواعد الرجوع في وعده بإعطاء اعذار معقول، ولا حاجة لأن يكون الإنذار رسمياً، ومن ثم يعطى الموعد له فرصة معقولة لاستعادة مركزه السابق.
- 3- إن الوعد لا يكون نهائياً وغير قابل للعدول عنه إلا إذا لم يكن في استطاعة الموعد له استعادة مركزه¹.

وفي القضية السالفة الذكر التزام المدين العقدي بتسديد أقساط خلال فترات محددة، ينتهي حق الدائن باستلام هذه الأقساط خلال فترة التعليق، ولن يستطيع الدائن العودة إلى حقوقه العقدية الأصلية إلا بتوجيه إشعار أو إنذار معقول للمدين، أو عندما تتغير الظروف التي أعطى الوعد بها. ليست قاعدة مستقرة أنه لا يجوز استئناف الدفع فيما يتعلق بوعده التوقف عن الدفع عن تسديد مبلغ مقطوع، ففي إحدى القضايا المماثلة التي نظرها اللورد (DENNING) قضي بأن المحكمة قد لا تسمح للواعد بالرجوع إلى حقوقه القانونية الثابتة، ويمكن أن يكون عدم التناقض نهائياً وقطعياً إذا كان يقصد من وراء الوعد أن يكون نهائياً بشكل دائم².

والرأي القائل بأن حجية الوعد ذات أثر واقف فيما عدا الحالات التي لا يكون ميسورا فيها إعادة الموعد له إلى مركزه رأي له وجهته، وتجدر الإشارة أن تأثير قاعدة الإستوبل يمتد إلى تعديل الالتزامات التعاقدية، وذلك من خلال الامتناع عن تطبيق بنود العقد كما في مثال سابقة (Huges v Metropolitan Railway Co)، وفي ذلك يقول القاضي اللورد (CAIRNS) إذا تضمن اتفاق بين الأطراف شروطا معينة ويترتب عليها نتائج قانونية محددة، ودخل نفس الأطراف في مفاوضات أدت إلى اعتقاد أحدهم بأن الحقوق الواردة في الاتفاق غير ملزمة أو تم تعليقها أو تعطيلها، فإن الطرف الذي يحتج بهذه الحقوق لا يسمح له بذلك إذا كانت غير منصفة استنادا إلى ما تم بين الأطراف³.

¹ - انظر: ج.س. شيشير وآخرون، المرجع السابق، ص.241.

² - انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.233.

³ - انظر:

وسارت المحاكم الإنجليزية على هذا السابقة وجعلت منها قاعدة أساسية لها، فبالإستناد إلى مبدأ العدالة والإنصاف يمتد تأثير الإستوبل إلى عدم تطبيق البنود الواردة في العقد حتى في حالة غياب المقابل¹.

ولقد عملت المحاكم الإنجليزية إلى عدم التوسع في هذا المبدأ من ذلك مثلا ما جاء في قضية (**Birkom Investments Ltd.v carr**) حيث ورد في حكم المحكمة ما مفاده: "أن القصد من الإستشهاد بقضية (**Hughes**) هو أنه ينبغي عدم تطبيق الحقوق الثابتة الواردة في العقد ولكن يجب عدم التوسع في هذا المبدأ"، فقاعدة عدم التناقض يمتد تطبيقها إلى تعديل الالتزامات السابقة من خلال عدم تنفيذها، أما التوسع في استخدام هذه القاعدة فأمر غير واضح حاليا وبانتظار المحاكم لتقرر ذلك.

ونفس الموقف اتخذته محكمة الاستئناف في قضية² (**Birmingham and District Land Co.v London & North Western Railway co**) حيث رفضت التوسع في هذا المفهوم وأخذت بنفس الرأي الذي قال به مجلس اللوردات في قضية (**Hughes**). لكن حكم قضية (**Durham Fany Goods Ltd .v Michael Jackson (Fancy Goods)Ltd**)³ قد توسع في مفهوم هذا المبدأ وقررت المحكمة أن الإستوبل أو قاعدة عدم التناقض لا تشمل العلاقات القانونية السابقة، بل يمكن أن تمتد في بعض الظروف لتشمل المسؤوليات والجزاءات، ونورد ملخص وقائع هذه القضية فيما يلي:

قبلت شركة (**Durham Fancy Goods**) سفتجة مسحوبة على حساب شركة **Michael Jackson (Fancy Goods) Ltd** من قبل السيد **Michael Jackson** بصفته مديرا للشركة، كانت السفتجة واستمارة القبول معنونة باسم (**Michael Jackson Fancy Goods Ltd**) بينما الاسم الصحيح للشركة هو **Michael(Fancy Goods) Ltd**، حيث ردت السفتجة ولم تدفع من

¹-انظر:

T.ANTONY DOWNES , ibid, p.126.

²-انظر:

-Birmingham and District land co. v London & North Western Railway co.1886, 40Chancery Devison268 CA

³-انظر:

Durham Fancy Goods Ltd. V Michael Jackson (Fancy Goods) Ltd, 1968 2 ALL, England Repports, 987.

قبل الشركة السالفة الذكر، فأقام المدعي باسم شركة (Durham) دعوى ضد السيد (Jackson) شخصيا عن هذه السفتجة، وقررت المحكمة أن هناك غلطا كافيا في الوصف يكفي لترتيب المسؤولية الشخصية بموجب قانون العقود، لكن السيد جاكسون قد تخلص من المسؤولية لأن المدعي هو الذي حرر السفتجة وكتب الاسم الخاطئ عليها، ومن أجل ذلك تم منعه من التمسك بقوله أنها كانت مقبولة من المدعى عليه.

ثانيا: هل يتعين على الموعود له أن يتصرف لغير مصلحته؟

يبقى التساؤل قائما عن السلوك الذي يصدر من الموعود له الذي يتعين أن يعقب الوعد قبل أن يكون الوعد ملزما، بالنسبة لحجية الوعد المتعلق بتصوير واقعة معينة، فإن من صدر منه تصوير الواقعة يحتج بها عليه إن كان من وجه إليه ذلك قد تصرف بناء على ذلك إضرارا بمصلحته، وليس غريبا والحال هذه أن يقال على سبيل القياس بأن شرطا مماثلا يتطلب لإعمال حجية الوعد، وكان ذلك أمرا متوافرا في واقع الأمر في قضية هيوز ضد شركة متروبوليتن، ذلك أن المستأجر لم يكن في الواقع قد تصرف لغير مصلحته الذاتية فحسب، بل إنه تصرف لغير مصلحته في مواجهة الواعد "المؤجر" بإغفاله إصلاح العين المؤجرة.

ومثل هذا الأمر في مواجهة الواعد توافر في كثير من القضايا الأخرى التي طبقت فيها النظرية، ولربما لم يكن من قبيل الصدفة في هذه الحالات التي أعملت فيها القاعدة لترتيب أثر واقف للحقوق والالتزامات لأنه من الأيسر في الواقع إعادة الموعود له إلى مركزه الأصلي في مواجهة الواعد أكثر مما لو غير مركزه في مواجهة الغير¹.

ثالثا: بالنسبة للتسويات مع الدائنين هل يمتد الإستوبل إلى الوعد بقبول الوفاء الجزئي للدائن؟

وإذ جرى العمل منذ عهد بعيد على أن يقوم دائنو المعسر بعمل ترتيبات معه يتقرر بموجبها أن يقبل الدائن نسبة مئوية من دينه كوفاء كامل للدائن، والبحث عن سبب كاف لحمل مثل هذا الاتفاق المعقول على محمل الإلزام أرهق القضاء ردحا من الزمن، وهي مسألة تحكمها قاعدة معروفة في القانون الإنجليزي مؤداها أن الوفاء الجزئي بالدائن لا يعد مقابلا كافيا لتسوية كل الدين. وإذ يعتبر الاتفاق على الوفاء الجزئي في القانون الإنجليزي وعدا غير معززا بمقابل، ومتى حاول المدين التمسك به فإنه يواجه باعتراض مباشر بأنه هو نفسه لم يقدم مقابلا لوعد الدائن،

¹ - انظر: ج.س. شيشير وآخرون، المرجع السابق، ص. 243.

وبالتالي فإن الأخير غير ملزم بقبول الوفاء الجزئي كتسوية للمبلغ الكامل للدين، وعليه يمكنه أن يقاضي المدين لاحقاً للمطالبة ببقية الدين، ما لم يقدم المدين مقابلاً جديداً¹، إلا أنه في تطور حديث في موقف القضاء طراً على القاعدة استثناء يتمثل في أعمال الاستوبل بموجب الوعد أو ما يعرف بالإغلاق الانصافي متى دعت قواعد العدالة والإنصاف إلى منع الدائن وإغلاق أو إيصاف السبل في وجهه للمطالبة ببقية الدين، وقد أكدت سابقة **High Trees**² انطباق مبدأ الاستوبل متى كان هنالك شرط يلزم الدائن بعدم الرجوع عما وعد به أي بعدم المطالبة بالوفاء الكلي وقد ورد على لسان اللورد **DENNING** بأنه بناء على الاستوبل الإنصافي فإن الوعد بقبول مبلغ أقل من جانب الدائن كتسوية يعد ملزماً.

الفرع الثالث

أنموذج الاستوبل الإنجليزية المطبقة في النظامين القانونيين الأمريكي والأسترالي

لقد استقبلت النظم القريبة من النظام القانوني الإنجليزي الاستوبل، كندا عرفت مؤسسة الاستوبل الإنجليزية وطبقته كما هي على تعدد صورها وأشكالها. بينما تبنت أستراليا والولايات المتحدة الاستوبل ولكن بشكل متميز يتكيف وطبيعة نظمها، فإذا كانت الاستوبل الإنجليزية محض دفاعية في الأصل، إن هذه النظم جعلت منها آلية هجومية تأسيساً على فكرة الاعتماد أو الوثوق تارة (التطورات الواردة أدناه في القانون الأمريكي)، وتارة أخرى على فكرة "السلوك دون ضمير" (التطورات الواردة أدناه في القانون الأسترالي) وهو ما سيتم تناوله في عرض موجز لموقف كل من القانونين الأمريكي والأسترالي (أولاً و ثانياً).

أولاً: النظام القانوني الأمريكي والاستوبل.

في الولايات المتحدة الأمريكية، ونتيجة التطور التاريخي والوضع الفيدرالي والتأثير البريطاني، فإن نظام القانون العمومي وما يتصل به من قانون العدالة يطبقان فيها، وعلى الرغم من ذلك فإن التنظيم القضائي الأمريكي يختلف نوعاً ما عن النظام البريطاني³.

¹ - انظر:

Robert DUXBURY, Contract in a Nutshell, 5th ed, Sweet and Maxwell, London , 2001, p.22 .

أشار إليه يونس صلاح الدين علي، مبدأ الإغلاق في القانون الإنجليزي، المرجع السابق، ص.253.

² - انظر:

Central London property trust Ltd v. high tress house Ltd.1947.KB.130.

³ - انظر: طارق زيادة، كتابات قانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1998، ص.11.

هذا وإن النظام القانوني الأمريكي من الوجهة الإجرائية تبنى بدوره أسلوب القانون المبني على السوابق القضائية في التقاضي بوجه العموم، حيث يكون القاضي في مقدمة التطور القانوني، كما تعد السابقة القضائية على وجه العموم ملزمة وأكثر حجية من الكتابات الأكاديمية. وقد عرف هذا النظام الإستوبل بل اعتمدها بصورها المختلفة في جميع مجالات القانون، وله في ذلك اجتهاد قضائي غزير، ولكن تبقى تتميز بخصوصيتها عما هو موجود في النظام القانوني الانجليزي، كذلك إن قانون العقود الأمريكي مشتق كقاعدة عامة من القانون العام، ويستثنى من ذلك قانون ولاية لوزيانا الذي استمد مبادئه من النظرية العامة للالتزامات القائمة في الشريعة الرومانية الجرمانية¹.

إن التعريف التقليدي للعقد في القانون الأمريكي لا يختلف كثيرا عن نظيره في إنجلترا والدول التابعة، هو التعهد أو الوعد العقدي، الذي يقره القانون، ويرتب الحقوق والالتزامات، وقد عرف القانون الأمريكي مبدأ الإيقاف التعهدي (**Promissory estoppel**) للحيلولة دون الرجوع في الوعد أو العرض وهذا راجع لأخذه بنظرية الثقة، بتأثير مقتضيات إعادة صياغة قانون العقود الأمريكي **second restatement of contracts (1981)**، لاسيما في القسم 90 منه²، ليحل محل مبدأ العوض أو المقابل بوصفه أساسا للزوم تنفيذ الوعد³، حيث يقرر القوة الإلزامية للوعد بناء على الثقة المتولدة لدى الغير على أن لا تؤخذ بعين الاعتبار إلا إذا كانت معقولة، واعتبرت فعلا الوسيلة الوحيدة لتدارك الظلم المحتمل حدوثه.

ولا يقتصر المبدأ الذي تنص عليه المادة 90(1) على العقود، بل يمتد ليشمل أعماله ميادين أخرى مثل الجرائم، والوكالة، الرد (**La restitution**) وما إلى ذلك، وعلى الرغم من عدم اعتراف المشرع الأمريكي صراحة بمبدأ الإستوبل، وأنه ليس مكرسا بنص في القانون التجاري

¹ - انظر: محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص. 253.

² - انظر:

Restatement (second) of contracts §90, Promise reasonably Inducing action or Forbearance:
 (1) A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or the third person and which does induce such action or forbearance is binding If injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires.
 (2) A charitable subscription or a marriage settlement is binding under subsection(1) without proof that the promise induced action or forbearance.

³ - انظر: إي ألان فانسوارث، قانون العقد المقارن، من كتاب ماتياس ريمان، رينهارد زيمرمان، كتاب أكسفورد، مج 2، المرجع السابق،

ص. 1354.

الموحد، الذي يستخدم كقانون نموذجي في الولايات المتحدة، ومع ذلك، يقرر القسم 205-2 منه بإمكانية جعل الإيجاب غير قابل للعدول عندما يعتمد متلقي العرض بشكل معقول على الإيجاب¹. وطبقاً لمبدأ العوض، فإن اعتماد الموعد على ما لم يسع إلى تحصيله لن يعد عوضاً، بحكم أنه لم يفاوض عليه، ولكن في ظل مبدأ الإستوبل، فإن مثل هذا الاعتماد قد يمنع الواعد من افتراضه غياب العوض في الوعد إذا كان ينبغي على الواعد أن يتوقع بشكل معقول مثل هذا الاعتماد.

والراجع أن هذا المبدأ لم يبلغ حتى الآن مبلغ القاعدة العامة في إنجلترا على النحو الذي صار إليه في الولايات المتحدة الأمريكية²، وهذا ويرجع إلى تاريخ الإستوبل المترتبة على الوعد الذي يرجع إلى ما يقارب مائة عام، بينما عرف القانون الإنجليزي في وقت متأخر هذه الصورة من الإستوبل بفضل اللورد (DENNING)، في حين أن هذا الإجراء معترف به في الولايات المتحدة في أول إعادة لصياغة قانون العقود، الذي يعود تاريخه إلى عام 1932، وقد أخذت الولايات المتحدة بهذه القاعدة فيما يعرف بقضايا التبرعات، والتي تعتبر مصدراً قوياً لتمويل الكثير من المؤسسات والمشاريع الخيرية، التي تعتمد على ما تتلقاه من هبات، بيد أن المقابل يقف حجر عثرة أمام هذه الهبات لاعتبارها ملزمة، وبالتالي من حق المتبرع الرجوع عما يكون قد تبرع به.

وقد كتب عنها كثير من شراح القانون³ وأشار إليها لأول مرة الفقيه (Samuel Williston)⁴ في دراسته المنشورة في 1920 عن العقود، ويشترط ليكون هذا الوعد ملزماً للواعد أن يكون الموعد له قد تصرف تصرفاً قانونياً اعتماداً على هذا الوعد، رغم أنه غير مسند بمقابل.

¹ -النص الكامل للقسم 205-2 هو كما يلي:

"لا يمكن إلغاء العرض الذي قدمه التاجر لشراء أو بيع البضائع في كتابات موقعة، والتي تضمن بشروطه أنها ستظل مفتوحة، بسبب عدم النظر فيها، خلال الوقت المحدد أو في حالة عدم ذكر وقت لفترة زمنية معقولة، ولكن لا يجوز بأي حال من الأحوال أن تتجاوز فترة عدم الرجوع هذه 3 أشهر، ولكن يجب أن يتم توقيع أي شرط ضمان من هذا القبيل على نموذج مقدم من المشرف عليه بشكل منفصل من قبل العارض" انظر.

Uniform commercial code Américain (UCC) publié en 1952

² -انظر: ماتياس ريمان، رينهارد زيممان، كتاب أكسفورد للقانون المقارن، مج.2، المرجع السابق، ص.1354.

³ -انظر:

Benjamin F.BOWER, Promessory Estoppel: requirements and limitations of the doctrine, Formerly American Law register, Vol.98, n.04, University of Pennsylvania Law Review, marsh,1950, p.459.

⁴ -انظر:

فلا يسمح بالنتيجة للواعد أن يرفع قضية بشأن هذا العقد، حيث نفس الأمر يحدث عندما يقوم شخص بالاعتماد على وعد صادر من شخص آخر بتغيير أوضاعه المادية والمعاشية كإنفاق أمواله مثلاً¹. ولقد طور القضاء الأمريكي قاعدة عدم التناقض المترتبة على الوعد الذي أخذت به مدونة العقود الأمريكية الثانية لسنة 1981 في المادة 90 منها والتي تقضي صراحة بأن: "الوعد الذي من شأنه أن يجعل الواعد يتوقع بأنه سيدفع الموعود له للقيام أو الامتناع عن القيام بعمل معين، والذي يتصرف بناء عليه يعتبر ملزماً، حتى ولو لم يكن هناك مقابل له، إذا كان من شأن اعتباره ملزماً أن يمنع النتائج الغير العادلة"، ولإعمال قاعدة عدم التناقض المترتبة على الوعد، لا بد على المدعي إثبات ما يلي:

-وعد

- وثوق واعتماد **Reliance** متوقع من جانب الواعد.

- وثوق واعتماد حقيقي من جانب الموعود له.

في الواقع كان موقف ولستون من كلمة عدم التناقض في القانون أنها تتضمن معنى رد الفعل بدلا من الفعل، وأن عدم التناقض يمنع الطرف الآخر من دفع الادعاء، لا أن يقوم برفع الإدعاء.

والسبب الذي جعل بعض المحاكم الأمريكية تستخدمه كدفع كما حدث في قضية **(Dewitt) (V.Fleming)**، حيث جاء في حيثيات الحكم ما مفاده: "تعتبر قاعدة عدم التناقض المترتبة على الوعد لدى المحكمة العليا في ينوي دفعا وليس سببا للدعوى و قد برأت المحكمة مؤخرا **(Dewitt)** بأن قررت الاعتراف بقاعدة عدم التناقض أو الإستوبل المترتبة على الوعد كسبب إيجابي للدعوى يتفق مع أحكام المحاكم الأخرى.

Samuel WILLISTON, the Law of contract, vol1, New York Lawyers Co-operative pub.Co.1957, p.308.

¹ - كما حدث في إحدى القضايا التي عرضت على القضاء الأمريكي أين عرض شخص على ابن أخيه الذهاب إلى فرنسا للدراسة على نفقته الخاصة، وبناء عليه سافر ابن الأخ و انفق على نفسه من أمواله لمدة سنة كاملة ثم عاد للوطن وطلب عمه بما تعهد له به. انظر:

Devecom V.Show 69 Maryland Reports, 1888,199 14 a 464

وفي قضية أخرى، حيث وعد المدعي عليه بتأمين يخت يعود للمدعي دون مقابل لذلك إلا انه لم يوف بوعدو وأغفل تأمينه، ورفضت المحكمة اعتبار عدم قيام المدعي بتأمين يخت مقابلا على أساس أن هذا الامتناع لم يتم طلبه من المدعي عليه. انظر:

Thorne v., Deas 4 Johnson's Chansery Reports, 48(1809).

وكانت محاكم تكساس متأرجحة بشأن الاعتراف بقاعدة عدم التناقض المترتبة على الوعد كأساس للدعاء الإيجابي، ومن أمثلة أحكام محكمة تكساس العليا حول قاعدة التناقض المترتبة على الوعد في قضية¹ (Wheeler v. White) حيث قررت أنه: "بالنسبة للدفع فإنه لا يمكن لهذا الوعد أن يخلق سببا جديدا للدعوى بغض النظر عن صلاحيته كدفع.

وتتلخص وقائع الدعوى في أن شخص يدعى (Wheeler) ادعى أنه قد أصابه ضرر نتيجة وثوقه بوعد شخص يدعى (White) الوارد في اتفاق مكتوب، ويدعمه مقابل مالي للحصول على أرض لتمويل بناء مركز تجاري على أرض عائدة لويلر، وردا على ادعائه دفع (White) أن العقد المكتوب غير قابل للتنفيذ لأنه غامض وغير محدد، وهذا الدفع كان له صدى لدى المحاكم الابتدائية بيد أن المحكمة العليا في تكساس لم تقبل هذا الدفع فحسب، بل طبقت قاعدة الإستوبل المترتبة على الوعد كدفع لمنع الواعد (White) من إنكار قابلية الوعد للتنفيذ بسبب غموضه وعدم تحديده في موضوع تقديم التمويل².

وموقف المحكمة العليا من اعتبار الإستوبل سببا إيجابيا للدعوى يتماشى مع ما أراد ولستون تأكيده في دراسته عن قاعدة الإستوبل، وبما أن معظم المحاكم في ذلك الوقت كان لها موقفا مفاده أن الوثوق بالوعد المسبب للضرر، لايلي شروط مبدأ المقابل للقضاء بتنفيذ التبرعات الخيرية، بيد أن بعض المحاكم كانت تفرض تنفيذ الوعود الخيرية بالاستناد على مبدأ الإستوبل.

وتجدر الإشارة أن إحدى النقاط التي أثار الخلاف خلال كتابة المدونة الثانية للعقود الأمريكية لسنة 1979، هي كيفية احتساب مبالغ الأضرار الناجمة عند الأخذ بقاعدة عدم التناقض المترتبة على الوعد، و كمثال نوقش خلال مداوات الأعمال التحضيرية وعد كان صدر من رجل لابن أخيه بإعطائه 1000 دولار لشراء سيارة، اشترى ابن الأخ سيارة بمبلغ 500 دولار، بيد أن العم رفض دفع أي مبلغ، اختلفت وجهات النظر بين المداولين بيد من يرى أن ابن الأخ يستحق

¹ - فقد أوجب على ذلك بأنه عندما يقطع طرف سواء بالقول أو الفعل وعدا إلى طرف آخر أو تعهد يهدف إلى التأثير على العلاقة القانونية ويتم العمل على أساسه، عندها حالما يصدق الطرف الآخر كلام الأول و يعمل بموجبه، فإنه لا يسح للطرف الذي قطع هذا الوعد أن يرجع إلى العلاقة القانونية السابقة كما لو كان الوعد لم يقطع، وهذا لا يرتب عقدا جديدا في ظل انعدام عقد مبرم مسبقا، لكنه يمنع أحد الأطراف من التمسك بحقوقه القانونية الثابت، حيث يكون من الظلم السماح له بتنفيذها، إن وظيفة قاعدة عدم التناقض المترتبة على الوعد هي وظيفة دفع من حيث أنها تمنع الواعد من إنكار إنفاذ الوعد.

انظر:

Wheeler V White, 1966 , Tex, 398 South Westren Reporter 2d 93,96(Tex.1966).

² - انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص. 362.

1000 دولار وهو المبلغ الذي وعد به وبين من يرى أنه يستحق 500 دولار فقط وهو المبلغ الذي أنفقه فعلا.

وفي الأخير استقر نص المدونة على أن يكون التعويض الممنوح عن نكث الوعد حسبما تقتضيه العدالة، وهي صيغة تربط التعويض بمقتضيات العدالة مما يعني الاعتراف بصلاحيه مطلقة للقاضي لتحديد التعويض المناسب حسب الحالة التزاعية.

وكما هو الحال في القانون الإنجليزي، يجد الإستوبل بموجب الوعد في القانون الأمريكي مصدره في الإنصاف والغرض الأساسي منه هو معالجة وضع غير عادل¹، وعلى هذا النحو ينبغي الإشارة إلى أن القاضي، شأنه شأن أي مؤسسة من مؤسسات الإنصاف، يظل سيدي سيادة تامة على تطبيقه ونادرا ما يحكم بالإنفاذ العيني في القانون الأمريكي، كما يلاحظ من جهة أخرى ارتباط التعويض بمقتضيات العدالة ويتمتع القاضي بالسلطة التقديرية لتحديد حبه حسب طبيعة النزاع². ويختلف الإستوبل الأمريكي عن الإستوبل في القانون الإنجليزي في عدد من النقاط، وفي إنجلترا، ذكر اللورد (DENNING) في قضية (High Trees) أن "المحاكم لم تذهب إلى حد تقديم سبب للدعوى في الأضرار الناجمة عن انتهاك مثل هذا الوعد". ومن هنا، فإن مبدأ "الإستوبل" الأمريكي في هذه النقطة بالذات قد تجاوز القانون الإنجليزي، لأن هذه الآلية يمكن استخدامها ليس فقط للدفاع بل في الهجوم، ولذلك إن الموعود له المتضرر، بموجب الاعتماد أو الوثوق التي أودعه في الوعد من شخص آخر، يمكنه أن يحرك إجراءات الدعوى على أساس الإستوبل، من أجل الحصول على تعويض عن العطل والضرر. ونادرا ما يحكم بالتنفيذ العيني الجبري للوعد، ويمكن أن يكون التعويض ثقيلًا للغاية من حيث العواقب المالية التي تترتب على

¹-انظر:

Edward ERRANTE, le droit Anglo-Americain des contrats , Arrêts et commentaire, L.G.D.J, E.J.A, 1995, p.18.

²-انظر:

Kelly VALCH, ROYAUME UNI- Le principe de promissory estoppel de Common Law à l'épreuve du droit français, soumis le 31/03/2009 par Philippe GUEZ dans MBDE/ droit des contrats, site internet :

<https://blogs.parisnanterre.fr/content/royaume-uni-le-principe-de-promissory-estoppel-de-common-law-%C3%A0-1%E2%80%99%C3%A9preuve-du-droit-fran%C3%A7ais-p>

صاحب الوعد الذي لم يلتزم به. وفي مواجهة هذه الصعوبة، تجاوز القاضي الأمريكي مفهوم الاعتماد إلى الوثوق أو التوقع المشروع لتحديد طريقة حساب الأضرار.

إن مضمون المادة 90 من إعادة صياغة العقود الثانية يسمح لنا بملاحظة خصوصية أخرى لمؤسسة الإستوبل بموجب القانون الأمريكي، وهو توسيع افتراضات استخدام الإستوبل، حيث يمكن أن يفيد الإستوبل الغير وليس فقط المستفيد من الوعد، بالإضافة إلى ذلك، تنص المادة 90 بوضوح على أن الإستوبل يمكن أن ينطبق عندما يكون الوعد قد أدى إلى (عدم القيام بسلوك إيجابي).

كما استخدمت الإستوبل المترتبة على الوعد في الولايات المتحدة للتغلب على عدم اليقين القانوني الناجم عن بعض الحالات القانونية الخاصة بالقانون العام، وعلى وجه الخصوص، استخدمت الإستوبل في القانون الأمريكي لإعطاء قوة إلزامية للاتفاقات التي نشأت أثناء المفاوضات السابقة للعقد، في حين أن نظم القانون العام لا تعطي أي قوة لمثل هذه الاتفاقات.

واستخدام الإستوبل في مثل هذه الحالات يكشف عن تطور إيجابي وعملي للمبدأ بموجب القانون الأمريكي، الذي يهدف إلى توفير حماية أكبر للأطراف في مجالات القانون، التي لا يكون فيها إبرام العقد جبراً ممكناً أو ممكنين ولكن لا يوجد مقابل. وأخيراً، يقع عبء الإثبات على الشخص الذي يتذرع بالإستوبل " (إما المستفيد من الوعد أو الغير)¹.

وفي هذا الصدد يتعين الإشارة على سبيل المثال لا الحصر إلى الحكم الشهير الصادر عن محكمة استئناف (Missouri) سنة 1959 في قضية² (Feinberg.v Pfeiffer.co).

وتتصل وقائعها برب عمل وعد السكرتيرة بأنها إذا وافقت أن تحال على التقاعد مسبقاً سيدفع لها 200 دولار شهرياً، وبالفعل تحصلت على المبلغ الموعود به لفترة 7 سنوات، حين قرر رب العمل الجديد توقيف سداده، غير أن محكمة استئناف (Missouri) قضت بإلزامية الوعد واستمرار سريانه تجاه رب العمل الجديد، معتبرة أن هناك ثقة متضررة لكون السكرتيرة حين قبلت أن تتقاعد لم تبحث عن عمل جديد، نظراً للمبلغ الموعود به الذي يضمن استقرار وضعها المالي

¹-انظر:

Kelly VALCH, ROYAUME UNI- Le principe de promissory estoppel de Common Law à l'épreuve du droit français , Art.préc.

²-انظر:

Feinberg.v.Pfeiffer co.322.s.w.2d.163(Mo.App.1959)

والعائلي، وكانت المحكمة بذلك طرحت مفهوماً جديداً للضرر الذي لا يقتصر فقط على الخسارة المالية أو المادية، بل يعتبر ضرراً كذلك عدم اتخاذ إجراءات معينة نظراً للوعد المقطوع.

ثانياً: النظام القانوني الأسترالي والإستوبل.

إن القانون الأسترالي تأثر هو الآخر بالمعنى الجديد المتمثل في الإستوبل، وساهم في بروز ملامح مفهوم مستجد لها، يأخذ بالاعتبار معطيات قانونية تتجاوز المجال التعاقدية بصورة خاصة، وتبرز الإستوبل في التشريع الأسترالي كمؤسسة واحدة على خلاف التنوع في الصور وفي التطبيق الحاصل في القانون الإنجليزي، حتى أنه وفي السنوات الأخيرة ألهم القانون الأسترالي العديد من الفقهاء الإنجليز الذي أدركوا السمات المحتملة لتطور القانون الإنجليزي نحو تكريس مبدأ عام موحد للإستوبل.

وعرف القانون الأسترالي الإستوبل المترتبة على الوصف أو التصوير منذ زمن بعيد، وتطبيقها كان بنفس النهج المتبع في القانون الإنجليزي، ولكن هناك اختلافاً فيما يتعلق بالإستوبل المترتبة على الوعد (**Promissory estoppel**)، والإستوبل المترتبة على الملكية (**proprietary estoppel**) أضحى القانون الأسترالي لا يفرق بينهما، وصارت معروفة باسم الإستوبل الإنصافية (**equitable estoppel**)

بعد تبني القضاء الأسترالي هذه القاعدة في قضية (**Legione v. Hateley**)¹، قامت المحكمة العليا الأسترالية بتعميمه عام 1988، وقد تخطى وتجاوز القضاء الأسترالي وتجاوز ما استقرت عليه المحكمة العليا في لندن في قضية (**High Trees House**)، وقد توسع في تطبيق هذا المبدأ على قضايا أخرى²، في الحالات التي لا توجد فيها علاقة قانونية سابقة بين الطرفين المتخاصمين، واستخدم قاعدة عدم التناقض المترتبة على الوعد كسبب للدعوى وليس مجرد دفع.

يبدو ذلك واضحاً من خلال استقراء الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا الأسترالية في السنتين 1988 و1990، التي أقرت العمل به، ولكن بشكل متميز عن القانون الإنجليزي بحيث استبعدت القيود الإنجليزية في إعمالها بدءاً بقضية **Walton Stores Ltd.v. Maher**³.

¹-انظر

Legione v Hateley (1983) 152 CLR 406.

²-انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.355.

³-انظر:

Waltons Stores (Interstate) Ltd V.Maher (1988) 164 Common Law Reports 387.

وتتلخص وقائع القضية في قيام مفاوضات بين الزوجين (Maher) وشركة (Walton) Stores بواسطة محاميا الطرفين، أفرزت عن اتفاق شفهي يقضي بتأجير الشركة عقارا يملكه الزوجان،

وبتمام إرسال مشروع عقد الإيجار إلى الزوجين للتوقيع عليه بعد إعلامهم عن إمكانية اقتراح تعديلات من طرف الشركة على العقار، تم إرجاع العقد موقعا عليه بواسطة محاميها إلى محامي الشركة لتوقع عليه، في ظل عدم تلقيهما أي مستند كتابي حول طبيعة التعديلات.

وكان الزوجان بالموازاة قد باسرا هدم البناء القديم على ملكيتهما لتشييد بناء يتناسب أكثر من احتياجات الشركة المستأجرة وبعد أن شارفت الأشغال على الانتهاء تفاجأ الزوجين بمحامي الشركة يبلغهم أن موكلتهم لم تعد ترغب بإبرام عقد الإيجار.

وبصدد دراسة ملف القضية المطروحة، أكد القاضيان (Mason et Wilson) على دور الشركة في تشجيع ودفع المالكين إلى مواصلة الأشغال إلى غاية تاريخ إعلامهم بقرار عدول الشركة عن توقيع عقد إيجار العقار، والذي برأيهما كان السبب وراء إكساء الإستوبل الطابع الهجومى الناتج عن سلوك الشركة الخاطيء، وفي نفس السياق ركز القاضى (Brennan) على تناذر الشركة عن إعلام المالكين بقرار عدولها عن توقيع عقد الإيجار، على الرغم من علمها بأعمال الهدم التي بوشرت من طرفهما¹، والتي تكون أخطأت عبر إسهامها بتوليد الاعتقاد لديهم برغبتها في توقيع العقد فعليا، مما يجعلها تتحمل المسؤولية كاملة عن هذا الأضرار التي أصابت الزوجين من جراء هذا العدول، ولقد أيده في ذلك القاضيان (Deane) و(Graudon) .

بمناسبة هذه القضية قضى بإجماع القضاة الخمسة للمحكمة العليا الأسترالية بتحميل الشركة التعويض عن العطل والضرر اللاحق بالزوجين (Maher) إعمالا للإستوبل، إنما استندوا على توقع (Expectation) الجهة المالكة وعدم صوابية سلوك الشركة، وليس على التصوير أو الوصف جوهر الإستوبل الانجليزية، حيث يعتمد القضاء الأسترالي على الإستوبل الإنصافية (L'équitable estoppel)، ويشترط زيادة على ذلك لإثارة تطبيق الإستوبل توافر عنصر انعدام الضمير (Unconscionability)، والذي يمكن تحققه بمجرد أن يقوم أحد الأطراف بتشجيع الطرف الآخر لتكوين افتراضات تقود به إلى الوثوق والاعتماد.

¹ - انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص. 110 و ما يليها.

وبمناسبة قضية أخرى في معرض منازعة (**Commonwealth.V.Verwayen**¹) سنة 1990 حول تحلل (**Commonwealth**) من التزامها ومسئوليتها تجاه أحد الجرحى الجنود في البحرية الأسترالية بالمناقضة لسياستها السابقة القائمة على تحمل المسؤولية عن أوضاع الجنود، وبسواء عبر نفي واجب العناية المفروض عليها أو عن طريق إثارة التقادم، فكان قرار غالبية القضاة متوجها بتحميلها المسؤولية.

القضاة الاستراليين قاموا بصقل الخطوط العريضة لتأسيس مبدأ عام للإستوبل؛ وقفوا على تحديد مسألة التنازل عن الحق في إثارة التقادم أو الحد منه، وطرحوا مشكلة أكثر عمومية: هل يمكن استخدام الإستوبل لحرمان الشخص من الحق الذي يحميه النظام العام²؟ فلفهم حدود الإستوبل في القانون الأسترالي، لا يكفي استخدام مفهوم "الاعتماد" البسيط. يجب أيضا النظر في سلوك الشخص الذي تم مواجهته بالإستوبل فيما يعرف ب (**unconscionable conduct**)، ويعني السلوك المنافي للضمير والذي يتكون من عنصرين: الأول معنوي ويفيد عن لا شعور وعدم إدراك ويستوعب فكرة سوء النية والتدليس عبر تقييم سلوك المتناقض.

والثاني مادي ويعني الإفراط وتجاوز حدود المعقول والصواب الذي يترتب عليه الأخذ بالاعتبار الضرر اللاحق بالغير الذي وثق به³.

وتجدر الإشارة أن الفكر القانوني الأنجلوسكسوني سرعان ما ارتقى بفكرة أو مبدأ اللاضميرية إلى نظرية كاملة عامة اكتمل بناؤها في النصف الثاني من القرن العشرين وشاعت في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا وأستراليا، وتعني كل ما هو منافي للضمير وسلامة الطوية، أو ما يصدم الضمير السليم تعتمد عليه المحاكم في رفض تنفيذ العقود غير المنصفة أو الجائرة بسبب

1-انظر:

-Commonwealth v. Verwayen [1990], 170 CLR 395.

2-انظر:

Bénédicte FQUVQRAUE-COSSON, L'estoppel, concept étrange et pénétrant, art. préc, P.1279.

3-انظر:

Bénédicte FAUVARQUE COSSON, L'estoppel du droit anglais, art.préc, p.21.

تعسفات إجرائية في تكوين العقد أو موضوعية تتعلق بأحكام تلك التي تخل بتوقعات الأطراف المعقولة¹.

المبحث الثاني

تدويل الإستوبل الأنجلوسكسونية

القانون الدولي تلقف الإستوبل بالطريق العرفي، فقد شهد ميلاد التحكيم الدولي ابتداء من القرن الـثامن عشر بدفع من البلدان الأنجلوسكسونية والدراسات القانونية المقارنة اختراق الإستوبل للنظام القانوني الدولي، وكان التحكيم في بداياته الحديثة، يهيمن عليه المملكة البريطانية والولايات المتحدة الأمريكية، التي كانت تستخدم لتسوية المنازعات من قبل المحكمين والمسؤولين "الحكوميين للدول الأنجلوسكسونية"، فكثيراً ما يشار إلى مفاهيم مشتركة لحقوقهم في قوانينهم الداخلية. وهذا هو الحال بالنسبة لمبدأ الإستوبل، استدعي أولاً إلى المحاكم الأمريكية والإنجليزية، وكان في استقباله القانون الدولي في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، وقد استمد القضاء الدولي مضمون هذه القاعدة وطبقها في العديد من المنازعات الدولية².

وصيغة الإستوبل في القانون الدولي تتطلب من الدولة أن تلتزم بمراعاة الاستقامة والثبات في مواقفها المنتجة للمركز القانوني أو الفعلي، ويجد هذا المتطلب أساسه في الحاجة المستمرة للقليل من

¹ - انظر: علي حامد الحضار، العدالة في العقود، المرجع السابق، ص.108.

² - كانت هناك تصورات عديدة لتحديد المقصود منه، تقتصر على ذكر بعضها فالأستاذ B. Cheng يراه مبدأ حسن النية الذي ينادي بعدم السماح للشخص بأن يعصف بكل شيء لكي يؤكد في أن واحد ما ينكره على الطرف الآخر. انظر:

B. CHENG, General Principles of Law as Applied by Internationg Courts and Tribunals, Landon , 1953 , p.100.

أما ج. شوارزنبركر فيعرف الإستوبل على أنه النظرية التي طبقاً لها يكون شخص القانون الدولي ممنوعاً من إنكار الحقيقة الواردة في بيان أو تصحيح معمول سابقاً من ممثل سلطة مخول أو وجود واقعة، يحمل هذا بالقول أو السلوك، الآخرين على الاعتقاد بها ، كما أشار إلى صلة الإستوبل بمبدأ حسن النية، و حجية الأمر المقضي فيه، والعمل اللاحق الذي يكون مخالفاً ومناقضاً لعمل سابق.

انظر:

G. CHWARZENBERGER. The Fundamental Principles of International Law, Hague Academy, Vol. 87, 1955, P.253.

أما الأستاذ براونلي فيرى أن الإستوبل أو المبدأ المانع قد تبوأ مكاناً في القانون الدولي بوصفه مبدأ عاماً يرتكز على مبادئ حسن النية والثبات والاتساق في المواقف وقد أدى دوراً هاماً في نزاعات إقليمية أمام الهيئات القضائية والتحكيمية الدولية، ويمكن أن يباشر أمام الهيئات لإزالة الغموض أسوة بمبادئ الإنصاف والعدالة بالإضافة إلى كونه جزءاً من الأدلة والتسبيب القضائي،

انظر:

Ian BROWNLIE, principles of public International law, 2 nd Ed, Oxford, 1973, P.617-618.

الثبات وإمكانية التنبؤ إلى حد ما بنمط سلوك الدولة، وأن فشل هذه الأخيرة في الالتزام بمعيار الاستقامة والاتساق في مجال علاقاتها الدولية، يعتبر أمراً غير مرغوب فيه في كل من الدول الأخرى¹. ولقد طبقت الإستوبل بشكل واسع حديثاً في مجال التحكيم التجاري الدولي والتجارة الدولية، بيد أن رسوخ هذه القاعدة كمبدأ عام في قانون التجارة الدولية لا بد من أن يكرس كمبدأ قائم بذاته بعيداً عن خصوصية الإستوبل الأنجلوسكسونية، وإنما استوبل متميزة تتكيف ومتطلبات التجارة الدولية.

وفيما يلي يتم التطرق إلى أساس الإستوبل كمبدأ عام في إطار المعاهدات تارة، وبوصفه من القواعد الإجرائية أمام الهيئات القضائية والتحكيمية الدولية تارة أخرى (مطلب أول)، لنخلص في المطلب الثاني إلى استدعاء الإستوبل في النزاعات التجارية الدولية.

المطلب الأول

بزوغ نجم الإستوبل كمبدأ عام في القانون

استعمل التجار الأوروبيون في العصر الوسيط التعبير اللاتيني (*Lex mercatoria*) للإشارة إلى مجموعة القواعد التي نشأت عن النشاط التلقائي وسلوكيات التجار في الأسواق، وما ألحقه إليها زملائهم الذين تفرغوا لوضع لوائح تنظيم الأعمال التجارية بكل طائفة، فهي مجموعة من العادات التجارية، أضيف إليها مجموعة من القواعد اللائحية، التي تنظم أعمال التجار وتغنيهم عن الاحتكام إلى القانون الإقطاعي الذي كان ينظم الحياة الاقتصادية بالعصر الوسيط². وقد تميز بطابعه العرفي الدولي إذ وضعه هؤلاء التجار بعيداً عن سلطان الدولة، كما اكتسب طابعه الدولي من خلال تطبيقه على أسواق الموانئ الدولية على تجار مختلفي الجنسية، ويرجع الفضل في بلوغ هذا القانون أوج مجده في بدايات القرن الخامس عشر ميلادي إلى محاكم التجار.

وقد أفل نجم هذا القانون بفعل التنافس الاستعماري بعد اكتشاف القارة الأمريكية، وظهور تعاليم المدرسة التقليدية التي تقدر النعرة الوطنية لفكرة الدولة ذات السيادة، والتي لا تقبل

¹ - انظر: مرتضى جمعة عاشور، الدفع بالإستوبل للتحكيم التجاري الدولي، مجلة كلية الحقوق، مج.4، ع.14، جامعة النهريين، 2012، ص.03، مقال متاح على شبكة المعلومات العالمية، اطلع عليه بتاريخ 20/12/2018 على الساعة 10.30 صباحاً الموقع الإلكتروني:

journal.nahrainlaw.org/getpdf.php?p=20

² - انظر: محمد أحمد إبراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص.25.

خضوع رعاياها إلا لقانونها الوطني، الأمر الذي أثر على قانون التجارة القديم خاصة بفعل حركة التقنين التي خلقت مشكلة تنازع القوانين، مما عرقل حوكمة التجارة وحال دون نموها وازدهارها. وفي العصر الحديث ظهرت الدعوة إلى التوحيد الدولي للقواعد التجارية، وهو ما تجسد في إبرام العديد من اتفاقيات التجارة الدولية في مختلف مجالات النشاط التجاري الدولي¹. وقد أسفر تطبيق قواعد التجارة الدولية بصورة مضطربة ومتطورة عن ظهور قانون جديد أطلق عليه الفقه عدة تسميات، منها القانون الدولي التجاري، القانون الدولي للأعمال بينما غلبت وشاعت تسميته بقانون التجارة الدولية².

وفي إشارة لمصادره الدولية يوصف بأنه مجموعة من المبادئ العامة والقواعد العرفية المطبقة تلقائياً في أوساط التجارة الدولية دونما الاستعانة بقانون وطني ما، ويضاف إلى مكوناته النظم والقواعد التي تشكل بصورة تدريجية هيكلًا لنشاط المتعاملين بالتجارة الدولية. وفي تأكيد كونه نتاجاً لممارسات العلاقات الخاصة الدولية، ما جاء به تقرير الأمانة العامة للأمم المتحدة، حال عرضه على الجمعية العامة بغية إنشاء لجنة توحيد أحكام قانون التجارة الدولي والتنسيق بين أنشطة المنظمات المشتغلة به بحسبه "مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص"، والتي تجري بين عدد من الدول³.

¹ -انظر: حسني المصري، المرجع السابق، ص.434.

² - "ولا يوجد اتفاق موحد حول تعريف القانون التجاري الدولي أو قانون التجارة الدولية حيث براه بعض الفقه قانوناً تكون بطريقة عرفية في أحضان الرابطة الدولية لرجال الأعمال والتي تمثل مجتمعاً دولياً للتجارة قادراً على تشكيل نوع من القانون التجاري الدولي بصفة حقيقية أو قانون لا وطني ما ستوجب مراعاته من قبل محكمي التجارة الدولية أثناء توليهم مهمة قض التزاعات التجارية عن طريق القواعد الخاصة بها. كما ذهب البعض لاعتباره قانوناً عبر دولي باعتباره مجموعة من المبادئ العامة والقواعد العرفية المطبقة تلقائياً في أوساط التجارة الدولية دونما الاستعانة بقانون وطني ما ويضيف لمكوناته النظم والقواعد التي تشكل بصورة تدريجية هيكلًا لنشاط المتعاملين بالتجارة الدولية. كما يعرفه البعض على أنه لا يقتصر على عادات التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون المحصلة من الدراسات القانونية المقارنة بل يشمل كذلك كافة القواعد مهما كان مصدرها والتي لها صلة بعلاقات التجارة الدولية أو قواعد الإسناد التي تهدف لفض تنازع القوانين من حيث القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

كما يصفه بعض الفقه بالنظر في إشارة إلى مصادره بكونه مجموعة القواعد التي تعالج علاقات التجارة الدولية والمستمدة من التشريع الدولي كالاتفاقيات الدولية لاسيما تلك التي تتبنى تشريعات موحدة بالإضافة على القواعد المستمدة من العقود النموذجية والشروط العامة التي قررتها منظمات التجارة الدولية الخاصة أو العامة دون إغفال العادات الناشئة عن النشاط العفوي والتلقائي للتجار والشركات عبر القومية، كما وعرف في موضع آخر بأنه قانون اللعبة في التجارة الدولية".

انظر: محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص.26؛ هاء هلال دسوقي، قانون التجار الدولي، القاهرة، مصر، 1993، ص.26.

³ -راجع في عرض تقرير الأمانة العامة للأمم المتحدة في تعريف قانون التجارة الدولية و تفرقة عن غيره، محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1988، ص.08 وما بعدها، أشار إليه محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع نفسه، ص.27.

ولا شك تطبيقاً لمفاهيم التجارة الدولية ونقل البضائع والأشخاص عبر الدول، أصبحت ظاهرة لجوء الأشخاص إلى محاكم عدة دول لكسب دعواهم كظاهرة موجودة، ونتج عنها احتمالية وجود تناقضات في سلوكياتهم الإجرائية في النزاع المعروض على القاضي الوطني. بمناسبة سلوك تبنيه سابقاً، أو قانون هم أنفسهم طالبوا بتطبيقه أمام القاضي الأجنبي. وإن أول شيء يتبادر إلى الذهن في مجال التجارة الدولية، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عنها، حيث أسهم التحكيم التجاري الدولي بشكل كبير في سفر فكرة الإستوبل وتحويلها عبر العالم¹.

والتحكيم ليس بظاهرة قانونية حديثة، وإنما هو نظام قديم يضرب بجذوره في بطون التاريخ واكتسب طابعاً تجارياً دولياً في العصر الوسيط، ثم فقد هذا الطابع بسبب الحروب التي استعرت بين الدول الكبرى في القرنين السادس عشر والسابع عشر، وبعدها أخذ يسترد بالتدرج مكانته، حتى عنيت الاتفاقيات الدولية بالتحكيم من بدايات القرن العشرين باعتباره وسيلة مناسبة لفض منازعات التجارة الدولية²، وأخذت هذه الاتفاقيات تسري إلى أن بلغت أهمية التحكيم في هذه المنازعات مبلغاً كبيراً، وسمي هذا الأخير بالتحكيم التجاري الدولي.

وإذا كان التحكيم يتضمن عناصر تفوقه على القضاء العام كوسيلة لفض المنازعات عموماً، فإن هذا التفوق يبرز خصوصاً متى اتخذ التحكيم وسيلة لفض المنازعات التجارية، والتحكيم طريق بديل للقضاء للفصل في منازعات التجارة الداخلية، وطريق أصيل للفصل في منازعات التجارة الدولية لعدم وجود قضاء دولي خاص يختص في تلك المنازعات.

¹ - انظر: أحمد سيد أحمد، الإستوبل الإجرائي "مبدأ عدم التناقض الإجرائي" في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص. 177.

² - "حيث اهتمت المنظمات الدولية بالتحكيم وقد أبرم في عهد عصبة الأمم بروتوكول جنيف 1923 المتعلق بشروط التحكيم، واتفاقية جنيف الموقعة عام 1927 بشأن تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، وفي عهد الأمم المتحدة، وقعت اتفاقية نيويورك في 10 يونيو 1958 بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها وهي اتفاقية مفتوحة لكافة دول العالم، كما صدر عن لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي قانون التحكيم النموذجي المعروف بالأونسترال Uncitral في 21 يونيو 1958، حيث أوصت الجمعية العامة للأمم المتحدة الدول الأعضاء على وضع القانون النموذجي موضع الاعتبار في تشريعها الداخلية، بالإضافة إلى العديد من الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية التي نظمتها الأمم المتحدة في هذا الشأن"

انظر: سامية راشد "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984، ص. 07؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، مصر، 2003، ص. 07 وما بعدها، أحمد إبراهيم عبد التواب، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2009، ص. 09.

والملاحظ في السنوات الأخيرة أن التحكيم اكتسب مساحات واسعة على حساب القضاء في مجال الفصل في المنازعات الناشئة عن كافة التعاملات، لما تحققه مزايا التحكيم في العديد من الحالات مثل السرعة في الفصل في المنازعات، وسهولة إجراءات الدعوى التحكيمية وعدم تعقيدها، وصدور العديد من الأحكام التحكيمية التي نجحت في إرساء العديد من المبادئ القانونية، سواء في مجال التجارة الداخلية أو التجارة الخارجية.

ويفضل الكثيرون خاصة التجار اللجوء إليه أفراداً أو شركات، فالمنازعات التي تنشأ في مجتمع التجارة تتعلق برؤوس أموال كبيرة، يؤدي تأخر الفصل فيها إلى أضرار جسيمة بالمتنازعين بصفة خاصة ومجتمع التجارة بصفة عامة، والدعوى التجارية في معظمها تتسم بطابع العجلة¹، وذلك لسبب بديهي هو حاجة الحياة التجارية إلى السرعة والبساطة والثقة في التعامل²، لما يوفره من ضمانات إزاء مخاطر متنوعة متوقعة محذرة بضارة بغالبيتها بمصالح الأطراف الدولية المتنازعة³، والتي تعود بجذورها إلى حراك قانوني تكاملي تشريعي فقهي قضائي، ساهم في ترسيخ العديد من المبادئ القادرة على تأمين الفاعلية الضرورية والممكنة لضمان نجاح هذه الوسيلة القضائية الخاصة، وتجاوز العقبات التي تحول دون تبنيتها في ظل مزايا عديدة جذبت الاهتمام محلياً وإقليمياً ودولياً، أبرزها السرعة، واقتصاد الوقت والجهد والنفقات، والركون إلى ذوي الخبرة العلمية والكفاءة المهنية.

وتعكس أهمية التحكيم التجاري في الوقت نفسه أهمية شرط التحكيم بالنسبة للعقود التجارية. فلا ريب من أن قبول التجار إدراج شرط التحكيم في العقد الذي يقدمان عليه يشجعهما على إبرامه، إذ يلزمهما الشرط منذ العقد بالخضوع للتحكيم فيما ينشأ من منازعات في المستقبل، وتفسر أهمية التحكيم اضطراد العمل به في العقود التجارية خاصة الدولية منها⁴، بل إن هذه العقود غالباً ما يندر ألاً تحتوي على بند يفيد طرح ما يثور بشأنها من منازعات على

¹ -انظر: حاتم رضا السيد، التحكيم في منازعات الشركات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016، ص.1 و2.

² -انظر: حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2006، ص.09.

³ -انظر: إيمانويل غابيار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، ترجمة رنا شعبان ومحمد شلابة، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2011، ص.65.

⁴ -انظر: محمود محمود المغربي، محمود علي ملحم، معضلة صياغة البنود التحكيمية في عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، لبنان، 2015، ص.230.

التحكيم، وبقدر ما تأتي حياكة البند متقنة ودقيقة يتحقق توظيفه الجيد في بلوغ مرام إدراجه في متن العقود التجارية الدولية الخاصة.

وإذا كان من الصعب بمكان وجود بنود تحكيمية استباقية مثالية تشبع حاجات الأطراف، لاسيما في عالم التجارة الدولية قادرة على التجاوب ومتطلباتهم بالنظر إلى خصوصية النظم القانونية وتباين مقاربتها لفلسفة التحكيم، إلا أن تحديد ما يفترض أن تحيط به البنود التحكيمية من معطيات وعناصر في لغة متميزة تراعي خصوصية النزاع، وأسلوب تسويته ليس بالأمر الصعب المنال¹، ويصدق القول بأن التحكيم أضحى هو القضاء الأصيل لنظر المنازعات التجارية الدولية. ومن المبادئ العامة للقانون، التي تلقفها القانون التجاري الدولي، والتي طبقت في قرارات وأحكام قضائية وتحكيمية دولية، كان مبدأ عدم التناقض أو مرادفه الاستوبل الذي أصبح محل اهتمام فقهاء القانون الدولي وتم الاعتراف به في إطار المعاهدات ذات الصلة تارة أو بوصفه من القواعد الإجرائية أمام الهيئات القضائية والتحكيمية الدولية تارة أخرى (الفرع الأول)، كما تم استدعاؤه أمام مجلس المنازعات التجارية في إطار منظمة التجارة الدولية إلا أن تطبيقه لازال يعرف بعض المعوقات التي ترجع إلى صعوبة ضبط مفهومه بشكل علمي دقيق، وكذا تحديد دوره خاصة في ظل عدم وجود اجتهاد متناسق لقرارات جهاز تسوية المنازعات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المبدأ المانع (الإستوبل) في القانون الإتفاقي

سبقت الإشارة إلى دور القانون المقارن كمصدر للقواعد الدولية، وحتى بالنسبة للنصوص الدولية يشكل مصدرا الهام بالنسبة للمحكمن حين سعيهم لتحديد قواعد (Lex mercatoria)، ذلك أن أكثرية التشريعات الدولية غالبا ما تتضمن اتفاق الدول على جملة من النقاط فيما يعرف بالمبادئ القانونية العامة، وهي تعبر عن نظام قانوني جوهري عابر للدول² لا يستطيع أي كان تجاوزه أو المس به، ولا شك في دور هذه المبادئ المتقدمة في الاجتهاد التحكيمي الدولي.

¹-انظر: محمود محمود المغربي، محمود ملحم، المرجع السابق، ص.231.

²-انظر:

وقد عرفها أحد الفقهاء بأن المبادئ العامة للقانون عبارة عن مجموعة من القواعد العامة والأساسية التي تهيمن على الأنظمة القانونية، والتي تتفرع عنها قواعد أخرى تطبيقية تخرج إلى حيز التنفيذ في صورة العرف والتشريع¹.

والمبدأ كفكرة أو كتصور عام مجرد أو كمفهوم أخلاقي فحسب، لا يكون ملزماً إلزاماً قانونياً، أي دون إسباغ الصفة، أو الطبيعة القانونية عليه، لكن المبدأ الذي يطبق في الواقع ويتم الإقرار به بصفته القانونية صراحة أو ضمناً يصبح مبدأ قانونياً ويكتسب صفة القاعدة الموضوعية من خلال التطبيق القضائي له أو من استخدامه في العمل الدبلوماسي بصورة عامة وثابتة، وكذلك من استخدامه استخداماً مستنداً على أساس حقيقي ومقبول بطريقة موحدة وليس مجرد استناد إلى المبدأ كواقعة قد أنجزت في نطاق الوقائع والتصرفات القانونية من قبل أشخاص القانون الدولي العام.

أولاً: استقرار الإستوبل في القانون الدولي كقاعدة عرفية عامة

يمكن القول أن المبدأ يكتسب صفته القانونية بشكل صريح، عندما يتم تقنينه، أو تدوينه في الوثائق الدولية الرسمية، كما هو الحال في إشارة المادة 38 من النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولي ومن بعدها المادة (1/38-ج) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ونصها على المبادئ العامة للقانون، ما يعزز وجهة النظر السائدة في قانونية المبادئ أو طبيعتها القانونية. ويعتبر الإستوبل من المبادئ الأساسية في القانون الدولي حيث أنه أصبح واحداً من المبادئ المعترف بها في الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم²، إلى جانب مبدأ حسن النية ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحقوق³، ولعل في استقرار مرافعات الأطراف أمام المحاكم الدولية، وما أصدرته المحاكم من أحكام وما ألحقه به القضاة من آراء منفردة ومعارضة، ما يوضح الأهمية التي أصبح يحتلها الاستوبل أمام المحاكم الدولية.

¹ - انظر: مفيد محمود شهاب، المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، مج. 23، 1968، ص. 10.

² - انظر: الرأي المنفرد للقاضي ألفارو الملحق بمحكمة العدل الدولية في قضية معبد بريار فيهار في :

C.I.J, Rec;1962 ; p.43.

أشار إليه عادل عبد الله المسدي، المرجع السابق، ص. 03.

³ - انظر:

^Schwarzenberger, A manual of international law , 5th ed, London,UK , 1967, P.633.

أشار إليه : طالب عبد الله فهد العلواني، المرجع السابق، ص. 33.

وقد سبق لمحكمة العدل الدولية الدائمة، دون أن تعتمد مباشرة في هذه القضية، أن أشارت إلى هذا المفهوم في قضية القروض الصربية في عام 1929¹. وأيضاً ما قررت محكمة العدل الدولية في قضية حكم تحكيم ملك اسبانيا الصادر سنة 1906 بين نيكاراجوا وهندوراسي²، حيث كانت نيكاراجوا قد رفضت تنفيذ القرار الذي أصدره ملك اسبانيا في عام 1906 بخصوص النزاع الحدودي بين البلدين، وقد أرجعت نيكاراجوا هذا الرفض إلى مجموعتين من الأسباب تمثلت أولهما من وجهة نظرها في بطلان تعيين المحكم، وقد تم تعيينه بالمخالفة لأحكام المادتين 3 و5 من اتفاقية المبرمة في 7 أكتوبر 1894، كما أن الاتفاقية كانت قد انتهت فترة سريانها قبل أن يعلن العاهل الإسباني قبول تنصيبه محكماً في 1904/10/17.

وفي ردها على هذه الحجج قررت المحكمة أنه:

"إذا كانت نيكاراجوا قد قبلت تعيين ملك اسبانيا كمحكم، ولم تثر أي اعتراض يتعلق باختصاصاته، سواء كان ذلك لأسباب تتعلق بإجراءات تعيينه محكماً، أو بسبب انتهاء فترة سريان معاهدة 1894 قبل أن يعلن قبول اختياره محكماً، بالإضافة إلى مشاركتها في كل الإجراءات التي اتخذت أمامه، فإن المحكمة ترى أن هذه الدولة ليس لها الحق في إثارة أي من هذين المبررين لبطلان القرار التحكيمي".

كما أنه كان من بين الأسباب التي تمسكت بها نيكاراجوا لبطلان حكم التحكيم في تجاوز المحكم لسلطاته كما حددها الأطراف وارتكابه لبعض الأخطاء، بالإضافة إلى قلة الأسانيد التي استند إليها المحكم لإصدار قراره³.

¹-انظر:

Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France, CPJI, arrêt n 14,12 juillet 1929, rec. Série A n20, p.39.

²-انظر:

C.I.J, Rec ; 1960, p.203.

³-انظر: عادل عبد الله المسدي، مبدأ الإغلاق وآثار تطبيقه أمام المحاكم الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مج. 73، الجمعية المصرية للقانون الدولي، لسنة 2012، ص.11.

وفي ردها أكدت محكمة العدل الدولية بقرارها الصادر بتاريخ 18 نوفمبر سنة 1960، أنه لا يجوز لنيكاراجوا طعنها بصفة الملك كمحكم، لأنها قبلته بسلوكها عند صدوره¹، كذلك ما أثارته قضية معبد (Preah-Vihear temple) الأثري بين كمبوديا وتايلاندا، حيث ادعت الأخيرة بأحقيتها للمعبد، على أساس أن خارطة الحدود التي قبلتها في السابق، تضمنت خطأ لم تكتشفه في حينه، ولما عرض النزاع أمام محكمة العدل الدولية، أصدرت حكمها في 15 جوان 1962²، وقد رفضت فيه الإدعاء التايلندي، ذلك أنه امتنع على هذه الدولة بسبب سلوكها السابق، الذي تأكد بقبولها المعاهدة، الإدعاء بما يخالف ذلك.

ومما قررت المحكمة أنه :

"...عندما يجري تحديد الحدود بين بلدين، فإن الأهداف الرئيسية لهذا التحديد، هو وضع حل ثابت ونهائي، ويغدو هذا التحديد مستحيلا إذا ما تعرض هذا التحديد المعين إلى بحث وتدقيق مستمرين بحجة الوقوع في خطأ سابق، لأنه وفقا لقاعدة مستقرة في القانون، لا يستطيع أحد الأطراف أن يحتج بالخطأ كعيب من عيوب الرضا، إذا كان قد تسبب في هذا الخطأ بسلوكه، أو إذا كان في استطاعته تجنبه أو إذا كان قد نبه إلى الخطأ أو احتمالات قيامه"³.

وتظهر أهمية تطبيق مبدأ الإستوبل في عدم وجود سلطة أو حكومة عالمية لإدارة العلاقات فيما بين الدول بصفة مستقرة، وهو ما يجعل الدول تسعى للحفاظ على استقرار العلاقات على المستوى الدولي، وهذا بطبيعة الحال لن يتحقق إلا باحترام الثقة المتبادلة التي لا بد منها في العلاقات الدولية⁴.

وإذا كان البعض من الفقه، يعارض اعتبار قاعدة عدم التناقض فيما يعرف بالإستوبل أحد المبادئ العامة للقانون، فذلك يرجع كما يرى الفقيه الفرنسي (Ch.ROUSSEAU) إلى عدم الثقة

¹- انظر: مجموعة الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية (1948-1991) متاحة على شبكة المعلومات العالمية اطع عليها بتاريخ 2019/06/12، على الساعة 16.00 على الموقع الإلكتروني:

<https://www.icj-cij.org/files/summaries/summairies-1948-1991-ar.pdf>.

²- انظر:

-C.I.J,15 juin 1962, Affaire Temple de Preah Vihear, Rec..CIJ,1962, P.06.

³- انظر: طالب عبد الله فهد العلواني، المرجع السابق، ص.190.

⁴- انظر: الهيتي، نعمان عطا الله، قاعدة الإغلاق الحكمي (Estoppel) في القضاء الدولي، المرجع السابق، ص.405.

التي تكتنف مضمون هذا المبدأ، وعدم توافق التفسيرات التي أعطتها المحاكم الدولية في كثير من أحكامها¹.

كما أن البعض الآخر يرى أنه إذا أمكن قبول الإستوبل في مفهومه الواسع، كأحد المبادئ العامة للقانون، فإن الإستوبل في مفهومه الضيق لا يمكن اعتباره كذلك بحكم أن القانون الدولي قد استقبله من خلال الممارسة القضائية، وأن ترسيخه من جانب محكمة العدل الدولية يسمح باعتباره قاعدة عرفية عامة².

ومهما تعددت المصطلحات المستخدمة للتعبير عن مفهوم مبدأ عدم التناقض أو قاعدة الإستوبل، فإنه مع ذلك ذات مضمون وهدف وآثار قانونية واحدة.

فمن حيث المضمون لا يجوز التناقض في ادعاءات وسلوك الدولة، ومن حيث الهدف أو الغاية لا يجوز للدولة أن تستفيد من تناقضات سلوكها للإضرار بالآخرين، ومن باب أولى ليس للدولة أن تستفيد من تناقضاتها عندما تحرم بواسطة أفعالها وأفعالها غير المشروعة طرفاً آخر من حقوقه أو تمنعه من ممارستها.

أما من حيث الآثار القانونية فإذا ما التزم طرف ما بموقف معين، وعبر عن ذلك باعتباره أو ادعائه أو تصريحه أو سلوكه أو سكوته، وكان هذا الموقف يتناقض أو يتعارض مع الحق الذي يدعيه أمام المحكمة، تمتنع عليه عندئذ المطالبة بهذا الحق.

ثانياً: النص على عدم التناقض في الاتفاقيات ذات الصلة بالتجارة الدولية

المنظمات الدولية سعت لتنظيم ميدان التجارة الدولية بطرق عديدة من أبرزها إبرام العديد من الاتفاقيات التي تتضمن قواعد موضوعية مادية، من ذلك اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980، حيث أن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي السالفة الذكر أشارت بطريقة غير مباشرة إلى قاعدة عدم التناقض وتم النص في إحدى موادها على أنه: "لا يجوز الرجوع عن الإيجاب:

— إذا تبين منه أنه لا رجوع عنه، سواء بذكر فترة محددة للقبول أو بطريقة أخرى.

¹—انظر:

Ch. ROUSSEAU, droit international public, tome1, introduction et source Sirey, , Paris, France, 1970, p.388.

²—انظر:

A.MARTIN, L'estoppel en droit international public, op.cit, p.246.

-إذا كان من المعقول للمخاطب أن يعتبر أن الإيجاب لا رجوع عنه وتصرف على هذا الأساس"¹.

وفي سياق أعم من الوثائق الأخرى التي يجب أخذها في الاعتبار عند مناقشة التنسيق والتوحيد الدولي لقانون البيوع، تلك المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية التي طورها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص هذه المبادئ المنشورة لأول مرة عام 1994 وتمت مراجعتها عام 2004² ثم عدلت صياغتها مرة أخرى في 2010.

والملفت في هذا الصدد أن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، قد تبني في دورة انعقاده الثالثة والثمانين لعام 2004 لائحة جديدة من مبادئ العقود التجارية الدولية والتي من جديدتها بخلاف اللوائح السابقة، تثبيت عدم التناقض كمبدأ قانوني مستقل في المادة 1-8 من مبادئ اليونيدروا من دون الإشارة للإستوبل³، وعالجت السلوك غير المنضبط بنصها على أنه: "لا يجوز لطرف أن ينقض ما تم من جهته، طالما أنه تسبب في فهم الطرف الآخر للأمر الذي تم من جانبه، وكان الطرف الآخر معتمدا بشكل معقول على هذا الأمر وقد قام بتصرف ألحق به ضررا".

وتتضمن هذه المادة مبدأ من المبادئ التي تقوم عليها مبادئ اليونيدروا، وهو أن من سعى في نقض ما صدر منه يخالف بذلك مبدأ حسن النية وأمانه التعامل في التجارة الدولية، وتشتراط

¹ - انظر: المادة 2/16 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980، كما يمكن ملاحظة المواد 2/29 و2/47 و2/63 و80 من الاتفاقية ذاتها.

² - ليست وثيقة قانونية ملزمة، كما هو الحال، على سبيل المثال، في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن العقود التجارية الدولية، وإنما هي تستند في تطبيقها إلى قدرتها الإقناعية، وهكذا فإن مقدمة هذه المبادئ تنص على وضعها موضع التطبيق عندما ينفق الأطراف على أن عقدهم محكوم به، كما أنه يمكن تطبيقها ضمن أحوال أخرى إذا تفق الطرفان على اختيار القانون التجاري أو المبادئ العامة للقانون في الاحتكام إليها، أو إذا لم يختاروا أي قواعد على الإطلاق، وأخيرا فإن هذه المبادئ تهدف إلى تقديم نموذج للتشريعات القومية، وفي تفسير أو إكمال الوثائق القانونية الدولية، أو القوانين المحلية، والواقع أن هذه المبادئ جرى تطبيقها في عدد كبير من إجراءات التحكيم وفي اتخاذ المحاكم قرارات عديدة أيضا. للمزيد انظر: بيتر هوبز ميثز، القانون المقارن للبيوع، من كتاب ماتياس ريمان، رينهارد زيممان، كتاب أكسفورد للقانون المقارن - مج.2، المرجع السابق، ص.1414.

³ - انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل Estoppel في علم التحكيم نعم..و لكن... مجلة التحكيم العالمية، ع.8، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، تشرين الأول، أكتوبر، س. 2010، ص.141.

المادة لتحقيق هذا الالتزام شروطاً معينة، كما ترتب مبادئ اليونيدروا على الإخلال بهذا الالتزام آثاراً معينة¹، وفيما يلي بيان ذلك كله:

1- التزام المتعاقد بعدم نقض ما تم من جهته ومبدأ حسن النية وأمانة التعامل.

لا جدال في أن التزام كل طرف بعدم نقض ما تم من جانبه يعد تطبيقاً عاماً لمبدأ حسن النية والأمانة في التعامل في التجارة الدولية المنصوص عليه في المادة 1-7 من مبادئ اليونيدروا، والنص في المادة 1-8 منها على التزام المتعاقد بعدم نقض ما تم جهته، والذي ورد مباشرة بعد نص المادة 1-7 المتعلقة بحسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية، يبرز مدى العلاقة الوثيقة بين الالتزامين².

وبالنتيجة وكتطبيق لذلك، فإن المحكمة الإيطالية (Tribunale di Varese (Sezione) distaccata di Luino) في قرارها الصادر بتاريخ 2012/01/05، وجدت أن تعهد البائع بإصلاح العيوب التي اكتشفها المشترون للشقق محل العقد، وقيامه بعد ذلك بإصلاح بعض العيوب، والذي دفع المشتريين إلى تحريك دعوى أمام المحكمة، بعد مضي مدة التقادم، يمنع البائع التمسك بمضي هذه المدة، على اعتبار أن تعهده المذكور للمشتريين ولد لديهم قناعة واعتقاد مشروع بأنه لن تكون ثمة حاجة لدعوى.

وقد استندت المحكمة في ذلك إلى المادة (1175) من القانون المدني الإيطالي التي تتضمن مبدأ حسن النية، والذي يشمل أيضاً منع المتعاقد من السعي إلى نقض ما تم من جهته، مستهدية في ذلك بالمادة 1-8 من مبادئ اليونيدروا³.

وفي قرارها الصادر في 2001/04/30، وجدت هيئة التحكيم الخاصة في سان خوسي في كوستاريكا أن شركة فرنسية اتفقت مع شركة أخرى في كوستاريكا على التقدم بعبء مشترك، وحينما رسا العطاء على طرف آخر، باشرت الشركة الكوستاريكية إجراءات التحكيم أمام السلطة المعنية بحجة أنها لم تتعامل مع العطاءات بطريقة مناسبة في حين رفضت الشركة الفرنسية مشاركتها في ذلك.

¹-انظر: أمين دواس وآخرون، شرح مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية 2010، ج.1، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2017، ص.325.

²-انظر:

Stefan VOGENAUER, Jan KLEINHEISTERKAMP, Commentary on the UNIDROIT principles of international commercial contracts(PICC), Oxford, New York :Oxford University Press, 2009, p.186

³- انظر: أمين دواس وآخرون، المرجع نفسه، ص.326.

ولذلك ادعت الشركة الكوستاريكية أن الشركة الفرنسية أخلت بالتزامها وفقا للاتفاق المشترك بينهما، والذي ورد فيه النص على حل أي نزاع بينهما على أساس من أمانة التعامل والأعراف العادلة مع الأخذ بالاعتبار الممارسات التجارية المعروفة والمصلحات الجيدة¹.

وقد قررت هيئة التحكيم أن رفض الشركة الفرنسية يشكل إخلالا بالتزامها التصرف بحسن نية وفقا للمادة (7-1) من مبادئ اليونيدروا، وبالتزامها التعاون مع الشركة الكوستاريكية وفقا للمادة (3-1-5) من مبادئ اليونيدروا وسعيها منها لنقض ما تم من جعتها وفقا للمادة (8-1) من مبادئ اليونيدروا².

2- شروط التزام التعاقد بعدم نقض ما تم من جهته.

تشير المادة (8-1) من مبادئ اليونيدروا إلى شروط وجود هذا الالتزام و تتمثل فيما يلي:

أ- تسبب أي من الطرفين في فهم الطرف الآخر للأمر الذي تم من جهته.

حيث يجب أن يتسبب أحد الطرفين في دفع الآخر إلى اعتقاد معين لأمر ما تم من جهته على نحو معين، وسواء حدث ذلك خلال التفاوض على العقد، أو تكوينه، أو تنفيذه، ويستوي أيضا أن يحدث هذا التسبب نتيجة تصرف ما قام به الطرف الأول، أو ربما نتيجة سكوته عن أمر لا يتوقع الطرف الآخر سكوته عنه³.

وتبعا للتعليق الرسمي لمعهد روما على المادة (8-1) من مبادئ اليونيدروا، يتسبب لأحد

الطرفين في فهم الآخر لأمر ما صدر منه على نحو معين في الأحوال التالية :

-إذا تفاوض الطرفان أ وب على مدى فترة طويلة لإبرام عقد إيجار أرض هذا الأخير، يلزم على إثره الطرف ب بهدم كان قائما على الأرض ، وبناء آخر جديد مكانه وفقا للمواصفات التي اشترطها الطرف أ، ومن ثم تواصل أ مع ب بطريقة تسببت بشكل معقول في اعتقاد ب بأنه تم الانتهاء من المفاوضات على العقد، وأنه يمكنه الشروع في تنفيذ العمل ما جعله يقوم بهدم المبنى السالف الذكر والتعاقد مع مقاولين لإنشاء المبنى الجديد، مع علم أ بذلك دون أن يحرك ساكنا،

¹-انظر: أمين دواس وآخرون، المرجع السابق، ص.327.

²- انظر:

V.Pérez VARGAS-D. Pérez UMANA, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Practice, uniform law reviews, 2006, pp.181-183.

³-انظر:

Stefan VOGENAUER, Jan KLEINHEISTERKAMP, op.cit, p. 188.

فإن ابلاغ الطرف أ للطرف ب بعد ذلك بوجود شروط أخرى يجب التفاوض عليها ، سيكون سعيه وغير مقبول من جعته لنقض الفهم الذي حدث بسببه لدى الطرف ب.

- إذا فهم الطرف (ب) عن طريق الخطأ أن العقد قد أبرم مع (أ) على نحو سوف يتم تنفيذه بطريقة معينة وشرع فعلا في التنفيذ، وبقي (أ) متفرجا مع العلم بموجود هذا الفهم الخاطئ لدى (ب)، على الرغم من الاجتماع عدة مرات لمناقشة تنفيذ العقد من طرف ب، فإنه لا يجوز ل (أ) بعد ذلك التمسك بأن التنفيذ لم يكن ذلك المطلوب بموجب العقد .

- إذا كان (أ) يستخدم (ب) بانتظام للتعاقد من الباطن للقيام بالعمل اللازم في مواقع البناء، ومن ثم تحولت السيطرة على هذا العمل من أعمال (أ) إلى شركة تابعة ل(أ)، دون أن يحدث تغيير في الأشخاص الذين يتلقى منهم (ب) العمل، وهو ما يجعل (ب) يواصل فعلا القيام بعمله وإبلاغ (أ) بسير هذا العمل¹، ودون أن يبلغه (أ) بالتحول في السيطرة الذي طرأ على العمل، فإنه لا يجوز ل(أ) بعد ذلك الاحتجاج بكونه لم يعد طرفا في العقد للتهرب من دفع مقابل العمل المنجز من قبل الطرف (ب).

- إذا كان (أ) غير قادر على التسليم في الوقت المناسب ل(ب) طبقا للعقد المبرم بينهما ، نتيجة صعوبات يوجهها (أ) مع الموردين له، وكان العقد يتضمن شرطا جعله يعلن أنه لن يصر على الامتثال الصارم للجدول الزمني للتسليم ولكن يتبين بعد سنه أن عمل (ب) بدأ يعاني مشاكل بسبب تأخر (أ) في التسليم، ما جعل (ب) يطلب تفعيل الشرط الجزائي المتعلق بالتأخير الحاصل في التسليم من قبل (أ)، وكذلك الامتثال لمواعيد التسليم، في هذه الحالة يمنع ب من تفعيل الشرط الجزائي، غير أنه يتم السماح له بالإصرار على الامتثال للجدول الزمني للتسليم في المستقبل إذا ما اشعر (أ) بذلك حسب الأصول².

كما أنه ليس كل موقف سلمي من جهة أحد الطرفين يمكن أن يتسبب في فهم الطرف الآخر لأمر ما في مثال ذلك تقاعس أحد الدائن (أ) عن المطالبة بالدين لا يمكن ل (ب) أن يفترض

¹-انظر :

Unidroit .Official Commentary.

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-pdf.p.illustration> n.1 et 3.

²-انظر :

Unidroit .Official Commentary. ibid, illustration, n4.

في سلوكه أنه تنازل عن الدين وبالتالي لا يجوز ل(ب) التمسك بتقاعس (أ) للاحتجاج على مطالبته بالدين إذا طالب به في وقت لاحق¹.

ب- قيام الطرف الآخر معتمدا بشكل معقول على هذا الأمر بتصرف ألحق به ضررا.

حيث يجب أن يقوم الطرف الآخر بالتصرف فعلا بالاستناد إلى الاعتقاد الذي تولد لديه على نحو معقول للأمر الذي تم من جهة الطرف الأول، ويجب أن يؤدي هذا التصرف إلى الإضرار به، ففي قراره رقم (IIC, 424, N06/ARB/18,2010) الصادر بتاريخ 2010/01/14 وجد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أن عقدا أبرم بين المدعي وهو مواطن أمريكي والمدعى عليه وهو الحكومة الإيرانية) لقيام المدعي بإنشاء محطة للبث في أوكرانيا.

وقد رفضت هيئة التحكيم الإدعاء، وبما أن المدعى عليه لم ينفذ عددا من التزاماته بموجب الاتفاق، وبذل قصار جهده لتزويد المدعي بالتراخيص اللازمة لترددات الراديو، وفيما يتعلق بالالتزام الأول أشارت المحكمة إلى أن فحص الموجات تم فعلا بنجاح قبل وقت قصير من تنفيذ الاتفاق، وبعد ذلك لم يطلب المدعي أي فحص آخر، مما تسبب في اعتقاد المدعى عليه بأن الفحص السابق لتنفيذ العقد كان كافيا.

وبناء على عدم القيام بأي فحص آخر، فإن تصرف المدعى عليه يكون معقولا في الاعتماد على مثل هذا الفهم، مما يحول دون قيام المدعي بتصرف مناقض لهذا الفهم والإدعاء بأن المدعى عليه اخفق في تنفيذ التزامه بمقتضى الاتفاق ومن أجل تدعيم ما وصلت إليه، أشارت هيئة التحكيم صراحة إلى المادة 1-8 من مبادئ اليونيدروا².

ولكن إذا لم يترتب على السلوك المتناقض لأحد الطرفين ضرر بالطرف الآخر، فليس لهذا الأخير أن يتمسك به، ووفقا للتعليق الرسمي لمعهد روما على المادة 1-8 من مبادئ اليونيدروا، فإنه إذا كان عقد الإنشاءات المبرم بين (أ) و(ب) ويتطلب أن تكون أية أشغال إضافية موثقة كتابة ومعتمدة من قبل مهندس الموقع، وطلب المدير المسؤول عن العقد لدى (أ) شفويا من (ب) القيام بأعمال إضافية محددة من حيث الوقت والمواد اللازمة، مؤكدا له أنه سيتم توثيقها كما هو واجب

¹-انظر:

Unidroit. Official Commentary. Article 1-8, op.cit, illustration, n5 ;. Stefan VOGENAUER, Jan KLEINHEISTERKAMP, op.cit, p.188.

²-انظر: أمين دواس وآخرون، المرجع السابق، ص.ص. 328، 333.

متى حان الوقت المناسب وقام ب بالتعاقد لإجراء تصاميم هذا العمل الإضافي، ومن ثم أبلغه أ بأن هذا العمل غير مطلوب، علما أن التكاليف المتكبدة نتيجة لإجراء تصاميم الأعمال أقل بكثير من التكلفة اللازمة لتنفيذ الأعمال الإضافية وقام أ بتعويض ب التكاليف التي تكبدها بسبب إجراء التصاميم، فإنه لا يجوز ل(ب) أن يشكو من سلوك أ المتناقض¹.

3- أثر إخلال المتعاقد عدم نقض ما تم من جهته.

إن المادة 1-8 من مبادئ اليونيدروا لم تبين الأثر الذي يترتب على الإخلال بالالتزام السالف الذكر، ولكنها تركت ذلك لنصوص أخرى في مبادئ اليونيدروا التي يمكن أن تعد تطبيقا لمبدأ عدم جواز أن ينقض المتعاقد ما تم من جهته، ولمبدأ حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية على حد سواء.

من ذلك ما نصت عليه المادة 1-2-4 (ب) من مبادئ اليونيدروا، لا يجوز للموجب الرجوع عن إيجابه إذا كان معقولا للمخاطب به أن يعتبره غير قابل للرجوع فيه وتصرف فعلا على هذا الأساس.

ووفقا للمادة 1-2-18، لا يجوز للمتعاقد التمسك بشرط في العقد يتطلب أن يكون تعديل العقد أو إهائه كتابة، وذلك إذا ما أتى سلوكا مخالفا تعامل المتعاقد الآخر بالاستناد إليه، وكذلك ما نصت عليه المادة 2-3-9، لا يجوز للمتعاقد الذي تقرر له الحق في فسخ العقد بسبب الغلط أو الإكراه أو التدليس أو الغبن، أن يتمسك بهذا الفسخ بعد أن يكون قد أجاز العقد صراحة أو ضمنا خلال المدة التي له خلالها فسخ العقد، ووفقا للمادة 2-3-9 يجوز للمتعاقد المخل بالتزامه ضمن شروط معينة أن يقوم بتصحيح الخلل بعد أن يرسل إشعارا للمتعاقد الآخر يبين اقتراحه لهذا التصحيح أن يمارس أي حق من حقوقه يتعارض والتنفيذ أي التصحيح المنتظر من المتعاقد الأول كمثل الحق في فسخ العقد.

¹-انظر:

-Unidroit Official Commentary :

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, p.article1.8 illustration ,N06.

ولعل الهدف الأساسي لنص المادة 1-8 من مبادئ اليونيدروا يتمثل في تجنب النتيجة الضارة التي تترتب بحق الطرف الآخر، ما يعني جواز أن يستند الطرف المتضرر إلى هذا النص لمنع الطرف الآخر قضائياً من القيام بنقض ما تم من جهته.

وفي السياق ذاته أيضاً، وجدت هيئة تحكيم خاصة، بتاريخ 2004/03/04 أن إدعاء المدعي بأن عليه أحل بالتزامه الناتج عن عقد التوزيع، والمتمثل بعدم بيعه سلع منافسة لصانعين آخرين، هو إدعاء غير مبرر، على اعتبار أن سلوك المدعي ذاته يمنعه من التمسك بهذا الإخلال من جهة المدعى عليه.

لقد وجدت هيئة التحكيم أن المدعى عليه يقوم أصلاً ببيع هذه البضائع المنافسة قبل إبرام العقد مع المدعي رغم علمه بذلك، وقد قررت هيئة التحكيم أن التمسك من قبل المدعي بهذا الإخلال في هذه المرحلة المتأخرة يعد سلوكاً غير منضبط من جهته وفقاً للمبدأ الأساسي في التجارة الدولية الذي تتضمنه المادة 1-8 من مبادئ اليونيدروا.

غير أن تجنب هذه النتيجة، ووفقاً للتعليق الرسمي لمعهد روما على هذا النص، لايعني بالضرورة وجوب منع الطرف الأول، الذي يتصرف على نحو يناقض ما تم من جهته، من إجراء هذا التصرف المتناقض، فالمنع من التصرف المتناقض لايعدو أن يكون واحداً من الطرق الممكنة من خلاله تجنب النتيجة الضارة بالطرف الآخر¹.

وبالنظر إلى الظروف الملائمة، يمكن أن تظهر أيضاً من وسائل أخرى معقولة يمكن بواسطتها تجنب الإضرار الذي قد يلحق بالطرف الآخر لو قام الطرف الأول المتناقض مع نفسه في سلوكه كأن يقوم هذا الأخير مثلاً بإرسال إشعار بمدة معقولة تسبق القيام بالتصرف المتناقض أو بالتعويض عن الأضرار والنفقات التي تكبدها الطرف المتضرر.

الفرع الثاني

الإستوبل في قضاء التحكيم التجاري الدولي

(تعدد الأحكام وعدم توافق التفسيرات)

إن رصدنا للعديد من قرارات التحكيم التجاري الدولي ينبئ عن تمتع الكثير منها بأصالة بنيتها القانونية كقرارات طليقة إلا من اعتبارات عادات وأعراف التجارة الدولية بصفة خاصة

¹ - انظر: أمين دواس وآخرون، المرجع السابق، ص.ص. 335-336.

وقواعد التجارة بصفة عامة، وقد لاقت صدرا رحبا في خضم السوابق التحكيمية، والتي اعتمدت بشكل ملفت عليها بحسبها مصدرا يمكن اللجوء إليه عند الحاجة.

وحتى في الفرض أنها ليست ملزمة إلا أنها تعبر في الغالب عن خبرة قانونية، ورغم تعدد مراكز التحكيم واختلاف اللوائح، فإنها تسعى دوما لتحقيق قدر من نقاط الالتقاء والمبادئ والقواعد التي قررتها في المنازعات لإيجاد قضاء موحد أو لتقرير وجوده¹، فدور المحكمين لا يتوقف بمجال التجارة الدولية عند حد التأكيد على وجود قواعد قانون التجارة الدولية من عدمه، أو عدم الاعتراف بوجود قواعد معدة سلفا لحكم كافة ما يثار من منازعات، ولكن يمتد إلى تبني العديد من القواعد أو المبادئ العامة التي يستخلصها زملاؤهم في أكثر من قرار، بما يسمح بتكوين قواعد عرفية قضائية تتكون من عدد من الحالات الواقعية التي تكشف عن قواعد هذا القانون².

أولا: ارتقاء قاعد عدم التناقض أو الإستوبل إلى مصاف المبدأ العام في قانون التجارة الدولية ما من أحد ينكر على المبادئ العامة للقانون أنها مصدر من مصادر القاعدة القانونية، حيث يلجأ إليها القاضي للفصل في النزاع المطروح في ظل انعدام نص قانوني أو عرف، من شأنه أن يتضمن حلا للنزاع المطروح أمامه، خاصة وأن المبادئ العامة للقانون مصدر من مصادر قانون التجارة الدولية، بل تعد من أهمها وهذا ما تجسده أحكام التحكيم الدولية.

في دراسة اللورد (Justice MUSTILL³) ذكر فيها قائمة لعشرين مبدعا يمكن اعتبارهم من المبادئ العامة المكرسة في الأحكام التحكيمية، ومن بين هذه المبادئ المتخصصة يوجد مبدأ الإستوبل الذي ما زال يتكامل مع مبدأ المبادئ وهو مبدأ حسن النية، الذي تم الاستناد إليه في كم ملحوظ من القرارات التحكيمية، مما يدل على دوره المحوري في حسم المنازعات التجارية الدولية.

¹ - انظر: محمد أحمد إبراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 2013، ص.174.

² - انظر: محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع نفسه، ص.174 و175.

³ - انظر:

Lord Justice MUSTILL, "the new lex mercatoria : Twenty five years", in Liber Amicorum for the Rt, Hon . Lord Wilberforce, p.149.

وبالمثل في دراسة للفقير الفرنسي (Emmanuel GAILLARD)¹ في 1985 تم التأكيد على ارتقاء الإستوبل إلى مصاف المبادئ العامة في القانون التجاري الدولي، بالاستشهاد في ذلك بقرارين تحكيميين نوعيين في هذا المجال²، ويظهر فيهما بوضوح الاتجاه التحكيمي في الاعتراف بالإستوبل على كونه مبدأ عام مستقل في قانون التجارة الدولية، بغض النظر عن شروط إعماله في المنازعة المطروحة والمبني على أسس سليمة ومتينة راسخة ومرتبطة شكليا بمبدأ حسن النية. ويتعين تحاشي الاستخدام التعسفي للإستوبل والإعمال العشوائي لهذا المبدأ بمجرد تناقض أو تعارض في تصرفات الدولة، فقد يؤدي في نهاية المطاف إلى نوع من الإجحاف والظلم، لذلك ينبغي مراعاة بعض الشروط، ويمكن إجمالها في أن من وافق على التحكيم ووقع على شرط التحكيم وشرع في التحكيم. فلا يحق له أن يطعن في موافقته حال صدور حكم التحكيم، بما لا يرتضيه ويكون ممنوعا. بموجب الإستوبل، فمضمون هذا الأخير يتطلب من الدولة أو الشخص أن يكون سلوكه متناغما ومتألفا مع ما اتخذته سابقا من أوضاع قانونية أو واقعية. وينبغي أن يكون قبول شرط التحكيم صراحة أو ضمنا، وإذا كانت الحالة الأولى لا تثير اللبس والغموض كما في قضية (Amco)، فإنه في الحالة الثانية تتطلب التحقق من الجهة التي تصدر الموافقة، وكذلك معرفة التصرفات المفوضة باتخاذها، والتي تدخل في إطار اختصاصها ومدى حجية ذلك كما في قضية (Framatome)³.

فمن القرارات التحكيمية النوعية التي تسترعي الانتباه القرار التحكيمي الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بتاريخ 25 سبتمبر 1983، في قضية *Amco Assia et autres c*

¹-انظر:

-E. GAILLARD, 'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe du droit de commerce international, Annexe II, rev.arb ;1985, p.272.

²-انظر:

La première fut rendue sous l'égide du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements(C.I.R.D.I) le 25 septembre 1983 dans l'affaire Amco Asia c/ République d'Indonésie.

La seconde sentence , sur laquelle E.GUAILLARD s'appuie est celle du 2 septembre 1983 , par le tribunal des différends Irano- Américains, dans l'affaire Woodward-Clyde consultants c Iran et A.E.O.I. E.GAILLARD, art. préc, p.273.

³-انظر: مرتضى جمعة منصور، الدفع بالإستوبل للتحكيم التجاري الدولي، مجلة كلية الحقوق، مج.14، ع.4، جامعة النهدين، 2012،

ص.31-75. متاح على شبكة المعلومات العالمية اطلع عليه بتاريخ 2018/11/02، على الموقع الإلكتروني:

iasj.net/iasj ?fun/=fulltext & aId=56715

République d'Indonésie¹ V. ، بين الشركة المستثمرة الأمريكية الأم والشركة الوليدة الأندونيسية والشركة اليابانية (**Pan American**) من جهة والحكومة الأندونيسية من جهة أخرى.

وهذا القرار يدل بوضوح على الرغبة في الاعتراف بالمبدأ العام في القانون التجاري الدولي تحت اسم الإستوبل المرادف لعدم التناقض، حتى ولو أن شروط تطبيقه في هذه الحالة لم تستوفى. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة **Amco Asia** أبرمت في 22 أبريل 1968 عقد استثمار فندق (**Plaza Kartika**) مع الشركة الأندونيسية (**P.T.Wisma**) صاحبة ومالكة العقار والمراقبة بصورة كاملة من تعاونية (**Ikopad**) لصالح الجيش الأندونيسي، تحت وصاية حكومة اندونيسيا، موضوعه أن:

الشركة الأولى تتولى متابعة تشييد الفندق غير المنجز من قبل شركة ثالثة مقابل الاستفادة من بعض الامتيازات وهي إدارته وتملكه لمدة 30 سنة ثم بعد ذلك تقوم بالتنازل عنه بشكل تمهيدي لأندونيسيا، وكان العقد قد تضمن بندا تحكيميا يتضمن إحالة تسوية أي خلاف بين الأطراف المتعاقدة إلى رئيس غرفة التجارة الدولية بباريس².

بتاريخ 16 ماي 1968، تقدمت الشركة الأمريكية بطلب إلى حكومة أندونيسيا من أجل تأسيس شركة استثمارية أندونيسية وليدة وتدعى (**P.T.Amco**)، وأدرجت فيه بندا تحكيميا يجيز تسوية الخلاف بين الأطراف عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، وتمت الموافقة على الطلب من قبل وزير الأشغال العامة الأندونيسي، وتأسست بالفعل الشركة الوليدة وأنجزت المهمة الإستثمارية، إلا أنه في سنة 1980، وعلى إثر خلاف بين الأطراف حول بعض المسائل المتعلقة بإدارة الفندق واحتساب أرباح السنوات 1978 و1979.

¹-انظر:

-Sentence sur la compétence de 1984, Clunet 1986, p.200 obs. Gaillard.

²-انظر : حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص.127 وما بعدها.

ونظرا لحدة الخلاف أعلنت شركة (P.T.Wisma) برسالة مؤرخة في 11 مارس 1980

أن شركة (P.T.Amco) لم تف بالتزاماتها مسترجعة حق إدارة الفندق لكونها مالكة العقار مكان تشييده¹.

وعلى أثر استيلاء جيش أندونيسيا على الفندق، بادرت حكومة أندونيسيا بسحب الترخيص الذي كانت قد منحتة للشركة الوليدة، ولذلك قامت الشركة الأمريكية والفرع المحلي لها والشركة اليابانية برفع الدعوى على حكومة أندونيسيا لتعويضها عن الخسائر الناجمة عن سحب الترخيص ومصادرة وحجز الاستثمار المعقود لها، والفسخ غير المشروع لحقها في الاستثمار من جانب الحكومة الإندونيسية، تأسيسا على الخطأ والإثراء غير المشروع، بالإضافة إلى تحميل هذه الأخيرة مصاريف وأتعاب الدعوى التحكيمية، استنادا إلى البند التحكيمي الذي يقضي بأن أي منازعة بين الحكومة الإندونيسية، وهذا المشروع سوف يتم حسمه وفقا لقواعد المركز الدولي لفض المنازعات الناتجة عن الاستثمار، وهو المركز الذي تتمتع بعضويته كل من إندونيسيا وأمريكا. وتمسكت الحكومة الإندونيسية المدعى عليها من أجل تأييد دفعها بعدم الاختصاص بالتناقضات، التي وقعت فيها الشركة المدعية والتي تمسكت بها أمام المركز، بعكس ما ادعت به أمام جهات الاختصاص الوطنية الإندونيسية ومطالبة بالتعويض عن العطل والضرر اللاحق بها².

وردت الجهة المدعية على هذه الدفوع بالقول "أن اندونيسيا وافقت مرتين وخطيا على رفع النزاع إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وأكدت أنها لم تقدم أي طلب بشأن مخالفات عقد الإجارة بالقول.. لم نؤسس مراجعتنا على مخالفات عقد الإيجار، ليس هدفنا من هذه المراجعة سوى محاولة فرض احترام بنود عقد الإيجار و تنفيذه"

¹-انظر: مرتضى جمعة منصور، الدفع بالإستويل للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.38.

²- فلقد ورد في المذكرة الجوابية المقدمة من قبل الشركة المدعى عليها ما يلي: "إن المركز و المحكمة غير المختصين للنظر أو الفصل في أي من الطلبات المقدمة من قبل شركة Amco Asia لعدم موافقة اندونيسيا على صلاحية المركز للبت في أي نزاع قد ينشأ بينهما... كما أن المركز والمحكمة غير مختصين للنظر أو الفصل في أي من الطلبات المقدمة من قبل شركة P.T.Amco لكون أندونيسيا لم توافق على أن تعامل الشركة الفرع الحائزة على الجنسية الإندونيسية كأنها تملك الجنسية الأمريكية، وأن المركز و المحكمة غير مختصين للنظر في أي من الطلبات المقدمة من قبل شركة P.T.Amco بشأن الحجز المزعوم للفندق وفسخ العقد المبرم مع الشركة الفرع لكون هذه الأخيرة ليست دولة متعاقدة أو هيئة عامة تابعة لها مسماة من الدولة المتعاقدة والمنازعات بين أطراف القانون الخاص تخرج عن اختصاص المركز الدولي وأضافت أن شركة P.T.Amco تعتبر متنازلة عن الموافقة على صلاحية اختصاص المركز فيما يخص الطلبات المتعلقة بالحجز على الفندق والإيجارات المعقودة بينها نظرا لصدور قرار عن محكمة جاكرتا، وعليه يتوجب عدم قبول ادعاءات الجهة المدعية.انظر: محمود محمود المغربي، الإستويل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.136.

من جهة أخرى استندت الجهة المدعى عليها على جملة أدلة ومعطيات دفعتها لإثارة الإستوبل بغية تعزيز وجهة نظرها بعدم صلاحية المحكمة التحكيمية منها موافقة شركة (P.T.Amco) على تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس كآلية لفض المنازعة، وأيضاً الأسلوب المعتمد من هذه الشركة في إبراز نظرية "البديل" (**Alter Ego**¹) في سياق المرافعة أمام محكمة جاكارتا بشأن عقد الإيجار، فضلاً عن الطريقة التي أثبتت بها من قبل الجهة المدعية أمام المحكمة التحكيمية مع الإشارة أن شركة P.T.Amco لم تدعي أو تحاول إثبات أمام محكمة جاكارتا بوجود علاقة بين شركة (P.T.Wisma) وأندونيسيا أو الجيش الأندونيسي بخلاف ما حاولت المدعية إثباته أمام المحكمة التحكيمية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار².

وأضافت كذلك الشركة المدعى عليها عدم إثارة الشركة المدعية الدفع باختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وكذلك عدم استنادها للمادة 47 من معاهدة واشنطن، والمادة 9 من نظام محكمة التحكيم التابعة للمركز، للمطالبة بالتدابير المؤقتة من جانب المركز الدولي، وأخيراً أشارت إلى إصرار الجهة المدعية على وجوب إحالة النزاع القائم بين شركتي (P.T.Amco) و(P.T.Wisma) بخصوص العقد المبرم سنة 1968 لغرفة التجارة الدولية، فصدر القرار التحكيمي عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وانتهى إلى أن حكومة اندونيسيا قد ارتضت صراحة إلى أن المنازعات التي تنشأ تخضع للمركز، لأنها رضيت بأن شركة أمكو على الرغم من تمتعها بالجنسية الأندونيسية تعامل بوصفها شركة أمريكية بسبب سيطرة المصالح الأمريكية عليه، لاسيما إن كان معروف من البداية أن أمريكا تمتلك تقريباً 100% من الأسهم للشركة، إذن فإن المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار هو المختص في النظر في المنازعة بين الحكومة الأندونيسية وشركة أمكو.

¹ - ظهرت هذه الفكرة في القضاء الأمريكي، وتعني أن تكون هناك شركة أو شخص معنوي يديره شخص أو يسيطر عليه كما لو كان من ممتلكاته الشخصية، فيتجاهل القضاء الأمريكي هذا الكيان المعنوي، وبمسك الشخص الذي يديره على أنه هو صاحب الشأن المسؤول عن الالتزامات والتعويضات الخاصة بالشخص المعنوي، وإذا كان الشخص المعنوي قد وقع اتفاق تحكيم التزم هذا الشخص بالمثل أمام التحكيم باعتباره **Alter ego** وهذه الفكرة تشبه في القانون الفرنسي نظرية سيد المشروع **Maitre d'entreprise**.

انظر: عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص.42.

² - انظر: محمود محمود المغربي، الاستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.137.

أما فيما يتصل بالسبب الثاني عن التناقض في سلوك الجهة المدعية اعتبرت المحكمة أن المسألة لا تتصل بالصلاحية بقدر ما تتصل بقبول أو بعدم قبول ادعاءات وأدلة تدلي بها الجهة المدعية¹، والواضح أن هذا القرار التحكيمي لم يلق تأييد من جانب الفقه بل أثار حفيظة البعض أمثال (GUAILLARD)، لا سيما في حصر أعمال الإستوبل في رد الادعاءات والأدلة دون إعماله بخصوص صلاحية المركز الدولي للاستثمار.

ولعل من أبرز قرارات التحكيم، القرار التحكيمي الصادر في النزاع بين شركة (Framatome) وشركة فرنسية أخرى ضد وكالة الطاقة الذرية الإيرانية في القضية رقم (3896)²، والتي نظرها ثلاث محكمين هم (Rober , Lalive , Goldman) برعاية غرفة التجارة الدولية في 13 فبراير 1982³.

وقد أكد هؤلاء المحكمون أنه كان باستطاعتهم الاستناد، ليس فقط إلى القانون الإيراني (القانون واجب التطبيق على النزاع)، وإنما أيضا إلى المبدأ العام لحسن النية ومبدأ إلزامية التعهدات المبرمة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين. فهي في نظرهم أهم المبادئ التي تشكل أساساً لكل العلاقات التعاقدية وبالذات الدولية منها.

¹-انظر:

E.GAILLARD, art.préc, p.273.

²-انظر:

Sentence CCI, rendue dans l'affaire Framatome et autres C/ A.E.O.I du 30 avril 1982 , N3896 , IDI, 1984 , P.58., B.OPPETIT, Arbitrage et contrats d'Etat, l'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organisation of Irans, JDI, 1984, p.37.

³- تلخص وقائع هذه القضية في أنه في عهد شاه إيران، تم توقيع بين إيران وفرنسا موضوعه مساندة فرنسا لإيران على استخدام الطاقة الذرية في الأغراض السلمية، فمن أجل تفعيل هذه المعاهدة تم وضعها موضع التنفيذ الفعلي، وتم توقيع مجموعة من العقود أبرمت بين المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية AEOI بين ثلاث شركات فرنسية من بينها شركة Framatome، ونظرا لان هذه العقود قد تم تنفيذها بشكل جزئي، فالدولة الإيرانية لم تدفع للشركة، فقامت الشركة باللجوء إلى التحكيم، فدفعت المنظمة (الحكومة الإيرانية) أمام هيئة التحكيم بكون العقد الذي أبرم بينها وبين الشركات الفرنسية في 28 سبتمبر 1982 هو عقد باطل بطلانا مطلقا ومن ضمن الدفع التي تمسكت بها إيران في مواجهة اختصاص المحكمة، استنادها إلى قانونها الوطني والذي يعتبر رئيس المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية غير ذي أهلية في إبرام العقد، لتوقيع دون الحصول على إذن مسبق من مجلس المنظمة وأيضاً من البرلمان الإيراني، وهو الأمر الذي يرتب على تخلفه القانون الإيراني الصادر في 11 جويلية 1974 بطلان التصرف الصادر من رئيس المنظمة. وأيضاً مخالفة الدستور 139 من الدستور الإيراني لسنة 1979.

وفي 30 أبريل 1982، صدر القرار التحكيمي والذي قرر أن الترخيص المسبق مجرد شكل بسيط لممارسة السلطة أو الاختصاص أو الحق وليس أحد مكوناتها القانونية، التي قد يؤدي عدم تحققها إلى التأثير على صحة التصرف المبرم، فمبدأ حسن النية يحول دون أن تستبعد الدولة من المخالفات التي ارتكبتها أجهزتها للوصول إلى الحكم بطلان العقد، خاصة وأن العقد قد تم تنفيذه طوال عدة أشهر مما يؤدي إلى استبعاد أن تؤدي تلك المخالفات طبقاً للقانون الإيراني للبطلان المطلق الغير قابل للتصحيح،

لمزيد من التفصيل انظر: حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 89-93

وقد تم تكريسها بعادات التجارة الدولية، وهذه المبادئ العامة أصبحت مبادئ معترف به عالمياً، سواء في العلاقات داخل الدول أو في العلاقات الدولية الخاصة، وأن هذه المبادئ تعتبر كنظام عام دولي ينتمي إلى أعراف التجارة الدولية أو إلى المبادئ المعترف بها في القانون العام أو القانون الدولي للتحكيم أو القانون التجاري الدولي.

ومن المؤسسات التحكيمية البارزة التي أخذت بالإستوبل، هناك المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار (ICSID)، وغرفة التجارة الدولية (ICC)، وبالنسبة لغرفة التجارة الدولية (ICC) فقد استندت صراحة إلى الإستوبل فيما يتعلق باستحالة رجوع الدولة عن موافقتها بخصوص إحالة النزاع إلى التحكيم أو تلك المتعلقة بصلاحيته ونطاق بند التحكيم تارة عبر منع المخاصمة بصلاحيته المحكم عبر التذرع باختصاص القضاء الوطني الرسمي للفصل في المنازعة نظراً للمشاركة الفاعلة في المسار التحكيمي¹، مما يفيد التنازل عن التمسك بصلاحيته المحاكم الوطنية، وتارة أخرى من خلال منع التقليل بشكل مصطنع من النطاق المادي لاتفاق التحكيم أو الادعاء بأن جزء من المسألة التي يغطيها بند التحكيم من شأنها بطبيعتها أن تفلت من اختصاص المحكمين على أساس وحيد وهو أن المسألة الضريبية على سبيل المثال لن تكون قابلة للتحكيم.

كذلك تم استخدام آلية الإستوبل أمام غرفة التجارة الدولية، متى توافرت شروط إعمالها² لتعزيز احترام حسن النية بصفة مباشرة في المنحى القضائي، وذلك من خلال منع الرجوع في الخيارات الإجرائية المقبولة أثناء إجراءات التحقيق³، أو من خلال منع الدولة الطرف في النزاع من الاحتجاج بدعوى قضائية موازية للتحكيم أثبتت بصفة متأخرة كما في مثال القضية رقم 1512 لسنة 1980⁴، حيث أثارت الجهة المدعى عليها (المصرف الباكستاني) متأخرة أمام غرفة

¹-انظر:

Sentence inédite société X c .Etat Y (Arbitrabilité des litiges fiscaux) rendue sous la présidence de Pierre LALIVE cité par :

Ph. PINSOLLE , Les applications du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit de commerce international, in colloque l'interdiction de se contredire, sous la direction de M-BEHAR TOUCHAIS, Economica, 2001,p.40.

²-انظر:

Philippe PINSOLLE, art. préc, p.43-44.

³-انظر:

Sentence de la chambre de commerce de ZURICH rendue dans l'affaire n 273/95(P.KARRER, Président), Yearbook, 1998, p.129.

⁴-انظر:

التجارة الدولية الدفع بسبق الإدعاء لتلازم المراجعة التحكيمية مع الدعوى القائمة أمام المحكمة الباكستانية، فأقر المحكم رد دفعها مستندا للحكم الإنجليزي الصادر سنة 1862 الذي تضمن وإن تعريفا تقليديا للإستوبل، إلا أنه لم يوضح صلته بمبدأ حسن النية بل اكتفى بالتذكير بدور الإستوبل في تصحيح الآثار السلبية لفعل التناقض، حيث لم يبين المحكم في القضية موضوع النزاع مدى توافر الشروط المطلوبة تقليديا لإعمال الإستوبل (لاسيما التصوير والثقة) الأمر الذي يجعله يقترب من مبدأ التناقص والإعمال المباشر لمبدأ حسن النية .

أما في القضية رقم 6363 لسنة 1991¹، فكان لها أثر مزدوج من جهة إن القرار الصادر بمناسبة أعاد التذكير بالعناصر الجوهرية لإعمال الإستوبل، الثقة المتولدة عن تصريحات ومواقف وسلوكيات أحد الأطراف والتغيير في سلوك الطرف المقابل، ومن جهة ثانية، يؤكد ضمنا، أن سوء النية ليس بعنصر ذو أهمية وشأن في إعمال الإستوبل، وتتصل وقائع القضية بالآتي:

على خلفية رفض طلب تسديد المستحقات المالية المقدم أمام إحدى الجهات القضائية، رفعت المدعية النزاع أمام غرفة التجارة الدولية أين تمسكت بالإستوبل مستندة إلى أن الجهة المدعى عليها قد غيرت جذريا أقوالها بعد كسبها الدعوى أمام اللجنة القضائية وتصرفت بسوء نية... في حين أشارت هذه الأخير أن موقفها أمام اللجنة القضائية فسر بشكل خاطئ²، غير أن المحكمة رفضت الأخذ بالإستوبل لأن إعماله يتطلب أن يكون هناك تصريحات ومواقف (تصوير) من جانب المدعى عليها تم الاعتماد عليه من جانب الجهة المدعية، وأنه ترتب عليه إضرارا بمصالحها الخاصة، غير أنه لا يوجد في القضية المذكورة أي دليل على أن الجهة المدعية قد استندت على ما صدر من الجهة المدعى عليها، مما يجعل إثارة الإستوبل في غير محله القانوني³.

-Sentence CCI, rendue dans l'affaire n 1512, Yearbook, 1980, p.174.

¹-انظر:

Sentence CCI rendue dans l'affaire n 6363, 1991, Yearbook , 1992, p.186 .

²-انظر: محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص.139.

³-انظر:

Philippe PINSOLE, distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit de commerce international, JDAI, 1998, p.925.

وبطريقة مختلفة تماماً، أثارت محكمة نزاعات إيران - الولايات المتحدة (Le tribunal des différents irano-américain) في 2 أيلول/سبتمبر 1983 (l'affaire Woodward-Clyde Consultants C/Iran et O.E.A.I.) مبادئ إثبات متشابهة¹.

حيث لرد طلب دفع أتعاب مجلس استشاري، احتجت منظمة الطاقة الذرية الإيرانية **OEAI** بالحقوق الممنوحة لها. بموجب العقد لحجب مبلغ الاشتراكات الاجتماعية المفروضة على المجلس، إلى أن يثبت الأخير أنه دفع هذه المبالغ للسلطات المختصة عن طريق إصدار إيصال صادر من تلك السلطات.

ومن أجل الحكم على واقع دفع اشتراكات الضمان الاجتماعي من قبل المجلس، واجهت المحكمة وثيقتان متعارضتان من وكالة الضمان الاجتماعي الإيرانية، من جهة، إيصال من المجلس. ومن ناحية أخرى طلب لاحق للدفع مقابل نفس السنوات وعدم ذكر أي مدفوعات أو إيصالات، أنتجها **OEAI**.

وبالنظر إلى أن هذه الوثائق، التي لم تكن صحتها مشكوك فيها، تحتوي على "بيانات متناقضة تماماً وغير قابلة للتوفيق" من قبل هيئة الضمان الاجتماعي نفسها، استجابت المحكمة لطلب الدفع المرفوع من المجلس، مبررة قرارها على وجه الخصوص من خلال تطبيق "القاعدة العامة للإثبات التي تفيد أنه يجب تفسير الحجج المتناقضة لصالح الخصم الآخر غير الطرف المتناقض".

وفي السياق نفسه، إنه وفي بعض القرارات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية تم اعتماد الإستوبل عند النص عليه صراحة في القانون الواجب التطبيق على النزاع من ذلك قرار المحكم المنفرد بأعمال الإستوبل المترتبة على الوعد المعتمدة في القانون الهندي الواجب التطبيق على العقد².

وتجدر الإشارة أنه غالباً ما يستند الأطراف أو المحكمون على الإستوبل بالنظر إلى اعتباره مبدأ عاماً في قانون التجارة الدولية، بدون أن يكون ملحوظاً بهذه الصفة في القانون الواجب

¹-انظر:

Sentence de tribunal des différends Irano-Américains du 2 septembre 1983 , rendue dans l'affaire N73-67-3,Iran -U.S Claims tribunal Reports, 1983, vol.3,P.239 ; E.GUAILLARD, op.cit,p.272.

²-انظر:

Sentence ad hoc rendue dans l'affaire Western Company of north America (USA) v Oil and Natural Gas Commission (India) , Yearbook CCI 1988, p.5.

التطبيق لحل النزاع، والمقصود بذلك التشريعات المتأثرة بالقانون المدني، من ذلك ما تقرر في القضية رقم 6230 لسنة 1990¹، حيث استندت المحكمة التحكيمية على الإستوبل بالنظر إلى توافر شروط إعماله في المنازعة المعروضة بدون أن يكون معتمدا في القانون السويسري وجاء في القرار التحكيمي ما يلي:

"لا يتضمن القانون السويسري قاعدة مطابقة للإستوبل، إلا أنه يعترف مع ذلك بكون الإستوبل أداة ذات طبيعة هامة وخاصة، فالمدعي يمنع فقط بعد انقضاء فترة من الزمن دون إثارة حجته. بمعنى آخر الإستوبل تمثل حالة خاصة في ممارسة الحق بصورة خاطئة غير مناسبة..."².
وقد استخدمت الإستوبل في بعض المنازعات أمام غرفة التجارة الدولية بباريس لاستبعاد تطبيق إحدى قواعد القانون الواجب التطبيق بسبب النتائج الغير العادلة على إعمالها بحق أطراف النزاع، ولا يمكن بأي حال لمن فاوض أو نفذ أو استفاد من عقد أن يدعي لاحقا ببطان أحد بنوده بسبب مقتضى أشار إليه القانون الملحوظ للتطبيق. من ذلك القضية رقم 7214 لسنة 1995، حيث جاء فيها ما يلي:

"عدم إمكانية الاستناد إل بعض مواد القانون المدني اليوناني لإبطال بنود العقد وبالتالي ليس بمقدور الجهة المدعية التذرع بها بعد الآن... لكونها استفادت مطولا من الامتيازات التي يمنحها العقد لمدة تزيد عن 18 شهرا دون أن تثير أيما احتجاج ببطان أو تتذرع بأضرار معينة... مثل هذا السلوك المتناقض يخالف بوضوح مبدأ حسن النية وهو غير مشروع وفقا لمقتضيات المواد 281 و 288 من القانون المدني اليوناني"³.

¹-انظر:

-Sentence CCI rendue dans l'affaire n 6230, 1990, Yearbook CCI, 1992, P.164.

²- انظر:

Ph. PINSOLLE, Les applications du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit de commerce international, art. préc, p.44.

راجع أيضا محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.139.

³-انظر:

Sentence CCI rendue dans l'affaire n .7314, 1995 , Yearbook CCI 1998, p.51.

Cité par :

Philippe PINSOLLE, Les applications du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit de commerce international, art. préc, p.46.

غير أن رفض الطعن ببطلان العقد أو أحد بنوده بسبب الاستفادة منه أمر نسبي وليس مطلق، إذ يتصل بالمعطيات التراعية، بالإضافة إلى عدم توافق نتائج أعمال الإستوبل (مبدأ الحيلولة) دون إثارة البطلان وموقف المحكمين من النظام العام عبر الدول، كما حدث في مثال القضية رقم 6248 لسنة 1990 ما قرره غرفة التجارة الدولية من قبول البطلان الذي أثاره أحد الأطراف بسبب أن العقد يخفي أعمالاً فاسدة¹.

كما استخدم الإستوبل في التحكيم كآلية هجومية لتوسيع نطاق آثار اتفاق التحكيم ليشمل الأطراف الذين لم يوقعوا عليه من قبل، ويجدر التنويه بمنحى القضاء الأمريكي الذي وجد في الإستوبل المعتمدة أصلاً ضمن النظام القانوني الأمريكي أساساً قانونياً جديداً صالحاً لامتداد نطاق البند التحكيمي إلى غير الموقعين على العقد، وهذا بالرغم مما تقرر من جانب الاجتهادات التحكيمية والنظامية الرسمية ذات الصلة خاصة في مجموعات الشركات²، أنها قد تجاوزت الأثر النسبي للاتفاق التحكيمي الذي يؤدي إلى رفض امتداد شرط التحكيم ليشمل شركة أخرى من شركات المجموعة لم تكن طرفاً في العقد، أو مد شرط التحكيم في إحدى المجموعة العقدية إلى سائر عقودها، انطلاقاً من التفسير الضيق للاتفاق التحكيمي إلى مرحلة الإرادة الحقيقية والوحدة الاقتصادية والدور المحوري الذي تضطلع به لصالح فكرة الإتساع، والتي تقرر فيها امتداد شرط التحكيم إلى غير الموقعين على العقد³.

¹-انظر:

Sentence CCI rendue dans l'affaire 6248,1990, Yearbook CCI 1994 ,p.124. cité par Ph. PINSOLLE, ibid, p.46.

²-لقد عرفها الفقه الفرنسي بأنها عدة شركات قانونية مستقلة عن بعضها البعض وخاضعة لقرار اقتصادي واحد:

« un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes les unes des autres mais en fait soumises à une unité de décision économique » .voir Guyon.M ,Droit des affaires, T.1, 10 Ed. Economica,1998, n580 ;BrunoDONDERO, Droit des sociétés, Dalloz, 2009, p.501.

وذكر الفقيه VIDAL أنها مجموع شركات ذات هياكل قانونية مميزة، مرتبة بالمشاركة أو بعلاقات عقدية في كيان مستقل اقتصادي أو مالي مع وجود سلطة قرار وحيدة

Farag hmoda, la protection des créanciers au sein des groupes de sociétés, thèse de doctorat , université de Franche-comté,le19mars2013,sur le site, [httpM//halshs, archives-ouvertes.fr//tel..pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr//tel..pdf)

أشار إليه طاهر شوقي مؤمن، دراسة قانونية عن مجموعات الشركات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017، ص.10.

³- انظر:

Ibrahim fadlallah,clause d'arbitrage et groupes de sociétés, In Droit international privé : travaux du comité français de droit international privé, 6e année, 1984-1985. 1986. pp. 105-131, sue le site internet :www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-082_1986_num_6_1984_1472 dernière visite le16/02/2018.

حيث العبرة تكون للإرادة والمساهمة في الإطار التنفيذي للعقود المرتبطة بوحدة اقتصادية، وقد تبنت المبدأ السابق إحدى هيئات التحكيم المشكلة لنظر نزاع تحت مظلة غرفة التجارة الدولية، عرفت باسم قضية (Dow chemical)¹، وذلك بحكم في دفع الشركة المحتكم ضدها (شركة فرنسية) القاضي بعدم قبول دعوى التحكيم التي أقيمت من جانب كل من الشركة الأمريكية الأم والشركة الفرنسية التابعة، بالرغم من أنهما ليستا من أطراف عقد النزاع، لأن العقد موقع من طرف الشركة المحتكم ضدها شركة (Dowchemical) السويسرية مع (شركة تابعة)، فقضت هيئة التحكيم برفض هذا الدفع وقبول دعوى التحكيم من كل من شركة (Dow chemical) الأمريكية (الشركة الأم) وشركة (Dow chemical) الفرنسية، باعتبار أنهما طرفان في دعوى التحكيم، لأن نية أطراف هذا العقد وعادات التجارة الدولية تقضي بذلك، ووصلت هيئة التحكيم إلى هذه النتيجة بناء على ما ثبت لها من تبادل المراسلات بين المحتكم ضدها وبين الشركة الأمريكية الأم، وكذلك بينها وبين الشركة الفرنسية التابعة، وذلك في شأن تنفيذ العقد الذي أبرمته الشركة المحتكم ضدها مع الشركة السويسرية التابعة.

وبمناسبة الطعن على قرار التحكيم السالف الذكر أمام محكمة استئناف باريس² من قبل شركة (Isover saint Gobain) ، انتهت لتأييد امتداد شرط التحكيم دون التوقف عند حد التوقيع المادي وصحة قرار التحكيم فيما ذهب إليه، حيث أشارت إلى أن: "المحكّمين قد توصلوا بواسطة تفسيرات قاطعة للاتفاقات والوثائق المتبادلة لقضاء منتج في أسبابه ولا يدع مجالاً

¹ - وهو ما جاء بتحكيم غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 4131 لسنة 1982 بشأن عقدين أبرما عام 1965 و 1968 بين ثلاث شركات فرنسية (انتقلت حقوقهم فيما بعد لشركة Isover saint Gobain الفرنسية وشركتين فرعيتين لشركة The dow chemical company الأمريكية بعرض بيع وتوزيع منتجات الأخيرة من العوازل الحرارية بفرنسا.

حيث أبرم الأول بين الثلاث شركات الفرنسية وشركة Dow chemical الفترولية والثاني يجمع بين الشركات الفرنسية الثلاث وشركة Dow Europe Zurich chemical والتي تعد فرعاً للشركة الأم الأمريكية. وكان للشركة الأمريكية الأم فرعاً لها بفرنسا dow chemical France لم يوقع على العقدين السابقين إلا أنه قام بدور مكثف في المفاوضات والإعداد لها كما مارس دوراً مهماً في تنفيذها كما أن الشركة الأم كانت تراقب وتشرف على فروعها وعلى فروع الفروع، وبعد فترة قام الفرع الفرنسي Dow chemical France بفسخ العقد مع الشركة الفرنسية الموزعة ومنحها تعويضاً عن ذلك. غير أنها استمرت في استخدام المنتج التجاري فقامت مجموعة الشركات الأمريكية باتخاذ إجراءات التحكيم ضد الشركة الفرنسية Isover saint Gobain، ومطالبتها بالتعويض عن الضرر الذي لحقها من جراء استخدام المنتج التجاري. فدفعت الشركة المدعى عليها بعدم اختصاص هيئة التحكيم لرفعها من غير ذي صفة مشيرة إلى الشركة الأم والشركة الفرع الفرنسية التابعة لها وأن كلا منهما لم يكن طرفاً في العقد الوارد به شرط التحكيم ولم يوقع أي منهما عليه.

انظر: محمد احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 224 و 225.

² - انظر:

-cour d'appel de paris 21/10/1983, rev. arb. 1984, p.98.

للخلاف، بأن الشركة الأم والشركة التابعة كانوا أطرافاً في هذه الاتفاقات رغم عدم توقيعها المادي عليها كما استشهدوا بفكرة مجموعة الشركات، وهي فكرة لا خلاف عليها من الأفكار المنبثقة عن عادات التجارة الدولية، ولم تجرده الشركة التي طلبت إلغاء الحكم¹.
وأيضاً أكدت ذلك محكمة استئناف (Pau) في قرارها الصادر بجلسته 1986/11/26² حيث قضت بأنه:

"من المقبول قانوناً أن شرط التحكيم الذي قبلته صراحة بعض شركات المجموعة، يجب أن يقيد الشركات الأخرى التي تبدو وبالذات الذي لعبته في إبرام وتنفيذ أو فسخ العقود المنطوية على ذلك الشرط، ومن خلال الإرادة المشتركة لكل الأطراف في الإجراءات، وكأنها أطراف حقيقية في تلك العقود، أو كأنها معنية في المقام الأول بها وبالمنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها".

وعلى سبيل المثال أيضاً، في قرار غرفة التجارة الدولية CCI لعام 1996 في القضيتين 7604 و761055³، رفضت شركة لم توقع على اتفاق عدم التحكيم المشاركة في الإجراءات القضائية بقولها أنه بمجرد أن تكون عملية التحكيم جارية بالفعل، فإن محاكم الولايات في نظر النزاع الذي بينها وبين الشركة المدعية، وإن محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية قررت تمديد آثار اتفاق التحكيم، استناداً إلى الدفع التي أدلى بها من الشركة سالفه الذكر أمام المحاكم الوطنية وخلصت إلى أن الشركة غير الموقعة قد حضعت طوعاً إلى اتفاق التحكيم.

وفي القضية رقم 573056⁴ أمام غرفة التجارة الدولية، المحكمين أيضاً استخدموا نظرية الإستوبل لمنع مساهم في مجموعة من الشركات من التنصل من عملية التحكيم، والواقع أنه، بالإضافة إلى أنه شارك شخصياً في توقيع العقد المعني، فقد دفع أيضاً أمام محكمة الدولة قبل المنازعات بأنه "يشارك شخصياً في القضايا التي تنظر فيها الشركات التي يسيطر عليها"، وبعد أن قرر المدعي بعد ذلك رفع المسألة إلى التحكيم، وجه دعوى ضد شركات المجموعة والمساهمين على حد سواء.

¹-انظر: محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص.228.

²-انظر:

cour d'appel pau, 20 nov.1986 ;revue d'arbitrage1988 ;P.153 ;note Chapelle.

³- انظر:

Affaire n 7604 et n 7610, (1998), J.D.I,1027.

⁴- انظر:

Affaire CCI n 5730, (1990), J.D.I,1029.

وأثار المساهم استثناء عدم كفاءة هيئة التحكيم على أساس أنه لم يوقع قط على العقد الذي يتضمن اتفاق التحكيم. ورفضت هيئة التحكيم النظر في حججه بهذه العبارة: "وقد أقر السيد M.Z نفسه مع المقررين من معاونيه أمام المحكمة العليا بأن القضايا التي عولجت بموجب هذا السبب الفردي تتعلق بالمسؤولية الشخصية للمدعى عليه، وهو ما أكدته استشارات القانون السعودي التي قدمها المدعي، وهكذا ثبت أنه من خلال التعامل مع الشركة X، وبإثبات فواتيرها بهذا الاسم، بما يتوافق مع الغرض التجاري الفردي لشركة M.Z، كان الأخير هو الذي يتعامل مع المدعي"¹.

وقد تجد آلية الإستوبل الهجومية مجالاً للتطبيق في مسألة امتداد البند التحكيمي لمن لم يوقع على العقد، فعلى الرغم من أنها لا تقدم مع الأسس القانونية الأخرى نظاماً متجانساً لشروط هذا الامتداد، وبخاصة إذا لم يكن الغير منضوياً ضمن إطار مجموعة الشركات، كما لو كفل المصرف تنفيذ العقد من مجموعة الشركات².

وما يمكن قوله أن الإستوبل بطابعها الهجومية تكون مناسبة لمعالجة مثل هذه المسائل التزاعية وتؤدي لتوحيد شروط أعمال امتداد البند التحكيمي لغير الموقع على العقد بغض النظر عن موقعه ضمن مجموعة الشركات أم لا، فتطبيقها يمنع هذا إحدى الشركات داخل المجموعة من إثبات عدم ارتباطها بالبند التحكيمي في حين أن تصرفاتها تدفع للاعتقاد بأنها معنية.

ولقد وجد هذا المنحى لدى اجتهاد المحاكم السويسرية، ليس فقط في تمديد البند التحكيمي إليها، بل بتوزيع المسؤولية العقدية ضمن مجموعة الشركات، حيث ورد في إحدى التعليقات القضائية من (P.Schweizer et F.Knoepfler) ما مفاده ب:

"...إن مسؤولية الشركة الأم تتوافر، عندما تخلق بسلوكها اعتقاد لدى الغير عن مسلك سائر مجموعة الشركات اتجاهه، ثم تعدل عن ذلك مناقضة لحسن النية"³.

¹-انظر:

Affaire CCI n 5730, (1990), J.D.I, 1031.

²-انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.ص.144-145.

³-انظر:

F. KNOEPFLER , P. SCHWEIZER :Chronique de jurisprudence suisse en matière d'arbitrage international, Revue suisse de droit international et de droit européen (RSDIE), 1966, n.585. ;Phillipe Pinsolle :distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international, JDAI, 1998, P.905 et 927

أشار إليها محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع نفسه، ص.145.

ثانيا: عدم توحيد الاجتهاد التحكيمي بخصوص مفهوم وشروط اعمال الإستوبل

من خلال استعراض القرارات التحكيمية السالفة الذكر يتضح تواتر العمل بمبدأ عدم التناقض أو الإستوبل في القانون التجاري الدولي، في كثير من الحالات وفي العديد من التطبيقات، ولكن نتج عن هذا التنوع عدم الدقة التي تكتنف مضمون المبدأ وعدم توافق التفسيرات التي أعطتها الهيئات الدولية التحكيمية في الكثير من القرارات¹.

وظهر ذلك من خلال وجود اتجاهين مختلفين في تحديد مفهوم الإستوبل وهم المفهوم الضيق أو المقيد والمفهوم الموسع وهو ما يرتب عدم اليقين القانوني، وإن تحليل القرارات الصادرة عن المحكمين يظهر لنا هذين الاتجاهين:

وهما إما تعريف تقليدي مطابق للتعريف الثابت في الأنظمة القانونية المبنية على السوابق القضائية القائم على التصوير والضرر الناتج عن الاعتماد، وينطبق هذا المبدأ عندما يتبنى طرف موقفاً أو سلوكاً معيناً، ويأخذ الطرف الآخر هذا الموقف في الاعتبار، وأحيانا على حسابه، لكن العنصر الأخير لا يبدو دائما ضروريا، عندئذ لن يسمح للطرف الأول بإعادة النظر أو العدول في التوجه أو السلوك الذي أخذه الطرف الآخر بالتالي في الحسبان².

هذا التعريف للإستوبل قريب جدا من التعريف التقليدي لأنظمة القانون العام (الشريعة العامة)، وغالبا ما تستشهد قرارات التحكيم بالقرارات الإنجليزية للقول بوجود مبدأ قابل للتطبيق بشكل مباشر، ويفترض في هذا التعريف القدرة على استخراج تصوير في سلوك أحد الأطراف بشكل منفصل، من ناحية، والاعتماد عليه من قبل الطرف الآخر من ناحية أخرى.

أما التعريف الثاني لمبدأ عدم التناقض أو الإستوبل فهو تعريف مدني مأخوذ من زاوية حسن النية والتناسق أو الانسجام مع الذات، ووفقا لهذا التعريف، المبدأ ينطبق عندما تكون ادعاءات ومزاعم أحد الأطراف أمام المحكمين تتعارض مع ما قد تبناه من سلوك سابق، ويستنتج من خلاله المحكمين سوء نية هذا الطرف المتناقض.

¹-انظر: عادل عبد الله المسدي، مبدأ الاغلاق وآثار تطبيقه أمام المحاكم الدولية، المرجع السابق، ص.04.

²-انظر:

ويتعلق الأمر بواجب الاتساق الذي يفرضه المحكمون على الأطراف، وهو أقرب بكثير إلى المفهوم التقليدي لحسن النية في القانون المدني، وفي هذه الحالة الأخيرة سيفحص المحكمون فقط سلوك الطرف الذي يناقض نفسه، ولن يهتموا فيما إذا كان الطرف الآخر قادرا على أخذ هذا الموقف في الاعتبار¹.

وغالبا ما تستخدم الإستوبل للحيلولة دون التنصل من تطبيق العقد أو شرط معين، ولاسيما شرط التحكيم، وأحيانا من الناحية العملية يتم الاستعانة بنظرية الإستوبل للقول بأن الطرف الآخر لا يمكن إعفاؤه من شرط التحكيم الذي قبله، في معظم الحالات يتعلق السؤال أولا وقبل كل شيء بالتأثير الملزم لهذا البند وتكون الخطوة الأولى بتحديد ما إذا كان إذا البند ينطبق. ومع ذلك من المناسب التأكيد هنا على مصلحة الحجة القائمة على الإستوبل للطرف الذي يعتمد عليها، هذا المبدأ يحول دون إثارة دفع أو قبول حجة معينة، ويجعل من الممكن تجنب مناقشة صحة شرط التحكيم في حل النزاع².

ويمكن القول أن هذا الوضع في تحديد مفهوم الإستوبل لا يختلف كثيرا عن تعريف مبدأ الإستوبل في القانون الدولي، والذي يتلخص في الاتجاه الذي يعطي له مفهوما ضيقا والاتجاه الذي يعطيه مفهوما موسعا، وسيكون الأمر متروكا للمحكمين وتكوينهم القانوني، كما يكون المحكم الذي تلقى تكويننا أنجلوأمريكيا مثلا وفيما لتعريفه ومفهومه وفقا لهذا النظام القانوني.

ويبدو من المهم التذكير أن الوظيفة الرئيسية لمبدأ عدم التناقض يجب أن يكون الغرض منها قبل كل شيء تصحيح مواقف معينة، يجب أن يظل اللجوء من حيث المبدأ، إن لم يكن استثنائيا بما يكفي لقصره على الحالات التي يكون فيها التصحيح ضروريا.

¹-انظر:

P.PINSOLLE , Les applications du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit du commerce international, art, préc, p.47-48.

²-انظر:

P.PINSOLL, ibid , p.49.

المطلب الثاني

استدعاء الإستوبل في السياق الإجرائي لتسوية التزاعات التجارية الدولية

من أبرز ما جاءت به نتائج جولة الأورغواي التي انعقدت بمراكش وأسفرت عن إنشاء منظمة التجارة العالمية¹ التي تم تأسيسها بتاريخ 15 أبريل 1994، إحداث نظام شبه متكامل لتسوية التزاعات الدولية التجارية²، إذ خصت تسوية التزاعات في النظام الجديد باتفاقية مستقلة ومرتبطة في

¹ - إن الجهود التي بذلت لإنشاء منظمة التجارة العالمية كان بهدف إنشاء نظام تجاري دولي جديد يسعى الأطراف من خلاله إلى مزيد من تحرير التجارة الدولية وإزالة القيود والعقبات التي تشوه حرية التبادل التجاري وتعيق انتقال السلع والمنتجات، إن منظمة التجارة العالمية تسعى لتحقيق هذا الهدف على ضوء مبادئ معينة ويمكن تلخيصها في الآتي:

أ- مبدأ الدولة الأولى بالرعاية ومعنى هذا الشرط هو أن جميع المزايا الممنوحة أو التي يمكن أن تمنح في المستقبل سواء بمقتضى إجراءات ذاتية أو اتفاقات تجارية لمصلحة دولة ثالثة، تطبق بالمثل على منتجات الطرف الآخر المماثلة أو المشابهة، وإن مبدأ الدولة الأولى ذو نطاق واسع على كل المبادلات التجارية، وعلى كل الدول الأعضاء إلا ما استثني بنص خاص في الاتفاقات كالمادة 24 من اتفاقية الجات 1994 بشأن الاتحادات الجمركية ومناطق التجارة الحرة أو بمقتضى إعفاء يمنحه المؤتمر الوزاري لمنظمة التجارة العالمية لعضو من الأعضاء بموجب المادة التاسعة من اتفاقية مراكش، أو بموجب نص خاص لمواجهة ظروف خاصة كالمعاملة التفضيلية الممنوحة للدول النامية والأقل نمواً.

ب- مبدأ المعاملة الوطنية، ومعنى هذا المبدأ أن على الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية أن تطبق نفس المعاملة التي تمنحها لمنتجاتها الوطنية، على المنتجات المستوردة من الدول الأعضاء المماثلة للمنتج الوطني سواء في الرسوم أو التنظيمات.

ج- مبدأ خفض الرسوم الجمركية وإلغاء القيود الكمية، ويختلف معدل خفض الرسوم من سلعة إلى أخرى مع عدم جواز زيادة أو رفع هذه الرسوم الجمركية فيما عدا ما نصت عليه الاتفاقيات.

أما بالنسبة لإلغاء القيود الكمية فهو حظر عام بسري على الصادرات والواردات وفقاً لنص المادة 11 من اتفاقية الجات 1994 وذلك بغرض تسهيل انسياب التجارة الدولية بين الدول الأعضاء بحرية وبدون عائق.

د- مبدأ الشفافية وجاء هذا المبدأ ليحقق الهدف من حرية التجارة الدولية وكموجه للدول في تعاملاتها حيث جاء في الملحق رقم 03 والمتعلق بآلية مراجعة السياسة التجارية ما مفاده بأنه "يعترف الأعضاء بالأهمية الراسخة للشفافية المحلية من اتخاذ القارات الحكومية في الأمور المتعلقة بالسياسات التجارية سواء بالنسبة لاقتصاديات الأعضاء أو للنظام التجاري متعدد الأطراف وما من اتفاقية تم إقرارها إلا وجاءت مقترنة بإقرار مبدأ الشفافية ويأتي في مقدمة هذه الاتفاقيات تلك المتعلقة بالحماية والإغراق والاستثمار... الخ".

وكل الاتفاقيات التي تم إقرارها جاءت مقترنة بإقرار مبدأ الشفافية في المعاملة، لما لهذا المبدأ من أهمية في مجال تحقيق هدف حرية التجارة وإطلاع الدول أعضاء منظمة التجارة العالمية على جميع الإجراءات التي تتخذها أي دولة عضو سواء في نظمها الاقتصادية أو القانونية أو الإدارية،

انظر: عبد الملك عبد الرحمن مطهر، الاتفاقية الخاصة بإنشاء منظمة التجارة العالمية ودورها في تنمية التجارة الدولية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر 2009، ص. 45 و46، مصطفى سلامة، منظمة التجارة العالمية النظام الدولي للتجارة الدولية، ط. 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص. 13.

2- كامتداد للاتفاقية العالمية للتعريفات والتجارة الجات 1947 التي أبانت عن الكثير من مواطن القصور في مجال تسوية التزاعات والتي كانت تخضع لنظام قانوني للفصل في المنازعات بين الدول الأطراف من خلال المادتين 22 و23 (يتعلق نص المادة الثانية والعشرين من الاتفاقية بالمشاورات بين الخصوم، يتعلق نص المادة الثالثة والعشرون بإتباع إجراءات التسوية القضائية في حال إخفاق المشاورات) من الجات، إلا أن هذا النظام كان يقوم على آلية الصلح والوساطة دون أن يكون له صبغة قضائية واضحة، لذلك سرعان ما ظهرت نقائصه في طريقة الفصل في نزاعات

الوقت نفسه باتفاقية منظمة التجارة العالمية، ومن ثم صار لهذه المنظمة إطار قانوني خاص بتسوية المنازعات، وتشكل آلية تسوية النزاعات في إطار منظمة التجارة الدولية العالمية قفزة كبيرة نحو تطوير الوظيفة القضائية التجارية الدولية حيال النزاعات الدولية التجارية قياساً إلى الوظيفة القضائية أو التحكيمية الدولية بخصوص النزاعات الدولية العادية¹، كما تم لأول مرة إنشاء جهاز لتسوية المنازعات التجارية، ويعد من أهم الأجهزة الرئيسية للمنظمة والآلية الأنجع بالمقارنة مع الآليات الأخرى كالوساطة والتوفيق والمسامحي الحميدة.

ويعتبر التحكيم بمثابة الدرجة الأولى من درجات التقاضي في إطار جهاز تسوية المنازعات بمنظمة التجارة العالمية، وتشمل ولايته جميع مجالات التجارة في السلع والخدمات وحقوق الملكية الفكرية بشكل متكامل، ويعتمد الجواز في عمله أسلوب تسوية المنازعات المنصوص عليها تفصيلاً في أحكام الاتفاقية الخاصة به، ويصدر الجهاز أحكاماً ملزمة للأطراف المتنازعة من خلال هيئة محكمين ويحق لأي طرف استئناف قرار هيئة المحكمين إذا كان هناك ما يستوجب ذلك²، يشترط في اللجوء إلى هذه الوسيلة أن يكون أطراف النزاع قد لجأوا إلى طلب التشاور أو المسامحي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة وفشلت في التوصل إلى حل، وقد حددت وثيقة تفاهم تسوية

الدول الأطراف، في ظل غياب جهاز يشرف على تنفيذ قراراتها، والتي لم تكن لها صفة الإلزام بالإضافة إلى ما كانت تنتهجه بعض الدول في اتخاذ إجراءات عقابية منفردة بدعوى المحافظة على مصالحها التجارية والاقتصادية، والتي كان لها أثر سلبي على الدول النامية وقد بذلت مسامحي في اتجاه تطوير تسوية النزاعات داخل الجات، مما دفع لإجراء العديد من الإصلاحات وأول محاولات لتطوير إجراءات تسوية المنازعات بين الدول الأعضاء تمت في مذكرة تفاهم وقعت سنة 1979، كما تم اعتماد تنظيم مؤقت لجهاز تسوية المنازعات في سنة 1989 غير أن ذلك لم يكن كافياً إذ أنه في حال فشل المفاوضات كان من الممكن للخصوم الانتقال إلى مرحلة التسوية القضائية من خلال فريق قضائي يتم تشكيله لتسوية النزاع لكن تشكيل الفريق يحتاج إلى موافقة على إنشائه أولاً من مجلس الأطراف المتعاقدين عملاً بقاعدة الإجماع الإيجابي التي تتطلب موافقة جميع الأطراف المتعاقدين حتى بعدما يصبح الحكم نهائي، فتقرر إدراج الموضوع ضمن مفاوضات جولة الأورغواي التي انتهت بإقرار ميلاد جهاز تسوية المنازعات.

نور الدين الداودي، جهاز تسوية النزاعات بمنظمة التجارة العالمية آلية تحكيمية بين التكيف القضائي ومشكل الإلزام، مقال متاح على شبكة المعلومات العالمية، اطلع عليه بتاريخ 2018/05/16، على الساعة 11.00 على موقع:

<https://platform.almanhal.com/Files/2/98019>.

¹ - انظر: ياسر الحويش، تسوية المنازعات في النظام الدولي التجاري تحكيمية أم إحكام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج. 26، ع. 2، 2010، ص. 14، متاح على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الإلكتروني:

www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/images/stories/7-36.pdf

² - انظر: سيد أحمد محمود، آلية تسوية المنازعات الناجمة عن تطبيق اتفاقات الجات ومنظمة التجارة العالمية، مجلة الحقوق الكويتية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، س. 23، ع. 02، يونيو 1998، ص. 286.

المنازعات الأحكام الخاصة بهذه الوسيلة تحديداً دقيقاً، سواء من حيث إنشاء وتكوين فرق التحكيم والاختصاصات أو الإجراءات.

ويتم إنشاء فرق تسوية لكل نزاع على حدة، يتشكل فريق التسوية من 3 إلى 5 محكمين كما كان معمولاً به في الجات سابقاً، والجديد في منظمة التجارة العالمية هو أنها أوجدت نظام التقاضي على درجتين من خلال إنشاء جهاز الاستئناف، والذي ينظر في مدى تطبيق القانون من جانب فرق التسوية عند نظرها في المنازعات. وفيما يتعلق بتنفيذ القرار الصادر عن فريق التسوية بعد اعتماده من جانب جهاز تسوية النزاعات في حال عدم استئنافه، أو الصادر عن هيئة الاستئناف في حالة استئنافه ثم اعتماده من جهاز التسوية، تظل عملية التنفيذ معيبة بسبب أسلوب التنفيذ التبادلي الذي أقره تفاهم تسوية النزاعات، ويأتي ترتيب طرق التنفيذ في التنفيذ الطوعي للقرار من جانب العضو الخاسر أو عرضه لتعويض على الطرف الرابح في حال امتناعه عن التنفيذ وفي غياب هذين الحلين يجوز للطرف الرابح أن ينفذ بنفسه¹.

وقد وجد الإستوبل ميداناً خصباً لإعماله لاسيما في مواجهة مبدأ الشفافية الذي يلزم الدول الأعضاء بصفة دائمة ومستمرة بنشر نظمها التجارية، غير أن هذه الصورة لا تعكس تماماً المدى الذي يمكن أن يبلغه هذا المبدأ في التطبيق بسبب مفهومه ودوره، والذي لم يتحدد بدقة لاسيما في ظل صعوبة تبلور اجتهاد متناسق لقرارات جهاز تسوية المنازعات، والسبب يعود إلى صعوبة ضبط تعريف علمي قانوني للإستوبل فضلاً عن إشكالات وعقبات إعماله من جانب جهاز تسوية المنازعات فيما بين الدول الأعضاء، وهو ما سوف يتم معالجته في فرعين متتاليين.

الفرع الأول

تباين منحى أعمال الإستوبل أمام جهاز تسوية المنازعات عن المفهوم المتعارف عليه

إذا كان الإستوبل مبدأ عاماً من مبادئ القانون الدولي أو مبدأ عرفي، فلا شيء سوى حكم مخالف في منظمة التجارة العالمية يمكن أن يحول دون الاحتجاج به أمام هيئة تسوية المنازعات. وبما أن هذا الحكم العام غير موجود، فقد تمكن الفريق من أن يذكر في ديسمبر 2001 أنه "يمكن تطبيق مبدأ عام مثل مبدأ الإستوبل على تسوية المنازعات في منظمة

¹ - انظر: ياسر الحويش، المرجع السابق، ص. 19.

التجارة العالمية¹.

ويجري اللجوء إلى الإستوبل بشكل متزايد أمام هيئة تسوية المنازعات التابعة لمنظمة التجارة العالمية ، ولا يمكن إنكار انطباق المبدأ في هذا السياق، ومن ناحية أخرى، فإن الفرضيات التي استدلت بها لا تسمح بإظهار فاعليته الحقيقية، ويبدو أن تفسير مبدأ الإستوبل، في إطار دفاع الأعضاء وأيضا في خطاب هيئة منظمة التجارة العالمية غامض للغاية، بينما يخضع المفهوم لعناصر تعريفية دقيقة، ويمكن تفسير هذا المفهوم الواسع النطاق جدا بمشاكل التشابك بين أجزاء معينة من إجراءات تسوية المنازعات بين النظام القانوني الداخلي والنظام القانوني الدولي، ومع ذلك لا يزال من الصعب جدا إعمال الإستوبل في منظمة التجارة العالمية لأن قدرتها على التأثير على حقوق الأعضاء تتعارض بشكل مباشر مع استقرار القانون و إمكانية التنبؤ به، وهما الركيزتان الحقيقيتان للنظام.

قد يثار الدفع بالإستوبل في بعض الدعاوى التي ترفع أمام جهاز تسوية المنازعات، أو بمناسبة ممارسة الجهاز لاختصاصاته بوصفه من القواعد الإجرائية أمام الهيئات القضائية والتحكيمية الدولية، ولكن مع ذلك لم يبلغ إعمال الإستوبل لدى جهاز تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية الأهمية والدور المنشودين في تبسيط الإجراءات رغم الاستشهاد به مرارا².

وإن غلب على ذلك الطابع السلبي في الممارسات على مستوى تقارير المجموعات الخاصة أو الجهاز الإستثنائي، أو في طلبات الدول الأعضاء رفعا لادعاء أو حماية لإجراء متخذ، غير أن مجرد إثارة الفكرة بحد ذاتها بعيدا عن الأخذ بها أو استبعادها يمثل في حد ذاته أهمية تنبئ عن مدى اختراق الإستوبل للقواعد والأصول المتبعة، مما يترتب عليه اكتسابها لمكانة متميزة في المجتمع الدولي التجاري أسوة بالنظم الداخلية فهو يساهم في عملية تعزيز المبادئ الأخلاقية والاستقامة في العلاقات التجارية الدولية.

¹-انظر:

Inde-Mesures concernant le secteur automobile, rapport du groupe spécial 21 décembre 2001, WT/DS146/R-WT/DS175/R, note n364.

²-انظر:

Julien CAZALA, l'invocation de l'estoppel dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'organisation mondiale du commerce , RCDIP, 2003, P.902.

هناك دور مستجد للإستوبل يتجاوز الإطار العام التقليدي في عدم قبول الدعوى المرفوعة إلى محكمة مختصة بسبب التناقض في السلوك والتصرفات إضرارا بالثقة المشروعة المتولدة لدى الغير إلى دور تعديلي لحقوق وواجبات الدول الأعضاء متى توافرت شروط إعماله¹.

غير أن مضمونه وشروط تطبيقه قد يتولد عنها بعض الالتباس بسبب التداخل الكبير والخلط بينه وبين مفاهيم قانونية أخرى لاسيما إسقاط الحق والرضوخ والعدول مما يجعل الاستشهاد به مسألة لا تخلو من الدقة والصعوبة في ظل عدم تكريس مفهوم قانوني موحد له داخل منظمة التجارة الدولية خاصة في ظل الصور العديدة التي يعرفها الإستوبل في تشريعات القانون الأنجلوسكسوني².

هذا والاعتراف بالإستوبل لم يكن اعترافا فوريا إذ في المرحلة الأولى في قضية (Affaire de banane)³ في ظل اتفاقية الجات القديمة، أكدت المجموعة الخاصة أن مجرد إبلاغ المجموعة الاقتصادية الأوروبية لقيودها للأطراف المتعاقدة، وعدم مبادرة هؤلاء للتحرك لا يعدل التزاماتها إزاء الاتفاقية العامة، بالرغم من عدم استخدام مصطلح الإستوبل إلا أن ذلك يظهر تحفظ المجموعة الخاصة عن الأخذ به، لكون أن الإستوبل لا ينتج ولا يمكن إعماله إلا بموجب الرضا الصريح أو الضمني استثناء.

وتمثل قضية (L'amiante) مثالا واضحا عن المنحى الجديد لاستخدام الإستوبل في تعديل حقوق والتزامات الدولة العضو، وتتلخص وقائعها في نزاع قام بين كندا والمجموعة الأوروبية التي تمثل فرنسا بشأن تطبيق اتفاقية الجواز الفنية للتجارة، وذلك في مقابل إجراء فرنسي يمنع تلك المادة والمنتجات التي تحتويها، حيث أثارت كندا دفعا بضرورة تقييم الإجراء الفرنسي ومدى تجانس مع اتفاقية الجواز الفنية، غير أن المجموعة الأوروبية رفضت ذلك، وحبذت الأخذ بعين الاعتبار اتفاقية الجات مما يثبت توافر حالة الإستوبل نظرا للتناقض بين إبلاغ الإجراء الفرنسي من ناحية وعدم الخضوع للاتفاقية المعنية من ناحية أخرى.

¹ - انظر: محمود محمود المغربي، الاستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.150.

² - انظر:

Julien CAZALA, op.cit, P.902.

³ - انظر:

CEE-régimes d'importations applicables aux bananes dans les états membres, cote du document DS32/R, para.362.

مع ذلك المجموعة الخاصة استبعدت في تقريرها الإستوبل معللة ذلك بكون التبليغات الجارية بموجب اتفاقية الحواجز الفنية للتجارة، تم إقرارها لأسباب تتعلق بالشفافية ولا يترتب عليها أي آثار قانونية، كما قررت المجموعة الخاصة أن شروط الإستوبل غير متوافرة، ولا يجوز التذرع بها حيث لم يثبت توافر الاعتقاد المشروع لدى كندا وتضررها جراء التغيير في موقف المجموعة الاقتصادية الأوروبية¹.

ويبدو أنه كثيرا ما يقع الخلط بين الإستوبل ومصطلحات أخرى بصدد الإجراءات المتبعة أمام نفس الجهاز ويظهر ذلك مثلا في قضية (Affaire Ciment Portland²)، حيث طلبت غواتيمالا من المجموعة الخاصة التحقق من أن دولة المكسيك أثارت نظرية إسقاط الحق دون أن تقدم ملاحظاتها مكتوبة في الملف المتعلق بالعريضة المقدمة وفي الشكل والأجل المحددين، وعلى الرغم من استشهاد غواتيمالا بالإستوبل، إلا أن دفاع المكسيك استند إلى نظرية إسقاط الحق.

وأكد على أن اتفاق عدم الإغراق لم يتضمن مهلة خاصة يشترط فيها تقديم الشكوى، مما يترتب عليه أن عدم تقديمها أو التأخر في ذلك لا يؤدي إلى خسارة. حيث قررت المجموعة الخاصة بالمكلفة بتسوية النزاع بأن السكوت يجب أن يترجم إلى قبول بحالة ما أو عدولا عن المنازعة وليس استوبل.

والواضح أن الدول في منظمة التجارة التجارية العالمية في حالات النزاع كثيرا ما قد تثير بادعاءاتها حالة الإستوبل في كل مرة دون أن تلقى استجابة المجموعات الخاصة أو فرق التسوية بسبب عدم انطباق شروط إعمالها، وزاد في ذلك الصمت المتماذي للمجموعات الخاصة إزاء نسبية مفهوم الإستوبل، وعدم تمييزه عن بقية المفاهيم أو المصطلحات القريبة مما زاد الطين بلة³.

¹-انظر:

Communautés européennes-mesures affectant l'amiante et les produits en contenant , Rapport du groupe spécial 18 septembre 2000, cote du document WT/DS135/R, Para 8.60.

²-انظر:

Guatemala-Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance de Mexique, rapport du groupe spécial 19 juin 1998, WT/DS60/R.para 4.225. cité par Julien CAZALA, art.préc, p.892 et s.

³-انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.158.

كما في قضية (**Affaire Ciment Portland**)، حيث يظهر في الترجمة الفرنسية لقرار فريق التسوية إذ استخدمت مصطلح (**Forclusion**)، كمرادف للإستوبل يظهر الخلط بين الإستوبل وإسقاط الحق، في حين أن المصطلحان يختلفان ولا يتساويان في المعنى.

وقد أكد الفقيه (**Dominicié**) على أهمية التمييز بين إسقاط الحق، فالأول يشير ببساطة إلى المصادرة، وهو يصف أثراً قانونياً، ولا يعتبر مبدأ من مبادئ القانون، والسبب في إسقاط الحق ذاته هو ما يشكل مؤسسة قانونية. في حين أن مصطلح الإستوبل ينبغي أن يقتصر على المؤسسة القانونية الفريدة التي تحدد الشروط التي يمكن في ظلها أن تكون الدولة ملزمة بشكل نهائي بسلوكيات لا يحتمل في حد ذاتها أن تنشئ التزاماً أو تتسبب في فقدان حق¹.

ووفقاً لدولة المكسيك، إن اتفاق مكافحة الإغراق لا يحدد أي أجل زمني لتقديم شكوى ضد التأخير في الإخطار، ويكفي هذا لاستبعاد أي احتمال لعدم جواز تطبيقه حتى لو جاء بعد وقت طويل من التوصل إلى خرق الاتفاق أو انهيار التوازن في الحقوق والامتيازات.

وهكذا، فإن الإستوبل سيستبعد بوضوح شديد، على الأقل في هذه الحالة، من قانون منظمة التجارة العالمية، على الرغم من أن هذا النوع من المنطق يظهر في حالات أخرى معروضة على مجلس تسوية المنازعات، لا يقدم الفريق الخاص أي إجابة على هذه النقطة، وفي ضوء هذه الحالة، يمكن استنتاج أن مرور الوقت كان غائباً تماماً عن الأطر الزمنية التي تنص عليها المعاهدات نفسها، وتبين مواصلة دراسة السوابق القضائية لمجلس تسوية المنازعات أن الأمر ليس كذلك.

وفي قضية (**affaire de traitement fiscal des sociétés de vente à l'étranger**)²، تشير هيئة الاستئناف مسألة العيوب الإجرائية في سير القضية أمام هيئات منظمة التجارة العالمية. وتقرر أن مبدأ "حسن النية يقتضي من الأعضاء المدعى عليهم أن يوجهوا انتباه العضو الشاكي،

¹-انظر:

Chr DOMINICIE, A propos du principe de l'estoppel en droit des gens, recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM, 1968, Genève, p.365. Dans le même sens, annuaire de la commission du droit international, 1963, vol. I, p.199, para16 (intervention de M.de Luna .Espagne)

²-انظر:

Etats-Unies, traitement fiscal des sociétés de vente à l'étranger, Rapport de l'organe d'appel 24 février 2000, cote de document WT/DS108/AB/R, para.166.

وجهاز تسوية المنازعات أو الفريق الخاص، في الوقت المناسب، على الانتهاكات المزعومة للنظام الداخلي، بحيث يمكن، عند الاقتضاء، إجراء تصويبات لتسوية المنازعات.

ومن المؤكد أن المشكلة ليست في الإستوبل، ولكن يجب أن تؤخذ في الاعتبار عبارة "في الوقت المناسب" التي تستخدمها هيئة الاستئناف، لا شيء يقال عن عواقب عدم إدراك هذا "الوقت المناسب"، ولكن هناك تحليلان على الأقل، حيث لم يعد من الممكن أن تتلقى هيئة تسوية المنازعات مطالبات المدعى عليه بعد هذه اللحظة المناسبة؛ أو إذا اكتشفت العيوب الإجرائية وجرى الاحتجاج بها في وقت متأخر، فإن الإجراءات ستلغى ببساطة.

لا يوجد حكم في مذكرة التفاهم على القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات، ولكن من الراجح افتراض، نظرا لطبيعة نظام تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، أن أي طعن في الإجراء الذي أثير بعد اعتماد التقرير من قبل جهاز تسوية المنازعات لن يكون فعالاً. غير أن الأمر لا يتعلق بوجود حالة الإستوبل، بل يتعلق ببساطة بقوة التقرير الذي اعتمده مجلس تسوية المنازعات¹.

كذلك عدم تمييز المجموعة الخاصة أو الفريق الخاص للإستوبل عن الرضوخ أو التنازل يجعلها تخرج عن المنحى القضائي الدولي الثابت خاصة في اجتهاد محكمة العدل الدولية، كما في قضية (Affaire de ciment de Portland) حيث أكدت المجموعة التماثل بين الإستوبل والرضوخ في حين أنهما يختلفان من زاوية أن الرضوخ يعبر عن تصرف قانوني من جانب واحد يفيد عن رضا طرف في المنازعة بعدم مطالبة الطرف الآخر أو بعدم منازعته فيما يصدر في مطالبه.

كما يبرز الخلط بين مفهومي الإستوبل والعدول في مواقف الدول الأعضاء نفسها، كما حدث في قضية (Affaire de ciment de Portland)، أين استشهدت دولة غواتيمالا بقضية² (Canada/ CEE)، والتي تقرر فيها أنه تعزيزا لفعالية منظمة التجارة الدولية يتعين ترجمة السكوت

¹-انظر:

Julien CAZALA, art. préc, p.893.

²-انظر:

Affaire Canada/communauté économique européenne-droits au titre de l'article 28, décision de l'arbitre le 16 octobre 1990, cote du document DS12/R, IBDDS37/84.P.90.

نقلا عن محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.158.

إلى قبول بحالة ما أو عدول عن المنازعة مما يشير إلى أن الأمر يتعلق بالرضوخ أو العدول وليس الإستوبل¹.

الفرع الثاني

تعقيدات الإجراءات النزاعية وأثرها على أعمال الإستوبل

هناك صورتان رئيسيتان للإستوبل شاع استخدامهما في نظم القانون العام أو الشريعة العامة كما يقال، ويمكن اللجوء إليهما باطراد من قبل الدول الأعضاء في منظمة التجارة الدولية بمناسبة نزاع ما.

وبالرغم من تعدد صور الإستوبل، فإن تطبيق أهم صورتين له قد يثير إشكالية خاصة في إطار تفسير الإجراءات المتخذة من قبل الدول الأعضاء، من ذلك مثلا إثارة الإستوبل بموجب الحكم القضائي، بسبب سبق رفع النزاع أمام أحد الأجهزة القضائية، وحصل ذلك في قضية تتلخص وقائعها كالآتي:

قررت الأرجنتين بتاريخ 21 جويلية 2000 فرض إجراءات لمكافحة الإغراق² على واردات لحوم الطيور البرازيلية لمدة 4 سنوات، فطالبت البرازيل في شهر أوت من نفس السنة التفاوض مع

¹-انظر:

D.BOWETT, 'Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence, in British yearbook of international law, 1957, p.178.

²- يعتبر الإغراق من أهم ممارسات المنافسة غير المشروعة والضارة بالتجارة الدولية، والذي يوقع أكبر الأضرار بالصناعة المحلية للدول التي يمارس فيها الإغراق، و يعرف هذا الأخير في مفهوم الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة-الجات، و طبقا للمادة 02 من الاتفاق بشأن تطبيق المادة السادسة من الاتفاقية والمعروف بالاتفاق المعني بممارسة مكافحة الإغراق يعتبر ما منتجا مغرقا أي أنه ادخل في تجارة بلد ما بأقل من قيمته العادية إذا كان سعر تصدير المنتج المصدر من بلد إلى آخر أقل من السعر المماثل في مجرى التجارة العالمية للمنتج المشابه حين يوجه للاستهلاك في البلد المصدر".

بيد أنه لكي تتخذ الدولة التي يمارس فيها الإغراق إجراءات مكافحة الإغراق، فلا بد من التثبت من أن الواردات المغرقة قد أحدثت ضرا بالفعل بالصناعة المحلية وأن تتوافر رابطة السببية بين هذه الواردات وبين الضرر الذي أصاب الصناعة، ومن ثم لا بد أن تتأكد سلطة التحقق من الأدلة والبيانات اللازمة لإثبات الإغراق من الجهة المغرقة قبل البدء في إجراءات التحقق، وإذا ما ثبت لدى سلطة التحقيق انتفاء الممارسات الضارة أو عدم وجود الدليل الكافي على ممارسة الإغراق، أو انتفاء الضرر أو انقطاع علاقة السببية بين الممارسات الضارة والضرر تعين على السلطة التحقق على الفور لما قد تسببه هذه الإجراءات من تأثيرات بالغة على الجهة المدعى عليها بالإغراق.

انظر: محمد أنور حامد علي، حماية المنافسة المشروعة في ضوء منع الاحتكار و الإغراق، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2006، ص. 112 و 116.

الأرجنتين وتشكيل هيئة تحكيم، عملاً بالمادة الثانية من بروتوكول برازيليا الموقع في إطار منظمة (Mercosur¹).

فصدر على إثرها القرار التحكيمي في 21 ماي 2000 في صالح الأرجنتين، مما ترتب عليه دفع البرازيل إلى المطالبة مجدداً بالتشاور مع الأرجنتين إنما في إطار منظمة التجارة الدولية لتسوية النزاع القائم بينهما، فقدمت الأرجنتين بالموافقة لطلبها دفعا بعدم قبول العريضة البرازيلية لسبق الفصل فيها بالقرار التحكيمي ضمن منظمة (Mercosur).

غير أن المجموعة الخاصة بنظر النزاع لم تتبنى موقف الهيئة التحكيمية، ورفضت دفع الأرجنتين التي لم تقدم الأدلة على توافر حالة الإستوبل بموجب الحكم، وبالتالي رفضت المجموعة الخاصة ادعاءات الأرجنتين معللة ذلك بخلو ملف القضية من أية أدلة تفيد عن الوثوق فعليا بحسن نية بأي تصوير أو سلوك أو موقف صدر من البرازيل سواء أكان لصالح هذه الأخيرة أو ضارا بالأرجنتين.

بالإضافة إلى أن سلوك البرازيل لا يدفع للاعتقاد أنها وافقت على ادعاء الأرجنتين بعدم رفعها النزاع أمام جهاز تسوية المنازعات بعد صدور القرار التحكيمي في إطار (Mercosur)، خاصة في ظل عدم لجوء البرازيل لرفع النزاع أمام جهاز تسوية المنازعات لدى منظمة التجارة العالمية منذ البداية، لا يعني تنازلها عن هذا الحق الوارد في مذكرة التفاهم، كذلك أن بروتوكول برازيليا لا يتضمن قيود على حق البرازيل في اعتماد إجراء قضائي لاحق لتسوية النزاع أمام جهاز آخر².

¹-انظر:

Marché commun du sud ,ou bien Mercosur créé le 21 mars 1991 :
Le traité d'Asunción, signé le 26 mars 1991 dans la capitale paraguayenne par les présidents d'ARGENTINE ? DU Brésil, du Paraguay et de l'Uruguay, par lequel ces quatre pays de l'Amérique du sud décidaient de constituer un marché commun, instaurait un processus d'intégration économique. Il est entré en vigueur le 31 décembre 1994. ce marché commun du sud parachevait le rapprochement entamé en novembre 1985 entre l'Argentine et le Brésil, à la suite de la restauration de la démocratie opérée dans les deux pays en 1984 et 1985. En 2006 le Venezuela devint le cinquième membre permanent de l'organisation. Le Chili et la Bolivie en rejoignent en 1996 l'organisation en tant que membres associés, puis le Pérou en 2003, la Colombie et l'Équateur en 2004.

Publié sur le site internet : <https://www.universalis.fr/encyclopedies/mercosur-mercosul/#CA050118>. dernière visite le 12/12/2019 à 14.30h.

²-انظر:

كما أن الإستوبل بموجب الحكم القضائي أثير أيضا أكثر من مرة أمام جهاز تسوية المنازعات في منظمة التجارة وبطبيعة الحال أثار هذا الأمر التساؤل حل مدى قوة أو حجية قرار صادر عن قضاء وطني أو إقليمي أمام جهاز تسوية المنازعات¹.

ففي قضية (**la viande de volaille en provenance de Brésil**) كانت دولة البراغواي طرفا ثالثا في النزاع، وهي عضوة أيضا في (**Mercosur**) الدفع بإعمال مبدأ حجية القضية المقضية أمام جهاز تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، غير أن دفعها قبول بالرفض من طرف المجموعة الخاصة لكونها طرفا ثالثا لا يمكنها التدخل في تحديد نطاق ومضمون المسائل الأولية. أمر آخر يعيق تطبيق (**Estoppel by res judicata**) يعود إلى اختلاف الأساس القانوني من حيث أن اتفاقية الإغراق نظمت من جهتين مختلفتين، فهناك اتفاقية مكافحة الإغراق في إطار منظمة **Mercosur** واتفاقية مكافحة الإغراق في إطار منظمة التجارة العالمية، ومن غير الممكن أن يستدعى مبدأ حجية القضية المقضية عليها لتخلف شروطه المعروفة وهي وحدة الأطراف وحدة الموضوع ووحدة السبب².

هذا بالإضافة إلى تعقيدات إجراءات تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية التي تتوزع على عدة مراحل، وكثرا ما تحاول الدول الأعضاء تأكيد سلوك الأطراف في هذه المراحل بإثارة حالة الإستوبل، وخاصة أثناء تسوية المنازعات النائية عن الإغراق ومرحلة التشاور السابقة لتشكيل الفريق الخاصة أو المجموعة الخاصة التي سوف تتولى النظر في النزاع. وكثيرا ما تلجأ سلطات الدول المتضررة باتخاذ إجراءات علاجية لتوفير الدعم للصناعة المحلية لمواجهة الإغراق مثل زيادة الرسوم الجمركية وغيرها.

ولكن بالنسبة للدول التي تطلب الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية يعرض عليها مجموعة من القيود التي تحد من حريتها في التعاطي مع هذه الأخطار، بحيث أنها يجب عليها اتخاذ قراراتها

Argentine-droits antidampting définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil , rapport du groupe spécial 22 avril 2003, cote de document WT/DS241/R, para.7.17.

¹-انظر: محمود محمود المغربي، الاستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.169.

²-وفي السياق نفسه وبمناسبة تفسير الإجراء المتخذ من قبل إحدى الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية أين تمسكت الهند ب عدم السماح للمجموعة الأوروبية الاستناد أمام المجموعة الخاصة لتفسير بند في اتفاق مكافحة الإغراق يختلف عن بند مشابه له منصوص عليه في اللائحة الأوروبية لمكافحة الإغراق (Règlement 384/96)، كانت قد قضت به المحكمة الابتدائية، حيث رفضت المجموعة الخاصة حجية الإستوبل بكونها غير ملزمة بتبني التفسير المعتمد لنص تشريعي وطني يكرس نفس البند الذي ورد في اتفاقية منظمة التجارة العالمية. انظر: محمود محمود المغربي، الاستوبل في قانون التحكيم، المرجع نفسه، ص.170.

الخاصة بمكافحة الإغراق طبقا لقوانين محددة، بعد أن يكون تم إخطار المنظمة وتمت مراجعتها أو إبداء ملاحظاتها بشأنها.

وتمارس منظمة التجارة العالمية الرقابة فقط على الإجراءات الخاصة بمكافحة الإغراق ولا تصدر أحكاما فيما يتعلق بالإغراق.

وكان الفقيه¹(Julien Cazala) قد علق على وجود انحراف جزئي في أعمال الإستوبل في العديد من القضايا المثارة أمام جهاز تسوية المنازعات، في ظل عدم توافر شروط حالة الإستوبل

كما حدث في قضية² **Les importations de saumons frais et réfrigérés norvégiens**.

حيث رفض الفريق الخاص المشكل للنظر فيها الحجة القائلة بمنع دولة النرويج، وتحديدًا إحدى قطاعاتها الخاصة من الإدلاء بمعطيات محددة لم تفصح عنها أمام السلطات الوطنية الموكولة بالتحقيق.

وحيث أن التحقيق اقتصر على المؤسسات الخاصة النرويجية والأمريكية وسلطات التحقيق الوطنية، فلا يجوز بالتالي إلزام الدولة بما يصدر من تصريحات عن مؤسساتها بالقطاع الخاص، إذ لا يمكن أن تواجه الدولة في هذه المسألة بحالة الإستوبل إلا فيما يصدر عنها من تصريحات أو تصرفات من الأجهزة الداخلية التي تكون لديها الأهلية والصفة نفسها لإلزامها.

وتزداد المسألة تعقيدا حين يتعلق الأمر بسلوكيات أو بيانات صادرة عن الدولة نفسها خلال مرحلة التحقيق الوطني.

نقطة أخرى يمكن لحظها أن مذكرة التفاهم لتسوية المنازعات لدى منظمة التجارة العالمية، تشترط على كل دولة عضو أن لاتعرض التراع على جهاز تسوية المنازعات إلا بعد إخفاق تسويته من المشاورات الثنائية.

¹-انظر:

Julien CAZALA, l'invocation de l'estoppel dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'organisation mondiale du commerce , RCDIP, 2003, P.902.

²-انظر:

Etats -Unis -imposition de droits antidumping sur les importations frais et réfrigérés en provenance de Norvège, rapport 30 /11/1992, cote de document ADP/87, Para.347-351.

ولعل إثارة الإستوبل في مرحلة المشاورات السابقة لتكوين الفريق الخاص، مثلما حدث في قضية¹ **affaire de l'amiante**، حينما حاولت كندا التمسك بالإستوبل إزاء المجموعة الأوربية بالإستوبل استنادا لتصرّيات هذه الأخيرة خلال فترة المشاورات. واعترفت المجموعة الخاصة من حيث المبدأ إمكانية إعمال الإستوبل في مرحلة التشاور، ولكن رفضت ذلك في المسألة التزاعية لعدم إثبات توافر عناصر إعماله. ويمكن تلخيص ملامح اعتماد الإستوبل في عدم بلوغها الأهمية والدور المنشودين لاسيما في تبسيط الإجراءات التزاعية، ومما لا شك فيه أنه وبمعزل عن الأخذ بها أو استبعادها، يمكن أن تكتسب موقعا متميزا في المجتمع الدولي على خلفية دورها المحوري في ضبط مسار العلاقات، المبنية على الثقة والاستقامة والصدق والأمانة².

الفصل الثاني

استقبال الإستوبل كرديف لمبدأ عدم التناقض في القانون المدني

عند فحص تأثير القانون المقارن في المحاكم الوطنية، غالبا ما يشغل الاستخدام الطوعي للقوانين الأجنبية في النزاعات الداخلية بؤرة الاهتمام، وتكاد تكون هناك الآن أمثلة في كل نظام قانوني، رغم الاختلافات المهمة بين البلدان المختلفة، وفيما يتعلق بهذا اللجوء الطوعي للقوانين الأجنبية، لا يمكن توقعه من كل قاض، ويمكن للمرء أن يتساءل حتى فيما إذا كان هذا اللجوء مسموحا به أو جائزا حتى، والحقيقة أن اللجوء إلى القوانين الأجنبية لا يمثل إلى حد كبير تطبيق نظام قانوني أجنبي في سياق وطني، ولكن مجرد حجة أجنبية إذا كانت تتناسب مع النظام القانوني الداخلي.

وقد تكون هناك حاجة في نزاع داخلي إلى إيجاد حجة إقناعية من مكان آخر في وجود فراغ قانوني أو غموض قانوني غير مقنع تماما، كما يمكن حلها أيضا ضمن السياق القانوني الوطني تماما باستخدام الأدوات التي تستخدمها المحاكم مرارا وتكرارا، وهذا الاستخدام المتزايد للحجج

¹-انظر:

Communautés européennes-mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport du groupe spécial 18 /09/2000, cote de document WT/DS135/R, para.8.60.

²- انظر: محمود محمود المغربي، جدلية ظاهرة الإستوبل وقانون التحكيم، المرجع السابق، ص.49.

المقارنة له، يتعلق بالشعور المتنامي في العديد من المحاكم والعليا منها خاصة، بأن الامتناع عن الانتفاع بالقوانين الأجنبية قد يكون غير منتج¹.

وقد حدث نفس الشيء مع قاعدة الإستوبل، فلقد أدى تربعها في رحاب القانون التجاري الدولي وفي الممارسات العملية للتحكيم إلى عبور الحدود بين مختلف الأنظمة القانونية، بيد أن الفكرة ليست جديدة عن هذا النظام، فقد أدخلت قاعدة عدم التناقض في القانون الروماني بفضل البريتور استجابة لمقتضيات العدالة².

وإن البلدان التي تأخذ بالقانون المدني عنيت بحماية الثقة والتوقعات المشروعة للمتعاقدين بواسطة المبادئ القانونية العامة الراسخة في هاته النظم على رأسها مبدأ حسن النية، ولكن هذا لا يمنع بعض هذه النظم في بعض الأحيان من امتلاك آليات خاصة متخصصة تعالج صراحة التناقض قائمة بذاتها.

وهذا ما يقود إلى المشكلة المتمثلة في مدى إمكانية نقل مؤسسة قانونية مثل الإستوبل من النظام القانوني المبني على السوابق القضائية إلى غيره من نظم القانون المدني؟ بهذه البساطة وقد يستخدم مصطلح استقبال أحيانا وإن تضمن مغزى معين يشير إلى الانتقالات القانونية العالمية، حيث لا يجب إغفال أنه غالبا ما اصطدم التأثير الأنجلو أمريكي بمقاومة حدت من مداه في القوانين المدنية.

وفي ما يلي محاولة لدراسة ذلك في المجموعة اللاتينية الجرمانية (المبحث الأول)، وإن كانت هناك مجموعات أخرى تأثرت بها ولكن مزجتها بمفاهيم ونظريات خاصة بها (النظم المختلطة)، ولا يتسع المقام لتناولها بالتفصيل.

وسيقصر البحث هنا على موقف التشريعات العربية المتأثرة بالقانون المدني، وفي الواقع لا تخلو هذه الأخيرة من مبدأ يرادف الإستوبل، وبدون شك تتفرد النظم القانونية العربية التي أعملت

¹-انظر: بان م. سميتش، القانون المقارن وتأثيره في نظم القوانين القومية، من كتاب ماتياس ريمان، رينهارد زيمرمان، ترجمة محمد سراج، كتاب أكسفورد للقانون المقارن، مج.1، المرجع السابق، ص.773.

²-انظر:

Le principe est souvent perçu comme venant de la common law car c'est là qu'il s'épanouit, mais il puise ses racines dans le droit romano-canonique, E. AGOSTINI, l'estoppel et les trois unités, Recueil Dalloz, 2010, p. 285.

المادة 100 من مجلة الأحكام العدلية¹ بمعالجة مسألة حظر التناقض، وإن كان قضاء بعض الدول منها ركن حديثاً إلى إقرار العمل بالإستوبل.

وهو ما يدفع إلى التساؤل حول ما إذا كان الأمر يتعلق بمفهوم جديد تتلقفه أم أنه نفسه المتعارف عليه ولكن بثوب جديد (المبحث الثاني).

المبحث الأول

موقف النظم اللاتينو جرمانية من الإستوبل

بعيدا عن النظم القانونية الأنجلوسكسونية ربما تجد قاعدة الإستوبل مجالا للتطبيق في نظم القانون المدني، وغالبا ما تجد المحاكم الوطنية القواعد الأجنبية أكثر مدعاة للإثارة من القواعد الوطنية التي تعمل العمل نفسه أو ربما تساعد في تكريس حلول شبيهة، ولكن ذلك لن يكون من دون تحوير كأي قانون بمجرد ولوجه إلى مجتمع جديد مستقبل يتغير مع بيئته.

ومن المفيد التذكير بأن الأمر ليس بهذه البساطة التي نتوقعها، فغالبا ما يكون هذا التلقي محفوفاً بمخاطر يجعل هذا الاستقبال عسير أو متعثر (المطلب الأول)، ولا ينبغي تجاهل تراث التقاليد اللاتينية الجرمانية وما يزرع به من مبادئ تحمي الثقة المشروعة، كما وطورت هذه النظم مذاهب خاصة بها متنوعة تواجه بها مشكلات القانون، لذلك إن إحلال قواعد أو مؤسسات غريبة الأسلوب محلها أو كبديل لها سيلقى مقاومة عفوية. وغالبا ما ستؤدي إلى اصطدام المعالم أو تأتي بالأخرى بمجموعة طويلة ومضطربة من ردود الأفعال داخل النظام القانوني المستضيف التي تشكل كلا من هذا النظام المستضيف والقانون المزروع²، وهو ما سوف يتم توضيحه في المطلب الثاني.

¹ - انظر في تفصيل الموضوع: سليم رستم باز، شرح المجلة، ط.3، المطبعة الأدبية، بيروت، لبنان، 1923

² - انظر:

Gunther TEUBNER, Legal Irritants :Good faith in British law of how unifying law ends up in new divergencies, Modern LR, Vol.61, (1998), pp.11-32.

نقلا عن أنيليس رايلز كورنل، القانون المقارن والدراسات الاجتماعية القانونية، كتاب أكسفورد للقانون المقارن، مج.2، المرجع السابق، ص.1199.

المطلب الأول

استقبال متعثر للإستوبل في النظم اللاتينوجرمانية

إذا كان صحيحا أن الإستوبل كقاعدة متأتية من النظام الأنجلوسكسوني، فإن المصلحة المحمية بهذه القاعدة موجودة في نظم القانون المدني، وقد طورت مفاهيمها الخاصة للوصول إلى نفس الأهداف مع الاقتراب أكثر فأكثر من فكرة الإستوبل. وهي تبقى دائما متحفظة اتجاه المفاهيم الأجنبية الوافدة بفضل دراسات القانون المقارن التي طورت ما يعرف بالاستزراع القانوني¹، وإن كان التحكيم التجاري الدولي قد أزال بعض التردد بشأنها.

ولعل الاعتراف بالإستوبل كمبدأ قانوني عام خاصة في القانون التجاري الدولي كان له أثر في طرح فكرة قابلية تكريسه في مختلف النظم القانونية، ومع ذلك قد يكون مصطلح الإستوبل في ذاته غير قابل للتصدير إلى النظم المدنية بسبب خصوصيته النابعة من القانون العمومي (الفرع الأول)، وأيضا بسبب مع ما هو مستقر في هذه النظم إذ قد يؤدي التداخل أو التشابك معها إلى عرقلة تكريسه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإستوبل مفهوم غير قابل للاستزراع

هناك ما يدعو للقول بكون فكرة الإستوبل غير قابلة للاستزراع² في النظم اللاتينوجرمانية، من جهة نشأة الإستوبل في القانون الأنجلوسكسوني، فليس هناك إستوبل واحدة إذ تعرف تعددا في

¹ - انظر في أول دراسة لهذا الموضوع:

Alan WATSON, Legal transplants : An approach to comparative law(1974, 2nd ed. Athens University of Georgia press , 1993.

ثم محاولة فقهية أخرى ل:

Michele GRAZIADEI, Comparative Law as the study of trans-plants and receptions, in The oxford, Hndbook of comparative law 441(Mathias REIMANN &Reinhard ZIMMERMANN ed.,2007).

² - "بيني مصطلح استزراع على نوع من الجاز المختار لانعدام الأفضل منه، والذي جرى تعديله بصعوبة ليفيد الانتشار التدريجي للقانون، أو الطبيعة المستمرة للعملية التي تقود أحيانا إلى تغيير قانوني عبر الانتحال من الأفكار الأجنبية والمصطلح البديل الذي اكتسب القبول، خارج عالم القانون المبني على السوابق القضائية هو تداول النماذج القانونية تحدث اسهامات أحدث عن انتقال القانون بدل استزراعه ويستخدم مصطلح استقبال أحيانا على نحو مرادف لأي كلما سبق".

الأشكال والصور، بحيث تتمايز في شروط إعمالها ونظامها القانوني، وبذلك يظل مفهومها فضفاضاً مما يعيق بلورة مفهوم موحد لمبدأ عدم التناقض في صورته الإستوبلية، إلى حد يترتب عليه إشكالية في التطبيق على الحالات المرفوعة أمام قضاء هذه النظم.

ومن جهة أخرى، الإستوبل كمبدأ غير واضح المعالم إن من حيث الأسس أو الشروط أو الحلول أو الجزاء المقرر، حيث والحال هذه فإن تكريسه من وجهة نظر الفقيهة (martine BEHAR-TOUCHAIS)، والأخذ به على حالته الراهنة، واعتماده كمبدأ عام ثابت لن يتحقق إلا بعد معالجة تلك الإشكالات البنوية¹.

بالنسبة للصورة الرئيسية التي تتربع على عرش الأنواع المعروفة للإستوبل المترتبة على الوعد، أو ما تسمى ب (promissory estoppels)، يفترض أن شروط تطبيقها تقييدية منغلقة على خصوصية قانون العقود الإنجليزي، و الذي يقوم على مقتضى فكرة المقابل² (L'exigence d'une consideration)، ومن الواضح أنه إذا لم يكن للوعد مقابلاً فإنه لا يمكن إطلاقاً تنفيذها، ضف إلى ذلك وفاء النظم المدنية للتراث القانوني الروماني الذي أتى مع تاريخ فكري متجدد فيه، قد أنتج إيديولوجية التفرد الروماني التي أدت تقريباً إلى الاستبعاد الكامل لأهمية القوانين الأخرى.

حيث تتجلى العنصرية الثقافية في النظرية القانونية السائدة بتفوق نظامها القانوني، ومن الواضح أن تبلور الأفكار والتقسيمات الرومانية في القانون كان جزءاً من بناء الهوية الخاصة بالنظم المدنية.

انظر: ميشال غرازيادي ألساندر، القانون المقارن ودراسة الاستزراع والاستقبال، كتاب أكسفورد للقانون المقارن، مج.1، المرجع السابق، ص.666.

¹-انظر:

Martine BEHAR-TOUCHAIS, Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats, in colloque de l'interdiction de se contredire, art. préc,p.92 ets.

²-انظر:

Bénédicte FUVARQUE-COSSON, L'estoppel, concept étrange et pénétrant, art. préc, p.1279.

ويجري عرض التقاليد الرومانية بتماسكها العضوي، محتفظة بجوهرها، على الرغم من استعارتها المحتومة من أنظمة أخرى، التي تصور في النهاية عائلة قانونية غربية أكثر توحداً، وتستند إلى دعائم رومانية من الفقه الروماني¹.

إن القانون المدني أو الروماني أو الجرمني بالشكل الذي اتخذته في القرن التاسع عشر هو قانون عالمي استنباطي، إنه ينطلق من المبادئ العامة المؤدية إلى استنباط الحلول الخاصة، تتموضع القواعد إذن على مستوى عال من العمومية، ما تبقى لا ينتمي إلا للتطبيق ولا يتم الاهتمام به إلا بشكل أقل بكثير من الاهتمام بالمبادئ، فالقاضي نفسه لا يهتم كثيراً بتبرير ما يقدمه من حل، انطلاقاً من خصوصيات كل حالة يعالجها بقدر اهتمامه بربطه بمبدأ عام، ويشكل الإيجاز بالنسبة له كما هو الأمر بالنسبة للمشرع شكلاً من الأشكال المهمة، بهذا تتم صياغة القرار بشكل يوحى كما لو أنه لا قيمة لأي حل آخر².

وخلافاً لذلك، تكمن عبقرية القانون المبني على السوابق في قدرته على إيجاد الحل، لما هو أكثر دقة من المشاكل، وبالشكل الذي يرضي العقل، وعندما يقدم حلاً لمشكلة دقيقة، فإنه لا يعيد إنتاج مثل هذا الحل في قضية مشابهة إلا إذا لم يجد أي سبب للتخلي عنه، فإذا وجد سبباً للتخلي عن الحل السابق، فإنه يعتمد على صياغة حل جديد، من خلال شرحه لما يبرر هذا التمايز وبشكل مسهب مؤسساً بذلك لولادة قاعدة جديدة³.

كل ذلك من الأمور المعروفة، والذي ينبغي شرحه هو لماذا تقدم هذه الطريقة من طرق التفكير الانطباعي بأنها هي ما يجب أن يتغلب على الطريقة الأخرى، من الممكن أن يكون القانون المكتوب والتفكير الاستنباطي أكثر تلاؤماً مع القرن التاسع عشر، إلا أن التوجه الذي يتبناه النظام الأنجلوسكسوني هو أكثر تكيفاً مع ظروف اجتماعية متغيرة بشكل دائم في العصر الحالي .

ولا يقتصر الأمر على التحفظ التقليدي الذي لا يخفيه فقه القانون المدني اتجاه نظريات ومفاهيم قانونية وافدة من خارج الحدود، بل يتعداه إلى عدم الترحيب بفكرة الأخذ بنظريات

¹ -انظر: هوراتيا موير وات، مقال العولمة والقانون المقارن، ماتياس ريمان، رينهارد زيمرمان، كتاب أكسفورد للقانون المقارن، ترجمة محمد سراج وتقدم سامي شبر، مح.1، المرجع السابق، ص.880.

² -انظر: برنار أودي، مدخل من كتاب أمركة القانون، للمؤلف فرانسوا تريه، ترجمة محمد وطفه، المرجع السابق، ص.09.

³ -انظر: برنار أودي، المرجع نفسه، ص.09-10.

وقواعد يغلب عليها طابع المرونة والإبهام، والخوف من انعكاسات هذا القبول على بنية أنظمة القانون المدني التي لازالت تفرد حيزا هاما لحرية الإرادة وتلقائيتها وسلطانها.

كما أنها تترك مجالا واسعا للقاضي في ممارسة سلطته التقديرية قد يتجاوز بها حدود صلاحياته، وكذلك ما يؤديه استقبال مثل هذا المبدأ من تعريض مفاهيم قانونية ومبادئ عامة راسخة للإرباك، وبسبب جود مؤسسات وأدوات تقنية عفوية داخل كل نظام قائمة بذاتها، فإن من شأن هذه الآليات أن تحصر كل عولمة في نهاية المطاف، إذ أن أية قاعدة قانونية تنفذ إلى النظم المدنية لتستوطن بها، لا يمكنها أن تستوطن بما هي عليه.

فمن أجل أن يتم استقبالها، ومن أجل أن تكون قادرة على إحداث معنى على المستوى الداخلي، ومن أجل أن تكون قادرة على الاندراج في شبكة المعاني التي تشكل بما لا يمكن تجنبه ثمرة تاريخ خاص لمجتمع محدد، فإنها يجب أن تعرف بعض التحولات¹.

الفرع الثاني

الاكتفاء من الداخل

لابد من الإشارة إلى وفرة الأدوات القانونية والآليات المعتمدة على مستوى النظم القانونية للأسرة اللاتينوجرمانية التي ترمي إلى صون الثقة المشروعة والحفاظ على استقرار الروابط القانونية. وإن الميدان الأبرز لنظريتي الثقة والتوقعات المشروعة هو قانون العقود، وقد يكون لهذه الوفرة ارتدادات على الحلول القضائية التي تتعارض أحيانا.

وغالبا عالجت هذه النظم مسألة حماية الثقة ومنع التناقض، بالارتكاز إلى المبادئ العامة أو أنها أسست لنظريات خاصة تستند لأحد هذه المبادئ أو من خلال استخدام نوع محدد للمسؤولية قائمة على الثقة، والتي كان لها انعكاساتها على البلاد الغربية وتشكل نماذج قانونية يحتذى بها. وهذا ما سيتم تفصيله فيما يلي:

أولا: القانون الألماني

القانون الألماني أفسح مجالا كبيرا للتقاليد الجرمانية، لدرجة أن هذه التقاليد قد جعلت القانون الألماني ينافس القانون الروماني من حيث عرضه لنظرية الالتزام، وتجدد الإشارة أنه قد أولى

¹ - انظر: بيار لوغران، فرضية غزو القارات من قبل القانون الأمريكي (أو كيف تنتزع إمكانية العرض عن قابلية الجهوزية)، فرانسوا تريه، أمركة القانون، المرجع السابق، ص56.

اهتماما بالغا بموضوع التناقض في السلوك، عبر تطبيقات لمؤسسات ومبادئ عديدة ويتجلى ذلك من خلال النصوص القانونية، وما كرسه الاجتهاد القضائي في مختلف الميادين لحماية الثقة والتوقعات المشروعة. وكان الميدان الأبرز هو قانون العقود، أين يعود الاهتمام في القانون الألماني بحالات التناقض إلى بداية القرن الخامس عشر، حيث سادت في ألمانيا التقاليد الجرمانية التي أدخلت إليها مبادئ القانون الروماني الذي يمنع فعل التناقض ويفرض له جزاء¹.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الألماني شهد نهضة قانونية علمية بفضل كبار علماء القانون الألمان، وذلك بدءاً من القرن التاسع عشر، وتوجت بصدور قوانين ألمانيا الحديثة سنة 1900 بعد فترة طويلة من العمل الشاق لفقهاء القرن التاسع عشر، وفي مقدمتها القانون المدني الألماني، والذي يعد نقطة انطلاق قانون عصري يلي حاجات القرن العشرين في وقته، وشكل أساس علمي متين باعتراف الفقه الفرنسي، وقد أثر بشكل كبير على بقية التشريعات الأوروبية.

إذ أن عام (1900) كان موسوما بتقديم القانون المدني الألماني ويشار إليه اختصاراً باسم (BGB) متضمناً المبادئ العامة المعاصرة، والتي كانت تزود لأول مرة القضاة بمدى واسع من السلطة التقديرية، وكان لمبدأ حسن النية ومبدأ الغبن دور جوهري لمواجهة الإخلال في الرابطة العقدية، ويشار أنه بداية من عام (1930)، أظهر القضاء الألماني بالتدرج توجهها نحو قابلية تطبيق فكرة عدم ممارسة الحق بصورة مضرّة بالغير، مهما كان موضوع الحق المدعى به².

ويستند ذلك على الالتزام العام بحسن النية في تنفيذ العقود والالتزامات المنصوص عليه في المادة (242) من التقنين المدني الألماني³، والذي في مجمله يهدف إلى حماية الثقة والتوقعات المشروعة، وهي تتعلق بتمسك أحد الأطراف بحقوق تتعارض مع سلوكه السابق، وتهدف القاعدة إلى تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة للطرفين وتقرير أي منهما يستحق الحماية، وتعتبر الثقة التي وضعها أحد الطرفين في سلوك الطرف الآخر عاملاً له وزنه لتحقيق هذا التوازن، ولقد جاء نص

¹-انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.58

²-انظر: شيرزاد عزيز سليمان — حسن النية في ابرام العقود، ط.1، منشورات دار دجلة، المملكة الأردنية الهاشمية، عمان، الأردن، 2008، ص.69-70.

³-انظر:

Article 242 :

« Le debiteur est tenu d'exécuter sa prestation comme l'exige le principe de true and glauben (fidélité, confiance et croyance, bonne foi) eu égard aux usages commerciaux » le code civil allemand, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Entré en vigueur le 1er janvier 1900.

المادة السالفة الذكر بما يفيد أن: "المدین يقع عليه واجب تنفيذ أوائه وفقا لمتطلبات الأمانة والثقة (True and Glauben) آخذا بالاعتبار الأعراف التجارية".

وعلى الرغم من أن نص المادة جاء محدودا، إذ ينحصر في مرحلة التنفيذ فقط ولا يشمل مراحل عملية إبرام العقد، إلا أن هذه المادة ذات تأثير عميق في مجال قانون العقد الألماني، ومن الواضح أنها ليست قاعدة جامدة بل إنها مبدأ عام ومرن¹، وفي نفس السياق تؤكد المادة (145) من نفس القانون على الأثر الملزم للإيجاب بنصها على أن من يقدم إيجابا لطرف آخر من أجل الدخول في عقد، يكون ملزما بإيجابه ما لم يؤكد أنه غير ملزم به².

وبجانبا ما هو منصوص عليه في المادة 242 المتعلقة بحسن النية التعاقدية هناك مبدأ الأخلاق الحسنة (good morals) المنصوص عليه في المادتين 138 و826 من القانون المدني الألماني. إن القضاء الألماني كان يستخدم المادة 242 لأجل حل الإشكاليات المتعلقة بسير المفاوضات وإبرام العقد، ولأجل أن يكون محتوى النص ملائما مع تطور القضاء.

فقد بادر المشرع الألماني إثر الإصلاحات التي أجراها في سنة 2002³، حيث تم استحداث نصوص فيه تتعلق بإقرار مبدأ عام لحسن النية في إبرام العقود، إذ تنص المادة 2/241 منه على وجوب: "مراعاة الحقوق والمصالح المحمية للطرف الآخر أو أية مصلحة أخرى"، وورد في المادة 2/311 أن الالتزام المنصوص عليه المادة 2/241 يفرض نتيجة:

1. الدخول في التفاوض العقدي.
2. التحضيرات المتخذة بقصد الدخول في علاقة تعاقدية في حال سمح الطرف الآخر بان يطلع على حقوقه أو مصالحه المحمية قانونا، أو أية مصالح أخرى وائتمنها عليه لدى الطرف الآخر.
3. أية علاقة أعمال مشابهة.

وبهذا المشرع الألماني جسد في التشريع مبدأ عاما لحسن النية في إبرام العقود، نتيجة هذه الإصلاحات بعد أن كان راسخا في القضاء معتمدا معيار مراعاة المصلحة الخاصة للطرف المقابل.

¹ - انظر: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص.69.

² - انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.106.

³ - انظر:

The Act to modernise the law of obligations (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) entered into force on 01 January 2002.

كما يتضمن القانون الألماني مجموعة من المبادئ القانونية والمؤسسات التقنية لتصويب المسار التعاقدية، والتي توجد الإستوبل فيها ضمنا وتتصدرها قاعدة لا يجوز لأحد أن يتناقض مع سابق مسلكه **venir contra factum proprium**.

وتعتبر الصيغة الضمنية لقاعدة عدم التناقض مع الذات إضرارا بالغير أو الإستوبل في القانون المدني الألماني، والتي برزت في سنة 1912 بفضل الفقيه (Erwein RIEZLER)¹ في أطروحته الأكاديمية التي جمع فيها وبأسلوب مقارن بعض المعطيات القانونية الإنجليزية التي لها صلة بالتراث الروماني القديم²، وتطبيقها يمنع الأطراف من الإتيان بأي سلوك متناقض أو التنفيذ بسوء نية، وتتطلب لإعمالها قيام سلوك أولي يولد ثقة لدى الغير، ثم يليه سلوك ثاني يؤثر بالسلب على ترتيبات قد باشرها فعلا.

فضلا عن هذه القاعدة الهامة هناك قاعدة أخرى لا تقل عنها أهمية تسمى قاعدة (Verwirkung)، من أبرز القواعد التي وضعها القضاء الألماني في تفسيراته الجريئة لنص المادة 242 من BGB السالف ذكره أعلاه، والتي تعتبر قاعدة من قواعد القانون الخاص ومؤداها أن كل من يتقاعس أو يتأخر في ممارسة حق له يمنع لاحقا من التذرع به، وإن لم تستنفذ المدة القانونية اللازمة للمطالبة به³.

حيث يكون مساهما فعليا في تكوين الاعتقاد بعدم رغبته في ممارسته، فتنشأ لدى الغير ثقة وقناعة بهذا المنحى السلوكي ويتصرف على أساسه، وتبرر المحاكم الألمانية سقوط الحق بالاستناد تارة إلى المادة 242 من القانون المدني الألماني، وتارة أخرى بالاستناد إلى قاعدة (venir contra

¹-انظر:

Cf. RIEZLER, Venire contra factum proprium, Studien im römischen, englischen und deutschen civilrecht, Leipzig, 1912.

²-انظر:

Filippo RANIERI, le principe de l'interdiction de se contredire au detriment d'autrui ou du venire contra factum proprium dans les droits allemand et suisse et sa diffusion en Europe, in actes du colloque sur le thème du principe de l'interdiction de se contredire au detriment d'autrui , organisé le 13 janvier 2000 par l'Université Paris 5, Paris, Economica, p.26 et s.

³-انظر:

Filippo RANIERI, Verwirkung et renonciation tacites, quelque remarques de droit comparé, in mélanges Daniel BASTIAN , librairie technique, paris, 1974, p.427 et s.

(**factum proprium**) ومبدأ التعسف في استعمال الحق المستوحى من التفسير الموسع لنظرية حسن النية، ويبدو أن الاستناد إلى هاتين المؤسستين دور هام في تطوير القانون الألماني¹.
 والمستجد أن القضاء الألماني يأخذ بفكرة عدم التناقض، ولقد صدر حكمان مهمان في ألمانيا بشأنها الأول صدر بتاريخ 14 سبتمبر 2007²، حيث أصدرت المحكمة الإقليمية العليا في كارlsruه **The higher regional court of Karlsruhe** حكما يستند إلى قاعدة عدم التناقض.
 وتتلخص وقائع القضية في أن شركة ألمانية دخلت بعقد توكيل حصري مع شركة تايوانية، وكان العقد يتضمن شرط تحكيم ينص على أنه في حالة نشوب أي خلاف فإنه يعرض إلى التحكيم في تايبي **Taipei**³، بدأت إجراءات التحكيم وصدر الحكم لمصلحة الطرف التايواني الذي سعى إلى تنفيذ الحكم في ألمانيا، فرفع دعوى قضائية المدعى عليه ودفع بمنع تنفيذ الحكم بألمانيا، وقدم حجج وأسانيد لم تستمع لها المحكمة السالفة الذكر، حيث قررت أنه كان على المدعى عليه إثارتها في نقض الإجراءات في تايوان، ولكنه لم يفعل، وأنه بموجب قاعدة عدم التناقض يمتنع قبول إثارتها أمام المحاكم الألمانية.

بعد هذا الحكم صدر حكم مماثل عن محكمة **Kammergericht** ببرلين بتاريخ 17 أبريل 2007⁴ في قضية تتمحور وقائها حول إبرام مجهز ألماني لعقد تجهيز مع مشتري أوكراني، وتضمن هذا العقد شرط تحكيم لتسوية أي خلاف أمام محكمة التجارة الدولية في غرفة التجارة والصناعة الأوكرانية، وفي 27 أغسطس 2007 صدر حكم لصالح الأوكراني والذي سعى لتنفيذه في ألمانيا.

فقررت المحكمة الإقليمية العليا ببرلين أن ادعاء الأوكراني مؤسس قانونا وفقا للشروط العامة للتنفيذ في قانون التحكيم الألماني، وقضت بأن المدعى عليه الألماني ممنوع من الاعتراض

¹-انظر: محمود محمود المغربي، الاستويل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.62.

²-انظر:

Albert JAN VAN DEN BERG, Germany 114, oberlandesgericht (court of appeal), Karlsruhe, 14 september 2007, 9 Sch 02/07, In Yearbook commercial arbitration Volume XXXIII, 541,541-548(Albert JAN VAN BERG et al.ed.s.2008)

³- انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.107.

⁴-Albert JAN VAN DEN BERG, 17 April 2008, 20 SCH02/08, I, Yearbook Commercial Arbitration Volume XXXIV 510, 510-515(Albert JAN VAN DEN BERG et al.ed.s.2009).

بموجب قاعدة عدم التناقض تأسيساً على اتفاقية نيويورك¹، لأن الأخير لم يقدم دفوعه بالوقت المناسب في إجراءات النقض الأوكرانية.

وبمناسبة هذين الحكمين يتبين أن قاعدة الإستوبل أخذت طريقها في القانون الألماني بشكل أو بآخر ويكون القانون الألماني قد غطى الجانب الإجرائي والموضوعي لقاعدة عدم التناقض²، وإن تنوعت المصطلحات المقترحة لإضفاء المشروعية للحلول القضائية إزاء المنازعات بسبب التناقض، سواء بالاستشهاد بحسن النية في تنفيذ العقود أو بقاعدة عدم التناقض.

ثانياً: القانون البلجيكي

لا يوجد بالقانون البلجيكي مصطلح مرادف للإستوبل الإنجليزية، إلا تلك النصوص القانونية المتفرقة التي تعالج بعضاً حالات الظاهر، حيث نظرية الظاهر لا زالت قيد التطور، حتى أن القانون البلجيكي لا يملك لحد الآن مبدأ قانوني عام يحكم نظرية الظاهر³، وللقضاء البلجيكي واجتهاداته دور في سد هذا النقص في مناسبات كثيرة، فقد كرست محكمة النقض الامتداد التدريجي لنظرية الظاهر بحيث شملت جميع فروع القانون.

ويظهر ذلك في السياق القضائي العام لدى محكمة النقض البلجيكية، أنها أيدت إمكانية نشوء التزام من اعتقاد الغير المشروع من دون الوقوف على أساسها القانوني، حيث الاعتراف بنظرية الظاهر، برز جلياً ابتداءً من القرار الصادر عن محكمة النقض البلجيكية الصادر بتاريخ 20 جوان 1988 بشأن الوكالة الظاهرة⁴.

¹ -اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي لسنة 1959، تبنتها الأمم المتحدة سنة 1958، ودخلت حيز التنفيذ ابتداءً من 08 يونيو 1959، فحكم التحكيم وفقاً لاتفاقية نيويورك يتمتع بالحجية، شأنه في ذلك شأن الحكم الصادر من القضاء، إلا أنها تركت إجراءات تنفيذه لقواعد قانون المرافعات الوطني ووفقاً لإجراءات نظمتها المواد 4 و5 و6 من الاتفاقية، مع عدم الإخلال بأحكام المعاهدات الجماعية والثنائية التي أبرمتها الدول الموقعة على اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، كما لا تحرم أي دولة من الدول المنظمة إلى الاتفاقية من حقها في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية أو بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات الدولة المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ. انظر: عادل محمد خير، القانون الإجرائي الدولي، ط.1، دار الكتب القومية، مصر، 1999، ص.131.

² - انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.108 و109.

³ - انظر:

-Sophie STIJNS, Ilse SAMOY, La confiance légitime en droit des obligations Belge, in La confiance légitime et l'estoppel, Société de législation comparée, 2007, p.167.

⁴ - انظر:

-Cass ; 20 juin 1988 J T 1989, P.547. VOIR à cet égard: A. Van OEVELEN « De juridische grondslag en de toepassingsvoorraeden van deverbondenheid van de lastgever bji een chijnmandaat (note sous Cass 20 juin 1988) RW 1989-90, p.1426.

وكان للقرار سالف الذكر أثر كبير في إحداث تحولا جذريا في موقف القضاء البلجيكي، إذ كان في السابق قبل صدور القرار يتطلب في المنازعات المعروضة أمامه بضرورة استنتاج اعتقاد مشروع بوجود سلطات للوكيل الظاهر من الخطأ المنسوب للموكل، إلا أنه بصدور القرار الأخير لمحكمة النقض البلجيكية، قضت بتحميل الموكل المسؤولية إذا كان اعتقاد الغير بشأن امتداد صلاحيات الوكيل مشروعا وله ما يبرره.

وقد سرت المحاكم البلجيكية على نفس المنوال، فاعترفت بمفاعيل نظرية الظاهر، حتى ولو لم يكن تصرف صاحب الحق الأساسي خاطئا في حد ذاته استنادا إلى قواعد المسؤولية المدنية. بحيث أصبح اعتقاد الشخص الذي اطمئن ووثق بوجود الحق الظاهر هو المعيار الذي يجب العودة إليه في سبيل تطبيق النظرية، وليس تقييم صاحب الحق، كما ساعده الفقه بتعليقاته في منحاه لتأسيس نظرية عامة متكاملة للثقة المشروعة بشرط توافر شروط إعمالها، وترتكز على حماية الغير الذي تولدت لديه ثقة مشروعة بالحالة الظاهرة والذي وقع ضحيتها¹.

واستند الفقه البلجيكي في اشتراط عناصر الوضع الظاهر²، وذلك من خلال خلق حق ذاتي للغير، وفي تولد التزام على عاتق صاحب الحق الفعلي، ومن أبرز آثار نظرية الظاهر خسارة الحق، حيث يمكن لنظرية الظاهر أن تحرم بعض الأشخاص من ممارسة حقوقهم، كما يمكن أن تفرض على بعض الأشخاص التزامات محددة لتوفر الحماية للغير، ومسوغ تلك الحماية الحرص على استقرار التعاملات واحترام مبادئ حسن النية والعدالة والإنصاف.

وبالموازاة تعتبر نظرية **Rechtsverwerking** أقرب إلى نظرية الظاهر أو الثقة المشروعة والمفهوم الضمني للإستوبل، وبموجبها وبغض النظر عن التقادم المسقط، يمنع صاحب الحق من ممارسة حقه لأن سلوكه السابق ولد قناعة واعتقاد مشروع لدى الطرف المتعاقد معه، بأنه لن يمارسه بالكيفية التي مارسه بها³، لكن رغم التقارب بين نظرية **Rechtsverwerking** وبين نظرية

¹ - انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.64.

² - انظر:

R.KRUIHOF :La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase ,revue critique de jurisprudence belge RCJB,1991,P.51 ;Pierre .Van. Ommeslaghe:L'apparence comme source autonome d'obligations et le droit belge , RID comp 1983,p.159 ; C.Verbruggen :quelque acquis et beaucoup d'incertitudes, mélanges offertes à Pierre. Van.OMMESLAGHE, Bruylant , Bruxelles,2000, p.301.

³ - انظر:

الثقة المشروعة، رفضت محكمة النقض البلجيكية في قرارها الصادر بتاريخ 17 مارس 1990 تصنيفها كمبدأ قانوني عام، مسببة قرارها بأنه لا يوجد في العلم القانوني مبدأ ينفي حق أو يحول دون التمسك به أو إثارته عندما يمارس صاحب الحق سلوكاً غير متجانس مع مضمون الحق وطبيعته مخلاً بالثقة المشروعة للغير.

ولقد كان موقف الفقه البلجيكي مؤيداً لموقف القضاء في عدم اعتبار القاعدة سالفة الذكر كنظرية قانونية عامة، ولكن مع ذلك فضل إعمال (Rechtsverwerking) سندا لمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق.

وأمام هذا التردد والرفض الفقهي والقضائي، اقترح الفقيه Dieux في 1995 تبني مبدأ قانوني جديد قريب نوعاً ما من الإستوبل الإنجليزية، ويجسد في طياته مبدأ حسن النية والمسؤولية المدنية ونظرية الظاهر، وهو المبدأ القانوني العام المقرر للتوقعات المشروعة للغير «Principe¹ général de droit du respect du aux anticipations légitimes d'autrui»، يبدو أن القضاء البلجيكي من خلال محكمة النقض البلجيكية رفض إدراجه ضمن المبادئ القانونية العامة المعتمدة في قرار حديث لها صادر بتاريخ في 26 مارس 2003².

ثالثاً: القانون السويسري

القانون السويسري هو الآخر عني بتصويب المسار التعاقدية وصون استقرار التعامل، ولم يتبنى هذا الأخير الإستوبل لكنه أخذ بالحلول التي تبناها القانون الألماني، ولئن كان القضاء السويسري أكثر جرأة من القضاء الألماني في اعتماد حلول منصفة وعادلة، كالسماح بإثارة التعسف في استعمال الحق لمنع البطلان لعيب في الشكل.

ويمكن القول أن المحاكم السويسرية استوحت أحكامها من توجهات القضاء الألماني، وبالاستناد إلى النظريات والمبادئ العامة المعتمدة، كمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق أو إسقاط

I.MOREAU-MARGREVE, La Rechtsverwerking, Réflexions pour un réquiem, Ann. droit liège, 1990, p.286 et s.

¹-انظر:

X.DIEUX, Le respect du aux anticipations légitimes d'autrui.essai sur la genèse d'un principe général de droit , bruyant , Bruxelles, 1995, n.10

²- انظر

Cass.26 mai2003, RW.2004-2005, 19 Note v .Sagaert.

الحق، ويتقدمها مبدأ حسن النية باعتبار هو الأصل بمقتضى المادتين الثانية¹ والثالثة² من القانون المدني السويسري، ومواد أخرى عديدة تستند إلى مبدأ حسن النية إما صراحة أو بعبارة تفيد المعنى.

ويعتبر الفقه أن قواعد قانون العقود السويسري التي تحيل صراحة أو ضمنا للمادة الثالثة من القانون المدني السويسري تعبر بحق عن مبدأ قانوني شبيه بمؤسسة الإستوبل³، وقد برز إلى جانب التقسيم المعتمد للمسؤولية في العنن القانونية المسؤولية التعاقدية والتقصيرية، نوع جديد من المسؤولية روج له بعض الفقه ووافقه الاجتهاد القضائي سميت بالمسؤولية المبنية على الثقة والتي كيفت على كونها مؤسسة قانونية مستقلة بذاتها يثيرها المتقاضين لجرد الإخلال بعنصر الثقة في التعامل.

والواضح أن هناك تقاربا بين مبدأي الثقة والإستوبل الانجليزية، وخاصة فيما يتعلق بحماية النية الحسنة وتثبيت حالة الظاهر الناشئة وتدعيم الحق المتولد عنها ومعالجة التناقض في السلوك والتصرفات لما يكفل حماية الرابطة التعاقدية⁴.

رابعا: القانون الإيطالي

يتميز التقنين المدني الإيطالي بكونه يتضمن نفا خاصا يلقي على عاتق الطرفين التزاما بالتفاوض وإبرام العقد بحسن نية وهو المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي⁵، وقد أورد المشرع الإيطالي

¹-انظر:

L'article 2 dispose que :
« chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi, Le code civil suisse du 10 décembre 1907, entrée en vigueur le 1 janvier 1912.

²-انظر:

- L'article 3 dispose que :
« la bonne foi est présumé lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit .Nul ne peut invoquer sa bonne foi si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettent d'exiger de lui ».

³-انظر:

Ariane MORIN, la confiance légitime en droit suisse des contrats, la confiance légitime en droit des obligations Belge, in La confiance légitime et l'estoppel,, Société de législation comparée, 2007,p410.

⁴- انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.73.

⁵-انظر:

Code civil (approuvé par le décret royal n° 262 du 16 mars 1942, et modifié jusqu'au décret n° 291 du 7 décembre 2016)

مبدأ حسن النية في العديد من مواد القانون المدني، كما أن الفقه والقضاء الإيطاليين كانا متأثرين بالقانون الألماني في تفسيرهم لمبدأ حسن النية (**Bona fide**)، واعتبروها مترادفة مع العبارة الألمانية (**Treu and Glaube**) واتفقوا على أن إبرام العقد لا يتطلب التقاء الإرادات الحقيقية، بل فضلوا النظرية القائلة بحماية التوقعات المعقولة للأطراف المعتمدة على الوعد وما تلقوه من عبارات¹.

كما يضم القانون الإيطالي عدة آليات لمعاقبة التناقض والسلوك غير المتجانس الواقع إضرارا بالغير، فمثلا أوجد المشرع الإيطالي سلسلة من الحلول تتعلق بالوضع الظاهر، والتي مقتضاها نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق².

ومن الآليات أيضا نظرية الثقة بالاستناد إلى مبدأ حسن النية، وهو ما تقرره المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي، حيث التفسير الموسع لها يجعلها قابلة للتطبيق على كل الحالات التي يكون فيها السلوك المتناقض مؤثر على رضا الضحية أو يساهم في خلق الاعتقاد بإمكانية إبرام العقد.

وشهد القانون الإيطالي منذ سنة 1995 تطورا ملحوظا في النظام القانوني للمسؤولية فظهرت مسؤولية من نوع آخر هي **responsabilité pour lésion de confiance**، أبرز مثال على ذلك

¹ - انظر: شيرزاد عبد العزيز سليمان، المرجع السابق، ص.80.

² - انظر:

Cristina AMATO, Confiance légitime : Principe directeur et source autonome de l'obligation, RDC, n°1, 01/01/2013, p.351:

"une série de solutions, décrites par le législateur, qui dérivent des faits objectifs créés par des situations concrètes. Dans celles-ci, la position juridique formelle d'une partie est qu'elle ne peut se prévaloir de la situation d'apparence qu'au prix d'un préjudice causé à l'autre partie. Les solutions adoptées par le législateur pour empêcher l'exercice d'un droit qui irait à l'encontre d'une situation d'apparence correspondent aux règles concernant l'héritier apparent (« erede apparente » : C. civ. it., art. 534) ; le créancier apparent (« creditore apparente » : C. civ. it., art. 1189) ; la validité des actes juridiques mis en œuvre par le mandataire avant que le mandant lui ait notifié l'extinction du mandat (C. civ. it., art. 1729) ; le paiement au nouveau créancier de la part du débiteur préalablement à la notification au débiteur de la cession de créance (C. civ. it., art. 1264) ; les droits du titulaire simulé (C. civ. it., art. 1415, al. 1 et 1416, al. 1) ; la société apparente".

المعلومات المقدمة من المهنيين للغير، والذين بالنظر لصفتهم يولدون ثقة وطمأنينة للأشخاص بصحة معلوماتهم، فيتعاقدون على أساسها فهؤلاء يكونون مسؤولين في حالة عدم صحتها¹.

المطلب الثاني

الإستوبل أو ما يعرف بمنع التناقض مع النفس إضرارا بالغير في القانون الفرنسي

(قاعدة قيد التطور)

تم عرض الأداة الرائعة التي تفرضها المرونة والفترة السليمة في صورة الإستوبل مع تطورها الأخير نحو مجال الإنصاف واحترام الوعود من خلال الإستوبل الإنصافية، ولكن ماذا عن القانون الفرنسي؟ ما هي المكانة التي يحتلها هذا المبدأ في القانون الوضعي الفرنسي؟ رجوعا إلى دراسة مبدأ عدم التناقض ورديفه قاعدة الإستوبل من وجهة نظر القانون الفرنسي، نلمس من الأخير، أنه كان دائما متحفظا وحذرا من فكرة الأخذ بنظريات ومفاهيم قانونية عابرة للحدود.

من ذلك مبدأ حماية الثقة المشروعة في شأن دوره في قانون العقود الفرنسي، والذي لم يتولد من فراغ، بالرغم من أن هذا المفهوم يشكل جزءا من النظام القانوني الأوروبي منذ صدور قرار محكمة العدل للمجموعة الأوروبية (Töpffer c. Commission)².

وهي مفارقة غير معهودة في نظام قانوني يصنف بالأكثر مواكبة لمقتضيات الواقع القانوني، إلا أنه وبفضل القانون المقارن تم الاعتراف تدريجيا بمبدأ حظر التناقض مع النفس على حساب الغير. مع ذلك يمكن القول أن القانون الفرنسي عرف ضمنا تطبيقات لهذا المبدأ، لذلك سيتم بداية التعرض إلى تطبيقات هذا المبدأ الضمنية في القضاء الفرنسي، والذي كان يعرف

¹ - من بين التشريعات المتأثرة بالنظام اللاتيني ويمكن الاستشهاد بها في التصدي لحالة التناقض، استقل القانون الأرجنتيني بإعمال قاعدة الأعمال الخاصة *les actes propres*، وهي من أصول لاتينية و انتشرت بالأرجنتين بفضل الفقيه Leon عام 1963، وتعود أصولها إلى سنة 1976 عندما أخذت أحكام المحاكم ترسم باستحياء ملامح هذه النظرية، ويقصد بها أنه لا يمكن لأحد أن يناقض أفعاله وأعماله الخاصة بإتيان سلوك متناقض مع سلوك سابق جاد ومؤثر الإرادة لا بد من ضرورة اتسام الأعمال المتناقضة بالطابع الحر الإرادي ولا تكون ناتجة عن بواعث مفسدة كالخطأ أو الغبن أو الإكراه. وتشكل القاعدة دفعا بعدم سماع الدعوى متى ثبتت حالة التناقض والأساس هو مبدأ حسن النية الذي نص عليه القانون المدني الأرجنتيني بمقتضى المادة 1198 منه. ويعتبرها الفقه والقضاء الأرجنتيني قاعدة وليس مبدأ قانوني، وتطبيقها ليس مطلق وبل أن القانون أحيانا يجيز فعل التناقض أو يمنعه بمقتضى نصوص القانون المدني الأرجنتيني كأمتلة المواد 1150 منه التي تجيز لصاحب العرض الرجوع عنه قبل الموجه إليه العرض و المادة 3826 منه التي تجيز إلغاء الوصية. انظر في تفصيل ذلك :

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON ,Rapport général, art.préc, p.38.

² - انظر :

C.J.C.E,3 mai1978,Töpffer c. Commission, Rec, 1978, P.1019.

حلولا أخرى لمواجهة تناقض المرء مع نفسه (الفرع الأول). ويتم التعرض بعد ذلك إلى مراحل الاعتراف بالإستوبل من جانب القضاء الفرنسي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حلول أخرى في القانون الفرنسي لمواجهة تناقض الشخص مع نفسه

يعد الإستوبل من المبادئ الراسخة والمعمول بها لدفع التناقض، ولقد اتضح الدور الذي يضطلع به في قانون العقود الإنجليزي، في حين القانون الفرنسي يحمي الثقة المشروعة دون أن يكون لديه نظرية خاصة بهذا الشأن، ولم تعرف فرنسا في البداية نظام مشابه لما يعرف بالإستوبل في النظام الإنجليزي يعالج التناقض بشكل صريح ومباشر. وعلى الرغم من ذلك توجد آليات تضمن نفس الهدف الذي يقصد منه معالجة التناقض أو الحيلولة دون وقوعه، كمبدأ حسن النية والاتساق في السلوك التعاقدية، فالقوة الملزمة للعقد هي العمود الفقري الذي يبنى عليه الوفاء بالعهد واحترام العقد والالتزام بمضمونه، والعامل الأساسي الذي يسعى إليه المتعاقدان لتحقيق الغرض الأسمى من العقد.

وقد اعتبر الفقيه **GHESTIN**¹ أن مصدر القوة الملزمة للعقد هي الثقة التي منحها الدائن لمدينه، بحيث أصبح يتوجب على المدين أن لا يخيب الظن به ويخل بالثقة الممنوحة له من دأئنه. والمؤكد أنه من الصعب إيجاد مفهوم موحد لحسن النية لمعرفة ما إذا كان المتعاقد قد التزم حسن النية في تنفيذ التزاماته أم لا.

ويؤكد الفقه الفرنسي² على أن مفهوم حسن النية بطبيعته ذو مضمون مرن قابل للتطويع على الحالات المختلفة³، وهذا ما يفسر اختلاف المصطلحات المستخدمة في التعبير عن هذا

¹-انظر:

Jacques GHESTAIN, Traité de droit civil : La formation du contrat, L.G.D.J, Paris, France, 1993,P.180.

²-انظر:

-Ph. LE TOURNEAU, bonne foi, Rép.civ, Dalloz (1995),N.13 ;D.MAZEUD, Loyauté solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle, in mélanges F. Terré, Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999,p.603 et s, N08.

³مع مراعاة النص الجديد للمادة 1104 مدني فرنسي (مضافة بموجب المرسوم رقم 131/2016، الصادر بتاريخ 10/02/2016 نشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، ع.35، بتاريخ 11/02/2016 وأصبح نافذا اعتبارا من 1/10/2016) قد حرص على تأكيد وجوب الالتزام بمبدأ حسن النية في مراحل العقد المختلفة: التفاوض بشأنه والإبرام والتنفيذ.

المفهوم، حيث يتم التعبير عن حسن النية بالالتزام بالأمانة أو الاستقامة والالتزام بالتعاون بين المتعاقدين¹.

ويبدو أن محكمة النقض الفرنسية كرست ضمناً الدفع بعدم التناقض مع النفس إضراراً بالغير، واستندت في قرارها على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود عملاً بالمادة 1134/3² من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، والتي كانت تنص على أن العقود تنفذ بحسن نية، حيث أن القاضي المدني عليه أن يراعي الأضرار الناشئة عن المساس بالتوقعات التعاقدية بفعل تقلبات الطرف الآخر، وعدم تناسق سلوكه مع التزاماته التعاقدية، ما يجعله يرتب على ذلك تعويضات مادية للطرف المتضرر، وهو ما ورد في قرار صادر لها بتاريخ 1997/03/11³، قاضية بأنه لا يجوز لأحد أن يتناقض مع نفسه إضراراً بالغير ولا يجوز خيانة التوقعات المشروعة للمتعاقد الآخر⁴.

وجاء في متن القرار أنه وفقاً لمقتضى الفقرة الثالثة للمادة 1134 من القانون المدني (قبل تعديل قانون الالتزامات الفرنسي الأخير)، لا يمكن لأحد أن يكون له سلوك متعارض في مواجهة الغير، يضر من خلاله بالتوقعات المشروعة للمتعاقد معه⁵.

ونفس الحكم لربما ينطبق على قاعدة الإستوبل نظراً لنشأتها في رحاب القانون الأنجلوسكسوني، فقد كان من البديهي ألا تنتقل إلى القانون الفرنسي إلا في وقت متأخر، حين كرستها محكمة النقض الفرنسية، وكان من حسن الطالع، أن يحدث ذلك عن طريق القانون التجاري الدولي وتحديدًا في نطاق التحكيم، حيث لم يكن موقف المحاكم الفرنسية واحداً في

¹ - انظر: محمد حسن قاسم، القانون المدني - العقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد 2016 مع الإشارة إلى المشروع التمهيدي لتعديل قانون المسؤولية المدنية الفرنسي، مج.2، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص.44.

² - انظر:

Article 1134 du code civil, la loi du 07/02/1804 promulguée le 17 février 1804.

³ - انظر:

Inédit, Cass. Com.11/03/1997, pourvoi N95-16-853, Lamy cass, cité par H.AUBRY, in « l'apport de droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime » RID Comp, 3-2005, PP.327-651, spéc.note.46.

⁴ - انظر:

« en vertu l'article 1134, alinéa 3 du code civil, nul ne peut se contre dire au détriment d'autrui, et tromper ainsi l'attente légitime de son cocontractant ».

⁵ - انظر:

Denis MAZEAUD, la confiance légitime et l'estoppel, RID comp, vol.58, N.02, 02, 2006, p. 382.

استقباله، إلى أن جعلت منه محكمة النقض الفرنسية مبدأ قضائياً وتم ذلك باستحياء، ولكن اتجاه الإستوبل نحو العالمية دفع بالقضاء أخيراً إلى اعتماده صراحة كمبدأ قانوني.

وقد بدأت هذه الخطوات منذ تبني محكمة النقض الفرنسية موقفاً واضحاً لمواجهة التناقضات الإجرائية للخصوم أمام المحاكم بكافة أنواعها، ولكن بآليات أخرى غير الإستوبل الإجرائي، كمبدأ حسن النية ومبدأ الأمانة الإجرائية، وكان موقفها يتراوح بين المد والجزر (مروراً بتبني ضمني للآلية إما سلبياً برفض الدفع بالإستوبل تارة أو إيجابياً بقبول الدفع بعدم التناقض الإجرائي إضراراً بالغير، ووصولاً إلى الاعتراف الصريح به).

وبالإشارة إليه بعبارة الإستوبل دون ترجمة في التحكيم، وكذلك في قانون المرافعات المدنية، فكانت تارة تقترب من مسألة تبنيه وتارة أخرى تستبعده، تارة تعترف به دون قيود وتارة أخرى بتحفظ، تارة بمفهومه الأنجلوسكسوني وتارة أخرى بمفهومه اللاتيني¹.

ويعتبر الفقه في فرنسا أول من اهتم بدراسة الإستوبل وجدوى اعتمادها في النظام القانوني الفرنسي، وكانت البداية مع التجارة الدولية، ثم امتدت الدراسات لتشمل قانون العقود ثم قانون الإجراءات، وقد أسفر ذلك عن انقسام الفقه بين مؤيد للفكرة ومعارض لها أو على الأقل متحفظ.

بالنسبة للفريق المؤيد²، ويمكن تلخيص موقف هذا الفريق وما ذهب إليه بالقول على أنه إذا كانت هناك آليات بديلة تواجه العصف بالثقة المشروعة المتولدة لدى الخصوم في القضية، وعلى رأسها مبدأ حسن النية إلا أنها تقوم على معيار شخصي، بحيث يصعب في الغالب على القاضي

¹ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.ص. 158، 159.

² - انظر:

- H. MUIR-WATT et D. BUREAU, Droit international privé, Tome 1, PUF, 2007, 374 ; H. MUIR-WATT, Pour l'accueil de l'estoppel en droit français, Mélanges Loussouarn, 1994, p. 303 ; S. GUINCHARD. Les modèles du droit processuel, Dalloz, Précis Droit privé, 4e éd. 2007, p. 1038 ; G. WEISZBERG, Actualité de la théorie de l'estoppel dans la jurisprudence, JurisPedia FR, 2008 ; O. MORETEAU, L'estoppel et la protection de la confiance légitime, op.cit., p.636, voir : Avis de M. DE GOUTTES, premier avocat général, sur l'arrêt no573 du 27février 2009, publié sur le site internet :

<http://www.courdecassation.fr/jurisprudence-2/assemblé-pleniére-22/gouttes-premier-12303html #N-3->

Dernière visite le 21/03/2019.

والخصوم إثباته، وهذا بخلاف الإستوبل الذي يقوم على معيار أكثر موضوعية، وهو التناقض في وسائل الدفاع والحجج المثارة من قبل الخصوم¹.

وإن تطوير عدة تقنيات لمواجهة السلوكيات المتناقضة والتي تضر بالغير مثل الأمانة الإجرائية ومنع التعسف في استعمال الحق والتنازل والسقوط وغيرها لا يمنع من إرفاقها بتقنية الإستوبل التي سيكون لها ميزة من حيث إخضاعها جميعا لنظام موحد لتجنب تشتت وسائل الإثبات المختلفة مثل البحث عن الإرادة الآثمة (سوء نية الخصم) التي تستخدم بشكل شائع في هذا الصدد، ذلك أن الإستوبل لديه خصوصية في اعتباره آلية جزائية خاصة بالسلوكيات الإجرائية المتناقضة التي تضر بالغير متى تولد لديه اعتقاد مشروع².

وعلى الرغم من أن مبدأ حسن النية الإجرائي ليس بعيدا عن الإستوبل الإجرائي بل يدخل في مضمونه، ويتجلى ذلك من جانب ضحية التناقض (التمسك بالإستوبل)، حيث الإستوبل يقترب من مبدأ حماية الثقة المشروعة ونظرية الظاهر، والتناقض أو عدم الاتساق يعصف بتلك الثقة المشروعة ودور الإستوبل هو حماية ضحية التناقض أما من جانب الخصم المتناقض، الإستوبل يظهر كجزاء لسوء نية هذا الخصم أو إساءة استعمال الحق أو حتى الخطأ³.

بينما فريق آخر من الفقه أعربوا عن تحفظهم على استقبال الإستوبل في القانون الفرنسي⁴، ووفقا لرأي الفقيه (Philippe Le TOURNEAU)⁵ وجود الإستوبل في القانون الإنجليزي مبرر، لأن هذا الأخير لا يعترف بمبدأ حسن النية، بخلاف النظام القانوني الفرنسي،

¹ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.97.

² - انظر:

Horatia MUIR WATT, pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français, in : l'internationalisation de droit, mélanges en l'honneur de Yvon LOUSSOUARN, 1994, p.303-309.

³ - انظر:

Philippe PINSOLLE, Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit de commerce international, art.préc, p.905

⁴ - انظر:

R. PERROT, La loyauté procédurale, RTD civ.,2006, p. 151 ;R. DE GOUTTES, Avis sur Cass, ass.plén ;27 févr.2009, société électronique C/Société pace Europe, n 07-19.841, LPA13 mai2009, p.7 ; D.2009.Jur.1245, note D.HOUTCIEFF.

⁵ - انظر:

Ph. LE TOURNEAU, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, RTD civ., juillet-septembre 2001.

حيث تعدد الآليات المقررة لمجازاة ظاهرة التناقض، ومنها مبدأ الاتساق والانسجام وهو جزء معروف، وليس بالأمر الغريب إلى جانب مبدأ حسن النية والأمانة والوضع الظاهر، وكلها تهدف إلى حماية الثقة المشروعة— وليس من الضروري إضافة مبدأ جديد، الذي يمكن أن يشكل خطراً على النظام القانوني أكثر مما يعطي الأمل بتطويره، حيث يركز الفقيه على مخاطر تكريس الإستوبل في قانون المرافعات تحديداً على ممارسة الحق في التقاضي وحقوق ومراكز إجرائية أخرى.

الفقيه (Loïc CADIET)¹ من جهته، يرى أن التطورات المعاصرة للقانون قد عودتنا على التقلبات القانونية والتوجه المتأمل نحو اعتماد معيار جديد عن كل مشكلة جديدة تظهر على الساحة القانونية، وتصب المحاولات وتلك الرغبة المتسارعة في وضع أحكام جديدة من أجل إعطاء الصفة القانونية لتوقيع الجزاءات على المخالفات الإجرائية، وأخذ هذا النوع من المخاطرة هو بمثابة كتابة القانون على الرمل، خاصة بالنسبة للإستوبل نظراً لخصوصيته في حين أنه يجب الالتفات إلى ما يملكه النظام القانوني من مبدأ أكثر عمومية، وهو مبدأ حسن النية الذي يجب الرجوع إليه بالأساس.

وقد يرجع أساس هذه المقاومة والحذر من جانب النظام القانوني الفرنسي إلى المكانة التي يوليها لسلطان الإرادة من جهة، ومن جهة ثانية وفرة الآليات والمبادئ القانونية الفرنسية التي تضمن استقرار المعاملات وما يستتبعه من حماية العلاقات العقدية.

وسواء كانت ذات منشأ قضائي أو قانوني كنظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الظاهر، ومبدأ حسن النية الذي يفضي لالتزامات مهمة منها الالتزام بالاستقامة والتناسق، اللذان يفرضان على المتعاقدين التزاهة والسلوك المستقيم، اتقاء لأي ضرر قد يترتب على الخروج عن المسار العقدي الصحيح².

لذلك نجد متردداً في تكريس مفهوم غامض وغير واضح المعالم مثل مبدأ الإستوبل، إضافة إلى افتقاره لبنية قانونية سليمة متماسكة، والذي يفتح باباً لتعسف القضاة في مجال أعمال سلطتهم

¹ - انظر:

L. CADIET, La légalité procédurale en procédure civile, BCCI, 15 mars 2006 et Rev. arb, 1996, no 1, p. 24 et s. p. 717 et s.

² - انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في علم التحكيم: نعم... ولكن، مجلة التحكيم العالمية، ع. 08، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،

لبنان، تشرين الأول، أكتوبر، 2010، ص ص. 135-136

التقديرية، كما وقد يؤدي إقرار العمل به إلى إرباك ما هو ثابت وراسخ من مفاهيم قانونية، وعلى حد تعبير الفقيه الفرنسي (Denis MAZEAUD)¹.

إن التركيز على مبدأ الاستقامة العقدي لصون الثقة المشروعة يحكم على العلاقات العقدية بالجمود والصرامة، ونفس الشيء ربما ينطبق على الإستوبل ولذلك يذهب بعض الفقه إلى أن المبدأ يحتاج إلى تأطير مع فرض بعض القيود²، هذا دون الأخذ في الاعتبار صعوبات التوفيق بين هذا المبدأ وروح القانون الفرنسي.

وتضيف (Bénédicte Fauvarque-Cosson³) بأن الإستوبل لا مبرر لوجوده في القانون الفرنسي، فهو وسيلة للدفاع يعتبر درعا لا يمكن اختراقه، كما يمكن أن يشكل وسيلة للهجوم أو سيفاً خطيراً، وكأي مؤسسة قانونية يتم استقبالها في نظام قانوني مختلف عن البيئة التي نشأت في إطار ما يسمى بالثقاف، لا بد أن يتغير نظامها وأساسها، وهو ما سيحصل بالنسبة للإستوبل في النظام القانوني الفرنسي الذي لا يشبه النظام القانوني الإنجليزي، من الأفضل إذن الحديث عن نفس التوجه الدولي في التأكيد على احترام الكلمة المعطاة وحسن النية، ومعاقبة الشخص الذي يخدع الثقة المشروعة التي وضعها فيه الطرف الآخر، والتي هي موجودة في كافة النظم القانونية بآليات مختلفة.

وكان للقضاء الفرنسي السبق في استقبال الإستوبل عموماً في النظام القانوني الفرنسي، ويمكن تلمس آليات ومفاهيم قانونية وقضائية في القانون الفرنسي ولو من بعيد، يمكن أن تتفق مع ما عرف من تنظيمات تعالج ظاهرة تناقض الدعوى، ويعود الفضل في ذلك للقضاء الفرنسي، والذي أصدر أحكاماً عديدة تمنع التناقض في الإدعاء ذاته أو مع إدعاء آخر⁴.

¹-انظر:

D.MAZEAUD, La confiance légitime et l'estoppel, RID.Comp, 2006, p. 362.

²-انظر:

-M.MUIR WATT , Rapport de synthèse ,In l'introduction de se contredire au détriment d'autrui, sous la direction de M.BEHAR-TOUCHAIS, Economica, 2001, p.175.

³-انظر:

B. FAUVARQUE-COSSON, La confiance légitime et l'estoppel, E J C L, décembre 2007, vol. 11-3,P.13 .

⁴-انظر:

MUIR WATT .H, Pour l'acueil de lestoppel en droit privé français, art.préc, p.304

ويتضح ذلك من ناحية أنه يمتنع على المدعي أن يتناقض في ادعائه، وإنه تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في موضع أول بأنه لا يمكن للمقاول من الباطن أن يفيد من عقد المقاولة للحصول على وفاء لعماله، وأن يتمسك في نفس الوقت بإلغاء العقد للتخلص من الالتزامات العقدية. وفي نفس المعنى قضت في هذا الخصوص، بأنه لا يصح للمدعي أن يتمسك في ذات الوقت بفسخ العقد وتنفيذه في آن واحد، وتتحصل هذه الواقعة في أن بائعاً باع متزله بثمن مجزأ ومحول في شكل إيراد مدى الحياة، غير أنه بمجرد التوقف عن الدفع لهذا الإيراد، فإن الدائن بالدخل طلب فسخ العقد وتسوية المستحقات المتأخرة، فقضت المحكمة بنفس حكمها السابق¹.

ومن ناحية أخرى يمتنع على المدعي أن يتناقض في إدعائه مع ادعاء سابق له، أو موقف سبق وأن اتخذ، من ذلك القضاء بعدم قبول دفع الزوجة بعدم تنفيذ حكم أجنبي في فرنسا، كان قضى بتطبيقها من زوجها بناء على طلبها، والباعث وراء التناقض في مسلكها كان السعي لاحتفاظها بصفتها كأرملة بعد وفاة زوجها لتحصل على الميراث².

وإن الروحية ذاتها دفعت محكمة النقض الفرنسية إلى رفض الطعن في قرار محكمة الإستئناف، والرافض لمطلب أم تبنت طفلاً بإلغاء التبني، الذي كانت طلبته بعد أن اختارت هي بنفسها موضوع التبني، وذلك للتهرب من التشريع المتعلق بالإيجارات في الأراضي القروية³.

وينطبق ذلك أيضاً على متنازل عن أسهم شركة لم يبلغ عن هذا التفرغ، وبالتالي لم يعد في استطاعته المطالبة بملكيتها لأنه لا يحق له الانتفاع من تخلف الشرط الذي حال هو نفسه دون إنجازها.

وتتوالى أحكام محكمة النقض الفرنسية، مثلاً لقد قد اعتمدت محكمة النقض الفرنسية فكرة عدم التناقض دون الإفصاح عن وجود الفكرة في ذاتها في حكم الغرفة الجنائية الصادر في 11 جوان 1996⁴.

¹-انظر:

Cass.3e civ, 7 juin 1989, Bull civ 111, P.74 , n°134

²-انظر:

Cass.1 re civ, 19 jan. 1983, n°81-16159 : L'épouse divorcée demandait au juge d'ignorer le divorce afin que soit reconnue sa qualité de veuve dont dépendait sa vocation successorale.

³-انظر

Cass civ 1 er civ 19 novembre 1990, IV.P..18 1, n°316.

⁴-انظر:

كما قضت أيضا محكمة استئناف باريس بعدم قبول الاستئناف لانتفاء شرط المصلحة في المستأنف ضد أمر تنفيذ حكم تحكيم قد طلب ذات المستأنف تنفيذه، وقد ربط الحكم بين التناقض في الادعاء وانتفاء المصلحة المشروعة¹.

ومن التطبيقات القضائية على مواجهة التناقض في سلوك الخصم، القضاء بعدم قبول الطعن في حكم قضائي من قبل الخصم الذي قبله مسبقا، وقضي أيضا أنه لا يجوز لشركة تأجير السيارات التي تعهدت بموجب أمر شراء بأخذ سيارة قديمة من المستأجر بسوء نية، أن تتجاهل مضمون مستند "أمر الشراء" الذي بحوزتها وتمسك برفض تنفيذ التزامها احتجاجا بالحالة السيئة للسيارة². كما قضى بأن المقترض الذي دفع أموال البضاعة بعد التوقيع على شهادة تسلمها لا يقبل ادعائه فيما بعد إضرارا بالمقرض بأنه لم يتسلم البضاعة³، وقضي بعدم قبول احتجاج الخصم أمام محكمة النقض بعدم اختصاص قاضي الموضوع، وهو ذاته الذي رفع الدعوى أمامه للحكم فيه⁴. ودائما في نفس المضمون، قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم قبول النعي على قرار القاضي الإستعجالي بتعيين مدير مؤقت من قبل الخصم بمسند معين هو ذاته قد وافق على تسلمه أثناء الجلسة من دون أي اعتراض⁵.

وقضت أيضا محكمة النقض لفرنسية بأن الاعتراف بولد طبيعي سواء ترافق أو يترافق مع تعهد صريح بالعناية والإنفاق، يكفي لتحمل المعترف عبء الموجبات المتصلة بالأبوة حتى ولو كان الاعتراف كاذبا و كان بالتالي مرفوضا، فالذي اعترف يتحمل المسؤولية⁶.

Cass. crim., 11 juin 1996, Bull. Crim, n°245 : D. 1997, 576 : l'épouse divorcée, qui venait de voler son ex-mari, entendait bénéficier de l'immunité familiale

¹-انظر:

CA Paris, 10 nov. 1987 , rev. arb. 1989 ,p. 670.

²-انظر:

Cass, 1^{re} civ , 16 juin 1992 :Juris-Data, n°1992-001477 ;Bull.civ.1992,I, n°180.

³-انظر:

Cass. Ire civ., 14 nov. 2001 : JCP 2002, II, 10078. 29

⁴-انظر:

Cass.soc,16 mai2007, pourvoi n°06-43.851.

⁵-انظر:

Cass.2^e civ, 8 decembre2005, pourvoi n°03-17.336.

⁶-انظر:

Cass.civ, 1^{re}, 21juillet 1987, D.1988, p.225, note J.MASSIF ;6 decembre1988, d.1989, p.(532)317, note J.MASSIF ; Civ, 1^{ere} 10 juillet1990, D.1990, p.517, note HUET-WEILLER ; obs. P.JOURDAIN RTD Civ, 1991, p.119, n.1.

المسألة نفسها طرحت بخصوص الإعلان عن النوايا (خطابات النوايا) وهي عادة تتم خلال مرحلة مفاوضات عقدية، مثل خطابات المساندة أو التزكية التي تسجلها الشركة الأم لحماية وضمان التزامات فرع الشركة، في الحالات التي تكون فيها هذه المستندات واضحة بما فيه الكفاية وتبرز إرادة الالتزام، فالشركة الأم تعتبر مرتبطة قانوناً ولا يمكن لها التحلل من الالتزام، فإذا تخلفت عن التنفيذ، فلا تكون مسؤوليتها موضع شك¹. كما وأن كانت محكمة النقض الفرنسية قد تعرضت في قضايا أخرى للدفع المبني على الإستوبل الإجرائي، ولكن من الجانب السلبي أي أنه تم رفع الدفع أمامها ولكنها رفضت تطبيقه ولقد وقع ذلك في مسائل الأحوال الشخصية وقانون العمل و كذا القانون التجاري، وفي مجال الأحوال الشخصية امرأة مغربية تطلقت بموجب القانون الفرنسي، ولم تطلب تطبيق القانون المغربي الذي يعد إلزامي سواء أمام محكمة الدرجة الأولى أو في الاستئناف، واحتفظت بتلك الوسيلة لتطرحها أمام محكمة النقض الفرنسية².

وفي مجال قانون العمل العامل الذي طالب بالتعويض عن فصله من العمل وما ترتب عليه من أضرار نتيجة الفصل التعسفي بدون سبب حقيقي أو جدي، وكذلك التعويض عن عدم احترام إجراءات الفصل من العمل، ثم يتراجع عن ادعائه بالقول أنه لم يفصل أبداً يعد انتهاكاً لمبدأ الإستوبل والأمانة في المرافعات³، وأيضاً في القانون التجاري الشركة كانت قد اعتمدت سلوكاً معيناً قاد الخصم الآخر بالاعتقاد المشروع بأن تلك الشركة رفضت التملك الجبري، وأنها قبلت اللجوء إلى خبير ليقيم ثمن البيع، وأنها قبلت مد المواعيد المقررة في القانون لإتمام البيع، لذلك فإن مبدأ الإستوبل يمنع الشركة فيما بعد من احتجاجها بغياب الامتداد القضائي⁴.

¹ - انظر:

B.OPPETIT, « l'engagement d'honneur », D.1979, Chron ;p.108 ; J.SCHMITT, La négociation et la conclusion des contrats, n34 et s, , D.1982, Paris ; G.ALPA, « Le contrat individuel et sa définition », RIM comp, 1978, p.327 et s ;R. Baillot , « les lettres d'intentions, RTD com, 1992, p.547, J.I. COURTIER, « nature et conséquences juridiques de la lettre d'intention », LPA, 1995, p.20 ; com.8 novembre, 1994, bull.civ, IV, 330

² - انظر:

Cass.civ, 1ere,20 juin 2006, pourvoi n°04-19636, comp. Cass.civ.1ere, 11 mars 1986, Denangui, Rev. crit, DIP, 1988, 302, n .Bischoff .S. GUINCHARD et Al. droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable, 5^{ème} éd. Dalloz, 2009, n°543.

³ - انظر:

Arrêt de la chambre sociale du 11 juillet , pourvoi n°06-44335, ainsi que l'arrêt du 25 septembre 2007, pourvoi n°6-43155.

⁴ - انظر:

الفرع الثاني

قرار غولشاني واتجاه القضاء الفرنسي نحو تبني الإستوبل

أول ما ظهر الإستوبل وشرع في استقباله في القانون الفرنسي بفضل القضاء الفرنسي و كان ذلك في مجال التحكيم التجاري، وهذا نتيجة تأثر قانون المرافعات بقواعد التحكيم، حيث هذا بالضبط ما حصل مع القانون الفرنسي.

فالنظام القانوني الفرنسي قد حقق بذلك نوعاً من المواءمة بين خصوصيات بنية الداخل وأدواته التقنية الفنية من جهة، ومرتبة التحكيم التجاري الدولي من جهة أخرى¹، والذي يفرض عليه بعض التنازلات لخلق بيئة مشتركة بين مجمل النظم القانونية من خلال تبني مبادئ سائدة في مجال التجارة الدولية.

أولاً: اقرار الإستوبل في القضاء الفرنسي

إن محكمة النقض الفرنسية منذ عام 2005، دوراً في تثبيت اختراق الإستوبل للنظام القانوني الفرنسية²، فالقرارات ذات الصلة تعتبر بحق نوعية لكونها بغالبيتها تكرر الإستوبل في الاجتهاد التحكيمي الفرنسي كمبدأ مستقل في قانون التجارة الدولية، وكلها جريئة وملفتة لإشارتها إلى المصطلح الإنجليزي بذاته بمعزل عن أي رديف له في النظام القانوني الفرنسي³.

وإن الغرفة المدنية الأولى بدأت عملية زرع الإستوبل علناً في القانون الفرنسي في عام 2005— ومع ذلك، غير أن المصطلح يكاد يكون مألوفاً لدى الفقه الفرنسي في وقت سابق على ذلك بكثير. وقد كتب (Emmanuel GAILLARD) مقالاً في مجلة فرنسية متخصصة في عام 1985 عن الاعتراف بـ "الإستوبل" كمبدأ عام للقانون التجاري الدولي، واستناداً إلى قرارات التحكيم التي تم إصدارها في أوائل الثمانينات، جادل الفقيه GAILLARD بأن حظر التناقض مع النفس اضراراً بالغير، ليس معترفاً به فقط في النظم التي تقوم على السوابق القضائية، ولكن أيضاً في

Arrêt de la chambre commerciale du 11 décembre 2007(pourvoi N/06-16093,06-16104,06-16105).

¹-انظر: محمود محمود المغربي، ما الذي يجري في فرنسا حول الإستوبل تعليقا على المنحى القضائي والتشريعي المستجد من الإستوبل؟ (Estoppel)، مجلة التحكيم العالمية، ع. 11، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، تموز يوليو، 2011، ص. 139.

²-انظر:

Muir-Watt H., Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français, in art.préc, p. 303

³-انظر: محمود محمود المغربي، المرجع نفسه، ص. 140.

العديد من نظم القانون المدني، وأنه كان أيضا منذ فترة طويلة كمبدأ من القانون العام الدولي ونتيجة لذلك، خلص **GAILLARD** إلى أن المفهوم أصبح الآن قابلا للتطبيق عموما في التحكيم¹. وبموجب قرار الغرفة المدنية الأولى الذي أدخل صراحة فكرة الإستوبل في النظام القانوني الفرنسي، ورغم أن محكمة النقض الفرنسية قد سبق لها أن اعتمدت هذه الفكرة في حكم الغرفة الجنائية الصادر في 11 جوان 1996²، إلا أن المرة الأولى التي تشير فيها محكمة النقض صراحة إلى قاعدة الإستوبل بدون ترجمة كانت في قرار **Golchani**³ الصادر في السادس من شهر جويلية 2005 في المنازعة الإيرانية الأمريكية⁴.

ويمكن تفسير ذلك، بأن مثل هذه الخطوة كان من المرجح أن تعزز مكانة فرنسا في مجال التحكيم الدولي في نطاق الأعمال التجارية التي تتنافس عليها البلدان بشراسة، فهو يدر فوائد اقتصادية للبلدان التي يحدث فيها، وكانت باريس واحدة من الأماكن الرائدة في مجال التحكيم الدولي لعدة عقود، وقد ساهمت عوامل كثيرة في ذلك النجاح.

ولعل أهم جانب في استخدام المصطلح الأجنبي هو الإشارة إلى أن المحاكم الفرنسية منفتحة إلى حد تبني مفاهيم دولية، وقد يعتبر ذلك مهما لأن العديد من إجراءات التحكيم التي تجري في فرنسا تتبع معايير القانون المبني على السوابق القضائية، إما لأن الأطراف قد قرروا أن القانون الإجرائي لبلد من بلدان القانون العام سيحكم الإجراءات، أو لأنه لم يتخذ أي خيار في هذا الصدد، أو أنهم قرروا تطبيق القواعد والمعايير الإجرائية عبر الوطنية، وفي كل حالة من المحتمل أن يكون الإستوبل أحد المعايير المنطبقة، وينبغي أن يكون هذا موضع ترحيب من قبل

¹ - انظر:

Emmanuel GAILLARD, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (Le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes), rev.Arb.1985, p.241.

² - انظر:

Cass. Crim.11 juin 1996, Bull. Crim.n.245.

³ - انظر:

Cass. 1re civ., 6 juill. 2005, Golchani c/gouvernement de la république islamique d'Iran, n° 01-15.912, Bull. civ. I, n° 302 ; Agostini E., D. 2006, p. 1424, note Agostini E. : partie qui avait saisi l'arbitre, participé à la procédure d'arbitrage pendant des années et qui, ensuite, avait invoqué la nullité de la convention d'arbitrage

⁴ - انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص.61.

المحكّمين¹.

وعززت محكمة النقض الفرنسية قرارها السابق بقرار جديد استند إلى قاعدة الإستوبل في قضية **Golshani**، فقد اعترض هذا الأخير على قرار تحكيمي صدر في 1993، يقضي عليه بتعويض الحكومة الإيرانية، هذه الأخيرة رفعت دعوى للمصادقة على القرار التحكيمي حتى يكون قابلاً للتنفيذ في التراب الفرنسي، واستجابت محكمة استئناف باريس في 2001 لطلبها، وعلى إثره طعن **Golshani** بالنقض في القرار التحكيمي زاعماً أنه صدر بناء على اتفاق تحكيم باطل².

وفي هذه القضية اعتمدت محكمة النقض الفرنسية الإستوبل كأساس لرد ادعاءات السيد **Golshani**، كما قررت أيضاً أن اعتراضات هذا الأخير تتعارض مع وضعه كمدع ومع مشاركته في إجراءات التحكيم السابقة، فقد قضت المحكمة بأن السيد (**Golshani**) الذي حضر جميع إجراءات التحكيم، وشارك فيها دون إبداء تحفظ أكثر من 9 سنوات من عملية التحكيم، يكون من غير المقبول منه، تطبيقاً للإستوبل، الادعاء بوسيلة مناقضة بأن اختصاص محكمة التحكيم تقرر في ظل عدم وجود شرط التحكيم أو لكونه باطلاً.

وفي هذه القضية يبدو واضحاً أن محكمة النقض الفرنسية قضت بأن المدعي في الدعوى التحكيمية وقد رفعها هذا الأخير، لا يجوز له أن يطالب ببطالان حكم التحكيم استناداً إلى أن المحكّمين قد باشروا عملهم دون اتفاق تحكيم، وإلا فإنه قد يكون وقع في حرمة التناقض³، وتجد هذه الفكرة التي بمقتضاها لا يجوز للمرء أن يتناقض مع نفسه إضراراً بالغير أساسها في فكرة أشمل، وهي فكرة التزاهة الإجرائية في التقاضي، والتي تنطبق أيضاً في مجال التحكيم، فتحرم المدعي في الدعوى التحكيمية من التناقض في سلوكه الإجرائي وذلك بالمنازعة في وجود اتفاق التحكيم الذي استند إليه هو ذاته في اللجوء إلى التحكيم برفع دعوى التحكيم.

إن محكمة النقض الفرنسية على حد قول المحامي (**ORTSCHEIDT**)⁴ انتهزت الفرصة لتعلن صراحة الإستوبل كقاعدة جوهرية في التحكيم صالحة للتطبيق في كل مسار تحكيمي في

¹-انظر:

Gilles CUNIBERT, Enhancing judicial reputation through legal transplants, estoppel travel to France, The American Journal of Comparative Law, Vol.60/2012,pp.398.

²-انظر: ملحق رقم (1)

³-انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.61.

⁴-انظر:

النظام القانوني الفرنسي، وأيده في ذلك المحامي (PINSOLLE)¹ الذي وجد في المنحى المعتمد سعياً واضحاً لإدخال الإستوبل في القانون الفرنسي، ولكن بشروط تقوم في جوهرها على معاقبة عدم التجانس أو الانسجام في السلوك والتصرفات، في ظل عدم إقصاء آليات بديلة يغتني بها النظام الفرنسي من جهة أخرى، فيكون استيعاب الإستوبل ضمن هذه المجموعة من الأدوات الإجرائية الهادفة قبل كل شيء لحماية الثقة المشروعة².

وفي قضية أخرى هي قضية (Income) بتاريخ 6 ماي 2009³، كانت قد دخلت فيه شركة فرنسية تدعى (Jean Lion) في عدة عقود لبيع السكر مع شركة مصرية تدعى (The Icome Compagny) حيث أدرج في أحد هذه العقود شرط للتحكيم، وعلى إثر قيام نزاع بينهما باشرت الشركة المصرية إجراءات التحكيم، وفي 2003 أعلنت الشركة الفرنسية إفلاسها، وفي نفس السنة صدر الحكم التحكيمي، والذي حكم على الشركة الفرنسية بتعويض الشركة المصرية المتعاقدة معها ودفع المستحقات المالية التي تدين لها بها، فقدم مصفي الشركة طعناً أمام محكمة الاستئناف الفرنسية يطالب فيها ببطالان حكم التحكيم، مستنداً في ذلك على عدم إبلاغه بإجراءات التحكيم، مما يجعل الحكم ينتهك مبدأ وقف الإجراءات التي يطالب به الدائنون الأفراد. رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الادعاء بالقول أن المصفي قد امتنع عن غش منه عن المشاركة في إجراءات التحكيم، كي يوفر لنفسه حق الطعن في الحكم التحكيمي الذي سيصدر لاحقاً، وقررت المحكمة أن سلوك المصفي وقع في حالة الاستوبل وعليه فإن طلبه يجازى بعدم القبول⁴. وعلى الرغم من اعتراف محكمة النقض الفرنسية في قضيتي **Income** و **Golshani** بقاعدة

-J.ORTSCHEIDT, observations sur l'arrêt de la cour de cassation du 06 juillet 2005, Rev.arb,2005, p.1948.

¹-انظر:

Ph. PINSOLLE, Note sur l'arrêt de la cour de cassation de 6 juillet 2005, Rev. arb , P.1110.

²-انظر: محمود محمود المغربي، ما الذي يجري في فرنسا حول الإستوبل؟ (تعليقاً على المنحى القضائي التشريعي المستحد من الإستوبل (Estoppel)، المرجع السابق، ص.135.

³-انظر:

Cass.1^{er} civ., n.08-10.281. Jurisdata n 2009-048035; JCP G2009, 534, G.BOLLARD, bull.civ 2009, I, n.86.

⁴-انظر:

-Xavier DELPECH, arbitrage, estoppel et faillite internationale,21 , Dalloz, 2009, 1423.

عدم التناقض أو الإستوبل، إلا أن مفهوم القاعدة ظل مشوبا بالغموض، ولم تقدم محكمة النقض الفرنسية تعريفا للقاعدة ولا شروط إعمالها¹.

ثانيا: عن حقيقة ابتعاد المفهوم الفرنسي للإستوبل عن المفهوم الأنجلوسكسوني ثم اقترابه منه (بعد تعديل قانون التحكيم لسنة 2011)

بتاريخ 27 فبراير 2009² أصدرت الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية قرارها الذي مفاده، أن مجرد حالة تناقض الخصم مع نفسه إضرارا بالغير، لا يقتضي بالضرورة الحكم بعدم القبول في قضية Société SEDEA électronique Distral(D)/ Xcom.Multimedia(x)³، والتي طلبت فيها الشركة المدعية في قضيتين مختلفتين إحداهما أمام القضاء المستعجل والأخرى أمام قاضي الموضوع، وفي نفس الوقت بتسليم أجهزة الاستقبال، وكذلك الحكم بالتعويض من أجل جبر الضرر الناتج عن مخزون أجهزة الاستقبال غير قابلة للبيع، واعتبرت المحكمة أنه ليس في ذلك تناقضا يؤدي إلى الإستوبل كما يستفاد من هذا القرار أن للتناقض درجات أو يوجد بما يسمى بالتناقض المشروع.

إلا أن ما يسترعي الانتباه بحق، مدلول القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 3 فبراير 2010⁴، الذي يتميز بتعريف واضح للإستوبل لأول مرة من جهة وتأكيد استقلالته عن العدول من جهة ثانية، والذي مهدت له بقرارها الصادر في 27 فبراير 2009 حيث أكدت على امتداد تطبيقه في مجمل الأصول المدنية مشددة على دورها في الرقابة على توافر شروط إعماله⁵.

ولم يقتصر قضاء النقض الفرنسي على تكريس وتبني الإستوبل كمبدأ قانوني في فرنسا، بل عرفت محكمة النقض الفرنسية مبدأ الإستوبل صراحة في قرارها الصادر بتاريخ 3 فبراير 2010

¹ - انظر: صادق طريخيم، المرجع السابق، ص.96.

² - انظر:

Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, n° 07-19.841, D. 2009, p. 723, obs. X. DELPECH., Gaz. Pal. 18-19 mars 2009, p. 10, obs. JANVILLE T., Procédures 2009, n° 3, p. 1, obs. H.CROZE, D. 2009, p. 1245, note D.HOUTCIEFF.

³ - انظر: ملحق رقم (2)

⁴ - انظر:

Cass.civ.1ère , 3 Février 2010, n 08-21-288, JCP G 2010, II,626 note D.HOUTCIEF, Rev.Arb.2010.93 ,note L.WEILLER.

⁵ - انظر: محمود محمود المغربي، ما الذي يجري في فرنسا حول الإستوبل؟، المرجع السابق، ص141.

سالف الذكر فيما يعرف بقضية (Meriel)¹، وحيث شركة (Meriel) الفرنسية وشركة (Klocke) (verspackung-Service GMBH) الألمانية قد أبرمتا عقدا يتعلق بتعبئة وتغليف بعض المنتجات البيطرية، يتضمن بندا تحكيميا يلحظ اللجوء إلى التحكيم بشأن ما يقوم من منازعات تحت مظلة غرفة التجارة الدولية (CCI)، وإثر صعوبات طرأت أثناء تنفيذ العقد، قد أصدرت فيه هيئة التحكيم بناء على الدعوى المقامة من شركة (Meriel)، بقرارها الصادر في 22 فبراير 2007، الذي يقضي بقبول طلبها جزئيا المتمثل في استفاء المبالغ المستحقة لها وحكمت بتعويضها، مع القضاء ضدها في الطلب المقابل المقدم ضدها من طرف شركة (Klocke)، والذي سبق للمحكمة أن قضت بقبوله بأمر إجرائي، ولذلك رفعت شركة (Meriel) طعنا على هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس يتضمن طلب إبطال حكم التحكيم².

واستندت في الطعن إلى أن الطلب المقابل لا يدخل ضمن وثيقة محكمة الهيئة التحكيمية التي ينحصر دور المحكمين فيها في النظر في الالتزامات التعاقدية، في حين الطلب المقابل يقتصر على أساس تقصيري، وادعت أن الطلب المقابل قدم قبل الجلسة بشهرين وفي الخامسة عشر يوما التالية أرسلت رسالة إلى هيئة التحكيم تفيد ذلك وكان أيضا محل مذكرة من قبلها. حيث أن محكمة الاستئناف بقرارها الصادر بتاريخ 9 أكتوبر 2008 ردت طلب الإبطال مسندة في تكييفها للموقف الإجرائي للشركة الفرنسية بأنه من قبيل الإستوبل، أولا إلى أنه وبالرجوع إلى نص الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع المؤرخ في 12 أبريل 2006 يتبين أن المحكمين قد أثبتوا من ناحية أن الخصوم قد ترفعوا وجاهايا بشأن مدى قبول الطلبات العارضة لشركة (Klocke).

ومن ناحية أخرى فقد قضى المحكمون بأن هذه الطلبات تدخل في حدود جلسة المهمة المنعقدة في 21 أكتوبر 2005، ثم لم تعترض شركة (Meriel) على ما ورد بهذا الحكم قبل أن توقع على محضر الجلسة التحكيمية المنعقدة بتاريخ 12 ماي 2005 الذي تقرر فيه قفل باب المرافعة مما يعني تسليمها بقبول الطلب المقابل³.

ولما كانت الشركة الفرنسية عادت بعد ذلك وطعنت في حكم التحكيم بادعاء عدم قبول الطلب المقابل لأنه لا يدخل في وثيقة المهمة، فيعد ذلك كله تناقضا في مسلكها الإجرائي يستتبع

¹-انظر: ملحق رقم (3)

²-انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص.64.

³-انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع نفسه، ص.65.

مواجهته بالاستتوبل، غير أن محكمة النقض الفرنسية كان لها موقفا مغايرا تماما لقرار محكمة الاستئناف، حيث حكمت بنقض قرار محكمة استئناف باريس الصادر في 8 أكتوبر 2008 وبإحالة القضية إليها لتنظرها بهيئة مغايرة، وذلك بالاستناد إلى مخالفة القرار التحكيمي للمادتين 1502/13¹، 1504² من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، معللة ذلك بالآتي:

"... إن السلوك الإجرائي لشركة (Merial) لا يشكل تعديلا في الموقف يمكن من خلاله أن يضل الطرف الآخر شركة (klocke) بشأن نوايا الشركة الفرنسية (الخصم المتقلب)، ومن ثم فإنه لا يدخل في نطاق الإستوبل. كما أنه من جهة ثانية إن عدم منازعة شركة (Merial) بشأن قبول الطلب المقابل المقدم من شركة (Klocke) خلال الفترة ما بين صدور الأمر الإجرائي بتاريخ 12 أبريل 2006 وتاريخ التوقيع على محضر اختتام المرافعات التحكيمية (12 ماي 2006) لا يشكل بحد ذاته عدولا عن التمسك بعدم القبول في سياق مرحلة الإبطال يسوغ الرفض في هذه الإجراءات"³.

¹-انظر:

Art.1502 CPC Fr : « L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :

- Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;
- Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée».

²-انظر:

Art.1504 CPC Fr déclare que :

« La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1502.

L'ordonnance qui accorde l'exécution de cette sentences n'est susceptible d'aucun recours, toutefois, le recours en annulation emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge de l'exécution ou dessaisissement de ce juge ».

³-انظر:

- L'arrêt est censuré par la Cour de cassation au visa des articles 1502-3 et 1504 du Code de procédure civile :

« Alors d'une part, que le comportement procédural de la société Merial n'était pas constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire la société Klocke en erreur sur ses intentions et ne constituait donc pas un estoppel, et, d'autre part, que l'absence de contestation par la société Merial de la recevabilité de la demande reconventionnelle de la société Klocke entre l'ordonnance du 12 avril 2006 et le procès verbal d'audience du 12 mai 2006 n'emportait pas, à elle seule, renonciation à se prévaloir de cette irrecevabilité dans la procédure d'annulation » La Cour de cassation définit ainsi a contrario les critères de qualification de l'estoppel. Le comportement litigieux doit être constitutif (i) d'un changement de position de droit (ii) de nature à induire l'adversaire en erreur sur ses intentions .Peter ROSHER, L'estoppel à la française, cahier de l'arbitrage, n°1, 01/01/2011, p. 119

إن خصوصية قضية (Merial) تكمن في أنها نظمت آلية عدم التناقض من حيث أنها كرس في حكمها المذكور تعريف مختصر لأول مرة لقاعدة الإستوبل وحددت شروطها وتمثل في:

- الأول أنه يجب أن يكون السلوك الإجرائي لأحد الأطراف يشكل تغييرا في مسار حججه القانونية.

- والشرط الثاني وهو أن قاعدة عدم التناقض تتطلب تعييرا واضحا عن نقض السلوك السابق، بما يضلل الطرف الآخر بشأن نوايا الخصم الأول.

وجدير بالذكر أن الشرط الثاني يؤكد سابقة قررت بها محكمة النقض الفرنسية أن وجود وضع يناقض فيه أحد الأطراف سلوكه السابق يسبب ضررا لطرف آخر، لا يشكل بالضرورة دفعا إجرائيا على أساس قاعدة عدم التناقض وفي قضية (Merial) كان سلوك المدعية سلبيا محضا، وقررت المحكمة أن سكوت هذه الأخيرة وعدم اعتراضها على الطلب المقابل لا يمنعها من رفع دعاوى في المستقبل بل يمكن الاحتفاظ بهذا الحق.

حيث من الواضح أنه لا يمكن استخدام قاعدة الإستوبل إذا كان من شأنها أن تلحق الغبن والإجحاف بحقوق الآخرين، فرفض الادعاء يعتبر جزاء قاسيا يحرم أحد الأطراف من حقه في التقاضي، وبذلك يكون قرار محكمة النقض الفرنسية قد جانبه الصواب فيما ذهبت إليه، وهو قد حقق توازنا عادلا بين تحديد عدد دعاوى البطلان التي تعوق تنفيذ الأحكام و بين الحقوق الأساسية للتقاضي، كما يلاحظ أنها تتبع الجذور الأنجلوسكسونية لقاعدة عدم التناقض، حيث يشترط في القانون الإنجليزي لتطبيق قاعدة التناقض الانصافي أن يكون الوعد الأصلي واضحا ومحددا ولا يتخذ بالسكوت أو الإهمال.

وباعترافها بقاعدة الإستوبل، ساهمت محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدل في الإجراءات فالقاعدة تسوغ الافتراض النظري بأن على كل طرف أن يتصرف بشكل أخلاقي ولا يناقض نفسه بما يسبب ضررا للآخرين وعلى المحكمة أن تضبط الانسجام في السلوك الإجرائي¹.

لقد كان على محكمة النقض الفرنسية، أن تحدد كيفية محاسبة فعل التناقض، ففرضت من خلال قرارها الأخير بعض المعايير والضوابط اللازمة لإعمال الإستوبل، أقله في القانون الفرنسي،

¹ - انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص. 137.

إذ تهدف الإستوبل في القانون الانجليزي خاصة لحماية الثقة المشروعة لأحد الأطراف درءاً لارتدادات السلوك المتناقض على الطرف الآخر.

في حين يركز النظام القانوني الفرنسي عامة على تكريس موسع لمبدأ التناسق والاستقامة الإجرائي، فلا مجال لحماية الثقة الخائبة، بل لا بد من معاقبة التناقض، فالقانون لا يكافئ سيء النية إلا أن هذا لا يجب أن يؤدي إلى محاصرة مبادرة الطرف الضحية في ممارسة حقوقه الدفاعية أو الهجومية بحسب معطيات المنازعة صونا لحقوقه وتحقيقاً للعدالة¹.

وبالتالي إن الرسالة وصلت بوضوح إلى قضاة المحاكم الأدنى فقد حدد لهم هذا القرار الذي استبعد الأخذ بالإستوبل معالم طريق استعمالها، من حيث التثبت من التعديل في الموقف القانوني لأحد الأطراف وكذلك التأكد من أن يأخذه الخصم بعين الاعتبار مما يوقعه في الغلط في شأن نواياه².

ويعتبر قرار الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2011³ أول قرار أشار صراحة إلى قاعدة عدم التناقض التي تعادل الإستوبل في منطوقه خارج نطاق التحكيم، وذلك في قانون المرافعات المدنية، أين اعترف القضاء بالإستوبل كقاعدة من قواعد القانون الإجرائي الفرنسي، ففي هذا التاريخ وفي قضية انتهاك حقوق برائتي اختراع أصدرت محكمة النقض قراراً هاماً، أكدت فيه لأول مرة أنها استندت إلى مبدأ يقضي بأنه لا يجوز للشخص أن يناقض نفسه بما يسبب ضرراً لشخص آخر.

وتعتبر هذه المرة الأولى التي تذكر فيها هذه القاعدة بصريح العبارة في ديباجة القرار، والتي عادة ما تتضمن المواد التشريعية أو المبادئ القانونية التي استندت إليها في قرارها، وتتلخص وقائع القضية في أن شركة فرنسية تدعى (Nergeco) تملك برائتي اختراع أوروبيتين الأولى تتعلق باختراع باب كالستارة قابل للرفع إلى الأعلى، بمساندة قضبان أفقية، والثانية تتعلق باختراع باب مرن قابل

¹- انظر: محمود محمود المغربي، ما الذي يجري في فرنسا حول الإستوبل؟، المرجع السابق، ص143.

²- انظر:

-Elie Kleiman: Stop !Définition nécessaire de l'estoppel entre faveur de l'arbitrage et droit d'accès au juge, la semaine juridique, édition générale ; n.11, mars2010, p.564et s.

³- انظر:

Cass.com, 20 sep. 2011, n.10-22888, JurisData n.2011-019424, D.2011, act p.2345.JCP G2001, note.1250, D.HOUTCIEFF.

للطي، وبعد أن ساورت شركة (Nergeco) الشكوك بأن شركة (Mavil) الفرنسية وشركات أخرى تقوم بتسويق أبواب موضوع براءتي الاختراع، رفعت دعوى تقليد ضد شركة (Mavil) أمام محكمة ليون في الفترة ما بين 1997 و1998.

غير أنه في 27 أبريل 2000 حلت شركة (Mavil) بسبب اندماجها في شركة أخرى، وهي شركة (Gewiss France)، وفي 28 أبريل 2000 رفع اسم شركة (Mavil) من سجل الشركات الفرنسي (RCS) في 21 ديسمبر 2000 أصدرت محكمة ليون حكمها في القضية لصالح شركة (Mavil).

طعنت شركة (Nergeco) بالاستئناف على الحكم السابق لكنها ارتكبت بذلك خطأ أصبح أساس النزاع، حيث لم ترجع هذه الأخيرة إلى دائرة تسجيل الشركات وتجاهلت انحلال شركة (Mavil)، ودعت للتقاضي كيانا يفتقر إلى الوجود القانوني والأهلية اللازمة التي تؤهله للدفاع عن نفسه ضد أي ادعاء. وبالتالي أصبح الاستئناف منذ 2001 معيبا لاختصاص شركة ليس لها شخصية قانونية وبالرغم من ذلك فإن الخصوم والقضاة تجاهلوا هذه المخالفة. وفي 02 أكتوبر 2003 أصدرت محكمة استئناف ليون قرارا كان محل طعن من طرف شركة (Mavil) أمام محكمة النقض الفرنسية دون التنبيه إلى انحلالها، وكانت قد حلت محل شركة (Mavil) شركة (Gewiss France) في جميع الإجراءات القضائية التي تلت القضية على مستوى المحكمة الابتدائية¹.

وتمثلت الدعويين، في الأولى وكانت تتعلق انتهاك براءة الاختراع الأول، والثانية عن انتهاك البراءة الثانية، وفي 23 فبراير، طعنت شركة (Gewiss) بقرار محكمة استئناف ليون الصادر في 15 ديسمبر 2005 بخصوص دعوى البراءة الأولى، وفي الدعوى الثانية أمام محكمة استئناف باريس وكانت دخلت بصفتها خلفا لشركة (Mavil)، حيث صدر في 31 جانفي 2007 قرار عن محكمة استئناف باريس، وبتاريخ 02 جوان 2010 طعنت شركة (Gewiss) في قرار محكمة استئناف باريس مثيرة بشكل مفاجئ دفعا قانونيا جديدا تمثل في طعن بعدم القبول بموجب المادة 122 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي. وبالاستناد عليه تكون دعوى (Nergeco) غير مقبولة، بسبب انعدام حق المقاضاة طالما أن (Mavil) قد حلت في 27 أبريل 2000، فإنه لم يعد لها أي وجود

¹-انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الاستويل الإجرائي، المرجع السابق، ص.163.

قانوني أو أهلية وبالتالي لا يمكن رفع دعوى ضدها، وبموجب المادة 123 من ذات القانون يمكن الدفع بعدم القبول في أي مرحلة كانت عليها الدعوى¹.

وطعنت شركة (Nergeco) بهذه الحقيقة وبتاريخ الاندماج الذي أشر إلى انتهاء شركة (Mavil)، ورفضت دفع (Gewiss) أمام محكمة استئناف ليون بكون الدعوى معيبة بسبب انعدام الشخصية القانونية لشركة (Mavil)، واستندت على نص المادة 1/126 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية والتي تقضي بأنه في أي حالة يمكن فيه تصحيح العيب بعدم القبول، ولا يحكم بعدم القبول إذا كان سببه زال عند نظر القاضي في الدعوى، كما أن طعن شركة (Gewiss) على حكم محكمة الإجراءات سالفه الذكر، ودفع الشركة الأخيرة بعدم القبول ينطوي على الغش وسوء النية.

تم رفض هذا الرد من قبل محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر في 2 جوان 2010، حيث قضت بأن رفع الدعوى القضائية ضد كيان لا يتمتع بالشخصية القانونية والأهلية القانونية يشكل مخالفة لا يمكن تبريرها، كما أن المحكمة لم تعترف بوجود نية التضليل، وأن سلوك شركة (Gewiss) على الغش الذي لم تثبته شركة (Nergeco)، وبأنه لم يثبت أن شركة (Gewiss) تضم نية إلحاق أضرار بالغير، وأن ما حدث كان بسبب عدم تيقظ من قبل المستأنفين².

وهو ما دفع شركة (Nergeco) بأن تطعن بالنقض في القرار السالف الذكر مستندة على الدفع المتمثلة في المبدأ القاضي بأن الغش يفسد كل شيء و مبدأ الأمانة في الإجراءات القانونية، وأنه على المرء ألا يناقض نفسه بما يسبب ضرراً لشخص آخر وأن ما فعلته شركة (Gewiss) سبب ضرراً لشركة (Nergeco).

وأخيراً استجابت محكمة النقض لدفع شركة (Nergeco) قاضية بأنه بينما طعنت شركة (Gewiss) بالحكم الصادر في 15 ديسمبر 2005 مطالبة بإبطال الحكم، فإنه لا يمكن لها دون أن تناقض نفسها بما يلحق ضرراً بشركة (Nergeco) أن تدفع أمام محكمة الاستئناف أنها لا تتمتع

¹-انظر:

Fabien GERARD, Estoppel :Faut il acclimater le poisson tree, Rev. Lamy droit des affaire, mars 2012,n .69, p.71.

²- انظر:

Florence MEURIS, La liberté du plaideur limitée par l'interdiction générale de se contredire, La semaine juridique entreprises et affaires, n 04, 26 janvier 2012, 1075.

بالشخصية القانونية، خلال الإجراءات القانونية المؤدية إلى هذا الحكم، وبذلك تكون محكمة الاستئناف قد خالفت مبدأ الغش يفسد كل شيء والأمانة في المرافعة والمادتين الأولى والثانية من قانون المرافعات¹.

غير أن محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2011، لم تعتبر الاستتوبل حتماً وفي جميع الظروف مؤدياً إلى عدم قبول الدعوى، حيث لم تحيل المحكمة إلى نص المادة 122 من قانون المرافعات الفرنسي الذي يحدد حالات عدم القبول.

حديثاً صدر المرسوم رقم 48 لسنة 2011، والذي كان حدثاً مهماً سواء على الصعيد الداخلي والدولي في تاريخ التحكيم الفرنسي كونه يساهم في تحديث النظام القانوني للتحكيم الفرنسي، ويجعله أكثر انفتاحاً على المستجدات القانونية الدولية خاصة في ظل كون باريس عاصمة عالمية التحكيم.

ولعل من أبرز العلامات الدالة على ذلك تكريس استتوبل فرنسية في التعديل الجديد لقانون التحكيم الفرنسي² من خلال المادة 1466³ من قانون الإجراءات المدنية والتي جاء النص فيها على

¹ - انظر:

Le décret n2011-48 du 13 janvier portant réforme de l'arbitrage, JORF, 14 janvier 2011, [décret], modifiant les dispositions du nouveau code de procédure civile français ; voir également le rapport au premier ministre relatif au décret n2011-48 du 13 janvier portant réforme de l'arbitrage.

² - وقد استغرق إعداد نصوص التعديل الذي حافظ على الطابع المزدوج للقانون الفرنسي وحرصه على التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي عدة سنوات، وقد اتخذت مبادرة التعديل من قبل اللجنة الفرنسية للتحكيم التي كان لها السبق في إعداد مشروع تمهيدي في عام 2006، وهو المشروع الذي تبنته فيما بعد وزارة العدل بعد تعديله وذلك اعتباراً من شهر نوفمبر 2009، والتي فضلت في صياغته تجنب الأحكام المشتركة بين نوعي التحكيم الداخلي والدولي، واكتفت بالإحالة في العديد من الأحكام الخاصة بالتحكيم الدولي إلى تلك التي سبق النص عليها بشأن التحكيم الداخلي، وفي المقابل فإن تبني هذا القانون الجديد للتحكيم لا يعني مطلقاً بأن القضاء سوف يتوقف عن لعب دوره الرائد في هذا المجال، ومن ثم فقد حرص التقرير المرفوع لرئيس الوزراء على التنويه على سبيل المثال إلى أن التعديل لا يستهدف على الإطلاق إعادة النظر في القضاء المستقر. على أنه لا يجوز للدولة ولا للسلطات المنبثقة عنها أن يستند إلى قانونها الداخلي من أجل التهرب من تطبيق اتفاق التحكيم الذي توصلت إليه إرادة الأطراف، ونظراً لرسوخ الثقة في القضاء الفرنسي الذي أصبح معروفاً لدى الجميع أنه لن يتدخل إلا لمساندة هيئة التحكيم أو للرقابة على حكم المحكمين عند الاقتضاء، خاصة بعدما أصبحت باريس المكان المفضل لإجراء التحكيم الدولي. أشار إليه أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص. 17.

³ - انظر:

ART.1466 CPC FR : « la partie qui en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir »

أن يعتبر الطرف الذي يمتنع عن سابق دراسة ودون سبب مشروع عن إثارة مخالفة أمام هيئة تحكيمية في وقت مناسب أنه قد تنازل عن التمسك بهذه المخالفة.

وانطلاقاً من مضمون المادة رأى بعض الفقه أن المشرع الفرنسي تبني قاعدة الإستوبل وتعريفها لها أكثر اتساعاً من الذي تبنته وأقرته محكمة النقض الفرنسية، لكن هذا لا ينفي وجود تباين في تصنيف المعطيات النزاعية بين الإستوبل والعدول أو التنازل عن إثارة مخالفة إجرائية، إذ الأخيرة تعاقب على التصرف الأحادي الجانب بمعزل عن موقف الطرف الآخر، في حين تستلزم الإستوبل حكماً، تحليل سلوك الطرفين وفقاً للشروط المشار إليها سابقاً.

وللأسف الواقع الاجتهادي يبين عن سكوت القضاة عن مسألة التمييز بين الإستوبل والعدول لحد الآن، وقد استلهم التقرير المرفوع لرئيس الوزراء في تعريفه لفكرة الإستوبل التعريف الذي تبناه الفقيه **CORNU** في قاموسه القانوني، وهكذا عرف التقرير فكرة الإستوبل بأنها دفع إجرائي يستهدف باسم حسن النية لمجازاة التناقض في تصرفات الخصم الذي يجب عليه أن يتقيد بسلوكه السابق بحيث يكون ممنوعاً من أن يبدي إدعاءً جديداً مناقضاً له¹.

ثالثاً: تأكيد مجلس الدولة على رفضه المطلق لإعمال الإستوبل في المنازعات المالية²

إن الإستوبل الذي يعتبر وجهاً آخر لمبدأ الأمن القانوني وما يستتبعه من حماية الثقة المشروعة الذي تعززت مكانتهما شيئاً فشيئاً في علم القانون الإداري، مع ذلك لم يكن على نحو ما تفيده بعض التطبيقات القضائية ضيفاً مرحباً به لدى القضاء الإداري.

وأبان عن ذلك الرأي الإستشاري الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 01 أبريل 2010³، ويتصل بوقائع القضية بالتزاع الآتي:

بعد أن سددت شركة (Marsadis) التي تستثمر مركز (Leclerc) في منطقة (Cote-D'Ors) الرسوم المتوجبة عليها لشراء اللحوم عن أشهر جانفي وفبراير ومارس 2003، تقدمت بتاريخ 16 أبريل 2004 لدى الدائرة المالية بطلب استرداد الرسوم المسددة لتعارضها مع القانون

¹ - انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 55.

² - انظر:

N. DIPONT, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française, RTD. Civ. 2010, p.459.

³ - انظر:

CE, Avis, 1 avril 2010, Société Marsadis, n.334465, AJDA 2010, p. 1327, note H. BELRHALI-BERNARD ; D. 2010. 1149.

الأوروبي، فأبلغ مدير الدائرة المالية إلى الشركة بقرار غير معلل صادر بتاريخ 27 أوت 2004 عن النية برفع التكاليف المطالب بها¹.

بتاريخ 30 نوفمبر 2004، وعبر رسالة غير معللة، أبلغت الإدارة الشركة عدولها عن موقفها السابق زاعمة أن التعارض المدعى به مع القانون الأوروبي، يتناول حصرا الفترة السابقة للأول من جانفي 2001، وبتاريخ 17 جانفي 2005 أبلغت الشركة قرار الإدارة برفض طلب استرداد الرسوم المسددة. فلجأت إلى المحكمة الإدارية في **Dijon** لطلب إبرائها من الرسوم متذرة في لائحته المقدمة بتاريخ 22 أكتوبر 2009 بسبب جديد يتعلق بإهمال الإدارة المالية لمبدأ الإستوبل نظرا إلى التناقض المزعوم بين موقف مدير الدائرة المالية والموقف المعتمد من قبل وزير المالية أثناء المناقشات البرلمانية المتعلقة بإلغاء الرسوم على اللحوم متجاوزة بذلك حججها السابقة القائمة على تعديل المدير لموقفه أثناء التدقيق بالطلب المقدم إليه.

وتأسيسا على الفقرة الأولى من نص المادة 113 من قانون القضاء الإداري، طلبت المحكمة الإدارية في **Dijon** رأي مجلس الدولة الفرنسي حول ثلاث نقاط أساسية:

1/ حول إمكانية المدعي في أن يتمسك بالإستوبل في المنازعة المالية

2/ هل وقعت الإدارة في التناقض وفق المعنى المقصود لمعنى الإستوبل

3/ ما هو تأثير السبب المتذرع به على مجمل مطالب الشركة المدعية².

ولقد استبعد مجلس الدولة في رأيه الاستشاري الصادر بتاريخ 1 أبريل 2010 مجددا الإستوبل، مشيرا إلى أن المنازعات الضريبية تقتصر على تحديد الضرائب المستحقة قانونا، والفصل في الدعاوى المتعلقة بالإجراءات المتخذة من جانب الإدارة لضمان تحصيل الضرائب، والتأكد من مدى صحة تطبيق العقوبات المالية الملحوظة في النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة، فالتزامات المكلف بالضريبة محددة بنصوص واضحة لا يمكن للإدارة التنازل عن تطبيقها مع مراعاة ما توفره الإجراءات المالية من ضمانات³.

¹ -انظر: محمود محمود المغربي، ما الذي يجري في فرنسا حول الإستوبل؟ تعليقا على المنحى القضائي التشريعي المستجد من الإستوبل *Estoppel*، المرجع السابق، ص. 146.

² -انظر:

Martin COLLET, Le principe de l'estoppel est-il soluble dans le contentieux objectif ? *R-JEP* de n° 678, Août 2010, comm. 42.

³ -انظر:

والحجة الأولى والأقوى له هي أنه من الصعب التوفيق بين مبدأ الإستوبل والطبيعة الموضوعية للدعوى الضريبية، وفي المسائل الإدارية المالية يذكر القاضي الأعلى بالمبادئ العامة للقانون العام والمالية العامة التي تمنع دخول هذا المبدأ الجديد في مجال الضرائب حيث الإدارة لسيت طرفا كغيرها لأنها لا تدافع عن مصلحتها بل عن المصلحة العامة¹. والحجة الثانية أقل جوهرية وهي ببساطة تدعم الحجة الأولى، وإدراج مبدأ الإستوبل في التقاضي الضريبي لن يكون صعبا فحسب، بل سيكون أيضا قليل الاستخدام، لأن القانون الضريبي يوفر بالفعل ضمانات لدفعي الضرائب ضد التغييرات في مواقف الإدارة، وبالتالي لا يشكل سلوك الإدارة السابق للإجراء التزاعي أو في مرحلة التحقيق بالطلب المقدم، أو في سياق المنازعة أمام القاضي المالي، ومهما يكن مداه أو تناقضاته المحتملة عائقا أمام القاضي يحول دون إعماله للقانون المالي، على نحو ما تفيدته القرارات القضائية ذات الصلة².

كما أن سلوكيات الإدارة القابلة لأي تصنيف كتعديل في الموقف محصنة بضمانات تشريعية وقضائية لصالح المكلف بمقتضى المادتين³ (L.80A-L.80B) من قانون الإجراءات الضريبية الفرنسي، واجبة الاحترام من قبل القاضي المالي، الذي لا يستطيع التنصل من اعمال القانون المالي

Philippe NEAU-LEDUC, Exclusion du principe de l'estoppel, RDC, 01/07/2010, n° 3, p.961.

¹-انظر:

Nadine BELZIDSKY, Un principe clair, L'incommutabilité de l'estoppel et du droit fiscal, RJ com, Juillet/Aout,2012, n.26.

²-انظر: محمود محمود المغربي، ما الذي يجري في فرنسا حول الإستوبل؟، المرجع السابق، ص.147.

³- انظر:

Art. L80 A du LPF dispose que :

« Il ne sera procédé à aucun rehaussement d'impositions antérieures si la cause de rehaussement poursuivi par l'administration est un différend sur l'interprétation par le redevable de bonne foi du texte fiscal et s'il est démontré que l'interprétation sur laquelle est fondée la première décision a été, à l'époque, formellement admise par l'administration.

Lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaitre par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente. Sont également opposables à l'administration, dans les mêmes conditions, les instructions ou circulaires publiées relatives au recouvrement de l'impôt et aux pénalités fiscales »

Livre de procédures fiscales Art .L80 A modifié par la loi n 2008-1443 du 30 décembre2008.

Art .L 80 B dispose que :

« La garantie prévue au premier alinéa L.80A est applicable sous réserve du respect de certaines conditions et modalité ».

Art. L.80 B modifié par la loi n 2010-1657 du 29 décembre2010.

عامة، أيا تكن الظروف والمعطيات وأيا تكن فحوى ادعاءات الأطراف، فالطابع التناقضي إن وجد والممتد في الزمن للادعاءات لا يمكن أن يحول دون إعمال القانون، إلا أن هذا لا يفيد أن الإدارة مجردة بالمطلق من كل حماية، ولا سيما إزاء المكلف سيء النية، بل يمكنها من خلال نظرية الظاهر التمسك بضريبة ما انطلاقاً من الحالة التي أعلنها المكلف.

وإذا كان من حق الإدارة المالية في أي مرحلة من مراحل النزاع ولأول مرة في الاستئناف، التمسك بأسس جديدة لفرض ضريبة منازع بشأنها أمام القاضي المالي، فيشترط ذلك حكماً أن النزاع أثير في شأنها أمام القاضي المالي من جهة، وأن الأساس الجديد المتدرج به لا يحجب عن المكلف الضمانات الإجرائية المشار إليها سابقاً من جهة ثانية¹.

وبخصوص المواد المشار إليها، فتتيح من جهة للمكلف بالضريبة ضمن ضوابط محددة الاعتراض لدى الإدارة في شأن تفسيرها المعتمد صراحة لنص مالي أو في شأن موقفها الصريح إزاء حالة واقعية تدرج ضمن نطاق إعمال نص مالي، فضلاً عن أن الإدارة ملزمة، في حال قررت تخفيض الضريبة، إعلام المكلف مسبقاً عن استمرار نيتها بفرض ضريبة جديدة وفق ذات الشروط والأسس.

إن اعتماد الإستوبل في القانون الداخلي باعتبارها مبدأ عاماً في القانون الدولي العام لا يحول دون التطبيق الموضوعي للقانون المالي لسببين أولهما ضرورة احترام تسلسل النظم والقواعد القانونية، وثانيهما، أنه ليس من السهل تمييزه عن مبدأ الثقة المشروعة الذي أكد مجلس الدولة حصر تطبيقه على المسائل الخاضعة مباشرة للقانون الأوروبي².

ويؤكد مجلس الدولة في وقت لاحق استبعاد الإستوبل استبعاداً واسع النطاق في منازعات المشروعية برمتها في قراره الصادر بخصوص شركة (Pace Europe) ، ويقرر أنه لا يوجد في التقاضي في منازعات المشروعية مبدأ لا يمكن بموجبه لأحد الطرفين أن يناقض نفسه في إجراءات التقاضي على حساب الطرف الآخر.

¹ - انظر:

Art. L199 C.

« l'administration, ainsi le contribuable dans la limite du dégrèvement ou de la restitution sollicités , peuvent faire valoir tout moyen nouveau, tant devant administratif que devant la cour administrative d'appel, jusqu'à la clôture de l'instruction. il ne est de même devant le tribunal de grande instance et de la cour d'appel »

² - انظر: محمود محمود المغربي، ما الذي يجري في فرنسا حول الإستوبل؟، المرجع السابق، ص. 148.

وتتلخص وقائع القضية في أن شركة بيس أوروبا بعد أن قامت بتسريح العمال لأسباب اقتصادية، وحصلت على إذن من مفتش العمل للقيام بذلك، هذا الأخير الذي أشار في الترخيص أنه في حالة عدم وجود ظروف اقتصادية حقيقية تبرر التسريح، ينبغي رفض الترخيص في العادة؛ ومع ذلك، وافق بالاستناد على موافقة العمال مغادرة الشركة، غير أن الإجراء في قانون العمل هنا هو التسريح الاقتصادي، وليس التسريح المبني على تراضي الطرفين، ولذلك فإن إرادة العمال لا ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار ولا يمكن أن تشكل سبباً وجيهاً للتسريح؛ ولذلك كان قرار الترخيص غير قانوني، واستخدم العمال هذا الترخيص الغير قانوني أمام القاضي المختص للمطالبة بالتعويض عن الفصل غير القانوني، وقرر الأخير وقف صدور القرار حتى يتسنى طرح سؤال أولي على القاضي الإداري عن مدى شرعية قرار المفتش¹.

وفي المرحلة الابتدائية، قضت المحكمة الإدارية في (Grenoble) بأن هذا الترخيص غير قانوني، ثم استأنفت بيس أوروبا (خطأ) أمام محكمة الاستئناف الإدارية في (Grenoble)، التي أحالت المسألة إلى مجلس الدولة، وهو الوحيد المسؤول عن الفصل فيها.

وأشارت الشركة الطاعنة إلى أن العمال لا يستطيعون إثارة عدم شرعية قرار المفتش، لأنهم بذلك يناقضون أنفسهم على حسابهم، غير أن هذه الحجة غير معطلة لأنه من المستحيل الطعن أمام القاضي الإداري في شرعية القرار، وأنه بمجرد طرح السؤال، فإنه ملزم بالرد عليه، ولا يمكنه الإجابة إلا عليه، ووجب أن يقتصر على الفصل في مدى شرعية القرار، دون أن يكون قادراً على الحكم على شرعية الإحالة التي أدلى بها القاضي سالف الذكر.

وبعبارة أخرى، لم يكن من المقرر أن يحقق فيما إذا كان مبدأ الإستوبل يمنع العمال من الاستفادة، أمام القاضي الفاصل في موضوع النزاع، من عدم شرعية قرار الإذن، وبشكل أعم، في أي نزاع موضوعي، لا يمكن أن تؤثر تناقضات طرف ما على الروابط القانونية التي تربطه مع طرف آخر،

¹ - انظر:

CE,2 juill.2014, n368590, société Pace Europe :JurisData n 2014-014987 ; JCP A 2015.2029 .

لأنها خارجة تماماً عن إرادته، بل هي على العكس من ذلك، نتيجة لنصوص تشريعية وتنظيمية، ولا تزال المحددات القانونية للتزاع موجودة في القانون، ولا يمكن لهذه العناصر الذاتية أن تزج القاضي في مهمته بوصفه "حارساً للشرعية"¹.

المبحث الثاني

موقف التشريعات العربية (المتأثرة بالقانون المدني) من الإستوبل

ليس مستغرباً أن أدوات الماضي تصلح بذاتها لحكم روابط الحاضر والمستقبل إذالم يحدث لها تعديل أو تطوير ولكل قديم متجدد وهج خاص، ولا ضير أن تكون هذه المستجدات ناتجة عن مقارنة موضوعية علمية لما تكتنزه نظم أخرى من مفاهيم لاسيما قاعدة الإستوبل مع ما يقابلها في الموروث الإسلامي.

والسؤال أين يبحث القاضي، وهل ثمة تقنيات في الفقه الإسلامي على نسق القوانين الوضعية يمكن أن يلجأ إليها القاضي؟ وفي الواقع ليس ذلك بغريب عن الشريعة الإسلامية بسبب مرونتها وقابليتها لمواكبة الحوادث والمستجدات، ولقد نجد في الفقه الإسلامي ما هو كفيلاً بأن يثبت قانوناً حديثاً لا يقل في الجدة وفي مساهمة التطورات عن القوانين اللاتينية والجرمانية، ولعل أول تقنين في سياق البحث عن جذور المبدأ هو مجلة التحكيم العدلية التي طبقت في العديد من البلاد العربية في إحالة إلى المادة 100 منها المتوافقة إلى حد بعيد مع مضمون الإستوبل وهو ما يستدعي فكرة المقاربة بينهما (المطلب الأول)، وفي المطلب الثاني نعرض لموقف المشرع المصري والجزائري من مبدأ عدم التناقض أو ما يعرف بالمبدأ المانع.

¹-انظر:

Clothilde BLONCHON, Le juge administratif et l'estoppel : une acceptabilité calquée sur dichotomie contentieux objectif/subjectif, procédure contentieuse commentaire, JCP A La semaine juridique édition administrative et collectivités territoriales, n.26, 29 juin 2015.

المطلب الأول

مقاربة فكرة الإستوبل بثوبها القانوني العربي (استقبال أم عودة)

إن القول بأن النظم العربية لم تعرف الإستوبل تعوزه الدقة، فحتى إذا لم ترد الإستوبل في التشريعات العربية كما صاغها الفقه الغربي أو التشريعات الأنجلوسكسونية، يكاد لا يخلو أي تشريع عربي من تطبيقات مبدأ عدم التناقض ولو ضمنا، حيث أن المعنى القاضي بمنع التناقض في الأقوال والسلوكيات والرجوع عن العهود يكاد يكون مماثلا في النظم القانونية العربية.

فالإستوبل أو مبدأ عدم التناقض على حساب الغير يتشابه تماما في أحكامه، والقاعدة الفقهية الأصولية التي تقضي بأن: "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه" المنصوص عليها في مجلة الأحكام العدلية المقتبسة من المذهب الحنفي.

بالرغم من أن الفقه الإسلامي هو أول من وضع قاعدة عدم التناقض ورسخ أساسها، وبالرغم من أنها أخذت تدخل في جميع فروع القانون، إلا أنها لم تأخذ حقا في البحث والتحليل، ولم تلق الرواج والاهتمام الذي يليق بها، ومع كل ذلك يبقى للفقه وللشريعة الإسلامية ككل مكانة بارزة في النظم القانونية العربية، سواء تلك المتأثرة تأثرا كبيرا بالشريعة الإسلامية، والتي تنص دساتيرها على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للتشريع كالكويت والإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وقطر، أو تلك التي اكتفت فقط بالنص على أن الإسلام دين الدولة، ودون أن تنص على أن الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع كالجائر والأردن والمغرب.

أما بالنسبة للنصوص المدنية، فإن غالبية التشريعات العربية في مدوناتها المدنية أفردت نظاما خاصا بها، حيث كرست قاعدة الصدق في الالتزام ومنع التناقض في التصرفات صراحة في متن تشريعاتها (الفرع الأول). أو ضمنا عبر الإحالة إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا احتياطيا يتعين على القاضي أن يلجأ إليه في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم النزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

النص صراحة على عدم التناقض في متن بعض التقنينات العربية

للبلاد العربية تاريخ قانوني مشترك سواء في زمن الخلافة العربية أو العثمانية، عى أن الدولة العثمانية قد أصدرت منذ القرن التاسع عشر عددا من القوانين العثمانية المقتبسة عن القوانين

الأجنبية، وبعد أن انسلخت البلاد العربية عن الدولة العثمانية بدأت تسن قوانين جديدة غالبيتها من القوانين الأجنبية¹.

وهناك مجموعة من الدول تأثرت تأثراً واضحاً بالقوانين الفرنسية كالجائر والمغرب وتونس ومصر ولبنان وسوريا، ولا يجب أن يغيب عن البال أن القوانين التي صدرت في هذه البلدان ومهما اقتبست عن الشريعة الإسلامية، فإنها لا تزال محتفظة بأصولها الفرنسية المنقولة من القوانين الفرنسية، ولا بد من الاعتراف أن الكثير منها يتباعد مع أحكام الشريعة الإسلامية لاسيما في ميدان القوانين الجنائية².

غير أنه رغم انتشار الثقافة الفرنسية في غالبية بلدان العالم الإسلامي، فإنه لم يمنع من العمل بأحكام الشريعة الإسلامية، حيث الأخيرة ليست بعيدة عن وضع القوانين والأحكام في عبارات موجزة ومحكمة في صورة القواعد الفقهية .

888 والقواعد الفقهية هي عبارة عن تعابير فقهية تعبر عن مبادئ قانونية، ومفاهيم مقررّة في الفقه الإسلامي، وهي صيغ إجمالية عامة من قانون الشريعة الإسلامية، استخراجها الفقهاء من دلائل النصوص الشرعية وصاغوها في عبارات موجزة جزلة.

وجرت مجرى الأمثال في شهرتها ودلالاتها في الفقه الإسلامي وحتى في القانون الوضعي، فأغلبها تعبر عن مبادئ حقوقية معتبرة ومقررة لدى رجال القانون، لأنها ثمرات فكر عدلي وعقلي ذات قيم ثابتة في ميزان التشريع والتعامل و7الحقوق والقضاء³.

ويكفي الإطلاع على مقدمة مجلة الأحكام العدلية، التي تشمل قواعد فقهية عامة، اختيرت من بين كتب الفقه الإسلامي بنفس الصيغة التي وردت عليها⁴، فبعد أن تأسست الدولة العثمانية سنة (699 هـ) 1300م وأصبحت خلافة في عام (923 هـ) 1517م، عندما استولى السلطان سليم الأول على مصر، واستمرت الخلافة العثمانية إلى عام 1923م حيث ألغاه أتاتورك، وكانت

¹ -انظر: محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المرجع السابق، ص.451.

² -انظر: عبد جميل غضوب، القوانين الوضعية الفرنسية والشريعة الإسلامية تقارب أم تباعد، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص.23.

³ -انظر: الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط.2، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 1989، ص.33،9.

⁴ - انظر: عبد جميل غضوب، المرجع نفسه، ص.21.

تشريعات الدولة العثمانية إسلامية خالصة إلى غاية عام 1839م، حيث بدأت الخلافة تسير بشأن التشريعات في الاقتباس من النظم القانونية الأوروبية كالقانون السويسري والقانون الفرنسي. ويبدو أن الخلافة العثمانية سلكت اتجاهين مختلفين في نفس الوقت، فمن جهة قامت بإحلال القوانين الفرنسية في بعض التشريعات الإسلامية (قانون العقوبات الصادر ب1850م، قانون الإجراءات المدنية 1880 م)، ومن جهة أخرى قامت بتقنين أحكام المعاملات المدنية، في المذهب الحنفي، المذهب الرسمي للخلافة، في "مجلة الأحكام العدلية"¹ التي صدرت في أبواب متفرقة²، وذلك بين عام 1286 و1293هـ (1869-1876م)³، وجاء مجموعها في 1851 مادة، وقد شملت مجموعة من القواعد الكلية بلغت حوالي 99 قاعدة⁴.

ولقد وضعت الخلافة العثمانية قواعد المعاملات المدنية في فقه المذهب الحنفي في صورة مواد في مجلة الأحكام العدلية، وبذلك تكون قد قامت بتقنين قواعد الفقه الإسلامي لأول مرة في صورة مواد، تتضمن كل منها حكماً أو أكثر في الموضوع الذي تنص عليه.

وقد تجسد ذلك في القواعد الفقهية، التي تمثل مرحلة متقدمة من النضج العلمي والفكري، القادر على استيعاب أحكام الفقه نصوصاً واجتهاداً، وصيغ ذلك في قواعد عامة يندرج تحتها ما لا حصر له من الجزئيات، وهي طريقة عملية مفيدة، وخاصة بالنسبة للقاضي، فهي تغنيه في معظم الحالات عن البحث في بطون الكتب الفقهية عن القواعد والأحكام الخاصة بالمسألة المعروضة عليه والمطلوب منه الفصل فيها.

وقد طبقت مجلة الأحكام العدلية في جميع البلاد العربية الخاضعة للخلافة العثمانية ماعدا الجزائر التي احتلتها فرنسا عام 1830م، وطبقت عليها القوانين الفرنسية باستثناء مسائل الأحوال

¹ - انظر: سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، ط. 3 (مصححة ومزودة)، بيروت المطبعة الأدبية، لبنان، 1923، ص. 63.

² - "حيث في منتصف القرن التاسع عشر عين احمد جودت باشا ناظراً للعدلية في الدولة العثمانية، بناء على اقتراح شيخ الإسلام، و كان جودت باشا إلى جانب تمسكه بالشرعية الإسلامية مطلعاً على القوانين الغربية ومقتنعاً بضرورة الإصلاح التشريعي، وهكذا صدرت عدة قوانين جمعت بين الشريعة والعرف المحلي والقانون الفرنسي، وكان أهم هذه التقنينات مجلة الأحكام العدلية، التي أنجزت عام 1223هـ/1876 بعد عمل دام أكثر من سبع سنوات، تم خلالها تقنين أحكام المعاملات المدنية من الفقه الحنفي، عارياً من الاختلافات، محتويماً للأقوال الصحيحة، مع اعتبار تبدل المسائل المبنية على العرف والعادة". انظر: محمد جبر الألفي، محاولات تقنين الفقه الإسلامي، من أعمال ندوة نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة في جامعة الإمارات العربية، شبكة الألوكة، 1994، ص. 40. متاح على الموقع الإلكتروني: www.alukah.net، اطلع عليه بتاريخ 2018/09/12، على الساعة 10.00 صباحاً.

³ - انظر: عبد جميل غضوب، المرجع السابق، ص. 17.

⁴ - انظر: محمود عبد المجيد المغربي، القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1988، ص. 46.

الشخصية للمسلمين، ومراكش التي احتلتها فرنسا سنة 1904م، ومصر التي استقر بها محمد علي باشا وأسرته بداية من عام 1805، ولقد بقيت مجلة الأحكام العدلية مطبقة في تركيا حتى سنة 1926م، تاريخ صدور القانون المدني التركي، المنقول حرفياً عن القانون المدني السويسري¹.

غير أن اكتفاء المجلة بالفقه الحنفي جعلها قاصرة عن مواجهة مستجدات العصر، فلم يمض زمن طويل على صدورها حتى دخلها التعديل والتبديل².

وقد تخلت الدول العربية عن المجلة الواحدة تلو الأخرى فظلت مطبقة في لبنان إلى غاية عام 1947، وسوريا حتى سنة 1949، وفي العراق لغاية عام 1951م، وفي الأردن إلى نهاية عام 1976م، وآخرها الكويت³.

وبالرغم من تأثر هذه التقنيات بالقوانين الغربية، لا زالت هذه النظم القانونية متأثرة بمجلة الأحكام العدلية، هذا مع العلم بأن المجلة لم تطبق في بلدان العالم الإسلامي التي لم تكن تابعة للدولة العثمانية في حينه كشبه الجزيرة العربية واليمن.

ووفقاً لمنظور الفقيه السنهوري، كانت الشريعة الإسلامية توفر الرد الشرقي الثري والأصيل على الثقافة الغربية والتشريع الأوروبي، نظراً إلى أنه لم يكن بأقل مقاما بأي حال من الأحوال من الشريعة التي شكلت الغرب، سواء كانت تلك الشريعة هي الشريعة الرومانية أم شريعة القانون العمومي⁴.

فلقد كان للجهود الجبارة المخلصة التي بذلها الفقهاء المسلمون في بيان كفاءة وعظمة الفقه الإسلامي على إثر حركة التطور الحضاري الأثر البالغ في إثراء التشريعات المدنية العربية، وتعتبر ثمرة جهود مذهلة بذلها العلماء الأعلام في صياغة أحكام الفقه الإسلامي، والذي كان وما زال له قصب السبق في بيان الأحكام القانونية في العديد من القوانين حتى الغربية منها⁵.

¹ - انظر: عبد جميل غضوب، المرجع السابق، ص.18.

² - انظر: محمد جبر الألفي، محاولات تقنين الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.41.

³ - انظر: محمد الحسن البغا، التقنين في مجلة الأحكام العدلية، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، مج.25، ع.2، جامعة دمشق، سوريا، 2009، ص.767.

⁴ - انظر: عبد الرزاق السنهوري من خلال أوراقه الشخصية، إعداد نادية السنهوري وتوفيق الشاوي، (القاهرة-الزهراء للإعلام العربي، 1988) مذكرات، 14 تموز-يوليو 1928، أشار إليه غاي بيحور، مدونة السنهوري القانونية نشوء القانون المدني العربي المعاصر (1932-1949)، ترجمة رشا جمال، مراجعة عبد الحسين شعبان، ط.1، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، لبنان، ص.62.

⁵ - انظر: علي فوزي الموسوي، قاعدة الإغلاق وتطبيقها القانونية، ورقة عمل مقدمة في إطار فعاليات المؤتمر العلمي الثاني لكلية الحقوق ضمن محور أثر الفقه الإسلامي في القوانين الوضعية، جامعة النهرين، بغداد، 31/30 مارس، 2010، ص.02، مقال متاح على شبكة المعلومات العالمية

الجدير بالذكر أن بعض التشريعات العربية بخاصة كرسست جوهر الإستوبل في نص مادة قانونية، ضمنها في قوانينها المدنية تارة، أو قوانين الإثبات بصيغة مطابقة للقاعدة الفقهية، وهي المادة 100 من مجلة الأحكام العدلية، وقد تلقفت ب التشريعات العربية هذه المادة من مجلة الأحكام العدلية حيث نجد إحالة واضحة لها.

وأفضل مثال النموذج التونسي، ففي ظل الاستعمار الفرنسي لتونس تم تقنين أحكام الالتزامات والعقود لسنة 1906، عن مشروع وضعه المستشرق الإيطالي، «David» «SANTILANA» ضمنه كثيرا من أحكام المذهب المالكي، وبعض الأحكام الفقهية المأخوذة عن مذاهب أهل السنة الأخرى، وتعتبر مجلة الالتزامات والعقود التونسية بتعديلاتها الصادرة في 1906، المجلة الأم المتضمنة لما اصطلح عليه بالشرعية العامة في القانون التونسي¹، وتعد هذه المجلة توفيقية بين عدة قوانين، القوانين الفرنسية والإيطالية والسويسرية والفقه الحنفي والفقه المالكي، وهي المرجع فيما يمكن الاصطلاح عليه بعناصر العقد أيضا.

ويتعين الوقوف على الفصل 243 من المجلة الذي جاء ناصا على أنه يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة، ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو الإنصاف حسب طبيعته. ومن أصول التزاهة التعاقدية أن لا يغدر المتعاقد بالمتعاقد الآخر وهو ما يرتب جملة من الالتزامات، ومن ذلك خاصة عدم معارضة الموقف بتصرفات ضارة به، وتوخي الشفافية في التعامل مع هذا الأخير، وتفرض عليه أن يكون منطقيا وأن لا شيء يناقض حقيقة موقفه، والتي تجد سندا لها في قانون الشريعة العامة التونسي موضوع الفصل 547 منه.

وورد في نص الفصل ما مفاده بأن: "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح"².

وتحتّم هذه القاعدة على المتعاقد أو من يحل محله في التزاماته التعاقدية أن يذهب إلى الآخر في تمكين المتعاقد من حقوقه، وما يلفت الانتباه في هذا النص من القانون المدني التونسي أنه خرج

على الموقع الإلكتروني: <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=59495>، اطّلع عليه 2018/05/02، على الساعة 14.20 زوالا

¹ - انظر: الأمر المؤرخ في 15 ديسمبر 1906، منشور بالرائد الرسمي ملحق ع.100، بتاريخ 15 ديسمبر 1906، المتضمن مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

² - انظر: نزار كرمي، مجلة الالتزامات والعقود، مشارة بقرارات تعقيبية، جمع وتبويب، ط.1، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2018، ص.266.

عن منحى سائر النظم القانونية العربية في اعتماد النص الكامل للقاعدة الفقهية موضوع نص المادة 100 من مجلة الأحكام العدلية¹، كما أن نفس النص يفيد بجواز التناقض على سبيل الاستثناء إذا ما نص عليه صراحة القانون وكأنه يستدرك لحالات قانونية قد يبرر فيها التناقض أو يكون مشروعاً على خلاف المبدأ.

وبالتالي يعتبر القانون التونسي في طليعة النظم القانونية العربية التي عاجلت التناقض بنص مباشر، وما يمكن ملاحظته أن الفصل 547 من المجلة السالفة الذكر ورد النص عليه ليس ضمن القواعد المتعلقة بالعقود، وإنما ضمن القواعد العامة للقانون، مما يجعلها ذات طابع عام وتنطبق في جميع الميادين وليس فقط قانون العقود².

وفيما يخص القانون اللبناني فإن المادة 1106 من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر عام 1932 والمعمول به اعتباراً من 11 تشرين الأول سنة 1934، والتي نصت على الآتي: "ألغيت وتبقى ملغاة جميع أحكام المجلة وغيرها من النصوص الإشتراعية التي تخالف الموجبات والعقود أو لا تتفق مع أحكامه، فهذه المادة الفريدة واضحة في إحالتها على مجلة الأحكام العدلية، والتي تعد جزءاً لا يتجزأ من القانون الوضعي في المسائل التي لا تتعارض مع ما يتضمنه القانون المدني اللبناني، وتفيد ضمناً إحالة إلى المادة 100 منها، والمتوافقة إلى حد بعيد وملفت مع مضمون الإستويل، ويرتب هذا الواقع عن اعتراف لا لبس فيه بالقاعدة المذكورة³. حيث نجد الفكرة نفسها مطروحة في القضيتين، وهي أنه لا يمكن للمرء طرح حالة ما مجدداً للبحث إن كان هو السبب وراء إنشائها،

¹-انظر:

- M.BOUZGHIBA, les origines doctrinales du code des obligations et des contrats(en arabe), in livre du centenaire du code des obligations et du contrats, 1906, CPU, 2006, p.39. L'auteur recense les articles d'inspiration religieuse et qui sont repris du code ottoman.

²-انظر:

Ali. ZARROUK, L'implicite et le contenu contractuel, Etude de droit comparé: Droit français et droit tunisien, L'Harmattan, Paris, France, 2012, p.324:

« L'article 547 est cité non parmi les règles relatives au contrat mais parmi celle érigées en règles générales de droit pour lesquelles le paragraphe 2 du chapitre 2 du titre VIII du code a été réservé, il s'ensuit qu'en droit tunisien, l'interdiction de se contredire au détriment préconisé par l'article 547 bénéficie d'une portée générale et s'applique à tous les domaines et non uniquement en matière contractuelle, Paris, France, 2012, p.324

³-انظر: محمود محمود المغربي، الإستويل Estoppel في علم التحكيم، نعم... ولكن، المرجع السابق، ص. 142.

يعاقب القاضي من خلال الدفع بعدم القبول الذي يشبه الدفع في الأساس، الواجب المعنوي وهو واجب الاستقامة.

كما وقد صدر قراران عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز اللبنانية كرس فيهما الدفع بالإغلاق أو الإستوبل في الخلافات المتحركة ما بين الطوائف¹، وفيهما تم الطعن بإبطال القرارات الصادرة عن المحاكم المذهبية والمستندة على الطابع الاحتمالي لتبديل زوجين معتقداتهما الدينية، فردت الهيئة العامة هذه الطعون على أساس أنه من الصعب على محكمة مدنية الغوص في المسائل الروحانية من أجل الكشف عن قصد الغش، ما دام أن الدستور يضمن حرية المعتقد وأضافت أنه لا يسمح لطرف ما لوم الطرف الآخر، ولا سيما على وضع شارك فيه بنفسه، عندما يؤدي الغش المشترك إلى عدم اختصاص المحكمة التي فصلت في المسألة التي عقدت القران، وتأتي الاستعانة بالمادة 100 من المجلة العدلية لتعزيز خيار الزوجين المفترض أنه معيب وتشل الدعوى المقامة ضد الغش التي تعمل على حماية النظام القانوني المختص في النزاعات المتحركة².

وقد كان من غير الممكن وصف سلوك الزوجين بالغش في ظل حرية المعتقد المكرسة دستورياً ولكن لا يقل عن ذلك أن تقدم وتصدر مبدأ الإغلاق يبقى نوعاً من المبادئ التي لا تقبل النقاش³.

قد يظهر جلياً عندما يتوجه الزوجان إلى طلب الطلاق في الخارج أمام المحاكم المدنية بدلا من العودة إلى وضعهما السابق، ومن البديهي أن يرجع لاحقاً أحد الزوجين لنفي الخيار الأصلي الذي قام به آملاً أن يكسب منفعة مزدوجة، وعندئذ تساهم قاعدة عدم التناقض إضراراً بالغير في شل هذه النية السيئة وذلك في ظل غياب آلية أخرى⁴.

¹-انظر:

Ass. Plén.27 avril1972 Rev. Jud. Lib.1972 ; Ass. Plén .3 mai 1988 Rev.Jud.Lib1988 p p.9 , 982.

²-انظر: القاضي مهيب معماري، مبدأ الإغلاق في القانون اللبناني، مجلة التحكيم العالمية، ع.13، س.4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص.50.

³-انظر:

Ass. Plén. 30-04-1991 RJL1990-1991, p.87 et Ass. Plén .N :13/1972 cités par M.C.1.NAJM principes directeurs de DIP et conflits de civilisations in 288.

⁴-انظر: القاضي مهيب معماري، المرجع نفسه، ص.50.

وأيضاً نجد أن محكمة التمييز اللبنانية اعتمدت مبدأ الإغلاق في مجال التحكيم حتى قبل صدور قرار غولشاني بكثير، لرد طلبات الإبطال التي استندت إلى أسباب لم تعرض على المحكم، وهناك قراراتين مثيران للاهتمام صدرتا في عام 2001 عن الغرفة الخامسة¹ قد تجنبنا جيداً استعمال عبارة الإغلاق، فأتاراً كلا من المادة 100 من المجلة ومبدأ حسن النية، بالإضافة إلى قاعدة **non concedit² venire contra factum**.

وفي القانون العراقي كانت المادة التاسعة (الملغاة) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم 83 لسنة 1969 قد عرفت التناقض بأنه: "سبق كلام من المدعي موجب لبطلان دعواه، وواضح أنه مقتبس من المادة 1615 من المجلة، وقد ورد سابقاً في المادة الملغاة ما يلي:
أ-التناقض سبق كلام من المدعي موجب لبطلان دعواه.
ب-التناقض مانع من سماع الدعوى ولكنه يرتفع بتصديق الخصم أو بالتوفيق بين الكلامين أو بتكذيب المحكمة.

ج-ويغتفر التناقض إذا ظهرت معذرة المدعي وكان محل خفاء.
كما عالج قانون الإثبات العراقي رقم 107 في 1979 موضوع التناقض في المادة 2/64، والتي ورد فيها بأنه إذا ما ناقض المقر ما كان قد أقر به سالفاً، كان هذا التناقض مانعاً من سماع دعواه أو دفعه.

وأضافت المادة أن التناقض يرتفع بقرار من المحكمة أو بتصديق الخصم أو بالتوفيق بين الإقرارين ويغتفر التناقض إذا ظهر عذر للمقر كان محل خفاء³.

كما تنفرد السودان بالأخذ بالقاعدة كما هي معروفة في النظام الأنجلوسكسوني، وكانت قبل استقلالها تأخذ بقواعد الإثبات الإنجليزي والهندي، وظل القضاء السوداني يطبق تلك القاعدة مهتدياً بما توصل إليه القضاء الإنجليزي فيما يعرف بالسوابق القضائية الإنجليزية، واستمر في تطبيق نفس المنهج حتى بعد صدور قانون الإثبات السوداني لسنة 1983 وكذلك لسنة 1994، ويعتمد القضاء السوداني على موروثة قديم أساسه القانون الإنجليزي وقواعد أصولية في الفقه الإسلامي.

¹-انظر:

Cass.5 eme ch.20-10-2001,n.141 et142, Rev. Lib, n.21 et 11-09-2005 Id.433, p.62.

²- انظر: القاضي مهيب معماري، المرجع السابق، ص.50.

³-انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.154.

وتعتبر المادة (9) من قانون الإثبات السوداني لسنة 1994 البينة التي يقدمها أحد بإقراره الصحيح أو بمسند أو بحكم قضائي تعتبر بينة مردودة، وتعرف هذه القاعدة بقاعدة عدم جواز النكران أو الحجية (الإستوبل) أو قاعدة الإغلاق¹، ويعرفها الفقيه كريشنا بالقول بأنها قاعدة يمتنع بموجبها على خصم بسبب وقائع سابقة كان الخصم طرفا فيها الإدعاء بواقعة أو التنصل منها، فهي قاعدة استبعادية تجعل إثبات واقعة منتجة أمرا غير جائز².

وقد استمرت المحاكم السودانية في تطبيق هذه القاعدة، فذكر عبد الوهاب المبارك في سابقة الشيخ أحمد عبد المطلب ضد حامد قمر الأنبياء³ أنه:

" لا يحق للمدعى عليه بحكم أنه استأجر العقار محل النزاع من المدعي الأول، أن ينكر أو يطعن في ملكية المدعي الأول لذلك العقار، وأصبح ممنوعا من أن ينكر ملكية المدعي الأول، وذلك استنادا إلى واحدة من أهم تطبيقات الإستوبل بمقتضى الاتفاق (Estoppel by agreement).

كذلك عرف القضاء السوداني قاعدة إغلاق الحجة الإنصافي، وقد وصفت محكمة الاستئناف السودانية هذه القاعدة، بأنها قاعدة تفرضها العدالة الوجدانية على الشخص الصادر عنه من المزاعم الكاذبة أو الكتمان، لما يعلم من وقائع جوهرية اعتمد عليها الغير وتصرف بموجبها.

وهو ما يؤكد أن الوضع الذي تقتضي معه العدالة المطلقة يوجب على الشخص قانونا ألا ينكر أو ينقض ما صدر منه من قول أو فعل اعتمد عليه الغير وتصرف بناء عليه، فكان من جراء ذلك ألحق به ضررا ظاهرا تستوجب العدالة إنهاء التزام موجود أو تعديله⁴.

هذا عن قاعدة الإستوبل بمقتضى السلوك أو الفعل، أما عن منع التناقض بموجب حكم قضائي والذي بمقتضاه يمنع على الشخص إنكار أي واقعة ثابتة بمقتضى حكم قضائي.

وهذه القاعدة أرساها القضاء السوداني قبل صدور قانون الإثبات لسنة 1983، وذلك بموجب مقتضيات المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1974 التي نصت على أنه لا يجوز

¹-انظر: أماني مرسي صالح سراج، البينة المردودة بين القانون والشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، 2005، ص.45.

²-انظر:

-Krishna VASDEV, the Law of evidence in the Sudan, op.cit , P.220.

³- انظر:

مجلة الأحكام القضائية السودانية ، لسنة 1989، ص.252. أشار إليها ، أحمد عوض الجيد العجب فضل المولى، المرجع السابق، ص.29.

⁴- انظر : قضية الطيب الصاوي ضد حمودة الطاهر، مجلة الأحكام القضائية السودانية ، 1975، ص.355.

لأي محكمة أن تنظر في أي أمر كان موضوع خلاف جوهري ومباشر في دعوى سالفة بين نفس الأطراف، أو من يدعون نفس الحق عن طريقهم أمام أية محكمة مختصة في السودان، أو منشأة بموجب هذا القانون أو أي قانون آخر، إذا كانت تلك المحكمة قد سمعت تلك الدعوى السالفة وفصلت فيها نهائياً، وتسمى قاعدة الإستوبل بموجب الحكم قضائي في القانون السوداني بحجية الشيء المقضي فيه.

الفرع الثاني

الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي

إن الشريعة الإسلامية يمكن أن تقدم للعالم الحديث نظاماً قانونياً رائعا، وفي ذلك يقول السنهوري: "هذه الشريعة الإسلامية، ولو وطئت أكنافها، وعبدت سبلها، لكان لنا في هذا التراث الجليل، ما ينفع روح الاستقلال في فقهننا وقضائنا وتشريعنا، ثم لا شارفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد، فتضىء به جانبا من جوانب الثقافة العالمية في القانون"¹.

ولقد حرصت الشريعة الإسلامية على جلب المصالح ودرء المفسدات وقررت ضوابط دقيقة في كبح جماح التعدي على حقوق الآخرين، وأمرت بالعدل والإحسان اللذين يدرآن أية مصالح نفعية من شأنها التحلل من الالتزامات واستباحة الحقوق بالاحتياط والكسب غير المشروع، كما نهت عن الإضرار بالغير وأبدعت في نظرية التعسف في استعمال الحق وكان لها سبقاً تشريعياً لا نظير له².

وقد قام بنين الشريعة الإسلامية على إرساء دعائم الثبات والاستقرار في المعاملات من خلال التأكيد على الوفاء بالعقود والالتزام بالعهود وعدم نقضها، وقد قرر الحكم فيها الخالق عز وجل بآيات محكمات في الذكر الحكيم، وفي أمر الخالق بالوفاء بالعقود قال تعالى: ((يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود))³، وفي أن المؤمن يلتزم بعهده قوله تعالى: ((والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون))⁴، وأيضا قوله تعالى: ((وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً))⁵، وقوله عز وجل: ((فمن

¹ - انظر: مجلة القضاء العراقية، ص. 65، أشار إليها: عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 23-24.

² - انظر: رأفت محمد رشيد الميقاتي، منع التناقض إضرارا بالغير في الشريعة الإسلامية، مجلة التحكيم العالمية، ع. 5، ص. 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، كانون الثاني (يناير)، 2010، ص. 166.

³ - سورة المائدة، الآية 01.

⁴ - سورة المؤمنون، الآية 08.

⁵ - سورة الإسراء، الآية 34.

نكث فإنما ينكث على نفسه ومن أوفى بما عاهد عليه الله فسيؤتيه أجرا عظيما¹، وفي آيات أخرى متفرقة ولعل أقربها الآيتان 90 و91 من سورة النحل في قوله تعالى: «وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا إن الله يعلم ما تفعلون(91) ولا تكونوا كالتي نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا تتخذون أيمانكم دخلا بينكم أن تكون أمة هي أربي من أمة إنما يبلوكم الله به وليبين لكم يوم القيامة ما كنتم فيه تختلفون(92)»، وقوله تعالى: «(الذين يوفون بعهد الله ولا ينقضون الميثاق)²، وقوله عز وجل: «(الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون في الأرض أولئك هم الخاسرون)³، وقوله تعالى أيضا: «(..وإذا قتلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى وبعهد الله أوفوا)⁴.

ويضاف إلى الأوامر الإلهية الهدى النبوي الشريف، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق وأعظم من يقتدى به في الوفاء بالعهد، حيث أمر به وطبقه على نفسه، لقوله عليه أفضل الصلاة والسلام: "إني لا أخيس بالعهد (لا أنقض) ولا أحبس البرد.."⁵، وقد نهي الرسول صلى الله عليه وسلم عن الغش والزور والخلاية وأمر باتباع حسن النية والاستقامة، ووجه الدلالة على ذلك قوله عليه أفضل الصلاة والسلام: "من غشنا فليس منا"⁶، وقوله أيضا صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"⁷، وكذلك ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: (أن رجل ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يخذع في البيوع وهو حبان بن منقذ بن عمرو وكان قد أصابته آمة في رأسه، فكسرت لسانه ونازعت عقله، وكان لا يدع التجارة فلا يزال يغبن، فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال يا رسول الله لا أصبر عن البيع، فأذن له ولكنه أراد أن يحميه من الخداع، فقال له صلى الله عليه وسلم: "إذا بايعت فقل

¹ - سورة الفتح، الآية 10.

² - سورة الرعد، الآية 20.

³ - سورة البقرة، الآية 27.

⁴ - سورة الأنعام، الآية 151.

⁵ - صحيح أبو داود، كتاب الجهاد، باب في الإمام يستجن فيه بالعهود، الحديث رقم 2785، ج.3، ص.82.

⁶ - أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم من غشنا فليس منا، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، ج.1، بيروت، لبنان، 2000، ص.99.

⁷ - أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي باب كيف كان بدء الوحي إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، ط.1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1422 هـ/2001م، ص.06.

لاخلابة وأنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال¹، ومعنى خلابة، أي لا تحل لك خديعتي، أولاً يلزمي خديعتك².

وكعادته إن الفقه الإسلامي لم يترك صغيرة وكبيرة إلا وتناولها بالبحث التحليل، وليست قاعدة الإستوبل أو ما يعرف بقاعدة الإغلاق بعيدة عن متناوله، وللفقه الإسلامي قواعد فقهية كلية، وإذ تنطلق أغلب القواعد الفقهية من القرآن والسنة النبوية الشريفة، ولعل أبرزها القاعدة الفقهية التي تقر نفس المعنى القائلة بأن "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه"، وهي من القواعد الكلية المعتمدة في الفقه الإسلامي³، والتي قد سبقت وجود الإستوبل في القانون الإنجليزي بمئات السنين، وقد تلقفت القوانين المدنية الحديثة والفقه الغربي هذه القاعدة، فصيغت منها في القانون الإنجليزي قاعدة معروفة ومباشرة هي قاعدة الإستوبل والتي تعد الآن من الأسس الهامة التي يقوم عليها هذا التنظيم⁴، وفيما كان رجال القانون والحقوقيون في إنجلترا يتداولون وبشكل بدائي مصطلح الإستوبل، الذي سرعان ما صار يعني منع التناقض في الأقوال والتصرفات في سياق المنازعة القضائية، والذي أخذ في التطور شيئاً فشيئاً ابتداء من القرن الثالث عشر إلى اليوم، كانت القاعدة الفقهية القائلة بأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، قد أشبعت بحثاً وتطبيقاً في الفقه الإسلامي قبل ذلك بستة قرون في مختلف مجالات المعاملات المدنية، والأحوال الشخصية، والقضايا الجزائية، ووسائل الإثبات من شهادة وإقرار وبمين، وليست تلك القاعدة الوحيدة التي تعالج التناقض، وإنما لقد استعارت مجلة الأحكام العدلية الكثير من القواعد الفقهية الكلية التي تصب في نفس المعنى⁵.

وبالإضافة إلى ما تضمنته قاعدة من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه التي ورد ذكرها في المادة 100 من المجلة، هناك جملة من القواعد الفقهية الأخرى، التي تعبر عن معنى قاعدة عدم التناقض، وهو ما سوف يتم التفصيل فيه فيما يلي:

¹ - متفق عليه، رواه البخاري (2117)، ومسلم (1533).

² - شرح صحيح مسلم، النووي، ج.10، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1407هـ/ 1987م، ص.177.

³ - انظر: محمد سعيد عبد الرحمن، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات دراسة مقارنة، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص.68.

⁴ - انظر: الدويري محمد صالح علي، التناقض المانع من سماع الدعوى، وتطبيقاته في القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2016، ص.17.

⁵ - انظر: رأفت محمد رشيد الميقاتي، المرجع السابق، ص.169.

أولاً: قاعدة من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.

إنها من القواعد الفقهية التي تشكل إرثاً تشريعياً هاما ضمن ما ورد في مجلة الأحكام العدلية الصادرة في 1879 في المادة 100 منها، والتي كانت تعد القانون المدني النافذ في زمن الدولة العثمانية،

وفي تحقيق مسألة الصياغة الفنية للقاعدة فإنها ترجع إلى كل من العلامة الحنفي شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي، وقد أورد عبارته في مواضع متفرقة من كتابه النفيس "المبسوط" معللاً الحكم الشرعي في مسائل بعضها يتعلق بالشفعة، وعبارته (ومن سعى في نقض ما تم من جهته يبطل سعيه)، وبعضها يتعلق بالقسمة وعبارته (من سعى في نقض ما تم قد ظل سعيه)¹.

ثم أورد العلامة ابن نجيم هذه القاعدة في كتابه الأشباه والنظائر² بقوله من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه³، وفي رواية أخرى إن هذه القاعدة الجليلة تعود في جذورها إلى الفقيه الحنفي البارع وفر بن هديل المتوفى سنة 158 هجري، وهو أول من قال بها، وبعد أن استقر تطبيقها الفقهي، انتشرت في البلاد الإسلامية⁴، وهذه القاعدة مخرجة عن طريق الاستدلال العقلي، في جانب استحالة الجمع بين المتنافيين، سواء كانا متناقضين أو متضادين أو غير ذلك، وتجد أساسها في العديد من الشواهد القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة، وفي مطلع ذلك قوله تعالى في سورة الفتح (فمن نكث فإنما ينكث على نفسه)⁵.

وفي المدلول القانوني للقاعدة أنه إذا عمل شخص على نقض ما أجراه وتم من جهته، فلا اعتبار لعمله، فمن أبرم أمراً بإرادته واختياره ثم أراد نقض ما تم فلا يقبل ذلك منه، ويكون سعيه مردوداً عليه، لأنه والحال هذه يكون متناقضاً في سعيه بذلك مع ما كان أتمه وأبرمه، والدعوى المتناقضة لا

¹ - انظر: السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج. 14، ط. 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1409 هـ-1989 م، ص. 121.

² - انظر: زين الدين بن ابراهيم بن محمد ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، حققه زكريا عميرات، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص. 272.

³ - انظر: علي حيدر، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، ج. 1، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص. 99 و100.

⁴ - انظر:

Brownlie, Principles of public international law, Oxford UK, 1973, p.618:

« this rule an old jurist so called Sofer Hydel »

⁵ - سورة الفتح، الآية 10.

تسمع لما فيها من التعرض والمنافاة هنا بين الشيء الذي تم من قبله وبين سعيه الأخير في نقضه¹، ولا يفرق بعدها أن يكون ما تم من جهة الشخص كان قد تم من جهته حقيقة أو حكما كما لو استعان بوكيل أو صدر من مورثه، لأن الوكيل مع الموكل والمورث مع الوارث في منزلة شخص واحد، والتناقض المردود على صاحبه والذي تتناوله القاعدة الفقهية، هو ذلك التناقض المتولد في معرض خصومة قضائية، أو ما يعرف بتناقض الدعوى حيث يشترط لوجود التناقض أن يكون أمام خصم منازع، وإلا لا يعتبر متناقضا ويسمع.

وفي الجزء المترتب على التناقض فإنه يظهر من المعنى هو عدم سماع الدعوى ويفضي إلى بطلانها، فالتناقض يمنع صحتها لأن كل واحد من الكلامين ينقض الآخر، وسعي الإنسان في نقض ما تم من جهته بمنزلة التناقض، إلا إذا وافق المدعي برفع التناقض، فلو أقر أنه لا يحق له قبل فلان، ثم ادعى أنه غصبه منه، لا يصدق إلا أن يبرهن على غصبه بعد إقراره، إذ البراءة تثبت بيقين وهو الإقرار فلا يبطل حكمها إلا بيقين وهو البينة².

وقد تم النص على هذه القاعدة في المادة 76 من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، القانون المدني الموحد على أساس الفقه الإسلامي، وفقا لما أقرته اللجنة العامة لتوحيد التشريعات بجامعة الدول العربية بناء على المذكرات التأصيلية التي وضعها خبراء الأمانة العامة في الدائرة القانونية في جامعة الدول العربية بتونس عام 1984، والذي اعتمد كقانون نموذجي بمجلس وزراء العدل العرب³.

وعرف الفقهاء المسلمون التناقض بأنه اختلاف جملتين بالنفي والإثبات اختلافا يلزم منه لذاته، كون إحدهما صادقة والأخرى كاذبة، يقال تناقض الكلامان أي تدافعا كأن كل واحد نقض الآخر، وفي كلامه تناقض إذا كان بعضه يقتضي إبطال بعض، وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 1615 بأنه: "سبق كلام من المدعي مناقض لدعواه أي سبق كلام موجب لبطلان دعواه". وفي معاني هذه القاعدة يقول أحد الفقهاء أنها "أشبه بأن ترجع إلى قاعدة عدم نفاذ الإنكار بعد الإقرار، أو إلى أصالة الصحة في عمل المسلم أو مطلقا أو ما شابه ذلك من الأصول

¹ - انظر: رأفت محمد رشيد الميقاتي، المرجع السابق، ص. 171.

² - انظر: رأفت محمد رشيد الميقاتي، المرجع نفسه، ص. 171.

³ - انظر: بموجب القرار رقم 228، د. 12، بتاريخ 19/11/1996.

والقواعد، وليست هي قاعدة برأسها، فإن الواهب له أن يرجع بهبته وقد تم من جهته إلى كثير لا يحصى من أمثال ذلك"¹.

ومضمون القاعدة في الفقه الإسلامي أن كل تصرف قانوني أو فعلي صدر من شخص ذي أهلية، ويكون له أثر قانوني بأن يرتب حقاً لشخص آخر يكون ملزماً لمن صدر منه، ولا يقبل منه الرجوع عنه، ويتفرع عن هذه القاعدة عدة تطبيقات، فنجدها في البيع كما لو باع شخص مال إلى آخر وادعى أحدهما بأنه قد جرى فضولاً وهو غير لازم، فالقول قول مدعي الصحة والنفاد ولو جاء رجل وادعى بأنه باع المال بدون إذنه وأقام على ذلك البينة².

وفي التعامل في أسهم الشركات، اتفاق المساهمين على تصرف أو الامتناع عن تصرف معين صحيح مادام لا يخالف أصلاً شرعياً، وبالاستناد إلى ما تفيده القاعدة الفقهية القاضية بأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، ولذا فإنه إذا قيد المساهمون أنفسهم بعدم التصرف في أسهمهم بالبيع إلا في نهاية السنة المالية للشركة، فلا يحق لهم أن يقوموا بنقل ملكيتها قبل قفل السنة المالية³.

وفي مجال الشفعة إذا ضمن شخص الدرك لمشتري الدار، أي ضمن له عدم التعرض ثم ادعى الشفعة فيها، فإنه لا يسمع منه، بأن ضمان الدرك يتضمن تقرير سلامة المبيع له ودعواه بالشفعة فيها أو الملك فيها تنقضه، وفي مجال التركة كما لو بادر شخص إلى اقتسام التركة ثم ادعى بعد القسمة أن المقسوم ماله، فإنه لا تسمع دعواه، ذلك أن إقدامه على عملية القسمة في سلوكه السابق اعتراف أو إقرار منه بأن المال موضوع القسمة ملك مشترك بين الورثة.

ونجدها في مجال الكفالة كما لو باع رجل مالا من آخر وجاء رجل فكفله على الوجه المطلوب، فلا يقبل ادعاؤه بعد ذلك بملكية ذلك المال، لأن الكفالة لما كانت مشروطة في عقد البيع والبيع لا يتم إلا بما فادعاء الكفيل بملكته للمال نقض لما تم من جهته فهو غير مقبول.

¹ - انظر: الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج.1، المطبعة الحيديرية، النجف الأشرف، العراق، 1940، ص.61-62، أشار إليه صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.57.

² - انظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ترجمة وتحقيق فهمي الحسيني، ج.1، ط.1، دار الجليل، بيروت، لبنان، 2015، ص.100.

³ - انظر: الشيخ أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تنسيق ومراجعة وتصحيح، عبد الستار أبو غدة، ط.1، دار الغرب الإسلامي، 1983، ص.407.

كذلك في مجال الرهن كما لو رهن رجل مالا لآخر وسلمه إليه، ثم بعد ذلك أقر بأن المال المرهون هو لفلان، بإقراره هذا وإن كان غير مصدق بحق المرتهن، فهو ملزم به بعد أدائه الدين واسترداده الرهن.

وفي مجال الودائع إذا طلب شخص وديعة لو طلب شخص وديعة من المستودع، مدعياً أنه وكيل المستودع بالقبض، إذا سلمه المستودع الوديعة فليس له بعد استردادها منه بداعي أنه لم يثبت وكالته، لأن ذلك يستلزم نقض ما تم من جهته¹، كذلك لو باع الصبي المميز المحتمل البلوغ، أو اشترى واعترف بالبلوغ، ثم ادعى عدم البلوغ فلا يلتفت لادعائه وينفذ بيعه وشراؤه²، ويمكن القول بأن القاعدة سالفه الذكر هي قاعدة معتبرة في النظم العربية المتأثرة تأثراً كبيراً بالشرعية الإسلامية وصالحة للتطبيق في مختلف المعاملات لاسيما المالية وتشكل بحق ثروة تشريعية حقيقية.

ثانياً: قواعد فقهية أخرى تفيدها بامتناع الجمع بين المتناقضين.

هناك قواعد فقهية كثيرة تعبر عن فحوى ومضمون منع التناقض والتي تقضي بعدم جواز الإدعاء بما يخالف سلوكاً سابقاً أو نقض ما تم قبوله ويمكن سرد هذه القواعد فيما يلي:

1- لا حجة مع التناقض ولكن لا يحتل معه حكم حاكم:

وهي القاعدة المنصوص عليها في المادة 80 من مجلة الأحكام العدلية، ويفهم من هذه المادة أنه إذا حصل تناقض في الحجة تبطل ولكن لو حكم القاضي قبل أن يتبين بطلانها فلا يحتل الحكم³، وتعني الحجة (الشهادة) تبطل بسبب التناقض، فلا يبنى عليها حكم قضائي. ولكن إذا لحق الحجة (الشهادة) حكم قضائي قبل وقوع التناقض فلا يحتل الحكم بعد حصول التناقض، والتناقض المقصود بطبيعة الحال هو تناقض الشهادة المثبتة للدعوى، فإذا حصل ووقع التناقض في شهادة الشاهد قبل صدور الحكم امتنع القضاء بها، أما إذا ظهر التناقض في البينة بعد القضاء بها، فإن القضاء الواقع لا يبطل وهو المقصود في عبارة وإنما لا يحتل حكم الحاكم. وأيضاً لا عبرة بالتناقض في الإقرار، فلو أنكر المدعى عليه التزاماً عليه أو حقاً لآخر ثم أقر به، فإنه يلزم بإقراره، ولا يخل هذا التناقض بالإقرار⁴.

¹ - انظر: رأفت محمد رشيد الميقاتي، المرجع السابق، ص. 173.

² - انظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ص. 100.

³ - انظر: علي حيدر، المرجع نفسه، ج. 1، ص. 80.

⁴ - انظر: منير القاضي، شرح المجلة، ج. 1، ط. 1، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1949، ص. 143.

2- الاجتهاد لا ينقض بمثله:

فاجتهاد المجتهد في المسائل الظنية التي لم يرد فيها دليل قاطع لا ينقض باجتهاد مثله إجماعاً، لأنه ما من اجتهاد إلا ويجوز أن يتغير، وذلك يؤدي إلى عدم الاستقرار القضائي، والإضرار بمصالح العباد، وعليه فالاجتهاد السابق لا تنقض أحكامه السابقة بالاجتهاد اللاحق فالعمل بالاجتهاد الجديد يكون في المستقبل فيصح ما فعله بالاجتهاد الأول وتبرأ ذمته.

3- اليقين لا يزول بالشك:

وهذه القاعدة منصوص عليها في المادة 33 من المجلة، ومعناها أن ما كان ثابتاً وقوعه بدليل يقيني أو لكونه من الحقائق الثابتة عياناً لا يحكم بزواله بمجرد الشك، لأن اليقين أقوى من الشك ولا يرتفع القوي بالضعيف ولذلك قيل أن اليقين لا يزال إلا بيقين مثله¹.

4- قاعدة الساقط لا يعود:

نصت عليها المادة (51) من مجلة الأحكام العدلية، والمراد من الساقط، هنا الحكم أو التصرف، أو الحق القابل للسقوط، فإذا سقط بإسقاط المكلف أو الشارع فإنه لا يعود أي لا يرجع إلى ما كان عليه والمقصود من سقوطه هو انعدام وزوال المقتضى للحكم وقد يكون السقوط صريحاً مثل إبراء الدائن لمدينه صراحة، كما قد يكون الإسقاط بالدلالة وذلك كما لو باع الموصي ما أوصى به².

وقال شارح المجلة فيها علي حيدر وتعني إذ أسقط شخص حق من الحقوق التي يجوز له إسقاطها يسقط ذلك الحق وبعد إسقاطه لا يعود، ومعنى ذلك أنه يكون متناقضاً مع نفسه، فعند إسقاط شخص ديناً له على شخص آخر، فإنه لو أراد أن يرجع في قوله ويطالب بدينه لم يجز له ذلك³.

5- الأصل بقاء ما كان على ما كان:

وقد ورد النص عليها في المادة (4) من مجلة الأحكام العدلية، ويقصد بذلك أن ما ثبت على حال من الزمن الماضي ثبوتاً أو نفيًا يبقى على حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليل آخر على خلافه.

¹ - انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.63.

² - انظر: يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، الفصل في القواعد الفقهية، ط.2، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2011، ص.539،537.

³ - انظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ص.54.

ومعنى هذه القاعدة أنه إذا جهل في وقت الخصومة حال الشيء، وليس هناك دليل يحكم بمقتضاه وكان لذلك الشيء حال سابقة معهودة، فإن الأصل في ذلك أن يحكم ببقائه واستمراره على تلك الحالة المعهودة التي كان عليها، حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك فيصار حينئذ إليه¹.

6- الأصل في الأمور العارضة العدم:

وتعني القاعدة أنه في حالة قيام نزاع حول وصف من الصفات التي تلحق بالشيء المتنازع عليه، فإنه ينظر في حقيقة الشيء وقت النزاع، فلو ادعى شخص على آخر أنه عقد معه عقداً أو اتلف له مالا أو ارتكب جريمة وأنكر الآخر، فالقول للمنكر حتى يثبت المدعي هذه الأفعال، لأنها من الأمور العارضة والحالة الأصلية المتيقنة سابقا هي عدمها.

7- قاعدة المرء مؤاخذ بإقراره:

وورد النص عليا في المادة (1587) من المجلة السالفة الذكر وجاء فيها بأنه: "يلزم الرجل بإقراره بموجب المادة (79)، وعلى ذلك إذا ادعى المقر أنه أخطأ في إقراره فلا يسمع منه ذلك، ونفس الحكم ينطبق لو أنه أقر بأن لا حق له في ذمة فلان، ثم عاد وادعى أن له في ذمة فلان هذا المبلغ لا يسمع ادعائه، إلا إذا أثبت أن هذا الحق ثبت له بعد الإقرار².

المطلب الثاني

الوضع بالنسبة للنظامين القانونيين المصري و الجزائري

لا يوجد نظام أو شكل مشابه لما يعرف في النظام الإنجليزي بالإستوبل في مصر والجزائر، على الرغم من ذلك يمكن تلمس حلول ومن لو من بعيد تتفق مع ما عرفه الفقه الإسلامي والفقه الإنجليزي من تنظيمات تعالج ظاهرة التناقض الواقع إضرارا بالغير شبيهة في آثارها بالإستوبل، وهذا لا ينفي الاعتراف بالإستوبل كمصطلح في حد ذاته أقله في النظام المصري.

الفرع الأول

النظام القانوني المصري وقاعدة عدم التناقض

يتم التعرض في هذا الفرع إلى موقف المشرع والقضاء المصريين من قاعدة عدم التناقض وقبل ذلك لا بد من التطرق إلى الدراسات الفقهية المصرية التي تناولت القاعدة.

¹ - انظر: الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط.2، دار القلم، دمشق، سوريا، 1989، ص.87.

² - انظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ص.54.

أولاً: موقف الفقه المصري

تعرض بعض الفقه المصري إلى الإستوبل أو قاعدة عدم التناقض من خلال دراسات مقتضبة أو عرضية في بعض الأحيان خاصة في مجال القانون الدولي العام، ولقد اختلف الفقه في تعريف الإستوبل أو قاعدة عدم التناقض، وعرفها أحدهم¹ "بأنها منع الشخص من إثبات الحقيقة، إذا كان في هذا الإثبات ما يخالف موقفه أو سلوكه السابق أو يخالف قراراً قضائياً سابقاً". وعرفها آخر بأنها "قاعدة مؤداها أنه لا يقبل من الشخص قول يتنافى مع سابق سلوكه متى كان هذا السلوك دافعاً للغير إلى تغيير مركزه القانوني"².

وأطلق عليها آخر اصطلاح مبدأ المصادرة على المطلوب"، وعرفها "بأنها مبدأ أنجلوسكسوني يقرر أن من يعتمد بالقول أو الفعل إيهام شخص بتوافر وضع معين، ويدفعه إلى أن يتصرف بمقتضى هذه العقيدة، يمتنع عليه أن يدعي ضد ذلك الشخص بتوافر وضع آخر في الوقت ذاته. وإن تطبيق هذا المبدأ في الأنظمة القانونية لاسيما الأنجلوسكسونية يكون محكوماً ببعض الاعتبارات الفنية، فالمبدأ يرتكز على فكرة حسن النية وفكرة العدالة، واللذان تمنعان أحد الأطراف من أن يستفيد أو يجني ثماراً من تناقضاته وسلوكاته المتعارضة، فالهدف من القاعدة هو توفير قدر من الاتساق وعدم التناقض في مواقف الأشخاص وتصرفاتهم على أساس أنه لا يجوز الجمع بين المتناقضين"³.

بينما أطلق عليها آخر مبدأ "إغلاق الحجة"، وعرفها "بأنها تعني في القانون الدولي أن يمتنع على الدولة التي تسلك ما يحقق لها نفعاً، أن تدعي لنفسها حقوقاً تضر بدولة أخرى على نقيض ذلك السلوك، فتصرف الدولة السابق الذي يعتمد أن يوهم بعض الدول الأخرى بوجود حالة معينة، يغلق عليها أي طلب أو حجة تخالف ذلك التصرف، وهذا المبدأ يعد من القواعد الموضوعية التي تقيم الدعوى ويستند إليها الحق في نزاعات الحدود"⁴.

¹-انظر: محمد عبد الخالق عمر، عناصر الدفع بالشيء المقضي في القانون الإنجليزي، المرجع السابق، ص.99

²-انظر: فتحة قررة، أحكام الوضع الظاهر، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1986، ص.93-94

³-انظر: محمد طلعت الغنيمي، بعض الاتجاهات الحديث في القانون الدولي العام، قانون الأمم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1982، ص.398.

⁴-انظر: مفيد محمود شهاب، مصطفى سيد عبد الرحمن، الجوانب القانونية لتسوية نزاعات الحدود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص.265.

ثانياً: موقف المشرع المصري

قاعدة منع التناقض أو الإستوبل غير منصوص عليها في التشريع المصري، ولكن لا ينال من استقباله في النظام القانون المصري أنه مبدأ غير مكتوب، طالما أنه يرفع أخلاقيات التعامل ويكرس قواعد العدالة، وعلى سبيل المثال قاعدة "الغش يفسد كل شيء" تطبيقها المحاكم بمظاهرها المختلفة دون الحاجة إلى النص عليها صراحة في التقنينات القانونية¹.

والحال أنه لم يتم النص في القانون المصري بصفة صريحة على عدم التناقض، باستثناء ما ورد في النصوص القانونية الخاصة بالمحكمة الدستورية العليا بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين، صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي وآخر من جهة أخرى².

وقد ورد المصطلح أيضاً في نص المادة (6/241) من قانون المرافعات المصري³ في مسألة الطعن بالتماس إعادة النظر، إذا كان الحكم مناقضاً بعضه بعضاً كحالة من حالات هذا الطعن، كما أن هناك بعض النصوص تتضمن تطبيقات تفيد بمنع التناقض، من ذلك على سبيل المثال عدم قبول الطعن بعد التنازل عنه بالإرادة المنفردة للمتنازل المادة (211) قانون مرافعات أو بالاتفاق عملاً بمقتضى نص المادة (219) مرافعات سالف الذكر.

أيضاً قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق في المادة (44) من نفس القانون، ويمكن تفسير ذلك بأن الخصم الذي يدعي الحق كمسلك إجرائي في شكل طلب، يعد

¹ - فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن قاعدة "الغش يبطل التصرفات" هي قاعدة قانونية سليمة و لو لم يجر بها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش و الخديعة والاحتيال و عدم الانحراف عن جدادة حسن النية الواجب توافره في التعاقدات والتصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات، فإذا كان الحكم قد اعتمد على هذه القاعدة في قضائه ببطان رسو المزد فإنه لا يكون قد خالف القانون. انظر: نقض مدني، طعن رقم 345، سنة 21 ق، جلسة 1956/02/09، مكتب في 7، ج. 1، ص. 168. أشار إليه أحمد سيد أحمد محمود، الاستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص. 205.

² - انظر: المادة 25 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979، الجريدة الرسمية، ع. 36 الصادرة بتاريخ 6 سبتمبر 1979، حيث نصت في البند الثالث على اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها.

وكذلك ما أشارت إليه المادة 32 من نفس القانون بما مفاده أنه يكون لكل ذي شأن أن يطلب من المحكمة العليا الدستورية الفصل في النزاع بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين في الحالة المشار إليها في البند الثالث من المادة 25 سالف الذكر.

³ - انظر: القانون رقم 13 لسنة 1986 الصادر بتاريخ 1968/05/09 المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

متناقضا مع نفسه إذا ادعى الحيازة في نفس الوقت، لأن ادعائه بالحق، متعاصر مع الحيازة، مما يعني تنازله عن الإدعاء بالحيازة¹.

ومن التطبيقات المانعة للتناقض كذلك في قانون المرافعات المصري، عدم قبول اعتراض المدعى عليه على انقضاء الخصومة بتركها من قبل المدعي، إذا كان المدعى عليه أبدى دفعا بعدم اختصاص المحكمة أو لإحالة القضية إلى محكمة أخرى أو ببطلان صحيفة الدعوى أو غير ذلك، مما يهدف إلى منع المحكمة من المضي في سماع الدعوى، يحول دون إصدارها لحكم في الموضوع عملا بمقتضيات المادة 142 مرافعات مصري².

كما أن المادة (2/21) مرافعات مصري تشير أيضا إلى عدم جواز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها بالنظام العام، بالإضافة إلى ما يستفاد من نص المادة (79) من نفس القانون، والتي تمنع الموكل من نقض ما قرره وكيله في حضوره، بالقول بأن كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله بمثابة ما يقرره الموكل نفسه إلا إذا نفاه أثناء القضية في الجلسة.

ولقد عرف القانون المصري ضمنا عدم تناقض الدعوى على غرار نظيره الفرنسي، على الرغم من عدم تصريحه بعلاج لها من خلال نص قانوني يمنع التناقض فيها، ويستدل على ذلك من عدة نواحي:

من ناحية أن الإدعاء المتناقض يشكل وجها من وجوه التجهيل والإضطراب القانوني، وحيث أن الإدعاءات المتعارضة للمدعي أو المدعى عليه تفضي إلى تجهيل الحقوق والمراكز القانونية محلها، ويرتب تجهيلا لإرادة القانون ذاته باعتباره مصدرا لهذه الحقوق، ولذلك يتصدى لها القضاء بأن يرتب عليها الحكم بعدم قبول الدعوى³.

¹ - المادة 44 مرافعات مصري نصت على أنه: "لا يجوز أن يجمع المدعي في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة ولا يجوز أن يدفع المدعى عليه دعوى الحيازة بالاستناد إلى الحق، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه...".

² - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص. 185.

³ - حيث ينعدم اليقين القانوني وتصبح المراكز القانونية للأفراد مجهولة فهي مجرد ادعاءات أو مراكز مدعاة وليست مؤكدة، وهذا يعني عدم نفاذ القانون حيث لا يحقق وظيفته الأولى المتمثلة في تحقيق الاستقرار.

انظر لمزيد من التفصيل: وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط. 3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص. 51.

كذلك إن صدور الحكم في الدعوى يجعله يتمتع بحجية الأمر المقضي¹، والذي يحول دون أن يفصل القاضي من جديد في أي إدعاء يتناقض معه، ومن أثر ذلك أنه إذا قدم ادعاء يتناقض مع حجية الأمر المقضي² في صورة دعوى أصلية فإنه يتم بالدفع بالأمر المقضي لعدم قبول هذه الدعوى، وبالمثل إذا قدم في صورة دفع في دعوى قائمة، فإنه يرد هذا الدفع بالتمسك بحجية الشيء المقضي، والقاضي في هذه الحالة يتقيد بهذه الحجية ولا يعيد الفصل فيما سبق.

من جهة أخرى إذا كان المشرع المصري يميز تعدد الطلبات بإدراج طلبات عارضة سواء إضافية أو مقابلة، فإنه يشترط أن تكون مرتبطة بالطلب الأصلي³، تفاديا لصدور أحكام متناقضة، وهذا أمر غير مقبول، لذلك انعدام الارتباط بين الطلبات الأصلية والطلبات العارضة يؤدي إلى استحالة الجمع بينها وأيضا في حالة وجود طلبات أصلية وطلبات احتياطية، فإن الجمع بينها يمكن أن يؤدي إلى حالة التناقض، ولرفع التناقض القاضي ملزم بالفصل في الطلبات الأصلية، أما الطلبات الاحتياطية فلا يلتزم بنظرها إلا في حالة عدم إجابته للطلب الأصلي شكلا أو موضوعا⁴.

ثالثا: موقف القضاء المصري.

للمحاكم المصرية دور بالغ الأهمية في استقبال الإستوبل في القانون المصري، ولكن ذلك تم على مراحل بدءا من التطبيق الصريح للقاعدة الأصولية "كل من سعى في نقص ما تم من جهته فسعيه مردود عليه القريبة من الإستوبل في مسائل الأحوال الشرعية والشخصية، ثم التطبيق الضمني للإستوبل ووصولاً إلى التطبيق الصريح للإستوبل بصريح العبارة لأول مرة أمام المحاكم المصرية وهو ما سيتم التعرض له بالتفصيل على النحو التالي:

إنه في أحكام القضاء المصري المستندة إلى الفقه الإسلامي ما يمكن القول معها بأن النظام القضائي المصري، هو الآخر ما ينبئ عن إقرار ضمني بعدم جواز تناقض الدعوى⁵، وأن التناقض فيها مانع من سماعها وقبولها، وهذه الأحكام مستمدة من فقه الشريعة الإسلامية خاصة الفقه الحنفي.

¹ - انظر في هذا الشأن: المادة 101 من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 المقابلة لنص المادة 405 من قانون المدني المصري.

فتحني والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، مصر، 2009، ص.136.

² - انظر: المواد 101 و116 قانون مرافعات مصري

³ - انظر: المادتين 124 و125 قانون مرافعات مصري.

⁴ - انظر: رمضان ابراهيم علام، المرجع السابق، ص.119.

⁵ - انظر: رمضان ابراهيم علام، المرجع نفسه، ص.120.

وإن محكمة النقض المصرية في إحدى الملفات عرفت التناقض بالقول بأن: "من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أن التناقض الذي يمنع من سماع الدعوى، هو الذي يكون بين كلامين صدرتا من شخص واحد ويظل باقيا دون أن يوجد ما يرفعه، ويكون أحد الكلامين في مجلس القاضي والآخر خارجه، ولكن ثبت أمام القاضي ويستوي في ذلك أن يكون التناقض من المدعي أو من ينوب عنه أو من شهوده أو من المدعى عليه"¹، وقضي أيضا بأن:

"التناقض لا يمنع من سماع الدعوى إذا وجد ما يرفعه بإمكان حمل أحد الكلامين على الآخر، أو بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم، أو بقول المتناقض تركت الكلام الأول مع إمكان التوفيق بين الكلامين وحمل احدهما على الآخر، وإذ يتبين من الأوراق أنه لا تناقض في دعوى المدعية أنها متزوجة بعقد عرفي من المدعى عليه، وأنه عاشرها معاشرة الأزواج ورزقت منه بطفلة، على الرغم مما أثبتته في الشهادة الإدارية التي قدمتها مع طلب الحج من أنها لم تتزوج بعد طلاقها من زوجها الأول، فهذا القول لا ينفي لزوما أنها زوجة للمطعون عليه بعقد عرفي، وإنما ينصرف إلى نفي زواجها بوثيقة رسمية، ولما كان الأمر كذلك، فلا يكون هناك تناقض بين الكلامين يمنع من سماع الدعوى"².

وقضت المحكمة سالفة الذكر في ملف آخر بأن: "التناقض فيما هو محل خفاء ومنه النسب عفو مغتفر ولا يعتبر كذلك التناقض في دعوى الزوجية والفراش الصحيح لأنه ليس محل خفاء"³.
وقضت محكمة النقض المصرية بأن: "ما صرح به حكم محكمة أول درجة القاضي بندب خبير بصدد طلبات المطعون ضده الختامية وما قطع فيه حكم التحقيق الصادر عن هذه المحكمة من وصف العقد فإنه وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض لئن كان لكل هذين الحكمين حجية فيما فصل فيه من يوم صدوره، فهذه الحجية تمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة بادعاءات تناقض ما قضي به"⁴.

¹ - انظر: نقض مدني رقم 65 لسنة 54 ق، جلسة 1985/03/26، مكتب فيني 36، ج. 2، ص. 504.

² - انظر: نقض مدني 19 س. ق. 39 في 1973/04/25، الخامة، ع. 3 و 4، س. 58، مارس وأفريل 1978، أشار اليه أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الاجرائي، المرجع السابق، ص. 189.

³ - انظر: نقض مدني، طعن رقم 10، س 29 ق، جلسة 1962/1/17، مكتب فيني 13، ج 1، ص. 72. أشار اليه أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الاجرائي، المرجع نفسه، ص. 189.

⁴ - انظر: طعن مدني رقم 66 س. 50 ق، جلسة 1984/2/9، مكتب فيني 35، ج 1، ص. 446. أشار اليه أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الاجرائي، المرجع نفسه، ص. 190.

يضاف إلى ما تقدم أن قاعدة من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه طبقت باطراد من جانب المحاكم المصرية العادية أو الإدارية وفيما يلي استعراض لبعض الأحكام المستندة على هذه القاعدة تحديداً:

قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لا يجوز للمستأنف (الطاعن) أن يدعي الملك بوضع اليد بعد أن أقر لغاية وقت تحرير عقد البيع بأن عقده يخفي رهناً، وبالتالي بأنه مرتقم وليس مالك إذ أن كل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه وبديهي أن من شرائط وضع اليد المكسب للملكية أن يكون الحائز واضعاً يده بصفة مالك أما إذا كان واضعاً يده بسبب آخر غير الملك فإنه لا يكتسب الملكية وإن طال الزمن"¹.

كما قضي بتاريخ 2007/3/13 في القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية في قضية تحكيم بأنه من: "المقرر أنه ولئن كان الأصل أنه متى حاز الحكم حجية الأمر المقضي فإن مناط التمسك به في المنع من العودة إلى مناقشة المسألة التي فصل فيها بأية دعوى تالية يثار فيها ذات النزاع هو تقديم صورة رسمية من الحكم الصادر فيها والتمسك بآثره فور صدوره، فإذا استطال تمسك الخصم به في دعوى مقامة بالفعل إلى أمد ينبئ عن تنازله عن الحق الثابت به فإنه يتعين عدم الاعتداد بآثره على المراكز القانونية التي استقرت لخصمه في تاريخ لاحق على صدور هذا الحكم الذي ساهم بفعله في تحقيقها اتساقاً مع القاعدة الأصولية التي تقضي بأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه. وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن أحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء تحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية طالما بقي الحكم قائماً، وكان قضاء محكمة النقض يجوز هذه الحجية في حدود المسألة التي تناولها ويمتنع على المحكمة المحال إليها عند إعادة نظر الدعوى المساس بهذه الحجية ويتعين عليها أن يقتصر نظرها على موضوع الدعوى في نطاق المسألة التي أشار إليها الحكم الناقض، كما يمتنع على الخصوم أن يعودوا إلى المناقشة في شأنها من جديد، وأنه متى فصل الحكم في مسألة كلية شاملة امتنع النظر في مسألة فرعية متفرعة عنها"².

¹ - انظر: نقض مدني، طعن قم 171، س. 20 ق، جلسة 1952/4/17، مكتب في 3، ج 2، ص. 944. أشار إليه أحمد سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص. 191.

² - انظر: نقض مدني غير منشور، طعن 76، لسنة 73 ق، تاريخ الجلسة 2007-03-13، مكتب في 58، ق 45، ص 261.

وفي قانون المرافعات عرف القضاء المصري عدة تطبيقات ضمنية للمبدأ المانع للتناقض ومن ذلك عدم قبول الطعن في الحكم المبني على اليمين الحاسمة لخطأ في إجراءات اليمين ذاتها، و قد فصلت في ذلك محكمة النقض المصرية بالقول: "ولئن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكم الصادر بناء على اليمين الحاسمة له قوة الشيء المقضي فيه، ولا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام، إلا أن شرط ذلك ألا يكون الطعن مبنيا على مدى جواز اليمين أو تعلقها بالدعوى أو بطلان في الإجراءات الخاصة بتوجيهها أو تحليفها، فإن بني الطعن على أي من هذه الوجوه كان جائزا، وكان من الثابت أن مبنى الطعن المائل هو المنازعة بشأن مدى جواز توجيه اليمين الحاسمة، المبدأ كطلب احتياطي، قبل استنفاد الرد على الطلبات الأصلية في الدعوى، مما يكون معه الطعن على الحكم جائزا ويضحى الدفع على غير تأسيس"¹.

كما يستتج المبدأ المانع للتناقض أمام محكمة النقض المصرية من خلال عدم قبول طعن المحكوم عليه بعد قبول الحكم سواء صراحة أو ضمنا ويشترط للقبول المانع من الطعن في الحكم وعلى ما جرى به قضاء النقض المصري، أن يكون قاطع الدلالة على رضا المحكوم عليه بالحكم وتركه الحق في الطعن فيه فتنفيذ المحكوم عليه حكما واجب التنفيذ لا يدل على ترك الحق في الطعن فيه².

وفي قرار محكمة النقض المصرية يستتج منه تطبيقا ضمنيا للإستوبل جاء بالاستناد إلى المادة 145 من قانون المرافعات، يقضي بأن التزول عن الحكم يستتبع بقوة القانون التزول عن الحق الثابت به على أنه يدل على أنه يترتب على نزول المستأنف ضده عن الحكم المستأنف أن يصبح الحكم المطعون فيه غير قائم فتقضي الخصومة في الاستئناف بقوة القانون بما يمنع المتنازل عن أن يجد السير في هذه الخصومة أو أن يعاود المطالبة بالحق الثابت بالحكم الذي تنازل عنه ولو بدعوى جديدة فإن فعل كل لخصمه أن يدفع بعدم جواز تجديد المطالبة بالحق الذي تم التنازل عنه وهو دفع متعلق بالنظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها"³.

¹ - انظر: نقض مدني، طعن رقم 1979، لسنة 71 ق صادر بتاريخ 2002/6/12، مكتب في 53، ج.2، ص.781. أشار إليه أحمد سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص.194.

² - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل في القانون الإجرائي، المرجع نفسه، ص.194-195.

³ - انظر: النقض المدني، الطعن رقم 611، سنة 63 قضائية، صادر بتاريخ 3-3-1997، مكتب في 48، ج.1، ص.418.

وفي مجال التحكيم أكدت محكمة استئناف القاهرة المختصة بنظر دعاوى بطلان التحكيم في عدة مناسبات على الإستوبل أو منع التناقض كمبدأ من المبادئ القانونية العامة والتي تحكم التجارة الدولية والتحكيم ومن تطبيقات مبدأ الإستوبل هذا، في نطاق ناحيته الإجرائية، فإنه لا يجوز لمتقاض أن يتدرع للطعن في حكم التحكيم بعكس ما كان أدلى به أو قبله خلال سير إجراءات التحكيم، ومن ذلك أيضا أنه لا يجوز للطرف في التحكيم أن يتمسك أو يشكو أمام محكمة البطلان-توصلا إلى القضاء ببطلان حكم التحكيم -بعبوب تتعلق باتفاق التحكيم أو بالإجراءات التحكيمية ناتجة عن أفعاله هو¹.

كما أن محكمة استئناف القاهرة في قرار آخر لها أقرت مبدأ منع التناقض أو الاتساق في مجال تفسير نصوص قانون التحكيم حيث قضت بأن مبدأ عدم التناقض أو التجانس هذا معروف في القوانين التي تتبع للنظام القانوني الأنجلوسكسوني وهو معمول به بصورة واضحة في نطاق التحكيم على المستوى الدولي أيا كان النظام القانوني المتبع في شأن التحكيم موضوع النزاع².

إلا أن أول قرار يشير صراحة إلى الإستوبل دون ترجمة كان بتاريخ 5 فبراير 2013، صدر عن محكمة استئناف القاهرة الدائرة التجارية ولم يقتصر على الإشارة إلى المصطلح بل عرف الإستوبل، حيث قضى في قضية تتلخص وقائعها في أنه وبسبب توقف مجموعة شركات مساهمة أسسها الدكتور /أ.ب مع آخرين(18 شركة) عن دفع ديون قروض ائتمانية مستحقة لبنوك دائنة، حرر بتاريخ 2004/11/22 اتفاق يتضمن تسوية ديون ومشاركة، بموجبه صارت البنوك الدائنة شريكا مؤقتا في شركات الدكتور/أ.ب، بتحويل ديون القروض وفوائدها إلى أسهم لحين الوفاء بتلك الديون وتضمن هذا الاتفاق شرطا تحكيميا.

وبتاريخ 2007/01/15 وقع الطرفان (الدكتور /أ.ب والبنوك الدائنة) عقدا ملحقا للتسوية المتقدم ذكرها يتضمن حق كل من أطراف العقد حال تقدم مستثمرين بعروض نقدية لشراء الأصول العقارية لشركات الدكتور/أ.ب، التقدم بذلك العرض وبالسعر المحدد إلى باقي الأطراف للموافقة عليه خلال 3 أشهر من الإخطار بالعرض وإلا اعتبر العرض مقبولا، وفعلا

¹-انظر: محكمة استئناف القاهرة، الدائرة رقم 7 تجارية، الدعوى رقم 57 لسنة 128 قضائية، لعام 2012. متاح على شبكة المعلومات العالمية

اطلع عليه 2019/01/02، على الساعة 12.00، على الموقع الإلكتروني: <http://www.aifca.com/2018/02/17>

²-انظر: محكمة استئناف القاهرة، الطعن رقم 38، لسنة 126 ق، تاريخ الجلسة 8-06-2010. أشار إليه أحمد سيد أحمد محمود، المرجع

السابق، ص.197.

تقدمت إحدى الشركات بعرض ولم يعترض أحد واعتبر العرض ملزماً لهم، غير أن الدكتور وبصفته وكيلًا عن أولاده، والممثل القانوني لشركاته (18 شركة) لجأ إلى التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ضد البنوك الدائنة، وطالب ببطالان عرض الشراء وبطالان العقد، فصلت فيها هيئة التحكيم برفض طلب المحتكم¹.

وبناء عليه أقيمت دعوى أمام الدائرة التجارية بمحكمة استئناف القاهرة أربع دعاوى بطلان حكم التحكيم ووقف تنفيذه من الدكتور/أ.ب ممثلاً عن أولاده وسبعة من شركائه وأيضاً مجموعة الشركات العقارية في مجموعة شركات الدكتور/أ.ب وفي نعيمهم على حكم التحكيم اتفقوا على عدم صحة تمثيلهم وأنهم لم يكونوا أطرافاً في اتفاق التسوية وأنهم غير معنيين بالتزاع التحكيمي ولا يمتد إليهم البند التحكيمي².

وبتاريخ 5 فبراير 2013³، صدر قرار محكمة استئناف القاهرة في الرد على أسباب دعوى البطلان وفيما يخص الرد على مدى امتداد شرط التحكيم إلى إحدى عشرة شركة، استندت المحكمة في مد شرط التحكيم إلى معيار المشروع الاقتصادي الواحد وإلى نظرية الوضع الظاهر والتنازل الضمني السكوت واستندت المحكمة أيضاً بصفة احتياطية إلى مبدأ حسن النية ومبدأ الإستوبل بقولها:

"وفي مجال الائتمان، يظهر بوضوح أنه ينبغي ألا ينظر إلى مبدأ حسن النية على أنه مجرد تكليف أخلاقي سلوكي فحسب، وإنما يعد التزاماً وتعهداً قانونياً ولو بصفة احتياطية لا يجوز الإخلال به، هذا الإخلال إن ثبت يجب أن لا يفيد منه فاعله بل يتعين أن يرد عليه قصده، وهذه المصلحة اجتماعية لها وزنها بالنظر إلى الآثار التي تحدثها في محيط العلاقات القانونية خاصة تلك القائمة على الثقة"، وأضافت:

"في التحكيم وتحت ظل مبدأ حسن النية المهيمن على الوسط التجاري تم إبراز وتكريس ما يعرف بقاعدة الإستوبل والمعروفة في اللغة القانونية العربية بقاعدة عدم التناقض إضراراً بالغير، وبمقتضاها يمكن إحباط مسعى الخصم من الاستفادة من أقواله وسلوكياته ومواقفه القانونية

¹ - انظر: ملف رقم 757 لسنة 2011 مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

² - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص. 198.

³ - انظر: القرار في الدعاوى أرقام 45، 44، 41، 35 لسنة 129 قضائية تحكيم تجاري، القاهرة، الدائرة السابعة التجارية، جلسة 5 فبراير

2013. قرار غير منشور أشار إليه أحمد سيد أحمد محمود، المرجع نفسه، ص. 197-200.

المتناقضة للحصول على منافع على حساب خصمه، هذه القاعدة مع اختلاف مسمياتها حسب النظام القانوني المعمول به صارت مطبقة بشكل صريح ومباشر، بل غدت أمرا مقتضيا بحسبانها من المبادئ القانونية المبدئية التي لا يجوز إغفالها أو إنكارها وإلا اعتبر ذلك، وفي محصلته النهائية هدمًا لقيم العدالة ذاتها والتي تنحاز إليها كل جماعة ولا تفرط فيها.

ومن تطبيقات مبدأ الإستوبل أنه لا يجوز لمتقاض أن يتذرع للطعن في حكم التحكيم بعكس ما كان قد أدلى به أو قبله خلال سير إجراءات التحكيم، ومن ذلك أيضا أنه لا يجوز للطرف في التحكيم أن يتمسك أو يشكو أمام محكمة البطلان، توصلا إلى القضاء ببطلان حكم التحكيم، بعيوب تتعلق باتفاق التحكيم أو بالإجراءات التحكيمية ناتجة عن أفعاله، من ذلك ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها الحديثة¹ بأنه:

" من المستقر عليه أنه ليس للمخطئ أن يلقي بتبعة خطئه، غشا كان أو تقصيرا، على سواه أو أن يستفيد من خطئه في مواجهة غيره، ولو كان هذا الغير بدوره مخطئا. وحيث الطرف الذي يتسبب بفعله في حدوث مخالفة لاتفاق التحكيم أو لقانون التحكيم أو لأي قانون آخر لا يسعه بعد أن تعامل معه الطرف الآخر اعتمادا على صحة ما بدر منه أن ينقض ما تم لديه، تطبيقا للقاعدة العالمية المستمدة من القانون الروماني **non-concedit venire contra factum proprium** أي منع التناقض اضرارًا بالغير، وهو ما بات معروفا بقاعدة "من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه" أو الإستوبل **Estoppel**.

وعلى الرغم من غياب نص تشريعي صريح يقرر هذه القاعدة، إلا أنه يجوز للقاضي تطبيقا للمادة 1(ف2) من القانون المدني، ولتطبيق هذه القاعدة يجب تحقق شرطين:

الأول: أن يصدر عن طرف قول أو فعل أو امتناع يتعارض وسلوك سابق لذات الطرف.
الثاني: أن يكون من شأن ذلك التعارض إلحاق الضرر بالطرف الآخر الذي تعامل مع الطرف الأول اعتمادا على صحة ما صدر عنه من سلوك سابق، وباعتبار أن قاعدة منع التعارض إضرارا بالغير " قاعدة عامة، فإن نطاق تطبيقها ليس مقصورا على مجال التحكيم، بل يمكن أن يمتد لسائر

¹-انظر: الطعن رقم 18309 لسنة 89 قضائية الصادر بجلسته 27/10/2020 منشور على موقع محكمة النقض المصرية الإلكتروني:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111398913&&ja=276019، اطلع عليه بتاريخ: 2020/11/30

على الساعة 16.00 (ملحق رقم 4)

المعاملات الأخرى، وللقاضي سلطة تقدير مدى توافر موجبات إعمال هذه القاعدة طبقاً لظروف كل دعوى بحسب الأحوال".

الفرع الثاني

النظام القانوني الجزائري وقاعدة عدم التناقض

إن موقف المشرع القانون الجزائري من الإستوبل أو المبدأ المانع يماثل المشرع المصري في أنه لم يورد نصاً يقرر المبدأ صراحة، وقد تسنى لنا الإجابة عن السؤال فيما إذا كان سكوت المشرع المصري تجاه هذا المبدأ يعني عدم قبوله أم لا في القانون المصري، وتبين لنا أن القضاء المصري بات على قناعة بضرورة القول بوجوده فهل يمكن أن نصل إلى نفس الإجابة في القانون الجزائري أم أن الأمر يختلف؟

موقف المشرع الجزائري يقترب كثيراً من موقف المشرعين الفرنسي والمصري حيث أنه يحتوي بالأساس القواعد التقليدية المعروفة في القانون الفرنسي، نحاول فيما يلي أن نستعرض موقف المشرع الجزائري وما إذا كان على غرار المشرع الفرنسي تبني ولو ضمناً الإستوبل رغم عدم النص عليه صراحة من خلال استخلاص وجوده في ثنايا النصوص القانونية.

ولكن ما يلاحظ أنه ليس من الضروري ورود المبادئ القانونية ضمن القواعد القانونية التشريعية، فقد يحصل أن يوجد مبدأ ولم ينص عليه صراحة، أي أن عدم ورود النص عليه لا يسد باب البحث والتقصي حول وجوده.

وإذا كان للقضاء الفرنسي دور في التمهيد لاستقبال المبدأ في النظام القانوني الفرنسي، فمن الصعب التنبؤ بدور مماثل للقضاء الجزائري على الأقل في الوقت الراهن، ويصعب من البحث في هاته المسألة صعوبة الوصول إلى اجتهادات قضائية ذات الصلة بالموضوع، ولما كان الفقه الجزائري لم يتعرض إلى مسألة مدى إمكانية استقبال المبدأ المانع أو الإستوبل في الجزائر فتقتصر الدراسة على توضيح هذا الفرضية وفقاً للقواعد العامة.

ولا تهدف الدراسة إلى إظهار الفروق بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، بقدر ما تهدف إلى دراسة تطبيقات مبدأ واحد على قانون كل من البلدين، وتختلف التطبيقات بحسب العنصر الإضافي الذي سبق التحدث عنه وبعض هذه التطبيقات توجد في قانون كل من البلدين، ولكن البعض الآخر يوجد في قانون أحدهما فقط.

ومهما يكن، فإن التشريع الوضعي الجزائري، وبقطع النظر عن الطابع الفرنسي الغالب فيه، وعن درجة تأثيره كذلك بكل من القانون المصري أو الشريعة الإسلامية، فهو من الناحية المبدئية يغطي كل مجالات القانون، وذلك لافتراض سريانه على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وفقا للمادة الأولى فقرة 1 قانون مدني¹، إلا أن ذلك من الناحية الواقعية، لافتراض أو احتمال وجود نقص فيه، فهو لا يشكل إلا أحد أهم مكونات القانون الوضعي الذي تتعدد مصادره إلى أصلية واحتياطية.

وهو الوضع الذي يسمح فيه للشريعة الإسلامية بالوقوف خلف النص تارة لتكملة نقصه، باعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا للقانون، حيث يستطيع القاضي الرجوع إلى أحكامها ومبادئها في كل مرة، وعندما لا تسعفه النصوص في إيجاد حل لتطبيقها.

ومن جهة أخرى تفرض الشريعة الإسلامية نفسها كمصدر أصلي أساسي بالنسبة لكافة موضوعات قانون الأسرة، سواء ما تعلق منها بحالة الأشخاص أو الزواج أو النسب أو الموارث وبصفة عامة، بالنسبة لكل القواعد والنصوص التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري²، كما أنها اعتبرت كذلك مصدرا ماديا للقوانين، ولم تكتسب وصف الوضعية إلا بعد أن قننت أحكامها على الطريقة الفرنسية في قانون الأسرة السالف الذكر.

أولا: التطبيقات الضمنية لمبدأ عدم التناقض في القانون المدني الجزائري

تناول القانون الجزائري العديد من التطبيقات التي تعكس في جوهرها مضمون فكرة عدم التناقض ودون الإشارة إليها بشكل صريح، وإن المتمعن في نصوص القانون المدني يكاد يجزم بوجود أحكام هذه القاعدة بين ثناياه، وربما تضمن النصيب الأكبر التطبيقات الضمنية لها باعتبارها الشريعة العامة لمختلف فروع القانون الأخرى، وعلى سبيل المثال لا الحصر نورد ما يلي:

¹ - انظر: الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، تتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج.ج، ع.78، الصادرة بتاريخ في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم.

² - انظر: قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، ع.24. مؤرخة في 12 يونيو 1984، الصفحة 910، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005 (ج.ر.ج.ج، ع.15 مؤرخة في 27 فبراير 2005)

1- عدم جواز الادعاء بنقص أهلية الأجنبي كطرف متعاقد في التصرفات المالية المنعقدة والمرتبة لآثارها في الجزائر.

الأصل أنه يسري على الأهلية قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، إلا أنه في التصرفات المالية التي تعقد بالجزائر وترتب آثارها فيها، إذا كان أحد أطراف العقد أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر كشفه، فإن الأجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الأهلية، ولا يؤثر ذلك في صحة المعاملة، وهو ما تم التنصيص عليه في المادة 10/ف.2 ق.م، وعلى ذلك لا يمكن للشخص بعد أن قام بالتصرف باعتباره كامل الأهلية أن يستغل ظرف خفاء أهليته، ويستعمله سلما لاختفاء سوء نيته و التصل من التزامه بداعي عدم كمال أهليته وفقا للقانون الوطني النافذ ومن ثم الادعاء ببطلان التصرف، حيث اعتبره المشرع الجزائري كامل الأهلية وعليه فإنه يتحمل جميع التزاماته العقدية.

2- عدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون:

إذ من أهم المبررات التي تفرض احترام المتعاقدين لالتزامهم التعاقدية ضرورة المحافظة على الاستقرار والثقة في العقود، كما يتبين من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وفقا لمقتضى المادة (106) قانون مدني، وهي أن الشخص حر في الدخول في عقد بإرادته ولكنه ليس حرا في الخروج من العقد بإرادته وحده، حيث لا يستطيع المتعاقد أن يتحلل من قيود العقد بإرادته المنفردة، كما لا يمكنه أن يدخل تعديلا على بنوده أيا كان نوعها أو أهميتها بإرادته المنفردة و يسري هذا الحظر في حق القاضي كذلك. ويتم نقض العقد عن طريق فسخه بالاتفاق ويسمى بالتقاييل وهو عقد يتم بين المتعاقدين بقصد إزالة عقدهما السابق، كذلك يعدل العقد بالاتفاق بين الطرفين، مع ذلك يسمح المشرع أحيانا لأحد المتعاقدين بنقض أو تعديل العقد دون رضاء المتعاقد معه في العديد من النصوص القانونية ويمكن ردها إلى أربعة أمور¹:

أ- تحريم الالتزام مدى الحياة:

ذلك أن المبدأ في العقود المحددة المدة أنها قابلة للإلغاء بالإرادة المنفردة وهذا المبدأ وإن لم يشر إليه صراحة المشرع الجزائري إلا أنه يمكن استنتاجه من النصوص القانونية، مثل نص المادة (440) قانون مدني: " تنتهي الشركة بانسحاب احد الشركاء— إذا كانت مدتها غير

¹-انظر: علي فيلاي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.362.

محدودة..."، والمادة (546) قانون مدني بخصوص عقد العارية ونصت على أنه: "...فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية جاز للمعير أن يطلب إنهاؤها في أي وقت..."

ب- انعدام الثقة

في بعض العقود التي تقوم على الثقة فإن انعدمت فإنه لا يكون من الممكن استمرار العقد، وهذا هو الحال مثلا في عقد الوكالة حيث سكون شخص الوكيل محل اعتبار، ونصت المادة (587) من القانون المدني على أنه: "8 يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك..."، إذ أن حق العزل من مستلزمات الوكالة ولا يجوز اشتراط عدم العزل.

ج- تدخل القاضي في العقد بسبب تهديد مصالح المتعاقد

قد يهدد العقد مصالح المتعاقد بأن يلحق به خسارة فادحة مما يستدعي تدخل القاضي لتعديله أو نقضه دون اتفاق الطرفين، من ذلك ما تسمح به المادة (110) من القانون المدني للقاضي بتعديل عقد الإذعان الذي يتضمن شروطا تعسفية بنصها على: ". أن يعدل هذه الشروط أو أن بعفي الطرف المدعن منها..."، وأيضا ما تقضي به المادة (184) من القانون المدني في الفقرة الثانية منها بأن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا، وأيضا ما نصت عليه المادة (281) قانون مدني من أنه يجوز للقاضي بالنظر إلى مركز المدين ومراعاة لحالة العسر المؤقتة (الحالة الاقتصادية) أن يمنحه أجلا ملائما دون أن يتجاوز مدة سنة.

وكذلك ما قد يهدد مصالح المتعاقد بسبب امتناع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزاماته أو تنفيذها بشكل سيء حيث تقضي المادة (119) من القانون المدني على أنه في العقود الملومة لجانين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه¹.

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة (441) من نفس القانون من جواز حل الشركة بحكم قضائي بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأي سبب آخر.

¹-انظر: الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

د- اتفاق المتعاقدين

كأن يتفق المتعاقدان في العقد على أنه يجوز لكل منهما إنهاء العقد بإرادته المنفردة كما في مثال المؤجر والمستأجر في عقد إيجار محل تجاري وذلك بتحديد مدة الإيجار بثلاث سنوات قابلة للتجديد ما لم يرغب أحدهما في إنهاء العقد¹.

3- عدم جواز الرجوع في الإيجاب المقترن بمدة محددة إلى غاية انتهاء الأجل

الأصل أن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام لم يقترن به القبول، فإذا اقترن الإيجاب بأجل محدد التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذه المدة، وهو ما يقرره صراحة نص المادة (63) ق.م. 2، فإن عدل قبلها عد متعسفا وتنهض مسؤوليته المدنية³، والتزام الموجب بالبقاء على إيجابه في هذه الحالة التزم مصدره الإرادة المنفردة، وتحديد أجل للقبول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا وقد يستخلص أجل القبول من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة، فإذا عدل الموجب عن إيجابه قبل انقضاء الأجل فلا يكون لعدوله أي أثر قانوني على انعقاد العقد في حالة القبول⁴.

ويعتبر عرض التاجر لبضاعته في المتجر والإعلان عنها مع بيان ثمنها إيجابا موجها إلى الجمهور، وهذا الإيجاب يظل قائما وصالحا لأن يقترن به قبول شخص من الجمهور ما دام التاجر لم يرجع عن إيجابه بسحب البضاعة من واجهة المحل أو يرفع الثمن المبين عليها، والعقد إذا تم فإنه ينصب على السلعة المعروضة في واجهة المتجر بالذات، والبائع يكون ملزما ببيع البضاعة أو السلعة المعروضة لأي شخص يتقدم للشراء في حدود الكمية المتوفرة لديه منها⁵.

¹-انظر: علي فيلاي، المرجع السابق، ص.363.

²-تنص المادة 63 ق.م. على أنه "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة التعامل".

³- وإن عدول الموجب عن إيجابه خلال المدة التي كان من المفروض أن يلتزم بالابقاء عليه خلالها، وإن كان يعد خطأ، فهو لا يترتب إلا مسؤولية الموجب التقصيرية، ويلزمه بالتعويض وفقا لقواعد هذه المسؤولية، وليس على أساس قواعد المسؤولية العقدية، وهو ما أصبحت تقره المادة 1116 صراحة من قانون العقود الفرنسي بموجب التعديل الجديد لسنة 2016، و تقضي الفقرة الثانية من هذه المادة بأن الرجوع عن الإيجاب بالمخالفة لقواعد الخطر الواردة بالفقرة الأولى من ذات المادة يحول دون انعقاد العقد.

وتضيف الفقرة الثالثة من المادة المذكورة أن هذا الرجوع لا يترتب عليه لا المسؤولية غير التعاقدية لمن صدر عنه الإيجاب وفقا للقواعد العامة، ودون إلزامه بتعويض خسارة المزايا المنتظرة من العقد.

⁴-انظر: علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص.40.

⁵- انظر: علي فيلاي، الالتزامات، المرجع نفسه، ص.106.

4- السكوت الملايس

إذا سكت من وجه إليه الإيجاب، ولم يقم بأي عمل إيجابي يمكن أن يستخلص منه قبول أو رفض، فالأصل أن السكوت المجرد لا يتضمن أي دلالة على القبول، مع ذلك يعتبر السكوت في الرد قبولاً إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب موجهاً لمصلحة من وجه إليه المادة (68) ق.م.

إلا أنه ليس هناك ما يمنع بطبيعة الحال أن يخرج نص القانون أو الاتفاق عن هذا الأصل ويعطي لهذا السكوت دلالة القبول، ومن هذا ما نصت عليه المادة (355) ق.م في شأن البيع بشرط التجربة بنصها على أنه في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع، اعتبر سكوته قبولاً ولا يجوز له ادعاء العكس¹.

5- عدم جواز العدول عن الوعد

وتأتي أحكام الوعد بالتعاقد في القانون المدني كتطبيق آخر لقاعدة عدم التناقض وهي تقابل قاعدة عدم التناقض المترتبة على الوعد المادة (72) لنفس القانون، بالقول أنه إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد، فبموجب هذه المادة يمنع الواعد من الرجوع عن وعده الذي قطعه، لأنه يصبح من غير العدل السماح له بالرجوع عن الوعد.

6- عدم جواز الرجوع في الإقرار:

عد الإقرار من أقوى وسائل الإثبات، فهو يتصل بالحقيقة الواقعية لأنه إخبار عن هذه الحقيقة من نفس فاعلها، وعليه فالصدق فيه مؤكد²، ويكون بذاته حجة على المقر، ولا يكون الخصم الآخر مطالباً بتقديم دليل آخر ويتعين على القاضي الحكم بمقتضى هذا الإقرار من تلقاء نفسه³.

¹-انظر: حوحو يمينه، عقد البيع في القانون الجزائري، ط.1، دار بلقيس للنشر - الدار البيضاء، الجزائر، 2015، ص.48.

²-انظر: عبد المنعم عبد الوهاب، يمين عدم الكذب في الإقرار في التشريع العراقي، مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، ع.4، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، لبنان، جوان، 2016، ص.11.

³- انظر: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحدث التعديلات ومزيدة بأحكام القضاء، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص.249.

والإقرار إما أن يصدر عن الشخص في مجلس القضاء أو خارجه، ولكن في غير الدعوى موضوع النزاع وهذا هو الإقرار غير القضائي، وإما أن يصدر من الخصم أمام المحكمة المختصة وفي ذات الدعوى موضوع النزاع، وهذا هو الإقرار القضائي الذي يعد حجة قاطعة على المقر ويكون ملزماً له، والذي نظم المشرع الجزائري أحكامه باعتباره وسيلة من وسائل الإثبات¹.

ولا يصح الرجوع عن الإقرار، فمتى صدر في مجلس القضاء مستوفياً لشروطه التزم به المقر لتعلقه بحق الغير (المقر له)، وبالتالي لا يجوز للمقر الرجوع أو العدول عنه أو التغيير في دلالته، فإذا هو رجع عن إقراره يكون قد ناقض قوله والتناقض لا يعتبر ولا يؤخذ به، ذلك أن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، ولم ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على عدم جواز الرجوع في الإقرار، ولكن هذا مستمد من طبيعة الإقرار باعتباره اعتراف بواقعة أو إخبار بحقيقة قد وقعت، وعليه متى صدر الإقرار من الشخص أمام القضاء، وأثناء سير الدعوى وكان الإقرار مستوفياً لشروط حجتيه يبقى حكمه نافذاً ولا يسوغ له أن يرجع عنه، لأن هذا الرجوع لا يقبل منه ولا يكون له أثر، وليس ذلك بالنسبة له فقط، ولكن يسري مفعوله على ورثته، ولا يجوز الرجوع في الإقرار حتى ولو لم يكن الخصم عالماً به، ويطلق الفقه الإنجليزي على هذه القاعدة الإستوبل التي تمنع الشخص من إثبات الحقيقة إذا كان في هذا الإثبات ما يخالف إقراره السابق.

ولكن هذا لا يمنع من وجود حالات استثنائية²، يكون للمقر إمكانية أن يطعن في إقراره بأنه صوري تواطأً عليه مع خصمه، أو أنه وقع نتيجة عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه، أو أنه صدر منه وهو ناقص الأهلية، فإذا ما أثبت ذلك بالطرق الجائزة قانوناً بطل الإقرار، وحينئذ لا يعتبر رجوعاً فيه ولكن إلغاء لإقرار باطل، أما الإقرار الصحيح فلا يجوز الرجوع فيه ولا يمكن إثبات عكسه³.

وفي السياق يمنع على الشخص الذي حرر سنداً ووقعه أن ينكر الوقائع والبيانات المدرجة في السند أو أن يتنصل من توقيعه أو ينفي الوقائع الواردة فيه، وذلك ما يعبر عنه بمبدأ حجية

¹-انظر: المادة 342 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن: "الإقرار حجة قاطعة على المقر، ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى".

²-انظر: بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط.2، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص. 292.

³-انظر: صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 250.

المحركات في الإثبات والتي تقابلها قاعدة الإستوبل المترتبة على الاتفاق، وفي ذلك تنص المادة 324 مكرر 6 فقرة أولى من القانون المدني منها على أنه: "يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف وورثتهم وذوي الشأن".

7- عدم جواز الاحتجاج ببطلان الشركة في مواجهة الغير (نظرية الشركة الفعلية):

أسوة بالمشرع الفرنسي لقد اعترف المشرع الجزائري بنظرية الشركة الفعلية، وتطلق على الشركة التي لم يراع في تأسيسها القواعد التي نص عليها القانون، ومؤداها استبعاد النتائج المترتبة على الأثر الرجعي للبطلان والاعتراف بوجود الشركة الفعلية، وذلك استنادا إلى المادة (418) من ق.م التي نصت صراحة على أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد، غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير، ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان، فمن خلال النص يتضح أن المشرع الجزائري قد رتب البطلان على عدم كتابة عقد الشركة، غير أنه لم يجعل للبطلان أثر رجعي، ومن جهة أخرى منع الشركاء من التمسك بالبطلان في مواجهة الغير وإن كان أجاز لهم التمسك بالبطلان في مواجهة بعضهم البعض¹، فعدم كتابة عقد الشركة لا يعصم الشركاء من المسؤولية وعليه لا يمكن التسليم بادعاءهم ببطلان الشركة بعدما رتبت التزامات في ذمة الأطراف للتوصل من التزاماتهم القانونية والمالية في مواجهة الغير².

¹ - المشرع الجزائري في نص المادة 549 ق.تج أشار للوجود الفعلي للشركة التجارية عندما تقوم بتعهدات مع الغير قبل الانتهاء من إجراءات التأسيس، واعتبر تصرفات الشركة صحيحة وسمح لها باستكمال إجراءات التأسيس، واعتبر المشرع مباشرة الشركة لنشاطها شرطا أساسيا للاقرار بوجودها القانوني، وفي كل الأحوال تظل تصرفاتها السابقة صحيحة مرنية لآثارها ما لم يتمسك الغير بالبطلان، ولقد أخضع المشرع الشركاء للمسؤولية التضامنية عند تسديد ديونها التي نشأت في الفترة التي قامت فيها بمزاولة نشاطها قبل استكمالها لإجراءات التأسيس.

انظر: زكري إيمان، مبدأ أحسن النية في الشركات التجارية مظاهره وآثاره، مجلة المنار للبحوث و الدراسات القانونية والسياسية، ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدينة، مارس 2018، ص.13.

² - انظر: فتاحي محمد، الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع.13، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الوادي، جوان 2016، ص.100.

8- عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية:

لا يجوز إقامة دعوى الملكية¹ ودعوى الحيازة² في وقت واحد، لأن دعوى الملكية تعارض دعوى الحيازة³، وتعد هذه القاعدة من النظام العام وتلزم المحكمة والأطراف معا. ودعوى الحيازة، وتتعلق بالعقار أو حق عيني عقاري يرفعها من كان حائزا بنفسه أو بواسطة غيره و كانت حيازته هادئة وعلنية وغير مؤقتة ومستمرة من دون انقطاع و لمدة سنة على الأقل، ولا تقبل دعوى الحيازة إذا لم ترفع خلال سنة من التعرض⁴، ويمنع على القاضي الفاصل في دعوى الحيازة من أن يتعرض إلى أصل الحق ويتعين عليه التقييد بقاعدة عدم الجمع بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة، فلا يستطيع الأخير أن يبني الحكم في دعوى الحيازة على أسباب مستمدة من موضوع الحق، كما لا يستطيع القاضي في منطوق الحكم لدعوى الحيازة أن يمس بأصل الحق كأن يقضى بوقف الفصل في دعوى الحيازة حين صدور الحكم في دعوى الملكية، ولا يجوز للمحكمة المطروحة عليها دعوى الحيازة أن تفصل في دعوى الملكية⁵. وبالنسبة للمدعي لا يمكن له أن يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى المطالبة بالحق وإلا سقط ادعائه بالحيازة، إذ لا تقبل دعوى الحيازة ممن سلك طريق دعوى الملكية⁶ إعمالا لمبدأ عدم الجمع بين الدعويين، وللمدعي الخيار بين رفع دعوى الحيازة أو دعوى الملكية، ومن مصلحته أن يرفع دعوى الحيازة التي منحه إياها المشرع ذلك لكونها واقعة مادية من السير إثباتها، ويمكن تصور الجمع بين الدعويين في ثلاثة صور:

أ- أن يرفع المدعي دعوى الحيازة ويستند إلى أصل الحق.

فالمدعي يقيم الدعوى في الأصل بقصد حماية الحيازة، ولكنه يطلب في نفس الدعوى إثبات أصل الحق. بمعنى أن المدعي يطالب بأصل الحق في نفس دعوى الحيازة. وهنا ليس للمدعي الذي يطالب بحماية حيازته أن يقرن بهذا الطلب الحكم له بأصل الحق في موضوع النزاع، كمن يرفع دعوى استرداد الحيازة ويستند لإثبات وجودها على سبب الملكية على اعتبار أن العقار الذي يحوزه يعود إليه عن طريق شراء بموجب عقد معين أو وصية أو هبة أو حيازة دامت 15 سنة،

¹ - وترمي إلى حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقوق العينية الأخرى بطريقة مباشرة والبحث فيها يتناول حتما أساس هذا الحق ومشروعيته

² - لا يقصد منها إلا حماية وضع اليد في ذاته بغض النظر عن أساسه ومشروعيته

³ - انظر في كسب الحيازة وانتقالها وزوالها ودعوى حماية الحيازة المواد 808 إلى 843 ق.م.

⁴ - انظر: المادة 524 ق.ا.م.ا.

⁵ - انظر: المادتين 526 و527 ق.إ.م.إ.

⁶ - المادة 529 ق.إ.م.إ. نصت على أنه لا تقبل دعوى الحيازة ممن سلك طريق دعوى الملكية.

فيكون المدعي قد جمع بين الدعويين مما يترتب عليه سقوط دعوى الحيازة وبقاء دعوى الملكية التي يجب على القاضي الفصل فيها¹.

ب- أن يرفع المدعي دعوى الحيازة وقبل الفصل فيها يرفع دعوى الملكية.

وهنا يرفع دعوى الملكية نزولاً عن دعوى الحيازة، فيقضى بعدم قبول دعوى الحيازة بالرغم من أنها قد رفعت قبل رفع دعوى الملكية والفصل فيها، وسواء تم رفعها أمام المحكمة التي تنظر دعوى الحيازة أو أمام محكمة أخرى فالجمع وقع فعلاً.

ج- أن يرفع المدعي دعوى الملكية ثم يرفع دعوى الحيازة.

إذا رفع المدعي دعوى الملكية وقبل الفصل فيها بادر إلى رفع دعوى الحيازة أو رفعها بعد الفصل في الدعوى الأولى، فيعتبر ذلك من قبيل الجمع بين الدعويين الذي يؤدي لعدم قبول دعوى الحيازة وبقاء دعوى الملكية التي يتعين الفصل فيها، وشرط حظر الجمع بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة أن يكون التعرض للحيازة وقع قبل رفع دعوى الملكية، أما إذا حصل التعرض بعد رفع دعوى الملكية ينتفي الحظر ويجوز رفع دعوى الحيازة بعد دعوى الملكية².

وليس للمدعى عليه في دعوى الحيازة، أن يطالب بالملكية إلا بعد الفصل نهائياً في دعوى الحيازة³ وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها، وإذا خسرها فلا يجوز له أن يطالب بالملكية إلا بعد استكمال تنفيذ الأحكام الصادرة ضده، وإذا كان تأخير التنفيذ راجعاً إلى فعل المحكوم له، فإنه يجوز للقاضي الفاصل في دعوى الملكية أن يحدد أجلاً للتنفيذ ويقبل دعوى الملكية بعد انقضاء هذا الأجل⁴.

9- ضمان عدم التعرض والاستحقاق في عقد البيع.

لا تبرأ ذمة البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري، وإنما يظل ملتزماً اتجاه الأخير بضمان حقه في ملكية الشيء المبيع ملكية دائمة وهادئة لكي يتمكن من الانتفاع به انتفاعاً هادئاً وأبدياً، ويتحقق ذلك بأن يمتنع البائع عن أي فعل يصدر منه يعيق انتفاع المشتري بالمبيع سواء

¹ - انظر في تفصيل ذلك: زودة عمر، قاعدة عدم الجمع بين دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية، المجلة القضائية، ع.4، مجلة المحكمة العليا، 1992، ص.267-281.

² - انظر: زودة عمر، المرجع السابق، ص.271.

³ - انظر مثلاً: قرار الغرفة العقارية، القسم الثاني الصادر في 2011/03/10، ملف رقم 644829، جلسة 2011/03/10، مجلة المحكمة العليا، ع.1، لسنة 2011، ص.145.

⁴ - انظر: المادة 530 من ق.إ.م.إ.

كله أو بعضه من جهة وأن يدفع أي تعرض يصدر محتمل من فعل الغير يدعي من خلاله حقا على المبيع¹، ونظم المشرع الجزائري أحكام ضمان عدم التعرض والاستحقاق بموجب المواد 371 إلى 376 ق.م، كما تسمح المادة (377) من نفس القانون ببعض الترتيبات الاتفاقية في مضمون الضمان²، ويظل البائع ملزما بالضمان حتى ولو وقع اتفاق بإسقاط الضمان وهو ما نصت عليه المادة (378) ق.م.

ويقصد بالتعرض كل ما يعكس على المشتري حيازة المبيع سواء كان يهدده بترع الملكية أم لا³، فتعرض البائع المادي⁴ أو القانوني⁵ للمشتري يتناقض مع أحكام عقد البيع والتزاماته⁶، حيث لا يجوز للبائع أن يتعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع، ويجب أن يقع التعرض المادي أو القانوني فعلا أي أن يكون قد صدر فعلا، وأن يكون من شأنه أن يحول كليا أو جزئيا دون انتفاع المشتري بملكية المبيع، ويعتبر الالتزام بعدم التعرض أبديا ودائم وينتقل إلى الورثة كما وأنه التزام غير قابل للتجزئة حتى ولو كان المبيع ذاته قابلا للانقسام.

كما يضمن البائع التعرض الصادر من الغير بتنفيذ التزامه بأن يجعل الغير الذي تعرض للمشتري مدعيا حقا على المبيع يكف عن تعرضه، وقد يكون تنفيذ الضمان عرضيا عن طريق تدخله في الدعوى المرفوعة ضد المشتري والتزامه بالدفاع إلى جانب المشتري في الخصومة أو الحلول محله فيها⁷، فإذا عجز عن ذلك وحكم للغير باستحقاق المبيع كالا أو جزءا يلتزم البائع

¹ - انظر: حوحو يمينة، عقد البيع في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 145.

² - وتنص المادة 377 قانون مدني على أنه: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد أو ينقصا منه أو يسقطاه ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري"

³ - انظر: مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، ج.1، عقد البيع، ط.1، النهضة الجديدة للنشر، مصر، 1990، ص. 511.

⁴ - ويكون التعرض المادي بأي فعل مادي يقوم به البائع يحول كليا أو جزئيا دون انتفاع المشتري بملكية المبيع دون أي وجه حق من ذلك مثلا أعمال التخريب أو التحطيم.

⁵ - التعرض القانوني يتمثل عادة في ادعائه حقا على المبيع سواء كان الحق المدعى به سابقا على البيع أو لاحقا له، قد يؤدي إلى نزع المبيع من المشتري كأن يدعي البائع حق الارتفاق على عقار باعه للمشتري أو أن يبيع عقار بعد القسمة ثم يرفع البائع دعوى قضائية يطعن في القسمة وقد يدعي البائع حق الملكية على المبيع بعد أن يصبح مالكا له وذلك عندما يبيع شيئا مملوكا للغير، ثم يصبح مالكا له كما في حالة الإرث.

⁶ - يعتبر الالتزام بضمان التعرض من النظام العام غير أن هذا لا يمنع بوجود بعض الحالات التي تسمح للبائع بمنازعة المشتري في المبيع فقد يتعرض للمشتري بشأن حيازته للمبيع لا بصفته بائعا بل بصفته مالكا مجاورا وأيضا له أن يطعن في صحة عقد البيع لمزيد من التفصيل انظر:

علي فيلال، العقود الخاصة، البيع، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية (موفم) للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص. 229.

⁷ - ولا يسقط حق المشتري في الضمان في حالة ما تم إعلام البائع إلا أنه لم يتدخل، ما لم يثبت هذا البائع أن الحكم صدر نتيجة تدليس أو خطأ جسيم ارتكبه المشتري، كما لا يسقط التزام البائع بالضمان إذا اعترف المشتري بحسن نية بحق الغير على المبيع أو تصالح معه دون انتظار صدور

بتنفيذ التزامه بالضمان عن طريق تعويض المشتري عما أصابه من ضرر من جراء حرمانه من المبيع، لأن البائع يضمن الاستحقاق¹.

10- الالتزام بضمان الرهن بنوعيه:

ونص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في كلا نوعي الرهن وإذ نصت المادة (898) ق.م المتعلقة بالرهن الرسمي على أنه: "يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك". كذلك ما نصت عليه المادة (954) من نفس القانون من أنه: "يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه وليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد، وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل للمحافظة على الشيء المرهون".

11- عدم جواز المطالبة بحق المرور بسبب الانحباس الذي تسبب فيه مالك الأرض:

الأعمال التي يقوم بها المالك والتي من شأنها أن تحبس جزءا من عقاره بعد أن كان متصلا بالطريق العام هو وحده من يتحمل نتائجهما، فليس له أن يخلق وضعاً قانونياً صعباً بالنسبة لاستعمال أو استغلال جزء من الأرض التي يملكها ثم يحمل الغير نتيجة تصرفه، وعلى من خلق هذا الوضع الحرج تحمل الأثر المترتب على انحباس كل العقار أو بعضه، وحيث لا يمكن لمالك العقار المطالبة بحق المرور بأرض الجار بعد أن قام بفعله بحبس عقاره عن الطريق العام، وعلى هذا نصت المادة 695 ق.م، فقاعدة عدم التناقض تسد الطريق أمام المالك من المطالبة بحق المرور بأرض الجار.

ثانياً: التطبيقات الضمنية لمبدأ عدم التناقض في قانون الأسرة.

ويمكن عرض أهم تطبيقات المبدأ المانع التي أمكن جمعها في المسائل التالية:

حكم، وذلك متى وفي بالتزامه بإعلام البائع بدعوى الاستحقاق دعاه للتدخل في الخصومة بدون جدوى، ولم يتمكن البائع من إثبات أن الغير لم يكن على حق في دعوى الاستحقاق، وأياً كان الأمر إذا استحق الغير المبيع وتقرر نزع يد المشتري، يصبح البائع مدينا بضمان الاستحقاق. انظر المواد 372 و373 ق.م

¹ - عن ما يحق للمشتري المطالبة به في التعويض عن نزع اليد الكلي أو الجزئي راجع المواد 375 و376 ق.م

1- عدم جواز الرجوع في الإقرار بالبنوة:

يأتي إقرار الشخص ببنوته النسب إليه في المرتبة الثانية بعد الفراش وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري¹، ويعتبر الإقرار من الأدلة العامة في إثبات النسب، وهذا الإقرار يتضمن دعوى البنوة على المقر له، ويترتب على هذا النسب، حقوق لكل من المقر والمقر له على الآخر²، والنسب متى ثبت بالإقرار لم يجوز العدول عنه أو نقضه حفاظا على استقرار الأسرة والمجتمع، وذلك لأنه في مجال الإثبات يمنع الخصم من تقديم دليل يناقض إقراره الثابت.

ومن ذلك ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا من عدم جواز الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفع بالمادة (41) من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل، لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر، ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار³.

وفي اجتهاد آخر للمحكمة العليا تقرر أنه يثبت النسب بالإقرار بالبنوة ويكون حجة على المقر حال حياته وبعد وفاته، حتى ولو ثبت خلاف ذلك بطريق آخر، لا يحتمل الإقرار النفي، لا بشهادة الشهود ولا بالخبرة العلمية، وتحت أي ادعاء بالتبني أو بغيره⁴.

2- عدم جواز الرجوع في الهبة:

لقد نظم المشرع الجزائري عقد الهبة في الفصل الثاني من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات في المواد من (202) إلى (212) قانون الأسرة الجزائري، وهذا بخلاف التشريعات الوضعية الغربية والعربية والتي نظمت أحكام هذا العقد في تقنيناتها المدنية بصفته من العقود الناقلة للملكية. وتعتبر الهبة عقد شكلي عيني فلا يكفي انعقادها مجرد التراضي بين المتعاقدين، إذ يجب تحرير العقد في قالب رسمي لدى ضابط عمومي مؤهل إذا ما تعلق الأمر بهبة العقار، وهذا عملا

¹ - ونصت على ما يلي: "ثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح شبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 22 و33 و34 من هذا القانون". انظر: القانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.ج.ع، ع. 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005، ص.18.

² - انظر: نادر بوشاشي، إثبات النسب وإثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري-دراسة مقارنة- منشورات بغداد، الجزائر، 2016، ص. 51.

³ - انظر: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ في 15/12/1998، ملف رقم 202430، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001، ص.77.

⁴ - انظر: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 0761943، قرار صادر بتاريخ 14/11/2012، مجلة المحكمة العليا، ع.2، لسنة 2013، ص.287.

بمقتضى المادة (206) من قانون الأسرة، أما إذا تعلق الأمر بمنقول وجبت الحيابة عملاً بأحكام المادتين (207) و(208) من نفس القانون.

ورغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على عدم جواز الرجوع في الهبة إلا أنه، وانطلاقاً من المادتين (211) و(212) من قانون الأسرة المتضمنتين أحكام الرجوع، يمكن استخلاص أن المشرع خول للوالدين دون سواهما ممارسة حق الرجوع في الهبة لولدهما، وهو بذلك جعله أمراً استثنائياً لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه¹، ما لم يقم مانع من موانع الرجوع في الهبة، ونص المشرع الجزائري في المادة (211) ق.أ.ج على موانع رجوع الوالد في هبته لولده وذلك في حالة ما:

- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
- تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو هلك المال بين يديه أو ادخل عليه ما غير من طبيعته.

وتضيف المادة (212) من نفس القانون حكماً آخر يقضي بمنع الرجوع في الهبة إذا كانت بقصد المنفعة العامة، هذا وعدم جواز الرجوع في الهبة بالإرادة المنفردة لا يمنع من طلب الفسخ إذا كان الواهب اشترط على الموهوب له القيام بعمل للمنفعة العامة ولم ينفذ الأخير هذا الشرط، وحق الرجوع المقرر للأبوين حق شخصي لا ينتقل إلى الورثة، بحيث لا يحق لهم ممارسة ذلك الحق بعد وفاة الواهب أثناء سريان الدعوى الرامية إلى الرجوع في الهبة²، كما لا يمكن للواهب ممارسة حق الرجوع عن هبته بعد وفاة الموهوب له³.

3- عدم جواز الرجوع في الوقف

عرف المشرع الجزائري الوقف في المادة (213) من ق.أ.ج بنصه على ما يلي: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصديق". كما عرفه أيضاً في القانون

¹-انظر: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم 328682، صادر بتاريخ 2006/02/15، منشور بمجلة المحكمة العليا، ع.1، لسنة 2006، ص.237.

² - انظر: الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و الموارث، تحت رقم 367996، بتاريخ 2006/06/14، مجلة المحكمة العليا، ع.1، سنة 2007، ص.479.

³ -انظر: الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا تحت رقم 613091، صادر بتاريخ 2011/03/10 مجلة المحكمة العليا، ع.2، سنة 2011، ص.278.

رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف¹ بموجب المادة (04) منه بأنه: "حبس العين عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

ولقد انقسم الفقه الاسلامي حول مسألة الرجوع في الوقف حسب اختلافهم في نوع الوقف الذي أنشأه الواقف ويريد الرجوع فيه، وإن الوقف قبل القبض عند جمهور الفقهاء عقد لازم بمجرد إنشائه، وبالتالي لا يجوز الرجوع فيه، وهو قول بن يوسف من الحنفية وقول المالكية والشافعية والحنابلة.

ويرى جانب آخر من الفقه جواز الرجوع في الوقف قبل القبض أي قبل أن يجوز الموقوف عليه المحل الموقوف كان للواقف حق الرجوع في وقفه وهو قول محمد من الحنفية ورواية من الحنابلة أما إذا سلم الموقوف إلى الموقوف عليه أصبح لازماً ولا يجوز الرجوع فيه².
بينما يرى رأي ثالث بجواز الرجوع في الوقف مطلقاً ما لم يحكم به الحاكم أو يضيفه الواقف إلى ما بعد الموت أو يكون الموقوف مسجداً وهو قول أبي حنيفة³.

أما عن حكم الرجوع في الوقف في التشريع الجزائري فإن الوقف المنعقد قبل صدور قانون الأسرة الجزائري يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، فتطبق بشأنه القواعد الفقهية المستمدة من أحكامها، غير أنه بالنسبة للأوقاف الصادرة بعد تاريخ صدور قانون الأسرة، فإن المشرع الجزائري أخذ بمذهب جمهور الفقهاء الذي يقضي بتأييد الوقف ولزومه، فنص في المادة (213) ق.أ.ج على أن الوقف يجب أن يصدر على وجه التأييد، والذي يستنتج منه أن الوقف تصرف تبرعي نهائي غير قابل للرجوع فيه مطلقاً⁴، وذلك ما نص عليه قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 سالف الذكر في المواد 03، 16، 23 و 28 منه.

ثالثاً: التطبيقات الضمنية لمبدأ عدم التناقض في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

وردت تطبيقات ضمنية كثيرة أيضاً في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لقاعدة عدم ويمكن ذكر أشهرها فيما يلي:

¹ - المؤرخ في 12 شوال 1411، الموافق لـ 27 أبريل 1991، ج.ر.ج.ج. 21، س. 28، الصادرة بتاريخ 1991/05/08، معدل و متمم.

² - انظر: نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2001، ص.ص. 502-503.

³ - انظر: نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 503.

⁴ - انظر: شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة - الوصية - الوقف، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.ص. 326-327.

1- قاعدة عدم التمسك بالبطلان لمن تسبب فيه

الأصل أن البطلان لا يقع إلا بقوة القانون¹ وتقضي به المحكمة بناء على طلب صاحب الشأن فيه، ولا يجوز التمسك بالبطلان إلا لمن شرع البطلان لمصلحته، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه، طبقاً لقاعدة قديمة تعود بجذورها إلى القانون الروماني الذي كان يقرر أنه ليس لأحد أن يفيد من باطل صدر منه، وهي تمثل حالياً قاعدة مستقرة فقها وقضاء، فلا يمكن لمن كان سبباً في بطلان الإجراء أن يتمسك بهذا البطلان، ولو كانت القاعدة المخالفة مقررة لمصلحته. ولم يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري عبارة تدل على عدم التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه، فالمادة (63) من نفس القانون تنص على أنه لا يمكن التمسك ببطلان العمل الإجرائي إلا لمن تقرر لصالحه، وذلك على عكس قانون المرافعات المصري²، وإن كان بمفهوم المخالفة يستتج ذلك، وإذا كان المشرع الجزائري لم يحدد حالات الدفع بالبطلان المقرر لمصلحة الخصوم وجعله يتعلق بكل مخالفة للأحكام القانونية، فإنه حدد حالات البطلان المطلق على سبيل الحصر، التي تخول لأي من الخصوم التمسك به، وللمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الخصوم، وذلك رعاية للمصلحة العامة التي تعلق على أي اعتبار³، ولا يشترط أن يكون صدر من الخصم أي غش أو خطأ بل تكفي مجرد الواقعة التي تؤكد نسبة البطلان إلى الخصم أو من يعمل باسمه، الشرط الوحيد هو توافر السببية بين فعل الخصم أو من يعمل باسمه وبين العيب⁴.

2- حجية الأحكام وعدم جواز النظر في الدعوى لسبق الفصل فيها

هناك أحكام خاصة تشبه الإستوبل من حيث الأثر المترتب عليها، نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني في الفصل المتعلق بالقرائن، في المبدأ القاضي بأن الأحكام التي حازت

¹ - انظر في تقرير البطلان مقتضيات المادة 60 من ق.إ.م. بنصها على أنه:

"لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه".

² - انظر: المادة 2/21 من قانون المرافعات المصري تنص على أنه:

"... ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام" انظر في تفصيل ذلك: أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988، ص.103.

³ - انظر المادة 64 ق.إ.م.أ.

⁴ - انظر: والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1958، ص.560. أشار إليها الدويري، محمد صالح علي، التناقض المانع من سماع الدعوى وتطبيقاته في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2016، ص.77.

قوة الشيء المقضي به¹ تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب، ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً².

والغالب أن يرد بشكل دفع بعدم جواز سماع الدعوى لسبق الحكم فيها، وهو ما يسمى بمبدأ قوة الأمر المقضي فيه أو عدم جواز النظر في الدعوى لسبق الفصل فيها، وهي صورة أخرى من قاعدة عدم التناقض المترتبة على الحكم القضائي **Estoppel By res judicata**، حيث أن الأحكام القضائية ترتب أثراً مهماً وهو حجية الأمر المقضي³، فالحكم هو عنوان الحقيقة ويترتب عليه خروج النزاع من ولاية المحكمة فلا يجوز لها العدول عنه أو تعديله بالنقصان أو الزيادة، ولا يجوز للخصوم المجادلة أو المنازعة فيما ورد فيه من قضاء أمام نفس المحكمة التي أصدرته⁴ أو أمام

¹ - يقع الخلط كثيراً بين حجية الشيء المحكوم فيه وقوة الأمر المقضي (force de la chose jugée)، رغم ما بينهما من فارق وتختلف الفكرتان في أمور أهمها:

- أن الحجية صفة للحماية القضائية التي تمنح بواسطة الحكم القضائي، بينما قوة الشيء المحكوم فيه صفة لهذا الحكم من حيث عدم قابليته للطعن بطرق معينة أو صلاحية التنفيذ.

- أن الحجية تثبت لكل حكم موضوعي يفصل في الخصومة، سواء أكان هذا الحكم لهائياً أم ابتدائياً، حضورياً أم غيابياً، على خلاف قوة الأمر المقضي فه مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح غير قابل للطعن فيه بالطرق الاعتيادية في المادة المدنية وإذا أصبح غير قابل للطعن في المادة المدنية.

- أن حجية الشيء المقضي يظهر أثرها خارج الخصومة، على خلاف (autorité de la chose jugée) قوة الأمر المقضي فإن أثرها يظهر داخل الخصومة للدلالة على ما يتمتع به الحكم من عدم قابليته للطعن فيه بطرق معينة.

انظر: مراد كاملي، حجية الحكم القضائي، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الهدى - عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 72-73.

² - انظر: المادة 338 ق.م.ج

³ - وفي تفصيل طبيعة الأحكام المقصودة تنص المادة 296 ق.إ.م.إ على أن:

"الحكم في الموضوع هو الحكم الفاصل كلياً أو جزئياً في موضوع النزاع أو دفع شكلي أو دفع بعدم القبول أو أي طلب عارض، ويكون بمجرد النطق به حائزاً لحجية الشيء المقضي فيه في النزاع المفصول فيه". انظر: القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، ج.ر.ج.ج، رقم 21 المؤرخة في 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق ل 23 أبريل 2008.

⁴ - باستثناء ما نصت عليه المادة 286 ق.إ.م.إ من أنه:

"يجوز للجهة القضائية التي أصدرت الحكم، ولو بعد حيازة ذلك الحكم بقوله الشيء المقضي به، أن تصحح الخطأ المادي أو الإغفال الذي يشوبه، كما يجوز للجهة القضائية التي يطعن في الحكم أمامها القيام بتصحيحه

يقدم طلب التصحيح إلى الجهة القضائية، بعريضة من أحد الخصوم أو بعريضة مشتركة منهم، وفقاً للأشكال المقررة في رفع الدعوى، ويمكن للنيابة العامة تقديم هذا الطلب لا سيما إذا تبين لها أن الخطأ المادي يعود إلى مرفق العدالة.

يفصل في طلب التصحيح بعد سماع الخصوم أو بعد صحة تكليفهم بالحضور.

يؤشر بحكم التصحيح على أصل الحكم المصحح وعلى النسخ المستخرجة منه، ويبلغ الخصوم المعنيون بحكم التصحيح.

عندما يصبح الحكم المصحح حائزاً لقوى الشيء المقضي به، فلا يمكن الطعن في الحكم بالتصحيح إلا عن طريق الطعن بالنقض".

غيرها من المحاكم، وإذا أثير ما قضى به الحكم وجب عليه التسليم به دون بحث مجددا واعتباره قضية مسلمة بما لا يجوز التعقيب عليها وتتعلق الحجية بمنطوق الحكم وحده وليس بأسبابه¹. وتلعب الحجية دورا في حماية الأحكام القضائية من التناقض²، وإن المقارنة بين قاعدة حجية الشيء المقضي فيه مع قاعدة الإستوبل (عدم التناقض) المترتبة على الحكم القضائي، نجدها تعتمد على نفس الشروط والأسس، من حيث ضرورة توافر ثلاثة شروط للدفع بهذه الوسيلة وهي اتحاد الخصوم (وهم أطراف الدعوى التي صدر فيها الحكم)، وحدة الموضوع في الدعويين، وحدة السبب³، وينتفي شرط وحدة السبب ولا تقوم حجية الشيء المقضي فيه، عند اختلاف الدفوع والأسانيد القانونية في الدعوى الجديدة عن تلك المعتمدة في الدعوى السابقة⁴.

وتعتبر حجية الحكم تطبيقا للتناقض المانع من سماع الدعوى في قانون المرافعات من حيث الأثر ويترتب عليها رد الدعوى، كما أن الدفع بالحجية بوصفه وسيلة من وسائل حماية الحكم المدني من التناقض كونه وسيلة وقائية يحول دون تحقق التناقض بين الأحكام، وتزداد أهمية الدفع بسبق الفصل في كونه من الدفوع التي يكون للخصوم حق التمسك بها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو بعد إبداء دفوع في الموضوع، ولكن يقتصر هذا الدفع على الأطراف فقط، وليس للقاضي إثارته مثلما تمت الإشارة إليه مسبقا في نص المادة 338 من القانون المدني، كما يجوز التمسك به أمام المجلس القضائي، فضلا عن جواز إثارته أمام المحكمة العليا ولو لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع، وتكون الحجية وسيلة من وسائل الدفع بالتناقض في الطعن بالنقض. والتناقض الذي يقبل كسبب للنقض هو التناقض الواقع بين أحكام صادرة من القضاء العادي، أما إذا كان التناقض بين أحكام أحدهما صادر عن القضاء العادي والآخر عن القضاء الإداري، فإنه لا

¹-انظر: قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2005/12/21، ملف رقم 311528، مجلة المحكمة العليا، ع.2، المحكمة العليا، لسنة 2005، ص.217.

²-انظر: أحياد ثامر نايف الدليمي، الحماية الإجرائية للحكم المدني من التناقض، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، دار الكتب القانونية-دار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى، مصر، 2015، ص.173.

³- "من المقرر قانونا أن الأحكام لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه إلا بتوافر عناصره الثلاثة، وحدة الأطراف ووحدة السبب، وحدة الموضوع، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد حرقا للقانون".

انظر: قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 88/11/09، رقم ملف 46468 مجلة المحكمة العليا، ع.4، لسنة 1993، ص.211

⁴-انظر: قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2013/05/16، رقم ملف 0866946، مجلة المحكمة العليا، ع.1، لسنة 2013، ص.155.

يكون ثمة مجال للطعن فيهما بالنقض استنادا للتناقض أمام المحكمة العليا، حيث أن التناقض في هذه الحالة يجل في إطار تنازع الاختصاص أمام محكمة التنازع¹.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد تعرض صراحة إلى التناقض في المادة(17) من القانون العضوي رقم 03/98² التي تنص على أنه في حالة التناقض بين أحكام نهائية، تفصل محكمة التنازع بعديا في الاختصاص، كما تضيف المادة (18) من نفس القانون أنه متى لاحظ القاضي المخاطر في خصومة أن هناك جهة قضائية قضت باختصاصها أو بعدم اختصاصها، وأن قراره سيؤدي إلى تناقض في أحكام قضائية لنظامين مختلفين، يتعين عليه إحالة ملف القضية بقرار مسبب غير قابل لأي طعن إلى محكمة التنازع للفصل في موضوع الاختصاص، وفي هذه الحالة تتوقف كل الإجراءات إلى غاية صدور قرار محكمة التنازع.

3- قاعدة عدم جواز الطعن في الحكم الذي قبله الخصم

حيث يعتبر رضا الخصم المحكوم عليه بالحكم وتركه للحق في الطعن بمثابة القبول³ المانع من الطعن في الحكم، ويشترط أن يكون التزل عن الحق في الطعن صريحا غير قابل للتأويل⁴، ويخضع لشروط صحة التصرف القانوني، والتي تتمثل في الأهلية ومشروعية المحل، وتحقق الصفة في القبول.

ويترتب على قبول الحكم أن يصير نهائيا بحيث يمتنع الطعن عليه، ويحكم بعدم قبول الطعن، وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها بذلك حتى ولو لم يثره المحكوم له هذا الطعن، فقبول المحكوم عليه للحكم يتناقض مع قيامه بالطعن وبالتالي يرد هذا الطعن شكلا⁵.

رابعا: التطبيقات الضمنية لمبدأ عدم التناقض في القانون التجاري

في هذا الفرع من القانون تطبيقات ضمنية أخرى لمبدأ عدم التناقض يمكن ردها إلى ما

يلي:

¹-انظر: زرقون نور الدين، أوجه الطعن بالنقض في الأحكام المدنية، موفم للنشر، الجزائر، 2017، ص.113.

²-انظر: القانون العضوي رقم 98-03 مؤرخ في 08 صفر 1419 الموافق 3 يونيو 1998 يتعلق باختصاصات محكمة التنازع تنظيمها وعملها، ج.ر.ج.ج، ع.39، الصادرة بتاريخ 07 جوان 1998

³-انظر: المادة 239 من ق.إ.م.إ.م. التي تنص على أن: "القبول بالحكم هو تنازل الخصوم عن ممارسة حقهم في الطعن، إلا إذا قام خصم آخر بممارسة حقه في الطعن لاحقا"

⁴-انظر: المادة 240 ق.إ.م.إ.م. التي تنص على أنه: "يجب التعبير عن القبول صراحة وبدون لبس، سواء أمام القاضي وأمام المحضر القضائي أثناء التنفيذ"

⁵-انظر: الدويري محمد صالح علي، المرجع السابق، ص.80.

1- فكرة التجريد في الالتزام الصرفي:

يقصد بالتجريد الصرفي استقلال الورقة التجارية بمجرد إنشائها عن العلاقات التي من أجلها حررت، بمعنى أن كل التزام من الالتزامات التي تنشأ عن الورقة التجارية هو التزام مستقل عن السبب الذي أنشأت الورقة من أجله أي العلاقة الأصلية التي سحبت أو حررت أو ظهرت الورقة بمناسبة¹،

وإن المقصود من التجريد هو حماية الغير حسن النية من مفاجآت الدفع التي لا يعلمها والتي يعتبر الاحتجاج عليه بها مساساً باستقرار المعاملات، وفضلاً عن ذلك إن الورقة التجارية ذاتها قائمة على فكرة التجريد فاستناداً لنص المادة (419) من القانون التجاري لا تقبل المعارضة في الوفاء إلا في حالة ضياع السفتجة أو إفلاس حاملها، والمشرع إذ قرر هذا الحكم هدف من ورائه تدعيم الثقة في الأوراق التجارية كأداة وفاء، وبذلك لا يستطيع الساحب أو المسحوب عليه التنصل من التزامه الثابت بالورقة، وهو مقتضى قاعدة عدم التناقض إلا في حالة ضياع الورقة التجارية أو إفلاس الحامل،

وتستوعب فكرة التجريد مبدأين هامين وهما استقلال التوقيعات والتطهير من الدفع

أ- مبدأ استقلال التوقيعات:

يعد مبدأ استقلال التوقيعات من بين أهم الأسس التي يقوم عليها قانون الصرف والمميز الأساسي لهذا الإلتزام الناتج عن الورقة التجارية²، ويقصد به كل من يوقع على الورقة التجارية يلتزم بالوفاء بقيمتها حين استحقاقها، فالتزام هذا الأخير مستقل وقائم بداته عن غيره من الموقعين السابقين أو اللاحقين³، فبمقتضى هذا المبدأ، يستقل كل موقع بتوقيعه على السند التجاري، ويلزم بالوفاء بقيمته عند امتناع المدين الأصلي عن الوفاء به في أجل الاستحقاق، وعليه إذا شاب أحد

¹ - انظر: علي فوزي الموسوي، فكرة التجريد في الالتزام الصرفي، مجلة الحقوق، مجلد 16، ع. 29-30، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، مارس 2018، ص. 1-17، مقال متاح على شبكة الانترنت العالمية، اطلع عليه في 2019/06/15، على الساعة 14.00، على الموقع الإلكتروني:

<http://mhj.uomustansiriyah.edu.iq/index.php/mhj/article/view/224>

² - انظر: بلعيساوي محمد الطاهر، الوجيز في الأوراق التجارية، دار هومة للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص. 14.

³ - انظر: رضا هميسي، الأوراق التجارية (السفتجة، السند لأمر، الشيك)، ط. 1، الدار الجزائرية، الجزائر، 2017، ص. 26.

التوقيعات عيب أو سبب من أسباب البطلان أو الانقضاء فإن ذلك لا يؤثر على باقي التوقيعات السابقة عليه أو اللاحقة¹، بل تظل هذه الأخيرة مرتبة لآثارها طالما كانت صحيحة بذاتها².

ب- قاعدة التطهير من الدفع في الأوراق التجارية:

أهم نتيجة تترتب على مبدأ استقلال التوقيعات هو مبدأ تطهير الدفع، ومفاده انتقال الحق الثابت في الورقة التجارية من المظهر إلى المظهر إليه مطهرا من كل العيوب التي قد تشوب العلاقات القانونية التي تربط الموقعين السابقين للورقة، ويترتب عليه عدم جواز قيام المدين الصرفي بموجب الورقة التجارية بالامتناع عن دفع قيمة الورقة لحاملها القانوني استنادا إلى الدفع التي كان له التمسك بها تجاه صاحب الورقة أو حاملها السابقين طالما كان حامل الورقة حسن النية، وقد اكتسبها عن طريق التطهير لكون التطهير يطهر الورقة من الدفع السابقة عليه. وقد تبني المشرع الجزائري قاعدة تطهير الدفع في المادة (400) من القانون التجاري، وتفيد في نصها على أنه: "لا يمكن للأشخاص المدعى عليهم بمقتضى السفتجة أن يحتجوا على الحامل بالدفع المبينة على علاقتهم الشخصية بالساحب أو بحاملها السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد عند اكتسابه السفتجة الإضرار بالمدين". وكذلك ما نصت عليه المادة (494) من القانون التجاري والتي تقضي بأنه: "ليس لمن رفعت عليهم دعوى بموجب الشيك أن يحتجوا على حامله بدفع مبنية على علاقتهم الشخصية بساحبه أو بحملته السابقين ما لم يكن حامله قد تعمد الحصول على الشيك للإضرار بالمدين".

هذا وإن قاعدة تطهير الدفع لا تطبق على إطلاقها فهناك من الدفع ما يمكن الاحتجاج بها وتمثل فيما يلي:

- إذا كانت الورقة التجارية لا تتضمن أحد البيانات الإلزامية والتي يترتب على إغفالها تعيب الورقة أو عدم الاعتراف لها بأي قيمة.

¹-انظر المادة 2/393 ق. تج نصت على ما يلي: "...إذا كانت السفتجة محتوية على توقيع أشخاص ليست لهم أهلية الإلتزام. بموجبها، أو على توقيعات مزورة، أو منسوبة لأشخاص وهميين، أو على توقيع ليس من شأنها لأي سبب آخر الزام الأشخاص باسمهم، فإن ذلك لا يجوز دون صحة التزامات الموقعين الآخرين على السفتجة

كل من وضع توقيعه نيابة عن شخص لم يكن له توكيل منه بذلك يكون ملتزما شخصيا بمقتضى هذه السفتجة، وتكون له إن قام بالدفع نفس الحقوق التي كان لموكله المزعوم أن يحصل عليها ويجري الأمر بالمثل بالنسبة للوكيل الذي يتجاوز حدود وكرالته"

²-انظر: نسرين شريقي، السندات التجارية في القانون التجاري، ط.1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص.19-20

- حالة تزوير الورقة التجارية إذ يكون لمن زور إمضاؤه الدفع بالتزوير عند مطالته بقيمة الورقة ولا يقدر في ذلك أن يكون الحامل حسن النية
- إذا كان المدين في الورقة التجارية عديم الأهلية أو ناقصها فيكون له الدفع بذلك في مواجهة الحامل حسن النية إذ لا يجب أن تؤدي حماية الحامل إلى إهدار الحماية التي أسبغها المشرع على ناقص الأهلية أو عديمها.
- الدفع الشخصية بين المدين والحامل فيمكن للمدين التمسك في مواجهة الحامل حسن النية بالدفع الخاصة بعلاقة أحدهما بالآخر¹.

2- حجية الدفاتر التجارية في الإثبات ضد التاجر:

تصح الدفاتر التجارية كحجة كاملة في الإثبات ضد التاجر الذي قام بتحريرها، وأساس ذلك هو أن ما ورد في هذه الدفاتر التجارية هو بمثابة إقرار من طرف صاحبها، بصرف النظر عن طبيعة العملية أو صفة القائم بها²، سواء كانت الدفاتر منتظمة أو غير منتظمة، غير أنه إذا كانت الدفاتر منتظمة وأراد التاجر أن يتمسك بما ورد فيها، فلا يجوز له تجزئة ما ورد فيها من بيانات، أما إذا كانت دفاتر التاجر غير منتظمة، كان للقاضي تجزئة الإقرار وعدم التقيد بقاعدة عدم التجزئة، ذلك أن عدم انتظام الدفاتر دليل على عدم صحة ما ورد فيها، بالرغم من كونها بمثابة إقرار من صاحبها لا يصح تجزئته، غير أنه يشكل قرينة قاطعة ضده، كما هو الحال بالنسبة للإقرار المدني، وتعود للقاضي سلطة تقدير مدى حجيتها في الإثبات ضد التاجر³.

3- مسؤولية الناقل عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة الناجمة عن عيوب التحزيم أو انعدامه:

لا يمكن للناقل أن يتخلص من الأضرار التي تحدث بالبضاعة، والتي تنشأ عن العيب في الحزم أو انعدامه إذا قبل النقل مع علمه بالعيب، ويعتبر عالما بالعيب إذا كان ظاهرا أو كان مما لا يخفى عن الناقل المعتاد، ومن ثم لا يمكن له دفع المسؤولية عنه طالما ارتضى النقل مجازفا ومستخفا بالظروف، حيث يمنع ضمنا بمقتضى قاعدة عدم التناقض من الادعاء بعدم مسؤوليته عن الأضرار التي لحقت بالبضاعة وهو ما نصت عليه صراحة المادة 2/44 ق.تج.

¹-انظر: راشد راشد، الأوراق التجارية-الإفلاس والتسوية القضائية، ط.6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص.53-54

²-انظر: المادة 13 ق.تج و نصت على ما يلي: "يجوز للقاضي قبول الدفاتر المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية".

³-انظر: فضيلة سحري، أساسيات القانون التجاري الجزائري، ط.1، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص.98-99.

حيث تضمن هذا العرض المختصر أمثلة للتطبيقات الضمنية للمبدأ في القانون الجزائري، ولكن المحاكم الجزائرية ما زالت لم تعرف المفهوم الحديث للإستوبل بصفة عامة، والإستوبل الإجرائي بصفة خاصة، ونظرا لعدم وجود نصوص قانونية تنظم المبدأ، ترى الباحثة أن يأخذ القضاء دوره بصورة أكبر في مجال باب الإجتهد، ليأخذ بالإستوبل كمبدأ عام عالمي واجب التطبيق دون حاجة لنص يقرره، وأن يأخذ بالنهج الذي سلكه كل من القضاء الفرنسي والقضاء المصري الذي اعترف حديثا بقاعدة الإستوبل في بعض أحكامه.

الباب الثاني

عدم التناقض مع الذات على حساب الغير

مبدأ قانوني قائم بذاته

بعد عرض الأسلوب المتبع في حظر التناقض تبين شمولية القاعدة وكيفية تداولها في الأنظمة القانونية المختلفة، وليس ذلك بغريب عن القواعد المنطقية التي تقوم على أسس موضوعية رصينة فتكون محل اشتراك لدى أغلب الأنظمة القانونية، فالغايات الإنسانية غايات مشتركة في غالب الأحيان، وتكون الوسائل التي تخدم هذه الغايات أيضا مشتركة، وإن اختلف النظام القانوني المطبق الذي يظهر الفروق الدقيقة والاختلافات القائمة بين الممارسات حيث تضي لها لبا وتجعل فيها ترددا، لذا يثور التساؤل عما إذا كان من الملائم البحث عن مبدأ عام لحظر التناقض مع الذات على حساب الغير قائم بذاته في القانون الوضعي لا سيما القانون الخاص؟ فبعد تناول الموضوع من الناحية العلمية أو التجريبية، فيما إذا كان المبدأ ظاهرة حقيقية أم أنها ظاهرة في طور النمو، لا بد من التعرض إلى المسألة الثانية وهي ذات طابع نظري تبحث عن هوية المبدأ أي فيما يجب أن يكون عليه هذا المبدأ أو ذات طابع معياري إذ لا بد من إعطاء حكم على هذا المبدأ، وهو ما تم تناوله في الفصل الأول الموسوم ب (نحو تكريس مفهوم قانوني عام لمبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير).

ونظرا لأن أهمية الموضوع لا تكمن وحسب من الناحية النظرية، ولكون الاستويل يشكل مبدأ قانونيا مستقلا له ذاتيته وآثاره القانونية، فإن الأمر يستدعي الوقوف على التطبيقات القضائية له أي معالجة عملية للموضوع تختص بالنظام القانوني للمبدأ وآثاره وهو ما تناوله الفصل الثاني تحت عنوان استقلالية مبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير من حيث نظامه وآثاره القانونية.

الفصل الأول

نحو تكريس مفهوم قانوني عام لمبدأ عدم التناقض في القانون الخاص

ثمة مبدأ عام إضافي يلقي بظلاله على القانون الوضعي لا سيما القانون الخاص، ليس من السهل تحديد المفهوم وليس من السهل مقارنته، خاصة وأن أي محاولة وضع تعريف عام للمصطلح، ويقصد بذلك مفردة الإستويل الإنجليزية، تجاهها مشاكل حمة نظرا إلى التعدد الهائل الذي يسم استخداماتها اللغوية والمفاهيمية، كذلك انتمائها لعدد متنوع من الصور على نحو ما يوظفها القانون الإنجليزي، في السياق القانوني لمنع التناقض على حساب الغير. كما أن منحى

استقبالها على المستوى الدولي والنظم القانونية الوطنية لاسيما اللاتينية لن يكون موحداً، مما يبرز عمق التباين في مقاربتها القانونية حيث يتعين وضعها في إطارها القانوني.

كما تظهر صعوبة أخرى في استقبالها إذ يجب أن تكون قادرة على احداث معنى على المستوى المحلي فلا ضير من الجهر من ضرورة اعتمادها إذا وجد فيها تمايز يفيد أو بتعذر اعمالها إذا كانت البدائل القائمة تعني عن أي جديد، وبناء على ما تقدم فإن عرض هذا الفصل يستلزم تقسيمه على النحو التالي:

المبحث الأول: عدم التناقض في مصطلح المبدأ العام للقانون الخاص

المبحث الثاني: التناقض المشروع كاستثناء من المبدأ المانع

المبحث الأول

عدم التناقض في مصطلح المبدأ العام للقانون الخاص

إن مبدأ عدم التناقض وجد منذ زمن بعيد وإن بتسميات وصياغات مختلفة، وهناك عوامل ساهمت في بروزه في المجال الإجرائي على وجه التحديد، ولا سيما الحاجة إلى ورود المبدأ كقيد على الحقيقة المستقصاة في النزاع، والسؤال المطروح هو أن التعبيرات المختلفة لفكرة عدم التناقض التي من المحتمل أن تضعنا فيها مختلف فروع القانون الخاص هل تدفع إلى القول بوجود مبدأ عام حقيقي؟ وإذا كان حظر التناقض في صورة الإستوبل الإنجليزية مؤهلاً تقنياً لاعتباره كمبدأ من مبادئ القانون هل يجد له مكانة ضمن القيم المحمية في القانون الخاص؟

ولاشك أن قاعدة الإستوبل تلعب دوراً محورياً حينما يتم وضع فكرة الثقة المشروعة في قلب التأمل والاهتمام أو عندما يتم تناولها من خلال منظور مبدأ الاتساق أو إلحاقها ببعض المفاهيم كمبدأ حسن النية ونظرية الظاهر، وهو أمر لا مفر منه، ولا ينبغي إخفاء الشكوك حول مكانة عدم التناقض كمبدأ في نظم القانون المدني عموماً.

وحتى ولو تمت حماية الثقة المشروعة، فإن الأساس القانوني لهذه الحماية يبقى غير واضح المعالم (غير مؤكد). ومن الملائم التوفيق بين النظرية وروح القانون، ولغرض الوصول إلى الجواب الشافي فإنه من الضروري عرض هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: عدم التناقض ضمن الضوابط والأصول الثابتة في القانون الخاص.

المطلب الثاني: الحاق مبدأ عدم التناقض بالثقة المشروعة... التنافس مع مفاهيم أخرى.

المطلب الأول

عدم التناقض ضمن الضوابط والأصول الثابتة في القانون الخاص

لا شك في أن فكرة عدم التناقض فيما أصبحت تعرف بالإستوبل تعد نظرية قانونية أصيلة لكونها تترجم بشكل أو بآخر التواصل الحقيقي بين المفاهيم القانونية السائدة في النظم القانونية المختلفة والنظام القانوني الدولي خاصة التجاري، والتي تتطلب من النظم القانونية المتلقية بعض التنازلات لتحقيق نوع من الموائمة بين خصوصيات بنية الداخل والمبادئ العامة لدى مجتمع التجارة والأعمال.

وإن وضع فكرة عدم التناقض في مواجهة القيم التي يحميها النظام القانوني الخاص التي قد تتقابل أو تتداخل معه يستحق التأمل في ارتداداتها داخليا لا سيما لدى النظم اللاتينية أو تلك التي تحذو حذو النظام القانوني الفرنسي. غير أن المشكلة تثور في ظل عدم وجود نص على المنع من التناقض، فكيف يمكن علاج هذه الحالة وهل يمكن أن يرقى إلى مصاف المبادئ العامة التي تتبناها المحاكم، وإذا كان وجوده ضروريا لحماية الثقة المشروعة ما هو دوره بجانب المبادئ القانونية الموجودة؟ وما هي حقيقة هذا المبدأ هل يلعب دورا أساسيا ينافسهم فيها أم احتياطيا لتعويض قصور تلك الآليات الأخرى؟ وبيان ذلك يقتضي عرض هذا المطلب على النحو الآتي:

الفرع الأول: عدم التناقض مع الذات على حساب الغير مبدأ أم قاعدة قانونية؟

الفرع الثاني: مبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير من حيث الأساس

الفرع الثالث: مسوغات مبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير

الفرع الأول

عدم التناقض مع الذات على حساب الغير مبدأ أم قاعدة قانونية؟

مما لا شك فيه أن تحديد مفهوم المبدأ العام يثير صعوبات عديدة، ترجع إلى مدى إمكان إعطاء هذا المبدأ كيانا خاصا في العلوم القانونية أو في النظام القانوني ومدى امكانية اردافه بنعت المبدأ العام للقانون الخاص، ولا سيما وأن بعض المبادئ العامة هي عبارة عن قواعد عامة يفرضها المنطق العلمي، دون أن يكون هنالك حاجة لإظهارها بنص¹.

¹-انظر: مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص.82.

وكثيرا ما يستعمل الباحثون الأكاديميون ورجال القانون بصفة عامة مصطلحات قانونية دون إدراك لمفهومها الصحيح، ومن أقل فوائد المساهمة في التأصيل للمبدأ القانوني العام أن يقع تدقيق عديد للمصطلحات أو العبارات الإصطلاحية ذات المفاهيم المرتبطة. ومن المصطلحات التي يجب التوقف عندها، المبدأ العام للقانون، والمبدأ المشترك للقانون والمبدأ الأعلى للقانون وعبارة المبدأ التوجيهي أو الموجه للقانون، فضلا عن عبارة القاعدة العامة، وعبارة القاعدة الأصولية وعبارة القاعدة الأساسية المقترنة جميعا بمفردة القانون، وما يزيد عن ذلك ورود بعض المفردات من ذلك مفردة (**La norme juridique**) في معنى القاعدة السائدة، ومفردة **La règle juridique** في معنى القاعدة المتلقاة، ومفردة (**Le précepte juridique**) في معنى المقتضى القانوني المكرس¹.

وقد تختلط معاني هذه العبارات بسبب استخدامها بشكل مترادف في الكتابات القانونية، كما قد يحصل المزج بينها عند التعبير عن أحدها أو عند ترجمتها، من أجل ذلك لا بد من تحديد معاني هذه المصطلحات التي تبدو في الظاهر مترادفة المعنى للوقوف على الحدود الفاصلة بينها.

أولاً: المبدأ العام والقاعدة القانونية والقضائية والمعيار

تطلق عبارة المبادئ القانونية العامة على طائفة من مبادئ بعضها مكتوب وبعضها غير مكتوب، ولكن أجمعت ضمائر الناس في جماعة معينة على انزالها منزلة المبادئ المكتوبة، فكان مؤدى هذه الموافقة الإجماعية أن اعتبرت هذه المبادئ من قبيل القانون الوضعي، عبرت عنه الإرادة الجماعية فكان لها بذلك قوة ملزمة². كما تعرف المبادئ القانونية بأنها القواعد القانونية الفوقية التي تقع في القانون الوضعي، بل وحتى تلك الغير المكتوبة والتي يتوجب الحكم بها حتى عند غياب النص بشأنها³.

¹-انظر: محمد محفوظ، مساهمة في التأصيل للمبدأ العام للقانون في القانون الخاص مقارنة بنفس المفهوم في القانون العام، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، مج.6، ع.2، مخبر المرافق العمومية و التنمية، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، ص. 30.

²-انظر: عبد الحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القانون وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، كلية الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت، 1972، ص.493.

³-انظر:

والمقصود بالعمومية في وصف المبادئ العامة هنا ليست العمومية كخاصية من خصائص القاعدة القانونية، أي قابلية القاعدة لكي تطبق على وقائع وحالات غير متناهية، ولكن المقصود بالعمومية في هذا المجال قابلية المبدأ لكي يطبق على جملة من القواعد القانونية¹، لذلك يطلق على المبدأ أحيانا قاعدة القواعد². وقيل في تعريف المبادئ العامة للقانون أيضا أنها تلك التي يوحى بها العقل الإنساني دون أن تحتاج إلى النص عليها، ومن ذلك قاعدة لا تكليف بمستحيل، وقاعدة الباطل لا يرتب أثرا³، وقيل أيضا أن المبادئ العامة للقانون ليست قواعد قانونية بالمعنى الفني الصحيح، ولكن هي أفكار جوهرية يمكن استنباطها من الفكرة العامة للوجود والسائدة داخل مجتمع معين، ويمكن استقراؤها من القواعد القانونية الوضعية المطبقة داخل المجتمع⁴، مثل مبدأ عدم جواز التكليف بمستحيل، ومبدأ أنه حيث لا مصلحة لا دعوى... الخ.

فالمبادئ العامة هي ضوابط عامة مرتبطة ارتباطا وثيقا بجذور وأصول النظام القانوني تتصل بالدعائم المسلم بها في المجتمع⁵، وعلى ذلك المبادئ العامة هي إذن قواعد غير مدونة، مستقرة في ذهن وضمير الجماعة، تملئها العدالة المثلى بالاستناد إلى المنطق والعقل والحدس وطبيعة الأشياء وقواعد الأخلاق والعدالة، ولا تحتاج إلى نص لتقريرها⁶، وهي تجسد للأفكار الفلسفية والقيم الاجتماعية القائمة في ضمير الجماعة، والمهيمنة على النظام القانوني السائد في المجتمع، والتي يلجأ إليها القاضي عندما لا يجد حلا للتزاع المطروح أمامه في النصوص التشريعية الوضعية، ويستنبط منها الحل ويقرره في أحكامه فيكتسي القوة الملزمة، والتي تجعل منه مصدرا من مصادر المشروعية⁷.

¹ - انظر: سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1973، ص. 264 وما يليها.

² - انظر في ذلك:

Gerald. FITZMAURICE, The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law , Leiden, The Netherland, Martinus Nijhoff, 1957, p. 24.

³ - انظر: محمد الكشور، قراءة في المصطلح القاعدة والمبدأ، مجلة المناهج القانونية المغربية، ع. 13-14، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2009، ص. 199.

⁴ - انظر: سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص. 249.

⁵ - انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص. 17.

⁶ - انظر: هانية محمد علي فقيه، مبدأ الاستقامة في الإثبات في النظام القانوني (دراسة مقارنة)، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص. 98.

⁷ - انظر لمزيد من التفصيل:

V. J. BASDEVANT, Le dictionnaire de terminologie du droit international, Sirey, Paris ,1960, p. 472:

وتقوم المبادئ العامة في القانون بدور هام في الحياة القانونية، فهي بمثابة المعالم التي تهدي إلى مواقع القواعد القانونية وتساعد على تنظيمها وفق أفكار توجيهية معينة، ثم إنها تعتبر عنصر مرونة في تطبيق القانون، فهي تغلب روح القانون على حرفه، تضع الفطرة السليمة فوق مقتضيات الصياغة، وتقدم العدل على الشرعية، كما أنها تدعو إلى الذهاب فيما يجاوز القانون إلى بواعث النظام الاجتماعي العميق، والقاضي إذ يستمد الحل من المبادئ العامة في القانون، لا يخلق القاعدة القانونية بل يكشف عن هذه المبادئ، وبذلك لا تعتبر المبادئ العامة مصادر منشئة في القانون بل القانون هو تلك المبادئ العامة إنها فحوى القانون¹.

والمبادئ العامة تعرف تصنيفات متنوعة، فهي موزعة من منظور فقه القانون الخاص بين مبادئ عامة منطقية (بطلان التصرف في ملك الغير) ومبادئ عامة تشريعية مكتوبة؛ أي مدرجة كقواعد تشريعية (كمبدأ حرية التعاقد)، ومبادئ عامة قضائية ومبادئ عامة عرفية، بالإضافة إلى مبادئ عامة مستوحاة من فكرة العدالة والتمدن (كمبدأ المساواة بين المواطنين ومبدأ الحرية الفردية)².

وبالرجوع إلى أحكام وقرارات القضاء الفرنسي، يتضح أن هذا الأخير في عمومته يطبق المبادئ العامة للقانون في جميع المواد، منها ما تعلق بالمواد الدستورية. فبداية من سنة 1969 بدأت قرارات المجلس الدستوري تتناول فكرة المبادئ العامة للقانون، حتى أنها في بعض الحالات أنزلتها منزلة القواعد الدستورية التي تعلق على النصوص التشريعية العادية³، وفي المادة الإدارية حيث تحتل المبادئ العامة مكانة هامة في القانون الإداري الفرنسي الذي يتميز بطابعه القضائي.

وفي المواد الجنائية، كثيرا ما تعتمد المبادئ العامة للقانون كدرع واق في مجال حقوق الدفاع، وأيضا المادة المدنية، وهذه الأخيرة تتميز بغزارة النصوص القانونية المكتوبة، والتي لا تتيح

« Les principes de droit sont des propositions premières dégagées de l'ensembles du système juridique par voie de synthèse, considérés comme exactes et susceptibles en conséquences, de justifier des déductions dans l'ordre juridique ».

¹ - انظر: عبد الحفي حجازي، المرجع السابق، ص 496-497.

² - انظر: محمود محمود المغربي، الاستتبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص. 17.

³ - انظر:

J. RIVERO, Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république, Une nouvelle catégorie constitutionnelle, Dalloz, Chron. 1972, p. 265.

إلا مجالاً ضيقاً للمبادئ العامة للقانون¹، ولكن كثيراً ما يعتمد القضاء المدني الفرنسي على هذه المبادئ.

ولكن العبارات المستعملة للتدليل على المبادئ العامة قد تتفاوت و مما يدل على ذلك عبارة "المبدأ المشترك" وعبارة "المبدأ الأعلى" وعبارة "المبدأ العام، والراجع أن عبارة المبدأ العام هي أكثر ما يعبر عن المبادئ العامة للقانون بوجه عام، دون أن يمنع ذلك وجود اختلاف بينها من مجموعة تكون مشتركة بين أكثر من منظمة وفي أكثر من مادة فيما ذكر وهو المقصود بعبارة المبدأ المشترك للقانون، ومجموعة أخرى تشهد تفاوتاً في علويتها، وهذا المقصود بعبارة المبدأ الأعلى للقانون، والتي تمكن بما توجي به من ترجيح بعضها على بعض أو تفادي التصادم فيما بينها².

والمبدأ (**Le principe**) يعد أساس التنظيم وأصل القاعدة والحكم الذي يقاس عليه، بل هو القاعدة الجوهرية التي تقوم عليها القاعدة القانونية المطبقة، ويحمل هذا المصطلح المعاني التالية القاعدة والقانون والأساس والمحور، أما لفظه فهو مبدأ³. وورد في القاموس الفرنسي على لسان العميد الفرنسي (CORNU)⁴ أن المبدأ عبارة عن قاعدة عامة ملزمة من الناحية القانونية ولو لم تكن مضمنة في نص تشريعي، بل وهي قاعدة لا يمكن أن تخالف بأي وجه، كما أن القضاء لا يبتكرها وإنما يعمل على استنباطها إما من روح التشريع⁵، وإما من العرف السائد بالاستعانة بالفقه⁶، ويعتبر من المصادر المهمة التي يستمد منها المشرع أفكاره في سن التشريع وللمبدأ دور كبير في سد الفراغ في القانون.

¹-انظر: محمد الكشور، المرجع السابق، ص.ص. 200-201.

²-انظر: محمد محفوظ، مساهمة في التأصيل للمبدأ العام للقانون في القانون الخاص مقارنة بنفس المفهوم في القانون العام، المرجع السابق، ص.ص. 33-34.

³-انظر: نافع بحر سلطان، قانون العقود الفرنسي الجديد، ترجمة عربية للنص الرسمي، ط. 1، مطبعة المنتدى، بغداد، العراق، 2017، ص. 187.

⁴-انظر:

G.CORNU, Vocabulaire juridique , 8^{ème} éd, PUF, 2007, p. 630.

أشار إليه محمد الكشور، المرجع نفسه، ص. 200.

⁵-انظر:

Sur les diverses définitions du principe:

P. MORVAN, Le principe de droit privé, Préf. J.-L. Sourieux, éd. Panthéon-Assas, Paris, France, 1999, p. 358.

⁶-انظر:

J.GUESTIN, G. GOUBEUX et M. MAGNAN, Traité de droit civil - Introduction générale, Delta, LGDJ, paris, France, 1995, p. 461.

وما يجب لرفع اللبس عن مصطلح المبدأ العام للقانون إجراء مقارنة بين المبدأ العام والقاعدة القانونية أو ما له علاقة بالمقتضى القانوني أو القاعدة السائدة، ومن المتعارف عليه أن القاعدة القانونية تنصيص مكتوب أو غير مكتوب يضمن مقتضى يكون عاما وملزما في إقليم معين بما يشكل منظومة قانونية، وهذا المقتضى ولئن كان من الممكن أن يكون سائدا في أكثر من منظومة إلا أنه خاص بالمنظمة التي تتلقاه. أما المبدأ العام للقانون فغالبا ما يتجاوز نطاق المنظومة الواحد حيث تشترك فيه منظمات تقنية عديدة، من ذلك عبارة مبدأ سلطان الإرادة التي تشكل حكما سائدا بالعديد من هذه المنظومات التقنية، وهو ما يجعلها مبدأ عاما للقانون ولكن ما يجسد المبدأ بالمنظمة القانونية الواحدة قاعدة قانونية لا مبدأ قانوني¹.

فالمبدأ العام موجود كركن من أركان النظام القانوني القائم، وإن لم ينص عليه صراحة، والمبدأ العام يفترض وجود قاعدة قانونية مصاغة بعبارات عامة أساسية وجوهرية تستند إليها المحاكم في قراراتها²، وهو لا يظهر عبر نص صريح بل من مجمل النصوص³ كقاعدة موجودة في النظام القانوني أو كقاعدة مستخلصة من مجمل القواعد القانونية الأخرى، ويكشف عنها العقل وتستوحى من قيم المجتمع وطبيعة الأمور والأشياء والحس السليم التي تملئ وجود المبدأ العام أو تنطلق منه⁴، وعلى حد تعبير الفقيه (RODIERE): "نعني (بالمبادئ العامة) أن المنطق والإنصاف والحس السليم هو ما يجب أن يوجهنا، ونحن لا نضيف أي شيء إلى وصايا العقل في جميع العلوم والفنون"⁵.

¹-انظر: محمد محفوظ، مساهمة في التأصيل للمبدأ العام للقانون في القانون الخاص مقارنة بنفس المفهوم في القانون العام، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، مج.6، ع.2، مخبر المرافق العمومية والتنمية، جامعة الجيلالي البابس، سيدي بلعباس، ص.33.
²-انظر:

Ph. DUPICHOT, Les principes directeurs du droit français des contrats 1, RDC, n° 1, 01/01/2013, p. 38.

³-انظر:

R. RODIERE, Les principes généraux du droit français, RID Comp, numero spécial, vol.2, 1980, p.304.

⁴-انظر: مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص.83.

⁵- انظر:

R.RODIERE, ibid, p.309.

والمبدأ يمكن أن يتساوى مع القاعدة من باب تعدد المعاني لمصطلح واحد، وقد يظهر ذلك في شكل قاعدة تظهر صراحة في شكل نص قانوني وضعي، وبهذه الصفة يصح وصف القاعدة بالمبدأ بالنظر إلى أهميتها الخاصة¹.

ويشترك المبدأ مع القاعدة القانونية في صفة العمومية مع الاختلاف في فهم المقصود من هذه الصفة، والذي يجب الانتباه إليه أن المبدأ على هذا النحو يتميز عن القاعدة القانونية، فبينما يتخذ المبدأ صفة العمومية، فإن القاعدة القانونية ليست لها هذه الصفة²، وإن كانت موجودة فهي من ناحية تتميز بنوع معين من الخصوصية والتي تفيد تقريرها بالنسبة لقدر محدد من الأعمال والوقائع، فهي تتعلق بوضع قانوني محدد، وهي لا تقبل الاستثناء، فكلما تحقق ركن الفرض في القاعدة، لزم تطبيق الحكم من قبل القاضي. كما أن هذه القواعد التي تعبر عن نصوص قانونية مكتوبة وشروطها محددة في النص نفسه، وقد جرى إصدارها ونشرها وفقاً للأصول القانونية المحددة لنشر القوانين، ويفترض بالجميع علمهم بها، وهذه القواعد تتغير باستمرار، فهي تزول ويمكن أن تعدل بنص مقابل، في حين أن المبدأ هو فكرة ثابتة ومستمرة منبثقة عن القانون الطبيعي وشروطها غير محددة.

والمبدأ غالباً ما يكون أسمى من القواعد القانونية، ووجوده سابق للروابط التي يحكمها وليس لاحقاً لها، في حين أن القاعدة القانونية تستخلص من مجمل النصوص القانونية، وتشكل جزءاً من القانون الوضعي، كما أن المبدأ القانوني ينبثق إما من هذه النصوص، وإما من النظام القانوني السائد والقائم على أسس متعارف عليها علمياً بأنها تشكل ثوابت مسلم بوجودها ضمن هذا النظام، والثابت أن احترام القواعد والمبادئ القانونية العامة من قبل المحاكم يخضع لرقابة المحكمة العليا³.

كما يتميز المبدأ عن القاعدة القانونية القضائية والتي تنشأ من تفسير القانون، حتى وإن كانت تتصف بالمثل مع المبدأ القانوني بالعمومية، إلا أن درجة العمومية تتفاوت بينهما، فإن كانت

¹-انظر بصفة عامة في فكرة المبدأ العام:

Marie de BECHILLON, la notion de principe général en droit privé, d'Aix -Marseille, presse universitaire d'aix marseille, France, 1998.

²-انظر في هذا المعنى:

Dimitri HOUTCIEFF, th.cit. p p.15-17.

³- انظر: مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص.85.

تعتبر عامة من ناحية تطبيقها على العديد من الحالات غير المحددة، إلا أنها تكون خاصة عندما لا تحكم إلا مثل هذه الحالات من حيث الأعمال والوقائع، وكما أن القاعدة القضائية تنشأ من تفسير القانون، يقدم المبدأ حلولاً في غياب النص على مسألة معينة¹.

وإن اطراد الأحكام الصادرة بشأنه يدعم هذا المبدأ، ويسفر تطبيقه المتعاقب إلى جعله قاعدة قانونية حقيقية، فالمبدأ يكمن في داخل القاعدة القضائية²، ولكن هذه الأخيرة تظل محكومة بالاعتبارات الخاصة لكل حالة، فهي تتعلق بحكم خاص يقدم حلاً يوصف بالفردية، حتى وإن كانت مؤسسة على مبدأ عام أو مستندة على أحكام قضائية سبقتها³.

أما عن كلمة معيار⁴ (standard) والتي أخذت أهمية كبيرة في الفقه الفرنسي، من أنصار الفكرة أو من خصومها، وسواء اتفق الفقهاء أو اختلفوا حول أهمية المعيار، فإنهم مع ذلك يتفقون جميعاً على أن المعيار هو وسيلة للتعبير عن القانون مختلفة عن القاعدة والمبدأ وقابلة للمقارنة بينهما. ويراد بالمعيار القانوني تقويم السلوك الفردي وفقاً لنموذج قانوني يقوم على أساس معطيات اجتماعية وتاريخية وأخلاقية معينة، والذي يتحدد في ضوءه السلوك الذي يتوقعه المجتمع من أفرادها في المواقف المختلفة، وفي حال التزاع، يشكل هذا السلوك النموذجي مرجعاً للقاضي ليقدر السلوك الفعلي للشخص المدعى عليه أمامه، والذي يهتدي به عند الحكم في الدعوى ويترك

¹ - انظر: رمضان إبراهيم علام، المرجع السابق، ص 368-369.

² - انظر:

Marie-christine CAUCHY PSAUME, th.cit, p.287.

³ - انظر:

Marie-christine CAUCHY PSAUME, ibid, p p.288-289.

⁴ - "المعيار في اللغة يفيد معنى القياس كما يفيد أيضاً معنى القانون، فهو القياس الذي يقاس به عمل الإنسان والتمييز بين صحيحة وباطله، ولهذا يعرف القانون على أنه مجموعة قواعد معيارية تبين ما هو جائز وما هو غير جائز". انظر في هذا الخصوص: منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعة المجمع العلمي العراقي، 1994، ص. 60.

ويعرف الأستاذ أحمد عبد الرزاق السنهوري المعيار القانوني بقوله: "المعيار القانوني ليس عبارة عن اتجاه عام يفيد القاضي بل يهتدي به عند الحكم ويعطيه فكرة عن غرض القانون وغايته". انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، القيود التعاقدية على الحرية الفردية للعمل في القانون الإنجليزي، رسالة دكتوراه، جامعة ليون، 1925، ص 26-37.

وهذا التعريف عارضه العلامة هوريو الذي يرى فيه أنه أخلط بين المعيار والاتجاه حيث هما أمران مختلفان تماماً حسب زعمه ذلك أن الأول وسيلة لمعرفة الثاني، فحسب الفقيه هوريو إن الاتجاه عبارة عن نتيجة للمعيار الذي يتبعه القاضي من أجل الوقوف على معرفة العوامل المختلفة لما هو معروض عليه. انظر: هوريو، البوليس القانوني وجوهر القانون، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1926، ص. 294.

أشار إليهما: بن عمارة محمد، المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، عن جامعة زيان عاشور، الجلفة، مجلد 5، ع. 11، ص. 47.

له حرية واسعة في القضايا المعروضة عليه، فالمعيار القانوني وجد في الأساس بهدف خدمة القواعد القانونية والحد من الجمود الذي تتسم به¹.

وفي التمييز بين المبدأ والمعيار غالباً ما يتعارض المفهومان ولا يلتقيان، لكن بعض المبادئ قد تتضمن معايير سلوكية على سبيل المثال حسن النية أو إساءة استعمال الحق.. الخ. مما يجعل التضاد بينهما نسبياً².

وهناك فروق خاصة بين المعيار والقاعدة حسب رأي بعض الفقه³، ويرى الفقيه أحمد عبد الرزاق السنهوري، بأن المعيار يختلف عن القاعدة في طبيعته ووظيفته ومجال تطبيقه⁴.

ويعرف العميد روسكو باوند المعيار على أنه عبارة عن مقياس لنهج اجتماعي سليم، غير أنه يعترف بصعوبة وضع تعريف دقيق له، ولأجل توضيح أكثر لتعريفه يقدم مجموعة من نماذج معايير في القانون الإنجليزي مثل معيار الرجل المعقول ومعيار الخدمة المعقولة ثم يعود ويؤكد على أنه لا مجال للبحث عن المعيار الثابت، بل مجال التقدير الذي يتضمنه المعيار لأن كل حالة تختلف عن الأخرى⁵.

¹ - انظر :

Marie –Emma BOURSIER, Le principe de layauté en droit processuel, Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2003, p.32.

² - انظر:

Y-M. LAITHIER, Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé, RDC, n. 1, 10/10/2013, p. 410.

³ - انظر في ذلك: مارسيل ستاتي، المعيار القانوني، رسالة دكتوراه، باريس، 1927، ص. 103. أشار إليه سمير تناغو، الالتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، ط. 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2014، ص. 120.

⁴ - انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، القيود التعاقدية على الحرية الفردية للعمل في القانون الإنجليزي، رسالة دكتوراه، جامعة ليون، 1925، ص. 26-37.

⁵ - انظر في هذا الشأن:

Nathan ROSCOE POUND, The administrative application of legal standard American bar Association Reports, vol.44,(1919), p.445-465.

أشار إليه: حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد، ع. 2، مصر المعاصرة، 1995، ص. 350.

بن عمارة محمد، المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 47.

والأمر كما يقول الفقيه هوريو، يتعلق بوسيلة من وسائل الصياغة المنافسة لفكرة القاعدة القانونية¹. والبعض أمثال الأستاذ السنهوري يؤكد سمو فكرة المعيار على فكرة القاعدة، أما البعض الآخر مثل الأستاذ موري، فيرى أن المعيار أقل قيمة من القاعدة².

وعلى خلاف هؤلاء الفقهاء الكبار، يرى الأستاذ سمير تناغو بأن المعيار لا يدخل أبدا في منافسة أو مقارنة مع القاعدة، وأنه لا وجود للمعيار خارج القاعدة القانونية، فهو لا يمكن تصوره إلا على أساس أنه جزء منها، وهذا يحول دون أية مقارنة بينهما.

وحق وإن كانت هناك مقارنة في القوانين الأنجلو أمريكية بين كلمة المعيار (Standard) وبين كلمة (Rule) والتي تعني الأمر، لكن من الخطأ ترجمة الكلمة الإنجليزية (Rule) بالكلمة الفرنسية (Règle) أي قاعدة، فالأمر في القانون الأنجلو أمريكي هو حل محدد لفرض محدد، فالأمر يتميز بالتحديد والجمود، ولا علاقة له بالقاعدة القانونية التي قد تكون مرنة أو جامدة حسب الأحوال³.

والقاعدة كما يرى الفقيه أحمد عبد الرزاق السنهوري تعطي حلا جامدا لفرض محدد، فهناك جمود وتحديد بالنسبة للواقع، وجمود وتحديد بالنسبة للحل الذي ينطبق على الواقع⁴. غير أن الأستاذ سمير تناغو يرى غير ذلك، فالقاعدة القانونية حسبه لا تتميز بالجمود، وهي إما أن تكون مرنة أو جامدة، وكل قاعدة قانونية تتحلل إلى عنصرين هامين الأول هو الفرض (l'hypothèse) والثاني هو الحل (la solution).

وتكون القاعدة مرنة إذا كان الفرض مرنا، ويكون الفرض فيها مرنا عندما تكون العبارة المستخدمة في تحديد الفرض غير محددة تحديدا دقيقا، حيث تكون عبارة مرنة يمكن أن تتسع

¹ - انظر: هوريو، البوليس القانوني وجوهر القانون، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1926، ص. 294. أشار إليه سمير تناغو، المرجع السابق، ص. 120.

² - انظر: موري، ملاحظات حول طريق التعبير عن القواعد، القواعد والمعايير، في الدراسات المهداة إلى لامبير 1938، ج. 1، ص. 179، أشار إليه سمير تناغو، الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام، المرجع السابق، ص. 120.

³ - انظر: سمير تناغو، الالتزام القضائي، المرجع نفسه، ص. 121.

⁴ - انظر في هذا الموضوع:

A.A.AL-SANHOURY, « Le Standard Juridique », in Recueil d'études sur les sources de droit en l'honneur de François GENY, T.II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Librairie de Recueil Sirey , 1934, p.145.

فتشمل وقائع معينة أو تضيق فلا تنطبق على هذه الوقائع، والعبارة المرنة هي العبارة المطاطة، ويمكن أن يطلق على العبارة المرنة اصطلاح المعيار.

والمعيار إذا دخل في فرض القاعدة أو دخل في حلها أو دخل في كلاهما جعل القاعدة مرنة في مجموعها، فهو إذا وجد إنما يوجد داخل القاعدة القانونية المرنة¹، وهو يتغير بتغير الأحوال والأزمان، ويجب أن يطبق طبقاً لوقائع القضية المطروحة أمام القضاء، بحيث بواسطتها يتمكن القاضي من وضع الحلول التي تلائم كل حالة طبقاً لظروفها².

وبالنتيجة يتبين أن المعيار القانوني هو عبارة عن ضابط عام للسلوك البشري، لأنه يضع ضوابط مثالية لما ينبغي أن يكون عليه سلوك الإنسان، ويستمد من قواعد الأخلاق وقيم التعامل المهني والتجاري، وبالتالي فهو لا يعبر بالضرورة عن مقدمات منطقية تؤدي إلى نتائج موحدة كما هو الحال في القاعدة القانونية، بل إنه متغير ونسبي³.

كما أن القاضي حينما يطبق النص القانوني، فإنه لا يقوم بالتشريع، مع الأخذ بعين الاعتبار السلطة التقديرية التي أولها المشرع، وذلك عند إحالته إلى معيار معين الذي هو من خلق المشرع سواء تعلق الأمر بمعايير عامة كقواعد العدالة أو القانون الطبيعي، أو إحالة إلى معيار محدد على وجه العموم كمعيار الرجل المعتاد⁴.

ثانياً: ترجيح وصف المبدأ العام للقانون في القانون الخاص

كما هو معلوم، كثيراً ما تعمد النظم القانونية المختلفة إلى تكريس المبادئ العامة بنصوص، فتصبح هذه النصوص مصدراً للقاعدة القانونية وللمبادئ القانونية عامة، خاصة في القانون الإداري حيث النصوص القانونية محدودة، ودور المحاكم هو إظهار هذه المبادئ القانونية العامة في معرض حلها للمسائل القانونية المعروضة أمامها، عندها يتخذ المبدأ العام شكل القاعدة القانونية المكرسة بموجب قرار قضائي⁵.

¹-انظر: سمير تناغو، الحكم القضائي مصدر جديد للإلتزام، المرجع السابق، ص.122.

²-انظر: توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، مكتبة مكاوي، بيروت، لبنان، 1975، ص.166.

³-انظر في ذلك: هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص.89.

⁴-انظر: هانية محمد علي فقيه، المرجع نفسه، ص.90.

⁵-انظر: مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص.74.

ولا شك أن الكشف عن المبادئ العامة داخل النظام القانوني نفسه لا يثير أية مشكلة، لكن المشكلة تكمن في الكشف عن مبدأ قانوني معروف في الأنظمة المدنية المقارنة، مما يحتم على القاضي اتباع أصول المقارنة بين القوانين والأنظمة، وهو علم قائم بذاته، وعن اعطاء وصف قانوني مناسب لفكرة عدم التناقض مع الذات على حساب الغير أو الإستوبل فيما إذا كانت مبدأ أم قاعدة قانونية، فإن الإجابة تتعلق في الأساس بالطريقة التي تم اعتماده بها في النظم القانونية المختلفة.

فللتأكد من وجود مبدأ قانوني ما، لابد من البحث في مصدرين أساسيين هما النص التشريعي والتطبيقات القضائية، أو ما يعرف في القانون الإنجليزي بالسوابق القضائية، فلو أن القانون نص عليه صراحة بالقول أنه، لا يمكن للشخص أن يتبنى موقفا مناقضا لسلوكه السابق على حساب الغير، فالمسألة في هذه الحالة تتعلق بقاعدة قانونية وضعية، والحال لا إشكال يطرح في القانون العمومي أو المشترك (**commun law**)، حيث ينظم القانون الإنجليزي مبدأ الإستوبل الذي يفيد اختصارا للإغلاق للتناقض. وهذا المبدأ أو القاعدة معروفة قبلا في الشريعة الإسلامية وقد تلقفتها بعض التقنيات العربية. وحتى في النظم القانونية التي لا تتبناه صراحة، ولكن مع ذلك تتضمن بين ثنايا نصوص تقنيناتها ما يفيد بوجود هذا المبدأ المانع، وإننا لنكون بصدد مبدأ عام¹، وسواء نص المشرع الجزائري صراحة أو ضمنا على عدم التناقض الواقع إضرار بالغير، وسواء ورد النص عاما أو خاصا بحالات معينة، فإنه يمكن تعميمه على كل الحالات حتى في حالة عدم النص عليه، والقاضي يجتهد رأيه لكي يصل إلى حسم النزاع المعروض أمامه، ويمكنه في ذلك أن يستلهم هذا المبدأ من روح التشريع أو بالاستناد إلى العدالة والإنصاف حفاظا على الترابط الإجرائي وحسن النية في الإجراء².

بل ويعد الإستوبل أحد المبادئ العامة للقانون التي أقرتها الأمم المتحدة طبقا لنص الفقرة الأولى (ج) من المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وإن كان بعض الفقه³ يعترض

¹-انظر: رمضان إبراهيم علام، المرجع السابق، ص. 370.

²- انظر: رمضان إبراهيم علام، المرجع نفسه، ص. 370-371.

³-انظر:

على تصنيف مبدأ عدم التناقض، أو ما يعرف بالإغلاق كأحد المبادئ العامة للقانون، ومنهم¹ من يعتبره من قبيل القاعدة العرفية العامة². ولعل ذلك راجع إلى عدم الدقة التي تكتنف مضمون هذا المبدأ وعدم توافق التفسيرات التي أعطتها له المحاكم الدولية في كثير من أحكامها، (مبدأ قديم يسعى إلى موقع جديد في عالم القانون)، وهو مبدأ عاجلته التشريعات إن صراحة أو ضمنا، وإن كان قد عرف بصياغات مختلفة، منها مثلا استحالة الجمع في وقت متعاصر بين نقيضين يتعلقان بنفس الموضوع ونفس العلاقة³، أو ما يعرف بتعبير بعض الفقهاء أنه ليس مشروعاً (Légitime) قول الشيء ونقيضه في نفس الوقت⁴، فالمبدأ يفرض نفسه في كل تفكير ويمتد ليشمل مختلف فروع القانون، وعلى الأقل يعد هذا المبدأ من المبادئ العامة للتجارة الدولية⁵، وقد سبق وأن أشارت الدراسة كيف أصبح الإستوبل مبدأ عاما في القانون الدولي، والمدى الذي بلغه في التطبيق في التحكيم التجاري الدولي حتى أصبح مبدأ عالميا، حيث لم يقف تبني الإستوبل على حدود الأنظمة الأنجلوأمريكية بل تعدى الحدود الجغرافية لها، وانتقل إلى دول النظام القانوني اللاتيني.

إلا أن غياب تفسير موحد لقاعدة الإستوبل في تطبيقات قضاء التحكيم، خاصة في ظل تعدد صورها، يقف عائقا أمام عالمية المبدأ أو التدويل بالإضافة إلى الغموض وعدم اليقين الذي يشوب المفهوم⁶، أكثر من ذلك تباين إعمالها من جانب الأنظمة المقارنة¹، حيث النظم الأنجلو

¹-انظر:

A. MARTIN, L'Estoppel en droit international public, op.cit , p. 246.

²- انظر: عادل عبد الله المسدي، مبدأ الإغلاق وآثار تطبيقه أمام المحاكم الدولية، المرجع السابق، ص.03.

³-انظر:

Thomas DE PRATERE, Le principe de non contradiction et la question de l'individualité du sujet, institut supérieur de philosophie, Louvain-la neuve, Paris, France, 1999, p. 37.

⁴-انظر:

J. GHESTIN, Force obligatoire des documents publicitaires, In : Le contrat ,pref. E du PONTAVICE , Editions Nationales administratives& juridiques (ENAJ) ,3 et 4 juin 1978, p. 242.

أشار إليه : رمضان إبراهيم علام ، المرجع السابق ، ص.374.

⁵-انظر:

P. FOUCHARD, E. GUAILLARD et B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, éd. LITEC ,Paris, France, 1996, p. 832.

⁶- لم يجذب الفقيه روسو تصنيف الإستوبل كمبدأ قانوني عام وهذا بقوله:

«...Plusieurs auteurs ont voulu voir dans le principe de l'estoppel un principe général de droit , mais il est difficile de faire abstraction d'une part de l'incertitude qui règne sur la notion même de l'estoppel, d'autre part du manque d'uniformité de l'interprétation donné au concept par la jurisprudence.. »

لمزيد من التفصيل انظر:

أمريكية تقرها من المفهوم الإنجليزي، وتقوم على تحليل سلوك الخصم المتناقض واعتماد الخصم المقابل على سلوك الخصم الأول، بينما تقوم الفلسفة الثانية في النظام اللاتيني على تحليل سلوك الخصم المتناقض فقط ومدى سوء نيته، دون النظر إلى ما إذا كان الخصم المقابل اعتمد على هذا السلوك الأول، وهذا ما يجعل السوابق القضائية أو التحكيمية متفاوتة، وتعتمد بالدرجة الأولى على الخلفية القانونية للقاضي أو المحكم فيما إذا كان يطبق القانون العرفي(العمومي) أو القانون المدني.

ويكتسب مبدأ عدم التناقض على حساب الغير في القانون الفرنسي صفة المبدأ العام في التحكيم التجاري² والمقابل للتطبيق في دعاوى المدنية³، وقد استقر العمل به كمبدأ إجرائي في نطاق التحكيم ويتوقع له مستقبلا في مجال قانون العقود⁴ على الرغم من كونه لا يعتبر مبدأ توجيهيا⁵.

Ch. ROUSSEAU, Droit international public, T.1, Sirey, Paris, France, 1970, p.464.

¹-انظر:

« ...Plusieurs auteurs ont voulu voir dans le principe de l'estoppel un principe général, mais il est difficile de faire abstraction d'une part de l'incertitude qui règne sur la notion même de l'estoppel, d'autre part du manque d'uniformité donné au concept par la jurisprudence... ».

M.CH.ROUSSEAU, op.cit, p.464. ; Dimitri HOUTCIEFF, th.cit, T. 2, p.739.

²-انظر:

GUINCHARD S. (dir.), Droit et pratique de la procédure civile, Droits interne et de l'Union européenne, Dalloz Action, 8^{ème} éd, 2014/2015, n° 193.17.

³-انظر:

Philippe Dupichot, art. préc, p.387:

«.. Il est à l'inverse des exigences qui ont sans doute valeur de principes mais qui ne tracent, semble-t-il, pas véritablement de direction qui leur serait propre.

Ainsi par exemple d'un arrêt remarqué de la chambre commerciale en date du 20 septembre 2011, qui a visé pour la première fois de façon éclatante le « principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui »....

Cette réception de l'estoppel en fait avant tout un principe procédural, qui a déjà été utilisé en droit de l'arbitrage. Mais l'estoppel pourrait gagner demain le cœur du réacteur contractuel français, à la faveur notamment du « principe de cohérence » dégagé avec talent par un auteur. Toutefois, ce devoir de cohérence ne paraît pas pour l'heure donner d'autre direction à notre droit des contrats que celle qui résulte déjà du principe cardinal de bonne foi.. ».

⁴-انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص.77.

⁵-انظر:

Yves MARIE LATHIER, art, préc, p.410 et :

« .. Quel est le critère permettant de distinguer le principe directeur de celui qui n'accède pas à ce rang? Un principe est-il directeur parce que son domaine d'application dépasse celui du contrat? On pourrait alors ranger sous cette bannière le principe (Fraus omnia corrumpit),

ويعني أصح، فمبدأ عدم التناقض يصلح لأن يكون مبدأ عاما يحكم كل فروع القانون، وقد حظي بإقرار صريح من العديد من الأنظمة القانونية، وحتى الأنظمة التي لم تنص عليه صراحة فإنها تقر بهذا المبدأ¹، ولا بد من التمييز بين مبدأ عدم التناقض (Principe de non-contradiction) ومبدأ الواجهية (principe de contradiction)، ويقصد بمبدأ الواجهية أن تتم جميع إجراءات الخصومة التي يباشرها أحد الخصوم في مواجهة الطرف الآخر بحيث يعلم بها، سواء عن طريق إجرائها في حضوره أو عن طريق إعلانه بها أو بتمكينه من الإطلاع عليها ومناقشتها، فلا يجوز أن تتم إجراءات الخصومة من سماع بينة أو إقرار أو انكار أو شهادة أو غير ذلك إلا بحضور الخصوم².

فالخصومة لا بد أن تقوم على أساس المواجهة بين أطرافها، ويشمل ذلك أعمال حق الدفاع للخصوم باطلاع كل طرف على طلبات خصمه والأدلة التي يقدمها، والتمكين من الرد عليها والطعن في حجيتها، وأن يحاط الخصوم بكل إجراء يتخذه القاضي لمناقشته والاعتراض عليه إذا كان له مقتضى، ولقد استخدم قانون المرافعات الفرنسي الجديد لفظ الواجهية للتعبير عن هذا

l'interdiction de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, le respect des droits de l'Homme, l'abus de droit, l'accès au juge, les principes gouvernant l'application de la loi dans le temps, ou le principe compensatoire, pour ne citer que quelques exemples. Mais, outre le fait que ce premier critère est arbitraire, il est d'un maniement délicat en droit comparé, le domaine d'application d'un principe donné n'étant pas toujours défini de façon identique. Par exemple, parmi les droits qui imposent un devoir de bonne foi, certains y voient un principe d'application générale entre tous les sujets de droit, tandis que d'autres limitent son application aux relations contractuelles.

Un principe est-il directeur parce qu'il exprime un choix politique, parce qu'il établit une hiérarchie des valeurs? Mais n'est-ce pas le cas de tous les principes qui, par définition, sont des propositions premières? À suivre ce critère évasif, pourquoi ne pas qualifier de principe directeur – alors que nul n'y songe habituellement – La règle imposant la capacité des parties au contrat dès lors que, politiquement et techniquement, elle est protectrice de tous ceux qui ne sont pas en mesure de défendre correctement leurs intérêts?

En réalité, il est fort probable que l'adjectif directeur soit purement descriptif. En d'autres termes, il ne suffit pas de qualifier une règle de « principe directeur» pour lui conférer aussitôt une portée supérieure, étant donné que cette notion ne correspond à aucune catégorie juridique proprement dite dans la hiérarchie des normes. Ainsi, le législateur peut bien qualifier un principe directeur de disposition générale sans qu'il en découle aucune conséquence concrète».

¹-انظر: رمضان ابراهيم علام، المرجع السابق، ص.382.

²-انظر: نبيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1999، ص.23.

المبدأ، ويجري التعبير عنه كذلك بلفظ (**contradictoire**)، كما يستخدم البعض التعبير التقليدي المتمثل في حقوق الدفاع (**le respect de droit de la défense**) لنفس الغرض¹. ومبدأ الوجاهية من المبادئ الأساسية في النظام القضائي الجزائري ونظيره المصري²، ويكتسب هذا المبدأ أهمية خاصة في الخصومة كضمانة أساسية لصحة ونزاهة وعدالة الأحكام، ذلك أن المناقشة التي تتم بالمواجهة بين الخصوم تثري المرافعة بما يبيده الخصوم من أقوال وملاحظات تثير الطریق للقاضي والخصوم، كما أنها تحمي المتقاضين من أي مفاجئات قد تحول دون استخدام لأي منهم حقه في الدفاع كاملاً³، فهذا المبدأ يحقق المساواة في المراكز القانونية بين المتقاضين، ويعتبر من قواعد النظام العام، والدليل على أهميته أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان نصت عليه صراحة في المادة (6) منها⁴، ويعد الأخير مناقضة قضائية تتم بمباركة القانون وإعمالاً لمقتضاه وأمر طبيعي أن يسفر مبدأ المواجهة عن وجود تناقض في المواقف الإجرائية لكليهما، فمبدأ المواجهة لا يمكن أن يسد مسد مبدأ عدم التناقض⁵.

هذا ويعد مبدأ عدم التناقض الوجه الثاني لمبدأ آخر والمعروف بمبدأ الترابط المنطقي (**Le principe de cohérence**)، والمبدأ معروف في قانون العقود، ويبدو في نهاية المطاف كمبدأ سلوك وآلية تستخدم لتثبيت المواقف، وهو لزوم مطلق للحق، ويعني بأن من اختار سلوكاً معيناً يتعين عليه الالتزام به وعدم نقضه، فمثلاً من يستفيد من العقد لا يسمح له في نفس الوقت من التملص من التزاماته، وعلى ذلك يعتبر مبدأ الترابط المنطقي أو الاتساق ومبدأ عدم التناقض وجهان

¹ - انظر:

G.COUCHEZ, Principe de contradiction , Juriscl. Procédures civiles, T. 11, p. 190.

² - المادة 3 / ف. 2 و 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي نصت على أنه:

"... يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم على ذلك الحق أو حمايته.

يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية"، ويقابلها المادة 168 من قانون المرافعات المصري ونصت على أنه:

"لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه، أو أن تقبل أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلاً". انظر: قانون المرافعات المدنية والتجارية، رقم 13 لسنة 1976 المعدل.

³ - انظر: إبراهيم أمين النفاوي، مبادئ الخصومة المدنية، المرجع السابق، ص. 52 و 53.

⁴ - انظر:

Cour européenne des droits de l'homme/Conseil de l'Europe, F-67075, Strasbourg, Cedex, Site internet : www.echor.coe.int

⁵ - انظر: رمضان ابراهيم علام، المرجع السابق، ص. 386.

لعملة واحدة، فالترابط في حقيقته عبارة عن منع أو حظر التناقض بما يقطع أن المبدأين هما مدلولان لمصطلح واحد.

وعلى الصعيد الإجرائي، فإن مبدأ الترابط الإجرائي أو مبدأ الاتساق الإجرائي، بمقتضى هذا المبدأ لا يجوز أن يتناقض العمل الإجرائي أيا كان نوعه، وأيا كانت جهة القضاء التي تصدره، حيث أن الدعوى والدليل والأسباب والأحكام كأعمال إجرائية لا يجوز أن تتناقض في نفسها أو مع غيرها من الأعمال¹.

غير أن هناك نوع من الخلط الحقيقي بين الاستتوبل ومبدأ الترابط المنطقي، من خلال اعتبار الاستتوبل البديل لواجب الاتساق أو كونه مشتقا من واجب حسن النية، ما ينفي فائدة خلق مبدأ عام للاتساق، والواقع أن ربط هذا المبدأ بالاستتوبل ليس مناسباً لأن مبدأ الاتساق أو الترابط المنطقي لا بد من أن يتحرر من أية قيود أخلاقية: فغاية هذا المبدأ الرئيسية "هي تجريده من أي تقدير ذاتي، بقدر ما يكون من المفيد، معاقبة عدم الاتساق في السلوك أو انتهاك حسن النية"².

ولا شك أن الاعتراف بفكرة عدم التناقض في القانون الجزائري قد يكون في الواقع إما بالتنصيص عليها أو بالاجتهاد، وإما أن تدرج ضمن المعايير الإلزامية للقانون الوضعي، طالما أن المشرع لا يكثر بوضع مبادئ عامة بقدر ما يعني بصياغة قواعد قانونية. وإما أن تدرج ضمن المبادئ العامة ذات التطبيق العام، وسواء عبر عنها بقاعدة قانونية أو مبدأ اجتهادي تبقى قيمتها متوقفة على الصياغة المعتمدة، وهي إما أن تكون صياغة عامة أو مقتضبة ومقيدة، وأمام سكوت المشرع الجزائري وعدم النص عليه صراحة، يقع على القاضي الجزائري التزام بأن يجتهد ويكتشف المبدأ الذي لا يظهر صراحة إلى العلن، أو يستلهم المبدأ من روح التشريع ذاته بالاستناد إلى العدالة والإنصاف.

إن النصوص القانونية حينما توضع، تكون في حالة سكون، وإن الذي يبت فيها الحركة هو القضاء، والمشرع إن قصر في وضع النصوص التي تستطيع مجارة التطور، فإن المهمة تنتقل إلى القضاء الذي عليه أن يسد كل نقص، ذلك أن وظيفته لا تقتصر على تطبيق القاعدة القانونية

¹-انظر: رمضان ابراهيم علام، المرجع السابق، ص.375.

²- انظر:

الجامدة كما هي، وإنما من واجبه أيضا أن يسد كل ثغرة تظهر في صرحها، وأن يجعلها مسايرة لما يستجد داخل المجتمع من وقائع وأحداث جديدة، لم يستطع المشرع التنبأ بها¹. ولم يكن من المعقول تمكين القاضي من الاجتهاد لو أن التشريع كاملا لا يشوبه نقص، فالقاضي ليس له الامتناع عن الحكم بحجة عدم وجود نص قانوني، فالقاضي يبحث عن الحل مستعينا بالقوانين الأجنبية والمعاهدات الدولية وأحكام القضاء.

وسبقت الإشارة في هذه الدراسة إلى التأكيد على اعتبار فكرة عدم التناقض من المبادئ القانونية المبدئية من قبل القاضي المصري، أين قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه: "...تحت ظل مبدأ حسن النية المهيمن على الوسط التجاري تم إبراز وتكريس ما يعرف بقاعدة الإستوبل، والمعروفة في اللغة القانونية العربية بقاعدة عدم التناقض إضرارا بالغير، وبمقتضاها يمكن إحباط مسعى الخصم من الاستفادة من أقواله وسلوكياته ومواقفه القانونية المتناقضة للحصول على منافع على حساب خصمه، هذه القاعدة مع اختلاف تسميتها حسب النظام القانوني المعمول به صارت مطبقة بشكل صريح ومباشر، بل غدت أمرا مقتضيا بحسبانها من المبادئ القانونية المبدئية التي لا يجوز إغفالها أو إنكارها وإلا أعتبر ذلك، وفي محصلته النهائية، هدم لقيم العدالة ذاتها والتي تنحاز إليها كل جماعة ولا تفرط فيها"².

ومن أمثلة القرارات التي تؤكد على مبدأ عدم التناقض في القضاء المصري يحضر مثال القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة استئناف القاهرة³، وتتلخص وقائعه في دعوى رفعت إلى محكمة

¹-انظر: عز الدين الماحي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، مجلة القصر، ع.7، النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ص.87. مقال متاح على شبكة المعلومات العالمية، اطلع عليه بتاريخ 2019/07/22، على الساعة 14.00.

²- انظر: الدعوى رقم: 35-41-44-45، س.129.ق، تحكيم تجاري، القاهرة، الدائرة السابعة التجارية، جلسة 5 فبراير 2013، قرار غير منشور.

³-انظر في هذا الخصوص:

». Note, 7e chambre commerciale, jan. 2016, n°65, cité par : El Ahdab, Patricia Mounayer, Pays arabes 2015/2016, cahier de l'arbitrage, 01/12/2017, p. 566 :

« Un recours a été intenté devant la Cour du Nord du Caire dans le cadre duquel était invoquée une clause compromissoire stipulée dans le contrat litigieux. La Cour du Nord du Caire rejeta le recours en raison de l'existence d'une clause compromissoire. Un appel a alors été interjeté.

Selon la Cour d'appel, les principes jurisprudentiels universels comprennent le principe de non-contradiction sous le titre ou le nom ou l'expression (Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude). Ce principe général est devenu un concept juridique reconnu et accrédité mondialement, connu sous différentes appellations, notamment (l'estoppel). Il existe dans de

شمال القاهرة، التي استندت إلى شرط تحكيم منصوص عليه في العقد المعني... ثم وقع استئناف الحكم. ووفقاً لمحكمة استئناف القاهرة، تشمل المبادئ القضائية العالمية مبدأ عدم التناقض تحت عنوان أو اسم أو عبارة "لا يمكن لأحد أن يستفيد من غشه (أو عبثه)"، وقد أصبح هذا المبدأ العام مفهوماً قانونياً عالمياً ومعتمداً، ومعروفاً بأسماء مختلفة، بما في ذلك "الإستوبل"، وهو موجود في العديد من النظم القانونية، مثل واجب التزاهة (الأمانة) ويفرض نفسه على القاضي في غياب أي تشريع موضوعي يحكم النزاع".

وفي هذه القضية، سعت الشركة إلى إلغاء قرار التحكيم على أساس أنه لم يتناول عنوان الطرفين ولا شرط التحكيم، غير أن المحكمة ارتأت أن هذا الإغفال لا يؤثر على صحة الحكم، ولا يعيب الشكل الذي ادعته الشركة المدعية ولا يرتب ضرراً يستحق الحماية، ولم توضح الشركة كيف أضر بها هذا العيب في مقابل مصلحة مشروعة كان القانون ينوي حمايتها، وينبغي أن تكون مصلحة المدعي الحقيقية في الإبطال جديرة بالحماية وهو ما لم يحدث في هذه القضية¹. وبالنتيجة، القاضي عندما يحكم بالعدل في نزاع لا يوجد بشأنه حكم في قواعد القانون، فإنه يستوحي في الواقع نفس المرجع الذي يستهدي به المشرع في وضع النصوص القانونية، ومن ثم فهو يقرر الحكم الذي يتعين على المشرع أن يتبناه لو تولى تنظيم موضوع النزاع، مما يعني أن القاضي يقوم بعمل أقرب إلى عمل المشرع، وأنها في كل الأحوال يستلهمان ذات المصدر ليستمد منه المشرع قواعده التشريعية، وليستخلص منه القاضي المبادئ العامة فيكشف عنها ويعلن عن وجودها في الحياة الاجتماعية إقراراً منهما بذاتية القوانين، بمعنى أنها دفيئة في نفوس الجماعة و ليست مفروضة عليها².

nombreux systèmes juridiques, comme le devoir de loyauté et s'est imposé au juge en l'absence de tout texte législatif objectif régissant le différend.

En l'espèce, la société demandait l'annulation de la sentence arbitrale au motif qu'elle ne contenait ou ne visait pas l'adresse des parties ni la clause compromissoire.

Toutefois, selon la Cour, cette omission n'a pas de répercussion sur la validité de la sentence. Le vice de forme allégué par la recourante ne lui porte pas un préjudice qui mérite protection et elle n'a pas expliqué comment ce défaut lui a causé préjudice au regard d'un intérêt substantiel que la loi a voulu protéger.

Le véritable intérêt de la demanderesse en annulation devrait être digne de protection pour que l'annulation soit accordée, ce qui n'était pas le cas en l'espèce ».

¹ - انظر:

El Ahdab, Patricia Mounayer, art. préc, p. 566.

² - انظر: سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص.13.

والقاضي الجزائري، والحال في ظل عدم وجود نص يترجم مفهوم مبدأ عدم التناقض، له أن يرجع إلى المصادر الاحتياطية للقانون، فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وفقاً لمقتضيات نص المادة الأولى من القانون المدني¹.

والواقع أنه لا يمكن إغفال أن الإستوبل مبدأ من مبادئ شريعتنا الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول للقانون، لكن وحيث أن الأولوية دوماً تكون لنص تشريعي يتعامل معه القاضي المدني، يعتبر التقنين بنظر الباحثة مسألة مهمة في ضمان احترام تطبيق هذه القاعدة وإسباغها لقدر أكبر من التطبيق وجوباً، فقبول فكرة عدم التناقض في صياغة علمية مقرونة بجزء من شأنه ضمان تطبيقها وترتيب آثارها، وقد يثور التساؤل أين تقنن وفي أي فرع من القانون تدرج؟

إن البحث في العناصر التي تؤمن التطبيق العملي لمفهوم حظر التناقض مع الذات على حساب الغير، يستوجب البحث بداية عن الصيغة القانونية المعتمدة أو الشكل القانوني الذي من خلاله يمكن تكريس المبدأ في القانون الجزائري، ومن ثم البحث في ترجمة عملية لهذه الصياغة، والتي يكون معها مفهوم مبدأ عدم التناقض على حساب الغير صالحاً للتطبيق في شتى المجالات، وعلى الأخص في مجال الإثبات. لذلك حبذا لو أن المشرع يسلك مسلك التشريعات العربية التي كرس جوهر الإستوبل في مادة قانونية، إما في القانون المدني تارة أو قانون المرافعات تارة أخرى، والتي في صياغتها وردت مطابقة إلى حد كبير منطوق المادة (100) من مجلة الأحكام العدلية سالفة الذكر أعلاه المتوافقة إلى حد ملفت مع مضمون الإستوبل.

وقد يبدو الحل المناسب الإقتداء بالنموذج التونسي. بموجب مضمون الفصل (547) من مجلة العقود والالتزامات التونسية²، القائل بأن: "من سعى في نقض ما تم من جعله فسعيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صحيح" والذي يعد مكرساً للمبدأ المعبر عنه بمفردة الإستوبل، أو بتطوير صياغة أخرى والبحث عن مصطلح قانوني عربي جديد، بشأن توصيف فكرة عدم

¹ -انظر إلى ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني الجزائري والتي ورد فيها أنه:

"يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها وفحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فمقتضى العرف فإذا لم يوجد فمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

² - ونص على أن: "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صحيح".

انظر: مجلة العقود والالتزامات التونسية الصادرة بموجب الأمر المؤرخ في 15 ديسمبر 1906، منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100، بتاريخ 15 ديسمبر 1906.

التناقض لاسيما في المادة العقدية¹، مثلا بعبارة "منع التناقض مع النفس اضرازا بالغير باستثناء ما أجازاه القانون صراحة"، وهي صيغة عامة تراها الباحثة مناسبة لكل فروع القانون .

إن المبدأ يفسر نفسه بنفسه ولا يحتاج إلى عميق بحث، وإن المهم في هذه المسألة ليس مجرد الاعتراف بالمبدأ، أو النص عليه صراحة في النصوص التشريعية، أو بإشارة القضاء إليه بالاسم. وأيما كان الأسلوب وبصرف النظر عن المسميات، إنه من السهل دائما الإدعاء أو الاحتجاج بالمبادئ القانونية بدلا من تطبيقها²، ومن الصعب تغيير ما هو قائم في القواعد العامة والأصول القانونية والقضائية المتبعة، خاصة عند الموائمة بين الحق في التقاضي من جهة وضرورة السلوك المستقيم وغير المتناقض في كل نزاع قضائي من جهة أخرى، إلا أن الصحيح أيضا أن إضافتها واعتمادها ليس دون معنى.

كما أن الانفتاح على القوانين المقارنة فيما يعرف بالثقاف يستوجب من المشرع تطوير التشريع، ومن القضاء سد الثغرة، ومن الفقه التوجيه واستمرار البحث ومواكبة المستجدات القانونية³.

الفرع الثاني

مبدأ عدم التناقض أو الاستوبل من حيث الأساس.

إن أي قاعدة أو مبدأ قانوني لا ينشأ من العدم أو الفراغ بل لا بد أن يكون هناك أسس يقوم عليها، ويقصد بأساس المبدأ المصدر الذي يستمد منه وجوده، وفيما يلي سيتم البحث في الأسس التي يستند إليها مبدأ منع التناقض مع الذات على حساب الغير وتحليلاته في القانون الوضعي، وذلك من "باب من عرف الجذور سهل عليه قراءة ما فوق الأرض"⁴. ولا يوجد إجماع على أساس واحد يحكم جميع أنواع قاعدة الإستوبل أو منع التناقض، والغالب أن يفرضها الإنصاف والمنطق السليم(الأساس الأخلاقي) قبل العلم القانوني (الأساس القانوني).

¹-انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في علم التحكيم : نعم ولكن ، المرجع السابق، ص.155.

²- انظر:

Winston CHURCHILL (Trad. H. Hinfray in D. Enright, Les sautes d'humour de Winston Churchill : Payot 2014, p. 134) ; G.BOLARD, Le droit de se contredire au détriment d'autrui ?, JCP G 2015, n° 6, 146 :

«...Il est toujours plus facile d'inventer ou de proclamer des principes généraux que de les appliquer ».

³-انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.448.

⁴- انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل في القانون الإجرائي، المرجع السابق، ص.54.

أولاً: العدالة ومنع السلوك المنافي للضمير كأساس أخلاقي للمبدأ المانع أو الإستوبل

هناك تلاحم وترابط بين قاعدة الإستوبل والمفاهيم السامية التي تستند للعدالة أو الأخلاق كون أن الغايات واحدة وهو ما سيتم عرضه تفصيلاً فيما يلي:

1- مبادئ العدالة كأساس أخلاقي للإستوبل

نظراً لسمو مفهوم العدالة، فقد أورد الفقه القانوني تعريفات شتى لها، إلا أن هناك تعريفاً تميز بمدلولاته القانونية، حيث عرفها (Fredreik POLLOCK)¹ بأنها مجموعة القواعد القائمة إلى جانب أحكام القانون الأصلي والمستندة إلى أسس صريحة عادة من وحي العدل والقانون الطبيعي أو فكرة العدل المطلق، والتي ترمي لما فيها من خصائص سامية إلى تعديل أحكام القانون أو توسيعها)، وبالرجوع إلى غاية قاعدة عدم التناقض، فإنها تنسجم كثيراً في مضمونها مع مبادئ العدالة، إذ تفرض مبادئ العدالة والضمير الحي التقييد بالتعامل العادل والمنصف والمعقول، وعلى رفع الحيف عن الطرف المتضرر، مما يستلزم إغلاق الطريق عن الشخص في حالة اتيانه بعمل يتعارض بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة مع عمله السابق، كون أن العمل الأول قد اقترن بعلم الطرف الآخر، ورتب أحكاماً قانونية عليه، وليس من العدل جعل الأفراد تحت رحمة تقلب أهواء غرمائهم بتأرجحهم غير المبرر في هدم أعمالهم أو أقوالهم السابقة، مع العلم أنه في الغالب يكون التصرف الأول أو القول الأول على درجة كبيرة من الصحة، وأن الرجوع عنه يكون مدعاة للشك والحذر، أما الأثر المترتب على العمل بهذه القاعدة هو عدم الأخذ بالتصرف اللاحق وإهداره متى كان صادراً من الشخص في حالة تناقضه مع تصرفه السابق².

يقول اللورد (DENNING) في إحدى السوابق القضائية: "إن الإستوبل هو مبدأ من مبادئ العدل والمساواة، فهو يفترض أنه إذا دفع شخص شخصاً آخر للاقتناع بحالة معينة، فإنه لا يسمح له بالرجوع عن سلوكه، عندما يكون من غير العدل ولا الإنصاف أن يرجع عنه"³.

¹-انظر:

Fredreik POLLOCK, principles of contract at law and in Equity, Stevens, London , Great Britain, 1876.

أشار إليه: إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص.52.

²-انظر: رعد عداي حسين، قاعدة الإغلاق وتطبيقها في الحقوق العينية، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، ع.4، الجامعة العراقية، بغداد، العراق، تشرين الأول، 2019، ص.111.

³-انظر:

Moorgate Mercantile Co. LTD v Twitchings, 1976, 1, Queen's Bench Division reports, 225, at 241.

وفي سابقة أخرى يقول نفس القاضي:

"إن القانون لا يقف جامدا (...). هناك العديد من الأحكام الخمسين سنة الماضية التي تستند إلى قاعدة الإستوبل...، وفي كل قضية جعلت المحكمة من الوعد أمرا ملزما للطرف الواعد رغم أنه لا يوجد أي مقابل له، ولم تذهب المحاكم بعيدا وتجعل منه سببا للدعوى للمطالبة بالتعويض لنكث الواعد لوعده، بل إنها تمنع هذا الأخير من العمل بما يخالف وعده، وعليه ينتج الوعد قاعدة الإستوبل. إن هذه الأحكام هي نتيجة طبيعية للمزج بين القانون والعدالة، لأنها أقرت بأنه لا يسمح للشخص بموجب مبدأ العدالة أن يرجع عن وعده... وليس من المفيد محاولة التفريق بين القانون والعدالة، فهما مرتبطان معا... ويجب النظر إلى هذه القضايا بمثل هذه النظرة المزدوجة من القانون والعدالة"¹.

وفي مجال قاعدة الإستوبل المترتبة على الملكية العقارية طورت مبادئ العدالة إمكانية القضاء بمنع الشخص من التمسك بحقوقه القانونية الثابتة على عقار معين، عندما يقوم شخص ما بإقامة أبنية أو منشآت أو القيام بتحسينات على عقار ذلك الشخص، اعتمادا على قناعة مؤداها أنه سوف يكسب ملكية ذلك العقار أو حقوقا عينية عليه، حيث تثار حالة الإستوبل لمنع مالك العقار من انكار تلك الحقوق أو التنصل منها والتسليم بحقوق الشخص الآخر في ملكية العقار².

وفي تحديد المقصود من مبادئ العدالة يقول اللورد (CAIRNS) في إحدى السوابق القضائية المشهورة: "إنها تلك المبادئ التي تقوم عليها جميع محاكم العدالة حيث تمنع الشخص من التمسك بحقوقه القانونية الثابتة، سواء تعلق الأمر بعقد أو سند عادي أو قانون، إذا كان من غير العدل والإنصاف أن يقوم بذلك"³.

¹-انظر:

Central London property Trust Ltd. V High Trees house Ltd;(1947) 1 KB 130, (1956) 1 All ER 256.

²-انظر: يونس صلاح الدين علي، مبدأ الإغلاق في القانون الإنجليزي، دراسة تحليلية مقارنة مع الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، المرجع السابق، ص.233.

³-انظر سابقة:

Hughs v Metropolitan 1877, 2 The Appeals court Reports 448.

2- منع السلوك المنافي للضمير كأساس أخلاقي للمبدأ المانع أو الاستتوبل

يقصد من عبارة "منافاة الضمير" إنعدام الضمير أو العمل بما يخالفه أو يخالف ما هو حق ومعقول¹، وقد ظهر المبدأ في محاكم العدالة الإنجليزية التي كانت بالاستناد على مبادئ العدالة، تمنع ما يسيء للضمير الحي وتحول دون تركه يستمر بغض النظر عن صوابية الموقف في القانون العمومي (Common Law). وإذ يعد مبدأ منع السلوك المنافي للضمير في حقيقته أحد المبادئ العملية أو الفنية المتفرعة عن مبادئ العدالة، والذي يمكن أن يشكل أساسا آخر أكثر خصوصية لقاعدة الاستتوبل. وإن كان من الصعب قضاء اعطاء مفهوم للسلوك المنافي للضمير ولكن يمكن الاعتماد على طبيعة الوقائع التي تنظرها المحكمة.

وقد تطورت الفكرة في النظام القانوني الأسترالي، في ذلك يقول القاضي (Deane) في قضية **Commonwealth v Verwayen**²: "الأساس المنطقي لقاعدة الاستتوبل المبنية على مفهوم الضمير الحي (good conscience) يكمن في أنه ليس من الملائم تخليص الأشخاص من عواقب أخطائهم، بل إنه من الملائم الوقوف إلى جانب الأشخاص الذين يقعون ضحايا لهؤلاء بتصرفاتهم".

وفي قضية (Walton Store V Maher)³، أكد القاضيان (Mason و Wilson) في الحكم أن الأساس الذي تستند عليه الاستتوبل هو منع السلوك المنافي للضمير، وبيننا بشكل صريح أن مجرد نقض الوعد لا يشكل بحد ذاته سلوكا منافيا للضمير، بل يكون كذلك عندما يكون الموعد له قد اعتمد بشكل معقول وكاف على الوعد مما ألحق به ضررا. حيث يتضح جليا أن الوثوق والاعتماد وحده لا يكفي لقيام حالة الاستتوبل، بل لا بد من تحقق عنصر الضرر الذي وقع نتيجة سلوك الواعد، ويظهر من ذلك أن مفهوم انعدام الضمير يحتل أهمية قليلة بالمقارنة مع الاعتداد بالضرر المتحقق الناشئ من الوثوق في السلوك المتناقض⁴.

¹ - انظر:

Angus Stevenson, Maurice Waite, Concise Oxford English Dictionary, UK Oxford University Press, 11th ed., 2011, p.341.

أشار إليه: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص. 177.

² - انظر:

Commonwealth v Verwayen 1990, 170 Common Law Reports, 394, p. 33.

³ - انظر:

Walton Stores v Maher, 1988 164, common law reports, 387.

⁴ - انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع نفسه، ص. 186.

ثانيا: الأساس القانوني للمبدأ المانع أو الإستوبل

تم فيما سبق الفصل في كون الإستوبل مبدأ عاما تقره المحاكم عبر العالم دون الحاجة إلى النص عليه في تشريعاتها الداخلية، فهو من المبادئ التي تملئها العدالة المثلى، وهي تستند إلى جملة من المسائل وهي المنطق والعقل، الحدس وطبيعة الأشياء وقواعد العدالة والأخلاق، وهي لا تحتاج إلى نص لتقريرها. ويمكن أن تستمد منها قواعد قانونية ملزمة يتعين الخضوع لها، يعمل القاضي على الكشف عنها وتقريرها، فيعلنها من خلال أحكامه معطياً إياها القوة الإلزامية، ومن ثم يتعين على الجميع احترامها والالتزام بها. وواقع ما تقدم لا ينفي وجود أسس قانونية يقوم عليها مبدأ منع التناقض مع الذات على حساب الغير، وهي على درجة من الأهمية لا تقل عن أهمية المبدأ، هذه الأسس القانونية المتمثلة في المبادئ الأساسية التي يمكن أن يجد مبدأ الاستوبل فيها وعليها ركائزه وأسانيده القانونية، فيشكل معها مذهباً أو مبدأ متفرعاً ويمكن ردها إلى الغش أو مبدأ حسن النية أو الأمانة الإجرائية على الوجه المبين فيما يلي:

1- قاعدة الغش يفسد كل شيء

يستظل الإستوبل بالتعبير القانوني اللاتيني (أو القول المأثور كما يسمى) القائل بأن الغش يفسد كل شيء **Fraus omnia corrumpit**، ويمكن أن يكون الغش أساساً قانونياً يقوم عليه الإستوبل، عملاً بقاعدة ليس لأحد أن يستفيد من سلوكه الشائن¹. وإذ يقف الغش على النقيض من حسن النية والقانون في نفس الوقت، بالإضافة إلى كونه يعبر عن ذات متناقضة في التعامل، ثم إن القانون ذاته سيناقض نفسه بنفسه إذا اعترف بالآثار المترتبة عن الغش²، ويتجسد الغش في القانون الإجرائي في تعمد الخصم استعمال وسائل احتيالية غير مشروعة بقصد تضليل خصمه أو المحكمة، وإيقاع أحدهما في الغلط مما يؤثر في قضاء هذه الأخيرة³.

وبتعبير آخر، أن يكون الخصم قد توافر لديه سوء النية فيما يسلكه من اجراءات بقصد تحقيق غرض خبيث على نحو يكشف غرضه التسويفي لتعطيل الفصل في الدعوى، أو الإضرار

1- انظر

أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.65.

2- انظر:

طالب عبد الله فهد العلواني، تنفيذ الالتزامات الدولية ومبدأ حسن النية في القانون الدولي، المرجع السابق، ص.131.

3- انظر:

سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي، (الغش في التقاضي والغش في التنفيذ)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص.14.

بمصالح الخصم الآخر، ويبلغ الغش أقصى مداه بتعمد استعمال طرق احتيالية بقصد تضليل الخصم والتأثير على اقتناع المحكمة وإيقاع أحدهما أو كلاهما في الغلط، والذي يكون له تأثير على مصير الحكم في القضية¹، لذلك إن الغش والخداع والتدليس والتحايل وقلب الحقائق أو كتمانها عن قصد، هو مما يلتقي مع التناقض أو التعارض، وإن الهدف الأساسي من قاعدة الإستوبل هو منع التملص من الالتزامات بسبب السلوك الغير ثابت للخصم الذي يهدف إلى الإضرار بالخصم الآخر².

ولقد اعتبر القضاء الفرنسي في بعض أحكامه التناقض في سلوك الخصم من قبيل الغش الذي يعيب الحكم، وتقرر ذلك مثلاً في قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 6 ماي 2009³، مؤيدة قرار محكمة الإستئناف بأنه: "...مسلك المصفي في امتناعه عن الاشتراك في خصومة التحكيم يعد تنازلاً منه عن الدفع ببطالان إجراءات التحكيم، كما أن سلوك المصفي ينطوي على غش وتواطؤ، وإن قرار محكمة الاستئناف لم يخالف مبدأ المواجهة عند تكييف السلوك الإجرائي لمصفي بأن يدخل في نطاق الإستوبل الإجرائي. وفي نفس الاتجاه، قضت محكمة النقض الفرنسية في منطوق القرار الصادر في 20 سبتمبر 2011⁴ بقضائها بأنه:

"بينما طعنت شركة (Gewiss) بالحكم الصادر في 15 ديسمبر 2005 مطالبة بإبطال الحكم، فإنه لا يمكن لها، دون أن تناقض نفسها بما يلحق ضرراً بشركة (Nergeco) أن تدفع أمام محكمة الاستئناف أنها لا تتمتع بالشخصية القانونية، خلال الإجراءات القانونية المؤدية إلى هذا الحكم، وبذلك تكون محكمة الاستئناف قد خالفت مبدأ "الغش يفسد كل شيء" والأمانة في المرافعة والمادتين الثانية والثالثة من قانون المرافعات الفرنسي".

ومن آثار تعليق فكرة الإستوبل على الغش الإجرائي امكانية ترتيب نفس آثار الغش الإجرائي على الإستوبل، من ذلك الطعن بطريق التماس إعادة النظر في الحكم متى صدر لصالح الخصم الذي صدر منه الغش، غير أن الغش مع ذلك قد لا يصلح لتأسيس الإستوبل عليه، ذلك

¹ - انظر: سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي، المرجع السابق، ص. 14.

² - انظر: هادي نعيم المالكي، قاعدة الإغلاق (Estoppel) في القانون الدولي، المرجع سابق، ص. 133.

³ - انظر:

6 mai 2009, Bull. civ. I, n° 86 ; D. 2009, AJ. 1422, obs. DELPECH et PAN. 2959.

⁴ - انظر:

Cass. Com. 20 sept. 2011, Bull. Civ., IV, n° 132.

أن الأخير ينشأ بتوافر التناقض بين سلوكين إجرائيين والإضرار بالغير، وإذ أنه يقوم على معيار موضوعي وهو التناقض في سلوكيات الخصم والذي يستنتج من واقع مادي¹ — بينما يتطلب الغش الإجرائي البحث في نية القائم بالعمل الإجرائي، أي أنه يقوم على معيار شخصي، مع ذلك يمكن اعتبار الغش ظرفاً مشدداً للإستوبل، ويؤدي بذلك إلى تغليظ الجزاء، فلا يقتصر هذا الأخير على عدم قبول الادعاءات المتناقضة بل يتعداه ليشمل الغرامة الإجرائية أو التعويض².

كما أن الإستوبل يعد آلية تحمي الثقة المشروعة التي تولدت لدى خصم من سلوكيات خصمه في القضية، في حين الغش الإجرائي يستهدف فاعله تضليل المحكمة أو الخصم، حيث أن التضليل كعنصر مادي في الغش قد يوجه إلى الخصم أو المحكمة على استقلال لإيقاع أحدهما في الغلط، فقد يرتكب الخصم عشا ضد خصمه أو ضد المحكمة³.

2- مبدأ حسن النية

يمكن رد أساس فكرة الإستوبل أو قاعدة عدم التناقض إلى مبدأ حسن النية والذي يسود جميع العلاقات القانونية في القوانين المدنية، وإذ يعد الأخير من أكثر المبادئ القانونية العامة أهمية في العلم القانوني⁴، وإن علاقة مبدأ عدم التناقض بمبدأ حسن النية هي الأوطد من سابقاتها، فحسن النية يفترض دائماً التصرف المعقول والشريف الذي يتسق مع الخلق الرفيع، وإذ يجب أن تنسجم الأقوال والتصرفات بما يمنع الشخص من المضي قدماً في تناقضاته الذاتية في كل ما من شأنه الإضرار بالآخر، أو حرمانه من حق من حقوقه بعد أن كان مؤكداً أو شبه مؤكداً، وبعبارة أخرى إن مبدأ حسن النية يحول دون قيام شخص ما ولأسباب غير معقولة بابدال تصرف ما بتصرف لاحق لم يكن في حسابان الطرف الآخر في ظل التوقع المعتاد له⁵.

وإذا كان الأصل أن الخصم حر في مباشرة حقوقه الإجرائية، فإن هذه الحرية ليست مطلقة، والحقيقة أن قانون المرافعات بشكل عام يفرض واجبا قانونيا على الخصم بأن يسلك في الخصومة بحسن نية، والإستوبل كقاعدة إجرائية، وبموجبها لا يكون بإمكان الطرف الذي أوجد

¹ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.68.

² - انظر: أحمد سيد أحمد محمد، المرجع نفسه، ص.68.

³ - انظر: سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي، المرجع السابق، ص.98.

⁴ - انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.117.

⁵ - انظر: رعد عداي حسين، قاعدة الإغلاق وتطبيقها في الحقوق العينية، المرجع السابق، ص.113.

بفعله للطرف الآخر بعض المفاهيم الواقعية أن يقدم البرهان بأن هذه الوقائع لها مادية أخرى، ولذا هو ممنوع عليه قانونا أن يحاول إقامة حقيقة مختلفة عن ما سبق بيانه، ويكون بهذا مبدأ حسن النية هو المسيطر على مؤسسة الإستوبل، ويشكل بالنتيجة أساس الإستوبل المثار لحماية الطرف الآخر ضحية التناقض¹.

ويعمل الإستوبل جنبا إلى جنبا مع مبدأ حسن النية في سبيل حماية الثقة المشروعة في القضية، ويلعب فيها مبدأ حسن النية دور المقوم لإثارة حالة الإستوبل دون شطط أو انحراف عن الغاية المرجوة في تهذيب القضية وسلوكيات الخصوم².

ومن باب التذكير هناك تباين في موقف الأنظمة القانونية حول مدى اشتراط سوء نية الخصم المواجه بالإستوبل، حيث أنه في النظام الإنجليزي، أين لا وجود لمبدأ حسن النية إن الضرر الناتج عن التناقض يعد دليلا على سوء نية الطرف المتناقض وسواء تعلق الأمر بالفائدة التي اكتسبها الطرف المواجه بالإستوبل أو ما أصاب الطرف الآخر من أذى³، فيأخذ الإستوبل طابعا دفاعيا صرفا لحماية ثقة الطرف الذي يواجه بالتناقض، ويكتفى بتقييم مدى النتائج الضارة التي قد تصيبه، والتي يمكن قياسها عبر التأكد من أنه قد تصرف فعلا بصورة ضارة بمصلحته بالاعتماد على ما صور له الطرف الآخر، بغض النظر عن حسن أو سوء نية من صدر عنه التناقض، فهي دون تأثير على اعمال الإستوبل⁴.

غير أنه بالنسبة النظامين الأسترالي والأمريكي، فإنه يغلب على الإستوبل الطابع الهجومي، إذ يشترط لإعمال الإستوبل سوء نية الخصم المتناقض، فالأولوية تكون لمحاسبة التصرفات والسلوكيات التي أضرت بالثقة والاعتقاد المشروع للطرف ضحية التناقض، فقضي مثلا أن الإستوبل المترتب على الحكم القضائي يفترض لإعماله أن تتجه إرادة الخصم إلى التناقض، أي

¹-انظر: نيفيس صالح مدانات، الاستوبل في القانون الدولي العام، مقال منشور على صحيفة الرأي، متاح على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الإلكتروني: Alrai.com/article/605747.html، اطع عليه بتاريخ 2014/05/15.

²-انظر: أحمد سيد احمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.69.

³- انظر:

Emmanuel Gaillard, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général de commerce international, art.préc.n.15, p.255.

⁴- انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.140-141.

سوء نية الخصم المواجه بالإستوبل، وعليه لا يواجه بالإستوبل الخصم الذي تناقض خطأ أو جهلاً¹ منه .

في حين، اختلف موقف القضاء والفقهاء الفرنسيين من مدى اشتراط سوء نية الخصم المتناقض، وفي مثال على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "لا يجوز لشركة تأجير السيارات تعهدت بموجب أمر شراء بأخذ سيارة قديمة من المستأجر بدون سوء نية أن تتجاهل محتوى مستند الأمر بالشراء الذي هو بحوزتها وتمسك لرفض تنفيذ التزامها، بالحالة السيئة للسيارة"².

ومن الفقه الفرنسي³ من يرى أن الخصم يواجه بسلاح الإستوبل لمجرد إضراره بالخصم الآخر حسن النية دون الالتفات إلى سوء نية الخصم المتناقض، غير أن ذلك يجعل الإستوبل تشهير حتى في وجه الخصم الذي تناقض جهلاً منه أو بالخطأ، كما أن التفريط في شرط سوء النية والاعتماد فقط على شرط الإضرار لإثبات سوء النية، قد يجعل القاضي متساهلاً في البحث عن سوء النية⁴، ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسي⁵ أنه يجب تفسير سوء النية تفسيراً جامداً لا مرناً، ويعني هذا القول أنه يكفي لقيامها مجرد التناقض الظاهر والواضح بين ادعاءات الخصم ودفعه.

3- الأمانة الإجرائية

في الغالب لا يتعرض المشرع الإجرائي لوضع تعريفات للمصطلحات الإجرائية، وإنما قد أورد من النماذج ما يدل على وجوب الأمانة الإجرائية عند التقاضي، وعدم إطلاق حرية الخصم في أن

¹ - انظر:

Court of Appeal of Indiana, Robson V Texas Eastern Corp ;15 aout 2005, 833 NE 2nd261, 466.

Sit internet :<https://www.Courtlistener.com/indctapp/bm Xp/robson-v-texas-eastern-corp/>.

² - انظر:

- Cass. 1^{ère} civ. 16 juin 1992, Juris-Data, n° 1992, 001477.

³ - انظر:

Ph. PINSOLLE, Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe d ebonne foi. Préc., P. 927.

⁴ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص. 71.

⁵ - انظر:

N. DUPONT, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française, R.T.D.Civ, 2010, p. 459.

يتخذ ما يريد من تصرفات وإجراءات، وعليه يتوجب على الخصم أن يتحرك عند التقاضي في نطاق الأمانة الإجرائية¹ ولا يتجاوز ذلك بحال.

فحق التقاضي يتطلب إجراءات معينة معلومة سلفاً للخصوم، وكذا المواعيد الإجرائية محددة مسبقاً، فيحب على الخصم عدم التحايل على ذلك أو التحلل منه بالكلية أو الانحراف بفعله وتصرفه عند التقاضي على نحو يؤثر سلباً في سير العدالة أو يميل بمصالح الخصوم المعتبرة قانوناً، بما ينتج عنه الإخلال بالواجب الإجرائي، أو إيقاع العرش على أقل تقدير².

فحسن النية في التقاضي مثلاً يقابل الأمانة الإجرائية في كثير من الوجوه، ويمكن تعريفها بأنها قيام الخصم عند التقاضي بإتباع ما ينبغي إتباعه من إجراءات وتصرفات رفعا كانت أودفعا على وجهها المعتر لها قانوناً دون تزييف أو كيد أو تجهيل أو خديعة³، ويقصد بها السلوك الذي يعبر عن النزاهة والشرف المتوقعين من الخصم تجاه القاضي واتجاه خصمه، ولم ينص عليها صراحة في التشريع الفرنسي، ولكن قد تم تكريسها من قبل محكمة النقض الفرنسية، في سبيل تطبيق المادة (16) من قانون المرافعات الفرنسي التي تنص على مبدأ المواجهة وكذا نص المادة (763)⁴ من نفس القانون فيما يتعلق بضرورة التبادل والاتصال في أوراق القضية ووسائل الدفاع والإثبات.

¹ - الأمانة الإجرائية لغة مركبة من كلمتين:

الأمانة: لغة من أمن وقد أمنت فإن أمن وأمنت عيري من الأمن والأمان والأمن ضد الخوف والأمانة ضد الخيانة وأصل الأمن طمأنينة النفس وزوال الخوف، والأمانة مصدر أمن أمانة فهو أمين، ثم استعمل المصدر في الأعيان مجازاً، فقليل الودعة أمانة ونحوه، والجمع أمانات. للمزيد انظر:

"أمن": جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان 1996، ص. 223 و 224.

والثانية الإجرائية وهي مأخوذة من الإجراء، ومعناه التدبير والتنظيم لأمر ما والإجراء مصدره أجرى يقال أجرى الشيء نظمه ودبره، وأجرى الأمر إذا قام بتنفيذه وأجرى الماء أساله وأجرى العدل أقامه وجمعها إجراءات ومعناها الأمور التنظيمية واجبة الإلتباع. وتعني الأمانة الإجرائية إصلاحاً كل حق لزم أداءه وحفظه.

انظر: أحمد خليفة شرقاوي، الأمانة الإجرائية للخصم في التقاضي، دراسة تأصيلية مقارنة، ط. 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2018، ص. 13.

² - انظر: أحمد خليفة شرقاوي، الأمانة الإجرائية للخصم في التقاضي، المرجع نفسه، ص. 15.

³ - انظر: أحمد خليفة شرقاوي، المرجع نفسه، ص. 16.

⁴ - انظر:

- Art .763 (modifié par le décret n° 2004-836 du 20 août 2004, art.10) JORF du 22 août 2004 en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

ومن الفقه من يرى بأن الأمانة الإجرائية تعد أثراً لمبدأ المواجهة وليس مبدأ مستقلاً¹، وهناك عدة قرارات قضائية سجلت تطبيقات للأمانة الإجرائية، فقضي مثلاً بأنه يعد من قبيل عدم الأمانة الإجرائية علم الخصم ببطالان الإجراءات والانتظار للدفع بما بنية تأخير الإجراءات².

وفي دراسة علاقة الإستوبل بالأمانة الإجرائية، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يمنع على الشركة التي لجأت إلى التحكيم عن طريق رئيس مجلس إدارتها الذي قضى بعدم جدوى إدخاله في الإجراءات بصفة شخصية، أن تتناقض في سلوكها إضراراً بالمدعى عليه مخالفة بذلك مبدأ الأمانة في المرافعات، بحجة أن الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه يخالف النظام العام لعدم إدخال رئيس مجلس إدارتها³، كما قضت محكمة النقض الفرنسية بتأكيد تأسيس الإستوبل على مبدأ الأمانة في قانون المرافعات في منطوق القرار الصادر عنها بتاريخ 20 سبتمبر 2011⁴، وإن الإستوبل يتفق والأمانة الإجرائية في أن كلاهما يساهمان في تفعيل سرعة الفصل في الدعاوى المرفوعة والقضاء على ظاهرة بطء التقاضي.

الفرع الثالث

مسوغات مبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير

لعل المسلك الذي يبدو قوياً ومنطقياً لبناء منظور عام لموضوع ما ينبغي أن يعتمد على ثلاثة عناصر المتمثلة في الإمكان والنفع والوظيفة، فالظاهرة القانونية لتبرير وجودها تتطلب كالظاهرة الطبيعية بعد ملاحظتها كفكرة ممكنة ونافعة، وحتى إذا اجتمع لها الإمكان والنفع أمكن اعمالها وجعلها تؤدي وظيفتها. وهذا المسلك الذي يظهر لنا إتباعه في دراسة عدم التناقض مع الذات على حساب الغير كنظرية فهل هي ممكنة؟ وهل هي نافعة؟ وكيف يتم اعمالها؟ إن الوسيلة لم توجد إلا لبلوغ غاية معينة، ولا سبيل لبلوغ الغاية إلا بإعمال الوسيلة، ومن هنا بالذات يتحول

¹-انظر: أحمد سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص.73.

²-انظر:

Cass. 1^{ère} civ. 19 déc. 2012, n° 10-27474.

³-انظر:

Cass, 1^{ère} civ. 8 juillet 2010, Bull. Civ. I, n° 157; D. 2010. Obs. Delpech et Pan, 2933.

⁴-انظر:

Com. 20 sept. 2011, Bull. civ, IV, n° 132; D. 2011. Actu. 2345, obs. Delpech; RTD Civ. 2011, p. 760.

مبدأ عدم التناقض على حساب الغير من كونه ظاهرة قانونية ساكنة إلى ظاهرة قانونية حركية، حركة ذاتية تتجسد في أعماله وحركة خارجية تتمثل في أثره.

إن تدويل قانون المرافعات جعل فكرة القضية فكرة عالمية، ذات طابع موحد بين مختلف بلدان العالم، ونتج عنه استقطاب أفكار قانونية أجنبية لاقت رواجاً واستعمالاً واسعاً، ومنها فكرة الإستوبل الإجرائي وتجلياته خارج القانون الإنجليزي، لاسيما القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، أين تزايدت ظاهرة لجوء الأشخاص إلى محاكم عدة دول مختلفة أو عبر سلوك طريق التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عنها، هذا الأخير الذي ساعد بشكل كبير في سفر فكرة الإستوبل واستقبالها من جانب النظم اللاتينية، وخاصة النظام الفرنسي، ولكن ماذا عن قيمتها القانونية؟

إن خصوصية مبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير، تدفع إلى التساؤل عن مدى إمكانية إعطاء هذا المبدأ كياناً خاصاً في العلوم القانونية، فالمبدأ موجود كركن من أركان النظام القانوني القائم، ويعتبر من المبادئ العامة والمشاركة التي أقرتها النظم القانونية المختلفة، وإن تباينت في مسألة الاعتراف به، فالمبدأ يفرض نفسه فرضاً بإقرار من النظم التي اعتمدته كشرط لقبول العمل وإنتاجه لآثاره كالشريعة الإسلامية والقانون الإنجليزي.

وحتى تلك التي لم تعتمد صراحة فإنها تقر به ضمناً¹، فهو مستقر في شعور الضمير الإنساني، وهو يعود بجذوره ويرتكز على القواعد الأخلاقية والمبادئ الثابتة التي يتضمنها القانون الطبيعي، إلا أن هذا القول وحده لا يكفي، بل يجب البحث في مدى أهمية وألوية تطبيق هذا المبدأ وجدوى تكريسه، كمبدأ عام صالح للتطبيق في شتى المجالات.

وهناك عوامل تساهم في بروز هذا المبدأ، لاسيما الحاجة إلى وروده كقيد على الحقيقة المستقصاة في النزاعات المدنية، خاصة وأن علم القانون ليس من شأنه التقصي عن الحقيقة في المعرفة بل التقصي عن عدالة العمل، والقانون الموضوعي في جانبه يتناول الحقيقة الاجتماعية بل يرفض الحقيقة عند البحث عن حل عادل، هذا التخفيف من حدة الحقيقة المستهدفة معمول به حتى في نطاق المنازعات المدنية، والذي يعبر عن احترام دقيق وصارم لمبدأ الاستقامة في الإثبات

¹-انظر: رمضان إبراهيم علام، تعارض الإجراءات في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص. 382.

حفاظا على نوع من الأخلاقية وحسن النية في إقامة الإثبات وتقديمه، واستدعاء المبادئ المنبثقة عن القانون الطبيعي، في قانون المرافعات خاصة، يظهر مدى تأثيره بفكرة الاستقامة والأخلاق¹. والإستقامة تشمل مجموعة من الواجبات والحقوق المصانة قد تزيد وقد تنقص، كما تفرض احترام أخلاقيات معينة في التعامل يبرز من خلالها مبدأ عدم التناقض على حساب الغير، حيث المبدأ يلزم الخصوم على التطابق مع غايات حسن النية، ويقصد بحسن النية التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير، بصورة تبقي ممارسة الحق في حدود الغاية المفيدة للعدالة التي أنشئ من أجلها، حتى لا تؤدي هذه الممارسة إلى إلحاق الضرر بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة².

ونظرا لأن الأمر يقتضي الفصل في مسألة جدوى النص على المبدأ، حيث أكثر من ذلك، فإن أهمية الموضوع لا تتوقف على الجانب النظري أو في النصوص القانونية التي تناوله، وإنما في الوقوف على التطبيقات القضائية العملية لتلك النصوص، والمصدر التطبيقي المتمثل في القضاء هو الذي يحدد نطاق المصدر الرسمي وكيفية إعماله.

وينبغي على الشخص أن يتحلى بالزاهة والصدق والاستقامة في مختلف الأوضاع القانونية، ومن الواضح أن هذه القاعدة تشكل جوهر مبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير، وهذه القاعدة بديهية لناحية أنه لا يمكن للشخص إلا أن يلتزم بقوله أو بفعله، ولا يمكن له من الناحية الأخلاقية الرجوع فيما صدر عنه من قول أو فعل، وإن تبرير إدخال هذا المبدأ في صلب القانون خاصة من حيث أن له وجود خارج عن القانون المكتوب، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية الصفة العالمية التي يتمتع بها على مستوى الأنظمة القانونية المختلفة الداخلية منها والدولية.

هذا وتثير مبادئ القانون العامة جدلا فقهيًا كبيرًا، فبعض الفقه ينكر هذه المبادئ ولا يعترف بها ولا بأهميتها³، ويرجع سبب ذلك إلى وجود وسائل قانونية أخرى تسمو على المبدأ العام، بينما يرى البعض الآخر من الفقه أنها كباقي المصادر الأخرى الاحتياطية يصار إلى إعمالها

¹-انظر: هانية محمد علي فقيه، مبدأ الإستقامة في الإثبات، المرجع السابق، ص.42.

²-انظر: مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج.1، ط.4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص.115.

³-انظر:

(M-D) BECHILLON, La notion du principe général en droit privé, Thèse, PUAM, 1998, P. 215.

أشارت إليه: هانية محمد علي فقيه، المرجع نفسه، ص. 98-99.

عند انتفاء النص القانوني¹. وإنه من النادر أن يغفل المشرع عن النص على مبدأ قانوني عام، وإن أغفل ذلك لا محالة هناك نصوص قانونية أخرى يستشف ضمناً من خلالها أو يستنبط المبدأ، وفي ظل عدم تقييد القاضي بنظام قانوني معين، وإطلاق حريته في البحث عن القيم السامية في مختلف الأنظمة والقوانين، يتبين مما تقدم فائدة البحث في جزئية النص على هذا المبدأ في صلب القواعد القانونية من عدمه.

أولاً: نفي المبدأ في صورته المطلقة

يعد مبدأ عدم التناقض أو الإستوبل من المبادئ الراسخة التي تضمنها القانون الإنجليزي ويظهر بشكل واضح في قانون العقود الإنجليزي، وبالنظر إلى حرص الأنظمة القانونية المدنية على استقلالية إرادة الطرفين في التعاقد (مبدأ سلطان الإرادة)، تظل هذه الأنظمة وعلى رأسها النظام القانوني الفرنسي حذرة جداً من استقبال الإستوبل، وهو مفهوم مرن يترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة، مما يسمح له بالتدخل في العقد. وحيث يستخدم القانون الفرنسي مفاهيم أخرى للحفاظ على الإنصاف التعاقدي ومعاقبة سوء النية، وهكذا يستعين القاضي الفرنسي بمبادئ حسن النية أو التعسف في استعمال الحق أو الخطأ أو نظرية الظاهر، السبب... الخ وإذا كانت الوسائل مختلفة، فإن النتائج متشابهة—.

فالإستوبل يحمي الطرف المتضرر، في حين أن مفهوم حسن النية سيعاقب الطرف بدلاً من ذلك بسبب انتهاكه لهذا المبدأ. كما يستخدم القاضي الفرنسي مفهوم شبه العقد من أجل حماية حسن النية، وعندئذ ستكون المسألة مسألة الاعتراف بعقد لم تكن فيه إرادة الأطراف معلنة.

بالنسبة للفقهاء الفرنسيين²، فقد انقسم بين مؤيد ومعارض ومتحفظ، خاصة في مدى اعتبار عدم التناقض مبدأ عام أم قاعدة قانونية، وهذا التردد الشديد من محاولة إدخال مبدأ عام لعدم

¹—انظر:

سامي منصور، المبادئ القانونية بمفهوم المادة الرابعة من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، مجلة العدل، ع.3، نقابة المحامين، بيروت، لبنان، 2002، ص. 183.

²—انظر في ذلك :

F.DREIFFUS-NETTER, Les manifestations de volonté adicatives, L.G.D.J, Paris, France, p.217 :

« Il s'agit d'un principe fondé sur la bonne foi ... »

E AGOSTINI, note sous : (Cass. crim., 11 juin 1996, no 95-82.778, Bull. crim., no 245, D. 1997, Jurispr., p. 576:

« Voici donc la percée, par le canal du droit pénal, d'une règle de bon sens qu'on dit généralement issue du droit anglais mais qui, en fait, trouve son origine en droit romain. En

التناقض في القانون الفرنسي ينطلق من عدة اعتبارات ومبررات، حيث وكأي مؤسسة قانونية يتم استقبالها خارج بيئتها (عن طريق ما يعرف بالثقاف)، يكون لديه ارتدادات، خاصة وأن للإستوبيل أنواعا وصورا مختلفة تتداخل فيما بينها حتى الفقه الإنجليزي يعجز عن فصلها عن بعض فصلا تاما. ويبدو أن الصياغة البريتورية الفرنسية للمبدأ، حسب رأي بعض الفقه، قد سبقت تصوره¹، ولا يوجد أي حكم لحظر التناقض في القانون الفرنسي ولا حتى في مشروع (Catala) أو في مشروع وزارة العدل الفرنسية (la Chancellerie). ولا تجيز هذه المشاريع السلوك المتناقض فقط بصفة عرضية حينما يتعلق الأمر ب(قطع المفاوضات)²، أو الرجوع عن العرض³، ومن ناحية أخرى، يشير مشروع (François Terré)⁴ إلى حكم عام لا يجيز السلوك المتناقض للمتعاقد. وتنص المادة(6) من هذا المشروع على أنه "لا يمكن للطرف أن يتصرف بما يتعارض مع بياناته وسلوكياته السابقة التي استند على أساسها المتعاقد معه إلى أساس مشروع"⁵. ولنا أن نتساءل عما إذا كان تعميم مبدأ حظر التناقض مع النفس على حساب الغير في القضاء الفرنسي ليس إلا شكليا فقط، وانعكس ذلك على تطويق إعماله من خلال الشروط

généralisant les termes du motif décisoire qui vient d'être cité, on peut, de fait, y voir l'affirmation d'un principe général interdisant de se contredire au détriment d'autrui. Autrement dit, l'arrêt rapporté marquerait l'accueil de l'Estoppel en droit privé français ».

¹-انظر:

La « formulation jurisprudentielle » du principe « semble bien avoir précédé sa conceptualisation ». « Il ne suffit pas d'affirmer l'existence du principe (...) pour que s'en déduise un corps de règles tout armé ». D. Houtcieff, Principe de cohérence: « Au commencement était le verbe... », JCP (G) 2014, n° 1141 - V. déjà C. Maréchal, L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit : D. 2012, p.167 ; Bolard G., Le droit de se contredire au détriment d'autrui ?, art. préc., 146.

C. Maréchal, note préc., p. 170) :

« L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, paraît aujourd'hui un principe en quête de régime »

²-انظر:

Article 1104 du projet Catala, article 16 du projet de la chancellerie.

³-انظر:

Article 1105 et s. du projet Catala et article 21 du projet de la chancellerie

⁴-انظر:

F.Terré (dir), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008.

⁵-انظر:

L'article 6 de ce projet dispose en effet qu' « une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légitimement fondé. La simple tolérance ne suffit pas à rendre la confiance légitime ».

التقييدية التي تضعها محكمة النقض في كل مرة منذ تكريسه، والتي يبدو من خلالها موقف القضاء الفرنسي متردداً تنقصه الجرأة في حسم الأمور، كما وأنه غالباً ما يتم التذرع به من جانب الأطراف وكثيراً ما يستغل هؤلاء غموض المفهوم في ظل عدم استقرار الاجتهاد القضائي على نظامه القانوني، وأحياناً يقبل من طرف قضاة الموضوع لكن نادراً ما يتم تأييد هذه الأحكام عندما تخضع لرقابة محكمة النقض الفرنسية.

كذلك ومن جهة تركيبة القانون الخاص الفرنسي القائمة على المفاهيم المجردة والتقنية، تحول دون تعميم العمل بقاعدة عدم التناقض كمصطلح مرن متعدد الأشكال، والذي يعتمد في تحديدها على سلطة القاضي في التفسير وهو ما يلقي مقاومة تقليدية شديدة، كما أن القانون الفرنسي لاسيما قانون العقود يركز على التعهد الصادر عن الشخص، بينما الإستوبل وحماية الثقة المشروعة في التعاقد يركزان على جانب متلقي الوعد وهو ما يمثل خطراً على العقد في القانون الفرنسي¹.

بالإضافة إلى اكتفاء القانون الفرنسي من حيث الأدوات والآليات القانونية التي من شأنها حماية التوقعات المشروعة مثل مبدأ حسن النية، نظرية الظاهر، السبب، الخطأ، وهو ما يجعل أعمال الإستوبل أوقاعدة عدم التناقض غير مجدية بل ويعقد اقحام مثل هذا المفهوم بأدوات القانون الفرنسي.

وقد أجاب عن ذلك أحد الفقهاء² الذي تساءل عما إذا كان يوجد هناك مبدأ عام لحظر التناقض مع الذات على حساب الغير في القانون الخاص الفرنسي، وذلك في دراسة تتعلق بقانون الأسرة بقوله: "إن القانون الفرنسي يجازي ويتصدى للتناقضات الغير مشروعة من خلال عدة أدوات قانونية، من بينها تبرز اثنتان وهما:

- التنازل، الذي ينطلق من البحث في نظرية الإرادة ويستوعب الحق في التناقض.

¹-انظر:

D. MAZEAUD, Un droit européen en quête d'identité, les principes du droit européens du contrat, D. 2007, chron., p. 2959.

²-انظر:

M.GRIMALDI, Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille, in colloque l'interdiction de se contre dire au détriment d'autrui, Ed. Economica, 2001, p. 173.

- وأيضا الخطأ بصوره المختلفة كالتعسف في استعمال الحق وانتهاك حسن النية أو بسبب عدم التزاهة في التعامل... " ثم يضيف: لا نرى فائدة من فرض مبدأ عام لعدم التناقض والذي بسبب غموضه يزعزع تراتيبية الآليات القانونية الموجودة". وما يؤكد التردد في اعتماد المبدأ، خاصة أن القاضي الدستوري الذي طلب منه الحكم في اعتماد مبدأ الثقة المشروعة، رفض ترسيخه كمبدأ له قيمة دستورية، في القرار المؤرخ في 7 نوفمبر 1997¹، ويضاف إلى ذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي تكريس مبدأ عدم التناقض في منازعات المشروعية²، وأيضا قضاة الموضوع بشأن رفض إعماله على قرارات السلطة العامة (Le ministère public)³.

في ضوء هذه المعطيات وغيرها، لا زال نظام المبدأ غير واضح المعالم أقله في القانون الفرنسي الذي اعترف به حديثا، وكأي دراسة في القانون المقارن. فمن الضروري البحث في أهمية وفوائد هذه النظرية في القانون الفرنسي أو غيره من القوانين المتأثرة به من ذلك القانون الجزائري والوقوف على آفاق التطور، ولأن الإستوبل جاري إعماله حاليا من جانب القضاء الفرنسي، فإنه يمكن رصد أهم المعوقات في هذا القانون تحديدا فيما يلي:

1- تعارض الإستوبل الإجرائي والحق في التقاضي:

حق التقاضي حق أصيل يستمد وجوده من المبادئ العليا للجماعات منذ أن وجدت ولم يخل دستور⁴ من دساتير العالم من النص عليه وتوكيده⁵، ومن المسلم به أن حق التقاضي هو المدخل

¹-انظر:

DC. 7 novembre 1997, D 1999, somm. 235, obs, Mélin-Soucramanien, AJDA, 1997, note Schoettl.

²-انظر:

- CE. 2 juil. 2014, n° 368590, JurisData n° 2014 - 014987; JCP G 2015, 2201, C. BlanchonL

³-انظر:

CA Aix - en Provence, 8^e ch. A, 6 mars 2014, n° 10/12732, JurisData n° 2014 - 021345; BJE 2014, p. 257, Ch. Delattre.

⁴-انظر: المادة 37 من المرسوم الرئاسي 20-242 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442، الموافق ل30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج ر ج ج، ع. 82، س. 57، الصادرة بتاريخ 15 جمادى الأولى 1442، الموافق ل30 ديسمبر 2020، و نصت على مايلي:

"كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولهم الحق في حماية متساوية..... الخ"، كما أن المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري جاءت صريحة بنصها على أنه:

"يجوز لكل شخص يدعي حقا رفع دعوى أمام القضاء

يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة

يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية".

⁵-انظر: يس عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1984، ص. 167.

إلى حماية جميع الحقوق والحريات، ويترتب على اعتلائه هذه المترلة من الحقوق، أنه لا يجوز للمشرع أن يتناوله بالتنظيم أو بالتقييد إلا في الحالات التي ينص عليها الدستور نفسه، ومرد ذلك أن كل تقييد لحق التقاضي هو في حقيقة الأمر تقييد للسلطة القضائية في مباشرة ولايتها الكاملة لما ينطوي عليه من إهدار للحقوق ذاتها التي كفلتها المبادئ الدستورية العامة، بل والنصوص الدستورية نفسها¹.

وينبغي التنويه أن حق المرء في سماع دعواه وسببها يعتبر من متطلبات القضية العادلة، باعتباره من حقوق الإنسان والحريات بمفهوم نص المادة (6) من اتفاقية حقوق الإنسان²، غير أن الحق في التقاضي ليس مطلقاً في كل الأحوال، وإنما يمكن وضع قيود على استعماله، سواء من حيث شكل الدعوى أو الطعن، وهذا لا يؤدي في حقيقة الأمر إلى إفراغ الحق في التقاضي من مضمونه، ولكنه ينسجم والهدف المنشود وهو حسن سير العدالة³.

فمن جهة أولى، قد يشكل قيوداً على الحق في رفع الدعوى وممارستها، خاصة وأنه كآلية تتعلق بالنظام العام، إذ ترجح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وتتجسد هذه المصلحة العامة في حسن سير العدالة والاقتصاد في الإجراءات والنفقات، حيث يجوز للقاضي وفقاً لهذه المعطيات أن يثير الإستوبل من تلقاء نفسه ويطلب شروحات تكميلية من الخصم المدعي⁴، لاسيما في الحالات التي يتناقض فيها هذا الأخير مع نفسه، كما هو الحال فيمن يتمسك بواقعة ثم ينازع في وجودها أو صحتها لاحقاً، مما يؤثر على حججه المثارة، ويكون الجزاء الذي يتهدده هو الرفض بعد الفصل في الموضوع، وهو ما يسبب البطء في التقاضي وإطالة أمد النزاع، ويحول دون الفصل في القضية في آجال معقولة⁵.

أشار إليه: أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص. 63.

انظر: أحمد قطب عباس، المرجع نفسه، ص. 65.

² - انظر: الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية معدلة بالبروتوكولين رقم 11 و14، ومتممة بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات 4، 6، 7، 12، 13

³ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الاستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص. 169.

⁴ - انظر:

Nicolas DUPONT, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française, art.préc, p.459.

⁵ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع نفسه، ص. 169.

ويبدو من الملائم محاولة تحديد أو تضيق نطاق اعمال الإستوبل، خشية أن تؤدي إلى إغلاق الباب أمام كل مبادرة من الخصم تستهدف تطوير موقفه تبعاً لتغير ظروف المنازعة أو تطورها¹، وهو ما قد يصل إلى حد منع الخصم من تغيير حججه القانونية، أو منعه من أن يثير دفعا لم يكتشفه إلا متأخراً، فالخصم لديه كامل الحق في أن يناور وأن يعدل من إستراتيجية دفاعه مادام أنه لا يكون مشوباً بنية الإضرار بمصالح الغير، إذ يتعين عليه توخي الحذر والحيلة بحيث لا تفضي حماية النزاهة الإجرائية إلى عرقلة أو إعاقة حقوق الدفاع، وألا تستخدم قاعدة الإستوبل لرفض واستبعاد كل سبب جديد بحجة أنه يناقض ما سبق، وإلا ترتب عن ذلك تجميد دفاع الخصوم².

كما أنه من المتصور أن يؤدي الإستوبل إلى إهدار فرصة لمعرفة الحقيقة كاملة من خلال منع المترافع من قول الحقيقة بزعم أنه يتناقض مع سابق مسلكه، إذ يقوم مبدأ عدم التناقض على وجوب استمرار الوضع السابق، ولا ينبغي التذرع بالإستوبل بسوء نية لأغراض تسويقية بحتة من أجل إعاقة أي تطور في دفاع الخصم الآخر، وقد يؤدي إلى مناقشات فارغة لا طائل من ورائها³.

أكثر من ذلك يمكن للإستوبل أن يؤدي إلى منع الخصم ليس فقط من ممارسة الحق في الدعوى، بل قد يتعداه إلى ممارسة الحق ذاته موضوع الدعوى، في حالات يكتسب فيها الدفع بعدم القبول حجية الأمر المقضي يحول دون المطالبة القضائية فيما بعد⁴.

وقد يشكل الإستوبل الإجرائي قيوداً كذلك على الحق في الطعن بالاستئناف منعا للتناقض فيما بين خصومتين على مستوى القضية الواحدة، هذا وإن كان من الجائز أن يبدي الخصوم دفوعاً جديدة أو يغيروا سبب الطلب الأصلي، بالإضافة إليه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، بشرط أن تكون وسائل الدفاع الجديدة لا تتناقض مع وسائل تطور النزاع المقدمة أمام محكمة أول درجة⁵. ويشترط كذلك أن تكون وسيلة الدفاع الجديدة المثارة لم يسبق للخصم وإن تنازل عنها

¹-انظر:

J- G BETTO, En fin la définition de l'estoppel en droit français, 21 avril 2010, Option droit & affaires , site

internet : <http://www.hoganlovells.com/fr/newsmedia/pubdetail.aspx?publication=6214derniere> dernière visite le 16/12/2019.

²- انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص.77.

³-انظر: رمضان اراهيم علام، التناقض الإجرائي، المرجع السابق، ص.378.

⁴-انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.170.

⁵-انظر: المادة (565) مرافعات فرنسي تنص على أن الإدعاءات لا تعد جديدة طالما أنها تهدف إلى غايات الطلبات التي قدمت أمام محكمة أول درجة حتى وإن كان سببها القانوني مختلف.

صراحة أمام محكمة أول درجة، ذلك أنه إذا تمسك الخصم بما مجددا سيواجه بآلية الإستوبل الإجرائي أو التنازل.

وأمام محكمة النقض، حق الخصم أيضا في إبداء أسباب الطعن بالنقض مقيد هو الآخر بعدم التناقض بين ما يثيره الخصوم من وسائل الدفاع من جهة، وما تضمنته مذكراتهم السابق إبدائها أمام محكمة الموضوع أو مع سابق مسلكهم، وإلا وقف لهم الإستوبل بالمرصاد، خاصة في ظل التفسير الضيق لمفهوم الدفوع الجديدة ووسائل الدفاع الجديدة التي يجوز للخصم إثارتها لأول مرة عند الطعن بالاستئناف أمام محكمة الدرجة الثانية¹.

2- الإستوبل قيد على دور الخصوم والقاضي في الخصومة

دور الخصوم محدد بمبدأ الخصومة ملك للخصوم، غير أن الإستوبل الإجرائي قد يرتب جزاء على أخطاء الخصوم غير العمدية أو تلك التي تقع سهوا منهم، وتظهر خطورته ليس فقط من جانب كونه لا يرحم الأخطاء الغير عمدية أو الواردة سهوا، فإذا كان المشرع الإجرائي في بعض الأحيان يسمح للخصوم بتصحيح أخطائهم وتطهير الاجراءات أول بأول من خلال عدة آليات من ذلك السماح بإثارة دفوع جديدة في الاستئناف ولكن ذلك مقيد بعدم ثبوت التناقض بين الأسباب الجديدة والأسباب السابق عرضها أما المحكمة الابتدائية.

بل وأكثر من ذلك، تظهر صرامة الإستوبل في تقييد سلطة القاضي في تصحيح عدم كفاية أو عدم اكتمال دفاع الخصوم، حيث الإستوبل قد يمنع القاضي عن إثارة الأسباب القانونية من تلقاء نفسه، والتي لم يثرها الخصوم خشية التناقض فيما بينها وبين ما سبق وأن أثاره الأطراف².

3- تعارض الإستوبل الإجرائي مع حسن سير العدالة وسرعة الفصل في القضية في آجال معقولة

إن وضع حظر عام لتناقض الشخص مع نفسه من خلال تكريس آلية الإستوبل قد يفضي إلى بطء في التقاضي لا السرعة التي تتطلبها فكرة القضية العادلة، التي تعتبر من مقتضيات المادة (6) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، وما يستتبعه من ضرورة الفصل في النزاع في مدة معقولة، أخذا في الاعتبار بالجزء الذي يرتبه أعمال الإستوبل، وهو الدفع بعدم

¹-انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.171.

²-انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع نفسه، ص.171.

القبول في كل مرة يبدي فيها الخصم ادعاء، طلبا كان أو دفعا، يتناقض مع سابق مسلكه في القضية¹.

4- لا حاجة للإستوبل أمام توافر الوسائل القانونية التي أتاحتها القانون لرفع التناقض

للقاضي سلطة واسعة عند ثبوت حالة التناقض تقتضي تدخله لإزالته في إطار وظيفته في حماية النظام القانوني، بحيث يتناول الحقوق والمراكز القانونية موضوع التناقض في وجودها ومداهما فيأمر بزالة ما يشوبها من تناقض²، ويتحقق ذلك من خلال رقابته على استقامة الإجراء، أو التأكيد من مدى احترام مبدأ المواجهة، ولكن سلطته في تقييم الإدعاء المتناقض إنما تثبت له إذا كان التناقض مما يمكن رفعه³.

أما عندما يستعصي ذلك ويكون التناقض مستحكما في ظاهر الأمر، فلا يملك سوى الحكم بعدم القبول، دون اغفال ما يوقعه القاضي عن مخالفة الخصم لواجباته الإجرائية أو السلوك المقرر قانونا، الذي ينتج عنه إثارة المسؤولية الإجرائية كما هو الحال في التعسف في استعمال الحق الإجرائي، والذي يؤدي إلى الإضرار بالخصم الآخر، ويجعل من تقرير المسؤولية أمرا جازم القبول، بحيث يكون الجزاء بدفع تعويض اصلاحا للضرر الذي أصاب الخصم الآخر نتيجة فعل التناقض إلى جانب الحكم عليه بالغرامة⁴.

ويبدو ذلك واضحا في العديد من النصوص التي تعاقب على الإستعمال الكيدي والتعسفي للحقوق الإجرائية⁵، وكلها أمثلة عن الوسائل الوقائية أو الردعية الكفيلة بضمان استقامة الاجراءات واحترام واجب التראה والأمانة في مسلك الخصوم أمام القضاء.

¹-انظر: أحمد سيد احمد محمود، الاستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.173.

²-انظر الدويري محمد صالح علي، التناقض المانع من سماع الدعوى وتطبيقاته في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.112.

³-"التناقض لا يكون مانعا من سماع الدعوى إذا أمكن التوفيق أو الجمع بين المتناقضين، فإذا أمكن التوفيق بصورة من الصور لم يكن هناك تناقض في الواقع". انظر في تفصيل التوفيق بين المتناقضين: ياسين محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة خاصة- دار عالم الكتب للطباعة والنشر والترعيع، عمان، الأردن، 2003، ص.399.

⁴-انظر: ابراهيم أمين النفاوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، دراسة في قانون المرافعات للواجب الإجرائي من حيث مصدره وطبيعته وصور الإخلال به والأثر المترتب عليه، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص.416.

رمضان ابراهيم علام، المرجع السابق، ص.377.

⁵-انظر على سبيل المثال: المادة (347) ق.إ.م.إ.

ثانيا: المبدأ عصي على الإنكار

فهو يفرض نفسه فرضا، والدليل على ذلك أنه حظي باقرار صريح من النظم التي أقرت اعتماده على الوجه المبين أعلاه، وحتى تلك التي لم تعترف به حتى الآن فهي تقره ولو ضمنا من خلال العديد من الوسائل التي يستعان بها لمنع ظهور التناقض، ولا جدال في أن مبدأ عدم التناقض يفرض على المشرع أن يتحرى المبدأ عند وضع النصوص القانونية وعلى القاضي في تفسيره لنصوص القانون أو لسد النقص في قواعد القانون¹، فهذا المبدأ يندرج في إطار الحقائق العقلية يوجد في روح القانون ولا يمكن الإستغناء عنه².

إن ما يبرر اعتماد مبدأ عدم التناقض على حساب الغير هو أنه يجمع في مفهوم واحد فقط الوظيفة الحمائية لعدة أسس (حسن النية، التعسف في استعمال الحق، السبب، نظرية الوضع الظاهر، الخطأ) التي تؤدي إلى حد كبير نفس وظيفة الاستوبل، وقد يجادل البعض بأن هذا التنوع في الأسس ضار لأن ظروف الأعمال تختلف بينما يكون الهدف العام متشابها إلى حد كبير مقارنة مع غاية مبدأ عدم التناقض، والتي ترمي إلى اهدار وعدم الأخذ بالتصرف اللاحق الصادر من الشخص في حالة تناقضه مع تصرفه السابق، فهي تغلق الطريق عن من يريد الرجوع بتصرفه بدون مسوغ عقلائي، لاسيما وإن رتب الطرف الآخر أحكاما قانونية على التصرف قبل العدول عنه³، ويكفي أن الإستوبل رديف مبدأ عدم التناقض وسيلة أصيلة لتهديب القضية، وهو الوحيد الذي لا يجيد عن هدف واحد واضح وهو التناقض في سلوك الخصم في القضية، كذلك يظهر الإستوبل كآلية احتياطية أمام عجز هذه الآليات عن تحقيق غاية الاستقرار في الحقوق والمراكز⁴.

ومن هذا المنطلق، لماذا لا يعتمد مبدأ عدم التناقض كأساس واحد، كنتيجة طبيعية لهذه المجموعة من المبادئ، ولما لا توضع صياغة لهذا المبدأ إلى جانب مبدأ حسن النية؟ ولكن كيف يمكن ذلك في النظم القانونية المدنية التي لطالما عنيت بتدوين القانون وتفضيل القواعد المكتوبة مسبقا والمحددة، بدلا من المعايير التي تترك للقاضي قدرا كبيرا من السلطة التقديرية⁵؟

¹ - انظر: رمضان ابراهيم غلام، المرجع السابق، ص ص. 381-382.

² - انظر: أحمد حشيش، مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام، المكتبة القانونية، القاهرة، مصر، 1997، ص ص. 36-38.

³ - انظر: رعد عداي حسين، قاعدة الإغلاق وتطبيقهما في الحقوق العينية، المرجع السابق، ص. 104.

⁴ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص ص. 52-53.

⁵ - انظر:

في الحقيقة، يصعب حسم المسألة، ولكن الأمر يتوقف على الوسيلة الشكلية في استقبال فكرة عدم التناقض ضمن النظم القانونية، إما عبر التقنين وإما بواسطة التطبيق القضائي، ولقد يعتبر التقنين مسألة بالغة الأهمية في احترام هذه القاعدة، والبحث في العناصر التي تؤمن التكريس العملي لفكرة عدم التناقض، يستوجب لا محالة الكشف عن قالب القانوني الذي يصاغ فيه المبدأ صياغة علمية واضحة وملموسة مقرونة بجزء يؤمن فيها إعمالها والخضوع لمنطوقها وجوبيا، ولكن يثور التساؤل في أي تقنين يجب وضعها وكيف؟

ومن المفيد أن يأخذ المشرع الجزائري بمسلك المشرع التونسي ويكرس جوهر الإستوبل في مادة قانونية في صلب القانون المدني كنص عام صالح للتطبيق على فروع القانون الأخرى، خاصة وأن هذا المبدأ يجد مجالا خصبا للتطبيق في الحفاظ على الروابط العقدية وحمايتها من التعسف في استعمال الحق لا سيما نقض الإلتزام.

وإن كان مبدأ عدم التناقض مفهوما صالحا للتعميم في مختلف الميادين، فعمومية المبدأ تفرض نفسها، سواء على مستوى التشريع، أو على مستوى القضاء فهي لا تختص بالقانون الإجرائي فحسب، بل تمتد لتشمل سائر فروع القانون¹، والقول بأنه يترتب على الخصوم فقط الإلتزام بمبدأ عدم التناقض ليس في محله ذلك أنه يشمل جميع الأطراف الفاعلة في الإثبات.

وكما يمكن اعتماد المبدأ بصورة مباشرة بنص قانوني واضح، يمكن كذلك التوصل إليه بطريقة غير مباشرة عبر وسيلة الاستنباط من مجمل النصوص القانونية التي تركز جوهر المبدأ، فهذا الأخير موجود كخلفية قانونية، تظهر ملامحها دون التعبير عنها بمصطلحات تلي الشروط والمواصفات الفنية المطلوبة كقاعدة صريحة ملموسة وواضحة، ووجود هذا المبدأ يرفع الأخلاق إلى عمق القاعدة القانونية، عندما يقدم أو يبرر حلولاً ليس لها بديل لأي مبدأ معروف، كما أنه لا يؤدي إلى تعطيل القضية إذا ما تم ضبط حدود وشروط تطبيقه، ثم إن النص على المبدأ لا يضير العدالة أو بحسن سيرها، بل إنه يعمل في صالحها وفي تأمين اليقين القانوني².

F. BAVOILLOT, A. BAVOILLOT, L'introduction en droit des contrats - La notion de pomessory estoppel développée en common law, article publié le 18 juin 2015 sur le site internet : www.village-justice.com, visité le 15 mai 2018,

¹ - انظر: رمضان إبراهيم، علام، المرجع السابق، ص.371.

² - انظر: رمضان إبراهيم علام، المرجع نفسه، ص.383-384.

هذا ووجود وسائل أخرى أقرها القانون لإزالة التناقض، كمبدأ حسن النية والغش الإجرائي والوضع الظاهر الإجرائي والتعسف في استعمال الحق الإجرائي، لا يغني عن ضرورة وجود هذا المبدأ حتى أنها لا تتعارض إذا ما وصل الأمر إلى تقنيه في صورة قاعدة قانونية لمواجهة كل حالات التناقض أو حالة بعينها في نظام موحد¹، ذلك أن تلك الآليات الإجرائية المختلفة لكل منها قالب قانوني ونطاق تطبيق خاص بها وقد لا تواجه كل العوارض التي تصيب القضية العادلة من ذلك التناقض الإجرائي الذي هو مناط الإستوبل الإجرائي².

فآلية الإستوبل الإجرائي تتضافر مع آليات أخرى سعيًا إلى تهذيب قانون المرافعات وكذلك تهذيب القضية وضبط سلوكيات المتداعين، فالقضية لم تعد عبارة عن مجرد إجراءات فقط للحصول على حكم نهائي، ولم يعد لها مجرد هدف خاص كما هو مفترض وهو حماية الحقوق والمصالح الخاصة عند التنازع فيها، بل أصبح لهذه الأخيرة وظيفة اجتماعية، والمفهوم الاجتماعي في هذه الحالة يستند على التضامن وأخلاقيات وآداب المجتمع، فيلجأ الأفراد إلى ساحات القضاء لتحقيق العدالة الاجتماعية، وليس فقط خدمة المصالح الخاصة لأطراف القضية³.

حيث يتوقف حق كل فرد في قضية عادلة على وجود أعمال إجرائية غير متناقضة، وذلك لن يتحقق إلا من خلال واجب يلتقى على عاتق أطرافها وهو واجب الأمانة الإجرائية (**La loyauté procédurale**)، وهو معروف في قانون المرافعات الفرنسي، فالإستوبل أو مبدأ عدم التناقض يعد مظهرًا من مظاهر الأمانة الإجرائية لاعتباره التزامًا وواجبًا إجرائيًا كمانع لتناقضات الخصوم في سلوكياتهم الإجرائية، وسببًا للتناسق والانسجام فيما بينها عند ممارسة الحق في الإثبات، كما يقع على القاضي عند تسيير الخصومة⁴.

وجدير بالذكر أن الإستوبل يعد بمثابة واجب إجرائي عام، هذا ما يستنتج ضمنا من النموذج العالمي لقانون المرافعات الموحد⁵ وفقا لمقتضيات نص المادة(11) فقرة1 و4 منه، تحت

¹-انظر:

Horatia MUIR WATT, pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français, In : l'internationalisation du droit, Mélanges du droit de Yvon LOUSSOUARN, 1994, p.303 et s.

²-انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.05.

³-انظر: سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص.40.

⁴-انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع نفسه، ص.175.

⁵- وهو النموذج الذي اعتمده مؤسسة القانون الأمريكي والمؤسسة الدولية لتوحيد القانون الخاص في إطار وضع مشروع لمبادئ وقواعد الإجراءات المدنية عبر القوميات. انظر:

عنوان "التزامات الخصوم ومحاميهم"، والتي ورد فيها تباعاً أنه: "يجب على الأطراف ومحاموهم أن يتصرفوا بحسن نية في التعامل مع المحكمة وخصومهم"، وأيضاً "أن فشل الخصم في الخصومة في الرد على ادعاء خصمه في وقت معقول دون مبرر، يجيز للمحكمة، بعد تنبيه الخصم، باعتبار ذلك سبباً كافياً لقبول هذا الإيداع" ويستنتج منه أنه لا يجوز له بعد ذلك العودة للمنازعة في تلك الدعوى وإلا عد متناقضاً مع سابق مسلكه¹.

فحق التناضى ليس حقاً مطلقاً بل إنه مقيد بعدم التناقض في العمل الإجرائي، فالتناقض في الإجراء يجعل معه الإجراء منعدماً، أو أنه يهدم الإجراء، ويعتبر معه كأن لم يكن، مع ذلك يجوز للطرف الذي تناقض في إجراءاته أن يعيد إثارته متى زال سبب التناقض.

أكثر من ذلك، فإن تطبيق مبدأ عدم التناقض يحتاج إلى توافر شروطه، وأهمها أن يكون التناقض حقيقياً بحيث يعد منعدماً كل عمل ثبت بما لا يدع مجالاً للشك أنه متناقض، ولا يمكن الحكم على المبدأ بأي حال من الأحوال بأنه يؤدي إلى إهدار فرصة معرفة الحقيقة، بل العكس تماماً إذ يعد مدخلاً حقيقياً وصحيحاً لعدالة منضبطة وقضاء سليم².

المطلب الثاني

إلحاق مبدأ عدم التناقض بحماية الثقة المشروعة ... الإلتباس مع مفاهيم أخرى

يمكن تعريف الثقة بأنها حالة ذهنية واقعية لدى المخاطب بالإرادة تقوم على أساس التزام صاحب الإرادة بحسن النية، الذي يتطلب منه الأخذ بعين الاعتبار الثقة المتولدة لدى الطرف المقابل³، والتي تنشأ لما يفترضه فيه من نزاهة وشرف⁴، ويعد اشتراط المشروعية أمر بالغ الأهمية ذلك أن عدم مشروعيتها يفيد بعدم وجود عنصر المفاجأة لدى المتعاقد وذلك يعني حتماً أنه كان عالماً بالإرادة الحقيقية للمتعاقد الآخر⁵، فالتوقع يعد مناط الثقة، واستخدام هذا المفهوم يمكن أن يثبط استقلالية إرادة الأطراف، وبالتالي الحرية التعاقدية نفسها، ومع ذلك تستخدم المحاكم

<http://www.unidroit-org/instruments/transational-civil-procedure>.

¹-انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستويل الإجرائي، المرجع السابق، ص.176.

²- انظر: رمضان ابراهيم علام، المرجع السابق، ص.346.

³-انظر: شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، ط.1 دار دجلة، عمان، الأردن، 2008، ص.149.

⁴-انظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص.455.

⁵-انظر: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص.149.

الفرنسية العديد من الآليات لحماية توقعات الأطراف، في الوقت الذي يجب فيه دراسة مبدأ حماية الثقة المشروعة، وهو نظير الإستوبل.

فإلى أي مدى يمكن لهذه الآليات المختلفة أن تحقق نتائج مماثلة أو على الأقل متشابهة عموماً من نظام قانوني إلى آخر في حماية الاتساق والأمن التعاقديين؟ ألم يقل الفقيه الفرنسي (RIPERT)¹ بأن العلاقات التعاقدية لا يمكن أن تنشأ إن لم ترعها الأخلاق، وكذلك العميد (CORNU)² حينما وصف الثقة المشروعة بأنها روح العقد، وكذلك ما ورد على لسان الفقيه (MAZEAUD)³ في شعاره الجديد الذي يجب أن يحكم العلاقات القانونية: "إخلاص، تضامن، إخاء".

الفرع الأول

علاقة المبدأ المانع بحماية الثقة المشروعة

إذا كان وضع الإستوبل مرتبطاً بالخصوصيات الثقافية للقانون الانجلوأمريكي، فإنه لا يجب إغفال ظروف وجوده ومبرراته في ظل قواعد العدالة التي ترعى الأخلاق، والواقع أن وظيفته تسعى إلى تحقيق غرض عام وهو حماية الثقة المشروعة والتي تبرز في شتى مجالات القانون، ومن ذلك قانون العقود، والمقصود بالثقة المشروعة هو الثقة المتولدة من الإرادة المعلنة الظاهرة أو الأثر القانوني للوضع الظاهر الذي يعتبر عنواناً للحقيقة⁴.

¹-انظر:

-G.RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4^{ème} édition, LGDJ, Paris, France, 1968, p.31.

²-انظر:

G. CORNU: Note sous l'arrêt de principe rendu par l'assemblée plénière le 13 décembre 1962, RTDC, 1963, p. 574.

³-انظر:

D. MAZEAUD, La loyauté, Solidarité, Fraternité :La nouvelle devise contractuelle, Dalloz, PUF, éd. juriscalsseur, Paris, 1999, p.603.

⁴-انظر في موضوع الثقة:

Cristina AMATO, Confiance légitime : Principe directeur et source autonome de l'obligation, RDC, n° 1, du 01/01/2013, p. 351:

« On peut définir la confiance légitime comme l'effet juridique de l'apparence. Les situations d'apparence qui prévalent exceptionnellement sur la vérité trouvent de leur côté leur source dans le droit qui est commun à la tradition juridique européenne dans son ensemble, à savoir le droit romain. Celui-ci traduisait dans le Digeste cette possibilité exceptionnelle par l'adage : nemo potest venire contra factum proprium, mieux connu dans la langue française comme (interdiction de se contredire au détriment d'autrui). Ce principe ne fut jamais oublié dans l'Europe, qui continua la

وتجدر الإشارة إلى أن حماية الثقة المشروعة تجد مصدرها في التقاليد القانونية الأوروبية ذات الأصل الروماني المشترك، والذي عرف حكمة قانونية لاتينية القائلة بأنه: "لا يقبل من أحد قول يتنافى مع سابق مسلكه"، أو ما يعرف بعبارة "ليس لأحد نقض ما قبله" (**Non concedit venire contra factum proprium**) وقد وردت ضمن الأصول الفقهية العامة لتشريع جوستينيان¹. أما بالنسبة للنظم الأنجلوأمريكية، فالأمر يختلف، وفكرة الإستوبل وجدت في القانون الإنجليزي في القرن الثاني والثالث عشر، حيث لم يكن هذا القانون يعرف مبدأ حسن النية كما هو معمول به في النظم اللاتينوجرمانية، ولذلك ظهر الإستوبل في غياب المقابل لحماية الثقة المشروعة. وقد تغلغل الإستوبل في النظم القريبة من النظام الإنجليزي، هذه الأخيرة التي ركزت على معيار الاعتماد (**reliance**) كمعيار لتقييم الأضرار التي لحقت بضحية التناقض²، فالإستوبل في نظم العائلة الأنجلوأمريكية يعد وسيلة أصيلة لحماية الثقة المشروعة ويرتكز على عنصرين وهما: التناقض والاعتماد.

فعندما يقود شخص ما، بتصريحاته أو سلوكه الواضح والقاطع، شخصا آخر إلى التصرف على حسابه بسبب الاعتقاد المشروع الذي نتج عنه، لا يمكن للشخص الأول أن يناقض نفسه باعتماد سلوك يضر بالشخص الثاني، ولا يتفق مع أقواله أو سلوكه الأولي. ومع ذلك، إذا كان المقصود أصلا من وقف التمثيل أو التصوير فقط لمنع شخص من تناقض تصريحاته المتعلقة بحقيقة مادية، أصبح يمكن أيضا أن يعاقب البيانات المتعلقة بمجرد النية بموجب الاستوبل المترتبة على الوعد³.

وإذ تقوم الإستوبل على حماية الثقة المشروعة لمتلقي إعلان النوايا وهي كآلية تسمح، بفرض عقوبات على السلوك غير المتسق، وأحيانا بتأسيس الأثر الإلزامي لإعلانات النوايا،

tradition romaniste par l'intermédiaire des glossateurs et des humanistes du XV^e siècle et de l'usus modernus pandectarum. En particulier, l'interdiction de venire contra factum proprium a pu subsister dans les sources justiniennes et dans le jus commune au travers du principe de bona fides et de l'exceptio doli generalis ».

¹ انظر: عبد العزيز فهمي، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، عالم الكتاب، بيروت، لبنان، 1946، ص.370.

² انظر:

Marie LAMOUREUX, Les déclarations d'intention en droit privé, Revue Lamy, droit civil, wolters kluwer, France, les éditions Lamy, 2008, p.57-70.

³ انظر:

Marie LAMOUREUX, art.préc, p.68.

ولكنها لا ترقى إلى الالتزام التعاقدي أو الإلتزام بالإرادة المنفردة، وقد اقترح البعض بهذا المعنى، وبعيدا عن مسألة إعلانات النوايا، مفهوم شبه الإلتزام، الذي يعرف بأنه "الإلتزام الذي يفرضه الإنصاف على الفرد بسبب الاعتقاد المشروع الذي أثاره بخطئه لدى الغير¹.

وبصفة أعم مبدأ عدم التناقض يجازي خيانة الثقة المشروعة، فهو يهدف لمنع الخصم الذي خلق بكلماته أو بسلوكه وضعاً ظاهراً مضللاً من أن يناقض هذا المظهر، طالما أن الغير كان يتصرف اعتماداً على هذا الوضع الظاهر، ولا يكفي أن يتخذ الخصم موقفاً معيناً يناقض نفسه، بل ينبغي على وجه الخصوص، بالإضافة إلى ذلك، أن يدفع خصمه لتغيير موقفه بسبب هذا الوضع المضلل².

إن مبدأ عدم التناقض (الإستوبل) يفترض وجود علاقة قانونية بين خصمين، وهذه العلاقة القانونية قد تنشأ عن أعمال إجرائية كالمدعوى أو الخصومة أو القضية تخضع في نظامها وأحكامها لقانون المرافعات المدنية، وقد تكون موضوعية كأني تصرف يخضع للقانون الموضوعي، كالعقد على سبيل المثال، حيث أن صورة الإستوبل المترتبة على الوعد وجدت لتحمي الثقة المشروعة التي يضيف عليها القانون الحماية بغرض استقرار المعاملات³، ويعتبر الإستقرار غاية من غايات القانون المختلفة⁴.

وعرفه أحدهم بأنه تأكيد وتحديد القواعد القانونية في تنظيمها للمراكز القانونية، بما يضمن تأمين النتائج، بحيث يستطيع كل فرد أن يتوقع هذه النتائج، ويعتمد عليها ويعرف نتائج تصرفاته ماله وما عليه من جانب المتعاقد الآخر⁵، فلا يترك المتعاقد في حيرة من أمره بسبب عدم معرفة آثار تصرف قانوني ما أو وضعه في موقف حرج متى فسح المجال للمتعاقد الآخر للرجوع في أقواله أو أفعاله⁶، وتتجلى بذلك أهمية قاعدة الإستوبل في ضمان الاستقرار في التعامل.

¹ - انظر:

GRIMALDI. C., Quasi- engagement et engagement en droit privé, préf. Lequette Y., Defrénois, 2007, n° 200.

² - انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد المرجع السابق، ص.73.

³ - انظر: شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص.259-260.

⁴ - انظر: رعد عداي حسين، قاعدة الإغلاق وتطبيقها القانونية في الحقوق العينية، المرجع السابق، ص.112.

⁵ - انظر: يس محمد محمد الطباخ، الإستقرار كغاية من غايات القانون، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2012، ص.24.

⁶ انظر: رعد عداي حسين، المرجع نفسه، ص.112.

ويجدر بنا التوضيح بأن هناك اختلاف في مفهوم الثقة المشروعة (**la confiance**) في اللغتين الفرنسية والإنجليزية، ومفهومها واحد وثابت بالنسبة للأولى، سواء تعلق الأمر بالثقة في النفس أو بالغير. بينما في اللغة الإنجليزية، يمكن أن يشار إلى الثقة بعبارة (**Confidence**)، وهي تتعلق بمظاهر وأحاسيس داخلية، كما يمكن أن تشير إلى الاعتماد (**reliance**)، وتعني الثقة التي تتجسد بمظاهر خارجية¹، وتعرف في القانون الإنجليزي بمصطلح آخر، وهو التوقعات المشروعة (**légitimate expectations**) وهو شائع الاستخدام في مجال القانون العام وقريب أكثر من فكرة الأمن القانوني².

ومبدأ عدم التناقض (الإغلاق الحكمي)، وهو أحد المبادئ العامة في القانون الانجلوسكسوني، يقوم على حظر مخالفة الشخص تأكيدا أو موقفا تقدم به لشخص آخر، أدى به للتعويل والإستناد إليه، طبق على منازعات السلطات العمومية في بريطانيا، وأعطى مبدئيا نفس النتائج التي كانت ستترتب عن تطبيق مبدأ الثقة المشروعة حتى سنة 2002، أين تم استبعاد تطبيق مبدأ الإغلاق الحكمي في قضايا القانون العام بمناسبة قضية (**Reprotech**) وجاء في قرار المحكمة أن هناك تشابها بين الإستوبل في القانون الخاص ومفهوم التوقعات المشروعة الناشئة من طرف سلطة عامة في القانون العام، والتي يصل انكارها إلى درجة التعسف في استعمال = السلطة، لكن ليس أكثر من تشابه لأن الحلول ضد السلطات العمومية يجب أن تأخذ بالحسبان أيضا المصالح العامة للجمهور التي وجدت السلطة لتعزيزها³.

وكان الإستعمال الأول لمفهوم الثقة المشروعة المعروف في فقه القانون العام الألماني في عشرينيات القرن الماضي، ومبدأ الثقة المشروعة ذو الصلة الوثيقة بالقانون الإداري، يمكن تعريفه

¹-انظر في تفصيل الموضوع:

Mehdi BERBAGUI, La protection de la confiance légitime en droit français et anglais, Edidions universitaires Européennes, 04/10/2017, p.08 :

«... En droit anglais, le terme en effet, prend deux sens : on distingue la confidence de la reliance, le premier s'attache aux convictions et représentations subjectives et intérieures à la personne, alors que le second correspond plus à une confiance fondée sur un élément extérieur et observable, souvent générée par un acte, une promesse un geste».

²- انظر:

John CARTWRIGHT, Protecting legitimate expectations and estoppels in English law, report to the XVIIth international Congress of Comparative law, July 2006, EJCL, vol.10.3, december2006, p.6.

³- انظر: بلخير محمد آيت عودة، الأمن القانوني ومقوماته في القانون الإداري، منشورات دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2018، ص.30-

على أنه : "عبارة عن آلية دفاعية للحق المادي في مواجهة تغييرات التنظيم والتعهدات غير الملتزم بها"¹، ولقد عرف النظام القانوني الألماني أول ترجمة لهذا المبدأ في قانون الإجراءات الإدارية.

وقد انتهجه القضاء الإنجليزي باسم التوقعات المشروعة (**principe de légitimate expectation**) وذلك في ظل افتقار الشريعة الإنجلوسكسونية التي ينتمي إليها النظام الإنجليزي لقواعد قانونية كافية في علاقة الإدارة بالمواطنين². وقد يكون من الصعب إنكار ما مارسه النمط الأنجلوسكسوني من تأثير على القانون الوضعي الأوروبي في هذا الاتجاه، ويتعين في هذا الصدد الإشارة إلى القرار الصادر عن المحكمة الإدارية في ستراسبورغ بتاريخ 08 ديسمبر 1994، الذي يشير لمبدأ التوقعات المشروعة كأساس قانوني لالتزام الإدارة باحترام وعودها³، وفكرة حماية التوقعات المشروعة معروفة على المستوى الأوروبي، ولاسيما محكمة العدل للمجموعة الأوروبية منذ سنة 1975، وصنفت كمبدأ أساسي للمجموعة الأوروبية.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فلقد ظل يرفض لمدة طويلة الاعتراف بهذا المبدأ، واعتبر المجلس الدستوري الفرنسي في قراره بتاريخ 07 نوفمبر 1997⁴ أنه لا وجود لمبدأ دستوري يضمن ما يدعى بالثقة المشروعة، وفي المقابل اعترف مجلس الدولة الفرنسي صراحة بالثقة المشروعة كمبدأ قانوني بوساطة فكرة الأمن القانوني، وقد عرف مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الثقة أو حماية التوقعات المشروعة بموجب تقريره لسنة 2006⁵، بأنه مبدأ يفرض عدم الإخلال بالثقة التي وضعها المتعاملون في الإدارة بصفة مشروعة ومؤسسة في ثبات مركز قانوني، وذلك بالتعديل العنيف

¹-انظر:

Paraskevi Mouzouraki, l'efficacité des décisions du juge de l'égalité administrative dans le droit français et allemand, LGDJ, 2009, p.43.

أشار إليه بلخير محمد آيت عودة، المرجع السابق، ص.25.

²-انظر: محمد منير حساني، احترام الثقة المشروعة كمبدأ عام للقانون، مداخلة أقيمت بمناسبة انعقاد المنتدى الوطني الموسوم باحترام التوقعات القانونية، يومي 24 و25 فبراير 2016، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، منشور في مجلة حوليات، ع.2016، ص.31.

³-انظر:

Tribunal administratif de Strasbourg, décision rendue le 8déc. 1994, JCP.1995.2.22474. concl.J.PoMMIER, AJDA, 1995.555.

⁴- انظر:

DC, 7 novembre 1997, D.1999.somm235, obs Mélin-soucramanien ; AJDA, 1997, 969, note SCHOETTL.

⁵-انظر:

Conseil d'état, sécurité juridique et compléxité de droit , Rapport public 2006, la documentation française, 2006, p.285.

لقواعد القانون¹، وأمام هذه المعطيات يبدو وكأني دراسة في القانون المقارن، يجب معرفة ما يعنيه تبني هذا المبدأ واحتمالات تطوره في القانون الخاص.

الفرع الثاني

الالتباس مع مفاهيم أخرى (استقلالية فكرة عدم التناقض عن المفاهيم المجاورة)

تتداخل قاعدة عدم التناقض مع مجموعة من القواعد التي تكون النظام القانوني بمجموعه، وهذا يعني أنها ليست قاعدة مطلقة أو مستقلة عن القواعد المشار إليها، إن مضمون القاعدة وآثارها يستوجب الترابط والتكامل بين القواعد القانونية، أو بين الأصول والاستثناءات، وفهم طبيعتها وعدم إساءة تطبيقها، ثم إنها تتواصل مع مبدأ أساسي يتربع على قمة النظام القانوني في القانون الخاص، ذلك هو مبدأ حسن النية.

إن المقارنة بين المفهومين المتقاربين سواء في الشروط أو الأساس، تقصي الخلط بينهما وتمكن من تحديد عناصر كل مفهوم بجلاء، وهذه المقارنة تؤول إلى إبراز مدى تميز كل مفهوم بخصائص معينة مما يجعل منه مفهوما مستقلا².

إن استقلالية آلية الإستوبل تترجم عبر تمييزها كذلك عن باقي الآليات القريبة منها، هذا التداخل ينتج عنه إما اعتبار أن كل ما يقترب أو يختلط مع الإستوبل يعد بمثابة إستوبل، أو أن مبدأ الإستوبل عديم الفائدة استنادا إلى وجود بعض المبادئ القانونية والأفكار الموجودة أصلا في النظم القانونية المختلفة التي تتضافر جميعا لمواجهة الثقة المشروعة.

أولا: الإستوبل ومبدأ حسن النية

كان قانون العقود يستند تقليديا إلى مبدأ التراضي الذي يجب بموجبه أن يكون كل متعاقد قادرا على الاعتماد على التعبير عن إرادة الطرف الآخر، الذي يمثل ميلاد الالتزام التعاقدي، ومن الضروري باسم اليقين القانوني أن يعتمد طرف في العقد على الالتزام الذي أعرب عنه المتعاقد معه، ولهذا السبب، هناك آليات قانونية مختلفة ترمي إلى إجبار الشخص على الوفاء بوعده التعاقدي أو حماية التوقعات المشروعة التي أوجدها في تلقي الوعد. وفي بلدان القانون المدني، كثيرا

¹-انظر:

Paraskevi MOUZOURAKI, Le principe de confiance légitime en droit allemand, français et anglais : un exemple de convergence des droits administratifs des pays européens ?éd. Bruylant, Bruxelles, Belgique, 2011, p.41.

²-انظر: كريم بولعابي، حسن النية في المادة التعاقدية، ط.1، مجمع الأطرش للكتاب المتخصص، تونس، مارس 2015، ص. 32.

ما تكفل حماية التوقعات المشروعة باستخدام العديد من المفاهيم العامة والمجردة مثل مبدأ حسن النية الذي يكشف عنه القانون الفرنسي أو الألماني، بينما تحمي بلدان القانون العمومي التوقعات المشروعة النابعة من التعبير عن إرادة المتعاقد من خلال استخدام نظريات خاصة منها الإستوبل أو قاعدة عدم التناقض ويعكس هذا المبدأ، الذي يعرف بعض الفروق الدقيقة في بلدان القانون العمومي أو المشترك، الفكرة العامة المتمثلة في واجب الاتساق السلوكي والتزاهة نحو الغير¹.

ومبدأ حسن النية من المبادئ العامة للقانون التي تعترف بها الأمم المتعددة، وهو ضارب بوجوده في أعماق التاريخ القانوني²، وقد أصبح مقبولا كجزء لا يتجزأ من النظم القانونية الوطنية، وكذا كافة القواعد المنظمة للتجارة الدولية³. وإن كان من الصعب إنكار وجود مبدأ حسن النية، إلا أن الصعوبة تكمن في تعريف هذا المبدأ تعريفا جامعاً مانعاً، حيث يكون حسن النية في النصوص القانونية تعبيراً عن حالة ذهنية إلى حد ما غامض، خاصة وأن غالبية النظم القانونية لم تضع له تعريفاً وإنما أشارت إلى تطبيقاته صراحة أو ضمناً وفرضه كرقيب على العقد⁴.

واعتبر العميد (George RIPERT) أن حسن النية وسيلة لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي، أو أبلغ من ذلك إنه تعبير عن استقامة الإنسان في تعامله مع الآخر ليصبح تدعيماً أزلياً، ولكن يومياً للتواصل بين الإرادة والفعل⁵، فهو مرادف للصدق والاستقامة على وجه أوسع.

¹-انظر:

-Caroline BALOSSO, L'adaptation de la doctrine du promessory estoppel en droit contractuel français: la possibilité d'adoption d'un principe général de confiance légitime ? soumis le 28/04/2008, blog de Mr P. GUEZ, Droits des contrats, site internet :

<https://blogs.parisnanterre.fr/content/royaume-uni-1%E2%80%99adaptation-de-la-doctrine-du-promisoy-estoppel-en-droit-contractuel-fran%C3%A7ais->

²-انظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوي، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانوني المدني المصري والفرنسي، بد.د.ن، 1997، ص.2. أشارت إليه: مها محسن السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط.1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016، ص.17.

³-انظر: في القانون الدولي يذكر أساساً الفصل 7 من معاهدة الأمم المتحدة لعقود البيع للبضائع المتعلقة بتأويل العقود عملاً بحسن النية في التجارة الدولية (اتفاقية فينا 1980-04-21)

⁴-انظر: بني طه، يحي أحمد، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الإنجليزي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، الأردن، 2007، ص.41.

⁵-انظر:

-G.RIPERT, op.cit, n.157, p.287.

أشار إليه كريم بولعابي، المرجع السابق، ص.09.

وتأثير حسن النية عام جدا، غير أن العقد هو المعروف أكثر من غيره بتطلب حسن النية¹، خاصة في مجال تنفيذ الالتزامات الاتفاقية، وهو يكمل قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، ويعد عنصرا أساسيا من عناصر القاعدة، فحسن النية هو تعبير عن المحافظة على الثقة والصدق في التعامل، ويستلزم الأمانة والإخلاص والتزاهة في تنفيذ الالتزامات الاتفاقية²، وقد تبلور بالممارسة وتم توظيفه ليكون هو المقيم للسلوك في العقد، مما يجعل له دورا تأسيريا متميزا، فإن كان العقد وليد طرفيه، فإنه نتاج محيطه الذي يتأثر به، مما يفرز علاقة جدلية تحكمها تقلبات ساهم حسن النية على احتوائها³.

وإن لمبدأ حسن النية دورا أساسيا لا بد منه في المادة التعاقدية، وعلى وجه التحديد عقود التجارة الدولية وعقود الأعمال بصفة عامة أين يلزم أطرافها أدبيا وأخلاقيا باحترام بنود التعاقدات والالتزام بها، عبر مجمل الأدوار التي يؤديها في كافة مراحل العقد.

وقد طرح التساؤل بشأن الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية فيما إذا كان يعتبر التزاما أو واجبا عاما أم يعد كقاعدة عامة للسلوك؟

ولقد فسره البعض بأنه واجب عام بالنظر إلى غياب الطبيعة الآمرة لمبدأ حسن النية، وفي الصعوبة في إخضاع العلاقة التعاقدية برمتها إلى المبدأ⁴، وإنه لا يكفي إقرار واجب حسن النية للوصول إلى تكريس طبيعة الالتزام القانوني لأن الواجب لا يعني الالتزام، فالواجب عام والالتزام خاص⁵.

¹ -انظر: جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة و تحقيق منصور القاضي، فيصل كلثوم، ط.2، مح.1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 2000، ص.262.

² -انظر: رعد عبد الأمير مظلوم عبد الحميد خزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مجلة ديالى للبحوث الإنسانية، كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة ديالى، ع. 64 ، لسنة 2014، ص.165.

³ - انظر: كريم بولعابي، المرجع السابق، ص.39.

⁴ -انظر:

M.MEKKI, La réforme au milieu de Gué, Les notions absentes ?Les principes généraux des contrats, aspects substantielles, R.D.C, 2015/ n3, p.651.

أشار إليه: زمام جمعة، تحديث النظريات العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي) ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع.12، جامعة بليدة 2، 2017/06/01، ص.228.

⁵ - حول التمييز بين الواجب والالتزام انظر:

W. YUNG, Devoirs généraux et obligations ,Mélanges Schonen Berger Frigourg, 1968, p. 163 et s.

ولهذا اقترح البعض عدم القابلية للتجزئة بمعنى عدم إمكانية استبعاد أو تحديد مبدأ حسن النية. وتختلف النظرة التقليدية إلى مبدأ حسن النية في إنجلترا عن نظرة المجموعة اللاتينية إليه اختلافا كبيرا إذ أنه لم يحظ هذا المبدأ في إنجلترا بنفس درجة التأييد التي حظي بها في دول المجموعة اللاتينية¹. وانفردت إنجلترا بهذا النفور الواضح من مبدأ حسن النية حتى داخل المجموعة الأنجلوسكسونية، ففي كل من الولايات المتحدة وكندا وأستراليا، وهم أبرز أعضاء في هذه المجموعة بعد إنجلترا، قد حظي بترحاب أكبر نسبيا في الأوساط القضائية، بل وقد وجد مكانا للنصوص الصريحة عليه في بعض تشريعاتها.

غير أن المفاجأة القضائية بالنسبة للقضاء الإنجليزي كانت بحكم القاضي (Mr Justice LEGGATT) بالمحكمة الإنجليزية العليا في لندن وذلك في سنة 2013²، حيث أشار في حكمه إلى أن العداء في المحاكم الإنجليزية لما يسمى التزام عام بحسن النية في العقود في غير محله، وأصدر حكمه الذي تضمن ما مفاده بأنه ينبغي افتراض حسن النية في عقد اتوزيع طويل الأجل، وقد أثار هذا الحكم جدلا واسعا في الأوساط القانونية والأكاديمية في بريطانيا، بين مؤيد ومعارض وليس من المعلوم حاليا إلى أين سينتهي به المطاف، حيث لم يعلن حتى الآن ما إذا كان الحكم استأنف أو إذا كان التفكير يتجه إلى اصدار تشريع يوضح الموقف ويرسي المبدأ المناسب³.

¹ - "إذا كان الرأي السائد في إنجلترا لا يزال حتى الآن مناهضا لمبدأ حسن النية و أن قاعدة " فليحذر المشتري " لا تزال هي المسيطرة، إلا أن دائرة التأييد في اتساع مطرد ليس فقط لأن المناهضين للمبدأ قد أقروا رغم ذلك العديد من تطبيقاته، لكن أيضا لأن هذا كان نهج المشرع الإنجليزي نفسه، إذ رغم عدم النص على المبدأ كمبدأ عام إلا أنه اضطر عملا وتحقيقا للعدالة إلى إيراد نصوص خاصة هي في واقع الأمر تطبيقات للمبدأ، وهي في ازدياد مطرد، من ذلك قانون بيع وتوريد السلع لعام 1994، وقانون الشروط المحففة في عقد المستهلك لعام 1999 ... الخ. وقد اتسعت دائرة المؤيدين للمبدأ بعد أن انتصر له مجلس اللوردات متأثرا بقضاء محكمة العدل الأوروبية، وارتفعت الأصوات تناشد المشرع بإقرار كمبدأ عام خاصة بعد انضمام بريطانيا إلى السوق الأوروبية المشتركة، وورود المبدأ في بعض التشريعات الخاصة على ما تقدم ذكره. وقد شجع على هذا أن البدائل التي يتمسك بها الاتجاه المناهض للمبدأ لم تسعف القضاء أحيانا كثيرة في تحقيق العدالة، الأمر الذي دفع به إلى اللجوء إلى الحيل والافتراضات وكان القضاء في غنى عن ذلك لو وجد نصا عاما للمبدأ.

ولعل هذا التردد في إقرار مبدأ حسن النية في إنجلترا رغم ما حظي به مؤخرا من تأييد نسبي كان وراء ظهور مصطلح آخر من ذات الجوهر هو اصطلاح اللاضميرية الذي شاع قبل ذلك في ألمانيا إلى جانب اصطلاح سوء النية، ولم يلبث هذا الاصطلاح أن شاع في إنجلترا، فتردد في بعض الأحكام، كما جرت به أقلام بعض الشراح " للمزيد راجع: علي حامد المحضار، العدالة في العقود، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في مصر والعالم الغربي، الناشر (دار الكتب اللبناني، دار الكتاب المصري)، 2016، ص. 97-103.

² - انظر:

- Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd (2013) EWHC 111 (QB).

³ - انظر: علي حامد المحضار، المرجع نفسه، ص. 300.

ولعل أهم أو أشهر مادتين أرسنا مبدأ حسن النية في العقود بالنسبة للمجموعة اللاتينية، هما المادة(157) وكذلك المادة(242) مدني ألماني، وتوجد إلى جانب هذين النصين نصوص أخرى خاصة هي تطبيق للمبدأ في مسائل معينة، كما تم النص عليه في المادة(1134)القديم من التقنين المدني الفرنسي قبل التعديل، إذ رغم أنها تؤكد على أن قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، إلا أنه وبموجب الفقرة الثالثة منها كانت تقرر أسوة بالمشرع الألماني أن مبدأ حسن النية هو الحاكم في تنفيذ العقود، كما قرر النص القديم للمادة(1135)من القانون المدني الفرنسي أن العقود تلزم أطرافها ليس فقط بما اشتملت عليه، بل وأيضا بما تقتضيه العدالة والعرف والقانون من أحكام تطبيقا لطبيعة الالتزام، وبهذا أرسى المشرع الفرنسي مبدأ حسن النية كمبدأ عام يحيط بالعقود، سواء في تحديد مضمونها أو فيما يتعلق بتنفيذها.

وقد أصبح النص الجديد الذي يقرر مبدأ حسن النية بموجب المادة(1104)من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله بالأمر رقم 2016/131¹، والذي ورد به أنه يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية، ويظهر توجه المشرع الفرنسي نحو الاعتراف بنطاق أوسع للالتزام بحسن النية في العقود، إذ أصبح يشمل جميع مراحل العقد من مرحلة المفاوضات إلى التنفيذ بعدما كان يشمل فقط مرحلة التنفيذ، وقد اعتبر المشرع الفرنسي هذا الحكم من النظام العام من خلال نفس المادة²، حيث نصت في الفقرة الثانية إلى أن هذه القاعدة من النظام العام مما يفيد بأنه لا يمكن استبعاد مقتضياته بإرادة الأطراف من نطاق العقد.

والواضح من التعديلات التي وردت على قانون العقود الفرنسي أنها كانت نتيجة محاولة تجاوز عزلة النظام القانوني الفرنسي وموائمة التقنيات مع مسار التحديث، خاصة بعد أن اعتمدت مبادئ القانون الأوروبي للعقود، بخلاف القانون الجزائري، فلقد نصت المادة(1/107)ق.م على وجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، والواضح من موقفه أنه ركز على مرحلة تنفيذ العقد فقط، ويجدر التنويه بأن المشرع الجزائري لم ينظم صراحة أحكام المرحلة السابق على

¹-انظر:

Ordonnance n 2016-131, du 10 février 2016, Portant réforme du droit des contrats, Du régime général et de la preuve des obligations, JORF n 0035 du 11 février 2016 ,Ratifiée par la loi n 2018-287 du 20 avril 2018, JORF. 21

²-انظر:

Art.1104 du C.civ.fr dispose que: « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition et d'ordre public ».

التعاقد مكتفيا بالنص على أن العقد لا ينعقد إلا بتبادل التعبير عن الإيجاب والقبول واتباطهما ببعضهما (المادة 59م)، وأنه لا بد من الاتفاق على المسائل الجوهرية التي تفاوضا عليها للقول بانعقاد العقد (المادتين 65)، كما أشار إلى الوعد بالتعاقد (المادتين 71 و72 ق.م) والعربون (المادة 72 مكرر) وهي من العقود التمهيديّة التي يعقبها غالبا إبرام العقد النهائي¹، بالإضافة إلى نص (المادة 107 ق.م) سألقة الذكر وكانت تطبيقاتها ضمنا تنصرف إلى مرحلة تكوين العقد، وهذا ما لم يعد يواكب التطورات التي عرفتتها النظرية العامة للعقد ويستوجب بالضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، عن طريق توسيع مجال تطبيق مبدأ حسن النية للتكيف مع خصوصية وتزايد عقود الأعمال بالنظر إلى العقود البسيطة.

إن المشرع الجزائري رغم تعديلات القانون المدني بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005²، ثم القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007³، والتي مست هذا القانون في الكثير من المواد، لم تهتم لمرحلة التفاوض وأغفلت تنظيم الإلتزام قبل التعاقدية وحماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد، وحيث القضاء لا زال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم، ولا يرتب في ذاته أي أثر قانوني، فليس للمتفاوض المضرور سوى اللجوء إلى دعوى المسؤولية التقصيرية وفقا لمقتضى نص المادة (124) المعدلة بالقانون رقم 10/05، وهي طريق شاق على المضرور لصعوبة إثبات توافر عناصر هذه المسؤولية، وكان يستحسن أن تتضمن هذه التعديلات نصا صريحا على الإلتزام بالتفاوض بحسن نية وبجرية كل طرف في مرحلة المفاوضات، وكذلك تنظيم المسؤولية عن قطع المفاوضات دون سبب جدي، وذلك لفرض الحماية للطرف المتضرر في المفاوضات، خاصة في تلك العقود التجارية ذات الأهمية المالية التي يسبق إبرامها اجراء مفاوضات طويلة وشاقة ومعقدة⁴.

إن الإلتزام بالتفاوض بحسن نية كإلتزام رئيسي يقع على عاتق كل من طرفي المفاوضة يفرض على المتفاوض ألا يلجأ إلى الغش والخديعة، بل أن يسلك في التفاوض السلوك المألوف والمعتاد، وهو التزم بتحقيق نتيجة، ولا يستطيع المتفاوض دفع المسؤولية عنه بالإدعاء أنه بذل كل ما في

¹ - انظر: بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2011، ص.13.

² - انظر: ج.ر.ج.ج، ع.44، الصادرة بتاريخ 2005/06/26.

³ - انظر: ج.ر.ج.ج، ع.31، الصادرة بتاريخ 2007/05/13.

⁴ - انظر: بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص.14.

وسعه لكي يكون حسن النية فلم يستطع. كما أنه لا يجوز له التفاوض بصورة صورية لمجرد التسلية أو الدعاية أو استطلاع السوق، دون نية حقيقية في التعاقد، ولا يجوز اتيان أي سلوك من شأنه إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة لدى الطرف الآخر لاطالة مدة التفاوض بدون جدوى، أو كان هدفه من دخول المفاوضات مجرد المراوغة لابعاد شريكه عن التفاوض مع الآخرين أو التعرف على أسراره الفنية والمالية، وكذا الإنسحاب من المفاوضات على نحو انفرادي مفاجئ دون مبرر مشروع لمباحثات في مراحلها المتقدمة فهي من التصرفات التي تعد اخلاقا واضحا بالثقة المشروعة التي تتولد لدى الطرف الآخر ولا سيما إذا ظهرت من جانب مفاوض محترف أو مهني، مما يترتب عنه ضياع فرصة اتمام العقد المرجو أو التعاقد مع الآخرين في وقت مناسب¹.

ويمكن القول أن حسن النية في تنفيذ العقد لم يعد مفهوما سلبيا يقتصر على ضرورة امتناع المتعاقد عن اتخاذ مسلك ينطوي على سوء نية، وإنما أصبح مفهوما إيجابيا يفرض على المتعاقد سلوكا إيجابيا بالتعاون في سبيل تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد²، ويرى الفقيه المعاصر (Mustapha MEKKI) أن وراء مبدأ حسن النية مبدأين آخرين هما، مبدأ التعاون (le devoir de coopération) ومبدأ الاتساق (le principe de cohérence)³.

وبشأن مبدأ التعاون، يؤكد الفقيه على وجوب ضمه إلى جانب مبدأ حسن النية، ويفرض على الأطراف سلوكا أكثر إيجابية للحفاظ على المصلحة المشتركة للمتعاقدين، من خلال التزام الأطراف بالتعاون عندما تقتضي الضرورة ذلك، وهذا يعني أنه لا يتعلق بواجب عام يطبق على جميع العقود.

أما مبدأ الاتساق (الترابط المنطقي) فهو يقتضي أن ينفذ الالتزام بالتوافق مع روح العقد، بالامتناع عن التناقض في التعبير أو في تصريحات المتعاقد، وتمثل غايته في حماية هذا الأخير الذي عول على سلوك موضوعي، فضلا عن تأمين الحد الأدنى من المرونة في سلوك المتعاقد الآخر، ويمكن إدراجه ضمن ترقية المبادئ الجديدة، وبالخصوص في مجال تشريعات الاستهلاك⁴.

¹ - انظر: بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد النهائي، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الأردن، 2010، صص. 69-70.

² - انظر: محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 46.

³ - M. MEKKI, La réforme au milieu de Gué, Les notions absents ? Les principes généraux droit des contrats-aspects substantielles, RDC, n.03, 2015, p.653.

⁴ - انظر: زمام جمعة، المرجع السابق، ص. 229-230.

وإن مبدأ حسن النية مبدأ قانوني متغير في مضمونه في احتواء الواقع الجديد بالنظر إلى دوره المحوري في إسباغ المعايير السلوكية، ومجمل المبادئ المتفرعة عنه بطابع قانوني مشروع باعتباره مبدأ المبادئ، وإدراكا من النظم الإجرائية المقارنة بأهمية هذا المبدأ في الخصومة المدنية. ومما لا شك فيه، يدور الحديث حول الواجب القانوني، سواء بقول الحقيقة أو الأمانة في نطاق القانون الإجرائي¹، وهي السلوك الذي يعبر عن الصدق والتزاهة والاستقامة والالتزام بالأحكام والمبادئ التي يفرضها القانون الإجرائي على كافة إجراءات التقاضي.

وفي مقاربة الإستوبل بمبدأ حسن النية، يعتبر الإستوبل من مقتضيات حسن النية التي تفرض على الأطراف تنفيذ التزاماتهم كما اتفقوا عليها، وأن يجتنبوا استخدام الوسائل التضليلية للوصول إلى غرض معين أو لمجرد تعمد الإضرار بالطرف الآخر لتحقيق فوائد معينة².

ويمكن أن يكون مبدأ الإستوبل مبدأ متفرعا عن مبدأ حسن النية³ إذ يعد تعبيراً عن حسن النية الواجب توافره في سلوكيات الخصوم الإجرائية، فهو يهدف إلى منع تناقض الخصوم في استعمال الإجراءات كما هو الحال في سلوكيات المتعاقدين، ذلك بالرغم من عدم النص على مبدأ حسن النية صراحة في المجال الإجرائي، إلا أنه يمكن استخلاصه من واجب الخصم في مباشرة الإجراءات بحسن نية، فلا يجوز أن يستعملها الخصم لغاية الإضرار بالخصم الآخر أو بغرض عرقلة الدعوى.

وعلى الرغم من تداخل المبدأين، إلا أن الإستوبل يمكن تطبيقها حتى خارج العلاقات التعاقدية بين الطرفين، من ذلك مثلا مرحلة التفاوض على العقد، بينما يفترض مبدأ حسن النية وجود علاقة تعاقدية بين الطرفين.

وإن كان ليس هناك ما يتعارض مع وجوب استلزام حسن النية قبل التعاقد، والواقع أنه لم يعد لهذا الفارق معنى، فقد تنبه المشرع الفرنسي لذلك بأن نص على وجوب احترام مبدأ حسن النية في كافة مراحل العقد في نص المادة الجديدة (1104) من القانون المدني الفرنسي، يضاف إلى

¹-انظر:

M.E.BOURSIER, le principe de loyauté en droit processuel, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003, p.

²-انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.400.

³-انظر:

M.BEHAR-TOUCHAIS, Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes, In colloque L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Economica, 2001, op.cit, p.95.

ذلك أن إثبات حسن النية أو سوء النية يقوم على معيار شخصي¹، أي أنه مسألة نفسية يصعب في الغالب على القاضي وعلى الخصوم الوقوف عليها أو إثباتها، في حين الإستوبل تقوم على معيار موضوعي وهو التناقض في وسائل الدفع والحجج التي يبديها الخصوم لتأييد دعواهم، كما أن جزاء الإستوبل يتمثل أساسا في عدم قبول الإدعاء بينما يترتب على مخالفة مبدأ حسن النية الرفض الموضوعي للطلب.

وللإشارة فإن حسن النية الاجرائي هو أقرب إلى منطق مبدأ حسن النية في العقود، ويمكن أن يكون الإستوبل خلافا للشرط الوحيد لحسن النية، من حيث أنه سيكرس حماية الثقة، وهو يعتبر مبدأ من مبادئ تنظيم سلوك المتعاقدين²، مع ذلك يتضح عمق التباين في طبيعة ودور الإستوبل بين نظم الأسرتين الرئيسيتين، ففي النظام القانوني الإنجليزي أين لا وجود لمبدأ حسن النية، يلعب الإستوبل دورا دفاعيا صرفا لحماية ثقة من يواجهه بالتناقضات، دون الالتفات إلى حسن أو سوء نية من صدرت عنه، وفي حين يمكن اعتبار مبدأ الإستوبل مستندا إلى الشرط العام المتعلق بحسن النية³، فإنه لا ينبغي الخلط بينهما.

فمن ناحية، لا يثار الإستوبل إلا في بداية الإجراءات للبت في قبول أو عدم قبول بعض الطلبات أو الأدلة المقدمة من طرف أحد الخصوم، بينما يتطلب حسن النية في كثير من الأحيان النظر في الأساس الموضوعي للتراجع⁴، ومن ناحية أخرى وعلى عكس حسن النية، لا ينظر في مبدأ الإستوبل إلا عندما يتصرف الطرف الذي يتذرع به على حسابه، أو أن الطرف الذي يحتج به قد استفاد منه فيغلب عليه الطابع الدفاعي، وإذا كان أصل نشأة الإستوبل في القانون الإنجليزي الذي

¹-انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الاستوبل الاجرائي، المرجع السابق، ص.96-97.

²-انظر:

A ce propos voir : V. Edel, Faut -il introduire un principe de confiance dans le Livre III du titre III du code civil ?.in V-L. Bénabou et M. Chagny, La confiance en droit privé des contrats, colloque du 22 juin 2007 organisé par l'université de droit et de science politique de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, Dalloz, 2008, p. 141 .

³-انظر:

Philippe PINSOLLE, Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit de commerce international, J.D.I, 1998, p.905 et 926.

⁴-انظر:

P.PINSOLLE, L'estoppel reconnu en France de manière autonome, note sous cass.Civ 1^{re}, 6 juillet, 2005, Rev.Arb, 2005, p.993,1002.

لا يعترف في المادة التعاقدية بوجود مبدأ حسن النية، غير أنه لا ينبغي تعميم هذا البيان بالنسبة لبلدان القانون العام الأخرى.

إن مبدأ الإستوبل، فعال جدا في منع طرف من الاستفادة من تناقضاته، وليس من الضروري أن يكون الطرف الخصم قد تصرف بالفعل على حساب الغير، ويكفي فقط أن يكون الضرر وشيكا في حالة السماح لطرف بالاستفادة من تناقضاته، وبالمقارنة مع مفهوم حسن النية، فإن الإستوبل يكون أداة أكثر فعالية لدفع التناقض.

أما في النظامين الأسترالي والأمريكي، فيغلب عليه الإستوبل الهجومي، الذي يشترط أن تتوفر النية السيئة لدى من يواجهه بالإستوبل، فبين معاقبة النية السيئة لمن يسعى للاستفادة من تناقضاته، وحماية النية الحسنة لمن يواجهه بتناقضات خصمه يدق التمييز بين نظام حسن النية والطابع الدفاعي أو الهجومي للإستوبل¹، والذي قد يلعب دور المقوم لإعمال فكرة الإستوبل دون شطط أو تحييد عن تحقيق أهدافها في تهذيب سلوك الخصوم²، وقد خاض الفقيه³(Pinsolle) في مسألة الاستقلال النسبي للإستوبل عن نظام مبدأ حسن النية، وبحسب رأيه لا تأثير في سياق إعمال الإستوبل الدفاعي لحسن أو سوء نية من صدر عنه فعل التناقض.

وقد يحول دون ذلك صعوبة الثبوت من سوء نية المواجهه بالإستوبل، كما يمكن أن تنتفي هذه الأخيرة في أحيان أخرى، ولكن الغالب أن ترتيب النتائج الضارة يفيد بتوافرها بصورة ضمنية، وإذا انتفى الضرر انتفت سوء نية الطرف المتناقض⁴، ويتم الاكتفاء بالنظر إلى حسن نية الخصم ضحية التناقض، والذي يتمسك بالإستوبل لاقتصاره على حماية وصون ثقته دون سواها.

وتظهر أهمية سوء نية الخصم المتناقض عند إعمال الإستوبل الهجومي دون الاعتداد بنية من تضرر بالسلوك المتناقض، فالتركيز يكون على تصرفات ومواقف مشروعة أو غير مشروعة أضرت بالثقة والاعتقاد المشروع للطرف المقصود بها، وعلى ذلك لا يواجه بالإستوبل الخصم الذي تناقض

¹-انظر: محمود محمود مغربي، الاستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.140.

²-انظر: سيدأحمد سيد محمود، الاستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.69-70.

³-انظر:

Philippe PINSOLLE, distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit de commerce international, art.préc, p.905 et s.

⁴-انظر:

Emmanuel, GAILLARD, l'interdiction de se contre dire au détriment d'autrui, art.préc, p.255.

بالخطأ أو الجهل، والجزاء نوعاً ما يسمح بأحد الخصوم بالتمسك بوجود عقد أو بطابعه الملزم، بالرغم من عدم توافر شروطه. ويجد الإستوبل الهجومى مجالاً للتطبيق في مسألة امتداد لبند التحكيمى لمن لم يوقع على العقد خاصة في مجموعة الشركات، وبحسب الفقيه (PINSOLLE)، إنه لا يجب المبالغة في استخدام الإستوبل الهجومى، خاصة وأنه كآلية تهدف إلى تغطية الفراغ الذي يمكن أن يطرح بين المعطيات القانونية، وبالاستناد إلى القانون الواجب التطبيق وباستنتاج وجود عقد ما أو نفي وجوده¹.

ثانياً: الإستوبل وفكرة التزول عن الحق

إن الإستوبل غالباً مع يتداخل مع فكرة التزول عن الحق في الإعتراض على اجراءات التحكيم حتى أن بعض الفقه يرى في التنازل الإستوبل الإجرائى، والمقصود بذلك هو الإستوبل بالتنازل (Estoppel by waiver) ذلك أن الخصم الذي يتنازل عن حقه الإجرائى ثم يعود للتمسك به بعد سقوطه يعد متناقضاً². وبموجب ما يسمى بقاعدة التنازل في التحكيم، يجب أن تثار اعتراضات الطرفين على اجراءات التحكيم أمام المحكمين في الوقت المناسب، أي في وقت لا يزال من الممكن علاجه قبل صدور قرار التحكيم، وإذالم يكن الأمر كذلك، فإن الحجة المثارة ستعتبر غير مقبولة.

وبالتالى، لايمكن لأي طرف أن يثير لأول مرة أمام قاضي الدولة سبباً للإبطال كان يمكن أن يحتج به أمام محكمة التحكيم، فالواقع يثبت أن العديد من العيوب الإجرائية يمكن معالجتها وتصحيحها أمام المحكم، كما أنه في أسوأ الأحوال يبقى اعلان المحكم لبطلان التحكيم أولعدم صلاحيته، بدلا من قضاء الإبطال أسرع وأكثر توفيراً للمصاريف وللوقت³.

ولالإشارة فإن التنازل، من حيث أنه قرينة قضائية مفترضة، تقبل من حيث المبدأ إثبات العكس، في الحالات التي يمكن فيها اثبات عدم علم الفريق المفترض تنازله أثناء المحاكمة التحكيمية

¹-انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الاستوبل الإجرائى، المرجع السابق، ص.87.

²-انظر:

L. CADIET, La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrales, Rev. Arb, 1996, p.3 et s., spéc.p. 25.

³-انظر:

غالب محمصاني، تعليق على الإجتهد القضائى اللبناي، باب الإجتهدات العربية، مجلة التحكيم العالمية، ع.13، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، السنة 2012، ص.329.

بالعيب المدعى به أو في الحالات التي يكون فيها العيب غير قابل للتنازل لمخالفته للنظام العام كحالات عدم قابلية التراجع للتحكيم أصلاً¹.

هذا وقد تتداخل فكرة التنازل مع فكرة الإستوبل من حيث نطاق التطبيق المشترك في بعض الأحيان أو الجزاء المترتب وهو عدم قبول الطلب شكلاً، منها مثلاً لو أن المدعى عليه شارك في مسار المنازعة التحكيمية من دون إبداء أي تحفظ، ثم أخذ لاحقاً ينازع في صحة اتفاق التحكيم لدى صدور الحكم التحكيمي، حيث يستنتج التنازل من سلوكه، كذلك الأمر حينما يقوم المستفيد من اتفاق التحكيم برفع التراجع أمام قاضي وطني، فهو بذلك يعدل عن العملية التحكيمية ومسارها.

كما أن التنازل الضمني كالإستوبل جزاؤه هو عدم القبول، ومن ذلك مثلاً قبول الحكم من طرف المحكوم عليه يعد تنازلاً عن الطعن فيه، حيث أنه إذا تناقض مع سابق مسلكه ثم رفع طعناً على هذا الحكم يقضى كجزاء بعدم قبول طعنه استناداً إلى التنازل والإستوبل، كما يمكن أن يجد التنازل مجالاً للتطبيق إذا لم تتوفر شروط تطبيق الإستوبل فيعد بمثابة آلية احتياطية في هذه الحالة².

على أنه أحياناً قد يكون هنالك تنازل ضمني لدى تطبيق حق الاختيار، وهو ذلك الحق الذي يخول صاحبه الاختيار بين حالات قانونية مختلفة، وعليه أن يختار بمحض إرادته المنفردة³، ويظهر ذلك مثلاً جلياً في قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحق ودعوى الحيابة في قانون المرافعات، وعليه فإن رفع دعوى الحق من قبل المدعي يعد تنازلاً ضمناً عن دعوى الحيابة.

هذا وإن التنازل يتميز عن السقوط، فالأخير يستغرق الأول، حيث التنازل يعد أحد الأسباب المتعلقة بجزاء السقوط⁴، هذا وإن قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم 2011/48 بتاريخ 13 يناير 2011، قد اهتم بالنص على التزول على حق الاعتراض على إجراءات التحكيم المخالفة لاتفاق التحكيم تطبيقاً لمبدأ التزاهة الإجرائية، والمعروف من الناحية الفقهية أقله

¹ - انظر: غالب محمصاني، المرجع السابق، ص. 329 وما يليها.

² - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الاستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص. 87.

³ - انظر: مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص. 210.

⁴ - انظر في تفصيل ذلك: وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص. 464-466.

في القانون الفرنسي بقاعدة الإستوبل¹، حيث نصت المادة(1466)على أنه إذا امتنع أحد الطرفين بعلم وبدون مبرر مشروع عن التمسك في الوقت المناسب بأي مخالفة أمام لجنة التحكيم، سوف يعتبر ذلك الطرف أنه تنازل عن التمسك بتلك المخالفة². وصياغة المادة بالاقتران مع المذكرة التفسيرية لوزارة العدل المصاحبة للمرسوم، تثير غموضاً بشأن المبدأ السائد، ويبقى السؤال ما إذا كان واضعو المرسوم الأخير قد اختاروا مبدأ الإستوبل على التنازل، وعلاوة على ذلك، يبدو أن الحكم الجديد يحتفظ بتعريف أوسع للإستوبل أكثر مما احتفظت به المحكمة العليا الفرنسية في قضية ميريال ضد كلوك³.

ويظهر التداخل بين المفهومين في تطبيقات قضائية عديدة في القضاء الفرنسي، منها مثلاً قرار القاضي بأنه:

"طبقاً للمذكرات المقدمة أمام محكمة الاستئناف، فإن الشركة المصرية (Income) دفعت في مواجهة المصفي، بأنه بعد إعلانه بطلب لإدخاله في خصومة التحكيم امتنع بإرادته عن الاشتراك في إجراءات خصومة التحكيم، الأمر الذي يمنع المصفي من رفع الاستئناف، ويعتبر مسلك المصفي في امتناعه عن الدخول في خصومة التحكيم تنازلاً منه عن الدفع ببطالان إجراءات التحكيم، وفي نفس الوقت ينطوي مسلكه على نية الغش والتواطؤ.

ولما كان نطاق تطبيق مبدأ الإستوبل ومبدأ التنازل في بعض الحالات متشابهاً⁴، وبما أن قاضي البطالان يهيمه احترام مبدأ الأمانة في المرافعات، فإن قرار محكمة الاستئناف لم يخالف مبدأ المواجهة عند تكييف السلوك الإجرائي للمصفي بأنه يدخل في نطاق الإستوبل¹.

¹ - انظر: أحمد ابراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم (دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم 48/2011 بتاريخ 13 يناير 2011 وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013، ص.221.

² - انظر:

Article 1466 NCPC stipule: « La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal est réputée avoir renoncé à s'y prévaloir »

³ - انظر:

Clarissa Muschner, When estoppel and waiver collide: A Commentary of Article 1466 of the French code of civil procedure, - Versailles University Arbitration Journal, n°1, octobre 2011, p. 6.

⁴ - انظر:

وأكدت محكمة النقض المصرية على إمكانية تداخل الإستoppel مع التنازل، قاضية بأنه: "من المقرر أنه ولئن كان الأصل أنه متى حاز الحكم حجية الأمر المقضي، فإن مناط التمسك به في المنع من العودة إلى مناقضة المسألة التي فصل فيها بأية دعوى تالية هو تقديم صورة رسمية من الحكم الصادر فيها والتمسك بأثره فور صدوره، فإذا استطال تمسك الخصم به فإنه يتعين عدم الاعتداد بأثره على المراكز القانونية التي استقرت لخصمه في تاريخ لاحق على صدور هذا الحكم الذي ساهم بفعله في تحققها، اتساقا مع القاعدة الأصولية التي تقضي بأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، وهي القاعدة التي تتشابه مع الإستoppel"².

وفكرة التزول عن الحق في الاعتراض على اجراءات التحكيم منصوص عليها في المادة(8)من قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية³، ولا يوجد ما يقابلها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بخصوص التحكيم ونصت على أنه: "إذا استمر أحد طرفي النزاع في اجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضا على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في ميعاد معقول عند عدم الإتفاق، اعتبر ذلك نزولا منه عن حقه في الإعتراض". ومقتضى التزول عن حق الاعتراض على مخالفة شرط التحكيم أو أي من أحكام قانون التحكيم وفق تعبير المشرع المصري في نص المادة(8)من قانون التحكيم سالف الذكر، والامتناع دوم مبرر عن التمسك بأي مخالفة أمام لجنة التحكيم وفقا لنص المادة(1466)من قانون المرافعات الفرنسي، يتسع ومن المتصور انصرافه لكل المخالفات الإجرائية أثناء خصومة التحكيم. غير أن ذلك مقرون بأن يكون ذلك بعلم واردة ومن دون مسوغ مشروع، وأن لا يمس بالحقوق الأساسية في التحكيم من ذلك بطلان هيئة التحكيم⁴.

La cour de cassation a d'ailleurs déjà jugé « que les domaines d'application respectifs de la règle de l'estoppel et du principe de la renonciation peuvent, dans certains cas être identiques ". Cass. 1^{re} civ, 6 mai 2009, pourvoi n° 08-10281.

¹ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستoppel الإجرائي، المرجع السابق، ص.88.

² - انظر: نقض مدني غير منشور، الطعن رقم 76، س.73.ق، جلسة 2007/03/13، أشار إليه أحمد سيد أحمد محمود، المرجع نفسه، ص.89.

³ - انظر: قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية، رقم 27 لسنة 1994، صدر برئاسة الجمهورية في 08 ذي القعدة 1414 الموافق ل18 أفريل سنة 1994، المعدل و المتمم

⁴ - انظر: أحمد ابراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص.222.

ويثور التساؤل حول ما إذا كان التنازل والإستوبل وجهان لعملة واحدة؟ في الواقع كلاهما يسهم في تطبيق مبدأ التزاهة الإجرائية وكلاهما يهدف إلى تعزيز فاعلية التحكيم، غير أن مساهمة الإستوبل في سياق منع بعض الإجراءات أمام محاكم الدولة (مثل طلب إلغاء قرار التحكيم) ليست واضحة إلى هذا الحد، ويبدو أن التنازل يمكن أن يستوعب مفهوم الإستوبل تماما. ويمكن أن يعزز ذلك أيضا أن الغالبية من قواعد التحكيم لا تحدد سوى أحكام التنازل، ومع ذلك يمكن أن يمثل الإستوبل ميزة معينة، إذ لا يسع أحد الأطراف إلى منع خصمه من تأكيد مطالبة جديدة فحسب، بل أيضا إلى مجازاة سلوك الخصم المتناقض بطريقة قاسية.

هذا وإن التنازل، وإن كان يتشابه مع الإستوبل، إلا أنه يفتقر عنه في عدة نقاط، وهي أن التنازل أو التزول تصرف قانوني من جانب واحد، حيث يرضى شخص طرف في نزاع بعدم مطالبة الطرف الآخر مثلا أو بعدم منازعته في مطالبته¹، وبعبارة أدق يتخلى بموجبه الشخص عن حق له عبر المفاضلة بين سلوكين محتملين²، واجمالا إن التنازل يفيد بمجازاة تصرف منفرد لأحد الفرقاء، دون النظر والأخذ بعين الاعتبار تصرف الفريق الآخر.

فالتنازل يستنتج من تحليل تصرف أحد الفرقاء وهو يبني على الموافقة الضمنية الصادرة عن هذا الأخير بالنسبة إلى الوضع الواقعي المشكو منه لاحقا، بحيث أن هذه الموافقة بتصرفاته أو سكوته على وضع معين تؤدي إلى اعتبار قيام هذا الفريق لاحقا بانتقاد هذا الوضع مردودا وغير مقبول³.

وإذا كان المقصود من الإستوبل حماية الثقة المشروعة للخصم الذي هو ضحية تناقضات الخصم الأول، فيمكن تمييزه عن التنازل، والواقع أن الإستوبل، الذي يفهم على هذا النحو، يتطلب إثبات تأثير مسلك أحد الخصوم على سلوك الخصم الآخر⁴. بينما من المتصور تماما أن يتخلى أحد الطرفين عن إثارة دفع ما، حتى وإن كان موقفه لم يكن له أي تأثير على الآخر، وهذا

¹ - انظر: مرتضى جمعة عاشور، الدفع بالإستوبل للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص. 13.

² - انظر:

A. Martin, op. cit. p. 304.

³ - انظر: غالب محمصاني، المرجع السابق، ص. 331.

⁴ - انظر:

J. Georges Betto, En la définition de l'estoppel en droit français, option droit & affaires, édi. principale FR, rubrique, 21/04/2010, p.8-9 ; Site internet :

<https://www.hoganlovells.com/~media/hogan-lovells/pdf/publication/> ,dernière visite le12/03/2018.

هو الحال بالنسبة للمدعي الأصلي الذي لن يثير عدم قبول اتفاق التحكيم المعروض أمام محكمة التحكيم، ولكنه يحتج به بعد ذلك أمام قضاء الدولة، وقد يؤدي تصرف الطرف إلى تضليل الخصم بشأن نواياه إلى الحد الذي قد يدفع فيه الأخير إلى الاعتقاد بأنه لن يطعن بعدم قبول طلبه¹. ومن ناحية أخرى، فإن تقديم الأدلة على تأثير هذا السلوك على موقف الخصم أكثر صعوبة، وفي حالة الفشل في إقامة الدليل لا يكون هنالك سوى مبدأ التنازل لمعاقبة هذا السلوك بعدم القبول، ولذلك فإن الآليتين مختلفتان.

وفي التمييز بين الإستوبل والتنازل عن التمسك ببطلان الإجراءات، إن الأخير يعبر عن حالة سلبية²، وهي الصمت والامتناع وعدم المطالبة بالحق، في حين أن الإستوبل لا يمكن أن يكون سلبيا أي بالسكوت، إلا إذا كان هناك التزام يقع على الخصم بالكلام ولم يفعل³، حيث لا يمكن للسلوك المؤسس على الإستوبل إلا أن يكون أكيدا خاليا من أي غموض⁴. بالإضافة إلى ذلك، يزيد عن هذا التمييز أن التنازل، بخلاف الإستوبل، يفترض أن هناك مدة محددة للتمسك ببطلان الإجراءات أو مرور فترة زمنية معقولة تنم عن التنازل الضمني عن إحداث أثر قانوني معين، كما يصلح الإضرار بالغير معيارا للتمييز بين التنازل والإستوبل. حيث قضت محكمة العدل الدولية بأن نفس وقائع النزاع تصلح محلا لتطبيق التنازل عن التمسك بالبطلان من قبل الدولة أو الإستوبل فيما عدا اشتراط توافر الضرر، واستقرت المحكمة في ذات الحكم على تعريف التنازل بكونه اعتراف ضمني ظاهر بسلوك أحادي الطرف يسمح للخصم الآخر أن يفسره على أنه موافقة⁵.

¹ -انظر:

P. ROCHER, L'estoppel à la française, Cahier de l'arbitrage, 01/01/2011, n° 01, p. 119.

² -انظر:

L.CADIET, art. préc., p. 27-28.

³ -انظر

Freeman V Cooke, 2 EX, 654, 663, mentioned by: Sean Wilken Qc, Karim Ghaly, The law of variations and estoppel, Oxford University Press, 2012.

⁴ -انظر:

A. MARTN, op.cit, p. 44.

⁵ -انظر:

Affaire Golfe du Maine, C.I.J. 12 octobre 1984, Recueil, 1984, p. 305 :

« Les mêmes faits étant pertinents aussi bien pour l'acquiescement que pour l'estoppel, sauf pour ce qui est de l'existence d'un préjudice, elle peut considérer les deux notions comme aspects distincts d'une même institution... Une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement ».

ثالثاً: الإستوبل والوضع الظاهر

حظيت فكرة الوضع الظاهر بدراسات عديدة في مختلف فروع القانون، وقد أصبحت من الأمور المسلم بها في فرنسا ومصر والجزائر، والظاهر المقصود هو ذلك الظاهر الخادع المخالف للأوضاع القانونية الصحيحة والمتولد عن ممارسة شخص لسلطات أو مميزات مركز لا صفة له في شغله، وهو بذلك يعد مركزاً فعلياً يخالف الحقيقة ولا يستند إلى القانون، وهو كذلك لأنه يتناقض مع مركز آخر يحميه القانون. ويترتب على ذلك أنه في مواجهة صاحب الظاهر يوجد، كقاعدة عامة، صاحب المركز القانوني¹.

وبتعبير آخر يقصد بلفظ (apparence) وجود مركز يظهر على الساحة القانونية بطريقة غير صحيحة، وتدعو اعتبارات الأمن والاستقرار القانوني إلى ترتيب الآثار القانونية الصحيحة عليه².

إن الظاهر يكون الحق وينشئه³، بحيث أن وضعية الظاهر تتحول إلى حقيقة، فالعلاقة التي تحدث في الواقع نشأت بين شخص يدعي اكتساب الحق وهو صاحب المركز الظاهر، وشخص ثان تعامل معه على ذلك الأساس، وشخص ثالث خارج المعاملة يعد صاحب المركز الحقيقي. وينشأ عن حالة الظاهر إحالة حقوق مختلفة كالحقوق الشخصية مثل حق الإيجار أو الحقوق العينية الأصلية مثل حق الملكية أو الحقوق العينية التبعية كالرهن وحق الحبس⁴.

وتؤدي الأوضاع الظاهرة إلى قيام تنازع بين حكم القانون والواقع المستقر ولا يفهم من التنازع المواجهة بين الظاهر وبين صاحب الحق وإنما التنازع الذي يقوم بين صاحب الحق وبين الغير حسن النية الذي تعامل مع صاحب المركز الظاهر⁵، وتبدو أهمية نظرية الظاهر في أنها تضحي بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات ودعم الثقة⁶.

¹-انظر: شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، المرجع السابق، ص.217.

²-انظر: شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في النظامين القانونيين المصري والفرنسي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2002، ص. 28.

³-انظر:

R. DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur ROUSSEAU, Paris, France, 1911, p.68.

⁴-انظر: كريم بولعابي، حسن النية في المادة التعاقدية، المرجع السابق، ص.205.

⁵-انظر: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص.217.

⁶-انظر: زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017، ص. 35.

وقد يتشابه الإستوبيل مع الوضع الظاهر في الهدف المتوخى من كلاهما، وهو حماية حسن النية والاعتقاد المشروع، وقد يحدث أن يتداخل الإستوبيل وحالة الظاهر عند توافر عنصر التناقض مع الوضع الظاهر، وذلك إما بانكار صاحب الوضع الظاهر أنه صاحب المركز الحقيقي بعد تعامله مع الغير على أنه صاحب المركز القانوني الحقيقي، وإما بانكار صاحب المركز الحقيقي العلاقة بينه وبين صاحب الوضع الظاهر بعد إقراره بوجودها إضراراً بالغير، ولكن يختلف الوضع الظاهر عن الإستوبيل من حيث الأثر ذلك أن الوضع الظاهر يتمثل في نفاذ التصرف الصادر من صاحب المركز الفعلي وإن لم يكن صاحب الحق¹، في حين أن الإستوبيل يرتب أثره برد الخصم أو منعه من الرجوع في سلوكه السابق بسلوك مناقض له²، أي أن أعماله يأتي بعد اقرار العمل ثم التنكر له³.

وهناك من الفقه من يقرب بين الإستوبيل والوضع الظاهر، وذلك بإسناد الأخير إلى القاعدة التي مفادها لا يقبل من الشخص قول يتنافى مع سابق مسلكه، وهي قاعدة تقترب من مفهوم الإستوبيل⁴، ولعل من المناسب الإشارة إلى أن إحدى تطبيقات نظرية الظاهر، بما يسمى بالنيابة الظاهرة أو الوكالة الظاهرة في الحالات التي يستخدم فيها صاحب الحق أو صاحب الظاهر وسائل لإيهام الغير بحسن النية، بأنه يجوز التعامل معه بشأن هذا الحق أو المركز، وأن له صفة وأهلية التعامل واتخاذ الإجراءات القانونية في مواجهته، حيث يكون كل من صاحب الحق أو صاحب الوضع الظاهر سبيء النية في تعامله مع الغير، ويسعى للتخلص مما يقع عليه من التزامات في مواجهة الغير بحسن النية ولكن سعيه يرد عليه⁵.

¹ - و كمثل على ذلك اعتمد المشرع الجزائري على نظرية الظاهر عندما أقر مثلاً بمسؤولية المسير الفعلي تجاه المتعاملين مع الشركة، وذلك في المادة 224 ق.تج وأشار إليه بعبارة "مدير واقعي ظاهري"، حيث يعتبر كل ما قام به المسير من تصرفات صحيحة كما لو أنها صادرة من المسير القانوني للشركة ويقع على من تعامل معه اثبات الوضع الظاهر.

² - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبيل الإجرائي، المرجع السابق، ص.93.

³ - انظر: مرتضى مجمعة عاشور، الدفع بالإستوبيل للتحكيم التجاري الدولي، مجلة كلية الحقوق، مج.14، ع.4، جامعة النهدين، العراق، 2012، ص.31-75، متاح على شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني:

⁴ - انظر: جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص.147.

⁵ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبيل الإجرائي، المرجع نفسه، ص.94.

وتقضي أحكام الوكالة الظاهرة على حد تعبير الفقيهين (RIPERT و PLANIOL) بإلزام الموكل تجاه الغير بالأعمال التي يكون قد قام بها وكيله متجاوزا حد السلطة الممنوحة له، وذلك عندما يكون هذا الغير قد اعتقد بمشروعية التوكيل الذي على أساسه تعاقد هذا الأخير معه¹. ولقد اعتمدت محكمة النقض الفرنسي في القرار الصادر حديثا عن الغرفة المدنية الثالثة بتاريخ 19 مارس 2020 في الطعن رقم (11.771-19) نظرية الظاهر من خلال اعتماد الوكالة الظاهرة بناء على الإعتقاد المشروع للغير المتعاقد بحقيقة سلطات النائب، متى توافرت ظروف تعفيه من التحقق من الحدود الحقيقية لهذه السلطات، بما يجعل هذا الإعتقاد المشروع منطقيا²، وهو ليس بالتوجه الجديد لمحكمة النقض الفرنسية بل هو استمرار لما استقرت عليه منذ سنة 1962، من حيث اعتماد مفهوم الاعتقاد المشروع بسلطة الموقع على العقد في النيابة عن المتعاقد باسمه، والذي ابتدئته الجمعية العامة في قرارها المبدئي الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1962³.

ولقد تم تقنين هذا التوجه بموجب تعديل قانون العقود الصادر به الأمر رقم 131-2016 بتاريخ 10 فبراير 2016، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة (1156) الجديدة من القانون المدني الفرنسي على أنه لا يحتج اتجاه الأصيل بالتصرف الذي يقوم به النائب دون سلطة أو خارج حدود

¹ - انظر:

M. PLANIOL et G. RIPERT, Contrats civils - Droit civil français, L.G.D.J, Paris, France, 1954, p. 949, n° 1500,

أشار إليه: لوزان أمين الحاج سليمان، الوكالة الظاهرة بين الواقع والقانون، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص. 27.

² - وتتلخص وقائع القضية في أن شريك في شركة عقارية أبرم عقدا موثقا باسم الشركة باعتباره ممثلا لها وحصل من خلاله على قرض بضمان رهن عقاري، وكانت الشركة قد طلبت بطلان العقد وأثارت مسؤولية الموثق بحجة كونه لم ياحقق من حدود وسلطات الشريك المتعاقد وكانت محكمة الإستئناف قد رفضت طلبها بالاستناد إلى نظرية الظاهر مستبعدة مسؤولية الموثق وأن اعتقاد الغير بشأن صلاحيات الوكيل منطقي ومشروع وهو القرار الذي طعن فيه بالنقض من طرف الشركة وحيث رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن بعله أن علاقة الأعمال المستمرة والموثوقة نتيجة لمعاملات ممتدة لسنوات مع الشريك المتعاقد وتدعيم ذلك بمحضر الجمعية العامة للشركة الذي يخوله منح رهن رسمي على العقار ضمانا للقرض، وكذلك رسمية الإجراءات بواسطة الموثق، كلها ظروف تبرر الإعتقاد المشروع للغير بسلطة الشريك المتعاقد في الزام الشركة الطاعنة، وتعييهم من التحقق من الحدود الحقيقية للسلطات الممنوحة له .

انظر: عادل العشاي، نظرية الظاهر في قرار جديد لمحكمة النقض الفرنسية من خلال تطبيق الوكالة الظاهرة، تعليق على قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 19 مارس 2020 في الطعن رقم (11.771-19)، مقال اطلع عليه بتاريخ 2020/08/06 على الساعة 21.00، منشور على شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني:

<https://www.facebook.com/Riwakfikrkanoni/?>

³ - انظر:

-Cass.ass.plén, 13 déc, 1962, n57-11.569, D.1963, 277, note J. CALAIS-AULOY ; JCP 1963 .11.13105, note P. ESMEIN.

سلطته إلا إذا اعتقد الغير على نحو مشروع بكون سلطات النائب حقيقية لاسيما بسبب سلوك الأصيل أو تصريحاته.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، على الرغم من أنه اعتد بالوكالة الظاهرة في حال انقضاء الوكالة، وإذ أجاز سريان التصرفات التي يجريها الوكيل مع الغير في حق الموكل أو ورثته في حال انتهاء الوكالة، ذلك أن الغير الذي يتعامل مع الوكيل قد يخفى عليه ذلك، وقد يصعب أحيانا اكتشاف انتهائها، ومن غير المقبول اعتباره قد تعامل مع غير ذي صفة واعتبار التصرف باطلا وغير نافذ في حق الموكل، بموجب المادة(76) من القانون المدني، والتي أحالت عليها المادة(585) من نفس القانون التي تقضي بأنه إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه فلا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمهما بانتهائها.

إلا أنه وفي حال تجاوز حدود الوكالة، لم يسمح المشرع الجزائري بتطبيق نظرية الوكالة الظاهرة، ذلك أن الوكيل متى انحرف بالوكالة عن أغراضها فأساء استخدامها لتحقيق أغراض شخصية، فلا شك أنه في هذه الحالة يفقد صفته بالتصرف باسم الموكل ويصبح الأخير بمنأى عن أي التزام.

وما ينطبق على تجاوز الوكيل حدود وكالته ينطبق على استغلاله الوكالة لصالحه الشخصي، حيث وفقا لمقتضيات المادة(74) من القانون المدني الجزائري، فإنه إذا أبرم النائب عقدا في حدود نيابته باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من التزامات وحقوق يضاف إلى الأصيل، فيتبين من هذا النص، وبمفهوم المخالفة، أن النائب إذا تجاوز حدود نيابته فإن التصرف لا يضاف إلى الأصيل، وإن كان هنالك استثناء على المبدأ السالف الذكر، حيث يفهم من نص المادة(575)¹ من نفس القانون أنه يمكن إلزام الموكل بأعمال الوكيل متى تعذر على هذا الأخير الإتصال بالموكل، وكان من المقدر أنه سيوافق.

وفي التمييز بين الإستوبل والوضع الظاهر، إنه في الحالة الأخيرة يشترط سوء نية صاحب الوضع الحقيقي أو صاحب الوضع الظاهر في تعامله في مواجهة الغير حسن النية، حيث اعتمدت

¹ - انظر: المادة 575 من القانون المدني الجزائري ونصت على أن: "الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز الحدود المرسومة.

لكن يسوغ له أن يتجاوز الحدود إذا تعذر عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل بتجاوز حدود الوكالة".

حالة الظاهر أو الوضع الظاهر كوسيلة جزائية هجومية لمعاقبة سيء النية بتقرير نفاذ تصرفات أو مسلك صاحب الوضع الظاهر في مواجهة الغير.

وتطبيق هذه النظرية يتطلب توافر ركنين¹، الأول مادي يقوم على المركز الواقعي الذي لا يستند إلى القانون ويتصل بصاحب الوضع الظاهر ويفترض حتما خطأ في جانب صاحب المركز القانوني لوجود شواهد خارجية، والثاني معنوي يتمثل في الاعتقاد الخاطئ بوجود مركز قانوني يقوم على جهل الغير بحقيقة الواقع الذي بدا له مطابقاً للقانون، وبعبارة أخرى، إن تطبيق نظرية الظاهر من حيث ركنها المعنوي يتصل بالغير الذي لا ينسب إليه غش أو سوء قصد أو رغبة في الإضرار بالآخرين، فالغير وصاحب الحق كلاهما ضحيتان، ولا بد من المفاضلة بينهما لفض النزاع، ويكون الركن المعنوي المتمثل بحسن النية وعنصر الغلط الشائع المبرر لإعطاء الأفضلية للغير على حساب صاحب الحق². أما الإستوبل قد يكون تارة وسيلة دفاعية تهدف لحماية الخصم حسن النية ضحية التناقض، كما أنه يمكن أن يتعداه إلى أن يكون وسيلة هجومية كما هو مقرر في القانون الأمريكي و كذا الأسترالي.

يضاف إلى ما تقدم أن الوضع الظاهر يتعلق بنفاذ التصرف في مواجهة الغير حسن النية الذي تعامل مع صاحب الحق الظاهر، في حين الإستوبل يرتب أثراً سلبياً يتمثل في منع الخصم من ممارسة حق بسبب التناقض، بالإضافة إلى كون نظرية الظاهر وابتداءً من سنة 1962 يستقل تطبيقها عن خطأ صاحب الحق الحقيقي، بينما يصعب فصل تطبيق قاعدة عدم التناقض عن خطأ الشخص المتناقض في سلوكه³.

¹ - انظر: فتحة قررة، النظرية المستحدثة للأوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.س.ن، ص.35

² - انظر:

- V. Goutal, L'arbitrage et les tiers - Le droit des contrats, Journée du comité France de l'arbitrage, Paris, 5 mai 1988, rev.arb.1988, p. 443.

أشار إليه سامي بديع منصور، امتداد الاتفاق التحكيمي إلى غير الموقعين على العقد حقيقة أم مجاز، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، ع.1، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2006/ 2007، ص.446.

³ - انظر:

- M. Behar Touchais, Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats, in : L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, colloque organisé par le centre de droit des affaires et de gestion de l'université Paris V(13 janvier 2000), Economica, Paris, 2001, p. 94.

كما أن الوضع الظاهر ثلاثي الأطراف وهم صاحب المركز الظاهر وصاحب المركز الحقيقي والغير حسن النية¹، يفترض خطأً إيجابياً جعل الغير يعتقد الظاهر بأنه هو الحقيقة، بينما تثور حالة الإستوبل في علاقة قانونية حقيقية بين طرفين أحدهما الخصم المتناقض في سلوكه، وآخر هو الخصم ضحية التناقض، والإستوبل لا يفترض الخطأ، وإنما تناقضا في سلوك الخصم أحدهما ولد اعتقاداً لدى الغير بصوابيته والآخر مناقض له. ويزيد على ما تقدم أن حالة الظاهر مسألة واقعية لا تتعلق بالنظام العام، حيث لا يجوز للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها كما لا يمكن إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض في حين أن الإستوبل دفع يتعلق بالنظام العام خاصة في المجال الدولي.

رابعاً: الإستوبل والتعسف في استعمال الحق الإجرائي

مبدأ التعسف في استعمال الحق، حسب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، ليس بالنظرية الجديدة، حيث أقره بالفعل القانون الروماني وانتقل منه إلى القانون الفرنسي القديم، كما استوعبه الفقه الإسلامي، وبعد نشوء المبادئ الفردية عقب الثورة الفرنسية، اختفى هذا المبدأ لبعض الوقت لرفضها أن تبناه، وظل محجوباً خلال القرن التاسع عشر حتى قام الفقيهان سالي وجوسران بمسح التراب من عليه، وفي فترة قصيرة عاد على رأس مبادئ النظرية القانونية².

ولقد كان القضاء الفرنسي سابقاً للتصدي للفكرة والأخذ بها، وظل الأخير يسير وحيداً دون أن يلقي استجابة من الفقهاء حتى نهاية القرن الماضي، بل إن فكرة التعسف لم تأخذ مكانها الصحيح وتستقر معالمها وتتحدد شروطها ونطاقها إلا بفضل جهود القضاء وكان الفقه تابعاً له، وهكذا كان تعاون الفقه والقضاء وجهدهما المشترك هو السبيل الذي أرسى قواعد الفكرة وحدد معالمها ورسم حدودها³، وقد تبنتها التشريعات الحديثة بنصوص صريحة كما فعل المشرع الجزائري بالتنصيص عليها في المادة (124) مكرر⁴ من القانون المدني.

¹-انظر:

. M. Behar Touchais, art. Préc, p. 94.

²-انظر: غاي بيخور، مدونة السنهوري القانونية، نشوء القانون المدني العربي المعاصر (1932-1949)، ترجمة رشا جمال، ط1، الشبكة العربية للأشخاص والنشر، بيروت، لبنان، 2009، ص. 218.

³-انظر: حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006، ص. 392.

⁴- انظر: المادة 124 مكرر المضافة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق ل13 ماي سنة 2007، يعدل و يتمم الأمر المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، و المتضمن القانون المدني نصت على أنه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

وانطلاقاً من هذا النص، صنف المشرع الجزائري حالة التعسف في استعمال الحق ضمن المسؤولية عن الأفعال الشخصية، وبالتالي يعتبر فعل التعسف في استعمال الحق بمثابة خطأ يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض، وإلى جانب هذه القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (124) مكرر السالفة الذكر، فإن المشرع أورد له تطبيقات خاصة في القانون المدني في المواد (343)¹، (534)²، (690)³، (691)⁴ و(708)⁵، كما أن هناك أمثلة كثيرة عن الأخذ بقاعدة عدم جواز التعسف في استعمال الحق بموجب عدة تشريعات، كقانون العمل بشأن الحكم بالتعويض عن التسريح التعسفي، وقانون الأسرة بشأن أحكام الطلاق التعسفي الناتج عن استعمال الزوج لحقه في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة⁶، وكذلك ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية في تطبيقات متفرقة حيث تكاد تخلو نصوص هذا القانون من نص عام يعالج مسألة التعسف الإجرائي باستثناء بعض الجزاءات لحالات متناثرة لا ترقى إلى مستوى الردع بشأن الطعون القضائية⁷.

¹ - انظر: المادة 343 من الأمر رقم 75-58 سالف الذكر نصت على أنه: "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك".

² - انظر: المادة 534 من ذات القانون قبل إلغائها بالقانون 05/07 السالف الذكر أشارت إلى أنه يجب على القاضي أن يرفض للمالك استعمال حق الاستعادة إذا أثبت المكثري أو شاغل الأمكنة أن المالك يطلب حق الاستعادة لا من أجل تلبية رغبة مشروعة ولكن بنية الإضرار به أو بقصد التهرب والتملص من أحكام هذا القانون.

³ - انظر: المادة 690 من القانون المدني الجزائري، نصت على أنه: "يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة به وعليه أيضا مراعاة الأحكام الآتية حق المرور - غلقه - تجاوز مضار الجوار المألوفة - قيود حق الملكية".

⁴ - انظر: المادة 691 من القانون المدني، نصت على أنه: "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه...".

⁵ - انظر: المادة 708 من نفس الأمر 75-58 نصت على ما يلي: "ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على التنازل عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة 697".

غير أنه ليس للمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني إن كان هذا بضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط.

⁶ - انظر: عجة الجليلي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ج.2، منشورات برقي، الجزائر، 2009، ص.522-523.

⁷ - فنجد المادة (247) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقصد التقليل من اللجوء المفرط إلى طلب رد القضاة تنص على العقوبة التي تطبق في مواجهة طالب الرد الذي خسر دعواه دون الإخلال بحق المطالبة بالتعويض وتقدر الغرامة 10.000 دج

كذلك فيما يخص الطعون وبالنسبة للحق في الاستئناف وفقا لمقتضيات المادة (347) من قانون الإجراءات، إذا ثبت لجهة الاستئناف بأن الطعن تعسفي وأن الهدف منه هو الإضرار بالاستئناف عليه، يجوز فرض غرامات مدنية على المستأنف تتراوح بين 10.000 و20.000 د.ج دون الإخلال بالتعويضات التي يمكن الحكم بها للمستأنف عليه. كما أنه بموجب المادة 377 من نفس القانون، يمكن للمحكمة العليا القضاء بغرامة مدنية بين 10.000 و20.000 د.ج والتعويضات على من تعسف في استعمال حقه في الطعن أو مارسه بغرض الإضرار بالخصم. ونفس الحكم ينطبق على اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إذا قضى برفضه (المادة 388 من نفس القانون)، وهو ما جاء كذلك مقررا بموجب المادة

وتتحقق مظاهر التعسف الإجرائي كلما انحرف صاحب الحق في استعمال حقه عن الغاية التي شرع من أجلها¹، في الواقع، يتمتع صاحب الحق بمكنة استعمال حقه والإفادة منه، وليس له أن يستعمله استعمالاً مطلقاً، بل يجب استعماله في نطاق وحدود القانون، وإلا أصبح متعسفاً فيه. وإن استعمال الحق لا يكون مشروعاً إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. ولا يسأل كل من يطرق أبواب القضاء تمسكاً ودفاعاً عن حق يدعيه، إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المكفول له ابتغاء الإضرار بالخصم في الخصومة المدنية.

والأصل أن يشرع لكل من طرفي الدعوى في استخدام شتى الوسائل للحكم لصالحه، دون أن يلقي بالآلة إلى ما إذا كان سنده صحيحاً أم لا²، وإن كان حق استخدام الإجراءات مشروعاً، فإطلاق هذا الحق لا يمنع من الإسراف باستعماله إلى حد الإساءة والانحراف به، مما يفضي إلى تعطيل العدالة، وينعكس ذلك سلباً على مدى كفاية حق التقاضي³.

ونظرية التعسف في استعمال الحق عموماً، أو استعمال الحق الإجرائي خصوصاً، تصلح كأساس في سبيل تهذيب سلوك الخصم في القضية والحكم بتعويض الأضرار التي يحدثها المتعسف للخصم الآخر، وقد تقوم حالة الإستوبل بجانب التعسف في استعمال الحق في المجال الإجرائي، حيث يستعمل الخصم حقه الإجرائي في التقاضي والدفاع ومكناته في إبداء أوجه الطلبات والدفع لتأسيس قضيته، والحصول على حكم لصالحه، لكن في استعماله لحقوقه ومكناته قد يقع في تناقض في سلوكياته بقصد الإضرار بالغير، أو كانت المصالح التي يرميها لا تتناسب البتة مع ما

397 بمناسبة الطعن بالتماس إعادة النظر من جواز الحكم على المتمس الذي خسر دعواه بغرامة مدنية من 10.000 إلى 20.000 دج دون الإخلال بالتعويضات التي قد يطالب بها كما يقضي القاضي بعدم استرجاع مبلغ الكفالة.

¹-انظر: علي عبيد الحديدي، التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2015، ص.183

²-انظر: أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي بين النظامين الإسلامي والأنظمة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص.329.

³- ولقد تضمن قرار المحكمة العليا في أحد الملفات المفروضة عليها ب"أنه من الثابت أن حق الالتجاء إل القضاء هو حق من الحقوق التي تثبت للكافة، وتبعاً لذلك فإنه من يستعمل حقه غي التقاضي لا يضر بالغير، إلا إذا كان هذا الاستعمال مقصوداً منه الإضرار، وحيث أن قضية الموضوع لم يبينوا وبأسباب سائغة، أن الطاعنة قد انحرفت في استعمالها لهذا الحق بنية الإضرار بالغير، وعندما حكموا بالتعويض عن الدعوى التعسفية دون أن يبينوا ذلك، فقد أخطأوا في تطبيق القانون".

انظر: قرار رقم 14.664 صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، مؤرخ في 1994/10/26 غير منشور مشار إليه في كتاب بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة ثالثة مزيده ومنقحة، منشورات بغداددي، الجزائر، 2011، ص.25.

يصيب الغير من ضرر بسببها، أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة، وهي حالات التعسف في استعمال الحق¹.

وقد يظهر التعسف في صورة التناقض في الدفاع على نحو يكشف عن إرادة التسوية والمماطلة، بإصرار المدعى عليه على أدلة تبدو واضحة التناقض مع اتفاق سابق لتنظيم العلاقة بينه وبين خصمه، وقد يقع التناقض في مسلك الخصم عندما يقدم أدلة وحجج حول واقعة معينة ثم يتناقض مع ما قدمه من حجج وبراهين حول الواقعة نفسها² بما يتعارض وواجب الأمانة الإجرائية، فإن كان للخصم كموجبات لاستعمال حق الدفاع أن يقدم ما يشاء من حجج أو دفع أو طلبات أو أي وسيلة أخرى لكسب قضيته، أو على الأقل دفع الخسارة، فإنه لا بد أن تكون وسائل دفاعه منسجمة مع بعضها ومتسقة دون تعارض أو تضارب أو تناقض إضراراً بالغير، وإلا كان ذلك خروجاً عن الحدود الموضوعية لحق الدفاع تنشأ عنه المسؤولية التقصيرية الإجرائية³.

ومن مظاهر قصد الإضرار بالغير كأحد معايير التعسف في استعمال الحق تقدم الخصوم في الدعوى بدفوع وطلبات عارضة متناقضة فيما بينها بنية الكيد، كمن يمتنع من الخصوم عن إبداء ادعاء ما ثم يتمسك به فيما بعد مما ينم عن وقوعه في التناقض الإجرائي التنازل كسب لسقوط اتخاذ الإجراء، كما أن التناقض في أقوال الخصم أو في الحجج التي يركن إليها يفيد في استخلاص نية الخصم في الإضرار عندما يستند التعسف في استعمال الحق في التقاضي على ضوابط شخصية⁴.

ويمكن كذلك الاستناد إلى عدم مشروعية المصلحة كأساس للإستوبل، والتي هي في نفس الوقت أحد معايير التعسف في استعمال الحق الإجرائي، وقد يلعب الإستوبل الإجرائي دوراً مانعاً من التعسف، لأن نظرية التعسف تلعب دوراً مزدوجاً في الرقابة والإشراف على الحقوق بصورة عامة.

¹ -انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص. 78.

² -انظر: علي عبيد الحديدي، التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، ط.1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2015، ص. 222.

³ -انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع نفسه، ص. 73، 78.

⁴ -انظر: إبراهيم أمين النفاوي، مسؤولية الخصم عن الإجراءات، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1987، ص.

والموضوع أعمق بكثير من مسألة المسؤولية، فالأمر يتعلق بأداء الحق لدوره في اتساق وانسجام دون تناقض مع غيره من الحقوق، وهي مرحلة سابقة على نشوء المسؤولية¹، والإستوبل يحول بين الحق وبين التعسف، ويمنع الحق من الوصول إلى المرحلة التي يطلق عليها التعسف، بالإضافة إلى الدور الوقائي الذي يلعبه في تحقيق السرعة في التقاضي من خلال منع السلوكيات والتصرفات التي تعصف بالثقة المشروعة أمام المحاكم². مع ذلك هناك اختلاف بين الإستوبل ونظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي التي تعتمد على قصد الإضرار كأحد المعايير الشخصية التي تستند عليها، بينما يبقى معيار الإستوبل في جانب آخر موضوعي، وهو التناقض في سلوكيات الخصم الإجرائية على مستوى القضية. كما أن نظرية التعسف تفترض وقوع ضرر ناتج عن التعسف، ولكن الإستوبل لا يفترض إجماعاً بالضرورة لتطبيقه عند حدوث ضرر³.

خامساً: نظرية السبب والالتزام الرئيسي في العقد

وجود السبب شيء وتوازن الأدعاءات المتقابلة شيء آخر، واستخدام فكرة سبب الالتزام كأداة لتحقيق هذا التوازن، هو بلا شك توسع وتحديد في استخدام فكرة السبب⁴، نظراً لكونه يحقق عدالة تعاقدية وحماية للثقة المشروعة للمتعاقد الذي يخضع لبنود تعاقدية توصف بأنها تعسفية، هذا التوسع دفع بمحكمة النقض الفرنسية إلى استخدامه كأداة لاستبعاد البنود التعاقدية التعسفية بالنظر إلى افتقارها للمقابل⁵.

وهذا ما يتبين من قرار شهير لمحكمة النقض يعرف بقرار⁶ (Chronopost) وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر بشأنها هذا الأخير، في أن إحدى الشركات التجارية (Banchereau) الراغبة في الدخول بإحد المزادات أرسلت ظرفاً خاصاً يحتوي على بعض الوثائق بواسطة شركة النقل السريع (Chronopost)، لكن هذا البريد لم يصل في الوقت المحدد مما أضع على الشركة الأولى فرصة

¹-انظر: فراس كريم شيعان، صلاح عجمي جميل، معالجة التعسف في استعمال الحق الإجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، ع. 3، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، السنة الحادية عشر، 2019، ص. 33.

²- انظر: فراس كريم شيعان، صلاح عجمي جميل، المرجع نفسه، ص. 34.

³-انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الاستوبل في القانون الإجرائي المرجع السابق، ص. 80.

⁴-انظر:

GUEGUEN, le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, D.1999, chronique.352.

⁵- انظر: محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، العقد، مج1، المرجع السابق، ص. 326 - 327.

⁶- انظر:

Cass.com.22 octobre1996, Bull .civ.1996 , IV, n261, p.223.

المشاركة في المزايدة (وقد سلم الظرف إلى المرسل إليه صباح 24 يناير وليس في 23 يناير كما وعد الناقل)، وبعد عدة أيام احتجت الشركة المرسله على هذا التأخير بانذار وجهته للشركة الناقلة مضمونه أنها قد أصيبت بأضرار من جراء هذا التأخير، وبأن كان الظرف يحتوي على المستندات الخاصة بالدخول في المزاد لشراء 50 طن من اللحوم، وكان يتعين تسليم الظرف قبل ظهر 23 يناير¹.

وردت الشركة الناقلة بأنها تبدي أسفها الشديد على التأخير، ولكنها رفضت تعويض الشركة المرسله عن الضرر الناشئ من فوات فرصة الدخول في المزاد، وتذرعت بالشروط العامة للعقد ومن بينها الشرط الذي ينص على أن الشركة تلتزم بأن تبذل قصار جهدها من أجل تسليم المراسلات لعملائها في المواعيد المحددة، وفي حال إذا ما أصاب المرسل ضرر من جراء التأخر في ذلك، فإن الشركة لا تلتزم إلا برد مقابل النقل، واكتفت الشركة الناقلة بارسال للشركة المتضررة قيمة نقل مجاني لرسالة مماثلة، وعلى الرغم من ذلك، في 04 ماي 1991 أرسلت ذات الشركة ظرفا بواسطة ذات الشركة الناقلة لتسليمه لنفس الشركة المرسل إليها². وما يثير الدهشة أنه تم تسليم الظرف متأخرا بيوم كامل، ولكن هذه المرة الشركة المرسله لم تسكت ورفعت دعوى ضد الشركة الناقلة لتعويضها عن الأضرار التي أصابتها من الواقعتين، وقد قضت المحكمة التجارية المختصة بتعويضها عن الأضرار ورفضت تطبيق الشرط المحدد لمسؤولية الشركة الناقلة، لكونها برهنت على عدم قدرتها على تحقيق المواصفات والضمانات اللازمة للخدمة المنوطة بها وهو ما يشكل خطأ جسيما.

ورفضت محكمة الاستئناف هذا الطلب مستندة إلى أن شركة (Chronopost) لم ترتكب أي خطأ يندرج تحت فكرة الخطأ الجسيم، وأن العقد يتضمن شرطا متعلقا بتحديد مسؤولية شركة النقل وينص على التزام الشركة ببذل الجهود الكافية لتوصيل بريد المتعاملين معها الوقت المحدد، وإنه في حال حصول ضرر لأحد هملائها نتيجة عدم احترام المدة المحددة فإن مسؤولية الشركة تقتصر على إعادة مقابل النقل.

¹ - انظر في التعليق على القرار:

Phillippe DELEBECQUE: Que reste t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ? DALLOZ AFFAIRES, n.08/1997, p.235 et s.

² - انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة الإلتزام الرئيسي في العقد و أثرها على اتفاقات المسؤولية، دار الكنب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 1999، ص.56.

ولكن محكمة النقض الفرنسية تجاوزت البحث في مدى توافر جسامه الخطأ، وقضت بأن الشركة الناقلة وبصفتها متخصصة في النقل السريع، يفترض فيها أن تحافظ على مستوى معين وسمعة معينة من الخدمة التي تقدمها، وقد التزمت بأن تسلم الظرف الخاص بالشركة المرسله في أجل محدد، وبسبب التقصير في أداء هذا الإلتزام الرئيسي¹، اعتبرت المحكمة أن تخلف الشركة عن تنفيذ التزامها الأساسي، أي السرعة في توصيل البريد، يقتضي اعتبار شرط تحديد المسؤولية كأن لم يكن لتعارضه مع نص المادة 1131 مدني².

ويتضح جليا من موقف محكمة النقض الفرنسية أنها قد جددت في استخدام مفهوم السبب³ بإعلانها أن الشرط المحدد للمسؤولية يحى من العقد ويعتبر كأن لم يكن، أي غير مكتوب بعكس موقف القضاء التقليدي الذي كان يعتبر تخلف سبب الإلتزام يؤدي إلى بطلان العقد بكامله على نحو يسمح ولو بطريقة غير مباشرة للقاضي بتعديل العقد، ومراقبة التعادل والتناسب بين التزامات المتعاقدين، ويظهر من خلال تتبع أحكام القضاء الفرنسي أنه قد توسع في مفهوم سبب الإلتزام بحيث لم يعد يكفي بالتحقق من مجرد وجوده، بل امتدت رقابة القضاء إلى التحقق من كفاية هذا السبب، وبالتالي مراقبة توازن الأداءات المتقابلة من ذلك القرار الشهير (Video club)⁴. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجين مقيمان في إحدى القرى الفرنسية قررا إنشاء محل لتأجير شرائط الفيديو، ولذلك قام الزوجان بإبرام عقد مع إحدى الشركات (DPM) استأجرا بموجبه (200) شريط فيديو لمدة (8) أشهر مقابل مبلغ (30) ألف فرنك فرنسي، وإثر مطالبة الشركة للزوجين بدفع الأجرة المتفق عليها ادعيا ببطلان عقد الإيجار استنادا إلى غياب السبب حيث أن مشروعهما التجاري المتمثل بإعادة تأجير شرائط الفيديو المتفق عليها لم يلق النجاح المنتظر من قبلهما بحجة قلة عدد سكان القرية؛ فاستجابت محكمة الموضوع لطلب الزوجين استنادا إلى تخلف ركن السبب في العقد، وبعد الاستئناف والنقض قضت محكمة النقض الفرنسية بأن:

¹-انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة الإلتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية، المرجع السابق، ص.58.

²- انظر: محمد حسن قاسم، القانون المدني الإلتزامات (العقد)، مج.1، المرجع السابق، ص.327.

³-انظر:

Florian MOME, Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, thèse en droit, université d'Evry Val-d'Essonne, France, 2015, p.204.

⁴-انظر: محمد حسن قاسم، القانون المدني، المرجع نفسه، ص.ص 326، 328.

تنفيذ العقد وفقا للاقتصاد الذي أراده الأطراف كان مستحيلا، ولذلك فإن محكمة الاستئناف قد أصابت في استنتاجها أن العقد كان مفتقدا للسبب¹.

كما وأنه أصبح لفكرة الالتزام الرئيسي أثر فعال في استبعاد شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها باعتبار أن الإخلال بهذا الإلتزام يعد من صور الخطأ الجسيم، ولكن لم تكن لهذه الفكرة أثر مباشر في استبعاد هذه الشروط.

وظل الأمر على هذا النحو حتى تجاوزت محكمة النقض الفرنسية هذه الحيلة القانونية في قرار (Chronopost) سالف الذكر، واعترفت للإلتزام الرئيسي في العقد بقدرة ذاتية على استبعاد الشروط المخففة للمسؤولية، واتجاه المحكمة السالفة الذكر في استبعاد الشروط المحددة للمسؤولية في حالة الإخلال بالإلتزام الرئيسي في العقد يعد خطوة هامة في استعمال فكرة الإلتزام الجوهرية أو الرئيسي في العقد لاستبعاد الشروط المحددة للالتزامات ومن ثم مسؤولية المدين².

وتجدر الإشارة أن المادة (1170)³ قانون مدني فرنسي بعد تعديل 2016 جاءت تكريسا لقرار محكمة النقض الفرنسية سالف الذكر، ويتضح من هذا النص أن كل شرط أيا كان موضوعه يفرغ الإلتزام الرئيسي أو الجوهري (**l'obligation essentielle**)⁴ للمدين من جوهره أو مضمونه

¹-انظر:

Cass. Civ. 3/7/1996, D. 1997, p. 500 note P. Reigne; JCP 1997, I, 4015, obs. Labarthe; R.T.D.Civ. 1996, p. 903, obs. J.Mestre.

²- انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة الإلتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية، المرجع السابق، ص.66.

³-انظر:

-Art.1170 C.civ.fr dispose que: « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

⁴-انظر:

« L'obligation essentielle a trait à la détermination du contenu des droits et obligations convenus entre les parties, le noyau dur, ou ce que certains appellent le socle obligationnel (D.Mazeaud) de la convention. Il faut noter toutefois qu'il s'agit d'une question épineuse. Aucune définition sérieuse et commune n'en a encore été donnée par la doctrine ou la jurisprudence. C'est cependant en tant que référence aux éléments essentiels qu'est employée l'expression d'obligation essentielle.

Un auteur écrit : « par définition, l'explication de l'obligation essentielle doit se trouver parmi les conditions essentielles mises à la validité des conventions ». (Houtcieff, thèse préc, p. 279) ; Il s'agirait donc d'une obligation aux contours objectifs, que les parties seraient dans l'impossibilité de réduire une fois stipulée. Mais la difficulté se situe dans le pouvoir unilatéral d'une des parties d'imposer le contenu du contrat, qui par sa rédaction, porte atteinte à ce socle obligationnel, et trahit les attentes légitimes de son cocontractant ; plus précisément la difficulté est celle des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, le plus souvent prévues dans les contrats de masse, d'adhésion ». V. M. Berbagui, La protection

يعتبر كأن لم يكن وغير مكتوب، ومن هنا يظهر الالتزام الرئيسي أيضا كأداة لرصد اتساق العقد¹.

وقد يكون الإلتزام رئيسيا بطبيعته، ويكون كذلك إذا كانت تقتضيه طبيعة العقد، بحيث يكون الإخلال به متعارضا تماما مع أسس العقد ذاته أو مع أسس عقد معين بالذات²، وحيث كل عقد يتضمن بالضرورة التزاما يمثل مقطعه الرئيسي، ومثاله التزام المؤجر في عقد الإيجار بوضع العين المؤجرة تحت تصرف المستأجر والتزام هذا الأخير بدفع بدل الإيجار، فمن غير الممكن أن يقوم هذا العقد دون هذين الإلتزامين الرئيسيين وفي هذا المثال يكون الإلتزام جوهريا في طبيعته.

كما وقد يكون الإلتزام جوهريا بإرادة الأطراف على الرغم من عدم كونه كذلك في القواعد العامة القانونية، فلا يوجد ما يمنع من أن يرفع إلى مصاف الإلتزام الرئيسي³، وإن تحديد الإلتزام الرئيسي في العقد لا يتوقف فقط على الإرادة المشتركة للمتعاقدين كما تم التعبير عنها، ولكن هذا الإلتزام يجب أن تتحقق من خلاله العناصر الموضوعية للعقد الذي أراده الأطراف والذي يحقق التوقع المشروع لهم (*L'attente légitime des parties*)⁴.

والواقع أن الإلتزام الرئيسي يسمح من ناحية باستعادة التوازن العقدي، ومن ناحية أخرى بإظهار الإلتزام باحترام مبدأ الاتساق من أجل تجنب وجود تناقضات داخل العقد من خلال الشروط المعفية للمسؤولية أو المحددة لها، فما يقبله الشخص بإرادته لا بد أن يكون عادلا⁵ وفي ذلك يقول الفيلسوف (*Fouillée*) من يقول تعاقدني يقول عادل « *qui dit contractuel dit juste* »⁶.

de la confiance légitime en droit des contrat français et anglais, éd. universitaires européennes, Mauritius, 2017, pp. 76 - 77.

¹ - انظر:

D.houtcieff, Le principe de cohérence en matière contractuelle, T.1, op.cit, n.401 et s. ,p340 et s :

« L'obligation essentielle , en tant qu'elle mène à écarter comme dans l'arrêt Chronopost des clauses contraires au socle de la convention , est concue comme le bras armé d'une cohérence minimale du contrat »

² - انظر: صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهريّة في العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص.166.

³ - انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة الإلتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية، المرجع السابق، ص.18.

⁴ - انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع نفسه، ص.69.

⁵ - انظر: عليان عدة، مدى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، مج.50، ع.3، جامعة يوسف بن خلة، العاصمة، الجزائر، ص.138.

⁶ - Alfred FOUILLEE, La science sociale contemporaine, hachette, 1880, p.410.

ووفقاً للفقهاء (Dimitri Outcieff)، فإن مبدأ الاتساق سيكون الأساس الحصري لقرار Chronopost، ومن ثم فإن الالتزام الرئيسي سيرز هذا المبدأ في العقد بوصفه أداة لاحترام قواعد المنطق، لذلك يطلق عليه مبدأ الترابط المنطقي، فيكفي أن نحيط علماً بأن مضمون العقد لا يتعارض مع الغرض منه، ومن الإنصاف تحديد الحدود التي يفرغ فيها بند العقد من مضمونه، وبالتالي من الالتزام الأساسي، وهذا الأخير يمنع كل تناقض يؤثر على القوة الملزمة للالتزام أو التعهد¹.

واعتبرت الفقيهة (Fabre-Magnan²) أن تدخل القضاء في هذه القضية كان من أجل مراقبة عدم المساس بالالتزامات الجوهرية للعقد، وهو في الحقيقة صورة لحماية الغير من عدم التوازن الظاهر الذي كان سيحدث لو تم إعمال بند التخفيف من المسؤولية الذي وضعته شركة (Chronopost) لمصلحتها، فلا يمكن للمدين إعفاء نفسه من مسؤوليته عن الإخلال بالتزامات الجوهرية أو الرئيسية، لأن ذلك سيجعل التزام المتعاقد الآخر من دون سبب، وهو ما سيؤدي إلى الإخلال بالتزامات وحقوق الطرفين³.

ويمكن الإشارة إلى أن الفقيه (Philippe Jestaz) قد لاحظ بالفعل بشكل عام أن "الالتزام الأساسي يلغي البنود التي تتعارض معه بقوته الخاصة، دون مساعدة من أي قواعد معينة"، مضيفاً أنه "في جميع الحالات، فإن سبب استبعاد البند المناقض هو أن الإرادة لا يمكن أن تتعارض مع نفسها"، ويكفي أن يحكم القاضي أن المرء لا يمكن أن يريد شيئاً ونقيضه⁴.

وبينما بدأت فرنسا تهم بمفهوم الالتزام الأساسي وقدرته الذاتية على ابطال الشروط المحددة للمسؤولية والمعفية منها حالة تمخضها عن اهدار هذا الالتزام، وذلك استناداً لفكرة سبب

¹ - انظر:

D.houtcieff, Le principe de cohérence en matière contractuelle, T.1, op.cit, n.401 et s. ,p340 et s.

² - انظر:

- M. Fabre – Magnan, Droit des obligations - Contrat et engagement unilatéral, 4^{ème} éd. PUF, Paris, 2016, p. 449.

³ - انظر: عثمان بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص. 111.

⁴ - انظر

Ph. Jestaz, L'obligation et la sanction. A la recherche de l'obligation fondamentale, mélanges offerts à Pierre Raynaud, Paris, Dalloz, 1985, p. 279.

العقد وإرادة أطرافه ودون حاجة إلى فكرة الخطأ الجسيم، فيكفي لذلك مجرد الإخلال بالالتزام الرئيسي حتى ولو كان خطأ المدين. فإن القضاء في إنجلترا من ناحية أخرى توقف عن الإستناد إليه نحو الاعتداد بمفهوم الإستوبل بدرجة أكبر¹.

ويجدر بنا التساؤل عن المنحى الذي يمكن أن يتخذه اعتماد الإستوبل في نظم القانون المدني، وما إذا كان يمكن استخدامه في آخر المطاف كوسيلة للإطاحة بالشروط المعفية من المسؤولية أو المحددة لها.

المبحث الثاني

التناقض المشروع كاستثناء من المبدأ المانع

في هذا الجانب تعترضنا العديد من المسائل التي تتزل متزلة الثوابت والمسلمات التي نكتفي بتقبلها على كونها من البديهيات، لكن كلما نعيد أعمال النظر فيها إلا ويظهر بأن هناك تقصير في فهم أحكامها، أو إغفال لجمل التحولات التي تطرأ عليها والتوجهات التشريعية بصددتها، من ذلك جانب التناقض كحق مشروع²، وإن لم يرد في نص قانوني عام صريح إلا أنه يجد له تطبيقات كثيرة متناثرة، حاولت الباحثة جاهدة جمع أكثرها أهمية سواء على صعيد القانون

¹-انظر:

Ruth SEFTON-GREEN, La notion de l'obligation fondamentale :Comparaison franco-anglaise, LGDJ, Paris, 2000, p.391.

²-انظر:

la contradiction réside dans le « fait de se mettre soi-même en opposition avec ce qu'on a dit ou fait précédemment ». Clause AUGE, Le nouveau Larousse Illustré, 1^{ère} éd. 1907-1910.

Le vocabulaire courant rejoint ici, peu ou prou, le vocabulaire juridique puisqu'on peut lire sous la plume de Monsieur Cornu que la contradiction est l'incohérence qui résulte de l'énoncé dans un même acte de deux propositions incompatibles. In : Vocabulaire juridique, Ass. H. Capitant, PUF, 1998).

Transposée en termes contractuels, la contradiction est donc autre chose que la simple inexécution et que la simple inconstance imputable à un contractant. Il s'agit plutôt de l'inconséquence, de l'incohérence dont fait preuve un contractant en adoptant deux comportements successifs et incompatibles à propos d'un seul et même contrat.

Reste en second lieu, à se pencher sur le qualificatif de légitime. En puisant aux mêmes sources, c'est-à-dire dans le Nouveau Larousse illustré et dans le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant, on constate qu'est considéré comme légitime, ce qui est fait conformément aux prescriptions de la loi, accordé ou réservé par la loi, ce qui est conforme à la justice, licite, permis ». V.: D. Mazeaud, Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats, in : Actes du colloque organisé par le centre de droit des affaires et de gestion (C.E.D.A.G) de l'Université de Paris V(13 janvier 2000), collection : Etudes juridiques, éd. Economica, Paris, France, 2001, pp. 127-128.

الإجرائي أو القانون الموضوعي، والتناقض المقصود هو عدم الاتساق في تصرفات الشخص بأن يصدر عنه سلوكا يتعارض مع سلوكه الأولي وحتى يعتبر مشروعاً يجب أن يتم وفقاً لتعليمات القانون أو بموجب نصوصه أو لأنه يتفق مع العدالة كمعيار للقانون.

والعدالة بوصفها مجموعة من القيم الأساسية التي يفترض أن تكون جميع التشريعات متفقة معها من حيث المبدأ. والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن على الفور يتجلى فيما هي الأسباب التي تجعل القانون يرحح الحق في التناقض على حساب الغير؟ ولماذا يعترف هذا الأخير بالسلوكيات الغير متسقة؟ على الرغم من الأضرار التي تسببها للطرف الآخر أو الغير.

وقد تكمن الإجابة على مثل هذا التساؤل في دور الثقة والتوقعات المشروعة لمتلقي هذه السلوكيات والتي تجعله يتحمل وطأة آثار التناقض.

المطلب الأول

التناقض المشروع في القانون الإجرائي

يخلق القانون الموضوعي في قواعده الحقوق والمراكز القانونية، ويقدر في ذات الوقت الحماية القانونية لهذه الحقوق ولأصحابها في صورة الأثر القانوني المقرر في الجانبين، الإيجابي والسلبي الكامن في القاعدة القانونية، وهو يكون فعالاً بقدر الانصياع التلقائي للمخاطبين بأحكامها.

وفي اللحظة التي لا يتم فيها الرضوخ الإرادي لهذه الأخيرة، تصبح الحماية القانونية الوارد بها الحقوق والمراكز القانونية عديمة الجدوى، ولا بد من البحث عن وسيلة تعيد إلى هذه القواعد فعاليتها واحترامها، ويتم ذلك باللجوء إلى القضاء لحماية الحق المعتدى عليه، لكي يتم إعمال القانون وإعادة المطابقة بين المراكز الواقعية المعتدى عليها والمراكز المفترضة كما نص عليها القانون¹.

هذه الحماية القضائية تصدر عبر الأشكال الإجرائية المختلفة من القانون الإجرائي، فهذا الأخير هو قانون حركة هذا النشاط ونطاق مباشرته، ويتمثل بكونه قانون الإنفاذ القضائي للقانون

¹ - انظر: نبيل إسماعيل عمر، تأملات في الروابط القائمة بين القانون المدني وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبنانية، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص. 298.

الموضوعي¹، ويكون الإدعاء بمثابة المحل الابتدائي للعمل القضائي، أما المحل النهائي لهذا العمل فهو الأمر المقضي.

وإذا كان حق الالتجاء إلى القضاء للذود عن الحق هو من الحقوق المقدسة التي تحميها الدساتير المختلفة، فإن حق الخصم في الإثبات هو أيضا من الحقوق المقدسة المكتملة لحقه في الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه، ويقابل حق الخصم في إثبات ما يدعيه حق خصمه في نفيه². وتجدد الإشارة إلى أن قانون المرافعات يتضمن قواعد عديدة تعقد بوصف الخصم، وترتب له حقوقا وواجبات إجرائية متنوعة، وتتولى هذه القواعد تنظيم مباشرة الخصوم للإجراءات أو إسناد آثارها إليهم، والواقع أن مركز الخصم يمر بمرحلتين أثناء سير الخصومة، ويحكمه مركز الخصم في مباشرة الإجراءات، والمرحلة الثانية عقب الحكم في الخصومة ذلك أن الأخير يرتب مجموعة من الآثار بالنسبة للخصم³.

ولنا أن نتساءل عما يمكن أن يقيد بشكل خفي تطبيق مبدأ حظر التناقض مع النفس على حساب الغير في الفرضيات التي يكون الدفع فيها بعدم القبول نادر الحدوث أو من خلال آليات موجودة بالفعل في القانون الإجرائي لمنع تطبيقه أو الحد منه، وفي الحقيقة إن التناقض الإجرائي الذي يقع من جانب الخصوم قد يكون بمباركة من القانون الإجرائي نفسه وذلك على الوجه المبين أدناه.

الفرع الأول

على صعيد إجراءات الخصومة وإدارة أدلة الإثبات

الخصومة القضائية هي عبارة عن مجموعة من الأعمال القانونية التي تتخذ أمام القضاء⁴،

الإجراء الأول فيها هو المطالبة القضائية، ثم تتابع إجراءات الخصومة الواحد تلو الآخر، حتى تصل

¹-انظر: منصور حاتم محسن، هادي حسين الكعبي، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بابل، منشور على موقع: www.uobabylon.edu.iq/، اطلع عليه بتاريخ 2019/07/16، على الساعة 16.00

²-انظر: أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2015، ص.7 و8.

³-انظر: وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات"، المرجع السابق، ص.521.

⁴- وتتكون الخصومة من عدة أعمال منها ما يقوم به الخصوم وممثلوهم ومنها ما يقوم بما القاضي وأعوانه وهذه الأعمال تتابع فيما بينها تتابعا زمنيا ومنطقيا بحيث يكون كل عمل منها مفترضا للعمل اللاحق وهي إما أنتجت آثارا خاصة بما فإنها كلها تجتمع لإنتاج أثر نهائي وهو الحكم.

لمزيد من التفصيل، راجع: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص.294.

إلى نهايتها الطبيعية، وهي صدور حكم في موضوع الدعوى القضائية¹، ويعتمد الأخير على حقيقة الوقائع والإدعاءات ويعد التناقض ضد تلك الحقيقة، وقد يرتفع التناقض المانع من سماع الدعوى فتسمع الدعوى المتناقضة في حالات معينة :

أولاً: التصرف في الخصومة المدنية بالإلغاء أو بالتعديل

من الثابت أنه يجوز للخصوم التصرف في الخصومة جزئياً أو كلياً، وهذا يعني الاعتداد بإرادة الخصم في تعديل أو إنهاء حق من حقوقه الإجرائية في الخصومة أو المركز القانوني للخصم بجملة. فيجوز للخصم مثلاً التنازل عن حق من حقوقه الإجرائية²، ما لم تكن القاعدة المنظمة لهذا الحق تتعلق بالنظام العام، كما يجوز له التنازل عن الدفع بعدم اختصاص المحكمة محلياً، وفي المقابل لا يجوز التنازل عن الدفع بعدم الاختصاص النوعي لتعلقه بالنظام العام³.

كما ويتم التنازل عن الحق الإجرائي بالإرادة المنفردة لصاحبه بالتعبير الصريح أو الضمني، ويجوز للخصم التنازل عن مركزه القانوني في الخصومة بجملة وترك الخصومة، ويكون تنازل المدعي معلقاً على قبول المدعى عليه عند التنازل⁴، إذا قدم هذا الأخير عند التنازل طلباً مقابلاً أو استثناءً فرعياً أو دفعاً بعدم القبول أو دفعاً في الموضوع⁵، ويجب أن يؤسس رفض التنازل من طرف المدعى عليه على أسباب مشروعة، ويحمل الحكم القاضي بالتنازل المدعي مصاريف إجراءات الخصومة، والتعويضات المطلوبة من المدعى عليه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، كما يجوز للمدعي في الخصومة التنازل عن إدعائه بعقد الصلح مع المدعى عليه، والذي يؤدي إلى انقضاء الخصومة⁶.

¹-انظر: وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص.364.

²- ويعرف المشرع الجزائري التنازل عن الخصومة في المادة 231 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه إمكانية مخرولة للمدعي لإنهاء الخصومة، ويفرق قانون الإجراءات المدنية والجزائري بين التنازل عن الدعوى وبين التنازل عن الخصومة وهو إمكانية مخرولة للمدعي لإنهاء الخصومة، ولا يترتب عليه التخلي عن الحق في الدعوى، أي تخلي أو تنازل المدعي عن الخصومة وعن جميع الإجراءات التي تمت وحصلت فيها مع احتفاظه بأصل الحق الذي يدعيه بحيث يجوز له تحديد المطالبة به، وهو ما يجعله يتميز عن التنازل عن الدعوى الذي يساوي العدول عن الحق محل التنازل. انظر:

فضيل يعيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد القانون 08-09، منشورات أمين، الجزائر 2009، ص.147.

³-انظر: وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص.526.

⁴- وجدي راغب فهمي، المرجع نفسه، ص.527.

⁵- انظر: المادة 232 ق.إ.م.أ.ج

⁶- انظر: إبراهيم أمين النفاوي، المرجع السابق، ص.90.

ومن أجل التخفيف من مبدأ ثبات الطلب القضائي أجازت الطلبات الطارئة أو العارضة في مختلف التشريعات، كذلك يجوز للخصم أن يعدل أثناء الخصومة ما قدمه فيها من طلبات متعلقة بالإجراءات أو الموضوع قبل أن يصدر حكم فيها، وإن الأصل أن يتحدد نطاق الدعوى بالطلب الأصلي، إلا أنه ومن أجل التخفيف من مبدأ ثبات الطلب القضائي، أجازت مختلف التشريعات أن تبدى طلبات عارضة، من ذلك ما نصت عليه مثلا المادة(25) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري¹، ويكون الغرض من الطلب العارض تصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو ظهرت بعد رفع الدعوى، أو يكون مكملا للطلب الأصلي أو مترتبا عليه أو متصلا به ولا يناقضه، وهو بذلك يختلف عن موضوع التناقض المانع من سماع الدعوى، والغاية من إبداء الطلب العارض هو منع تكرار دعاوى جديدة بنفس الطلبات بناء على أسباب جديدة، فإبداء مثل هذه الطلبات لا يعد تناقضا مع الطلب الأصلي بالمفهوم الذي تم عرضه في خصوص التناقض المانع من سماع الدعوى²،

والغالب أن يحدث التناقض في مسلك الخصوم الإجرائي ويكون مبررا وبمباركة من القانون والمادة (12) والمادة(72) قانون مرافعات فرنسي التي تجيز إثارة الدفوع في الموضوع "على أي حال كانت عليه الدعوى"، والمادة (563) وما يليها من نفس القانون، تسمح للخصوم في الدعوى بتعديل حججهم القانونية والوقائعية إن وجدت³.

هذا وإن المطالبة القضائية لا يلزم أن تكون في شكل طلب أصلي أو عارض، بل قد يكون ادعاء احتياطي سواء ورد في شكل طلب أو دفع، وخشية وقوع الخصم في التناقض الإجرائي يمكنه أن يجعل من ادعاءاته (التي يشك في احتمال تناقضها) محلا لطلب أصلي وأخرى لطلب احتياطي مغاير لموضوع الادعاء الأصلي، كما أنه ليس تابعا له أو مترتبا عليه وإنما ادعاء موضوعي آخر⁴.

¹ - ونصت المادة 25 من ق.إ.م.إ على أنه:

" يتحدد موضوع النزاع بالإدعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد. غير أنه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة، إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالإدعاءات الأصلية..."

² -انظر: الدويري، محمد صالح علي، المرجع السابق، ص.34.

³ -انظر:

Georges BOLARD, Le droit de se contredire au détriment d'autrui ?, la semaine juridique , éd.générale, n.6, 09 février 2015, p.146.

⁴ -انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الاستويل الإجرائي، المرجع السابق، ص.143-144.

ويكون قبوله مرهون برفض الطلب الأصلي، لأن رفض الطلب الأصلي هو الذي يفتح باب فحص الطلب الاحتياطي، فالطلب الاحتياطي يرتبط بالطلب الأصلي ويلزمه أثناء سير الخصومة ويكون بديلا عنه ويحل محله إذا رفض الطلب الأصلي¹.

والقاضي نفسه يمكن أن يدفع الخصوم إلى التناقض، مثلا كما هو مقرر في المادة(12) من قانون المرافعات الفرنسي، ويقرر توصيفا قانونيا جديدا للوقائع أو الأفعال محل النزاع، خلافا للتوصيف السابق، ويجوز له أيضا أن يقوم بذلك بموجب الفقرة 2 من المادة(7) من نفس القانون، عندما يقدم على مناقشة واقعة أثرت من جانب الخصوم ولم يؤسسوا عليها ادعاءاتهم، مثل شرط تعاقدية، أغفله الطرفان، يتناقض مع التفسير المقبول أو المثار سابقا للعقد موضوع النزاع.

والمحامي الذي يدافع عن المدعي أو المدعى عليه، هو أيضا قد يتردد في توصيف الوقائع والأفعال موضوع النزاع، وإنه غالبا ما يكافح لكشف الحقيقة كاملة، والتي يعلمها تدريجيا، وأحيانا من خصمه كما من موكله، وهو يعدل حجته مع التطور القضائي للنزاع ومعرفته به.

ولا يمكن للمشرع الإجرائي أن يمنع الطبيعة البشرية، في مقابل ما يسمى ما يسمى ب"الواجب القانوني في الكشف عن الحقيقة"، من يستطيع أن يدعي أنه موضوعي في نفسه؟ خاصة عندما يكون في نزاع مع غيره؟ فهل يمكن للخصم المخاطرة بقول الحقيقة كلها مرة واحدة أو الانتظار بحدوء حتى يكملها خصمه على مراحل، خاصة وإن الواجب القانوني في قول الحقيقة من شأنه أن ينتهك حقوق الدفاع، وبالإضافة إلى ذلك، قانون المرافعات، يمنح المتقاضين سلطة إدارة الأدلة، ما لم يتعارض ذلك مع مبادئ الخصومة الموجهة².

ثانيا: التناقض في الدليل

لا شك أن مرحلة الإثبات القضائي تعد من أهم مراحل الدعوى، فلا يكفي الإدعاء بواقعة قانونية معينة ليطبق عليها القاضي حكم القانون، بل يتعين إثبات هذه الوقائع، وقوام عمل القاضي هو إنزال إرادة المشرع بتطبيق القواعد القانونية على وقائع النزاع المثارة.

¹ - انظر في تفصيل الطلب الاحتياطي: أحمد أبو الوفاء، الطلب الاحتياطي، مجلة الحمامة، ع.3 و4، السنة الثامنة والخمسون، مارس /أفريل 1978،

ص.ص. 88-104.

² - انظر:

ويجدر التنويه إلى أنه، وبسبب تطور دور القاضي إزاء الخصومة المدنية، يحظى هذا الأخير بسلطات واسعة في توجيه الدعوى وتسييرها، وانعكس ذلك على سلطة القاضي في تقدير الأدلة، وأصبح الإثبات القانوني هو الاستثناء، والإثبات الإقتناعي هو القاعدة العامة التي تحكم الإثبات، وبذلك يخضع الدليل لتقدير القاضي، ولا يتقيد بما يترتب عليه من نتائج، فيرجع إليه وحده تقدير الدليل حسبما تطمئن إليه عقيدته¹.

ويحظى الدليل الكتابي بحجة ملزمة ومقيدة للقاضي، ولا يمكن للأخير أن يستبعده لعدم اقتناعه به متى صدر صحيحا مستوفيا للشروط القانونية المطلوبة، ولكن قد يحدث أن يقدم أحد الخصوم أكثر من دليل كتابي ويكون هناك تناقض بين الأدلة، فللقاضي سلطة في طرحها جانبا وعدم الأخذ بها تطبيقا لقاعدة لاحجة مع التناقض، أما إذا قدم الخصمان دليلا كتابيا يناقض أحدهما الآخر، فيكون للقاضي سلطة في ترجيح أي الدليلين على الآخر وفقا لما تطمئن إليه عقيدته².

وبما أن الشهادة وهي كذلك من وسائل الإثبات المهمة بدلالة النص عليها في مختلف تشريعات الإثبات، والشهادة هي ما يدلي به في مجلس القضاء شخص من غير أطراف الخصومة بعد حلف اليمين بما شاهده شخصيا أو سمعه مباشرة أو أدركه بحواسه³، أو هي تعبير عن مضمون الإدراك الحسي للشاهد بما رآه أو سمعه بنفسه من معلومات عن الغير مطابقة لحقيقة الواقعة التي يشهد عليها في مجلس القضاء، بعد أداء اليمين ممن تقبل شهادتهم، وممن يسمح لهم بها، ومن غير الخصوم في الدعوى⁴.

¹- انظر: يوسف سحر عبد الستار، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.580.

²- انظر: الدويري محمد صالح علي، المرجع السابق، ص.114.

³- انظر: أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2015، ص.151؛ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976، ص.591.

⁴- انظر: إبراهيم إبراهيم الغماز، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، دراسة قانونية نفسية، رسالة دكتوراه، دار عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1980، ص.44.

وإذا كانت الشهادة بحسب الأصل مباشرة تتعلق بما شاهده الشخص بنفسه أو سمعه أو أدركه بجواسه¹، فإنها قد تكون غير مباشرة، وذلك كما في حالة الشهادة السماعية، والشهادة عن طريق التسامع².

ويعد التناقض أو الاختلاف في الشهادة مانعا من قبولها، التناقض قد يعيب الشهادة كلها وقد لا يتعلق إلا بجزء منها، ويستوي في ذلك أن يكون التناقض في ذات الشهادة التي أدلى بها الشاهد أو بين شهادة لعدد من الشهود، حيث بالنتيجة يمكن أن ترد الشهادة أو على الأقل تنشئ شكاً، غير أن هذا القول ليس على إطلاقه، فهو قد يختلف باختلاف حالة التناقض، وما إذا كان التناقض مستحكما فترد الدعوى به، أم يعود إلى اختلاف بسيط عادي يمكن إزالته بطريق التفسير³.

ومفاد القول أن الاختلاف في الشهادة يعد مانعا من قبولها ويعتبر سببا لرد الشهادة إذا كان مستحكما ولا يمكن استنباط أي دليل منه.

وللقاضي سلطة مطلقة في الأخذ بشهادة الشاهد أو عدم الأخذ بها، ويحق له استبعادها إذا كشف كذبها، وبالنتيجة إن التناقض بين دعوى المدعي والبيينة التي أحضرها أو التناقض في ذات البيينة يعد قصورا بالإثبات ولا يعتبر تناقضا مانعا من سماع الدعوى.

وعلى الرغم من أن الشهادة تصدر تحت تأثير القسم، هناك احتمال بعد الشاهد عن الصدق وهو أمر يمكن تصوره، لاسيما إذا وقع الرجوع في الشهادة من طرف الشاهد، وما يترتب عليه من مشاكل في الإثبات القضائي، خاصة وأن المشرع الجزائري لم ينظم صراحة حكم الرجوع في الشهادة⁴. هذا وقد اختلفت نظرة الفقه الإسلامي لمسألة الرجوع عن الشهادة اختلافا بينا عن

¹-انظر: علي أحمد الجراح، قواعد الإثبات بغير الكتابة- في المواد المدنية والتجارية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص.268

²- الشهادة بالتسماع تختلف عن الشهادة السماعية التي تتعلق بأمر معين نقلا عن شخص معين شاهد هذا الأمر بنفسه، إذ أن الشهادة بالتسماع ولو أنها تتعلق بأمر معين غير أنها ليست نقلا عن شخص معين شاهد الأمر بنفسه إذ يقول الشاهد سمعت كذا أو أن الناس يقولون كذا وكذا عن هذا الأمر دون إسناد ذلك إلى أشخاص معينين، ولما كان من العسير تحري وجه الصحة بالنسبة لهذا النوع من الشهادة فإنها لا تلقى قبولا في المسائل الجزائية، وإن كان القضاء قد قبلها في المسائل التجارية على سبيل الاستئناس. راجع: العربي الشحذ عبد القادر، نبيل صقر، الدليل العلمي في الإجراءات الجزائية - الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، ج.3، دار الهلال للخدمات الإعلامية، د.ب.ن، 2004، ص.118.

³-انظر: رمضان ابراهيم علام، تعارض الاجراءات في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص. 146.

⁴-انظر: نهاية مطر العبيدي، آثار الرجوع عن الشهادة، مجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانية، مج.1، ع.1، العراق، 2006، ص. 136.

نظرة المشرع الوضعي حيث منح هذا الأخير للشاهد فرصة أخيرة لإظهار عدوله والرجوع عن شهادته، وذلك قبل إقفال باب المرافعات، ولذلك يلتزم الشاهد الصدق بأن يقول الحقيقة فإن غير في شهادته، وأدلى بأقوال مغايرة، فالأمر لا يخرج عن فرضين شهادة الزور أو الخطأ في الشهادة¹.

والرجوع عن الشهادة هو أن يقول الشاهد رجعت عما شهدت به أو شهدت بزور فيما شهدت، أو كذبت في شهادتي، فلو أنكرها لا يكون رجوعاً ولا يترتب عليه الأحكام المترتبة على الرجوع عن الشهادة²، وقد يكون الرجوع عن الشهادة ضمناً بأن يناقض الشاهد ما أثبتته بشهادته أولاً، فإذا ما أدلى الشاهد بمناف لما شهد به فكان كرجوعه وأولى³.

وعلى ذلك إذا كانت الشهادة صحيحة بعيدة عن الكذب فلا يجوز الرجوع عنها، إلا إذا كانت زوراً ففي هذه الحالة الرجوع عنها يعتبر واجباً قانونياً لتبرئة ذمة الشاهد.

ويجب التفرقة بين الرجوع عن الشهادة قبل الحكم وبعد الحكم، فإذا وقع الرجوع قبل إقفال باب المرافعة، لا يترتب عليه ثمة أثر ما دام الشاهد قد عدل عن أقواله، وإنما تكون العبرة بالأقوال الأخيرة التي وقع عليها، في حين إذا امتنع الشاهد عن التوقيع فإن هذا الأمر يعود إلى السلطة التقديرية للمحكمة بالأخذ بشهادة شاهد لم يوقع على أقواله من عدمه، أما الرجوع بعد الحكم وهو أمر وارد لا شك أنه يعاقب بعقوبة شهادة الزور.

المشرع الجزائري وبموجب المادة (2/237) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يلزم القاضي بأن يوجه قبل النطق بإقفال باب المرافعة إلى الشاهد دعوة أخيرة ليقول الحق، ويجذره بعد ذلك من أن أقواله سيعتد بها منذ اللحظة التي يتلو عليه فيها هذه العبارات من أجل تطبيق العقوبات المقررة لشهادة الزور عند الاقتضاء.

وهذا إن دل على شيء فهو يدل على دعوة الشاهد إلى الرجوع عن الشهادة إذا كانت من قبيل شهادة الزور⁴، فإذا ما تدارك الشاهد الأمر ورجع عن شهادته، أو أضاف بعض الشيء

¹-انظر: لالو رابح، الشهادة في الإثبات الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2016، ص.284

²-ينظر الدرر المختار5/504، البحر الرائق7/127، حاشية بن عابدين240/7، الفتاوى الهندية3/534، أشار إليها: عبد الله صليبي عباس الكبيسي، الرجوع عن الشهادة وأحكامه في الفقه الإسلامي، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2007، ص.55

³-انظر: نماية مطر العبيدي، آثار الرجوع عن الشهادة، المرجع السابق، ص.137.

⁴-انظر: لالو رابح، المرجع نفسه، ص.285

أو حذف، أو بدل بعضها، يتولى كاتب الجلسة تحرير محضر بذلك طبقا لمقتضيات المادة (3/237) السالفة الذكر.

ولكن يطرح التساؤل حول مدى أثر الرجوع عن الشهادة على الحكم الصادر من المحكمة هل ينقض الحكم أم لا؟

الأصل هو عدم تحريك القضية أو إعادة النظر فيها ومناقشة ما تم الفصل فيه، وهو ما يعرف بحجية الحكم، مع ذلك وفي محاولة من التشريعات للتخفيف من حدة هذا المسلك في احترام الأحكام القضائية لخلق نوع من المرونة بين استقرار الأوضاع القانونية واعتبارات العدالة، خاصة إذا ما كان الحكم المبني على شهادة الزور صار نهائيا. وقد أجاز المشرع المصري مثلا الطعن بطريق التماس إعادة النظر في الحكم القائم على شهادة الزور بشرط صدور حكم يقضي بذلك¹، وينطبق الحكم نفسه في القانون الجزائري يمكن تقديم التماس إعادة النظر إذا بني الحكم أو القرار أو الأمر على شهادة شهود، أو على وثائق اعترف بتزويرها، أو ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار أو الأمر وحيازته قوة الشيء المقضي فيه².

ويستلزم لقبول الطعن بالتماس إعادة النظر المؤسس على شهادة شهود مزورة أن تكون شهادة الشهود هي أساس الحكم المطعون فيه، وأن تكون هذه الشهادة قد اعترف بتزويرها أو ثبت قضائيا تزويرها، على أن يكون اكتشاف التزوير بعد صدور الحكم المطعون فيه الذي يكون قد حاز قوة الشيء المقضي فيه.

الفرع الثاني

مرحلة الطعن القضائي

عندما يفصل القاضي في النزاع المعروض عليه ويصدر حكمه، فإنه قد يصيب في هذا الحكم وقد يخطئ، ثم إن الأطراف في النزاع أنفسهم قد يرتابون في حكم القاضي ولا يرتاحون له لأن الشعور بالشك وبعدم الثقة أمر طبيعي يشعر به كل من ردت دعواه أو من حكم عليه، لهذه الأسباب يحق للمضروب في أن يتظلم من الحكم الذي أضرب به، وبالتالي أن يطعن في هذا

¹ - انظر: السيد عبد الصمد محمد يوسف، أدلة الإثبات القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013، ص.176.

² - انظر: المادة 392 ق.إ.م.إ.

الحكم ويطلب إبطاله، ولا يتسنى ذلك إلا بسلوك طريق من طرق الطعن القانونية التي رسمها المشرع على وجه الحصر على أن يراعي الشروط ويتقيد بالمواعيد التي نص عليها القانون.

أولاً: الطلبات الجديدة المقبولة أمام محاكم الدرجة الثانية

إن العديد من الأنظمة القانونية المعاصرة تأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين، وهو ما يتطلب إعادة النزاع الذي فصلت فيه محاكم الدرجة الأولى أمام محاكم الدرجة الثانية، لتقول فيه كلمتها بقضاء جديد يحل محل القضاء السابق الطعن فيه¹.

ويعتبر نظام التقاضي على درجتين من الضمانات الضرورية لحسن القضاء وتحقيق العدالة، وهو مبدأ أساسي من مبادئ النظام القضائي²، فحينما ترفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية، يجب على المحكمة أن تنظر هذه الدعوى وتفصل في موضوعها، وتحسم إدعاء الشخص إما بقبوله أو بتقرير حقه، وإما برفضه وإنكار هذا الحق عليه، وحيث أن القاضي قد يخطئ في فهم أو إثبات الوقائع أو فهم أو تطبيق القانون، يحق للخصم المتضرر إعادة طرح النزاع مرة أخرى على محكمة ثاني درجة³ لتصحيح هذا الخطأ وهو ما يعرف بالحق في الاستئناف⁴.

ويترتب على الاستئناف بجانب وقف تنفيذ الحكم الصادر من أول درجة⁵، أو ما يسمى بالأثر الموقوف⁶، أثراً ناقلاً، وهو ما عبر عنه المشرع الفرنسي في المادة (651) قانون مرافعات

¹ -انظر: إبراهيم حرب محسن، مدى تعلق التقاضي على درجتين بالنظام العام "دراسة مقارنة"، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، مج. 39، ع. 1، مجلس النشر العلمي، جامعة الأردن، 2012، ص. 263.

² - يجد مبدأ التقاضي على درجتين سنده التشريعي في القانون الجزائري في المادة 6 من ق.ا.م.ا التي نصت على أن: "المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"

³ - تنص المادة 34 من ق.ا.م.ا. على أنه: "يختص المجلس القضائي بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى، و في جميع المواد ولو كان وصفها خاطئاً".

⁴ -المادة (332) من ق.ا.م.ا. تنص على أنه: "يهدف الاستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر من المحكمة".

⁵ -وفقاً لمقتضيات المادة (333) من ق.ا.م.ا.، كافة الأحكام الصادرة في جميع المواد القابلة للاستئناف، عندما تفصل في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر ينهي الخصومة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

وبالنتيجة يكون المشرع قد استثنى من مجال الاستئناف الأحكام النهائية الصادرة في أول درجة بموجب نص صريح في القانون، و كذلك الأحكام التي لا تستغرق موضوع النزاع برمته إنما تفصل في جزء منه فقط والتي تأمر بالقيام بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت حيث لا تقبل الاستئناف لإمعان الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (انظر المادة 334 من ق.ا.م.ا).

⁶ -أشارت إلى نفس الحكم المادة 323 من ق.ا.م.ا. والتي تقضي بأنه: "يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي كما يوقف بسبب ممارسته باستثناء الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون، يؤمر بالنفاذ المعجل رغم المعارضة أو الاستئناف، عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناء على عقد رسمي أو وعد معترف به أو حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به، أو في مادة النفقة أو منح مسكن الزوجية لمن أسندت له الحضانة. يجوز للقاضي في جميع الأحوال الأخرى، أن يأمر في حالة الاستعجال بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدون كفالة".

بالقول بأن الاستئناف يعيد طرح الشيء المقضي أمام قضاء الاستئناف كي يفصل فيه من جديد بالنسبة للواقع والقانون¹، ويقابلها في القانون الجزائري نص المادة(339) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويتحدد نطاق القضية في الاستئناف ليس بكل ما عرض من طلبات على محكمة أول درجة، وإنما بما يعرض منها أمام محكمة الاستئناف²، والأصل أنه لا يعرض على محكمة الدرجة الثانية سوى الطلبات التي أبدت أمام محكمة الدرجة الأولى³، ذلك أنها لا تنظر إلا في الدعوى التي سبق الفصل فيها من قبل محكمة الدرجة الأولى، وإن القانون يفترض في هذا الصدد أن الخصوم قدموا كل ما لديهم أمام هذه المحكمة⁴.

ويعد حظر الطلبات الجديدة نتيجة منطقية غير مباشرة للأثر الناقل للاستئناف لأن الطلبات الجديدة تعتبر تغييرا في موضوع خصومة أول درجة، فيما تنحصر وظيفة الاستئناف في نظر الموضوع بعينه مرة أخرى، ويمكن القول أن الطلبات الجديدة محظورة في الاستئناف، وجزاء تقديم الطلبات الجديدة هو عدم قبولها⁵، وهي قاعدة تقليدية تحرص التشريعات المختلفة على النص عليها، ومع ذلك اتجهت هذه الأخيرة إلى تقرير استثناءات عديدة، ومن الأهمية بما كان توضيح ما المقصود بالطلبات الجديدة في الاستئناف وصولا إلى استبعاد ما يخرج عن هذا المفهوم⁶.

¹-انظر: أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009، ص. 161-162.
²-مع ذلك لقد أجاز المشرع الفرنسي التصدي، ويمقتضى نص المادة 568 قانون المرافعات الفرنسي على أنه: "إذا طعن أمام محكمة الاستئناف في حكم صادر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق، أو في حكم صادر في دفع إجرائي وأهى الخصومة، فإن المحكمة يمكن أن تتصدى للمسائل التي لم يفصل فيها، وذلك إذا قدرت أنها مصلحة العدالة تقتضي هذا الحل النهائي، ولحكمة الاستئناف في سبيل ذلك أن تأمر باتخاذ ما يلزم من إجراءات التحقيق" وتقابلها المادة 346 من قانون 08-09 يتضمن ق.ا.م.ا سابق الإشارة إليه.

³-استقر القضاء الفرنسي على أن عدم قبول طلبات جديدة لأول مرة في الاستئناف لا يعد من النظام العام، وأنه لا يمكن للقاضي إثارة الدفع به من تلقاء نفسه ولا ينازع الفقه الفرنسي في ذلك، وبناء عليه فعلى الخصم صاحب المصلحة التمسك به محمدا أسباب عدم القبول وينحصر دور المحكمة في إعمال المبدأ في حال التمسك به من قبل الخصم قبل الخوض في الموضوع تحت طائلة السقوط، باستثناء الحالة التي يتم فيها التوجه مباشرة لمحكمة الاستئناف لتنظر في طلب مستقل لم يسبق عرضه على محكمة الدرجة الأولى، فيما يذهب المشرع المصري إلى اعتبار حظر تقديم طلبات جديدة متعلقا بالنظام العام مع استثناءه بعض الحالات من نطاق تطبيقه.(راجع: إبراهيم حرب محيسن، مدى تعلق التقاضي على درجتين بالنظام العام دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.263)، وبالعودة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فإنه لا يوجد نص شبيه لنص قانون المرافعات المصري حيث المادة 341 ق.ا.م.ا لا تشير إلى مدى تعلق حظر تقديم طلبات جديدة بالنظام العام من عدمه.

⁴-انظر: عباس العبودي، قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص.382.

⁵-انظر:

Art. 564.CPC.

⁶-انظر: أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، المرجع نفسه، ص.188.

الطلبات الجديدة تعرف بأنها تلك الطلبات التي تختلف عن الطلبات التي أهدت أمام محكمة أول درجة من حيث خصومها أو موضوعها أو صفة هؤلاء الخصوم¹، فالقاعدة أنه لا يجوز إبداء طلبات جديدة أمام المجلس القضائي تختلف عن الطلب الذي فصلت فيه محكمة أول درجة والمرفوع عنه الاستئناف².

ويقصد به الطلب اللازم لمباشرة قاضي الاستئناف لنشاطه، فإذا تعلق الأمر بنشاط يجب على محكمة الاستئناف القيام به من تلقاء نفسها، فإن تقديم الخصم طلبا في الاستئناف لتحريكه لا تنطبق عليه قاعدة عدم جواز تقديم طلبات جديدة في الاستئناف، كما لا يعتبر طلبا جديدا الطلب الذي يقصد به بيان الطلب الأصلي أو يعتبر متداخلا أو مندرجا فيه أو نتيجة لازمة له³، ويعد الطلب جديدا إذا اختلف في موضوعه عن موضوع الطلب الأصلي أو وجه إلى شخص لم يكن مختصا أمام محكمة الدرجة الأولى، ولو تعلق بذات الطلب الذي رفعت بشأنه الدعوى.

المادة (564) من قانون المرافعات الفرنسي تجيز للخصوم التقدم لأول مرة في الاستئناف بطلب المقاصة القضائية، وكذلك الطلبات التي توجه إلى الإدعاءات التي سبق طرحها أمام محكمة الدرجة الأولى بقصد رفضها من قبل محكمة الاستئناف، كذلك تجيز تقديم طلبات جديدة متى كان الهدف منها استبعاد ادعاءات الخصم كليا أو جزئيا.

وكاستثناء على مبدأ حظر إبداء ادعاءات جديدة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، تنص المادة (566) من قانون المرافعات الفرنسي على أنه للخصوم في الاستئناف، توضيح الطلبات الكامنة في الدفوع والإدعاءات التي سبق لهم طرحها أمام محكمة الدرجة الأولى، وإضافة ما يعتبر متعلقا بها أو ناتجا عنها أو مكملا لها.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي لا يمانع في قبول الطلب الجديد بسببه ما دام يهدف إلى نفس غايات الطلب الأصلي⁴، ولا يعتبر التغيير في عنصر السبب أو الإضافة إليه إحداثا لطلب

¹-انظر: أحمد جلال الدين هلال، قضاء النقض والتميز في المواد المدنية والتجارية في التشريعين المصري والكويتي، ط.1، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، 1985، ص. 42. أشارت إليه: حمدان سومية، أحكام النقض في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، فرع قانون قضائي، كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر-1، 2017/12016، ص. 101.

²-انظر: محمود سيد أحمد، أصول التقاضي وفقا لقانون المرافعات، دار أبو المجد للطباعة، الحيزة، مصر، 2005، ص. 792.

³-انظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص. 664-665.

⁴-انظر:

جديد، هذا ولقد كان موقف محكمة النقض الفرنسية واضحا ومستقرا على أن مبدأ حظر التناقض مع النفس على حساب الغير لا يمكن أن يشكل أساسا لاستبعاد الطلبات الجديدة في الاستئناف والتي تكون مقبولة بمقتضى المادة (563) قانون مرافعات فرنسي¹، وبالتالي لا يحول دون إمكانية اللجوء إلى الطلبات الجديدة في الاستئناف².

« L'article 563 du code de procédure autorise expressément les parties à invoquer des moyens nouveaux en appel pour toutes ces raisons, et la loi ne distingue pas selon que le moyen nouveau est contraire ou non au précédent. Les parties peuvent modifier le fondement juridique de leur prétention en appel, donc revenir sur les moyens qu'elles avaient présentés aux premiers juges. L'essentiel est ici que leurs prétentions ne soient pas nouvelles (Comp. d'ailleurs sur ce point avec, Cass.com, 27 janv. 2015, n° 13-25.302, JurisData n° 2015 - 001078) ... Le Code de procédure civile leur ouvre d'assez grandes possibilités, raison pour laquelle on pourrait même considérer qu'il leur confère en appel le droit de se contredire ».

¹-انظر:

Soraya Amrani-Mekki, La recevabilité des moyens nouveaux en appel prime l'obligation de se contredire, Gaz. Pal. 22 déc. 2015, n° 256, p. 39.

²-انظر:

Cass. com. 10 févr. 2015, n° 13-28.262, FS-P+B P.P :

« Une société conclut un « contrat d'agent commercial donnant à l'agent mandat pour promouvoir, diffuser et prendre les commandes d'éditions et d'ouvrages dans un département. Après résiliation du contrat, le tribunal condamne la société à verser à son cocontractant des sommes à titre d'indemnités de rupture et de préavis. En cause d'appel, la société soutient, pour la première fois, que le contrat conclu n'était pas un contrat d'agent commercial. La cour d'appel déclare ce moyen irrecevable. Elle rappelle que la règle de l'estoppel, selon laquelle nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, est le corollaire du principe de loyauté qui doit présider aux débats judiciaires, et que le droit pour une partie d'invoquer un moyen nouveau ne l'autorise cependant pas à se contredire. Or, elle relève que la société a fondé sur une faute grave commise dans l'exercice du contrat d'agent commercial la rupture de celui-ci et revendiqué l'application de ce statut devant les premiers juges pour ensuite, en cause d'appel, contester la qualification du contrat. Dès lors, il existe, pour les juges du fond, une véritable contradiction entre les deux positions adoptées successivement par la société, ce changement ayant causé un préjudice à son cocontractant qui a agi en fonction de la position initialement adoptée par son adversaire. La cour d'appel en conclut que le comportement procédural de la société constitue un estoppel rendant irrecevable son moyen de défense relatif à la qualification du contrat. La chambre commerciale rend un arrêt de cassation au visa des articles 72 et 563 du Code de procédure civile : elle juge que « les défenses au fond peuvent être invoquées en tout état de cause et que, pour justifier les prétentions qu'elles ont soumises au premier juge, les parties peuvent, en cause d'appel, invoquer des moyens nouveaux ». Droit et patrimoine l'Hebdo, n° 1002, 16 mars 2015 ; voir aussi: Cass. 1^{ère} Civ. 28 oct. 2015, n° 14-22207, ECLI :FR :CCASS :2015 :C101168, Sté HACHETTE Filipacchi press c/M.X, PB (cassation partielle CA VERSAILLES, 19 juin 2014) Mme BATUT, préc ; SCP Hémerly et Thomas-Raquin, SCP Meier-Bourdeau et lécuier, av. Après la chambre commerciale de la cour de cassation dans la désormais célèbre affaire des éditions Atlas, La première chambre civile a l'occasion de confirmer que l'obligation de ne pas se contredire au détriment d'autrui ne saurait faire échec à la possibilité d'invoquer des moyens nouveaux en appel, ce qui est expressément prévu par les articles 72 et 563 CPC qui servent de visa à l'arrêt. En l'espèce,

ووفقا لما هو مستقر عليه في القانون المصري إن الدفع بعدم قبول الطلبات الجديدة لأول مرة في الاستئناف متعلق بالنظام العام، وقد خفف المشرع المصري من حدة مبدأ الحظر بإيراد بعض الاستثناءات كطلب الأجور والفوائد والمرتببات وسائر ملحقات الطلب الأصلي وطلب ما يزيد من تعويضات فضلا عن التعويض عن الاستئناف الكيدي¹، كما لا يمانع من تغيير سبب الطلب القضائي أو الإضافة إليه مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله، مع ذلك يمنع القانون المصري قبول التدخل الهجومي ولا يمانع في قبول التدخل الانضمامي.

ولم يخرج المشرع الجزائي عن التزامه بمبدأ حظر الطلبات الجديدة، سواء أمام جهة الاستئناف أو جهة الإحالة (المجلس القضائي المحال إليه الدعوى بعد النقض) تطبيقا لنص المادة (369) قانون الإجراءات المدنية والإدارية²، ولكن بإيراد بعض الاستثناءات لكي تلائم التطور الذي وصل إليه مبدأ التقاضي على درجتين .

فلا يمنع على المستأنف تقديم وثائق جديدة لدعم مزاعمه أو تقديم وسائل قانونية جديدة، أي ذكر واقعة أو عمل قانوني أو نص قانوني يسمح بواسطة برهنة قانونية ببيان تأسيس الطلب، فالوسيلة القانونية هي كل ما من شأنه أن يثبت أحقية الطلب دون غيره، ويمكن في مرحلة الإستئناف الاحتجاج بالمقاصة لاستبعاد طلب الخصم.

بالإضافة إلى ما تقدم يمكن طلب استبعاد الطلبات الناتجة عن تدخل أو ادخال الغير في الخصومة، كما يمكن الدفاع بما وقع من أحداث بعد صدور الحكم أو في مرحلة الاستئناف أو ما اكتشف من وقائع، ما لم تكن معروفة أثناء الخصومة أمام المحكمة.

la société Filipacchi était en litige contre une photographe, M.X, qui réclamait la restitution de clichés en considérant qu'il n'avait jamais cédé leur propriété corporelle, mais uniquement les droits de reproduction. La société avait d'abord invoqué en première instance la qualité de photographe indépendant de M.X, puis celle de photographe salarié en appel. Les termes de l'arrêt ne sont pas limpides, qui évoquent le fait d'invoquer les deux qualités « dans la même procédure », mais il s'agit bien du fait de les avoir invoquées dans deux instances différentes. La cour d'appel de Versailles, par arrêt du 29 juin 2014 , a considéré , en applications du principe d'estoppel , que la société ne pouvait sans se contredire au détriment d'autrui du photographe, lui opposer en appel sa qualité de photographe salarié qu'elle avait jusqu'alors déniée »

S. Amrani-Mekki, La recevabilité des moyens nouveaux en appel prime l'obligation de se contredire, G Pal, 22/12/2015, n° 356, p. 39.

¹ - انظر: المادة 235 من قانون المرافعات المصري.

² - انظر: المادة 369 ق.ا.م.ا نصت على ما يلي: "يخضع قبول الطلبات الجديدة لنفس القواعد المطبقة أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار المنقوض".

كما يمكن للخصوم تفسير ما تقدموا به من مزاعم وطلبات أمام قاضي أول درجة من خلال طلباتهم ووسائل دفاعهم وإضافة طلب الفوائد القانونية وما تأخر من الديون وبدل الإيجار والملحقات الأخرى المستحقة بعد صدور الحكم المستأنف، وكذا التعويضات الناتجة عن الأضرار اللاحقة منذ صدور الحكم¹.

ثانياً: الأسباب الجديدة (الوسائل الجديدة) التي يجوز إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا خروجاً عن الأصل.

على عكس الطعن بالاستئناف الذي يسمح فيه عملاً بالمادة (344) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالتمسك بوسائل قانونية جديدة²، فإنه يمنع ذلك بالنسبة للطعن بالنقض، حيث تنص المادة (359) من نفس القانون على أنه: "لا تقبل أوجه جديدة للطعن

¹ - انظر: عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المرجع السابق، ص. 271.

² - اجتهاد الفقه والقضاء في إعطاء تعريف للوسيلة القانونية الجديدة التي يحظر إبدؤها أمام المحكمة النقض (المحكمة العليا) وظهرت عدة تعريفات تصب في هذه الفكرة: اتجه عرف الأسباب الجديدة غير المقبولة أمام محكمة النقض بأنها تلك التي تستند إلى أمور واقعية لم تطرح على محكمة الموضوع وهو ما اتجه إليه جانب من الفقه وبعض أحكام القضاء في فرنسا ومصر:

و حسب رأي الفقيه (VOULET) إن الوسيلة الجديدة تنطوي على وقائع لم يتم طرحها أمام قاضي الموضوع

J. VOULET, L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la cour de cassation en matière civile, JCP, 1973, 1, 2305, n° 06.

الأستاذ السيد صاوي قد عرفها بأنها: "كل وجه للنعي على الحكم المطعون فيه بالنقض، سواء في شكل طلب أو دفع أو وسيلة دفاع، يثير أمام محكمة النقض من جانب من يتمسك به وفي مواجهة من يحتج به عليه مسألة واقعية لم يسبق عرضها على محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه". راجع: أحمد السيد صاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1990، ص. 613. ويرى الأستاذ عزمي عبد الفتاح أن الوسائل الجديدة التي يختلط فيها الواقع بالقانون، حيث تقتضي من المحكمة العليا تحقيق أو تقييم وقائع لم يسبق إثارتها من طرف الخصوم أمام قاضي الموضوع، مما يؤدي إلى المساس بالبنیان الواقعي للتراع وإلى خرق مبدأ المواجعة. عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط. 1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1983، ص. 21 و 65. ويضيف بعض من الفقه والقضاء خاصة الفرنسي أن الوسيلة الجديدة هي التي لم يسبق إثارتها أمام محكمة الموضوع وهي تلك التي تستند إلى وقائع غير مشار إليها في الحكم المطعون فيه وأن المرجع في تحديد ذلك هو حيثيات الحكم المطعون فيه، انظر: فكري عبد الحميد صيام، الأسباب الجديدة في النقض المدني "دراسة تحليلية مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص. 23. نقلاً عن:

F. MARTIN EUDIER, Ordre public substantiel et l'offre du juge, thèse Rouen, 1994, p. 295.

ولكن بعض الفقه يرى أن هذا التعريف وإن كان صحيحاً إلا أنه قاصر ويحصر سلطة نظر قضاة النقض في نطاق ضيق يقتصر على الحكم المطعون فيه، في حين أن لهم في الواقع سلطة الرجوع إلى أوراق الدعوى. انظر: حامد فهمي بك ومحمد حامد فهمي، ما يقبل وما لا يقبل من الأسباب أمام محكمة النقض، الأسباب الجديدة، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، مصر، 1935، ص. 33.

كما أن جانباً من الفقه اتجه إلى أن حظر إبداء أسباب جديدة أمام محكمة النقض يرجع إلى كون السبب مختلطاً من الواقع والقانون ومقررین بان السبب لا يكون قانونياً بحتاً إلا إذا كان لا يستدعي من محكمة النقض إجراء إثباتات أو تحقيقات أو تقديرات واقعية جديدة غير تلك التي أثرت أمام محكمة الموضوع..... الخ

بالنقض، باستثناء الأوجه القانونية المحضة، أو تلك الناتجة عن الحكم أو القرار المطعون فيه"، وهذه المادة تكاد تكون نسخة¹ عن نص المادة (619)² من قانون المرافعات الفرنسي.

والواقع أن المشرع الفرنسي بتقنيته لتلك القاعدة لم يأت بجديد إذ أن ما نص عليه لا يعد كونه تقيناً ثابتاً لفقته ثابت³، وقضاء مستقر⁴، فالأسباب الجديدة لم تكن مقبولة أمام محكمة النقض الفرنسية قبل تكريسها في القانون الفرنسي⁵.

وقد خلا قانون المرافعات المصري من نص مماثل لنص المادة (619) مرافعات فرنسي، ورغم ذلك فإن الفقه⁶ والقضاء⁷ في مصر مستقران على أنه لا يجوز كقاعدة إبداء أسباب جديدة لأول مرة أمام محكمة النقض، غير أن هذه القاعدة ليست بالقاعدة المطلقة بل ترد عليها استثناءات

¹-انظر: زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2012، ص. 55.

²-انظر:

- L'article 619 dispose que: « Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la cour de cassation. Peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, sauf dispositions contraires :
- les moyens de pur droit,
- les moyens nés de la décision attaquée ».

Cf. Décret n° 75-1123, JORF 09/12/1975, (rectificatif JORF 27/01/1976).

³-انظر:

G. BOLARD, « Le moyen contraire aux précédentes écritures », in : La procédure en tous ses états, Mélanges en l'honneur de Jean Buffet, Monchrestien, 2004, p. 51; Bull. civ. II, n° 107.

⁴-انظر: فكري عبد الحميد أبو صيام، الأسباب الجديدة في النقض المدني "دراسة تحليلية مقارنة"، المرجع نفسه، ص. 14.

⁵-انظر:

Cass. Civ, 3^{ème}, 1^{er} juill, Bull. IV, 111, p. 339; Cass. Civ. 2^{ème}, 3 mai 1972, Bull. II, p. 104.

⁶-انظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، 1993، بند 399 وما يليها؛ حامد فهمي ومحمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، 1937، ص. 835؛ نبيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، منشأة المعارف الإسكندرية، 1980، ص. 361 وما يليها؛ وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ط. 1، دار الفكر العربي، 1986، ص. 690 وما يليها؛ عزمي عبد الفتاح، أساس الإدعاء أمام القضاء دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص. 165 وما يليها؛ أحمد السيد الصاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص. 579 وما يليها، أشار إليهم فكري عبد الحميد أبو صيام في المرجع السابق، ص. 14.

⁷- أمثلة عن القرارات انظر:

- نقض مدني 1980/12/31، مجموعة أحكام النقض، س. 21، ع. 3، ص. 1305. الطعن رقم 169، لسنة 36 ق، نقض 1994/3/17، مجموعة أحكام النقض س. 45، ع. 1، ص. 494، الطعن رقم 845، لسنة 56 ق.

- نقض إيجارات 1992/3/12، مجموعة أحكام النقض، س. 43، ع. 1، ص. 438. الطعن رقم 2599، لسنة 58 ق. - نقض إيجارات، 1994/9/28، مجموعة أحكام النقض س. 45، ع. 2، ص. 1252. الطعن رقم 70 لسنة 60 ق. نقلاً عن فكري عبد الحميد، المرجع نفسه، ص. 15.

عديدة وردت الإشارة إليها سابقا في المادة (359) قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري،
والمادة (619) مرافعات فرنسي ويمكن ردها إلى طائفتين رئيسيتين وهما:

1- الأسباب التي كانت مطروحة بطبيعتها على محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه

وهي الأسباب التي تعتبر أنهما كانت قائمة أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه رغم عدم التمسك بها صراحة أمامها، وتشمل الأخيرة كلا من الأسباب القانونية البحتة **Les moyens de pur droit** والأسباب المتعلقة بالنظام العام **Les moyens d'ordre public**.

والسبب يكون قانونيا بحتا ومن ثم مقبولا أمام محكمة النقض في كل حالة يقع فيها التزام على قاضي الموضوع بإثارته تلقائيا¹، وعن شروط قبول السبب القانوني البحت نلخصها كالتالي:
- ألا يؤدي إلى تغيير وتعديل عناصر الدعوى (ضرورة وجود علاقة بين السبب القانوني البحت وموضوع الطلب).

- ألا يتعارض السبب الجديد مع ما يفرضه مبدأ قوة الشيء المقضي فيه.

- ألا يتم التنازل عن إثارته صراحة أو ضمنا من قبل الطاعن.

- أن يكون النص المتمسك بمخالفته ساريا حتى وقت صدور الحكم المطعون فيه².

وعن السبب المتعلق بالنظام العام كصورة من صور الوسيلة القانونية المحضنة، فيعرف بأنه السبب المبني على مخالفة قاعدة قانونية من النظام العام³ كإثارة عدم قبول الاستئناف لرفعه خارج آجاله القانونية، وإثارة عدم الاختصاص النوعي أو إثارة تجاوز السلطة⁴.

وتجدر الإشارة أن القضاء الجزائري يأخذ بشدة بهذه القاعدة، من ذلك مسألة بطلان التصرف لعدم توفر ركن الشكل في العقود الشكلية⁵، أو مسألة الاختصاص النوعي¹.

¹-انظر: فكري عبد الحميد أبو صيام، المرجع نفسه، ص.313.

²-انظر: زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص.99.

³-انظر: إزاء غموض فكرة النظام العام وما تتسم به من مرونة كثيرا ما يلجأ المشرع إلى مساعدة القاضي بتقرير ما يعتبر متعلقا بالنظام العام سواء صراحة أو ضمنا وما عدا ذلك يترك للاجتهاد: فكري عبد الحميد أبو صيام، المرجع السابق، ص.448.

⁴-انظر:

Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, procédure civile, 25 éd, Dalloz, paris, p.491.

⁵-انظر: قرار الغرف المجتمعة الصادر بتاريخ 1997/02/18، ملف رقم 136156 وجاء فيه: "حيث أنه إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والمشتري إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام ولا يمكن للقاضي بأن يصححها ضمن هذه الظروف كان يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا بطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة

2- الأسباب التي لم يكن من الممكن التمسك بها أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه وتشمل كلا من الأسباب الناتجة عن الحكم المطعون فيه ذاته، وتلك التي تستند إلى واقعة لاحقة على صدور الحكم المطعون فيه، والتي من شأنها أن تجرده من أساسه القانوني².
فأما عن الحالات التي يجوز فيها الدفع بالوسيلة الناشئة عن الحكم أو القرار المطعون فيه فيمكن حصرها فيما يلي:

أ- عيوب في الشكل لم تكتشف إلا بعد قراءة الحكم أو القرار محل الطعن:

حيث هناك أشكال ومقتضيات توجب على قضاة المجلس احترامها عند إصدارهم للقرارات القضائية وفقا لمقتضيات المواد(548) إلى(555)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتسمح هذه الوسيلة بالنعي على قضاة الموضوع خرقهم للإجراءات والأشكال التي يترتب على عدم احترامها البطلان، وكان من المتعذر قانونا بأن يدفع بهذا العيب أمام قضاة الموضوع أو لم يكن من الممكن العلم به إلا من خلال الحكم أو القرار المطعون فيه³.

ب- عيوب في التسبب لم يكن بالإمكان كشفها إلا بعد قراءة الحكم أو القرار محل الطعن:

إذ قد تسمح قراءة القرار محل الطعن من اكتشاف عيوب لم يكن في مقدور الطاعن التمسك بها ومن ذلك إثارة الوجه المبني على التناقض بين التسبب والمنطوق، أو الوجه المبني على التحريف في وثيقة معتمدة في الحكم أو القرار المطعون فيه، أو الوجه المبني على الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية⁴.

ج- السبب الداحض لسبب مثار تلقائيا في الحكم المطعون فيه.

إذ قد تثير المحكمة التي أصدرت الحكم أو القرار المطعون فيه سببا قانونيا معيناً وتستند إليه في حكمها، ولكنها قد تخطئ في ذلك حيث قد تحتمل مبادرتها الخطأ أو الصواب، وإذ يتجه الفقه والقضاء إلى جواز التصدي لأول مرة أمام محكمة النقض، بكل وجه قانوني يطعن به على قضاء

التجارية، وبما أن القرار المتقدم لم يراع القواعد القانونية المبنية فإنه يستحق النقض". أشار إليه: حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2000، ص. 123.

¹ - انظر مثلا: القرار المؤرخ في 1985/01/09، ملف رقم 35724 الذي جاء فيه ما يلي: "وحيث أن الاختصاص النوعي هو من النظام العام فيجوز التمسك به لأول مرة أمام المجلس الأعلى ومن ثم فإن النعي على القرار بعدم الاختصاص النوعي صحيح يتعين قبوله". منشور في المجلة القضائية، ع.3، لسنة 1989، ص. 26.

² - انظر: فكري عبد الحميد أبو صيام، المرجع نفسه، ص.305.

³ - انظر: زرقون نور الدين، المرجع السابق، ص.114.

⁴ - انظر: زرقون نور الدين، المرجع نفسه، ص.115.

الحكم المطعون فيه مسألة قانونية تكون المحكمة التي أصدرته قد تعرضت لها من تلقاء نفسها وأُسست عليها الحكم ولم يكن بوسع الطاعن أن يعلم بهذه الأسباب أثناء المرافعة في الاستئناف، حيث ينكشف له ذلك إلا بعد صدور الحكم أو القرار المطعون فيه¹.

المطلب الثاني

التناقض المشروع في القانون الموضوعي

ليس كل فعل تناقض معاقب عليه، فأحيانا يسبغ بالمشروعية على الرغم من الضرر اللاحق بالغير، ويفيض النص والاجتهاد بأمثلة كثيرة عن تفضيل التناقض على صون الثقة تتوزع على مجمل فروع القانون وحيث تكون فيها حجية فعل التناقض أقوى من محاسبة الاخلال بالثقة المشروعة.

الفرع الأول

المادة التعاقدية

بداية إن الشخص حر فيما يبيده من إرادة الالتزام أو عدم الالتزام، ويعتبر ذلك تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة² الذي ظهر نتيجة لصدى الأفكار الفردية، من خلال إعلان حقوق الإنسان والمواطن في 26 أوت 1789³. وقد انطبعت هذه الأفكار في أذهان واضعي القانون في فرنسا، فجاء تقنين نابليون لسنة 1804 مستجيباً لهذه الأفكار آخذاً بمبدأ سلطان الإرادة.

وقد سلك المشرع الجزائري نفس التوجه، والواقع أن العديد من النصوص في القانون المدني كرست مبدأ سلطان الإرادة⁴، وتكريساً للمبدأ نفسه يكون للمتعاقد الحرية في إبرام العقد أو

¹ - انظر: فكري عبد الحميد صيام ، الأسباب الجديدة في النقض المدني، المرجع السابق، ص 531 - 532.

² - انظر:

L. LENENEUR, La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...), l'actualité juridique droit administratif(AJDA), Dalloz, 1998, p. 676.

³ - انظر:

A. DUFFY, La constitutionnalisation de la liberté contractuelle ,(RDP), Librairie générale dr droit et de jurisprudence , 20 juin 2006, n° 6, pp.15691560.

⁴ - انظر: المادة (59) ق.م.ج التي تكرس مبدأ الرضائية وجاء في نصها على أنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، والمادة (106) من نفس القانون التي أرسيت مبدأ سمو العقد ونصها كالآتي: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"، وكذلك الفقرة الثانية من المادة (111) من القانون نفسه التي تلزم القاضي بضرورة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين عند قيامه بتفسير العقد ونصت على أنه: " إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ" ..

رفضه كأصل عام إذ أنه يحق له أن يزن مدى حاجته لذلك من أجل تحقيق مصالحه الشخصية¹، ولا يمكن لأي شخص ولا حتى جهة قضائية إجبار المتعاقد على السعي لذلك، ويمكن الإشارة إلى قرار للمحكمة العليا لسنة (2010) في قضية تتلخص وقائعها في أن أحد الأشخاص رفع دعوى أمام القضاء يطلب فيها إلزام المدعى عليه بالتوجه إلى الموثق لإبرام عقد بيع شقة، وكان مجلس قضاء وهران قد استجاب لطلبه، غير أن المحكمة العليا نقضت القرار وأثارت دفعا بسوء تطبيق القانون، لما قضت بأنه: "حيث أن التعبير عن الإرادة يجب أن يصدر عن صاحبه طبقا لاختياره الحر...، وحيث أن قضاة الموضوع لما ألزموا الطاعنة بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع قد أخطأوا في تطبيق المادة المذكورة أعلاه، ما يعرض قضائهم للنقض ودون حاجة إلى مناقشة الأوجه المثارة"².

وكذلك يحق للشخص رفض التعاقد دون أن يكون ملزما بتبرير موقفه، ولقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على ذلك، كما جاء في قضية تتلخص وقائعها في أن مدرسة خاصة رفضت تسجيل طفل للسنة الدراسية الجديدة، على الرغم من أنه سجل ودرس سابقا بنفس المدرسة، الشيء الذي دفع بوالديه إلى مداعاتها أمام القضاء، أين قضت محكمة النقض الفرنسية بصحة تصرف المدرسة معتبرة أنها مارست حرية مكفولة لها قانونا³.

وإن إبرام العقد، تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ويترتب على قاعدة الإلزام أنه لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا على يد طرفيه الذين أبرماه وبتوافق بينهما أو للأسباب التي يقررها القانون⁴، فالإرادة المنفردة عاجزة عن تحرير صاحبها من موجباته العقدية، وليست قادرة على الإنفراد في تعديله أو الخروج منه، فالقاعدة الكلية تفيد صراحة بأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه وكما لكل مبدأ استثناء، فللقاعدة السابقة حدودا، ولا يكون الأمر غير ذلك إلا في الحدود التي رسمها القانون⁵.

¹-انظر: عثمان بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، المرجع السابق، ص.27.

²-انظر: المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 586766، مؤرخ في 22 جويلية 2010، المجلة القضائية، ع.1، المحكمة العليا، الجزائر، 2011، ص.109، أشار إليه عثمان بلال، المرجع نفسه، ص.28.

³-انظر:

Cass. Civ. 1^{ère}, 11 septembre 2013, n° 12-20844, in <https://juricaf.org/arrêt/> France, consulté le 28/02/2020.

⁴- انظر: المادة 106 ق.م.ج

⁵- انظر: ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، ط.1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص.22-23.

أولاً: ترجيح حق التناقض على محاسبة الاخلال بالثقة المشروعة:

يعترف قانون العقود بالحق في التناقض للمتعاقد لأن ثقة الطرف الآخر شريكه في العقد تبين أنها غير مشروعة مما يدعو إلى تغليب مصلحة الطرف المتناقض على حساب الطرف الآخر المتضرر¹، وذلك لاعتبارات المصلحة العامة أو لحماية المصالح الخاصة لأشخاص معينين.

1- حماية المصلحة العامة

إن المصلحة العامة تفتح الطريق أمام التناقضات المشروعة، إذ أن الإقدام على إبرام التصرفات الاحتيالية أو غير المشروعة لا يحرم منشيئها من حق القدح فيها والاحتجاج بطلانها²، وكلما تعلق الأمر بالمصلحة العامة يتقرر البطلان المطلق، ويكون العيب الذي لحق بالعقد غير قابل للتصحيح على نحو يؤثر في وجود العقد ذاته، فيعتبر وكأنه لم يوجد أصلاً في حالة انعدام الرضا أو عدم وجود المحل أو السبب³، أو لعدم مشروعيتها أو في حالة انعدام الشكل في العقود الشكلية. وعلى هذا النحو، يجوز لأي من المتعاقدين التمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها باعتبارها مسألة تتعلق بالنظام العام⁴، من ذلك مثلاً ما تقضي به عليه المادة 1840 من القانون العام للضرائب الفرنسي⁵، من أنه يقع باطلاً كل عقد مضاد يكون محله تحديد ثمن أكثر أهمية من الذي يصرح به في العقد، وهذا البطلان ذو المصدر الجبائي يخالف القواعد العامة،

1- انظر:

Denis MAZEAUD, Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats, in actes de colloque l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui organisé par le sentre des affaires et de gestion de luniversité de ParisV, economica2001, p.130.

2- انظر: عماد ميمش، الدفع بالبطلان بين ثوابت القانون المدني وضوابط الإجراءات المدنية، مقال منشور على موقع:

https://drive.google.com/file/d/1ufXS_LjsGtFtY8f8m_hHQ35H8a1LJvaC/view?fbclid، اطلع عليه

بتاريخ: 19/05/2019، على الساعة 9.25.

3- انظر: محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقد، مج.1، المرجع السابق، ص.328.

4- انظر: المادة 102 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه:

" إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة.

وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد."

وتقابلها المادة 1180 الجديدة من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه: " يمكن أن يطلب البطلان المطلق كل شخص يثبت أن له مصلحة في ذلك، وكذلك النيابة العامة "

5- انظر:

Code général des impots abrogé par ordonnance n.2005-1512 du 7 décembre2005 art.20, JORF 8 décembre2005 envigueur le 1 er2006.

ويسمح للمشتري بأن يطلب استرداد ما زاد عن الثمن المصرح به إن كان قد دفعه، وكان في مقدوره اثبات ذلك. والأمر نفسه نصت عليه المادة 113 من قانون التسجيل من أنه يكون باطلاً وعدم الأثر كل اتفاق يهدف إلى إخفاء جزء من ثمن بيع عقارات أو تنازل عن محل تجاري أو زبائن أو معدل مقايضة أو قسمة بتمامه أو جزء منه يتضمن أموالاً عقارية أو محلاً تجارياً أو زبائن¹، ويمكن إثبات إخفاء الثمن بشق وسائل الإثبات المقبولة في مادة التسجيل، ويعاقب على ذلك الإخفاء بغرامة مالية تساوي ضعف الحقوق والرسوم المتهرب منها دون أن تقل الغرامة عن 10 آلاف دينار².

وقد يختلف البطلان الذي يكون جزاء للعقد بحسب مدى خطورة وجسامة العيب الذي يلحق بالعقد ويتوقف على طبيعة المصلحة المحمية، فيكون البطلان مطلقاً إذا انطوى العقد على الإخلال بقاعدة تتعلق بمصلحة عامة، وعلى العكس يكون نسبياً عندما تكون القاعدة التي تمت مخالفتها مقررّة للمحافظة على مصلحة خاصة³، فهناك المصلحة العامة وهناك المصالح الفردية، والأولى تعلق على ما عداها من مصالح الأفراد الخاصة، بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف ما تقضي به هذه المصالح، فكل اتفاق على ذلك يعتبر باطلاً⁴.

ويتحدد البطلان وفق الهدف من المصلحة التي يراد حمايتها⁵، ودور القاضي يتحدد بحسب طبيعة الجزاء، فالقاعدة أن القاضي لا يقر التزاماً باطلاً من أصله بل يجب عليه التصريح بإبطاله وطرح آثاره، بينما الحكم بالبطلان النسبي يكون إنشائي ودور القاضي فيه يصبح خلاقاً⁶، وخلافاً للقاعدة القديمة في القانون الفرنسي التي لا تستلزم صدور حكم لتوقيع البطلان المطلق وتستلزمه في

¹ - انظر: الأمر رقم 76-105، مؤرخ في 17 ذي الحجة 1396 الموافق لـ 9 ديسمبر 1976، يتضمن قانون التسجيل

² - انظر: المادة 113 من قانون التسجيل.

³ - انظر: أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية و صياغة تشريعية - لمحات في بعض المستجدات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، القانون أداة للإصلاح والتطوير 9-10 ماي 2017، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ملحق خاص، ع.2، ج.2، ص. 2017/ ربيع الأول 1439 - نوفمبر 2017، ص. 319

⁴ - انظر: محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات-المصادر (العقد)، مج.1، المرجع السابق، ص.307.

⁵ - انظر: النصوص الجديدة بموجب مرسوم تعديل قانون العقود الفرنسي لعام 2016 كرسست صراحة هذه النظرية الحديثة في التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي؛ فقد نصت المادة 1179 الجديدة على أنه: "يكون البطلان مطلقاً عندما تكون القاعدة التي تمت مخالفتها مقررّة للمحافظة على المصلحة العامة ويكون نسبياً عندما تكون القاعدة التي تمت مخالفتها مقررّة للمحافظة على مصلحة خاصة".

⁶ - انظر: بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر صحة العقد والاستقرار التعاقدية، مجمع الأعرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2017، ص.216.

البطلان النسبي، فإنه بعد التعديل الجديد لقانون العقود الفرنسي لا بد من صدور حكم بذلك ما لم يكن هناك اتفاق بين الطرفين عليه¹.

غير أنه ترجيحاً لاستقرار المعاملات وضماناً للأمن القانوني، قد يستبعد جزاء البطلان ويتم الإبقاء على العقد الباطل بسبب التقادم المسقط لدعوى البطلان، فلا يجوز بعدها التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى بعد مرور أجل معين، وقد يتم دفع خطر البطلان الذي يتهدد العقد عن طريق تصرف قانوني يصدر عن أحد المتعاقدين يؤدي إلى إجازة العقد وتطهيره من العيب²، وجدير بالتذكير أن البطلان المطلق لا تصححه الإجازة وإنما الإجازة تلحق العقد الباطل بطلاناً نسبياً.

وقد تعرض المشرع الفرنسي لذلك في نص المادتين (1182) و(1183) الجديدة من القانون المدني الفرنسي، حيث تشترط المادة (1182)³ من نفس القانون تصرفاً قانونياً بمعنى الإجازة، يتخلى بموجبه من شرع الإبطال لمصلحته عن التمسك به، ويتعين الإشارة في هذه الإجازة كتصرف قانوني إلى موضوع الإلتزام العقدي والعيب الذي مس العقد. وتضيف الفقرة الثالثة من نفس المادة إلى طريقة أخرى لإجازة العقد، وهي لا تخضع لأي شكلية، ويتم استنتاجها من التنفيذ الإرادي للعقد مع العلم بسبب بطلانه، وتتضمن الإجازة تنازلاً عن الوسائل والدفع التي يمكن الاحتجاج بها، دون الإخلال بحقوق الغير. بينما المادة (1183)⁴ تضمنت حكماً قانونياً

¹ - انظر:

Art.11781/ c.civ.fr :

« Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. Innullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord.... »

² - انظر: بديع بن عباس، المرجع السابق، ص.216.

³ - انظر:

Art 1182 c. civ. fr:

“La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat.

La confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat.

L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation.

En cas de violence, la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé.

La confirmation emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers ».

⁴ - انظر:

Art1183 c.civ.fr :

ل سقوط دعوى البطلان عبر الخيار الممنوح للمتعاقد الذي له حق التمسك بالإبطال بانذاره بممارسة دعوى الإبطال أو إجازة العقد في أجل 6 أشهر وإلا سقط حقه في إقامتها، ويجب أن يتضمن المكتوب صراحة أنه في حالة عدم مباشرة دعوى البطلان قبل انقضاء مدة 6 أشهر يعتبر العقد قد تمت إجازته.

إن أثر البطلان يتمثل في زوال العقد بأثر رجعي والتزام كل متعاقد برد ما تحصل عليه بموجب العقد الباطل، إلا أنه قد يستحيل إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد على هذا النحو¹، كما لو استحال استرداد ما أداه المتعاقد عينا بسبب هلاك الشيء أو بسبب طبيعة المعاملة سيما إذا تعلق الأمر بالعقود الزمنية كعقد الإيجار، فيكون الاسترداد عن طريق التعويض²، وقد يحول دون اعمال الأثر الرجعي للبطلان تمسك أحد الطرفين بالتقادم المكسب إذا توافرت شروط اعماله وأيضا قد يتعطل اعمال الأثر الرجعي للبطلان لحماية للغير حسن النية³.

كما أن هناك حالات لا يلتزم فيها المتعاقد بالرد أو يلتزم فيها برد فقط بعض ما تحصل عليه من العقد الباطل، وقد يقتصر الأمر في حالة بطلان العقد لعدم مشروعيته أو مخالفته للنظام العام والآداب العامة على المطالبة بالبطلان دون المطالبة بالرد، بحيث يمنع الاسترداد على الطرف الملوث، أي الطرف الذي يعود إليه سبب البطلان، وفقا للقاعدة الرومانية القديمة **Nemo auditor propriam turpitudinem allegans**، حيث يمنع على المتعاقد الاحتجاج بإثمه أو عمله المنافي للآداب ليطلب استرداد ما أداه، هذه القاعدة تجدد تطبيقا لها في القضاء الفرنسي، وإن كان ذلك على نطاق ضيق⁴.

« une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de nullité doit avoir cessé.

L'écrit mentionne expressément qu'a défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois , le contrat sera réputé confirmé »

¹ - انظر: محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات (العقد)، مج.1، المرجع السابق، ص.379.

² - انظر: علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص.345.

³ - انظر: مثلا ما نصت عليه المادة 835 ق.م.ج:

"من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله، فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته"

و انظر أيضا ما نصت عليه المادة 885: " يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت ابرام عقد الرهن".

⁴ - انظر: محمد حسن قاسم ، القانون المدني، المرجع نفسه، ص.382.

وطبق القضاء المصري هذه القاعدة في ظل القانون المدني القديم لكن القانون المدني الحالي وبمناسبة المشروع التمهيدي له كان ينص عليها في المادة (3/201) منه، تم حذفها من المشروع النهائي باعتبار أنها لا تتماشى مع منطق البطلان¹. ولقد نص المشرع الجزائري صراحة على الأخذ بقاعدة حرمان الملوث من الإسترداد بعد تعديل القانون المدني في سنة 2005، بموجب نص المادة (3/103) قانون مدني²، إلا أن بعض الفقه انتقد تبني هذا الاستثناء المؤسس على قاعدة رومانية عارضها الفقه الغربي والعربي، ودعا إلى ضرورة الغاء الفقرة (3) من المادة سالفة الذكر، ذلك أنها قاعدة لا تتماشى مع منطق البطلان³، فهي تؤدي إلى شل على الأقل بعض الآثار العادية للبطلان. كما أن القول بعدم جواز الإسترداد يؤدي إلى نتيجة يرفضها القانون من حيث أن حرمان أحد المتعاقدين من استرداد ما دفعه عقابا له، يعني تمكين المتعاقد الآخر من الإستفادة مما حصل عليه جزاء على خطئته وخروجه عن الآداب العامة وإثرائه من دون سبب، وهو ما يتنافى والغرض المنتظر من اقرارها وهو محاربة العقود الغير مشروعة⁴.

والجدير بالإشارة إليه أن فكرة الآداب العامة لم يعد لها محل في نصوص القانون المدني الفرنسي المنظمة لأحكام العقد، حيث لم تتضمن النصوص الجديدة (بموجب الأمر الصادر في سنة 2016) أية إشارة إلى هذه الفكرة، هذا بخلاف ما كان منصوصا عليه سابقا بموجب المادتين (1133) و(1172) مدني فرنسي (قبل التعديل)، حيث كانت الأولى تقضي بأن السبب يكون غير مشروعاً إذا كان مخالفاً للآداب العامة أو النظام العام، أما الثانية فكانت تقرر باعتبار الشرط باطلاً إذا كان مخالفاً للآداب العامة⁵.

2- حماية المصالح الخاصة

على غرار الحماية المقررة للمصلحة العامة، حماية المصالح الخاصة تشكل مجالا خصبا إلى حد ما للتناقض المشروع من ذلك ما يلي:

¹ - انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام - مصادر الإلتزام، ج.1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952، ص.535.

² - انظر: المادة 3/103 ق.م، ونصت على أنه: "يحرم من الإسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به"

³ - انظر: شوقي بناسي، من سلبيات القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري، المجلة القانونية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، مج.45، ع.2، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص.20.

⁴ - انظر: شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص.21.

⁵ - انظر: محمد حسن قاسم، القانون المدني، المرجع السابق، ص.312.

أ- حق الرجوع في العقود الغير اللازمة والعقود التي يدخل عليها الخيار.

وتتعدد المصطلحات بخصوص التعبير عن فكرة الرجوع عن العقد، سواء في الفقه العربي كالعدول أو التراجع أو الندم، أو في الفقه الغربي كمصطلح¹ (repentir, renoncer, rétracter).

إلا أن المصطلح أكثر استعمالاً في الفقه الإسلامي هو حق الرجوع عن العقد والأخير أشمل وأعم، ويرى رأي في الفقه أن الرجوع عن العقد² هو تعبير عن إرادة مغايرة من خلالها يمكن لصاحب العمل أو التعبير المنفرد عن هذه الإرادة، الرجوع عن الإرادة المعبر عنها من قبل، وسحبها كأن لم تكن، مع منعها ترتيب آثارها في الماضي أو في المستقبل³.

في حين يرى رأي آخر في الرجوع عن العقد إرادة جديدة مخالفة للإرادة الأولى المتراجع عنها، تحل محلها، عندئذ يكون هناك إرادتين متناقضتين صادرتين عن الشخص نفسه، فيحل التعبير عن الإرادة الجديدة محل الإرادة القديمة، يترتب عنها محو الإرادة القديمة للإرادة الجديدة⁴.

إن حق الرجوع لا يقتصر على النظم القانونية الوضعية، بل هناك تنظيم دقيق وشامل له في الفقه الإسلامي، يقوم على نظرية العقود غير اللازمة (العقود الجائزة)⁵ والعقود التي يدخلها الخيار

¹-انظر: حوحو بمبينة، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، ط.1، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2016، ص.140.

²- عن تمييز الرجوع عن الإلغاء في العقد:

الإلغاء مصدر الفعل الرباعي: ألغى، ويطلق في اللغة على معان كثيرة أهمها الإبطال والفسخ والفك والطرح والإسقاط فيقال: ألغيت الشيء أبطلته وفسخته وأزلته، ويمكن تعريفه بكونه تصرف قانوني من جانب واحد يترتب عليه بالنسبة للمستقبل فقط إنهاء العقد القابل لذلك بناء على نص القانون أو اتفاق المتعاقدين.

وإلغاء العقد والرجوع فيه هو من قبيل "التباين المتصل" الذي يتعدد لفظه ويتعدد معناه، ولكن يمكن اجتماع معناها مثل سيف وصارم، ناطق وفصيح، وقد جاء الاصطلاحان للدلالة على معنى واحد في عرف الفقهاء وأقوالهم وهم بصدد ذكر إنهاء العقود التي يمكن إنهاؤها بالإرادة المنفردة... الخ، لمزيد من التفصيل. انظر: إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص.136.

³-انظر:

G. CORNU, Vocabulaire juridique, 8^{ème} éd., PUF, Paris, 2007, p. 642

⁴-انظر:

. S. MIRABAIL, préf. J.P. Marty, La rétractation en droit français, LGDJ, 1997, p. 3
« La rétractation est un acte unilatéral, c'est l'expression d'une volonté, elle se présente comme un phénomène individuel » .

⁵-الأصل في العقود اللزوم تلقي على كلا المتعاقدين وجوب تنفيذها، لكن استثناء من هذا الأصل العام ثمة عقود تكون بطبيعتها ومقتضاها غير لازمة تميز الرجوع فيها بالإرادة المنفردة لأحد عاقدتها أو لكليهما.

راجع: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، جامعة الكويت، 1994، ص.24؛ عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة في الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2009، ص.79.

(نظرية الخيارات)¹ التي اشتهر بها الفقه الإسلامي². ولعل أهم هذه الخيارات خيار الشرط، خيار التعيين، خيار الرؤية، خيار العيب، خيار النقد، خيار المجلس، خيار التدليس، وخيار الغبن... الخ³، كما أن الأحكام التي تقررها هذه النظرية يمكن استنباطها بسهولة من القوانين الوضعية.

ومن الواضح أن النظم القانونية الوضعية أخذت بمبدأ الخيارات في العقد والرجوع فيه بسببها في نصوص موجزة ومتفرقة، وتتعلق ببعض أنواع الخيارات بشكل خاص، ولم يستطع فقه

وقد يكون العقد لازماً لأحد المتعاقدين وغير لازم للمتعاقد الآخر كعقد الكفالة، فهو لا يلزم الدائن بل يجوز له الرجوع فيه أو إنهاؤه بإرادته المنفردة بينما لا يملك الكفيل ذلك. إلا أن هذا الرجوع ليس بمعناه الخاص الدقيق وإنما هو إلغاء وهو تصرف قانوني يتم من جانب واحد أي بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ودون توقف على رضا الطرف الآخر في الرابطة العقدية، وقد يتم بناء على نص قانون أو باتفاق المتعاقدين، والقانون ينص على جواز إلغاء العقد لاعتبارات تتعلق بالثقة بين أطراف العقد، كما هو الشأن في عقد الوكالة وعقد الوديعة وعقد الشركة وهو بهذا المعنى بمثابة إلغاء لهذه العقود أو الرجوع عنها وليس الرجوع فيها، وهذا بخلاف إلغاء عقد الهبة فهو رجوع فيها. كما ويجمع فقه القانون الوضعي أن إلغاء العقد سواء كان عقداً مستمراً أم عقداً جائزاً بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه ليس له أثر رجعي إذ أن أثره لا يستند إلى الماضي وينصرف فقط إلى المستقبل، فهو عبارة عن وضع حد للعقد حيث يتحقق الانحلال لما بقي بعد الإلغاء بخلاف الرجوع في العقود الذي يختص بكونه تصرفاً يرد على العقود الجائزة كعقد الهبة كما يرد على العقود اللازمة المقترنة بخيار العدول، ويتميز الرجوع أنه ذو أثر رجعي يستند إلى الماضي فيوجب التراجع فيما نفذ من التزامات العقد فيعود كل من البديلين لصاحبه أو مضمونا بقيمته أو قيمة ما نقض منه. انظر للمزيد: إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 143.

¹ - الخيار في اللغة هو طلب خير الأمرين، والاختيار هو الاصطفاء وكذا التخيير والاستخارة طلب الخيرة. وخيره بين الشيئين أي فوض إليه الخيار. الإمام بن أبي بكر محمد عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دائرة المعاجم، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1995، ص. 81. وعرف أيضاً الخيار اسم من الاختيار، وقيل هو الاختيار، ويقال: هو اسم من تخيرت الشيء مثل الطيرة اسم من تطير، وجمعه خيارات، ويقال خيرته بين الشيئين فوضت إليه الاختيار فاختار أحدهما وتخيرته". العلامة أحمد محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 2001، ص. 71. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للخيار عن المعنى اللغوي وقد عرفه بعض الفقه الإسلامي تعريفاً شاملاً بأنه (طلب خير الأمرين إمضاء العقد أو فسخه). أو بأنه حق العاقدين أو أحدهما في إمضاء العقد وتقريره أو فسخه والرجوع فيه لمسوغ شرعي أو اتفاق إرادتي بين المتعاقدين. محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، معنى ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكرياء بن شرف النووي، ج. 2، دار الفكر، 1933، ص. 43.

² - للمزيد من التفصيل حول الخيارات في الفقه الإسلامي راجع:

محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1998؛ عبد العزيز محمد عزام، الخيار في الفقه الإسلامي، ط. 1، دار الهدى للطباعة، القاهرة، مصر، 1983؛ عزيز كاظم جبر خفاجي، الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2011؛ عبد المجيد مطلوب، خيار الرؤية، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، السنة 12، ع. 1، يناير 1976؛ شفيق أيوب، خيار الشرط في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 1961؛ عبد الستار عبد الكريم أبو غدة، الخيارات وأثرها في التصرفات، دراسة فقهية مقارنة لأحكام الخيار، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 1975؛ جاسم علي جاسم الشامسي، التعاقد على العين الغائبة على ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1994؛ حسين سمرة، مسقطات الخيار في الفقه الإسلامي، دار الهان للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2002.

³ - انظر: الشيخ محمد بن أمين بن عابدين، حاشية رد المختار المعروفة بحاشية ابن عابدين، ج. 4، ط. 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1979، ص. 50.

القانون الوضعي أن يصطلح بتشديد صرح وبناء نظرية متكاملة في الخيار، كما فعل الفقه الإسلامي الذي بلغ أوجه الكمال والرقي¹.

ولا يخرج أثر الخيار في القانون الجزائري عنه في الفقه الإسلامي، وصلة الخيارات بنظرية العقد تتمركز في تكوين العقد كما في منطقة تنفيذه، وإذ يخول لكل من المتعاقدين أن يبقى لنفسه الخيار في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معينة ومصدره بالضرورة الاتفاق.

ومن الخيارات كذلك ما ورد به نص خاص حيث يفترض القانون نفسه مثل تلك الشروط، وهذه الخيارات قد تكون مفتوحة أحيانا للبائع وحده، وأحيانا أخرى للمشتري وحده، كما قد تكون كذلك مفتوحة للطرفين².

ويكون الأمر كذلك في البيع بشرط التجربة³ وفي البيع بشرط المذاق⁴ والبيع مع حق العدول (البيع بالعربون) والبيع مع الاحتفاظ بحق الاسترداد (بيع الوفاء)⁵، بالإضافة إلى خيار الرؤية⁶ وخيار العيب⁷. كما أنه في مثال الإشتراط لمصلحة الغير، والذي يعتبر استثناء من مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، وصورته أن يكون هناك عقد بين المشتري والمتعهد ينشأ عنه حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد، رغم أن هذا المنتفع لم يكن طرفا في العقد بل أجنبيا عنه، فإن حق هذا المنتفع قابل للنقض من جانب المشتري إلى أن يظهر المنتفع رغبته في الاستفادة من الإشتراط وحق المشتري في نقض المشاركة حق متصل بشخصه فقط ولا ينتقل إلى ورثته أو دائنيه⁸.

¹-انظر: إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص.647-648.

²-انظر: حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط.2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2006، ص.219.

³-انظر: المادة 355 ق.م.ج.

⁴-انظر: المادة 354 ق.م.ج.

⁵-البيع مع حق شرط الاسترداد (بيع الوفاء) يعرف بأنه البيع الذي يشترط فيه أن يكون للبائع حق في استرداد المبيع خلال مدة قصوى معينة في القانون مقابل رد الثمن إلى المشتري مع بعض اللواحق. ولم ينص عليه القانون المدني الجزائري لكن نظمه القانون المدني الفرنسي ولم يعد هذا البيع مطبقا في أيامنا هذه.

انظر: حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص.219.

⁶-انظر: المادة 352 ق.م.ج نصت على أنه:

" يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع ووأوصافه الأساسية بحيث يمكن من التعرف عليه. وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب ابطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع "

⁷-انظر: المادة 379 ق.م.ج وما يليها.

⁸-انظر: المادة 113 ق.م.ج.

ويترتب على نقض المشاركة زوال حق المنتفع بأثر رجعي وكأنه لم يكن، والأصل ألا تبرأ ذمة المتعهد، ما لم يتفق صراحة أو ضمناً على براءة ذمة المتعهد عند نقض المشاركة، ويسقط حق المشترط في النقص بإبداء المنتفع رغبته في الاستفادة منه¹.

كما أن التشريعات المدنية لغالبية النظم القانونية تعرف كلا من خيار الرجوع في الإيجاب وخيار القبول اللذين يطلقان يد صاحبيهما في الرجوع عن العقد، والأصل في تكوين العقود أن الموجب لا يلتزم بالإبقاء على إيجابه، فله أن يعدل عنه في أي وقت كان ما دام لم يقترن به قبول الطرف الآخر².

ولكن الأمر يكون على خلافه إذا عين الموجب ميعادا للإيجاب، حيث يلتزم الموجب في هذه الحالة بالإبقاء على إيجابه خلال المدة المعينة صراحة أو ضمناً³، ومؤدى ذلك ألا يعتد برجوع الموجب عن إيجابه خلال المدة المحددة، ويظل الإيجاب قائماً رغم هذا الرجوع حتى إذا اقترن به قبول مطابق ممن وجه إليه خلال هذه المدة انعقد العقد⁴.

ولقد اعتبرت المادة (1114) الجديدة من القانون المدني الفرنسي الإيجاب مجرد عرض إلى التعاقد لا يلزم صاحبه عند انقضائه، ولا يترتب مسؤولية التعويض ويحق له الرجوع فيه ما لم يبلغ لعلم الملتزم به⁵.

وقد تناولت المادة (1115)⁶ الجديدة من نفس القانون مسألة الرجوع عن الإيجاب بالنص على أنه يمكن الرجوع عن الإيجاب بكل حرية، طالما لم يصل إلى من وجه إليه⁷.

¹-انظر: نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ج.1، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص.276.

²-انظر: محمد حسن قاسم، القانون المدني، مج.1، المرجع السابق، ص.136.

³-انظر في مثال ذلك: المادة 63 ق.م.ج والتي نصت على أنه: "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة"

⁴-وهذا ما كان يأخذ به مشروع CATALA بموجب المادة 1105-4 منه التي نصت على أنه: "عندما يتضمن الإيجاب الموجه إلى شخص معين تعهداً بالإبقاء عليه خلال مدة معينة، لا يجوز دون تكوين العقد، لا الرجوع عنه قبل انقضاء المدة، ولا فقدان العارض أهليته ولا وفاته".

⁵-انظر:

L'article 1114 du code civil français prévoit que : « l'offre faite à une personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagés et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation ».

⁶-انظر:

L'article 1115 du code civil français dispose que : « Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ».

⁷-انظر: وبالمثل يمكن الرجوع عن القبول طالما لم يصل إلى الموجب شريطة أن يصل الرجوع إلى الموجب قبل القبول عملاً بمقتضى نص المادة 1118 ق.م.ف.

ووفقاً للمادة 1116 الجديدة، فإن الإيجاب يلزم صاحبه بالإبقاء عليه خلال المدة التي يحددها وخلال مدة معقولة، إذا لم يتم مثل هذا التحديد، وتضيف الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر بأن الرجوع عن الإيجاب بالمنخلفة للحظر الوارد في الفقرة الأولى من ذات المادة يحول دون انعقاد العقد¹. وتشير الفقرة (3) من المادة نفسها على أن هذا الرجوع لا يترتب عليه إلا المسؤولية غير التعاقدية لمن صدر عنه الإيجاب وفقاً للقواعد العامة، ودون إلزامه بتعويض خسارة المزايا المنتظرة من العقد، ويجب لكي يترتب الإيجاب أثره في انعقاد العقد بمجرد أن يلاقيه قبول، أن يكون محددًا وأن يكون باتًا، جازماً، معبراً عن نية الالتزام لدى الموجب.

وبمقتضى المادة (1117)² مدني فرنسي يسقط الإيجاب بانقضاء المدة التي حددها صاحبه، أو بانقضاء مدة معقولة إذا لم يقرنه صاحبه بمدة ويسقط كذلك في حال فقدان صاحبه لأهليته أو وفاته. وقد لا تتوافر الشروط السابقة في العرض فنكون بصدد دعوة للتفاوض بشأن العقد المقترح، وهي مرحلة تسبق الإيجاب الذي إذا صادفه قبول انعقد العقد والتفاوض قبل التعاقد الذي يتأتى استجابة للدعوة إلى التفاوض هو إذن أقل من الإيجاب ويسبقه، ولقد أصبح التفاوض يحتل أهمية بالغة في الآونة الأخيرة في ظل ظهور العقود المركبة والمعقدة التي أسفر عنها واقع المعاملات الحديثة.

ويحكم هذه المرحلة مبدأ الحرية من جهة ومبدأ حسن النية من جهة أخرى، وإن القانون الأنجلوسكسوني والقانون الفرنسي يؤسسان لمبدأ حرية التعاقد بحماية حرية المتفاوضين في رفض

انظر: محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص. 37.

¹-انظر:

Art. 1116 du code civil français prévoit que: « Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable.

La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.

Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat ».

²-انظر

Art. 1117 du code civil français dispose: « L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable. Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur ».

إبرام عقد لم يعودوا يريدونه، هذا بالإضافة إلى أن النظم القانونية الأنجلوسكسونية ترجع هذه الحرية إلى نظرية المحل التي بموجبها لا يلتزم الموجب بإيجابه طالما أن الموجب له لم يقدم له مقابلاً¹.

إن التطبيق الصارم لمبدأ حرية الرجوع عن الإيجاب لا يترك لمن وجه إليه أية إمكانية للاستفادة من مهلة التفكير في الاقتراح الذي وجه إليه، وقد يكون ذلك سبباً في اتخاذ قرارات متسارعة، بينما التطبيق الصارم لمبدأ عدم الرجوع عن الإيجاب يخدم مصلحة الموجب له على حساب الموجب، لذلك إن حرية التعاقد والأمن القانوني مبدأين تكميليين ضروريين لحسن سير المفاوضات ولا يمكن تغليب أحدهما على الآخر، وهو ما أدى إلى توحيد الحلول المطبقة وإنشاء التزام مشترك بالإبقاء على الإيجاب لفترة معقولة. كما أن عدم الرجوع عن الإيجاب في القانونين البلجيكي والألماني ليس مطلقاً، حيث يتطلبان الإبقاء على الإيجاب لمدة محددة صراحة، وفي غياب ذلك لمدة كافية لمن وجه إليه لقبوله تتحدد حسب طبيعة وظروف العقد المطروح للتفاوض².

كما أن القانون الفرنسي والقانون الأنجلوسكسوني يفرضان قيوداً على نظرية حرية الإيجاب وهي الالتزام بالإبقاء عليه لمهلة معقولة تسمح بدراسة الاقتراح المطروح من جانب الموجب، وإلى جانب هذا الالتزام المؤسس على حماية الثقة المشروعة للموجه إليه الإيجاب في القانون الفرنسي، فإن القانون الأنجلوسكسوني يعرف عدة تقنيات إضافية لفرضه من ذلك الالتزام بتبليغ هذا الرجوع إلى من وجه إليه وهو لا يكون ذا أثر إلا إذا وصل إلى هذا الأخير³.

هذا الاجتهاد القضائي الإنجليزي دفع المشرع الأمريكي إلى النص عليه في المادة (42) من قانون العقود الأمريكي والتي جاءت صريحة على أنه: "تنتهي قيمة القبول إذا تلقى من وجه إليه الإيجاب تعبير من الموجب عن نيته في عدم التعاقد. كما تعتبر نظرية صندوق البريد وسيلة إضافية للتخفيف من مبدأ حرية الرجوع عن الإيجاب، والتي تتيح لمن وجه إليه الإيجاب إبرام عقد أثناء إرسال القبول ليس أثناء استلامه من جانب الموجب، وهي مكرسة في القانون الإنجليزي في التفاوض بالمراسلة، كذلك تقديم محل مقابل الإبقاء على العرض، يسمح أيضاً بإجبار الموجب

¹-انظر: بخت عيسى، آثار العولمة على المسؤولية السابقة على التعاقد (Impacts of Globalisation on Pre-contractual Liability)، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، ع. 14، جامعة حسيبة بن بوعلوي، شلف، جوان، 2015، ص. 85.

²-انظر:

L. CORNELIS, La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel, RGDC, 1990, p. 393

³- انظر: بخت عيسى، آثار العولمة على المسؤولية السابقة للتعاقد، المرجع نفسه، ص. 86.

بالإبقاء على إيجابه أثناء الفترة المحددة، وفي غياب ذلك خلال مدة معقولة، وهذا ما قضى به في أحد السوابق القضائية¹.

وتجدر الإشارة أن فقه الإستوبل في الو.م.أ أهم تقنية تساهم في التخفيف من مبدأ حرية الرجوع، وفي مثال قضية² (Drennan v Star Paving co) قضت المحكمة العليا بكاليفورنيا بالاستناد على المادتين (45) و(90) من قانون العقود الأمريكي بأنه في غياب المقابل ليس ضرورياً أن يكون الوعد ملزماً إن الثقة المعقولة لمن وجه إليه الإيجاب تؤدي إلى الإبقاء على الإيجاب في مكان المقابل³.

علاوة على ذلك، إن مسلك أطراف التفاوض مقيد بالأخلاقيات التي يفرضها الواجب العام الملقى على كل متفاوض بمراعاة حسن النية، وما يقتضيه من عدم الإخلال بالثقة في التعامل، ويعتبر سلوكه خاطئاً إذا خرج عما يقتضيه حسن النية، حيث يعتبر الالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض على هذا النحو ضابط سلوك وهو بالتالي يحد من حرية المتفاوض.

وجدير بالذكر أن مرحلة التفاوض هي مرحلة الأخذ والرد، بحيث يحق فيها لكل متفاوض أن يعدل عن رأيه بشأن العقد المنشود، وذلك بخلاف الإيجاب الذي هو قاطع وجازم. أما عن مخالفة مقتضيات حسن النية، والتي تجعل من سلوك المتفاوض خاطئاً وتثير مسؤوليته عن الضرر، والذي يصيب المتفاوض معه نتيجة هذا الخطأ، فتكون مسؤولية تقصيرية تبنى على الخطأ الواجب الإثبات ويكون على المضرور عبء إثبات هذا الخطأ⁴.

ب- تبرير التناقض في سلوك الدائن لحماية مصالحه المشروعة

التناقض في سلوك الدائن يكون مبرراً من الناحية القانونية، سواء كان ضحية التناقض المدين أو الغير، حماية لمصالحه المشروعة، وسواء كان التناقض الوارد في مرحلة تنفيذ العقد أو انقضائه، وحيث أن تماطل الدائن عن المطالبة بتنفيذ الالتزام الناتج عن العقد بحلول الأجل لا يترتب عليه سقوط حقه في المطالبة بأداء دينه الناشئ عن العقد في وقت لاحق، إلا إذا قصد من

¹ - انظر: بحيث عيسى، المرجع السابق، ص.86.

² - انظر:

[L.A.No.25024 .In Bank.Dec.31, 1958]

³ - انظر: بحيث عيسى، المرجع نفسه، ص.86.

⁴ - انظر: محمد حسن قاسم، العقد، مج.1، المرجع السابق، ص.147.

وراء ذلك الإضرار بالمدين، ولا يمكن لهذا الأخير الاحتجاج بالثقة التي بعثها فيه الدائن من جراء صبره عليه أو تأخره في اتخاذ الإجراءات ضده¹.

و بموجب التزامه بالأمانة يلتزم الدائن باتساق مواقفه اتجاه مدينه، ولقد اعتبر القضاء الفرنسي الدائن الذي فاجأ مدينه بالمطالبة بالوفاء بالإيراد المرتب، المتراكم بعد سنوات من عدم المطالبة محلاً بالتزامه بالأمانة، على نحو جعل المدين بالإيراد غير قادر على الوفاء به في المهلة القصيرة التي حددت له للقيام بهذا الوفاء. كما أن حق التناقض المعترف به للدائن قد يقع إضراراً بالغير وليس المتعاقد معه، على الرغم من أن التزام الدائن بالأمانة لا يكون في مواجهة المدين فقط، بل يمتد أيضاً إلى ضامن الدائن، فعلى الدائن أن يعمل ما بوسعه لاستيفاء حقه من المدين قبل رجوعه على الضامن².

ولكن في حالة إبراء المدين المفلس في جزء من دينه نتيجة التصالح معه أو منحه أجلاً جديداً، فإن ذلك لا يبرأ ذمة الكفيل لأن الغرض من الكفالة هو قيام الكفيل بالوفاء، في حالة ما إذا تعذر استيفاء الحق من المدين، ولأن صلح الدائن مع المدين لم يقصد منه التبرع بل تفادي إجراءات الإفلاس والتصفية التي تزيد مركز المدين سوءاً وتضعف احتمال حصوله على الدين، كل ذلك لا يعني استفادة الكفيل من هذه الإجراءات³، إذ يسقط الأجل بالنسبة إليه ويرجع عليه الدائن بكل الدين⁴، كما أنه في بعض النماذج التشريعية لحرية تحديد بنود العقد، للمتعاقدين عند إبرام العقد الاتفاق على وضع ما يريانه يحقق مصالحهما من شروط وذلك في إطار القانون، ومن

¹-انظر:

D. Mazeaud, Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats, in : actes du colloque organisé par le centre de droit des affaires et des gestions (C.E.D.A.G) de l'université de Paris V, 13 janvier 2000, éd. Economica, 2001, p. 133.

²-انظر:

F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil - Les obligations, 10^{ème} Ed . Dalloz, paris, France, 2010, p. 465.

³-انظر:

La cour de cassation a en effet décidé que la caution ne profitait point des mesures de désendettements ainsi consenties par le créancier au débiteur surendetté. Cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 30 nov. 1996, D. 1997, 141, note T. Mousse; somm. 179, obs, D. Mazeaud.

⁴-انظر:

D. MAZEAUD, Les contradictions légitimes au détriments d'autrui en droit des contrats, art. préc., p. 134 :

« L'indulgence du créancier à l'égard du débiteur principal, partie à la convention de désendettement est donc compatible avec l'intransigeance dont il fait ensuite preuve à l'égard du débiteur garant, tiers à cette même convention ».

أبرز الاتفاقات التي أحازها المشرع للطرفين الاتفاق على فسخ العقد، إذ يمكن لهما وضع شرط فاسخ صريح والمقصود منه استبعاد تدخل القضاء وتنحية سلطته في هذا الشأن، كشرط اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، ومثل هذا الشرط لا يسلب سلطة القاضي في نظر الدعوى¹، ولكنه في هذه الحالة لا يملك إمهال المدين وإنما لا بد من القضاء بالفسخ طالما طلبه الدائن، واتفاق المتعاقدين على الفسخ قد تتفاوت درجاته من حيث الأثر في إيقاع الفسخ، فيكون أشد في مثال اعتبار العقد مفسوخا دون الحاجة لحكم قضائي، فإذا اقتضى الأمر رفع دعوى بسبب المنازعة في الشرط فإن الحكم الصادر بالفسخ يعد مقررا لا منشئ له².

ولا يجوز التعسف في استعمال حق الفسخ، ولقد قضي مثلا باعتبار المؤجر متعسفا في تمسكه بالشرط الفاسخ الصريح في حال عدم قيام المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة، وحيث أخذت محكمة استئناف باريس عليه أنه لم يسلم المستأجر مخالصات الأجرة، مما ترتب عليه عدم تمكنه من الاستفادة من إعانة السكن، وخلصت المحكمة من ذلك إلى أن المؤجر بذلك، وفي ذات الوقت، لم يسهل على المستأجر المدين بالأجرة تنفيذ ما التزم به³.

وما يجدر الإشارة إليه أن التشريعات الحديثة لا تجعل من الفسخ القضائي أصلا، ولا يستلزم هذا الطابع القضائي للفسخ، بل يكفي بإيقاع الفسخ بالإرادة المنفردة للدائن⁴ متى توافرت الشروط اللازمة لذلك، دون أن يتضمن العقد شرطا فاسخا صريحا يخول للدائن الفسخ عند إخلال المدين بالتزاماته العقدية⁵. كما نصت عليه الاتفاقيات الدولية كاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع المعروفة باتفاقية فيينا لعام 1980، وتضمنت المبادئ المتعلقة بعقود

¹-انظر

Cass. Civ. 3^{ème}, 4 mai 1994, JCP 1995, II, 22380, obs. B. Boccara; RTD.Civ. 1995, 367, obs. J. Mestre.

²-انظر: معادوي نجية، مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مج 2، ع 2، مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، مديرية النشر للمجلات العلمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ص. 54.

³-انظر:

CA. Paris, 19/06/1990, D. 1991, note Picod. V. Morrachini_zeidenberg, L'abus dans les relations de droit privé, PUM, 2004, p. 271.

أشار إليه محمد حسن قاسم، القانون المدني - الالتزامات - العقد، مج 2، المرجع السابق، ص. 50.

⁴-انظر: محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 1، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2010، ص. 275.

⁵-انظر: محمد حسن قاسم، القانون المدني - الالتزامات - العقد، المرجع نفسه، ص. 65.

التجارة الدولية حكما مماثلا بمقتضى المادة 3/7-1/2، أيضا ما كرسته مبادئ القانون الأوروبي للعقود في المادة 301-9 تحت عنوان الحق في فسخ العقد.

وعلى الرغم من أن القانون المدني الفرنسي قبل تعديل سنة 2016 نص صراحة في المادة (1184) على ضرورة اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ، إلا أن القضاء الفرنسي أقر بموجب قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13/10/1998¹ للمتعاقد إمكانية إنهاء العقد على مسؤوليته بإرادته المنفردة وذلك في حالة جسامه أو خطورة سلوك المتعاقد معه، وتؤكد هذا المبدأ بعد أن توالت قرارات محكمة النقض الفرنسية المؤكدة لقضائها لسنة 1998.

وقد كرس المشرع الفرنسي الفسخ بالإرادة المنفردة بموجب نص المادة (1226) الجديدة من التقنين المدني والتي حددت المسار الإجرائي الذي يتعين على الدائن اتبعه في أعمال الفسخ من جانبه، وهذه العناصر تتمثل في ضرورة إعدار المدين من ناحية، ثم إخطاره من ناحية ثانية وتسبب قرار الفسخ من ناحية ثالثة، وقد نصت هذه المادة، في الفقرة الأولى، على أنه يمكن للدائن وعلى مسؤوليته فسخ العقد عن طريق الإخطار.

وفي غير حالة الإستعجال، يجب عليه أولا إعدار المدين المقصر بتنفيذ تعهده خلال مدة معقولة، ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على وجوب أن يتضمن الإخطار صراحة أنه في حال تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه يكون للدائن الحق في فسخ العقد.

وتضمنت الفقرة الثالثة منها مقتضى بأنه، إذا استمر عدم التنفيذ، يخطر الدائن المدين بفسخ العقد والأسباب التي تبرره، وفي الأخير قضت المادة ذاتها على أنه يحق للمدين في أي وقت اللجوء إلى القضاء للاعتراض على الفسخ ويكون على الدائن حينئذ إثبات جسامه عدم التنفيذ².

¹-انظر:

Cass. Civ 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-21485, D. 1999, p.197, note C. Jamin; D. 1999, somm. comm. n° 115, obs Ph. Delebecque; Défrénois 1999, p. 374, n° 36953, obs D. Mazeaud; JCP (G) 1999, II, 10133, obs :N.RZEPCKI ; RTD civ. 1999, p. 394, obs. J. Mestre.

²-انظر:

Art1226 c .civ fr dipose que :

« Le créancier peut à ses risques et périls ; résoudre le contrat par voie de notification.Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeurele débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise ne demeure mentionne expressément qu'a défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation ; le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste , le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les résons qui la motivent

ج- تبرير التناقض لحماية المصالح الفئوية (الحماية النوعية)

التشريعات التي تأخذ بمعيار صفة المتعاقد الضعيف في العلاقات التعاقدية كأساس لتطبيق حماية نوعية، وتوجيه هذه الحماية الفئوية التي تقوم على معايير تمييزية وأحيانا غير مبررة، هي من بين الآليات المعول عليها لحماية رضا المتعاقد¹، هذا إلى جانب الحماية المقررة في القواعد العامة، خاصة في جانب القاصر المتعاقد وأيضا المستهلك.

- حماية القاصر:

الأصل في الإنسان اكتمال الأهلية وعلى من يدعي نقص الأهلية إثبات ذلك، فمتى ثبت نقص الأهلية كان الحكم هو عدم التزامه برد ما حصل عليه من العقد الباطل، ويقع على الطرف الآخر الذي يريد ما لدى ناقص الأهلية، عبء إثبات ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، فإذا عجز عن الإثبات كان ذلك موجبا في ذاته لرفض طلبه². وللقاصر بعد ذلك أن يحتج بنقص أهليته ليتحلل من الالتزام ويطلب إبطال التصرف، وإن سلوكه المتناقض لم يؤثر على الاعتقاد المشروع لشريكه المتعاقد، ولكنه يحمله المسؤولية بسبب خطئه المتمثل في التقصير وعدم الحرص من جانبه، وبالتالي التناقض لا يؤثر على توقعاته المشروعة ولا يلزم إلا برد ما عاد عليه من منفعة. وما يتضح من نص المادة (101) مدني جزائري³ من حيث حق المطالبة بإبطال العقد في حالة نقص الأهلية، فإن مدة التقادم هي خمس (5) سنوات تبدأ من وقت زوال سبب نقص الأهلية، وقد تناول المشرع الجزائري حكما في المادة (103) من نفس القانون⁴ مفاده أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ».

¹-انظر: بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون المدني وقانون التأمين، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019/2018، ص. 61.

²-وفي مثال عن قرار لمحكمة النقض الفرنسية في قضية قام فيها موظف البنك في عمل متهور لكسب ولاء عميل قبل الأوان، بفتح حساب بنكي لمصلحة قاصر، والذي استعمل طرقا احتيالية لاختفاء نقص أهليته وقد وضع الموظف البنكي تحت تصرفه بطاقة ائتمان ودفتر شيكات، وسمح بتراكم السحب على المكشوف إلى أن وصل إلى 90.000 فرنك فرنسي قديم، فاضطر موظف البنك لرفع دعوى للمطالبة بدفع الرصيد الناقص من جانب القاصر مع الفائدة القانونية وصدر قرار لفائدة موظف البنك، ولكن محكمة النقض نقضت هذا القرار لعدم التأسيس القانوني، ذلك لأن المناورات الاحتيالية للقاصر لم يتم الكشف عنها والعمليات المتنازع فيها لم تكيف بكونها من تصرفات الحياة العادية أو الضرورية. انظر:

Cass. Civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, Rép. Defrénois, 1999, p. 685, obs. J. Massip ; JCP 1999, II, 10053, obs. T. Garé; RTDCiv. 1999, 360, obs. J. Hausser, cité par D. Mazeaud, Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats, préc, p. 135.

³- انظر: معدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. رقم 2005/44.

⁴-انظر: عدلت بالقانون رقم 05-10 سالف الذكر.

بطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، فناقص الأهلية لا يلتزم برد ما حصل عليه بموجب العقد الباطل إلا في حدود ما عاد عليه من منفعة مادية كانت أو معنوية، فإذا باع القاصر عقارا معيناً وقبض ثمنه في اللهو وأنفق مبلغاً يسيراً في ضروريات الحياة، فهو لا يلتزم في حالة إبطال العقد إلا برد هذا اليسير من الثمن.

ويهدف المشرع الجزائري بهذا الجزاء تنبيه الطرف المتعاقد إلى ضرورة التأكد من أهلية الشخص الذي تعاقد معه، ولم يتطرق المشرع لحالات لجوء القاصر لإخفاء نقص أهليته باستعمال الطرق الاحتيالية، وقد يطرح التساؤل عن مصير الشخص المتضرر من إبطال العقد ما دام لا يستطيع الرجوع بالتعويض على القاصر، لأن إبطال العقد من جانبه هو ممارسة لحق مقرر ولا تعسف فيه¹.

وفي حالة البطلان الذي يتقرر لمصلحة القاصر، لا يجوز لغير هذا المتعاقد الذي شرع البطلان لمصلحته أن يتمسك به، وإن الحق في التمسك بالبطلان يسقط بإجازته للعقد.

ولم يحدد المشرع الجزائري أجلاً يتعين أن تحصل فيه الإجازة بخلاف ما نصت عليه المادة (1183) الجديدة من التقنين المدني الفرنسي، حيث تقرر الفقرة الأولى منها أنه للمتعاقد أن يطلب كتابة ممن له الحق في التمسك بالبطلان إما إجازة العقد أو طلب البطلان خلال مهلة (6) أشهر وإلا سقط حقه في ذلك بشرط أن يكون سبب الإبطال قد توقف. وتضيف الفقرة الثانية من المادة نفسها أنه يجب أن يذكر في الطلب الكتابي صراحة أنه في حال عدم رفع دعوى الإبطال قبل انقضاء مهلة (6) أشهر، يعتبر ذلك بمثابة إجازة للعقد².

¹-انظر: قديري محمد توفيق، حماية الذمة المالية للقاصر في القانون الجزائري، مجلة المفكر، ع. 14، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الخيضر، بسكرة، جانفي 2017، ص. 514.

²-انظر:

Art. 1183 du code civil français modifié par l'ordonnance n° 2016-131 dispose que : « Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé.

L'écrit mentionne expressément qu'a défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois le contrat sera réputé confirmé ».

- حماية رضا المستهلك من خلال حقه في العدول عن التعاقد:

إن حماية الرضا تتحقق من خلال طريقين مختلفين، الأولى تتمثل في منح المستهلك مهلة للتفكير والتدبر قبل إبرام العقد¹، والثانية في تمكين المستهلك من العدول عن ارتباطه خلال مهلة معينة بعد انعقاد العقد².

وقد ينشأ العقد صحيحاً، ومع ذلك يصح القول بجواز التراجع عنه فيكون مشروعاً في حالات معينة، والرجوع عن العقد بإرادة أحد الطرفين المنفردة دون تثريب عليه من قبل الطرف الآخر هو طريق استثنائي من طرق إنهاء الرابطة العقدية.

ويعني خيار الرجوع التشريعي أن يمنح المشرع أحد المتعاقدين، أي الطرف الضعيف في العلاقة وهو المستهلك، الحق في خيار الرجوع عن التعاقد على الرغم من أن العقد انعقد صحيحاً وناظراً. ومكنة المستهلك ليست خياراً، بمعنى الاختيار بين عدة أشياء كما هو الحال في الالتزام التخييري، وإنما إباحة قررها المشرع لمحذور وردت على ذلك كاستثناء من الأصل العام، وهي مقررة لشخص المستهلك وقاصرة على عقود الاستهلاك³، دون أن تترتب على ذلك مسؤولية المستهلك عن ذلك الرجوع أو مسؤولية تعويض المتعاقد الآخر.

وعليه كان تدخل المشرع لمنحه هذه الميزة، وهو لا يتقرر بإرادة طرفي العقد حتى لا تسلب منه بأن يتم الاتفاق على تقييدها أو التزول عنها مسبقاً⁴، وكان القانون الفرنسي قد أخذ بحق

¹ - وتأكيدها على أهمية الآلية حرص المشرع الفرنسي على أن يوردها في صلب القانون المدني بموجب تعديل قانون العقود بالأمر 131/2016، من خلال نص المادة (1122) من القانون المدني الجديدة والتي تقضي بأنه يمكن بموجب نص في القانون أو بموجب العقد تقرير مهلة للتفكير أو مهلة للعدول، وعرفت المادة مهلة التفكير والتروي بأنها المهلة التي لا يمكن لمن وجه إليه الإيجاب التعبير عن قبوله قبل انقضائها.

أما مهلة العدول فقد عرفتها المادة على أنها المهلة التي يمكن للمستهفيد منها أن يرجع عن رضائه بالعقد قبل انقضائها. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 284. وكذلك نظمها المشرع الجزائري في عقد القرض الاستهلاكي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-114 (مؤرخ في 12 رجب 1436 الموافق لـ 12 مايو 2015، يتعلق بكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج. ر. ج. ج. ع. 24 مؤرخة في 13 مايو 2015)، وقد ألزمت المادة (6) منه أن يسبق كل عقد قرض عرض مسبق للقرض من شأنه السماح للمقترض من تقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكنه اكتسابه وكذا شروط تنفيذ العقد. انظر: بنحيت عيسى، أشر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، ع. 20، جوان، 2018، ص. 112.

² - انظر: محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر (العقد)، مج. 1، المرجع السابق، ص. 281.

³ - انظر: إبراهيم دسوقي أبو الليل، الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مجلة المحامي الكويتية بأعداد جويلية، أوت، سبتمبر، 1975، ص. 19.

⁴ - انظر: سليمان براك دايج، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، مج. 8، ع. 14، جامعة النهريين، 2005، ص. 164-187.

العدول كشرط تعاقدى منذ مدة طويلة نسبياً¹، ثم وضع المشرع الفرنسي قانوناً خاصاً بحماية المستهلك² نظم فيه البيوع عن بعد (بيوع المسافات) بنصوص خاصة، ونص على حق المشتري في العدول في بعض العقود من قانون الاستهلاك بصيغتها المعدلة بموجب القانون رقم 741-2001 لسنة 2001³ المتضمن تبني التوجيه الأوروبي رقم 7-97 الصادر بتاريخ 20 ماي 1997، والمتعلق ببيوع المسافات⁴، وللعلم فإن هناك عدة تعديلات جرت على قانون الاستهلاك الفرنسي، والملاحظ أن المشرع الفرنسي سار على نفس خطى التوجيهات الأوروبية المتوالية باعتبارها تنعكس لا محالة على أحكام تشريعات حماية المستهلك في دول الإتحاد الأوروبي، كما نظم من جديد حق العدول في إطار النظرية العامة للعقد، وتولى التنصيص عليها في صلب المادة (1116)⁵ من القانون المدني الجديدة وربطه بالإيجاب وقيده بالأجل المحدد ممن صدر عنه الإيجاب أو بأجل معقول، واعتبره مانعاً من موانع إبرام العقد ورتب المسؤولية التقصيرية عن ممارسته.

¹-انظر: نظم المشرع الفرنسي خيار العدول عن العقد لأول مرة بموجب المادة 09 من القانون الصادر في 12/07/1971، بشأن التعليم بالمراسلة والذي منح بموجبه الطالب حق الرجوع عن العقد الذي سبق وأن أبرمه خلال ثلاثة أشهر، ثم في القانون الصادر في 22 ديسمبر 1972 المتعلق بالبيع في المنازل والذي أجاز للمشتري الرجوع عن العقد خلال مدة 7 أيام بموجب المادة 3 منه، كما منح هذا الخيار للمقترض بموجب القانون رقم 78/22 الصادر بتاريخ 10/01/1978 المتعلق بحماية المستهلك في نطاق بعض عمليات الإئتمان أشار إليه:

محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة و حجيتها في الاثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008، ص.82.

²-انظر:

القانون رقم 88/21 الصادر في 6/01/1988 المتعلق بالبيع عن بعد و البيع بواسطة التلفزيون، الذي قرر صراحة بموجب المادة الأولى منه حق المستهلك في العدول عن العقد خلال مهلة 7 أيام كاملة يبدأ سريانها اعتباراً من تاريخ تسلم المبيع و يجوز للمشتري من خلالها اما استبدال المبيع أو استرداد ثمنه.

أشار إليه: أحمد السعيد الزرقد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور في مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، س.19، سبتمبر 1995، ص.204.

³- صدر المرسوم رقم 741-2001 المؤرخ في 23 أوت 2001، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 25 أوت 2001 ويتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد من خلال وسائل الاتصال الحديثة وأدمجت النصوص التي يتضمنها في تقنين الاستهلاك الفرنسي رقم 949-1993.

⁴-انظر: لخيارى، أحمد إبراهيم حسين، عدول المستهلك عن العقد المبرم عبر الإنترنت (دراسة مقارنة في القانونين الأردني و الفرنسي)، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مج.1، ع. 2، جامعة مؤتة -عمادة البحث العلمي، 2009، ص.124.

⁵-انظر:

- L'article 1116 du code civil français nouveau dispose que :

« Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable.

La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.

Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat ».

ولعل هذا المنحى الذي سلكه المشرع الجزائري حديثا مدفوعا بهاجس حماية الفئة الأقل حظا في المعاملات من أجل حفظ حقوقها وصيانة مصالحها وكبح جماح القوة والهيمنة الاقتصادية للمحترف، وأصبحت فكرة إصدار تشريعات فتوية أمرا لا مناص منه.

وتجليات الإرادة التشريعية الحالية في تقرير النقض الأحادي للعقد تظهر في بعض التشريعات الخاصة، بدءا من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة في المادة(24) منه¹، ثم قانون التأمين المعدل والمتمم بالقانون(06-04) في المادتين(70)و(90)مكرر بخصوص التأمين على الأشخاص²، مرورا بقانون النقد والقرض في المادة 119 مكرر 3/1، ثم المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القروض والذي تضمن تقنية العرض المسبق وحق العدول في عقد القرض الاستهلاكي وعقد البيع بالمتزل بموجب المادتين (11) و(14) على التوالي³، وصولا إلى القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بالنص عليه في المادة(11) ضمن البيانات الواجب توافرها في العرض التجاري الإلكتروني⁴، ثم التعديل الأخير لقانون حماية المستهلك وقمع الغش بموجب القانون رقم 09/18⁵ في المادة(19) منه في فقرتها الثانية والتي نصت على أن:

" العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون سبب..."، وبموجبها استخدم المشرع لفظ العدول صراحة وقرره بمعناه الدقيق وهذا أمر محمود له، لكن دون التفصيل في ضوابط ممارسته وحتى آثاره، حيث تشير نفس المادة في فقرتها الثالثة على أن:

" للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد ودون دفعه مصاريف إضافية، كما تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتجات

¹-انظر: الأمر رقم 03-05 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424، الموافق ل19 يوليو 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر ج، ع.44، المؤرخة في 23 يوليو 2003.

²-انظر: القانون رقم 04-06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل20 فيفري 2006 المعدل والمتمم للقانون 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق ل25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج ر ج ج، ع.15، المؤرخة في 12 مارس 2006.

³-انظر: المرسوم التنفيذي 15-114 المؤرخ في 23 رجب عام 1426 الموافق ل12 مايو سنة 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر ج ج، ع.24، المؤرخة في 13 مايو 2015.

⁴-انظر: القانون 05-18، المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل10 مايو سنة 2018، ج ر ج ج، ع.28، المؤرخة في 30 شعبان 1439 الموافق ل16 مايو 2018.

⁵-انظر: القانون 09-18، المؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق ل10 يونيو سنة 2018، يعدل ويتم القانون 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق ل25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ج ج، ع.35، المؤرخة في 13 جوان 2018).

المعينة عن طريق تنظيم ". وأكد المشرع في المادة (78) مكرر منه هذا القانون على فرض غرامة مالية كجزاء على كل من يخالف الأحكام المتعلقة بحق العدول المنصوص عليه في المادة (19) منه. بالنسبة لمدة العدول حددت في نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بالقرض الإستهلاكي ب8 أيام عمل تبدأ من تاريخ تبليغ الموافقة على الحصول على القرض حسب ما نصت عليه المادة 2/12، كما تضيف المادة 14 من نفس المرسوم على أنه: " عندما يتم بيع المنتج على مستوى المتزل فإن مدة العدول تكون ب7 أيام مهما كان تاريخ التسليم أو تقديم السلعة".

و تم النص على مهلة العدول أيضا في قانون التأمين سابق الإشارة إليه بمقتضى المادة 90 منه والتي تحددها بمدة بشهرين، كما حددت في قانون النقد والقرض مهلة العدول بأجل 8 أيام عملا بنص المادة 119 مكرر 1 منه، وهو ما يستدعي العمل على توحيد مهلة العدول في التنظيم الذي سوف يصدر لاحقا.

ثانيا: ترجيح الحق في التناقض على صون ثقة الغير.

حيث هذا الحق يقضى به أحيانا لمصلحة المدين على الأقل لأن الجزاء الذي من المفروض أن يوقع عليه في بعض الأحيان بسبب عدم الإتساق في موقفه، يكون من الصعب عمليا تطبيقه لسبب غموض التصرف وامكانية تفسيره على نحو مختلف. هذا الحق النسبي في تناقض المدين مع نفسه الذي يستغل بعد ذلك مصادر بعض التقنيات القانونية للتشكيك في وجود وأهمية تعهداته أو التزاماته، من هذا المنظور، يلجأ إما إلى التحجج بغموض الشكل الذي تم فيه التعبير عن إرادته، أو إلى عدم اليقين في القواعد الموضوعية التي تحكم التزامه¹.

1- غموض الشكل.

هناك عدة ثغرات قانونية في القانون تمكن المدين من استغلالها باستعمال غموض الشكل الذي من خلاله يتم التعبير عن إرادة الالتزام، والذي يكون فيها قابلا لعدة تأويلات من حيث مبدأ الإلتزام أو من حيث نطاق الإلتزام.

¹-انظر:

D. MAZEAUD, Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats, in : Actes du colloque organisé par le centre de droit des affaires et de gestion de l'université de ParisV, éd. Economica, Paris, 2001, p. 139.

أ- من حيث مبدأ الإلتزام.

قضية يانصيب الإعلانات التي تنظمها شركات البيع عبر البريد (بالمراسلة) والتي تقدم مثالا واضحا على هذا التناقض عندما توجه لزبائنها مستندات دعائية غامضة ومن شأنها جعلهم يعتقدون بأنهم ربحوا جائزة مهمة، في حين أن لا شيء من هذا ولا يربحون سوى الوهم، و التطبيق المنتشر أفسح مكانا بالفعل إلى اجتهاد قضائي فياض، لأن الزبائن المخدوعين عندما يعرفون أنهم لم يحصلوا على شيء يدعون عادة أمام العدالة ضد شركات البيع، والمحاكم بدت مقتنعة بهذه المطالب، لكنها ترددت فيما يتعلق بأساس ومدى إدانة المحكوم بها. كل الصعوبة بالنسبة للقضاة في إيجاد قالب قانوني يبرر الجزاء الذي يجب أن تتعرض له هذه الشركات التي تتاجر بالوعود الوهمية، إذا كان الخطأ موجودا ولا مجال لرفضه، فإن الضرر في المقابل لا يمكن وصفه وتحديدته، فهو لا يمكن في أي حالة مماثلته بخسارة اليانصيب ذاته. فالأمر يتعلق بالإحباط من واقع عدم تحقق الربح كما كان متوقعا، إذن هو خسارة وهم، أي ضرر معنوي يعود تقديره للقاضي، لكنه لا يعادل قيمة المال أو المبلغ النقدي المأمول، وفي محاولة للحصول على منفعة، طالب بعض المدعين بتطبيق أساس آخر وهو التزام الشركة التزاما حقيقيا، ولو من جانب واحد، حتى من طبيعة تعاقدية¹.

وبالفعل قررت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية² في 28 مارس 1995 وجود التزام بإرادة من جانب واحد، ثم عدلت فيما بعد عن هذا التوصيف، ويبدو أن الغرفة المدنية الثانية لمحكمة النقض³ انضمت إلى الطرح العقدي الذي كرسته من قبل محكمة العدل الأوروبية⁴، غير أن هذه القرارات كانت موضع مناقشات حيث من الثابت أن شركات البيع لم يكن في نيتها الإلتزام،

¹-انظر: جنتيفي فيني، المطول في القانون المدني (مدخل إلى المسؤولية)، ترجمة عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، ط.1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2011، ص.623-624.

²-انظر:

1995, D. 1995, somm, 227, obs Ph. Delbecque ; RTDCiv. 1995, 887, Cass. Civ, 1^{ère}, 28 mars obs. J. Mestre.

³-انظر:

Cass. Civ. 2^{ème}, 11 février 1998, JCP 1998, II, 10156, G. Carducci ; JCP 1998, I, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan ; JCP 1998, I, 185, n° 1, obs. G. Viney.

⁴-انظر:

D. 2002, IR. p. 2579; JCP 2003 .II, 10055, note H. Claret.

وفي غياب الإرادة فإن وجود العقد أو الالتزام بإرادة من جانب واحد لا يرتكز على أسس صحيحة.

ولما عرضت المسألة مجددا أمام محكمة النقض، كل الغرف مجتمعة، وبطريقة غير متوقعة، أقامت الالتزام على الشركات المنظمة لليانصيب على وجود عقد جديد، وهو ما يظهر من خلال القرار الصادر بتاريخ 6 سبتمبر 2002¹، ولم يكن قانون الالتزامات سابقا ينص على نظام خاص للموجب شبه العقدي².

من خلال التوقف عند مصادر الالتزام في القانون المدني الفرنسي منذ إنشائه إلى غاية تعديله في 2016، يلاحظ أنه حافظ على التقسيم الذي تبناه الفقه الفرنسي القديم، رغم الانتقادات الحادة له لعدم إشارته إلى الإرادة المنفردة والإثراء بلا سبب، وما يحسب للمشرع الفرنسي في تعديل 2016 هو مراعاته للانتقادات السابقة واعتماده لما استقر عليه الفقه الحديث.

حيث استهل العنوان الثالث من الكتاب الثالث المعنون "بمصادر الالتزام" بتعداد هذه المصادر ممثلة في التصرف القانوني والواقعة القانونية، إضافة للقانون، ثم إضافة للفقرة الثانية، عمد المشرع الفرنسي في المادة (1100) قانون مدني فرنسي إلى النص على إمكانية أن يكون مصدر الالتزام التزام طوعي أو وعد بأداء التزام طبيعي خلقي، ومصدر هذه الفقرة هو التطبيقات القضائية التي حولت في بعض الحالات الالتزام الطوعي أو الوعد بتنفيذ التزام طبيعي إلى التزام مدني، ويضاف إلى ما تقدم هو تسليم المشرع الفرنسي بقدرة الإرادة المنفردة على ترتيب الالتزامات، بموجب المادة (1/1100) من نفس القانون³.

ب- من حيث قوة الإلتزام وطبيعته.

من جهة أخرى، نفس الإستراتيجية ينتهجها محجري خطابات النوايا، إذ أصبحت خطابات النوايا تستخدم في مجال الحصول على الائتمان والقروض البنكية، وأصبح يطلق عليها خطابات

¹-انظر:

D. 2002, p. 2531, note Y. Lienhard ; JCP (G) 2002. II. 10173, note, J. Reifegerste ; JCP 2002, p. 1869, n° 1687, G. Viney ; Bull. Ch. mixte, n° 4, p. 9; E.Terrier, "La fiction au secours du quasi-contrat ou l'achèvement d'un débat juridique », D. 2004, Chron, p. 1179.

²-انظر: جنيفي فيني، المرجع السابق، ص.625.

³-انظر: حمزة بن خدة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجزري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع.12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، سبتمبر 2018، ص.423.

الثقة والتي ظهرت غداة الحرب العالمية، وبالتحديد في الستينات، أين اتجهت الشركات العملاقة والمجموعات الصناعية الضخمة في الولايات المتحدة الأمريكية إلى تطوير وتنويع وسائلها المالية، لأجل الارتقاء بأنشطة واستثمارات فروعها في الخارج، إذ أصبحت تستعمل خطابات النوايا بإرسالها إلى البنوك لبت الثقة لديها ودعم المدين المقترض مما يؤدي إلى طمأنينة الدائن عند منح القرض للمدين¹.

وفي الواقع أن خطاب الثقة تميزا له عن خطاب النوايا الذي يتعلق بمرحلة التفاوض على العقد يترجم وجود التزام معين، هذا الالتزام له طبيعة قانونية معينة طالما أنه محدد، وقوة الالتزام تختلف.

فقد يكون مجرد خطاب تزكية لا يعدو أن يكون التزاما أخلاقيا أو طبيعيا، كما وقد يكون التزاما قانونيا بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل مصدره تعاقدية، ويمكن تكييفه على أنه التزام ببذل عناية، أو على العكس من ذلك، هناك خطابات ثقة تخضع للنظام القانوني للضمانات المنصوص عليها في القوانين والمنشورات الضريبية والتجارية، وتكون إما خطابات تتضمن في صياغتها التزاما حقيقيا بالوفاء محل المدين الأصلي وتكون في الحقيقة كفالة مقنعة، أو أنها تتضمن التزاما قانونيا بعمل مصدره تعاقدية، ولكن هذا الالتزام يمكن تكييفه بالتزام بتحقيق نتيجة².

والواقع أن هذه التصنيفات يمكن أن تتداخل، وغالبا ما تكون أكثر تعقيدا، ويفترض أن صاحب الخطاب سيحترم توقيعه بصفة خاصة إذا كان صاحب شهرة ويسار، لكن التجربة دلت على أنه عندما يكون مبلغ الالتزام كبيرا، فإن الحجج المنمقة تغلب على النوايا الحسنة، والأمر يتعلق بصراع مشروع لأن كل من الدائنين والمدينين أرادوا أن يتجنبوا الصيغ والأشكال الجامدة³، وخاصة حينما يتناقض محرري الخطابات في تحديد نطاق التزامهم في مجال التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية والذي كثيرا ما يستغله هؤلاء للإفلات من المسؤولية على الوجه المبين أعلاه.

¹-انظر: خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص. 10.

²-انظر: نبيل ابراهيم سعد، الضمانات الغير المسماة في القانون الخاص، (قانون الالتزامات - قانون الأموال)، دراسة مقارنة، ط. 2، منشأة المعارف، جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، مصر، 2000، ص. 155.

³-انظر: نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص. 154.

وإذا كان الأمر كذلك، فإن إرادة محرر أو مصدر خطاب النوايا وسلوك الطرف الآخر يمكن أن يحسمها مشكلة القيمة القانونية للخطاب من ناحية قوته الإلزامية، وأي استخدام لألفاظ فضفاضة ليس لها مفهوم قانوني محدد يمكن أن يدع مجالاً للتأويلات. وهناك بعض التعهدات التي كان موقف القضاء الفرنسي متردداً بشأنها بخصوص الحكم عليها بأنها التزام بوسيلة أم بتحقيق نتيجة، وفي الواقع، يتعلق الأمر بالخطاب الذي يتعهد بموجبه المصدر بعمل ما هو ضروري أو باتخاذ كافة الوسائل الضرورية للتنفيذ، والذي كان سابقاً يكيف على أنه التزام بتحقيق نتيجة إلى أن عدل عنه القضاء ليعيد تكييفه بأنه التزام ببذل عناية¹.

ويبدو أن محكمة النقض الفرنسية ظلت مستقرة على موقفها السالف الذكر وذلك في القرار الصادر عنها بتاريخ 2000/04/18²، بشأن خطاب نوايا عبرت فيه الشركة الأم بأنها ستتخذ كل ما هو ضروري من أجل أن يكون فرعها في حالة تسمح له بالوفاء بالتزاماته في مواجهة المؤسسة الائتمانية، وأجازت لهذه الأخيرة اتخاذ إجراءات الرجوع عليها بصفة مباشرة في حالة أي تقاعس من جانب الفرع؛ حيث قضت الغرفة التجارية لهذه المحكمة بأنه: "بالبحث في النية المشتركة للأطراف، يتأيد ما أكدته محكمة الاستئناف من أن الشركة لم تتخذ أي تعهد بالحلول محل الشركة الفرع في مواجهة المقرضين في حالة عجز الفرع ولذلك استنتجت أن تعهد الشركة هو التزام بوسيلة"³.

غير أن المتبع للقرارات القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية منذ قرارها المؤرخ في 2002/02/26⁴ يلاحظ عدول المحكمة عن موقفها السابق بتكييف الخطابات التي تتضمن عبارات مثل: "سيقوم بكل ما هو ضروري" أو: "أنه سيتخذ كل الإجراءات والوسائل لجعل

¹-انظر:

Cass. Com, 26 janvier 1999, n° 97-10.003, Aff. Sony Music Entertainment, note Bertrand Saint-Alary, Crédits et Sûretés, Sources et Droit Privé général, « jurisprudence », Rev. Dr. & Patr., 1999, n° 74, p. 33.

²-انظر:

Cass. Com. 18/04/2000, n° 97-19.043, Aff. Compagnie française Chauffour investissement), Bull. Civ 6, n° 87 ; D. 2000, AJ, p. 257, obs. J. Fadoul, JCP (E) 2000, p. 2007, note L. Leveneur, Rev. Banque et droit, 2000, n° 72, p. 53.

³-انظر: مجاجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الإلتزامات، (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص.104.

⁴-انظر:

D. Porrachia, Lettre d'intention – Obligation de résultat, jurisprudence et législation, Rev. Dr. & patr., 2002, p. 107

المدين في وضع يسمح له بتنفيذ تعهداته"، بأن مثل هذه الصيغ تفيد أن المرسل يعد بتحقيق نتيجة تتمثل في سداد دين الفرع وليس التزاما بوسيلة كما فعل سابقا، هذا الحل، هو بلا شك، كان مصدر لانعدام الأمان بالنسبة لدائني مثل هذا النوع من الضمانات الشخصية في تكيف شدة الالتزام المكتتب من قبل محرري خطابات النوايا، فالاجتهادات القضائية بخصوص هذه النقطة بالذات كانت غير مستقرة ومتقلبة بشكل مفرط. وهكذا اعتبر الخطاب الذي يتعهد صاحبه بالقيام بكل ما هو ضروري لمساعدة المدين الرئيسي للوفاء بالقرض في مواجهة الدائن (متلقي الخطاب) في بعض الأحيان على أنه التزام بنتيجة وأحيانا أخرى التزاما بوسيلة، وهو ما لا يقدم خطوة في منطق الحقيقة القانونية في ظل عدم وجود معيار مؤكد. غير أن الأمر الصادر في 23/03/2006¹ يتضمن تعديل قانون التأمينات الفرنسي وبموجب المادة (1/2287) منه صنف نهائيا خطابات النوايا في خانة التأمينات الشخصية، سواء أكانت طبيعة التعهد التزاما بوسيلة أو بتحقيق نتيجة، مما يترتب عليه ضرورة خضوع إصدار هذا النوع من الخطابات للنظام القانوني للضمانات المنصوص عليها في القوانين والمنشورات الضريبية والتجارية، ولا سيما لنص المادة 225-35(4) من قانون التجارة الفرنسي، والتي تتطلب الحصول على إذن مسبق من مجلس إدارة الشركة قبل منح الكفالات أو الضمانات الاحتياطية².

والأمر نفسه ينطبق على شركة المساهمة المزودة بمجلس مديرين وفقا لما هو وارد في نص المادة (225-68) من القانون التجاري الفرنسي التي تشترط على هذا الأخير، قبل أي عملية تتعلق بإصدار الكفالات أو الضمانات، ضرورة الحصول على إذن مجلس المراقبة³، وكذلك المادة (232-1) من ذات القانون التي تتطلب إدراج خطابات النوايا في ميزانية الشركة وسجلاتها⁴.

¹-انظر:

L'ordonnance n° 2006-346, JORF n° 71, du 24/03/2006.

²-انظر: مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص.105.

³-انظر

M. COZIAN, A. VIANDER et F. DEBOISSY, Manuel de droit des sociétés, 22^{ème} éd , Lexis Nexis, Litec, Paris, France,] 2010, p. 681.

⁴-انظر:

D. LEGEAIS, Sûretés et garanties du crédit, 7^{ème} éd., L.G.D.J, paris, France, 2009, p.315.

2- عدم يقين القواعد العامة (الوعد بالتفضيل).

لا شك أنه، وفقا للقواعد العامة، لا يجوز للواعد العدول عن وعده بإرادته المنفردة خلال مدة الوعد، وعليه يصبح رجوع الواعد عن وعده خلال مدة الوعد وقبل ممارسة الموعد له خياره عديم الأثر، ويجوز للموعد له التعبير عن رغبته في إبرام العقد الموعد به خلال مدة الوعد، فينعقد العقد من تاريخ إعلان هذه الرغبة، غير أن محكمة النقض الفرنسية¹ كان لها موقفا مغايرا حيث قضت بأنه قبل أن يعبر المستفيد من الوعد عن رغبته لا يكون التزام الواعد إلا التزاما بعمل، لا يمكن تنفيذه جبرا إعمالا لنص المادة(1142)مدني فرنسي قبل تعديلها، ويعني ذلك أن رجوع الواعد عن وعده قبل أن يعبر الموعد له عن رغبته في إبرام العقد النهائي يحول دون انعقاده، ويكون الجزاء هو التعويض الذي يمكن أن يحكم به على الواعد الذي أخل بالتزامه.

وعلى أية حال أصبح هذا القضاء من الماضي حيث أن المادة (1123)الجديدة من القانون المدني الفرنسي قد وضعت حدا لقضاء محكمة النقض الفرنسية، وذلك بنصها على أن الرجوع عن الوعد خلال الوقت المعطى للمستفيد للاختيار لا يحول دون تكوين العقد الموعد به²، ولقد اعتبر القضاء الفرنسي البيع الذي يتم للغير بالمخالفة للوعد غير نافذ ولا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الموعد له، متى كان هذا الغير الذي تعامل مع الواعد سيء النية.

ولا شك أن الجزاء في هذه الحالة، إنما يكمن في تمكين الموعد له من الحلول محل الغير الذي تم التعاقد معه بالمخالفة للوعد، عملا بمبدأ أن الغش يفسد كل شيء، وهذا ما انتهى إليه تعديل قانون الالتزامات والعقود الفرنسي، إذ قضت المادة(1123/ف3) السالفة الذكر ببطان العقد الذي يبرم بالمخالفة للوعد مع شخص من الغير متى كان يعلم بوجود هذا الوعد. ولعل أهم

¹-انظر:

Cass. Civ. 15/12/1993, JCP. 1995, II, 22366, note D. Mazeaud; Cass. Civ. 5/4/1995, RTD Civ. 1996, P. 362 ; Cass. Civ. 28/10/2003, RDC. 2004, obs. D. Mazeaud; Cass. Civ. 11/5/2011, D. 2011, p. 1457, note D. MAZEAUD ; RDC. 2011/4, p. 1133, obs. Y.M. Laihier.

²-يعتبر الفقه المعاصر أن حق المستفيد من الوعد من حقوق الخيار *droit d'option*، وحقوق الخيار هي التسمية الحديثة التي تطلق على الحق الإرادي المحض أو حق المكنة القانونية أو القدرة القانونية، انظر في هذه التسميات:

عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1970، ص.118؛
ايضا حسام الأهواي، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1989، ص.135.

راجع أيضا:

I.NAJJAR, Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de la l'acte unilatérale, LGDJ, 1967.

ما يميز الوعد بالبيع الملزم للجانبين أنه ليس لأي من المتعاقدين حق الخيار، وعليه يكون عقد البيع باتاً، وليس حاجة إلى رضا آخر للمتعاقدين، بل لا أثر لوفاة أو فقد أهلية أحدهما بعد إبرام الوعد على انعقاد عقد البيع النهائي، فالوعد بالبيع يعد بيعاً في القانون الفرنسي¹.

وبالنسبة للوعد بالترفضيل وهو اتفاق يلتزم بمقتضاه الواعد بأن يفضل الموعد له في إبرام عقد معين إذا ما قرر الواعد إبرام هذا العقد في المستقبل، ولقد ذهب جانب كبير من الفقه، بل وكذلك بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى اعتبار الوعد بالترفضيل وعداً بالتعاقد ملزماً لجانب واحد معلق على شرط مفاده أن يرغب الواعد على إبرام العقد المقصود. غير أن هذا الموقف كان محلاً لنقد شديد، حيث بات الفقه الحديث ينظر إلى الوعد بالترفضيل كمفهوم مستقل عن الوعد بالتعاقد².

وهذا الحل الذي تبناه المشرع الفرنسي في إطار إصلاح قانون العقود حيث كرس في المادة (1-1123 ق.م.ف) الوعد بالترفضيل وعرفه بالعقد الذي يلتزم بموجبه أحد الطرفين أن يعرض بالأولوية على المستفيد التعامل معه في حالة ما إذا قرر التعاقد³.

والوعد بالترفضيل باعتباره عقداً يكون ملزماً ويرتب آثاره فيما بين المتعاقدين، ولا شك في أن إخلال الواعد بالحق في الأفضلية يعتبر خطأً يثير مسؤولية الواعد، وأكد المشرع الفرنسي المدني على أن النية من حيث حسنها وسوءها تلعب دوراً مهماً في تحديد الجزاء القانوني المترتب على الإخلال بالالتزام القانوني القائم على الالتزام بالتعاقد مع الشخص المستفيد من قبل الواعد⁴.

وإذ يجب التمييز بين الغير حسن النية والغير سيء النية، إذ يمكن للموعد له بالترفضيل المطالبة بإبطال العقد إذا كان الغير سيء النية، كأن يكون عالماً بوجود الوعد بالترفضيل.

¹-انظر:

L'article 1589 C.civ Fr : « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il ya consentement réciproque des deux paries sur la chose et sur le prix ».

²-انظر:

« La différence essentielle entre la promesse unilatérale et le pacte de préférence réside donc dans l'engagement du promettant qui s'engage à vendre dans le premier cas et à accorder seulement une priorité dans le second ». Cf. F. Collart-Dutilleul & Ph. Delebecque, Les contrats civils et commerciaux, , 10^{ème} éd., Dalloz, Paris , France, p. 75.

³ - « Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter ». Art. 1123-1 du code civil français.

⁴-انظر: محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س.07، ع.02، 26 شوال 1440 هـ-يونيو 2019، ص.212.

وقد اعتمد هذا الموقف من قبل القضاء الفرنسي ومن طرف المشرع الفرنسي أيضا¹، بموجب الفقرة الثانية من المادة (1123ق.م.ف)، وذلك بمنحها للمستفيد من الوعد الحق في المطالبة ببطالان العقد الذي أبرمه الواعد مع الغير بالمخالفة للحق في الأفضلية.

الفرع الثاني

التناقض المشروع في مادة الأحوال الشخصية

تتضمن قوانين الأحوال الشخصية في معظم البلدان العربية، وحتى في النظم القانونية الغربية التي تقتصر على تنظيمها في القانون المدني، نصوصا قانونية تضيي على التناقض في بعض التصرفات صفة المشروعية على الرغم من إلحاق الضرر بالطرف الآخر.

أولا: العدول عن الخطبة.

من قبيل التناقض المشروع العدول عن الخطبة، والخطبة على ذلك ليست سوى وعد بالزواج لا تحمل الصفة التعاقدية، وليس لها أي إلزام إطلاقا، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة² بموجب المادة (05³) منه المعدلة بالقانون (02/05) المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري. ويتضح من المادة أنها قد أجازت العدول عن الخطبة دون قيد أو شرط⁴، وبالتالي يعتبر العدول عن الخطبة حق يمكن لأي من الخطيبين أن يمارسه لأن الخطبة ليست زواجا، بل هي من مقدماته ومثلها التماس الزواج والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة⁵. وقد سارت على ذلك قوانين الأسرة العربية فهي لا ترى الخطبة ملزمة ولو كانت وعدا، مع ذلك، الملاحظ أن المادة السالفة الذكر، كما أقرت الحق في العدول للخطيبين من جهة، تطالب العادل من جهة أخرى عما يترتب

¹-انظر: علي فيلاي، العقود الخاصة، المرجع السابق، ص.97.

²-انظر: القانون 11/84 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ج.ع. ج.ع. 24، الصادرة بتاريخ 12/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27/02/2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة، ج.ر.ج.ع. ج.ع. 15 لسنة 2005.

³-انظر: المادة 5 معدلة من ق.أ.ج ونصت على ما يلي: "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

لا يسترد الخاطب شيئا مما أهدها إن كان العدول منه، وعليه رد ما لم يستهلك أو قيمته.

وإن كان من المخطوبة، فعليها رد ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

⁴-انظر: بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص.30-32.

⁵-انظر: المادة 06 من قانون الأسرة الجزائري الجديد نصت على: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا.

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه وشروطه طبقا لأحكام المادتين 09 و09 مكرر من هذا القانون" معدلة بالأمر 02/05 سالف الذكر.

عن العدول من نتائج حيث تشير الفقرة الثانية من المادة(05) المعدلة بأنه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض والمسؤولية القائمة في هذه الحالة هي مسؤولية تقصيرية.

لكن في فترة الخطبة قد يتبادل فيها الخطيبان هدايا، وقد يقدم الرجل الصداق لخطيبته مقدما، ولا يطرح الإشكال بالنسبة لاسترداد الصداق، فهو أمر أجمع عليه الفقه، الذي يذهب إلى وجوب رد المخطوبة ما أخذته من الصداق، وسواء أكان العدول من كليهما أو من أحدها، فترد إليه عينه إذا كان قائما، وإذا لم يكن قائما ردت إليه مثله إذا كان مثليا، أو قيمته إذا كان قيميا لأن الصداق لا يجب إلا بالعقد.

وجدير بالذكر أن المشرع الجزائري من خلال المادة(05) لم يتعرض إلى رد الصداق في الخطبة، واكتفى المشرع في وضع حكم الهدايا فقط عند العدول عن الخطبة، ذلك أن الهدايا في كثير من الأحيان تكون سببا لإثارة النزاع بين الرجل والمرأة وعائلتيهما، وإن استرداد الهدايا خضع للتنظيم في الفقرة 4 و5 من المادة (05) المعدلة من قانون الأسرة .

وقد أخذ المشرع الجزائري بالرأي المشهور من مذهب الإمام مالك، والمفتى به في مذهب مالك أنه يفرق بين هدايا من يعدل عن الخطبة وهدايا الآخر، فإن كان الذي هو أهدي هو الذي عدل عن الخطبة، فليس له أن يسترد منه شيئا ولو كانت الهدايا قائمة حتى لا يجمع على الطرف الآخر ألمان، ألم العدول وألم الاسترداد، ولأن إبطال العمل ناشئ من جهته، ومن سعى في نقض ما تم جهته كان سعيه مردودا عليه¹.

ويتضح من الفقرة الرابعة لنفس المادة أنه لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، على أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته، حيث نجد أن المشرع أخذ في البداية بموقف الفقه المالكي، ولكن في آخر الفقرة أخذ برأي الحنفية حينما لا يقع الرد في حالة الاستهلاك لأن الأحناف يعتبرونه من موانع الرجوع في الهبة، وإذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد ما لم يستهلك من هدايا أوقيمتها وهذا ما استقر عليه الفقه المالكي².

¹-انظر: عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج.1، ط.2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2018، ص.37.

²-انظر: فاروق خلف، أحكام الخطبة وآثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات الفقهية، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، شعبان/1437/ جوان 2016، ص.90.

ثانيا: الرجوع في بعض التبرعات

سبقت الإشارة إلى عدم جواز الرجوع في الهبة إلا بالنسبة للأبوين بدليل نص المادة 211 قانون الأسرة الجزائري، وتجدد الإشارة أن المشرع الجزائري لم يقيد رجوع الأبوين بوجود عذر مسوغ من القضاء¹، ولم يتطرق إلى الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي مثل بقية التشريعات²، فنجد مثلا أن المشرع المصري يميز الرجوع في الهبة بتراضي الواهب والموهوب له أو من دونه بالحصول على ترخيص من القضاء، وكان للواهب عذر مقبول ما لم يقم مانع من موانع الرجوع بدليل نص المادة (500) من القانون المدني المصري³.

كما أن المشرع الجزائري لم ينص على الطريقة التي يسلكها الأبوان في حالة الرجوع أو الشكل الذي يتم به هذا الرجوع الأمر الذي أدى إلى اختلاف القرارات القضائية بشأنه وعدم استقرارها، إلى أن اجتمعت غرف المحكمة العليا بتاريخ 2009/02/23 لتوحيد الحكم بشأن الطريقة التي يتم بها الرجوع وصدر بذلك القرار رقم 444499 الذي أقر ما يلي:

"حيث أن قضاة الموضوع لما حكموا بإلغاء الحكم الصادر في تاريخ 2002/10/14 القاضي بإلغاء عقد البيع المؤرخ في 1998/05/23، ومن جديد رفض الدعوى اعتمادا على أن رجوع الواهب في الهبة لولده لا يكون إلا عن طريق الدعوى القضائية فهم بذلك قد أساءوا فهم المادة 122 من قانون الأسرة معرضين بذلك قرارهم للنقض والإبطال، وحيث أنه لم يبق من النقاط القانونية ما يتطلب الحكم فيه، لذا يكون النقص بدون إحالة عملا بمقتضيات المادة 114 من قانون الإجراءات المدنية"⁴.

إن حق الرجوع في بعض التبرعات له جذور أيضا في القانون المدني الفرنسي، مثل الحق في الوصية أو الهبة بين الأزواج وقد عولجت هذه المسائل في نصوص تواجه حالات

¹-انظر: بخلاف المشرع المصري بموجب المادة 501 من القانون المدني المصري والمشرع التونسي بموجب الفصل 210 فقرة أولى من مجلة

الأحوال الشخصية اللذان حصرا الأسباب المبررة للرجوع في الهبة والتي تعتبر بمثابة أعذار مقبولة للرجوع عنها وتمثل في الحجود وعجز الواهب عن الإنفاق على نفسه أو على من تجب عليه نفقتهم، وأن يرزق بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع.

²-انظر: شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة-الوصية-الوقف)، مرجع سابق، ص.97.

³-انظر: القانون 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري، الوقائع المصرية، ع.108 مكرر(أ) صادر في 29-07-1948.

نصت المادة 500 من القانون المدني المصري على أنه "يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك، فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول، و لم يوجد مانع من الرجوع".

⁴-انظر: القرار رقم 444499 المؤرخ في 2009/02/23، مجلة المحكمة العليا، ع.1، لسنة 2009، ص.107-113.

استثنائية¹، والقاعدة العامة في القانون المدني الفرنسي أن الهبة عقد لازم، ولزومه يتنافى مع جواز الرجوع فيه² وفقا لمبدأ قديم القائل بأن الإعطاء والمنع لا يجتمعان «donner et retenir ne vaut».

إلا أن هناك استثناء وحيدا وهو الهبة بين الأزواج³، وهناك ثلاثة أسباب خاصة يجوز للواهب فيها الرجوع فيما وهبه دون قيد وهي:

- حالة ظهور أو ميلاد ولد للواهب بعد حدوث الهبة،

- جحود الموهوب له ونكرانه لجميل الواهب،

- امتناع الموهوب له عن تنفيذ ما يثقل الهبة من أعباء وتكاليف.

هذا وقد أجاز المشرع الجزائري الرجوع في الوصية بموجب المادة 192 من قانون الأسرة والتي جرى نصها كآلي: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها"، ويتضح من المادة أن المشرع الجزائري حول للموصي ممارسة حقه في الرجوع مطلقا لكنه قيده في حالة ما إذا رجع في وصيته صراحة بإتباع الإجراءات الواجب إتباعها أثناء إبرام الوصية والمتعلقة بشكلها.

ويكون الرجوع في الوصية ضمنيا إذا قامت القرينة والعرف على اعتبار تصرف الموصي عدولا عن وصيته وإعراضه عنها⁴.

ثالثا: التنازل عن الإرث والرجوع فيه القانون الفرنسي نموذجاً.

نظم المشرع الفرنسي أحكاما تؤثر مباشرة على أنصبة الورثة، من ذلك رفض التركة، حيث أجاز القانون الفرنسي للوارث رفض التركة⁵، واشترط لذلك أن يكون التعبير عن الرفض

¹-انظر:

رشا علي حاسم العامري، الرجوع في التعاقد، المرجع السابق، ص.137.

²- المادة 894 قانون مدني فرنسي عرفت عقد الهبة بين الحياء بأنه تصرف بموجبه يتجرد الواهب عن الشيء الموهوب في الحال(فعلا)، و بلا رجوع لمصلحة الموهوب الذي يقبله:

« La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte »

³-انظر: إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص.578.

⁴-انظر: شيخ نسيم، المرجع السابق، ص.231.

⁵-انظر:

L'art. 768 du code civil français dispose: « L'héritier peut accepter la succession purement et simplement ou y renoncer. Il peut également accepter la succession à concurrence de l'actif net lorsqu'il a une vocation universelle ou à titre universel.
Est nulle l'option conditionnelle ou à terme »

في مدة لا تتجاوز 4 أشهر، كما أنه يجب أن يفرغ هذا الإعلان في صورة رسمية بتدوينه في المحكمة المختصة بفتح التركة، وفي نهاية فترة الأربعة أشهر هذه، إذا لم يتخذ الوريث خطوات لقبول التركة أو التخلي عنها، يمكن لأي دائن أو وريث مشترك أو حتى للدولة أن يخطر الوريث عن طريق الاستعانة بمحضر، لاتخاذ موقف محدد¹، وإذا لم يتم الرد في غضون شهرين، يعتبر الوريث قابلاً للتركة بشكل صريح.

وفي حالة عدم وجود إخطار أو اتخاذ إجراءات لقبول أو التخلي عن التركة في غضون 10 سنوات من فتح التركة، يفترض في الوارث أنه تخلى عن التركة².

ويترتب على ذلك أن يعد الوارث الرفض للتركة أجنبياً عن المورث، ومن ثم لا يحق لورثته تمثيله، كما أن حقه في التركة ينتقل إلى الورثة في درجته، وعند عدمهم ينتقل حقه إلى الورثة في المرتبة الأدنى³، غير أن رفض التركة لا يكون قطعياً، فيجوز للوارث الرفض للتركة الرجوع عن رفضه بتحقيق شروط وهو عدم سقوط المدة المحددة في القانون لقبول التركة وهي 10 سنوات، والثاني هو عدم أخذ الوارث المستحق نصيب الوارث الرفض للتركة، بالإضافة إلى عدم توجه الدولة إلى تحويل التركة لعدم وجود وارث⁴، ويجب أن يكون العدول عن التنازل صريحاً ويسري بأثر رجعي إلى تاريخ فتح التركة، وهذا دون المساس بحقوق الغير حسن النية.

الفرع الثالث

بعض تطبيقات التناقض المشروع في المادة التجارية

هناك دائماً مساحة للتناقض لصالح التنظيم الأمثل للأعمال التجارية أو السيطرة على الشؤون المالية في مجال الأعمال، وفيما يلي بعض الأمثلة عن تطبيقاته في القانون التجاري.

¹-انظر:

-Art. 771 et suivant du c.civ.fr

²-انظر:

- Art. 780 c.civ.fr.

³-انظر:

- Art. 805 c.civ.fr.

⁴-انظر:

Art. 807. c.civ.fr.

أولاً: التناقض المشروع في قانون الشركات التجارية

يتميز قانون الشركات التجارية بخصوصية نظراً لما تمثله الشركة التجارية من أهمية إقتصادية تتعلق بمصالح عدة أطراف قد تقف على طرفي نقيض، والواقع أن قانون الشركات يشهد هو الآخر حالة عدم الثبات والاستقرار في المواقف والسلوكيات، وأحياناً يذهب القانون إلى غاية إقرار التناقض، وهو يعترف بالتناقض في فرضيتين:

في حالات معينة يضاف على التناقض الشرعية لتجنب تكبد خسائر مالية، ومن الطبيعي أن يكون هناك تراجعاً حينما يكون الخطر أو الضرر المادي غير مقبول، حيث قانون الشركات هو قانون المضاربة المهدف الأساسي للتجارة، وإذا كانت المغامرة محفوفة بالمخاطر، فعدم الالتزام المالي أو الانسحاب بشكل عام، محتمل الوقوع ومبرر.

في حالات أخرى يضاف على التناقض المشروعية التنظيم المؤسسي حفاظاً على المصلحة الجماعية للشركة أو المشروع الإقتصادي، من ذلك السماح للمديرين أو المسيرين باتخاذ قرارات متناقضة من أجل مصلحة الشركة، وبشكل أساسي يتم تبرير هذا التناقض في قانون الشركات سواء لتجنب الالتزام المالي أو لصالح استمرار التشغيل السلس للشركة، كما وقد يحدث التناقض من أطراف خارجة عن إدارة الشركة ويتعلق الأمر هنا بممولي المشروع ويكون رجوعهم عن دعم الشركة مبرراً ومشروعاً في إطار القانون و كل ذلك سيتم التطرق إليه تباعاً أدناه:

1- التناقضات المشروعة داخل الشركة

يرز الحق في الرجوع في الالتزام، إذ يجد له تطبيقات متعددة طوال حياة الشركة تدفع للاعتقاد بوجود مبرر عام للتناقض المشروع، مع ذلك لا يمكن وصف هذه التناقضات بعدم الثبات في السلوك، فهي تسمح ببساطة بالتكيف مع الواقع، فالشركاء مثلاً يكون لهم الحق في الرجوع عن قراراتهم في الاشتراك في مشروع ما حماية لمصالحهم المالية¹، وذلك يترجم في الحق في رفض مخاطر المشروع **le droit de refuser les risques entrepreneuriaux**، وتعكس الرغبة في عدول شريك أو أكثر عن الاستمرار في مشروع تأسيس شركة على الرغم من نية الاشتراك المعلنة سابقاً، ولكن في الحالات التي لا يتم فيها إبرام وعد بالشركة.

¹-انظر:

- C. SAINT-ALARY HOUIN, Les contradictions légitimes en droit de l'entreprise, in : acte de colloque intitulé : « Interdiction de se contredire au détriment d'autrui », organisé par le centre de droit des affaires et de gestions de l'université de Paris V, 13 janvier 2001, p. 151.

كما أنه في عمليات الاستحواذ على الشركات الذي قد يكون عاملاً أساسياً في تحويل الشركات من متعثرة إلى كيانات مليئة تتمتع بمركز مالي متمكن¹، من خلال العرض العام للشراء، وهو تعهد غير قابل للرجوع فيه موجه إلى المساهمين في إحدى الشركات التي يجري تداول أسهمها في البورصة، بشراء كمية من الأسهم المملوكة لهم بسعر محدد. وغالباً يكون أعلى من سعر البورصة أو مقابل إعطائهم أسهماً بديلة²، بحيث يكون الإيجاب باتاً ويلتزم صاحبه بالبقاء عليه طوال فترة سريانه إلا إذا تحقق حدث جوهري ضار، فيجوز سحب العرض والعدول عنه أو تعديل شروطه بعد موافقة هيئة الرقابة المالية أورويسها بحسب الأحوال³، وتترتب مسؤولية المستحوذ متى عدل عن عرضه البات دون مبرر ويلزم بأداء التعويض عن الضرر والعطل⁴.

كذلك الحال بالنسبة للتصرفات المبرمة لحساب الشركة خلال طور تأسيسها، فهي تتم في ظروف غير معتادة، إذ أن المؤسس لا يتصرف لحسابه الخاص ولكن يتصرف لفائدة شخص معنوي غير مكتمل الوجود، أي أن المؤسسين لا تكون لديهم بتاتا أي نية أو رغبة في التعاقد لحسابهم الخاص، غير أنهم قد يجدون أنفسهم، رغماً عن إرادتهم، مسؤولين أصليين⁵ في إحدى الحالتين:

- إذا لم يكتمل الوجود القانوني للشركة (أي إذا فشل المشروع).
- أو لم تتحمل الشركة التصرفات المبرمة لحسابها⁶.

¹ - انظر: علي فوزي ابراهيم الموسوي، اندلس حامد عبد العامري، المفهوم القانوني للاستحواذ، مجلة العلوم القانونية، العدد الخاص الرابع، كلية القانون، بغداد، العراق، 2018، ص. 175.

² - انظر: طاهر شوقي مؤمن، الإستحواذ على الشركة، دراسة نظرية وتطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص. 34-35.

³ - انظر: طاهر شوقي مؤمن، المرجع نفسه، ص. 38.

⁴ - انظر:

C. SAINT-ALARY HOUIN, Ibid, p.152.

⁵ - انظر: ذكري عبد الرزاق محمد، المركز القانوني لمؤسسي شركات المساهمة التي تطرح أسهمها للتداول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص. 73.

⁶ - انظر: المادة 549 ق. تج التي تنص على أنه: "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري. وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذي تعهدوا باسم الشركة و لحسابها متضامنين من غير تحديد في أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة. فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها"

ومن هذا المنطلق يكون مبررا الاستفسار عن مسؤولية المتصرفين باسم الشركة أو لحسابها¹، فالمبدأ أن الأشخاص الذي تصرفوا باسم الشركة الجاري تكوينها يسألون شخصا عن هذه الالتزامات أو التصرفات التي تبقى على عاتق الشركاء المؤسسين، وهم مسؤولين بالتضامن في مواجهة الغير، وهذا التضامن من النظام العام فقد يحدث أن لا تتكون الشركة المخطط لها، أو أن تكون التعهدات المضطلع بها خلال فترة التأسيس وقد حصل التكوين لم يتم ثبوتها ضمن الشروط المحددة، ويبقى الأشخاص ملزمين تجاه شركائهم في التعاقد بالتضامن فيما بينهم عند الاقتضاء². وعن الحق في الانسحاب من الشركة أو اعتزال مخاطر المشروع³ (**Le droit d'abandonner le risque entrepreneurial**)، الثابت أنه إذا كان للشريك حقا في البقاء في الشركة⁴، وحيث أن الشريك يدخل إلى الشركة بكل حرية وهو حر في الاستمرار فيها، غير أنه ليس حرا دائما في الانسحاب منها رغم أن حقوقه المالية قابلة للإنتقال⁵، وللشركاء الحق في التنازل عن الأسهم في شركات الأموال، وتعتبر قابلية السهم للتداول من النظام العام ولا يجوز الغاؤها بموجب نص في القانون الأساسي.

ولكن القانون يسمح بوضع بعض القيود الاتفاقية⁶، فقاعدة التداول هذه ليست مطلقة، ذلك أن القانون الأساسي وأحيانا الاتفاقيات خارج القانون الأساسي يمكنها أن تنص على الحد منها، على أن أهم قيد هو شرط الموافقة أو الاعتماد من الهيئات المخولة⁷، ويقصد منه البند التأسيسي الذي يخضع إحالة الأسهم أو انتقالها أو انتقال الحقوق المرتبطة بها، للموافقة المسبقة

¹ - انظر: نور الدين الفقيهي، الشركة في طور التأسيس، الوضع القانوني والتدابير الحماية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، وحدة التكوين والبحث، قانون التجارة والأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، الموسم الجامعي 2011-2012، ص. 341.

² - انظر: ج. ريبير، ر. روللو، المطول في القانون التجاري، إشراف ميشال جرمان، ترجمة منصور القاضي وسليم حداد، ج.1، مج.2، ط.1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص.71.

³ - انظر: CSAINT-ALARY HOUIN, art. préc, p.152.

⁴ - انظر: أحمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، ط.2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص.499.

⁵ - انظر: صحراوي نور الدين، الحرية التعاقدية والقواعد الآمرة في قانون الشركات، رسالة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019/2018، ص.30.

⁶ - انظر: الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، ج.2، الشركات التجارية، ط.1، منشورات بحر المتوسط و عويدات، بيروت، لبنان، 1982، ص.235.

⁷ - انظر: الطيب بلولة، قانون الشركات، ترجمة إلى العربية محمد بن بوزة، ط.2، منشورات بارقي، الجزائر، 2008، ص.258.

للشركة عندما يعطى بموجبه مجلس الإدارة أو الجمعية العامة حق الموافقة على الشخص المتنازل له، وقد نصت المادة (715 مكرر 55) قانون تجاري على أنه يجوز عرض إحالة الأسهم للغير بأي وجه كان على الشركة للموافقة، بموجب شرط من شروط القانون الأساسي، مهما كانت طريقة النقل، ماعدا حالة الإرث أو الإحالة سواء لزوج أو أصل أو فرع.

وعلى العكس من ذلك فإن الانسحاب أو الخروج هو أكثر تقييدا في الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي، فلا يجوز السماح للشركاء بالتصرف في حصصهم بأي نوع من التصرف، ولكن هذه القاعدة ليست من النظام العام، ويجوز للشركاء الاتفاق على انتقال حصة الشريك بقيود كاشتراط موافقة جميع الشركاء أو أغلبية معينة بهدف المحافظة على الثقة والاعتبار الشخصي بين الشركاء، فنجد مثلا في شركات التضامن لا يمكن إحالة حصص الشركاء لإبرضا جميع الشركاء ويعتبر كل شرط مخالف كأن لم يكن¹.

ونفس الحكم ينطبق على شركة التوصية البسيطة بينما نجد في الشركات ذات المسؤولية المحدودة²، ولئن كانت الحصص قابلة للانتقال عن طريق الارث كما أنه يمكن إحالتها بكل حرية بين الأزواج والأصول والفروع، إلا أنه يمكن أن يتضمن القانون الأساسي شرطا مفاده قبول الأغلبية البسيطة في الشركة، بينما يشترط القانون موافقة الأغلبية التي تمثل 4/3 رأسمال الشركة على الأقل عندما يتعلق الأمر بإحالة الحصص إلى الأشخاص الأجانب، وإذا امتنعت الشركة عن قبول الإحالة يتحتم على الشركاء في أجل 3 أشهر أن يشتروا أو يعملوا على شراء الحصص بالثمن الذي يحدده الخبير باتفاق الطرفين أو بناء على أمر المحكمة³، ولا يجوز الاتفاق على تنازل الشريك عن حصته من دون قيود، وحيث أن هناك نوعين من الشركاء وهما الشركاء المتضامنين والشركاء الموصين، تقضي المادة (563 مكرر 7) قانون تجاري في فقرتها الثانية، بأنه يمكن أن يشترط في القوانين الأساسية بأن يكون التنازل عن الحصص فيما بين الشركاء بكل حرية ويمكن التنازل عن حصص الشركاء الموصين إلى الأشخاص الأجانب عن الشركة بموافقة كل الشركاء المتضامنين والشركاء الموصين الممثلين لأغلبية رأس المال.

¹-انظر: المادة 560 ق. تج

²-انظر: 563 مكرر 7 ق. تج

³-انظر: المادتين 570 و571 ق. تج.

وأبعد من مصلحة الشريك هناك مصلحة المؤسسة التي تبرر الرجوع في إدارة صاحب المشروع¹، حيث يتم إضفاء المشروعية على التناقضات التي تنشأ عن إدارة المؤسسة، إما بهدف الحفاظ على استمراريتها، أو تفعيلاً لعمل المؤسسة كاتخاذ رب العمل أو المستخدم لقرارات جديدة بتعديل شروط العمل، أو إلغاء بعض الوظائف والأعراف السائدة في المؤسسة بما تجيزه القوانين المرعية للإجراء وقد يكون التعديل غير جوهري، وسلطة المستخدم في هذا التعديل هي ليست مطلقة ولكن مقيدة بضوابط، أبرزها ألا يكون العنصر محل التعديل دافعا إلى التقاعد، كما أن السلطة المخولة للمستخدم مقيدة بعدم الحاق أي ضرر جسماني أو معنوي أو مادي تجاه العامل، فتعديل العقد يجب أن لا يترتب عنه تخفيض أجره العامل مثلا².

ومن جهة أخرى يجب أن لا يكون التعديل تعسفيا، ويكون كذلك إذا قصد منه الحاق الضرر بالعامل أو الإساءة إليه، وليس تحقيق مصلحة الهيئة المستخدمة، زيادة على ذلك يمنع عليه المساس بالحد الأدنى من الحقوق المحمية للعمال عند التعديل، إذ لا يجوز أن يتضمن العقد شروطا أقل فائدة من الحقوق التي يخولها التشريع أو الاتفاقيات الجماعية للعامل.

وأحيانا يجوز للمستخدم أن يجري تعديلا جوهريا على عقد العمل، والأصل أنه لا يمكن ذلك إلا بالإرادة المشتركة للمستخدم والعامل اعمالا لمبدأ القوة الملزمة للعقد³، والذي يجد مسوغاته في ظروف العامل (كخطأ العامل أو حالته الصحية مثلا) والظروف الإقتصادية للمشروع أو الظروف الطارئ أو القوة القاهرة، ويكون من حق العامل رفض التعديل الذي يمس عناصر عقد العمل الجوهرية دون أن يتعرض للمتابعة التأديبية.

وإن الاهتمام بنفس المصلحة هو الذي يضيف المشروعية على تناقضات شركة تقوم بتعيين المسيرين ثم تعزلهم، وبالنسبة لشركة المساهمة يتقرر عزل المسير من قبل الجمعية العامة العادية⁴، ومن

¹-انظر:

C. SAINT-ALARY HOUIN, art. préc., p. 155.

²-انظر: قرواز فرحات، تعديل عقد العمل بين الضوابط والمبررات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، مج 50، ع.2، ص.66

³- ولقد سمح المشرع الجزائري لطرفي علاقة العمل بتعديل العقد برضاها المتبادل بمقتضى نص المادة 63 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان 1410هـ، الموافق لـ 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ع.17، الصادرة بتاريخ 25 أبريل 1990، المعدل والمتمم

⁴-انظر: المادة 613 ق.تج

دون تعويض ومن دون حتى تبرير قرار العزل، كما أن مجلس الإدارة هو الآخر يملك سلطة عزل الرئيس بنفس الطريقة¹.

وهذا الحق في التناقض يعتبر قاعدة جوهرية من النظام العام، والقيود الوحيدة التي تمنع من ممارسته هي التعسف في استعمال الحق أو عدم احترام مبدأ الوجاهية، وإن ثبت أن قرار العزل كان تعسفي فيمنح للمسير المعزول الحق في التعويض، وكل شرط مقيد لهذا الحق يجعل من العزل عملية مستحيلة أو مرهقة كواجب دفع تعويض معتبر يعد كأن لم يكن، ولا يكون للمسير سوى الحق في التعويض عن العطل والضرر وليس إعادته إلى منصبه².

أكثر من ذلك، في الواقع لا شيء يلزم الشركة بالحفاظ على المسار الذي حددته لنفسها مسبقاً، والتناقض يمكن أن يفسر في تضارب قرارات الجمعية العامة فيما يخص توزيع الأرباح وتكوين الاحتياطي، وعلى سبيل المثال القرار القاضي بتوزيع الأرباح لمدة سنة يمكن أن يصدر قراراً يقضي بوضعها في الاحتياطي السنة المقبلة، إلا إذا ثبت تعسف الأغلبية في إصدار القرار الذي يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين المساهمين³.

2- التناقضات المشروعة خارج الشركة

تصدر هذه التناقضات خارج عن إرادة الشركة سواء من شركائها الإقتصاديين أو البنوك، إذ كثيراً ما تعتمد الشركة على الائتمان والتمويل، فأمام مختلف العراقيل التي تحول دون الإقتصار على رأس المال كمصدر للتمويل، كثيراً ما يكون توجه إدارة الشركة إلى الاقتراض لتمويل

¹ - انظر: المادة 636 ق. تج

² - انظر:

C. SAINT-ALARY HOUIN, art. préc, 156.

³ - "لا يمكن اغفال أن الهدف الأساسي من وراء تكوين أي شركة هو تحقيق أرباح بقصد توزيعها، بيد أن الشركات لا توزع أرباحها كلها، بل هناك مجموعة من الاستقطاعات قد يكون الهدف منها تكوين احتياطي، فالشركة تجنب جزءاً من أرباحها الصافية بصفة منتظمة لتكوين الاحتياطي والاحتياطي هو مبلغ تقتطعه الشركة من أرباحها الصافية السنوية لمواجهة الخسارة التي قد تلحق بها فيما بعد أو لتفادي النفقات الاستثنائية العارضة أو لتوزيعه على الشركاء كربح في السنوات المقبلة التي لا تحقق الشركة فيها ربحاً أو لمواجهة التوسع في أعمال الشركة. ولكن قد لا يكون تكوين الاحتياطي مقصوداً به تحقيق مصلحة الشركة ولكن تحقيق مصالح الأغلبية على حساب الأقلية من ذلك أن يكون الهدف هو اجبار مساهمي الأقلية على بيع أسهمهم مقابل ثمن بخس لمساهمي الأغلبية، بحكم عدم توزيع أرباح أو توزيع أرباح ضئيلة من شأنه أن يؤدي إلى انخفاض قيمة أسهم الشركة في البورصة، وفي مثل هذا الغرض يخرج قرار الأغلبية عن كونه داخلياً في نطاق الاستغلال والإدارة الطبيعية للمشروع بل يخدم مصالح فئوية وأنانية خاصة بمساهمي الأغلبية".

انظر المزيد: أحمد عبد الفضيل محمد، حماية الأقلية من قرارات أغلبية المساهمين في الجمعيات العامة، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، ع. 1، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، أكتوبر/صفر، 1986، ص. 115-118.

المشاريع، ويمثل الإقتراض من البنوك أو المؤسسات المالية أكثر وسائل التمويل شيوعاً، غير أن الإقتراض من البنوك لا يخلو من السلبيات بسبب الامكانية المتاحة للبنك في رفض منح القرض، إذا ما قدر أن الحالة المالية للشركة لا تسمح لها بارجاع مبلغ القرض عند الإستحقاق، أو بدفع الفوائد المتفق عليها¹.

كما أن الواقع العملي أدى إلى ابتكار وسيلة للتمويل تجمع بين خصائص الأموال الخاصة وخصائص القروض وهي الحسابات الجارية للشركاء، تقوم على مساهمة الشركاء في عملية التمويل بوضع أو ترك تحت تصرف الشركة مبالغ معينة من الأموال، وذلك لمدة محددة أو من دون تحديد المدة، ومقابل فوائد أو من دونها، ويكون صاحب الحساب الجاري من الشركاء، والتمويل يكون في شكل تسبيقات في الحساب الجاري يندرج ضمن وسائل التمويل الداخلية.

والأموال الموضوعة تحت تصرف الشركة في شكل تسبيقات تحت الحساب الجاري المفتوح باسم أحد الشركاء، قد تتم مباشرة عن طريق ايداع مبالغ نقدية يقطعها الشريك من ذمته المالية تحت تصرف الشركة، عن طريق تحويل بنكي من رصيد الشريك إلى حساب الشركة. كما وقد يتعلق الأمر بالأموال المستحقة لصاحب الحساب الجاري بوصفه كشريك، وذلك في خصوص الأرباح القابلة للتوزيع، وكذا الأجور المستحقة عن شغله منصب عمل داخل الشركة أو بصفته أحد أعضاء الهيئة الإدارية، بالإضافة إلى مكافآت الحضور وغيرها من المستحقات التي يمكن أن يتنازل عنها لصالح الشركة.

فالشريك الدائن في الحساب الجاري عندما يرغب في وضع حد للاتفاق المالي الذي يربطه بالشركة، فلن يعمل بعد ذلك على تزويد حسابه الجاري بأموال² إلا إذا نص التنظيم أو القانون على حكم مخالف، كما يمكنه الرجوع على الشركة ومطالبتها بحصته في الأرباح التي تنازل عنها سابقاً، وقد يؤثر سلوكه على مستقبل الشركة واستمرار المشروع، وإذ يجرمها في بعض الأحيان من جزء من تمويلها الخاص، وعلى الرغم من ذلك يعتبر سلوكه مشروعاً وإذ تطغى مصلحة الدائن على صفة الشريك التي تحول دون المخاطرة بمصالحه³.

¹-انظر: بغداد بن عراج فاطمة الزهراء، الحسابات الجارية للشركاء في شركة المساهمة، الأوجه القانونية والجبائية، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق،

تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد-وهران 2، 2018-2019، ص.12.

²-انظر: بغداد بن عراج فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص.ص. 17-18.

³-انظر:

ثانيا: التناقض المشروع في مادة الايجارات التجارية

المالك أو المؤجر الذي رفض تجديد عقد الإيجار التجاري مقابل تقديم تعويض للإخلاء يمكن أن يعدل عن قراره بأن يوافق على تجديد عقد الإيجار، وحق المؤجر في التراجع والعدول عن قراره المبدئي يجد مصدره في المادة (58-145.L) قانون التجارة الفرنسي، وهو معروف بحق التوبة أو الندم.

ولقد نصت على هذا الحق الفقرة الأخيرة من المادة(197) قانون تجاري جزائري، وبموجبها يجوز للمؤجر أن يعدل عن قراره في استرجاع المحل لكي يتخلص من سداد التعويض الاستحقاق، وذلك بعرضه على المستأجر تجديد الإيجار، ويشترط أن يكون هذا العدول قد صدر في أجل 15 يوما من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائيا إذا كان الأمر يتعلق بالحكم الابتدائي، وفي أجل 15 يوما ابتداء من صدور القرار إذا كان الأمر يتعلق بقرار صادر عن المجلس القضائي، بشرط أن يتحمل المؤجر مصاريف الدعوى، وكذا عدم خروج المستأجر من الأماكن المطلوب إخلائها، وعدم استئجاره محلا آخر أو شراء بناية أخرى.

وإن كان حق العدول ممكنا بعد أن يصبح الحكم أو القرار نهائيا وفقا لما سبق، فمن باب أولى يجوز للمؤجر استعمال هذا الحق أثناء سير الدعوى¹، وتجدر الإشارة إلى أن قبول المؤجر التجديد واجب الالتزام به ما دام كان في بداية الأمر له حق التنازل عن حقه في العدول، وبما أنه عدل عن الرفض بقبول التجديد، فيصبح قبوله للتجديد نهائيا لا رجعة فيه أي لا يمكن العدول عنه مرة ثانية².

أما إذا صدر حق العدول من جانب المؤجر وأبدى شروطا جديدة بشأن العقد المراد تجديده أو بشأن بدل الإيجار أو المدة، وأبدى المستأجر إرادة في المنازعة في تلك الشروط أو لم يحصل اتفاق بين الطرفين بشأنها، فإن النزاع يفصل فيه قاضي الأمور المستعجلة ويستعين بنخبير عن كل عناصر التقدير³.

¹ - انظر: حزيط محمد، حق الاسترجاع في الإيجارات التجارية، على ضوء آخر تعديل للقانون التجاري بموجب القانون رقم 05/02 المؤرخ في 06/02/2005، ط.3، دار هومة، الجزائر، 2008، ص.138.

² - انظر: جنادي جيلالي، الإيجارات التجارية في القانون التجاري الجزائري، ط.1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص. 108

³ - انظر: جنادي جيلالي، المرجع نفسه، ص.109.

ثالثاً: التناقض المشروع في أوامر البورصة.

تحتل أوامر البورصة أهمية كبيرة بالنسبة للتعاملات بالأوراق المالية أو ما يعرف بالقيم المنقولة لأن هذه الأوامر، سواء أكانت أوامر بالبيع والشراء أو بالمقايضة، فهي بمثابة المركز أو النواة في العملية القانونية للتعامل في القيم المنقولة، لأنه يترتب على تنفيذها أهم الآثار القانونية من تحويل أو نقل ملكية القيم من البائع إلى المشتري¹، ويعرف أمر البورصة بأنه التحويل المحدد الصادر عن شخص محدد متمتع بالأهلية اللازمة لممارسة العمل التجاري إلى الجهة المخولة بممارسة نشاط التداول في الأوراق المالية (شركة الوساطة)، لإبرام عملية محددة (تداول الأوراق المالية بالبيع أو الشراء داخل مكان محدد (بورصة القيم المنقولة)²، وعرفت المادة (89) من نظام لجنة البورصة رقم 03/97³ الأمر بأنه: "تعلية يقدمها زبون إلى وسيط في عمليات البورصة أو يبادر بها هذا الأخير في إطار نشاط وكالة تسيير أو نشاط بمقابل".

أما الرجوع في أوامر البورصة، فيعد تعبيراً عن إرادة مضادة، أي أنه رجوع عن الإرادة المعبر عنها أو سحبها كأن لم تكن ومنعها من ترتيب آثارها أو تعديلها، حيث يمكن إلغاء الأمر المرسل أو تطراً عليه تعديلات، وهذا إما من قبل العميل أو الوسيط في عمليات البورصة. وبالنسبة للعميل فيمكنه تعديل أو إلغاء الأمر، في كل وقت ضمن الشروط المنصوص عليها في اتفاقية الحساب، وذلك حتى حصة التسعيرة، وبخصوص التعديلات التي تتم يوم التسعيرة، فلا يمكن أن يتحمل الوسيط مسؤولية عدم ادخالها، وهذا ما نصت عليه المادة (99) من نظام البورصة رقم 03/97.

ويكون للوسيط إلغاء أو تعديل الأوامر التي تم إدراجها لحساب العملاء ما دام لم ينطلق بعد مسار العرض على جدول الأسعار⁴، وهو ما يسمح به النظام العام لبورصة القيم المنقولة

¹ - انظر: عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية (دراسة قانونية مقارنة)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص. 366.

² - انظر:

عبد الله الطائي، مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر في سوق الأوراق المالية، دراسة مقارنة، ط.1، مكتبة زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2015، ص. 112.

³ - انظر: نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 03/97 المؤرخ في 17 رجب عام 1417 الموافق ل 18 نوفمبر 1997، يتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة.

⁴ - انظر: بن عزوز فتيحة، دور لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة في حماية المساهم في شركة المساهمة، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص. 382.

رقم (03/97)، حيث يمكن لصاحب الأمر تغيير أو إلغاء أمره في أي وقت ما لم يتم تنفيذه، وفي حالة تغيير الأمر، فإن الأمر الجديد على مستوى معالجة الأوامر من قبل وسيط البورصة، يأخذ الرتبة الراجعة له بالنسبة للأوامر الأخرى التي لا تزال في الدفتر، عدا ما تعلق بخفض المقدار¹، وكذلك ما نصت عليه المادة (102) من نفس التنظيم وبمجرد تثبيت الأوامر المدرجة من قبل الوسيط في عمليات البورصة أو التكفل بها من طرف شركة إدارة بورصة القيم تعتبر هذه الأوامر نهائية، ولا يمكن أن تكون مستقبلاً محل تعديل أو إلغاء، كما تقرر المادة (44) من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم (01/03)، أنه يرسل المتداول فيما يخص كل تداول اشعاراً بالتنفيذ إلى الوسيط جامع الأوامر الذي يجب برسالة بالموافقة أو بالرفض، وإن الموافقة على الاشعار بالتنفيذ التي يسجلها النظام تصبح غير قابلة للتراجع عنها عندما تمر إلى مرحلة التسوية ويترتب عنها إصدار النظام لحساب الطرفين المعنيين أمراً بالتسليم مقابل الدفع².

إن السلوك القائم على توجيه أوامر البورصة المصحوبة بالإلغاء أو التعديل قد يصبح شاذاً وخارجاً عن المألوف متى زاد عن حده، فغالبا ما يلجأ العملاء إلى إصدار أوامر عشوائية ثم يرجعون فيها وقد يحدث أن تصدر الأوامر الخاطئة بسبب خطأ بشري على سبيل المثال واحد أو أكثر من الأصفار الإضافية، أو فاصلة في غير محلها في إدخال الأرقام. والغالب أنها تسجل في دفتر الأوامر الذي يكون متاحاً أمام المتداولين، وهو ما سوف يؤدي إلى تغييرات مفتعلة في سوق البورصة، وبالتبعية استغلال ثقة العملاء الآخرين والتأثير على تعاملاتهم في جلسات تداول القيم المنقولة³. والسؤال الذي يطرح نفسه كيف يواجه قانون البورصة مثل هذه الأخطار، وهل يمكن تعزيز الإجراءات المضادة لمواجهة بقاعدة الاستوبل لمنع التناقض إضراراً بالغير؟

وقد يكون من المناسب اقتراح توسيع نطاق تطبيق الاستوبل ليشمل أوامر البورصة في محاولة لتجنب انحراف كبير في الممارسة المعاصرة لتداول القيم المنقولة.

فعلى الرغم من قدم قواعد وخوارزمات التصفية في سوق البورصة والتي تم تعزيز محتواها، لا زالت تشهد على عدم جاهزيتها لمنع الأخطاء والتلاعبات العمدية خاصة عندما تستعمل

¹-انظر: الفقرة الثانية من المادة 99 من نظام البورصة رقم 03/97

²-انظر: نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم (01/03) المؤرخ في 15 محرم 1424، الموافق لـ 18 مارس 2003، يتعلق بالنظام

العام للمؤتمن المركزي على السندات.

³-انظر:

الوسائل التكنولوجية الحديثة عالية التردد، كما حدث في الفاتح من شهر أوت من عام 2012 عندما تم افتتاح سوق الاوراق المالية في الولايات المتحدة الأمريكية، وبدأت أنظمة الكمبيوتر الآلية الموجودة في شركة (Knight Capital) في شراء وبيع ملايين الأسهم بشكل عشوائي لمدة 45 دقيقة قبل تعطيل الأنظمة وتوقيفها، ونتيجة لهذا الخلل التقني في البرنامج اضطرت الشركة إلى بيع الأسهم مرة أخرى بأسعار منخفضة مما أدى إلى خسارة صافية اجمالية بلغت أكثر من 440 مليون دولار جالبة معها زعزعة وعدم استقرار كبيرين في سوق البورصة بأكمله لفترة قصيرة¹.

ويمكن الإستشهاد كذلك بقضية "راي بارمان" التي تقرر البت فيها في 04 ماي 1999²، وتعلق بتزاع حول عدم تنفيذ أمر بيع قابل للتقدير، ومن أجل تمويل اقتناء عقار يتمثل في شقة، أعطت السيدة راي بارمان مصرفها أمرا كتابيا بتاريخ 21 ماي 1990 يتضمن بيع كل ما كانت تحتفظ به في وقت مناسب، وفي موعد لا يتجاوز يوم اختتام عملية الاستحواذ على العقار المستهدف وهو 12 سبتمبر 1990.

ولكن بعد أسبوعين من إرسال الأمر الأصلي، وجهت السيدة راي بارمان تعليمات جديدة للمصرف والتي تلتها تعليمات أخرى في الشهر الموالي (جويلية)، غير متوافقة مع التعليمات السابقة ودون أن يتم سحب الأمر الأولي بالبيع، وفي ظل هذا التناقض، امتنع المصرف عن تنفيذ الأمر إلى التاريخ المحدد، وبما أن اقتناء الشقة قد وقع بالنتيجة، ولم يتم بيع الأسهم التي ستستخدم لتمويلها، اضطرت السيدة راي بارمان إلى الاقتراض لتسوية المعاملة، وفي مواجهة المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يحق للعميلة أن تحتج على الوسيط المالي بعدم تنفيذ أمر البيع، ما دام بعد إرساله، وقبل أن يصبح تنفيذه ممكنا، أرسلت العميلة تعليمات جديدة لا تتفق مع السابقة، ثم لم تسحب الأمر الأصلي³، وبالتالي كان يجب على العميلة عدم تمرير تعليمات متناقضة وإلا لن يسمح لها بالاستفادة من عدم تنفيذ الأمر الأصلي من

¹-انظر:

<https://www.aragreek.com/teach/most-catasrophic-computer-failure-in-history>

²-انظر:

Cass. 1^{ère} Civ., 4 mai 1999, n° 97-11703: Bull. Joly Bourse, janv. 2000, p. 43, n° 6, note L. RUET.

³-انظر:

L. RUET, art. préc, p.613 :

أجل إثارة مسؤولية الوسيط، ومنه يتضح أن قاعدة عدم التناقض، تنطبق حتى في أوامر البورصة، وبعبارة أخرى، فإن الآلية مقبولة بالفعل في هذا المجال.

والحل المعتمد له ما يبرره فلا يطلب من الوسيط المالي تنفيذ الأمر آليا إلا إذا كان واضحا، ولم يعد العميل هامش تقدير من حيث المبدأ، عندما يعتمد العميل على تقدير وسيطه لتحديد أفضل تاريخ للتنفيذ، أيضا بالنظر إلى الافتراض التالي، حيث أنه إذا كان الأمر الأصلي قد نفذ، فليس هناك ما يشير إلى أن العملية لم تكن لتسعى إلى التشكيك في مسؤولية الوسيط عن عدم الامتثال للتعليمات اللاحقة، في حالة ما إذا كان التطور التالي لأسعار الأسهم سيكون غير موات لها.

وقد يتبادر إلى الذهن التساؤل إلى أنه في ظل وجود تعليمات متضاربة، ألم يكن ينبغي على الوكيل أن يطلب من عميله توضيحا، حتى لا تكون مسؤوليته موضع شك؟ ليس فقط بسبب عدم تنفيذ الأمر، ولكن بسبب صعوبة تنفيذ الأمر وعدم طلب توضيحات من العميل لازالة أي التباس، غير أن محكمة النقض الفرنسية، تمكنت من استنتاج أن المصرف لم يرتكب أي مخالفات في ظل هذه الظروف، وبعبارة أخرى، فإن الموقف السلبي للبنك، وتقاعسه، لم يتبين أنه يشكل خطأ، وهذا لا يمكن فهمه بسبب موقف العملية المتناقض، ولا يمكن للعميلة الاختباء وراء سلبية البنك لإثارة مسؤوليته¹.

الفصل الثاني

استقلالية مبدأ عدم التناقض من حيث نظامه وآثاره القانونية

إن أي نظام أو مبدأ قانوني ينبغي أن يوضع موضع التطبيق لإدراك الفكرة بأبعادها الملموسة حيث يتناول القسم الثاني من هذه الدراسة البحث في توظيف مبدأ عدم التناقض وكيفية تحديد القضاء لمعامله والأثر المترتب على قبوله.

نظرا لكون أهمية الموضوع لا تقتصر فقط على الجانب النظري أوفي النصوص القانونية التي تتناوله، وإنما بالعودة بالضرورة إلى التطبيقات القضائية العملية لتلك النصوص. وحتى في غياب النص المكتوب يلعب القضاء دورا مهما فلطالما كان الاجتهاد المصدر التطبيقي للقاعدة القانونية،

¹ - انظر:

Laurent RUET, ordre de bourse à appréciation et comportement contradictoire du mandant , Bulletin Joly Bourse n .1, 01/01/2001, p.43.

وإذ يتناول هذا الفصل بالبحث والتحليل استقلالية المبدأ من حيث نظامه القانوني (المبحث الأول) ثم استقلالية المبدأ من حيث الجزاءات المرصودة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

استقلالية مبدأ عدم التناقض أو الاستوبل من حيث نظامه القانوني

تتحلى قاعدة الإستوبل باعتبارها أحد مقومات الإستقرار القانوني في القوانين الشكلية بصورة أوسع من القوانين الموضوعية، إلا أن هذا الأمر لا يفي تماما نشاط هذه القاعدة في القوانين الموضوعية، وترتبط في القانون الإنجليزي أكثر بقوانين الإجراءات والإثبات، وتتبلور في هذه القوانين بثلاث صور هي:

- الاحتكام إلى قاعدة حجية الشيء المقضي به والصد عن كل ما يتعارض معه.

- قطعية التعهدات الخطية الصادرة من أشخاصها وعدم امكانية انكارها.

- حجية التصرفات السابقة وعدم الأخذ بأي إثبات لتصرف لاحق يناقض التصرف الأول¹.

وهذه الخصائص تترجم في الواقع استقلالية المبدأ من حيث نظامه القانوني سواء من ناحية

طبيعته القانونية (المطلب الأول)، وأيضا من ناحية شروط وموانع اعماله (المطلب الثاني)

المطلب الأول

الطبيعة المزدوجة للإستوبل

ثار الكثير من الجدل بين الفقه القانوني بخصوص مسألة تحديد طبيعة الإستوبل فيما إذا كان يشكل وسيلة دفاع تسعى إلى تعطيل إثبات وقائع معينة وبالنتيجة لمعاقبة صحة وضع قانوني، أما أنها أبعد من ذلك يمكن أن تكون أساسا لدعوى قضائية بحيث يكون لها دور في انشاء الحقوق أو تعديلها؟

وإذ تبرز أهمية تحديد الطبيعة القانونية لقاعدة الإستوبل في مدى امكانية الإستناد عليها للمطالبة بحق ما على مستوى القضاء أكثر من اعتمادها كقاعدة إجرائية يقتصر أثرها على دفع الادعاء المضاد وهو ما سيتم تناوله في الفرعين التاليين.

¹-انظر: رعد عداي حسين، قاعدة الإغلاق وتطبيقهما في الحقوق العينية، المرجع السابق، ص.115.

الفرع الأول

الإستوبل قاعدة إثبات أم قاعدة قانون موضوعي؟

(تصلح دفعا فقط أم كسب للدعوى أيضا)

إن وظيفة عدم التناقض كقاعدة قانون يترتب عليها أضرار أساسيان، فالأثر الأول وهو أثر مانع بمعنى يمنع الشخص من أن يأتي بما يناهض حقيقة أقواله أو أفعاله السابقة، بالإضافة إلى أثر إثباتي آخر يظهر من اعتبار مبدأ الإغلاق قاعدة استيعادية تجعل من إثبات وقائع معينة أو منتجة في الدعوى أمرا غير جائز.

أما الأثر الثاني فهو موضوعي بحيث قد تتعدى قاعدة التناقض المفهوم الكلاسيكي لتشمل تعديل الإلتزام أو إنشاء حق قانوني، وقد اختلف القضاة الإنجليز حول طبيعة ومكانة القاعدة في القانون¹. فمنهم من رأى أن مكان قاعدة عدم التناقض الطبيعي هو بين قواعد الإثبات ووصفها أنها قاعدة من قواعد البينة (rule of evidence) وهي جزء من ولاية محاكم القضاء المطلق، لأن هذا المبدأ لا يأخذ مداه إلا في ظل مبادئ العدالة الطبيعية اللازمة لإحقاق العدل والإنصاف²، ويقول القاضي (Spencer BOWER) في ذلك بأن قاعدة الإستوبل وتحديد المترتبة على الوعد ليست سببا للمدعاة في حد ذاتها ولا يمكن أصلا أن تصلح أساسا لذلك³.

وأضاف البعض الآخر⁴ بأن قاعدة عدم التناقض هي قاعدة إثبات استيعادية بحيث تمنع الطرف المواجه بها من الاستشهاد بأية بينة تتعلق بالحقائق التي تغطيها هذه القاعدة، حيث يكون الطرف المثار ضده القاعدة في الخصومة مقيدا في إجراءات البينة لدرجة تشبه التقييد بسبب الشرعية لما لهما من قوة استيعادية مطلقة في الإثبات⁵.

¹-انظر: أحمد عوض الجيد العجب فضل المولى، مبدأ الإغلاق في القانون السوداني "دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، 2008، ص.40.

²-انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.188.

³-انظر:

George .SPENVER BOWER, The law relating to estoppel by representation, 1st ed, London, Butterworths, 1923, p.16.

⁴-انظر:

Sir Rupert Cross and Nancy Wilkins, outline of the Law of Evidence, London, Butterworths, 1986, p.193.

⁵-انظر:

وتعمل القاعدة الإستيعادية على استبعاد دليل تم الحصول عليه بطريق غير شرعي، وهو ما يرادف اصطلاح البيئة المردودة، ومعناه أن ترد البيئة التي يقدمها أحد الخصوم لنفي ما صدر عنه من سلوك، أو فعل سواء بإقراره الصريح، أو بموجب مستند أو حكم قضائي، في الفرض الذي يقصد به حمل الغير على الاعتقاد بوجود حالة معينة للأمر، ثم يتصرف الغير على ضوء ذلك الاعتقاد¹.

ويبدو أن الفقه الإنجليزي حسم موقفه بإدراج الإستوبل (**Estoppel by representation**) ضمن قانون الإثبات سابقا إياها بالطابع الدفاعي² مستندا في ذلك على قرينة التصويرات ذات الصلة، ويجب التمسك بقاعدة الإستوبل كدفع للدعوى وليس كسبب للدعوى (**shield not as sword**)، وعلى حد قول القاضي (**Christopher BOWEN**)³ إنها قاعدة إثبات فقط ولا يمكن لها أن تنشئ حقا، وأن وظيفتها الأساسية هي منع المدعى عليه من إنكار حقيقة أقواله، ومن تقديم أية بيانات من شأنها مناهضة الوقائع المشمولة بهذه القاعدة. ومن أنصار هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي (**Antoine MARTIN**) بقوله بأن مجال أعمال الإستوبل المترتب على التصوير (**Estoppel by representation**) هو قانون الإثبات وهو يعمل كوسيلة دفاعية لمنع إثبات بعض الوقائع⁴. كذلك تصف الفقيهة (**Horatia MUIR WATT**) الإستوبل بكونها "آلية دفاعية بحتة متجذرة من قواعد العدالة تهدف إلى أخلاق التصرفات الإجرائية"⁵.

بينما يرى جانب آخر من الفقه الإنجليزي أن وظيفة قاعدة الإستوبل تتعدى كونها نطاق نظام الإثبات إلى نظام العلاقات القانونية الموضوعية (**rule of substantive law**)⁶ بحيث تشمل

Sir Rupert Cross, Evidence, Butterworth Heinemann, 4th ed, London , 1974, p. 306; Melville Madison Biglow, the treatise of the law of estoppels or of incontestable rights, Boston, Little Brown & co.1977, p.11.

¹-انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.191.

²-انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.99.

³-انظر:

"... that the defendant is stopped from denying the truth of something which he has said".

V. Sir Rupert Cross and Nancy Wilkins, *ibid*, p. 306.

⁴-انظر:

-Antoine MARTIN, *op.cit*, p.16.

⁵-انظر:

-H.MUIR WATT « Pour l'accueil de l'estoppel en droit international privé français », art.préc, 304.

⁶-انظر:

تعديل الالتزام أو إنشاء الحقوق القانونية، وأيضا الفقيه الفرنسي (Olivier MORETEAU) الذي يذهب إلى القول بأن الإستوبل قاعدة موضوعية في قانون المسؤولية¹، وقد اتجهت بعض السوابق الإنجليزية إلى الحكم بأن قاعدة الإستوبل المترتبة على الوعد في حالات خاصة يمكن أن تخلق سببا للدعوى، وترتب أثرا موضوعيا.

فمنذ 1947 أضحى موقف القاعدة محل جدل، حيث دعت الحاجة إلى إعادة النظر في سلسلة القضايا التي تقوم على الإستوبل المترتبة على الوعد، ابتداء من قضية شركة (central London) ضد (High Trees) السابق الإشارة إليها²، وقد قرر بمناسبتها القاضي اللورد Denning أنه لايسمح لشركة سونترال لندن المطالبة بمبالغ الإيجارات الكاملة خلال الفترة من 1940 إلى 1945، وعلى شركة هاي تريز أن تدفع مبالغ الإيجارات قبل التخفيض، ابتداء من الوقت الذي انشغلت فيه كامل الشقق أي في منتصف 1945، وكان ذلك أول استخدام لقاعدة الإستوبل بموجب الوعد، وتقرر فيه أنه إذا قام أحد الأطراف بسلوك أدى لإقناع الطرف الآخر بأنه لن يتمسك بحقوقه القانونية، فإن المحكمة ستمنعه من التمسك بحقه هذا في الفترة التالية.

وللتدليل على أن تلك القاعدة قاعدة احتجاج ومطالبة ما ورد على لسان السير جيمس استيفن: "إذا كان الإغلاق بالوعد الذي تم قبوله في قضية (High Trees) بافتراض صحته يجب أن يعامل الإغلاق كقاعدة قانون موضوعي، فالوعد الذي بني عليه التعامل أو التصرف يتعين أن يعتبر وعدا ملزما ليس على أساس غياب المقابل، والقانون لا يمنع من إثبات وقائع معينة أو التأكيد على وجود حق معين دائما، قاعدة الإثبات لا تتدخل في هذا"³.

كما قرر اللورد القاضي (DIPLOCK) بموجب الحكم الصادر في قضية (Mills v Cooper)⁴، بمناسبة إثارة قاعدة عدم التناقض المترتبة على قضية فرعية في النزاع، بالقول أنه مهما

Sir Rupert CROSS, and Nancy WILKINS ,op.cit , p.306

¹-انظر:

O.MORETEAU, 'estoppel et la protection de la confiance légitime: éléments d'un renouveau du droit de la responsabilité (droit anglais et droit français), thèse de doctorat, Lyon III, 1990, p. 309.

²- Central London Property trust v High trees House Ltd, King's Bench Division reports, 1956 1 All England reports, 256.

³-انظر:

Sir Ropert CROSS, Nancy WILKINS, Outline of the law of evidence ,op.cit, p.606.

⁴-انظر:

Sir Rupert CROSS and Nancy WILKINSs, ,ibid , p.468.

قيل عن القواعد القانونية التي لها علاقة بالإستوبل، إن هذه الأخيرة ليست من قواعد الإثبات، صحيح أن لها أثر مانع يمنع الطرف الذي توجه ضده من أن يقدم بينة على أن ما يدعيه الطرف الآخر، لكن قاعدة عدم التناقض المستندة إلى التزاع هي تطبيق خاص لنظام (**public policy**) التي توجب إنهاء التزاع، فما تقتضيه المصلحة العامة يعتبر وصفا دقيقا لاعتبار الإستوبل قاعدة قانون موضوعي أكثر منها قاعدة إثبات.

بينما يرى فريق ثالث من الفقه أن الإستوبل هي قاعدة إثبات، وفي ذات الوقت قاعدة موضوع ومن أنصار هذا الإتجاه الفقيهين (**DAVID** و **PUGSLEY**) حيث يقرران بأن الإستوبل يقتبس خصوصيته من نظام الإثبات، وفي المقابل يعني كذلك بمضمون الحق، إذ أنه في حالات محددة يمنع طرف ما من إثبات واقعة أو الإدعاء بشيء ما²، وأيضا الفقيهة **F. DREIFUSS** (**NETTER**) بقولها أن الإستوبل يأتي في المنتصف بين المرافعات في المجال الإجرائي ومضمون الحق³.

هذا وإنه يستدل عن الكثير من السوابق القضائية أنها تتجه إلى الاعتداد بالإستوبل كقاعدة إثبات وبنفس الوقت قاعدة قانون موضوعي، من ذلك مثلا سابقة **Canadian and Dominion Sugar Co. Ltd. v Canadian National (west Indies) Steamships Ltd**⁴ أين تقرر بأن الناقل لا يستطيع أن ينكر الحقائق الواردة في بوليصة الشحن، ما يجعل مضمون البوليصة ملزما للناقل وبمناسبة هذا الحكم جاء على لسان القاضي اللورد (**Lord WRIGHT**) أنه: "غالبا ما

¹ -وهي تشبه إلى حد كبير فكرة النظام العام في القانون الفرنسي؛ راجع فكرة **public policy** في القانون الإنجليزي. انظر:

D.LOYED, A comparative study in English and French law 1953, D. tallon, Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais, mélanges Savatier, 1963, p. 883

² -انظر:

R. David et D. Pugsley: Les contrats en droit anglais, 2 ème éd, LGDJ, Paris, France, 1985, p.45 et s.

³ -انظر:

F. reiffuss-Netter, Les manifestations de volontés abdicatives, LGDJ, Paris, France, 1985, P. 216.

⁴ -انظر:

Canadian and Dominion sugar co. Ltd. V Canadian National (West Indies) Steamships Ltd .1947 Appeal court cases 46.Pleas of the crown, 4.2.2

توصف قاعدة الإستوبل بأنها قاعدة إثبات، والمؤكد أنها كذلك، لكن المصطلح في جوهره يعد أكثر كقاعدة قانون موضوعي¹.

وقد سارت سابقة **Mercantile Bank of India Ltd v Central Bank of India** على نفس النهج أعلاه، على اعتبار أن الإستوبل قاعدة إثبات وقاعدة موضوع في قضية تتلخص وقائعها في أن شركة (Narayana Aiyar and sons) رهنّت وصولات سكة حديد مع البنك المركزي الهندي **Central Bank of India** مقابل سلفة ووفقا للعرف الجاري أعاد البنك الوصولات إلى الشركة لتمكينها من إجراء مقاصة، غير أن الشركة غشا منها قامت برهنها مرة ثانية لبنك (Mercantile Bank of India) مقابل الاستفادة من سلفة أخرى، فقضت المحكمة بأنه وتطبيقا لقاعدة الإستوبل يمنع البنك المركزي الهندي من الإدعاء بأية حقوق على الوصولات لأنه بإعادتها إلى الشركة يكون قد تنازل عن حقوقه لها فيها، ما يجعل تصرف الشركة صحيحا بأن قامت برهنها إلى البنك التجاري الذي تعاقد معها بحسن نية وقبل الرهن².

إذا كانت قاعدة الإستوبل بحسب الأصل وسيلة دفاعية تهدف إلى حماية الثقة المشروعة التي تولدت عند الخصم حسن النية، والتي اعتمد عليها ثم عصف بها الخصم عند تناقضه في سلوكه الإجرائي، ولكن سير القضية ليس ثابتا وإنما متغير ومتطور، لذلك قد تنقلب الأدوار فيأخذ المدعي مركز المدعى عليه والعكس صحيح، فيتطور الإستوبل إلى وسيلة هجومية.

وما قد يضيف عليها صفة دفع أو وسيلة هجومية هو مدى اشتراط الضرر الواقع بسبب تناقض الخصم في سلوكه، مما يجعل الإستوبل تتجاوز حدودها الدفاعية وتكون سببا في جبر الضرر عن طريق المطالبة بالتعويضات أو الغرامة الإجرائية بالاستناد على نظرية التعسف في استعمال الحق والمسؤولية الإجرائية دون الاكتفاء بالحكم بعدم القبول.

¹-انظر:

Sir Ropert CROSS, op.cit , p.606.

-"Estoppel often described as a rule of evidence as indeed it may be. so described, but the whole concept is more accurately viewed as substantive law".

أشار إليه صادق عبد علي طريخم، المرجع السابق، ص.200

²-انظر:

Mercantile Bank of India Ltd v central bank of India, 24,jan, 1935, 160 Indian cases 430 (1935) 69 Malayan Law Journal 509.

وجدير بالتذكير أن اشتراط سوء نية الخصم المتناقض مع نفسه لإعمال قاعدة الإستوبل يجعل منها وسيلة هجومية، وعكس الأمر إن عدم اشتراط سوء نية الخصم المتناقض يجعل منها وسيلة دفاعية، ومتى اعتبرت كذلك انحسر دور حسن النية في نظرية الإستوبل، بينما يزدهر دوره فيما لو استعملت كآلية إجرائية هجومية¹.

وواقع الحال أن مدى اعتبار الإستوبل دفعا أو سببا للدعوى يعتمد بالدرجة الأولى على طبيعة النظام القانوني الذي يرعى تطبيقها، لذلك نجد قاعدة عدم التناقض في القانون الإنجليزي تستخدم كدفع أكثر مما تستخدم كسبب للدعوى **estoppel may only be used as a shield to a claim rather than as a sword**، حيث أنه ينظر إليها على أنها قاعدة إثبات، وقد ظهر ذلك جليا في حيثيات حكم محكمة الاستئناف في قضية **(Combe V. Combe²)** من خلال رفض السماح باستخدامها كسبب للدعوى، من قبل زوجة سابقة لاستقطاع مبلغ نفقة مالية من الزوج، والذي كان قد وعدا أثناء إجراءات الطلاق بدفع مائة جنيه سنويا كنفقة مستمرة مقابل امتناعها عن المطالبة بها قضائيا ثم لم يف بما وعد به، مع العلم أن وعد الزوج لم يكن بمقابل، وانتهز اللورد **(DENNIG)** الفرصة للتوضيح في حيثيات حكمه بأن المبدأ الذي أرسنه سابقا **(High Trees house³)** لا يخلق أسبابا جديدة للدعوى لم تكن موجودة أصلا وأنه من المهم عدم التوسع في تطبيقها خشية الإبتعاد عن العدل وأكد على ضرورة المقابل للمطالبة بتنفيذ الوعد.

وقد صدر عن محكمة الاستئناف بالسودان قرار أكد فيه على أن قاعدة إغلاق الحجة الانصافي يمكن استخدامها فقط فيما يتعلق بتعديل أو إنهاء التزام موجود لكنها لا تصلح لخلق أسباب جديدة للتقاضي، لكن هذا التصور قد تم تجاوزه، حيث أصبح بالإمكان استخدام قاعدة عدم التناقض كسبب للدعوى لإمكانية خلقها أسبابا جديدة للتقاضي⁴.

¹-انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.38.

²-انظر :

- Combe v. Combe, 1952, England and Wales court of appeal (civil decision), King's Bench reports, 215.

³-انظر:

Central London Property Trust v. High Trees House Ltd, Kings Bench Division reports, 1956 All England reports, 256. Cf. O. Moreteau, L'estoppel et la protection de la confiance légitime, thèse préc., p. 309.

⁴-انظر: جمهورية السودان، محكمة الاستئناف، طعن رقم 428، سنة قضائية 1975. صادر بتاريخ 1976/05/08. أشار إليه أحمد سيد أحمد، الإستوبل الإجرائي، المرجع نفسه، ص.37.

فقاعدة عدم التناقض المترتبة على الملكية وقاعدة عدم التناقض الإنصافي وعدم التناقض الفرعي وقاعدة عدم التناقض المترتبة على الوعد تستخدم أيضا كسبب للدعوى. واستخدام هذه القاعدة كدفع فقط أصبح موضع شك في قضية¹ **Re Wyvern Developpent**، حينما قرر القاضي اللورد (TEMPLEMAN) أنه لم يعد بالإمكان الإستمرار في اعتبار قاعدة عدم التناقض مجرد دفع وأنها يمكن أن تخلق حقوقا، ونفس الموقف الذي تبناه اللورد القاضي (DENNING) في قضية² **Evenden v Guildford City Association Football Club**، حيث لم يعد يشترط إعمال الإستتوبل وجود علاقة عقدية مسبقة بين الطرفين، وأنه بالإمكان أن تكون سببا للدعوى.

ومن السوابق القضائية التي أخذت بالإستتوبل على أنها دفع، نذكر مثال الحكم الصادر في قضية³ **Avon Country Council v Howlett 1983**، أين حكمت محكمة الاستئناف البريطانية لمصلحة المدعى عليه، وقضت بإمكانية استخدام الإستتوبل كدفع لتنفيذ إدعاء المدعي، والذي لولاها لكان قد كسب الدعوى وتتلخص وقائع القضية في أن (Howlett) تلقى أجرا إضافيا من الجهة المستخدمة، وتصرف بالمبلغ بناء على الاعتقاد بأن المبلغ تم دفعه بصفة قانونية له تعويضا عن إصابته في العمل، بأن اشترى بدلة جديدة وسيارة مستعملة ولم يكن ليشتري هذه الأشياء، لوعلم أن المبلغ ليس من حقه، ولأن الدفع الإضافي ليس خطأه قررت المحكمة أنه لا يجوز للجهة المستخدمة أن تجري خصومات من مرتبه لاسترجاع المبلغ الإضافي المدفوع له.

وفي المقابل تقرر في قضية **Amalgamated Investment and Property Co.v Texas**

Commerce International Bank Ltd⁴، أن قاعدة الإستتوبل المترتبة على الاتفاق تصلح سببا للدعوى، وقد قضت المحكمة بموجبها أن الطرفين عند إبرام عقد الضمان كان هناك اعتقاد مشترك

¹-انظر:

Re Wyven Developments, 1974,1, Weekly Law reports, 1907.

²-انظر:

Evenden v Guildford City association football Club, 1975, Queen's bench reports, 917.

³-انظر:

Avon country Council v Howlett 1983, Irland Law Reports, 171 Court of Appeal.

⁴-انظر:

Amalgamated Investement and Property Co.Ltd. v Texas Commerce International Bank Ltd, Queen's Bench Repports 184.

بأن العقد يشمل كل الدين وليس فقط الدين الذي على المدعى عليه، وبالنتيجة جرى تطبيق الإستوبل كسبب للدعوى وتم منع المدعي من إنكار الاتفاق¹.

وفي قاعدة عدم التناقض المترتبة على الحكم القضائي الثابت أنها لا تكون لها حجية إلا بالنسبة لأطرافها وخلفهم العام والخاص ولا تسري ضد الغير الذي لم يكن ممثلاً في الدعوى. في حين أنه بالنسبة لقاعدة عدم التناقض الفرعي (collateral estoppel) يستطيع الغير استخدام هذه القاعدة كدفع لإنكار المسؤولية أو كسبب للدعوى لتثبيت مسؤولية الطرف الآخر عن واقعة معينة.

والحقيقة أن القضاء الأسترالي قد تخطى وتجاوز موقف المحكمة العليا في لندن في قضية **High Trees House**، وتوسع تطبيق هذا المبدأ على قضايا أخرى، أين لا توجد علاقة قانونية سابقة بين الخصوم، واستخدمت الإستوبل المترتبة على الوعد كسبب للدعوى² أيضاً تأسيساً على فكرة التصرف دون ضمير، وتأكد ذلك بمناسبة قضية **Walton Stores(Interstate) LTD v. Maher**، حيث قضت المحكمة بالإجماع لصالح الجهة المدعية بتحميل الشركة التعويض عن العطل والضرر اللاحق بالزوجين ماهر (المدعين) عملاً بالإستوبل، واستندت على توقع الجهة المالكة (بسبب دفعهم من الشركة المدعى عليها إلى تكوين افتراضات تقود إلى الوثوق والاعتماد) والضرر الذي أصابها من جراء السلوك المنافي للضمير من جهة الشركة المدعى عليها بسبب نقضها للوعد الضمني بالتعاقد³، وبالنسبة للقضاء الأمريكي، يعد الإستوبل وسيلة هجومية تقوم على فكرة الاعتماد (reliance)⁴،

¹-انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.215.

²-انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع نفسه، ص.355.

³- بناء على اتفاق بتأجير الزوجين ماهر عقاراً يملكه لشركة **Walton store LTD** التي وعدتُما بإرسال مشروع عقد الإيجار و بعد إعلامهما باقتراح إجراء تعديلات على العين المراد تأجيرها واستجابة لهذه المقترحات شرع الزوجان ماهر في هدم البناء لتشييد آخر يتناسب أكثر مع حاجيات الشركة المستأجرة ولكن الأخيرة أخذت تماطل في إمضاء العقد بالرغم من علمها بأعمال الهدم و البناء، فقام الزوجان عن طريق محاميها بإرسال العقد الموقع من جانبها إلى الشركة للتوقيع عليه. غير أن هذه الأخيرة عن طريق موكلاها فاجأتهما بأنها لم تعد ترغب في التعاقد معهما وعليه لجأ الزوجان ماهر للقضاء واحتجوا بالعقد المبرم بين الطرفين وبكونه ملزماً. غير أن المشكلة هي أن العقد لم يوقع من جانب المدعى عليها. و بالرغم من ذلك حكمت المحكمة لصالح الزوجان بالنظر إلى دور صمت الشركة في تشجيع الزوجان على متابعة أعمال البناء إلى غاية التاريخ الذي قررت فيه العدول عن التعاقد وعدم إسراعها في تبليغها بتراجعها عن التعاقد، هذا يشكل تصرف خاطئ ساهم في تكوين الاعتقاد لدى المدعيان برغبتها في توقيع العقد فعلياً مما يجعلها تتحمل المسؤولية كاملة.

⁴-انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.38.

وتعتبر قاعدة عدم التناقض المترتبة على الوعد بصوره عامة بديلا أو أساسا لوضع الوعد موضع التنفيذ، وقد استخدمت بعض المحاكم الأمريكية قاعدة الإستوبل كدفع، وبعضها الآخر اعترفت بأن قاعدة عدم التناقض المترتبة على الوعد تصلح أن تكون كسبب إيجابي للدعوى كما فعلت المحكمة العليا بالينوي.

وكانت محاكم تكساس العليا مترددة حول مدى الاعتراف بقاعدة الإستوبل المترتبة على الوعد في قضية (Wheeler v. White)¹ كأساس للإدعاء الإيجابي، وكان (Wheeler) قد تابع (White) أمام القضاء بسبب الضرر الذي أصابه من جراء وثوقه بوعد الأخير، تم تجسيده في اتفاق مكتوب يدعمه مقابل مالي للحصول على قرض لتمويل بناء مركز تجاري على أرض يملكها ويلر.

حيث يتبين من حكم محكمة تكساس العليا أنها استخدمت هذه القاعدة سببا إيجابيا للدعوى لمنع الواعد من إنكار قابلية الوعد للتنفيذ بسبب غموضه وعدم تحديده في موضوع تقديم التمويل².

الفرع الثاني

مدى اعتبار الإستوبل دفعا موضوعيا أو إجرائيا أم دفع بعدم القبول

إذا كانت قاعدة الإستوبل بحسب الأصل وسيلة دفاعية في القانون الإنجليزي لا بد من تحديد نوع الدفع³ بالإستوبل الإجرائي، والدفع باعتباره جواب الخصم على ادعاء خصمه بقصد منع الحكم له بما يدعيه، يتخذ إحدى صور الدفع الإجرائية الثلاثة في قانون المرافعات التي تتنوع

¹ - انظر:

Wheeler v White, 1966, Tex.398, south Western peprts, sep.30.2009.

² - انظر: صادق عبد علي طريخم، المرجع السابق، ص.351.

³ - والدفع هو تمسك الخصم أمام المحكمة بما يؤدي إلى تفادي الحكم عليه بطلبات خصمه، أو إلى تأخير هذا الحكم، وحق الدفع حق أساسي من حقوق الدفاع للخصم. والأصل أن القانون ينظم الدفع باعتبارها وسيلة لرد المدعى عليه على الدعوى، وتمكينه من الاعتراض عليها أو على إجراءاتها، فهي الأداة المقابلة للدعوى في يد المدعى عليه، ومع ذلك فإن المدعي يحق له تقديم دفع الرد على الطلبات العارضة للمدعى عليه، كما يحق له الرد على دفع المدعى عليه سواء من ناحية موضوعها أو إجراءاتها، وهو ما يعد دفعا بالمعنى الواسع. وتعمل الدفع على تحديد محل الخصومة لأنها تحدد للقاضي المسائل التي يتعين عليه أن يبحثها للفصل في الدعوى، فالقاعدة أن القاضي يقصر بحثه في الدعوى على المسائل التي تنازع عليها الخصوم أو تلك المتعلقة بالنظام العام. والدفع بأنواعها هي وسيلة المنازعة في الدعوى، و يعد الدفع وسيلة من إجراءات الخصومة ويخضع للقواعد العامة للإجراء القضائي ويشترط للفصل فيه أن تتوافر شروط قبوله، ويمكن إجمالها في أن يكون الدفع قانونيا و جوهريا بان يتعلق بموضوع الدعوى أو إجراءاتها ويكون مؤثرا بحيث يؤدي إلى تغيير وجه الحكم فيها، بالإضافة إلى شرط الصفة ولا يثور هذا الشرط بالنسبة للدفع التي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه بسبب تعلقها بالنظام العام. راجع: وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات"، مرجع سابق، ص.487-488.

بين دفع وشكلية وهي توجه لإجراءات الخصومة فقط دون التعرض لأصل الحق، ودفع موضوعية توجه لأصل الحق المدعى به وتنطوي في ذات الوقت على وسائل دفاع تتعلق بأصل الحق عندما تنكر وجوده أو تزعم انقضاءه، ودفع توجه للحق في الدعوى فتنكر سلطة الخصم في استعمال الدعوى كالدفع بعدم القبول¹، ذلك أن صور الدفع بعدم القبول تتعدد فيأخذ بعضها صورة الدفع بعدم القبول الإجرائي، ويتخذ البعض الآخر صورة الدفع بعدم القبول الموضوعي وداخل هذين التقيسيمين يوجد دفع يتعلق بالنظام العام ودفع لا تتعلق بالنظام العام. هناك من اعتبر الإستوبل على أنه دفع موضوعي على أساس أنه قاعدة إثبات للحق الموضوعي، وتستتبع رفض القضية موضوع، لاسيما في الإدعاءات المتناقضة على مستوى القضية، كما لو تمسك المدعي بواقع أو قانون ثم نازع في ذات الوقت في صحتها.

وهناك من يعتبره دفعا بعدم القبول²، بهذا تؤدي فكرة عدم القبول إلى تحقيق وظيفة هامة تتفق مع مبدأ الاقتصاد في الخصومة، إذ يمتنع القاضي عن النظر فيما قدم إليه، وهو ما يوفر الوقت والجهد والمصاريف³.

وفي طبيعته القانونية يتعلق بما سبق وأن قدمه الشخص من قرارات، أو اتخذه من مواقف وأوضاع سابقة، ويكون أثر ذلك هو منع الشخص منعا مطلقا من أن يقدم أو يصدر أو يتخذ أوضاعا متناقضة بأي وسيلة كانت مع ما سبق وأن صدر عنه⁴، بسبب دور الإستوبل المانع

¹-انظر: أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، ط.2، دار المعارف، القاهرة، 1957، ص.6 وما بعدها.

²-« الدفع بعدم القبول دفع لا ينعي به الخصم على إجراءات أو شكل الخصومة كالدفع الشكلية، ولا على الحق المدعى به أي موضوع الدعوى كالدفع الموضوعية، وإنما ينعي به على حق المدعي في الدعوى، باعتباره حقا مستقلا عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى لطلب تقريره. و من هنا كان الدفع بوجود اتفاق التحكيم يقترب من الدفع بعدم القبول، غير أن الدفع بعدم القبول يجوز إبدائه في حالات محددة هي انتفاء المصلحة أو رفعها من غير ذي صفة أو لرفعها بعد الميعاد أو لسبق الفصل فيها ويرمي إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى. هذا ويختلف أثر الحكم في الدفع على ما قضت به المحكمة فقد يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى كما إذا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد أو عدم قبول الطعن لفوات الميعاد، وقد يترتب عليه زوال الإجراءات مع إمكان تحديدها كما إذا قضى بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل حلول الأجل فإنه يجوز تجديد الدعوى عند حلول الأجل.

أما إذا صدر الحكم بقبول الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة بأن تأسس على عدم أحقية المدعي في الاحتفاء بالدعوى يكون له حجية تحول دون إعادة طرح النزاع بين نفس الخصوم أما إذا تأسس على عدم ثبوت الصفة في مباشرة الإجراءات فلا يمنع من مباشرة دعوى جديدة ممن يملك تمثيل المدعي. ويجوز الدفع بعدم القبول في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها إلا إذا تعلق بالنظام العام كعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها أو لرفعها بعد الميعاد أو لرفعها من غير ذي صفة » .

راجع: هدى محمد مجدي، طبيعة وآثار الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم، مجلة التحكيم العربي، ع.10، سبتمبر، 2007، ص.73.

³-انظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص.492.

⁴-انظر: رمضان إبراهيم علام، المرجع السابق، ص.95 و106.

للخصم من ادعاء أو إنكار ما تم من جهته، مما يؤدي إلى نوع معين من الدفع يعتمد بالدرجة الأولى على عدم التناقض في السلوك الإجرائي دون الاعتداد بمسألة الوقائع.

ومن أنصار هذا الاتجاه الفقيه⁽¹⁾ (Dargent) الذي اعتبره دفعا بعدم سماع الدعوى وأدرجه ضمن الوسائل الإجرائية التي تفيد بالدفع بعدم سماع الإدعاءات، وكذلك الفقيه⁽²⁾ (Gaillard) الذي يعتبره آلية تسد وتعيق وتعمل كدفع بعدم القبول، كما ويرى القاضي مهيب معماري في الإستوبل مبدأ إجرائي يستند على حسن النية، وآلية مصححة تقوم على اعتبارات العدالة، والتي تعد دفعا بعدم سماع الدعوى لمعاقبة السلوك المتناقض³.

في حين يذهب البعض الآخر إلى الاعتداد بالإستوبل كدفع إجرائي استثنائي له أثر شبيه بالدفع بعدم القبول⁴، وهو عدم قبول الطلب أو الدفع دون الفصل في موضوعه لعدم استيفائه الشروط القانونية، فيكون الجزاء هو عدم سماع الدعوى.

وقد استلهم التقرير المرفوع لرئيس الوزراء الفرنسي في تعريفه لفكرة الإستوبل بشأن المرسوم الجديد المتعلق بتعديل قانون التحكيم الفرنسي التعريف الذي تبناه الفقيه الفرنسي (CORNU) في قاموسه القانوني⁵، وهكذا عرف التقرير فكرة الإستوبل بأنها دفع إجرائي يستهدف باسم حسن النية مجازاة التناقض في سلوك أحد الخصوم الإجرائي الذي يجب عليه أن يتقيد بسلوكه السابق بحيث يمنع من إبداء ادعاء جديد مناقضا له⁶.

¹-انظر:

J. DARGENT, op. cit, p. 229 et s.et pp.107 et 108.

²-انظر:

E. GAILLARD, op. cit., p. 246.

³-انظر:

M. MAAMARI, La nullité des sentences arbitrales à l'épreuve de la théorie générale des nullités en droit juridique privé, Revue « El mouhamoun », Barreau Tripolis-Liban, n° 1, année 2008, p. 165.

⁴-انظر:

O. BALDES, L'estoppel ou l'approche renouvelée des systèmes d'interdiction de l'auto-contradiction en procédure civile, Procédures, n° 3, mars 2013, p. 372.

⁵-انظر:

G.CORNU Vocabulaire juridique, 8^{ème} éd., PUF, 2007, p. 372

⁶-انظر:

Le rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-43 du 13 janvier 2011 indique qu'il s'agit là d'une consécration du principe anglais de l'estoppel, qu'il définit comme « une exception procédurale destinée à sanctionner, au nom de la bonne foi, les comportements d'une partie, celle-ci étant liée par son comportement antérieur et dès lors empêchée de faire

هذا ولقد تباين موقف الفقه الفرنسي في مدى اعتبار الدفع بالإستوبل من النظام العام منهم من يربطه ليس فقط بالنظام العام الداخلي بل يلحقه بالنظام العام الدولي¹، بالقياس على مبدأ المواجهة في التجارة الدولية، وقد توج هذا التوجه في القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 6 مايو 2006² الذي أعلاه إلى مصاف المبادئ العامة المتعلقة بالنظام العام، وتتلخص وقائع القضية في أن:

الشركة الفرنسية (jean X) كبائع أبرمت مع شركة مصرية دولية (Income) بصفتها مشترية عقد بيع سكر يضمن شرط تحكيم، و بعد نشوء نزاع بين الطرفين حول تنفيذ العقد، لجأت الشركة المصرية على إثره إلى التحكيم بتاريخ 2001/10/05، وصدر الحكم لصالحها بمبالغ معينة بتاريخ 2004/02/09، غير أن الشركة الفرنسية وضعت في حالة التصفية القضائية قبل صدور حكم التحكيم ابتداء من تاريخ 2003/07/01.

وقد استأنف المصفي الأمر القاضي بتنفيذ حكم محكمة التحكيم وصدر قرار في الموضوع تم الطعن فيه أمام محكمة النقض الفرنسية، وعلى إثره جاء حكم محكمة النقض الفرنسية مؤيدا لقرار محكمة الاستئناف لصالح الشركة المصرية، وورد في حيثياته ما مفاده أنه وطبقا للمذكرات المقدمة لمحكمة الاستئناف، إن الشركة المصرية أثارت امتناع المصفي عن الاشتراك في إجراءات التحكيم على الرغم من إعلانه بضرورة الدخول في خصومة التحكيم، وأن امتناعه هذا يعد تنازلا ضمينا منه عن الدفع ببطلان حكم التحكيم، ولما كان نطاق تطبيق مبدأ الإستوبل ومبدأ التنازل في بعض الحالات متشابهما، وحيث أنه يعود لقاضي البطلان فرض احترام مبدأ الأمانة في المرافعات من قبل أطراف خصومة التحكيم، فإن حكم محكمة الاستئناف لم يخالف مبدأ المواجهة بتكليفه للسلوك الإجرائي للمصفي بأنه يدخل في نطاق الإستوبل³.

valoir une prétention nouvelle ». Cass. 1^{ère} Civ. 3 févr. 2010, n° 08-21.288, JurisData n° 2010-051391; JCP (G) 2010, 178, note J. Ortscheidt; JCP (G) 2010, doct. 303, note E. Kleiman; JCP (G) 2010, 626.

¹-انظر:

N.DUPONT, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française, RTD Civ. 2010, p. 459

²-انظر:

Cass.1ère Civ, 6 mai 2009, n° 08-10.281 (n° 509 FS-P+B+I) Bull, n° 86; D. 2009, AJ. 1422, obs, Delpech et Pan 2959, obs, Clay, RTDCom, 2009, p. 546.

³-انظر:

X. Delpech, Arbitrage, estoppel et faillite internationale, Recueil Dalloz, 2009, p. 1422.

إن قرار الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية سالف الذكر أضفى على قاعدة منع الخصم من التناقض إضرارا بالغير طابعا عاما، وهو ما يدفع القاضي، في حالة عدم وجود نصوص خاصة بأن يجازي سوء النية الإجرائي أو عدم التزاهة في التقاضي، ومن ثم يمكن إلحاق قاعدة الإستوبل بمبدأ التزاهة الإجرائي الراسخ في القانون الفرنسي، حتى وإن لم يعد من المبادئ الموجهة للدعوى، إلا أنه استخدم مع ذلك كأساس للعديد من الأحكام التي أدانت عدم التزاهة في التقاضي¹.

بينما يرى البعض أن الإستوبل أداة تتعلق بالمصلحة الخاصة، بخلاف القواعد التي تتعلق بالنظام العام الدولي²، وقد يكون من الملائم تحديد نطاق تطبيقها خشية أن تؤدي إلى منع أي تناقض مما يحول دون تغيير الخصم لحججه القانونية أو منعه من أن يستند إلى دفع لم يكتشفه مؤخرا، فينبغي توخي الحذر حتى لا تفضي إلى معاكسة حرية الحركة في الدعوى، وألا تستخدم قاعدة الإستوبل لعدم قبول كل سبب جديد بحجة أنه يناقض ما سبقه، وإلا أدى ذلك إلى تجميد دفاع الخصوم³. وفي السياق ثبت في القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 ديسمبر 2012 بأن خرق قاعدة الإستوبل من طرف المحكم لا يمثل مساسا بالنظام العام ما لم يتعلق بالغش الإجرائي الذي يعيب الحكم، ولا يشكل في حد ذاته سببا من أسباب البطلان المنصوص عليها في المادة (1502) من قانون المرافعات الفرنسي (حاليا المادة 1520 من ذات القانون)⁴، على الرغم من أن الدفع بعدم القبول له صفة النظام العام في القانون الفرنسي، ويمكن إبدائه في أي حالة كانت عليها الدعوى، مع الإشارة إلى سلطة القاضي في الحكم بالتعويضات على الخصم الذي يماطل في إثارة الدفع بعدم القبول لغايات كيدية (المادة 123 من نفس القانون).

¹-انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص.70.

²-انظر:

S. Clavel, note s/ CA Paris 8 novembre 2007, Les petites affiches, 2008, n° 60, p. 25.

³-انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، المرجع نفسه، ص.77.

⁴-انظر:

La violation par l'arbitre de la règle de l'estoppel ne porte pas atteinte à l'ordre public international; note s/ Cass, 1^{ère} Civ. 19 décembre 2012, société d'économie mixte Botas Petroleum Pipeline Corporation c/ société Tepe Insaat Sanayii As, pourvoi n°11-13.269, Commentaires A. Pinna, Rev. arb, n° 01,01/01/2013, pp.148 – 149.

وإذا كانت المادة 125 مرافعات فرنسي تقرر للقاضي سلطة إثارة مسألة عدم قبول الدعوى من تلقاء نفسه كما في حالة انتفاء المصلحة، فهل نتصور أن ينطبق نفس الشيء بالنسبة لحالة الإستوبل بفرض اعتباره دفعا بعدم القبول؟

بداية إن الإجابة في القانون الإنجليزي تكون بالنفي، بدليل أن قاعدة الإستوبل في هذا القانون تحديدا تشمل أطراف الدعوى الأصليين، وتثار دائما من المترافع في مواجهة خصمه، ولا يمكن أن تثار بواسطة أجنبي، ويجوز للقاضي من تلقاء نفسه خلق أو وضع وسائل قانونية لم تقدم من الأطراف كافتراض عندما يعجز الأطراف عن التمسك بذلك، وليس واجبا عليه أن يربطها بالنظام العام برابطة ما، ولا يعني ذلك أن القانون الإنجليزي يغفل مفهوم النظام العام بالمعنى المكرس في القانون الفرنسي، بل فهناك ما يسمى (Public policy) الذي ينتج من القانون أو من السلطة التقديرية للقاضي وإن كان هذا الأخير لا يلحق بنظام عدم القبول¹. ولكن قاعدة الأستوبل بموجب التصوير (estoppel by representation) تشبه إلى حد ما الدفع بعدم القبول، ويكون التمسك بها لمن له مصلحة متى توافرت شروطها، والقاضي نفسه يمكنه ذلك وفقا لنظام (Public policy)².

غير أن القانون الإنجليزي لا يتضمن تشريعا خاصا شبيها للدفع بعدم القبول كما هو منصوص عليه في قانون المرافعات الفرنسي، وإن الاعتراف بهذا بالجزاء المترتب عن قاعدة عدم التناقض أو الإستوبل باعتبارها قاعدة دفاعية يترتب عليه طرح تساؤل آخر:

¹ -انظر:

V. Ph. MALAURIE , L'ordre public et le contrat , étude de droit civil comparé, France - Angleterre - U.R.S.S, thèse, Paris, 1951; D. Lloyd, Public policy, a comparative study in English and french law, 1953, cité par M-Ch. Cauchy Psaume, thèse préc., p. 263:

« l'application d'office résulte des termes de l'article 125 de nouveau code de procédure français, cette hypothèse ne se retrouve pas en droit anglais. Uniquement sur requête du défendeur ,le Master peut faire rayer le statement of claim pour manque de fondement juridique raisonnable , le demandeur se retrouve alors débouté de sa demande. CE qui ne veut pas dire que le droit anglais ignore la notion d'ordre public, bien au contraire, il existe une grande similitude entre la conception anglaise et la conception française. L'ordre public français est textuel et virtuel, tout comme le public policy qui peut aussi résulter de la loi ou de l'appréciation du juge. Cependant le public policy n'est pas incorporée au régime des irrecevabilités, l'estoppel by representation, en tant que fin de non recevoir , doit être soulevé par la partie qui entend s'en prévaloir et si le juge peut faire état de moyens de droit non avancés par les parties , il s'agit d'une proposition et non d'une imposition liée à un quelconque ordre public ».

² -انظر: رمضان ابراهيم علام، المرجع السابق، ص. 281.

هل يمكن إثارة عدم القبول أو عدم سماع الدعوى للاستتوبل مهما كانت عليه حالة الدعوى وفي أي مرحلة، مع أنه لا يدخل في تعداد حالات الدفع بعدم القبول الواردة في المادة (122) من قانون المرافعات الفرنسي¹؟ وهو ما يترتب عليه بالنتيجة البحث في طبيعة الدفع بعدم القبول ومدى ارتباطه بالنظام العام؟

بداية إن حالات عدم القبول المقررة بموجب نص المادة (122) من قانون المرافعات الفرنسي ليست واردة على سبيل الحصر، فيمكن على سبيل المثال الإضافة إلى الحالات المكرسة².
ويضاف إليه أن نص المادة (125) من نفس القانون، والتي تضم حالتين لعدم القبول يستدل من صياغتها أن التحديد وارد على سبيل المثال، وليس الحصر، فكلمة خاصة (notamment) دليل على أنه يمكن إضافة حالات أخرى؛ كما أن المادة (123) من ذات القانون³ وضعت تصورا مؤداه أن القانون ليس هو المصدر الوحيد لعدم القبول.

إن الدفوع بعدم القبول تطرح مهما كانت عليه حالة الدعوى، واستثناء يكون للقاضي سلطة الحكم على الخصم الذي امتنع عن إثارتها في الوقت المناسب لأغراض كيدية، بأداء تعويض عن الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، وهذا الجزاء مستقل به المشرع الفرنسي دون المشرع الجزائري⁴. ويعتبر سابقة جديدة في القانون الفرنسي إلزام الخصم المتماطل بالتعويض عن الضرر المفترض أنه يجتمى بالدفع بعدم القبول (إسقاطا على الإستوبل).

¹-انظر:

L'art 122 CPC Fr. dispose que : « Constitue une fin de non recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

²-انظر: يقابلها نص المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وورد في متن النص صراحة أن: "الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقدم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع".
³-انظر:

L'art 123 CPC Fr dispose : « Les fins de non recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plutôt ».

⁴- وورد في نص المادة 68 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أنه: "يمكن للخصوم تقديم الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفوع في الموضوع".

وإذا أمكن التوسع في فكرة أن الخصم الذي يماطل في الدفع بعدم القبول لغايات كيدية قد أدخل بواجب الاستقامة الإجرائي، وإذا دفعت الظروف إلى التسليم بهذا المنطق، فإنه لا يمكن الطعن بالإستوبل على الإستوبل (Cross-estoppel) من الخصم الآخر¹.

إذ كيف يمكن للمماطلة والتسويف من طرف الخصم في إثارة الدفع بعدم القبول أن تخلق تصويراً معيناً من شأنه أن يؤثر على السلوك الإجرائي للخصم الآخر، و تجدر الإشارة أنه في القانون الإجرائي الإنجليزي إثارة الإستوبل تكون دائماً أثناء المرافعات، وفي أول فرصة مناسبة للخصم الذي يكتشف التناقض في المذكرات الجوابية للخصم الآخر، ويقع عليه عبء إثبات توافر الشروط المبررة لقبول الدفع المثار، ويكون جزاء من يتأخر في إثارته حرمانه من التمسك به .

وإنه من الصعب الجزم بمسألة تعلق دفع الإستوبل بالنظام العام في مفهوم القانون الداخلي الفرنسي، وإن فكرة النظام العام هي من أدق المسائل القانونية، وكلمة النظام العام هي من الكلمات العامة التي لا يمكن وضع تعريف دقيق لها²، وتؤثر فكرة النظام العام في النظام الإجرائي أمام جهات القضاء المختلفة، ومن أهم مظاهر تأثير هذه الفكرة على المحاكم وإجراءات المحاكمة ما يعرف بالدفع المتعلقة بالنظام العام، والتي تخضع إلى نظام قانوني خاص يجعل منها استثناء من القواعد العامة للدفع القضائية، حيث أن هذه الدفع يمكن إثارتها من قبل الأطراف متى توافرت المصلحة العامة ودون التقييد بميعاد معين، وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، كما ينبغي للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه في أي مرحلة وإن تنازل عليها الخصوم³.

¹ - انظر: أحمد عوض الجيد العجب فضل المولى، مبدأ الإغلاق في القانون السوداني، المرجع السابق، ص.78، نقلا عن قاموس سليمان حارث الفاروقي، ص.258.

² - وتعتبر فكرة النظام العام في الشريعة اللاتينية فكرة قانونية حيث يتم تحديدها من خلال نصوص القانون على أن يؤخذ بمعناه الواسع، وكان القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 أول من استعمل اصطلاح أو تعبير النظام العام وذلك من خلال نص المادة 6 منه والتي تنص على أنه لا يمكن باتفاقات خاصة مخالفة القوانين التي تتعلق بالنظام العام أو الآداب. راجع: حسين عبد الله الكلاي، النظام العام العقدي، دراسة مقارنة، ط.1، دار السنهوري، بغداد، العراق، 2016، ص.26.

وفي الواقع لم تجتمع كلمة الفقه حول سلطة القاضي التقديرية ومدى تقيده بالنصوص التي يصرح المشرع باعتبارها من النظام العام حيث بعضهم وقف على ظاهر النص، وبعضهم الآخر تحرر من التقييد ودعا إلى البحث عن غاية النص، وذهب آخرون إلى أن نطاق النظام العام يجاوز نصوص القانون، ولا يمكن إغفال دور القضاء في خلق القواعد التي تهم النظام العام والآداب العامة وهو ما جعل البعض يتحدث عن النظام العام المضمّر أو الافتراضي (الاجتهادي) ويعد الاجتهاد القضائي حامياً للنظام العام ومفسراً له. راجع: حسين عبد الله الكلاي، المرجع نفسه، ص.187 وما يليها.

³ - انظر: علي مجيد العكيلي، لمى علي الظاهر، الحماية الدستورية لفكرة النظام العام، ط.1، المركز العربي للنشر والتوزيع ثقافة بلا حدود، القاهرة، 2018، ص.133.

ويتعين الإشارة بأن محكمة النقض الفرنسية كرسست في قضية تحكيم داخلي مبدأ الإستوبل بالإشارة صراحة إلى ذلك، عندما رفضت إدعاء المستأنف بأنه لم يحتج أبدا بتطبيق حكم من أحكام اتفاقية نيويورك لعام 1958، خلافا لما كان قد ادعى سابقا.

وذهبت محكمة النقض إلى أبعد من المحاكم الإنجليزية بتطبيق المبدأ تلقائياً، حتى وإن لم يكن المدعي قد اعتمد عليه كدفاع عن الدعوى، ويبقى أن نرى ما إذا كان هذا النقل الأول لمبدأ الإستوبل إلى القانون الفرنسي سيؤكده الاجتهاد القضائي اللاحق وسيمتد ليشمل المسائل التعاقدية¹.

ويبدو من الصعب الربط بين وظيفة النظام العام الذي يقصد به تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وفكرة الدفع بعدم القبول للإستوبل، ومن المستبعد أن لا يكون لهذا الدفع قوة ملزمة على الرغم من عدم تعلقه بغايات النظام العام الأساسية، وقد يلقي تبريره الوحيد في أن القواعد الملزمة ليست بالضرورة من النظام العام، ومن نتائج الصفة الإلزامية للإستوبل أن كل شرط أو اتفاق يقيد من ممارسة هذا الدفع أو يجد منه أو يؤدي إلى التنازل عنه مقدما يعتبر باطلاً أو لاغياً.

وقد يكون من الملائم البحث في أهمية الدفع بالإستوبل في فكرة الآداب العامة² الوجه الآخر للنظام العام، باعتبار الإستوبل وسيلة أصيلة لتهديب القضية وتوجيه السلوك الإجرائي، حيث تعتبر الآداب العامة جزءاً من فكرة النظام العام إذ تعبر عن الحد الأدنى من العادات الأخلاقية اللازم مراعاتها في المجتمع، وتعد بذلك المظهر الأخلاقي الأكثر خصوصية للنظام العام³، وهي مجموع

¹-انظر:

Cass. Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005, D. 2006, p. 1424, note Agostini; D. 2005, pan. p. 3050, obs. T. Clay; Gaz. Pal. 24/25 févr. 2006, note F.-X. Train, cité par C. Balosso, L'adaptation de la doctrine du promissory estoppel en droit contractuel français: la possibilité d'adoption d'un principe général de confiance légitime ? Blog de Mr. P. Guez, Droit des contrats, site internet: <https://blogs.parisnanterre.fr/content/royaume-uni-1%E2%80%99adaptation-de-la-doctrine-du-promisoy-estoppel-en-droit-contractuel-fran%C3%A7ais->

²- وقد عرفها الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنها: "مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقتهم الاجتماعية وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس". عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون تاريخ نشر، ص. 81.

³-انظر:

« Les bonnes mœurs se définissent comme les règles de la morale sociale considérées comme fondamentales pour l'ordre même de la société. Dans cette optique, la contradiction dans la conduite d'une personne au préjudice d'une autre peut être jugée incompatible avec une certaine morale de comportement qui implique, par exemple, la confiance dans la parole donnée. M.-Ch. Cauchay Psaume, th. cit., p. 267.

العوامل الأخلاقية والاجتماعية والتي مبعثها الدين والعرف والتقاليد في مجتمع معين وفي زمن معين¹، وقد يمثل التناقض في سلوك الشخص على حساب الغير مظهرا مخالفا لأخلاقيات التعامل يترتب عليه الإخلال بالثقة في الكلمة المعطاة، وهو ما يتنافى مع غاية الآداب العامة التي تفرض على الفرد احترام المبادئ التي يقوم عليها المجتمع خاصة الأخلاقية منها .

كذلك إن مسألة اعمال الإستوبل قد تصطدم بالأسباب والدفع المتعلقة بالنظام العام، ولنا أن نتساءل عن مدى خضوعها للجزاء الإجرائي بعدم القبول لكونها قدمت متأخرة، عندما تكون غير متوافقة مع مسلك الخصم السابق، أم أن صفتها المتعلقة بالنظام العام تجعلها تفلت من القضاء بعدم قبولها².

وهذا الطرح سبق وأن فصل فيه حكم محكمة العدل الأوروبية في قضية **Centro Movil** ضد **Claro** الصادر في 26 أكتوبر 2006، والذي قضى بأن الدفع أو السبب المستند لنص تشريعي أمر يستهدف حماية المستهلك وفقا لتشريعات الاتحاد الأوروبي لا يجوز أن يقضى بعدم قبولها، حتى ولو كانت إثارتها المتأخرة تشير إلى وجود مسلك غير نزيه من جانب المستهلك³.

وكما يرى بعض الفقه الفرنسي يمكن تعريف الإستوبل في مادة المرافعات في عدم قدرة الخصم على إبداء أو إثبات وقائع في إجراءات التقاضي تتعارض مع ما سبق الإدلاء به من قبل، وهي بذلك أداة موجهة لحماية الثقة المشروعة وتعمل فنيا كدفع بعدم القبول⁴، مع ذلك الجمعية

¹-انظر: عمر السيد أحمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص. 156.

²-انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص. 78.

³-انظر:

CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, MOSTAZA CLARO, Rev.arb ;2007, p.109, note L. IDOT; JCP, éd.G.,2007, I, 168, obs. Ch.SERAGLINI;JDI, 2007, P.581, note A.MOURE.

⁴-انظر:

S. GUINCHARD et autres, Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès, 2^{ème} éd ,Précis Dalloz, Paris , n° 543:

« En matière procédurale, l'estoppel peut ainsi être défini comme l'incapacité dans laquelle se trouve une partie d'alléguer ou de prouver dans une procédure judiciaire, qu'un fait est différent de se qu'il apparait avoir été. Elle a donc une vocation à protéger la confiance légitime et fonctionne techniquement comme une fin de non-recevoir ».

العمومية لمحكمة النقض الفرنسية اعتبرت أن مجرد توافر ظرف أن الخصم قد تناقض مع نفسه إضراراً بالغير لا يقتضي بالضرورة الحكم بعدم القبول¹.

وجدير بالذكر أن من الفقه الفرنسي من جعل من الإستوبل الإجرائي وسيلة تصحيحية حيث يكون اللجوء إليها استثنائياً في حالة قصور أو عجز الآليات الإجرائية الأخرى عن مواجهة التناقضات الإجرائية كالغش الإجرائي والوضع الظاهر والتعسف في استعمال الحق في التقاضي والمصلحة المشروعة لشرط لقبول الدعوى².

ويعتبر الدفع بمبدأ الإستوبل سلبياً حيث يقتضي من الأشخاص المخاطبين بالقانون الامتناع عن القيام بعمل معين³، وهو عدم الوقوع في التناقض بخلاف مبدأ الترابط المنطقي أو الاتساق فيما يعرف بـ (**le principe de cohérence**)، وهو مبدأ إيجابي وإن كان الدفع به دفعا سلبياً بحيث لا يقع على صاحب المصلحة في التمسك به عبء إثبات وجود التجانس.

في حين يعتبر الدفع بالإستوبل دفعا إيجابياً، يتضمن التمسك بوجود تناقض في سلوك الخصم ويقع إثباته على المتمسك بالدفع ولو كان في مركز المدعى عليه، كما ويقع عليه إثبات إصابته بالضرر⁴، هذا وإن قانون الإجراءات المدنية الفيدرالي الأمريكي⁵ (**Federal Rules of Civil**)

¹ - انظر:

Arrêt n° 573 du 27 février 2009 (07-19.841) Cour de cassation-assemblée plénière.

² - انظر:

O. HILLAL et M-N. JOBARD-BACHELLIER, Les applications du principe en droit du contentieux interne et international, art.préc, pp. 77-78

³ - انظر:

L. USINIER, Mitigation of damages v. estoppel: la circulation des modèles anglo-américains à la Cour de cassation, RDC, n° 2, 01/04/2013, p. 701.

⁴ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.42.

⁵ - انظر:

Rule 8. General Rules of Pleading (c) Affirmatives Defenses. (1) In General. In responding to a pleading, a party must affirmatively state any avoidance or affirmative defense, including: accord and satisfaction; arbitration and award; assumption of risk; contributory negligence; duress; estoppel; failure of consideration; fraud; illegality; injury by fellow servant; laches; license; payment; release; res judicata; statute of frauds; statute of limitations; and waiver. Federal rules of civil procedure (The rules were first adopted by order of the Supreme Court on December 20, 1937, transmitted to Congress on January 3, 1938, and effective September 16, 1938) as amended to December 1, 2016, U.S. Government publishing office, Washington: 2016, <http://judiciary.house.gov/wp-content/uploads.../civil2016pdf>.

(Procedure)، ومقتضى المادة(8)منه المتعلقة بالقواعد العامة للدفاع يعتبر الدفع بالإستوبل من الدفوع الإيجابية (Affirmative defenses). بما فيه الدفع بحجية الحكم (res judicata).

المطلب الثاني

شروط أعمال الإستوبل وموانع التطبيق

لامكانية التمسك بقاعدة عدم التناقض أو الإستوبل والتذرع بها لا بد من توافر شروط معينة، فإن قامت هذه الشروط يمكن الإحتجاج بها، فعلى الرغم من تعدد صور الإستوبل إلا أنها تشترك في نقاط معينة تتفق عليها غالبية الأنظمة القانونية المقارنة (الفرع الأول). إلا أنه في حالات أو وضعيات معينة يصبح من الصعب الإحتجاج بها بسبب وجود موانع تحول دون إثارتها في القانون الوضعي أو في الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط اعمال الإستوبل

فكرة الإستوبل، حتى يمكن الإحتجاج بها، ينبغي توافر شروط معينة، ويمكن ردها إلى أربعة عناصر أساسية، فمن جانب لا بد من وجود تناقض في سلوكين متتاليين وفائدة نتجت عن التناقض في السلوك، ومن جانب آخر لا بد من أن يؤدي التغيير في السلوك إلى الإضرار بالغير ويكون التفصيل فيها كالاتي:

أولاً: وجود سلوك أولي سابق للطرف الأول واستمرار وجوده

معناه قيام تقرير أو تصوير أولي (قد يكون تصريحاً أو تصرفاً معيناً) واضح¹ غير ملتبس صادر بحرية وبتبصر من شخص مؤهل قانوناً، يتناول وقائع راهنة أو سابقة²، أو هو ادعاء يتصل بالواقع أو بحالة الأشياء صادر من شخص بنية توصيله إلى شخص آخر، ويتم بمختلف وسائل التعبير إما بسلوك ايجابي أو سلبي ويسمى تصويراً «**représentation**»³، فكما يمكن أن يكون

¹-انظر:

- M-Ch. CAUCHY PSAUME, L'estoppel by représentation; étude comparative de droit privé français et anglais, op. cit, P. 47.

²-انظر: محمود محمود مغربي، جدلية ظاهرة الإستوبل Estoppel وقانون التحكيم، المرجع السابق، ص.44.

³-انظر:

“ The representation is a statement made by, or on behalf of , one person to, or with the intention that is shall come to the notice of another person, which relates, by way of

الموقف عبارة عن كلام وسلوك، فإنه يمكن أن يكون ضمناً كمجرد السكوت أو السهو أو الإهمال¹، وأن يكون السلوك حقيقي ومحددًا، أي واضحاً وجلياً، ويجب صدوره في ظروف تحمل الإنسان العاقل على الاعتقاد بأنه قد قصد منه أن يتصرف على هديه، وعلى أن يكون التصرف قد تم فعلاً.

ويتعين أن يظل قائماً، أي لم يتنازل عنه الخصم أو قضي بعدم وجوده، يفضي بالنتيجة إلى إيمان المقصود بالتصوير بصحة موضوع التصوير، فيعدل موقفه، عندها سيمنع لاحقاً صاحب التصوير، وفي أية منازعة قد تنشأ بينه وبين المقصود بالتصوير من إقامة الدليل على عدم صحة معطيات التصوير الأولى في حالة اعتراض المقصود بالتصوير على ذلك في الوقت المناسب. ولا يشترط وجود علاقة عقدية بين الطرفين لإثارة قاعدة عدم التناقض بل يكفي وجود علاقة قانونية سابقة تنشئ في ظروف معينة التزامات وحقوق للطرفين²، هذه العلاقة قد تكون موضوعية، وقد تنشأ تلك العلاقة عن أعمال إجرائية كالدعوى أو الخصومة.

وكتطبيق للتصوير الإيجابي نضرب مثلاً عندما يختار المدعي بين إحدى المحكمتين صاحبتى الاختصاص المحلي لتحصيل حقه يعتبر سلوكه بمثابة تصوير يمنح عليه مناقضته لاحقاً، كما حكم في قضية (Rex.v Evans) لسنة 1854³.

وتتلخص وقائعها في أنه جرى طرد أحد موظفي جمعية خيرية، فتقدم بمراجعة هذا القرار أمام هيئة التحكيم وكان إجراء يسمح به نظام الجمعية، يمنع عليه لاحقاً اللجوء في نفس القضية لمحكمة أخرى، وكانت مختصة للنظر فيها وذلك بسبب اختياره مواجهة الهيئة التحكيمية. ومثاله أيضاً ما جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية الذي أشار لأول مرة إلى الإستوبل في منطوقه بتاريخ 15 ديسمبر 2011، حيث قررت بأنه:

affirmation , denial , description or otherwise , to a matter of fact". Spencer – Bower & Turner, The law of actionable misrepresentation, 3 ème éd. Londres, 1974, p. 3.

¹-انظر: رمضان ابراهيم علام، المرجع السابق، ص.99.

²-وقد أكد على هذا الحكم القاضي اللورد Donaldson في قضية Fancy Goods V Michael Jackson:

(Durham fancy goods v Michael Jackson (fancy goods), 1968 2, Queen's bench Reports 839.

أشار إليه صادق عبد علي طريخم، المرجع السابق، ص.218.

³-انظر:

- A. Martin, L'estoppel en droit international public, op. cit, p. 28.

"بينما طعنت شركة (gewiss) بالحكم الصادر في 15 ديسمبر 2005 للمطالبة بإبطال الحكم، فإنه لا يمكن لها، دون أن تناقض نفسها بما يلحق ضررا بشركة (Nergeco) أن تدفع أمام محكمة الاستئناف أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية، خلال الإجراءات القانونية المؤدية إلى هذا الحكم" وقد اعتبرت المحكمة السالفة الذكر أن سلوك الشركة في الحكم يخلق لدى الخصم الآخر اعتقادا بأنها تتمتع بالشخصية القانونية، لا يجوز لها فيما بعد أن تتناقض بادعاء عدم تمتعها بتلك الشخصية القانونية أمام محكمة الاستئناف¹.

وكمثال عن التصوير السلبي نضرب مثال ما قضت به محكمة استئناف القاهرة² وإعمالا للإستوبل بأن: "سكوت الشركات المحكمة طوال فترة التسويات البنكية رغم اتصالها بأمر مصري، يشكل في ذاته مساهمة من جانبهم في خلق وتأكيده صفة الدكتور أ.ب حسب مكانته الواقعية.

ومن غير المقبول أن تعود الشركات بعد ذلك لتجادل في تمثيل د/ أ.ب لهم بقصد التنصل من آثارها وتواجه بالإستوبل، حيث شواهد الحال تدل على أن الشركات المدعية تعتبر أطرافا في تسوية النزاع وفي اتفاق التحكيم، وتكتسب من ثم صفة الخصم أو الطرف في خصومة التحكيم".

وكما تكون **Estoppel by representation** مباشرة كأن تكون حدثت بين شخصين مصدرها ومستقبلها، فإنها تكون غير مباشرة، ويظهر ذلك عند ممارسة الوكالة والتفويض وغيرها، فهي في هذه الحالات تحدث عن طريق وسيط وهو مقدمها، وهو ممثل عن الفاعل الحقيقي، فهذا الأخير هو الذي يرتبط بها وتنصرف آثارها إليه. فالوسيط ليس إلا أداة ولكن بشرط أن يكون

¹ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل في القانون الإجرائي، المرجع السابق، ص. 24.

² - في قضية تلخص وقائعها في أنه وبسبب توقف مجموعة شركات مساهمة أسسها الدكتور /أ.ب مع آخرين (18 شركة) عن دفع ديون قروض ائتمانية مستحقة لبنوك دائنة، حرر في 2004/11/22 اتفاق يتضمن تسوية ديون ومشاركة، بموجبه صارت البنوك الدائنة شريكا مؤقتا في شركات الدكتور/أ.ب، بتحويل ديون القروض وفوائدها إلى أسهم لحين الوفاء بتلك الديون، ويتضمن هذا الاتفاق شرطا تحكيميا، وتاريخ 2007/01/15 وقع الطرفان (الدكتور /أ.ب والبنوك الدائنة) عقدا ملحقا للتسوية يتضمن حق كل من أطراف العقد حال تقدم مستثمرين بعروض نقدية لشراء الأصول العقارية لشركات الدكتور/أ.ب، التقدم بذلك العرض وبالسعر المحدد إلى باقي الأطراف للموافقة عليه بعد 3 أشهر من الإخطار وإلا اعتبر العرض مقبولا، وفعلا تقدمت إحدى الشركات بعرض ولم يعترض أحد واعتبر العرض ملزما لهم. غير أن الدكتور وبصفته وكيلا عن أولاده والممثل القانوني لشركاته (18 شركة)، لجأ إلى التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ضد البنوك الدائنة، وطالب ببطان عرض الشراء وبطالان العقد، فصلت فيها هيئة التحكيم برفض طلب المحكم، وبناء عليه أقيمت دعوى أمام الدائرة التجارية بمحكمة استئناف القاهرة أربع دعاوى بطلان حكم التحكيم ووقف تنفيذه من الدكتور أ.ب ممثلا عن أولاده وسبعة من شركائه وأيضا مجموعة الشركات العقارية في مجموعة شركات الدكتور/أ.ب.، وفي نعيمهم على حكم التحكيم اتفقوا على عدم صحة تمثيلهم وأنهم لم يكونوا أطرافا في اتفاق التسوية وأنما غير معنية بالنزاع التحكيمي ولا يمتد إليها البند التحكيمي. راجع: أحمد سيد أحمد محمود، المرجع نفسه، ص. 197.

الوسيط يعمل لحساب غيره في حدود سلطاته¹، كما لو كان سلوك (أ) اتجاه (ب) ينم عن وجود عقد وكالة بينهما كان يودعه ثروته لإدارتها أو لبيع بناء مشيد أو أموال منقولة، فيمنع فيما بعد على المنازعة لاحقا في صفة (ب) كوكيل عنه أو المخاصمة في صحة العقود أو التصرفات الجارية من قبله لكون سلوكه نحوه أظهره بهذه الصفة².

ثانيا: اتجاه الطرف الآخر إلى الاقتناع بحالة معينة واعتماده عليها

أي أنه نتيجة ثقة الخصم الآخر واعتماده على التصوير الصحيح قام بعمل أو امتنع عن عمل أو أعطى شيئا، فالاستمالة والتشجيع لا تكفي لقيام قاعدة الإستوبل. وتأتي أهمية هذا الشرط من أنه يتجه لإثبات أو تقدير أن السلوك قد نشأ وأخذ به على محمل الجد³.

ويجب أن يكون الاعتقاد معقولا. ولا بد أن يكون تصرف المقصود من التصوير أو عدمه مبني على إيمانه به بأنه تصوير صحيح ومنتظم. فلا يجوز التذرع بالإستوبل انطلاقا من الإيمان بتصوير يعلم المقصود به تمام العلم أنه غير صحيح.

فضلا عن ذلك على من يتمسك بالإستوبل إثبات أن من شأن التصوير حمل أي إنسان عاقل إلى الاعتقاد بأنه حقيقي، والظن أن صاحبه رمى من خلاله إلى حمل المقصود به على التحرك بالطريقة التي تحرك بها، بمعنى أنه نتيجة ثقته واعتماده على التصوير الصحيح قام بعمل أو امتنع عن عمل أو أعطى شيئا، كما لو ترتبت في ذمته مبالغ معينة أو الامتناع عن أعمال معينة كانت لصالحه لكنه عدل عنها لثقتة في صدق التصوير⁴.

¹-انظر: رمضان إبراهيم علام، المرجع السابق، ص.100.

²-انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص.94.

³-انظر: صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص.223.

⁴-أما ما عدا ذلك من تصوير يؤدي إلى قيام شك لدى الموجه إليه التصوير أو إغفال أو إهمال من جانبه كلها حالات خارجة عن الإستوبل و يضرب مثال قضية :

Handler.V.Mutual Reserve Fund Live Association لسنة 1904 والتي تلخص وقائعها في أن شخص يسمى Handler وقع على عقد تأمين مدى الحياة مع شركة التأمين، و رغبة منه بإطالة مدة الاستفادة من بوليصته المنتهية أصلا، دفع علاوة إضافية و حصل مقابل ذلك على إيصال يفيد بعدم إمكانية الاستفادة من إطالة مدة البوليصة لمن لم يكن بصحة جيدة عند دفع العلاوة، وهذا الشرط لم يكن متوافرا بحالته عندها وبالتالي كانت البوليصة ستسقط حتما، إلا أن Handler زعم بوجود منع الشركة من نفي قبولها إطالة البوليصة سندا للتصوير الناتج عن تسليمه إيصال العلاوة، هذا التصوير الذي بسببه أحجم عن إبرام عقد جديد معها مكفيا بتسديد العلاوة، وإن محكمة الإستئناف قررت أنه لم يحض على تعديل موقف بالشكل الذي يدعيه، لأنه أهمل في القراءة الكاملة للإيصال الذي سلم له. انظر محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع نفسه، ص.95.

ولا يشترط أن يكون التناقض في السلوك الإجرائي للخصم دفع الخصم الآخر إلى تعديل موقفه، بل يكفي أن يدفعه إلى الاعتقاد بمشروعية وصحة السلوك الإجرائي الأولي من الناحية القانونية، وهو الأمر الذي تقرر في القانون الفرنسي عبر التشديد على السلوك التناقضي الضار دون التركيز لجهة التعديل في الموقف كأحد الشروط الأساسية لإعمالها بمفهومها الإنجليزي¹.

ثالثاً: وجود سلوك لاحق للطرف الأول يتعارض ولا يتوافق مع سلوكه السابق

بمعنى حدوث تعديل في الموقف الأول ويؤثر على العلاقة بين الطرفين، وأن تكون له صفة قضائية أي وقع بمناسبة سير القضية، وهذا ما سيكشف عن وجود موقف ثان يتناقض مع الأول، فإذا تم الموقف خارج القضاء فإنه يخرج عن نطاق تطبيق القاعدة. إلا إذا ثبت التناقض أمام القاضي سواء كان قولاً أو فعلاً أو دلالة، وسواء صدر ابتداءً أمامه أو صدر أحدهما أمامه والآخر أمام غيره ولكنه ثبت لديه، وما يقع من تناقض خارج مجلس القضاء لا بد أن يثبت لدى القاضي في الدعوى حتى يعتبر²، وبناء عليه سيوجد إدعاء متناقض.

والتناقض جوهر الإستوبل، ولا يفيد عدم تنفيذ أو تقلب بل عدم تطابق أو تجانس بين سلوكين أو موقفين أو تصريحين صادرين من نفس الشخص ويتصلان بالموضوع ذاته، بحيث يستحيل البتة الجمع بينهما، فينبغي لرفع الظلم والحيف عن الطرف الثاني أن ينفذ الطرف الأول سلوكه الأول، الذي وثق به الطرف الثاني، واعتمد عليه متى تبين أن هذا التصوير ليس صحيحاً، ولكن قام ذلك الآخر بالتصرف طبقاً له إضراراً بمصالحه، فإنه ينتج على قدم هذا التصوير إنكار مطابقته للحقيقة. فلا يجوز أن يستفيد الطرف الأول من تناقضاته ويترك الشخص الثاني يصطلي وحده بلهب النتائج³، فمن غير العدل أن يرجع الطرف الأول عما قام به أو قطعه من وعد إلا إذا جاء هذا السلوك نتيجة إكراه أو ضغط غير مشروع فيكون من حقه الرجوع عما صدر عنه سابقاً.

¹ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل في القانون الإجرائي، المرجع السابق، ص. 26.

² - انظر: محمد صالح علي الدويري، التناقض المانع من سماع الدعوى وتطبيقاته في القانون المدني الأردني و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، قسم القانون المقارن، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2016، ص. 48.

³ - انظر: شيشرون وآخرون، أحكام العقد في القانون الإنجليزي، المرجع السابق، ص. 230.

وفي القانون الإنجليزي يمكن أن يقع التناقض في مجلس قضاء واحد بأن يقع أمام نفس القاضي مباشرة ويسمى تناقض فوري، ويمكن أن يقع بين دعوى المدعي ودعوى أخرى صدرت من نفس الشخص ويشترط ثبوته أمام القضاء.

كما هو معلوم أن محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها الجريئة احتفظت صراحة بحقها في مراقبة شروط تطبيق عدم القبول كجزء في حالة تطبيق قاعدة الإستوبل، إذ قررت بأن "بمجرد تناقض الشخص مع نفسه إضرارا بالغير لا يقتضي بالضرورة الحكم بعدم القبول"¹.

وتوضح الغرفة المدنية الأولى في سنة 2010² أن أعمال الاستوبل يتطلب تغيير في موقف (مسلك) المتقاضي من الناحية القانونية، من المرجح أن يضلل الخصم الآخر بشأن نواياه.

وتضيف محكمة النقض الفرنسية في سنة 2015 بأن التناقض لا يخضع للرقابة إلا إذا حدث في نفس الإجراء، لذلك لا يهم أن يكون المترافع قد اتخذ أمام قاض آخر موقفا مخالفا³،

¹-انظر:

Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, n° 07-19841.

²-انظر:

Cass. 1ère Civ. 3 févr. 2010, n° 08-21.288, Bull. civ. I, n° 25, JCP (G) 2010, 644, obs. Béguin J. ; D. 2011, p. 271, obs. Fricero N. Elle a ainsi jugé que : « Viole les articles 1502-3 et 1504 du Code de procédure civile (anciens), une cour d'appel qui qualifie d'estoppel l'attitude procédurale d'une société française (...) alors que, le comportement procédural de la société française n'était pas constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire l'autre partie en erreur sur ses intentions et que l'absence de contestation par la société française de la recevabilité de la demande reconventionnelle de la partie adverse entre l'ordonnance de procédure des arbitres et le procès-verbal d'audience arbitrale, n'emportait pas, à elle seule, renonciation à se prévaloir de cette irrecevabilité dans la procédure d'annulation » .

Cf. C. Bléry, Chronique Procédure civile (octobre 2014 - mars 2015) , Revue Lamy Droit Civil – 2015, n° 126. p. 9.

³-انظر:

Cass. Com. 10 févr. 2015, n° 13-28.262, P+B.

Dans une décision rendue le 10 février 2015, (Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-28.262 ; Procédures 2015, comm. 108, note Croze H.), la Chambre commerciale se prononce sur la coexistence entre le principe de l'estoppel et les moyens nouveaux soulevés en appel.

Les faits sont les suivants : la société Éditions Atlas résilie, sur le fondement d'une faute grave, le contrat, dénommé « contrat d'agent commercial », conclu avec une personne pour lui donner mandat de promouvoir, diffuser et prendre des commandes d'éditions et d'ouvrages dans un département. Atlas est condamnée en première instance à verser à la partie adverse des indemnités de rupture et de préavis. Changement de stratégie en appel: la société soutient pour la première fois que le contrat ne peut être qualifié de contrat d'agent commercial. La cour d'appel juge le moyen irrecevable: le comportement procédural de la

وفي نفس هذا الاتجاه التقييدي، ولكنه يتسق مع أحدث السوابق القضائية، القرار الصادر بتاريخ 22 يونيو 2017، وتتلخص وقائعه في أن شقيقتان تقربتا من بائع مزاد للنظر في بيع كأس ثمين، فيشك المتحف الوطني في ستوكهولم بأن الشيء المعروض للبيع يعود إليه وقد سرق منه في عام 1983، ويقوم بطلب الخبرة أمام محكمة القضاء الإستعجالي للتحقق من هوية المبيع. وخلال عمليات التبادل التي سبقت الاستدعاء، ادعت الشقيقتان ملكيتهما للكأس في مناسبتين على الأقل، في رسائل رسمية من محاميتهما. ومع ذلك عشية الجلسة، غيرتا موقفهما وادعتا أن الكأس ملك لوالدتهما وحدها، وبالتالي فإن دعوى المتحف غير مقبولة لانعدام الصفة في المدعى عليهما، وخلص القاضي الإستعجالي في الأمر الذي أصدره والذي لقي تأييدا من محكمة الاستئناف في باريس، بأنهما لا تستطيعان بالتالي أن تناقضا نفسيهما على حساب المتحف. غير أن محكمة النقض الفرنسية، بعد النظر من جديد في القضية، أعادت طرح "مبدأ أنه لا يمكن لأحد أن يناقض نفسه على حساب الغير"، ولكن مرة أخرى تقرر أنها ترفض تطبيقه على أساس أن الشقيقتين لم تغيرا في ادعاءاتهما خلال المناقشة القضائية، ولا يمكن أخذ المزاعم قبل الدعوى الإستعجالية بعين الاعتبار".

وتكتفي المحكمة بالقيود المفروضة على نطاق حظر التناقض، سواء من حيث الإطار الذي يجري فيه تقييم التناقض أو من حيث الطبيعة التي يجب أن يتخذها¹.

société constitue un estoppel, une véritable contradiction entre les deux positions adoptées successivement par la société.

Pourvoi et cassation au visa des articles 72 et 563 du Code de procédure civile : « Les défenses au fond peuvent être invoquées en tout état de cause et (...) pour justifier les prétentions qu'elles ont soumises au premier juge, les parties peuvent, en cause d'appel, invoquer des moyens nouveaux ».

¹-انظر:

En l'espèce, deux sœurs avaient pris contact avec un commissaire-priseur pour vendre une précieuse coupe. Un musée avait cependant cru reconnaître un objet lui ayant été volé plusieurs années auparavant. Il avait alors sollicité la désignation d'un expert afin de procéder à l'authentification de l'objet. Le fait est que les deux sœurs s'étaient d'abord présentées comme propriétaires de la coupe avant l'audience de référé puis avaient désigné leur mère comme véritable propriétaire pour être mises hors de cause. Se fondant sur l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, la cour d'appel (CA Paris, pôle 1, ch. 3, 15 déc. 2015, n° 14/08370 : JurisData n° 2015-028703) avait confirmé l'ordonnance déclarant irrecevable leur demande de mise hors de cause: pour les juges, les sœurs s'étaient bel et bien contredites au préjudice du musée et avaient violé le principe de loyauté des débats. Cette décision avait été censurée parce que « les deux sœurs n'avaient pas modifié leurs prétentions au cours du débat judiciaire et qu'il ne pouvait pas être tenu compte des allégations antérieures à la procédure de référé pour considérer qu'elles s'étaient contredites au détriment d'autrui ». Sans se référer

وتتابعت القرارات بعد ذلك، للحد تدريجياً من نطاق أعمال القاعدة في القانون الإجرائي: فمن ناحية، لا يمكن إثارة الدفع بعدم القبول في كل حالة تناقض الشخص مع نفسه إضراراً بالغير، لمجرد أن الخصم يعدل أثناء الخصومة ما قدمه فيها من طلبات أو دفوع متعلقة بالإجراءات أو الموضوع قبل أن يصدر حكم قطعي فيها، ولكن عدم القبول يجازي سلوك المترافع أو المتقاضى الذي يقدم ادعاءات متناقضة¹، وأن هذا التناقض يؤدي إلى تضليل الطرف الآخر بشأن نواياه.

aux « débats judiciaires », (V. en ce sens, L. Raschel, note sous Cass. 2e civ., 22 juin 2017, n° 15-29.202, préc.; Gaz. Pal. 31 oct. 2017, p. 62; N. Dupont, Quel intérêt revêt encore l'interdiction de se contredire en procédure civile ?, la semaine juridique, entreprises et affaires, n° 14, juin 2018, p.24.

¹-انظر:

Méconnaît le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, une cour d'appel qui tient compte des allégations d'une partie, antérieures à la procédure dont elle est saisie, alors que cette dernière n'a pas modifié ses prétentions au cours du débat judiciaire ;

LA COUR DE CASSATION, DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Vu le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le National Museum de Stockholm a assigné Mmes Françoise et Annette X... (Mmes X...) devant un juge des référés à fin de désignation d'un expert pour examiner une coupe Nautile que ces dernières ont présentée à un commissaire-priseur en vue de sa vente et dont il revendiquait la propriété comme lui ayant été volé en 1983 ;

Attendu que, pour déclarer irrecevable la demande de mise hors de cause de Mmes X... et confirmer l'ordonnance faisant droit à la demande d'expertise, l'arrêt retient que celles-ci ne peuvent sans se contredire au préjudice du National Museum et violer ainsi le principe de loyauté des débats, soutenir qu'elles doivent être mises hors de cause comme étant étrangères aux opérations d'expertise du Nautile qui serait la propriété de leur mère qui serait seule en sa possession et non pas, comme elles l'ont soutenu jusqu'à l'audience en première instance, la leur ;

Qu'en statuant ainsi, alors que Mmes X... n'avaient pas modifié leurs prétentions au cours du débat judiciaire et qu'il ne pouvait être tenu compte des allégations antérieures à la procédure de référé pour considérer qu'elles s'étaient contredites au détriment d'autrui, la cour d'appel a violé le principe susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 15 décembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ; (Cass. 2e civ., 22 juin 2017, n° 15-29202 : LEDC sept. 2017, n° 110w9, p. 6, nos obs).

وفي نفس السياق التقييدي لإعمال الإستوبل، استقر القرار الصادر عن الغرفة المدنية الثانية في 15 مارس 2018¹، والذي جمع بين عامل حدودي وصندوق التأمين الصحي في هوت سافوا، حيث هذا الشخص المقيم في فرنسا ولكن يعمل في سويسرا ومنتسب إلى التأمين الصحي السويسري والصندوق الإبتدائي للتأمين الصحي بهوت سافوا، قدم طلبا لشطب الانتساب من صندوق التأمين الإبتدائي في هوت سافوا وتم رفضه، ثم استأنف أمام محكمة الضمان الاجتماعي التي استجابت له واعتبرت المحكمة أن طلب انتساب المؤمن عليه إلى التأمين الصحي الفرنسي كان غير منتظم وبالتالي فإن الانتماء الناتج له هو غير منتظم كذلك.

وقدم صندوق التأمين طعنا بالنقض، ومايلفت الانتباه الوسيلة الأولى التي استند عليها حول انتهاك المبدأ القاضي بأنه ليس لأحد أن يناقض نفسه على حساب الغير، وجادل الطاعن المطعون ضده بأنه لا يمكن لأي طرف دون انتهاك المبدأ الطعن في شرعية الطلب الذي قدمه أو الاختيار الذي اتخذ، وبعبارة أخرى لا يمكن التمسك بطلب شطب الانتساب الذي قدمه المؤمن عليه بالتأمين الصحي الفرنسي على وجه غير مشروع، وبعبارة أخرى، لا يمكن للشخص المعني أن يجادل في انتماء كان قد سعى إليه هو نفسه في السابق.

غير أن الغرفة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية رفضت الطعن معللة قرارها بأن جزاء عدم القبول على أساس المبدأ الذي يقضي بأنه ليس لأحد أن يناقض نفسه على حساب الغير يعاقب على الموقف الإجرائي المتمثل في اتخاذ أحد الأطراف أثناء نفس الخصومة مواقف تتعارض مع سلوك سابق يكون القصد منه تضليل الخصم الآخر فيما يتعلق بنواياه، وفي القضية المطروحة السلوك المتناقض للمؤمن عليه والذي أثاره صندوق التأمين لم يثبت أثناء نظر الخصومة القضائية أمام مجلس القضاء وعليه كان طلب المطعون ضده مؤسس قانونا.

كما أن الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية أثارت هي الأخرى مبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير دون القضاء بإعماله على سبيل المثال، في القرار الصادر بتاريخ 22 سبتمبر 2015²، حيث نقضت قرار محكمة الاستئناف، وأشارت محكمة النقض إلى أن الدعوى

¹-انظر:

. Cass. Civ. 2e, 15 mars 2018, (F-P+B+I), n° 17-21.991, CPAM Haute-Savoie c/ M. X, JurisData n° 2018-003495; cf. N. Dupont, art. préc, p. 24; M Kebir, Estoppel: exigence d'une contradiction dans les positions adoptées au cours d'une même instance, Dalloz, actualité, 06 avril 2018.

²-انظر:

المعروضة على مجلس منازعات العمل (**conseil de prud'homme**) منفصلة عن الدعوى التي انتهت بحكم نهائي صادر عن المحكمة الابتدائية (**tribunal d'instance**). وهكذا انتهكت محكمة الاستئناف المبدأ القاضي بأنه ليس لأحد أن يناقض نفسه على حساب الغير وكذا المادة 122 من قانون الإجراءات المدنية¹.

ونقضت الغرفة الإجتماعية القرار المطعون فيه الذي قضى بعدم قبول الدعوى لمجازة المتقاضى الذي ينازع أمرا أمام مجلس منازعات العمل، ثم يدعي العكس أمام المحكمة الابتدائية بحكم أن الدعوى الأولى تختلف عن الدعوى الثانية التي صدر فيها الحكم.

هذا وإن منع التناقض مع النفس على حساب الغير لا يمكن أن يثار في الاستئناف، حينما تكون وسائل الدفاع التي أثارها طرف ما تتعارض مع تلك التي طورها أمام المحكمة الابتدائية. وفي الواقع ليس هناك ما يمنع المتقاضى في مثل هذه القضية من تغيير استراتيجية دفاعه في إطار قضيتين مختلفتين، لاسيما من خلال موضوعهما، وإن التناقضات لا تستحق دائما جزاء عدم القبول.

فمن الضروري التمييز وفقا لما إذا كانت تتعلق بالطلبات أو الوسائل، ومراعاة الخطة الإجرائية للخصم (إن البعض من الفقه يرى بأن سكوت الخصم عن قول الحقيقة ثم مفاجأة خصمه الآخر بوسائل دفاع جديدة يكون مبررا في بعض الأحيان، غير أن بعض السلوكيات تعكس حيلة الخصم باعتباره استراتيجية لعرض وسائله في القانون أو في الطلب كما في الدفاع)²،

Cass. soc., 22 sept. 2015, n° 14-16947 : JurisData n° 2015-021023 ; JCP E 2015, 1573, N. DUPONT ; JCP G 2016, 80, D. CHOLET ; D. 2015, p. 945.

¹-انظر:

Dans ce litige, à la suite de son licenciement, un salarié a signé une transaction avec son employeur. Le salarié a ensuite saisi le conseil de prud'hommes pour obtenir l'annulation de la transaction et le paiement de diverses sommes. Ces demandes ont été déclarées irrecevables par la cour d'appel en application du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui. En effet, dans un premier procès opposant les mêmes parties devant le tribunal d'instance, le salarié contestait l'existence d'un contrat de travail. Selon les juges d'appel, après la fin de leur relation, il n'était donc pas possible de saisir le juge prud'homal en invoquant la qualité de salarié. Cette contradiction dans les argumentations juridiques successives était constitutive d'une fin de non-recevoir. Par conséquent, le salarié a formé un pourvoi en cassation.

Vincent ORIF, La conception restrictive du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, Gazette du Palais - 22/12/2015 - n° 356

²-انظر:

S. GUINCHARD, Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable, 5^{ème} éd. Dalloz, 2009, n° 543.

وشروط الهوية الثلاثية (triple identité) التي وضعتها محكمة النقض الفرنسية (الغرفة المختلطة) تسمح للقضاة بالأخذ بعين الاعتبار عناصر معينة خاصة ما يتعلق منها بصفة المدعي و موضوع الدعاوى المثارة¹.

وفي قرار آخر تؤكد محكمة النقض الفرنسية حلا راسخا بأنه لا يمكن للمتقاضى الدفع بعدم القبول إلا إذا كان خصمه قد ناقض نفسه خلال نفس الخصومة القضائية، ومن ناحية أخرى لا يمكن استخدام الإستوبل لدفع التناقضات غير القضائية.

وتتلخص وقائع القضية، في أن شريكا في الملكية طعن في قرار إلغاء منصب بواب، وفي الدفاع جادلت نقابة المالكين المشتركين بأن هذا الطلب غير مقبول. بمجرد أن يناقض صاحب الإدعاء نفسه في يوم الاجتماع العام للمالكين المشتركين. حيث ادعى أنه اعترض على القرار الرئيسي بإزالة منصب البواب، واعتمد في الوقت نفسه قرارا ذا صلة باستخدام شركة تنظيف خاصة، وبغض النظر عن هذه التناقضات المحتملة خارج الخصومة القضائية، قضت الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية بأن الإستوبل لا يتدين إلا التناقضات التي تثبت امام المحكمة وتقرر الاستجابة لطلب المدعي².

وباختصار، يبدو حسب رأي أحد الفقهاء، إن الفائدة من وراء تكريس الإستوبل أو عدم التناقض تكمن في فاعليته في تهذيب القضية³، وفيما يتعلق بكونه تقنية قانونية فإنه ببساطة يسمح

¹-انظر:

N. DUPONT, Interdiction de se contredire au détriment d'autrui inter –procès, La semaine juridique, entreprise et affaires 19 novembre 2015, 1573.

²-انظر:

Cass. 3^{ème} Civ. 28 juin 2018 , n° 17-16693, Syndicat des copropriétaires de l'immeuble Y c/ M. X, PBI :

En l'occurrence, un copropriétaire avait agi en annulation d'une décision de suppression d'un poste de concierge. En défense, le syndicat des copropriétaires soutenait que cette demande était irrecevable dès lors que son auteur se serait contredit le jour de l'assemblée générale des copropriétaires. En substance, le jour de l'assemblée, l'intéressé se serait opposé à la résolution principale visant à supprimer le poste de concierge, et aurait concomitamment adopté une résolution connexe visant à recourir à une société privée de nettoyage. Peu importe ces éventuelles contradictions extrajudiciaires, dit la Cour, l'estoppel ne sert qu'à dénoncer des contradictions émises devant le juge.

V. G. GUERLIN, Estoppel: la contradiction doit avoir lieu devant le juge, l'essentiel droit des contrats, n° 08, date de parution 07/09/2018, p.5.

³-انظر:

لقضاة الموضوع بتقويم سلوكيات الخصوم في نطاق الخصومة القضائية. وفيما يتعلق بطبيعته القانونية، فهو يصنف ضمن المبادئ الصاعدة في قانون المرافعات التي تحمي العدالة الإجرائية، وهي تختلف عن تلك التي تختزل الحماية في حقوق الأطراف أي المصلحة الخاصة فقط، وهو نموذج لمعيار سلوك يحتذى به وهو ما يفسر سبب قيام الغرفة المدنية الثانية باستخدام مصطلح أكثر تقنية لتطبيق المبدأ على التناقضات الإجرائية لا غير باستحضار "موقف إجرائي" والمواقف المتعارضة أو غير المتوافقة مع بعضها"¹.

رابعا: الإضرار بالغير

أن يتسبب التناقض بوقوع ضرر للطرف الآخر، وهذا الشرط محل خلاف ذلك أن الفقه الانجليزي لا يكتفي بوجود التناقض في سلوك الخصم في حد ذاته لكي يرتب نتائجه، بل يجب إثبات أن المتقاضي قد تحصل على ميزة غير عادلة (أثري على حساب الغير) من تغيير موقفه أو تسبب في الإضرار بالخصم المقابل الذي اعتمد على السلوك الأولي للخصم المتناقض²، ولا ينطبق المبدأ عندما يكون الموقف الأول نتيجة لخطأ أو سوء تقدير لذلك يشترط إظهار نية الإضرار (الاحتيال)، على أقل تقدير، الاستهتار الواعي، بالتالي يجب على المتقاضي أن يعرف حدود حقوقه ويعي جيدا بأن موقفه سيحرض أو يحث الخصم الآخر على فعل شيء ما، أو على التصرف

Horatia MUIR WATT, L'accueil de l'estoppel en droit privé français, in l'internationalisation du droit :Mélanges en l'honneur de Yvon LOUSSOUARN, Dalloz, 1994, p.303.

¹ - N. DUPONT, Quel intérêt revêt encore l'interdiction de se contredire en procédure civile ? la semaine juridique - Entreprises et affaires, éd. LexisNexis, 14 juin 2018. P.27 :

« En somme, le principal - sinon l'unique - intérêt de la consécration du principe en vertu duquel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui semble résider dans sa vertu pédagogique, incitative et moralisatrice. En termes de technique juridique, il invite simplement les juges du fond à apprécier la stratégie d'ensemble et l'état d'esprit des plaideurs dans le cadre de l'instance ; en termes de politique juridique, il fait figure de modèle vers lequel tendre, de norme de comportement, ce qui explique probablement pourquoi la deuxième chambre civile, au lieu d'employer un vocable plus technique, évoque une attitude procédurale et des positions contraires ou incompatibles entre elles ».

²-انظر:

unfair detriment; Zedner V. U.S., 547 U.S. 489, 126 S. Ct. 1976, 164 L. Ed. 2d 749, 46 A.L.R. Fed. 2d 649 (2006) ; New Hampshire v. Maine, 532 U.S. 742, 121 S. Ct. 1808, 149 L. Ed. 2d 968 (2001) ; Arkison Ethan Allen v., Inc., 160 Wash. 2d 535, 160 P.3d 13 (2007), Romualdo P. et al., « Estoppel and Waiver », American Jurisprudence, Second Edition 2011, § 78) ; Fabien GIRARD , Estoppel : faut-il acclimater le Poison Tree ?, Revue Lamy droit des affaires, 2012, n° 69.

أو الامتناع في ظل ظروف تؤدي إلى استحالة تأكيد حقوق المعني الأول¹. وهذا من شأنه أن يمنع توقيع الجزاء على المتقاضين بسبب مجرد الإهمال أو الخطأ البسيط، و لا بأس من التركيز على مادية التصوير ولن يكون ذلك مانعاً للقول بأنه من المرجح أن يؤثر على حكم شخص عاقل².

هذا وإن الإستوبل في القانون الأمريكي، لا يمنع المتقاضي من تغيير حجته، فتناقضه لا يحاسب عليه إلا إذا فرض تحيزاً غير عادل على الخصم (ظلماً) أو إذا كان يمنح الخصم المتناقض ميزة غير عادلة (ميزة غير عادلة)³. بخلاف القانون الإنجليزي الذي يركز على الضرر الذي تعرض له الخصم ضحية التناقض.

وقد فسرت المحاكم الإنجليزية بطريقة موسعة، نظرية الضرر مشددة على طابعه المادي ليسهل تحديد قيمة التعويض، وإن الضرر المترتب عن تعديل الموقف يكون في أغلب الأحيان ضرراً احتمالياً وليس أنياً كما لا يستفيد من الإستوبل الغير بل تنحصر مفاعيله بين صاحب التصوير والمقصود به⁴.

وعلى النقيض من ذلك في القانون الأمريكي ونظيره الاسترالي حيث تم تجاهل الضرر المتأني لإعمال الإستوبل، والاكتفاء بأن يثق الطرف الثاني بالسلوك السابق للطرف الأول ويصدقه ويعمل على ضوئه، ويسمى ذلك بالوثوق أو الاعتماد كمعيار لتقييم الأضرار التي لحقت بضحية التناقض. أما في القانون الفرنسي، فإن المفهوم الذي اعتنقته الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية يختلف عن المفهوم الأنجلوسكسوني لقاعدة الإستوبل، فالقانون الفرنسي يركز على تكريس موسع لمبدأ التناقص والاستقامة الإجرائي، فلا مجال لحماية الثقة الخائبة بقدر ما هو مجال لمعاقبة التناقض،

¹-انظر:

J.DARGENT, op. cit, p. 152.

²-انظر:

E. Mckendrick, Contract Law, Palgrave Macmillan, Londres, 2011, n° 135.

³-انظر:

Le judicial estoppel du droit américain, dont s'inspire cette règle, n'interdit d'ailleurs pas au plaideur de changer d'argumentaire, son revirement n'est sanctionné que s'il impose à l'adversaire un préjudice injuste (unfairdetriment) ou s'il procure à son auteur un avantage injuste (unfairadvantage). Cour suprême des États-Unis, 29 mai 2001, New Hampshire v. Maine, 532 U.S. 742 (2001).

E. Piwnica, Recevabilité des moyens en appel et obligation de ne pas se contredire, Gazette du Palais, 16/06/2015, n° 167.

⁴-انظر: محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المرجع السابق، ص. 95.

حيث نلمس في منحها سعيا واضحا لإدخال القاعدة في التحكيم كقاعدة جوهرية، إنما في ظل ضوابط وأطر محددة تركز في جوهرها على معاقبة عدم التجانس في المواقف والتصريحات والسلوكيات من جهة، وعدم إقصاء وسائل عديدة يغتني بها النظام الفرنسي من جهة أخرى، مما يعني استيعاب الإستوبل ضمن مجموعة الأدوات الإجرائية الفرنسية.

ولقد قيدت محكمة النقض الفرنسية تطبيق الإستوبل بحيث لا يطبق حتما كلما وجد تناقض في سلوك الخصوم، واحتفظت لنفسها بحق مراقبة شروط تطبيقه، ولم تشترط أن يؤدي التناقض إلى تعديل الخصم لمركزه نتيجة لموقف خصمه المتناقض، واكتفت بأن يكون قد أصابه ضرر من جراء هذا التناقض.

وتأكد ذلك في ضوء إطلاق المادة 1466¹ من قانون التحكيم الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم 2011/48 بتاريخ 13 يناير 2011 التي تكرر استوبل فرنسية ونصت على أن يعتبر الطرف الذي يمتنع عن سابق دراية ودون سبب مشروع عن إثارة مخالفة أمام الهيئة التحكيمية في الوقت المناسب يعتبر أنه قد تنازل عن التمسك بهذه المخالفة.

وجدير بالذكر أن الضرر بالمفهوم الواسع يشمل مفهوم الأذى بالخصم ضحية التناقض أو مفهوم المنفعة التي يحصل عليها الخصم، ويبدو أن القانون الفرنسي قد استعان بفكرة التنازل في النطاق الإجرائي لإعمال الإستوبل، وإن كان من الضروري وضع حد فاصل بين الآليتين، حيث يظهر التباين بينهما من حيث كون التنازل عن إثارة مخالفة إجرائية يعاقب سلوك انفرادي لأحد أطراف الخصومة بمعزل عن مفاعيل أخذه من جانب الطرف الآخر، بينما يقتضي الإستوبل تحليل سلوك الطرفين تحقيقا لغايتها في حماية الثقة المشروعة للخصم الضحية².

¹-انظر:

Article 1466 : « la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ».

le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 (JORF 14 janv. 2011)

²-انظر: محمود محمود مغربي، ما الذي يجري في فرنسا حول الإستوبل تعليقا على المنحى القضائي والتشريعي المستجد حول الإستوبل، المرجع السابق، ص. 144.

الفرع الثاني

موانع اعمال الإستوبل في القانون والفقہ الإسلامي

يصطدم إعمال الإستوبل بموانع تحول دون إثارته من طرف صاحب المصلحة عندما يستعمل بشكل لا يتفق مع الغاية منه، ويبدو من المناسب عرض وموانع اعمال الإستوبل في القانون الوضعي وما يقابله من موانع في الفقہ الإسلامي وذلك على النحو التالي:

أولاً: موانع اعمال الاستوبل في القانون الوضعي

لا مجال لتطبيق قاعدة عدم التناقض إذا تخلف شرط من شروطها و كذلك إذا ثبت أن الدافع إليها يكمن في الغش أو الحيلة أو سوء نية ضحية التناقض وتدخّل إرادته في إعمالها، كما تتأثر قاعدة عدم التناقض وتراجع أمام فكرة النظام العام.

1- الغش الإجرائي

إن معالجة موضوع الغش لم ترق إلى نظرية متكاملة وهذا لا ينفي أن هناك نصوص مبعثرة تعالج مسألة الغش التي لا تكفي لسد كل صور الغش المستحدثة والمتجددة، وحيث أن عدم مشروعية الغش تعود إلى افتقاره إلى أساس قانوني يقوم عليه.

فحتى في غياب نص قانوني يحظره، ولسد هذا النقص القانوني، فإن القضاء مستقر على منعه من خلال أحكام المحاكم المتواترة، حيث تولد عرفاً قضائياً اكتملت عناصره واستقرت على مبدأ أو قاعدة معينة، فأصبحت هذه القاعدة أو ذلك المبدأ عرفاً ملزماً¹ في إطار ما أصبح يعرف بفكرة الغش يفسد كل شيء (أوما يعرف بقاعدة الغش يبطل كل التصرفات)، وهي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص².

وهذه القاعدة تجد تطبيقاً لها حتى في المجال الإجرائي وينطبق على الإستوبل بحد ذاتها فيشل إعمالها في القضية متى كانت تنطوي على غش مقصود، والغش الإجرائي هو عبارة عن إيهام الغير بواقعة غير صحيحة بقصد الإضرار بالغير، فهو الإخلال بواجب الصدق والتراثة في الخصومة

¹ - انظر: هلدبير أسعد احمد، نظرية الغش في العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب القانونية لبنان، د.س. ن، ص.34.

² - انظر: طعن رقم 1073 لسنة 48 ق. بتاريخ 21-05-1979، س.30، ق.ج.2، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض، ص.399، وانظر أيضاً طعن رقم 4507 بتاريخ 26-06-1996 منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة، ع.4، س.41، ق. ديسمبر، 1997؛ طعن رقم 4014 بتاريخ 30-01-1997، س.66، ق.ج.1، سنة 1997، طعن رقم 2001 بتاريخ 28-12-1998، منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة، ع.3، س.40، ق. يوليو، 1999، ص.113.

لتضليل المحكمة وصدور حكم ينافي العدالة، والحقيقة أن الغش في قانون المرافعات يعتبر عيباً مستقلاً في العمل الإجرائي وذلك باستعمال الحيل التدليسية بقصد التوصل إلى حصول على منفعة لا يقرها القانون بالشكل الذي تمت به¹، فالقانون في الكثير من نصوصه يلتقي بالقواعد الأخلاقية، وإن تطبيق قاعدة الغش يفسد كل شيء يبرز انتصار القيم الأخلاقية على الشكلية المنطوية على سوء نية بقصد الإضرار بالغير.

وقد يكون الغش مانعاً للطرف المتمسك بتطبيق الإستوبل أو قاعدة عدم التناقض عن التذرع به، وذلك في حال ما إذا أثبت أحد الأطراف أن تصويره المبني عليه حالة الإستوبل، ليس سوى نتيجة لتصوير سابق صدر عن الطرف المتمسك بالإستوبل «cross estoppel»، والواقع أن الإستوبل على الإستوبل غير جائز² «estoppel sur estoppel ne vaut».

ويشمل الغش جميع أنواع الإستوبل، وفي قاعدة عدم التناقض المترتبة على الحكم القضائي، لا يكون الحكم القضائي محلاً لتطبيق هذه القاعدة، إلا إذا ثبت الحصول عليه عن طريق الغش والتحايل كما في مثال قضية الدوقة (kingston³).

2- سوء النية الإجرائي

إن اشتراط سوء النية في الخصم المواجه بالإستوبل مسألة كانت محل خلاف بين النظام القانوني الأنجلوسكسوني ونظيره اللاتيني، فالأول لا يشترط سوء النية الإجرائي ففي النظام الإنجليزي يعد شرط سوء نية الخصم وشرط الإضرار بالغير وجهان لعملة واحدة، فيكفي لإعمال الإستوبل وقوع الضرر نتيجة للتناقض دونما النظر في حسن نية الخصم أو سوء نيته. بينما يشترط النظام الأمريكي سوء نية الخصم المواجه بالإستوبل كما في صورة الإستوبل المترتبة على الحكم القضائي، وبالتالي لا يواجه بالإستوبل الخصم الذي تناقض في سلوكه خطأً أو جهلاً منه.

¹-انظر: أحمد سمير محمد ياسين، الغش الإجرائي وأثره على الشكلية في قانون المرافعات المدنية دراسة تحليلية مقارنة، مجلة ميسان للدراسات

القانونية المقارنة، كلية القانون، جامعة ميسان، العراق، ص.15، متاحة على الموقع الإلكتروني

<https://www.uomisan.edu.iq/law/jmr/admin/upload/files/1.pdf>، اطلع عليه بتاريخ 201/11/30، على الساعة

11.00

²-انظر:

A.MARTIN, op.cit, p.44.

³- انظر:

Duchess of Kingston case(1775) , cité par :J.DARGENT, th.cit, p.30 et s.

أما النظام اللاتيني ولا سيما القانون الفرنسي فكان موقف الفقه والقضاء متباينا في اشتراط سوء نية الخصم المتناقض، فبينما اعتبره البعض شرطا جوهريا للتمسك بالإستوبل، فإن البعض الآخر ذهب مذهباً أكثر منه، بأن اشترط حسن النية في الخصم ضحية التناقض، وأن مجرد سوء نيته يمنعه من التمسك بقاعدة عدم التناقض.

وهو أحد الأسباب التي من أجلها احتفظت محكمة النقض الفرنسية صراحة بموجب قرار الغرف المجتمعة الصادر في 27 فبراير 2009، بحقتها في مراقبة شروط تطبيق عدم القبول كجزء في حالة تطبيق قاعدة الإستوبل، إذ قررت أن مجرد ظرف تناقض الخصم مع نفسه إضراراً بالغير لا يقتضي بالضرورة الحكم بعدم القبول¹.

وكان ذلك بمناسبة قضية الشركة (S) التي رفعت دعوى للمطالبة بتسليم كمية من بضاعة تعلم جيدا أنها غير مرخصة، ثم رفعت نفس الشركة دعوى أخرى للمطالبة بالفسخ أو بطلان عقد التسليم لكون البضاعة المعنية غير مرخصة، إلا أنه وبالرغم من تناقض المدعية سالفة الذكر في سلوكها فإنه لم يثبت أن هذا التعديل في موقفها أدى إلى الإضرار بالمدعى عليها الشركة (X) أو المساس بالثقة المشروعة، وحيث ثبت أن المدعى عليها كانت غير أمينة عندما أقنعت المدعية بأن البضاعة مرخصة وصالحة للبيع وكان من الواضح أنها بتمسكها بالإستوبل لم تكن حسنة النية إطلاقاً.

3- النظام العام الإجرائي

يعد النظام العام الإجرائي مانعا من تطبيق الإستوبل، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 14 نوفمبر 2013 برفض تطبيق مبدأ عدم جواز التناقض إضراراً بالغير عند إبداء الدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة لمخالفته مقتضيات نص المادة (123) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية كون الدفع بعدم القبول يمكن إثارته في أي حالة كانت عليها الدعوى.

كما أنه يستنتج من المادة (21) من قانون المرافعات المصري، الفقرة الثانية منها، نفس الحكم المتعلق بالنظام العام كمانع من تطبيق الإستوبل، ووفقاً لمقتضيات هذه المادة لا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه، وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها بالنظام العام.

¹-انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص.68.

حيث يفهم من ذلك أن الخصم متى تسبب في بطلان إجراء لا يجوز له أن يعود ويتمسك به، وإلا عد متناقضا في سلوكه الإجرائي يتوجب مواجهته بالإستوبل، غير أن ذلك لن يكون ممكنا إذا تعلق تمسك الخصم بالإجراء بالنظام العام.

وتفريعا على ذلك قضت محكمة النقض المصرية بصريح القول بأن عدم جواز التمسك ببطلان الإجراء من الخصم الذي تسبب فيه وفقا لنص المادة (21) من قانون المرافعات قاصر على حالة بطلان الإجراء غير المتعلق بالنظام العام أما إذا كان بطلان الإجراء متعلقا بالنظام العام أو كان الإجراء معدوما فإنه لا يرتب أثرا ويجوز لهذا الخصم التمسك بانعدام آثاره في جميع الأحوال¹.

4- تدخل إرادة الخصم المتمسك بقاعدة الإستوبل

إن تدخل إرادة الخصم ضحية التناقض في وقوع الخصم الآخر في التناقض، يعد هو كذلك مانعا من تطبيق الإستوبل وهو ما استقر عليه موقف القضاء الفرنسي، وقد كان محل تأكيد في القرار الصادر عن محكمة استئناف **Dijon** بتاريخ 2014²/02/11 الذي قضى بأنه:

"من المقرر في القضاء الفرنسي أن مجرد حالة التناقض إضرارا بالغير لا يؤدي بالضرورة إلى عدم القبول. كما أنه لما كان المؤمن قام بإعلان المؤمن له لمطالبته بدفع الأقساط فكان لزاما عليه إثبات هذا الالتزام عملا بمقتضيات المادة(1315) من القانون المدني الفرنسي ويقع على عاتقه تبرير تصريحاته التي تستوجب إثبات وجود عقد.

ولما كانت المستندات التعاقدية التي قدمها المؤمن بناء على حكم تمهيدي الصادر بناء على طلب من المؤمن له، لم يتضمن توقيع هذا الأخير، ولهذه الأسباب فلا يجوز للمؤمن أن يتمسك بمبدأ الإستوبل، حيث كان الدفاع وراء إبداء خصمه المؤمن له أمام محكمة الدرجة الأولى، حجة انتفاء ثمة علاقة تعاقدية بينهما ثم تمسكه بإهاء عقد قدم في سبتمبر 2006، هو تناقض في السلوك الإجرائي للمؤمن المدعي أمام محكمة الدرجة الأولى. حيث لولا تدخل إرادة المؤمن المتمسك بإعمال الإستوبل بالاحتجاج بعقد أبرم في سبتمبر 2006 أمام محكمة أول درجة ما كان حث ودفع المؤمن له على الوقوع في التناقض بين إدعائه أمام محكمة أول درجة بانتفاء أي علاقة تعاقدية

¹-انظر: نقض مدني، الطعن رقم 823 لسنة 47 قضائية، تاريخ الجلسة 24-04-1978، مكتب في 29، ج.1، ص.1088.

²- انظر:

ثم إدعائه أمام محكمة الاستئناف بإلغاء عقد سبتمبر 2006، ولذلك يمكن القول بأنه لا يجوز التمسك بالإستوبل ممن كان سببا فيه¹.

ثانيا: موانع قاعدة عدم التناقض في الفقه الإسلامي.

هناك بعض الحالات يجد فيها المدعي العذر في تناقضه في دعواه، فلا يمنع التناقض في مثل هذه المسائل صحة الدعوى²، الذي يمكن إجماله في مجموعة مسائل تعرف بما يستثنى من التناقض:

- دعوى ما يخفى سببه كالنسب والطلاق والخلع:

فالتناقض في مثل هذه المواضع تسمع فيه الدعوى، كما لو أقامت المرأة بينة على الطلاق ثلاثا بعدما خلعت نفسها، فإن لها أن تسترد بدل الخلع حتى وهي متناقضة، وأيضا الزوج الذي قاسم أخ زوجته ميراثها وأقر الأخ أنه وارث لها، ثم أقام بينة فيما بعد أن الزوج كان قد طلقها ثلاثا، قبلت بينته، ويرجع على الزوج بما أخذ من الميراث.

وعن التناقض في غير موضع خفاء، فينظر إن لم يكن قابلا للتوفيق فهو باطل لا تسمع فيه الدعوى، كمثال إدعاء شخص سيئا بالإرث عن أبيه ثم إدعائه شراء منه، لا تسمع دعواه لتعذر التوفيق ذلك أن الموروث من الأب لا يتأتى شراؤه منه، بخلاف العكس بأن يدعي شراؤه ثم يقول عجزته عن إثباته فورثته آخرا³.

ولا ينحصر موضع الخفاء في النسب والطلاق والخلع، بل إن ذلك على سبيل التمثيل لا الحصر، فلو استأجر شخص دارا ثم برهن على المؤجر أنها ملكه لأن أباه اشتراه له في صغره، فدعواه في هذه الحالة تسمع ولا يمنع هذا التناقض لما فيه من الخفاء، فإن الأب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك.

- إذا كان في العقد مساس بحق قاصر أو وقف، فيجوز لمن تم من جهته نقضه، كما إذا باع الأب أو الوصي أو المتولي مال القاصر أو الوقف، ثم ادعى وقوع غبن فاحش فيه فإن دعواه تسمع⁴،

¹ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص. 128.

² - انظر: رمضان إبراهيم غلام، المرجع السابق، ص. 74.

³ - انظر: رأفت محمد رشيد الميقاتي، المرجع السابق، ص. 174.

⁴ - انظر: العلامة الشيخ أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تنسيق و مراجعة وتصحيح، عبد الستار أوغدة، ط. 1، دار الغرب الإسلامي، د.ب.ن، 1983، ص. 477. أشار إليه: رأفت محمد رشيد الميقاتي، منع التناقض إضرارا بالغير في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 174.

- وذهب العلامة علي حيدر باعتبار ذلك من باب خيار الفسخ للمشتري وليس من التناقض في شيء لأن طالب الفسخ ليس معرضاً عن الاعتراف بوجود العقد¹.
- لو اشترى شخص أرضاً ثم ادعى أن بائعها كان جعلها مقبرة أو مسجداً، فإن إدعائه يقبل وتسمع دعواه صيانة لحقوق الجماعة، وإذا ثبت ذلك ينقض العقد.
- إذا اشترى الشخص العين المأجورة أو العين المرهونة بدون إذن المستأجر أو المرتهن علماً بأنها مأجورة أو مرهونة فإنه يبقى على خياره إن شاء فسخ البيع إن شاء انتظر انتهاء مدة الإجارة أو فكك الرهن، فهو في صورة اختياره فسخ البيع ساع في نقض ما تم من جهته، ولم يرد عليه سعيه.
- الرجوع عن الإقرار فيما يتعلق بحقوق الله التي تسقط بشبهة، بخلاف الرجوع عن الإقرار فيما يتعلق بحقوق العباد، لأنه حق ثبت لغيره فلم يملك إسقاطه بغير رضاه، وحق العبد ما ثبت لا يحتل السقوط بالرجوع.
- بعض الحقوق غير قابلة للسقوط أصلاً تبقى كما هي مثاله حق الفسخ للعقد الفاسد، وحق الاستحقاق في الوقف، وحق خيار الرؤيا، وحق تحليف اليمين المتوجهة على أحد المتداعين.
- وإن ما يستثنى من قاعدة الساقط لا يعود يمكن إن يقاس عليه، ويعتبر بمثابة استثناء من قاعدة من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه².
- للواهب أن يرجع في هبته وقد تم التصرف من جهته إذا تعلق برضا الموهوب له أو تحقق سبب مقبول.

المبحث الثاني

استقلالية مبدأ عدم التناقض من حيث الجزاءات المرصودة

يرتبط الجزاء بتحقيق النجاعة بالضرورة وهو ثمرة هذا البحث، وهي معادلة صعبة المنال في ظل عدم توحيد العمل بقاعدة عدم التناقض أو الإستوبل، ولقد يختلف الجزاء بحسب نوع قاعدة عدم التناقض التي يتمسك بها الخصم. وعلى هذا طورت المحاكم عبر سنوات طائفتين من القواعد كانت مثار الجدل من حيث اعتبار قاعدة عدم التناقض أو الاستوبل كدفع (متراس أو درع)، أو كوسيلة هجومية (سيف) وفي ذلك اختلفت التطبيقات القضائية وفقاً لما يتم تفصيله أدناه:

¹-انظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب الحامي فهمي الحسيني، ج.1، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص.99.

²-انظر: رأفت محمد رشيد الميقاتي، المرجع السابق، ص.175.

المطلب الأول

الإستوبل كدفع (درع)

إن الوظيفة الأساسية للإستوبل أنه يستخدم كدفاع في قانون المرافعات ، ومن خلال السوابق القضائية التي تمت مناقشتها سابقا يتضح بأن وظيفة الاستوبل يترتب عليها أثاران أساسيان وهما الأثر الإثباتي المانع إذ يمنع على الشخص أن يأتي بما ينافي حقيقة ما أدلى به من أقوال أو ما صدر منه من أفعال، و كذا اعتبار قاعدة الاستوبل قاعدة استبعادية تجعل اثبات وقائع معينة أو منتجة في الدعوى أمرا غير جائز، أما الأثر الثاني فهو موضوعي، وإذ تم الكشف بأن وظيفة الإستوبل تتعدى المفهوم التقليدي لتشمل تعديل الإلتزام او بالأحرى تنشئ حقا قانونيا¹.

وتقترب طبيعة قاعدة عدم التناقض أو الاستوبل كدفع في بعدها الإجرائي من الدفع بعدم القبول بالمعنى الواسع كالحالات التي يمنع فيها طرف ما بسلوكه، من التصرف أو الاحتجاج بحق أو حجة في مواجهة خصمه، عندما يمكن لهذا الأخير أن يعتمد بصورة مشروعة على السلوك الأول للخصم، وهو أحيانا يعادل التنازل² في وظيفته ضد من تسامح ضمينا أو تخلى عن حق، غير أنه يتعداه في جوانب أخرى³، بالإضافة إلى الدفع بعدم القبول لسبق الفصل (judicial estoppel)، وما يميز الدفع بعدم القبول عن الدفع بالتناقض المانع من سماع الدعوى هو أن الأخير يوجه إلى صميم الإدعاء المتناقض بهدف تحطيمه، ويؤدي إثبات التناقض إلى عدم امكانية العودة مرة ثانية أمام القضاء وطرح الإدعاء مرة أخرى، ويكون الحكم الصادر فيه قد اكتسب حجية الشيء المحكوم به⁴، بخلاف الدفع بعدم القبول الذي يؤدي إلى إحجام المحكمة عن نظر موضوع الدعوى وتحقيقه والفصل فيه لتخلف شرط أو أكثر من شروط قبول الدعوى، وإذ يقوم حكمها على

¹ - انظر: أحمد عوض الجيد العجب فضل المولى، مبدأ الإغلاق في القانون السوداني، المرجع السابق ، ص.41.

² - انظر:

" le récent décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 qui a introduit, dans le code de procédure civile un nouvel article 1466 qui dispose que: « La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ». Cette disposition est parfois interprétée comme une consécration réglementaire de l'estoppel en matière d'arbitrage." Cf. F. GERARD, Faut-il acclimater le poison tree ?, Revue Lamy droit des affaires 2012, n° 69, p.70.

³ - انظر:

- P. KAMINA, Doctrine des équivalents et prosecution, Propriété industrielle, n° 6, Septembre 2002, act. 49.

⁴ - انظر: الدويري محمد صالح علي، التناقض المانع من سماع الدعوى وتطبيقاته في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.122.

تأكيد أو نفي الحق المدعى به، وبالتالي لا يجوز الحجية باعتباره حكماً لا يفصل في موضوع الدعوى وطبيعة الحكم لا تنتافي مع قبول الدعوى من جديد عند تحقق شروط صحتها¹.

والبحث عن مجال اعمال الإستوبل مرتبط بالبحث عن مجال التناقض الإجرائي، وهذا الأخير قد يتخذ شكل التناقضات غير الإجرائية، وهي تلك التي تعني التعارض بين سلوكين قبل اللجوء إلى القاضي ودون علمه بها، كما وقد تتخذ شكل التناقضات شبه الاجرائية والتي تعني التعارض بين ادعاء مرفوع إلى القاضي وسلوك آخر خارج مرفق القضاء، وقد يحدث كثيراً في مجال العقود أن يحتج الخصم بواقعة أمام المحكمة تتناقض مع سابق مسلكه الذي تبناه خلال تنفيذ العقد، فلا يجوز مثلاً للخصم التمسك بشرط في العقد تم تجاهله لفترة طويلة²، وقد يحدث أيضاً تكون التناقضات إجرائية محضة وتكون بين ادعاءين أو وسيلتين للدفاع تتم أمام القضاء.

ويتضح من خلال الاجتهادات القضائية الفرنسية التي صدرت لمواجهة الادعاءات المتناقضة، أن الجزاء الغالب على قبول الاحتجاج بالإستوبل الإجرائي هو الحكم بعدم القبول أو الرفض الموضوعي أو عدم القبول للإستوبل القضائي الذي يقترب من فكرة حجية الأمر المقضي، وتعتبر بمثابة جزاءات أصلية وتتنوع هذه الأخيرة بحسب مجال اعمال الإستوبل إما فيما بين قضيتين أو على مستوى القضية الواحدة، ومن المتصور أن يتم توقيع جزاءات تكميلية دون الوقوف عند حد الحكم بعدم القبول، والأغلب أن تكون مالية وتتمثل في التعويض والغرامة ويكون التعويض مبني على المسؤولية الإجرائية أو التعسف في استعمال الحق الإجرائي³.

الفرع الأول

الجزاءات الإجرائية الأصلية

تختلف الجزاءات التي يربتها الاستوبل بحسب مجال الإستوبل الإجرائي فيما بين قضيتين أو على مستوى القضية الواحدة وذلك على الوجه المبين أدناه:

¹ - انظر: عمر نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول و نظامه القانوني، ط.1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1981، ص.208.

² - انظر:

M.BEHAR-TOUCHAIS, les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats, in colloque l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, op.cit, p.83: Cass.com, 8 mars 2005, n02-15-783, D.2005.883, Obs.X.Delpech.236, obs Amrani MEKKI et B.FAUVARQUE COSSON.

³ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.145.

أولاً: الجزاء فيما بين القضايا (inter-procés)

وفي هذه الحالة من التناقض فيما بين قضيتين كأن يقع التناقض بين دعوى مرفوعة في الموضوع ودعوى استعجالية، يظهر الإستوبل القضائي¹ (Judicial estoppel) مانعا للتناقض بين مسلكين في قضيتين مختلفتين فيما يعرف بالدفع بعدم القبول أو بسبق الفصل في الدعوى، حيث يمنع الخصم من رفع دعوى قضائية جديدة في نزاع تم القضاء به بحكم بات بين نفس الأطراف، أو أحيانا بين أطراف مختلفة متى كانت الوقائع الخاصة هي ذاتها²، وبتعبير أدق يمنع على الخصم التناقض في سلوك أتاه أمام المحكمة يختلف مع سابق مسلكه في إجراءات أخرى، يستند عليها القاضي أو يعتمد عليها في إصدار حكم فاصل في الدعوى.

وفي هذا النوع من التناقض فيما بين قضيتين يكون الدفع بعدم القبول لسبق الفصل أفضل وسيلة لمواجهته، ويقترب الإستوبل القضائي من مفهوم حجية الشيء المقضي به، حيث يظهر مانعا للتناقض بين مسلكين اتخذ كل منهما في قضية مختلفة عن الأخرى، وهو لا يحمي الخصم ضحية التناقض بقدر ما يحمي نزاهة الإجراءات أمام مرفق القضاء، من ذلك ما قضت به محكمة النقض بدوائرها المتجمعة في الحكم الصادر بتاريخ (27 فبراير 2009) في قضية **Société SEDEA/Multimedia Distratel Eléctronique.com**³، فعلى الرغم من عدم إبداء دفاع الخصوم لمسألة الأمر المقضي ووحدة أو اختلاف عناصر الدعوى، لاعتقادهم بعدم إمكانية إثارة هكذا مسألة لأمر استعجالي تجاه قضاء الموضوع، إلا أن محكمة النقض الفرنسية كان لها رأي آخر، وأثارته من تلقاء نفسها باعتبار كونه مسألة من النظام العام.

وفي مثال جزاء الإستوبل القريب من التنازل يضرب مثال لقرار حديث للغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ في 28 فبراير 2018، تحت رقم 16-27.823، وهكذا اعتمدت محكمة النقض مبدأ حظر تناقض الشخص مع نفسه على حساب الغير، بالنظر إلى

¹-انظر:

O. Baldes, L'estoppel ou l'approche renouvelée des systèmes d'interdiction de l'auto-contradiction en procédure civile, rev. « Procédures », n° 3, mars 2013, étude 5.

²-انظر:

صادق عبد علي طريخيم، المرجع السابق، ص. 240.

³-انظر:

Cass. Ass. plén. 27 févr. 2009, n° 07-19.841 : JurisData n° 2009-047173 ; JCP (G) 2009, II, 10073, P. Callé; D. 2009, p. 1245, D. Houtcieff.

السلوك الذي يتخذه أحد الأطراف في إجراءات منفصلين، أحدهما محكمة الدولة والآخر أمام محكمة التحكيم، ومن المؤكد أن الشركة المدعية لم تبلغ أمر الاستدعاء في الموضوع، وبالتالي لم تحيل المسألة إلى المحكمة التجارية، ومع ذلك، رأت محكمة النقض أن المدعي أعرب عن نيته في إحالة المسألة إلى محكمة الدولة من جهة، طالبا إذنا من رئيس المحكمة التجارية لاستدعاء الشركة المدعى عليها في غضون مهلة قصيرة، ومن جهة أخرى اتخاذ إجراء تبليغ المدعى عليها بالدعوى المرفوعة ضدها، وفي ضوء هذا السلوك، قضت محكمة النقض، تأسيسا على الإستوبل، بأن المدعي لم يعد له الحق في إثارة عدم اختصاص المحكمة التجارية لصالح اختصاص محكمة التحكيم¹.

¹- Dans cette affaire qui portait sur un litige relatif au règlement de factures et frais de transport de marchandises, la société qui avait passé commande avait sollicité l'autorisation d'assigner à bref délai devant le tribunal de commerce la société qui avait émis des factures au nom du fournisseur et lui avait fait délivrer l'acte introductif. Mais la société demanderesse n'avait pas placé l'assignation, de sorte que l'instance avait été radiée faute de diligences. Cette société avait ensuite saisi la Cour d'arbitrage internationale de la chambre de commerce internationale sur le fondement de la clause d'arbitrage contenue dans les conditions générales d'achat. Cette procédure arbitrale avait toutefois été retirée pour défaut de paiement des frais d'arbitrage par les sociétés défenderesses. Afin d'obtenir le paiement de sommes qu'elle estimait lui être dues, la société qui s'était vue signifier l'assignation à bref délai devant le tribunal de commerce a fait rétablir l'instance consulaire. Dans cette procédure, la société demanderesse, qui avait fait signifier l'assignation à bref délai, a soulevé une exception d'incompétence fondée sur la convention d'arbitrage.

Devant le tribunal de commerce, la société qui s'était vue signifier l'assignation à bref délai a soutenu que l'exception d'incompétence était irrecevable au motif que la demanderesse avait manqué à son obligation de loyauté procédurale et avait eu un comportement contradictoire en ayant eu l'intention de saisir le juge étatique mais en saisissant in fine l'institution d'arbitrage.

Les juges du fond avaient accueilli l'exception d'incompétence et par conséquent renvoyé la défenderesse qui avait fait rétablir l'affaire à mieux se pourvoir. Les juges du fond avaient ainsi écarté l'argument tiré d'une déloyauté procédurale ou d'un comportement contradictoire en se fondant sur le fait que la société demanderesse avait eu l'intention de saisir le tribunal de commerce mais s'en était finalement abstenue dès lors qu'elle n'avait pas remis au greffe une copie de l'assignation.

Cet arrêt est censuré par la première chambre civile de la Cour de cassation au visa du « principe de l'estoppel ».

La Cour de cassation applique ainsi le principe de l'interdiction pour une partie de se contredire au détriment d'autrui en considération du comportement qu'a adopté une partie dans deux procédures distinctes, l'une étatique et l'autre arbitrale. Certes, la société demanderesse n'avait pas placé l'assignation au fond et n'avait donc pas saisi le tribunal de commerce. La Cour de cassation a néanmoins jugé que la demanderesse avait manifesté son intention de saisir la juridiction étatique d'une part, en sollicitant du président du tribunal de commerce l'autorisation d'assigner à bref délai la société défenderesse et d'autre part, en faisant délivrer l'assignation à cette dernière. Compte tenu de ce comportement, la Cour de cassation juge, au visa du principe de l'estoppel, que la demanderesse n'était plus

ثانيا: الجزاء على مستوى القضية الواحدة Intra-procés

واجهت محكمة النقض الفرنسية التناقض الواقع على صعيد القضية الواحدة إذا وقع بين خصومتين **inter-instance**¹، كما في حالة التناقض بين وسائل الدفاع المطروحة أمامها وبين مذكرات الخصوم السابقة التي تم إبدائها أمام محكمة الموضوع، وكان الجزاء هو عدم قبول أوجه الطعن.²

فالإستوبل يعد قيда على حق الخصم في الطعن بالنقض وابداء أسباب الطعن³، من ذلك عدم قبول وجه طعن المستأنف المبني على إعادة فتح باب المرافعة لكونه لا يتوافق مع الموقف الذي سبق وأن أبداه أمام قضاة الموضوع، طالما أنه طلب حجز القضية للحكم فيها بناء على المذكرات المقدمة والأمر بقفل باب المرافعة⁴، كذلك لم تقبل أوجه الطعن المثارة أمام محكمة النقض الفرنسية التي تخالف الحالة المتطورة الذي يعني المسلك المتبنى سابقا في المذكرات الكتابية والمرافعات الشفوية. فقضي بأنه لا يجوز للعامل الذي لم ينازع أمام محكمة أول درجة لا إلغاء الوظيفة ولا إعادة تصنيفه، أن يبدي أمام محكمة النقض وجه دفاع يتعارض مع سلوكه الذي تبناه أمام قضاة الموضوع.⁵

recevable à soulever l'incompétence de la juridiction consulaire au profit de celle du tribunal arbitral. Cf. Cass.Civ. 1^{ère} 28 févr. 2018, n° 16-27.823, Cl. Lemetais, Application à l'arbitrage du principe de l'Estoppel : irrecevabilité du moyen fondé sur une convention d'arbitrage soulevée par une partie qui avait préalablement manifesté son intention de saisir la juridiction étatique, Arrêt publié le :13/11/2018., site internet : <https://www.uggc.com/category/actualite-judiciaire/contentieux-et-resolution-des-litiges/>,

¹ - انظر:

Olivier HILLAL , Les applications du principe en droit du contentieux interne et international , in colloque l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui , op.cit, p.56.

² - راجع على سبيل المثال:

Cass.com.7 nov.1989, n 88-14.283, Bull.Civ.IV, n270; Cass.2e civ.23 oct.2008, n 07-17.943 .

أشار إليه: أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص.75.

³ - انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الإستوبل الإجرائي، المرجع السابق ، ص.148.

⁴ - انظر:

Cass. 2^{ème} Civ. 20 oct, 2005, n° 03-13.932, juris-Data n° 2005-030316; JCP (G) 2005, IV, 3454.

⁵ - انظر:

Cass. Soc, 20 sep. 2006, n° 05-11730, JurisData n 2006-035020; RTD 2006, p.406, obs. F. Guiomard. Cité par :G.BOLARD , Le moyen contraire aux précédentes écritures, in la procédure en toute ses états, Mélanges en l'honneur de Jeab BUFFET, Les petites affiches, 2004, p.51 et s.

وقد يقع التناقض في الخصومة الواحدة بين دعوى وأخرى، أو في الدعوى نفسها كالخصم الذي يتناقض في مذكرته الختامية مع ما سبق وأن أدلى به في العريضة الافتتاحية للدعوى ومذكرة الدفاع الأولى، حيث يقابل سلوكه هذا برفض الإدعاءات. من ذلك الخصم الذي يتمسك ببطلان العقد والتعويض في مذكرته الختامية، ويكون سابقا قد طالب بتنفيذ العقد والتعويض في صحيفة افتتاح الدعوى¹، وقضي أيضا بعدم قبول النعي على القرار الإستعجالي القاضي بتعيين مدير مؤقت من قبل الخصم الذي طالب نفسه بتعيينه².

الفرع الثاني

الجزاءات التكميلية

لأن الإستوبل يهدف إلى حماية الثقة المشروعة ووظيفته دفاعية في الأصل ليست هجومية، ولكن يجوز للتمسك به إذا ترتب لديه من جراء فعل التناقض إصابته بأضرار ناتجة عن الكيد والمماطلة، فيتطور العمل به إلى وسيلة هجومية لجبر الضرر، ويتعلق الأمر بمساءلة سيء النية والزامه بالتعويض عن الضرر والعطل، وهذا هو مبدأ المسؤولية المدنية وهو مبدأ منطقي يعتمد على أبسط اعتبارات العدالة والمنطق معا بالإضافة إلى ذلك يمكن الحكم بالغرامة الإجرائية.

أولاً: التعويض

يحقق الحكم بالتعويض الغاية التي تهدف المسؤولية إلى إدراكها، وهي جبر الأضرار التي أصابت الضحية³، ويشترط لتحريك قواعد المسؤولية وجود ضرر لأحد طرفي الخصومة من جراء إخلال المسؤول بأحد الالتزامات التي تقع على عاتقه وإثبات التعسف⁴، ويشمل الضرر المادي والمتمثل في نفقات الخصومة على اختلاف أنواعها، كما يشمل الضرر الذي يصيب الخصم من جراء ضياع وقته ووجهده، ولا تتوقف الأضرار عند هذا الحد وإنما تتعداه إلى ضرر حرمان الخصم من موارده لفترة طويلة، والضرر الذي يترتب على الارتباك المالي الناشئ عن الخصومة بالإضافة

¹ - انظر:

Civ, 3^e, 13 avril.1988, n 86-18.961, JCP G 1989.II2139, note R.MARTIN, D.1988.J521, noteP.DUBOIS.

أشار إليه أحمد سيد أحمد محمود، الاستوبل الإجرائي، المرجع السابق، ص.149.

² - انظر:

Cass. 2^{ème} Civ, 8 déc. 2005, pourvoi n° 03-17.336.

³ - انظر: محمود المحرسي، الأمانة الإجرائية في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص. 373-375.

⁴ - انظر:

Cass, 3^{ème} Civ, 11 juillet 2012, pourvoi n° 10-21.703.

إلى الضرر الأدبي من ذلك المساس بشرف الخصم وسمعته. والمحكمة التي تقضي بالجزاء الإجرائي تكون مختصة اختصاصا نوعيا دون غيرها من المحاكم بالحكم بالتعويض، سواء أكانت محكمة الدرجة الأولى أو محكمة الدرجة الثانية لأنها أفدر من غيرها على البت فيما شاب إجراءات الخصومة من عيوب وما لحق الخصم من ضرر¹.

في القانون الإجرائي، تجيز بعض التشريعات التعويض في حالة الاستعمال الكيدي أو بسوء النية للحقوق الإجرائية، ولقد تبني المشرع الجزائري مبدأ الحكم بالتعويضات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إلى جانب الحكم بالغرامة، كلما ثبت التعسف في استعمال الحق الإجرائي في المواد 247، 347، 377، 388 و397، وعلى ذلك استقر الاجتهاد القضائي سابقا².

والمشرع الجزائري لم يبين حدود التعويض، بعكس المشرع المصري الذي قيد التعويض بحدود النفقات، وذلك بمقتضى المادة (188) من قانون المرافعات التي نصت على أنه: "يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد"³. ولئن كان في نصوص أخرى ترك مسألة تقديرها للقاضي، كما في الاستئناف الكيدي بدليل نص المادة (4/235) من قانون المرافعات المصري، وكذلك المادة (270) من ذات القانون بخصوص الطعن الذي أريد به الكيد.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي حتمية التعويض عن التعسف في استعمال الدعوى، وعند القيام بأي دفع من الدفوع بصفة عامة⁴. وقد فرض قانون المرافعات الفرنسي التعويض على سيء النية عند ثبوت التعسف في اتخاذ الإجراءات أو استعمالها لغايات كيدية⁵.

¹-انظر: إبراهيم أمين النفيراوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، دراسة في قانون المرافعات للواجب الإجرائي من حيث مصدره وطبيعته وصور الإخلال به والأثر المترتب عليه، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص.357.

²- ولقد تضمن قرار للمحكمة العليا في أحد الملفات المفروضة عليها ب"أنه من الثابت أن حق الالتجاء إل القضاء هو حق من الحقوق التي تثبت للكافة، وتبعاً لذلك فإنه من يستعمل حقه في التقاضي لا يضر بالغير، إلا إذا كان هذا الاستعمال مقصوداً منه الإضرار، وحيث أن قضاة الموضوع لم يبينوا وبأسباب سائغة، أن الطاعنة قد انحرفت في استعمالها لهذا الحق بنية الإضرار بالغير، وعندما حكموا بالتعويض عن الدعوى التعسفية دون أن يبينوا ذلك، فقد أخطأوا في تطبيق القانون" قرار رقم 14.664 صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، مؤرخ في 1994/10/26 غير منشور مشار إليه في كتاب بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة ثالثة مزيدة و منقحة، منشورات بغداداي، الجزائر، 2011، ص.25.

³-انظر: قانون المرافعات المدنية التجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 المعدل.

⁴-انظر: محمود المحرسي، الأمانة الإجرائية في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص.376-377.

⁵-انظر:

L'article 32-1 CPC français dispose que: « Celui qui agit de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10.000 euros, sans préjudice des

وإسقاطا على ذلك، يواجه الخصم الذي يتناقض في سلوكه الإجرائي بسوء نية إضرارا بالخصم الآخر بجزاء التعويض، الذي قد يكون نقديا، كما قد يكون التعويض عينيا بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه. ومن مقتضياتها، منع الخصم من التناقض ورد قصده، والإبقاء على سابق مسلكه دون الاعتداد بالسلوك الأخير الذي يتعارض معه. ومن ذلك مثلا الدفع بعدم اختصاص المحكمة التي اختير رفع الدعوى أمامها، فيجوز للقاضي أن يحكم على الخصم بالتعويض النقدي بسبب الغاية الكيدية المتمثلة في إطالة أمد النزاع أو أن يكتفي برد هذا الخصم أي منعه من إثارة الدفع بعدم الاختصاص، وبقاء الأخيرة مختصة والنظر في ملف الدعوى إلى غاية الفصل فيها بحكم. وما يميز التعويض عن الاستتوبل الإجرائي بالاستناد على نظرية التعسف هو أن التعويض يمكن المطالبة به من أي خصم في القضية وقع في الاستتوبل، ولا ينال من أعمال الاستتوبل أن يكون الجزاء الوحيد هو المترتب عنها دون جزاء عدم القبول، ونضرب مثال ناقض الأهلية الذي يتظاهر بأنه كامل الأهلية باستخدام طرق احتيالية ثم يدفع فيما بعد بنقصان أهليته فلا يجوز مواجهته بالاستتوبل ولكن ذلك لا يمنع من الحكم عليه بالتعويض¹.

ثانيا: الغرامة الإجرائية

الغرامة هي جزاء مالي تقدم للخزينة العامة تعويضا عن الضرر الذي أصاب المجتمع من جراء المشاغبة والكيد لدى المتقاضين بهدف ردعهم، وهكذا تعاقب المادة 32-1 من قانون المرافعات الفرنسي على إساءة استعمال الحق في اتخاذ إجراءات قانونية بدفع غرامة مدنية للخزينة العامة وتعويضات عن الضرر والعطل للخصم، ويشترط للحكم بالغرامة تحقق ضرر يوجب المسؤولية ولا يقضى بها إلا بمناسبة الدعوى المنظورة ومع الحكم الذي يفصل في موضوعها². ويعد مبدأ الحكم بالغرامة على من أساء استعمال إجراءات التقاضي من المبادئ التي أخذ بها المشرع الحديث، وبالنسبة للحالات التي يتم فيها الحكم بالغرامة تكاد تكون محددة بواسطة القانون، ذلك أن الحكم بها قد يكون وجوبيا أو يكون جوازيا متروكا لسلطة المحكمة التقديرية، وهذه الحالات وردت على سبيل الحصر.

dommages-intérêts qui seraient réclamés ». Cf. Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, JORF 9 déc. 1975, rectificatif JORF 27 janv. 1976.

¹-انظر: أحمد سيد أحمد محمود، الاستتوبل في القانون الإجرائي، المرجع السابق، ص.ص. 152، 153.

²-انظر: أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية و التجارية، ج.3، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1993، ص. 512.

ويستهدف القانون الحديث من فرض الغرامة مقاومة الاستخدام التعسفي للحقوق الإجرائية، وفرض جزاء على المتقاضين أصحاب النوايا السيئة، ووضع العقوبات أمام الطلبات التسوية لتحقيق أعلى قدر من الجدية عند طرح المنازعات على القضاء، بقصد المحافظة على حسن العدالة وعدم تعطيل الفصل في المنازعات، كما تستهدف الغرامة كذلك، لفت أنظار الخصوم وغيرهم إلى مراعاة إجراءات التقاضي وعدم الاعتداء عليها على نحو يؤثر على نظام الإجراءات وحسن سيرها¹.

المطلب الثاني

الإستوبل كوسيلة هجومية (سيف)

قد يستخدم الإستوبل في حالات محددة في الهجوم بأن يخلق سببا جديدا للتقاضي لم يكن موجودا أصلا (بما معناه أن يكون سببا في إقامة دعوى جديدة)، وبالذات في المسائل المتعلقة بالالتزامات، ولا ينطبق على العلاقات القانونية السابقة فحسب، بل يمتد في لأكثر من ذلك في بعض الظروف ليشمل المسؤولية والجزاء، إلا أن الدور الذي يضطلع به مبدأ الإستوبل في نظرية العقد قد يختلف باختلاف صور الإستوبل، والحديث هنا يكون عن تلك التي لها علاقة بالعقد وهي الإستوبل بموجب التصوير، والإستوبل بموجب الاتفاق، والإستوبل بموجب الوعد، بالإضافة إلى الإستوبل بالتملك أو الملكية والإستوبل بالتنازل.

في سنة 1947، كرس اللورد (Denning)، تحت تأثير التقرير المستشهد به من النموذج الأمريكي، للمرة الأولى الشكل الجديد من الإستوبل بموجب الوعد، وكان تنفيذه ولا يزال مقيدا بقاعدتين لأنه وفقا للمبدأ التقليدي يشكل تهديدا لنظرية المقابل وذلك لسببين، الأول أن الإستوبل لا يمكن أن يكون سببا للدعوى بذاتها، والثاني هو أنه لا ينطبق إلا عندما يكون هناك علاقة قائمة مسبقا بين الطرفين، وقد ساهمت هذه القيود في الحد من تطبيق المبدأ، وهو ما يدفع إلى التساؤل عن واقع هذه القيود على طبيعة الإستوبل المترتبة على الوعد؟
ويبدو أن الفكرة القائلة بأن الإستوبل لا يمكن أن يكون مصدرا لدعوى قضائية² ينكر أي

¹-انظر: ابراهيم أمين النفاوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، المرجع السابق، ص. 414.

²-انظر:

Lord ESHER fut le premier à l'affirmer expressément dans une affaire (Seton, laing &co.v Lafone (1887) en ces termes : « An estoppel does not in itself give a cause of action ; it prevents a person from denying a certain state of facts' ».19 Q.B.D68(C.A)p.70 ; M.

وجود لتحليل التعاقدية، لأن الإستوبل المترتبة على الوعد تعني أساسا بإعادة التفاوض على العقد، وإعمالها يعطي القوة للوعد، على الرغم من غياب المقابل في القانون الإنجلوسكسوني، وكون الإستوبل محدود في تنفيذه، هذا يجنب الدخول في نزاع مفتوح مع فقه نظرية المقابل.

وقد برز الأساس التعاقدية للإستوبل من طرف الفقيه¹ (Atiyah)، وكان الفقه الإنجليزي الكلاسيكي قبل ذلك متمسكا بكون الإستوبل لا يخلق سببا جديدا للدعوى، ولا يمكن أن يدعم الإدعاءات القانونية، ويبدو أن أركان التعبير الذي يشكل استوبل بموجب التصوير هي نفس أركان التصوير الذي تنشأ منه الدعوى، والعائق الرئيسي لاستخدام هذا المبدأ استخدما واسعا، هو ما يقال عادة بأن الإستوبل لا يعتبر في ذاته سببا للدعوى، وإن كان ذلك صحيحا، فإنه يترتب على ذلك أن المدعي الراغب في الاستناد على هذا النوع من الإستوبل، يتعين عليه أن يسوغ سببا مستقلا للدعوى يمكن أن يكسبها بموجبه. ويجب أن يكون التصوير زائفا، فيجوز للمدعي عندئذ الاستناد على الإستوبل لكي يدحض الدفاع، الذي يمكن إبدائه من جانب المدعى عليه، وذلك لأن الدليل لإثبات عدم صحة القول أو البيان سيكون غير مقبول في الإثبات².

ولذلك يجب التفرقة بين الإستوبل المترتب على التصوير والدعوى المؤسسة على التصوير الزائف أو التدليس.

أما الفقيه³ (Atiyah) فلديه فكرة أصيلة، ويستشهد بأن الشخص الذي يعتمد على الإستوبل بموجب التصوير لا يشكو من التصوير الزائف أو المدلس، وهو لا يستند إلى حقيقة أن التصوير زائف وإنما هو حقيقة واقعة، وعليه كيف يمكن الحديث عن الإستوبل بموجب التصوير؟ الفقيه (Atiyah) ينطلق من فكرة الجزاء(العلاج)، ووفقا لرأيه فإن التصويرات المختلفة مثل الوعود يمكن أن ترتب عدة جزاءات، فعندما يتم الإخلال بالعقد يكون للدائن الخيار بين التمسك بالعقد، والمطالبة بالتنفيذ الجبري له، أو قبول فسخ العقد من جانب المتعاقد الآخر والتمسك

Berbagui, La protection de la confiance légitime en droit français et anglais, éditions universitaires européennes, Maritius, 2017, p. 37.

¹-انظر:

P.S. ATIYAH, Misrepresentation, warranty, Estoppel, Essays on contract, (2001) Oup, p. 305 et s.

²-انظر:

O. MORETEAU, thèse. cit, p. 286, n° 242.

³-انظر:

P.S. ATIYAH, ibid. p. 308.

بالتعويض. وبنفس الطريقة يرى هذا الفقيه بأن القانون يمكن أن يمنح نفس هذه الخيارات إلى الشخص الذي كان ضحية التصوير الزائف، بمعنى اعتبار هذا التصوير الزائف صحيحا والمطالبة بالجزاء الذي يناسبه، أو أنه يعتبر التصوير غير صحيح ويطلب بالتعويض على إثر ذلك.

وعليه فإن الإستوبل المترتب على التصوير هو أول هذه الجزاءات، الدائن يستند على كون التصوير الصادر في مواجهته صحيحا، ذلك أن صاحب التصوير الزائف نفسه لا يعتبره كذلك، وإذ يصلح أن يكون التصوير الزائف سببا للدعوى، ولكن الموجه له التصوير يستطيع أن يطلب فقط كجزاء أمام المحكمة اعتبار أن ما ورد في التصوير صحيح، ويتضح من ذلك أن الإستوبل بموجب التصوير يعد كجزاء في حد ذاته وليس سببا للدعوى¹.

والمقاربة بين الإستوبل المترتب على التصوير وأحد الجزاءات العقدية يؤدي إلى تحقق الربط بين الإثنين، ويترتب على أعمال الاستوبل بموجب التصوير التنفيذ الجبري العيني كجزاء لخرق العقد وكلاهما يقوم على العقد أو التصوير الزائف، حيث في كلا الفرضين يجب إلزام الشخص المخطئ (صاحب التصوير الزائف) بالتمسك بأقواله أو أفعاله الصادرة منه.

والنقطة الثانية التي أثارها الفقيه هي أن الطابع الإثباتي للإستوبل بموجب التصوير يتعارض مع الطابع التعاقدي لمفهوم الإستوبل، صحيح أن مفهوم القرينة القاطعة الذي هو أثر الإستوبل هو بمثابة قاعدة قانونية جوهرية لا ينقص من كونها قاعدة إثبات حقيقية، ويسلم الفقه الكلاسيكي بأن الإستوبل هي قاعدة كغيرها من أدلة الإثبات التي يمكن من خلال الممارسة العملية أن يكون لها أثر منشئ لحقوق جوهرية².

وانتقد الفقيه (ATIYAH) عبثية التحليل المفاهيمي والتمييز الواضح بين الوعد المقترن بمقابل والوعد القابل للتنفيذ على أساس الاستوبل، واقترح عدم التركيز على اشتراط المقابل ومراعاة أي شكل من أشكال الاعتماد الضار بغض النظر عن أساسه، لأن الاعتماد يجعل من الممكن تعويض المقابل وجعل الوعد ملزما³.

¹-انظر:

L. CAZAJUS, op. cit, p. 24.

²-انظر:

Spencer Bower & Alexander Kingcome Turner, The law relating to estoppel by representation, the original text by George spencer BOWER, estoppels by representation, 3rd éd, by sir Alexander kingdcome Turner, London Boston, Betterworths, 1977, pp. 7-10.

³-انظر:

وبالنسبة لهذا الفقيه، إنه دائما يصح القول، بأن حقوق الأطراف تنظمها الوقائع كما تم تأكيدها وليس كما هي عليه، لأنه لا يمكن تقديم أي دليل يدحضها، هذه الأخيرة لا يمكن بأي حال أن تؤثر على حقوق الأطراف، التي تنظمها الوقائع كما هي مؤكدة أو ثابتة. وعن سبب استبعاد الأدلة، فإن الأمر يحكمه المنطق، ولأنه من غير العدل قبول الأدلة، وإنه لا ينبغي السماح لحقوق المستفيد من التصوير (التمثيل) بأن تتأثر، ويستنتج من ذلك أن استبعاد الأدلة المخالفة للوقائع عنوان الحقيقة يقوم على قاعدة موضوعية جوهرية¹.

وصورة أخرى لمبدأ المنع في مسائل الملكية (الإستوبل المترتب على الملكية) يستطيع القضاء بموجبه التصدي للأوضاع غير العادلة التي قد ينتجها تصرف الأطراف فيما يخص ملكية العقار، وذلك بفرض الحل الذي تستوجبه العدالة، بغض النظر عن أي عيب في الشكل، وفي هذا المبدأ من المرونة والاتساع ما يجعله يستعصي عن التعريف الدقيق، وقد أكد الفقهاء بأن وصف المبدأ المشار إليه ينطبق عندما يتخذ أحد الأطراف إجراء ما، معتقدا من باب الغلط أن تصرفه سيحقق له توقعاته بالنسبة لملكية عقار، بينما يقف مالك الأرض متفرجا أو مشجعا له في ظروف تجعله منافيا للضمير أو لا ضميريا، ثم يسعى المالك فيما بعد إلى تنفيذ حقوقه القانونية.

وبما أن الراغب في الشراء في هذه القضية قد دفع القيمة المتفق عليها ظنا منه أن العقد الذي أبرمه مع مالك العقار سينقل ملكيته إليه، وبما أن صاحب العقار قد شجعه على ذلك، فإن القضاء الإنجليزي استخدم الإستوبل المترتب على الملكية، كما ورد مع القاضي اللورد براون ولكنسن² (Lord Browne-Wilkinson) في قضية تم النظر فيها عام 1994، وتضمن الحكم إلزام مالك العقار بنقل ملكيته إلى راغب الشراء الذي قد دفع قيمته.

أما المسألة الثانية، وهي لا تثور إلا إذا رأت المحكمة في ظروف القضية ما يحول دون نقل

Luiz FERNANDO KUYVEN, la responsabilité précontractuelle dans le commerce international : fondement et règles applicables dans une perspective d'harmonisation, thèse de doctorat nouveau régime en contutelle droit des affaires, université de Starsbourg – universidade Fedral de Rio Grande do Sul , mars 2010, p.61.

¹-انظر:

P.S. ATIYAH s'appuie sur la formulation de Lord Blackburn dans *Burkinshaw v. Nicolls* (1987) 3 App. Cas, p. 1026.

Cité par : L. Cazajus, op. cit., p. 26

²-انظر:

Roebuck v. Mungovin, 1994, 2AC.224,

ملكية عقار إلى الراغب في شرائه فعليها عندئذ أن تقرر ما إذا كان يمكن لهذا الأخير استرداد المبلغ الذي دفعه¹.

المبدأ هنا هو أنه لا يمكن لمن تسلم مالا بموجب عقد باطل أن يحتفظ به نظرا لعدم وجود أي أساس قانوني لأن يستبقي المبلغ، وهذا ما استقر عليه القضاء الإنجليزي، كما يتضح من قضية **West Deutsche Landesbank Girozentrale v Islington L.B.C**²، وفي الأخير لا يمكن إغفال أن البائع قد ارتكب غشا أيضا بالكذب على المشتري، وأن هذا يعرضه لدعوى قضائية بالرجوع عليه بالمسؤولية التقصيرية، ومطالبته بالتعويض عن جميع الأضرار المباشرة التي أصابت المشتري. وبالنسبة للإستوبل المترتبة على التنازل، ومفاد هذه الصورة من الإستوبل أنه إذا وعد شخص شخصا آخر بعدم ممارسة حق قبله، ثم أخل بهذا الوعد ملحقا بذلك ضررا بالموعود له، فإن للمحكمة أن تمنع الواعد من الرجوع عن وعده، إذا تيقنت أن العدالة تستوجب ذلك، ولهذا فإن الدائن في القضية يملك الاستناد إلى هذه المبادئ لمنع المدين من الإفادة من الدفع بالسقوط³.

بالنسبة للقانون الأسترالي، فالوضع هو نفسه، ومع ذلك، هناك اختلافات كبيرة فيما يتعلق بالإستوبل. بموجب الوعد والإستوبل بالتمليك، ويطلق عليها اسم الاستوبل الإنصافي **equitable estoppel**، وكانت المحكمة العليا منذ فترة طويلة صادقت على سابقة **High Trees**، ويظهر ذلك في 1983 في القرار⁴ **Legione v Hateley**، وفي ذلك الوقت، لم يكن للإستوبل الإنصافي أن ينشئ حقوقا جديدة، وفي 1988⁵، أزالته المحكمة العليا هذا القيد بصفة دائمة مستذكرة بالقانون الإنجليزي. ومن هناك، ذهبت نظرية الإستوبل الإنصافي إلى ما هو أبعد من القانون الإنجليزي بثلاث طرق:

(1) لم يكن هناك فرق بين الإستوبل بموجب الوعد والإستوبل بموجب الملكية،

¹- انظر: علي حامد المحضار، العدالة في العقود، المرجع السابق، ص 140.

²- انظر:

-Westdeutsche Landesbank Girozentrale c. Islington London Borough Council, (1996) AC669.

³- انظر: علي حامد المحضار، المرجع نفسه، ص 221.

⁴- انظر:

Legione v Hateley(1983)152 CLR 406.

⁵- انظر:

Walton Stores(Interstate) Ltd v Maher(1988) 164 CLR 387.

(2) الإستوبل الإنصافي يمكن أن يكون أساسا لدعوى قضائية،
 (3) أن شرط العلاقة القانونية الموجودة مسبقا لم يكن مطلوبا ما إذا كانت هناك نية للدخول في علاقة تعاقدية أم لا (مثل قرار **Waltons Stores**).

أما الفقيه **D Nolan** فهو يحدد ثلاثة مسائل تتعلق بخصوصية النظام الأسترالي مقارنة مع القانون الإنجليزي:

- بالنسبة للإستوبل والعقد، يعترف القانون الأسترالي، خلافا للقانون الإنجليزي، بالدعوى القضائية لتفعيل الإستوبل، وهو لا يهتم بإثارة نظرية المقابل، ولا ينشأ الخطر الذي يتهدد نظرية المقابل إلا إذا كان الجزاء يتمثل في التنفيذ الجبري للوعد.

وإذا كانت المسؤولية، على العكس من ذلك، تقتصر على التعويض عن الخسائر المتكبدة، فإن الغرض من الإستوبل ليس موضوعه إضفاء القوة الملزمة لوعد ليس له سبب، نظرية المقابل تظل في مأمن عنه، وكما ذكرت **Brennan J¹** في سابقة **Waltons**، فإن الغرض الأساسي من الإستوبل هو تجنب الخسارة التي سيتكبدها متلقي الوعد إذا لم يتم الوفاء به.

والطابع غير التعاقدي للإستوبل الإنصافي يكشف عنه أيضا دور السلوك غير المعقول للواعد **L'inconciability**، ويذكر **Dawson J** في سابقة **Verwayen²** أن شرط السلوك غير المعقول هذا هو حماية من إقحام مبدأ الإستوبل في قانون العقود، غير أنه سيتضح أن تأكيد هذه المبادئ لا يمنع القضاة، من حيث مدى الحكم بالتعويض، من حماية الكسب المتوقع، ثم إنه، ونظرا لكون الإستوبل نظرية مستمدة من قواعد العدل والإنصاف، فإن موقف القاضي إزاء الجزاء يتسم بالمرونة الشديدة، والإصلاح المراد من كذلك، وهذه المرونة التي تجعل الأساس غير واضح لمبدأ الإستوبل الإنصافي.

وأخيرا، الإستوبل الإنصافي والإستوبل بموجب التصوير، يشير الفقيه (**Nolan³**) إلى أنه إلى جانب توحيد النظام المطبق على الاستوبل المترتبة على الملكية والإستوبل المترتبة على التصوير، يميل

¹-انظر:

D. Nolan, Following in their footsteps: Estoppel in Australia and the United states (2000) king's college law journal 201, p.206.

²-انظر:

- Commonwealth of Australia V. Verwayen (1990) 170 CLR 394.

³-انظر:

-D. NOLAN, ibid., p. 207.

القانون الأسترالي إلى دمج الإستوبل الإنصافي والإستوبل بالتصوير.

وأساس أعمال الإستوبل أقل إشكالا منه من القانون الإنجليزي، ويتبين من تطور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في أستراليا أن الإستوبل الإنصافي يستند بدرجة أكبر على مفهوم الثقة (الاعتماد) منه على مبدأ (الوعد)، وهو جزء من قانون الضرر أو المسؤولية التقصيرية أكثر من المسؤولية التعاقدية، وإذا كان سلوك الواعد ومعرفته بتصرفه من العوامل التي تحدد العتبة التي يمكن أن يتحمل فيها المسؤولية، تتحدد المسؤولية والجزاء بالرجوع إلى ثقة متلقي الوعد. وتسعى نظرية الإستوبل إلى إنفاذ التزام بعدم التسبب في ضرر للآخرين نتيجة للثقة المعقولة التي أثارها الأفعال أو التصريحات¹. وبالنسبة للفقيه² (Robertson)، فإن الأساس التقصيري للإستوبل يوفق بين الأولويات، هو يوازن الرؤيا الليبرالية للحرية الفردية بالاهتمامات العامة مثل حماية الثقة لدى الآخرين، ويسمح الطابع المرن للجزاء للقاضي بتكييف القاعدة مع الوقائع المختلفة.

أما في القانون الأمريكي وقبل التصدي للإستوبل المترتبة على الوعد (الإستوبل الهجومية)، قد يكون من المفيد إبداء بعض الملاحظات الموجزة عن الإستوبل الإنصافي (الإستوبل بموجب التصوير في القانون الأمريكي)، التعريف هو نفسه كما في القانون الإنجليزي (التمييز بين التصوير والوعد، وسيلة للدفاع بدلا من سبب للدعوى)، وعموما تتجه المحاكم الأمريكية إلى دمج هذين الشكلين من الإستوبل، الذي يمكن استخدامه إما كاعتراض في الدفاع أو كأساس للإجراءات القانونية للدعوى أمام مرفق القضاء.

وبالنسبة للآثار والأساس، تعترف جميع المحاكم الأمريكية بنظرية الإستوبل المترتبة على الوعد، التي أصبحت جزءا من القانون الاتحادي العام الفيدرالي، وخلافا للقانون الإنجليزي أو الأسترالي، فإن الصلة بين الإستوبل والعقد قوية جدا، ويقدم كتاب قانون العقود الأمريكي عادة الإستوبل كبديل للمقابل، ويسمح هذا المبدأ للطرفين بالالتفاف على القواعد التقنية المتعلقة بتكوين العقد، ولكن أكثر من ذلك، فإن الإستوبل يمكن أن يؤدي إلى التنفيذ الجبري لوعد على

¹-انظر:

- L. CAZAJUS, op. cit., p. 31.

²-انظر:

A.ROBERSTON, Situating equitable estoppel withn the law fo obligations, (1997)19 Sydney Law review32 p.64; voir: L. Cazajus, ibid, p. 32.

الرغم من أن مسألة وجود العقد قد لا تطرح، إن القسم 90 من قانون العقود الأمريكي يستهدف حماية الثقة وأقله إنفاذ الوعود في الواقع، وهو ما يترك المجال مفتوحا للسلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض وفقا لما يعتقد أنه مناسب¹، وكان هذا التحليل جزءا من اتجاه أوسع يتمثل في اعتبار العقد تصرفا لا يلزم لأنه مقصود بل لأنه يخلق توقعا وثقة، وإن المدافعين عن فكرة "وفاة العقد" دعوا إلى دمج قانون المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية، ولم يعد هذا الاتجاه متبعا من جانب الاجتهاد القضائي منذ الثمانينات، ومع تراجع مفهوم الثقة استعاد الإستوبل مكانته في المادة التعاقدية في نهاية المطاف².

إن دور الإستوبل يتجلى في حماية الثقة المشروعة في المادة التعاقدية بطريقتين:

أولا، على مستوى تكوين العقد، إنه يثار في علاقة ثقة وهو يكرس وجود عقد دون اعتبار لإرادة الواعد، فهو يصلح مباشرة ثقة مشروعة خدعت بإعطاء الدائن ما كان يعتقد أنه سيحصل عليه (عقد، يقين) ثم إذا لم يمثل المدين، فإن القانون يتولى توقيع الجزاء المناسب عن خرق الالتزام العقدي، والإستوبل هنا هو سبب الجزاء الثاني، وينطق القاضي بالتنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل، وهكذا فإن نظرية الإستوبل تؤدي إلى معاقبة فعل الاخلال الذي يجد أساسه في عمل قانوني مفروض (العقد).

وكخلاصة يمكن أن يتخذ الجزاء طريقتين رئيسيين، كما هو الحال في المسؤولية التعاقدية، وهما إما (التنفيذ الجبري العيني) أو التنفيذ بمقابل (التعويض).

الفرع الأول

التنفيذ الجبري العيني

قد تؤدي حماية الثقة عن طريق التنفيذ العيني إلى أن يأمر القاضي إما بإبرام العقد أو الوعد جبرا، في المرحلة السابقة على التعاقد، أو بالتنفيذ الجبري لعقد قائم أو وعد أو بالإبقاء على عقد أو وعد.

¹-انظر:

B. FAUVARQUE COSSON, L'estoppel du droit anglais, in : L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, art. préc., p. 17.

²-انظر:

L. CAZAJUS, op. cit. p. 34.

أولاً: إبرام عقد أو وعد جبراً في المرحلة السابقة على التعاقد:

الجزء يكون مشترك بين مختلف النظم القانونية التي تمت دراستها، سواء بالنسبة لبلدان القانون العام أو القانون المدني.

1- موقف القانون الإنجليزي:

في ظل غياب أي تنظيم تشريعي للمسؤولية المدنية قبل التعاقدية في نظم القانون العام، وللتغلب على غياب المبادئ العامة التي تحكم مرحلة ما قبل التعاقد، قامت نظم القانون العام بتكييف بعض آلياتها الكلاسيكية (تقنيات قانونية) ويشار هنا إلى فكرة "الإثراء بلا سبب" و"الإستوبل بموجب الوعد" و"قانون الخطأ **Law of tort**" والتدليس، وتطوير ما يعرف بحلول جزئية حالة بحالة (**picemeol solutions**) للمشاكل الغير عادلة أثناء هذه المرحلة¹.

وفي القانون الإنجليزي لا يوجد مبدأ عام يحكم المسؤولية السابقة على مرحلة التعاقد، وقد رفض القضاة استخدام مبدأ حسن النية في هذه المرحلة²، ومن أجل حماية الثقة المشروعة، يمكن مع ذلك اتخاذ إجراءات للمسؤولية على أساس التدليس، لاسيما التصوير المدلس، وتقوم على تعويض الثقة المخدوعة (الفائدة القائمة على الاعتماد)، وليس قيمة التوقع المحبط (الفائدة المتوقعة)، كما أن القانون الإنجليزي لن يأمر بتنفيذ إيجاب تم تقديمه مع أجل معين لشخص محدد، أوحى وعد بالإبقاء على الإيجاب، ومن ناحية أخرى، وإذا كان يشكل عقداً تمهيدياً حقيقياً، فإن الحق في إعادة الحالة إلى ما كانت عليه سيكون جزاء على التراجع غير المبرر³.

وعادة ما يؤدي الإستوبل بالتملك إلى نقل حق عيني، وهذا دليل على صحة التحليل التعاقدية لهذا الشكل من الإستوبل، والواقع أن العقد وحده هو الذي يمكن أن يلي التوقعات

¹ - انظر:

Rabih MONZER, Les effets de la mondialisation sur la reponsabilité précontractuelle. Régimes juridiques romano -germaniques et anglo-saxons, RIDC, vol53, n03, 2007 , p.529.

² - إن العقد بطبيعته يفرض روحاً تنافسية بين طرفيه حيث يسعى كل طرف إلى تحقيق مصلحته الذاتية، بينما يستلزم حسن النية أن يأخذ كل طرف مصلحة الطرف الآخر في الإعتبار، وهذا ما يتعارض مع طبيعة العقد بما يفرضه من روح تنافسية، وفي هذا المعنى يقرر اللورد (Lord ACKNER): "أن فكرة الزام الأطراف بأن يتفاوضوا بحسن نية هي فكرة تجافي وضعهم التنافسي في التفاوض، ذلك انه من حق كل طرف أن يسعى لتحقيق مصلحته الذاتية طالما أنه لا يضل الطرف الآخر، ولو أننا فرضنا واجبا بأن يتم التفاوض بحسن نية فلن ينجح هذا عملاً لتعارضه مع موقف الطرف المتفاوض "قضية:

Walford v Miles (1992) 2AC128 , 1992.

أشار إليه: علي حامد الحضار، العدالة في العقود، المرجع السابق، ص.97.

³ - انظر:

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, la confiance légitime et l'estoppel , art.préc., p.44.

المشروعة، وتؤكد دراسة أعمال الإستوبل بموجب التملك في فترة ما قبل العقد التعاقدية إلى حد ما، والتنفيذ الجبري ممكن فقط في حالة الإستوبل بموجب الملكية لأنه الوحيد الذي يمكن أن ينقل وينشئ حقوقا ويستخدم كأساس لرفع الدعوى خارج أي علاقة تعاقدية¹.

والصور الأخرى المتعلقة بالإستوبل في القانون الإنجليزي لا تؤدي إلى هذه الحلول بسبب خصائصها الخاصة، فهي لا يمكن أن تكون أساسا للدعوى، ولا يمكن للمستفيد من الوعد أن يتخذ المبادرة لأن يطلب من القضاء أعمال الإستوبل؛ وعادة ما تضاف إلى عقد قائم أو في طور التكوين².

2- موقف القانون الأسترالي

يربط بوضوح نظرية الإستوبل بالمسؤولية التقصيرية، ولا تتمثل وظيفة الإستوبل الإنصافي في إنفاذ الوعود بل في التعويض عن الخسائر الناجمة عن الثقة الخائبة (الاعتماد الضار)، ولا يوجد أي شك في إبرام العقد جبرا، ولكن الإستوبل الأسترالي له، كما هو الوضع في إنجلترا، طبيعة مزدوجة، وهي الثبوتية والجوهرية، ويتمثل أثر الإستوبل الثبوتي، بحكم طبيعته، في الأخذ بعين الاعتبار بأن يكون التصوير صحيحا، وبعبارة أخرى، يواجه التصوير بالتنفيذ الجبري العيني. ففي معرض منازعة (Commonwealth v. Verwaye) أصيب المدعي في حادث تصادم سفينتين وطنيتين أستراليتين في عام 1964. وفي ذلك الوقت لم يتخذ أي إجراء، وبعد فترة طويلة من الحصول على العلاج الطبي، رفع دعوى ضد المدعى عليه، الكومونولث، للحصول على تعويضات عن الإصابات التي لحقت به، في البداية لا يثير المدعى عليه الاعتراض الإجرائي ولكنه يغير رأيه في وقت لاحق ويتذرع بالتقادم، ويدفع المدعي ويؤكد أن المدعى عليه لم يعد بإمكانه الاحتجاج بالتقادم، وقررت المحكمة العليا لصالح المدعي بمنع المدعى عليه من الدفع بالتقادم، هذا الأخير هو بالتأكيد منع بقاعدة الإستوبل.

وفي حالة حدوث انهيار مفاجئ في المفاوضات السابقة للتعاقد على وجه التحديد، قرر من القضاة الأستراليين من قرر تحميل الطرف المنسحب المسؤولية، بيد أن الحكم الذي أدخل في

¹-انظر:

MCKendrick, Contract law, 7. éd, Palgrave Mc Millan, , p.120.

²-انظر:

Lionnel CAZAJUS, mémoire préc, p.43.

القانون الأسترالي شكلا عاما من أشكال الإغلاق، لم يذهب إلى حد الأمر بالأداء الجبري للعقد¹.

3- موقف القانون الأمريكي

لم يكن القانون الأمريكي دائما الاتساق الذي يعرفه القانون الأسترالي بشأن مسألة طبيعة الجزء الذي يفرضه الإستوبل، ومع ذلك، فهو مفهوم أكثر من القانون الإنجليزي لأنه لا توجد أشكال متعددة من الإستوبل، وقد يكون من المفيد أولا إظهار التكوين المزدوج للإستوبل، بنفس الطريقة التي يلزم فيها الفعل الضار كل شخص بإصلاح الضرر الناجم عن سوء سلوكه.

ففي العقد أصبح مصدر هذه الأضرار كلمة الغير التي لا تحترم، ثم الثقة المخدوعة (**detrimental reliance**) المعيار الأساسي في أصل المسؤولية والجزاء بقوة بالقانون وليس بإرادة الأطراف، وإن وجود الثقة المخدوعة وحدها، لا يشير إلى أن الثقة سيتم حمايتها، ولكي يكون هناك حماية وعقد، يتعين وجود التزام مسنود بمقابل، فالأتجاه الجديد يرى في الإستوبل بموجب الوعد نظرية توسع الالتزام إلى ما يتجاوز نطاق التبادل (الصفقة)، لأن المقابل ليس مكونا للالتزام، عندما تكون هناك عناصر معينة قائمة، والضرر المترتب عن الاعتماد ليس بالأهمية التي كانت عليه، لا بد من وجود وعد².

إن الضرر المترتب عن الاعتماد لم يبلغ تماما المساحة التي يشغلها العقد، وهذا ما يجعل اثنين من المؤلفين يعتقدان بأن الإستوبل المترتبة على الوعد تخدم وظيفتين عادة ما تتخللهما الجزاءات في المسؤولية التعاقدية والتقصيرية، التنفيذ الجبري لبعض الوعود التي يريد أصحابها أن تكون ملزمة والالتزام بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن عدم صحة التصريحات قبل التعاقدية³.

4- موقف القانون الفرنسي

تحت عنوان علاقات شبه تعاقدية يمكن أن تندرج أوضاع جد مختلفة، ولو أنها تبرز بعض الشبه مع تلك التي تتيح تطبيق النظام التعاقدية، فإنها تخرج عنه مع ذلك، فالأضرار الناشئة والمحتملة

¹-انظر:

Bénédicte FAUVARQUE COSSON , art.préc., p.44

²-انظر:

J.CAZAJUS, op.cit, pp.44-45

³-انظر:

- M. E. BECKER R. E. BARNETT, Beyond reliance: promissory estoppels formalities and misrepresentations?(1987) 15 Hofstra LR 443, 445.

لهذه العلاقات هي عموماً معتبرة من القضاء كأنها تعود لنطاق المسؤولية التقصيرية¹. يمكن التساؤل إلى أي مدى يمكن أن يصل جزاء تضليل الثقة، هل يمكن للقاضي الفرنسي أن يفضل إنفاذ العقد في مثل هذه الحالة؟ والسؤال الذي يطرح نفسه، على وجه الخصوص، هو أنه عندما يتم قطع التفاوض على عقد فجأة، والذي يترتب عليه الاخلال بالثقة المشروعة للطرف المتفاوض، فهل أن إبرام العقد جبراً أمر ممكن في القانون الفرنسي؟²

إن الفكرة القائلة بأن العقد يمكن إبرامه دون رضا المتعاقدين هي غير مألوفة في القانون الفرنسي، حيث تكون الإرادة دائماً ركيزة القوة الملزمة للعقد³، ومع ذلك، هناك حالة وقعت في القضاء الفرنسي تتعلق بإعلانات اليانصيب (إعلانات الألعاب)، وينص القرار الصادر عن الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 6 سبتمبر 2002⁴، والذي أكدت عليه الغرفة المدنية الأولى للمحكمة نفسها المؤرخ في 18 مارس 2003⁵، على أن "منظم اليانصيب الذي يعلن عن جائزة لشخص مسمى دون إبراز وجود أي احتمال في العرض يعد ملزماً بهذا الفعل الصادر اختياراً وعن محض إرادته بتسليمها". واستندت القضاة على المادة 1371 من القانون المدني (النص القديم). وإن اعتماد نظرية شبه العقد يغلق نقاشاً طويلاً حول الأساس المناسب لإجبار الشركات المنظمة لليانصيب على منح الجائزة الموعود بها، وقد ترددت محكمة النقض بين نظرية الإرادة المنفردة، العقد، والمسؤولية التقصيرية (الفعل غير المشروع) لم تؤخذ بعين الاعتبار لأن إصلاح الضرر لم يكن بالضرورة منح الكسب المتوقع، والمسؤولية التعاقدية، إذا سمحت بتحقيق الكسب المتوقع، لم تكن مناسبة تماماً لتأطير الوقائع.

¹-انظر: جنيفي فيني، مدخل على المسؤولية، المرجع السابق، ص. 620.

²-انظر:

J. MESTRE, Rupture abusive et maintien du contrat, 2005 RDC, p. 99 ; B. Fauvaque Cosson, La confiance légitime et l'estoppel, art. préc., p. 43.

³-انظر:

F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil – Les obligations, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., p. 30-2.

⁴-انظر:

Cass. Ch. mixte, 6 sept. 2002, JCP (G) 2002, II, 10 173, note S. Reifegerste; Bull. Civ. 2002, ch. mixte, n° 4.

⁵-انظر:

Cass. Civ. 1^{ère}, 18 mars 2003, n° de pourvoi 00-19934, publié au bulletin 2003, n° 85, p. 64.

وأشارت المحكمة إلى "تطابق الإرادتين" دون أن تشير إلى وجود إيجاب وقبول، وبدون هذه العناصر، لا يمكن أن يكون هناك تراض، ويجب أن يكون العرض القانوني حازما ودقيقا، أن يكون هناك إرادة حقيقية للالتزام، ولكن في هذه الحالة الشركة لا تريد منح الربح المعلن، والرسالة هي فقط "دفع إلى الاشتراك في السحب"، لم يصدر قبول من مستلم الرسالة أيضا، والأمل يتغذى في صمت ولا يتجلى في فكرة القبول. ولا يمكن أن تكون المطالبة باليانصيب مقبولة لأنها تتعلق بأداء عقد احتمالي وليس عقد في طور التكوين.

وهكذا، وباعتماد النموذج التعاقدي، أجبر القاضي المدعى عليها على تبني فكرة الالتزام القائم على الإرادة المنفردة بأن يكون له نفس الآثار المترتبة على العقد (الوعد بالجائزة) ولا يلزم سوى إرادة واحدة فقط، واعتماد الالتزام بالإرادة المنفردة هو أمر جريء من طرف محكمة النقض الفرنسية، وكان له الوقع في التعديلات التي طرأت على قانون الالتزامات الفرنسي بحيث أقرت شكلا جديدا من مصادر الالتزام¹، إلى جانب الإثراء بلا سبب (الذي هو أيضا من أصل قضائي) وحتى 2002 كان محدودا².

وما ينبغي استخلاصه من هذا الاجتهاد القضائي الفرنسي، هو أن هذا الأخير لا يكرس مبدأ الاتساق أو مبدأ عدم التناقض على حساب الغير إلى غاية 2002، ولكن اتخذ أساسا آخر وهو التصرف بالإرادة المنفردة، ولكن من حيث الجوهر، يطفو إلى السطح التوقع المشروع، والتوقع يكون مشروعاً عندما لا يكون العرض متوقفاً على محض الصدفة، وهذا التوقع ليس أكثر من الإيمان أو الاعتقاد بمكسب محدد، والسبب في أن القضاة يحمون هذا الاعتقاد هو طبيعة علاقة

¹ - L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations introduit l'engagement unilatéral de volonté dans le nouvel article 1100-1 du Code civil. Cette disposition prévoit désormais que: « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux ».

Toutefois, une question demeure : quel régime juridique appliquer à l'engagement unilatéral de volonté ?

L'ordonnance du 10 février 2016 ne prévoit rien, de sorte qu'il convient de se tourner vers les principes fixés par la jurisprudence. Voir : A. Bamdè, l'engagement unilatéral de volonté, sit internet : <https://aurelienbamde.com/2016/06/29/lengagement-unilateral-de-volonte/>.

² - تجدر الإشارة ان التصرف بالإرادة المنفردة هو اتجاه الإرادة إلى احداث أثر قانوني معين بالإرادة المنفردة للمدين بشرط تعيين الدائن أثناء التنفيذ ولقد نص المشرع الجزائري عليه كمصدر استثنائي للإلتزام. بمقتضى الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، ولكن وبمقتضى تعديل القانون المدني بالقانون رقم (05-10) أصبحت الإرادة المنفردة مصدر مستقل تشكل إلى جانب العقد زمرة المصادر الإرادية للإلتزام. بدليل ما نصت عليه المادة 123 مكرر من القانون المدني التي جاءت صريحة على أنه: "يجوز ان يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير.."

المهني بالمستهلك. وربما يفسر هذا الاهتمام بحماية المستهلك من تعسف المهنيين، وهو ما يبرر التشدد في طبيعة الجزاء المفروض، وكون القضاة يبدون نية واضحة بمجازاة السلوك، بإلزام المهني بالوفاء بالعرض أو تسليم اليانصيب الذي لوح به للمستهلك¹، لا يقلل بالضرورة من أهمية دور الثقة أو الاعتقاد المشروع.

في المفهوم الفرنسي للإصلاح، سوء النية لدى الشخص لا يؤدي إلى إدراج الجزاء إلا بوقوع الإضرار، والفعل الغير المشروع لا يستتبع بالنتيجة توقيع الجزاء ما لم يحدث ضرراً ما، وفي غياب الحسائر التي يتكبدها أحد الطرفين، لا يتدخل قضاء الدولة لإعادة التوازن.

قد تبدو ثنائية (الإستوبل - الاعتماد)، آلية أخرى تستند إلى التوقعات المشروعة للمخاطب بخطاب النوايا، آلية من شأنها مثل الاعتماد الأنجلو أمريكي، أن تمكن من فرض عقوبات على سلوك معين غير متسق أو غير منسجم، وفي بعض الأحيان تحديد الأثر الإلزامي لإعلانات أو خطابات النوايا، ولكنها لا ترقى إلى الالتزام التعاقدي أو الأحادي الجانب، وبهذا المعنى وإلى جانب مسألة خطابات النوايا، اقترح البعض مفهوم شبه الالتزام، الذي يعرف بأنه "الالتزام الذي يفرضه الإنصاف على الفرد بسبب الاعتقاد المشروع الذي نشأ لدى شخص آخر بسبب سلوكه و دفعه إلى التصرف على نحو لا يمكن الرجوع فيه من دون ضرر².

وقد اعتبر الفقيه (Denis MAZEAUD)³ احترام واجب الانسجام والتناسق في السلوك أمر أساسي خلال مرحلة المفاوضات، وأحد الحالات التي تقوم فيها مسؤولية أحد الأطراف المتفاوضة عن القطع التعسفي للمفاوضات، لأن طريقة التفاوض أو مدى تقدم المفاوضات تمنح للطرف الآخر معطيات يبني عليها أمل إبرام العقد أو تجديده، فلا يمكن للمتفاوض أن يتخذ موقف يتعارض مع سلوك سابق له، والأمر نفسه ينطبق على الرجوع عن الإيجاب دون البقاء عليه في مدة معقولة⁴.

¹ - انظر: جنيفي فيني، المرجع السابق، ص.626.

² - انظر:

C. GRIMALDI, Quasi-engagement et engagement en droit privé, préf. Lequette Y, Defrénois, 2007, n.200.

³ - انظر:

D. MAZEAUD, La confiance légitime et l'estoppel, RIDC, 2006/2, p363.

⁴ - انظر:

وعلى أية حال سواء أُرجم إجهاض المفاوضات إلى خطأ اقترن بالعدول أم تعسف في استعمال حق مشروع، فإن المسؤولية التقصيرية تقع خلال مرحلة التفاوض كلما ثبت خطأ في جانب المتفاوض، ولا يمكن بطبيعة الحال إطلاق مبدأ تلك المسؤولية¹، هذا ورغم ندرة التطبيقات القضائية في شأن الإجماع على التفاوض، إلا أن ثمة حكما صادرا من محكمة باريس في 28 سبتمبر 1976² قضى بالإجماع على التفاوض، وقد استند إليه البعض في الفقه للقول بإمكانية إجماع المتفاوض على تنفيذ التزامه جبرا.³

والواقع أنه لا يمكن التعويل على هذا الحكم وحده للقول بجواز الإجماع على التفاوض، بل إنه يتعين استبعاد التنفيذ العيني الجبري من مجال التفاوض احتراماً لحرية المتفاوض الشخصية، بيد أن هناك التزاماً في مرحلة التفاوض يقبل بطبيعته التنفيذ العيني جبرا على المدين وهو الالتزام بالمحافظة على الأسرار فإذا كان المتفاوض في سبيله إلى استغلال المعلومات الفنية والمالية الخاصة بالمتفاوض الآخر، استطاع الدائن أن يجبره على عدم الاستمرار في هذا الاستغلال، كأن يستصدر حكماً بإغلاق المنشأة التي يتم فيها هذا الاستغلال المخالف⁴، وإذا كان لا يجوز للقاضي أن يجبر المتفاوض على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه فلا يجوز له من باب أولى أن يجبره على التعاقد، وإنما يتعين عليه أن يكتفي بالحكم عليه بالتعويض النقدي فحسب⁵.

ثانياً: التنفيذ الجبري للعقد القائم والإبقاء الجبري لوعده أو تصوير معين.

وفي ذلك يجب التطرق إلى موقف النظم القانونية المقارنة تفصيلاً على الوجه المبين أدناه:

Franck DUDESERT, De l'existence du principe de confiance légitime en droit privé, thèse de doctorat en droit, faculté de droit, science politique et de gestion, école doctorale PIERRE COUVRAT, université de LA ROCHELLE, France, 2016, p.28.

¹ - انظر: سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا الصادرة في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف، جلال حزي و شركاه، الإسكندرية، مصر، 2005، ص.79.

² - انظر:

CA. Paris, 28 sept, 1976, J.C.P.1978, II ; obs. .J. Robert.

³ - تلخص وقائع هذا الحكم بعقد توريد كمية من زيت المازوت بين شركة (E.D.F) وشركة شل الفرنسيين، وقد كان العقد يتضمن بندا يلزم الطرفين بإعادة التفاوض حول الثمن في حالة ارتفاع أو انخفاض الأسعار، وعقب حرب أكتوبر، حيث ارتفعت أسعار البترول، كان لا بد من أن يتفاوض الطرفان حول تعديل الثمن، وهذا ما حدث بالفعل، ولكن التفاوض باء بالفشل، وبرفع الأمر إلى محكمة استئناف باريس قضت المحكمة، قبل أن تفصل في الموضوع، بالزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل إلى اتفاق، على أن يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات أن تقضي، على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة، إما بإبطال العقد أو بتعديله بمعرفتها.

انظر: رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، ط.1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1998 القاهرة، مصر، ص. 618.

⁴ - انظر: مجاجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الالتزامات، المرجع السابق، ص.164-165.

⁵ - انظر: سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع نفسه، ص.98.

1- موقف القانون الإنجليزي

من الضروري التمييز حسب ما إذا كانت الإستوبل في مسائل الملكية أو غير ذلك من صور الإستوبل، وفي الحالة الأولى يتبع التنفيذ الجبري الإبرام الجبري للعقد، وفي الحالة الثانية، إنه حالة أو صورة في التنفيذ الجبري، ليس في العقد ولكنه يقع على الوعد أو التصوير، يتم ربطه بعقد مستقل لا يكون نتيجة الإستوبل ولكن بموافقة الطرفين.

و بموجب القانون الإنجليزي فإن التنفيذ الجبري العيني هو الأداء المحدد لعين الشيء الملتمزم به. والتنفيذ هو أمر من القاضي موجه إلى الطرف المقصر لتنفيذ الالتزام الأساسي الناشئ عن العقد، وفي حالة عدم تنفيذه، يجب على المدين أن يدفع المقابل النقدي للأداء كتعويض، ويمكن اعتبار هذا التنفيذ العيني على أنه تكملة للتعويض بمقابل الذي يمنح عندما يكون التعويض غير كاف، وإن المبدأ ينعكس في حالة الإستوبل بالتمليك؛ التنفيذ العيني للشيء الموعود به هو جزء قانوني، يمنح القاضي بموجبه أمراً خاصاً بالأداء، وعادة ما يتم نقل ملكية الشيء الموعود به، أو حق عيني على الشيء ما لم تكن هناك أسباب مخالفة، ويمكن الإستشهاد بمبدأ الإستوبل في مسائل الملكية في القضايا التالية:

في قضية¹ **Pascoe v Turner** والذي صدر فيها الحكم سنة 1979، في قضية تلخص وقائعها في أن المدعي ترك المدعى عليها للعيش مع امرأة أخرى، وترك لها المنزل وجميع محتوياته وأخبرها أنه ملك لها، وعلى أساس هذا التأكيد أنفقت المدعى عليها 230 جنيه استرليني لإصلاح المنزل، ثم لاحقاً يأتي المدعي للمطالبة بالمنزل ويقاضي المدعى عليها لاسترداد المنزل، وحيث دفعت المدعى عليها بالوعد الصادر منه بتملكها للمنزل، وقد أيدت محكمة الاستئناف دموع المدعى عليها، وعلى الرغم من أنها لم تقدم أي مقابل لوعد المدعي، فإن المدعى عليها تصرفت على نحو يضر بها اعتماداً على الثقة في الوعد، وبما أن هذه الثقة أوجدت حقاً قانونياً للمدعى عليها، فقد رأى القاضي أن العدالة تقتضي نقل ملكية المنزل لصالحها.

وفي قضية² **Inwards v Baker**، بنى ابن لنفسه منزلاً على أرض والده، بناء على اقتراحه، وفي وقت لاحق، ادعى الأب ملكيته للمنشآت، والمحكمة قضت أن هذا الأخير ممنوع عليه ذلك

¹ - انظر:

Pascoe V Turner (1979) 1 WLR 431.

² - انظر:

Inwards v Baker (1965) 2 Q.B.507.

استنادا على الإستوبل وتأذن لابنه باستخدام المنزل والأرض لبقية حياته، ولكن لم تقرر نقل للملكية.

وينبثق عن هذين القرارين الأخيرين نوعان من الحلول، الأول، وهو الأمر بالتنفيذ الجبري لعين الشيء الموعود به نفسه، أما الثاني فيختلف قليلا على الرغم من أنه دائما أداء محدد، وليس الشيء الموعود به الذي يتم تنفيذه لصالح المستفيد من الوعد، ولكنه معادل له، دون أن يكون مساويا نقديا (العطل والضرر)، ولا يزال التنفيذ الجبري عينيا ولكن نقل الحق يتراجع عموما من حيث مداه وليس طبيعته، فعلى سبيل المثال، يمنح القاضي حقا مدى الحياة في التمتع بمسكن ولكنه لا يأمر بنقل ملكيته، والتوقعات المشروعة أو توقعات الكسب ليست دائما مستوفاة تماما.

وعادة ما يقرر القاضي التنفيذ العيني الجبري المعاصر للإبرام الجبري للعقد كجزء عن الإخلال بالعقد، ويندرج في نطاق الالتزام الثانوي (الترام بالإصلاح في حالة الإخلال) بدلا من الالتزام الأساسي (الذي تم الإخلال به)، ومن هنا، فإن الأمر بالتنفيذ يقع مع النطق بإبرام العقد جبرا، وهذا ما يبين أن الإبرام الجبري للعقد هو بالفعل جزء في حد ذاته لأنه يدمج مع التنفيذ الجبري. وهذا الترابط ليس مؤقتا فحسب، بل يكشف عن الطبيعة العميقة للإستوبل: إجبار الواعد رغما عنه (في مرحلة تكوين العقد و تنفيذه)، التنفيذ بالضرورة معاصر لإبرام العقد وتفسير ذلك هو أن المدين لا يريد أن يكون مدينا¹.

وفي الحالة الثالثة قد يأمر القاضي بالإبقاء على وعد أو تصوير معين، ويعد ذلك الجزء الرئيسي لفقه الإستوبل بما أنه تطبيق للنظرية الأنجلوسكسونية للإنصاف (العدل)، إذ يسعى الإستوبل إلى منع اللاعدل أو الإخلال بالثقة الناشئ عن وعد غير ملزم بسبب غياب المقابل، فمثل هذه الثقة تعوض المقابل وتعطي للوعد قيمة إلزامية². والحال أن الثقة ليست أساسا للدعوى، فالإستوبل يلعب دور درع أو دفاع، ولا يجوز لأي طرف أن يتخذ إجراء قانونيا، وأن يحتج بالإستوبل بحيث ينقل الحق إليه بسبب الوعد أو التصوير، ويجب أن يكون العقد موجودا مسبقا، ولكن هذا التصوير أو الوعد يمكن أن يؤدي إلى الإلزام بتنفيذه، وعلى وجه التحديد، يجوز

¹-انظر:

- L. CAZAJUS, op. cit, pp.51-52

²- انظر: بحيث عيسى، آثار العولمة على المسؤولية السابقة على التعاقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، ع. 14، جوان 2015، ص. 87.

للقاضي أن يأمر بالإبقاء على الوعد أو التصوير جبراً، ولا يمكن لصاحب التصوير أن ينكر ما صدر عنه، ويعتبر وصفه حقيقة حتى لو كان كاذباً¹.

من جانبه الفقيه **Atiyah** يوازي بين أثر الإستوبل والإجبار القانوني في تنفيذ العقود، بمعنى أن الطرف المتضرر في كلتا الحالتين يحق له إجبار الغير على القيام بما تعهد به، والغير الذي يمنع من إنكار حقيقة الوقائع التي يصورها هو في وضع مماثل لحالة المدين الذي فسخ العقد، ولكنه يلزم بالتنفيذ العيني (أداء محدد)؛ ولا يمكن أن ينكر حقيقة أنه يجب أن ينفذ التزامه.

ففي سابقة **Avon Country Council**، يتم دفع أجرة للمدعى عليه من قبل صاحب العمل (المدعي) ويتبين لهذا الأخير أنه دفع له مبلغاً إضافياً عن الأجر، ويسعى هذا الأخير إلى استرداد الأموال المدفوعة بسبب خطأ في التقدير، ويدفع المدعى عليه بأن المدعي ممنوع عن ذلك بموجب الإستوبل لأنه قدم له تصويراً بأنه يستحق ذلك، مما أدى إلى إنفاق المدعى عليه جزءاً من المبلغ الذي تلقاه².

وأيدت محكمة الاستئناف موقف المدعى عليه ولكون دفاعه صحيح ولا يقتصر على المبالغ المنفقة، ويتم الاحتفاظ بالتصوير برمته، والأموال المحصلة ليست سوى نتيجة غير مباشرة للإبقاء على التصوير، ولم تمنح نتيجة لدعوى قضائية من قبل الموظف والأخير هو المدعى عليه، وهو يستخدم الإستوبل كدفاع. ولكن اليوم، يبدو أن القضاة يقبلون أن الإستوبل لا يمكن أن يكون إلا دفاعاً جزئياً عندما يكون من غير المنصف أو غير المعقول أن يحتفظ المدعى عليه بكل المبلغ الذي يتلقاه دون داع، وفي هذه الحالة لا يكون للمدعى عليه سوى الدفاع عن المبلغ الذي تم إنفاقه³.

وفي الإستوبل بموجب التنازل الأمر هو نفسه، وهو يعمل كأداة تنفيذ عيني، لا يمكن للطرف الموقوف بألية الإستوبل أن يناقض نفسه، حينما يوافق طرف على تعديل أو التخلي عن الحق القائم الذي يترتب له من العقد، فإذا كان شخص لديه حقوقاً تعاقدية قد أغرى بسلوكه المتعاقد الآخر للاعتقاد، بأن مثل هذه الحقوق لن تنفذ أو توقف أو تؤجل لأجل معين، فإنه لا

¹-انظر:

L.CAZAJUS, op.cit, p.52.

²-انظر:

Avon Country Councily Howlett (1983) 1 WLR 603, 622.

³-انظر:

Mckendrick, contract law, supra, p.115.

يجوز للمحكمة أن تأمر بتنفيذ حقوق ذلك الشخص ما لم ينقض ذلك الأجل، ويمكن القول بإيجاز أن الميزة أو الترخيص المعطى من جانب أحد الطرفين استنادا إلى الثقة التي يجوز أن تكون قد حددت سلوك الطرف الآخر، يبقى أثرها قائما ومنتجا إلى أن يصبح من الواضح، سواء عن طريق انذار أو خلافه أنها أوقفت أو قد عدل عنها، ومن ثم أعيد العمل بالوضع الدقيق المنصوص عليه في العقد¹.

وفي قضية² **Hickman v haynes**، أبرم الأطراف عقد بيع لممتلكات، ويطلب المشتري فيما بعد من البائع تأجيل التسليم لتاريخ لاحق، يقبل البائع ويسلمه الشيء المبيع في التاريخ المطلوب، ولكن المشتري يرفض التسلم بحجة تأخره، والبائع هو من يتابع المشتري قضائيا لالزامه بتعويض الأضرار الناجمة عن الإخلال بالاتفاق التعاقدي.

وتخلص المحكمة إلى أن المشتري تنازل عن حقه في الحصول على التسليم في التاريخ المتفق عليه في العقد، وبالتالي لا يمكنه إعادة تأكيد حقه دون إخطار بفترة معقولة من الزمن، وعلى عكس سابقة (**Avon Country Council**)، المدعي هو الذي يتذرع بالإستوبل، أثر التنازل هو دعم طلبه ولولاه لما سمعت دعواه.

أما بالنسبة للإستوبل بموجب الوعد، فهو ينطبق عندما يقدم طرف في العقد، بكلماته أو سلوكه، وعدا واضحا وغير ملتبس يقود طرفا ثالثا إلى الاعتقاد بأن الحقوق الناشئة عن العقد لن تنفذ، أو أنه سيتم التحفظ عليها أو التنازل عنها، والطرف الذي كان يمكن أن يطلب إنفاذ حقوقه، لن يسمح له بذلك. وبصفه عامة، يكون أثر الإستوبل بموجب الوعد مؤقتا، في كونه يعلق الحقوق التي يمكن إعادة تأكيدها إذا أخطر الدائن المدين باعتزامه طلب السداد، وقد يتم إعمال الإستوبل على عقد موجود سابقا، ولا يمكن لأي طرف أن يتصرف ويحتج بالإستوبل وينفذ الوعد تنفيذا عينيا جبرا، ولكن فقط كدفاع، ولا ينقل أي حقوق³.

¹-انظر: ج.س شيشير وآخرون، أحكام العقد في القانون الإنجليزي ترجمة هنري رياض، المرجع السابق، ص.688.

²-انظر:

Hickman v Haynes(1875) LR10 CP598.

³-انظر:

L. Cazajus, op.cit.,p. 53.

وفي سابقة¹ Alan(W.J.)&co، يتعهد البائع بأن يبيع شحنتين من القهوة، على دفعتين، وينص العقد على أن الدفع يتم عن طريق خطاب اعتماد غير قابل للإلغاء بالشلن الكيني، ومع ذلك، يتم فتح الائتمان بالجنيه الإسترليني، والذي يخضع لتعادل التبادل بالنسبة للجنيه الكيني. تتم الشحنة الأولى ويطلب البائع بالدفع، وبالنسبة للشحنة الثانية المقدمة، يرسل البائع فاتورة بالجنيه الإسترليني إلى البنك.

ولكن في هذه الأثناء الجنيه الإسترليني تنخفض قيمته، ويتلقى البائع من البنك دفعة بهذه العملة الأخيرة، وبطبيعة الحال كانت أقل مما هو متفق عليه في العقد بسبب تخفيض قيمتها فيقاضي البائع المشتري لدفع الفارق في المبلغ، ولا يستجيب قضاة محكمة الاستئناف لطلبه و قد قرروا بأنه ملزم بقبول الجنيه الإسترليني.

وبالنسبة للإستوبل بالاتفاق، فيتمحور أثره في منع الطرفين من إنكار الوقائع المتفق عليها، ويكون من غير المنصف السماح لهما بإعادة النظر في تلك الاتفاقية، ففي حكم² Amalgamated investment، فإن الاتفاق المشترك بين الطرفين بموجبه المدعون يتعهدون بضمان قرض يمنح من إحدى الشركات التابعة للمدعى عليهم إلى إحدى الشركات التابعة للمدعين. وفي الواقع، فإن صياغة الضمان تغطي القروض التي قدمها المدعى عليهم، وليس تلك التي قدمتها شركاتهم التابعة. وفي وقت لاحق، طالب المدعى عليهم المدعين بالضمان، وهؤلاء لجأوا إلى القضاء للقول بأن المدعى عليهم لا يحق لهم المطالبة بضمان القروض التي تمنحها الشركات التابعة لهم، لأن العقد لا يغطي سوى القروض التي يقدمها المدعى عليهم. ولكن المحكمة تقرر أن الطرفين قد أبرما عقد ضمان على أساس اتفاق مشترك يغطي الضمان بموجبه القروض التي تمنحها الشركات التابعة.

ولذلك فإن أثر الإستوبل بموجب الاتفاق هو منع المدعين من إنكار فعالية الضمان، وفي هذه السابقة، أعطى القاضي قوة ملزمة للاتفاق، والتي لا يمكن التشكيك فيها، وبالنتيجة المدعى عليهم يمكنهم التمسك بالضمان والحصول على أموالهم مرة أخرى، ولكن الإستوبل لا يتدخل

¹-انظر:

Alan (W.J.) & Co. Ltd. V El Nasr Export and Import Co. (1972) 2 All ER 127.

²-انظر:

Amalgamated investment and property Co v texas commerce international bank Ltd(1982) QB 84.

مباشرة، وإنما يكون دوره تفسيريًا، وإذ يؤكد أو يدعم شرعية العقد الموجود مسبقًا ويجعله بهذه الطريقة واجب التطبيق¹.

2- موقف القانون الأمريكي

عندما ينفذ العقد جبرًا، كما في القانون الإنجليزي، يكون التنفيذ عادةً فوريًا، معاصرًا لتكوين العقد، والاختيار بين التنفيذ الجبري العيني أو ما يعادله ليس مشكلة خاصة، لأنه في جميع الحالات يتعلق بالحصول على تنفيذ العقد، ولا يتحقق التنفيذ الجبري العيني للعقد إلا إذا كان إصلاح الأضرار والخسائر غير كافٍ كجزاء على الإخلال بالعقد، فإذا كان العقد يقوم على بيع ممتلكات من نوع محدد أو فريد، فإن إصلاح الأضرار لا يمكن أن يضع المدعي في الوضع الذي كان سيكون له إذا كان البيع قد حدث أو تحقق، مثل توريد السلع بموجب عقد إطار عندما تكون البضاعة المعنية شحيحة.

وفي سابقة² **Greiner v Greiner**، يموت الأب ويحرم ابنه من الميراث، تقرر الأم أن تساوي وضع ابنه مع أولادها الآخرين بمنحه جزء من الميراث، إلا أن الابن يخبرها أنه لا يريد المال ولكن يريد منزلًا، فتمنحه والدته منزلًا وأرضًا وتنتقل للعيش إلى ذلك المنزل، يترك الابن المكان الذي يعيش فيه ليستقر في المنزل الجديد والذي قام بتجديده، ولا توقع الأم أي تصرف أصيل يتعلق بنقل ملكية المنزل أو الأرض، ليعود الابن الآخر، الذي كان في رحلة إلى البيت ويقنع أمه بعدم التوقيع على الصك، فيلجأ الابن المتضرر إلى القضاء وتسمع دعواه على أساس الاستتوبل المترتبة على الوعد، وأيدت محكمة الاستئناف الحكم الذي يوجب على الأم التوقيع على الصك الناقل للملكية، ويخضع العقد للتنفيذ الجبري العيني، والثقة الجديرة بالحماية هي مجسدة هنا برحيل الابن إلى البيت الموعود به والتحسينات التي أجراها عليه³.

وعموماً، فإن أكثر الحالات شيوعاً التي تؤدي إلى التنفيذ الجبري العيني (أداء محدد) تدور حول وعد بنقل قطعة أرض؛ ولا يكون الوعد قابلاً للإنفاذ إلا عن طريق الاستتوبل المترتبة على الوعد التي تحل محل عيب في عملية تبادل الموافقة أو انعدام (المقابل) فيها.

¹-انظر: أحمد عوض الجيد العجب فضل الله، مبدأ الإغلاق في القانون السوداني، المرجع السابق، ص.55.

²-انظر:

Greiner v Greiner(1930) S C Kansas, 131 Kan.760, 293, p795.

³-انظر:

⁴- L. CAZAJUS, op. cit., p. 55.

3- موقف القانون الفرنسي

على مستوى الإنفاذ الجبري، مفهوم التصرف بالإرادة المنفردة عن الاجتهاد القضائي الصادر في 06 سبتمبر 2002 السابق الإشارة إليه، يوجب على المدين تنفيذ وتسليم ما تعهد به. والتصرف بالإرادة المنفردة مثال آخر على الوعد الملزم، ويوضح البعض أن نظرية التصرف بالإرادة المنفردة (الالتزام بالإرادة المنفردة) تظل غريبة عن التقاليد القانونية الفرنسية، وأنه لا ينبغي اعتمادها إلا بصوره استثنائية، أي حيثما لا توجد وسيلة أخرى لاعتبار صاحب الإرادة المعلنة مسؤول عن التزام معين، ولكن يبدو أن الاعتراف لا غنى عنه. صحيح أن القانون الوضعي يتردد في هذا الاتجاه، ويعزى هذا التردد أساسا إلى أنه من المفترض أن يكون الأطراف، من حيث المبدأ، في مراكز متساوية ويتمتعون بنفس السلطات، ولكن من الممكن دائما تصور الحالات التي لا توجد فيها علاقة المساواة، مما يجعل نظرية الإرادة المنفردة ضرورية، وكان على القضاء أن يبت في هذه النقطة في قانون العمل.

فعلى سبيل المثال، في القرار الصادر في 27 جوان 2000¹، تتلخص وقائعه على النحو

التالي:

منذ 1974، دفعت الشركة موظفيها مكافأة نهاية العام، وفيما بعد، وبجحة تكبدها لخسائر مالية كبيرة، توقفت عن دفعها بين سنتي 1992 و 1993، فقام العديد من الموظفين برفع دعوى طلبا للحصول على مكافأة (**rappel de primes**) إلى المحكمة الخاصة بمنازعات العمل (**le tribunal de prud'homme**)، ورفض قضاة الموضوع الدعوى تأسيسا على أن هذه المنحة، حتى وإن لم ينص عليها عقد العمل أو الاتفاق الجماعي، جزء دائم من المرتب عندما يكون استخدامها مستمر وثابتا وعاما. ومع ذلك، يختلف أو يتغير القسط على مر السنوات، وفقا لمعايير مختلفة، وبالتالي ليست ثابتة.

ونقضت محكمة النقض القرار المطعون فيه استنادا إلى مقتضيات المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، وقررت أنه عندما تدفع هذه المنحة تنفيذا لتعهد منفرد من جانب رب العمل، فإنها تشكل عنصرا من عناصر المرتب وتلزم رب العمل بموجب الشروط التي يحددها ذلك الالتزام أو التصرف المنفرد، فطبيعتها المتغيرة ليست مهمة جدا.. وقد تجتمع ظروف تطبيق

¹-انظر:

Cass. Soc. 27 juin 2000, Bull. 2000 v. n° 246, Défrénois, 2000,1381, obs. D. Mazeaud.

الإستوبل الإنجلوسكسوني في هذه القضية وذلك في فرض وجود:

- التزام أولي، ورجوع ليس له مبرر، وإرادة ملزمة وطبعا ثقة الموظفين أو اعتقادهم بالطابع الإلزامي لالتزام صاحب العمل ليست مغفلة، وبطبيعة الحال يبدو أن القضاة لا يهتمون إلا بإرادة رب العمل، ولكن الثقة الخاصة بالموظف تلعب دورا رئيسيا، وتفسر هذه الثقة أصالة أساس التعهد بالإرادة المنفردة.

- مصطلح الثقة يحمي ويرعى مصالح الموظفين، ويتجلى هذا الدور النشط للثقة في النظام ذاته للالتزام بالإرادة من جانب واحد. وهذه الأخيرة ملزمة من الناحية القانونية فقط إذا كانت توفر ضمانا أو منفعة للموظفين، ولا يمكنها أن تحيد عن القانون أو الاتفاقية الجماعية إلا بطريقة مواتية لهؤلاء الموظفين، ولم يعد بإمكان رب العمل أن يناقض نفسه عندما يصدق الموظفون أو يثقون بالاستحقاق الممنوح من جانبه، وفي هذه الحالة، لا يخلق الاعتقاد من الموظفين حقا لهم ولكن له تأثير على الحفاظ على الالتزام المتخذ طواعية.

وليس ذلك مطلقا، ويجوز إلغاء التعهد بالنقض، الذي يخطر به ممثلوا الموظفين، وكذلك جميع الموظفين كل على حدى إذا كان حكما يفيدهم، وانطلاقا من ذلك، لا يعود التعهد ملزما لأن الإخطار يبلغ للموظفين مقدما بأنه لم يعد من الضروري التأمل في الاحتفاظ بالاستحقاق الممنوح¹.

- الإخطار بالتراجع أو بالنقض هو إجراء معترف به قانونا لصالح رب العمل لجعل اعتقاد الموظفين غير مشروع. ومن ثم، فإن هذا الإجراء يوفق بين مصالح الموظف ومصلحة صاحب العمل، مما يبيح لرب العمل في أن يناقض نفسه، ولكن لا يجب الخلط بين السبب والأثر في هذه الحالة. فحظر التناقض مع النفس هو أثر قانوني (جزاء يفرضه القاضي) يقوم على أساس الثقة والاعتقاد المشروعين، وإذا لم يعد رب العمل يمنح الاستحقاق الموعود به (يناقض نفسه بصورة مشروعة)، فإن ذلك يرجع فقط إلى أنه لم يعد هناك اعتقاد مشروع.

¹ - L. Cazajus, op. cit., p. 57 et s.

وفي حالات أخرى، يطلب القضاة من أحد الأطراف الاحتفاظ بعقد تم إبرامه بشكل صحيح، والقرار الصادر في 2 يونيو (جوان) 1987 عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية¹ مثال جدير بالاهتمام، وتتلخص وقائعه ما يلي:

يتم تبليغ إحدى العميلات من قبل موظف شركة الطيران الوطنية بإمكانية القيام برحلة من باريس إلى لوس أنجلوس بابيتي (Paris - Los Angeles - Papeete)، والعودة بالسعر الإجمالي 4980 فرنك فرنسي، فتقوم هذه الأخيرة بشراء تذكرة من وكالة تلك الشركة قاصدة تلك الرحلة.

بعد تسعة أشهر، تزعم شركة الطيران بارتكاب خطأ من قبل وكالتها، وأن التذكرة تم شراؤها بنصف السعر من قبل العميلة وتطلب من العميلة أن تدفع لها المبلغ المتبقي، وهو 4980 فرنك. وتقضي المحكمة الابتدائية (tribunal d'instance)، وبعد تحليل الخطأ باعتباره سوء تقدير بسيط في تحديد سعر التذكرة الفردية من تعريفه السعر العامة، إن العميلة التي تقوم برحلة بهذه الأهمية، لا يمكن أن لا تدرك السعر الفعلي، ثم أمرت المحكمة بأن تدفع للشركة نصف المبلغ المطلوب، ويترك النصف الآخر للناقل بسبب مسؤوليته عن الخطأ.

ولكن محكمة النقض الفرنسية لم تؤيد الحجج التي استند عليها القضاة بشأن الأسس الموضوعية وتنقض الحكم على أساس المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

وجاء في حيثيات قرارها أنه: "... شركة الطيران، ونتيجة لخطأ هي مسؤولة عنه، تصدر تذكرة بسعر أقل مما هو مقرر، لا يمكن بعد الفراغ من الرحلة، مطالبة عميلها بالسعر الإضافي فقط إلا إذا أثبتت أنه كان على بينة من الخطأ الذي حدث قبل الرحلة، وبالتالي لم يكن حسن نية في تنفيذ الاتفاق، والمحكمة الابتدائية لم تؤسس حكمها قانوناً وذلك بعدم النظر فيما إذا كان العميل قد علم فعلاً بالسعر الفعلي المطبق قبل الرحلة". هذا القرار مثير للاهتمام لعدة أسباب، والأساس هو المادة 1134 من القانون المدني (قبل تعديل قانون الالتزامات الفرنسي، ولا سيما الفقرة الثالثة منها التي كانت تنص على وجوب تنفيذ الاتفاقيات بحسن نية، في هذه الحالة، قد تكون العميلة قد تصرفت بحسن نية إذا كانت تعتقد بشكل شرعي أن سعر التذكرة كان المعلن عنه.

¹-انظر:

Cass. Civ. 1^{ère}, 2 juin 1987, annexe 5, RTDC, 1988, p.119 . cité par M. Ch. Cauchy Psaume, thèse préc., p. 275 ; M. Behar-Touchais dans son article: L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Economica, Paris, 2001, p. 91

الفرع الثاني

التنفيذ بمقابل (التعويض)

يأخذ التعويض صورتين منفصلتين: فقد يأخذ شكل (التعويض العيني) أو يقتصر على التعويض النقدي.

أولاً: التعويض العيني

يعرف التعويض العيني (*la réparation en nature*) بأنه الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر، والتعويض العيني¹، وبهذا المعنى يعد أفضل من التعويض النقدي، ذلك أنه يؤدي إلى محو الضرر وإزالته بدلا من بقاء الضرر على حاله وإعطاء المتضرر مبلغا من المال عوضا عنه، كما هو الحال في التعويض النقدي.

وبعبارة أخرى، إنه يحقق للمتضرر جبرا من جنس ما أصابه من ضرر، وذلك بطريقة مباشرة، أي من غير الحكم له بالنقود بهدف إزالة الضرر عينا أي إزالة المخالفة²، وفيما يلي يتم التعرض لموقف النظم القانونية المختلفة من مسألة التعويض العيني.

1- موقف القانون الإنجليزي

مفهوم المقابل يؤدي إلى استبعاد حالات الإستوبل التي لا تؤدي إلى إبرام العقد بالإكراه جميعها باستثناء الإستوبل بالتمليك، والواقع أن المقصود من الأولى، بحكم تعريفها، هو الحفاظ على الوعد أو التمثيل الذي لا ينقل الحقوق بل يعدل العقد الموجود من قبل، ومن ناحية أخرى، فإن الإستوبل بالتمليك يمكن أن ينشئ حقوقا ويستخدم كأساس للدعوى للحصول على تلك الحقوق، وقد رأينا أن تنفيذ هذا الإستوبل يحدث على مرحلتين:

¹ - عن استقلال التعويض العيني عن التنفيذ العيني وصفت الأستاذة M.E. Roujou de Boubée الخلاف بين أنصار فكري التعويض العيني و التنفيذ العيني بأنه تلاعب بالألفاظ لاتفاق الفريقين في فيصل التفرقة بينهما :
وان اختلفت عباراتهما في التعبير عنه، إذ أن التنفيذ العيني يحو أو يزيل الضرر الذي ينجم عن الإخلال بالالتزام بحيث يؤدي إلى إعادة الدائن إلى الوضع الذي كان عليه، بينما التعويض العيني لا يرفع ذلك الضرر فيبقى الإخلال بالالتزام قائما و يقدم للدائن بديلا عنه يكون كافيا مثل تقديم شيء مماثل لما التزم المدين برده أو شافيا كإصلاح الشيء الذي أعطيه المدين بخطئه.
انظر:

Marie-Ève Roujou de Boubée, Essai sur la notion de réparation, thèse de doctorat, Droit, Toulouse1, 1973, pp.143, 207-208.

أشار إليها: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ط.1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1978، ص.61.

²-انظر:

الجبوري نصير صبار لفته، التعويض العيني، دراسة مقارنة، ط.1، دار قنديل للنشر، عمان، الأردن، 2010، ص.21.

إضفاء الطابع الرسمي (الإبرام الجبري للعقد) والتجسيد (التنفيذ الجبري)، ويتبع التجسيد نظاماً مزدوجاً، وقد تم بالفعل دراسة الطريق الأول، أي التنفيذ الجبري العيني الذي هو المبدأ، ولكن مسار التنفيذ بما يعادله لا يزال ممكناً، ويتمتع القاضي بالسلطة التقديرية، وميزة التعويضات هي أن الجزاء يمكن تكييفه مع الوقائع المعنية، وهناك أسباب مختلفة لاستبعاد التنفيذ العيني لصالح التنفيذ المعادل¹.

وفي قرار **Wayling v Jones**²، يؤكد القضاة أن بإمكان المدعي الاعتماد على الإستوبل بالتملك ضد المدعى عليه، والمكسب المتوقع هو ملكية الأرض، لكن المدعى عليه في نفس الوقت يشغل المنشآت، ثم وجد القضاة أنه من المستحيل أن يأمر المدعى عليه بنقل ملكية الأرض إلى المدعي، وبالتالي فإن الجزاء الافتراضي هو التنفيذ بمقابل لجر الأضرار والخسائر.

وفي قرار **Holiday Inc v Broadhead**³، المدعي، وهو شركة فندقية، يدخل في مفاوضات مع المدعى عليه، صاحب عدة أراضي، لإقامة شراكة لبناء فندق بالقرب من المطار، يوجب على المدعى عليه تأجير الأرض للمدعي الذي يجب أن يدفع الإيجار على أساس نسبة مئوية من إيرادات الفندق في المستقبل، وخلال المحادثات، يقترح المدعى عليه قطعة أرض لا تنال إعجاب المدعي، ثم يجد المدعى عليه قطعة أرض ثانية ويعرضها عليه، وهذا الأخير، يوافق عليها، وينفق المال والوقت للحصول على تصريح البناء.

وبعد محاولة ناجحة للحصول على تصريح الأرض الثانية. يقوم المالك (المدعى عليه) بقطع المفاوضات ويقدم الأرض لأحد منافسي المدعي الذي يقبلها بحسن نية، فيلجأ الأخير إلى المحكمة ويقبل القضاة الدعوى على أساس الإستوبل، ولكن المدعى عليه لم يعد بإمكانه الرجوع في عقد الإيجار لذلك يحكم عليه بالتنفيذ بمقابل.

في قرار **Baker v Baker**⁴، المدعي (المستأجر)، اقترح على ابنه وزوجته شراء منزل معهم.

¹ - انظر:

S. GARDNER, The Remedial Discretion In Propriety Estoppels, (1999) 115 L.Q.R.438 .

² - انظر:

Wayling v Jones (1995) 69 p& C.R.170

³ - انظر:

-Holiday Inns Inc .v Broadhead(1974)232 EG951

⁴ - انظر:

Baker v Baker (1993) 2 FLR, 247.

و بموجب الاتفاق، يمكن للمدعي أن يعيش هناك لبقية حياته دون الاضطرار إلى دفع الإيجار، وفي أعقاب التزاوجات، يغادر المدعي المنزل ويلتمس تعويضا أمام القاضي على أساس الإستوبل عن فقدان غرفة مجانية وفرحة التمتع بدفء المنزل، ويحكم له القضاة بمبلغ مالي كتعويض، ومن الواضح أن التنفيذ العيني مستحيل لأنه، في هذه الحالة، يضطر المدعي إلى العيش مع أسرته التي لم يعد يستطيع العيش معها تحت سقف واحد.

2- موقف القانون الأسترالي

بسبب طبيعة الإستوبل التقصيرية، فإن التعويضات تعالج أضرارا وقعت، وهي تجازي على عدم الأداء التعاقدية عن طريق التنفيذ بما يعادله، ولذلك، سينظر في هذه المسألة تحت جزئية منح التعويضات لغرض إصلاح أو جبر الأضرار.

3- موقف القانون الأمريكي

التنفيذ بمقابل هو العلاج الأكثر شيوعا للإستوبل، وهناك حالات أقل من الأداء المحدد كما في القانون العام للعقد، وينبغي التذكير أن هذه الجزاءات تجازي على خرق الوعد الذي أصبح ملزما بنظرية الإستوبل المترتبة على الوعد.

ففي قضية **Cohen v Cowles Media**¹، قدم **Cohen** معلومات مهينة عن مترشح يعتبر المنافس السياسي لمرشحه إلى الصحف التي وافقت على عدم الكشف عن هويته. غير أن المقال النهائي يشير إلى اسم كوهين وعند القيام بذلك، ينتهك الصحفيون التزامهم بالسرية، ويحددون مصدرهم كمؤيدين للمرشح الجمهوري للرئاسة ويعينون شركة الإعلانات التي يعمل فيها. ورأى الناشر أن هوية المصدر هي معلومات مثيرة للاهتمام مثل المعلومات نفسها، كوهين، نتيجة لهذا المقال، أقيلا ومنحت هيئة القضاة له بمبلغ 200.000 دولار على أساس الإستوبل المترتبة على الوعد (promessory estoppel).

وفي قرار **Feinberg v Pfeiffer co**²، يزعم المدعي أنه يحق له الحصول على معاش من رب عمله السابق، ويسند طلبه إلى قرار من مجلس إدارة الشركة سابق يقرر حصوله على 200

¹-انظر:

Cohen v Cowles Media Co; 479, NW 2d 387 (Minn,1992).

²-انظر:

Feinberg v. Pfeiffer Co ;322 S W.2d 163(MO.Ct. App.1959)

دولار في الشهر عندما يقرر التقاعد. وقد تقاعد في الواقع بعد عام ونصف، في سن 57، وتلقى معاشه لمدة سبع سنوات تقريبا. ولكن وبعد تغيير مجلس إدارة الشركة، لم تعد الأخيرة تريد دفع المعاش. والقضية عرضت على محكمة الاستئناف في ميسوري، والتي قررت بأن صاحب العمل لم يطلب أي إجراء محدد مقابل الوعد، ولكن القضاة يأمررون مع ذلك بتنفيذ الوعد تأسيسا على الإستوبل المترتبة على الوعد.

4- موقف القانون الفرنسي

يستخدم القاضي الفرنسي التعويض لحماية الثقة المشروعة أو الاعتقاد المشروع، ولكن نادرا ما تكون مسألة إنفاذ العقد مطروحة، فمن حيث المبدأ لا يحتج إلا بمفهوم جبر الضرر الذي يتعين إصلاحه، وعلى الرغم من أن المشكل هو التفاوض بشأن التزام تعاقدى أو الإخلال بالعقد، فإن الهدف هو إصلاح الضرر الذي يستند أساسا على الإخلال بالثقة.

ثانيا: التعويض النقدي

في نظم القانون العام، ليس من الصعب تحديد مجال حماية الثقة عن طريق الإستوبل، المسألة تعرضت لدراسة مستفيضة والاجتهاد القضائي وفير؛ أما في دول القانون المدني، فإن المشكلة جديدة نسبيا ونوعا ما صعبة

1- موقف النظم القانونية المقارنة من مسألة التعويض النقدي

سوف يتم فيما يلي التدقيق في مدى الحماية المكرسة في نظم القانون العام (Commun law) بالاستناد إلى السوابق القضائية التي ناقشت هذا الموضوع وبعدها يتم الخوض في موقف القضاء الفرنسي بالمقارنة:

أ- القانون الإنجليزي

القانون الإنجليزي، وفي أعماله للإستوبل، يظهر في الإستوبل الإنجليزية القليل من القواسم المشتركة مع المسؤولية التقصيرية، ويشير استخدام الأداة المحدد في الإستوبل المترتب على الملكية والواقع أن التنفيذ الجبري العيني هو الجزء العادل المحجوز للعقد ولا علاقة له بالمسؤولية التقصيرية أو الفعل الضار، وإدراكا من حيث المبدأ¹، توقع تحقيق مكسب عن طريق نقل الملكية يتعارض مع طريقة جبر الضرر المتمثلة في إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، كما لو أن الضرر لم يحدث قط.

¹ انظر:

وبالنسبة للأنواع الأخرى من الإستوبل التعاقدية (الإستوبل بالتصوير، الإستوبل بموجب الوعد، والإستوبل بموجب الاتفاق، والإستوبل بالتنازل)، لا تمنح أي تعويضات لجبر الأضرار، وجزء التنفيذ العيني الجبري يكون هو الحل، ولكن ذلك مقيد في القضاء بإثبات الفعل الضار أو الخطأ. وليس هناك ما يمنع من الحكم بالتعويضات مع الحكم بالتنفيذ العيني.

وما يمكن أيضا ملاحظته أنه في حالة الإستوبل بالتصوير، قد يكون الجزاء متناسبا مع الضرر الناجم عن الثقة المسلومة، وبطبيعة الحال، إن الإحالة إلى المسؤولية التقصيرية يجب أن تستبعد، ذلك أن مصطلح الفعل الضار أو الخطأ (tort) يختص به نظام common Law، في حين الإستوبل نشأ في ظل نظام العدالة، غير أن هذا التوصيف قد يبدو شكليا ولا يرقى أن يكون جوهريا بدليل أن نظام الفعل الضار أو الخطأ (tort)، يمكن دائما أن يترك بصمته بالاندماج في نظام الإستوبل

ب- القانون الأسترالي

مقارنة مع القانون الإنجليزي، القانون الأسترالي واضح نسبيا، عندما يكون تأثير الإستوبل هو حماية الثقة المشروعة في وعد غير تعاقدية، ثم تتدخل العدالة في التعويض عن الأضرار التي لحقت بدلا من منح الكسب المتوقع، يميز هذه النظرية، علاوة على كون ذلك السلوك غير المعقول (التصرف لاضميري).

الإستوبل يقع في نطاق المسؤولية التقصيرية، ويمكن بالتالي الحديث عن جبر الأضرار والخطأ وبصرف النظر عن خصوصية الإستوبل، والتنفيذ الجبري العيني للتصوير الذي يبحث عنه، يتم أيضا تقدير التعويض ليشمل الأضرار والعطل.

وفي قرار **Walton Stores** الأكثر شهرة للمحكمة العليا الأسترالية، من الواضح للقضاة في قضية **Walton stores** أن تنفيذ الإستوبل لا يعني الاعتراف بوجود عقد والمجازاة على عدم أدائه بمنح تعويضات باعتباره تنفيذا جبريا معادلا. وتذكر **Brenan J** في هذا القرار أن الإستوبل الإنصافي لا يرفع الوعود غير التعاقدية إلى وضع الوعود التعاقدية، وأن نظرية المقابل في المسألة لا يطعن فيها بالمثل، ويهدف الإستوبل الإنصافي إلى تكملة التعويضات عن الأضرار الناجمة عن المسؤولية التقصيرية بسبب الإهمال أو الاحتيال¹، ويعزز الجزاءات (الإصلاحات) المعروضة على

¹-انظر:

الأطراف التي تتصرف على نحو يضر بها على أساس ما يقال لها. وتشير **Brenan J** إلى أن هناك اختلافات بين العقد وحق الإنصاف الذي أنشأه الإستوبل والالتزام التعاقدى يكون نتيجة اتفاق بين الطرفين، بينما الحق الناشئ عن الإستوبل يكون بموافقة الملتزم أو بدونه.

ويجب أن يكون الالتزام التعاقدى مسببا مدعوما بالمقابل، أما الحق الذي أوجده الإستوبل لا يحتاج إلى أن يكون كذلك، ويتوقف مدى الالتزام التعاقدى على شروط العقد والظروف التي يرم فيها، ويختلف مقياس الحق الذي أنشأه الإستوبل وفقا لما هو ضروري لإصلاح الضرر الناجم عن السلوك غير المعقول. وعموما، فإن منح التعويضات يكفي لتحقيق هذا الهدف، ولكن نظرا لأن الإستوبل مبدأ من مبادئ الإنصاف والعدالة، فإن الإصلاح يتسم بالمرونة قبل كل شيء، ولذلك فمن الممكن دائما أن يكون الجزاء مطابقا، في بعض الحالات لنقل ملكية ممتلكات المدعى عليه، أو لانتقاص أحد حقوقه، أو لزيادة أحد التزاماته.

ج- القانون الأمريكي

تعرض هنا بعض القرارات التي تبين أن الإستوبل المترتب على الوعد له أيضا دور في متطلبات المسؤولية التقصيرية، حيث هناك قرارين مبدئين هما، ¹**Goodman v Dicker** و²**Hoffman v Red owl Stores**، وفي جميع الولايات القضائية تقريبا، يعاقب قانون الضرر (المسؤولية التقصيرية) على الوعود المتعمدة بتقديم تصورات غير صحيحة (تدليس الوعد)، وجعله يحفز على الثقة المعقولة.

ومع ذلك، ومن أجل تحريك المسؤولية التقصيرية للمدلس، يجب أن يكون الوعد كذبا أو تدليسا في الوقت الذي يتم فيه، وإذالم يكن المدين ينوي تنفيذ الوعد، فعندئذ سيكون مسؤولا، أما إذا كان ينوي تنفيذه، ولكن لا يفعل ذلك، فالمسؤولية تعاقدية، وقد اعتمدت بعض المحاكم، بما فيها تلك التي أقرت القرارين السالفي الذكر، نظرية الإستوبل لإصلاح الضرر الناجم عن التدليس (في حين أن المسؤولية العقدية أو التقصيرية يمكن أن تنطبق).

¹-انظر:

Goodman v Dicker, 169 F 2d 684(circ.App.colum, 1948).

²-انظر:

Hoffman v red Owl Stores Inc, 26 Wis 2d 683, 133 NW 2d267(SC WISC.1965).

وفي قرار **Goodman v Dicker** ، يعتبر الممثل المحلي لصاحب امتياز الفرنشيز مسؤولاً عن الخسائر التي يتكبدها المدعي بجعله يعتقد أنه يريد منحه حق الفرنشيز ولكنه لم يفعل، وقرر القضاة بناء على الأسس الموضوعية أنه لم يثبت وجود أي عقد، ولكن لا يمكن للمدعى عليهم الاعتماد على هذه الحقيقة (يمنعون بموجب الإستوبل) بسبب تأكيداتهم وسلوكياتهم تجاه المدعي، وتغطي التعويضات المصروفات المتكبدة والأرباح المتوقعة.

وأيدت محكمة الاستئناف قرار القضاة بشأن الأسس الموضوعية، ولكنها رفضت الجزء من التعويضات الذي غطى الأرباح المتوقعة، ومن الواضح أن القرار الذي ينص على أن الجبر الحقيقي للضرر هو يشمل الخسارة بسبب النفقات المتكبدة على أساس الاعتقاد المشروع في التأكيد الخادع، هو في مجال المسؤولية التقصيرية أكثر منه في الميدان التعاقدية.

ولكن، وفقاً لـ **R E Barnett**، يبدو أن القضاة استندوا في تفكيرهم إلى فكرة الخطأ، ويمكن أن ينظر إلى التأكيد الخاطيء على أنه تدليس، المدعى عليهم يعرفون بالضرورة أن صاحب حق الامتياز لم يقبل المدعي، وهذا الأساس التقصيري يفسر مدى التعويض عن الأضرار والخسائر المتكبدة¹.

د- القانون الفرنسي

وتتعلق المجموعة الأولى من الفرضيات بقطع المفاوضات السابقة للتعاقد، والقرار الأكثر تدليلاً بهذا الخصوص الذي أصدرته الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في 26 نوفمبر 2003² ملخص وقائعه في أن شركة **Manoukian** دخلت في مفاوضات مع المساهمين في شركة **Stuck** من أجل شراء أسهم رأس مال الشركة الأخيرة، واستمرت المحادثات لمدة ستة أشهر تقريباً بعد أن تجسدت في عدة اجتماعات وتبادلات مختلفة للبريد والذي أسفر عن وضع مشروع اتفاق لشراء الأسهم.

¹-انظر:

-R E Barnett é M E Becker, Beyond Reliance: promissory estoppels, contract Formalities, and misrepresentation' (1987) 15 Hofstra LR 443, p. 446, cité par L. Cazajus, p. 70.

²-انظر:

- Cass. Com. 26 nov. 2003, Bull. 2003, IV, n° 186, obs. J. Mestre; Cass. com. 26 nov. 2003, RDC 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages.

ومع ذلك، إن شركة **Manoukian** كانت تعلم أن أصحاب الأسهم يجرون مفاوضات موازية مع شركة طرف ثالث وهي شركة «**Les Complices**»، التي أبرموا معها وعدا ببيع الأسهم والذي لم يبلغ إلى شركة **Manoukian** إلا بعد مرور أسبوعين. وفي غضون ذلك، يدعي أصحاب الأسهم أن غياب محاسب الشركة هو الذي يؤخر التوقيع النهائي على عقد البيع، وفي مواجهة المطالبة بالتعويض من شركة **Manoukian**، ضحية قطع المفاوضات المتقدمة، أقر القضاة من حيث الأسس الموضوعية بالخطأ قبل التعاقد الذي صدر من أصحاب الأسهم ومنحوا تعويضات لشركة **Manoukian**، ولكنهم استبعدوا تعويض تفويت فرصة والحصول على الكسب المأمول في حالة إبرام العقد، ولم يعترفوا بمسؤولية الطرف المتعاقد الثالث، وهذه القضية مثيرة للاهتمام من حيث تحديد مدى التعويض الذي منحه القاضي عن قطع المفاوضات، وتعطي محكمة النقض قاعدة واضحة لتقييم مدى هذا التعويض، فبعد أن اعترفت محكمة النقض، في قراراتها السابقة بمبدأ المسؤولية التقصيرية للمتسبب في القطع غير المشروع للمفاوضات، تقوم في القرار الصادر في 26 نوفمبر 2003، بتنقيح النظام المنطبق عليها، مع تحديد مدى الضرر القابل للتعويض. وبالإضافة إلى ذلك، يحدد التقرير الظروف التي يتحمل فيها الطرف الثالث الذي يتعاقد مع علمه بوجود هذه المفاوضات مسؤوليته¹.

ومبدأ حرية قطع المفاوضات ليس موضع شك، غير أن ممارسة هذه الحرية قد تشكل خطأ بسبب ضررها ويوجب التعويض، في ظروف معينة²، وفي هذه القضية، يبدو أن الأساس الذي اعتمدت عليه محكمة النقض هو التوقع المشروع الذي يدعم بحسن النية على وجه التحديد، المصطلح المستخدم هو "دفعه إلى الاعتقاد"، وهكذا في فترة ما قبل العقد، يكون مفهوم الاعتقاد المشروع مدعوما بثقة يثيرها المخطئ، وقد عزز هذه الثقة عدد من المؤشرات الصادرة عن قضاة الموضوع التي تشير إلى أن العقد النهائي كان ممكن الإبرام، وصول المفاوضات مرحلة متقدمة حيث أجريت عدة اجتماعات على مدى 6 أشهر وتبادل للبريد وإنشاء عقدين متتاليين لمشروعي شراء الأسهم.

¹-انظر:

A-S Dupré-Dallemagne, Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers, recueils Dalloz, 2004, p. 869.

²-انظر:

Marie -LAMOUREUX, Les déclarations d'intention en droit privé des contrats, art.préc, p.59-60.

والثقة المشروعة هي أساس المسؤولية ولكنها أيضا موضوع الحماية ، و من المفترض أن يقوم القاضي بحماية تلك الثقة، وإذالم يكن ذلك إبراما جبريا للعقد، فرما يكون ذلك بسبب طبيعة العلاقة بين الطرفين، كلاهما من المهنيين الذين يتصرفون في سياق نشاطهم (شراء الشركات)، والأطراف هم أكثر حرية وأكثر كفاءة من المستهلك الذي يريد شراء تذكرة طائرة من شركة طيران وطنية كبرى، ومن ثم فإن منح التعويضات يحافظ على مبدأ الحرية ويحمي الاعتقاد حماية كافية، ولا يمكن الاعتراف بالمسؤولية إلا بقدر ما يكون الاعتقاد مشروعاً، وأبعد من ذلك، يسمح التعويض النقدي بتكليف الجزاء مع هذا القدر من المشروعية¹.

تتعلق النقطة الثانية بإنهاء علاقة تعاقدية طويلة، ولكن في سياق عقود التوزيع، ويجب التوضيح هنا أن مفهوم الاعتقاد أو الثقة المشروعة يساعد على تحديد مجال إساءة استعمال الحق عند إنهاء العقد، وبالتالي تبرير استحقاق التعويض والقرارات التي ستطرح كأمثلة تتعلق، أولاً، بعدم تجديد العقد، وثانياً، بإنهائه.

في 11 يوليو 1978، أيدت الغرفة التجارية لمحكمة النقض جزئياً موقف قضاة الموضوع ولكن قررت أنه لا يمكن لقضاة الموضوع أن يعتدوا بالضرر الذي يلحق بالمتعاقدين المرخص له، على إثر عدم تجديد العقد بعد تحديد مجال نشاطه، دون تحديد الصلة السببية بين ذلك الضرر والخطأ من المرخص²، ولذلك يلزم المسؤول عن الخطأ بمنح تعويضات عن الضرر والعطل.

وخلصت الغرفة التجارية لمحكمة النقض في قرارها الصادر في 9 فبراير 1981 إلى أن محكمة الاستئناف، وانطلاقاً من اعتمادها على العقد والمراسلات التي حددها المرخص له، أعربت عن اعترافها مواصلة التعاون في المستقبل، ولذلك، فإن المرخص له كان له ما يبرره في التمسك

¹-انظر:

Lionel. CAZAJUS, op. cit., p. 72.

²-انظر:

Le concédant qui informe le concessionnaire exclusif avec lequel il est lié par un contrat d'un an, non renouvelable par tacite reconduction, de son intention de lui proposer pour l'année suivante un nouveau contrat et qui s'abstient de lui préciser que sa zone d'activité sera grandement réduite, l'induit en erreur en lui faisant parvenir la même lettre ronéotypée que les années précédentes pour lesquelles un contrat identique lui avait été proposé, et commet, par là-même une faute. Mais les juges du fond ne peuvent retenir comme élément du préjudice subi par le concessionnaire l'incidence du non renouvellement du contrat consécutif à la limitation de sa zone d'activité, sans préciser le lien de causalité existant entre ce préjudice et la faute du concédant.

Voir : Cass. Com., 11 juillet 1978, n° de pourvoi: 76-13752, Bull. n° 199, p. 167.

بالالتزامات المقطوعة لتحديد الترخيص الحصري، يمكنه أن يستنتج من تصريحاته أن المرخص قد ارتكب خطأ باقتراح عقد يكون اقتصاده مختلفاً جذرياً عن سابقه، وأنه ملزم بتعويض المرخص له. والتناقض يجبره على دفع تعويضات عن الضرر والعطل¹.

وفيما يتعلق بحالات الإنهاء التعسفي، يمكن الاستشهاد بالقرار الصادر في 5 أبريل 1994 عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض²، وبناء على طلب من المتعاقد معه، يبذل أحد الوكلاء جهوداً استثمارية وإعلانية كبيرة، غير أن المرخص يقرر قطع علاقتهما التعاقدية إلى أجل غير مسمى. وتقرر محكمة النقض أن الشريك قديم ومهم، وأن الشركة لم تراع المدة الطويلة للتعاقد، وقد أخلت بالتزام بالأمانة حينما قطعت العلاقة العقدية تعسفياً دون سابق إنذار مع المتعاقد معها، وهو ما يلزمها بتعويض هذا الأخير.

ويبدو من القرارات السابقة أن الوقائع قريبة جداً من تلك التي يمكن أن يلعب الإستوبل فيها دوراً، التصوير الأول (يتم الاحتفاظ بالعقد أو سيتم تجديده) يتناقض مع التصوير الثاني (قطع تعسفي للعقد أو عدم تجديد تعسفي للعقد)، وهذا التناقض يمس بالثقة في استدامة التصوير الأول. ويمكن القول أن ما يهم القاضي في هذه الحالات هو مفهوم الاعتقاد المشروع وحمايته، خطأ يتحول إلى توقع، والذي بدوره يصبح اعتقاداً، وتدعم هذه الأفكار مسؤولية الشركة التي فسخت العقد بطريقة تعسفية، فهو إنهاء تعسفي للعقد، لأنه يزعزع الثقة، ثم ما يجب ملاحظته أنه في كل مرة تكون العلاقة التعاقدية خاصة لأنها جزء من مجال عقود التوزيع، ومعظم الوقت في عقود التبعية الاقتصادية، على الأقل أين يكون الترابط غير متكافئ.

والملاحظ أيضاً أن محكمة النقض لا تتردد في إعادة تصنيف أو إعادة النظر في طبيعة العلاقة العقدية، وفي عام 1995، اعتمدت تحليلاً اقتصادياً (نظرية التبعية الاقتصادية) ولم تقتصر على التحليل القانوني البحت (عدم وجود امتيازات أو عقود متتالية). يكفي قيام التبعية الاقتصادية للسعي لحماية الاعتقاد أو الثقة التي أثارها، ولا بد من التأكيد على أن الثقة والاعتقاد لا يفترضان أبداً وهما دائماً مدفوعان بالسلوك الإيجابي للمرخص.

¹-انظر:

- Bull 1981, n° 74.

²-انظر:

- Bull. 1995, IV, n° 63.

2- طبيعة الأضرار المعوض عنها في التعويض النقدي

المسألة تتعلق بالتساؤل عن أي نوع من الضرر يكون المدعي مستحقاً للتعويض بشأنه، فقد ينشأ عن الإخلال بالعقد ضرر هائل وغير عادي، وحيث لاعتبارات عملية يجب وضع حد فاصل يقف عنده جبر واصلاح الضرر، وإن بعض أنواع الاضرار وإن كان من المقرر به أنها وقعت كنتيجة مباشرة لسلوك المدعى عليه إلا أنها لا تبرر القضاء بالتعويض.

في القانون الإنجليزي، يختلف مفهوم تغيير الموقف « **Change of position** » عن مفهوم الاعتماد الضار « **detriment reliance** » الذي يتطلب قيام ضرر ملموس أساسه اعتقاد خلفه الآخرون، ومنه يثور التساؤل التالي: هل من الضروري من أجل مجازاة خيانة الثقة المشروعة، اشتراط قيام الضرر، أم أن تغيير السلوك وحده كاف؟ كان هناك قدر كبير من الجدل في النظام القانوني الإنجليزي، ومع ذلك فإن الاستوبل المستخدمة في بلدان القانون العام لا سيما في إنجلترا (الاستوبل بالتمليك)، تتحدث عن نفسها، إذا كان المرء يتساءل عما إذا كان سيكون من غير الإنصاف أو "غير المعقول" (أو اللاضميري) الرجوع في الوعد، ألا يستنتج هذا الطابع مباشرة من حقيقة أن الطرف الآخر قد تضرر من هذا الرجوع¹.

في القانون الأميركي، تنص المادة 90(1) من إعادة صياغة العقود الثانية على أن الواعد الذي يتوقع بشكل معقول أن يؤدي تصرفه إلى دفع الطرف الآخر للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ملزم إذا كان الظلم لا يمكن تجنبه إلا من خلال أداء الوعد".

وتطبق أحكام كثيرة الإستوبل عندما يتنازل شخص، بناء على وعد الآخر، عن حقه في تأكيد حقوقه في الوقت المناسب ثم يمنعه قانون التقادم من ذلك، ولذلك لا يشترط النص الضرر، وقد لجأت القرارات إلى الإستوبل في حالة عدم وجود ضرر، على الأقل ضرر قابل للقياس الكمي من حيث الخسائر المادية أو المالية.

والواقع أن الضرر قد يتمثل ببساطة في عدم اتخاذ تدابير معينة بسبب الوعد (على سبيل المثال، عدم البحث عن عمل بالاستناد على الوعد الذي تلقاه شخص بدفع مبلغ من المال شهريا مثلا).

وبينما لا يعتبر الإستوبل آلية للمسؤولية في القانون الإنجليزي ولكن نوعا من الدفع بعدم القبول، يحظر على صاحب الوعد من الرجوع في وعده، بحيث يفرض عليه الحفاظ على الوعد لصالح

¹ - انظر:

الموعود له. فإن بخلافه نظم القانون المدني تشترط وقوع الضرر، وإن الجزاء على انتهاك حسن النية والتعسف في استعمال الحق، وما إلى ذلك يتم عن طريق تفعيل قواعد المسؤولية.

ومن الضروري بعد ذلك التمييز بين المسؤولية التعاقدية أو المسؤولية التقصيرية، لأن كلا منهما يخضع لقواعده الخاصة، حتى وإن كان تعويض الأضرار في كلتا الحالتين يقيم على أساس ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة.

وفي الغالبية العظمى لنظم القانون المدني، يتخذ جزاء الثقة المضللة شكل تعويضات، ربطا بقواعد المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية التعاقدية، وكقاعدة عامة سيتعين استيفاء ثلاثة شروط لتعويض الطرف الذي تعرض للضرر نتيجة لسلوك الطرف الآخر:

-وعد أو سلوك غير متسقين،

- الاعتقاد المشروع الناجم عن الوعد أو السلوك، وإذ يكون من الظلم السماح للمخطئ أن يناقض نفسه، وهو ما يفيد بتحقق الضرر¹.

وحتى إذا لم يبت القانون الفرنسي بصورة نهائية في المسألة، التي اعتمدت هنا كمثال، فإن الضرر ضروري من حيث المبدأ من أجل المعاقبة على عدم الاتساق السلوكي (الاعتماد الضار) بمجرد اشتراط الضرر، يبقى أن يتم تحديد طبيعة الأضرار المعوض عنها، وهنا نميز بين نوعين من المصالح، المصلحة القائمة على الاعتماد والمصلحة القائمة على التوقع.

ولا تعالج مسألة جبر الأضرار بنفس الطريقة في جميع النظم القانونية، وفي بعض النظم، مثل فرنسا، تعتبر هذه المسألة تدخل ضمن نطاق السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، التي لن تمارس محكمة النقض رقابتها عليها. وفي نظم قانونية أخرى، هذه مسألة قانونية بحتة للغاية.

ولابد من التذكير بأول كتابة أو مقال عن الموضوع من الفقيهين **FULLER et PERDUE**²، لأنهما كانا من المؤلفين الأوائل الذين ميزوا بين 3 أنواع من الفوائد الواجب التعويض عنها وهي تعويض الكسب المتوقع والتعويض القائم على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وفتة أخرى هي تعويض المصلحة المترتبة على الاعتماد.

¹-انظر:

B. Fauvarque Cosson, La confiance légitime et l'estoppel, art.préc, p.p. 38, 39.

²-انظر:

L. FULLER et W. PERDUE, The reliance interest in contract damage's (1936) 46 Yale L. J, 52, p. 53.

وفي القانون الأمريكي بموجب المادة 90¹ من إعادة صياغة العقود الثانية، قد يكون العلاج اعتماداً على احتياجات العدالة، ويترك هذا التعبير سلطة واسعة للقضاة فيما يتعلق بتقدير مدى التعويض، ومن الناحية العملية نادراً ما ينطقون بالتنفيذ العيني². الفرق مع وعود أخرى، تلك التي يتم تبادلها على أساس المقابل، يتجلى في درجة الإصلاح بسبب الإخلال بالعقد، والذي قد يؤدي إلى جبر المصالح المتوقعة بتعويض الكسب الفائت، والإستوبل لا يحمي إلا الاعتماد (المنفعة السلبية)، مما يحد من نطاق الإصلاح، خاصة عندما لا يغير متلقي الوعد موقفه.

ومع ذلك في الممارسة العملية، يتم تعويض التوقعات إذا كانت الطريقة الوحيدة لحماية الاعتماد (هم أكثر استعداداً للقيام بذلك لأن هناك سوء نية من جانب الواعد). وهذا ما يميز بين الإستوبل بموجب الوعد والمقابل في ذلك بأن أحدهما يحمي الاعتماد والآخر التوقع، كما كشفت الدراسات الأمريكية أن الإستوبل بموجب الوعد يستخدم بشكل متزايد من قبل القضاة الأمريكيين لحماية الكسب الفائت³.

وترفض محكمة النقض الفرنسية التعويض عن ضرر تفويت فرصة بنفس الطريقة التي رفضت بها القرار الصادر بشأن المسألة في 28 جوان 2006⁴، وبررت ذلك بأن الخطأ المرتكب في ممارسة الحق في إنهاء المفاوضات السابقة للتعاقد من جانب واحد ليس هو سبب الضرر الذي يتمثل في خسارة الأرباح المأمولة من إبرام العقد⁵.

¹-انظر:

Second Restatement §90 : «A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice required», traduction E. Errante, Le droit anglo-américain des contrats, The Anglo-American law of contracts, éd. LGDJ, 1995, p. 19.

²-انظر:

Corinne BOISMAIN, Ce qu'il faut savoir afin de contracter avec des américains ou des anglais(Eléments essentiels du droit des contrats américain et anglais), PA, 31/01/2008, n.23, p.06

³-انظر:

B.FAUVARQUE COSSON, La confiance légitime et l'estoppel, Art.préc.p.40

⁴-انظر:

Cass.civ, 28 juin 2006, Bull.: civ.III, n164, D.2006, p.2963, note mazeaud.

⁵-انظر:

Cass.com, 26 nov.2003, bull.IV, n186 ;R ;p.391 ; D.2004, 869, note J.Mestre et B. Fages.

الخاتمة

إن الخوض في هكذا موضوع لم يكن ييسر وكذلك خاتمته لن تكون سهلة، وبعد أعوام من البحث والتحليل في عمق الإشكالية التي يفرضها الواقع القانوني لمعالجة التناقض في السلوك قولاً أو فعلاً والمكابرة والتقلب في المواقف أو في السلوك إزاء الإلتزامات، من خلال الآلية التي رصدت لتلافي التناقض والمعروفة بالإستوبل، والخوف من ارتدادات استخدامها شططا ومن أن تصبح خارج السيطرة.

صحيح أن مبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير هو ثمرة التجاذب بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق، تعكس تصور المجتمع لما يجب أن يكون عليه تصرف الإنسان في أوضاعه القانونية حتى يتأمن قدر ممكن من العدالة والتعامل بشرف ونزاهة وإخلاص وصدق، وفكرة الأخلاق ليست إلا فكرة موسعة عن العدالة، والمجتمع دائما في حاجة إلى قواعد قانونية تتلائم وحاجاته ومتطلباته المتجددة، كما وأن مبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير يساهم في تطبيق غايات القانون وينطوي على احترام حقوق الإنسان وعلى الأخص حقه في محاكمة عادلة.

وبالتالي دخول قاعدة عدم التناقض أو ما يعرف بالإستوبل كفكرة أخلاقية إلى القواعد القانونية المتعلقة بالإثبات وغيرها من شأنه أن يضيف أثرا تهديبيا لهذه القواعد، يساهم في إقرار العدالة ورفع الظلم، ولا يبدو أن الاتساق والانسجام في تصرفات الأفراد يعد بمثابة عائق لتنمية العلاقات الاجتماعية.

إن العلاقات بين الأفراد في مختلف المجالات إنما تتكون ضمن إطار من القواعد الأخلاقية، حتى إذا جاءت النصوص القانونية لتنظيمها وترعاها، فمن المتصور أن دائرة القانون تنمو وتتسع كلما ازداد إحساس المجتمع بأن إتباع قاعدة خلقية معينة ضرورة لفائدة المجتمع، بل إن قواعد الأخلاق تتحكم إلى حد بعيد بالنصوص القانونية ويمكن معه القول بأن للقاعدة القانونية بعدا أخلاقيا.

ومن المهم الإشارة إلى أن مصطلح الإستوبل الإنجليزي متعدد الأشكال أو الصور، الشيء الذي يصعب معه حصره في مفهوم موحد وهكذا، لا يوجد مبدأ استوبل شامل، وكل المحاولات لتوحيد الآلية في الوقت الراهن في القانون الإنجليزي تبقى بعيدة المنال، وبالرغم من الفروق الدقيقة، إلا أنه ينبغي النظر إليها كوحدة متكاملة لكونها تحكمها صفات مشتركة، فالقاعدة تمنع

العصف بالثقة المشروعة في الخصومة الإجرائية، والواقع أن جميع صور الإستوبل قد صيغت في القانون الإنجليزي، ولكنها تطورت بشكل مختلف على اتصال مع خصوصيات كل نظام قانوني، وحتى داخل النظام القانوني نفسه.

وفي حين تتنوع الإستوبل في صورها في موطنها الإنجليزي تبرز كمؤسسة واحدة في القانون الأسترالي والأمريكي، وتم تأسيسها على مفهومي الاعتماد والتصرف دون ضمير (السلوك غير المعقول)، وإن الإستوبل الإنجليزية التي كانت دفاعية في الأصل جعل منها النظامين الأمريكي والأسترالي وسيلة هجومية، وما يرتبط بإضفاء الصفة الهجومية على الإستوبل هو مدى اشتراط الضرر المترتب على تناقض الخصم في سلوكه.

هذا ولقد ارتقى الفكر القانوني في بعض الأنظمة الأنجلوسكسونية إلى مجازاة التناقض عبر تكريس نظرية جديدة شاعت تحت اسم اللاضميرية، ومما قيل في هذا السياق أنها وصف عام يعني عدم الإنصاف وعدم العدالة واللامعقولية، وهو مبدأ ترفض المحاكم بموجبه تنفيذ العقود غير المنصفة أو الجائرة تتعلق بالإخلال بتوقعات الأطراف المعقولة، ومما يؤخذ عليها أنها تترك السلطة التقديرية للقاضي تعليلاً باللاضميرية وهو معيار فضفاض يمكن أن يستتبع اختلاف أحكام القضاة رغم تماثل الوقائع، وفي هذا ما فيه من تحكم القاضي ما سيقضي على اليقين و يولد عدم الاستقرار.

وإن القانون الأنجلوسكسوني والدولي يميلان إلى تأكيد عالمية هذه القاعدة الأخلاقية وهي موجودة بالفعل، وبالرغم من عدم وجود نصوص قانونية في النظم المدنية تعبر عن قاعدة عدم التناقض، إلا أنه يتبين أن القضاء في هذه النظم بدأ يأخذ بهذه القاعدة، ونظراً للأهمية المتزايدة لها، فمن الضروري صياغة نظرية عامة لها، غير أن غموض المفهوم واختلاف التفسيرات يصعب أحياناً الإحاطة بنظامها القانوني.

وكان للقضاء الفرنسي الفضل في اعتماد المبدأ لمجازاة خيانة الثقة المشروعة في النظام القانوني الفرنسي عبر إعمال تارة حظر التناقض مع النفس إضراراً بالغير وتارة أخرى بالأخذ بمصطلح الإستوبل ذاته إنما ليس بمفهومه الإنجليزي عبر تقييد شروط إعماله.

وانفردت السودان بالأخذ بالإستوبل اقتداءً بالقضاء الإنجليزي، أما بقية النظم القانونية العربية، فقد كرس جوهر الإستوبل إما صراحة في متن قوانينها المدنية أو تلك المتعلقة بالإثبات، بصياغة متوافقة من حيث المضمون مع القاعدة الفقهية القائلة بأن "من سعى في نقض ما تم من

جهته فسعيه مردود عليه"، والتي وردت في مجلة الأحكام العدلية، وإما ضمنا عبر الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وهو حال القانون الجزائري والمصري، ويبدو أن الاجتهاد القضائي المصري يتجه نحو اعتماد مبدأ عدم التناقض في صورته الإستوبلية.

ولعل الصياغة هي بمثابة المادة الأولية التي يتكون منه القانون إلى قواعد علمية صالحة للتطبيق على نحو يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها. وقد تكون غير ملموسة، بمعنى أن بعض النظم القانونية لم تتركس المبدأ العام حتى الآن، ولكن هناك نزعة إلى تكريسه كمبدأ واضح مرئي بالنظر إلى الأهمية التي يحتلها في صلب قانون الإثبات، وينبغي أن تؤدي الصفة العامة التي يتمتع بها مبدأ عدم التناقض إلى تطبيقه في جميع الدعاوى المدنية بشكل أعم وأشمل من قانون المرافعات أو قانون التحكيم، ولعل من المفيد وضع تصور لإدراجه في نص عام في قانون الالتزامات.

وإنه بفرض الاعتراف بالإستوبل كمبدأ قانوني صرف لاتساق السلوك الفردي (مراعاة الالتزام بالاستقامة والثبات في المواقف)، وإضافة هذا المعيار السلوكي الجديد، تظهر صعوبة جديدة من حيث تعقيد تراتبية المبادئ الراسخة وحيث كثرة المبادئ القانونية قد تخفف من وهجها.

والحديث هنا عن النظم المدنية وليس في ذلك إقصاء للآليات القانونية الموجودة، وإذا كان قد يتقابل معها فلكل منها مجال تطبيق خاص بها، وإن كانت البدائل للمبدأ التي يتمسك بها الخصم لم تسعف القضاء أحيانا كثيرة في تحقيق العدالة.

وقد كان القضاء في غنى عن ذلك، لو وجد نص على حظر التناقض إضرارا بالغير أو الإستوبل كمبدأ عام، حيث أن الأخير وسيلة أصيلة لتهديب القضية والسلوكيات الإجرائية، ويستهدف بشكل مباشر فعل التناقض والميزة الخاصة في مجال محتوى الجزاء المستوحى من الإستوبل الذي يتمثل في مصادرة الحق في تبني سلوك متناقض.

ولئن برز الإستوبل كمفهوم مستقل بذاته تدعم بخصوصية آثار تنوعت حسب مجال أعماله. والأصل أنه يتعلق بآلية إغلاق حكمي تعمل كدفع بعدم القبول، بمعنى لديها أثر موقف تسعى لتعطيل إثبات وضع قانوني معين، ولا تخرج عن الرفض الموضوعي أو عدم القبول عموما أو عدم القبول للإستوبل القضائي الذي يشبه إلى حد ما حجية الأمر المقضي. كما أنه يمكن أن يشكل أساسا لدعوى قضائية، ويكون له دور كبير كمبدأ مولد أو ناقل للحقوق والالتزامات، بل وقد يعدل وقد يصحح حقا، وعليه يتعين معاملة الإستوبل كقاعدة قانون موضوعي وليس فقط قاعدة إثبات، وهي تستخدم في الهجوم وليس الدفاع فقط كما في حالة الإستوبل بموجب التملك.

وقاعدة الإستوبل تصون العلاقات التعاقدية وتصوبها، وأثبتت هذه الآلية فعاليتها حتى خارج الالتزامات التعاقدية، ولا يعتبر المقابل ضروريا للتمسك بها، ولا حتى العلاقة التعاقدية السابقة بين الأطراف، وذلك ولا يمكن تطبيقها على إطلاقه بل هناك حالات يكون فيها التناقض مشروعاً بمقتضى القانون.

وحتى ولئن لم يتم الإشارة إلى مبدأ عدم التناقض صراحة في القانون الجزائري، فطبيعته باعتباره مبدأ متأصلاً وملازماً لحقوق الأفراد توجب الأخذ به، ولكن القضاء الجزائري في الوقت الحالي لم يعط المبدأ الفاعلية اللازمة، رغم عالمية المبدأ في صورته الإستوبلية المطبق في مختلف الأنظمة القانونية الخاصة والدولية، وإنه من واجب القاضي أن يسد الثغرة ويكشف عن المبدأ بطريق الاجتهاد.

وإذ لا بد من إضفاء الصفة العامة على مبدأ عدم التناقض، من أجل فسح المجال أمام أكبر عدد ممكن من التطبيقات القضائية له في الدعاوى المدنية، وبما أنه لطالما كانت الأولوية لنص تشريعي يتعامل معه القاضي، يقتضي إعطاء موضوع حظر التناقض أبعاده بالتشديد على وجود نص خاص به، انطلاقاً من كون التقنين مهما في احترام هذه القاعدة والخضوع لمقتضاياتها بفرض جزاء لذلك، وحبذا لو أن المشرع الجزائري يقتدي بنظيره التونسي ويدرج به نصاً عاماً في التقنين المدني، وجدير بالتذكير أن الفقه الإسلامي إذا أحييت دراسته وانفتح فيه باب الاجتهاد كفيل بأن ينبت قانوناً حديثاً لا يقل في الجودة وفي مساندة العصر عن القوانين اللاتينوجرمانية والانجلوسكسونية.

والله الموفق.

الملاحق

الملحق رقم 01

CIV. 1

029326

N.R

COUR DE CASSATION

Audience publique du 6 juillet 2005

Rejet

M. ANCEL, président

Arrêt n° 1139 FS-P+B

Pourvoi n° S 01-15.912

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE,
a rendu l'arrêt suivant :

Sur le pourvoi formé par M. Abraham Rahman Golshani,
demeurant

en cassation d'un arrêt rendu le 28 juin 2001 par la cour d'appel de Paris
(1re chambre, section C), au profit du Gouvernement de la République
islamique d'Iran, dont le siège est Bureau For International Legal Services,
140, avenue Forsat Shomali, Téhéran (Iran),

défendeur à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen
unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au Procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article L. 131-6-1 du Code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 7 juin 2005, où étaient présents : M. Ancel, président, M. Pluyette, conseiller rapporteur, MM. Guedet, Taÿ, Rivière, conseillers, MM. Trassoudaine, Chauvin, Mmes Chardonnet, Trapero, Ingall-Montagnier, Vassallo, Gorce, conseillers référendaires, M. Cavarroc, avocat général, Mme Aydalot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Pluyette, conseiller, les observations de la SCP Choucroy, Gadiou et Chevallier, avocat de M. Golshani, de Me Blondel, avocat du Gouvernement de la République islamique d'Iran, les conclusions de M. Cavarroc, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :

Attendu que M. Golshani a saisi, le 19 janvier 1982, le Tribunal des différends irano-américains dont le siège est à La Haye, pour obtenir la réparation du préjudice que lui aurait causé une expropriation de parts de sociétés ; qu'une sentence arbitrale rendue le 2 mars 1993 par ce Tribunal l'a débouté de ses demandes ; qu'il fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 28 juin 2001), ayant déclaré exécutoire en France cette décision, d'avoir, premièrement, dénaturé ses conclusions en affirmant qu'il n'avait pas invoqué l'application de la Convention de New-York de 1958 pour s'opposer à cet exequatur ; deuxièmement d'avoir violé l'article 1502-1° du nouveau Code de procédure civile, alors que le Tribunal a statué sans convention d'arbitrage car le traité conclu entre les Etats-Unis et l'Iran, qui a institué cette juridiction, ne peut pas constituer, au sens de ce texte, une convention d'arbitrage à laquelle peut adhérer une partie privée ; troisièmement, de n'avoir pas recherché si cette convention, à la supposer existante, n'était pas nulle à raison d'un vice du consentement au regard du même texte ;

Mais attendu que l'arrêt, sans encourir le grief de dénaturer, a justement décidé que M. Golshani, qui a lui-même formé la demande d'arbitrage devant le Tribunal des différends irano-américains et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, est irrecevable, en vertu de la règle de l'estoppel, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable ; que le moyen, qui est nouveau en sa quatrième branche, qui manque en fait en sa première et qui est inopérant en ses autres branches, ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. Golshani aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, condamne M. Golshani à payer au Gouvernement de la République islamique d'Iran la somme de 2 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du six juillet deux mille cinq.

الملحق رقم 02

COUR DE CASSATION

2

047173

N.R

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Audience publique du 27 février 2009

Cassation

M. LAMANDA, premier président

Arrêt n° 573 P+B+R+I

Pourvoi n° M 07-19.841

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, siégeant en ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE, a rendu l'arrêt suivant .

Statuant sur le pourvoi formé par la société Sédéa électronique, dont le siège est zone industrielle 2 A, BP 404, 59139 Seclin, contre l'arrêt rendu le 10 juillet 2007 par la cour d'appel d'Orléans (chambre sociale, économique et financière), dans le litige l'opposant à :

1°/ la société Pace Europe (anciennement dénommée X-Com multimedia communications), dont le siège est 8 chemin des Prés Zirst, 38240 Meylan,

2°/ la société Kaorka (anciennement dénommée SAS Distratel), dont le siège est La Caillaudière, 37320 Esvres-sur-Indre,

3°/ la société Viaccess, dont le siège est Les Collines de l'Arche, Tour Opéra C, 92071 Paris La Défense,

défenderesses à la cassation ;

M. le premier président a, par ordonnance du 2 octobre 2008, renvoyé la cause et les parties devant l'assemblée plénière ;

La demanderesse invoque, devant l'assemblée plénière, le moyen de cassation annexé au présent arrêt ;

Ce moyen unique a été formulé dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Vincent et Ohl, avocat de la société Sédéa électronique ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Bachellier et Potier de la Varde, avocat de la société Pace Europe ;

Un mémoire en défense et des observations ont été déposées au greffe de la Cour de cassation par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat de la société Kaorka ;

Des conclusions de mise hors de cause ont été déposées au greffe de la Cour de cassation par Me Ricard, avocat de la société Viaccess ;

Par acte déposé le 4 mars 2008 au greffe de la Cour de cassation, la SCP Vincent et Ohl a déclaré au nom de la société Sédéa électronique se désister du pourvoi contre la société Viaccess ;

Le rapport écrit de M. Boval, conseiller, et l'avis écrit de M. de Gouttes, premier avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

Sur quoi, LA COUR, siégeant en assemblée plénière, en l'audience publique du 13 février 2009, où étaient présents : M. Lamanda, premier président, Mmes Favre, Collomp, MM. Bargue, Gillet, Pelletier, Lacabarats, présidents, M. Boval, conseiller rapporteur, MM. Joly, Peyrat, Mazars, Mme Lardennois, MM. Pluyette, Chauviré, Mme Renard-Payen, M. Petit, Mmes Marais, Radenne, M. Lebreuil, conseillers, M. de Gouttes, premier avocat général, Mme Stefanini, directeur de greffe adjoint ,

Sur le rapport de M. Boval, conseiller, assisté de Mme Dubos, greffier en chef au service de documentation et d'études, les observations de la SCP Vincent et Ohl, de la SCP Bachellier et Potier de la Varde, de la SCP Delaporte, Briard et Trichet, Me Ricard, présent à l'audience, n'ayant pas présenté d'observations orales, l'avis de M. de Gouttes, premier avocat

général, auquel les parties invitées à le faire, n'ont pas souhaité répliquer, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à la société Sédéa électronique du désistement de son pourvoi en tant qu'il était dirigé contre la société Viaccess ;

Sur le moyen relevé d'office, après avis donné aux parties, conformément à l'article 1015 du code de procédure civile ;

Vu l'article 122 du code de procédure civile ,

Attendu que la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué et les productions, que par arrêt irrévocable du 21 avril 2004, la cour d'appel de Grenoble, statuant en matière de référé, a rejeté la demande formée au printemps 2002 par la société Sédéa électronique (société Sédéa) et tendant à ce que la société X-Com multimédia, devenue la société Pace Europe, soit condamnée sous astreinte à lui livrer un certain nombre de récepteurs numériques de télévision par satellite fabriqués par elle ; qu'aux mois de mai et de juin 2002, la société Sédéa a acquis de la société Distratel, devenue la société Kaorka, un lot de récepteurs du même type également fabriqués par la société X-Com multimédia ; que, le 22 août 2002, la société Viaccess a informé la société Sédéa qu'elle n'avait pas consenti à la société X-Com multimédia la licence nécessaire à la fabrication et à la commercialisation de l'un des dispositifs de décryptage incorporés aux récepteurs de ce type ; qu'après avoir obtenu, par ordonnance de référé du 30 août 2002, qu'il soit ordonné sous astreinte à la société Distratel de consigner le montant de deux lettres de change émises en règlement d'une partie du prix, la société Sédéa électronique a, au mois d'octobre 2002, saisi le tribunal de commerce de demandes tendant à la condamnation des sociétés Distratel, X-Com multimédia et Viaccess au paiement de diverses sommes à titre de dommages-intérêts ainsi qu'à l'institution d'une expertise technique pour rechercher, compte tenu des contestations élevées à cet égard par les sociétés Distratel et X-Com multimédia si les matériels litigieux étaient ou non, à la date de leur achat, couverts par une licence conférée par la société Viaccess ; que, par conclusions du 31 août 2004 déposées devant le tribunal de commerce, la société Sédéa a demandé la nullité ou la résolution de la vente ainsi que des dommages-intérêts ;

Attendu que, pour déclarer les demandes irrecevables, l'arrêt relève qu'il ressort de l'examen des procédures successivement menées en référé puis au fond par la société Sédéa que celle-ci n'a pas cessé de se contredire au détriment de ses adversaires, et retient que ce comportement

doit être sanctionné, «en vertu du principe suivant lequel une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui (théorie de l'estoppel)» ,

Qu'en statuant par ce seul motif, alors qu'en l'espèce, notamment, les actions engagées par la société Sédéa n'étaient ni de même nature, ni fondées sur les mêmes conventions et n'opposaient pas les mêmes parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 juillet 2007, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans , remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Condamne les sociétés Kaorka et Pace Europe aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes des sociétés Kaorka et Viaccess ; condamne les sociétés Kaorka et Pace Europe à payer à la société Sédéa électronique la somme globale de 2 500 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, et prononcé par le premier président en son audience publique du vingt-sept février deux mille neuf.

الملحق رقم 03

CIV. 1

AM

COUR DE CASSATION

Audience publique du 3 février 2010

Cassation

M. BARGUE, président

Arrêt n° 57 FS-P+B+I

Pourvoi n° E 08-21.288

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE,
a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Merial, société
par actions simplifiée, dont le siège est 29 avenue Tony Garnier, BP 7123,
69354 Lyon cedex 07,

contre l'arrêt rendu le 9 octobre 2008 par la cour d'appel de Paris
(1re chambre - section C), dans le litige l'opposant à la
société Kleberkungs - Service GMBH, dont le siège est Max-
Becker-Strasse Weingarten (Allemagne),

défenderesse à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, un
moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 8 décembre 2009, où étaient présents : M. Bague, président, Mme Pascal, conseiller rapporteur, M. Pluyette, conseiller doyen, MM. Rivière, Falcone, Mmes Monéger, Bignon, M. Chaillou, conseillers, Mmes Auroy, Bobin-Bertrand, Chardonnet, Trapero, Vassallo, Capitaine, conseillers référendaires, M. Chevalier, avocat général référendaire, Mme Aydalot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Pascal, conseiller, les observations de la SCP Thomas-Raquin et Bénabent, avocat de la société Merial, de Me Spinosi, avocat de la société Klocke Verpackungs - Service GMBH, les conclusions de M. Chevalier, avocat général référendaire, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique pris en sa première branche :

Vu les articles 1502-3 et 1504 du code de procédure civile ;

Attendu que la société française Merial et la société allemande Klocke Verpackungs-Service GmbH ont conclu un contrat, relatif au conditionnement de produits vétérinaires, comportant une clause compromissoire prévoyant un arbitrage sous l'égide de la chambre de commerce internationale (CCI) ; que des difficultés étant survenues, le tribunal arbitral, saisi par la société Merial, a, par sentence du 22 février 2007, accueilli partiellement sa demande et ordonné une compensation avec les condamnations prononcées sur la demande reconventionnelle, déclarée recevable par une ordonnance de procédure, de la société Klocke ; que la société Merial a formé un recours en annulation ;

Attendu que, pour qualifier d'estoppel l'attitude procédurale de la société Merial, l'arrêt retient d'abord que, aux termes de l'ordonnance de procédure du 12 avril 2006, les arbitres ont d'une part constaté que les parties s'étaient expliquées contradictoirement sur la recevabilité des demandes de la société Klocke et d'autre part décidé que ces demandes étaient dans les limites de l'acte de mission du 21 octobre 2005 ; puis que la société Merial n'a pas protesté contre les termes de cette ordonnance avant de signer le procès-verbal d'audience arbitrale du 12 mai 2006 prononçant la clôture de la procédure ;

Qu'en statuant ainsi alors, d'une part, que le comportement procédural de la société Merial n'était pas constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire la société Klocke en erreur sur ses intentions et de ne constituait donc pas un estoppel, et, d'autre part, que l'absence de contestation par la société Merial de la recevabilité de la

3

demande reconventionnelle de la société Klocke entre l'ordonnance du 12 avril 2006 et le procès verbal d'audience du 12 mai 2006 n'emportait pas, à elle seule, renonciation à se prévaloir de cette irrecevabilité dans la procédure d'annulation, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur la deuxième branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 9 octobre 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Klocke Verpackungs - Service GMBH aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du trois février deux mille dix.

الملحق رقم 04

باسم الشعب

محكمة النقض

الدائرة التجارية والاقتصادية

جلسة الثلاثاء الموافق ٢٧ من أكتوبر سنة ٢٠٢٠

الطعن رقم ١٨٣٠٩ لسنة ٨٩ قضائية: " تجارى "

برئاسة السيد القاضى / نبيل عمران نائب رئيس المحكمة

ومعضوية السادة القضاة / محمدود التركاوى ود. مصطفى سامان وياسر

بهاء الدين نواب رئيس المحكمة ومحمد على سلامة

(١-١٦) تحكيم " اتفاق التحكيم : إجراءات التحكيم " " هيئة التحكيم : اختيار المحكمين : تمثيل الأطراف أمام هيئات التحكيم " " حكم التحكيم : بطلانه : المحكمة المختصة بدعوى بطلانه " " حالاته . " اتفاقيات " اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ : النطاق الجغرافى " . عقد . قانون " منع التناقض إضرارًا بالغير : من سعى فى نقض ما تم على يديه فسخه مردود عليه : الإستوبل " . محاماه . نظام عام .

(١) استمرار أحد طرفى النزاع فى إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط فى اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام ق التحكيم مما يجوز الاتفاق على مخالفته . عدم تقديمه اعتراضًا على هذه المخالفة فى الميعاد المتفق عليه أو فى وقت معقول عند عدم الاتفاق . مؤداه . اعتباره نزولًا منه عن حقه فى الاعتراض . المادتان ٨ ، ١١ ق التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ . علة ذلك . حماية إجراءات التحكيم من إساءة استغلال أحد أطراف النزاع .

(٢) عدم تقديم الطاعنة ما يفيد تمسكها أمام هيئة التحكيم ببطلان اتفاق التحكيم لإبرامه من نائب رئيس مجلس إدارتها بدلًا من عضو مجلس الإدارة المنتدب مع علمها بوجود المخالفة التى تدعيها واستمرارها فى إجراءات التحكيم . مؤداه . اعتباره نزولًا عن حقه فى إثارة هذا الاعتراض فيما بعد . البطلان المتعلق بهذه الحالة نسبي مقرر لمصلحة الخصوم . مقتضاه . جواز النزول عنه صراحة أو ضمناً . قضاء الحكم المطعون فيه برفض دفع الشركة الطاعنة فى هذا الخصوص . صحيح .

(٣) ليس للمخطئ أن يُلقى بتبعه خطئه غشًا كان ذلك أو تقصيرًا على سواه أو أن يستفيد من خطئه فى مواجهة غيره ولو كان هذا الغير بدوره مخطئًا .

(٤) القاعدة العالمية "منع التناقض إضرارًا بالغير" المعروفة بقاعدة "من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه" أو "الإستويل". مفادها . الطرف الذى يتسبب بفعله فى حدوث مخالفة لاتفاق التحكيم أو لقانون التحكيم أو لأى قانون آخر لا يسعه بعد أن تعامل معه الطرف الآخر اعتمادًا على صحة ما بدر عنه أن ينقض ما تم على يديه . غياب نص تشريعى صريح يقرر للقاعدة . مقتضاه . جواز تطبيق القاضى بموجب م ١(٢) من ق المدنى . معيار تطبيق هذه القاعدة . قاعدة عامة . شرطة . صدور عن طرف ما قول أو فعل أو امتناع يتعارض وسلوك سابق لذات الطرف وأن يكون من شأن ذلك التعارض إلحاق الضرر بالطرف الآخر الذى تعامل مع الطرف الأول اعتمادًا على صحة ما صدر عنه من سلوك سابق . نطاقها . ليس مقصورًا على مجال التحكيم بل يمتد لسائر المعاملات الأخرى . للقاضى سلطة تقدير مدى توافر موجبات إعمال هذه القاعدة طبقًا لظروف كل دعوى .

(٥) القواعد الخاصة بتمثيل الأطراف أمام هيئات التحكيم . لا تتعلق بالنظام العام . ق التحكيم الحالي . قانونًا خاصًا فى شأن كل ما يخص التحكيم . اختلافه عن القانون السابق فى فلسفته وأساسه ومفاهيمه . خلوه من النص على وجوب مئول وكلاء أو ممثلين عن الأطراف أمام هيئات التحكيم ومن اشتراط أن يكون طلب التحكيم وسائر الأوراق الخاصة بإجراءات خصومة التحكيم موقعة من محام . مقتضاه . عدم ورود أى قيد على حرية الأطراف فى تمثيل أنفسهم أو فى توكيل من يمثلهم أمام هيئات التحكيم ولو كانوا من غير المحامين أو من المحامين الأجانب الذين يُعدون فى نظر قانون المحاماة من غير المحامين خلأً لما هو معمول به أمام قضاء الدولة ونظام التحكيم القائم وقت صدور ق المحاماة عام ١٩٨٣ . علة ذلك .

(٦) الاتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم . حق للأطراف . لازمه . تهيئة فرصة متكافئة وكاملة لكل منهما لعرض دعواه وحق كل طرف فى شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته . المواد ٢٥ ، ٢٦ ، ٣٣ (١) ق التحكيم .

(٧) قانون التحكيم . لا يشترط اختيار المُحكِّمين من جنس أو جنسية أو من مهنة بعينها كالمحاماة . لازمه . عدم اشتراط ذلك فى حق ممثلى الأطراف . توكيل المحكِّمون لغير المحامين . مقتضاه . تمثيلهم فى المنازعات ذات الجوانب الفنية المعقدة وخاصةً إذا ما كان مقطع النزاع ينطوى على مسائل فنية أكثر منها قانونية .

(٨) اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ . مناطها . البعد تدريجيًا بالتحكيم عن فكرة التوطين والارتباط بإقليم جغرافي بعينه . مؤداه . عدم ارتباط مفهوم المقر القانوني كفكرة مجردة بالمكان الفعلي لعقد جلسات التحكيم . مثال . جواز الاعتماد على المحامين الأجانب لتمثيل الأطراف في دعاوى التحكيم التي يكون مقرها القانوني في مصر دون أن يستلزم ذلك عقد أى من جلسات التحكيم داخل الإقليم المصرى . علة ذلك .

(٩) حالات بطلان حكم التحكيم . ورودها على سبيل الحصر م ٥٣ ق التحكيم . مؤداه . عدم جواز الطعن لسبب آخر . ليس من بينها البطلان لتمثيل طرف من غير المحامين .

(١٠) نظام التحكيم الحالى مؤسسيًا أو غير مؤسسي وطنيًا أو دوليًا . لا محل بشأنه لإعمال المادة ٣ من قانون المحاماة لعام ١٩٨٣ . مؤداه . حق المحكّمين فى حرية اختيار ممثليهم أو وكلائهم ينبع من قانون التحكيم ذاته . أثره . لا يتوقف على اختيارهم لقواعد تحكيم تنص صراحة على إمكانية تعيينهم لغير المحامين كممثلين عنهم . لازمه . اتفاق الأطراف على قواعد إجرائية تسمح بذلك تأكيدًا لما جاء به قانون التحكيم . مثال . اتفاق الطرفان على إخضاع إجراءات التحكيم لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى والتي تجيز اختيار كل طرف شخصًا أو أكثر للنيابة عنه أو لمساعدته دون اشتراط أن يكونوا من المحامين المقيدين بجداول نقابة المحامين المصرية . التزام الحكم المطعون فيه هذا النظر . صحيح . علة ذلك .

(١١) المُحكّم . يختاره الخصوم لتوافر خبرته بالمسائل المماثلة لموضوع النزاع محل التحكيم . لازمه . انعكاس خبرات أعضاء هيئة التحكيم على الحكم الصادر منهم .

(١٢) حكم هيئة التحكيم . لا يصح أن يوصم بالبطلان لافتراض أن قضاءها أقيم وفقًا للعلم الشخصى لأحد أعضائها . افتراض يفقر إلى الدليل ويتعارض مع الأصل المفترض من أن تشكيل هيئة التحكيم تم باتفاق الطرفين باختيار المُحكّمين المؤهلين والمناسبين للفصل فى النزاع . مثال .

(١٣) ثبوت تمام المداولة بين أعضاء هيئة التحكيم وصدوره بإجماع الآراء . لازمه . أن الإجراءات قد روعيت . مؤداه . عدم جواز دحض ما أثبتته الحكم من تمام المداولة والاطلاع على الأوراق إلا بطريق الطعن بالتزوير .

(١٤) حكم التحكيم . رفع الدعوى ببطلانه فى الأحوال التى أوردتها المادة ٥٣ ق التحكيم . مؤداه . عدم جواز الطعن عليه للخطأ فى فهم الواقع أو فى تطبيق القانون أو مخالفته .

(١٥) دعوى بطلان حكم التحكيم . ليست طعنًا عليه بالاستئناف . مؤداه . لا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع وتعييب قضاء ذلك الحكم . مؤداه . ليس لقاضى دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير مدى ملاءمته أو مراقبة حُسن تقدير المحكمين . علة ذلك .

(١٦) تعييب الشركة الطاعنة لحكم التحكيم فيما يخص عدم ندم هيئة التحكيم لخبير هندسى لبحث الأمور الفنية فى الدعوى . خروجًا عن حالات البطلان المنصوص عليها حصراً فى المادة ٥٣ من قانون التحكيم . التزام الحكم المطعون فيه هذا النظر . صحيح.

١- إذ كان النص فى المادة ١١ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه ..."، إلا أن المقرر فى قضاء محكمة النقض، عملاً بالمادة ٨ من ذات القانون، أنه إذا استمر أحد طرفى النزاع فى إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط فى اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة فى الميعاد المتفق عليه أو فى وقت معقول عند عدم الاتفاق، اعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه فى الاعتراض. إذ تتحاز هذه القاعدة إلى حماية إجراءات التحكيم من إساءة استغلال أحد أطراف النزاع، وهو عادةً الطرف الخاسر، لحق من الحقوق التى يجوز النزول عنها بهدف إبطال حكم التحكيم لاحقاً.

٢- إذ كانت الطاعنة لم تقدم ما يفيد تمسكها أمام هيئة التحكيم ببطلان اتفاق التحكيم لإبرامه من نائب رئيس مجلس إدارتها بدلاً من عضو مجلس الإدارة المُنتدب، مع علمها بوجود المخالفة التى تدعيها واستمرارها فى إجراءات التحكيم على الرغم من ذلك، فإنها تكون قد نزلت عن حَقها فى إثارة هذا الاعتراض فيما بعد، لا سيما وأن البطلان المتعلق بهذه الحالة هو بطلان نسبى مقرر لمصلحة الخصوم مما يجوز النزول عنه صراحةً أو ضمناً. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دفع الشركة الطاعنة فى هذا الخصوص على سند من عدم تمسكها بهذا الدفع -مع قدرتها على ذلك- أمام هيئة التحكيم المختصة بالفصل فى الدفوع الخاصة ببطلان اتفاق التحكيم، فإن الحكم يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً، ويضحى النعى عليه بهذا السبب على غير أساس.

٣- برفض تمسك الطاعنة بهذا الاعتراض (ببطلان اتفاق التحكيم لإبرامه من نائب رئيس مجلس إدارتها بدلاً من عضو مجلس الإدارة المُنتدب) خلال الميعاد المبين بالمادة ٨ من قانون التحكيم، فإن تمسكها ما كان ليغير من مصير هذا النعى؛ ذلك بأنه من المستقر عليه أنه ليس للمخطئ أن يُلقى

بتبعية خطئه، غشًا كان ذلك أو تقصيرًا، على سواه أو أن يستفيد من خطئه في مواجهة غيره، ولو كان هذا الغير بدوره مخطئًا.

٤- الطرف الذى يتسبب بفعله فى حدوث مخالفة لاتفاق التحكيم أو لقانون التحكيم أو لأى قانون آخر لا يسعه -بعد أن تعامل معه الطرف الآخر اعتمادًا على صحة ما بدر عنه- أن ينقض ما تم على يديه، تطبيقًا للقاعدة العالمية المستمدة من القانون الرومانى *non concedit venire contra factum proprium* أى "منع التناقض إضرارًا بالغير"، وهو ما بات معروفًا بقاعدة "من سعى فى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه" أو الإستoppel *estoppel*. وعلى الرغم من غياب نص تشريعى صريح يقرر هذه القاعدة، إلا أنه يجوز للقاضى تطبيقها بموجب المادة (٢) من القانون المدنى والتي تنص على أنه "فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة". ومعيار تطبيق هذه القاعدة تحقق شرطين: الأول، أن يصدر عن طرف ما قول أو فعل أو امتناع يتعارض وسلوك سابق لذات الطرف؛ والثانى، أن يكون من شأن ذلك التعارض إلحاق الضرر بالطرف الآخر الذى تعامل مع الطرف الأول اعتمادًا على صحة ما صدر عنه من سلوك سابق. وباعتبار أن قاعدة "منع التعارض إضرارًا بالغير" قاعدة عامة، فإن نطاق تطبيقها ليس مقصورًا على مجال التحكيم، بل يمكن أن يمتد لسائر المعاملات الأخرى. وللقاضى سلطة تقدير مدى توافر موجبات إعمال هذه القاعدة طبقًا لظروف كل دعوى بحسب الأحوال.

٥- المقرر فى قضاء محكمة النقض أن القواعد الخاصة بتمثيل الأطراف أمام هيئات التحكيم لا تتعلق بالنظام العام. ولا يغير من ذلك ما تنص عليه المادة (١)٣ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ من اعتبار "الحضور عن ذوى الشأن أمام المحاكم وهيئات التحكيم..." من أعمال المحاماة المقصورة على المحامين، ذلك أن نظام التحكيم القائم وقت صدور قانون المحاماة عام ١٩٨٣، والذي كان يشير إليه المشرع آنذاك، هو ذلك الوارد بالباب الثالث من الكتاب الثالث (المواد ٥٠١-٥١٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨. أما قانون التحكيم الحالى والصادر عام ١٩٩٤ - والذي يختلف تمام الاختلاف عن القانون السابق فى فلسفته وأساسه ومفاهيمه- فلم يرد به أو بشأنه أى قيد على حرية الأطراف فى تمثيل أنفسهم أمام هيئات التحكيم أو فى توكيل من يمثلهم أمامها ولو كانوا من غير المحامين، أو من المحامين الأجانب الذين يُعدون -فى نظر قانون المحاماة- من غير المحامين. هذا إلى أن قانون التحكيم لعام ١٩٩٤ يُعد قانونًا خاصًا فى شأن كل ما يخص التحكيم، وقد خلا هذا القانون من النص على وجوب مثل وكلاء أو ممثلين عن الأطراف أمام هيئات التحكيم،

كما خلا من اشتراط أن يكون طلب التحكيم وسائر الأوراق الخاصة بإجراءات خصومة التحكيم موقعة من محام، خلافاً لما هو معمول به أمام قضاء الدولة.

٦- تنص المواد ٢٥، ٢٦، ٣٣(١) من قانون التحكيم على حق الأطراف فى الاتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم، ووجوب تهيئة فرصة متكافئة وكاملة لكل منهما لعرض دعواه، وحق كل طرف فى شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته.

٧- إذا كان قانون التحكيم لا يشترط اختيار المحكمين من جنس أو جنسية أو من مهنة بعينها كالمحاماة (مادة ١٦)، فمن باب أولى عدم اشتراط ذلك فى حق ممثلى الأطراف. ولذلك فقد يؤثر المحتكمون توكيل غير المحامين لتمثيلهم فى المنازعات ذات الجوانب الفنية المعقدة وخاصةً إذا ما كان مقطع النزاع ينطوى على مسائل فنية أكثر منها قانونية.

٨- التحكيم أخذ يبعد تدريجيًا عن فكرة التوطن *localization*، أى ارتباط التحكيم بشكل وثيق بإقليم جغرافى بعينه، بعد اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨. وفى ظل العولمة التى طالت مجال المحاماة، بات من الشائع الاعتماد على المحامين الأجانب لتمثيل الأطراف فى دعاوى التحكيم التى يكون مقرها القانونى فى مصر، دون أن يستلزم ذلك عقد أى من جلسات التحكيم داخل الإقليم المصرى، لعدم ارتباط مفهوم المقر القانونى كفكرة مجردة *seat of arbitration* بالمكان الفعلى لعقد جلسات التحكيم *venue*، لا سيما مع ازدياد الإقبال على عقد جلسات التحكيم بواسطة وسائل الاتصال الحديثة *virtual hearings*.

٩- تحديد أسباب بطلان أحكام التحكيم وورودها على سبيل الحصر فى المادة ٥٣ من قانون التحكيم، مؤداه أنه لا يجوز الطعن بالبطلان فى دعوى التحكيم لسبب آخر خلاف الأسباب التى أوردتها هذه المادة، والتي ليس من بينها البطلان لتمثيل طرف من غير المحامين.

١٠- لا محل لإعمال المادة ٣ من قانون المحاماة لعام ١٩٨٣ فى إطار نظام التحكيم الحالى مؤسسيًا كان أو غير مؤسسى، وطنيًا كان أو دوليًا. وأن حق المحتكمين فى حرية اختيار ممثليهم أو وكلائهم إنما ينبع من قانون التحكيم ذاته، ولا يتوقف على اختيارهم لقواعد تحكيم تنص صراحة على إمكانية تعيينهم لغير المحامين كممثلين عنهم. فإذا اتفقوا على قواعد إجرائية تسمح بذلك، فليس اتفاقهم هذا إلا تأكيدًا لما جاء به قانون التحكيم، كما هى الحال فى الدعوى الماثلة حيث اتفق الطرفان على إخضاع إجراءات التحكيم لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى والتي تنص فى المادة ٥(١) منها على أنه يجوز أن يختار كل طرف شخصًا أو أكثر للنيابة عنه أو لمساعدته، دون اشتراط أن

يكون ممثلو المحكّمين من المحامين المقيدين بجداول نقابة المحامين المصرية. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض دفع الشركة الطاعنة في هذا الخصوص ملتزمًا ذات النظر، وكانت هي التي اختارت أحد المهندسين الاستشاريين للنيابة عنها ومساعدتها وتقديم خطة دفاعها وفقًا لما قدرته باعتباره الأصلح لها، كما أنها لم تدع أن هيئة التحكيم تسببت على أي نحو في حرمانها من فرصة تعيين محام لتقديم دفاعها، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بهذا السبب، يضحى على غير أساس.

١١- المقرر في قضاء محكمة النقض أن المُحكّم يختاره الخصوم بالدرجة الأولى لتوافر خبرته بالمسائل المماثلة لموضوع النزاع محل التحكيم ومن الطبيعي أن تنعكس خبرات أعضاء هيئة التحكيم على الحكم الصادر منهم.

١٢- لا يصح أن يوصم حكم هيئة التحكيم بالبطلان لمجرد افتراض أن قضاءها أقيم وفقًا للعلم الشخصي لأحد أعضائها باعتبار أنه وحده من المهندسين في حين أن رئيس الهيئة والعضو الآخر من رجال القانون من غير أصحاب الخبرات الهندسية، وهو افتراض يفقر إلى الدليل من ناحية، ويتعارض مع الأصل المفترض من أن تشكيل هيئة التحكيم تم باتفاق الطرفين ووفقًا لإرادتهما الحرة باختيار المُحكّمين المؤهلين والمناسبين للفصل في النزاع.

١٣- إذ كان الثابت من الترجمة الرسمية المقدمة من حكم التحكيم أنه قد أثبت في مدوناته ما يفيد تمام المداولة بين أعضاء هيئة التحكيم وصدوره بإجماع الآراء، وكان الأصل أن الإجراءات قد روعيت فلا يجوز دحض ما أثبتته الحكم من تمام المداولة والاطلاع على الأوراق إلا بطريق الطعن بالتزوير وهو ما لم تفعله الشركة الطاعنة، ومن ثم فلا يُقبل منها ما تثيره في هذا الشأن.

١٤- المقرر في قضاء محكمة النقض أنه لا يجوز الطعن بالبطلان في دعوى التحكيم لسبب آخر خلاف ما أورده نص المادة ٥٣ من قانون التحكيم، فلا يجوز الطعن عليه للخطأ في فهم الواقع أو في تطبيق القانون أو مخالفته.

١٥- دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طعنًا عليه بالاستئناف فلا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع وتعيين قضاء ذلك الحكم، وليس لقاضي دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير مدى ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين، باعتبار أن دعوى الإبطال تختلف عن دعوى الاستئناف.

١٦- إذ كان تعيين الشركة الطاعنة لحكم التحكيم فيما يخص عدم ندم هيئة التحكيم لخبير هندسي لبحث الأمور الفنية في الدعوى يخرج عن حالات البطلان المنصوص عليها حصريًا في المادة ٥٣ من

قانون التحكيم، وإن التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر في معرض رفضه لما أثارته الشركة الطاعنة في هذا الخصوص فإن النعى عليه بما ورد بهذا السبب يضحى على غير أساس.

الوقائع

في يوم ٢٠١٩/٨/٢٦ طعن بطريق النقض في حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ ٢٠١٩/٧/٧ في الدعوى رقم ٥٧ لسنة ١٣٥ق، وذلك بصحيفة طلبت فيها الطاعنة الحكم بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه والإحالة. وفي اليوم نفسه أودعت الطاعنة مذكرة شارحة وحافضة بمستنداته. وفي ٢٠١٩/٩/١٠ أعلنت المطعون ضدها بصحيفة الطعن. وفي ٢٠١٩/٩/٢٣ أودعت المطعون ضدها مذكرة بدفاعها مشفوعة بمستنداتها طلبت فيها رفض الطعن. ثم أودعت النيابة العامة مذكرة طلبت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه. ويجلسه ٢٠٢٠/٦/٢٣ عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة قرأت أنه جدير بالنظر وحددت لنظره جلسة للمرافعة. ويجلسه ٢٠٢٠/١٠/١٣ سمعت المرافعة أمام هذه الدائرة على ما هو مبين بمحضر الجلسة حيث صممت النيابة العامة على ما جاء بمذكرتها، والمحكمة أرجأت إصدار الحكم بجلسة اليوم.

الحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذي تلاه السيد القاضى المقرر/ ياسر بهاء الدين والمرافعة وبعد المداولة.

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية. وحيث إن الوقائع -على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن- تتحصل في أن الشركة الطاعنة أقامت على الشركة المطعون ضدها الدعوى رقم ٥٧ لسنة ١٣٥ق أمام محكمة استئناف القاهرة بطلب الحكم ببطلان حكم التحكيم الصادر بتاريخ ٢٠١٨/٢/٢٠ في الدعوى التحكيمية المقيدة برقم ٩١٤ لسنة ٢٠١٣ بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولي. وبياناً لذلك قالت إن المطعون ضدها لجأت إلى التحكيم إعمالاً للشرط الوارد في البند رقم ١٦ من عقد المقاوله من الباطن المؤرخ ٢٠٠٤/٤/١٩ والذي بموجبه أسندت الشركة الطاعنة إليها وأخرى مشروع إنشاء مصنع لمعالجة مياه

الصرف الصحى بسعة ٨٠٠٠٠ متر مكعب فى اليوم بمنطقة القطامية بمحافظة القاهرة، السابق إسناده للشركة الطاعة من هيئة مدينة القاهرة الجديدة وفقاً للشروط الواردة بذلك العقد، وأن الشركة الطاعة تقاعست عن تنفيذ التزاماتها بموجب ذلك العقد فلجأت -المطعون ضدها- إلى التحكيم وصدر لصالحها الحكم المشار إليه. وبتاريخ ٢٠١٩/٧/٧ قضت المحكمة برفض دعوى البطلان. طعنت الطاعة فى هذا الحكم بطريق النقض، وأودعت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأى بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع برفضه. عُرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة فرأت أنه جدير بالنظر وحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأياً.

وحيث إن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب تنعَى الشركة الطاعة بالسبب الأول منها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه، ذلك أنه رفض دفعها ببطلان اتفاق التحكيم لإبرامه من نائب رئيس مجلس إدارتها رغم أن صاحب الصفة والأهلية فى تمثيلها هو عضو مجلس الإدارة المنتخب عملاً بالمادة ٢٣ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى غير سديد، ذلك أنه ولئن كان النص فى المادة ١١ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه ..."، إلا أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة، عملاً بالمادة ٨ من ذات القانون، أنه إذا استمر أحد طرفى النزاع فى إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط فى اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة فى الميعاد المتفق عليه أو فى وقت معقول عند عدم الاتفاق، اعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه فى الاعتراض. إذ تنحاز هذه القاعدة إلى حماية إجراءات التحكيم من إساءة استغلال أحد أطراف النزاع، وهو عادةً الطرف الخاسر، لحق من الحقوق التى يجوز النزول عنها بهدف إبطال حكم التحكيم لاحقاً. لما كان ذلك، وكانت الطاعة لم تقدم ما يفيد تمسكها أمام هيئة التحكيم ببطلان اتفاق التحكيم لإبرامه من نائب رئيس مجلس إدارتها بدلاً من عضو مجلس الإدارة المنتخب، مع علمها بوجود المخالفة التى تدعيها واستمرارها فى إجراءات التحكيم على الرغم من ذلك، فإنها تكون قد نزلت عن حقه فى إثارة هذا الاعتراض فيما بعد، لا سيما وأن البطلان المتعلق بهذه الحالة هو بطلان نسبى مقرر لمصلحة الخصوم مما يجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دفع الشركة الطاعة فى هذا الخصوص على سند من عدم تمسكها بهذا الدفع -مع قدرتها على ذلك-

أمام هيئة التحكيم المختصة بالفصل في الدفوع الخاصة ببطلان اتفاق التحكيم، فإن الحكم يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً، ويضحى النعى عليه بهذا السبب على غير أساس.

هذا فضلاً عن أنه ويفرض تمسك الطاعنة بهذا الاعتراض خلال الميعاد المبين بالمادة ٨ من قانون التحكيم، فإن تمسكها ما كان ليغير من مصير هذا النعى؛ ذلك بأنه من المستقر عليه أنه ليس للمخطئ أن يُلقى بتبعة خطئه، غشاً كان ذلك أو تقصيراً، على سواه أو أن يستفيد من خطئه في مواجهة غيره، ولو كان هذا الغير بدوره مخطئاً. كما أن الطرف الذي يتسبب بفعله في حدوث مخالفة لاتفاق التحكيم أو لقانون التحكيم أو لأى قانون آخر لا يسعه -بعد أن تعامل معه الطرف الآخر اعتماداً على صحة ما بدر عنه- أن ينقض ما تم على يديه، تطبيقاً للقاعدة العالمية المستمدة من القانون الرومانى non *concedit venire contra factum proprium* أى "منع التناقض إضراراً بالغير"، وهو ما بات معروفاً بقاعدة "من سعى فى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه" أو الإستوبل *estoppel*. وعلى الرغم من غياب نص تشريعى صريح يقرر هذه القاعدة، إلا أنه يجوز للقاضى تطبيقها بموجب المادة (٢) من القانون المدنى والتي تنص على أنه "إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة". ومعيار تطبيق هذه القاعدة تحقق شرطين: الأول، أن يصدر عن طرف ما قول أو فعل أو امتناع يتعارض وسلوك سابق لذات الطرف؛ والثانى، أن يكون من شأن ذلك التعارض إلحاق الضرر بالطرف الآخر الذى تعامل مع الطرف الأول اعتماداً على صحة ما صدر عنه من سلوك سابق. وباعتبار أن قاعدة "منع التعارض إضراراً بالغير" قاعدة عامة، فإن نطاق تطبيقها ليس مقصوراً على مجال التحكيم، بل يمكن أن يمتد لسائر المعاملات الأخرى. وللقاضى سلطة تقدير مدى توافر موجبات أعمال هذه القاعدة طبقاً لظروف كل دعوى بحسب الأحوال.

وحيث إن الشركة الطاعنة تنعى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه، وفى بيان ذلك تقول إنها دفعت ببطلان الهيكل الإجرائى للخصومة التحكيمية لأن من باشر الدفاع عنها أمام هيئة التحكيم كان أحد المهندسين الاستشاريين ولم يكن أحد المحامين عملاً بالقاعدة الأمرة المتعلقة بالنظام العام المنصوص عليها بالمادة ٣ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣، وهو ما كان على هيئة التحكيم أن ترفضه باعتباره أمراً ضرورياً لتحقيق العدالة، غير أن الحكم المطعون فيه رفض دفعها على سند من أن قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى تجيز تمثيل الأطراف من غير المحامين، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى غير سديد، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القواعد الخاصة بتمثيل الأطراف أمام هيئات التحكيم لا تتعلق بالنظام العام. ولا يغير من ذلك ما تنص عليه المادة ٣(١) من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ من اعتبار " الحضور عن ذوى الشأن أمام المحاكم وهيئات التحكيم ... من أعمال المحاماة المقصورة على المحامين، ذلك أن نظام التحكيم القائم وقت صدور قانون المحاماة عام ١٩٨٣، والذي كان يشير إليه المشرع آنذاك، هو ذلك الوارد بالبواب الثالث من الكتاب الثالث (المواد ٥٠١-٥١٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨. أما قانون التحكيم الحالي والصادر عام ١٩٩٤ -والذى يختلف تمام الاختلاف عن القانون السابق في فلسفته وأساسه ومفاهيمه- فلم يرد به أو بشأنه أى قيد على حرية الأطراف فى تمثيل أنفسهم أمام هيئات التحكيم أو فى توكيل من يمثلهم أمامها ولو كانوا من غير المحامين، أو من المحامين الأجانب الذين يُعدون فى نظر قانون المحاماة- من غير المحامين. هذا إلى أن قانون التحكيم لعام ١٩٩٤ يُعد قانوناً خاصاً فى شأن كل ما يخص التحكيم، وقد خلا هذا القانون من النص على وجوب مثل وكلاء أو ممثلين عن الأطراف أمام هيئات التحكيم، كما خلا من اشتراط أن يكون طلب التحكيم وسائر الأوراق الخاصة بإجراءات خصومة التحكيم موقعة من محامٍ، خلافاً لما هو معمول به أمام قضاء الدولة. كما تنص المواد ٢٥، ٢٦، ٣٣(١) من قانون التحكيم على حق الأطراف فى الاتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم، ووجوب تهيئة فرصة متكافئة وكاملة لكل منهما لعرض دعواه، وحق كل طرف فى شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته. وإذا كان قانون التحكيم لا يشترط اختيار المُحكَمين من جنس أو جنسية أو من مهنة بعينها كالمحاماة (مادة ١٦)، فمن باب أولى عدم اشتراط ذلك فى حق ممثلى الأطراف. ولذلك فقد يؤثر المحتكمون توكيل غير المحامين لتمثيلهم فى المنازعات ذات الجوانب الفنية المعقدة وخاصةً إذا ما كان مقطع النزاع ينطوى على مسائل فنية أكثر منها قانونية. ويؤكد النظر المتقدم، أن التحكيم أخذ يبعد تدريجياً عن فكرة التوطين localization، أى ارتباط التحكيم بشكل وثيق بإقليم جغرافى بعينه، بعد اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨. وفى ظل العولمة التى طالت مجال المحاماة، بات من الشائع الاعتماد على المحامين الأجانب لتمثيل الأطراف فى دعاوى التحكيم التى يكون مقرها القانونى فى مصر، دون أن يستلزم ذلك عقد أى من جلسات التحكيم داخل الإقليم المصرى، لعدم ارتباط مفهوم المقر القانونى كفكرة مجردة seat of arbitration بالمكان الفعلى لعقد جلسات التحكيم venue، لا سيما مع ازدياد الإقبال على عقد جلسات التحكيم بواسطة وسائل الاتصال الحديثة virtual hearings. يُضاف إلى ما تقدم، أن تحديد أسباب بطلان أحكام التحكيم وورودها على سبيل الحصر فى المادة ٥٣ من قانون التحكيم، مؤداه أنه لا يجوز الطعن

بالبطلان في دعوى التحكيم لسبب آخر خلاف الأسباب التي أوردتها هذه المادة، والتي ليس من بينها البطلان لتمثيل طرف من غير المحامين. ومؤدى ما سلف ولازمه، هو أنه لا محل لإعمال المادة ٣ من قانون المحاماة لعام ١٩٨٣ في إطار نظام التحكيم الحالي مؤسسياً كان أو غير مؤسسي، وطنياً كان أو دولياً. وأن حق المحكّمين في حرية اختيار ممثليهم أو وكلائهم إنما ينبع من قانون التحكيم ذاته، ولا يتوقف على اختيارهم لقواعد تحكيم تنص صراحة على إمكانية تعيينهم لغير المحامين كممثلين عنهم. فإذا اتفقوا على قواعد إجرائية تسمح بذلك، فليس اتفاقهم هذا إلا تأكيداً لما جاء به قانون التحكيم، كما هي الحال في الدعوى الماثلة حيث اتفق الطرفان على إخضاع إجراءات التحكيم لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والتي تنص في المادة ٥(١) منها على أنه يجوز أن يختار كل طرف شخصاً أو أكثر للنياية عنه أو لمساعدته، دون اشتراط أن يكون ممثلو المحكّمين من المحامين المقيدون بجداول نقابة المحامين المصرية. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض دفع الشركة الطاعنة في هذا الخصوص ملتزماً ذات النظر، وكانت هي التي اختارت أحد المهندسين الاستشاريين للنياية عنها ومساعدتها وتقديم خطة دفاعها وفقاً لما قدرته باعتباره الأصلح لها، كما أنها لم تدع أن هيئة التحكيم تسببت على أي نحو في حرمانها من فرصة تعيين محامٍ لتقديم دفاعها، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بهذا السبب، يضحى على غير أساس.

وحيث إن الشركة الطاعنة تنعى بالسبب الثالث على الحكم المطعون فيه الفساد في الاستدلال، ذلك أنه رفض دفعها ببطلان عمل هيئة التحكيم لقضائها بالعلم الشخصي لأحد المُحكّمين - المهندس الذي يملك وحده الخبرة الهندسية والدراية الفنية التي تمكنه من فهم موضوع الدعوى، دون مشاركة حقيقية في المداولة من العضوين الآخرين أصحاب الخبرة القانونية فقط، وبغير ندب خبير هندسي للوقوف على المسائل الفنية الهندسية الغالبة على موضوع النزاع، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في جملته مردود، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المُحكّم يختاره الخصوم بالدرجة الأولى لتوافر خبرته بالمسائل المماثلة لموضوع النزاع محل التحكيم ومن الطبيعي أن تتعكس خبرات أعضاء هيئة التحكيم على الحكم الصادر منهم، ومن ثم فلا يصح أن يوصم حكم هيئة التحكيم بالبطلان لمجرد افتراض أن قضاءها أقيم وفقاً للعلم الشخصي لأحد أعضائها باعتبار أنه وحده من المهندسين في حين أن رئيس الهيئة والعضو الآخر من رجال القانون من غير أصحاب الخبرات الهندسية، وهو افتراض يفتقر إلى الدليل من ناحية، ويتعارض مع الأصل المفترض من أن تشكيل هيئة التحكيم تم باتفاق الطرفين ووفقاً لإرادتهما الحرة باختيار المُحكّمين المؤهلين والمناسبين للفصل

فى النزاع. وكان الثابت من الترجمة الرسمية المقدمة من حكم التحكيم أنه قد أثبت فى مدوناته ما يفيد تمام المداولة بين أعضاء هيئة التحكيم وصدوره بإجماع الآراء، وكان الأصل أن الإجراءات قد روعيت فلا يجوز دحض ما أثبته الحكم من تمام المداولة والاطلاع على الأوراق إلا بطريق الطعن بالتروير وهو ما لم تفعله الشركة الطاعنة، ومن ثم فلا يُقبل منها ما تثيره فى هذا الشأن. وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة -وعلى ما سلف بيانه- أنه لا يجوز الطعن بالبطلان فى دعوى التحكيم لسبب آخر خلاف ما أورده نص المادة ٥٣ من قانون التحكيم، فلا يجوز الطعن عليه للخطأ فى فهم الواقع أو فى تطبيق القانون أو مخالفته، ذلك أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طعناً عليه بالاستئناف فلا تتسع لإعادة النظر فى موضوع النزاع وتعييب قضاء ذلك الحكم، وليس لقاضى دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير مدى ملاءمته أو مراقبة حُسن تقدير المحكمين، باعتبار أن دعوى الإبطال تختلف عن دعوى الاستئناف. لما كان ذلك، وكان تعييب الشركة الطاعنة لحكم التحكيم فيما يخص عدم نذب هيئة التحكيم لخبير هندسى لبحث الأمور الفنية فى الدعوى يخرج عن حالات البطلان المنصوص عليها حصراً فى المادة ٥٣ من قانون التحكيم، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فى معرض رفضه لما أثارته الشركة الطاعنة فى هذا الخصوص فإن النعى عليه بما ورد بهذا السبب يضحى على غير أساس.

ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

لذلك

**رفضت المحكمة الطعن وألزمت الشركة الطاعنة المصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل
أتعاب المحاماة، مع مصادرة الكفالة.**

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولاً- المراجع باللغة العربية:

1-الكتب العامة :

أ-كتب الحديث :

- 1) أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم من غشنا فليس منا، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، ج.1، بيروت، لبنان، 2000.
- 2) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، شرح صحيح مسلم، ج.10، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1407هـ/ 1987م.
- 3) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي باب كيف كان بدء الوحي إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، ط.1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1422 هـ/2001م.
- 4) محمد ناصر الدين الألباني، صحيح أبو داود، مج.8، ط.1، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، 2002.

ب- كتب الفقه :

- 1) زين الدين بن ابراهيم بن محمد ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، حققه زكريا عميرات، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1419هـ-1999م.
- 2) السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج. 14، ط.1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1409هـ-1989م
- 3) الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط.2، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 1989.
- 4) الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، تنسيق ومراجعة وتصحيح، عبد الستار أبوغدة، ط.1، دار الغرب الإسلامي، 1983.
- 5) الشيخ محمد بن أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار المعروفة بحاشية ابن عابدين، ج.4، ط.2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1979.
- 6) يعقوب بن عبد الوهاب الباسين، المفصل في القواعد الفقهية، ط.2، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2011 .

ج- كتب اللغة (المعجم والقواميس):

- 1) ابراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ج. 2، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، اسطنبول، تركيا، 1972.
- 2) ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب (مادة نقض)، ج. 7، ط. 1، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1984.
- 3) أبو البقاء ايوب بن موسى الحسيني الكفوي، الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1998.
- 4) إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح في اللغة، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، ج. 6، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1990.
- 5) العلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، كتاب النون، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د.ت.ط.
- 6) جعفر باقر الحسيني، معجم مصطلحات المنطق، ط. 1، دار الاعتصام للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2005.
- 7) جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج. 1، ط. 1، مؤسسة العلمي للمطبوعات، بيروت لبنان، 2005.
- 8) جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان 1996.
- 9) حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، ط. 5، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1980.
- 10) العلامة أحمد محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 2001.
- 11) لويس معلوف، قاموس المنجد في اللغة والإعلام، ط. 26، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1960.
- 12) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، حققه أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008.

د- كتب المنطق:

- 1) أبو علي الحسين بن عبد الله بن الحسن بن علي بن سينا، منطق المشركيين، المكتبة السلفية، القاهرة، مصر، 1910.
- 2) محمد مهران، مدخل إلى المنطق الصوري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، مصر، 1989.

هـ- الكتب القانونية :

- 1) إبراهيم إبراهيم الغماز، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، دراسة قانونية نفسية، دار عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1980.
- 2) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، جامعة الكويت، 1994 .
- 3) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق (دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة اللاتينية - الإسلامية - الأنجلوأمريكية)، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1980.
- 4) إبراهيم أمين النفاوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، دراسة في قانون المرافعات للواجب الإجرائي من حيث مصدره وطبيعته وصور الإخلال به والأثر المترتب عليه، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011،
- 5) أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، ط.2، منشأة المعارف، الإسكندرية ، مصر، 1977.
- 6) أحمد إبراهيم عبد التواب، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة ، مصر ، 2009 .
- 7) أحمد ابراهيم عبد التواب، الدفع المتعلقة باتفاق التحكيم (دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم 48/2011 بتاريخ 13 يناير 2011 وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013.
- 8) أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2015.
- 9) أحمد السيد صاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقص بالنسبة للطعن المدني، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1990.
- 10) أحمد جلال الدين هلال، قضاء النقص والتمييز في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري والكويتي، ط.1، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، 1985.
- 11) أحمد خليفة شرقاوي، الأمانة الإجرائية للخصم في التقاضي، دراسة تأصيلية مقارنة، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2018.
- 12) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976.
- 13) أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 14) أحمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، ط.2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 15) أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009.

- 16) أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة الإلتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 1999.
- 17) أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012.
- 18) إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.
- 19) أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، مصر، 2003.
- 20) أمين دواس وآخرون، شرح مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية 2010، ج.1، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
- 21) أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، ج.3، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1993.
- 22) إيمانويل غايار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، ترجمة رنا شعبان ومحمد شلباية، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2011.
- 23) بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة ثالثة مزيدة ومنقحة، منشورات بغدادي، الجزائر، 2011.
- 24) بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة ثالثة مزيدة ومنقحة، منشورات بغدادي، الجزائر، 2011.
- 25) بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط.2، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.
- 26) بلحاج العربي، مشكلات المرحل السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- 27) بلخير محمد آيت عودة، الأمن القانوني ومقوماته في القانون الإداري، منشورات دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2018.
- 28) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 29) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، مكتبة مكوي، بيروت، لبنان، 1975.

- 30 ج. ريبير، ر. روبلو، المطول في القانون التجاري، إشراف ميشال جرمان، ترجمة منصور القاضي وسليم حداد، ج.1، مج.2، ط.1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
- 31 ج.س. شيشير، س.خ. فيفوت، م.ب. فيرمستون، أحكام العقد في القانون الإنجليزي، ترجمة هنري رياض، (دار الجليل - بيروت، مروى بوكشوب - الخرطوم)، 1987.
- 32 جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة وتحقيق منصور القاضي، فيصل كلثوم، ط.2، مج.1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 2000.
- 33 الجبوري نصير صبار لفته، التعويض العيني، دراسة مقارنة، ط.1، دار قنديل للنشر، عمان، الأردن، 2010.
- 34 جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها، ط.3، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1980.
- 35 جنادي جيلالي، الإيجارات التجارية في القانون التجاري الجزائري، ط.1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- 36 جنيفي فيني، المطول في القانون المدني (مدخل إلى المسؤولية)، ترجمة عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، ط.1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2011.
- 37 حاتم رضا السيد، التحكيم في منازعات الشركات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016.
- 38 حامد فهمي ومحمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، 1937.
- 39 حزيط محمد، حق الاسترجاع في الإيجارات التجارية، على ضوء آخر تعديل للقانون التجاري بموجب القانون رقم 05/02 المؤرخ في 06/02/2005، ط.3، دار هومة، الجزائر، 2008.
- 40 حسام الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1989.
- 41 حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ، ط.1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006.
- 42 حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2006.
- 43 حسين سمرة، مسقطات الخيار في الفقه الإسلامي، دار الهاني للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2002.
- 44 حسين عبد الله الكلاي، النظام العام العقدي، دراسة مقارنة، ط.1، دار السنهوري، بغداد، العراق، 2016.

- 45 حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- 46 حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2000.
- 47 حوحو يمينة، عقد البيع في القانون الجزائري، ط.1، دار بلقيس للنشر — الدار البيضاء، الجزائر، 2015.
- 48 حيدر أحمد دفع الله، قانون الإجراءات المدنية السوداني بين التحليل والتطبيق، دراسة مقارنة، ط.1، الخندق للطباعة والنشر، الخرطوم، السودان، 1994.
- 49 خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 50 ذكرى عبد الرزاق محمد، المركز القانوني لمؤسسي شركات المساهمة التي تطرح أسهمها للتداول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.
- 51 راشد راشد، الأوراق التجارية - الإفلاس والتسوية القضائية، ط.6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 52 رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، ط.1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1998 القاهرة، مصر.
- 53 ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، ط.1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.
- 54 زرقون نور الدين، أوجه الطعن بالنقض في الأحكام المدنية، موفم للنشر، الجزائر، 2017.
- 55 سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013.
- 56 سامية راشد "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984.
- 57 سعيد عبد الفتاح عاشور، أوروبا العصور الوسطى، التاريخ السياسي، ج.1، مكتبة الأنجلو المصرية، مصر، 2007.
- 58 سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، ط.3 (مصححة ومزودة)، بيروت المطبعة الأدبية، لبنان، 1923.
- 59 سمير تناغو، الالتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2014.
- 60 سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا الصادرة في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف، جلال حزي و شركاه، الإسكندرية، مصر، 2005، ص.79.
- 61 سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1973.

- 62 سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
- 63 سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي، (الغش في التقاضي والغش في التنفيذ)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
- 64 السيد عبد الصمد محمد يوسف، أدلة الإثبات القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013.
- 65 شهاب سليمان عبد الله، قانون الإثبات السوداني لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
- 66 شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في النظامين القانونيين المصري والفرنسي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2002.
- 67 الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج.1، المطبعة الحيديرية، النجف الأشرف، العراق، 1940.
- 68 شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة-الوصية-الوقف)، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 69 شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، ط.1، دار دجلة، عمان- المملكة الأردنية الهاشمية، 2008.
- 70 صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص.166.
- 71 طارق زيادة، كتابات قانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1998.
- 72 طالب عبد الله فهد العلواني، تنفيذ الالتزامات الدولية ومبدأ حسن النية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015.
- 73 طاهر شوقي مؤمن، الاستحواذ على الشركة، دراسة نظرية وتطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
- 74 طاهر شوقي مؤمن، دراسة قانونية عن مجموعات الشركات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017.
- 75 الطيب بلولة، قانون الشركات، ترجمة إلى العربية محمد بن بوزة، ط.2، منشورات بارقي، الجزائر، 2008.
- 76 عادل محمد خير، القانون الإجرائي الدولي، ط.1، دار الكتب القومية، مصر، 1999.

- 77) عاطف محمد الفقى، التحكيم التجاري متعدد الأطراف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
- 78) عباس العبودي، قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.
- 79) عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية (دراسة قانونية مقارنة)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 80) عبد الحكم فودة، حجية الأمر المقضي وقوته في المواد المدنية والجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1994.
- 81) عبد الحلیم عبد اللطيف القوي، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
- 82) عبد الحلیم عبد اللطيف القوي، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري والفرنسي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997.
- 83) عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية: القانون وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، 1972.
- 84) عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة القانون 2، الحق وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1970.
- 85) عبد الرزاق أحمد السنهوري من خلال أوراقه الشخصية، إعداد نادية السنهوري وتوفيق الشاوي، (القاهرة-الزهراء للإعلام العربي، 1988) مذكرات، 14 تموز-يوليو 1928.
- 86) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام - مصادر الإلتزام، ج.1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952.
- 87) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، د.ت.ط.
- 88) عبد العزيز فهمي، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، عالم الكتاب، بيروت، لبنان، 1946.
- 89) عبد العزيز محمد عزام، الخيار في الفقه الإسلامي، ط.1، دار الهدى للطباعة، القاهرة، مصر، 1983.
- 90) عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج.1، ط.2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2018.
- 91) عبد الله الطائي، مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر في سوق الأوراق المالية، دراسة مقارنة، ط.1، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015.
- 92) عبد الله صليبي عباس الكبيسي، الرجوع عن الشهادة وأحكامه في الفقه الإسلامي، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2007.

- 93 عبد الملك عبد الرحمن مطهر، الاتفاقية الخاصة بإنشاء منظمة التجارة العالمية ودورها في تنمية التجارة الدولية. د. ط، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.
- 94 عجة الجليلي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ج. 2، منشورات برقي، الجزائر، 2009.
- 95 العربي الشحذ عبد القادر، نبيل صقر، الدليل العلمي في الإجراءات الجزائية - الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، ج. 3، دار الهلال للخدمات الإعلامية، د. ب. ن، 2004 عزمي عبد الفتاح، أساس الإدعاء أمام القضاء دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991
- 96 عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط. 1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1983.
- 97 عزيز كاظم جبر خفاجي، الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2011.
- 98 عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة في الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2009.
- 99 علي أحمد الجراح، قواعد الإثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 100 علي حامد المحضار، العدالة في العقود، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في مصر والعالم الغربي، الناشر (دار الكتب اللبناني، دار الكتاب المصري)، 2016.
- 101 علي حامد المحضار، العدالة في العقود، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في مصر والعالم الغربي، ط. 1، الناشر (دار الكتاب المصري-القاهرة، دار الكتاب اللبناني-بيروت)، 2017/2016.
- 102 علي حيدر، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، ج. 1، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.
- 103 علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، ترجمة وتحقيق فهمي الحسيني، ج. 1، ط. 1، دار الجليل، بيروت، لبنان، 2015.
- 104 علي عبيد الحديدي، التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، ط. 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2015.
- 105 علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
- 106 علي فيلاي، العقود الخاصة، البيع، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية (موفم) للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

- 107) علي مجيد العكيلي، لمى علي الظاهر، الحماية الدستورية لفكرة النظام العام ، ط.1، المركز العربي للنشر والتوزيع ثقافة بلا حدود، القاهرة ، 2018..
- 108) عمر نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، ط.1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1981.
- 109) غاي بيجور، مدونة السنهوري القانونية نشوء القانون المدني العربي المعاصر(1932-1949)، ترجمة رشا جمال، مراجعة عبد الحسين شعبان، ط.1، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، لبنان، 2009.
- 110) فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه -دراسة في فلسفة القانون، ط.1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2011.
- 111) فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، مصر، 2009.
- 112) فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، 1993.
- 113) فتيحة قره، أحكام الوضع الظاهر، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1986.
- 114) فتيحة قره، النظرية المستحدثة للأوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1986.
- 115) فضيل يعيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد القانون 08-09، منشورات أمين، الجزائر 2009.
- 116) فكري عبد الحميد صيام، الأسباب الجديدة في النقض المدني"دراسة تحليلية مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- 117) كريم بولعابي، حسن النية في المادة التعاقدية، ط.1، مجمع الأطرش للكتاب المتخصص، تونس، مارس 2015
- 118) حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع (دراسة فقهية، قانونية وقضائية مقارنة. ط.2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، 2005.
- 119) لوزان أمين الحاج سليمان، الوكالة الظاهرة بين الواقع والقانون، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
- 120) ماتياس ريمان، رينهارد زيرمان، ترجمة محمد سراج، كتاب أكسفورد للقانون المقارن، مج.1 و2، ط.1، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، لبنان، 2010.
- 121) محمد أحمد إبراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- 122) محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة و حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008.

- 123) محمد الشيخ عمر، قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983، (الدعوى)، ج.1، ط.5، الدار السودانية للكتب، الخرطوم، السودان، 1994.
- 124) محمد أنور حامد علي، حماية المنافسة المشروعة في ضوء منع الاحتكار والإغراق، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- 125) محمد بن أحمد الشريبي الخطيب، مغنى ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكرياء بن شرف النووي، ج.2، دار الفكر، 1933.
- 126) محمد حسن قاسم، القانون المدني- العقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد 2016 مع الإشارة إلى المشروع التمهيدي لتعديل قانون المسؤولية المدنية الفرنسي، مج.2، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.
- 127) محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.
- 128) محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
- 129) محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1998.
- 130) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحدث التعديلات ومزينة بأحكام القضاء، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 131) محمد طلعت الغنيمي، بعض الاتجاهات الحديث في القانون الدولي العام، قانون الأمم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1982.
- 132) محمد نصر محمد، علم القانون والقضاء المقارن، ط.1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013.
- 133) محمود المحرسي، الأمانة الإجرائية في قانون المرافعات في التقاضي والتنفيذ، ط.1 دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2020.
- 134) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ط.1، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 1978.
- 135) محمود سيد أحمد، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار أبو المجد للطباعة، الجيزة، مصر، 2005.
- 136) محمود عبد المجيد المغربي، القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1988.
- 137) محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1987.

- 138) مراد كاملي، حجية الحكم القضائي، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012.
- 139) مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، ج.1، عقد البيع، ط.1، النهضة الجديدة للنشر، مصر، 1990.
- 140) مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 141) مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج.1، ط.4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- 142) مصطفى سلامة، منظمة التجارة العالمية النظام الدولي للتجارة الدولية، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 143) مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
- 144) مفيد محمود شهاب، مصطفى سيد عبد الرحمن، الجوانب القانونية لتسوية نزاعات الحدود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.
- 145) منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعة المجمع العلمي العراقي، 19940.
- 146) منير القاضي، شرح المجلة، ج.1، ط.1، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1949.
- 147) مها محسن السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط.1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016.
- 148) نافع بحر سلطان، قانون العقود الفرنسي الجديد، ترجمة عربية للنص الرسمي، ط.1، مطبعة المنتدى، بغداد، العراق، 2017.
- 149) نبيل ابراهيم سعد، الضمانات الغير المسماة في القانون الخاص، (قانون الالتزامات - قانون الأموال)، دراسة مقارنة، ط.2، منشأة المعارف، جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، مصر، 2000.
- 150) نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج.1، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1991.
- 151) نبيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1999.
- 152) نبيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1980.
- 153) نزار كرمي، مجلة الالتزامات والعقود، مثارة بقرارات تعقيبية، جمع وتبويب، ط.1، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2018.
- 154) نسرين شريقي، السندات التجارية في القانون التجاري، ط.1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.
- 155) نورمان. ف. كانتور، التاريخ الوسيط، قصة حضارة البداية والنهاية، ترجمة وتعليق قاسم عبده قاسم، القسم الأول، ط.5، عين للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية، القاهرة، مصر، 1997.

- 156) هانية محمد علي فقيه، مبدأ الاستقامة في الإثبات في النظام القانوني (دراسة مقارنة)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
- 157) هلدبير أسعد احمد، نظرية الغش في العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2011.
- 158) وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط.3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
- 159) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ط.1، دار الفكر العربي، 1986.
- 160) الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، ج.2، الشركات التجارية، ط.1، منشورات البحر المتوسط وعويدات، بيروت، لبنان، 1982.
- 161) ياسين محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة خاصة- دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.
- 162) يس محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2012.
- 163) يوسف سحر عبد الستار، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.

2- الكتب المتخصصة:

- 1) أجياد ثامر نايف الدليمي، الحماية الإجرائية للحكم المدني من التناقض، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، دار الكتب القانونية- دار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى، مصر، 2015.
- 2) أحمد حشيش، مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام، المكتبة القانونية، القاهرة، مصر، 1998.
- 3) أحمد سيد أحمد محمود، الاستتوبل الإجرائي "مبدأ عدم التناقض الإجرائي في قانون المرافعات"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016.
- 4) رمضان ابراهيم علام، تعارض الإجراءات في قانون المرافعات، حالاته آثاره قواعده وأحكامه، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2015.
- 5) صادق عبد علي طريخيم، قاعدة عدم التناقض (الإغلاق) وتطبيقاتها القانونية، ط.1، الثقليين للطباعة، التصميم والإخراج الفني مكتب محمد الخزرجي، النجف الأشرف، العراق، 2016.
- 6) محمود محمود المغربي، الاستتوبل في قانون التحكيم، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2010.

3- المداخلات، المقالات والبحوث

- 1) إبراهيم حرب محيسن، مدى تعلق التقاضي على درجتين بالنظام العام "دراسة مقارنة"، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، مج. 39، ع.1، مجلس النشر العلمي، جامعة الأردن، 2012، ص.263.

- 2) إبراهيم دسوقي أبو الليل، الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مجلة المحامي الكويتية، بأعداد جويلية، أوت، سبتمبر، جمعية المحامين الكويتية، 1975، ص.19.
- 3) أبو زيد بريهان، المقابل في العقد وفقا للقانون الإنجليزي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، ع.2، جامعة الإسكندرية ، مصر، 2015.
- 4) أحمد أبو الوفاء، الطلب الإحتياطي، مجلة الحمامة، ع.3 و4، السنة الثامنة والخمسون، مارس/أفريل 1978، ص.ص.88-104.
- 5) أحمد السعيد الزرقد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور في مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، س.19، سبتمبر، 1995، ص.204.
- 6) أحمد سمير محمد ياسين ، الغش الإجرائي وأثره على الشكلية في قانون المرافعات المدنية دراسة تحليلية مقارنة ، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، كلية القانون ، جامعة ميسان، العراق، ص.15، متاحة على الموقع الالكتروني اطلع عليه بتاريخ 201/11/30، على الساعة 11:00: <https://www.uomisan.edu.iq/law/jmr/admin/upload/files/1.pdf>
- 7) أحمد عبد الفضيل محمد، حماية الأقلية من قرارات أغلبية المساهمين في الجمعيات العامة، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع.1، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، أكتوبر/صفر، 1986، ص.ص.115-118.
- 8) أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد:صناعة قضائية و صياغة تشريعية -لمحات في بعض المستجدات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع ، القانون أداة للإصلاح والتطوير، 9-10 ماي 2017، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ملحق خاص، ع.2، ج.2، 2017صفر/ربيع الأول 1439 - نوفمبر2017، ص.319
- 9) إي ألان فارنسورث، مقال بعنوان "قانون العقد المقارن"، من كتاب: ماتياس ريمان، رينهارد زيمرمان، أكسفورد للقانون المقارن، ترجمة محمد سراج وسامي شبر، مج.2، ط.1، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، لبنان، ص.1353
- 10) نجيت عيسى، أشر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، ع. 20، جوان، 2018، ص.112.
- 11) برهام محمد عطا الله، النظريات المقتبسة من الفقه الإسلامي في النظام القانوني الانجلوأمريكي، تأثير الفقه الإسلامي على القانون الإنجليزي، مقال منشور على شبكة الإنترنت اطلع عليه بتاريخ 2017/08/08، على الساعة 16:00، على الموقع الإلكتروني: [http://www.siironline.org/alabwab/maqalat&mohaderat\(12\)/1492](http://www.siironline.org/alabwab/maqalat&mohaderat(12)/1492).

- 12) بن عمارة محمد، المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، عن جامعة زيان عاشور، الحلقة، مجلد 5، ع. 11، ص. 47.
- 13) حامد فهمي بك ومحمد حامد فهمي، ما يقبل وما لا يقبل من الأسباب أمام محكمة النقض، الأسباب الجديدة، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، مصر، 1935، ص. 33.
- 14) حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد، ع. 2، مصر المعاصرة، 1995، ص. 350.
- 15) حمزة بن خدة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجزري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع. 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، سبتمبر 2018، ص. 423.
- 16) الدويري محمد صالح علي، التناقض المانع من سماع الدعوى، وتطبيقاته في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2016، ص. 17.
- 17) رأفت محمد رشيد الميقاتي، منع التناقض إضراراً بالغير في الشريعة الإسلامية، مجلة التحكيم العالمية، ع. 5، س. 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، كانون الثاني (يناير)، 2010، ص. 166.
- 18) رشيد مجيد محمد الربيعي، نظرية عدم التناقض في القانون الدولي، مجلة قضايا سياسية، ع. 5 و6، كلية العلوم السياسية، جامعة النهدين، بغداد، العراق، 2004، ص. 106.
- 19) رعد عداي حسين، قاعدة الإغلاق وتطبيقاتها في الحقوق العينية، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، ع. 4، الجامعة العراقية، بغداد، العراق، تشرين الأول، 2019، ص. 111.
- 20) رغد عبد الأمير مظلوم عبد الحميد خزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مجلة ديالى للبحوث الإنسانية، كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة ديالى، ع. 64، لسنة 2014، ص. 165.
- 21) زمام جمعة، تحديث النظريات العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع. 12، جامعة بليدة 2، 2017/06/01، ص. 228.
- 22) زودة عمر، قاعدة عدم الجمع بين دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية، المجلة القضائية، ع. 4، مجلة المحكمة العليا، 1992، ص. 267-281.
- 23) سامي بديع منصور، امتداد الاتفاق التحكيمي إلى غير الموقعين على العقد حقيقة أم مجاز، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، ع. 1، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2006/ 2007، ص. 446.

- 24) سامي منصور، المبادئ القانونية بمفهوم المادة الرابعة من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، مجلة العدل، ع.3، نقابة المحامين، بيروت، لبنان، 2002، ص. 183.
- 25) سليمان براك دايج، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، مج.8، ع.14، جامعة النهرين، 2005، ص.164-187.
- 26) سيد أحمد محمود، آلية تسوية المنازعات الناجمة عن تطبيق اتفاقات الجات ومنظمة التجارة العالمية، مجلة الحقوق الكويتية، س.23، ع.02، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، يونيو 1998، ص. 286.
- 27) شوقي بناسي، من سلبيات القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري، المجلة القانونية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج.45، ع.2، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص.20.
- 28) عابد فايد عبد الفتاح فايد، الاستدانة في أزمة ديون الأفراد ومعالجتها القانونية "دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي" مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، ع.23، جامعة حلوان، سوريا، يوليو-ديسمبر 2010، ص.135.
- 29) عادل العشاي، نظرية الظاهر في قرار جديد لمحكمة النقض الفرنسية من خلال تطبيق الوكالة الظاهرة، تعليق على قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 19 مارس 2020 في الطعن رقم (11.771-19)، مقال متاح على شبكة الإنترنت اطلع عليه بتاريخ 2020/08/06 على الساعة 21.00 على الموقع الإلكتروني:
<https://www.facebook.com/2153117188064705/posts/31512054582558>
- 30) عادل عبد الله المسدي، مبدأ الإغلاق وآثار تطبيقه أمام المحاكم الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مج. 73، الجمعية المصرية للقانون الدولي، لسنة 2012، ص.11.
- 31) عبد المنعم عبد الوهاب، يمين عدم الكذب في الإقرار في التشريع العراقي، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، ع.4، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، لبنان، جوان، 2016، ص. 11.
- 32) عبد جميل غضوب، القوانين الوضعية الفرنسية والشريعة الإسلامية تقارب أم تباعد، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005،
- 33) عز الدين الماحي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، مجلة القصر، ع.7، النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ص.87. مقال متاح على شبكة المعلومات العالمية اطلع عليه بتاريخ 2019/07/22، على الساعة 14.00، على الموقع الإلكتروني:
<https://www.maroclaw.com>
- 34) علي فوزي إبراهيم الموسوي، أندلس حامد عبد العامري، المفهوم القانوني للاستحواد، مجلة العلوم القانونية، العدد الخاص الرابع، كلية القانون، بغداد، العراق، 2018، ص.175.

- 35) علي فوزي الموسوي، فكرة التجريد في الالتزام الصرفي، مجلة الحقوق، مجلد16، ع.29-30، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، مارس، 2018، ص.1-17
- 36) عليان عدة، مدى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج.50، ع.3، جامعة يوسف بن خدة، العاصمة، الجزائر، ص. 138
- 37) عماد ميمش، الدفع بالبطلان بين ثوابت القانون المدني وضوابط الإجراءات المدنية، مقال متاح على شبكة المعلومات العالمية اطلع عليه بتاريخ: 19/05/2019، على الساعة 9.25. على الموقع:
https://drive.google.com/file/d/1ufXS_LjsGtFtY8f8m_hHQ35H8a1
- 38) غالب محمصاني، تعليق على الإجتهد القضائي اللبناني، باب الإجتهدات العربية، مجلة التحكيم العالمية، ع.13، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، السنة 2012، ص.329.
- 39) فاروق خلف، أحكام الخطبة وآثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهد القضائي، مجلة الدراسات الفقهية، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، شعبان 1437/ جوان 2016، ص.90.
- 40) فراس كريم شيعان، صلاح عجمي جميل، معالجة التعسف في استعمال الحق الإجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، ع.3، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، السنة الحادية عشر، 2019، ص. 33.
- 41) القاضي مهيب معماري، مبدأ الإغلاق في القانون اللبناني، مجلة التحكيم العالمية، ع.13، ص.4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص.50.
- 42) القاضي مهيب معماري، مبدأ الإغلاق (Estoppel) في القانون اللبناني، مجلة التحكيم العالمية، ع.13، ص.4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، يناير، 2012، ص.45.
- 43) قديري محمد توفيق، حماية الذمة المالية للقاصر في القانون الجزائري، مجلة المفكر، ع. 14، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الخيضر، بسكرة، جانفي 2017، ص. 514.
- 44) قرواز فرحات، تعديل عقد العمل بين الضوابط والمبررات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج 50، ع.2، ص.66
- 45) لحياري، أحمد إبراهيم حسين، عدول المستهلك عن العقد المبرم غير الأنترنت (دراسة مقارنة في القانونين الأردني والفرنسي)، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مج.1، ع. 2، جامعة مؤتة - عمادة البحث العلمي، 2009، ص.124.
- 46) محمد الحسن البغا، التقنين في مجلة الأحكام العدلية، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، مج.25، ع.2، 2009، ص.767.

- 47) محمد الكشور، قراءة في المصطلح القاعدة والمبدأ، مجلة المناهج القانونية المغربية، ع.13-14، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2009.
- 48) محمد جبر الألفي، محاولات تقنين الفقه الإسلامي، من أعمال ندوة نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة في جامعة الإمارات العربية، شبكة الألوكة، 1994، ص.40. متاح على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الإلكتروني:
- www.alukah.net
- 49) محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع.1، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2010، ص.275.
- 50) محمد عبد الخالق عمر، عناصر الدفع بالشيء المقضي به في القانون الإنجليزي، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، ع.1، س.43، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، مارس، 1973، ص.99.
- 51) محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س.07، ع.02، 26 شوال 1440 هـ-يونيو 2019، ص.212.
- 52) محمد علي فوزي الموسوي، قاعدة الإغلاق وتطبيقاتها القانونية، ورقة عمل مقدمة في إطار فعاليات المؤتمر العلمي الثاني لكلية الحقوق ضمن محور أثر الفقه الإسلامي في القوانين الوضعية، جامعة النهدين، بغداد، 31/30 مارس، 2010، ص.02، مقال متاح على شبكة المعلومات العالمية اطلع عليه 2018/05/02، على الساعة 18.00، على الموقع الإلكتروني:
- <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=59495>
- 53) محمد محفوظ، مساهمة في التأصيل للمبدأ العام للقانون في القانون الخاص مقارنة بنفس المفهوم في القانون العام، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، مج.6، ع.2، مخبر المرافق العمومية والتنمية، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، ص.33-34.
- 54) محمد منير حساني، احترام الثقة المشروعة كمبدأ عام للقانون، مداخلة أقيمت بمناسبة انعقاد المنتدى الوطني الموسوم باحترام التوقعات القانونية، يومي 24 و25 فبراير 2016، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، منشور في مجلة حوليات، ع.2016، ص.31.
- 55) محمود محمود المغربي، الإستoppel في علم التحكيم، نعم... ولكن، مجلة التحكيم العالمية، ع.8، س.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، تشرين أكتوبر، 2010، ص.125-156.
- 56) محمود محمود المغربي، جدلية ظاهرة الإستoppel وقانون التحكيم، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، ع.28، سبتمبر، مركز التحكيم لمجلس التعاون لدول الخليج العربي، البحرين، 2015، ص.44.

- 57) محمود محمود المغربي، ما الذي يجري في فرنسا حول الإستوبل تعليقا على المنحى القضائي والتشريعي المستحد من الإستوبل؟ (**Estoppel**)، مجلة التحكيم العالمية، ع.11، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، تموز يوليو، 2011، ص.139.
- 58) محمود محمود المغربي، محمود علي ملحم، معضلة صياغة البنود التحكيمية في عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، 2015، ص.230.
- 59) مرتضى جمعة عاشور، الدفع بالإستوبل للتحكيم التجاري الدولي، مجلة كلية الحقوق، مج.4، ع.14، جامعة النهريين، 2012، ص.03.
- 60) مفيد محمود شهاب، المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدرا للقانون الدولي، المجلة المصرية، مج.23، سنة 1967، ص.1.
- 61) منصور حاتم محسن، هادي حسين الكعبي، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بابل، متاح على شبكة المعلومات العالمية، اطلع عليه بتاريخ 2019/07/16، على الساعة 16.00، على الموقع الإلكتروني: www.uobabylon.edu.iq/
- 62) نبيل إسماعيل عمر، تأملات في الروابط القائمة بين القانون المدني وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبنانية، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص.298.
- 63) نفيس صالح مدانات، الاستوبل في القانون الدولي العام، مقال منشور على صحيفة الرأي، متاح على شبكة المعلومات العالمية، اطلع عليه بتاريخ 2014/05/15، على الموقع الإلكتروني: Alrai.com/article/605747.html
- 64) نهاية مطر العبيدي، آثار الرجوع عن الشهادة، مجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانية، مج.1، ع.1، العراق، 2006، ص.136.
- 65) هادي نعيم المالكي، قاعدة الإغلاق Estoppel في القانون الدولي، مجلة رسالة الحقوق، ع.3، س.7، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2015، ص.124.
- 66) هدى محمد مجدي، طبيعة وآثار الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم، مجلة التحكيم العربي، ع.10، سبتمبر، 2007، ص.73.
- 67) الهيتي نعمان عطا الله، قاعدة الإغلاق الحكمي (**Estoppel**) في القضاء الدولي، مجلة الحقوق، مج.40، ع.2، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، يونيو، 2016، ص.401.
- 68) ياسر الحويش، تسوية المنازعات في النظام الدولي التجاري تحكيمية أم أحكام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج.26، ع.2، 2010، ص.14، متاح على شبكة المعلومات العالمية على الموقع

الإلكتروني: <http://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/images/stories/7-36.pdf>

- (69) يزيد أنيس نصير، المقابل في نظرية العقد في الأنظمة الأنجلوسكسونية، دراسة مقارنة مع السبب في نظام القانون المدني، مجلة الشريعة القانون، كلية الشريعة والقانون، ع. 33، جامعة الإمارات العربية المتحدة، يناير، 2008، ص. 209.
- (70) يونس صلاح الدين علي، مبدأ الإغلاق في القانون الإنجليزي، دراسة تحليلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، مجلة جامعة تكريت القانونية والسياسية، ع. 21، كلية القانون، جامعة تكريت، العراق، مارس، 2014، ص. 232.

4- الأبحاث الأكاديمية:

أ- رسائل الدكتوراه:

- (1) إبراهيم أمين النفاوي، مسؤولية الخصم عن الإجراءات، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1987.
- (2) بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، رسالة دكتوراه، تخصص القانون المدني وقانون التأمين، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019/2018.
- (3) بغداد بن عراج فاطمة الزهراء، الحسابات الجارية للشركاء في شركة المساهمة، الأوجه القانونية والجبائية، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد-وهران 2، 2019-2018.
- (4) بن عزوز فتيحة، دور لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة في حماية المساهم في شركة المساهمة، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.
- (5) بني طه، يحي أحمد، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الإنجليزي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، الأردن، 2007.
- (6) حمدان سومية، أحكام النقض في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، فرع قانون قضائي، كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر-1، 2017/2016.
- (7) الدويري، محمد صالح علي، التناقض المانع من سماع الدعوى وتطبيقاته في القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2016.
- (8) زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2012.

- 9) زكري ايمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017.
- 10) شفيق أيوب، خيار الشرط في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 1961؛
- 11) صحراوي نور الدين، الحرية التعاقدية والقواعد الآمرة في قانون الشركات، رسالة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019/2018.
- 12) عبد الستار عبد الكريم أبو غدة، الخيارات وأثرها في التصرفات، دراسة فقهية مقارنة لأحكام الخيار، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 1975
- 13) عثمان بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
- 14) لالو رابح، الشهادة في الإثبات الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2016.
- 15) محمد صالح علي الدويري، التناقض المانع من سماع الدعوى وتطبيقاته في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، قسم القانون المقارن، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2016.
- 16) نور الدين الفقيهي، الشركة في طور التأسيس، الوضع القانوني والتدابير الحمائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، وحدة التكوين والبحث، قانون التجارة والأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، الموسم الجامعي 2011-2012.
- 17) والي فتحي، نظرية البطالان في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1958.
- 18) يس عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1984.

ب-مذكرات الماجستير:

- 1) أحمد عوض الجيد العجب فضل الله، مبدأ الإغلاق في القانون السوداني، مذكرة ماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، 2008.
- 2) أماني مرسي صالح سراج، البيئة المردودة بين القانون والشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، 2005.

3) مجاجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الالتزامات، (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

5-النصوص القانونية:

❖ النصوص القانونية الداخلية:

أ-القانون الجزائري:

الدرسات:

- المرسوم الرئاسي 20-242 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442، الموافق ل30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج ر ج ج، ع.82، س.57، الصادرة بتاريخ 15 جمادى الأولى 1442، الموافق ل30 ديسمبر 2020.

النصوص التشريعية:

1) القانون العضوي رقم 98-03 مؤرخ في 08 صفر 1419 الموافق 3 يونيو 1998 يتعلق باختصاصات محكمة النزاع تنظيمها وعملها، ج.ر.ج.ج، ع.39 المؤرخة في 07 جوان 1998
2) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984، والمتضمن -قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، ع.24 مؤرخة في 12 يونيو 1984، الصفحة 910، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005 (ج.ر.ج.ج، ع.15 مؤرخة في 27 فبراير 2005).

3) القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان 1410هـ، الموافق ل 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج، ع.17، الصادرة بتاريخ 25 أبريل 1990، المعدل والمتمم

4) القانون رقم 91/10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق ل 27 أبريل سنة 1991، يتعلق بالأوقاف، ج ر ج ج، ع.21، الصادرة في 8 مايو 1991.

5) القانون رقم 01/07 المؤرخ في 28 صفر عام 1422 الموافق ل 22 مايو 2001 يعدل ويتمم القانون رقم 91/10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق ل 27 أبريل 1991، والمتعلق بالأوقاف ج ر ج ج، ع.29، الصادرة في 23 مايو 2001.

6) القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج رقم 44/2005.

- 7) القانون رقم 06-04 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل20 فيفري 2006 المعدل والمتمم للقانون 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق ل25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج ر ج ج، ع.15، المؤرخة في 12 مارس 2006.
- 8) القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، ج.ر.ج.ج، رقم 21 المؤرخة في 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق ل23 أبريل 2008.
- 9) القانون 18-05، المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل10 مايو سنة 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر ج ج، ع.28، المؤرخة في 30 شعبان 1439 الموافق ل16 مايو 2018.
- 10) القانون 18-09، المؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق ل10 يونيو سنة 2018، يعدل ويتمم القانون 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق ل25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع، ج ر ج ج، ع.35 المؤرخة في 13 جوان 2018.
- 11) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل26 سبتمبر 1975، تتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج.ج، ع.78، الصادرة بتاريخ في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
- 12) الأمر رقم 75/59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل27 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم
- 13) الأمر رقم 03-05 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424، الموافق ل19 يوليو 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر ج ج، ع.44، المؤرخة في 23 يوليو 2003.

المراسيم:

- المرسوم التنفيذي 15-114 المؤرخ في 23 رجب عام 1426 الموافق ل12 مايو سنة 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر ج ج، ع.24، المؤرخة في 13 مايو 2015.

الأنظمة:

- 1) نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 03/97 المؤرخ في 17 رجب عام 1417 الموافق ل18 نوفمبر 1997، يتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة.
- 2) نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم (01/03) المؤرخ في 15 محرم 1424، الموافق ل18 مارس 2003، يتعلق بالنظام العام للمؤتمن المركزي على السندات.

ب-النصوص القانونية العربية:

القانون المصري:

- 1) القانون رقم 131 لسنة 1949 يتضمن القانون المدني المصري
- 2) القانون رقم 13 لسنة 1986 الصادر بتاريخ 09/05/1968 المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

3) قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم 48 لسنة 1979، الجريدة الرسمية، ع.36 الصادرة بتاريخ 6 سبتمبر 1979

القانون التونسي:

- الأمر المؤرخ في 15 ديسمبر 1906، منشور بالرائد الرسمي ملحق، ع.100، بتاريخ 15 ديسمبر 1906، المتضمن مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

القانون اللبناني:

- قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر عام 1932 والمعمول به اعتباراً من 11 تشرين الأول سنة 1934.

القانون العراقي:

1) قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم 83 لسنة 1969.

2) قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979

القانون السوداني :

- قانون الإثبات السوداني لسنة 1983 و 1994

ج- النصوص القانونية الأجنبية:

1) القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل بالأمر رقم 2016/131 الصادر في 10 فيفري 2016

(بشأن تعديل قانون العقود والأحكام العامة واثبات الالتزامات، جريدة رسمية رقم 35 لسنة 2016.

2) قانون الاجراءات المدنية الفرنسية المعدل بموجب المرسوم رقم 148 لسنة 2011

3) قانون الضرائب الفرنسي المعدل بالقانون 2008/1443 الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2008.

4) القانون المدني الألماني (BGB) دخل حيز التنفيذ في 01 يناير 1900

5) القانون المدني الإيطالي المعتمد بمقتضى المرسوم الملكي رقم 262 الصادر في 16 مارس 1942 المعدل

بالمرسوم رقم 291 الصادر في 7 ديسمبر 2016

6) القانون المدني السويسري الصادر في 10 ديسمبر 1907 دخل حيز التطبيق في 1 جانفي 1912

7) إعادة صياغة قانون العقود الأمريكي لسنة 1981

8) القانون التجاري الأمريكي الموحد لسنة 1952

❖ النصوص القانونية الدولية:

1) الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، روما، في 04 نوفمبر/تشرين الثاني 1950، معدلة

بالبروتوكولين رقم 11 و 14، ومتممة بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات 4، 6، 7، 12، 13.

- 2) اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي لسنة 1959، تبنتها الأمم المتحدة سنة 1958، ودخلت حيز التنفيذ ابتداء من 08 يونيو 1959.
- 3) اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980، تم اعتمادها بتاريخ 11 أبريل 1980، دخلت حيز التطبيق 1 يناير 1988.
- 4) مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية بصيغتها المعدلة إلى سنة 2010، عن معهد روما الدولي لتوحيد القانون الخاص.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

Ouvrages généraux :

- 1) Alexis ALBARIAN, Les 100 mots du droit anglais : Les 100 notions fondamentales du droit anglais à l'épreuve du droit français, Coll. Lamy/ Axe Droit, France, 04/2013.
- 2) Alfred FOUILLEE, La science sociale contemporaine, hachette, 1880,
- 3) Ali. ZARROUK, L'implicite et le contenu contractuel , Etude de droit comparé : Droit français et droit tunisien , L'Harmattan , Paris, France, 2012.
- 4) Basdevant , Jule Dictionnaire de la terminologie du droit international, Union Académique du droit international, Sirey corp, Paris, France, 1960.
- 5) Bruno DONDERO, Droit des sociétés, Dalloz, Paris, France, 2009.
- 6) C. Verbruggen :quelque acquis et beaucoup d'incertitudes , mélanges offertes à Pierre. Van . OMMESLAGHE , Bruylant , Bruxelles, Belgique, 2000.
- 7) Cf. F. Collart-Dutilleul & Ph. Delebècque, Les contrats civils et commerciaux, Dalloz, 10^{ème} éd. Paris, France.
- 8) Ch. ROUSSEAU, Droit international public, tome 1, Introduction et source, Sirey, , Paris, France, 1970.
- 9) Ch. ROUSSEAU, droit international public,T.1, introduction et source, Sirey, Paris, France, 1970.
- 10)Claude GAUVARD, Alain DE LIBERA, Michel ZINK, Dictionnaire du Moyen âge, PUF, Paris, 2002.
- 11)Cyril GRIMALDI, Quasi-engagement et engagement en droit privé, préf. Lequette Y., Defrénois, Paris, France, 2007.
- 12)D. LEGAIS, Sûretés et garanties du crédit, 7^{ème} éd., L.G.D.J, 2009.
- 13)Edward ERRANTE, le droit Anglo-Américain des contrats , Arrêts et commentaire, L.G.D.J, E.J.A, 1995.
- 14)F.DREIFFUS-NETTER, Les manifestations de volonté adicatives, L.G.D.J, Paris, France,1985.
- 15)F.Terré (dir), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008.
- 16)G. CORNU, Vocabulaire juridique, 8^{ème} éd., PUF, Paris, France, 2007, p. 642
- 17)G.CORNU, Vocabulaire juridique , 8^{ème} éd, presses universitaires de France(PUF), 2007.
- 18)GUINCHARD S. (dir.), Droit et pratique de la procédure civile, Droits interne et de l'Union européenne, Dalloz Action, 8^{ème} éd, 2014/2015.
- 19)Guyon. M, Droit des affaires, T.1, 10^{ème} ed. Economica, Paris, France, 1998.
- 20)H. MUIR-WATT et D. BUREAU, Droit international privé, Tome 1, PUF, 2007.
- 21)I.NAJJAR, Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de la l'acte unilatérale, LGDJ, Paris, France,1967.
- 22)J.GUESTIN, G. GOUBEUX et M. MAGNAN, Traité de droit civil - Introduction générale, Delta, LGDJ, 1995.

- 23) Jacques GHESTAIN, Traité de droit civil : La formation du contrat, L.G.D.J, Paris, France, 1993.
- 24) M. COZIAN, A. VIANDER et F. DEBOISSY, Manuel de droit des sociétés, 22^{ème} éd., Lexis Nexis, Litec, Paris, France, 2010.
- 25) M. PLANIOL et G. RIPERT, Contrats civils - Droit civil français, L.G.D.J, Paris, France, 1954.
- 26) M.E. BOURSIER, le principe de loyauté en droit processuel, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003.
- 27) Marie de BECHILLON, la notion de principe général en droit privé, d'Aix –Marseille, presse universitaire d'Aix Marseille, France, 1998.
- 28) O. MORETEAU, (avec le concours de Stewart NEWCOMBE, André TUNC), Droit anglais des affaires, 1.ed., (DOLLOZ-DELTA), Paris-Beyrouth, Liban, 2000.
- 29) P. FOUCHARD, E. GUAILLARD et B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, éd. LITEC, Paris, France, 1996.
- 30) P. MORVAN, Le principe de droit privé, Préf. J.-L. Souriou, éd. Panthéon-Assas, Paris, France, 1999.
- 31) R. DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur ROUSSEAU, Paris, France, 1911.
- 32) René DAVID, Le droit comparé : Droits d'hier, droits de demain, Economica, Paris, France, 1982, p.195.
- 33) Ruth SEFTON-GREEN, La notion de l'obligation fondamentale : Comparaison franco-anglaise, LGDJ, Paris, France, 2000.
- 34) S. GUINCHARD et Al. droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable, 5^{ème} éd. Dalloz, 2009.
- 35) S. MIRABAIL, préf. J.P. Marty, La rétractation en droit français, LGDJ, Paris, France, 1997.
- 36) SPINOZA, Traité de l'autorité politique, publié en 1677 dans les opéras Posthuma, trad. Franç. In : SPINOZA, Œuvres complètes, ed. la pléiade 1954.
- 37) Thomas DE PRATERE, Le principe de non contradiction et la question de l'individualité du sujet, institut supérieur de philosophie, Louvain-la neuve, Paris, France, 1999.
- 38) V. J. BASDEVANT, Le dictionnaire de terminologie du droit international, Sirey, Paris, France, 1960.
- 39) VANDERLINDEN J ; SNOW G ; POIRIER D ; La Common Law de A à Z, Y. BLAIS ET BRUYLANT, éd. Yvon Blais, Bruxelles, Bruylant, Belgique, 2010.

Ouvrages spéciaux :

- 1) Antoine MARTIN, L'Estoppel en droit international public (Précédé d'un aperçu de la théorie de l'Estoppel en droit Anglais, éd. A. Pedone, Paris, France, 1979.
- 2) G. RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4^{ème} édition, LGDJ, Paris, France, 1968.
- 3) Marie –Emma BOURSIER, Le principe de loyauté en droit processuel, Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, Paris, France, 2003.
- 4) Mehdi BERBAGUI, La protection de la confiance légitime en droit français et anglais, éditions universitaires Européennes, 04/10/2017.
- 5) Paraskevi MOUZOURAKI, Le principe de confiance légitime en droit allemand, français et anglais : Un exemple de convergence des droits administratifs des pays européens, éd. Bruylant, Bruxelles, Belgique, 2011.
- 6) Winston CHURCHILL (Trad. H. Hinfray in D. Enright, Les sautes d'humour de Winston Churchill : Payot 2014.

7) X.DIEUX, Le respect du aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit, Bruylant, Bruxelles, Belgique, 1995.

Articles :

- 1) A. C. SAINT-ALARY HOUIN, Les contradictions légitimes en droit de l'entreprise, in : acte de colloque intitulé : « Interdiction de se contredire au détriment d'autrui », organisé par le centre de droit des affaires et de gestions de l'université de Paris V, 13 janvier 2001, p. 151.
- 2) A.A.AL-SANHOURY, « Le Standard Juridique », in Recueil d'études sur les sources de droit en l'honneur de François GENY, T.II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Librairie de Recueil Sirey, France, 1934, p.145.
- 3) Ariane MORIN, la confiance légitime en droit suisse des contrats, la confiance légitime en droit des obligations Belge, in La confiance légitime et l'estoppel,, Société de législation comparée, 2007,p410.
- 4) A-S Dupré-Dallemagne, Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers, recueils Dalloz, 2004, p. 869.
- 5) B.OPPETIT, « l'engagement d'honneur », D.1979, Chron, p.108.
- 6) B.oppetit, arbitrage et contrats d'Etat, l'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organisation of Irans, journal de droit international(JDI), 1984, p.37.
- 7) Basil. S. MARKESINIS, La notion de considération dans la Common Law : Vieux problème nouvelle théories, Revue internationale de droit comparé (RIDC), vol.35, n4, octobre-décembre1983, p.736.
- 8) Bénédicte FAUVARQUE COSSON, L'estoppel du droit anglais, In l'interdiction de se contredire actes du Colloque organisé par le centre de droit des affaires et de gestion de l'université Paris 5, Economica, Paris, France, 2000.pp3-23.
- 9) Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, L'estoppel du droit anglais, In actes du colloque organisé par le centre de droit des affaires et de gestion(C.E.D.A.G) de l'université de Paris V, France,(13 janvier2000).
- 10)-Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, La confiance légitime et l'estoppel, Rapport général publié par la société de législation comparée, Paris, France, 2007.
- 11)Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, L'estoppel, concept étrange et pénétrant, RDC,01/10/2006 n°4, p. 1279.
- 12) C. Maréchal, L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit : D. 2012, p.167
- 13)Chr DOMINICIE, A propos du principe de l'estoppel en droit des gens, recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM, 1968, Genève, p.365.Dans le même sens, annuaire de la commission du droit international, 1963, vol. I, p.199, para16(intervention de M.de Luna .Espagne)
- 14)Clarissa Muschner, When estoppel and waiver collide: A Commentary of Article 1466 of the French code of civil procedure, - Versailles University Arbitration Journal, n°1, octobre 2011, p. 6.
- 15)Clothilde BLONCHON, Le juge administratif et l'estoppel : une acceptabilité calquée sur dichotomie contentieux objectif/subjectif, procédure contentieuse commentaire, JCP La semaine juridique édition administrative et collectivités territoriales, n.26, 29
- 16)Corinne BOISMAIN, Ce qu'il faut savoir afin de contracter avec des américain ou des anglais (Elément essentiels du droit des contrats américain et anglais), Les petites affiches (LPA), du 31/01/2008, n23, p.06.
- 17)Corinne BOISMAIN, Ce qu'il faut savoir afin de contracter avec des américains ou des anglais(Eléments essentiels du droit des contrats américain et anglais),L PA, 31/01/2008, n.23
- J. RIVERO, Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république, Une nouvelle catégorie constitutionnelle, Dalloz, Chron. 1972, p. 265.

- 18)Cristina AMATO, Confiance légitime : Principe directeur et source autonome de l'obligation, RDC, n°1, 01/01/2013, p351.
- 19)Cristina AMATO, Confiance légitime : Principe directeur et source autonome de l'obligation, RDC, n° 1, du 01/01/2013, p. 351:
- 20)D. MAZEAUD, Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats, in : Actes du colloque organisé par le centre de droit des affaires et de gestion de l'université de ParisV, éd. Economica, Paris, 2001, p. 139.
- 21)D. MAZEAUD, Un droit européen en quête d'identité, les principes du droit européens du contrat, D. 2007, chron., p. 2959.
- 22)D. Porrachia, Lettre d'intention – Obligation de résultat, jurisprudence et législation, Rev. Dr. & patr., 2002, p. 107.
- 23)D.MAZEAUD, La loyauté ,la solidarité, La fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? in l'avenir de droit , mélanges Terré, Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999,p.603 et s, N.08.
- 24)Denis MAZEAUD, Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats, in actes de colloque l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui organisé par le sentre des affaires et de gestion de luniversité de ParisV, economica2001, p.130.
- 25)Dimittri HOUTCIEFF, La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Recueil Dalloz, 2009, p.1245.
- A. DUFFY, La constitutionnalisation de la liberté contractuelle, Revue de droit public et science politique en France et à l'étranger(RDP), 20 juin 2006, n° 6, p.1569.
- 26)E. GAILLARD, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe du droit de commerce international, Annexe II, rev.arb ;1985, p.272.
- 27)E. AGOSTINI, l'estoppel et les trois unités, recueil Dalloz, 2010, p. 285.
- 28)El Ahdab, Patricia Mounayer, Pays arabes 2015/2016, cahier de l'arbitrage, 01/12/2017, p. 566.
- 29)Elie Kleiman :Stop !Définition nécessaire de l'estoppel entre faveur de l'arbitrage et droit d'accès au juge, la semaine juridique, édition générale ; n.11, mars2010, p.564et s.
- 30)Elspeth REID, Protecting Legitimate Expectations and Estoppels in Scots Law, Report to the XVII th International congress of Comparative Law , (Response to questionnaire II.A.4) july 2006, Electronic Journal Of comparative Law, vol.10.3, December(2006), site internet: [Http://www.ejcl.org](http://www.ejcl.org).
- 31)Emmanuel GAILLARD, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du doit du commerce international(Le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes), rev.arb.1985, p.241.
- 32)Estoppel et appel, commentaire par N. Dupont, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 16, 16 Avril 2015, p. 1189
- 33)F. BAVOILLOT, A. BAVOILLOT, L'introduction en droit des contrats - La notion de pomessory estoppel développée en common law, article publié le 18 juin 2015 sur le site internet : www.village-justice.com., visité le 15 mai 2018.
- 34)F. KNOEPFLER , P. SCHWEIZER :Chronique de jurisprudence suisse en matière d'arbitrage international, RSDIE, 1966, n.585.
- 35)Fabien GIRARD , Estoppel : faut-il acclimater le Poison Tree ?, Revue Lamy droit des affaires, 2012, n° 69.
- 36) Filippo RANIERI, le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou du venire contra factum proprium dans les droits allemand et suisse et sa diffusion en Europe, in actes du colloque sur le thème du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui , organisé le 13 janvier 2000 par l'Université Paris 5, Paris, Economica, pp.26-52.
- 37)Filippo RANIERI, Verwirkung et renonciation tacites, quelque remarques de droit comparé, in mélanges Daniel BASTIAN , librairie technique, paris, 1974, pp.427 -452.

- 38) Florence MEURIS, La liberté du plaideur limitée par l'interdiction générale de se contredire, La semaine juridique entreprises et affaires, n 04, 26 janvier 2012, 1075.
- 39) G. WEISZBERG, Actualité de la théorie de l'estoppel dans la jurisprudence, JurisPedia, le droit partagé Arbitrage ,FR, 2008
- 40) G.ALPA, « Le contrat individuel et sa définition », revue internationale de droit comparé, (RIDC), 1988, p.327 et s
- 41) G.BOLARD , Le moyen contraire aux précédentes écritures, in la procédure en toute ses états, Mélanges en l'honneur de Jean BUFFET, Les petites affiches, 2004, p.51 et s.
- 42) G.BOLARD, Le droit de se contredire au détriment d'autrui ?, JCP G 2015, n° 6, 146 :
- 43) GUEGUEN, le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, D.1999, chronique.352.
- 44) Horatia MUIR WATT, pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français, l'internationalisation du droit, mélanges sur l'honneur de Yvon Loussouarn, éd. Dalloz, 1994, p.303.
- 45) I.MOREAU-MARGREVE, La Rechtsverwerking, Réflexions pour un réquiem, Ann. droit liège, 1990, pp.286 -291.
- 46) Ibrahim fadlallah, clause d'arbitrage et groupes de sociétés, In Droit international privé : travaux du comité français de droit international privé, 6^{ème} année, 1984-1985. 1986. pp. 105-131.
- 47) J. VOULET, L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la cour de cassation en matière civile, JCP, 1973,1, 2305, n° 06.
- 48) J.ORTSCHEIDT, observations sur l'arrêt de la cour de cassation du 06 juillet 2005, Rev.arb,2005, p.1948.
- 49) J.SCHMITT, La négociation et la conclusion des contrats, n34 et s, D.1982, Paris , juin 2015.
- 50) Julien CAZALA, l'invocation de l'estoppel dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'organisation mondiale du commerce ,Revue critique de droit international privé(RCDIP), 2003, P.902.
- 51) L. CADIET, La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrales, Rev. Arb, 1996, p.3 et s., spéc .p. 25.
- 52) L. CADIET, La légalité procédurale en procédure civile, BCCI, 15 mars 2006 et Rev. arb, 1996, no 1, p. 24 et s. p. 717 et s.
- 53) L. LENENEUR, La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...), AJDA 1998, p. 676.
- 54) Laurent RUET, estoppel et ordre de bourse, Bulletin Joly Bourse, n 12, 01/12/2012 , p.613.
- 55) Laurent RUET, ordre de bourse à appréciation et comportement contradictoire du mandant, Bulletin Joly Bourse n .1, 01/01/2001, p.43.
- A. M. Behar Touchais, Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats, in : L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, colloque organisé par le centre de droit des affaires et de gestion de l'université Paris V (13 janvier 2000), Economica, Paris, 2001, p. 94.
- 56) M. MAAMARI, La nullité des sentences arbitrales à l'épreuve de la théorie générale des nullités en droit juridique privé, Revue « El mouhamoun », Barreau Tripolis-Liban, n° 1, année 2008, p. 165.
- 57) M.BEHAR-TOUCHAIS, Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes, In colloque L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Economica, 2001, op.cit, p.95.

- 58) M.BOUZGHIBA, les origines doctrinales du code des obligations et des contrats(en arabe), in livre du centenaire du code des obligations et du contrats, 1906, Conférence permanente urbanisme (CPU) Bulletin de droit immobilier, 2006.p.39.
- 59)M.MEKKI, La réforme au milieu de Gué, Les notions absents ? Les principes généraux droit des contrats-aspects substantielles, revue de droit des contrats(RDC), n.03, 2015, p.653.
- 60)-M.MUIR WATT , Rapport de synthèse ,In l'introduction de se contredire au détriment d'autrui, sous la direction de M.BEHAR-TOUCHAIS, Economica, 2001, p.175.
- 61)Marie LAMOUREUX, Les déclarations d'intention en droit privé, Revue Lamy droit civil, éd. Lamy, Wolters Kluwer, France, 2008, p.57-70.
- 62)Martin COLLET, Le principe de l'estoppel est-il soluble dans le contentieux objectif ?, Revue juridique de l'économie publique n° 678, Août 2010, comm. 42.
- 63)N. DUPONT, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française, R.T.D.Civ, 2010, p. 459.
- 64)N. DUPONT, Quel intérêt revêt encore l'interdiction de se contredire en procédure civile ? la semaine juridique - Entreprises et affaires, éd. LexisNexis, 14 juin 2018. P.27 .
- 65)Nadine BELZIDSKY, Un principe clair, L'incommutabilité de l'estoppel et du droit fiscal, Revue de jurisprudence commerciale, Juillet/Aout,2012, n.26.
- 66)O. BALDES, L'estoppel ou l'approche renouvelée des systèmes d'interdiction de l'auto-contradiction en procédure civile, Procédures, n° 3, mars 2013, p. 372.
- 67)O.MORETEAU, le développement historique de la règle de l'estoppel, revue de Common Law en français, 2005, vol.7, p.187-264.
- 68)P. KAMINA, Doctrine des équivalents et prosecution history estoppel, Propriété industrielle, n° 6, Septembre 2002, act. 49.
- 69)P. ROCHER, L'estoppel à la française, Cahier de l'arbitrage, 01/01/2011, n° 01, p. 119.
- 70)Ph. DUPICHOT, Les principes directeurs du droit français des contrats 1, Revue de droit des contrats, (RDC), n° 1, 01/01/2013, p. 38.
- 71)Ph. Jestaz, L'obligation et la sanction. A la recherche de l'obligation fondamentale, mélanges offerts à Pierre Raynaud, Paris, Dalloz, 1985, p. 279.
- 72)Ph. KAHN, Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international, institut de droit international(IDI),1989, n.2, P.305-307.
- 73)Ph. LE TOURNEAU, bonne foi, Rép.civ, Dalloz, (1995),N.13 ;
- 74)Ph. PINSOLLE , Les applications du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit de commerce international, in colloque l'interdiction de se contredire, sous la direction de M-BEHAR TOUCHIS, Economica , 2001,p.40
- 75)Ph. PINSOLLE, Note sur l'arrêt de la cour de cassation de 6 juillet 2005, Rev.Arb , P.1110.
- 76)Ph. LE TOURNEAU, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, RTD civ, juillet-septembre 2001.p.717 et s.
- 77)Ph.PINSOLLE, L'estoppel reconnu en France de manière autonome, note sous cass. Civ 1^{re}, 6 juillet, 2005, Rev. Arb, 2005, p.993,1002.
- 78)Philippe DELEBECQUE :Que reste t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ?DALLOZ AFFAIRES, n.08/1997, p.235 et s.
- 79)Philippe NEAU-LEDUC, Exclusion du principe de l'estoppel, Revue des contrats , 01/07/2010 , n° 3, p.961.
- 80)Philippe PINSOLE, distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit de commerce international, JDAI, 1998, p.925.
- 81)Philippe PINSOLLE, distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit de commerce international, JDI, 1998, p.905 et s.
- 82)Pierre .Van. Omneslaghe: L'apparence comme source autonome d'obligations et le droit belge , Revue internationale de droit comparé (RDIC) 1983,p.159 ;

- 83)R. Baillot , « les lettres d'intentions, RTD com, 1992, p.547.
- 84)R. PERROT, La loyauté procédurale, RTD civ., 2006, p. 151 .
- 85)R. RODIERE, Les principes généraux du droit français, revue internationale de droit comparé(RIDC), numero spécial, vol.2, 1980, p.304.
- 86)R.KRUIHOF :la théorie de l'apparence dans une nouvelle phase ,revue critique de jurisprudence belge RCJB,1991,pp .51 -55.
- 87)Rabih MONZER, Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle. Régimes juridiques romano -germaniques et anglo-saxons, RIDC, vol53, n03, 2007 , p.529.
- 88)Régis DE GOUTTES, Le principe de l'estoppel à l'épreuve de la cour de cassation, Les petites affiches (LPA), n.95, 13/05/2009, p.07.
- 89)Romualdo P. et al., « Estoppel and Waiver », American Jurisprudence, Second Edition 2011, p. 78).
- 90)S. Amrani-Mekki, La recevabilité des moyens nouveaux en appel prime l'obligation de se contredire, GP, 22/12/2015, n° 356, p. 39.
- 91)S. GUINCHARD. Les modèles du droit processuel, Dalloz, Précis Droit privé, 4e éd. 2007, p. 1038
- 92)-Sophie STIJNS, Ilse SAMOY, La confiance légitime en droit des obligations Belge, in La confiance légitime et l'estoppel, Société de législation comparée, 2007,p.167.
- 93)Soraya Amrani-Mekki, La recevabilité des moyens nouveaux en appel prime l'obligation de se contredire, Gaz. Pal. 22 déc. 2015, n° 256, p. 39.
- 94)V. Edel, Faut –il introduire un principe de confiance dans le Livre III du titre III du code civil ?.in V-L. Bénabou et M. Chagny, La confiance en droit privé des contrats, colloque du 22 juin 2007 organisé par l'université de droit et de science politique de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, Dalloz, 2008, p. 141 .
- 95)V. G. GUERLIN, Estoppel: la contradiction doit avoir lieu devant le juge, l'essentiel droit des contrats, n° 08, date de parution 07/09/2018, p.5.
- A. V. Goutal, L'arbitrage et les tiers - Le droit des contrats, Journée du comité France de l'arbitrage, Paris, 5 mai 1988, rev.arb.1988, p. 443.
- 96)V: D. Mazeaud, Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats, in : Actes du colloque organisé par le centre de droit des affaires et de gestion (C.E.D.A.G) de l'Université de Paris V (13 janvier 2000), collection : Etudes juridiques , éd. Economica, Paris, 2001, pp. 127-128.
- 97)Vincent ORIF, La conception restrictive du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, Gazette du Palais - 22/12/2015 - n° 356
- 98)W. YUNG, Devoirs généraux et obligations ,Mélanges Schonen Berger Frigourg, 1968, p. 163 et s. site internet : www.persee.fr, dernière visite 21.11.2019.
- 99)X. Delpech, Arbitrage, estoppel et faillite internationale, Recueil Dalloz, 2009, p. 1422.
- 100) -Xavier DELPECH, arbitrage, estoppel et faillite internationale,21 , Dalloz, 2009, 1423.
- 101) Y-M. LAITHIER, Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé, RDC, n. 1, 10/10/2013, p. 410.

Thèses :

- 1) B. Fauvarque Cosson, La confiance légitime et l'estoppel, Electronic journal of comparative law, vol. 11. 3 déc. 2007, sit internet : [http:// WWW. ejcl.org/113/article113-8.pdf](http://WWW.ejcl.org/113/article113-8.pdf), visité le 13/11/2018.
- 2) D.houtcieff, Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse de doctorat, 2 volumes, T.1et2, Presses universitaires d'Aix –Marseille, PUAM, 2001 .
- 3) F. MARTIN EUDIER, Ordre public substantiel et l'offre du juge, thèse Rouen, France,1994.

- 4) Farag hmoda, la protection des créanciers au sein des groupes de sociétés, thèse de doctorat , université de Franche-comté,le19mars2013,sur le site, <http://halshs.archives-ouvertes.fr/tel.00000000>
- 5) Florian MOME, Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, thèse en droit , université d'Evry Val-d'Essonne, France, 2015, p.204.
- 6) J. DARGENT, Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve : La doctrine de l'estoppel, Thèse. Grenoble, Tourcoing Imp. G. Frères, France, 1943.
- 7) Luiz FERNANDO KUYVEN, la responsabilité précontractuelle dans le commerce international : fondement et règles applicables dans une perspective d'harmonisation, thèse de doctorat nouveau régime en contutelle droit des affaires, université de Starsbourg – universidade Fedral de Rio Grande do Sul , mars2010.
- 8) Marie –Christine CAUCHY PSAUME,L'estoppel by representation :Etude comparative de droit privé Français et Anglais, thèse de doctorat , Discipline droit privé, Faculté « JEAN MONNET »à SCEAUX ,Université Paris sud XI,1999.
- 9) Marie-Ève Roujou de Boubée, Essai sur la notion de réparation, thèse de doctorat, Droit, Toulouse1, France, 1973,
- 10)Marine GOUBINAT, Les principes directeurs du droit des contrats, thèse de doctorat, Droit privé, Laboratoire centre de recherches juridiques, Ecole doctorale science juridique, université de Grenoble Alpes, France,2016.
- 11)M-D.BECHILLON, La notion du principe général en droit privé, Thèse, Bordeaux, (presses universitaires d'Aix- Marseille PUAM, France, 1998.
- 12)Olivier MORETEAU, L'estoppel et la protection de la confiance légitime :Elément d'un renouveau du droit de la responsabilité(droit anglais et droit français) thèse de doctorat, Lyon , France,1990, p.34.
- 13)V. Ph. Malaurie , L'ordre public et le contrat , étude de droit civil comparé, France – Angleterre - U.R.S.S, thèse, Paris, 1951.

Mémoires de magister :

- Lionel CAZAJUS, la protection de la confiance légitime : etude comparée autour du contrats, mémoire de magister juristes d'affaires DESS, DJCE, Université PANTHEON ASSAS , paris II, France, 2006

المراجع باللغة الإنجليزية:

General books :

- 1) Alan WATSON, Legal transplants : An approach to comparative law(1974, 2nd ed. Athens University of Georgia press , 1993.
- 2) Angus Stevenson, Maurice Waite,Concise Oxford English Dictionary, UK Oxford University Press, 11th Ed., UK, 2011
- 3) B.CHENG, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Landon , UK, 1953 .
- 4) Brownlie, Principles of public international law, Oxford 1973.
- 5) Catherine ELLIOT and Frances QUINN, Contract Law, 4th ed., Pearson, England , 2003.
- 6) Charles Dickenson FIELD'S, Law of evidence in India and Pakistan , vol.5, 11th ed. , Law publishers, India , 1985.
- 7) D. Lloyd, Public policy, a comparative study in English and French law, Athlone press, University of london ,1953
- 8) Ewan. MCKENDRICK, Contract Law , 7.ed, ,Palgrave MacMillan Law Masters,2007.
- 9) F.POLLOCK et F.W .Maitland, The history of English law before the time of Edward1, T.1, Cambridge, 1985 .
- 10)Fredreik POLLOCK, principles of contract at law and in Equity, Stevens, London , Great Britain, 1876

- 11) George SPENCER BOWER, The doctrine of res Judicata, 2nd Revision edition, Betterworth-Heinman, UK, 1969, pp.116-115.
- 12) Ian BROWNLIE, principles of public International law, 2nd ed ,Oxford,UK, 1973.
- 13) Krishna VASDEV, The law of evidence, Butterworths, London , UK, 1981 .
- 14) Lancelot FIELDING EVEREST, Edmund STORE, The law of estoppels, 3^{ed.}, Stevens & sons LTD, London, UK, 1923 .
- 15) Lancelot FIELDING EVERES, Edmund STRODE, The law of estoppels Eteven's & son.Ltd; 3rd ed , London, UK, 1923
- 16) Lord MCNAIR, Law of treaties, Clarendon Press, Oxford,UK (1961).
- 17) Michele GRAZIADEI, Comparative Law as the study of trans-plants and receptions, in The oxford, Handbook of comparative law 441(Mathias REIMANN & Reinhard ZIMMERMANN eds., 2007).
- 18) Samuel WILLISTON , the Law of contract, voll, New York Lawyers Co-operative pub.Co.1957.
- 19) Schwarzenberger, A manual of international law , 5th ed, London, UK , 1967.
- 20) Sir Edward COKE ,Sir Thomas LITTLETON , Thomas Coventry , A readable edition of coke Upon Littleton , Sunders and benning Law booksellers, London ,UK, 1830.
- 21) Sir Rupert CROSS & nancy WILLKIN'S ,Outline of the law of evidence, 4thed., Butterworth, London, UK, 1986.
- 22) Stefan VOGENAUER, Jan KLEINHEISTERKAMP, Commentary on the UNIDROIT principles of international commercial contracts(PICC), Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.
- 23) T.ANTONY DOWNES, Text Book on contract, 4th ed., Blackstone, London,UK, 1995.
- 24) V.Pérez VARGAS-D. Pérez UMANA, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Practice, uniform law reviews, 2006.
- 25) W.FRIEDMAN, Legal theory, 4ed. Stevens & sons , London ,UK, 1960.
- 26) Walter ASHBURNER, Denis BROWNE, Principles of Equity, 2nd ed.Butterworth, 1933.

Specialized books :

- 1) Elizabeth Cooke :The modern Law of Estoppel , 1st ed , Oxford press University, New York 2000.
- 2) G.H.TREITEL , The law of contract , 11th .ed .sweet and Maxwell, London, UK, 2010.
- 3) George SPENCER BOWER ,the law relating to estoppel by representation, London, UK, 1923.
- 4) George SPENCER BOWER, Alexender Kingcome TURNER, The Law relating to estoppels by representation Butterworths, London, UK, 1966.
- 5) Kenneth HANDLEY, Estoppel by conduct and election, Sweet & Maxwell, London, UK, 2006.
- 6) M.PAWLOWSKI, The doctrine Of Proprietary Estoppels, Sweeh and Maxwell, London 1996.
- 7) Peter BARNETT, Res judicta, Estoppel, And Foreign Judgements :The preclusive effects of foreign judgements in private international law, 1st ed., Oxford university press, UK, 2001.

Articles :

- 1) A.ROBERSTON, Situating equitable estoppel withn the law fo obligations, (1997)19 Sydney Law review 32 p.64.
- 2) Benjamin F.BOWER, Promessory Estoppel: requirements and limitations of the doctrine, Formerly American Law register, Vol.98, n.04, University of Pennsylvania Law Review, marsh, 1950, p.459.
- 3) D.BOWETT, L'Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence, in British yearbook of international law, 1957 (33), p.176-202.

- 4)D.TOLOSTOY, Marriage by Estoppel or an excursion into res judicata, law quarterly review (LQR) ,Vol.85 (1968), p.245
- 5)DANIEL H, The clayton act and offensive collateral estoppels in antitrust damages action , the Yale law journal, vol.85,1976, p.548.
- 6)G. CHWARZENBERGER .The Fundamental Principles of International Law, Hague Academy, Vol. 87, 1955, P.253.
- 7)Gerald. FITZMAURICE, The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law , Leiden, The Netherland, Martinus Nijhoff, 1957, p. 24.
- 8)Gilles CUNIBERT, Enhancing judicial reputation through legal transplants, estoppel travel to France, The American Journal of Comparative Law ,Vol.60/2012, pp.398.
- 9)John CARTWRIGHT, Protecting legitimate expectations and estoppels:English Law, in la confiance légitime et l'estoppel, colloque droit privé et comparé , volume 4, société de législation comparé, Paris, France, 2007, p.322 et s.
- 10)John CARTWRIGHT, protecting legitimate expectations and estoppels in English law, Report to the XVII international congress of comparative law (July 2006), Electronic Journal of Comparative Law , Issue 2011,Vol.15.1.
- 11)Lord Justice MUSTILL, “the new lex mercatoria : Twenty five years”, in Liber Amicorum for the Rt, Hon . Lord Wilberforce, p.149.
- 12)Mukun SARADA, The doctrine of promissory estoppel, Orient journal of law and social sciences(amonthly journal), Volume IV, issue 9, P.K.Printing .Press and publications centre, Andhra pradesh ,INDIA , August 2010.
- 13)Nathan ROSCOE POUND, The administrative application of legal standard American bar Association Reports, vol.44,(1919), p.445-465. Uniform commercial code Américain (UCC) publié en 1952.

الفهرس

1 مقدمة

13 الباب الأول: تأصيل مبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير في القانون الدولي والمقارن.....

16 الفصل الأول: فكرة الإستوبل في القانون الأنجلوسكسوني

17 المبحث الأول: الاستوبل في القانون الإنجليزي هنا يقال كانت البداية

19 المطلب الأول: الإستوبل قاعدة محض انجليزية مستقاة من كلمة فرنسية

20 الفرع الأول: المقصود بمفردة الإستوبل

21 أولاً: تعريف الاستوبل في اللغة.

22 ثانياً: تعريف الإستوبل في الإصطلاح

25 الفرع الثاني: تعدد صور الإستوبل في القانون الإنجليزي

25 أولاً: الإستوبل البدائية في القانون الإنجليزي (les estoppels prémitifs)

26 1- الإستوبل التدويني أو الإستوبل بموجب السجل

27 2- الإستوبل بموجب السند أو العقد (Estoppel by deed)

28 3- الإستوبل في مسائل البلد Estoppel by matter in Paiis

29 ثانياً: الإستوبل المستجدة في قانون العدالة (Equity Law)

31 1- الإستوبل بموجب حكم قضائي (Estoppel by res Judicata)

44 2- الاستوبل بالتصوير أو الوصف (Estoppel by representation)

61 المطلب الثاني: قياس حجية الاستوبل

61 الفرع الأول: أوجه القاعدة المسلم بها

69 الفرع الثاني: أوجه النظرية التي لم تستقر بعد

72 أولاً: هل القاعدة ذات أثر واقف للحقوق؟

76 ثانياً: هل يتعين على الموعود له أن يتصرف لغير مصلحته؟

76 ثالثاً: بالنسبة للتسويات مع الدائنين هل يمتد الإستوبل إلى الوعد بقبول الوفاء الجزئي للدين؟

77 الفرع الثالث: أمودج الإستوبل الإنجليزية المطبقة في النظامين القانونيين الأمريكي والأسترالي

77 أولاً: النظام القانوني الأمريكي والإستوبل

84 ثانياً: النظام القانوني الأسترالي والإستوبل

87 المبحث الثاني: تدويل الإستوبل الأنجلوسكسونية

88 المطلب الأول: بزوغ نجم الإستوبل كمبدأ عام في القانون

92 الفرع الأول: المبدأ المانع (الإستوبل) في القانون الإتفاقي

- أولاً: استقرار الإستوبل في القانون الدولي كقاعدة عرفية عامة..... 93
- ثانياً: النص على عدم التناقض في الاتفاقيات ذات الصلة بالتجارة الدولية..... 96
- 1- التزام المتعاقد بعدم نقض ما تم من جهته ومبدأ حسن النية وأمانة التعامل..... 98
- 2- شروط التزام المتعاقد بعدم نقض ما تم من جهته..... 99
- 3- أثر إخلال المتعاقد بعدم نقض ما تم من جهته..... 102
- الفرع الثاني: الإستوبل في قضاء التحكيم التجاري الدولي (تعدد الأحكام وعدم توافق التفسيرات)..... 103
- أولاً: ارتقاء قاعد عدم التناقض أو الإستوبل إلى مصاف المبدأ العام في قانون التجارة الدولية..... 104
- ثانياً: عدم توحيد الاجتهاد التحكيمي بخصوص مفهوم وشروط أعمال الإستوبل..... 118
- المطلب الثاني: استدعاء الإستوبل في السياق الإجرائي لتسوية النزاعات التجارية الدولية..... 120
- الفرع الأول: تباين منحى أعمال الإستوبل أمام جهاز تسوية المنازعات عن المفهوم المتعارف عليه..... 122
- الفرع الثاني: تعقيدات الإجراءات النزاعية وأثرها على أعمال الإستوبل..... 128
- الفصل الثاني: استقبال الإستوبل كدريف لمبدأ عدم التناقض في القانون المدني..... 132
- المبحث الأول: موقف النظم اللاتينوجرمانية من الإستوبل..... 134
- المطلب الأول: استقبال متعثر للإستوبل في النظم اللاتينوجرمانية..... 135
- الفرع الأول: الإستوبل مفهوم غير قابل للاستزراع..... 135
- الفرع الثاني: الاكتفاء من الداخل..... 138
- أولاً: القانون الألماني..... 138
- ثانياً: القانون البلجيكي..... 143
- ثالثاً: القانون السويسري..... 145
- رابعاً: القانون الإيطالي..... 146
- المطلب الثاني: الإستوبل أو ما يعرف بمنع التناقض مع النفس إضراراً بالغير في القانون الفرنسي (قاعدة قيد التطور)..... 148
- الفرع الأول: حلول أخرى في القانون الفرنسي لمواجهة تناقض الشخص مع نفسه..... 149
- الفرع الثاني: قرار غولشاني واتجاه القضاء الفرنسي نحو تبني الإستوبل..... 158
- أولاً: اقرار الإستوبل في القضاء الفرنسي..... 158
- ثانياً: عن حقيقة ابتعاد المفهوم الفرنسي للإستوبل عن المفهوم الأنجلوسكسوني ثم اقترابه منه (بعد تعديل قانون التحكيم لسنة 2011)..... 162
- ثالثاً: تأكيد مجلس الدولة على رفضه المطلق لأعمال الإستوبل في المنازعات المالية..... 170

- المبحث الثاني: موقف التشريعات العربية(المتأثرة بالقانون المدني) من الإستوبل175
- المطلب الأول: مقارنة فكرة الإستوبل بثوبها القانوني العربي (استقبال أم عودة).....176
- الفرع الأول: النص صراحة على عدم التناقض في متن بعض التقنيات العربية176
- الفرع الثاني: الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي185
- أولاً: قاعدة من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.188
- ثانياً: قواعد فقهية أخرى تفيد بامتناع الجمع بين المتناقضين.....191
- 1- لا حجة مع التناقض ولكن لا يحتل معه حكم حاكم:191
- 2- الاجتهاد لا ينقض بمثله:192
- 3- اليقين لا يزول بالشك:192
- 4- قاعدة الساقط لا يعود:192
- 5- الأصل بقاء ما كان على ما كان:192
- 6- الأصل في الأمور العارضة العدم:193
- 7- قاعدة المرء مؤاخذ بإقراره:193
- المطلب الثاني: الوضع بالنسبة للنظامين القانونيين المصري و الجزائري.....193
- الفرع الأول: النظام القانوني المصري وقاعدة عدم التناقض193
- أولاً: موقف الفقه المصري194
- ثانياً: موقف المشرع المصري195
- ثالثاً: موقف القضاء المصري.197
- الفرع الثاني: النظام القانوني الجزائري وقاعدة عدم التناقض.....204
- أولاً: التطبيقات الضمنية لمبدأ عدم التناقض في القانون المدني الجزائري205
- 1- عدم جواز الادعاء بنقص أهلية الأجنبي كطرف متعاقد في التصرفات المالية المعقدة والمرتبة لآثارها في الجزائر.206
- 2- عدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون:206
- 3- عدم جواز الرجوع في الإيجاب المقترن بمدة محددة إلى غاية انتهاء الأجل208
- 4- السكوت الملابس209
- 5- عدم جواز العدول عن الوعد209
- 6- عدم جواز الرجوع في الإقرار:209
- 7- عدم جواز الاحتجاج ببطلان الشركة في مواجهة الغير (نظرية الشركة الفعلية):211

- 8- عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية: 212.....
- 9- ضمان عدم التعرض والاستحقاق في عقد البيع: 213.....
- 10- الالتزام بضمان الرهن بنوعيه: 215.....
- 11- عدم جواز المطالبة بحق المرور بسبب الانحباس الذي تسبب فيه مالك الأرض: 215.....
- ثانيا: التطبيقات الضمنية لمبدأ عدم التناقض في قانون الأسرة: 215.....
- 1- عدم جواز الرجوع في الإقرار بالبنوة: 216.....
- 2- عدم جواز الرجوع في الهبة: 216.....
- 3- عدم جواز الرجوع في الوقف: 217.....
- ثالثا: التطبيقات الضمنية لمبدأ عدم التناقض في قانون الإجراءات المدنية والإدارية: 218.....
- 1- قاعدة عدم التمسك بالبطلان لمن تسبب فيه: 219.....
- 2- حجية الأحكام وعدم جواز النظر في الدعوى لسبق الفصل فيها: 219.....
- 3- قاعدة عدم جواز الطعن في الحكم الذي قبله الخصم: 222.....
- رابعا: التطبيقات الضمنية لمبدأ عدم التناقض في القانون التجاري: 222.....
- 1- فكرة التجريد في الالتزام الصرفي: 223.....
- 2- حجية الدفاتر التجارية في الإثبات ضد التاجر: 225.....
- 3- مسؤولية الناقل عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة الناجمة عن عيوب التحزيم أو انعدامه: 225.....
- الباب الثاني: عدم التناقض مع الذات على حساب الغير مبدأ قانوني قائم بذاته: 227.....
- الفصل الأول: نحو تكريس مفهوم قانوني عام لمبدأ عدم التناقض في القانون الخاص: 228.....
- المبحث الأول: عدم التناقض في مصطلح المبدأ العام للقانون الخاص: 229.....
- المطلب الأول: عدم التناقض ضمن الضوابط والأصول الثابتة في القانون الخاص: 230.....
- الفرع الأول: عدم التناقض مع الذات على حساب الغير مبدأ أم قاعدة قانونية؟: 230.....
- أولا: المبدأ العام والقاعدة القانونية والقضائية والمعياري: 231.....
- ثانيا: ترجيح وصف المبدأ العام للقانون في القانون الخاص: 240.....
- الفرع الثاني: مبدأ عدم التناقض أو الاستتوبل من حيث الأساس: 250.....
- أولا: العدالة ومنع السلوك المنافي للضمير كأساس أخلاقي للمبدأ المانع أو الاستتوبل: 251.....
- 1- مبادئ العدالة كأساس أخلاقي للاستتوبل: 251.....
- 2- منع السلوك المنافي للضمير كأساس أخلاقي للمبدأ المانع أو الاستتوبل: 253.....
- ثانيا: الأساس القانوني للمبدأ المانع أو الاستتوبل: 254.....

- 254.....1- قاعدة الغش يفسد كل شيء
- 256.....2- مبدأ حسن النية
- 258.....3- الأمانة الإجرائية
- 260.....الفرع الثالث: مسوغات مبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير
- 263.....أولاً: نفي المبدأ في صورته المطلقة
- 266.....1- تعارض الإستتوبل الإجرائي والحق في التناقض:
- 269.....2- الإستتوبل قيد على دور الخصوم والقاضي في الخصومة
- 269.....3- تعارض الإستتوبل الإجرائي مع حسن سير العدالة وسرعة الفصل في القضية في آجال معقولة....
- 270.....4- لا حاجة للإستتوبل أمام توافر الوسائل القانونية التي أتاحتها القانون لرفع التناقض
- 271.....ثانياً: المبدأ عصي على الإنكار
- 274.....المطلب الثاني: إحقاق مبدأ عدم التناقض بحماية الثقة المشروعة ... الإلتباس مع مفاهيم أخرى
- 275.....الفرع الأول: علاقة المبدأ المانع بحماية الثقة المشروعة
- 280.....الفرع الثاني: الإلتباس مع مفاهيم أخرى (استقلالية فكرة عدم التناقض عن المفاهيم المجاورة)
- 280.....أولاً: الإستتوبل ومبدأ حسن النية
- 290.....ثانياً: الإستتوبل وفكرة التزول عن الحق
- 296.....ثالثاً: الإستتوبل والوضع الظاهر
- 301.....رابعاً: الإستتوبل والتعسف في استعمال الحق الإجرائي
- 305.....خامساً: نظرية السبب والالتزام الرئيسي في العقد
- 311.....المبحث الثاني: التناقض المشروع كاستثناء من المبدأ المانع
- 312.....المطلب الأول: التناقض المشروع في القانون الإجرائي
- 313.....الفرع الأول: على صعيد إجراءات الخصومة وإدارة أدلة الإثبات
- 314.....أولاً: التصرف في الخصومة المدنية بالإتهاء أو بالتعديل
- 316.....ثانياً: التناقض في الدليل
- 320.....الفرع الثاني: مرحلة الطعن القضائي
- 321.....أولاً: الطلبات الجديدة المقبولة أمام محاكم الدرجة الثانية
- ثانياً: الأسباب الجديدة (الوسائل الجديدة) التي يجوز إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا خروجاً عن
- 326.....الأصل
- 328.....1- الأسباب التي كانت مطروحة بطبيعتها على محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه ...

- 2- الأسباب التي لم يكن من الممكن التمسك بها أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه 329
- المطلب الثاني: التناقض المشروع في القانون الموضوعي 330
- الفرع الأول: المادة التعاقدية 330
- أولا: ترجيح حق التناقض على محاسبة الاخلال بالثقة المشروعة: 332
- 1- حماية المصلحة العامة 332
- 2- حماية المصالح الخاصة 336
- ثانيا: ترجيح الحق في التناقض على صون ثقة الغير 352
- 1- غموض الشكل 352
- 2- عدم يقين القواعد العامة (الوعد بالتفضيل) 358
- الفرع الثاني: التناقض المشروع في مادة الأحوال الشخصية 360
- أولا: العدول عن الخطبة 360
- ثانيا: الرجوع في بعض التبرعات 362
- ثالثا: التنازل عن الإرث والرجوع فيه القانون الفرنسي نموذجا 363
- الفرع الثالث: بعض تطبيقات التناقض المشروع في المادة التجارية 364
- أولا: التناقض المشروع في قانون الشركات التجارية 365
- 1- التناقضات المشروعة داخل الشركة 365
- 2- التناقضات المشروعة خارج الشركة 370
- ثانيا: التناقض المشروع في مادة الاجارات التجارية 372
- ثالثا: التناقض المشروع في أوامر البورصة 373
- الفصل الثاني: استقلالية مبدأ عدم التناقض من حيث نظامه وآثاره القانونية 376
- المبحث الأول: استقلالية مبدأ عدم التناقض أو الاستتوبل من حيث نظامه القانوني 377
- المطلب الأول: الطبيعة المزدوجة للاستتوبل 377
- الفرع الأول: الاستتوبل قاعدة إثبات أم قاعدة قانون موضوعي؟ (تصلح دفعا فقط أم كسبب للدعوى أيضا) 378
- الفرع الثاني: مدى اعتبار الاستتوبل دفعا موضوعيا أو إجرائيا أم دفع بعدم القبول 386
- المطلب الثاني: شروط أعمال الاستتوبل وموانع التطبيق 397
- الفرع الأول: شروط أعمال الاستتوبل 397
- أولا: وجود سلوك أولي سابق للطرف الأول واستمرار وجوده 397

- 400.....ثانيا: اتجاه الطرف الآخر إلى الاقتناع بحالة معينة واعتماده عليها
- 401.....ثالثا: وجود سلوك لاحق للطرف الأول يتعارض ولا يتوافق مع سلوكه السابق
- 408.....رابعا: الإضرار بالغير
- 411.....الفرع الثاني: موانع اعمال الإستوبل في القانون والفقہ الإسلامي
- 411.....أولا: موانع اعمال الاستوبل في القانون الوضعي
- 411.....1- الغش الإجرائي
- 412.....2- سوء النية الإجرائي
- 413.....3- النظام العام الإجرائي
- 414.....4- تدخل إرادة الخصم المتمسك بقاعدة الإستوبل
- 415.....ثانيا: موانع قاعدة عدم التناقض في الفقہ الإسلامي
- 416.....المبحث الثاني: استقلالية مبدأ عدم التناقض من حيث الجزاءات المرصودة
- 417.....المطلب الأول: الإستوبل كدفع (درع)
- 418.....الفرع الأول: الجزاءات الإجرائية الأصلية
- 419.....أولا: الجزاء فيما بين القضايا (inter-procés)
- 421.....ثانيا: الجزاء على مستوى القضية الواحدة Intra-procés
- 422.....الفرع الثاني: الجزاءات التكميلية
- 422.....أولا: التعويض
- 424.....ثانيا: الغرامة الإجرائية
- 425.....المطلب الثاني: الإستوبل كوسيلة هجومية (سيف)
- 432.....الفرع الأول: التنفيذ الجبري العيني
- 433.....أولا: إبرام عقد أو وعد جبرا في المرحلة السابقة على التعاقد
- 433.....1- موقف القانون الإنجليزي:
- 434.....2- موقف القانون الأسترالي
- 435.....3- موقف القانون الأمريكي
- 435.....4- موقف القانون الفرنسي
- 439.....ثانيا: التنفيذ الجبري للعقد القائم والإبقاء الجبري لوعده أو تصوير معين
- 440.....1- موقف القانون الإنجليزي
- 445.....2- موقف القانون الأمريكي

446	3- موقف القانون الفرنسي.....
449	الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل (التعويض)
449	أولاً: التعويض العيني
449	1- موقف القانون الإنجليزي.....
451	2- موقف القانون الأسترالي.....
451	3- موقف القانون الأمريكي.....
452	4- موقف القانون الفرنسي.....
452	ثانياً: التعويض النقدي.....
452	1- موقف النظم القانونية المقارنة من مسألة التعويض النقدي.....
459	2- طبيعة الأضرار المعوض عنها في التعويض النقدي
462	الخاتمة
467	الملاحق.....
491	قائمة المصادر والمراجع
526	الفهرس



ملخص:

مبدأ عدم التناقض مع الذات على حساب الغير فرضته العدالة وقواعد العقل والمنطق، وتناولته مختلف الأنظمة القانونية على امتداد الحقب الزمنية، وإن لم يتم هذا تناول بالشكل الذي هو عليه فيما يعرف بالإستوبل في القانون الأنجلوسكسوني، ويرمي إلى منع العصف بالثقة المشروعة للغير من خلال إغلاق الطريق عن الشخص في حال إتيانه بسلوك يناقض سلوكا سابقا كان قد اقترن بعلم الطرف الآخر ورتب عليه وضعاً قانونياً من الصعب الرجوع فيه أو كان بالإمكان الرجوع فيه إلا أنه يرتب ضرراً لهذا الأخير. والمبدأ بعد ذلك يسود التحكيم التجاري الدولي، ومن القضاء والتحكيم الدوليين، فإنه قد اكتسب وصف المبدأ العام للقانون، وقد أدخل تدريجياً إلى نظم القانون المدني لاسيما القانون الفرنسي، لكن حتماً ليس بخصائصه الأنجلوسكسونية، ويترجم في إحباط مسعى الخصم من الاستفادة من موقف يتناقض مع سابق مسلكه عندما يحدث هذا التغيير على حساب الغير. إنه يتعلق بآلية إغلاق حكمي تعمل بطريقة الدفع بعدم القبول .

الكلمات المفتاحية: تناقض مع النفس - إضرار - ثقة مشروعة - الغير - استوبل - قانون إجرائي - دفع بعدم القبول.

Résumé:

Le principe de non contradiction avec soi au détriment d'autrui a été imposé par la justice et les règles de la raison et de la logique, il a été traité par les divers systèmes juridiques au fil du temps, bien que ce traitement n'a pas été pris selon la forme connue sous le nom d'estoppel dans le droit anglo-saxon, elle vise à empêcher la trahison de la confiance légitime d'autrui en bloquant la route à une personne adoptant un comportement ultérieur qui contredit un comportement antérieur associé auparavant à la connaissance de l'autre partie qui a arrangé une situation juridique difficilement de revenir, ou il était possible d'y revenir, mais cela nuirait à ce dernier. Après cela, le principe prévaut dans l'arbitrage commercial international, et des tribunaux internationaux et d'arbitrage, il a acquis la description d'un principe général du droit, et s'est progressivement introduit dans les systèmes de droit civil, notamment le droit français, mais forcément pas avec ses caractéristiques anglo-saxonnes. Il se traduit par la prohibition pour le plaideur se prévaloir d'une position contraire à celle prise antérieurement, lorsque ce changement se produit au détriment du tiers. Il s'agit d'un mécanisme de blocage qui fonctionne à la manière d'une fin de non recevoir.

Mots clés: Contradiction avec soi - détriment - confiance légitime - autrui - estoppel - droit procédurale - fin de non recevoir.

Abstract:

The principle of non-contradiction with oneself to the detriment of others has been imposed by justice and the rules of reason and logic, it has been dealt with by the various legal systems over time, although this treatment has not been taken in the form known as estoppel in Anglo-Saxon law, and it aims to prevent the betrayal of the legitimate expectations of others by blocking the road to a person adopting a subsequent conduct that contradicts a previous conduct associated with the knowledge of the other party who arranged a difficult legal situation to return, or it was possible to return to it, but this would harm the latter. After that, the principle prevails in international commercial arbitration and from international tribunals and arbitration, it acquired the description of a general principle of law, and gradually entered the systems of civil law, especially French law, but not necessarily with its Anglo-Saxon characteristics, and it translates to thwart the litigant attempt to take advantage of a position that contradicts the previous conduct when this change occurs to the detriment of others. It concerns a blocking mechanism that's operates in the manner of plea of inadmissibility.

Keywords: Contradiction with oneself - detriment - legitimate expectations-others - estoppel - procedural law - plea of inadmissibility.