

إهداء

إلى مروح أبي الزكية الطاهرة،

إلى أمي العزيزة الغالية،

إلى نزوجتي هناء وأبنائي ياسمينه ومحمد ياسين وطه ومريم وملاك،

إلى أخواتي العزيزات ذكرى ودينة،

إلى أصدقائي وزملاء العمل،

إلى الصرح الشامخ ومنارة العلم جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس،

إلى الذين حملوا أقدم رسالة في الحياة إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة أساتذتنا الأفاضل.

إلى كل من ساندني في هذا المسيرة الدراسية،

إليكم جميعاً أهدي هذا العمل.





كلمة شكر

يطيب لي وأنا أكمل هذه الأطروحة أن أتقدم بعد حمد الله والثناء عليه، بالشكر الجزيل إلى كل من ساهم في إنجاز هذا البحث، وفي مقدمتهم الأستاذ الفاضل الحسن الملكي لقبوله الإشراف على هذه الأطروحة ومتابعة مراحلها.

كما أتقدم بخالص الشكر والامتنان للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة.

وإن واجب الوفاء يحتم علي كذلك أن أتقدم بالشكر والامتنان لأطر إدارة مركز دراسة الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس.



مقدمة:

كان إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ولا يزال مفهوما مثيرا للاهتمام، تعزى جاذبيته بالدرجة الأولى في اعتقاد الكثيرين إلى جانبه "السحري" الذي يجعل من الممكن العودة إلى الماضي واستعادة ما كان يفترض أنه ضاع وانتهى¹.

على أنه من الخطأ فهم العبارة على ظاهرها هذا، لأنها ستكون بسيطة وربما مبتذلة، فبالرغم من كونها من العبارات الداخلة في الملك العمومي والتي يجري استعمالها على كل لسان للتدليل على وسيلة لاسترجاع وحماية الحقوق والممتلكات، سواء كقاعدة موضوعية تعبر عن نوع من الجزاء القانوني المقرر لأوضاع معينة عندما يستعصي على القضاء إدراجها ضمن الجزاءات القانونية التقليدية كالعقوبة أو التعويض، أو كقاعدة شكلية توحى بوجود دعوى قضائية مخففة لا تستدعي توافر الشروط الصارمة المقررة لبعض الدعاوى القضائية كدعوى الاستحقاق أو دعاوى الحيازة، ومع ذلك، فإنه من الصعوبة بمكان ترجمتها إلى مضمون قانوني محدد.

لهذا قد يكون هناك ما يدعو إلى الاعتقاد بأن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لا تعدو كونها مفهوما إطاريا ذا مضمون غير محدد قصدا، على غرار المفاهيم الإطارية الأخرى التي يتضمنها القانون، ومعنى ذلك أن المشرع الواعي بعجزه وقصوره عن الإحاطة الكاملة بالتفاصيل التي يستدعيها بيان المقصود من إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لا يجد بدا من تفويض القضاء في الاضطلاع بهذه المهمة جريا على الخطة المتبعة في شأن النظام العام وحسن النية والأثر الرجعي، حيث يتعين على المحاكم تحديد المضمون الواقعي والملموس لهذه المؤسسة على ضوء الظروف الزمانية والمكانية المحيطة.

إلا أن إدخال إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه إلى حظيرة المفاهيم الإطارية وإخضاعها لذات حكمها ونظامها أمر مردود من ناحيتين، من حيث أن المشرع أوردتها في نصوص صريحة متعددة وفي مجالات قانونية مختلفة بنفس التسمية أو بألفاظ مشابهة، كما هو الشأن مثلا في الفصل 316 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه "يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانا عليها وقت نشأته، والالتزام كل منهما بأن يرد للآخر كل

¹- Bernard Bossu « La Remise En L'état en Droit du Travail », Thèse pour le Doctorat en Droit, Faculté des Sciences Juridiques Politiques et Sociales Université de Lille Ii, 1993, P1.

ما أخذه منه بمقتضى أو نتيجة العقد الذي تقرر إبطاله. وتطبق بشأن الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير حسني النية الأحكام الخاصة المقررة لمختلف العقود المسماة". والمادة 237 من مدونة الحقوق العينية التي ورد فيها "إذا قام أحد بإحداث أغراس أو بناءات أو منشآت عن سوء نية وبدون علم مالك العقار، فلهذا الأخير الحق إما في الاحتفاظ بها مع أداء قيمة المواد وإما إلزام محدثها بإزالتها على نفقته مع إرجاع حالة الأرض إلى ما كانت عليه قبل إحداث الأغراس أو البناء أو المنشآت". والمادة 21 من القانون رقم 95-53 المتعلق بإحداث المحاكم التجارية الذي جاء فيها "يمكن لرئيس المحكمة التجارية ضمن نفس النطاق- رغم وجود منازعة جدية- أن يأمر بكل التدابير التحفظية أو إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لدرء ضرر حال أو لوضع حد لاضطراب ثبت جلياً أنه غير مشروع". و المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية التي نصت "إذا تعلق الأمر بانتزاع حيازة بعد تنفيذ حكم، أن يأمر باتخاذ أي إجراء تحفظي يراه ملائماً لحماية الحيازة وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه". والمادة 80-1 من قانون التعمير بعد تعديله بالقانون رقم 12-66 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء التي نصت على أنه "دون الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها أعلاه، يجب على المحكمة، في حالة الإدانة أن تحكم، على نفقة المخالف، بهدم الأبنية، موضوع المخالفة، وبإعادة الحالة إلى ما كانت عليه".

ومن ناحية أخرى، تنم دراسة الاجتهاد القضائي في نطاق المفاهيم الإطارية على أن الأساس الذي تقوم عليه يكون دائماً هو معيار واحد وإنما الذي يتغير هو المجال المعين لإعمال هذا المعيار، أما في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وفق الصور الواردة في النصوص المومأ إليها أعلاه، فليس فيها مجرد فرق في الدرجة والمدى وإنما فارق في الطبيعة والجوهر.

الواقع من الأمر، أن أزمة مفهوم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ليست على بساطتها بل إنها على درجة كبيرة من التعقيد، خاصة في ظل غياب نصوص تشريعية تجمع القواعد الحاكمة لها في المادة المدنية، تسهل التقاط معانيها وتيسر إدراك مراميها، فالنصوص النافذة حالياً في الموضوع لم تتعرض صراحة لتحديد مفهومها، وهذا الفراغ التشريعي لا يتنافى والمنطق الذي يسود فقه وقضاء المدرسة الفرنسية التي تعتبر إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه إما أثر قانوني متولد عن بعض التصرفات والوقائع القانونية في سياق ما يعرف بالرد (La Restitution)، أو مظهر من مظاهر المسؤولية المدنية.

صحيح أن الإجماع منعقد منذ زمن بعيد على مستوى أساطين الفقه المدني الغربي² بكون إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في القانون المدني تحتويها مؤسستين قانونيتين هما الردو المسؤولية المدنية، إلا أن من الصحيح أيضا أن هذا التقرير الفقهي لا يحل المشكلة المتعلقة بالتساؤل عن مضمون هذه القاعدة، بل بالعكس يزيد من صعوبة الموضوع منهجا ومضمونا، بحيث قد يفرض على الباحث تناوله بشكل مزدوج على اعتبار أن الإشكاليات المتعلقة بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في سياق الرد تختلف عن إشكالياتها في نطاق المسؤولية المدنية من حيث المفهوم والنظام القانوني.

ومع ذلك فإن استقرار العمل القضائي والمذاهب الفقهية بشأن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في سياق المسؤولية المدنية هو نقاش لا يتجاوز في أقصى حدوده نطاق الإشكاليات التقليدية لفكرة التعويض، لأنه حتى بالنسبة للمنافحين على فكرة التعويض العيني كنموذج مثالي لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، يعتبرون أن هذا التمييز التقليدي بين التعويض العيني والتعويض بمقابل لا يضيف أي شيء لنظرية المسؤولية المدنية³، فتقرير التعويض عموما يعني تحقق الضرر إما بشكل كلي أو جزئي، وفي هذه الحالة يتعذر واقعا إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بالمفهوم النظري الذي قد يتصوره البعض، وبالتالي لا يهم طريقة هذا التعويض، فسواء تم بناء الجدار المهدم من طرف المسؤول عن التهدم نفسه أو بواسطة مقاوله عهد إليها الضحية القيام بذلك بمبالغ التعويضات التي تلقاها من المسؤول عن الضرر فالأمر سيان، المهم بالنسبة إلى هذا الاتجاه أن يشمل حساب التعويض مبلغ إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وأن يخصص هذا المبلغ المحكوم به لإصلاح ذات الضرر موضوع إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وهذا هو مفهوم إرجاع الحالة عن طريق التعويض في التشريعات البيئية الحديثة⁴.

وانطلاقا من الملاحظة السابقة، ومراعاة لكون التعويض عن الجرائم وأشباه الجرائم كمظهر من مظاهر إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، كان موضوع دراسات معمقة سابقة سواء في المغرب أو في القوانين المقارنة، كشفت براءة عن وسائله ووظيفته، على الرغم من اختلاف

²- Yves-Maria Serinet : «Les domaines respectifs de la remise en état par voie de restitution et réparation», études offertes à Geneviève Viney , L.G.D.J , LEXTENSO éditions, 2008, p869.

³-Cyril Bloch : «La cessation de l'illicite, recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle», Ed DALLOZ, Nouvelle Bibliothèque de Thèse, 2008, p130.

⁴ -Michel Prieu : «Droit de l'environnement», 8 éd, DALLOZ 2019, p1331.

التسمية، حيث يسميه البعض بالتعويض العيني ويسميه البعض الآخر برفع الضرر كما يسمى كذلك بوقف غير المشروع، وعلى الرغم كذلك من استمرار الجدل حول بعض جوانبه المسطرية بين القضاء المدني والقضاء الجنائي، فإن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه كتعويض أصبح الآن معروفا بالإجماع⁵، وعلى ذلك فإن هذا البحث لن يشملته بالدراسة وسيتم الاكتفاء هنا بمعالجة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد.

ويتمثل معنى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بواسطة الرد حسب الاستعمال الدارج في القانون المدني في إعادة ما أخذ من أداءات تنفيذاً للالتزام سابق تقرر عدم فعاليتها، سواء كانت هذه الأداءات أشياء أو مبالغ مالية أو خدمات⁶، وبغض النظر عن السبب المولد للالتزام بالرد، سواء كان عقداً أو شبه عقد أو بطلان تصرف أو فسخه.

لهذا كانت الدلالة التي تفيدها لفظة الرد في سياق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه غير منحصرة في مجرد الرد الناتج عن انحلال التصرفات القانونية كما تناولها الفقه والقضاء المغربيين، وإنما تشمل أيضاً سائر الحالات والوضعيات التي يقتضي فيها القانون إرجاع أداء معين وإعادة الشيء إلى حالته الأصلية وتسكين الأطراف في الوضعية القانونية السابق لتنفيذ هذا الأداء، وترتيباً على ذلك نص القانون المغربي في مواضيع كثيرة على حالات للرد، في نطاق العقود ومجال انحلال التصرفات القانونية وأشباه العقود وموضوع الحيابة، على الأرجح حيثما يكون هناك التزام و دائن ومدين يفترض وجود الرد.

⁵ - جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 19 يناير 2011، بأنه «بما أن الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه تبعا لإدانة المتهم من أجل جريمة انتزاع عقار من حيازة الغير قد أتى استجابة لطلب المتضرر المطالب بالحقوق المدني فإنه يدخل ضمن التعويضات المدنية المحكوم بها في إطار الدعوى المدنية التابعة، ولا يعد تدبيراً وقائياً أمرت به المحكمة الجنحية من تلقاء نفسها»، قرار عدد 109، ملف عدد 2010/6/6/9038، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى تطبيق القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية، سنة 2011، ص 22.

⁶ - تتجه التشريعات الحديثة إلى تجاوز فكرة الشيء محل الالتزام إلى فكرة أوسع هي الأداء محل الالتزام التي تشمل المحل ببعديه المادي المحسوس أولاً والبعيد المتعلق بالقيام بعمل والامتناع عن عمل ثانياً، ولعل هذا هو القصد من استخدام المشرع المدني الفرنسي الجديد لعبارة prestations بدلاً من الشيء المكون للمحل chose qui en est l'objet كونها تنطوي على فهم أكبر لمفهوم الالتزام المترتب على العقد، بحيث لا تتناول فكرة المحل بذاته وإنما فكرة الأداء التي يمكن أن يعبر عنها بأشكال مختلفة من حيث القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو الالتزام بإعطاء، ففكرة الأداء تعتبره مستوعبة لصورة الالتزام التي ينطوي عليها تعريف العقد في القانون المدني القديم بكونه «اتفاقية من خلالها يلتزم شخص أو أكثر أمام شخص بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل»، هذا التعريف الذي تم هجره في القانون المدني الجديد، لكونه لا ينطوي على تعريف العقد بقدر تعريف أنواع الالتزام المترتبة بموجب العقد، الذي عرفه القانون المدني الجديد بكونه «توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء التزام»، بحيث يبقى العقد يمثل جنس الالتزام والأداء يمثل نوع الالتزام. بشأن هذا الموضوع أنظر بصفة خاصة: محمد عرفان الخطيب «نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث، الثابت والمتغير، قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016»، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - العدد 1 - السنة السادسة - العدد التسلسلي 21 -، مارس 2018، ص 262.

صحيح أن فكرة الرد تفيد في دلالتها المبدئية الحالة التي تقتضي فيها رابطة قانونية قيام أحد أطرافها بإعادة ما تلقاه من أخطاء إلى الطرف الآخر، وأن الغاية منه إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وإعادة الوضع السابق بشكل شمولي Le retour au statu que ante، إلا أن الخلاف لا يلبث أن يستعير حين يراد استكناه مفهومه القانوني، ويرجع ذلك بالأساس إلى كون فرضياته وأشكاله متنوعة تتقاسمها مجالات مختلفة في القانون المدني يستحيل إرجاعها جميعاً إلى مصدر واحد وأساس قانوني واحد، فمثلاً عقد الوديعة ودفع غير المستحق يولدان دين بالرد، غير أن إعادة الشيء المودع ورد غير المستحق ينبثقان عن مؤسستين قانونيتين مختلفتين (العقد وشبه العقد).

وبالتالي فإن مضمون ونطاق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قد يختلف بحسب ما يقرره القانون في كل وضع على حدة، فالزام كل طرف برد ما تسلمه من الطرف الآخر وعلى الحالة التي تسلمها به يثير مشاكل عملية مستمدة من وجود الفارق الزمني عادة بين تاريخ التسليم وتاريخ الرد وما يترتب عنه سواء بالنسبة لأصل الأداء نفسه في حالة التلف أو الهلاك أو التفويت أو بالنسبة للثمار والفوائد وزيادة القيمة أو نقصانها والتي تسمى بحساب الرد، وكل هذه الأمور ترتبط بدورها من جهة باعتبارات موضوعية كنوعية الأداء محل الرد هل هو شيء من الأشياء المثلية أو القيمة أو هو مبلغ مالي أو أداء خدمة وبحسب نوع الالتزام هل هو التزام بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ومن جهة أخرى باعتبارات شخصية متعلقة بحسن أو سوء نية الأطراف.

لهذا فموضوع الرد في القانون يكتنفه نوع من التناقض، فالرد معروف في القانون إلا أنه غير مفهوم، فهل مفاد ذلك أن المقتضيات القانونية لما تبلغ إلى الآن الدرجة الكافية من الصقل والتطور لتحديد مضمون الرد؟ أم أن سبب القصور في فهمه مستمد من بنية هذه المؤسسة بفعل ارتباطها بمؤسسات قانونية أخرى مما أدى إلى تعدد المصادر والأسس القانونية واختلاف القواعد الناظمة باختلاف الفعل المولد؟

والملاحظ هنا أن بعض التشريعات قد نحت في تناولها لموضوع إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بواسطة الرد نحو أسلوب الصياغة العامة التي تضي عليه صفة القاعدة العامة التي يجب اعمالها في كل حالة يؤدي فيها عدم فعالية التصرف أو عدم قانونية واقعة الأداء المنفذ إلى رده، أيا كان مصدر هذا التصرف أو الواقعة واخضعها لنظام قانوني واحد مستمد من

فكرة الإثراء غير المبرر، ومن التشريعات التي تأخذ بأسلوب الصياغة العامة القانون المدني الألماني.

وعلى النقيض من ذلك نهجت بعض التشريعات الأخرى نهجا مغايرا باعتمادها لأسلوب الصياغة التشريعية الخاصة التي تقرر القاعدة وتؤكد عليها في خصوص كل حالة، وعلى الوجه الذي يتفق مع الحالة التي وردت بشأنها، وهذا هو الأسلوب الذي اعتمدته المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود المغربي.

وهناك اتجاه ثالث حاول الجمع بين الأسلوبين السابقين وهو القانون المدني الفرنسي في صياغته الجديد بموجب القانون رقم 131/2016، المؤرخ في 10 فبراير 2016، المتعارف عليه في الأوساط القانونية الفرنسية (بقانون إصلاح العقود والإثبات)، حيث حدد حالات خاصة ينطبق عليها مفهوم الرد وأخضعها لنظام موحد.

وعلى الرغم من اختلاف هذه الأنماط التشريعية، فالإشكال الرئيسي المشترك بينها يكمن في تأثير تعدد مصادر الرد على نظامه القانوني وعلى نطاق ومضمون إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بفعل غياب تعريف موحد ونظرية عامة لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في القانون المدني، وبعبارة أخرى فإن مناط النقاش القائم بخصوص الرد يتمحور حول تكريس استقلاليته عن المؤسسات القانونية المولدة له، من حيث المفهوم والأساس والنظام القانوني.

لهذا وعلى الرغم من المحاولات التشريعية والفقهية لتكريس هذه الاستقلالية بقي مفهوم إرجاع الحالة عن طريق الرد مرتعا للخلط على مستوى التعريف الذي علق به منذ العقود الأولى لميلاده في الفكر القانوني، من حيث رسم معالم الحدود بين ما يعتبر من قبيل الرد بالمعنى الفني للكلمة وما لا يعتبر كذلك، بحيث يتلخص جوهر الإشكالية هنا في المعيار الذي ينبغي اعتماده لهذا التحديد؟

من هنا كانت التفرقة بين الرد العادي والرد غير العادي استنادا إلى المصادر العادية وغير العادية للرد أحد الإسهامات الأساسية ليس فقط من حيث ضبط المفهوم ولكن كذلك لتمييز إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن باقي المؤسسات المشابهة.

كما أنه على مستوى الأساس القانوني لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه فإن الاتفاق أبعد ما يكون عن الانعقاد بشأنه، مما دفع الفقه المقارن في اتجاهات متعددة يصعب التوفيق بينها، وهكذا تم ربط الرد بدفع غير المستحق وبالإثراء بلا سبب وبالأثر الرجعي لانحلال التصرفات

القانونية، علاوة على ذلك فتواجد الرد في تقاطع مع مجموعة من المؤسسات القانونية كحق الملكية والمسؤولية المدنية جعل بعض من قواعده متأثرة بها.

من هنا فإن التساؤل الذي يطرح بالحاح يتعلق بالأساس القانوني لهذا الرد، لأن بحث هذا الأساس لا يخلو من الأهمية، فنطاق الرد قد يضيق أو يتسع وفقا للأساس الذي ينبنى عليه، كما أن تحديد هذا الأساس له آثار مسطرية على دعوى الرد.

وفضلا عن هذه الإشكاليات التي يثيرها مفهوم الرد وأساسه القانوني، هناك إشكاليات أخرى مرتبطة بنظامه القانوني، لأن تعدد مصادر الرد وأساسه وغموض مفهومه يتعارض مع إمكانية وضع نظام قانوني موحد لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بواسطة الرد، على اعتبار أنه يستدعي تدخل مجموعة من القواعد القانونية المستمدة من مؤسسات قانونية متباينة مثل الإبطال والفسخ ودفع غير المستحق والحيازة، ومع ذلك فإن هذا التعارض أو التباين يبقى سطحيا انطلاقا من أن حجر الزاوية في نظام إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في مختلف هذه الصور هو الأداء الأصلي الذي سبق تنفيذه، والذي يثير في حقيقة الأمر إشكالية أخرى ترتبط بمدى قدرة نظام الرد في تحقيق إرجاع الحالة بشكل يشمل ليس فقط هذا الأداء ولكن كل المنافع المتحصل عليها من طرف الملزم بالرد خلال الفترة الفاصلة بين التنفيذ وتقرير الرد ؟

في الحقيقة، إن هذه الإشكالية وغيرها إنما تنم عن مدى الأهمية التي يكتسبها موضوع هذه الدراسة، سواء من الناحية العملية أو النظرية. ومع ذلك فإن من الملاحظ أنه لم يحظ إلا نادرا بالبحث والتحليل، ليس في المغرب والبلاد العربية فحسب، وإنما في البلاد الأجنبية أيضا، مما حدا بالفقيه الفرنسي Philippe Malaurie للقول بأن "القانون المدني معقد وغير دقيق، ويزداد تعقیده في الحالات التي تقتضي استحضار الماضي، وهذا هو موضوع الرد، فالمحاسبة البسيطة تكون غير منصفة، بينما المحاسبة المنصفة تكون معقدة للغاية".

وعلى صعيد الاجتهاد القضائي يمكن القول-إجمالا- إنه على الرغم من الوفرة النسبية للأحكام القضائية المتصلة بهذا الموضوع في نطاق القانون المقارن، فإن هذه الأحكام هي أبعد ما تكون عن تأسيس مذهب منسجم ومتناسق للإجابة عن مختلف الإشكاليات التي تثيرها إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بواسطة الرد، مما جعل أكثرها يتعرض للنقد.

وما دامت الغاية من هذا البحث هي دراسة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، فإن الأمر يقتضي في البداية الكشف عن مفهومها القانوني في سياق النظرية العامة للالتزام، ثم بعد ذلك التطرق لدراسة كل من أساسها القانوني ونظامها.

لهذا، ستتم دراسة هذا الموضوع اعتماداً على منهج وصفي تحليلي قوامه رصد العوامل التاريخية والقانونية التي ساهمت في صياغة المفهوم الحالي لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في القانون المدني ومواطن القصور التي أبان عنها، مع محاولة تعميق البحث وإثرائه عن طريق المنهج المقارن من خلال التعرف على موقف التشريعات الأجنبية من عناصر هذا المفهوم مع قراءة للعمل القضائي المقارن في الموضوع، ثم التطرق بعد ذلك لأساسها القانوني من خلال رصد مختلف الأسس المعتمدة فقها وقضاء في الموضوع وكذلك التطرق لنظام الرد المعتمد في كل من القانون المغربي والقوانين المقارنة ومدى فعاليته في تحقيق التوازن بين الأطراف المعنية بالالتزام بالرد. وبناء على ما تقدم ستكون خطة البحث كالتالي:

الباب الأول: تأصيل مفهوم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد.

الباب الثاني: أساس إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ونظامها القانوني.

الباب الأول:

**تأصيل مفهوم إرجاع الحالة
إلى ما كانت عليه عن طريق الرد**

يخلص كثير من شراح القانون إلى أن الرد في القانون المدني له مجموعة من الصور والأشكال المتعددة تعكس تنوع الأسباب والمصادر المولدة له، مما يستحيل معه والحالة هذه استيعابه في مفهوم قانوني واحد واضح وصريح، فالرد مؤسسة متعددة الأشكال لها تمظهرات وتطبيقات كثيرة تتميز بعدم التجانس⁷، فقد يكون الالتزام بالرد من ضمن العناصر الأساسية لتعريف عقد مسمى كعقد الوديعة وعارية الاستعمال⁸، أو يشكل أحد الالتزامات الرئيسية في عقود أخرى كعقد القرض وعقد الإيجار والرهن الحيازي وبيع الثنيا، كما قد ينشأ عن حق عيني كحق الانتفاع، وقد يتولد الرد عن البطلان والإبطال والفسخ والإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق ودعوى ضمان عيوب المبيع والشرط الفاسخ.

وما يزيد من غموض هذا المفهوم عدم وجود تعريف للرد⁹، فقد صدرت القوانين المقارنة الوضعية القديمة أو الحديثة على حد سواء خالية من أي تعريف، ولا أدل على ذلك القانون المدني الفرنسي باعتباره أحدث تشريع وضعي نظم الرد، حيث جاء خاليا من أي تعريف¹⁰.

ولما كانت المصادر المولدة للرد ممعنة في التنوع واختلاف الطبيعة القانونية، أضحت مسألة استكناه المفهوم القانوني مشكلة في ذاتها تلقي بثقلها كاملا على نطاق القواعد القانونية المطبقة على هذا الالتزام، انطلاقا من أن مناط النقاش العلمي والاختلاف الفقهي الدائر حول الرد -على ظاهر ما قدره- يرجع في جانب كبير منه إلى البحث عن سبل لتوحيد نظامه القانوني ليشمل مختلف حالاته وفرضياته ابتغاء الاستقلالية في صلب القانون المدني¹¹، بدلا من اجتراره لمفاهيم وقواعد مستوحاة ومستمدة من مصادره المختلفة وتطبيقها على كل حالة منه على حدة، مما قد ينعكس سلبا على سلامة تطبيق القانون.

لهذا فلا تنحصر إشكالية مفهوم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد في مجرد بحث نظري عن تعريف قانوني لها والإلمام ببعض جوانب اللبس الذي علقت بالموضوع منذ العقود الأولى لميلادها في الفكر القانوني، بل تمتد كذلك إلى رسم معالم الحدود بين ما يعتبر

⁷ - Maria Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p23.

⁸- Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, Les obligations, 8^{éd}, Paris, L G D J, 2016, p 523.

⁹- Mélodie Combout : «Quasi-contrat et enrichissement injustifié», p 298.

¹⁰-Gaël Chantepie, Mathias Latina :« La réforme du droit des obligations», Dalloz, 2016, p892.

¹¹- Alssane Kante : «L'obligation de restitution dans les rapports privés en droit Sénégalais», Nouvelle annales Africaines, n1, 2010, p181.

من قبيل الرد بالمعنى الفني للكلمة وما لا يعتبر كذلك، بحيث يتلخص جوهر الإشكالية هنا في المعيار الذي ينبغي اعتماده لهذا التحديد، من هنا كانت التفرقة بين الرد العادي والرد غير العادي استناداً إلى المصادر العادية وغير العادية للرد أحد الإسهامات الأساسية ليس فقط من حيث ضبط المفهوم ولكن كذلك لتمييز إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن باقي المؤسسات المشابهة وبصفة خاصة التعويض ودعوى الاستحقاق، لكون جانباً هاماً من المشاكل العالقة بطبيعة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه إنما يجد مصدره في اجترار المفاهيم والمصطلحات المستعملة في نطاق مؤسستي التعويض والملكية والإصرار على اقحامهما في الرد.

وسيتم تناول وتفصيل ذلك في الفصلين التاليين:

الفصل الأول: الاستمداد التاريخي والقانوني لغموض فكرة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه

الفصل الثاني: تعدد المصادر محاولة التصنيف والتمييز.

الفصل الأول:

الاستمداد التاريخي والقانوني لغموض فكرة الرد

لاشك أن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد هي من الأصول المستقرة في النظم القانونية المقارنة، ومع التسليم بالمبدأ فإن اقراره في هذه القوانين يظهر في أنماط واشكال مختلفة، لهذا واعتبارا لميوعة المادة محل الدراسة يغدو من اوجب ضروريات البحث تحديد مدلولها، وعمّا إذا كانت هذه العبارة تعني شيئا واحدا بالنسبة لجميع فرضياتها.

نسارع إلى القول أن الرد على قدمه ظل ممتنعا دائما عن التحديد الدقيق، فليس له تعريف قانوني أو نظرية عامة،¹² بل فقط العديد من الإشارات المتفرقة والغير متجانسة في جل التشريعات، تهم بعض الوضعيات التعاقدية وغير التعاقدية، ولعل هذا الغموض في المفهوم يعزى بالأساس إلى جذوره التاريخية المستمدة من القانون الروماني الذي كان يعتبره إجراء استثنائيا بيد البريتور يقوم بأعماله عندما لا تسعف المساطر القانونية في تحقيق العدالة.

وعلى الرغم من التطور الحثيث لهذه المؤسسة خاصة على مستوى القوانين الأوربية، فلم يوفق الفقه والقضاء إلى تقرير جواب حاسم بشأن تعريف الرد في سياق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، بل إن مصير هذه المشكلة لم يختلف كثيرا عما كان عليه الوضع في التشريعات القديمة من حيث تضخم الآراء وتضاربها ومن حيث الالتباس الذي كان النقاش مرتعاه.

ويكمن الخطأ المنهجي الذي شاب جل الجهود النظرية والعملية على حد سواء في سبيل استكناه عناصر تعريف الرد في تلمس الحلول عن طريق القياس على المؤسسات المولدة للرد، ومع ذلك فإن ما يمكن استخلاصه من جل التعاريف المرصودة أنها لا تخرج عن مقاربتين، الأولى مقارنة ضيقة تعرف الرد بأنه مقابل أو عكس الأداء الأصلي كما ونوعا، والثانية مقارنة اقتصادية أكثر اتساعا تنظر للرد خارج العناصر المكونة للأداء الأصلي، وترى في الرد وسيلة لإعادة التوازن المالي الشامل بين الأطراف وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوث الفعل المولد، وذلك بمطاردة كل الآثار المادية التي تولدت عن تنفيذ الأداء سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة اعتمادا على مبدأ الرد الشامل.

لهذا يدل استقرار مؤسسة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بواسطة الرد من خلال الآراء الفقهية والقضائية والنصوص التشريعية إلى أن جانب من اللبس والغموض مفهوما يعزى

¹² - Philippe Malaurie :« Cours de droit civil-droit privé, sciences criminelles, les restitutions en droit civil», Paris, cours de droit, 1974-1975, p37.

أساساً إلى أسباب تاريخية (المبحث الأول)، وإلى أسباب قانونية تتعلق بعدم وجود تعريف موحد لها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: البعد التاريخي لإشكالية تعريف إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

لاشك أن الإحاطة الوافية بكافة جوانب إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد تتطلب دراسة تاريخية استقصائية للتطور العام للمؤسسات القانونية المولدة لها أو المرتبطة بها بشكل مباشر أو غير مباشر كل واحدة على حدة، فالرد في مفترق الطرق بين مؤسسات قانونية متعددة إنه "تحت التأثير"، إلا أن هذا مما يخرج بطبيعته وحجمه عن النطاق المرسوم لهذه الدراسة، فضلاً عن أن بضاعتنا مزجاة ونفتقر للعدة اللازمة والتأهيل الكافي للاضطلاع به.

ولما كان الأمر كذلك فإنه يبدو من المناسب الاكتفاء برصد نشأة وتطور هذه المؤسسة في القانون الروماني (المطلب الأول) ثم بعد ذلك عرض أهم محطات التطور التي شهدتها مفهوم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد في المدارس القانونية الأوروبية بصفة خاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في القانون الروماني.

ظلت فكرة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه حاضرة في القانون المدني من خلال مؤسسة الرد الضاربة بذورها في القدم، بحيث تم إعمالها في ظروف اختلفت بمرور الزمان، فإذا كان الفقه¹³ والقضاء¹⁴ الحديثين ينظران إلى الرد بكونه أثر قانوني متولد عن مؤسسات قانونية أخرى كالإبطال والفسخ ودفع غير المستحق، فإن الأمر لم يكن دائماً على هذا النحو بحيث تم استخدام هذا المفهوم لفترة طويلة للتدليل عن إمكانية وجود دعوى وليس للتعبير عن آثارها الموضوعية¹⁵.

¹³ - Xavier Henry et autres : «Code civil annoté», 119 édition, Dalloz, 2020 , p1866.

¹⁴ - Arrêt de la cour de cassation 3^e Civ, 22 Juillet 1992, n°90-18.667.

جاء في هذا القرار " لكن بالنظر إلى أن إرجاع الأشياء إلى الحالة التي كانت عليها قبل البيع هي نتيجة قانونية للفسخ، تكون محكمة الاستئناف قد عللت قرارها بشكل سليم عندما قضت بإعادة المشتري للمبالغ الكرائية التي تحصل عليها للبائع »

¹⁵ - Pascal Fréchette :«La restitution des prestations en Droit Québécois :fondaments et régime», Thèse Doctorat en droit, Université LAVAL, Québec, Canada, 2017, p25.

لهذا ففي مرحلة من تطور القانون الروماني لم يكن الرد مؤسسة قانونية في حد ذاتها وإنما اجراء مسطري استثنائي يتم اعماله لاعتبارات العدل والإنصاف عندما لا تسعف القواعد القانونية الموجودة البريتور في الوصول إلى حل مقبول يسمح لأحد الأطراف بتفادي الآثار القانونية لتصرف أو وضعية معينة من أجل إعادة تسكين اطراف هذا التصرف في وضعيتهم السابقة، وكان يسمى « Restitutio in integrum » الرد الشامل أو الكامل¹⁶، وهو من الأوامر التي يصدرها البريتور بما له من سلطة ولائية بعد فحص النزاع¹⁷ يقضي بموجبه لاعتبارات العدالة والإنصاف ابطال تصرف قانوني صحيح في الأصل ويعيد بالتالي الأطراف إلى الحالة السابقة، لهذا كان الرد وسيلة قضائية استثنائية مهمة للبريتور للتخفيف من صرامة الشكلية التي تميز القانون الروماني.

ومما يقتضي التنويه إليه هنا، أن جانب من الفقه جعل من مؤسسة الرد الشامل الرومانية أصل دعوى البطلان النسبي في القانون المدني¹⁸ انطلاقا من أن دعوى الإبطال تستوعب الالتزام بالرد بالضرورة، فبالنسبة إليهم دعوى الإبطال لا تروم مهاجمة التصرف في حد ذاته ولكن نتائجها القانونية والمادية على حد سواء دون تمييز، وقد كان لهذا الرأي الفقهي أثر لا ينكر في التشويش على فكرة الرد كمفهوم مستقل عن فعله المولد، بيد أنه في حقيقة الأمر فموضوع دعوى الرد هو إزالة الوضعية المادية التي خلفها تنفيذ عقد يعتريه عيب¹⁹، بينما محل دعوى الإبطال هو محو الوضعية القانونية الناشئة عن ابرام عقد مشوب بعيب من عيوب الرضا تقرر ابطاله لهذا السبب²⁰.

¹⁶ - لقد ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى القول بأنه لا ينبغي ترجمتها بالرد الكامل، لأن هذا التعبير غير مناسب ولا يعني شيء. Restitutio يقصد بها إعادة الأشياء إلى حالتها أو وضعيتها السابقة، بينما integrum تعني غير ملموس intact وبالتالي فالعبارة تعني أن الفعل لم يحدث والوضعية لم تنشأ، كل شيء يحدث كما لو كنا قد بقينا في الحالة السابقة وسيقوم البريتور بإتمام الإجراءات القانونية وكان شيء لم يحصل إطلاقا.

Jean-Phillippe Lévy et André Castaldo «Histoire du droit civil», 2^eédition, 2010, Dalloz, p22.

¹⁷ - عباس مبروك الغزيري: « تاريخ النظم القانونية والاجتماعية نشأة القانون وتطوره مع دراسة في النظرية العامة للالتزامات في القانون الروماني»، مدرسة فلسفة القانون بكلية الحقوق المنوفية، مصر، 2005، ص446.

¹⁸-Baudry et Lacantinerie et Barde :«Traité théorique et pratique de droit civil», 3^{ème} éd, 1908, p1966.

¹⁹-CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, común y foral, vol. 1-2, 15.^a ed., Reus, Madrid, 2007, pp. 866-869.

²⁰ - مرجع سابق:

Mélotie Combot : «Quasi-contrat et enrichissement injustifié», Thèse de Doctorat en droit privé, 2020, Université Paris II, Panthéon-Assas, p447.

وموازاة مع ذلك وفي ظل العصر الإمبراطوري كانت هناك مجموعة من الجرائم الخاصة تولد دعاوى جنائية، يلعب فيها الجاني دور المدين، بينما يلعب فيها الضحية دور الدائن، يترتب عنها الحكم بتعويض نقدي كعقوبة، بحيث كان يعاقب البريتور بعض الأفعال المشينة عن طريق دعوى الغش ودعوى الإكراه ودعوى السرقة حيث كان للضحية الحصول على غرامة نقدية تصل أحيانا إلى أربعة أضعاف الضرر (quadruple)²¹. وهذا الحكم كان يشمل حتى الإخلال بالوديعة (action furti) والعقود المتعلقة بالحيازة العرضية التي يمكنها أن تكون موضوع دعوى الاعتداء على مال الغير بقصد الإلتلاف (action damni injuria dati)، على أنه بتأثير فكرة الرد الشامل تمت الاستعاضة عن الغرامة بالحكم بإرجاع حالة الأشياء إلى ما كانت عليه.

وعلى الرغم من اتساع نطاق تطبيق الرد الكامل ليشمل الدعاوى الجنائية البريتورية، بقي الالتزام بالرد في جميع هذه الدعاوى احتياطيا لكون الجزاء كان دائما نقدا، فالقانون الروماني القديم كان يميز بين الدعاوى المدنية (réipersécutoires) التي يروم من خلالها الدائن فقط استعادة محل الدين أو قيمته، وبين الدعاوى الجنائية التي يروم من خلالها المجني عليه معاقبة الجاني من خلال الحكم له بغرامة عادة ما تكون بالضعف أو بثلاثة أو أربعة أمثال الضرر²²، على أن قانون الجرائم الخاصة عرف تطورا مهما في العصر الإمبراطوري تجلّى في زوال الطابع العقابي تدريجيا وانتفى التمييز بين الدعاوى الجنائية والدعاوى المدنية بحيث أمكن مثلا للمودع عنده تفادي عقوبة أربعة أضعاف عن طريق رد الشيء²³.

لهذا يبدو أن القانون الروماني كان يعرف نفس الصعوبات التي تواجهها القوانين الحديثة في تمييز دعاوى الرد الحقيقية عن الدعاوى الجنائية التي أصبحت دعاوى مدنية للتعويض، ولعل هذا الخلط بين دعاوى الرد الحقّة، ودعاوى المسؤولية ظل حاضرا على مستوى الفقه والقضاء²⁴، بحيث يذهب الكثيرون إلى الاعتقاد بأن دعوى الرد الشامل في القانون

²¹-مرجع سابق:

Maria Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, Editions Cujas, PARIS , p28.

²² - عمر ممدوح مصطفى: «القانون الروماني»، الجزء الثاني، الحقوق الشخصية أو الالتزامات، الطبعة الثانية 1954، مطبعة البصير الإسكندرية، ص16.

²³ - H.Roland et L.Boyer : «Locutions Latines du droit français», 4^eédition, Litec, 1998 , p435.

²⁴ - مرجع سابق:

الروماني «La restitutio in integrum» كانت في البداية دعوى تقصيرية تروم إعادة المتعاقد الضحية للإكراه أو التدليس لحالته الأصلية السابقة لحدوث الضرر، وهذا قبل بروز دعوى الإبطال المقرونة بالاسترداد المتلازمة²⁵.

من هنا فهذا التطور المتشابك بين المؤسستين سهل حدوث نوع من الانزلاق المفاهيمي والاصطلاحي، لاسيما أن الرد والتعويض قد يبدوان للوهلة الأولى خاضعين لفكرة العدالة التبادلية «justice commutative» التي تقتضي إعادة التوازن المتعثر سواء بفعل الضرر أو نتيجة لتنفيذ أداءات غير مستحقة، دائما يبقى الهدف هو إرجاع الحالة الأصلية إما عن طريق «إعادة الضحية إلى الوضعية التي كان عليها وكأن الضرر لم يحصل»²⁶، أو رد المتعاقدين إلى الوضعية المالية التي كانا عليها قبل إتمام العقد أو قبل تنفيذه²⁷.

وعلى هذا النحو يلاحظ أن تطور فكرة الرد الشامل في القانون الروماني تمت بشكل تدريجي وارتبطت بالتأقلم مع الحاجيات العملية²⁸، بحيث تم تجميعها في مدونة جستنيان من خلال ثمان حالات أساسية : - غبن القاصر- الغياب الذي يتسبب في فقدان حق الملكية- الغلط الإجرائي- التدليس- الإكراه- نقصان الأهلية- الاحتيال اتجاه الدائنين- التفويت المشوب بالتدليس أثناء مسطرة الاستحقاق²⁹.

هذه الحالات جميعها كانت تقوم على مبدأ الاستعادة الكاملة للحق ولكن دون تحديد طريقته أو شكله، فالمسألة هنا لا تتعلق بانحلال التصرف أو الأثر الرجعي باعتبارها مجازات

-Maria Malaurie :«Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, Editions Cujas, Paris , p41.

²⁵- Yves-Maria Serinet : «Le domaine respectifs de la remise en état par voie de restitution et réparation», études offertes à Geneviève Viney, L.G.D.J, LEXTENSO éditions, 2008, p868.

²⁶- Arrêt Cour de cassation , 3^{re}Civ, 02 Juin2004, N° 03-11.475, Recueil Dalloz, 13 mars 2005, n°10, p642.

²⁷- Sentencia del tribunal supremo Español, 11.2.2003, FD. 2.º (MP: Corbal Fernández, RJ 2003/1004).

« el artículo 1303 CC perseguiría una restitutio in integrum, a fin de que las partes recuperen la situación jurídica patrimonial existente antes del perfeccionamiento del contrato».

²⁸ - مرجع سابق:

Maria Malaurie :«Les restitutions en Droit Civil», Cujas, Paris, p8.

²⁹- مرجع سابق:

Pascal Fréchette :«La restitution des prestations en Droit Québécois »p28.

تم اللجوء إليها لاحقا في القانون المدني لتفسير بعض آثار الرد، لأن البريتور كان يولي الأهمية للآثار التلقائية والخاصة لتطبيق الدعاوى على بعض الحالات أكثر من اهتمامه ببناء نظرية لتنظيم مثل هذه الوضعيات³⁰.

لهذا، وعلى عكس القوانين الحديثة، فالرد الشامل في القانون الروماني لم يكن مجرد كلمة شائعة في الخطاب القانوني يمكن لرجل القانون أن يستخدمها بأي معنى يريد، فقد كان من المهم أن تظهر هذه الكلمة معرفة عدة مرات في مدونة جستينيان، فهذا التحديد كان مهما لأنه في جميع الأشكال النموذجية للرد المذكورة أعلاه فالمدونة لا تقدم تعريفا نهائيا وعماما يشمل جميع حالاته³¹.

والحقيقة أنه إذا كان مضمون الرد الشامل في الحالات السابقة حسب بعض الشراح يعني إعادة الشيء للمدعي مع كل ما كان يمكنه التحصل عليه منه (cum omni causa) ، إلا أنه يقتصر على حالة الأشياء اثناء رفع الدعوى إلى لحظة صدور الحكم دون الالتفات إلى الوضعية السابقة للدعوى، حيث يقول أحد فقهاء القانون الروماني paulo prudentissimo بأن الرد هو إعادة الشيء إلى المدعي فورا مع كل ما كان سيتحصل عليه من ثمار ومنافع قبل صدور الأحكام³².

لهذا فقد ذهب بعض الفقه إلى التأكيد على أن الرد الشامل في القانون الروماني هو إجراء استثنائي يقوم على فكرة العدالة والإنصاف يروم إعادة الوضعية السابق، إلا أنه بعيد عن مفهوم الرد في الوقت الحاضر³³.

لكن مع التطورات التي عرفها القانون الروماني تم تعميم صيغة الرد وفصلها على السند المسطري، بحيث أضحي الرد يعني تسليم الشيء مع كل توابعه وثماره وفوائده والمنافع المحصلة منه، وشمل دعوى الاستحقاق (Revendicatio) ودعوى دفع غير المستحق (condictio indebiti)، ودعوى ضمان العيوب (rédhibitoire) إضافة إلى بعض العقود

³⁰ - David Deroussin: «Histoire du droit des obligations», Économica, Paris, 2007, p547.

³¹-Angel Carrasco Perera: «Restitución de provechos», Anuario de derecho civil, Vol 40, n°4, Estudios Monograficos, 1987.

³² نفس المرجع: ص 1059.

³³ - مرجع سابق:

Maria Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», p27.

العينية التي تضمنت أشكال للرد خاصة في مادتي الهبة والقرض، وهي مساطر ذات شكليات معقدة ومتميزة³⁴، كما أنه لم يعد يقتصر نطاقه على إعادة رد الأشياء، وإنما شمل دعوى هدم البناء الجديد المقام في ملك الغير³⁵.

ورغم التحولات العميقة التي اقتضتها تطور المساطر والإجراءات القانونية، استمرت مؤسسة الرد حاضرة في القانون الكنيسي والقانون المدني، وبقيت محافظة على طابعها الاستثنائي وارتباطها بمبدأ الإنصاف وموضوع تنظيمات خاصة تشمل مجالات قانونية متنوعة كال عقود والاستحقاق والفسخ، وقد واكب هذا التنوع والاتساع بروز قواعد مسطرية من خلال أوامر ملكية تنظم مدة التقادم ورد الثمار والفوائد³⁶.

لكن مع ذلك ظل مضمون الرد يشوبه نوع من الغموض³⁷، فقد ذهب بعض شراح القانون خلال القرن الثالث عشر ميلادي أمثال Domingo de Soto إلى تعريف الرد بأنه إعادة الشيء مجددا إلى وضعه السابق وذلك بتوافر ثلاثة شروط، أولا أن يستند رد الشيء أو المال على وجود دين، ثانيا أن يكون هناك تناسب بين الشيء المسلم والشيء محل الرد، ثالثا أن الالتزام بالرد لا يقوم بالضرورة على وجود اعتداء ولا يشكل تعويضا أو مقابلا لضرر ناتج عن غصب المال.

بينما اعتبر Luis de Molina أن للرد ثلاثة معان، معنى واسع يقصد به جميع الحالات التي يقتضي فيها القانون تسليم الشيء للغير بما في ذلك الوفاء، ومعنى أقل اتساعا ويشمل جميع الفرضيات التي تتطلب إعادة تسليم شيء بعد مدة زمنية يتخللها وضع يد غير قانوني، على أنه إذا كان الشيء محل الرد متولد عن عقد فمن تاريخ مطل المدين، أما المفهوم الضيق فيستبعد جميع الحالات التي يتولد عنها التزام بتسليم أو نقل شيء بمقتضى عقد حتى في حالة المطل،

³⁴- Annie Bousiges : «Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat», Thèse Poitiers, dactyl, 1982, p5.

³⁵- مرجع سابق:

Angel Carrasco Perera: «Restitución de provechos», p1060.

³⁶ - مرجع سابق

Maria Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», p26.

³⁷-Lerasle et Als : «Encyclopédie méthodique, jurisprudence», Paris, Éditions Panckouche, 1791, p129.

وبالتالي تقتصر على الفرضيات التي يفقد فيها المالك الشيء لسبب غير مشروع، سواء بقي تحت يد الغاصب أو انتقل إلى الغير حسن النية. فالمفهوم الحقيقي للرد بالنسبة لهذا الكاتب هو استرجاع المال المغصوب عن طريق دعوى الاستحقاق في مواجهة الحائز، وبأن التعويض يشكل عنصر أساسي في هذا المفهوم³⁸.

وفي القرن التاسع عشر بقي الرد في نفس المنحى التطوري من حيث تعدد الحالات وتنوع القواعد الإجرائية ولكن مع الاحتفاظ بنفس سمات المؤسسة الأصلية المستمدة من القانون الروماني التي يطبعها الاستثناء ومبدأ الإنصاف، مما جعل تاريخ الرد يتميز بنوع من الاستقرار والاستمرارية³⁹، لكونه من جهة، يتماشى مع مبادئ المدرسة الطبيعية التي تقوم على فكرة إرجاع الحقوق إلى ما كانت قبل الضرر أو الانتهاك⁴⁰، ومن جهة أخرى لارتباط الرد بالمؤسستين الأكثر ثباتاً في القانون المدني هما الملكية والالتزام⁴¹.

المطلب الثاني: مفهوم إرجاع الحالة عن طريق الرد في القوانين المقارنة الحديثة.

تلقى القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 مؤسسة الرد على حالتها الأصلية المستمدة من القانون الروماني من حيث تعدد المصادر وتنوع القواعد، بحيث تضمن مجموعة من صور الرد منها أساساً، حالة الرد المتولد عن البطلان لنقص الأهلية (المادة 1312) و الإبطال للغبن (1674) ودفع غير المستحق (1376)، كما تمت الإشارة للرد في مجموعة من النصوص المتفرقة كالمادة 1630 المتعلقة بضمان الاستحقاق، والمادة 1659 بشأن بيع الثنيا، المواد 132-133 المتعلقة بعودة الغائب، المادة 588 بشأن حق الانتفاع، المادة 942 المتعلقة بالهبات، المادة 1900 المتعلقة بعقد القرض، والمادة 1924 المتعلقة بعقد العارية، على أن المادة 1183 الخاصة بالشرط الفاسخ هي الوحيدة التي تشير صراحة إلى فكرة استعادة الوضعية السابقة.

³⁸- مرجع سابق:

Angel Carrasco Perera: «Restitución de provechos», p1061.

³⁹- Betty Mercedes MARTINEZ-CARDENAS: « La Responsabilité Précontractuelle, Étude comparative des régimes colombien et français», Thèse de Doctorat 2013, Université Panthéon-Assas, p79.

⁴⁰- Marella Maria Rosaria : «Riparazione in forma specifica», CEDAM, Milan, 2009, p101.

⁴¹- مرجع سابق:

Maria Malaurie: «Les restitutions en Droit Civil», p27

بيد أنه إذا كانت فكرة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد متأصلة في التشريع الفرنسي، فإن القانون المدني لم يحدد الآثار الواجب تطبيقها على الحالات السابقة، باستثناء بعض القواعد المتعلقة بدفع غير المستحق التي تناولت طريقة الرد في هذه الحالة والتي كانت في الحقيقة مستمدة من تأثير آراء الفقيه الفرنسي (Domat) في سياق تصنيفه لمصادر الالتزام وتمييزه بين المصادر الإرادية وغير الإرادية حيث خصص فصل للحالات التي تولد التزاما برد الأشياء تناول فيه مجموعة من القواعد العامة المتعلقة برد الثمار والفوائد ومسألة هلاك الشيء⁴².

لهذا، على الرغم من ورود الرد في مواضيع كثيرة في القانون المدني الفرنسي فإنه لم يحظ بتنظيم خاص، بحيث كان ينظر إليه دائما كنتيجة تلقائية لبعض الوضعيات القانونية، ولكن مع بروز الأثر الرجعي للإبطال والفسخ خلال القرن التاسع عشر اثناء صياغة الفقه والقضاء لنظرية الإبطال أصبح الاهتمام بالرد كمفهوم مستقل⁴³، مما حدى بالقضاء إلى بلورة وخلق مجموعة من القواعد المستوحاة من مقتضيات دفع غير المستحق، وهذا يؤكد على أن القضاء هو المصدر الرئيسي لقانون الرد في فرنسا ويبرر تعدد الحلول القضائية التي وصلت حد التضارب⁴⁴.

وعلى صعيد الفقه الفرنسي، إلى عهد غير بعيد لم يثر موضوع الرد فضول الباحثين، إذ ان الاهتمام كان منصبا أساسا على دراسة المؤسسات المولدة للرد أو أسبابه وليس على آثاره، إلا أن هذه الوضعية ما لبثت أن تغيرت رأسا على عقب ابتداء من ثمانينيات القرن الماضي بعد صدور ثلاثة أطروحات جامعية في الموضوع كان لها الفضل في تسليط الضوء على الالتزام بالرد كموضوع قانوني مستقل⁴⁵.

⁴² - مرجع سابق:

Mélotie Combot :«Quasi-contrat et enrichissement injustifié», Thèse de doctorat en droit privé, 2020, Université Paris II, Panthéon-Assas, p47.

⁴³-A.Bousiges :«Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat», p13.

⁴⁴ -Kessler Guillaume :«Restitution en nature et indemnité de jouissance», JCP, 2004, I, 154, p.1419.

⁴⁵ - مرجع سابق:

Pascal Fréchette :«La restitution des prestations en Droit Québécois», p32.

الأولى سنة 1982، من طرف (Annie Bousiges)⁴⁶ التي تناولت بالتحليل العمل القضائي المؤطر لآثار إبطال وفسخ العقود، وخلصت إلى أن الرد هو آلية ضرورية لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عند انحلال العقود تقتضي التحديد الدقيق، وأن النموذج التقليدي للرد المبني على الأثر الرجعي لا يتوافق مع الواقع العملي لأن العودة إلى الوضع السابق على أساس الأثر الرجعي تعتبرها مجموعة من الصعوبات تجعلها غير متاحة واقعيًا، وبالتالي من أجل تجاوز الوقع النظري لفكرة الأثر الرجعي على الرد اقترحت الكاتبة منح هذا الالتزام طبيعة تعويضية⁴⁷.

وفي سنة 1991 أصدرت (Marie Malaurie)⁴⁸ أطروحة تحت عنوان الرد في القانون المدني، أكدت فيها على استحالة وضع نظرية عامة للرد في القانون المدني لتعدد الصور والأسباب المولدة لهذا الالتزام، على أن هناك بعض الأوضاع أو حالات الرد التي سمتها (بالرد غير العادي) يمكن جمعها وإخضاعها لنظام موحد، كما تناولت قواعد الرد العيني وحساب الرد بطريقة تقنية تحكمها فكرة التوازن المالي، وأن هذا المجال القانوني يقتضي نوع من التوقع والاستشراف طالما أنه موجه للماضي، واعتبرت الكاتبة أن حسن أو سوء نية الأطراف له دور محدود في إطار الرد بمقابل وأن نطاقه يختلف باختلاف الأسباب المولدة للرد.

أما الأطروحة الثالثة فهي للباحثة (Catherine Guelfucci-Thibierge)⁴⁹ نشرت سنة 1992، تناولت بالتحليل العلاقات بين إبطال العقد والمسؤولية، وميزت بين دعوى الإبطال التي تمس الآثار القانونية للعقد ودعوى الرد التي تتعلق بالآثار المادية للتصرف القانوني، وأن أساس الرد هو تنفيذ الأداء الأصلي، في حين أن تأثير المسؤولية على الرد يبقى جد محدود.

على أن القصد الحقيقي للكتاب المنوه بهم في تناول هذا الموضوع لم يكن ينصرف إلى تحديد مفهوم دقيق لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه نافيًا للجهالة، فهذا الأمر لم يكن متأثيًا،

⁴⁶ - مرجع سابق:

Annie Bousiges «Les restitution après annulation ou résolution d'un contrat», Thèse Poitiers, 1982.

⁴⁷ - نفس المرجع : ص 366.

⁴⁸ - مرجع سابق:

Maria Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, Editions Cujas, Paris.

⁴⁹ - مرجع سابق:

Mélotie Combet : «Quasi-contrat et enrichissement injustifié», p447

فهم يجمعون على صعوبة هذا التحديد بفعل اتساع نطاقه وتنوع صوره ومصادره، وإنما كانت غايتهم التدليل على الأهمية النظرية والعملية للرد في إطار النظرية العامة للالتزام.

ولعل هذه الدراسات الأكاديمية وتضارب الأحكام القضائية أملت ضرورة التدخل التشريعي في موضوع الالتزام بالرد في القانون المدني الفرنسي، وهو ما تحقق بموجب القانون رقم 131/2016، المؤرخ في 10 فبراير 2016، المتعارف عليه في الأوساط القانونية الفرنسية (بقانون إصلاح العقود والإثبات)، الذي تضمن بين ثنياه مقتضيات مؤطرة لنظام الرد أوردها في المواد من 1352 إلى 1352-9، وهي مقتضيات جديدة من حيث صياغتها الفنية وتجميعها لدعاوى الرد⁵⁰، ولكنها في نفس الوقت مثبتة ومعززة ولو بشكل نسبي لكثير من الحلول القضائية والآراء الفقهية التي أبانت الممارسة العملية على ضرورة تكريسها تشريعياً⁵¹.

ومن المفيد الإشارة هنا، إلى أن المشاريع الوطنية لإصلاح القانون المدني التي انبثقت عنها التعديلات الموماً إليها أعلاه في نطاق موضوع الرد كانت تقوم على مقاربتين مختلفتين⁵²، بحيث اقتصر مشروع (Catala) على تناول وتنظيم الالتزام بالرد في نطاق انحلال التصرفات القانونية، بينما ذهبت مسودة مشروع (Terré) إلى ربط الرد بدفع غير المستحق، لكن يبدو أن مقتضيات قانون 2016، لم تعتمد أياً من المقترحين، بل سلكت نظاماً مستقلاً للالتزام بالرد في القانون المدني، وبشكل أدق كما تشير (Julie Klien): «يبدو أن مشروع القانون قد تموقع في منتصف الطريق بين مقترحي Catala و Terré في محاولة لإيجاد حل وسط»⁵³.

على أن المشرع الفرنسي لم يكن الوحيد الذي سن مقتضيات موحدة للالتزام بالرد، بل سبق للقانون المدني لمقاطعة الكبك بكندا لسنة 1991 أن خصص قسم سماه «رد الأداءات» أورده في المواد من 1699 إلى 1707، التي تروم «وضع نظام متماسك ومتكامل لمختلف

⁵⁰ فوزي بن أحمد بالكناني: «نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل والقانون المدني القطري -دراسة مقارنة-»، المجلة الدولية للقانون، المجلد التاسع، العدد الثاني، دار النشر كلية قطر، 2020، ص48.

⁵¹ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénéde: «Droit Civil les Obligations», 12 édition, Dalloz, 2018, p1881.

⁵² - مرجع سابق:

Gaël Chantepie, Mathias Latina: «La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil», Dalloz, 2016, p893.

⁵³ Julie Klien: «Les restitutions», Observations et propositions de modifications, projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, d régime général et de la preuve des obligations, JCP G, supplément au n°21, 25 mai 2015, p74.

الوضعيات المشمولة برد الأداءات وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه»⁵⁴. بحيث عرضت المادة 1699 حالات الرد كما يلي: «يتحقق رد الأداءات في كل حالة يفرض فيها القانون على شخص إعادة ما تحصل عليه من أموال لشخص آخر، كان قد تلقاها بدون موجب أو نتيجة لغلط أو بمقتضى تصرف قانوني تقرر انحلاله بأثر رجعي أو في الحالة التي يصبح فيها تنفيذ الالتزام مستحيلا بسبب قوة قاهرة».

وفي نفس السياق، وليس بعيدا عن القانون الفرنسي⁵⁵، فإن القانون المدني الألماني (BGB) كان سباقا إلى تبني مقتضيات تشريعية متعلقة بشروط تنفيذ الالتزام بالرد وذلك تحت تأثير الآراء التي جادت بها قرائح فقهاء القانون الألماني أمثال الفقيه (Friedrich Carl Von Savigny) خلال القرن التاسع عشر، وبعده آراء كل من الفقيهين (Walter Wilburg) و (Ernst Von Caemmerer) في أواسط القرن العشرين، مما يؤكد أن موضوع الرد هو عنصر أساسي ومتأصل في قانون الالتزامات الألماني⁵⁶.

ومن المعلوم أن القانون الألماني يميز بين نوعين من التصرفات القانونية، التصرفات المنشئة للالتزام (les actes créateur) والتصرفات الناقلة للالتزام (les actes de disposition)، هذا التمييز الذي يشكل اللبنة الأولى لمبدأ الفصل والتجريد الذي يطبع القانون الألماني، فنقل ملكية عقار أو منقول في هذا القانون لا تتم عن طريق عقد البيع، فهذا العقد ليس له أثر ناقل وإنما فقط ينشئ التزامات، على اعتبار أن التصرفات الناقلة الواردة في الكتاب الثالث من القانون المدني (BGB) هي التي تنقل الملكية، ونتيجة لذلك فإبطال السند المنشئ للالتزام لا يؤدي بالضرورة إلى إبطال السند الناقل للملكية على الأقل من الناحية النظرية، وترتيباً على ذلك فإن رد المنقولات أو العقارات والحالة هاته يستوجب أعمال مسطرة خاصة تدعى (Leistungskondiktion) نصت عليها المادة 812 من القانون المدني الألماني، التي

⁵⁴ - مرجع سابق:

Pascal Fréchette: «La restitution des prestations en Droit Québécois » p9.

⁵⁵-R.David, C.Jauffer-Spinosi, M.Gore «Les grands système de droit comparains», 12 édition, précis Dalloz, 2016 ;p16.

يشير الكتاب إلى أن النظام القانوني الفرنسي والنظام الألماني ينتميان لنفس التقاليد القانونية ونفس العائلة الرومانية-الجرمانية.

⁵⁶ -Heinzmann Lisa : «L'étendue des restitutions en droit français et allemand. Exemples pratiques, en cas de détérioration, dégradation de la chose à restituer», Revue internationale de droit comparé, vol, 70 n°2, 2018, p309.

تؤسس رد الأداءات على فكرة الإثراء غير المبرر⁵⁷ (enrichissement injustifié)، المستمدة من آراء الفقيه الألماني (Savigny)، الذي قام بتصنيف مجموعة من الدعاوى الرومانية المسماة (condictiones) وجمعها تحت بند واحد هو الإثراء غير المبرر، كونها تروم جميعها حماية حق ملكية المدعي على حالته الأصلية قبل التفويت على غرار الحماية المقررة في نطاق دعوى الاستحقاق، وبالتالي حقه في رد ملكيته بفعل غياب مبرر قانوني لدى المدعي عليه.⁵⁸

وبصفة عامة فإن القانون الألماني يتناول أربع حالات يلتزم فيها الشخص الذي تسلم شيء على سبيل الأداء برده على الحالة التي كان عليها: أولاً الالتزام بالرد المتولد عن عدم وجود مبرر قانوني بناء على المادة 812 BGB، ثانياً الالتزام بالرد في حالة زوال السند القانوني المادتين 346 و 347 BGB، ثالثاً الالتزام بالرد نتيجة لعدم تحقق سبب الأداء المادة 816 BGB، رابعاً الالتزام بالرد في الحالة التي يكون فيها الأداء مخالفاً للأخلاق الحميدة الخاضعة للمادة 819⁵⁹ BGB، فهذه الحالات تنضوي جميعها تحت مسمى (Leistungskondiktion)، بينما هناك وضعيات أخرى تقتضي الرد تتعلق بالحالة التي يقوم فيها المدين بالمس بحقوق الدائن خارج نطاق العقد وذلك باستغلاله لوضعية محمية قانوناً دون إذنه، تسمى (Nichtleistungskondiktionen)⁶⁰.

والملاحظ هنا أن الإثراء غير المبرر لا ينطبق إلا على الرد المتولد عن إبطال العقود، بينما يخضع الرد الناتج عن الفسخ للقواعد العامة المتعلقة بالعقود، ويرجع هذا التمييز في اعتقاد البعض⁶¹ إلى وجود فرق بين نموذج الإثراء غير المبرر ونموذج الإثراء غير العادل ((enrichissement injuste))، النموذج الأول يفترض عدم وجود أي أساس قانوني للإثراء في حالة انحلال العقد بأثر رجعي بخلاف الأمر بالنسبة للحالات التي يفقد فيها العقد فعاليتها

⁵⁷ - مرجع سابق:

Mélotie Combol : «Quasi-contrat et enrichissement injustifié», p 55.

⁵⁸ - نفس المرجع، ص 56.

⁵⁹ - مرجع سابق:

Heinzmann Lisa : «L'étendue des restitutions en droit français et allemand», p310.

⁶⁰ - نفس المرجع : ص 312.

⁶¹ - مرجع سابق:

Mélotie Combol : «Quasi-contrat et enrichissement injustifié», p 122.

وآثاره في المستقبل فقط، أما بالنسبة للنموذج الثاني فإن التحليل لا ينصب على عدم وجود أساس قانوني وإنما على الطبيعة غير العادلة للإثراء.

والجدير بالذكر هنا، أن الاختلاف بين الرد في القانون الفرنسي والقانون الألماني يتجلى في كون الرد في فرنسا يتم بشكل تلقائي (ipso jure) بينما في القانون المدني الألماني يقتضي أعمال دعوى خاصة منصوص عليها في المواد من 812 إلى 819⁶².

وعلى صعيد آخر، وبالنسبة للأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية التي تستمد بذورها من التراث الإنجليزي، فإنها لا تدين في موضوع إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد وامتداده في أبعاده النظرية والعملية لأية تبعية للمصادر الرومانية وللقوانين المدنية نصا وروحا⁶³.

والملاحظ في هذا السياق أن تطور مفهوم الرد في هذا النظام القانوني ارتبط بشكل وثيق بتطور الإثراء بلا سبب كمصدر مستقل من مصادر الالتزام، وكأساس مشترك لبعض الدعاوى الموجبة للرد⁶⁴، على اعتبار أن المنطق السائد لدى رجال القانون الإنجليزي كان في الحقيقة قريب جدا من منطق الفكر القانوني الروماني القائم على الشكلية في التقاضي، فالغاية كانت تحديد المسطرة أو الدعوى المطبقة على الواقعة (Forms of action) وليس التفكير انطلاقا من فئات مجردة من مصادر الالتزام، فالدعاوى القضائية تتولد حسب الحاجة العملية، فلم تكن هناك إرادة في وضع تصنيف متناسق للدعاوى وفق مبادئ عامة.

وعليه فإن الرد كمفهوم قانوني لم يظهر في إنجلترا إلا في أواسط القرن العشرين من خلال تجميع مجموعة من السوابق القضائية التي تطورت على امتداد عدة قرون في سياقات قانونية متنوعة للغاية لا ترتبط بأساس أو مصدر قانوني واحد، وفي ظل مجموعة من الدعاوى القضائية أهمها (debt, account et indebitatus assumpsit).

⁶²-F.Ranieri :«Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit Allemand», in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles etudes de droit comparé, Université Catholique de louvain XXXII, sous direction Marcel fontaine et Genevieve Viney, ED.BRUYLANT, 2001, p 827 et s.

⁶³- مرجع سابق:

Pascal Fréchette:«La restitution des prestations en Droit Québécois », p36.

⁶⁴- مرجع سابق:

Angel Carrasco Perera: «Restitución de provechos, 1», p1064.

لهذا، إلى حدود القرن الثامن عشر كان هناك مصدرين للالتزام، العقد والمسؤولية المدنية، بحيث كانت الحالات التي توجب الرد تندرج في نطاق العقد على أساس مجاز قانوني بافتراض وجود وعد أو تعهد من المدين بالرد اتجاه الدائن، بحيث تم إخضاعها لدعوى (indebitatus assumpsit)، لكن خلال أواخر القرن التاسع عشر برزت فكرة أشباه العقود كمحاولة للانسلاخ عن نظام (Forms of action) وتأصيل لمصدر مستقل للالتزام يشمل تنظيم الحالات التي تخرج عن نطاق المصدرين السابقين العقد والمسؤولية، غير أن مرحلة أشباه العقود لم تدم طويلا في القانون الإنجليزي لكونها لم تلق قبولا لدى كثير من الفقه والقضاء الإنجليزي ناهيك عن ضيق نطاقها الذي يتعلق فقط برد المبالغ المالية، وبالتالي فقد تم في القرن العشرين الاستعاضة عنها بمفهوم أوسع هو قانون الرد (Law of restitution)⁶⁵، وذلك تأثرا بدراسة فقهية وقضائية أمريكية صادرة عن المعهد الأمريكي للقانون سنة 1937 تدعى (Restatement américain) التي حاولت جمع القواعد الرامية إلى الرد باعتباره وسيلة تهدف إلى إعادة المدعي إلى وضعيته السابقة سواء عن طريق تمكينه من استعادة الشيء أو من خلال منحه مبلغ مالي يمثل قيمة الشيء، فالرد لا يقتصر فقط على طلب رد مبالغ مالية كما هو الشأن بالنسبة لأشباه العقود، وإنما يجمع كل القواعد الموضوعية التي لا تستند إلى مسؤولية التقصيرية أو العقدية على أساس الإثراء بلا سبب، بمعنى فئة من الأسباب التي تعطي الحق لطرف في المطالبة القضائية من أجل استعادة المنافع والمصالح التي تلقاها منه طرف آخر بشكل غير مبرر سواء كانت أموال أو أشياء أو خدمات، وبغض النظر عن مصدر هذه القواعد سواء كانت مستمدة من السوابق القضائية للقانون العام (common law) أو من عمل محاكم الإنصاف (equity)⁶⁶.

على أن موضوع قانون الرد لم يحض باهتمام فقهي في بريطانيا إلا في الستينيات من القرن الماضي بعد صدور مؤلف تحت عنوان (The Law of Restitution) لكتابه (Goff. R, Jones.G) بتاريخ 1966، حيث تضمن هذا الكتاب محاولة جمع وتوحيد مختلف الحالات التي تقبل فيها المحاكم طلبات الرد من خلال التركيز على الأسباب المولدة لهذا الالتزام والتي تم تصنيفها إلى ثلاثة مجموعات، الأولى متعلقة بالصورة التي يكون فيها المدعي هو نفسه الذي سلم المدعي

⁶⁵- مرجع سابق:

Mélotie Combot : «Quasi-contrat et enrichissement injustifié», p97

⁶⁶- نفس المرجع، ص 99.

عليه الشيء أو المنفعة وتشمل جميع الحالات المتولدة عن الغلط و الإكراه أو الحاجة وكذلك حالة انحلال التصرفات، المجموعة الثانية تخص الحالات التي يتلقى فيها المدعى عليه الشيء أو المنفعة من طرف شخص ثالث وتتضمن الحلول العيني والاستحقاق، أما المجموعة الثالثة فمصدرها فعل غير مشروع من المدعى عليه تتميز بكونها بديلة أو اختيارية لأنها تتضمن فرضيات تقبل التسوية في سياق المسؤولية المدنية⁶⁷.

وإضافة إلى هذا الكتاب صدر مؤلف آخر بتاريخ 1985 كانت له مساهمة حاسمة في بناء هذا الفرع الجديد من القانون في بريطانيا تحت عنوان (An Introduction to the law of restitution) لكتابه (P.Birks) الذي عرض بشكل واضح ومبسط لقانون الرد وتمييزه عن قانون العقود والمسؤولية والحقوق العينية، كما قسم الرد إلى فئتين، الرد المؤسس على الإثراء غير المشروع بمفهومه الضيق (restitution by subtraction) والرد الذي يجد أساسه في خطأ المدعى عليه (restitution for wrongs)، حيث أكد على أن الرد والإثراء بدون سبب مفهومان مترادفين، فالأثر الوحيد للإثراء هو الرد، والمصدر الوحيد المولد للرد هو الإثراء بدون سبب⁶⁸.

لكن على الرغم من إيجابيات قانون الرد الذي جمع الحلول المقررة في العمل القضائي ومبادئ الإنصاف، وكرسه كمصدر مستقل للالتزام، فإنه لم يسلم من النقد، حيث يرى البعض أن الرد هو مجرد أثر قانوني لا يرقى إلى درجة مصادر الالتزام كالعقد والمسؤولية، وأن هذا الأمر قد كان مقبولا قبل صدور قرار مجلس اللوردات سنة 1991 في القضية المعروفة تحت إسم (Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd) التي تقرر من خلالها الاعتراف قضائيا بالإثراء بدون سبب (unjust enrichment) كمفهوم قانوني، وتبديد الغموض حول مضمونه الفضفاض الذي كان يحيل على فكرة العدالة والإنصاف، لهذا ابتداء من هذا التاريخ جاءت طبعات المؤلفات الفقهية الموما إليها أعلاه بعناوين جديدة تتوافق والتوجه الجديد للقانون الإنجليزي في تكريس الإثراء بدون سبب كمصدر للالتزام واعتبار الالتزام بالرد كأثر لهذا المصدر تتشاركه مصادر قانونية أخرى، فالطبعة الثانية من كتاب (P.Birks) الصادر سنة

⁶⁷- مرجع سابق:

Angel Carrasco Perera: «Restitución de provechos», p1063

⁶⁸- مرجع سابق:

Mélotie Combet : «Quasi-contrat et enrichissement injustifié», p99

2005 جاءت تحت عنوان (unjust enrichment)، كما عنون الكاتبين (Goff. R, Jones. G) الطبعة الثامنة من مؤلفيهما الصادر سنة 2011 باسم (The Law of Unjust Enrichment)⁶⁹.

وترتيباً على ما تقدم، أضحى التوجه الحديث في فصل الرد عن الإثراء بدون سبب مخيماً على الفقه البريطاني من خلال قبوله تأسيس الرد على مصادر أخرى غير الإثراء بدون سبب، ومن خلال تقريره تعريفين للالتزام بالرد، تعريف واسع يقصد به كل وسيلة من شأنها تمكين المدعي من استرجاع المزايا والأرباح، وتعريف ضيق يبقى الرد في كنف الإثراء بدون سبب في حالة الإثراء الحاصل نتيجة قيام المدعي مباشرة بنقل أو تفويت المنافع للمدعى عليه خارج نطاق العقد أو بفعل تصرف منحل.

والنتيجة الأساسية التي ينبغي الخلوص إليها، أن إشكالية الرد في القانون الإنجليزي تتعلق بالبحث عن أساس قانوني مشترك ومصدر جديد للالتزام لجمع شتات الحالات والدعاوى التي قرر فيها القضاء الإنجليزي وجوب الرد، بينما في الأنظمة القانونية المدنية يتموقع الرد في صلب جميع مصادر الالتزام والدعاوى القضائية المرتبطة به، فهو الذي يعين آثارها الخاصة⁷⁰.

⁶⁹- مرجع سابق:

Mélo die Combot :«Quasi-contrat et enrichissement injustifié», p 100.

⁷⁰- مرجع سابق:

Pascal Fréchette:«La restitution des prestations en Droit Québécois », p39.

المبحث الثاني: غياب تعريف موحد لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد.

من المتفق عليه بين أساطين فقه القانون المدني أن بحث المفهوم القانوني لمؤسسة قانونية ما يتأتى بالنظر إلى تعريفها من حيث المضمون و الغاية، ولا شك أن حصيلة البحث ترتبن بالاختيار الذي يقع على احد هذين العنصرين، ومن السائع القول أن الفقه الذي انبرى لتعريف الرد قد جانب الخيارين السابقين وأثر مسألة الشكل والوصف على حساب المضمون و الغاية، لهذا على الرغم من الصيغ المتعددة التي أفرغت فيها هذه التعاريف فإنها تتميز جميعها بطابع وصفي جعلها قاصرة للنفاد إلى قرار المسألة⁷¹.

فهناك من اعتبره "عقد مقلوب"⁷² أو "عقد تبادلي معكوس"⁷³ ومن وسمه بأنه "تصفية وضعية"⁷⁴ وبأنه "تنفيذ إلى الوراء"⁷⁵ أو "استعادة الحالة الواقعية والقانونية الأصلية"⁷⁶ أو أنه "إلزام بإعادة الشيء عن طريق منح مبلغ مالي يمثل قيمة هذا الشيء"⁷⁷، وهناك من عرف الرد بأنه "وسيلة لحماية الحقوق العينية عن طريق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه"⁷⁸، إلا ان جميع هذه الصيغ والتركيبات لا تكشف المضمون ولا تحدد الغاية والأثار⁷⁹.

⁷¹- Yves-Maria Serinet « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français » dans FONTAINE, M. et G. VINEY (dir.), Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé, Bruxelles, Paris, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 589.

⁷²- Gérard CORNU dans la préface à la thèse de M. MALAURIE, préc., note 4, p. 9.

⁷³- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette ; François Chénédé ; Les obligations, 14 éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 1882.

⁷⁴- Marie-Élisabeth ANDRÉ, Marie-Pierre DUMONT et Philippe GRIGNON, L'après-contrat, Éditions Francis Lefebvre, 2005, n° 63 et s., p. 64 et s.

⁷⁵-Louis JOSSERAND, Cours de droit positif français, t. 2 «Théorie générale des obligations – Les principaux contrats du droit civil, les sûretés », 3e éd., Paris, Sirey, 1939, n° 379, p. 209.

⁷⁶- Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, La formation du contrat, t. 2 « L'objet et la cause – Les nullités », coll. «Traité de droit civil », Paris, LGDJ, 2013, n° 2885 et s., p 1541.

⁷⁷- مرجع سابق:

Mélotie Combot : «Quasi-contrat et enrichissement injustifié», p497.

⁷⁸-Paloma Tapia Gutiérrez : «La reparación del daño en forma específica, El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado», éd DYKINSON, 2013, Madrid, p141.

⁷⁹- مرجع سابق:

Pascal Fréchette: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p2.

ويبدو أن صدى هذه التعاريف الوصفية وتعددتها قد امتد أيضا إلى أشهر قوامس المصطلحات القانونية الفرنسية، فقد عرف قاموس "Dalloz" المسمى (Lexique des termes juridique) الرد بصيغة الجمع (Restitutions) بأنه : «نتيجة لإبطال عقد أو فسخه أو الغائه أو اثر لدفع غير المستحق يتولد عن الأثر الرجعي لهذه الأنظمة. فكل شيء يجب إعادته إلى نفس الحالة وكأن العقد أو الدفع لم يحصل، ويسترد كل طرف الأداء الذي نفذه من الآخر»⁸⁰.

كما يدخل في هذا الاتجاه ما ورد في قاموس المصطلحات القانونية لجمعية هنري كابتان الذي وضع مجموعة من التعاريف تعكس تعدد المفاهيم واختلافها، فقد عرفه بأنه «تمكين المالك من استعادة ما أخذ منه بدون موجب» وعرفه كذلك بأنه «التزام بإرجاع الأشياء لأصحابها بعد حيازتها حيازة عرضية وقانونية» كما جاء فيه: «الرد هو إعادة الوضع إلى حالته نتيجة الإبطال»⁸¹. وجاء كذلك في القاموس القانوني "Paradigme" أن الرد في القانون المدني هو «دعوى تروم إعادة الشيء إلى صاحبه، مثل رد المستعير للشيء المستعار أو رد الشيء بعد إبطال تصرف»⁸².

وفي نفس السياق، يمكن إيراد ضمن نسق هذه التعاريف ما نصت عليه المادة 1699 من القانون المدني لمقاطعة الكيبك الكندية التي هي في الحقيقة تقتصر على وصف ظروف وحالات الرد أكثر من تحديدها لمعناه القانوني⁸³، فقد جاء فيها «يتحقق رد الأداءات في كل حالة يفرض فيها القانون على شخص إعادة ما تحصل عليه من أموال لشخص آخر، كان قد تلقاها بدون موجب أو نتيجة لغلط أو بمقتضى تصرف قانوني تقرر انحلاله بأثر رجعي أو في الحالة التي يصبح فيها تنفيذ الالتزام مستحيلا بسبب قوة قاهرة».

ومع ذلك، ينم تحليل هذه التعاريف على ضوء نطاق الرد في القانون المغربي والقوانين المقارنة وجود قدر من التقارب بينها يجعل من الممكن التعاطي مع تعريف الرد انطلاقا من مقاربتين، مقارنة ضيقة مستمدة من الأصل اللغوي لكلمة الرد وتعني ببساطة إعادة الشيء أو

⁸⁰-Serge Guinchard et Thierry Debard(dir) :« Lexique des termes juridique», 25^e 2017-2018, Ed DALLOZ, P1656.

⁸¹- Gérard. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 12e éd., P.U.F., 2018, p1943.

⁸²- Catherine Puigelier : «Dictionnaire Juridique» , collection Paradigme, ed Larcier, 2éd, 2015.

⁸³-مرجع سابق:

Pascal Fréchette: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p3.

الأداء، ينحصر مداها في كون الدائن بالالتزام بالرد يجب ألا يتلقى أكثر أو اقل مما قدمه، لأن إعادة اقرار وضعية قانونية عقب الفسخ أو الإبطال مثلا، هي في الحقيقة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل نشأة التصرف، ومن ثم يجب ألا ينطوي رد الحق لصاحبه على أي مكسب أو ربح، وهي مقارنة تستند إلى فكرة العدالة التبادلية التي تفرض تحقيق توازن بين الأداءات العكسية، وقد حظي هذا التعريف الضيق للرد من لدن القضاء المقارن بقدر كبير من الاحترام والصرامة في التطبيق لكونه في الحقيقة يعبر عن تبعية الرد للفعل المولد ويتنافى مع فكرة الاستقلال المفاهيمي (المطلب الأول).

ومع ذلك فإن تحقيق العدالة التبادلية كما دعا إليها المنافحون عن المفهوم الضيق للرد لا تنأت دائما دون إثارة إشكاليات دقيقة عند استمرار علاقة تعاقدية لفترة معينة قبل انحلالها، بحيث يكتسب الوضع الذي نشأ بموجب العقد أبعادا أخرى تجعله مختلفا عن حالته الأصلية مما يقتضي تصحيح التعديلات التي طرأت على وعاء الأداءات موضوع الرد، ومن هنا برزت مقارنة ذات مظهر اقتصادي أكثر اتساعا من سابقتها تجعل من الرد وسيلة لإرجاع الحالة للأطراف بشكل شمولي تتضمن كل المزايا والقيم المالية المتحصل عليه جراء تنفيذ أداء تقرر عدم فعاليتها القانونية، وبالتالي فإنه اتجاه نحو استقلالية الرد عن فعله المولد وربطه بعناصر واعتبارات خارج الأداء الأصلي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف الضيق لإرجاع الحالة على ما كانت عليه عن طريق الرد.

انطلاقاً من هذه المقاربة فالالتزام بالرد هو مقابل لتسليم الشيء⁸⁴، يتعلق الأمر بالنسبة للمدين بتسليم عكسي للأداءات الأصلية التي تلقاها⁸⁵، ناتج عن غياب الأثر الناقل للملكية للتصرفات القانونية سواء بفعل طبيعة العقد نفسه أو بسبب انحلالها، فالعقود المولدة لهذا الالتزام تمنح فقط سلطة عرضية أو مؤقتة على الشيء، ومن هنا تقتصر وظيفة الالتزام بالرد على استعادة الدائن لسلطته الكاملة على الشيء⁸⁶، مما يعني أن مفهوم التسليم هنا لا يتعلق بالنقل المادي للشيء وإنما هو اتجاه إرادة الأطراف إلى نقل الحيازة المؤقتة مع التزام المتسلم بالرد في الأجل المحدد⁸⁷، فسبب الالتزام بالرد يكمن في حق الطرف الدائن على الشيء وشرط هذا الالتزام هو تسلم المدين لهذا الشيء⁸⁸.

ولعل أهم الشواهد القضائية التي توضح مركزية التسليم كسبب للرد بمفهومه السابق، ما ورد في القرار الصادر عن المحكمة العليا الإسبانية بتاريخ 30 أبريل 2013، حيث قضت بأنه: «قد يترتب على الفسخ آثار ذات طبيعة استردادية لا ترتبط مباشرة بعدم الفعالية الوظيفية للعقد، وإنما ناتجة عن الالتزام بتسليم الشيء الذي أضحت حيازته بدون موجب بعد انحلال السند المبرر لها، مما يترتب عنه بالضرورة رده وتسوية وضعية الحيازة بمقتضى المواد من 451 إلى 45 من القانون المدني»⁸⁹.

لهذا فالفقه عادة يتناول هذا المنظور الضيق للرد في سياق دراسة العقود العينية كعقد الوديعة وعارية الاستعمال والقرض⁹⁰، فيذهب بعضهم إلى القول بأن مفهوم العقد العيني هو

⁸⁴-Sophie Pellet : « Les restitutions : est si le dogmatisme avait du bon ? », La semaine juridique, édition general, n°24, 13 juin 2016, p1171.

⁸⁵-Marc Mignot : « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », gazette du palais n°096, mai 2016, p.6s.

⁸⁶- Johann Le Bourg : « La remise de la chose - essai d'analyse à partir du droit des contrats », THÈSE Pour obtenir le grade de DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE, 2010, p105.

⁸⁷- Alexis Posez : « L'inexistence du contrat un autre regard sur sa formation », Thèse pour le Doctorat en droit privé, 2010, Université Panthéon-Assas, p554.

⁸⁸- F. GRUA, « Le prêt d'argent consensuel », D. 2003, chr., n° 13, p. 1495.

⁸⁹- Sentencia tribunal supremo sala 1ª de lo civil, n°275/2013, fecha 30/4/2013, VLEX información Jurídica inteligente (www.vlex.es).

⁹⁰- مرجع سابق:

المقابل أو النتيجة الطبيعية لتعلق الالتزام بالرد بالشيء المقبوض⁹¹، ومن ثم فإن المنطق السليم يقتضي بأن الشيء الذي لم يتم تسلمه لا يمكن رده⁹²، وفي هذا المعنى جاء في المادة 1125-1 من مسودة مشروع Catala بشأن تعديل القانون المدني الفرنسي أن: «سبب الالتزام برد الشيء أو مبلغ مالي هو تسلمه من الطرف المدين»⁹³، وهذا بعينه ما أكدته القضاء الفرنسي في بعض قراراته⁹⁴.

بيد أن هذه المقاربة الضيقة للرد لا تقتصر على العقود العينية وإنما تشمل كذلك العقود الرضائية⁹⁵، فمناط الالتزام بالرد فيها كذلك هو التسليم، استناد إلى معيار التبادلية الذي بدوره يمنح الالتزام الناتج عن هذه العقود نوع من الطبيعة العينية⁹⁶، فكما يلاحظ بعض الباحثين "لا يعتبر عقد الكراء عقدا عينيا، وإنما هو عقد رضائي، ومع ذلك إن لم يسلم المؤجر الشيء للمستأجر فليس عليه رده"⁹⁷، وفي هذا المعنى جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 يونيو 2008، بأن «القرض المقدم من مؤسسة ائتمانية لا يعد عقدا عينيا، ومع ذلك فإن أساس التزام المقرض بالرد هو تسلم القرض»⁹⁸، لذلك فإن التزام

Johann Le Bourg : « La remise de la chose - essai d'analyse à partir du droit des contrats », Thèse, p106.

91- J. SAINTE-ROSE : « Le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel », JCP 2000, II, 10296, p. 753.

92- G. ROUHETTE : « Contribution à l'étude critique de la notion de contrat » Thèse, Paris, 1965, n° 147, p. 467.

93- AVANT-PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil) Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice 22 Septembre 2005.

94- Cass. civ. 1ère, 16 février 1999, Bull. civ. I, n°55 ; D. 1999, IR., p. 76.

جاء فيه: «حيث إن سبب التزام المقرض بالرد يكمن في تسلمه الأموال المقرضة».

95- مرجع سابق:

Johann Le Bourg : « La remise de la chose - essai d'analyse à partir du droit des contrats », THÈSE, p107.

96- Antonio Ismael Ruiz Arranz : « Frutos en la restitución contractual y normas posesorias: Un debate a zanjar 1 », en Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos, Eitorial Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p 305.

97 - B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Droit civil – obligations, contrat, Litec, 5e éd., 1995, p219.

98- Cass. civ. 1ère, 19 juin 2008, JCP 2008, II, 10150, note A. CONSTANTIN.

المقتضى بالرد والحالة هذه ناجم عن قيام المقرض بتحويل مبلغ القرض، فالتسليم سواء كان عنصرا لتكوين العقد او مجرد التزام، فإنه يشكل دائما سببا للرد.

ويتربى على هذا التصور أن الغرض من الرد هو إعادة الأداءات المنفذة بمقتضى العقد كما وكيفاً، فهو بهذا المعنى ليس آلية لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بشكل كامل⁹⁹ وإنما مجرد التزام أو كما يصفه البعض «عقد ملزم لجانبين معكوس»¹⁰⁰، ويعلق الأستاذ Lagarde على هذا الوصف أو التشبيه «استناداً إلى هذه الصورة المجازية لفكرة العقد المقلوب، فالرد لا يتعلق بالربح والخسارة المتولدين عن تنفيذ العقد، ومن ثم فإنه لا يسمح في الحقيقة بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إتمام العقد»¹⁰¹.

فهذا التعريف يستبعد البحث في المنافع والمزايا المتحصل عليها من أحد الأطراف خلال الفترة الفاصلة بين التنفيذ والرد، وإنما يقتصر إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه على فكرة الأداءات العكسية¹⁰² des contre-prestations، بحيث لا يمكن للطرفين المتعاقدين التخلص من التزاماتهما بالرد إلا بإعادة ما تلقياه مباشرة بمقتضى العقد، وبالتالي فإن مناط الرد وفق هذا المفهوم هو العقد نفسه أو الالتزامات المتولدة عن هذا العقد والتي تحدد الأداءات المتبادلة¹⁰³.

ولم تتردد محكمة النقض الفرنسية في تبني هذا التعريف الضيق للرد رغم ما قد يخلفه من عدم التوازن المالي للذمم المالية المتقابلة، ففي قرارها الصادر بتاريخ 19 فبراير 2014 اعتبرت المحكمة أن الحكم بفسخ عقد بيع سيارة على الرغم من استعمالها من طرف المشتري لأكثر من أربع سنوات ولمسافة تتجاوز 105,000.00 كيلومتر لا يرتب بناء على القواعد العامة

⁹⁹- Sophie Pellet :«Restitutions consécutives à la résolution :à quoi bon ?», Recueil Dalloz, 13 mars 2014, n°10, p644.

¹⁰⁰-J. CARBONNIER« Droit civil, T. II, Les biens, les obligations», PUF, coll. Droit fondamental, 2004, n°1022.

¹⁰¹- M.Lagarde :«Retour sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat», JCP2012, Doctrine 504, n°2.

¹⁰² - Farah Safi :«Les restitutions consécutives á la nullité du contrat : rétablir ou corriger ?», Recueil Dalloz, 02 juin 2016, n°20, p1181.

¹⁰³- Danièle Meledo-Briand : «A propos des restitutions» , Revue Judiciaire de l'Ouest, 1984-2, p43.

للاللتزام بالرد الحق في التعويض عن الاستعمال لفائدة البائعة شركة مرسيديس، وإنما يبقى للمشتري الحق في استعادة مبلغ الشراء كاملاً¹⁰⁴.

وفي قرار آخر صادر عن نفس المحكمة وفي نفس التاريخ بخصوص فسخ عقد بيع حصان بعد اكتشاف إصابته، رفضت المحكمة طلب المشتري استرداد المصاريف التي انفقها على رعاية الحصان خلال الفترة الفاصلة بين البيع والرد¹⁰⁵.

وفي نفس المنحى جاء في قرارها الصادر بتاريخ 10 دجنبر 2014 بأنه في الالتزام بالرد المتولد عن إبطال عقد «يجب اعتبار فقط الأدعاءات المقدمة من الطرفين بمناسبة تنفيذ العقد دون مراعاة الأرباح المحصل عليها من أحد الأطراف»¹⁰⁶، وبالتالي إذا استفاد أحد الأطراف من تنفيذ عقد قابل للإبطال فلا يمكن للطرف الآخر استعادة هذا الإثراء، فالرد بهذا المعنى لا يهدف إلى مصادرة المزايا والأرباح المحصل عليها بمقتضى تنفيذ عقد تقرر إبطاله¹⁰⁷.

كما تأكد هذا التوجه في قرار آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 03 دجنبر 2015، بخصوص الرد الناتج عن إبطال عقد كراء وتسيير أصل تجاري لمقهى وحانة، تتلخص وقائعه في قيام زوجين بإبرام عقد كراء وتسيير لأصل تجاري لفائدة سيدة لمدة ثلاثة سنوات، في نهاية هذه المدة وجها الزوجين انذار لاستعادة الأصل التجاري، تعرضت المكترية على الإنذار وطلبت إبطال عقد التسيير، حيث قضت محكمة الاستئناف Nîmes بأنه على المكترية المسيرة « أن ترد الأرباح التي تحصلت عليها من عقد التسيير في شكل تعويض عن الاستغلال أو وضع اليد يعادل مبلغ الكراء»، إلا أن محكمة النقض كان لها رأي آخر بنقضها للقرار الاستئنافي بناء على المادة 1304 من القانون المدني واستنادا إلى الأثر الرجعي للإبطال، فبعد أن أكدت على أن « الإبطال يقتضي زوال العقد بأثر رجعي وبالتالي إرجاع الأطراف إلى الوضعية السابقة»، خلصت في النهاية إلى أن الإبطال « يستبعد إمكانية حصول المؤجر على

¹⁰⁴-Cour de cassation , 1^{re}Civ, 19 février 2014, N° 12-15.520, Recueil Dalloz, 13 mars 2014, n°10, p642.

¹⁰⁵- Cour de cassation , 1^{re}Civ, 19 février 2014, N°12-13.668 , Recueil Dalloz, 13 mars 2014, n°10, p642.

¹⁰⁶- Cour de cassation , 1^{re}Civ, 10 décembre 2014, N°13-23.903 , RDC, 2015, n°25, p230 , obs. Y.-M. Laithier.

¹⁰⁷ - Hugo Barbier :« La théorie des restitutions en bonne forme! Préservée de l'enrichissement sans cause et de la concentration des moyens», RTD Civ. 2015, p.869.

تعويض عن النفع الذي عاد على المستأجر من استغلاله لأصل تجاري لم يكن يملكه»¹⁰⁸. وتكمن خصوصية هذا القرار في رأي الباحثين¹⁰⁹ بأنه يتعلق بعقد كراء وتسيير لأصل تجاري وهو عقد كراء في نهاية المطاف، مما يعني أن وعاء الرد فيه ينصب على الالتزامات المتبادلة المنفذة بين الأطراف أي الانتفاع مقابل الأجر، فالمكثري يلتزم برد مبالغ الكراء التي تسلمها والمستأجر يلتزم برد مقابل أو قيمة الانتفاع بالشيء، يتعلق الأمر فقط بإعمال المنطق العادي للرد الذي يقتضي أن إبطال عقد الكراء يترتب رد مقابل الانتفاع بالأصل التجاري، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 8 يوليو 2015 الذي جاء فيه «الطرف الذي لم يتمكن من رد أداء تحصل عليه من الطرف الآخر-الرد العيني-، كالانتفاع بكراء عقار، يكون ملزم بدفع تعويض عن شغل و وضع اليد على العقار indemnité d'occupation»¹¹⁰.

صحيح أن قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 03 دجنبر 2015، ضيق من نطاق الرد المترتب عن إبطال عقد تسيير وكراء أصل تجاري باستبعاده منح مقابل للانتفاع لفائدة الفريق المكثري في حين تم الحكم للمكثرية بحق استرداد مبالغ الكراء المدفوعة، وهو موقف لا يستقيم ومبدأ الرد الشامل، غير أن السبب في ذلك كما يبدو من مراجعة حيثيات قرار محكمة الاستئناف Nîmes راجع بالأساس إلى عدم الدقة في صياغة هذا القرار الاستئنافي، لأنه بدلا من البت في مسألة رد قيمة الانتفاع "valeur de la jouissance"، حور النقاش بشكل خاطئ نحو مسألة رد الأرباح المحصل عليها من طرف المسير المكثري عن استغلاله وتواجده بالعقار¹¹¹، وهذا هو السبب الذي أدى إلى نقضه، على اعتبار أولا، أن الاستغلال لا يعد من الأداءات المقدمة تنفيذا لعقد كراء وتسيير أصل تجاري وبالتالي لا يدخل في حساب وعاء الرد، وثانيا، أن الربح الذي قد يتحصل عليه المكثري المسير من استغلاله للأصل التجاري لا يرتبط في الواقع مباشرة بميزة العقار محل الأصل التجاري وإنما هو ذو طبيعة شخصية مرتبطة بالمكثري وبمؤهلاته ومجهوده الشخصي في استغلال الأصل التجاري، ومن ثم فإن الحكم برد

¹⁰⁸ - Cour de cassation, 3^{re}Civ, 3 déc 2015, N°14-22.692, Recueil Dalloz, 02 juin 2016, n°20, p1179.

¹⁰⁹ - Farah Safi : «Les restitutions consécutives à la nullité du contrat : rétablir ou corriger ?» , Recueil Dalloz, 2 juin 2016 , n°2 , p1180.

¹¹⁰ - Cour de cassation , 3^{re}Civ, 8 juill 2015, N°14-11.582, RTD civ , n°171, 2015, p869.

¹¹¹ -(le profit tiré de la location-gérance, soit une indemnité d'exploitation et d'occupation).

هذا الاستغلال سيكون بمثابة إثراء غير مبرر لفائدة المكري، وهذا ما سبق أن أكدته محكمة الاستئناف لبائيس في قرارها الصادر بتاريخ 04 مارس 1992 في قضية تتلخص وقائعها في قيام شخص بتفويت 160 سهما لشركة مساهمة بمبلغ إجمالي قدره 128.000,00 فرنك فرنسي، بعد ذلك بسنوات قام المشتري بإعادة بيع الأسهم بمبلغ 880.000,00 فرنك فرنسي، على إثر ذلك رفع البائع الأول دعوى لإبطال عقد البيع واسترداد مبلغ التفويت على أساس سعر البيع الثاني، فقضت محكمة الاستئناف الاستجابة لطلباته مع خصم مبلغ 75.200,00 فرنك فرنسي على أساس أن: «الزيادة الطارئة في قيمة الأسهم بين التفويتين ترجع إلى التسيير الديناميكي والحكيم للمشتري الأول الذي كان يشغل منصب رئيس مجلس الإدارة وبالتالي يجب تخفيض نسبة 10% من المبلغ الإجمالي الموجب رده على هذا الأساس»¹¹².

ومع ذلك يبقى موقف محكمة النقض الفرنسية الرامي إلى تضيق نطاق الرد منتقدا لأنه في الأخير أدى إلى الإخلال بالتوازن المالي بين أطراف.

على أن هذا التوجه الذي سلكته محكمة النقض الفرنسية بموجب القرارات السابقة الذكر ليس بالموقف الجديد وإنما هو امتداد لعمل قضائي قديم كانت قد تبنته غرفتها المدنية في قرارها الصادر بتاريخ 2 يونيو 1987 جاء فيه: «عند إبطال عقد تم تنفيذه فيجب إرجاع الأطراف إلى الحالة السابقة لعقد البيع، وإن طلب البائع غير مؤسس للحصول على تعويض مقابل استعمال المشتري للجهاز»¹¹³. كما أكدت الغرفة المدنية على موقفها السابق الذكر في قرارها المؤرخ في 11 مارس 2003 حيث قررت «أنه بفعل الأثر الرجعي لفسخ عقد بيع يتعذر الاستجابة لطلب البائع الرامي فقط الحصول على تعويض مقابل استغلال السيارة من جانب المشتري»¹¹⁴.

ومع ذلك فإن هذا المسلك في التضيق من تعريف الرد لم يكن موحدًا بين جميع غرف محكمة النقض، فقد كان للغرفة المدنية الثالثة رأي آخر مناقض للغرفة الأولى عبرت عنه في مجموعة من قراراتها من بينها قرارها الصادر بتاريخ 26 يناير 1994 جاء فيه «إن فسخ عقد البيع يلغي شروط العقد وبالتالي يحق للبائع بصفته مالك للعقار الحصول على تعويض عن

¹¹² - Cour d'appel de Paris, 04 Mars 1992, Bull. Joly 1992.502, note A. Couret, Recueil Dalloz 1995 p.520, note Jacques Moury.

¹¹³ - Cour de cassation, 1^{re} Civ, 2 juin 1987, N°84-16624, RTDciv, n°83, 1988, p329.

¹¹⁴ - Cour de cassation, 1^{re} Civ, 11 Mars 2003, N°01-01673, JCP 2004. II. 10159, note Livreront.

وضع اليد»¹¹⁵، كما أكدت على نفس الموقف في قرارها الصادر بتاريخ 12 مارس 2003 بشأن إبطال عقد بيع، جاء فيه : «بناء على مقتضيات المادة 1371 من القانون المدني وعلى المبادئ النازمة للإثراء بدون سبب، وحيث إنه من أجل رفض طلب المدعي الرامي إلى التعويض عن وضع اليد على العقار اعتبرت المحكمة أنه بناء على إبطال العقد فالطلب غير مؤسس، في حين أن المدعى عليهما الزوجين كان يقيمان بالعقار بين سنة 1989 وسنة 1996 وبالتالي تكون محكمة الاستئناف قد خرقت المواد السابقة»¹¹⁶

ونظرا لتضارب الآراء بين الغرفة الأولى والغرفة الثالثة في مسألة احتساب التعويض عن الانتفاع أو الاستغلال في وعاء الرد، تدخلت الغرفة المختلطة لمحكمة النقض من أجل الحسم في هذه النقطة بموجب قرارها الصادر بتاريخ 09 يوليو 2004، المتعلق بطلب البائع بالتعويض عن وضع يد المشتريين على الشقة خلال مدة 65 شهر السابقة لإبطال عقد البيع، حيث جاء في القرار « طلب البائع غير مؤسس لأن الأثر الرجعي للإبطال لا يخوله الحصول على تعويض عن مجرد وضع اليد على العقار»¹¹⁷. وقد تم تعميم هذا التوجه لاحقا على فرضيات الرد المترتبة على مختلف حالات انحلال العقود، ففي سنة 2006 أصدر محكمة النقض ثلاثة قرارات متتالية أكدت فيها بنفس العبارة أنه « في مادة العيوب الخفية فالبائع الملزم برد مبلغ البيع ليس له الحق في المطالبة بالتعويض عن استعمال الشيء محل البيع»¹¹⁸.

ومع ذلك يجب الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية كانت تستثني من إعمال المفهوم الضيق للرد، حالة الفسخ المترتب عن عدم مطابقة المبيع لشروط العقد *défaut de confirmité*¹¹⁹ مبررة موقفها بالقول: «أن الفسخ الناتج عن عدم المطابقة يمنح البائع حق مطالبة المشتري بتعويض عن نقص قيمة المبيع بفعل استعماله من طرف هذا الأخير»¹²⁰.

¹¹⁵- Cour de cassation , 3^{re}Civ, 26 janvier 1994, N°91-20934, RTDciv , n°107, 1994, p276.

¹¹⁶- Cour de cassation , 3^{re}Civ, 12 mars 2003, N°01-17207, Bull civ , III n°63.

¹¹⁷- Cour de cassation, ch.mixte, 9 juill 2004, N°02-16.302 , AJDI 2005 /331, obs.F.Cohet-cordy.

¹¹⁸- Cour de cassation , 1^{re}Civ, 21 mars 2006, N°03-16.075 et N° 03-16.307 et N°03-16.407 , Bull civ I , n°171, n°172 et n°173. 8

¹¹⁹-T.Coustet :«vente résolution :restitution du prix sans dépréciation», Recuril Dalloz, 2014, p642.

¹²⁰- Cour de cassation , 1^{re}Civ, 21 mars 2006, N°02-19.236, D 2006, JUR1869, note C.Montfort.

ومهما يكن من شيء، فإن هذا القرار وإن كان لا تنقصه الجرأة من حيث توسعه في نطاق الرد ليشمل العناصر الخارجة عن العقد إلا أن التمييز الذي قرره محكمة النقض بين الرد المتولد عن الفسخ بسبب العيب والرد الناتج عن الفسخ لعدم المطابقة بقي مع ذلك محل نقد فقهي لكونه غير مبرر ويناقي المنطق¹²¹، وتقول الأستاذة Viney تعليقا على هذا التمييز: «إذا استمر هذا العمل القضائي فإنه يخلق تنازع مصطنع سيؤدي إلى عدم مساواة غير مبرر قانونيا ومنطقا وعدالة»¹²².

وعلى صعيد العمل القضائي المغربي فقد أتيح لمحكمة النقض أن افصحت عن موقفها بخصوص مدى أحقية البائع في المطالبة بواجب استغلال شقة من طرف المشتري وادراجه ضمن العناصر المعتمدة لحساب الرد المتولد عن فسخ عقد بيع بسبب العيب عن طريق إنقصائه من مجموع المبالغ المستحقة للمشتري بناء على أحكام الفصل 561 من قانون الالتزامات والعقود، فقد ورد في قرارها الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 2018 ما يلي: «حقا صح ما عابته الوسيلة بفروعها على القرار ذلك أن المحكمة - محكمة الاستئناف بفاس- عند تحديدها للتعويض المستحق للطالبة عن العيوب اللاحقة بالشيء المبيع انقصت قيمة استغلالها للشقة مدة معينة واعتمدت قيمة المتر المربع المحددة من طرف الخبير المنتدب والحال أن الطرف الطالب أدلى ضمن الوثائق المبررة لطلبه بوثيقة رسمية من إدارة الضرائب تفيد السعر المرجعي للمتر المربع بالمنطقة التي توجد بها العمارة... كما أنها عمدت إلى انقاص قيمة الاستغلال من قيمة التعويض الإجمالي والحال أن موضوع الدعوى هو العيوب اللاحقة بالشيء المبيع والتي حالت دون الانتفاع به واستغلاله على الوجه السليم مع أن الالتزام بضمان ذلك يقع على عاتق البائع وحده مما يكون قرارها بذلك ناقص التعليل ويتعين نقضه»¹²³.

ومما يمكن استخلاصه من هذا القرار أن محكمة النقض أسست استبعاد واجب الاستغلال من حساب الرد استنادا إلى أن مقتضيات ضمان عيوب الشيء المبيع الواردة في

¹²¹- S.Hocquet-Berg : «Commentaire d'arrêt 1^{re}Civ, 21 mars 2006, N°03-16.236», RDC 2006, etude 9.

¹²²-Geneviève Viney :« Commentaire d'arrêt 1^{re}Civ, 21 mars 2006, N°03-16.236», RDC 2006, 1230.

¹²³ - قرار محكمة النقض عدد 5/639 بتاريخ 2018/10/30 ملف مدني عدد 2017/5/1/10/1450 غير منشور أورده الدكتور سعيد الوردي في صفحته الرسمية على الفيسبوك.

المواد من 549 إلى 575 من قانون الالتزامات والعقود المغربي مقررة في الأصل لفائدة المشتري، ومن ثم فإن البائع ليس له الحق إلا في استعادة الشيء والثمار.

خلاصة ما تقدم أن الرد بحسبانه مجرد آلية قانونية لتكرار الأداءات المسلمة بموجب العقد المنتهي أو المنحل يقتضي عدم الخوض في الامتيازات أو المنافع المتحصل عليها بشكل غير مباشر من جانب أحد الأطراف بين تاريخ الإبرام وتاريخ الفسخ أو الإبطال، وعلى الرغم من بساطته وسهولته في تجاوز التعقيدات الحسابية للرد الشامل التي لا تخلو من مجازفات والتي قد يدخل في حكمها احتساب ثمن الشراء على أساس القيمة الإسمية ومصرفات العقد والفوائد البنكية والفرق بين ثمن الشراء والقيمة الحالية للعقار وواجب الانتفاع والزيادات ونقصان القيمة، فإن هذا المفهوم الضيق قد يؤدي في كثير من الأحيان إلى حيف وإلى عدم التوازن بين الذمم المالية للأطراف¹²⁴، ويتضح هذا الأمر جليا من القرارات المومأ إليها أعلاه، التي رفضت احتساب واجب الانتفاع لفائدة البائع أو تلك التي رفضت احتساب مصاريف الصيانة والتعهد بالشيء المبيع ضمن حساب الرد لفائدة المشتري، مما جعل الرد مصدر للتفكير لأحد الأطراف مقابل إثراء للطرف الآخر¹²⁵، وبالتالي أضحي تحديد الرابع والخاسر بين المتعاقدين لا يرتبط بمعايير منطقية وإنما باعتبارات عرضية، لهذا فإن دعوى الرد وفقا لهذا التعريف لا ترتبط بالذمم المالية للأطراف وما خلفه الفعل المولد للرد من زيادة أو نقصان فيها، وإنما يتعلق بالأداءات المتبادلة، فهذا التعريف غير مؤسس على منطق عيني وإنما شخصي، حيث يدعو إلى استرجاع الأداءات المدفوعة وليس إلى إعادة التوازن المالي بين الأطراف، فالفكرة ببساطة هي أن إثراء أو افتقار أحد الأطراف لا يدخل في وعاء حساب الرد، فاغتناء أحد الأطراف بفعل شيء آخر غير الأداء الأصلي الذي قدمه الطرف الآخر كالأرباح التي قد يتلقاها من تنفيذ عقد تقرر فسخه، فإن نظرية الرد هنا لا تلزمه بإعادة أو اقتسام هذا الثراء الناتج عن العقد الباطل¹²⁶، لكن على النقيض من ذلك إذا كان هذا الإثراء ناتج مباشرة عن الأداء الأصلي فهو دائما قابل للرد، وفي هذا المعنى جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 17 يونيو 2015، بشأن إبطال عقد بناء منزل واسترجاع المبالغ المدفوعة من طرف

¹²⁴ - مرجع سابق:

Sophie Pellet : « Les restitutions : est si le dogmatisme avait du bon », p 1171.

¹²⁵ - مرجع سابق:

Sophie Pellet : « Restitutions consécutives à la résolution : à quoi bon ? », p 645.

¹²⁶ - مرجع سابق:

صاحب البناء للمقاولة وفي المقابل استعادة هذا الأخير لقيمة البناء المنجز « طالما ان المشتري حافظ على البناء ولم يطلب هدمه، فإن طلب المقاولة استرجاع تكلفة البناء يدخل في سياق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل الإبطال مما يقتضي الاستجابة له»¹²⁷.

وهكذا، فإن النتيجة الأساسية التي ينبغي التأكيد عليها من خلال العرض المتقدم تتحصل في كون هذا التعريف الضيق يعزى في جانب كبير منه إلى تمثل القضاء والفقه لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه كمرادف للأثر الرجعي لانحلال التصرفات القانونية¹²⁸، بحيث تم استعمال هذا المجاز للتعبير عن حقيقتين متناقضتين، تفسير انعدام الآثار القانونية للعقد في الماضي وكأن التصرف لم يحدث قانونا وفي نفس الوقت التعبير عن حدوث آثار مادية للتصرف المنحل تقتضي إعادة الوضعية السابقة للتنفيذ الجزئي أو الكلي للأداء محل العقد، مما أدى إلى الخلط وإلى تعميم فكرة أن التصرف المنحل لا يترتب أي أثر ليشمل الآثار القانونية للإبطال أو الفسخ والآثار المادية المتمثلة في الرد. ويبدو هذا الخلط واضحا أكثر لدى الشراح الفرنسيين¹²⁹ الذين عيب على فريق منهم زج الرد في متاهات نظرية لا يسندها أساس متين من القانون أو الواقع¹³⁰. وقد كان هذا التهافت الفقهي مدعاة لارتباك القضاء وتضارب أحكامه في كثير من الأحيان نتيجة التقليد وليس على أساس التحليل القانوني¹³¹، لهذا خلافا للأثر الرجعي كمجاز أو افتراض لتبرير عدم وجود وضعية كانت موجودة، فإن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من الناحية التقنية تفترض أن القانون أو التصرف يمكنه ترتيب آثار على الماضي بحيث يغير الواقع فعليا وليس لفظيا، فالرد لا يتنكر للواقع بافتراض عدم تنفيذ أداء معين وإنما بالعكس يجد أساسه في تنفيذ هذا الأداء في الماضي الذي يتعين الرجوع إليه

¹²⁷- Cour de cassation , Civ. 3^e, 17 juin 2015, n° 14-14.372, à paraître au Bulletin ; D. 2015. 1369, *ibid.* 2198, chron. A.-L. Méano, V. Georget et A.-L. Collomp.

¹²⁸ -Frédéric Rouviere :«L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente», RTDciv, Octobre/Novembre 2009, n°4, p624.

¹²⁹مرجع سابق:

Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, Les obligations, 8^{éd.}, Paris, L G D J, 2016, p 576.

¹³⁰ - مرجع سابق:

Hugo Barbier :« La théorie des restitutions en bonne forme», p870.

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ, Bibl. dr. privé, thèse. 218, 1992, p428

¹³¹ -Vanessa Frasson : « Les clauses de fin de contrat», Thèse Université Jean Moulin (Lyon 3), 2014, p224.

وتقويمه¹³². وهذا ما حدا بالبعض إلى القول بأنه «لا حاجة لاعتماد الأثر الرجعي لتبرير الرد، لأن الفسخ يخلق نوع من الإثراء بدون سبب يفرض استرداد الأداءات على غرار النظامين الألماني والإنجليزي الذين لا يعرفان الأثر الرجعي للفسخ وإنما يعملان مبدأ رد الأداءات المنفذة بسبب عدم التوازن العقدي، كما أن المادة 1183 من القانون المدني الفرنسي لا تشير إلى الأثر الرجعي بل إلى إعادة الوضع السابق»¹³³ «Le retour au statut quo ante».

ومن جهة أخرى، يمكن القول كذلك أن التعريف الضيق للرد كوسيلة لإعادة الأداءات المنفذة أبعد ما يكون عن تأسيس مفهوم مستقل ومحديد للرد، لأنه يقتضي في كثير من الأحيان ضبطه وتعديله بموجب قواعد المسؤولية المدنية التي قد تسمح بتحميل الطرف المسؤول الأعباء الاقتصادية التي لا يشملها الرد¹³⁴، وهذا ما سبق أن صرحت به محكمة النقض الفرنسية بجميع غرفها في قرارها الصادر بتاريخ 9 يوليو 2004، فبعد أن أكدت على أن الرد لا يرتب على المشتري تعويض البائع عن الانتفاع أو وضع اليد على الشيء المبيع، عادت وأوضحت أنه «يبقى للطرف حسن النية في عقد البيع مطالبة الطرف السيء النية بتعويض الضرر الذي تكبذه نتيجة إبرام لعقد تقرر إبطاله»¹³⁵.

وقريبا من هذا المعنى ما ورد في قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 09/11/2004 الذي ذهبت فيه إلى أن «التعويض الكامل يجب ألا يتجاوز حجم الضرر، لهذا فإن احتفاظ المشتري بالثمار والمداخل بناء على الأثر الرجعي لإبطال عقد البيع يشكل منفعة أو امتياز لفائدة الحائز حسن النية، وبالتالي تكون المحكمة قد خرقت المادة 1382 من القانون المدني عند عدم إدراجها للمنافع المحصل عليها من جانب المشتري في تقدير التعويض»¹³⁶.

¹³² - نفس المرجع، ص 429.

¹³³-Robert. Wintgen, « Regards comparatifs sur les effets de la résolution pour inexécution », RDC 2006/02 p. 548 et 550.

¹³⁴ -مرجع سابق:

Sophie Pellet : « Les restitutions : est si le dogmatisme... », p1171.

¹³⁵ - قرار سبق الإشارة إليه.

¹³⁶ - Cour de cassation , 1^{re}Civ, 9 novembre 2004, N°03-13.337 Bull.Civ I , n°264.

المطلب الثاني: التعريف الموسع لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد.

يوجد في الطرف المقابل من مفهوم الالتزام بالرد تعريفاً واسعاً استناداً إلى مقارنة اقتصادية، ترى في الرد وسيلة لإعادة التوازن المالي الشامل بين الأطراف¹³⁷ وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوث الفعل المولد، وذلك بمطابقة كل الآثار المادية التي تولدت عن تنفيذ الأداء سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة¹³⁸ اعتماداً على مبدأ الرد الشامل، لأن الاختصار على رد الشيء أو الأداء المنفذ دون الأخذ في الاعتبار الانتفاع بالشيء واستخدامه ونقصان القيمة أو على العكس زيادة القيمة والمداخل قد يؤدي إلى حصول إثراء أو افتقار للأطراف¹³⁹.

لهذا فالهدف مزدوج إعادة الأداء الأصلي وما يستتبعه من تغير سواء بالزيادة أو النقصان ثم بعد ذلك تصحيح آثار الزمن على الذمم المالية للأطراف من خلال تقرير الحق في الحصول على رد تكميلي في شكل تعويض أو مقابل مالي عن المنافع المحصل عليها أو كما يسميها البعض «رد المنافع»¹⁴⁰، من هنا فالرد يسمح بأكثر من مجرد المطالبة بالشيء أو الأداء وإنما يسعى إلى استعادة كل المكاسب والمنافع التي تحصل عليها أحد الأطراف بمناسبة تنفيذ للأداء الأصلي.

ولعل مناط الخلاف الرئيسي في نظام الرد يعزى بالدرجة الأولى إلى مدى شموله لمسألة الانتفاع بالمال أو الشيء (La jouissance du bien)، ويقصد بالانتفاع هنا حق استخدام الشيء وعند الاقتضاء تحصيل ثماره ومداخله¹⁴¹، أو المزايا المختلفة المرتبطة بوضع اليد وحيازة الشيء -بمفهومها الواسع-، هكذا فإن استعمال وحيازة الأشياء قد تحقق مكاسب مالية خلال الفترة الفاصل بين تنفيذ أداء وحصول الفعل المولد الموجب للرد مما يقتضي احتسابها ضمن عملية الرد¹⁴².

¹³⁷ - مرجع سابق:

Sophie Pellet : « Les restitutions : est si le dogmatisme... », p1171.

¹³⁸ - R.Libchaber : « Contrats et conventions », Defrénois, 2004, n°17, p1402.

¹³⁹ - Danièle Meledo-Briand : « A propos des restitutions », Revue Judiciaire de l'Ouest, 1984-2, p44.

¹⁴⁰ - Thomas GENICON : « La résolution du contrat pour inexécution », préf. L. Leveneur, Thèse 2007, t. 484, LGDJ, p946.

¹⁴¹ - مرجع سابق:

Pascal Fréchette : « La restitution des prestations en Droit Québécois », p274.

¹⁴² - مرجع سابق:

G. CORNU, préc. note 93, p. 578,

كما أن الانتفاع في سياق المفهوم الواسع للرد لا يقصد به الحالة التي تكون فيها القيمة المالية للانتفاع بالشيء أو الخدمة جزء من الأداء الأصلي للرد، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة لعقد الكراء حيث يشكل الانتفاع بالشيء محل الأداء الأصلي مما يقتضي دائماً رده سواء عينا أو بمقابل، ففي مثل هذه الحالات يعتبر رد القيمة المالية أو مقابل هذا الانتفاع من قبيل رد أصل الشيء، فقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 يناير 1988 أن الأثر الرجعي لفسخ عقد كراء يتعذر معه رد المكتري لما انجر إليه من منافع عينا، وإنما يكون ملزم بمنح تعويض عن وضع اليد أو الاحتلال دون أن يكون بالضرورة موافقاً لمبلغ الكراء المحدد في العقد المنحل¹⁴³، لهذا فإن المقصود بالانتفاع في سياق التعريف الواسع للرد هو الحالات التي يكون فيها هذا الحق غير متولد مباشرة عن الأداء الأصلي وإنما نتيجة غير مباشرة له وبالتالي قد يكون موضوع لرد تكميلي، كما هو الشأن بالنسبة للعقود الناقلة لحق عيني حيث لا يعتبر الانتفاع بالشيء واستغلاله موضوع هذا التصرف بل نتيجة له، فلا يمكن محاسبة المشتري من حيث المبدأ عن استغلاله وانتفاعه بالشيء خلال المدة الفاصلة بين التسليم وتحقيق الفعل المولد للرد، لكون عقد البيع لا ينصب على منفعة الشيء وإنما على ملكيته¹⁴⁴.

والجدير بالذكر هنا أن الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية قد كرست هذا التمييز بخصوص التعويض عن الانتفاع في حالة الرد الأصلي والحالة التي يكون فيها مرتبط ببرد تكميلي، فإذا كان قرارها الموماً إليه أعلاه الصادر بتاريخ 09 يوليو 2004 رفض منح تعويض عن الاستغلال عن الرد المتولد عن إبطال عقد بيع، فإنها في المقابل وبخصوص عقد كراء أيدت قرار استئنائي منح هذا التعويض للمكري، فقد جاء في قرارها الصادر بتاريخ 9 نونبر 2007 « دون المساس بالأثر الرجعي لإبطال عقد كراء وإعمالاً لسلطتها التقديرية، تكون محكمة الموضوع قد حددت مبلغ التعويض عن وضع اليد والاستغلال الواجب على الشركة كمقابل لانتفاعها بالأماكن»¹⁴⁵، وإن كان بعض الفقه قد اعتقد للوهلة الأولى أن هذا القرار يشكل تحولاً جديداً في الموقف العام لمحكمة النقض في تعريف الرد، وأنه اتجاه نحو تكريس

¹⁴³- Cour de cassation Civ. 3^e, 12 janv. 1988, n°86-15722, Bull. civ. III, N° 7 ; Defrénois 1988. 1240, obs. Aubert.

¹⁴⁴ - مرجع سابق:

Pascal Fréchette: «La restitution des prestations en Droit Québécois», p294.

¹⁴⁵- Cour de cassation chambre mixte, 9 novembre 2007, n°06-19508, Bull civ mix, n°10.

تعريف اقتصادي واسع يتجاوز منطق الأداءات المتقابلة¹⁴⁶، ولكن في الحقيقة بالنسبة للفقه الرافض لفكرة شمول الرد للتعويض عن الاستغلال أو الانتفاع بالشيء، فالأداءات الوحيدة القابلة للرد القيمي هي تلك التي كانت نتيجة مباشرة للعقد على عاتق المكلف بتنفيذها، وبخلاف المؤجر الذي يتحمل التزاما بالقيام بعمل بموجب عقد الكراء، فإن البائع لم ينفذ أي التزام متعلق بالانتفاع أو الاستغلال فلم يكن ملزما إلا بالتسليم تنفيذا لالتزامه بإعطاء شيء متولد عن عقد البيع، وبالتالي فمنحه تعويض عن الاستعمال يتجاوز مبدأ الرد الشامل، نظرا لأنه في عقد الكراء فالتعويض عن وضع اليد أو التواجد بالعين هو مقابل لقيمة النفع، في حين في عقد البيع هو تعويض تكميلي فوق الرد العيني للشيء¹⁴⁷.

وترتيباً على ما سبق، كان يرى بعض الفقه¹⁴⁸ أن المفهوم الحقيقي لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد يجب أن يشمل بالضرورة المنافع المحصل عليها من الشيء ليس فقط الثمار والمداخيل وإنما كذلك مقابل الاستعمال والاستغلال، خاصة في فرضيتي الرد المتولد عن انحلال التصرفات القانونية والمتولد عن دفع غير المستحق، ولكن منظور إليها من جانب المدين بالرد، وبالتالي يجب التمييز هنا بين الانتفاع والحرمان من الاستغلال، فقد يبدو للوهلة الأولى أن الانتفاع بأداء معين بالنسبة لطرف يعني في المقابل حرمان الطرف الآخر من هذا الانتفاع، لكن الأمر ليس على هذا النحو، فلا وجود لمعطى يشير إلى استفادة طرفاً ما من الشيء بنفس الطريقة التي استفاد منها شخص آخر، فالمسألة هنا ترتبط باعتبارات شخصية¹⁴⁹، كما يمكن تفسير اختلاف المفهومين من خلال الجانب المنظور إليه إلى هذا الانتفاع، فتقييمه من جهة المستفيد من المنفعة هو تقييم إيجابي بناء على القيمة المضافة التي ولدها هذه المزايا بالنسبة للمدين وهذا من صميم الرد، في حين فقدان الاستغلال يقتضي تقييم سلبي بناء على افتراض الضرر الذي قد يخلفه هذا الحرمان، وهذا الأمر يحيل على

¹⁴⁶- A.Bamdé et J.Bourdoiseau: «Restitutions le sort des fruits et de valeur de jouissance procurés par la choses», Le droit dans tous ses états, 2019, (www. aurelienbamde.com).

¹⁴⁷ -مرجع سابق:

A.Bamdé et J.Bourdoiseau: «Restitutions le sort des fruits et de valeur de jouissance procurés par la choses», Le droit dans tous ses états, 2019, (www. aurelienbamde.com)..

¹⁴⁸ - مرجع سابق:

Angel Carrasco Perera: «Restitución de provechos», p1070

¹⁴⁹- مرجع سابق:

Pascal Fréchette: «La restitution des prestations en Droit Québécois», p274.

المسؤولية¹⁵⁰ وينطبق على تعريف الضرر الوارد في الفصل 98 من قانون الالتزامات والعقود المغربي بأنه «الضرر في الجرائم وأشباه الجرائم، هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلا والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضرارا به، وكذلك ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل»، فقد جاء في قرار محكمة النقض المغربية الصادر بتاريخ 02 يناير 2020 أن «عدم الاستجابة للحكم القاضي بإزالة الأعمدة الكهربائية، رغم محاولات الالتزام بالتنفيذ ورغم التوصل بالإعذار من أجل التنفيذ طبقا للفصل 440 من ق.ل.ع، يشكل امتناعا صريحا عن التنفيذ، ومبررا لتصفية الغرامة التهديدية عن الفترة المطلوبة ما دام قد ترتب عنه ضررا لطالب التنفيذ يتمثل في حرمانه من استغلال عقاره والانتفاع منه وفق ما هو مخصص له»¹⁵¹.

كما أن هذا المفهوم الواسع للرد حدا ببعض الفقه الفرنسي¹⁵² إلى أن يكتب في تعليقه على قرار محكمة النقض الفرنسية الغرفة المختلطة المؤرخ في 09 يوليو 2004، أنه من الصعب قبول منح تعويض عن استعمال أو وضع اليد بناء على الأثر الرجعي للإبطال، في حين أن من آثار الإبطال جعل الرد إلزامي في جميع جوانبه، لهذا فإن إعادة هيكلة الوضعية المالية للأطراف بناء على الرد توجب الأخذ بالاعتبار كل المزايا التي تحصل عليها الأطراف بموجب الفعل المولد، فتحليل الرد في نظر هذا الفقه لا يستند إلى اعتبارات أخلاقية مرتبطة بحسن النية وإنما على أساس توازن موضوعي بين الذمم المالية، مما يقتضي بالضرورة إدراج الانتفاع بالشيء ضمن حساب الرد¹⁵³.

ومن الفقهاء الفرنسيين المؤيدين لفكرة التعريف الواسع للرد الفقيهين Planiol et Ripert، إذ يقولان بأن الالتزام بالرد يجب أن يتضمن تصفية أو تسوية لكل الأداءات ولجميع الأشياء

¹⁵⁰ - نفس المرجع.

¹⁵¹ - قرار محكمة النقض عدد 8 بتاريخ 2 يناير 2020 ملف تجاري عدد 2019/1/3/1471، منشور على موقع المنصة الرقمية لمحكمة النقض المغربية (www.juriscassation.cspj.ma)

¹⁵² - مرجع سابق:

Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, La formation du contrat, t. 2 « L'objet et la cause – Les nullités », coll. « Traité de droit civil », Paris, LGDJ, 2013, n° 2898 et s, p. 1558.

¹⁵³ - نفس المرجع: ص 1561.

المستهلكة وأي انتفاع أو خدمة تم تلقيها لم يحصل الطرف الآخر على المقابل الفعلي لها بمقتضى العقد¹⁵⁴.

ولعل هذا المنطق نفسه قاد واضعي مسودة مشروع Catala بشأن تعديل القانون المدني الفرنسي إلى إدراج التعويض عن الانتفاع ضمن حسابات الرد التكميلية في حالة انحلال التصرفات القانونية، فقد جاء في المادة 1164-2 منه: « إذا كان محل الرد شيء آخر غير مبلغ نقدي، فإن توابعه تتضمن الثمار والمنفعة التي حققها»، وحسب ما ورد في مذكرة مسودة المشروع المذكور بخصوص هذه النقطة، فإنه من المنطقي منح مقابل عن الانتفاع بالشيء كيفما كانت طبيعة العقد، بحيث يمكن تفسيرها على أنها مقابل مالي و اقتصادي لما عسى قد ينتجه الشيء، وفضلا عن هذا فإن محكمة النقض الفرنسية كانت تقبل بخصوص الأشياء القيمة إجراء مقاصة جزافية بين الفوائد والانتفاع¹⁵⁵.

وقد تكرر هذا التعريف في عدد من الأحكام الصادرة عن القضاء المقارن، لعل من أحدثها القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 8 يوليوز 2015، الذي تتلخص وقائعه بأن إحدى البلديات الفرنسية أبرمت عقد ائتمان إيجاري لعقار لفائدة شركة مدنية عقارية، وبعد رفض هذه الأخيرة أداء بعض متأخرات الكراء قامت البلدية برفع دعوى للمطالبة بهذه الديون واجهتها الشركة بطلب مضاد التمسست فيه ابطال عقد الائتمان الإيجاري واسترداد مبالغ الكراء المدفوعة بعلة أن رئيس البلدية لا يتوفر على اذن من مجلس البلدية للتوقيع على هذا العقد، في المقابل طالبت البلدية بتعويض عن الاحتلال أو وضع اليد على العقار عن الفترة السابقة للإبطال، لرفض هذا الطلب الأخير ذهب قضاء الموضوع إلى ان البلدية بعد استعادتها للعقار محل العقد واستفادتها من مبالغ الكراء المدفوعة سابقا والمحددة في مبلغ مرتفع في إطار عقد ائتمان إيجاري الرامي في نهاية المطاف إلى تفويت العقار فإنها في الحقيقة لم تتعرض لأي افتقار، وبالتالي فإن طلبها غير مؤسس للحصول على تعويض عن الاحتلال وذلك استنادا إلى الأثر الرجعي للإبطال.

¹⁵⁴- Planiol et Ripert : « Traite Pratique de droit Civil Français», Tome X, Contrats Civils, 1er Partie, 1932, Ed LGDJ, P730.

¹⁵⁵-Yves-Marie Serinet : « Restitutions après anéantissement du contrat (art. 1161 à 1164-7)», Exposé des Motifs, avant-projet de réforme du droit des obligations, p61.

غير أن محكمة النقض قضت بنقض القرار الاستئنائي حيث أكدت على أنه « في حالة إبطال عقد تم تنفيذه فيجب إرجاع الأطراف إلى الحالة السابقة لهذا التنفيذ، وأنه عند استحالة إرجاع الحالة يتعين على الطرف الذي استفاد من أداء لا يمكنه رده كما هو الحال بالنسبة للانتفاع بعقار مستأجر أن يدفع تعويضاً عن احتلاله»¹⁵⁶.

كما اعتمدت محكمة النقض الفرنسية في بعض قراراتها على فكرة الإثراء بلا سبب لتأسيس التعويض عن الاستغلال في نطاق الرد المتولد عن الفسخ أو الإبطال¹⁵⁷، فقد جاء في قرارها الصادر بتاريخ 15 مارس 1988 أنه « الدين المترتب لفائدة الشركة كتعويض عن الضرر الناتج عن استعمال المشتري للأجهزة لا يرتبط بعقد البيع ولا بسبب فسخ العقد ولا بفعل خطأ السنديك، بما أن المحكمة تحققت من عدم توفر الشركة على أية دعوى يمكن سلوكها في الموضوع، فقد كان لها أن تؤسس قرارها على مفهوم الإثراء بلا سبب»¹⁵⁸، وجاء في قرار آخر بشأن إبطال عقد أن «محكمة الاستئناف لم تؤسس قرارها على العقد الباطل وإنما بناء على كون الشركة استفادت من إثراء بدون سبب ناتج عن إعفائها من أداء مقابل استعمالها للشيء»¹⁵⁹.

ويبدو أن القضاء الكندي بدوره قد انتصر في بعض أحكامه للاتجاه المؤيد للتعريف الواسع للرد، من قبيل ذلك ما قرره محكمة الاستئناف للكيبك في قضية إبطال عقد بيع جهاز للمثلجات بسبب التدليس، حيث قررت المحكمة منح البائع رد تكميلي بناء على قواعد العدل والإنصاف ودون الاكتراث بمقتضيات المادة 1704 من القانون المدني للكيبك التي تنص على أن المدين بالرد حسن النية غير ملزم برد الانتفاع بالشيء، وقد اعتمدت المحكمة بالإجماع رأي الأستاذ Vincent Karim الذي جاء فيه: «يجب على المحكمة في تقديرها للوقائع الاسترشاد بمبدأ الإنصاف والعدالة الطبيعية، وأن تجعل هدفها هو البحث عن التوازن بين الأطراف حتى لا يثرى أحد على حساب الغير، مبدئياً فالفرق الذي استعمل الشيء لعدة شهور لا

¹⁵⁶- Cour de cassation Civ. 3^e, 8 juill. 2015, n° 14-11.582, D. 2015. 1538, RTD Civ. 2015 p.869.

¹⁵⁷-Cécil Chabas :«Résolution-Résiliation», Répertoire de droit civil, Dalloz, 2010, PP222.

¹⁵⁸- Cour de cassation Civ, 15 mars 1988, n°105, Bullciv, n° 13.

¹⁵⁹- Cour de cassation Civ, 16 déc 1975, n°105, Bull, civ, n°4.

يمكنه رد هذا الانتفاع عينا، لهذا على المحكمة أن تأخذ هذا الأمر بعين الاعتبار لضبط الرد وتعويض البائع عن هذا الاستعمال»¹⁶⁰.

كما أن القضاء الإسباني كذلك نحي في بعض قراراته الصادرة عن المحكمة العليا الإسبانية في اتجاه التوسع في نطاق الرد بتقرير أحقية البائع في استرجاع قيمة الاستعمال Valor de uso بعد الحكم بفسخ عقد البيع وذلك بناء على المقتضيات المتعلقة بتصفية الحياة خاصة المواد من 451 إلى 458 من القانون المدني الإسباني¹⁶¹. ومن بين هذه القرارات كذلك قرار لاحق صادر بتاريخ 11 يونيو 2020 بشأن إبطال عقد ائتمان إيجاري منسوب على مركب صناعي ذهبت المحكمة العليا الإسبانية في أحقية بنك BBVA في المطالبة بمقابل استغلال وانتفاع شركة AMG Markting Promocional من المركب الصناعي محل العقد فقد جاء فيه « لا يمكن التذرع بخرق مقتضيات المادتين 1307 و1308 من القانون المدني الإسباني، بحيث يمكن استعادة العقار موضوع الائتمان الإيجاري دون المساس بأحقية البنك في الحصول على مقابل الاستغلال عن الفترة التي كانت فيها الملكية تحت تصرف الشركة وفي المقابل أحقية هذه الشركة في استعادة المبالغ المدفوعة باستثناء المصاريف المالية»¹⁶²

من هنا يمكن القول أن تعريف الرد وفق المقاربة الاقتصادية يقوم على فكرتين أساسيتين، الأولى التوسع في وعاء الرد ليشمل بعض الآثار الخارجة عن الفعل المولد أو الأداء الأصلي¹⁶³، والثانية الأخذ في الاعتبار التطورات المحتملة لقيمة الأداءات بين الفترة الفاصلة بين التنفيذ والرد.

لا مراء أن التعريفين الضيق والواسع للالتزام بالرد قد تركا بصمات واضحة في الفقه وفي المسار التشريعي العام، ولئن كان التعريف الضيق لم يعدم نصيبه من النجاح نظرا لما كان له من تأثير واضح في قضاء محكمة النقض الفرنسية، فإن الفتح الكبير الذي تم للتعريف الواسع للرد قد تحقق عمليا بصدور القانون رقم 2016/131، المؤرخ في 10

¹⁶⁰-cour d'appel de quebec, 26-09-2008, n° 500-09-018926-089, affaire Arsenault (Crèmerie du Pont) c. Côté (Réfrigération Jean-Guy Côté), in <<https://canlii.ca/t/20xnh>>.

¹⁶¹ - القرار الصادر عن المحكمة العليا الإسبانية بتاريخ 30 أبريل 2013 رقم 2013/275، المشار إليه سابقا.

¹⁶² - Tribunal supremo sala de lo civil, sentencia de 11 de junio de 2020, con n° de Resolución 288/2020. In www.burgueraabogados.com.

¹⁶³ - مرجع سابق:

Frédéric Rouviere : «L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution», p623.

فبراير 2016، المتعارف عليه في الأوساط القانونية الفرنسية (بقانون إصلاح العقود والإثبات)، الذي جاء في مادته 1352-3 «يشمل الرد الثمار وقيمة الاستغلال التي حققها الشيء». يقدر القاضي قيمة الاستغلال يوم النطق بالحكم...»¹⁶⁴.

بعد أن لم يعد المشرع الفرنسي قادرا على عدم التأثير بالأحكام القانونية المتعلقة بالالتزام بالرد المرتبطة بمصادر دولية كاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا) التي تنص في مادتها 84 على أنه: «1- إذا كان البائع ملزما بإعادة الثمن وجب عليه أن يرد الثمن مع الفائدة محسوبة اعتبارا من يوم تسديد الثمن. 2- يسأل المشتري اتجاه البائع عن جميع المنافع التي حصل عليها من البضائع أو من جزء منها». فضلا عن المصادر التشريعات الأوروبية التي سارت في اتجاه التوسع في مفهوم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه المترتب عن الرد، مثل القانون المدني الألماني الذي ينص في مادته 818-1 أن الالتزام بالرد يشمل بالضرورة المنافع المحصل عليها من الشيء دون اعتبار حسن أو سوء نية الأطراف، انطلاقا من أن أي ممارسة لصلاحيات متعلقة بمالك الشيء يجب ردها على أساس القيمة الموضوعية للاستعمال وليس على أساس الضرر الذي تعرض له الشيء بفعل الهلاك أو سوء الاستعمال، فالعبرة بالمنفعة المحصل عليها من الشيء»¹⁶⁵.

لهذا تعتبر مقتضيات المادة 1352-3 تحول مهمة نحو تبني تعريف واسع للرد من خلال إقرار حق الدائن بالرد في استعادة قيمة المنفعة المحصل عليها من طرف الملزم بالرد وتعميمها على جميع المصادر الموجبة لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه المشمولة بمقتضيات القانون المدني الفرنسي، خلافا لما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية خاصة الغرفة المختلطة استنادا إلى الأثر الرجعي لانحلال العقد في عدم قبول رد قيمة المنفعة تارة أو حصرها في

¹⁶⁴ -Article 1352-3 : « La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée. La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce. Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation.»

¹⁶⁵ - مرجع سابق:

ANTONIO ISMAEL Rmz ARRANZ : « Frutos en la restitución contractual y normas posesorias », p 292.

الحالات التي يكون فيها الانتفاع جزء من الأداءات الأصلية تارة أخرى كما هو الحال بالنسبة لعقود الكراء¹⁶⁶.

ورغم التأييد الذي لقيه هذا التعديل من بعض الباحثين¹⁶⁷، فقد انبرى جانب آخر لنقده¹⁶⁸، ومما يسوقه في هذا المضمار أن مقتضيات المادة 3-1352 قد تثير صعوبات عملية بسبب عمومية الحل، فإدراج قيمة الانتفاع في حساب الرد هو مستمد من فكرة أن كل ما له قيمة اقتصادية يوجب الرد وذلك لتحقيق العودة إلى التوازن، ولكن في بعض الحالات قد لا يستفيد المدين بالرد من أية منفعة حقيقية من الشيء تستدعي مطالبته بردها.

¹⁶⁶ فوزي بن أحمد بالكناني: «نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل والقانون المدني القطري-دراسة مقارنة»، المجلة الدولية للقانون، المجلد التاسع، العدد المنتظم الثاني، 2020، تصدر عن كلية القانون، وتنشرها دار نشر جامعة قطر، ص 49.

¹⁶⁷-مرجع سابق:

A.Bamdé et J.Bourdoiseau : «Restitutions le sort des fruits et de valeur de jouissance procurés par la choses».

¹⁶⁸ - مرجع سابق:

Mélotie Combot : «Quasi-contrat et enrichissement injustifié», p302.

الفصل الثاني:

تعدد المصادر: محاولة التصنيف والتمييز.

لم ينظم المشرع المغربي الرد من حيث النشأة والآثار بباب مستقل ومع ذلك لم يكن المفهوم غائبا بل ظهر في مواضيع متعددة ومصادر مختلفة و متناثرة في قانون الالتزامات والعقود المغربي، سواء في سياق التصرفات القانونية أو الوقائع القانونية، فقد ورد الرد كنتيجة للإثراء بدون سبب ودفع غير المستحق في الفصول 66 و 68 و 72 و 75 و 76 من قانون الالتزامات والعقود، كما يجد الرد مصدره في حيازة الأشياء المقرونة بسوء أو حسن النية المنصوص عليها في الفصول من 101 إلى 104، على أن هذه الفصول الأخيرة وإن وردت في الباب الثالث من قانون الالتزامات والعقود المتعلق بالالتزامات الناشئة عن الجرائم واشباه الجرائم، فإنها لا علاقة لها بتاتا بالمسؤولية التقصيرية ولكنها ترتبط في الحقيقة بأشباه العقود¹⁶⁹.

ومن جهة أخرى يجد الرد مصدره في الفسخ والشرط الفاسخ الفصل 121، وفي البطلان الفصل 306 والإبطال الفصل 316، وفي ضمان عيوب الشيء المبيع الفصول 556 و 558 و 561 و 562 و 563 و 565، وبالنسبة لبيع الثنيا الفصل 585، وعقد الكراء الفصلين 675 و 676، وعقد الوديعة الفصل 781 وما بعده، وعقد عارية الاستعمال الفصل 830 وما بعده، وعقد القرض الفصل 856 وما بعده، وعقد الصلح الفصل 1115 وما بعده، والرهن الحيازي الفصل 1209.

هذه النصوص وغيرها تعبر عن أوضاع قانونية تشكل أسباب للرد باعتبارها مجموعة المصادر القانونية أو الأفعال المولدة لهذا الالتزام، على أن هذا الرصد ليس القصد منه تعداد مواضع الرد بقدر أن الهدف منه اقتفاء أثر محاولة جمع هذه الصور في قوالب محددة حيناً (المبحث الأول) والبحث عن عناصر مميزة تساهم في إقرار طبيعة خاصة لإرجاع الحالة تميزه عن بعض المؤسسات القانونية المشابهة حيناً آخر (المبحث الثاني)، فهذا التنوع في حالات الرد أو مصادرها لا يستبعد إمكانية وجود تقارب فيما بينها¹⁷⁰.

¹⁶⁹ - وزارة العدل المغربية «شرح قانون الالتزامات والعقود - الكتاب الأول - الجزء الأول»، ص 111.

¹⁷⁰ - مرجع سابق:

المبحث الأول: تصنيف المصادر المولدة للرد.

إذا كان الفقه لم يوفق إلى صياغة نظرية عامة للرد، فإنه مافئ مع ذلك يقوم بمحاولات متصلة في هذا السبيل، يتجلى صدها من خلال بحثه عن تصنيف منهجي لمصادر الرد يعزز التطبيق المتسق للقانون اعتمادا على القواعد العامة¹⁷¹، من أجل تحقيق نوع من الوحدة في المفهوم والاستقلالية القاعدية، وذلك اعتمادا على مجموعة من المعايير والضوابط¹⁷².

ومن أهم المعايير التي كان لها حضور على مستوى الفقه المقارن في تصنيف الرد، نجد ثلاثة رئيسية، المعيار التعاقدي الذي يميز بين حالات الرد التعاقدية وحالات الرد غير التعاقدية، ثم التصنيف الذي يعتمد الأثر الرجعي والذي يفرق بين الرد بأثر رجعي والرد غير الرجعي، وأخيرا هناك معيار ثالث أكثر أهمية وأكثر حضورا وهو ضابط التقابلية في التزامات الرد الذي يقوم على تصنيفه إلى رد ملزم لجانبين ورد ملزم لجانب واحد.

إلا أن هذا المجهود الفقهي المبذول في سبيل جمع حالات الرد لم يحقق، في سواده العام النتائج المرجوة، وترد هذه الحصيلة الغثة، في بعض أسبابها، إلى أن الاتفاق لم ينعقد أبدا بشأن هذه المعايير لا كمفهوم نظري ولا كممارسة قضائية (المطلب الأول).

ونتيجة لذلك تم الركون إلى معيار متميز وتصنيف واضح يقوم على تقسيم فرضيات الرد انطلاقا من مصادره أو الأفعال المولدة له إلى رد عادي متوقع في العلاقة القانونية المولدة له، كالرد الناتج عن عقد عارية الاستعمال والرد المتولد عن حق الانتفاع، وهذا النوع يستعصي فصله عن مصدره فهو بهذا المعنى التزم من بين الالتزامات المقررة في العقد، وبالتالي يختلف من حيث الأحكام والأساس القانوني باختلاف العقود المنشئة له، ثم هناك رد غير عادي لم يكن متوقعا منذ بداية الرابطة القانونية المولدة له كالرد الناتج عن الفسخ وعن دفع غير المستحق، والذي يتميز بنوع من الاستقلالية عن مصدره. وعلى الرغم من أن التصنيف يظل أقرب إلى دور الفقه منه إلى دور التشريع، فإن مجموعة من التشريعات المقارنة تبنت هذا التصنيف الأخير واعتمدته في ضبط المفهوم الفني الدقيق للرد (المطلب الثاني).

¹⁷¹-François COLLART DUTILLEUL et Philippe DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, 8e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 25.

¹⁷² - مرجع سابق:

Pascal Fréchette: «La restitution des prestations en Droit Québécois», p43.

المطلب الأول: التصنيفات الفقهية المقترحة.

لقد حاول الفقه المقارن في سياق بحثه عن تصنيف مناسب للرد إلى محاولة جمع أسبابه المولدة في قوالب محدد تمكن من استجلاء طبيعته المتميزة، وفي هذا الإطار تم اقتراح ثلاثة معايير أساسية، أولها المعيار التعاقدي، بحيث تم تمييز الرد إلى رد تعاقدي ورد غير تعاقدي (الفقرة الأولى)، كما تم اقتراح معيار ثاني مفاده الأثر الرجعي، من خلال تمييز الرد إلى رجعي وغير رجعي (الفقرة الثانية)، أما المعيار الثالث فيقوم على أساس التقابلية بمعنى تمييز الرد إلى ملزم لجانبين وملزم لجانب واحد (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الرد التعاقدي والرد غير التعاقدي.

لعل أول تصنيف قد يتبادر إلى الذهن في مجال الالتزامات بالرد، هو التمييز بين الرد التعاقدي والرد غير التعاقدي انطلاقاً من كونه أهم التصنيفات الكبرى في النظرية العامة للالتزامات¹⁷³.

فالرد التعاقدي يشمل مجموعة من الفرضيات، أولها ما يعرف بعقود الرد¹⁷⁴، مثل عقد عارية الاستعمال وعقد الوديعة¹⁷⁵، وهما عقدين ينضويان تحت صنف العقود العينية التي مناطها تسليم أحد الأشخاص شيئاً إلى الغير مع التزام هذا الأخير برده، فالالتزام بالرد هنا يشكل التزاماً رئيسياً في كلا العقدين¹⁷⁶، فالمودع عنده والمستعير يلتزمان برد الشيء محل العقد عينا عند انتهاء العقد وحلول الأجل¹⁷⁷، وفي هذا المعنى جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المغربية بتاريخ 30 ماي 2001 بخصوص عقد الوديعة أنه «حيث إنه لما كانت الوديعة

¹⁷³ - مرجع سابق:

Maria Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p33.

¹⁷⁴ - Phillipe Malaurie et Laurent Aynès et Pierre-Yves GAUTIER : «Droit des contrats spéciaux», 8^e édition, 2016, LGDJ, p523.

¹⁷⁵ - ينص الفصل 830 من قانون الالتزامات والعقود : « عارية الاستعمال عقد بمقتضاه يسلم أحد طرفيه للأخر شيئاً، لكي يستعمله خلال أجل معين أو في غرض محدد، على أن يرده بعينه. وفي العارية يحتفظ المعير بملكية الشيء المستعار وبحيازته القانونية. وليس للمستعير إلا مجرد استعماله».

وينص الفصل 781 من قانون الالتزامات والعقود «الوديعة عقد بمقتضاه يسلم شخص شيئاً من قوال إلى شخص آخر يلتزم بحفظه وبرده بعينه».

¹⁷⁶ - Alssane Kante : «L'obligation de restitution dans les rapports privés en droit Sénégalais», Nouvelle annales Africaines, n1, 2010, p179.

¹⁷⁷ - مرجع سابق:

Phillipe Malaurie et Laurent Aynès et Pierre-Yves GAUTIER: «Droit des contrats spéciaux», p523.

حسبما يقضي بذلك الفصل 781 من ق.ل.ع عقدا يسلم بمقتضاه المودع إلى المودع لديه شيئا يلتزم بحفظه والمحافظة عليه فإن هذا الأخير ملزم وفق مقتضيات الفصل 798 من نفس القانون بإرجاعه إلى المودع بصرف النظر عن طول المدة من عدمه الذي لا أثر له على دعوى الاسترداد العينية من المودع المالك لا اعتبار أنها لا تخضع للتقادم المسقط، لأن حيازة الشيء المودع الباقي في يد وارث المودع عنده مدعي الملكية مشوبة بالسقوط، خلاف دعوى الاستيراد الشخصية الخاضعة لتقادم خمس عشرة سنة من حلول أجل الرد. ومحكمة الاستئناف التي ثبت لها أن الأسهم موضوع النزاع سلمت من المودع المالك إلى الحاج محمد العربي (موروث المطلوب الأول) على سبيل الوديعة وأخضعت المطالبة بشأنها للتقادم المسقط موضوع الفصلين 388 و389 من ق.ل.ع وحكمت بسقوط الدعوى لهذه العلة تكون قد خرقت مقتضيات الفصلين 781 و798 من ق.ل.ع وبنت قرارها على أساس غير سليم، وعرضته للنقض¹⁷⁸».

ومن جهة أخرى هناك عقود تتضمن بدورها التزاما بالرد مثل الرهن وعقد الإيجار، الأول من العقود المنشئة لضمان عيني والثاني من العقود المستمرة، إلا أنهما يختلفان عن عقدي الوديعة والعارية بأن الرد فيهما لا يشكل أحد الالتزامات الرئيسية¹⁷⁹، كما أن عقد القرض أو عارية الاستهلاك والذي هو عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للأخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى، كي يستعملها بشرط أن يرد المستعير عند انقضاء الأجل المتفق عليه أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة¹⁸⁰، وعلى الرغم من أن الرد هنا يعتبر التزاما رئيسيا، فإن ما يميزه عن الوديعة وعارية الاستعمال بأنه لا ينصب على الشيء بعينه وإنما على مقابل له اعتبارا لكونه من العقود الناقلة للملكية¹⁸¹.

¹⁷⁸ - قرار محكمة النقض رقم 1179 الصادر بتاريخ 30 ماي 2001 ملف تجاري رقم 2000/2294، منشور بالمنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض المغربية.

¹⁷⁹ - مرجع سابق:

Phillipe Malaurie et Laurent Aynès et Pierre-Yves GAUTIER: «Droit des contrats spéciaux», p523.

¹⁸⁰ - انظر الفصل 856 من قانون الالتزامات والعقود.

¹⁸¹ - مرجع سابق:

Phillipe Malaurie et Laurent Aynès et Pierre-Yves GAUTIER: «Droit des contrats spéciaux», p523.

وفضلا عن العقود، هناك مصدر آخر للالتزام بالرد يندرج ضمن المصادر التعاقدية مستمد من الحقوق العينية الأصلية، وهو حق الانتفاع¹⁸²، حيث يلتزم المنتفع برد الأشياء المنتفع بها بمجرد انقضاء حق الانتفاع¹⁸³، وفي هذا المعنى جاء في قرار محكمة النقض المغربية أنه « من المقرر قانونا أن حق الانتفاع ينتهي وجوبا بموت المنتفع، ولما كان الثابت من مستندات الملف أن ملكية العقار المدعى فيه تعود إلى إدارة المياه والغابات، وأن موضوع الدعوى يروم الحكم على المطلوبين ورثة الراهن برد العقار المدعى فيه إلى ورثة المنتفع بعد وضعهم لمبلغ الرهنية بصندوق المحكمة، فإن المحكمة لما أيدت الحكم الابتدائي الذي قضى بعدم قبول دعوى الطاعنين، فإنها اعتبرت عن صواب حق الانتفاع لا يورث وينتهي حتما بموت المنتفع ولا يحق للطاعنين المطالبة به بعد وفاة والدهم»¹⁸⁴.

أما بخصوص فرضيات الرد غير التعاقدية فهي بدورها متعددة، وتشمل جميع حالات الرد المتولدة عن انحلال العقود سواء بفعل الإخلال بشروط صحة العقد أثناء تكوينه كالإبطال والبطالان أو أثناء سريانه مثل الاضمحلال La caducité المنصوص عليه في المادة 1186 من القانون المدني الفرنسي¹⁸⁵، أو عند تنفيذه بواسطة الفسخ، كما قد يترتب الرد غير التعاقدية عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق¹⁸⁶، وكذلك في حالة اعتصار الهبة¹⁸⁷ المنصوص عليها في المادة 287 من مدونة الحقوق العينية، وإن كانت هذه الحالة يمكن إدراجها في الرد المتولد عن الفسخ بصريح المادة السابقة التي تنص على أن « يترتب على الاعتصار في الهبة، فسخ

¹⁸² - مرجع سابق:

Pascal Fréchette: «La restitution des prestations en Droit Québécois», p49.

¹⁸³ - المادة 94 من مدونة الحقوق العينية.

¹⁸⁴-قرار محكمة النقض عدد385 الصادر في 10 شتنبر 2014، ملف مدني عدد 2012/3/1/4174، منشور بمجلة ملفات عقارية عدد4 سنة 2014، ص37.

¹⁸⁵-نصت المادة 1186 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بمقتضى القانون رقم 131-2016 على أنه «يصبح العقد الناشئ على وجه صحيح منحلًا إذا زال أحد عناصره الأساسية. لو كان تنفيذ عدة عقود ضروريا لإنجاز عملية واحدة، واختفى أحد هذه العقود، لصارت كافة العقود، التي أصبح تنفيذها مستحيلا نتيجة هذا الاختفاء، مضمحلة. كما تنحل كذلك العقود التي يكون فيها تنفيذ العقد الذي اختفى شرطا جوهريا لرضا أحد الأطراف بالتعاقد. العقد لا ينحل إلا لو كان المتعاقد الذي يثار ضده الاضمحلال يعلم وحدة العملية عندما صدر منه الرضا بالعقد».

¹⁸⁶-مرجع سابق:

Marie Malaurie :«Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p50.

¹⁸⁷- مرجع سابق:

Phillipe Malaurie et Laurent Aynès et Pierre-Yves GAUTIER: «Droit des contrats spéciaux», p523.

عقد الهبة ورد الملك الموهوب إلى الواهب. لا يلتزم الموهوب له برد الثمار إلا من تاريخ الاتفاق أو من تاريخ الحكم النهائي في الدعوى. يجوز للموهوب له أن يسترد النفقات الضرورية التي أنفقها على الملك الموهوب، أما النفقات النافعة ونفقات الزينة فلا يسترد منها إلا ما زاد في قيمته.»

وعلى الرغم من جاذبية هذا التصنيف وبساطته في التمييز بين المصادر التعاقدية وغير التعاقدية للرد على أساس إرادة الأطراف، فقد عيب عنه أنه غير مناسب للالتزام بالرد على اعتبار أن هناك من حالات الرد ذات الطبيعة القانونية تخضع لنظام الرد التعاقدية كما هو الشأن مثلا بالنسبة للالتزام بالرد الناشئ عن حق الانتفاع القانوني الذي يخضع بدوره لنظام رد حق الانتفاع الاتفاقي¹⁸⁸، فضلا عن هذا، فإن بعض الباحثين الذين اعتمدوا هذا التصنيف على علته، لم يتورعوا في التمييز بين الرد الناتج عن الفسخ والحقوه بالرد التعاقدية والرد الناشئ عن الإبطال وضموه إلى زمرة الرد غير التعاقدية¹⁸⁹، بينما ذهب البعض الآخر في اعتماد هذا التمييز بين الفسخ والإبطال انطلاقا من كون الرد المتولد عن الإبطال يقتضي زوال العقد بصفة نهائية وبشكل كامل بسبب عيب في تكوين العقد ومن ثم فإن الرد والحالة هذه يكون شاملا، ويجب على الأطراف البحث على مصدر آخر لتأسيس الالتزامات بالرد خارج نطاق العقد وبصفة خاصة بناء على قواعد الإثراء بلا سبب، في حين بالنسبة للفسخ فالرد لا يكون بالضرورة كاملا ومن ثم يبقى العقد هو الأساس القانوني لحساب الرد بين الطرفين¹⁹⁰، وهنا كذلك يتجلى الضعف المنهجي والمنطقي لهذا التصنيف لكون جميع صور الرد المتولدة عن انحلال التصرفات القانونية تروم إلى نفس الهدف وهو إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه للأداء المنفذ بموجب عقد تقرر إبطاله¹⁹¹ أو قضت المحكمة بفسخه¹⁹²، وبالتالي يفترض خضوعها

¹⁸⁸ - تنص المادة 80 من مدونة الحقوق العينية على أنه «ينشأ حق الانتفاع بإرادة الأطراف أو بحكم القانون...».

¹⁸⁹ - مرجع سابق:

Alssane Kante : «L'obligation de restitution dans les rapports privés en droit Senegalais», 2010, p179.

¹⁹⁰ - مرجع سابق:

Mélotie Combout : «Quasi-contrat et enrichissement injustifié», p519.

¹⁹¹ - Cour de cassation, arrêt 24 septembre 2003, Bull civ.IV, n°138, , qui juge, pour la nullité, qu'«en cas d'exécution des contrats nuls, les parties doivent être remise dans l'état ou elles étaient auparavant par restitution des prestations réciproquement exécutées», JCP2004, II, 10026, note M.Kieta.

¹⁹² - Cour de cassation, civ 3^e, arrêt 29 janvier 2003, qui énonce que «Lorsqu'un contrat synallagmatique est résolu pour inexécution par l'une des parties de ses obligations, les

لنفس النظام القانوني¹⁹³. كما أن بعض التشريعات المدنية المقارنة التي لا تحتوي على تنظيم صريح للرد الناتج عن الفسخ، كما هو الحال بالنسبة للمادة 1124 من القانون المدني الإسباني، فإن المحكمة العليا الإسبانية تخضعها لأحكام الإبطال¹⁹⁴.

الفقرة الثانية: الرد بأثر رجعي والرد الغير رجعي.

من قبيل هذه المحاولات أيضا في التصنيف ما سلكه بعض الفقه في تقسيم الرد إلى رجعي، كالناشئ عن الإبطال والفسخ، وغير رجعي كالمتولد عن عقد القرض أو عقد الإيجار، وهنا كذلك فالمعيار غير ملائم لخصوصية الالتزام بالرد¹⁹⁵، لأن الأثر الرجعي في سياق الفسخ أو الإبطال يثير بدوره مجموعة من التساؤلات والانتقادات الفقهية حول جدواه في مجال الرد، فمجرد التأكيد على زوال العقد في الماضي والمستقبل لا يبرر بأي حال من الأحوال تقرير الرد أو منح تعويض¹⁹⁶، فالرجعية بالنسبة للكثيرين¹⁹⁷ هي مجاز قانوني للتبرير النظري لانعدام الأساس القانوني، بينما الرد هو أثر مادي للحكم بفسخ أو ابطال عقد سبق تنفيذه جزئيا أو كليا¹⁹⁸، لهذا فالالتزام بالرد لا يقتصر على حالات انحلال التصرفات بأثر رجعي وإنما يشمل كل حالة يقتضي فيها انتهاء العقد، إعادة الشيء إلى أحد أطرافه¹⁹⁹، ومن ذلك مثلا عقود التوزيع

choses doivent être remises au même état que si les obligations nées du contrat n'avaient jamais existé», RTD civ.2003 , 501.

¹⁹³- مرجع سابق:

Annie Bousiges :«Les restitution après annulation ou résolution d'un contrat», p233.

¹⁹⁴-مرجع سابق:

Antonio Ismael Ruiz Arranz : « Frutos en la restitución contractual », p 307.

¹⁹⁵ - مرجع سابق:

Marie Malaurie :«Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p33.

¹⁹⁶ -GENICON (T.), La résolution du contrat pour inexécution, th. Paris II, L.G.D.J., 2007, p902.

¹⁹⁷ - مرجع سابق:

Mélodie Combot :«Quasi-contrat et enrichissement injustifié», p 518.

¹⁹⁸-مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 218, 1992, p452

¹⁹⁹- Vanessa Frasson : «Les Clauses de fin de contrat», Thèse en doctorat 2014, Université Jean Moulin Lyon3, p349.

الحصري للسلع التي يترتب عن انحلالها زوال رخصة التوزيع، على أن هذا لا يمنع الموزع من الاستمرار في إعادة بيع السلع المتبقية في المخازن²⁰⁰.

وعلاوة على هذا، فالرجعية لا تتلاءم مع فرضيات الرد الناتج عن الالتزام بالقيام بعمل خاصة بالنسبة للعقود المستمرة²⁰¹، ثم إن طبيعة الأثر الرجعي لامعنى لها في حالة الرد الناتج عن بيع الثنيا والرد الناتج عن أعمال الشرط الفاسخ إذا لم تقصده إرادة المتعاقدين أو طبيعة الالتزام²⁰²، ومن ثم فإن الأثر الرجعي ليس معيار جدير بالاعتبار في سياق الرد، بحيث يقول بعض الفقه « ليس من الضروري اللجوء إلى الأثر الرجعي للفسخ لتبرير الالتزامات بالرد»²⁰³، وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال القوانين الإنجليزية والألمانية التي لا تعرف فكرة الأثر الرجعي، وإنما تؤسس رد الأداءات على فكرة اختلال التوازن العقدي²⁰⁴. كما انه على مستوى القانون الدولي تم استبعاد فكرة الأثر الرجعي في المجال التعاقدى، فالفسخ ليس له أثر رجعي حسب المادة 7.3.5-7.3.7 من مبادئ Unidroit المتعلقة بعقود التجارة الدولية، ونفس الأمر بالنسبة لاتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في مادتها 81.

وفي نفس السياق فالقانون المدني الفرنسي الجديد المعدل بمقتضى الأمر رقم 131/2016، المؤرخ في 10 فبراير 2016، في معرض معالجته لكل من مؤسسة الفسخ (La résolution) بجميع أنواعه القضائي والاتفاقي والمبني على الشرط الفاسخ، وكذلك لمؤسسة الانحلال أو الاضمحلال (La caducité) باعتبارهما من المصادر المولدة للرد، أشار في المادة 1229 منه إلى أن: «الفسخ يؤدي إلى انقضاء العقد»، وتناول آثار الانحلال في المادة 1187 التي جاء فيها «يترتب على الانحلال انتهاء العقد»، فبناء على هذين النصين يرى الفقه الفرنسي²⁰⁵

²⁰⁰-J. Raynard, "Les restitutions dans les contrats de distribution", in La cessation des relations contractuelles d'affaires, PUAM 1997, p. 186.

²⁰¹ - مرجع سابق:

Pascal Fréchette: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p66.

²⁰² - جاء في الفصل 124 من قانون الالتزامات والعقود المغربي «لتحقق الشرط أثر رجعي يعود إلى يوم الاتفاق على الالتزام، إذا ظهر من إرادة المتعاقدين أ من طبيعة الالتزام أنه قصد إعطاؤه هذا الأثر».

²⁰³-R. Wintgen, « Regards comparatifs sur les effets de la résolution pour inexécution », RDC 2006/02 p. 548 et 550.

²⁰⁴ - مرجع سابق:

Vanessa Frasson : «Les Clauses de fin de contrat», p223.

²⁰⁵ - François Chénédé : «Le nouveau Droit des obligations et des Contrats», 2^e éd, nov 2018, Dalloz référence, p160.

أن المشرع بهذه الصياغة قد استبعد فكرة الأثر الرجعي للفسخ والانحلال وذلك بخلاف صياغة المادة 1178 المتعلقة بالإبطال التي جاء فيها «يعتبر العقد الباطل كأن لم يكن أصلاً». من هنا أصبح الرد متحرراً من مجاز الأثر الرجعي الذي ظل لفترة طويلة مسيطرًا على موقف الفقه والقضاء في تفسيره لمفهوم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه. وهذا ما جاء بشكل صريح في التقرير المقدم من وزير العدل الفرنسي لرئيس الجمهورية بخصوص تعديل القانون المدني الفرنسي حيث أكد على أن مسألة الرد أصبحت منفصلة رسمياً عن فكرة الأثر الرجعي وأضحت في المقابل أثر قانوني²⁰⁶.

الفقرة الثالثة: الرد الملزم لجانبين والرد الملزم لجانب واحد.

لقد تم الركون إلى ضابط أو معيار ثالث للتصنيف وهو التبادلية (réciprocité) (بحيث تم التمييز بين الرد الملزم لجانبين مثل الناتج عن الفسخ، والرد الملزم لجانب واحد كدفع غير المستحق وعقد العارية²⁰⁷، ففي الرد التبادلي تكون الالتزامات متقابلة حيث يصفها البعض بأنها عقد تبادلي معكوس²⁰⁸ مما يبرر تطبيق قواعد المقاصة والدفع بعدم التنفيذ، كما أن التبادلية تؤدي إلى معالجة الالتزامات بالرد بشكل شمولي بين الأطراف وليس بصورة منفصل، لأنه حتى في الحالة التي يقوم فيها طرف واحد بتنفيذ التزامه دون الطرف الآخر حيث ينصب موضوع الرد والحالة هذه على التزام من جانب واحد، فإن الطبيعة التبادلية للرد تبقى حاضرة من خلال الحساب الكلي، بشكل يجعل وجود تداخل أو تأثير متبادل بين الأداء المنفذ والأداء غير المنفذ²⁰⁹، فمثلاً في حالة أداء المشتري للثمن دون تسلم الشيء من البائع، فحرمان المشتري من الشيء المبيع يراعى في التسوية النهائية لحساب الرد، إذ يحق للمشتري الحصول على تعويض عن الحرمان من الاستغلال.

²⁰⁶-Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, NOR:JUSC1522466PELI : <https://www.legifrance.gouv.fr>.

²⁰⁷ - مرجع سابق:

Marie Malaurie :«Les restitutions en Droit Civil», 1991, p33.

²⁰⁸- J. CARBONNIER, Droit civil, vol. II, note 703, n° 1022.

²⁰⁹ - مرجع سابق:

Marie Malaurie :«Les restitutions en Droit Civil», 1991, p34.

ولما كان الأمر كذلك كان واقع الممارسة القضائية في القانون المقارن شاهدا على تأصل عنصر التبادل في نطاق الالتزام بالرد، فقد جاء في قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا الإسبانية ما يلي: «الالتزام القانوني للرد المقرر بمقتضى المادة 1303 من القانون المدني يروم إعادة الحالة السابق لقيام العقد الباطل، فيلتزم كل طرف برد ما أخذه مع جميع المنافع المتحصل عليها وذلك بشكل تبادلي، لهذا إذا كان فقدان القيمة بمرور الوقت هو سبب الحكم للعميل بالفوائد القانونية من لحظة تسليمه الأموال للبنك، فنفس المنطق يسري على احقية البنك في استرجاع الأرباح التي تلقاها العميل مع الفوائد القانونية، فالأمر لا يتعلق بدفع العميل لفائدة فوق الفائدة المقررة قانونا وإنما لكون المدفوعات التي تلقاها العميل ليس لها أساس أو سبب قانوني نتيجة الإبطال، وبالتالي فإن التزامات الرد المتبادلة بين الطرفين تخضع للمقاصة إلى أن نصل إلى المبلغ النهائي المستحق...»²¹⁰. ومن قبيل هذا العمل القضائي كذلك قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية بتاريخ 25 مايو 2016 جاء فيه « حيث إن فسخ عقد البيع يرتب بقوة القانون إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرام البيع بشكل تقابلي، لهذا فقاضي الموضوع غير ملزم ما لم يطلب منه صراحة عند الحكم برد الثمن رد الشيء المبيع»²¹¹.

وفي نطاق الفسخ الناتج عن دعوى ضمان عيوب المبيع، فالرد يشكل بدوره رابطة تبادلية يجب تنفيذها بالكامل وبشكل مطابق للعقد موضوع الفسخ²¹²، فقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3 فبراير 1998 أن «في حالة فسخ عقد البيع رد الثمن من جانب البائع يقابله إرجاع الشيء من طرف المشتري وهكذا فالشخص الذي استعاد الشيء يكون ملزم برد الثمن للطرف الذي قام بالرد»²¹³.

كما سار القضاء الكندي لمقاطعة الكيبك في الاتجاه نفسه، سواء قبل صدور القانون المدني لسنة 1991 أو بعده، فقد قضت المحكمة العليا الكندية في قرارها الصادر بتاريخ

²¹⁰- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, N°2030/2019, Fecha 21/06/2019, Consejo del poder judicial, Repertorio de jurisprudencia, (www.poderjudicial.es).

²¹¹-Arrêt de la cour de cassation, chambre civile 1, 25 mai 2016, n°15-17317, (www.juricaf.org).

²¹²- Phillipe Malaurie et Laurent Aynès et Pierre-Yves GAUTIER: «Droit des contrats spéciaux», 8^e édition, 2016, LGDJ, p268.

²¹³-Cour de cassation ch com, 3 février 1998, Bull. civ. IV, no 61, ; RTD com. 1988.296, obs. B. Boulloc.

1957، استنادا للمادة 1526 من القانون المدني للمشتري الخيرة بين إعادة الشيء واسترجاع الثمن أو الإبقاء على الشيء المعيب مع استرجاع جزء من الثمن، بالنسبة للخيار الأول فالبايع والمشتري تجمعهما التزامات متبادلة، مما يقتضي في حالة ابطال البيع وضمان إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أن يقوم المشتري بعرض الشيء للحصول على الثمن وفي المقابل أن يعرض البائع الثمن من أجل استعادة الشيء، فالتزام كل طرف بالرد مقرون بالتزام الطرف الآخر²¹⁴. وفي قرار آخر صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 2004 في قضية (Lepage c. Allard) اعتبرت المحكمة أن إفلاس المدعي البائع يشكل عائق حقيقي لقبول طلبه الرامي إلى استرداد العقار المبيع بسبب التدليس، فالطرف الذي يطلب الرد من الطرف الآخر في سياق عقد ملزم لجانبين يكون ملزم بتقديم عرض عيني وحقيقي لما تسلمه كمقابل للأداء الذي يروم استعادتها²¹⁵.

ولم يشذ القضاء المغربي عن هذا الاتجاه العام، فقد قضى المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في قراره الصادر بتاريخ 30 أبريل 1980 أنه يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانا عليها وقت نشأته وإلزام كل منهما بالرد للآخر ما أخذه منه بمقتضى العقد الذي تقرر إبطاله²¹⁶.

على أن هذه الشواهد القضائية وغيرها إنما تنحصر أهميتها في التدليل على حضور عنصر التقابل أو التبادلية في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد، بيد أنها لا تحسم في اعتبار التقابلية معيار للتصنيف وتقسيم الرد إلى ملزم لجانبين وملزم لجانب واحد يبرر إمكانية تطبيق نظام خاص وموحد على الحالات المشمولة به واستبعاده في حالات الرد غير التبادلي أو من جانب واحد، لهذا لا ينبغي التردد الحرفي للصيغة التي اعتمدها العميد Carbonnier في توصيف الالتزام بالرد بأنه عقد تبادلي معكوس، لأن الرد يتوقف بالدرجة الأولى على الأداء المنفذ خلال الفترة الفاصلة بين الإنشاء والانحلال، ومن ثم فإن حساب الالتزامات بالرد لا يكون شموليا بل يعتمد تحليلا موجزا لكل أداء منفذ على حدة والبحث فيه

²¹⁴ - قرار أورده:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p202.

²¹⁵ - نفس المرجع، ص 201.

²¹⁶ - قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 1980/4/30، تحت عدد 212 في الملف المدني عدد 73/751، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 28، ص 60.

عن المزايا المتحصل عليها بشكل مباشر أو غير مباشر والتي تشكل موضوع الرد²¹⁷. ومن نتائج هذا التحليل أن التبادلية ليست من جوهر الرد²¹⁸، فالالتزامات بالرد المتبادلة المتولدة عن الفسخ مثلا هي بقوة القانون بحيث لا يمكن للقاضي تعليق تنفيذ التزام المشتري برد المبيع على تنفيذ الطرف البائع لالتزامه برد الثمن، وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 19 ماي 2021 بنقض قرار استئنائي قضى بفسخ عقد بيع معدات نتيجة لعيب، وعلق رد المشتري للمعدات للبائع برد هذا الأخير ثمن البيع، وقد جاء في قرار النقض أن «فسخ عقد البيع يؤدي بقوة القانون إلى انحلال العقد بأثر رجعي، وإرجاع الأطراف إلى الحالة السابقة لانعقاده، دون حاجة لتعليق تنفيذ أحد الالتزامات بالتنفيذ المسبق للالتزام المقابل»²¹⁹. كما أن هذا المعيار تم انتقاده من طرف بعض الباحثين الفرنسيين على رأسهم الأستاذة Catherine Guelfucci-Thibierge التي أكدت على الطبيعة الأحادية لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وأنه لا يهم في الرد أن يكون متقابلا ومتوازنا، لأنه لن يتحقق هذا التوازن حتى في العقود الملزمة لجانبين إذا تم التنفيذ من طرف واحد أو إذا نفذ كل واحد الأطراف وجزئيا من الطرف الآخر، المهم في الحقيقة هو إرجاع الطرف الذي طلب الرد إلى الحالة السابقة، ببساطة لا يشترط في الرد أن يكون متوازن ليكون عادلا²²⁰.

بصفة عامة، إذا كان الهدف من التصنيف أو التقسيم في مجال القانون هو ضبط المدلول قصد توحيد النظام القانوني المطبق على كل صنف على حدة، فإن الملاحظ من خلال هذه المعايير الفقهية المقترحة أنها تفرق أكثر مما تجمع، كما أن التشريعات المقارنة، في اتجاهاتها الغالبة لم تجعل لها مكان في نصوصها المتعلقة بالرد.

²¹⁷- Yves-Marie Serinet : « Restitutions après anéantissement du contrat (art. 1161 à 1164-7) », in AVANT-PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice 22 Septembre 2005, p57.

²¹⁸-مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE : « Nullité restitutions et responsabilité » LGDJ 1992, p484.

²¹⁹ - Cour de cassation, 19 mai 2021, n°19-18.230, affaires extinction, ed francis lefevre, 2021.

²²⁰ -مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE : « Nullité restitutions et responsabilité », LGDJ 1992, p483.

المطلب الثاني: التصنيف المعتمد: الرد العادي وغير العادي.

ينسب إلى الأستاذة (Marie Malaurie) الفضل الأكبر في اعتماد آلية تصنيف مصادر الرد أو الأفعال المولدة له لضبط مفهومه في أطروحتها المسماة (Les restitutions en droit civil)، فبعد أن أوضحت أن جميع صور الرد تروم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه فإنها في المقابل أكدت على أن هذا التقرير يفتقد إلى الدقة لأن هناك من فرضيات الرد التي تخرج بطبيعتها عن المفهوم الفني الدقيق لهذا المؤسسة، وعلى هذا النحو اقترحت تقسيم رئيسي (Summa Divisio)²²¹ للرد من حيث مصادره، إلى رد عادي (normal) ورد غير عادي (anormal)، فحالات الرد العادية عموماً هي التي تبرز فيها إعادة الأشياء أو الأداءات كالتزام من بين الالتزامات التعاقدية المتوقعة مسبقاً لأحد أطراف العقد مثل القرض والوديعة أو تنشأ عن الممارسة العادية لحق الملكية مثل حق الانتفاع، ويدخل في هذا الإطار كذلك الرد المتولد عن بيع الثنيا وكذلك الرد الناتج عن الشرط الفاسخ.

وفي المقابل فإن فرضيات الرد غير العادي هي التي تشكل اثر اضطراب لوضعية قانونية كانت هادئة مثل الإبطال والفسخ ودفع غير المستحق، فقد يبدو أن الرد في هذه الحالات يؤدي إلى العودة إلى الوضع الطبيعي أو العادي إلا أن الفعل المولد له غير عادي وغير طبيعي فهو ناتج عن منازعة²²²، مما يجعل من الرد هنا جزءاً قانوني لتصحيح الآثار المادية التي خلفها الفعل المولد عن طريق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه²²³، أو كما يعتبره البعض نوعاً من الجزاءات التراكمية²²⁴ Sanctions Cumulables، التي لا يمكن المطالبة بها أو الحكم بها بشكل مستقل وإنما تشكل عنصر أساسي مندمج مع جزاء آخر كالإبطال أو الفسخ تستوجب الحكم بهما بشكل متزامن لتحقيق الرضا والارتياح الكامل للمدعي.

²²¹ -مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1991, p 35.

²²² -مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p45.

²²³ - نفس المرجع: صفحة 93.

²²⁴ -Morgane Reverchone-Billot : «La question litigieuse en matière contractuelle, Essai sur le traitement procédural du droit des contrats», Nouvelle Bibliothèque de Thèse, volume 169, Dalloz, 2017, p36.

لهذا فالتمييز بين الرد العادي وغير العادي يبدو منطقيًا لكونه يستند للاختلاف الطبيعي بين العادي وغير العادي، إلا أن الحدود بينهما ليست دائمًا واضحة، ففي حالة الرد الناتج عن إعمال الشرط الفاسخ فهو رد عادي على الرغم من أنه يؤدي في النهاية إلى فسخ العقد، ولكنه يبقى متوقعًا ومطلوبًا من أطراف العقد، على اعتبار أن الاضطراب الذي مس الوضعية الأصلية تم التخطيط له مسبقًا بموجب العقد²²⁵، فالشرط هو آلية قانونية أساسية في الالتزامات وبالتالي يبقى ذو طبيعة عادية لا يمكن أن يوصف بكونه جزاء.

من هنا كانت التفرقة بين الرد العادي والرد غير العادي أحد الإسهامات الأساسية لحل إشكالية مفهوم الالتزام بالرد، لأنه من غير المعقول وضع مفهوم ونظام موحد للرد مع الاحتفاظ بنطاقه الحالي، لهذا كان من الضروري تقليص نطاق التطبيق عن طريق تحديد معايير جديدة تبرز سمات وخصائص تمكن من تفرقة الرد بمفهومه القانوني والتقني الذي يقوم على فكرة الجزاء عن مجرد التزام من بين الالتزامات التعاقدية أو القانونية.

وعليه فإن الرد العادي يحدث عندما يكون إرجاع الشيء أو الأداء من بين الالتزامات المفروضة على أحد الأطراف بموجب العقد أو ناتج عن ممارسة حق الملكية، فإن القواعد المطبقة عليه تبقى خاصة بكل حالة على حدة ومرتبطة بشكل كبير بالفعل المولد ومن ثمة تستعصي عن الجمع والتوحيد (الفقرة الأولى)، وفي المقابل، فإن الرد غير العادي يحدث نتيجة انحلال العقد أو بصفة عامة بفعل عدم فعالية التصرف القانوني، فهو غالبًا غير متوقع يخالف القواعد القانونية أو العقدية المطبقة، وعلى الرغم من الاختلاف الظاهر لحالاته فإنها تشترك في وحدة الموضوع والهدف أي تصحيح الآثار المادية لتصرف قانوني غير نافذ وفاقد للفعالية²²⁶، فالعقد الباطل أو الذي تم الحكم بفسخه يجب محوه مع جميع الآثار المادية التي رتبها، ونفس الأمر بالنسبة لدفع غير المستحق فيجب تصحيحه مع جميع آثاره. هذا الهدف المشترك يتيح النظر إلى جميع الحالات من زاوية واحدة على أنها جزاءات (الفقرة الثانية).

²²⁵ - مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1991, p39.

²²⁶ - Nicole CATALA : « La nature juridique du payement », Thèse, Paris, L.G.D.J., 1961, no 83, p. 315.

الفقرة الأولى: الرد العادي سبب غموض المفهوم.

في القانون الخاص يتعين لاعتبار الرد عاديا وطبيعيا أن يكون متوقعا ومحددا في تصرف قانوني مثل العقد، أو مستندا على ممارسة حق من حقوق الملكية كالانتفاع، إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في الرد العادي تتميز بالكمال والشمولية، فهي موجودة بقوة القانون بمجرد حلول الأجل (سواء كان محددا أو قابل للتحديد) بحيث يجب تنفيذها بصرامة، فالقاضي ليست له سلطة تقديرية بهذا الشأن، هذه الصرامة مستمدة بشكل طبيعي من العقد الموجب للرد، فليس هناك وحدة في الموضوع لأن نظام الرد العادي يحدده السند الذي حاز به المدين بالرد للشيء²²⁷.

لهذا فالرد الناتج عن العقد أو عن وضعية مولدة له يبقى تابعا في نظامه القانوني للفعل المولد، فرد الشيء المودع و الشيء الذي ترد عليه عارية الاستعمال يخضعان لقواعد مختلفة، لأن المودع عنده من حيث المبدأ ليس له حق استعمال الشيء وفي المقابل فالمستعير له حق الاستعمال الشيء، كما أنه حتى في الحالات التي تكون فيها الالتزامات بالرد جد متقاربة لكونها تمنح حق استغلال واستعمال الشيء مثل عقد الإيجار وحق الانتفاع فنطاق الرد في هاتين الوضعيتين يختلف باختلاف السند المنشئ²²⁸، لأنه على الرغم من أن كل من المنتفع والمكثري ملزمان برد الشيء على حالته الأصلية إلا أن مدلول الحالة الأصلية يختلف بين الوضعيتين على اعتبار أن المنتفع يتسلم العقارات على الحالة التي توجد عليها بناء على مقتضيات المادة 92 من مدونة الحقوق العينية، بينما المكثري يلتزم بتسليم الشيء في حالة جيدة تصلح فيها لأداء الغرض الذي خصصت له وفقا لطبيعتها حسب الفصل 638 من قانون الالتزامات والعقود المغربي. ومن جهة أخرى فالمنتفع والمكثري يلتزمان قانونا بصيانة الشيء، إلا أن نطاق التزاماتهما مختلفة، فالإصلاحات الكرائية أقل أهمية مقارنة بالصيانة التي تقع على عاتق المنتفع، على اعتبار أن المكثري ملزم بضمان الانتفاع بالشيء في حين أن مالك الرقبة غير ملزم بأي التزام شخصي اتجاه المنتفع، فهذا الأخير ليس له الحق بمطالبة المالك بالإصلاحات الكبرى أثناء سريان الانتفاع.

²²⁷ - مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1991, p34.

²²⁸ - مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p51.

من خلال هذه المقارنة بين الانتفاع والإيجار يبدو أن الالتزام بالرد غير مستقل عن الفعل المولد، فهو لا يخضع للقواعد العامة للالتزامات وإنما للقواعد الخاصة بكل عقد على حدة أو بصفة عامة لقواعد الفعل المولد، لهذا إذا كان الفصل 245 من ق.ل.ع ينص على أنه «تبرأ ذمة المدين بشيء معين بذاته بتسليمه في الحالة التي كان عليها وقت العقد...»، فإن الأمر يختلف بالنسبة للرد العادي باختلاف العقود والأوضاع المولدة لهذا الالتزام، ففي عقد الوديعة يلتزم المودع عنده برد الشيء المودع ذاته في الحالة التي هو عليها²²⁹، وفي عقد الكراء يلتزم المكتري برد الشيء في حالة حسنة²³⁰.

وفي نفس السياق فإن تاريخ الرد يختلف باختلاف العقود المولدة له، بالنسبة لعقد الوديعة فالمودع عنده مجبر برد الوديعة للمودع بمجرد أن يطلب هذا منه ردها ولو كان الاتفاق قد حدد أجال معيناً لرد الوديعة²³¹ بناء على مبدأ الرد عند المطالبة *la restitution ad nutum*، كما أنه لا يجوز للمودع عنده أن يجبر المودع على استرداد الوديعة قبل الأجل المتفق عليه، ما لم تدعوه إلى ذلك مبررات خطيرة، وفي المقابل فإن الرد في عقد عارية الاستعمال لا يتم إلا عند انتهاء الأجل المتفق عليه، فالمستعير لا يجبر على هذا الرد قبل انتهاء ذلك الأجل²³²، ومرد هذا الاختلاف في الأحكام نابع من اختلاف في الصلاحيات، فالمودع عنده ملزم بحفظ الشيء بينما المستعير في عارية الاستعمال يتمتع بحق استعمال الشيء.

وأمام الاختلافات البارزة في فرضيات الرد العادي وعدم تطابقها من حيث المضمون والنظام القانوني، يؤكد الكثير من الباحثين²³³ أن هذه الحالات تخرج عن نطاق المفهوم الفني الدقيق للرد الذي يروم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه باعتباره اثر أو جزاء قانوني يفرضه القانون في حالات محددة، وإنما هو في هذه الفرضيات مجرد التزام من بين الالتزامات الأخرى

²²⁹ - جاء في الفصل 804 من ق.ل.ع : «على المودع عنده أن يرد ذات الشيء الذي تسلمه وتوابعه التي سلمت له معه في الحالة التي هو عليها، مع عدم الإخلال بما هو مقرر في الفصلين 808 و 809».

²³⁰ - ينص الفصل 677 من ق.ل.ع : «إذا لم تحرر قائمة تثبت حالة العين المكتراه أو وصفها، افترض في المكتري أنه تسلمها في حالة حسنة».

²³¹ - الفصل 794 ق.ل.ع.

²³² - الفصول 840 و 841 و 842 من ق.ل.ع.

²³³ - Johann Le Bourg : « La remise de la chose - essai d'analyse à partir du droit des contrats », Thèse Pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de Grenoble Spécialité Droit Privé, 2010, 102.

H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle », T. 1, Montchrestien, 6^e éd., 1965, n°706-4.

المقررة بموجب عقد²³⁴. بل إنه في كثير من الأحيان قد يختلط بالالتزام بالمحافظة على الشيء مع كل ما يترتب على هذا التشبيه من تبعات وآثار تتعلق عموماً بالنسج على منوال المسؤولية المدنية²³⁵.

ولابأس من الاستطراد هنا للإشارة إلى أن العلاقة بين الالتزام بالرد والالتزام بالمحافظة على الشيء قوية لدرجة أنه من الصعب في كثير من الأحيان ضبط الحد الفاصل بينهما وتحديد من منهما يعتبر مصدر للمسؤولية، وفي هذا الإطار يقول البعض أن التسليم الأولي والرد النهائي هما وسيلتين لضمان المحافظة على محل العقد²³⁶، على أساس أن الإخلال بالالتزام بالحفظ يترتب عنه وجوب الإخلال بالالتزام بالرد²³⁷. فبالنسبة لعقد الوديعة يرى البعض أن التمييز بين الحفظ والرد مصطنع فهما وجهان لعملة واحدة²³⁸، بينما يرى البعض الآخر أن الالتزام الرئيسي في عقد الوديعة هو حفظ الشيء في حين أن الرد هو التزام تابع²³⁹، وهذا ما يمكن استنتاجه من الفصل 791 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص «على المودع عنده أن يسهر على حفظ الوديعة بنفس العناية التي يبذلها في المحافظة على أموال نفسه، مع استثناء ما هو مقرر في الفصل 807»، كما عرفت المادة 1915 من القانون المدني الفرنسي بأن «الوديعة بشكل عام تصرف بموجبه يتم تسلم شيء في ملكية الغير مع الالتزام بحفظه ورده عينا» فقد جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 16 ماي 2013 «الالتزام المودع عنده بحفظ الشيء الذي تسلمه هو جوهر عقد الوديعة»²⁴⁰.

²³⁴- Mustapha Mekki : « La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat : esquisse d'un art », revue Grand Deux , Grand A , Petit trois, 2013, 83.

²³⁵ - J.-J. BARBIERI : « Contrats civils, contrats commerciaux », éd Masson, Armand Colin, séries droit, 1995, p. 162.

²³⁶-Rémy Libchaber : « Le dépôt d'instruments financiers », Droit & Patrimoine, 2000, n° 82, p. 91.

²³⁷ -François Collart Dutilleul Philippe Delebecque : « Contrats civils et commerciaux », 11e édition, 2019, Dalloz, p536.

²³⁸ -I. AVANZINI : « Les obligations du dépositaire » préf. C. JUBAULT, Litec, Bibl. dr. entr., t. 73, 2007, n° 80.

²³⁹ -H. BATIFFOL, Les conflits de lois en matière de contrats, Sirey, 1938, n° 245.

²⁴⁰- Cour de cassation. 1re civ., 16 mai 2013, n° 11-18143 , JCP, N°177, P1433.

وتبعاً لهذا الرأي فإن نظام الرد يبقى تابعا من حيث نطاقه للالتزام بالحفظ، فهو التزام بنتيجة يتعرض للجذب من قبل الالتزام بالحفظ الذي هو التزام بوسيلة مما يتولد عنه التزام بنظام هجين²⁴¹، فالرد في حالة التلف أو تعيب الشيء يصبح على حسب الحالات إما التزام بنتيجة مخفف أو التزام بوسيلة مشدد، بمعنى أنه ليس التزاما بنتيجة لأنه يتوقف على اثبات خطأ المدين، كما أنه ليس التزاما بوسيلة لأن عبء اثبات الإعفاء من المسؤولية يقع على عاتق المدين، من هنا يصبح الرد مرتبطاً بنظام الحفظ، فوجود هذا الالتزام الأخير يغير نظام الرد. على أن فرضية الجذب هذه لا تفسر بالنسبة لبعض الباحثين موقف العمل القضائي في هذا الشأن²⁴²، فالأمر لا يتعلق بجذب بسيط وإنما بامتصاص كامل للرد من جانب الحفظ، ففي حالة هلاك الشيء فالقضاء لا يؤسس المسؤولية بناء على الالتزام بالرد وإنما على أساس الإخلال بالالتزام بالحفظ.

وعلى النقيض من الآراء السابقة هناك اتجاه آخر يعتبر الالتزام بالحفظ جزءاً من الالتزام بالرد، وفي هذا المعنى كان يقول Robert-Joseph Pothier بخصوص الرهن الحيازي «هناك التزام ثاني يقع على عاتق الدائن الذي يتلقى الشيء في الرهن الحيازي وهو توفير العناية والحفظ، إنه نتيجة للالتزام الأول بالرد، لأن كل شخص ملزم برد شيء فهو ملزم ضمناً بحفظه، فالالتزام النهائي يستوعب بالضرورة الوسائل الكفيلة بتحقيقه»²⁴³. وهذا بعينه ما تبنته المادة 9 من مسودة مقترح مشروع تعديل قانون العقود الخاصة الفرنسي التي تقدمت به جمعية Henri Capitant، حيث جاء فيها «الالتزام بالرد يشمل الالتزام بالحفظ وصيانة الأموال حسب طبيعة العقد»²⁴⁴، ولعل مضمون هذه المادة المقترحة مستوحى من المادة 1197 من القانون المدني الفرنسي المعدل بمقتضى القانون رقم 131/2016، التي تنص على أن «الالتزام بتسليم الشيء يشمل الحفظ إلى حين حصول هذا التسليم». وفي هذا المعنى قضت محكمة

²⁴¹-M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER : «La responsabilité des personnes obligées à restitution», RTD civ. 1993, p. 757.

²⁴²مرجع سابق:

Johann Le Bourg : « La remise de la chose », Thèse , 2010, p103.

²⁴³-Robert-Joseph Pothier « Traité des contrats de dépôt, de mandat, de nantissement, d'assurance, de prêt et du jeu », in Œuvres de Pothier, t. 6, 1821, Siffrein, n° 32.

²⁴⁴-Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'association Henri Capitant, art. 9 : « l'obligation de restitution emporte celle de conserver et d'entretenir le bien, suivant la nature du contrat », in (www.studocu.com).

النقض الفرنسية بأن «مسؤولية الرد العيني للشيء عنصر أساسي في عقد الوديعة وبالتالي لا يمكن اعتبار تسليم البضائع من المورد بشرط الاحتفاظ بالملكية إلى حين أداء الثمن بأنه عقد وديعة طالما أن العقد لا يتضمن في بنوده التزام برد البضائع للمورد»²⁴⁵.

ويترتب على هذا الموقف، تفسير الحل المعتمد من طرف القضاء بتطبيق نظام واحد على كل من الالتزام بالرد والالتزام بالحفظ، سواء في حالة عدم رد الشيء بفعل التلف أو الهلاك أو في حالة رده معيباً²⁴⁶، فقد دأبت محكمة النقض الفرنسية على القول «بأنه في حالة الضياع أو تعيب الشيء لا يمكن اعفاء المستعير من المسؤولية إلا اثبت عدم وجود خطأ من جانبه أو بفعل حادث فجائي»²⁴⁷، ونفس الحكم تطبقه بشأن عقد الوديعة²⁴⁸ وعقد الإيجار²⁴⁹.

في ظل هذه المقاربة التي تفسر فرضيات الرد العادي كالتزام، كان من الطبيعي أن يستعير الجدل حول طبيعة الرد وتصنيفه بين الالتزام بوسيلة والالتزام بنتيجة²⁵⁰، فمن جهة أولى قد يبدو الرد التزاماً بوسيلة، فالقواعد العامة توحى بهذه الطبيعة، فالفصل 245 من ق.ل.ع، يؤكد على أن ذمة المدين تبرأ بتسليم الشيء في الحالة التي كان عليه وقت العقد ولا يسأل عن العيوب إلا «إذا نشأ العيب عن فعل أو خطأ يتحمل مسؤوليته»، كما أن النصوص القانونية المتعلقة بالعقود الخاصة تحيل على نفس المعنى، فبالنسبة للرهن الحيازي ينص الفصل 1211 «يضمن الدائن هلاك المرهون وتعيبه، إذا حصل بفعله أو بخطئه أو بفعل أو خطأ الأشخاص الذين يسأل عنهم»، وبالنسبة لعارية الاستعمال ينص الفصل 849 على ما يلي «لا يضمن المستعير هالك الشيء المعار أو تعيبه الناشئ من استعماله إياه، إذا كان هذا الاستعمال عادياً أو مطابقاً لاتفاق الطرفين، وإذا ادعى المعير أن المستعير أساء استعمال الشيء، وجب عليه أن يقيم الدليل على صحة ادعائه»، ونفس الأمر بالنسبة للوديعة حيث ينص الفصل 806 بأن «يضمن المودع عنده هلاك الشيء أو تعيبه الحاصل بفعله أو بإهماله».

²⁴⁵- Cour de cassation. 1^{re} civ., 17 févr. 1981, n°79-14.298, JCP 1981. I. 35527, note Chabas.

²⁴⁶- Julien Douillard : «La distinction des obligations de conservation et de restitution», Actua-juridique, ed lextenso, 2021, p2.

²⁴⁷-Cass. 1^{re} civ., 4 avr. 2006, n° 05-12681.RDI 2007, p453.

²⁴⁸-Cass. com., 30 mai 2012, nos 10-17803 et 10-18527.RDI 2012, p828.

²⁴⁹-Cass. 3^e civ., 18 mars 1998, n° 96-11624 : Bull. civ. III, n° 62 ; RDI 1998, p. 426, obs. F. Collart Dutilleul et J. Derruppé.

²⁵⁰-مرجع سابق:

Johann Le Bourg : « La remise de la chose», Thèse, 2010, p100.

وهو يسأل أيضا عن عدم اتخاذ الاحتياطات التي يشترطها العقد. وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر»، كما ينص الفصل 597 على نفس الحكم بخصوص بيع الثنيا « يسأل المشتري عن تعيب الشيء أو هلاكه الحاصلين بفعله أو بخطئه أو بخطأ الأشخاص الذين تلزمه المسؤولية عنهم، كما أنه يسأل عن التغييرات التي ترتب عنها تحول الشيء تحولا أساسيا إضرارا بالبائع». فهذه النصوص تحيل على فكرة اثبات خطأ المدين بالرد سواء بفعل إهماله أو رعونته أو سوء استعماله للشيء، وهذا الإثبات يتنافى مع مضمون الالتزام بنتيجة الذي يقوم على قرينة قاطعة بوجود الخطأ لمجرد عدم رد الشيء²⁵¹.

وفي نفس السياق فالقضاء الفرنسي في مجموعة من قراراته أكد على أن الالتزام بالرد المتولد عن العقود هو التزام بوسيلة، فقد جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 22 ماي 2008 بخصوص عقد الوديعة بأنه: «من خلال المزج بين مقتضيات المواد 1927 و1928 و1933، فإنه إذا كان التزام المودع عنده هو التزام بنتيجة فهو يتحمل في حالة تعيب الشيء المودع إثبات عدم مسؤوليته من خلال تقديمه العناية الكافية»²⁵². وفي قرار آخر بشأن عارية الاستعمال قضت محكمة النقض الفرنسية بأن «في حالة ضياع أو تعيب الشيء لا يمكن اعفاء المستعير من المسؤولية إلا إذا اثبت عدم وجود خطأ من جانبه أو وقوع ذلك نتيجة لحادث فجائي»²⁵³.

وفي المقابل هناك اتجاه ثاني لم يتردد في إدراج الرد في زمرة الالتزامات بنتيجة²⁵⁴، انطلاقا من اعتبارات تاريخية تتعلق بصرامة الرد في القانون الروماني²⁵⁵، كما أن تشبيه الرد بالتسليم الذي هو بطبيعته التزام بنتيجة يؤكد هذا الأمر²⁵⁶، وأخيرا فإن المعايير الفقهية المعتمدة في

²⁵¹ -مرجع سابق:

M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, La responsabilité des personnes obligées à restitution, RTD civ. 1993, p. 757.

²⁵² - Cour de cassation Civ. 1^e, 22 mai 2008, n° 06-17.863, bull. civ.I, N° 143, RTD Civ. 2008, p 829.

²⁵³ - Cour de cassation Civ. 1^e, 4 avril 2006, n° 05-12.681, bull. civ.I, N° 123, RTD Civ. 2006, p 475.

²⁵⁴ - S. BERNHEIM-DESSAUX :« La responsabilité contractuelle du détenteur d'une chose corporelle appartenant à autrui» préface G. VINEY, PUAM, 2003, p28.

²⁵⁵ -مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1991, p36.

²⁵⁶ -مرجع سابق:

تميز الالتزام بنتيجة عن الالتزام بوسيلة تؤسس لهذا الطرح، سواء من حيث الطبيعة المحددة للالتزام والتي لا تتضمن المخاطرة أو الغرر أو من حيث عدم الحاجة إلى مشاركة أو التدخل الفعلي للدائن في تنفيذه²⁵⁷، فكل هذه المعطيات تنطبق على الالتزام بالرد في رأي المنافحين عن هذا الموقف²⁵⁸، ونتيجة لهذا فإن للدائن بالرد تحميل المدين المسؤولية لمجرد عدم الرد دون الحاجة لإثبات رعونته أو إهماله.

كما برز اتجاه ثالث على مستوى الفقه والقضاء بخصوص طبيعة الرد في سياق عقدي الوديعة وعارية الاستعمال، يتحدث عن وجود فئة وسطى بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة²⁵⁹، بمعنى أنه عالج مسؤولية المودع عنده والمستعير وكأنهما يلتزمان بتحقيق نتيجة بطريقة مخففة، أو عالجهما عن طريق افتراض الخطأ في حق المودع عنده وهو المدين بمجرد التزام ببذل عناية، بمعنى أن القضاء والفقه الفرنسيين لا يشترطان على المودع اثبات خطأ المودع عنده فهو خطأ مفترض ومن ثم يكون على هذا الأخير أن يثبت عدم وجود خطأ من جانبه في المحافظة على الشيء ورده²⁶⁰. ويجد هذا الرأي تبريره في التدقيق في الالتزامات المفروضة على الأطراف المتعاقدة في نوع العقود السالفة الذكر، حيث يلتزم المدين فيها بالتزامين أساسيين متزامنين وليس التزام واحد²⁶¹، فيلتزم في البداية برد الشيء وإرجاعه إلى صاحبه، وهذا الالتزام بالرد ليس هو الالتزام بالتسليم في ذاته وإنما يتجاوز معه أو يشبهه²⁶² وبالتالي فهو التزام بتحقيق نتيجة. ومن جانب آخر يتعهد المدين بالتزام ثان وهو رد الشيء في حالة حسنة، وهذا يقتضي التزامه بالمحافظة على الشيء وهو التزام ببذل عناية.

Johann Le Bourg : « La remise de la chose », Thèse, 2010, p101.

²⁵⁷ - مرجع سابق:

Mustapha Mekki : « La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat », revue Grand Deux, Grand A , Petit trois, 2013, 81.

²⁵⁸ - مرجع سابق:

S. BERNHEIM-DESVAX : « La responsabilité contractuelle du détenteur », 2003, p30.

²⁵⁹ - Ch.Larroumet : « Droit civil, Les obligations », 2^{éd} Economica, T11, 1990, p 638.

²⁶⁰ - أسامة أحمد بدر: « الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤوليتين الشخصية والموضوعية », دار الجامعة الجديدة مصر، 2011، ص 38.

²⁶¹ - مرجع سابق:

Johann Le Bourg : « La remise de la chose », THÈSE, 2010, p101.

²⁶² - أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، صفحة 37.

ومهما يكن من أمر هذه الآراء المختلفة من جهة حول طبيعة الالتزام بالرد بين الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة، والخلط بينه وبين الالتزام بالحفظ من جهة أخرى، فإن الأكيد أن مرد هذه المواقف المتباينة يرجع بالأساس للنصوص القانونية المتباينة التي تتناوله كالالتزام يغطي واقعيتين مختلفتين²⁶³، الأولى الالتزام برد الشيء والثانية الالتزام برد الشيء في حالة حسنة.

لهذا فإن كل عقد أو وضعية مولدة للالتزام بالرد تخضع لقواعدها الخاصة، فالرد في عقد الكراء أو الناتج عن حق الانتفاع لا يتم بنفس الطريقة التي يتم بها الرد في حالة عقد الوديعة، فالأطراف يعلمون أنه في الكراء يتم استعمال الشيء والانتفاع به وبالتالي لا يتوقعون استرداده في حالته الأصلية، وفي هذا الإطار تقول الأستاذة Marie Malaurie أن نظام الرد العادي يحدده السند الذي تسلم به المدين بالرد للشيء²⁶⁴، وأن كل مؤسسة مولدة للرد العادي تخضع لقواعدها الخاصة²⁶⁵.

الفقرة الثانية: الرد غير العادي وسيلة لضبط و توحيد المفهوم.

هناك أسباب للرد تنشأ عن أوضاع غير متوقعة أو غير مقصودة من الأطراف وهي حالات الرد غير العادية التي تعرفها الأستاذة Marie Malaurie (تعتبر حالات الرد غير عادية أو غير طبيعية لأنها تتسبب في إحداث اضطراب وتصطدم بوضع قانوني كان هادئاً حتى ذلك الحين، يتباد إلى الذهن هنا الاستحقاق والإبطال والفسخ ودفع غير المستحق وعودة المفقود. بالتأكيد وبمعنى ما، يؤدي الرد هنا إلى الرجوع إلى الحالة الأصلية أو العادية، فاستعادة المالك لملكه أمر طبيعي إلا أن الفعل المولد غير طبيعي وغير عادي، فالرد ناتج عن دعوى استحقاق أو إبطال، فهذه الحالات ذات طبيعة تنازعية مختلفة عن حالات الرد العادية)²⁶⁶.

²⁶³ - مرجع سابق:

Johann Le Bourg : « La remise de la chose », Thèse , 2010, p101.

²⁶⁴ - مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1991, p36.

²⁶⁵ مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE:«La restitution des prestations en Droit Québécois», p52.

²⁶⁶ - مرجع سابق:

Maria Malaurie :«Les restitutions en Droit Civil», 1991, p35.

لكن مع ذلك يبدو أن وجود اضطراب لا يكفي وحده لاعتبار الرد غير عادي، بل يتعلق الأمر بشكل دقيق بظروف ناتجة عن عدم نفوذ تصرف قانوني أو عدم تحقق واستمرار الآثار المتوقعة من أداء معين²⁶⁷.

من هذا المنطلق يمكن القول أن الظروف التي يترتب عنها الرد غير العادي هي بدورها متنوعة²⁶⁸ بحيث تشمل تلك المرتبطة بالمادة التعاقدية وتلك التي تحدث خارج نطاق تنفيذ العقود²⁶⁹.

1- أسباب الرد غير العادي المرتبطة بالمادة التعاقدية فهي ليست تلك الحالات التي يشكل فيها الرد أحد الالتزامات المتوقعة من العقد، وإنما هي ظروف تطرأ بعد إبرام عقد تبرر إرجاع الأطراف إلى الحالة السابقة لإتمام العقد أو تنفيذه بشكل كلي أو جزئي²⁷⁰. ومن أهم هذه الأسباب المولدة للرد غير العادي هناك الإبطال والبطلان اللذان يعتبران وصفاً أو تكييفاً للعمل القانوني الناشئ عن خلو العقد من ركن من أركانه أو عيب في شرط من شروطه يعطل الآثار القانونية التي ينتجها التصرف القانوني²⁷¹، وقد خص المشرع المغربي الرد الناتج عن الإبطال بالفصل 319 من ق.ل.ع الذي جاء فيه « يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانا عليها وقت نشأته، والتزام كل منهما بأن يرد للأخر كل ما أخذه منه بمقتضى أو نتيجة العقد الذي تقرر إبطاله. وتطبق بشأن الحقوق المكتسبة على

²⁶⁷-مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p53.

²⁶⁸ -مرجع سابق:

Yves-Marie Serinet :« Restitutions après anéantissement du contrat (art. 1161 à 1164-7)», EXPOSÉ DES MOTIFS, AVANT-PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS, p 56.

²⁶⁹ -مرجع سابق:

Phillipe Malaurie et Laurent Aynès et Pierre-Yves GAUTIER: «Droit des contrats spéciaux», 8^e édition, 2016, LGDJ, p523.

²⁷⁰ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p 481.

²⁷¹ -بديع بن عباس: «النظرية العامة للبطلان التوجيهات التشريعية والقضائية الحديثة»، دار النشر مجمع الأطرش تونس، الطبعة الأولى 2020، ص42.

انظر كذلك : أحمد شكري السباعي «نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقہ الإسلامي والقانون المقارن»، منشورات عكاظ، المغرب، 1987، ص317. ادريس العلوي العبدلاوي : «نظرية العقد»، الطبعة الأولى، الرباط 1996، ص 541.

وجه صحيح للغير حسني النية الأحكام الخاصة المقررة لمختلف العقود المسماة «، بينما تناول الرد المتولد عن البطلان في الفصل 306 من ق.ل.ع التي جاء فيه « الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر، إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له». من خلال هاذين النصين يتضح ان إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد تعد أبرز أثر لإبطال وبطلان التصرفات القانونية، وهي تشمل جميع حالات الإبطال، وهذا ما أكدته القضاء المغربي والمقارن في العديد من القرارات، فقد جاء في قرار محكمة النقض المغربية الصادر بتاريخ فاتح أبريل 2015 أنه « والمحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه أوردت في تعليلها أن القانون المطبق على النازلة هو الفصل 3-318 من ق.ل.ع والطالبة لم تنتقد هذا التكييف وبذلك تكون المحكمة ملزمة بالأثر الناتج عن هذا التكييف الذي جعل العقد الرابط بين الطرفين باطلا ما دام أنه لم يحرر طبقا لما ينص عليه الفصل المشار إليه أعلاه وقضت بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد طبقا لما ينص عليها الفصل 306 من ق.ل.ع وبذلك لم يقض القرار بأكثر مما طلب ولم يخرق الفصل 3 من ق.م.م والوسيلة على غير أساس»²⁷². وفي قرار آخر قضى المجلس الأعلى بأنه «يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانا عليها وقت إنشائه والزام كل منهما بالرد للآخر ما أخذ منه بمقتضى أو نتيجة العقد الذي تقرر إبطاله»²⁷³. وفي نفس الاتجاه جاء في قرار محكمة النقض بتاريخ 23 يوليوز 2008 بخصوص بيع ملك الغير بناء على وكالة مزورة بأن «إذا كان حق الملكية مضمونا فإن الأولى بالحماية هو المالك الحقيقي ونتيجة لذلك لا مجال للاستدلال بحسن نية المشتري طالما أن الوكالة التي انعقد البيع الأول على أساسها ثبتت زوريتها بمقتضى قرار جنحي بات، وأن ما بني على التزوير لا يترتب عنه أي أثر قانوني سواء بالنسبة للمتعاقدين أو لخلفائهما. إن الالتزام الباطل لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له، وما بني على باطل فهو باطل، وأنه لانعدام إرادة المدعي في إبرام الوكالة تكون هذه الأخيرة باطلة، مما تكون معه العقود المبرمة لاحقا تأسيسا على عقد الوكالة باطلة وكذا جميع إجراءات تسجيلها»²⁷⁴، وفي قرار حديث لمحكمة النقض ذهب إلى القول بأن «لما كانت أموال المدين ضمانا عاما لدائنيه

²⁷² - قرار محكمة النقض عدد 70 الصادر بتاريخ 01 أبريل 2015، ملف تجاري عدد 2014/1/3/985، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة التجارية، العدد 23، سنة 2015، ص 112 و 113.

²⁷³ - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 30 أبريل 1980 تحت عدد 212 ملف مدني عدد 73/751، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 28، ص 60 وما يليها.

²⁷⁴ - قرار محكمة النقض عدد 2854 المؤرخ في 23 يوليوز 2008، الملف المدني عدد 2004/1/1/1696، منشور بالمنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض-www.juriscassation.cspj.ma.

عملا بالفصل 1241 من ق.ل.ع، وأن البنك الطاعن له بذلك الصفة والمصلحة لمنع مدينه المطعون ضده الأول من التصرف في ماله تصرفا يمس بالضمان إضرار به كدائن، فإن تقديمه لدعواه الرامية إلى إبطال عقد البيع الذي بموجبه فوت المدين المذكور ملكه لولديه القاصرين وما يستتبعها من إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ليظل الضمان قائما»²⁷⁵

وفي نفس السياق قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه «في حالة الحكم بإبطال عقد مقاوله من الباطن تم تنفيذه، فيجب إرجاع الأطراف إلى الحالة السابقة قبل التنفيذ، وللمقاول الفرعي الحق في رد المبالغ التي أنفقها بالفعل من المقاوله الرئيسة، دون احتساب قيمة المنشأة بعد عملية الإصلاح التي قام بها الغير»²⁷⁶. كما قضت في قرارها الصادر بتاريخ 12 أبريل 2018 بأن «بمجرد إبطال عقد التأمين، لا يمكن استعادة أداءات التأمين عينا، وإنما يقتضي الأمر إعادة المقترض إلى حالته الأصلية وكأنه لم يتعاقد ولا يجوز مطالبته بأي دين لفائدة المؤمن عن الضمانات التي قدمها هذا الأخير»²⁷⁷.

كما أصدرت المحكمة العليا الإسبانية قرارا بتاريخ 11 فبراير 2003 يمثل موقفها من الرد المتولد عن الإبطال جاء فيه «أن المادة 1303 من القانون المدني تسعى إلى تحقيق الرد الشامل من خلال تمكين الأطراف من استعادة الوضع القانوني والمالي الذي كان لهم قبل إبرام العقد الذي تم إبطاله»²⁷⁸.

كما أن القانون الألماني بدوره يعتبر إبطال وبطلان العقود سببا للرد على أساس الإثراء غير المبرر لغياب السند القانوني لنقل القيم بين الأطراف أو بسبب زوال السند القانوني²⁷⁹ بناء على الفقرة الأولى من الماد 812 من القانون المدني الألماني BGB. وفي المقابل فإن إبطال أو بطلان عقد في التشريع الإنجليزي لا يعد سببا كافيا للرد، بل لابد من وجود عامل من عوامل عدم المشروعية المستمدة من أساس عام هو الإثراء غير المشروع²⁸⁰.

²⁷⁵ - قرار محكمة النقض رقم 108، الصادر بتاريخ 8 فبراير 2022، ملف مدني عدد 2019/1/1/10295، منشور بالمنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض - www.juriscassation.cspj.ma

²⁷⁶ - Cour de cassation Civ. 3^e, 13 Septembre 2006, n° 05-11.533, RDI 2006, p322.

²⁷⁷ - Cour de cassation Civ. 3^e, 12 avr 2018, n° 17-13.118, RTD civ, 2018, p642.

²⁷⁸ - STS 11.2.2003, FD. 2.° (MP: Corbal Fernández, RJ 2003/1004),

²⁷⁹ - Charline Delangle-Bretelle : « Les motifs du contrat à titre onéreux : étude comparative des droits français, anglais et allemand », Thèse Docteur de l'Université de BORDEAUX, 2020, p115.

²⁸⁰ - مرجع سابق:

والجدير بالذكر هنا أن الرد يشمل إبطال وبطلان العقود الفورية والعقود المستمرة، لأنه على الرغم من الطبيعة الخاصة للمعقود عليه في العقود المستمرة كالمنفعة في عقد الكراء والعمل في عقد الشغل التي تستعصي على الرد العيني فإنها في المقابل تقبل الرد القيمي أو بمقابل²⁸¹، لهذا فمحكمة النقض الفرنسية تؤكد على الأثر الرجعي للإبطال حتى بالنسبة للعقود ذات التنفيذ المستمر²⁸².

وعلى صعيد آخر فإن الفسخ يعتبر كذلك من بين أسباب الرد غير العادية، فالفسخ هو حل الرابطة العقدية بسبب عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه، فبعد تقرير الفسخ يصبح العقد منعدم الوجود كأنه لم يكن، وبالتالي يجب إزالته ومحو كل الآثار التي رتبها من يوم انعقاده، ويقتضي هذا الأمر أن يرد كل متعاقد ما تلقاه من المتعاقد الآخر تنفيذا للعقد المفسوخ، ولئن كان المشرع المغربي لم يشر صراحة في النصوص المتعلقة بالفسخ في قانون الالتزامات والعقود لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد، فإن القضاء المغربي جعله أهم أثر يترتب على الفسخ، فقد ورد في قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 30 ماي 2002 «إن صدور حكم بفسخ بيع عقار يترتب عليه إرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وتبعاً لذلك تنعدم الواقعة التي تبرر فرض الضريبة على الربح العقاري»²⁸³، وفي قرار آخر اعتبر المجلس الأعلى أنه: «لكن من جهة حيث إن الحاج عبد السلام الميني عندما طلب فسخ عقد البيع المبرم بينه وبين الغريب محمد يكون قد طلب ضمناً إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها من قبل أي إلزام كل واحد برده للآخر ما أخذه منه»²⁸⁴. وعلى أي حال فقواعد الرد المترتبة على الفسخ كقواعد الرد المترتبة عن الإبطال يحكمها نفس المنطق القائم على فكرة الأثر الرجعي.

ومن المفيد الإشارة هنا إلى أن القضاء الفرنسي يؤكد بدوره على أن الرد هو أثر مباشر وتلقائي للفسخ، يقتضي بالضرورة إرجاع الأطراف إلى الحالة السابقة بأن يرد كل طرف ما

- Charline Delangle-Bretelle : « Les motifs du contrat à titre onéreux », p115.

²⁸¹ -François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénédé : «Droit Civil, les obligations», 12 éd, Dalloz, 2016, p652.

²⁸² - Cour de cassation Civ. 3^e, 13 juin 2001, n° 99-18.676, CCC 2001 n°155, note I.Leveneur.

²⁸³ - قرار محكمة النقض الغرفة الإدارية، عدد 346، الملف الإداري عدد 2002/286، الصادر بتاريخ 30 ماي 2002، منشور بالمنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض-www.juriscassation.cspj.ma.

²⁸⁴ -قرار المجلس الأعلى عدد 777 الصادر بغرفتين بتاريخ 15 دجنبر 1976، ملف مدني عدد 74، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26، ص39.

تلقاه من الطرف الآخر تنفيذا للعقد الذي تقرر فسخه قضائيا²⁸⁵، ومع ذلك يعتقد بعض الفقه²⁸⁶ أن هذا المبدأ غير مناسب للعقود الزمنية سواء المستمرة كعقد الكراء أو تلك ذات الأداءات المتدرجة في الزمن كعقد البناء، على أساس أن الانحلال هنا لا يستند إلى وجود عيب في تكوين العقد وإنما على وقائع طرأت عند التنفيذ لهذا فلا يوجد أي سبب للتشكيك في الفترة السابقة للفسخ والأداءات التي تمت خلال تلك الفترة، ووفقا لهذا التحليل فإن طبيعة هذه العقود أو بالأحرى طبيعة الأداءات المرتبطة بها تجعل الأثر الرجعي للفسخ غير ممكنا وبالتالي تمنع الرد بالنسبة للأداءات التي تمت خلال الفترة السابقة عن الإخلال بالتنفيذ، وهذا هو التوجه الذي سلكه المشرع الفرنسي بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 المتعلق بتعديل القانون المدني الفرنسي حيث نص في الفقرة 3 من المادة 1229 على ما يلي: «عندما لا يمكن الحصول على الجدوى من الأداءات المتبادلة إلا عن طريق التنفيذ الكلي للعقد المفسوخ، فيجب على كل طرف بأن يرد للأخر ما تلقاه منه كاملا. عندما يمكن الحصول على النفع من الأداءات المتبادلة بشكل تدريجي عند التنفيذ التقابلي للعقد، فلا مجال للرد عن الفترة السابقة للأداء الأخير الذي لم يتم الحصول فيه على مقابل، في هذه الحالة يعد الفسخ وكأنه إقالة»²⁸⁷.

ومن جهة أخرى فإن الإقالة الاختيارية بدورها تولد الرد على غرار الفسخ وذلك بصريح الفصل 397 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على ما يلي: «يترتب على الإقالة عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها وقت إبرام العقد. ويجب على المتعاقدين أن يرجع كل منهما للأخر ما أخذه منه بمقتضى الالتزام الذي وقعت فيه الإقالة».

²⁸⁵- Cour de cassation Civ. 3^e, 29 janv 2003, JCP2003, II, 10116, note Y-M.Serinet.

²⁸⁶ - مرجع سابق:

François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénéde : «Droit Civil, les obligations», 12 éd, Dalloz, 2016, p884.

²⁸⁷- Art. 1229 (Ord. n o 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1^{er} oct. 2016) : « Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation».

وعلاوة على الفسخ والإبطال هناك مصدر آخر للرد غير العادي ويتعلق الأمر باستحالة التنفيذ بفعل الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، ورغم أن هذه القاعدة مما يندرج في إطار المبادئ العامة الواجبة التطبيق ولو بدون نص قانوني²⁸⁸، فقد ارتأى المشرع أن يقررها من خلال أحكام الفصل 338 من قانون الالتزامات والعقود والذي ينص على أنه « إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعا إلى سبب خارج عن إرادة المتعاقدين وبدون أن يكون المدين في حالة مطل، برئت ذمة هذا الأخير، ولكن لا يكون له الحق في أن يطلب أداء ما كان مستحقا على الطرف الآخر فإذا كان الطرف الآخر قد أدى فعلا التزامه، كان له الحق في استرداد ما أداه، كلا أو جزءا بحسب الأحوال، باعتبار أنه غير مستحق».

فالقوة القاهرة قد تعفي أحد الأطراف من تنفيذ التزامه إلا أنها لا تمنحه الحق في الاحتفاظ بما تلقاه بموجب العقد، وبالتالي يكون ملزما برد ما تسلمه قبل حدوث الاستحالة، على أن الرد في هذه الحالة ليس مطلقا على اعتبار أن العقد قد يبقى قائما وأن الاستحالة قد تتعلق فقط بالتزام واحد من بين الالتزامات، لهذا فالرد ينصب فقط على آثار العقد المرتبطة بهذا الالتزام²⁸⁹.

ومن التطبيقات القضائية للرد المتولد عن استحالة التنفيذ يمكن الإشارة إلى قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 13 يناير 2016، المتعلق بنقض قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء التي قضت برفض طلب استرجاع مصاريف الحج بسبب الوفاة حيث جاء فيه «البين من معطيات القضية، أن الإلغاء كان نتيجة استحالة التنفيذ نظرا لوفاة المسافر الذي اعتبر لقرار المطعون فيه بان عقد الالتزام الرابط بين الطرفين لم ينظمها، وبالتالي تكون المحكمة في هذه الحالة ملزمة بما قرره القانون وهو ما تضمنه الفصل 338 من ق.ل.ع والقرار المطعون فيه الذي نحا خلاف ذلك يكون سيء التعليل عرضة للنقض»²⁹⁰.

وفي الختام، تجدر الإشارة إلى أن هناك بعض العناصر أو المميزات المشتركة بين مختلف حالات الرد غير العادي المرتبطة بالمجال التعاقدى، فهي بخلاف الرد العادي لا تقتصر فقط

²⁸⁸ - محمد الكشور: «نظام التعاقد ونظريات القوة القاهرة والظروف الطارئة»، الطبعة الأولى سنة 1993، ص72.

²⁸⁹ - مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p55.

²⁹⁰ - قرار محكمة النقض عدد 23 الصادر بتاريخ 13 يناير 2016، ملف تجاري عدد 2014/3/3/1427، منشور بالمنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض-www.juriscassation.cspj.ma.

على الأموال وإنما تشمل كل ما تم تنفيذه من أداءات بما في ذلك الخدمات، كما أن الوقائع المولدة للرد غير العادي قد تتعلق بأحداث طارئة غير متوقعة بمناسبة تنفيذ العقد، فالإبطال والفسخ والقوة القاهرة تمنع العقد أو الالتزام من ترتيب آثاره بشكل جزئي أو كلي²⁹¹.

2- أسباب الرد غير العادية خارج المادة التعاقدية وهي حالات إذا تحققت شروطها ترتب عنها فقدان التصرف القانوني لآثاره مما يقتضي استعادة الأشياء والأداءات²⁹²، ومن أهم الأسباب التي تخول الرد خارج نطاق العقد في التشريع المغربي نجد الإثراء بلا سبب، فقد جاء في الفصل 66 من ق.ل.ع أنه «من تسلم أو حاز شيئاً أو أي قيمة أخرى مما هو مملوك للغير بدون سبب يبرر هذا الإثراء التزم برده لمن أثرى على حسابه»، كما جاء في الفصل 67 منه أنه «من استخلص بحسن نية نفعاً من شغل الغير أو شيئه بدون سبب يبرر هذا النفع، التزم بتعويض من أثرى على حسابه، في حدود ما أثرى به من فعله أو شيئه»، كما أكد على هذا الحكم في الفصل 75 من ق.ل.ع الذي جاء فيه ما يلي: «من أثرى بغير حق إضراراً بالغير لزمه أن يرد له عين ما تسلمه، إذا كان مازال موجوداً، أو أن يرد له قيمته في يوم تسلمه إياه، إذا كان قد هلك أو تعيب بفعله أو بخطئه».

فالتعويض عن الإثراء بلا سبب هو من قبيل الرد لكونه مستوحى من فكرة إعادة التوازن بين الذمم المالية²⁹³، وإذا كان القضاء الفرنسي قد ذهب في بعض قراراته إلى اعتبار الإثراء مصدراً للرد²⁹⁴، فإن بعض التشريعات الأوروبية كالقانون الألماني والإنجليزي تعتبره الأساس القانوني الوحيد لجميع صور الرد²⁹⁵.

وفي نفس السياق فإن من أبرز مصادر الرد غير العادي دفع غير المستحق وهو في ما يعتقد الكثيرون صورة متميزة من صور الإثراء بلا سبب، ويقصد به قيام شخص بالوفاء بدين غير ملزم به إلا أنه يعتقد بكونه مستحق عليه دفعه، مما يترتب عليه حق الدافع في استرداد ما

²⁹¹ - مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p56.

²⁹² - نفس المرجع: ص 56.

²⁹³ - مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1991, p49.

²⁹⁴ - Cour de cassation Civ. 1^e, 25nov 1981, D, 1982.211.

²⁹⁵ - مرجع سابق:

Lisa Heinzmann : « L'étendue des restitutions en droit français et allemand », p313.

دفع، وهذا ما نص عليه الفصل 68 من ق.ل.ع ما يلي: « من دفع ما لم يجب عليه، ظنا منه أنه مدين به، نتيجة غلط في القانون أو في الواقع، كان له حق الاسترداد على من دفعه له». ومن التطبيقات القضائية لهذا المقتضى ما جاء في قرار محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 8 نونبر 2017 «لما كان أساس الدعوى هو استرداد ما دفع بغير حق وليس عقد التأمين، فإن المحكمة عندما اعتبرت أن توصل الطاعنة بمستحققاتها استنادا إلى أحكام قضائية لا يمنحها الحق بالاحتفاظ بها بعدما تمت مراجعة الأحكام المذكورة من خلال ممارسة الطعن بالنقض وصدور قرار نهائي برفض طلب إحلال شركة التأمين المطلوبة محل المؤمن لها في الأداء، تكون قد استبعدت وعن صواب مقتضيات المادة 36 من مدونة التأمينات مادامت غير قابلة للتطبيق على النازلة، وجاء قرارها فيما انتهى إليه مسائرا لمقتضى الفصل 68 من ق.ل.ع ومعللا تعليلا سليما»²⁹⁶.

وقد أورد المشرع المغربي كذلك بعض الأمثلة التفصيلية لرد غير المستحق تبعا لسبب عدم الاستحقاق، فقد نص في الفصل 70 من ق.ل.ع بأنه: « يجوز استرداد ما دفع لسبب مستقبل لم يتحقق، أو لسبب كان موجودا ولكنه زال». وجاء في الفصل 72 من ق.ل.ع « يجوز استرداد ما دفع لسبب مخالف للقانون أو للنظام العام أو للأخلاق الحميدة».

عموما، فإن الحالات الموما إليها أعلاه للرد غير العادي سواء في نطاق العقد او خارجه ليست على سبيل الحصر وانما أمثلة، لأن هناك حالات وأوضاع أخرى يتولد عنها الرد غير العادي تتميز بدورها بعدم التوقع وعدم الفعالية منصوص عليها في قوانين أخرى.

إن الوضعية غير الطبيعية (L'anomalie) لحالات الرد غير العادي مثل الفسخ ودفع غير المستحق لها هدف مشترك هو تصحيح آثار تصرف قانوني، وبالتالي فإنها تثير نفس التساؤلات بما في ذلك استحالة رد الشيء وتغير قيمة الأداء الأصلي والثمار والمداخيل وتأثير الرد على الغير²⁹⁷، من هنا يؤكد الكثير من الباحثين²⁹⁸ على إمكانية خضوعها لنظام قانوني واحد عن طريق قلب الآثار المرتبطة بأداء أصلي تم تنفيذه²⁹⁹.

²⁹⁶ - قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 08 نونبر 2017، رقم 642، ملف تجاري عدد 2017/3/3/355، مجلة قضاء محكمة النقض عدد 83، قرارات الغرفة التجارية، ص 127 وما بعدها.

²⁹⁷ - مرجع سابق:

M.Lagarde : «Retour sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat», JCP2012, Doctrine 504, n°2.

²⁹⁸ - مرجع سابق:

على ضوء هذه النتيجة تبرز أهمية تصنيف الرد إلى عادي وغير عادي، بحيث يجعل من الأول مجرد التزام بإعادة التسليم المادي للشيء محل العقد³⁰⁰ يخضع لمنطق وقواعد العقد المنبثق عنه وبالتالي يخرج عن المفهوم الفني للرد³⁰¹، خاصة وأن إشكالياته الفقهية والقضائية ترتبط بالدرجة الأولى بإعمال قواعد المسؤولية المدنية³⁰²، بينما يعتبر الثاني آثار قانوني لتصرف غير صحيح أو غير فعال يقتضي تصحيحه إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بشكل شمولي، مما يجعل فرضياته تتطابق في جوانبها الأساسية رغم اختلاف مصادرها³⁰³.

وقد سلمت الكثرة الغالبة من الشراح بهذا التصنيف ورددوه في شروحاتهم³⁰⁴، كما أنه ترك بصمة واضحة في المسار التشريعي العام سواء في أوروبا أو خارجها. فقد حظي هذا التصنيف بالقبول في القانون المدني لمقاطعة الكبك الكندية الذي خصص قسم منه لرد الأدعاءات من المادة 1699 إلى المادة 1707 تناولت أحكامه «وسائل وأشكال الرد العيني والقيمي،

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p59.

²⁹⁹ - مرجع سابق:

SERINET, Y.-M., « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français », Études de droit comparé, Bruxelles, Paris, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 589.

³⁰⁰ - مرجع سابق:

Johann Le Bourg : « La remise de la chose », Thèse, 2010, p99.

³⁰¹ - مرجع سابق:

Maria Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1991, p73.

³⁰² - مرجع سابق:

Sophie Pellet : « Les restitutions : est si le dogmatisme avait du bon ? », La semaine juridique, p171.

³⁰³ - مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1991, p66.

³⁰⁴ - انظر بصفة خاصة :

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p 43.

François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénédé : «Droit Civil, les obligations», 12 éd, Dalloz, 2019, p884.

Jean TANKEU : « LE RECOURS AUX MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES LITIGES EN MATIERE DE PROPRIETE INTELLECTUELLE », du grade de Docteur de l'Université de Nantes sous le sceau de l'Université Bretagne Loire, 2017, p235.

Yves-Marie Serinet : « Restitutions après anéantissement du contrat (art. 1161 à 1164-7) », in AVANT-PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS 22 Septembre 2005, p56.

وهلاك الشيء الكلي والجزئي ونقصان القيمة والثمار والمداخل والتعويض عن الاستغلال ومصروفات الرد والاستثناءات المتعلقة بالأشخاص الخاضعين لحماية خاصة»³⁰⁵، وأن الغاية من هذه المواد «وضع نظام موحد لرد الأداءات وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بخصوص أوضاع معينة»³⁰⁶، وقد حددت المادة 1699 صراحة نطاق تطبيق هذه المواد الذي جاء فيها «متى كان الشخص ملزم بمقتضى القانون برد لشخص آخر ما تلقاه منه من أموال غير مستحقة أو نتيجة للغلط أو بمقتضى تصرف قانوني انحل بأثر رجعي أو في الحالة التي تصبح فيها الالتزامات مستحيلة التنفيذ بسبب القوة القاهرة»، وهكذا يكون مشروع مقاطعة الكبك قد أقر ضمناً بتصنيف الرد إلى عادي وغير عادي³⁰⁷ واستبعد بشكل غير مباشر فرضيات الرد العادي من المفهوم القانوني، وفي المقابل حصر أسباب الرد في ثلاثة حالات هي انحلال العقود بجميع أنواعها ودفع غير المستحق واستحالة التنفيذ، وهي كلها من طائفة المصادر غير العادية للرد.

على أن الفتح الكبير الذي تم لتصنيف الرد إلى عادي وغير عادي قد تحقق عملياً بصدور الأمر رقم 2016/131، المؤرخ في 10 فبراير 2016، المتعلق بتعديل القانون المدني الفرنسي، فبعد وضعه نظاماً موحداً للرد في الباب الخامس من خلال المواد من 1359 إلى 1359-9، اعتمد طريقة الإحالة في تحديد الحالات التي تعد مصدراً أو سبباً مولداً للرد و المشمولة بهذا النظام، وهي أربعة حالات جاءت على سبيل الحصر، جميعها تندرج في نطاق الرد غير العادي.

الحالة الأولى تتعلق بالبطلان بصورتيه النسبي والمطلق، كأحد الجزاءات المتعلقة بالإخلال بشروط تكوين العقد، حيث نصت المادة 1178 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب الأمر رقم 2016-131، على أنه «يعد العقد الغير مستوفي لشروط صحته باطلاً، ويجب إعلان البطلان من طرف القاضي ما لم يتفق الطرفان على إعلانه بالتراضي. يعتبر العقد الباطل كأن لم يكن أصلاً. الأداءات المنفذة توجب الرد وفق الأحكام المقررة في المواد من

³⁰⁵- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société, tome I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1055.

³⁰⁶- نفس المرجع، ص 1056.

³⁰⁷- مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p44.

1352 إلى 1352-9. فضلا عن إبطال العقد، يحق للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض وفق القواعد العامة للمسؤولية غير التعاقدية»³⁰⁸.

الحالة الثانية تتعلق بالانحلال (Caducité) كأحد الجزاءات المتعلقة بتكوين العقد³⁰⁹، وتعد هذه المؤسسة مفيدة ضمن المجموعات العقدية، إذ يعتبر العقد منحلًا Caduc طبقاً لأحكام المادة 1186 «يصبح العقد الذي تم إنشاؤه بشكل صحيح منحلًا في حالة زوال أحد عناصره الأساسية. لو كان تنفيذ عدة عقود ضرورياً لإنجاز عملية واحدة، واختفى أحد هذه العقود لصارت كافة العقود التي أصبح تنفيذها مستحيلاً نتيجة هذا الاختفاء، مضمحلة. كما تنحل كذلك العقود التي يكون فيها تنفيذ العقد الذي اختفى شرطاً جوهرياً لرضى أحد الأطراف بالتعاقد. لا ينحل العقد إلا لو كان المتعاقد الذي يثار ضده الانحلال يعلم وحدة العملية عندما صدر منه الرضا بالعقد»³¹⁰. «كما أن المادة 1187 من القانون المدني الفرنسي جعلت من الانحلال أو الانحلال سبباً من أسباب إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد، بحيث نصت على أنه «يتربى على الانحلال انتهاء العقد. مما يؤدي عند الاقتضاء إلى الرد وفق الشروط المقررة في المواد من 1352 إلى 1352-9»³¹¹.

³⁰⁸ -Art. 1178 (Ord. n o 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1^{er} oct. 2016) «Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle».

³⁰⁹ - فوزي بن أحمد بالكناني: «نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل والقانون المدني القطري-دراسة مقارنة»، المجلة الدولية للقانون، المجلد التاسع، العدد المنتظم الثاني، 2020، تصدر عن كلية القانون، وتنشرها دار النشر جامعة قطر، ص 42.

³¹⁰ - Art. 1186 (Ord. n o 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1^{er} oct. 2016) «Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement.».

³¹¹ - Art. 1187 (Ord. n o 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1^{er} oct. 2016) «La caducité met fin au contrat. Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.».

الحالة الثالثة تخص الفسخ الذي يعد من حالات انقضاء آثار العقد، وقد أورده المشرع الفرنسي ضمن الأسباب المولدة للرد عندما نص في المادة 1229 من القانون المدني على ما يلي: «يؤدي الفسخ إلى انقضاء العقد. يرتب الفسخ آثاره حسب الأحوال، سواء حسب المقرر بموجب الشرط الفاسخ، أو من تاريخ توصل المدين بإنذار من الدائن، أو من التاريخ الذي يحدده القاضي، وإن تعذر ذلك، من يوم المطالبة القضائية. عندما لا يمكن الحصول على الجدوى من الأداءات المتبادلة إلا عن طريق التنفيذ الكلي للعقد المفسوخ، فيجب على كل طرف بأن يرد للأخر ما تلقاه منه كاملاً. عندما يمكن الحصول على النفع من الأداءات المتبادلة بشكل تدريجي عند التنفيذ التقابلي للعقد، فلا مجال للرد عن الفترة السابقة للأداء الأخير الذي لم يتم الحصول فيه على مقابل، في هذه الحالة يعد الفسخ وكأنه إقالة أو تفساخ. يتم الرد وفق الشروط المقررة في المواد من 1352 إلى 1352-9»³¹².

الحالة الرابعة تتعلق بدفع غير المستحق والذي نظمته المشرع الفرنسي ضمن أشباه العقود في المواد من 1302 إلى 1302-3، وقد نص في المادة 1302-3 بأن دفع غير المستحق يعد من مصادر الرد المشمولة بمقتضيات نظام الرد الوارد في المواد من 1352 إلى 1352-9، وهو الوحيد من ضمن أشباه العقود الخاضعة لنظام الرد، فقد جاء في المادة 1302-3 ما يلي: «الرد للقواعد المحددة في المواد من 1352 إلى 1352-9. ويمكن تخفيضه إذا كان الدفع ناتجا عن غلط»³¹³.

وعلى هذا النحو يكون المشرع الفرنسي قد تبنى التصنيف المتميز المقترح من الأستاذة Marie Malaurie لمصادر الرد إلى عادية وغير عادية، من خلال اعتبار حالات الرد غير

³¹² - Art. 1229 (Ord. n o 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1 er oct. 2016) «La résolution met fin au contrat. La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice. Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation. Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9».

³¹³ - Art. 1302-3 (Ord. n o 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1 er oct. 2016) La restitution est soumise aux règles fixées aux articles 1352 à 1352-9. Elle peut être réduite si le paiement procède d'une faute.

العادية هي المنطبقة على المفهوم الحقيقي والفني لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه كجزاء قانوني لعدم فعالية التصرفات وفي المقابل استبعاد حالات الرد غير العادية التي من سياق مفهوم الرد التي تجعل منه مجرد التزام تعاقدية، على غرار التوجه المعتمد في الفقه والقضاء الإنجليزي في عدم إدراج تداول الأداءات الناتج عن التنفيذ الإرادي للالتزامات التعاقدية كسبب موجب للرد³¹⁴.

ليس من شك أن المشرع الفرنسي قد حرص من خلال النصوص السابقة أن يضع تصورا توجيهيا عاما لماهية الرد باعتباره جزءا قانوني، رغم أنه يستعمل اصطلاح الرد في نصوص أخرى³¹⁵، فإن ذلك لا يقيد في شأن تكييف حقيقة الرد، إذ هي مجرد تسمية تقليدية لا تقطع ببيان جوهر وطبيعة هذه الالتزامات، خاصة وأن المشرع الفرنسي نفسه يسبغ على هذه الالتزامات أحكام تتنافر مع الرد وتندرج في نطاق المسؤولية المدنية، بل يستعملها كذلك كمرادف للالتزام بالمحافظة على الشيء.

لكن مع ذلك هناك جانب من الفقه يرى في النصوص الجديدة المنظمة لأحكام الرد في القانون الفرنسي تضيق لا مبرر له في استبعاد الالتزام بالرد الناتج عن العقود الخاصة، فليس هناك سوى خطوة واحدة أو فارق ضئيل بين فكرة الرد كأثر أو نتيجة قانونية تلقائية l'effet de la loi - كما وردت في التقرير المقدم لرئيس الجمهورية حول تعديلات 2016 الذي جاء فيه «مسألة الرد أضحت أثر قانوني»- وبين الرد كأثر قانوني للعقد L'effet légal du contrat³¹⁶.

وفي نفس السياق فإن استبعاد الإثراء غير المبرر كمصدر من مصادر الرد يعد من بين النقائص التي شابت المقتضيات الجديدة المنظمة للرد في القانون الفرنسي³¹⁷، على اعتبار أن دعوى الإثراء غير المبرر هي بطبيعتها دعوى تروم إلى الرد لكونها تعتمد على تقنية ارجاع القيم

³¹⁴مرجع سابق:

Mélotie Combot : «Quasi-contrat et enrichissement injustifié»,p445.

³¹⁵ - المادة 1915 المتعلقة بعقد الوديعة، والمادة 1880 المتعلقة بعقد العارية.

³¹⁶ - Mustapha Mekki et P. Malinvaud et D. Fenouillet :« *Droit des obligations*», éd 2017, Lexisnexis, p347.

³¹⁷ - مرجع سابق:

Mélotie Combot :«Quasi-contrat et enrichissement injustifié», p444.

المحوّلة بشكل غير مبرر³¹⁸، كما أن طائفة من الفقهاء لا تزال تعتبر الإثراء غير المبرر هو الأساس العام لفكرة الرد بجميع أنواعها، والذي كان من المفترض على المشرع الفرنسي وضعه على رأس الأسباب المولدة للرد³¹⁹.

عموماً، فإن من أهم النتائج التي يمكن الخلوص إليها مما ذكر آنفاً، أن أجل خدمة قدمتها الأستاذة Marie Malaurie لمفهوم الرد لم تكن في ابتكار تصنيف جديد، وإنما في بيان الفرضيات الحقيقية التي يتولد عنها الرد بمفهومه الدقيق، باعتباره جزاء يروم تقويم وضعية مضطربة ناتجة عن عدم صحة أو فعالية تصرف قانوني أضحي بعد حين غير مجدي لتبرير احتفاظ كل طرف بما قبضه من الآخر مما يستدعي إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

³¹⁸- Lionel ANDREU. Nicolas THOMASSIN : «Cours de droit des obligations», 5éd, Gualino, Lextenso, 2020, p1362.

³¹⁹- Marc. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », LPA n°096, mai 2016, p.6s.

المبحث الثاني: مظاهر الاختلاف بين إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد وبعض المؤسسات القانونية المشابهة.

يوجد الرد في مفترق الطرق بين مجموعة من المؤسسات القانونية، فهو كما يقولون تحت التأثير، هذا المنظور للرد الذي يعتبره مجرد أثر قانوني لمؤسسات أخرى أدى في الحقيقة إلى الاعتقاد أن الغاية التي يروم إليها الرد لا تقتصر عليه، بل أن هناك جزاءات أخرى يمكن الوصول بها إلى تحقيق إرجاع الحالة إلى ما كانت دون حاجة إلى أعمال هذا المفهوم الغامض، فالمسؤولية المدنية كافية لتمكين الدائن بالرد من استعادة الشيء محل الأداء الأصلي أو على الأقل الحصول على تعويض عن قيمته، كما أنه إذا انصب الأداء الأصلي محل الرد على حق عيني فإن دعوى الاستحقاق هي انجع وسيلة لحماية واستعادة سلطة المالك على الشيء.

ومع ذلك فإن هناك اختلافات جوهرية بين طبيعة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه والتعويض في المسؤولية المدنية (المطلب الأول) كما أن طبيعة ووظيفة دعوى الاستحقاق لا تستجيب لمفترضات إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التمييز بين التعويض في المسؤولية المدنية وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بواسطة الرد.

لا شك أن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه والتعويض يهدفان إلى إعادة التوازن لوضعية تعرضت للاضطراب³²⁰، بل إن بعض الفقه كان يعتبر قواعد المسؤولية المدنية هي جزء من نظام الرد، كما أن منهم من جعل التعويض هو أساس الرد³²¹، انطلاقاً من أن بعض المقتضيات القانونية المتعلقة بالرد يتم فيه أعمال الخطأ كشرط للرد أو على الأقل كعنصر مؤثر في نطاق هذا الرد.

إن التقارب بين إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بواسطة الرد ومؤسسة التعويض ساهم في الخلط بينهما قضائياً وفقهياً، من الناحية التاريخية فمؤسسة الرد الشامل Restitutio In Integrum في القانون الروماني كانت تفهم في البداية على أنها نوع من دعاوى المسؤولية

³²⁰مرجع سابق:

Marie Malaurie :«Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p41.

³²¹- Annie Bousiges:«Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat», Thèse Poitiers, dactyl, 1982, p445.

التقصيرية التي كانت تروم إعادة الطرف المتضرر في العقد نتيجة التدليس أو الإكراه إلى حالته الأصلية، وبعد ذلك أصبح ينظر لها بأنها دعوى ابطال مشفوعة برد تبادلي.

لهذا فإن التطور المتشابك للمؤسستين أدى في كثير من الأحيان إلى انزلاقات على مستوى المفاهيم وعلى المستوى الإصلاحي، فقد يبدو للوهلة الأولى أن الرد والتعويض تحكمهما العدالة التبادلية التي من خلالها يتوجب إعادة توازن تعرض للاضطراب سواء بفعل وقوع ضرر أو نتيجة تنفيذ أداء بدون سند، ففي كلتا الحالتين فالهدف هو إرجاع الحالة الأصلية المفترضة، إعادة الضحية إلى الحالة التي كان سيكون عليها وكأن الضرر لم يحصل و إعادة الدائن بالرد إلى الحالة التي كان سيكون عليها وكأنه لم ينفذ الأداء الأصلي، وفي هذا المعنى جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 فبراير 2020 «الخاصية الأساسية للمسؤولية المدنية هي محاولة إعادة التوازن المختل وإرجاع الضحية إلى الحالة التي كان سيكون عليها وكأن الفعل الضار لم يحصل دون خسارة أو ربح»³²².

وعلى المستوى الاصطلاحي، عندما يتعلق الأمر بالرد القيمي فالفقه والقضاء يستعملان الفاظ خاصة بالمسؤولية المدنية من قبيل التعويض عن الرد، فهذا الخلط في التسمية يعكس دائما خلط في المفاهيم³²³.

ولعل من ابرز مظاهر الخلط اللغوي بين الرد والتعويض قضية فوسفات المغرب وهو نزاع بين الحكومة الإيطالية والحكومة الفرنسية بتت فيه المحكمة الدائمة للعدل الدولي بتاريخ 14 يونيو 1938، بخصوص احتكار الحكومة الفرنسية لاستغلالها لهذه المادة وعدم اعترافها بحق الشركة الإيطالية المسماة Minere e fosfati في اكتشاف بعض رواسب الفوسفات في المغرب، ومن بين الطلبات التي تقدمت بها الحكومة الإيطالية التعويض عن طريق الرد وذلك بإبطال قرار الحكومة الفرنسية برفض الاعتراف بصفة المكتشفة للشركة الإيطالية المذكورة. فهذا الطلب في نظر بعض الباحثين خلق نوع من الارتباك في المفاهيم لدى المحكمة الدولية رغم أنه ليس هو سبب عدم قبول الدعوى³²⁴.

³²²-Cour de cassation, ch, com, 12 fév 2020, n°17-31.614, D.2020, p1086, note Borghetti.

³²³- مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE : «Nullité restitutions et responsabilité», LGDJ 1992, p446.

³²⁴-Victor Bailly : «La cessation d'illicite en droit international», Dalloz, nouvelle bibliothèque de thèse, volume 142, 2015, p35.

كما أن الخطوات الفكرية والذهنية المفروضة على القاضي بالنسبة للمؤسستين متشابهة، وأهدافها متطابقة في ما يتعلق بإعادة شاملة، كما أن التقنيات المستخدمة بدورها متقاربة من حيث القياس الموضوعي لإرجاع الحالة³²⁵.

ومع ذلك فإن الفقه في الوقت الحاضر يستبعد هذا التقارب بين إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه والتعويض، وذلك على ثلاثة مستويات رئيسية، هناك اختلاف على مستوى الجوهر، كما تقول Marie Malaurie «الرد نوع من النواة المتأصلة في الإبطال و الفسخ إنها أثر تلقائي للحكم بالإبطال، وعلى عكس من ذلك، فالمسؤولية هي قانون أكثر دقة وأكثر تفصيل لأنها تتضمن شروط خاصة منها الخطأ والضرر»³²⁶، على المستوى الوظيفي فإن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد هي مؤسسة قانونية بعيدة كل البعد عن فكرة التعويض، فالوظيفة الأساسية للرد تكمن في استعادة الأداءات المنفذة فمناطقها هو هذا الأداء³²⁷، بينما مناطق المسؤولية هو الضرر³²⁸، فسبب المسؤولية هو الخطأ والضرر، بينما سبب إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قد يكون هو الإبطال أو الفسخ أو دفع غير المستحق. كما أن الأساس القانوني للرد والتعويض مختلفين مما يقتضي بالضرورة اختلاف على مستوى النظام القانوني، فأساس الرد هو الأداء المنفذ بغض النظر عن سلوك الأطراف، وفي المقابل فإن أساس التعويض يتميز بطبيعة شخصية لأنه يعتمد على السلوك الخاطئ للمدين، وفي نفس السياق فإن الرد يركز على المدين بالرد وليس على الدائن بمعنى ما تحصل عليه المدين وفق المفهوم الواسع للرد بخلاف التعويض الذي يستند إلى الخسارة التي طالت الدائن³²⁹.

³²⁵ - مرجع سابق:

Yves-Maria Serinet : «Les domaine respectifs de la remise en état par voie de restitution et réparation», études offertes à Geneviève Viney, L.G.D.J, LEXTENSO éditions, 2008, p869.

³²⁶-مرجع سابق:

Marie Malaurie :«Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p48.

³²⁷-مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité», LGDJ 1992, p435.

³²⁸-Rodriguez fernandez, ignacio : «La indemnizacion del daño derivado del intromision iligitimas en el derecho al honor», en ponencias sobre la responsabilidad civil y su valoración, almeria, 2009, p87.

³²⁹- مرجع سابق:

Mélotie Combot : «Quasi-contrat et enrichissement injustifié», p447.

ومن المهم الإشارة كذلك هنا أن القوة القاهرة والحادث الفجائي يؤديان إلى الإعفاء من المسؤولية، فهما حادثان مستحيلى الدفع غير ممكنى التوقع، على أن القوة القاهرة ذات مصدر خارجى عن الشيء الذى تتحقق به المسؤولية كالعواصف والزلازل، أما الحادث الفجائي فهو ذو مصدر داخلى ينجم على الشيء ذاته كانهجار هذا الشيء نفسه أو عطله، ومع ذلك فإنهما مترادفين³³⁰، وقد عرف الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود المغربى القوة القاهرة بأنها: «القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا. ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذى كان من الممكن دفعه، ما لم يقيم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه. وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذى ينتج عن خطأ سابق للمدين»، كما عرفت المادة 1218 من القانون المدنى الفرنسى بأنه «تكون هناك قوة قاهرة في المادة التعاقدية عند حصول حدث يخرج عن سيطرة المدين، والذي لم يكمل ممكننا توقعه منطقيا عند إبرام العقد ولا يمكن تجنب آثاره عن طريق تدابير مناسبة، وهو يحول دون تنفيذ المدين لالتزامه. إذا كان المانع مؤقتا، فإن تنفيذ الالتزام يتوقف ما لم يكن التأخير الناتج عنه يبرر فسخ العقد. إذا كان المانع نهائيا فإن العقد يفسخ بقوة القانون ويتحرر الأطراف من التزاماتهما وفق الشروط المقررة في الفصلين 1351 و1-1351».

على ضوء هذه النصوص فالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي يؤديان إلى انتفاء المسؤولية وبالتالي يصبح الشخص غير ملزم بتعويض الضرر، في حين أن هذا السبب لا وقع له على إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بواسطة الرد، فالقوة القاهرة لا تعفي إطلاقا المدين بالرد من التزامه لأنه حتى في حالة استحالة الرد العيني فالدائن يبقى ملزما بالرد بالقيمة، وهذا ما يمكن استخلاصه صراحة من الفصل 75 من ق.ل.ع المغربى المتعلق بالرد الناتج عن أشباه العقود والذي جاء فيه: «من أثرى بغير حق إضرارا بالغير لزمه أن يرد له عين ما تسلمه، إذا كان مازال موجودا، أو أن يرد له قيمته في يوم تسلمه إياه، إذا كان قد هلك أو تعيب بفعله أو بخطئه، وهو ضامن في حالة التعيب أو الهالك الحاصل بقوة قاهرة من وقت وصول الشيء إليه إذا كان قد تسلمه بسوء نية». كما ينص الفصل 102 من نفس القانون بأن «الحائز للشيء عن سوء

³³⁰ -أمانة أيت حسين: «مصادر الالتزام الكتاب الثانى المسؤولية المدنية دراسة مقارنة»، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثالثة 2021، ص232.

نية ضامن له. فإذا لم يستطع إحضار الشيء أو لحق هذا الشيء عيب ولو بحادث فجائي أو قوة قاهرة، لزمه دفع قيمته مقدرة في يوم وصوله إليه. وإذا كان الشيء من المثليات لزمه رد مقدار يعادله».

ومن المفيد الإشارة كذلك هنا إلى أنه على مستوى القانون الإسباني كان هناك اتجاه فقهي ينظر إلى الرد كأثر للمسؤولية المدنية³³¹، انطلاقاً من مقتضيات المادتين 110 و 111 من القانون الجنائي الإسباني، اللتين تناولتا الرد ضمن الباب المتعلق بالمسؤولية المدنية الناتجة عن الجرائم، حيث تنص المادة 110 على ما يلي:

«المسؤولية المدنية المنصوص عليها في المادة السابقة تشمل: 1-الرد، 2-جبر الضرر، 3-التعويض عن الضرر المادي والمعنوي»³³².

وتنص المادة 111 من القانون الجنائي الإسباني بأنه: «1-يتعين كلما كان ذلك ممكناً رد نفس المال، مع تكاليف التعيب ونقصان القيمة التي تحددها المحكمة، كما يتعين الرد حتى في حالة اكتساب المال بشكل قانوني وبحسن نية من طرف الغير، والذي له الحق في الرجوع عن المسؤول وعند الاقتضاء مطالبته بالتعويض عن المسؤولية المدنية المتولدة عن الجريمة. 2-لا يطبق هذا المقتضى بالنسبة للغير الذي اكتسب المال بالشكل والشروط المقررة في القوانين التي تجعله غير قابل للرد»³³³.

لهذا كان يعتبر هذا الفقه أن الرد هو نوع من التعويض العيني عن الضرر الحاصل جراء الجرائم، على أساس أن اكتساب شيء دون سند أو بناء على سند قد زال يوجب التزاماً بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وتنفيذها يتم جبر الضرر، فحسب هذا الفقه يوجد بين العقوبة

³³¹-Quintero Olivares, Gonzalo y Tamarit Sumalla, Josep Maria: «De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de los gastos procesales», en comentario al código penal, tomo I, parte general, ed Thomas aranzadi, 5ª ed, Navarra, 2008, p743.

³³² -Artículo 110 Código penal: « La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1-La restitución, 2-La reparación del daño, 3-La indemnización de perjuicios materiales y morales».

³³³ - Artículo 111, Código penal, «1- Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito. 2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable».

والتعويض جزاءات ذات أهداف وطبيعة خاصة من قبيل إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، ومع ذلك فإنها تتطابق في كثير من جوانبها مع التعويض³³⁴.

ومع ذلك فإن الفقه الغالب في اسبانيا يميز بين الرد والتعويض³³⁵ انطلاقاً من كون أساس الرد يقتضي أن اكتساب حق أو شيء يجب أن يكون له سند، بينما المسؤولية المدنية تقتضي أن أي ضرر يستوجب التعويض، وبالتالي فإن الضرر لا يعد مصدراً للالتزام بالرد وفي المقابل يعد الضرر الشرط الموضوعي للتعويض في المسؤولية المدنية، كما أن الرد هو مجموعة الدعاوى التي تروم استعادة الحقوق العينية في مواجهة الحائز الفعلي للشيء، في حين فدعوى التعويض ترفع في مواجهة المسؤول بغض النظر عن كونه هو المتسبب في الضرر أم لا³³⁶.

ومن جهة أخرى فالقضاء الإسباني بدوره يميز بين الرد والتعويض، بحيث سبق للمحكمة الإقليمية لبرشلونة أن أصدرت قراراً بتاريخ 15 يونيو 2002، أكدت فيه على هذا التمييز، حيث جاء في إحدى حيثياته بأنه «من الضروري عدم الخلط بين التعويض العيني وحق استعادة الحقوق والأوضاع القانونية محل دعوى الاستحقاق ودعوى الرد ودعوى وقف أو إزالة وضعية غير مشروعة»³³⁷.

وعلى العموم يترتب على هذا التمييز بين الرد والتعويض نتيجتين أساسيتين :

أولاً : ما يمكن رده لا يمكن تعويضه: فالعمل القضائي يؤكد على أن الإبطال أو الفسخ الناتج عن خطأ الغير لا يعد ضرراً قابلاً للتعويض من طرف هذا الأخير، فقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1 يونيو 1999 بأن «إبطال عقد بيع لا يشكل بالنسبة للمشتري ضرراً بل له الحق في إلزام البائع برد الثمن»³³⁸، كما جاء في قرار آخر صادر

³³⁴ - Rodriquez fernandez, ignacio : «La indemnizacion del daño derivado del intromision iligitimas en el derecho al honor», en ponencias sobre la responsabilidad civil y su valoración, almeria, 2009, p 92.

³³⁵ - Paloma tapia Gutiérrez : «La reparación del daño en forma especifica el puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado», Dykinson, Madrid , 2013, p143.

³³⁶ -مرجع سابق:

Paloma tapia Gutiérrez : «La reparación del daño en forma especifica el puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado», Dykinson, Madrid , 2013, p143..

³³⁷ - Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 15 junio de 2002, n°6402/2002, Anuario de derecho civil, n°12/2003, 1570.

³³⁸ -Cour de cassation, 1^{re} civ, 1 juin1999, n°184, Defrénois1999, 1340, obs L.aubert.

عن نفس المحكمة بتاريخ 10 يوليو 2002 بخصوص طلب الحكم على الموثق بالتضامن مع البائع بخصوص ثمن البيع بعد ابطال العقد، فبعد أن أصدرت محكمة الاستئناف قرارها بالمسؤولية التضامنية للبائع والموثق في شأن الثمن، قررت المحكمة نقض القرار على أساس أن «رد الثمن لا يعد ضرراً، هذا الرد يجب القيام به من طرف المشتري في مواجهة البائع، وأن لا يجوز للمحكمة الحكم بالتضامن إلا بعد التحقق من عدم ملاءة الذمة المالية للبائع»³³⁹، وفي نفس السياق ورد في قرار آخر بتاريخ 7 مارس 2007 يتعلق بمطالبة خبير برد ثمن بيع لوحة فنية تبين فيما بعد أنها غير أصلية قررت محكمة النقض بأن «فقط البائع الذي تسلم الثمن هو الملزم بالرد»³⁴⁰، ونفس المنطق قرره محكمة النقض الفرنسية بخصوص تطبيق اتفاقية فيينا عندما أيدت قرار محكمة الاستئناف التي رفضت تحميل الوسيط التجاري مسؤولية رد ثمن بيع لسلعة تبين أنها معيبة³⁴¹.

ثانياً: ما لا يمكن رده يمكن تعويضه: من خلال القواعد العامة للرد إذا استحال الرد العيني فيمكن اللجوء إلى الرد بالقيمة هذا هو المبدأ العام، لكنه في بعض الحالات التي يكون فيها الغير هو المسؤول عن فسخ العقد أو ابطاله ويتعذر فيها على المدين بالرد الوفاء بالتزامه نتيجة افلاسه، ففي مثل هذه الحالة يمكن الرجوع على الغير بالتعويض على أساس المسؤولية المدنية، وفي هذا الإطار جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 18 يونيو 2002 ما يلي: «لئن كان رد الثمن من طرف البائع بعد ابطال عقد البيع لا يعد في حد ذاته ضرراً قابلاً للتعويض، فإن الأمر مختلف في نازلة الحال، نظراً لاستحالة الرد نتيجة افلاس البائع وحرمان المشتري من رد الثمن فهذا يبرر وجود خسارة تقتضي التعويض»³⁴².

لهذا يقول بعض الفقه الفرنسي أن الرد عملية بطبيعتها مختلفة عن فكرة التعويض، فوظيفتها الوحيدة هي الرجوع في تبادل الأداءات، بمعنى تخويل كل طرف في التصرف باستعادة ما أعطى، إلا أن هذا لا يعني بأي حال من الأحوال أنه إذا بقي مع الرد ضرر لأحد الأطراف فلن

³³⁹- Cour de cassation, 1^{re} civ, 10 juill. 2002, RCA 2002, n°338.

³⁴⁰-Cour de cassation, civ1^{re}, 7 mars 2007, n°04-13.602, rtdciv2007, n°43.

³⁴¹-Cour de cassation, com, 13 fevr2007, n°05-10.424.RTD.com, 2007, 114.

³⁴²-Cour de cassation, Civ, 1^{re}, 18 juin 2002, Bull.civ I, n°168, Defrénois2002.1630, obs J.-L.Aubert.

يمكن هذا الأخير أبدا من الحصول على تعويض، بل بالعكس تماما سيكون قادر على ذلك ولكن في مرحلة لاحقة وعلى أساس آخر³⁴³.

المطلب الثاني: التفرقة بين إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ودعوى الاستحقاق.

لا يمكن انكار العلاقة بين الرد وحق الملكية، إرجاع الحالة إلى ما كانت تتضمن بالضرورة إعادة الشيء إلى صاحبه، من هنا قد يبدو للوهلة الأولى أن الغاية من الرد هي حماية حق الملكية، انطلاقا من أن النتيجة النهائية التي يروم إليها الدائن بالرد هي استعادة سيطرته المادية على الشيء وتسكينه في وضعيته القانونية الأصلية باعتباره مالك للشيء، وهذا التصور يشمل حالات الرد العادية وغير العادية³⁴⁴.

من هنا تساءل البعض عن سبب البحث عن نظام خاص للرد في حالات الأداءات التي يكون محلها حق عيني، في حين أن نظام حق الملكية يبدو كافية لتحقيق نفس الهدف عن طريق أهم وسائله المسطرية التي هي دعوى الاستحقاق التي يكون محلها المطالبة بملكية الشيء، عقارا كان أو منقولا ؟

في الواقع فإن دعوى الرد تختلف عن دعوى الاستحقاق من حيث الموضوع والطبيعة، مبدئيا الأولى تقوم على أساس إزالة آثار تنفيذ أداء تقرر عدم صحته وتروم بالتالي إلى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بشكل شمولي، والثانية مؤسسة على حماية الملكية تهدف إلى استعادة محل هذا الحق بغض النظر عن حالته³⁴⁵.

لهذا يعرف الفقه والقضاء دعوى الاستحقاق، بأنها الدعوى التي تقوم لحماية الملكية، وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير يستطيع رفع هذه الدعوى على الغير³⁴⁶. وعرفتها محكمة النقض المغربية في قرارها الصادر بتاريخ 04 يناير 2022 « إن محل دعوى الملكية أو

³⁴³-Geneviève Viney : «Observation sous Civ, ch, mixte, 9juillet2004», JCP 2005.I.132 , N°1.

³⁴⁴-مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE : «La restitution des prestations en Droit Québécois», p170.

³⁴⁵ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE: «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 218, 1992, p411.

³⁴⁶-عبد الرزاق أحمد السنهوري: «الوسيط في شرح القانون المدني»، الجزء 8، حق الملكية الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998، ص 513.

الاستحقاق، هو المطالبة بملكية الشيء، فهي إذن الدعوى التي تقوم لحماية الملكية، وأن كل مالك يطالب بملكه الموجود تحت يد الغير يستطيع رفع هذه الدعوى ضده، فدعوى الاستحقاق التي يرفعها مالك العقار لاسترداد عقاره من الغاصب هي دعوى الملكية وان دعوى الحيابة تختلف عن دعوى الاستحقاق من حيث أن دعوى الاستحقاق تتطلب فقط إقامة الحجة على التملك والإدلاء برسوم الأثرية أو ما يفيد الملكية»³⁴⁷، كما جاء في قرارها الصادر بتاريخ 18 يناير 2022، «إن الاستحقاق كما عرفه ابن عرفة في حدوده هو "رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله بغير عوض"، وأنه بذلك يتحقق رفعها بمجرد مطالبة مدعي الملكية انتزاع الشيء من يد حائزه بواسطة عبارة تفيد إلزام الحائز بالتخلي عن العقار لفائدة صاحبه سواء جاءت الصيغة بلفظ التسليم أو غيره، وأن العبرة في التكييف هي بما اتجهت إليه إرادة الخصوم»³⁴⁸

ويشمل مفهوم دعوى الاستحقاق حتى دعوى التعرض، حيث جاء في قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 04 شتنبر 2018 بأنه «لما كانت الدعوى الاستحقاقية تروم إثبات الملكية على حق عيني، فإن دعوى التعرض هي بدورها آلية قانونية تروم المنازعة في وجود حق الملكية لطالب التحفيظ، خولها المشرع طبقا للمادة 24 من ظهير التحفيظ العقاري لكل من يدعي حقا على عقار تم طلب تحفيظه، وبذلك فدعوى التعرض هي دعوى استحقاقية لوحدة الأثر القانوني»³⁴⁹.

وفي المقابل لا تطلق إلا على الدعوى العينية التي يطالب فيها بالملك، فهي إذن لا تطلق على الدعاوى الشخصية التي يطلب فيها المدعي رد الشيء إليه، ولا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعي برد الحيابة لا الملك، فهذه الدعوى الأخيرة هي دعوى حيابة لا دعوى استحقاق، ولا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعي بحق عيني آخر غير حق الملكية، فهذه الأخيرة هي دعوى إقرار بحق عيني، وإذا رفعها

³⁴⁷-قرار محكمة النقض رقم 11، بتاريخ 04 يناير 2022، ملف مدني رقم 3773/4/1/2021، منشور على موقع المنصة الرقمية لمحكمة النقض المغربية (www.juriscassation.cspj.ma).

³⁴⁸- قرار محكمة النقض رقم 42، بتاريخ 18 يناير 2022، ملف مدني رقم 1303/1/1/2019، منشور على موقع المنصة الرقمية لمحكمة النقض المغربية (www.juriscassation.cspj.ma).

³⁴⁹-قرار محكمة النقض رقم 377، الصادر بتاريخ 04 شتنبر 2018، في الملف المدني رقم 4316/8/1/2016، نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية، العدد 39، ص 147.

المالك على من يتمسك بحق عيني على ملكه تكون دعوى انكار حق عيني، وهي في الحالتين ليس دعوى استحقاق لأن محل الدعوى هو حق عيني آخر غير الملكية³⁵⁰.

وإذا كان بعض الفقه الفرنسي يرى في دعوى الاستحقاق أنها لا تقتصر على الاعتراف بحق الملكية ولكن كذلك بالتمكن من السيطرة على العقار أو المنقول الذي يشكل الوعاء المادي لهذا الحق³⁵¹، ويستند في ذلك إلى بعض قرارات محكمة النقض الفرنسية التي تعرف دعوى الاستحقاق بأنها «الدعوى التي يثير من خلالها المدعي صفته كمالك ويطالب فيها المدعى عليه برد الشيء»³⁵²، في محاولة للتقريب بين هذه الدعوى ودعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، فإنه من الثابت فقها وقضاء أن دعوى الاستحقاق في حد ذاتها لا تستطيع إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه حتى في الحالة التي يتم فيها مراعاة الثمار والنفقات التي قام بها الحائز³⁵³، فمرور الزمن واستعمال الحائز للشيء قد يكون له آثار على قيمة الشيء، فالاستحقاق يسمح بإعادة الشيء دون الاكتراث بعناصر هذا الشيء، لهذا تكون مشفوعة بدعوى المسؤولية مما يقتضي والحالة هذه إثبات الخطأ بشأن الضرر الذي طال الشيء محل حق الملكية³⁵⁴. كما قد تكون مقرونة ببعض التدابير الاحترازية من أجل المحافظة على حالة الشيء محل حق الملكية والثمار³⁵⁵، كالحراسة القضائية وفق مقتضيات الفصل 170 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على أنه «إذا ادعى كل من المدعي والمدعى عليه أنه الحائز وتقدم كل منهما بأدلة على تلك الحيازة فللقاضي أن يبقي الحيازة لهما معاً في نفس الوقت أو أن يأمر بحراسة قضائية على المتنازع فيه أو أن يسند حراسته لأحد الطرفين مع التزامه بتقديم حساب عن ثماره إذا اقتضى الحال ذلك». وذلك إلى أن تبت المحكمة في دعوى الاستحقاق وإن كان هذا الإجراء يشمل يقتصر فقط على الأشياء المعينة بالذات³⁵⁶.

³⁵⁰- عبد الرزاق أحمد السنهوري: «الوسيط في شرح القانون المدني»، الجزء 9، أسباب كسب الملكية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998، ص 592.

³⁵¹-Marc Levis : «L'opposabilité de droit réel de la sanction judiciaire des droit», ed economica, 1989, p 48.

³⁵²-Cour de cassation, civ3^{re}, 16 avr 1973, Bull.civ.III, n°297, p214.

³⁵³-مرجع سابق:

³⁵⁴-François Terré, Philippe Simler : «Droit Civil, Les Biens», 10 ed, Dalloz, 2018, p401.

³⁵⁵ - لبنى السباعي: «الحماية المدنية والجنائية للحيازة العقارية»، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى 2020، ص 128.

³⁵⁶-مرجع سابق:

Pascal Fréchette «La restitution des prestations en Droit Québécois»p181.

من هنا يمكن القول أن دعوى الاستحقاق تهم فقط الاعتراف بالمركز القانوني للمالك ولا تحدد الآثار القانونية في حالة تثبيت هذا المركز، وهذا ما يمكن استنتاجه من المادة 22 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على أن « لملك العقار أن يطلب استحقاق ملكه ممن يكون قد استولى عليه دون حق، وله أن يطالب من تعرض له فيه بالكف عن تعرضه، كما له أن يطالب برفع ما قد يحصل له فيه من تشويش».

وهو ما كرسته محكمة النقض في مجموعة من قراراتها، فقد ورد في قرارها الصادر بتاريخ 27 دجنبر 2022، أن « لما كانت دعوى الاستحقاق ترمي إلى مجرد الاعتراف بالمركز القانوني لمستحيي الملك فإن ليس شرطاً أن توجه حتماً ضد الحائز، ودعوى الطاعنين ترمي إلى استحقاق المدعى فيه وفق ما يستندون إليه، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما نظرت تحقيقاً في حجتهم وألفتها تنطبق على المدعى فيه، وردت دعواهم بأنهم حائزون لما يدعون وأن دعواهم لا ترفع إلا ضد الحائز، تكون قد خرقت القاعدة أعلاه لعدم تمييزها بين الاستحقاق كمركز قانوني وما ترتبه من آثار بالإخلاء وغيره، ولم تجعل لقضائها أساساً من القانون، مما يتعين منعه نقض القرار »³⁵⁷، وفي نفس المعنى ورد في قرار آخر صادر بتاريخ فاتح أكتوبر 2019، «دعوى الاستحقاق ترمي إلى حماية المركز القانوني لمدعيه، ولما كان المطلوبون يقرون للطاعن بوضعه الشرعي على المدعى فيه، فإن المحكمة لما اعتبرت أن الجهة المدعى عليها تقرر له أحقيته في ملكية العقار المدعى فيه ولا تنازع فيه، وأنه هو نفسه لم يدع الاستيلاء على عقاره، ورتب على ذلك أن شروط دعوى الاستحقاق غير قائمة، وأن ما يزعمه الطاعن من الاعتراض على الحياة له إطار قانوني آخر لا ينسجم مع ملتزمه، وقضت تبعا لذلك بعدم قبول الدعوى، تكون قد حجرت على دعوى الاستحقاق واسعا، وخالفت القاعدة أعلاه مما يشكل خرقاً للقانون، وجاء قرارها غير مرتكز على أساس»³⁵⁸.

ومن المفيد الإشارة هنا على مستوى القانون المقارن، أن الفقه الإسباني يكاد يجمع على عدم ملائمة قواعد الملكية لتنظيم الرد المتولد عن إبطال أو فسخ العقود لكونها ليست تقنية لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، فهي قواعد عامة لا تتضمن أي جزاءات بخصوص الحالة

³⁵⁷ قرار محكمة النقض، رقم 728 بتاريخ 27 دجنبر 2022، ملف مدني عدد 4338/1/4/2019، منشور على موقع المنصة الرقمية لمحكمة النقض المغربية (www.juriscassation.cspj.ma).

³⁵⁸ - قرار محكمة النقض رقم 521، بتاريخ 01 أكتوبر 2019، ملف مدني 6039/1/4/2018، منشور بمجلة ملفات عقارية عدد 9، ص 70.

المادية للشيء³⁵⁹، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الإسبانية من خلال استبعاده للمواد من 451 إلى 458 من القانون المدني الإسباني من نطاق الرد الناتج عن إبطال وفسخ العقود، فقد جاء في قرارها الصادر بتاريخ 20 دجنبر 2016 «لا يمكن تطبيق قواعد الملكية في حالة الرد المرتبط بوجود أو زوال تصرف قانوني»³⁶⁰.

وعليه فدعوى الرد تهدف إلى إرجاع الحالة بشكل شمولي، بمعنى أنها لا تقتصر على الشيء وإنما تشمل الثمار والمنافع الأخرى المحصل عليها من تاريخ الأداء الأصلي، بغض النظر عن حسن أو سوء نية الملمزم بالرد، لأنه حتى في حالة تعذر الرد العيني سواء نتيجة هلاك أو تفويت الشيء محل الأداء الأصلي تبقى إمكانية الرد بالقيمة واردة في جميع هذه الحالات، وهذا الحكم يشمل حتى الثمار الطبيعية والمدنية.

في حين دعوى الاستحقاق لا تروم إرجاع الحالة وإنما استعادة محل حق الملكية، وبالتالي فإنه في حالة بيع عقار محفظ فإن حسن نية المشتري تحول دون إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه³⁶¹، وذلك تطبيقاً للفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري، وللمادة 2 من مدونة الحقوق العينية.

عموماً فإن دعوى الاستحقاق تختلف عن دعوى الرد، في كون الأولى تحمي الملكية وصاحب حق الملكية من خلال الاعتراف بمركزه القانوني كمالك، ولهذا فإنها لا تعد آلية لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه. بينما دعوى الرد فإنها تروم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من خلال استعادة الأداء المنفذ بمقتضى تصرف قانوني تقرر إبطاله أو فسخه أو بموجب واقعة قانونية تقرر على أساسها عدم استحقاق الأداء أو انعدام سببه، فمناطها هو استعادة الأداء المنفذ، وهذا ما يمكن استخلاصه من قرار محكمة النقض المغربية الصادر بتاريخ 15 مارس 2022، بخصوص إفراغ عقارين بعد بطلان عقد الشراء، بحيث صرح الطالبون في النقض بأن الدعوى ترمي إلى طرد محتل، وبالتالي فإنها تعتبر دعوى استحقاقية، وانهم هم الحائزون للمدعى فيه، والحائز لا يكلف ببيان وجه مدخله إلا إذا أدلى المدعي بحجة على دعواه، وقد أجابت محكمة النقض على هذه الوسيلة بما يلي: «لكن، حيث إن السند الموجب لرد الدعوى

³⁵⁹ - مرجع سابق:

Angel Carrasco Perera: «Restitución de provechos, tomo I», p1067.

³⁶⁰-Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 20/12/2016, RJ2016/6317, n°44, 853.

³⁶¹ - عبد العلي حفيظ: «العمل القضائي في الحجز التنفيذي العقاري»، دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى 2010، ص 245.

يقتضي أن يكون هذا السند صحيحا مؤثرا في دحض ما يستظهر به المدعي من الحجج لتعزيز دعواه، ولما كان البين من أوراق الملف أن المطلوبين استندوا في دعوى الإفراغ على حكم... صادر عن المحكمة الابتدائية بزاكورة في مواجهة المدعى عليهم قضى ببطالان عقد الشراء تم تأييده بمقتضى قرار الاستئناف... تم الطعن فيه بالنقض من طرف المدعى عليهم، فأصدرت محكمة النقض قرارها برفض الطلب... ومحكمة الاستئناف لما عللت قرارها بأنه: "ثبت للمحكمة بأن وجه مدخل المستأنف عليهم وهو رسم الشراء قد أصبح والعدم سواء ما دام أنه قد تم التصريح ببطالانه، وبالتالي فإنه يتعين إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرام رسم الشراء، وهو رجوع العقارات إلى الذمة المالية للبائعة" تكون قد أصابت صحيح القانون، وعللت قرارها تعليلا سليما وأجابت على كل الدفع، ولم تخرق أي مقتضى»³⁶².

فهذا القرار يبين بشكل واضح وظيفة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بواسطة الرد والتي هي إعادة الأداء المنفذ إلى ذمة الدائن والتي تختلف عن دعوى الاستحقاق التي تروم اثبات الملكية بسند صحيح.

ومن المفيد الإشارة كذلك أنه سبق للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) أن أصدر قرارا بغرفتين بتاريخ 24 أكتوبر 2007، أكد فيه على اختلاف دعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن دعوى الاستحقاق وإن كان ذلك في سياق إرجاع الحالة على ما كانت عليه في إطار التعويض في المسؤولية المدنية عن الجرائم وأشباه الجرائم، بحيث ورد فيه «إذا كانت الدعوى المدنية ترمي إلى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل الاعتداء وتنفيذ حكم الإفراغ الناتج عن جرم أو شبه جرم، وتمادي المنفذ ضده في الاحتلال للأرض، فإن هذه الدعوى لا يتطلب فيها توفر شروط دعوى الحيازة ولا دعوى الاستحقاق. ولذلك فلا مجال للاستدلال بأجل سنة المنصوص عليه في الفصلين 166 و167 من قانون المسطرة المدنية لأنها ليس بدعوى حيازة»³⁶³.

ومن جهة أخرى، فإن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه والتي يروم إليها الرد تكون بشكل شمولي من حيث الشيء موضوع الأداء بجميع عناصر خلال الفترة الفاصلة بين تنفيذ هذا

³⁶² - قرار محكمة النقض رقم 177 الصادر بتاريخ 15 مارس 2022، ملف مدني رقم 2021/3/1/3673، منشور على موقع المنصة الرقمية لمحكمة النقض المغربية (www.juriscassation.cspj.ma).

³⁶³ - قرار المجلس الأعلى بغرفتين عدد 3450 الصادر بتاريخ 2007/10/24، ملف مدني عدد 2005/3/1/2451، منشور في قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجميع الغرف، إعداد ودراسة وتعليق إدريس بلحمجوب، الجزء الخامس، ص288.

الأداء وتقرير الرد، ومن حيث الأطراف من خلال خلق التوازن بين الذمم المالية لطرفي العلاقة في حالة الرد التبادلي كالمترتب على الفسخ أو الإبطال، إذ هنا لا تقتصر العملية على مجرد الاستعادة المادية للأشياء وإنما كذلك تقرير حساب للرد يتضمن جزاءات تكميلية تضمن نوع من التوازن بين الأطراف، وهذا الأمر لا يمكن تحقيقه بواسطة دعوى الاستحقاق حتى وإن كانت مقرونة بطلب تعويض.

الباب الثاني:

**أساس إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه
ونظامها القانوني.**

لاشك أن للرد نظامه القانوني الخاص الذي يحدد قواعده وأحكامه سواء فيما يتعلق بتعيين حالاته واطرافه وتحديد مضمونه أو ما يتعلق بتنفيذه، إلا أن تحديد النظام القانوني للرد وتقصي أبعاده وجوانبه المختلفة يعتمد في المقام الأول على تحديد الأساس القانوني الذي يصدر عنه ويستند إليه، فالنظام القانوني لأية مؤسسة قانونية بوجه عام يتحدد في ضوء الأساس القانوني المعتمد.

وعلى هذا النحو يتحدد الإطار العام للبحث في هذا الباب من خلال أولا البحث عن الأساس الأمثل للرد (الفصل الأول) قبل تقصي وتحديد نظامه القانوني (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

**تعدد الأسس القانونية للرد واثره على مضمون
ونطاق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.**

يقصد بالأساس القانون ذلك الجسر الذي يربط القواعد العامة للقانون والمجالات العملية الأكثر خصوصية، فالأساس في مجال القانون آلية لفهم مؤسسة قانونية معينة وتحديد القواعد الواجبة التطبيق على مختلف فرضياتها³⁶⁴.

إلا أن هذا لا يعني بالضرورة تحديد مبدأ واحد يجب أن يكون أساساً شاملاً لكل جوانب مؤسسة قانونية، من هنا يجب التأكيد على أن المؤسسة القانونية موضوع الدراسة قد تكون عرضة لتأثير مجموعة من القواعد القانونية بحسب الأهداف المتوخاة منها ومن ثم قد تتعدد أسسها بتعدد مصادرها³⁶⁵.

وإذا كان ثمة ما يشبه الإجماع على نعت مفهوم الرد بالغموض لغياب نظام موحد، فإن الاتفاق أبعد ما يكون عن الانعقاد في ما يتعلق بالأساس القانوني الصحيح الذي تنبني عليه فكرة الرد، مما دفع الفقه والقضاء المقارن في اتجاهات متعددة يصعب التوفيق بينها، وهكذا تم ربط الرد بدفع غير المستحق وبالإثراء بلا سبب وبالأثر الرجعي لانحلال التصرفات القانونية، علاوة على ذلك فتواجد الرد في تقاطع مع مجموعة من المؤسسات القانونية كحق الملكية والمسؤولية المدنية جعل بعض من قواعده متأثرة بالتطور الحثيث الذي عرفته هذه المؤسسات.

لهذا فإن دراسة الأسس القانونية للرد هي فرصة لعرض هذه المؤسسة بنوع من الاستقلال والوحدة خارج القوالب التقليدية التي ظلت منحوسة فيها إلى يومنا هذا.

على أن تحري الدقة الصارمة حول حقيقة الخلاف الفقهي والقضائي بشأن الأساس القانوني للرد يحتم القول أن إشكالياته الرئيسية تتركز بصفة خاصة في موضوع الرد المتولد عن انحلال التصرفات القانونية سواء الناتج عن الإبطال أو المترتب عن الفسخ³⁶⁶، وهذا ما يمكن تلمسه بصفة خاصة من خلال النقاشات الفقهية التي سبقت التعديلات الجديدة التي طالت القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر رقم 131/2016، المؤرخ في 10 فبراير 2016.

³⁶⁴ -مرجع سابق:

Gérard CORNU (dir.), «Vocabulaire juridique», 10 éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2014, p. 467.

³⁶⁵ -مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p23.

³⁶⁶ -مرجع سابق:

.GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p368

فالمشاريع الوطنية لإصلاح القانون المدني الفرنسي التي انبثقت عنها التعديلات الموما إليها أعلاه في موضوع الأساس القانوني للرد كانت تقوم على مقاربتين مختلفتين³⁶⁷، مسودة مشروع (François Terré) لسنة 2009، المسماة l'avant-projet Terré التي أسست الرد الناتج عن الإبطال على دفع غير المستحق، حيث جاء في تقرير هذا المشروع أن «مسألة الرد لا ترتبط بالإبطال، يتعلق الأمر بصفة عامة بتطبيق قواعد دفع غير المستحق»³⁶⁸، وفي المقابل فإن مسودة مشروع (Pierre Catala) لسنة 2005، المسماة l'avant-projet Catala أسست الرد الناتج عن انحلال التصرفات القانونية على مبدأ الأثر الرجعي للإبطال والفسخ³⁶⁹، حيث جاء في المادة 1162 من المشروع أن: «الإبطال والفسخ بأثر رجعي يتضمن بقوة القانون الرد الشامل»، وهذا يعني بالنسبة للكثيرين أن الرد يجد أساسه في الأثر الرجعي³⁷⁰، كما تقول الأستاذة Yves-Marie SERINET في تقريرها حول مسودة المشروع أن الرد يتميز بطبيعة تلقائية بحيث لا يحتاج تبريره إلى عنصر خارجي بل فقط إلى الحكم بالإبطال³⁷¹.

ان الأمر الذي لا جدال فيه هو أن العقد بعد فسخه أو إبطاله لا يمكن ان يبقى سبباً لاحتفاظ كل من المتعاقدين بما قبضه من المتعاقد الآخر، فإذا كان من المسلم به أن الرد لا يمكن ان يكون التزاماً عقدياً بعد إبطال العقد أو فسخه بسبب واضح هو ان العقد لم يوجد أو أنه قد انحل وزال، إلا أن ذلك التبرير لا يكفي، إذ لابد من تلمس سند قانوني يمكن من خلاله إلزام المتعاقدين أو أحدهما برد ما قبضه³⁷².

³⁶⁷ -Gaël Chantepie, Mathias Latina :« La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil», Dalloz, 2016, p893.

³⁶⁸ - D.Houtcieff:«Les sanctions des règles de formation des contrats», In pour une réforme du droit des contrats, F.Terré (dir), Dalloz, 2009, p233, n°19.

³⁶⁹ مرجع سابق:

Morgane Reverchone-Billot :«La question litigieuse en matière contractuelle, Essai sur le traitement procédural du droit des contrats », Nouvelle Bibliothèque de thèse, volume 169, Dalloz, 2017, p36.

³⁷⁰ مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE:«La restitution des prestations en Droit Québécois »p12.

³⁷¹ - مرجع سابق:

Yves-Marie Serinet :« Restitutions après anéantissement du contrat (art. 1161 à 1164-7)», in AVANT-PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS 22 Septembre 2005, p56.

³⁷² - عباس علي محمد الحسني: «رجعية العقد عند فسخه قضاء، بحث مقارن بين الفقه الإسلامي والقانون المدني»، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الأول، 2012، ص 35.

من هنا فإن التساؤل الذي يطرح بإلحاح يتعلق بالأساس القانوني لهذا الرد، لأن بحث هذا الأساس لا يخلو من الأهمية، فنطاق الرد قد يضيق أو يتسع وفقا للأساس الذي ينبني عليه، كما أن تحديد هذا الأساس له آثار مسطرية على دعوى الرد.

وإذا كانت أغلب التشريعات لا تورد نصوصا صريحة ومباشرة بخصوص الأساس القانوني للرد فإن الفقه العربي لا يولي كبير اهتمام للأساس الذي ينبني عليه، بل هو يسلم ببداهة باعتبار أنه من الأمور التي تغني عن كل بيان أو مما تمليه طبيعة الأشياء مرددا الصيغة العامة التي ورد بها على لسان الفقيه السنهوري في معرض حديثه عن آثار الفسخ بأنه «استرداد كل متعاقد لما اعطاه انما يكون على اساس استرداد ما دفع دون حق»³⁷³ أو تلك الصيغة الشهيرة التي وردت في أحد قرارات محكمة النقض المصرية التي جاء فيها «أن فسخ عقد البيع يترتب عليه انحلاله بأثر رجعي منذ نشوئه ويعد كأن لم يكن، ويعاد كل شيء الى ما كان عليه من قبل وأن حق البائع في استرداد المبيع من المشتري يقوم تبعا لذلك على اساس استرداد ما دفع بغير وجه حق»³⁷⁴.

وينم استقراء مجهود الفقه المدني والعمل القضائي في هذا المضمار على وجود اتجاهات معينة في تبرير الأساس القانوني للرد المتولد عن انحلال وانقضاء التصرفات القانونية تتراوح بين اقتراح بعض الأسس المستقلة وهي الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق، التي يصلح كل واحد منها ليكون أساسا واحدا لجميع أنواع الرد رغم اختلاف مصدره أو فعله المولد، (المبحث الأول) وبين اعتبار الرد الناتج عن الفسخ أو الإبطال اثر قانوني للفعل المولد يجد أساسه القانوني في مصدره (المبحث الثاني).

³⁷³ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 2، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998م، ص 803 .

³⁷⁴ - قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 28 مارس 1991، الطعن رقم 1038، أورده المستشار احمد محمد عبد الصادق في مؤلفه «التقنين المدني، شرح احكام القانون المدني، ج1، طبعة الأولى، دار القانون للإصدارات القانونية 2103م، ص1067.

المبحث الأول: الأسس المستقلة للرد تأصيل الرد على أساس أشباه العقود.

تعد إعادة المتعاقدين الى حالتها الأصلية قبل التعاقد، الجزاء الجوهرى المشترك بين الإبطال والفسخ، ويتم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بأن يرد كل متعاقد الى المتعاقد الآخر كل ما استوفاه منه تنفيذاً للعقد قبل انحلاله، ويشمل الرد كذلك، رد الثمرات اذا كان المعقود عليه منتجاً لها، ورد المصروفات والفوائد وجميع المنافع المحصل عليها.

ولما كانت الآراء المقول بها استكناها للأسس المستقل للرد ممعنة في التنوع والاختلاف بسبب طبيعة المؤسسات القانونية المعتمدة في هذا التأصيل³⁷⁵، إذ هناك من أسس الرد على حق الملكية وعلى المسؤولية المدنية وعلى أشباه العقود، فإنه من الأجدر الاكتفاء بتصنيفها وفق الخطة التي ترسمتها الباحثة Guelfucci-thibierge³⁷⁶ إلى أساس مستمدة من فكرة الإثراء بلا سبب وأساس مستمدة من دفع غير المستحق .

لهذا فالالتزام بالتعويض عن الإثراء بلا سبب هو التزام بالرد لأنه مستوحى من فكرة عامة مشتركة بينهما وهي استعادة التوازن المكسور³⁷⁷، وقد كان الاتجاه السائد في الفقه هو تأسيس الرد على الإثراء بلا سبب وعلى قاعدة دفع غير المستحق، ونقطة البدء لدى أقطاب هذا الاتجاه أن ما استوفاه المتعاقد يصبح غير مستحق بعد انحلال العقد، لكون الإبطال أو الفسخ يزيل العقد الذي كان سبب الوفاء وبزواله يبطل الوفاء لانعدام سببه فيكون غير مستحق، مما يستوجب رده، وفي هذا المعنى يقول الدكتور السهوري « إذا تقرر بطلان العقد زال كل أثر له، وأرجع كل شيء إلى أصله... فإذا كان العقد بيعاً وتقرر بطلانه، ورد المشتري المبيع بثمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية وفي مقابل ذلك لا يلتزم البائع بالفوائد عن الثمن الذي يرده إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك. وهكذا يعاد المتعاقدان إلى الحالة

³⁷⁵مرجع سابق:

Morgane Reverchone-Billot :«La question litigieuse en matière contractuelle », Dalloz, 2017, p41.

³⁷⁶ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p369.

³⁷⁷ - مرجع سابق:

Marie Malaurie :«Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p49.

التي كانا عليها قبل العقد. واسترداد كل متعاقد لما أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد»³⁷⁸.

ولكي يمكن الحديث عن تأصيل الرد على أساس أشباه العقود لابد من معاينة مدى انطباق شروطها واحكامها على قاعدة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وفي هذا الصدد يجب دراسة كل من الإثراء بلا سبب (المطلب الأول) ودفع غير المستحق (المطلب الثاني) بشكل منفصل، مراعاة لاختلاف الفروض والأسانيد باختلاف الأحكام المنظمة لكل منهما، وانطلاقاً من كون الفقه والقضاء تناولهما بصيغة مختلف في موضوع الرد.

المطلب الأول: مدى ملائمة أحكام الإثراء بلا سبب لإرجاع الحالة الناتجة عن الرد.

يذهب الكثير من الباحثين إلى تأسيس الرد المتولد عن انحلال العقود على قاعدة الإثراء بلا سبب³⁷⁹ انطلاقاً من افتراض أن ما تسلمه المتعاقد يصير بعد إبطال العقد أو الحكم بفسخه سبباً في إثرائه وافتقار الطرف الآخر، مما يستوجب رده وإعادة التوازن الذي اختل بغير سبب بين الذمم المالية للأطراف. وهذه الحالة ترد إلى قاعدة الإثراء بلا سبب على النحو الآتي الذي عبر عنه أحد الفقهاء بالقول بأن «الدافع بدين مستحق الأداء ثم يزول سبب استحقاق الدين بتحقيق الشرط الفاسخ أو بفسخ العقد، فالوفاء الذي كان العقد سبباً له أصبح الآن دون سبب بزوال العقد ومن ثم يبطل الوفاء ومتى بطل زال السبب الذي نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له فيثري المدفوع له هنا أيضاً دون سبب على حساب الدافع، ويسترد الدافع ما دفع بمقتضى قاعدة الإثراء»³⁸⁰.

ومن الحجج التي يسوقها انصار هذا الرأي، أولاً أن القضاء المقارن قد أسس الرد الناتج عن انحلال العقود على قاعدة الإثراء بلا سبب³⁸¹، سواء بالنسبة للحساب الكامل للرد أو

³⁷⁸ -مرجع سابق: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998م، ص 855 .

³⁷⁹ - Colin, A., H. Capitant et L. Julliot de la Morandière « Précis de droit civil » t. 2, 2e éd, Paris, Dalloz, 1961, p 745.

³⁸⁰ -مرجع سابق: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998م، ص 855 .

³⁸¹ - مرجع سابق:

Heinzmann Lisa : «L'étendue des restitutions en droit français et allemand», Revue internationale de droit comparé, vol, 70 n°2, 2018, p312.

بالنسبة فقط للرد التكميلي مثل التعويض عن استعمال أو الانتفاع بالشيء محل العقد³⁸²، ففي قرار قديم صادر عن محكمة Bordeaux الفرنسية بتاريخ 27 ماي 1874، جاء فيه «لا يمكن لأطراف العقد الذي تم إبطاله الإثراء على حساب الغير»³⁸³، كما أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت في قضية تتعلق بإبطال عقد شركة فلاحية إلى تأييد فكرة احتساب الأرباح الطارئة التي تحصل عليها المدعى عليه من إعادة بيع الماشية ضمن قيمة مبلغ الرد الناتج عن الإبطال على أساس أن «الإبطال يستوجب على الأطراف إعادة كل الأداءات المقدمة والمنافع المحصل عليها بموجب العقد الباطل»³⁸⁴، وفي قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف Paris بتاريخ 26 ماي 1972 ذهبت المحكمة إلى قبول منح تعويض عن الاستغلال لفائدة البائع بعد ابطال العقد على أساس الإثراء بلا سبب³⁸⁵، وفي نفس السياق جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا الإسبانية بتاريخ 28 أكتوبر 2015، بشأن فسخ عقد إيجار تجاري بسبب الكراء من الباطن، قررت المحكمة نقض قرار المحكمة الإقليمية لمدرية التي رفضت تضمين الأرباح المحصل عليها من عقد الكراء من الباطن في حساب الرد، حيث جاء في القرار بأن «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قاعدة الإثراء بلا سبب تعد مبدءا عام للقانون، يقتضي تطبيقه على النازلة بعد ان تبين للمحكمة أن المدعى عليه كان يؤدي للمدعية مبلغ 700 أورو شهريا وفي المقابل يتحصل من الشركة المكترية من الباطن على مبلغ شهري قدره 4200 أورو، فهو يستفيد من إثراء لا موجب له وخارج نطاق عقد الكراء وقد صاحب ذلك حرمان المالكة من الانتفاع بالمحل وأدى إلى إضرار واضح بذمتها المالية»³⁸⁶.

أما الحجة الثانية، مفادها أن هناك شبه إجماع على مستوى الفقه الفرنسي في تأسيس الرد الناتج عن تصرفات القاصر على قاعدة الإثراء بلا سبب³⁸⁷، فالقاصر بناء على المادة

³⁸²مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p370.

³⁸³-أوردته :

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p370.

³⁸⁴- Cour de cassation. 1^{re} civ., 25novembre. 1981, n°79-14.298, JCP 1981. P211..

³⁸⁵ -Cour d'appel Paris, 26 Mai 1972, JCP.1973, II.17419.

³⁸⁶ - Sentencia del Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil, 28 de octubre 2015, n°602/2015, In (www.vlex.es).

³⁸⁷ - Stessy Tetard : «les restitutions dans le nouvel article 1352-4 du code civil (ou le risques de la simplification), recueil dalloz, 193 année, 2017, n°14 /7727, p777.

1312 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل والمادة 1352-4 بعد تعديلات سنة 2016، يلتزم بالرد في حدود النفع الذي استخلصه من الالتزامات، فنقصان الأهلية من شأنه أن ينقص التزامه هذا ويقصره على قدر الإثراء الذي يكون قد عاد عليه بالنفع فقط، فلا يلزم برد ما أضاعه مما أثرى به، ولا ما أنفقه في غير مصلحة، ومع ذلك فإن هناك رأي واحد خالف هذا الإجماع واقترح تأسيس الرد في هذه الحالة على مبدأ عدم الإضرار بالقاصر بفعل آثار الإبطال³⁸⁸

وبخصوص الحجة الثالثة، تكمن في أن هذا النوع أو الفئة من الرد تندرج في القانون الألماني ضمن أحكام الماد 812 المتعلقة بالإثراء غير المبرر³⁸⁹، حيث جاء في هذه المادة «من تسلم دون مبرر قانوني شيء من شخص آخر كأداء أو بأي طريقة أخرى التزم برده، كما يترتب هذا الالتزام عند زوال الأساس القانوني وفي حالة عدم تحقق الآثار المرجوة من الأداء موضوع التصرف»³⁹⁰، كما أن القانون الإنجليزي يعتبر الإثراء غير المشروع الأساس القانوني للرد³⁹¹، على أنه بالرغم من أن التشريعين يشتركان في أن الإثراء هو الشرط الأساسي للرد ويستبعدان شرط الافتقار، فإنهما يختلفان من حيث اشتراط انعدام السبب، فالقانون الألماني يرى في غياب السبب المبرر ركنا رئيسيا لإعمال قواعد الإثراء غير المبرر أي الواقعة القانونية التي يترتب عليها القانون نشوء حق للمثري فيما أثرى به أو التزاما على المفتقر بأن يؤدي ما افتقر به أو بأن يتحمل ما فاتته من منفعة³⁹²، في حين أن التشريع الإنجليزي لم يتبنى هذا الشرط وإنما وضع قائمة بالحالات التي يكون فيها الإثراء غير مشروعاً³⁹³ مثل الغلط (mistake) و الإكراه (duress) وزوال سبب انتقال القيم (failure of consideration).

³⁸⁸ -Malinvaud : «La responsabilité des incapables et de la femme dotale a l'occasion d'un contrt», Thèse, L.G.D.J, 1965 , n°6.

³⁸⁹ -مرجع سابق:

Antonio Ismael Ruiz Arranz :« Frutos en la restitución contractual », p 292.

³⁹⁰- (G.) LARDEUX, R. LEGAIS, M. PEDAMON, C. WITZ : « Code civil allemand», Juriscope, Dalloz, 2010, traduction en français.

³⁹¹-مرج سابق:

P. FRÉCHETTE:«La restitution des prestations en Droit Québécois », p37.

³⁹² - مرجع سابق: سليمان مرقس:«محاضرات في الإثراء على حساب الغير، في تقنينات البلاد العربية»، القسم الأول الأحكام العامة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1961، ص68.

³⁹³ - مرجع سابق:

Mélotie Combot :«Quasi-contrat et enrichissement injustifié»p19.

حقيقة، لا يمكن انكار أن تنفيذ الالتزامات المقررة بمقتضى عقد تم إبطاله أو فسخه يؤدي إلى إثراء المدفوع له، بالقدر الذي ينتج عنه افتقار الطرف الدافع، وتوافر عنصري الإثراء والافتقار وارتباطهما برابطة السببية الوثيقة يمكن أن يدفع إلى الاعتقاد بأن أساس ومصدر التزام المدفوع له برد ما استوفاه نتيجة تنفيذ موجبات العقد هو في اثرائه على حساب الطرف الآخر.

ومع ذلك فإن هذا التخريج لا يصادف قبولاً³⁹⁴، فمن الناحية التاريخية فالقانون الروماني لم يصل حتى في آخر عهوده وأكثرها ازدهاراً إلى حد تقرير مبدأ عدم الإثراء على حساب الغير باعتباره مصدراً عاماً للالتزام³⁹⁵، في حين أن في عهد جوستينيان كانت هناك تطبيقات لدعوى الرد بمعناها الواسع، كما أنه في القانون الفرنسي لم تتبلور فكرة الإثراء بلا سبب إلا من خلال قرار Boudier المؤرخ في 15 يونيو 1892³⁹⁶، أما أهمية أثر البطلان في إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد فقد ظهرت في القرن السابع عشر بفضل الفقيه دوما الذي وضع نظرية السبب كقيد جديد على مبدأ الرضائية، واعترف بالسبب كركن جوهري في العقود يترتب على تخلفه بطلان العقد مما يستتبعه إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد، أي إلزام كل من العاقدین برد الأداءات التي حصلها بمقتضى العقد الذي وقع باطلاً³⁹⁷. لذلك فإن المعطيات التاريخية تنفي فكرة تأسيس الرد على قاعدة الإثراء بلا سبب³⁹⁸، لكون الرد أقدم تاريخياً من الإثراء بلا سبب على الأقل بالنسبة للقانون الفرنسي³⁹⁹.

³⁹⁴ - مرجع سابق :

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p52.

BOUSIGES, A : « Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat », th. Poitiers, 1982, p447.

³⁹⁵ - مرجع سابق: سليمان مرقس: «محاضرات في الإثراء على حساب الغير، في تقنيات البلاد العربية»، القسم الأول الأحكام العامة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1961، ص12.

³⁹⁶ - مرجع سابق:

Heinzmann Lisa : «L'étendue des restitutions en droit français et allemand», Revue internationale de droit comparé, vol, 70 n°2, 2018, p313.

³⁹⁷ - مرجع سابق: سليمان مرقس: «محاضرات في الإثراء على حساب الغير، في تقنيات البلاد العربية»، القسم الأول الأحكام العامة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1961، ص13.

³⁹⁸ - مرجع سابق:

Heinzmann Lisa : «L'étendue des restitutions en droit français et allemand», Revue internationale de droit comparé, vol, 70 n°2, 2018, p313.

³⁹⁹ - مرجع سابق:

كما أنه على مستوى الأهداف، فالغاية من الإثراء بلا سبب تختلف عن الغاية من الرد، فقد قيل قديماً أن أساس الإثراء بلا سبب هو المسؤولية حيث يشكل أحد تطبيقاتها⁴⁰⁰، اليوم يرفض الفقه هذا الأساس، الذي لا يتناسب مع شروط وآثار الإثراء بلا سبب، بحيث لا يشترط وجود خطأ من جانب المثرى، كما لا يروم إلى التعويض الكامل للضرر الذي مس المفتقر إذا كانت قيمة الإثراء أقل من الضرر، لهذا فالإثراء بلا سبب هو مفهوم عكسي للمسؤولية المدنية، فبدلاً من أخذ الضرر في الاعتبار يتم اعتماد الإثراء، فمركز الثقل في الإثراء هو عكس المسؤولية، فمناطه ليس الآثار الضارة التي تكبدها الفريق المتضرر، وإنما المنافع التي حصل عليها الطرف المثرى، من هنا فالغاية من دعوى الإثراء بلا سبب تبقى مستقلة عن أي خطأ من جانب المثرى وبصرف النظر عن الضرر الذي مس المفتقر، إنها تروم إزالة الإثراء غير المبرر الناتج عن الفرق بين الوضع الحقيقي والوضع الافتراضي للمستفيد.

وفي المقابل فإن الغاية من دعوى الرد الناتجة عن انحلال التصرفات القانونية تتمثل في إرجاع الوضعية السابقة للمدعي، وهذا يعني التوضع من جهة الشخص الذي نفذ الأداء وليس من جانب المستفيد كما هو الحال بالنسبة للإثراء بلا سبب، فالرد يعتمد بالأساس على وجود أداء أولي تم تنفيذه بغض النظر عن آثاره على الذمة المالية للأطراف.

وترتيباً على ما سبق فإن مجموعة من قواعد الإثراء بلا سبب ذات طبيعة خاصة، لأنها لا تهدف إلى الرد العيني للأشياء، فدعوى الإثراء بلا سبب كما ينمئها الفقه والقضاء تروم التعويض عن الإثراء ولا تهدف إلى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، فهي لا تتعلق بالأموال أو القيم المعينة بذاتها، فلا يمكن تمديد أحكام الإثراء لتطبيقها على الرد، وفي المقابل كذلك فإن المبادئ التي تحكم الرد تتنافى مع قاعدة الإثراء بلا سبب فهي لا تعكس طبيعة الرد، فالرد لا يقاس بإثراء المدين إنه يروم فقط رجوع الأموال إلى ذمتها الأصلية وأي شيء يتجاوز هذا الإرجاع لا يعد رداً بالمعنى الدقيق للكلمة، مما يعني أن الرد يعتمد على معيار موضوعي في تحديد نطاقه ومضمونه يتجلى من خلال تحديد الأداء المنفذ قبل الإبطال أو الفسخ دون الحاجة إلى الركون إلى الاعتبارات الشخصية الخاصة من جهة بآثار هذه الأداءات على الذمة المالية

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p50.

⁴⁰⁰- Marcel PLANIOL « Traité élémentaire de droit civil » t. 2, 2e éd., Paris, F. Pichon successeur, 1902, n° 937, p. 291.

H. LOUBERS « L'action de in rem verso et les théories de la responsabilité civile », RC.L.J.1912.396, p. 466.

للأطراف بالزيادة أو النقصان، ومن جهة أخرى عدم تأثره بسلوك الدائن والمدين المرتبطة بالخطأ وحسن أو سوء النية، وفي المقابل فإن الإثراء بلا سبب يستند إلى معايير شخصية في تعيين مضمونه وآثاره، بل إن شروطه كالاftقار والإثراء تحمل هذه الطبيعة الشخصية.

فطبقا لهذا التصور فالمشتري الذي تم ابطال سنده غير ملزم برد الأرباح التي تحصل عليها من العقد الباطل، والمودع عنده ليس عليه أن يعيد كل المنافع التي تحصل عليها ولو بشكل غير قانوني من الشيء المودع، فالغاية من الرد ليس معالجة الإثراء وإنما إزالة الآثار المادية للعقد الذي تقرر إبطاله، لهذا يكون هناك موجب للرد المتولد عن الإبطال حتى في حالة تساوي الأداءات المتقابلة، وهذا ما يمكن تلمسه من بعض الأحكام القضائية، فقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن نقضت قرارا صادر عن محكمة الاستئناف التي احتسبت مبلغ الرد الواجب على شركة فلاحية بأنه « يمثل مبلغا يساوي الفرق بين سعر شراء العجول وسعر إعادة بيعها بعد التسمين على أساس أنه حتى لو ظلت هذه العجول ملكا للشركة فإنها لن تسلمها للمدعية وإنما ستقوم بتسويقها، ولذلك كان الخبير على حق عند احتساب الفرق بين السعيرين لتقييم المصاريف التي قدمتها الشركة المذكورة» فقد جاء في قرار محكمة النقض أن « باتخاذها قرار بهذه الطريقة دون البحث فيما إذا كان هذا الفرق المحتسب يتضمن الربح المتحصل عليه من الشركة تكون المحكمة قد سعت بذلك لتنفيذ جزئي لعقد تقرر ابطاله»⁴⁰¹.

لهذا فمعايير الرد وأهدافه لا تحتوي فكرة افتقار الدائن و اثراء المدين وإنما هدفها هو ضمان إعادة الأموال إلى الذمة المالية الأصلية أو كما تصفها الأستاذة Marie Malaurie بإعادة التدفق (reflux) دون الاكتراث بمسألة اثراء المدين.

من جهة أخرى، ففكرة الإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام على الوجه المعتمد قانونا، ليست فكرة طليقة من القيود، فلا يكفي في اعمال النظرية أن يوجد افتقار لذمة مالية يؤدي إلى اثراء ذمة أخرى، لأن القول بذلك على عواهنه يؤدي إلى أن تبتلع دعوى الإثراء كل الأنظمة القانونية، ويضحى الأثراء هو المصدر الغالب للالتزامات، لهذا ولكي يمكن تأصيل الالتزام بالرد الى قاعدة الإثراء بلا سبب لابد من تحقق أكان هذه القاعدة في المرحلة التي تلي انحلال العقد، ولذلك لابد من تحليل الحالة بعد الفسخ القضائي أو الإبطال لمعرفة مدى تحقق أحكام الرد

⁴⁰¹ - قرار غير منشور أوردته :

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p52.

المؤسس على الإثراء بلا سبب عليها من حيث الشروط (الفقرة الأولى) ومن حيث الآثار (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عدم تحقق شروط دعوى الإثراء بلا سبب على إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بأن «الفصلين 66 و67 من ق ل ع يقران للشخص الذي افتقر، واثري شخص آخر على حسابه بدون سبب يبرر هذا الإثراء، بإمكانية حصوله على تعويض من الشخص المثري، في حالة استيفاء شروط مادية وأخرى قانونية. أولاً- الشروط المادية: أ- يجب أن يكون المدعى عليه في دعوى الإثراء قد استفاد من الإثراء. ب- يجب أن يكون إثراء المدعى عليه أدى إلى افتقار المدعية. ثانياً: الشرط القانوني: يجب أن يكون الإثراء بدون سبب»⁴⁰².

لهذا، حتى يمكن تأسيس الرد المتولد عن انحلال وانقضاء العقود على قاعدة الإثراء بلا سبب يجب أن يكون هناك إثراء للملزم بالرد يقابله افتقار لطالب الرد وعدم وجود سبب قانوني يبرر هذا الإثراء.

أولاً: بالنسبة لشرط الإثراء

لا يكون هناك التزام بالرد على وفق قاعدة الإثراء بلا سبب مالم يتحقق إثراء شخص يجعله مديناً لمن افتقر بسبب هذا الإثراء⁴⁰³، ويعتبر الإثراء للمدعى عليه كل زيادة في الناحية الإيجابية من ذمته المالية سواء كانت هذه الزيادة حقيقية بإضافة عنصر إيجابي جديد أو بتحسين قائم فيها أم كانت حكمية أي بتفادي النقص في أحد العناصر الإيجابية القائمة، وكذلك كل نقص في ناحية الذمة السلبية سواء أكان ذلك بقضاء دين قائم أم بتفادي نشوء دين جديد. ومن هذا القبيل كل زيادة تحدث في أموال المدعى عليه وكل خسارة مالية يتجنبها وكل منفعة حصل عليها مما يقوم بالمال وكل نقص في ديونه، ويستوى في ذلك أن يكون الإثراء إيجابياً أو سلبياً. ويستوى كذلك أن يكون الإثراء مادياً أو معنوياً، يكفي في هذه الحالة الأخيرة أن يكون الإثراء المعنوي مما يمكن تقديره بمال، سواء في ذاته أو من ناحية الافتقار الذي

⁴⁰² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عدد 86/81، بتاريخ 13 يناير 1986، منشور بالمجلة المغربية للقانون عدد 87/14، ص 240 وما بعدها.

⁴⁰³ - مأمون الكزبري: «نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزام»، الطبعة الثانية، 1976، ص 334.

يقابله، أي أنه يستوى أن يكون الإثراء بإضافة مال جديد إلى ذمة المثرى أو بالزيادة في أحد الأموال الموجودة في ذمته أو بتفادي هلاك أحد هذه الأموال أو بقضاء بعض ديونه أو بالتمكين من منفعة مال أو بإسداء خدمة ولو كانت هذه الخدمة في ذاتها ليست مما يقوم بالمال ما دام حصول المثرى عليها كان يقتضيه بذل شيء من ماله لو لم يوفرها له المفتقر، ولا عبرة إلا بالإثراء الصافي فإذا كان مصحوباً بافتقار في ذمة المثرى نفسه، فلا عبرة بإثراء الأخير إلا فيما تجاوز قيمة افتقاره، ولا بد أن يكون هذا الإثراء الصافي مؤكداً⁴⁰⁴.

وعلى هذا النحو إذا تم تحليل هذا الشرط على ضوء ما يحصل عند الإبطال أو الفسخ نجد بعض الحالات لا يتحقق فيها شرط الإثراء، ففسخ عقد بيع بعد تسلم المشتري للمبيع وقبض البائع الثمن، نجد أن البائع وهو يملك الثمن فإنه مدين بنفس مقداره إلى المشتري فيكون الإثراء الصافي منعدماً. كما أن المشتري الذي أثرى بمقدار حيازته للمبيع، فإنه افتقر في نفس الوقت بمقدار التزامه برد المبيع إلى البائع، ويكون بذلك صافي الإثراء منعدماً كذلك⁴⁰⁵. والنتيجة أن الفسخ القضائي إذا حصل، لا يتحقق الإثراء في جانب أي من طرفي العقد المفسوخ. ويتخلف بذلك شرط من شروط دعوى الإثراء بلا سبب.

وفي المقابل هناك فرضيات أخرى قد يتحقق فيها شرط الإثراء، كما هو الشأن في الحالة التي يقوم فيها أحد أطراف العقد قبل إبطاله أو فسخه بتنفيذ التزامه دون الطرف الآخر، فهنا يكون هذا الأخير قد أثرى على حساب الطرف الآخر مما يجعله مديناً بالأداء المنفذ. وفي حالات أخرى قد يتحقق فيها هذا الشرط ليس بناء على الأداءات الرئيسية المتقابلة التي تم تنفيذها بمقتضى العقد الباطل وإنما ناتج بشكل غير مباشر على تنفيذ هذه الأداءات مثل استعمال الشيء أو الانتفاع به خلال الفترة الفاصلة بين إبرام العقد وتاريخ الرد بعد الحكم بالإبطال أو ما يعرف بالرد التكميلي، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بشأن إبطال عقد البيع، والذي جاء فيه «محكمة الاستئناف لم تؤسس قرارها على العقد الباطل وإنما بناء على كون الشركة استفادت من إثراء بدون سبب ناتج عن إعفائها من أداء مقابل استعمالها

⁴⁰⁴ -مرجع سابق: سليمان مرقس : «محاضرات في الإثراء على حساب الغير، في تقنينات البلاد العربية»، القسم الأول الأحكام العامة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1961، ص 52.

⁴⁰⁵ - حسن محمد كاظم المسعودي: «مدى إمكان تأصيل الالتزام بالرد بعد الفسخ القضائي إلى قاعدة الكسب دون سبب»، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة، العدد الأول 2015، ص 107.

للشيء»⁴⁰⁶، كما جاء في قرارها الصادر بتاريخ 12 مارس 2003 أنه « بناء على المادة 1371 من القانون المدني والمبادئ التي تحكم الإثراء بلا سبب، واعتباراً لرفض المحكمة منح تعويض عن الاستغلال لفائدة المدعي... بسبب أن الإبطال الذي شاب البيع منذ البداية يكون طلب المدعي غير مؤسس... لكن حيث أن المحكمة عاينت أن المدعي عليهما قد استغلا العقار من 1989 إلى سنة 1996، تكون بذلك المحكمة قد خرقت النصوص السابقة»⁴⁰⁷.

ولكن حتى في مثل هذه الحالات أو الفروض لا يمكن الجزم بانطباقها على أحكام الإثراء بلا سبب لاختلاف الغاية والسبب بين ما يروم إليه الدائن بالرد وما يطلبه المفتقر.

ثانيا : بالنسبة لشرط الافتقار

يجب لقيام إثراء بلا سبب أن يحصل افتقار لشخص، وان يكون هذا الافتقار هو الذي سبب إثراء الشخص الآخر، او بعبارة أخرى لا بد من وجود علاقة سببية بين افتقار شخص المفتقر، وإثراء شخص المثرى. والافتقار هو نقص في أموال المدعي أو التزامه بدين أو بأي تكليف عيني أو فوات مقابل خدمة أداها للغير، كأن يبذل شيء من ماله أو نشاطه الذي يقوم بالمال أو تغتصب منه أو تسلب منفعة مال يملكه أو أن يلتزم بعقد تعود منفعته على المثرى. ويستوي في ذلك كما في الإثراء أن يكون الافتقار مادياً أو معنوياً، ويستوي كذلك أن يكون إيجابياً أو سلبياً، كما قد يكون الافتقار مباشراً أو غير مباشر⁴⁰⁸.

ولا عبرة إلا بالافتقار الصافي أي أنه يخصم من الافتقار قيمة ما قد يكون عاد على المفتقر بسببه من فائدة، أو نشأ له من حق على أن تقدر هذه الفائدة أو هذا الحق لا بقيمتها أو بقيمته السوقية بل بما يلزم اتفاهه لتحقيقها أو تحققه، فإذا تعادل الافتقار وما عاد بسببه من فائدة على المفتقر أو ما نشأ له من حق، تهاتر الاثنان ولم يعتد بهما . وكذلك اذا عاد الافتقار على المفتقر بفائدة أكبر منه قيمة . أما اذا زادت قيمة الافتقار على الفائدة التي عادت منه على المفتقر محسوبة على الوجه المتقدم فالفرق بينهما فقط هو الذي يعد افتقاراً

⁴⁰⁶- مرجع سابق:

Cour de cassation Civ, 16 déc 1975, n°105, Bull, civ, n°4.

⁴⁰⁷- Cour de cassation Civ. 3ème 12 mars 2003, Bull. III, n°63.

⁴⁰⁸ - مرجع سابق: سليمان مرقس: «محاضرات في الإثراء على حساب الغير، في تقنينات البلاد العربية»، القسم الأول الأحكام العامة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1961، ص61.

في هذا المعنى . وإذا لم يكن من شأن الافتقار أن يعود بأي فائدة على المفتقر كان كله افتقاراً صافياً و دخل كله في الحساب عند تطبيق قواعد الإثراء بلا سبب.

ويلزم في الافتقار الذي يخول المفتقر رجوعاً أن تكون بينه وبين الإثراء الذي حدث للمدعى عليه صلة تقابل *corrélation* بمعنى أن يكونا كلاهما نتيجة لفعل معين، أي أن تكون بين الافتقار و بين الفعل الذي أنتج الأثر صلة سببية من نوع السببية التي يلزم توافرها في المسؤولية المدنية بين الخطأ والضرر⁴⁰⁹.

كما يجب حتى يعتد بالافتقار، ألا يكون راجعاً إلى خطأ المفتقر، فإذا حصل الافتقار نتيجة خطأ المفتقر أو إهماله فهو الذي يتحمل وزره، ولا يجوز له أن يرجع على الغير ولو اثنى هذا الغير من هذا الافتقار، وعلى الرغم من النقاش الفقهي حول مسألة انتفاء خطأ المفتقر بين مؤيد ومعارض، فإن القضاء في فرنسا متشبث بهذا الشرط فقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 مارس 2015، الذي نقض قرار استئنائي على أساس خرق شروط دعوى الإثراء بلا سبب بعد أن تم تكييف عملية قيام البنك بصرف شيكين رغم وجود تعرض، بأنه غلط وليس خطأ من البنك المفتقر⁴¹⁰. ولعل هذا الشرط بانتفاء الخطأ يستبعد في رأي الكثيرين⁴¹¹ أي تقارب بين الرد والإثراء بلا سبب، على اعتبار أن فكرة الخطأ هي معيار شخصي لا علاقة له بالرد، فأنحلال العقد يستوجب رد الأداءات التي نفذت بموجبه دون الالتفات إلى خطأ الأطراف⁴¹².

كما أنه إذا تم تحليل شرط الافتقار بعد فسخ العقد، فيمكن القول أن القيمة المالية التي كانت قد انتقلت بتنفيذ العقد قبل الفسخ من أحد المتعاقدين إلى الآخر والتي جعلها الفسخ غير مستحقة لمن انتقلت إليه بعد زوال العقد الذي هو السبب القانوني للانتقال والتي بمقدارها يكون من دفعها قد افتقر ومن تسلمها قد اثنى، فإن الفسخ قد أعاد نفس تلك

⁴⁰⁹ - مرجع سابق: سليمان مرقس: «محاضرات في الإثراء على حساب الغير، في تقنيات البلاد العربية»، القسم الأول الأحكام العامة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1961، ص 63.

⁴¹⁰ - Cour de cassation, Civ. 1 re , 19 mars 2015, n° 14-10.075 P : D. 2015. 1084, note Lasserre Capdeville.

⁴¹¹ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p374.

⁴¹² - مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois » p114.

القيمة المالية من جديد من ذمة من انتقلت اليه الى ذمة من دفعها اذا كانت حقا عينيا على عين معينة، كملكية مبيع معين بالذات، او انه رتب في ذمة من تسلم تلك القيمة التزاما برد ما يعادلها إذا كانت نقودا أو شيئا معيناً بالنوع أو منفعة⁴¹³. ولكن رغم هذه العلاقة السببية الموجودة من حيث أنه بمقدار وبسبب ما افتقر البائع مثلاً بانتقال ملكية المبيع الى المشتري، يكون المشتري قد اثرى، وبمقدار وبسبب ما دفع المشتري من الثمن يكون البائع قد اثرى، وأن هذا الإثراء لزوال السبب الناقل وهو العقد بالفسخ فإن الفسخ ذاته قد اعاد نفس القيمة إلى من دفعها، إما بالفعل او بمنح المتعاقد دعوى تخوله استرداد ما دفع. وهذه هي حقيقة اعادة الحال التي نص عليها القانون. فالذي يحصل هو زوال الإثراء والافتقار بسبب واقعة الفسخ وآثارها، مع ان علاقة السببية متحققة في الأصل⁴¹⁴.

ثالثا: بالنسبة لشرط انعدام السبب أو المبرر القانوني:

إذا كان للافتقار أو للإثراء الناتج عنه سبب مشروع يسوغه، فلا محل لتطبيق قواعد الإثراء بلا سبب⁴¹⁵، والسبب يعني المبرر القانوني لحصول المثرى على المنفعة، أو لحدوث الافتقار للمفتقر أي السبب المنشئ لكل منهما، فالمبرر القانوني المقصود في الإثراء أن يكون مصدرا من مصادر الحق، وهذا المصدر اما أن يكون عقدا أو إرادة منفردة أو عمل غير مشروع أو القانون⁴¹⁶.

وعلى ذلك يكون انعدام السبب القانوني مفترضا أساسيا يجب توافره لكي يكون الإثراء مصدرا للالتزام. لهذا، إذا كان من المسلم به أنه لا محل لتطبيق قواعد الإثراء بلا سبب بين طرفين مرتبطين بعقد سواء كان ملزم لجانبين أو ملزم لجانب واحد، لأنه يشكل سببا صحيحا يجيز للمثرى الاحتفاظ بما أثراه، ويقف حائلا دون وقوع المطالبة بالرد، فإن الصعوبة تثور عند ابطال العقد أو فسخه، وهنا ذهب الكثيرون إلى أن انحلال العقد وزواله يجعل الأداءات المنفذة بدون مسوغ أو مبرر قانوني تجيز تطبيق دعوى الإثراء بلا سبب من أجل رد الاداءات

⁴¹³ - مرجع سابق: حسن محمد كاظم المسعودي: «مدى إمكان تأصيل الالتزام بالرد بعد الفسخ القضائي الى قاعدة الكسب دون سبب»، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة، العدد الأول 2015، ص 108.

⁴¹⁴ - مرجع سابق: حسن محمد كاظم المسعودي: «مدى إمكان تأصيل الالتزام بالرد بعد الفسخ القضائي الى قاعدة الكسب دون سبب»، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة، العدد الأول 2015، ص 109.

⁴¹⁵ - مرجع سابق: سليمان مرقس: «محاضرات في الإثراء على حساب الغير، في تقنيات البلاد العربية»، 1961، ص 67.

⁴¹⁶ - عمر الرواكب: «الإثراء بلا سبب في ضوء التشريع المغربي»، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، الموسم الدراسي 1991-1992، ص 181.

المنفذة بمقتضى العقد، حيث يقول الدكتور مأمون الكزبري في هذا المعنى «وبديهي أن العقد الذي يستند إليه المثري ليدفع دعوى الإثراء بلا سبب يجب أن يكون عقدا صحيحا، فإذا كان باطلا، فلا شيء يحول دون رفع دعوى الإثراء بلا سبب لأن العقد الباطل يعتبر مجردا من كل أثر، ولا يصلح أن يكون سببا صحيحا يبرر الإثراء»⁴¹⁷، ونفس الرأي أكدته الدكتور سليمان مرقس قائلا «ولا يجوز الالتجاء إلى دعوى الإثراء إلا بعد فسخ العقد أو إبطاله، إذ يزول بالفسخ أو الإبطال السبب الذي كان يعتبر مسوغا قانونيا للإثراء والافتقار. فالمشتري الذي يدفع الثمن دون أن يتمكن من الحصول على ملكية المبيع، سواء لكون البائع غير مالك أصلا، أو لتصرف البائع في الملكية لشخص آخر، لا يجوز له أن يلجأ إلى دعوى الإثراء ضد البائع ما لم يبطل عقد البائع أو يفسخه»⁴¹⁸.

ومع ذلك فإن هذا الرأي لم يلق قبولا من لدن الفقه الفرنسي، حيث تقول الأستاذة Guelfucci-thibierge «الإثراء الناتج عن تنفيذ عقد تم إبطاله له سبب، من المؤكد أن هذا السبب لا يكمن في العقد الباطل الذي من المفترض أنه لم يترتب أي اثر قانوني، كما أن هذا السبب لا يستند إلى الإبطال في حد ذاته الذي يروم فقط إلى محو الآثار القانونية للتصرف، ولا يكمن هذا السبب كذلك في الحكم القاضي بالإبطال، فهذه الأسانيد جميعها تخلط بين سبب الرد وسبب الإثراء الناتج عن تنفيذ أداءات بمقتضى عقد تم إبطاله، لهذا فإن السبب الحقيقي هو كون العقد لم يبطل بعد، فطالما لم يتم تقرير الإبطال، فإن الآثار القانونية للعقد مازالت قائمة وتمنح سببا للإثراء الذي يترتب على تنفيذ الالتزام، وهذا التحليل يتماشى مع فكرة استبعاد الأثر الرجعي كمجاز للإبطال لفائدة الأثر الرجعي الفني للرد»⁴¹⁹.

من هنا يمكن القول أن انعدام السبب لا يتوفر في حالة إبطال العقد أو فسخه، فحال المبادرة إلى تنفيذ العقد، فإن التنفيذ يكون مستندا إلى سبب يتجسد في حق اكتملت مقوماته وأكد عليه العقد الذي تم تنفيذه، فما استوفى من أداء كان واجبا استنادا إلى هذا العقد، وزوال هذا العقد في وقت لاحق نتيجة الفسخ أو الإبطال لا ينفي أن ما تم الحصول عليه

⁴¹⁷ - مرجع سابق: مأمون الكزبري: «نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزام»، الطبعة الثانية، 1976، ص 345.

⁴¹⁸ - مرجع سابق: سليمان مرقس: «محاضرات في الإثراء على حساب الغير، في تقنيات البلاد العربية»، 1961، ص 71.

⁴¹⁹ - مرجع سابق:

لحظة القيام به كان يستند إلى سبب، وبتوافر السبب في الإثراء فإن ذلك يحول دون الرجوع على المثري بدعوى الإثراء بلا سبب.

وإجمالاً فإذا كان بعض الفقه يستبعد تأسيس الرد المتولد عن فسخ أو إبطال العقود على قاعدة الإثراء بلا سبب استناداً إلى عدم انطباق شروطها الثلاثة الموماً إليها أعلاه على هذه الصورة من صور الرد، فإن هذا الموقف يستقيم كذلك مع موقف القانون المدني الفرنسي الجديد الذي كرس الطبيعة الاحتياطية لدعوى الإثراء غير المبرر بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 1303 المضافة بمقتضى القانون رقم 131/2016، المؤرخ في 10 فبراير 2016، والتي جاء فيها «لا حق للمفتقر في رفع دعوى على هذا الأساس إذا كان له الحق في رفع دعوى أخرى أو واجهته عقبة قانونية مثل التقادم»⁴²⁰.

لهذا فالطبيعة الاحتياطية لدعوى الإثراء بلا سبب -على الأقل في القانون الفرنسي- تؤكد بدورها عدم ملاءمتها كأساس قانوني عام لمختلف صور الرد⁴²¹، اعتباراً أن دعوى الرد الناتجة عن الإبطال أو الفسخ هي دعوى لها وجود قانوني مستقل يمكن أن تضاف إليها دعوى المسؤولية لإتمام آثارها، فاتحاد هاتين الدعويتين لا يدع أي مجال لإعمال دعوى الإثراء بلا سبب⁴²²، لهذا يقول أحد الباحثين أنه حيث يوجد البطلان لا توجد دعوى الإثراء بلا سبب⁴²³، فهذه الدعوى لا تأخذ بعين الاعتبار العلاقة التعاقدية التي أدت إلى فتح حساب الرد، لهذا فالإثراء بلا سبب هو قناع ضعيف للعدالة⁴²⁴.

⁴²⁰ - Article. 1303-3 (Ord. n o 2016-131 du 10 févr. 2016,) «L'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription».

⁴²¹ - مرجع سابق:

Morgane Reverchone-Billot : «La question litigieuse en matière contractuelle, Essai sur le traitement procédural du droit des contrats », Nouvelle Bibliothèque de thèse, volume 169, Dalloz, 2017, p42.

⁴²² - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p376.

⁴²³ - سامي الدريعي: «التعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية رقم 1998/453 بشأن بطلان العقد»، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 2007، العدد 1، ص389.

⁴²⁴ - مرجع سابق:

Frédéric Rouvière : «L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution», p618.

الفقرة الثانية: عدم تطابق آثار إرجاع الحالة عن طريق الرد ودعوى الإثراء بلا سبب.

فضلا عن الانتقادات المتعلقة بشروط دعوى الإثراء، فإن الفقه يثير مجموعة من نقاط الاختلاف على مستوى طبيعة الجزاء المترتب على كل من الرد والإثراء بلا سبب، فالدين بالقيمة المطبق على الرد في حالة تعذر الرد العيني يستعصي التطبيق على دعوى الإثراء بلا سبب⁴²⁵، فالعبرة بتقدير الإثراء يوم الحكم إذ يشترط أن يبقى قائما إلى ذلك الحين، وإذا زال بعض الإثراء بعد حدوثه فلا يلتزم المثرى إلا بقدر ما يبقى منه وقت ذلك وليس بتاريخ وقوعه أول مرة، وهذا ما نصت عليه المادة 1303-4 من القانون المدني الفرنسي حيث جاء فيها «إن معاينة الافتقار من يوم حصول الإنفاق، والإثراء استمراره إلى يوم المطالبة، إذ يتم تقديرهما بتاريخ صدور الحكم»، وعليه إذا تم استهلاك الشيء أو تعرض للتلغ أو الضياع فالمدعي لا يحصل على أي مقابل، في حين بالنسبة للرد فيمكنه الحصول على قيمة الشيء أو الثمن المحصل عليه من بيع الشيء للغير أو حتى مقابل الشيء. كما أن حساب التعويضات في سياق الرد تختلف عن التعويض المترتب عن دعوى الإثراء الذي يخضع لقاعدة السقف المزدوج، أي أن التعويض يكون بأقل قيمتي الافتقار والإثراء فلا يمكنه أن يتجاوز لا اغتناء المثرى ولا افتقار المفتقر، وتجد هذه القاعدة سندها في اعتبارات العدل التي كانت أساس هذه الدعوى، فإذا قام المدعي عليه، بعد استفادته من إثراء غير مبرر، بإرجاع أكثر مما أخذ، فإنه يكون قد تحمل من جانبه لشيء غير عادل، كما أن المدعي، بعد أن يكون قد تحمل افتقارا غير عادل، إذا تلقى أكثر مما فقده، يكون قد استفاد من جانبه بعدم العدل، وقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على هذه القاعدة في عدة قرارات⁴²⁶، فقد جاء في قرارها الصادر بتاريخ 23 مارس 1968، بأنه لا يمكن للحائز شيء النية استرداد المصاريف الضرورية التي تكبدها إلا بما يعادل وجود قيمة مضافة عند التخلي على العقار⁴²⁷.

وفي هذا السياق يؤكد الفقه الإسباني أن الرد المتولد عن الإثراء بلا سبب يهدف إلى تصحيح أو تعديل الزيادة الفعلية في الذمة المالية للشخص الملزم بالرد لشيء معين تسلمه

⁴²⁵ -مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p50.

⁴²⁶ - Cour de cassation , Civ. 1^{re} , 19 janv. 1953 : D. 1953. 234. – Dans le même sens : Civ. 3^e , 18 mai 1982, n° 80-10.299 P : D. 1983. IR 14, obs. A. Robert.

⁴²⁷ - Cour de cassation , Civ. 3^{re} , 23 mars. 1968 n° 66-12.007 P.in Code civil annoté, 122^e, 2023, Dalloz, p5404.

تنفيذا لالتزام سابق لا يسمح القانون بالاحتفاظ به، كما لا يسمح بالمطالبة باستحقاقه⁴²⁸، إذا كان الشيء ما زال موجودا فإن رد الإثراء يتحقق عينا، لكن إذا تعذر ذلك فإن الرد يتطابق مع ما تبقى من الزيادة أو النقصان في الذمة المالية، من هنا يكتسب الرد بواسطة الإثراء أهميته، أي في حالة هلاك الشيء، حيث يتم تقليص الرد إلى مقدار الإثراء⁴²⁹. لهذا فالرد المتولد عن الإبطال لا يرتبط بالإثراء إلا في الحالة المتعلقة بالقاصر حسب المادة 1304 من القانون المدني الإسباني، أو كوسيلة للتوسع في نطاق الرد عن طريق الرد التكميلي من خلال التعويض، وبالتالي لا يشكل أساسا مستقلا لجميع حالات الرد⁴³⁰.

ونتيجة لذلك فإن التعويض عن الإثراء بلا سبب قد لا يتطابق مع ما تقتضيه إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد، فقد يكون هذا التعويض أقل من متطلبات إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، لكونه لا يعتمد على قيمة الأداء المقدم فعلا⁴³¹، فمثلا عند إعادة بيع الشيء بأقل من ثمنه الحقيقي قبل الفسخ أو الإبطال، فلن يحصل المفتقر على تعويض كامل عن الأداء المقدم، وإنما فقط على مبلغ إثراء المدعى عليه الذي ناله من إعادة بيع الشيء بالخسارة، وهو مبلغ أقل من قيمة الشيء.

كما انه على مستوى العمل القضائي، سبق لمحكمة النقض الفرنسية في مجموعة من قراراتها ان رفضت منح تعويض في سياق الرد التكميلي الناتج عن استعمال المدعى عليه للشيء قبل تقرير الإبطال على أساس الإثراء بلا سبب⁴³²، كما ان هناك قرارات قضائية اخرى استبعدت الإثراء بلا سبب بصفة عامة كأساس للرد الناتج عن الفسخ أو الإبطال، فقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 مارس 1999، بأنه « محكمة الاستئناف لم

⁴²⁸-Álvaro D'ORS PÉREZ-PEIX : «Del enriquecimiento sin causa. Leyes 508, 509 y 510», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.) Comentarios al Código civil y compilaciones forales, Tomo XXXVIII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 2002, pp. 51-73.

⁴²⁹ -José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI : El enriquecimiento sin causa», 2a ed., 1989, Comares, Granada, p65.

⁴³⁰ -Antonio Ismael Ruiz Arranz :« Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores Una necesaria reordenación dogmática», Revista para el Análisis del Derecho , InDret, N°1, 2020, p118.

⁴³¹ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p378.

⁴³² - Cour de cassation Civ. 1^{re} , 2 juin 1987, Bull.I n°183.

تقم سوى بتطبيق الأحكام المنظمة لآثار الإبطال، بغض النظر عن الإشارات الخاطئة والزائدة للإثراء بلا سبب»⁴³³

عموما وفي سبيل الظفر ببعض عناصر الجواب عن السؤال المثار حول مدى تحقق أحكام الإثراء بلا سبب على الرد المتولد عن ابطال وفسخ العقود، كان لابد من تحليل التوجهات العامة الفقهية والقضائية على ضوء القوانين المقارنة خاص الفرنسية منها- مسaire بذلك الفقه والقضاء المغربي والعربي في التعاطي مع دراسة موضوع الإثراء بلا سبب - والتي تميل في عمومها إلى استبعاد قاعدة الإثراء بلا سبب كأساس للرد .

بيد أن اسقاط الانتقادات المشار إليه أعلاه على القانون المغربي يجعلها في مجملها غير ذات معنى، نظرا للاختلافات الكبيرة بين تنظيم كل من المشرع المغربي والمشرع الفرنسي لأحكام الإثراء بلا سبب، والتي تجد جذورها بالأساس في كون النصوص المنظم للرد في قانون الالتزامات والعقود المغربي مقتبسة من القانونين الألماني والسويسري⁴³⁴. وبغض النظر على تطابق النتائج من حيث استبعاد الإثراء بلا سبب كأساس للرد المتولد عن الفسخ أو الإبطال بناء على اسانيد خاصة مستمدة من نصوص قانون الالتزامات والعقود المغربي.

فالقانون المغربي تناول الإثراء بلا سبب في الفصول 66 و67 و75 و76، وبالرجوع إلى هذه النصوص نجد أن المشرع هنا جعل من الإثراء بلا سبب مصدر من مصادر الرد، وهذا الرد يشمل جميع أنواع الأداءات سواء المتولدة عن التزام بإعطاء شيء، أو تلك المتعلقة بالقيام بعمل أو تقديم خدمة أو تسلم مبالغ مالية، في حين أن الإثراء غير المبرر في القانون الفرنسي بعد تعديلات سنة 2016 أو من خلال أحكامه القديمة المستمدة من الفقه والقضاء الفرنسيين يقصره فقط على الأداءات المتعلقة بالقيام بعمل⁴³⁵، وهذا ما يعتقده كذلك بعض الفقه التونسي الذي يعتبر أن دعوى الإثراء بلا سبب لا تشمل إلا رد الفارق في حالة دفع

⁴³³ - Cour de cassation , Civ 1^{re}, 16 mars 1999, pourvoi n°97-14441, in La remise de la chose - essai d'analyse à partir du droit des contrats , Johann Le Bourg, p432.

⁴³⁴ - مرجع سابق: سليمان مرقس: «محاضرات في الإثراء على حساب الغير، في تقنيات البلاد العربية»، 1961، ص42.

⁴³⁵ - مرجع سابق :

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p371.

Morgane Reverchone-Billot : «La question litigieuse en matière contractuelle», Dalloz, 2017, p43.

مقدار مالي أو القيام بعمل معين فحسب⁴³⁶، مع العلم أن المجلة التونسية للالتزامات والعقود في الباب المتعلق بالالتزامات الناشئة مما يشاكل العقود تتضمن نفس أحكام الإثراء بلا سبب الواردة في قانون الالتزامات والعقود المغربي، حيث تنص في الفصل 71 منها على أن «من اتصل بشيء أو غير ذلك من الأموال مما هو لغيره أو صار ذلك في قبضته بلا سبب موجب لاكتسابه فعليه رده لصاحبه»، كما ورد في الفصل 72 منها «من انتفع عن جهل بعمل غيره أو بشيء من ماله بلا وجه يبيح ذلك فعليه العوض لصاحبه بقدر ما انتفع به»⁴³⁷.

ومن جهة أخرى، فجزاء الإثراء غير المبرر في القانون الفرنسي هو التعويض، بصريح المادة 1303 في صياغتها الجديدة التي ورد فيها «خارج حالات الفضالة ودفع غير المستحق، من استفاد من إثراء غير مبرر على حساب الغير يلتزم في مواجهة المفتقر بتعويض يساوي أقل قيمتي الإثراء والافتقار»، وهذا ما يؤكد القضاء الفرنسي، حيث ورد في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3 مارس 2021 بأنه «بتحديد مبلغ التعويض بهذه الطريقة دون البحث كما هو مقرر قانونا عن قيمة الزيادة التي طرأت على العقار بفعل هذه الأشغال... قصد حساب التعويض على أساس أقل المبلغين للإثراء والافتقار، تكون محكمة الاستئناف قد جعلت حكمها دون أساس قانوني»⁴³⁸. من هنا يمكن القول أن الغاية من الإثراء غير المبرر في التشريع الفرنسي لا علاقة لها بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه التي تروم إليها دعوى الرد الناتجة عن انحلال التصرفات القانونية، فالذي يطلبه المفتقر في دعوى الإثراء غير المبرر هو الفارق بين مقداري الافتقار والإثراء، بينما ما يطلبه الدائن بالرد هو ما أداه تنفيذا لعقد تقرر إبطاله أو فسخه، كما أن لكل دعوى منهما سبب، فسبب دعوى الإثراء هو واقعة الإثراء في حد ذاتها وسبب دعوى الرد هو الفعل المولد أي الإبطال أو الفسخ.

وفي المقابل فإن جزاء الإثراء بلا سبب في القانون المغربي هو إرجاع حالة الأشياء إلى ما كانت عليها بواسطة الرد، وهو نفس الهدف الذي يروم إليه الرد الناتج عن الإبطال والفسخ، فالمشرع المغربي عند تناوله أحكام الإثراء بلا سبب ذكر الرد ولم يشر إلى التعويض إلا في الفصل 67 من ق.ل.ع المتعلق بالإثراء الناتج عن الالتزام بالقيام بعمل أو تقديم خدمة،

⁴³⁶ - علي كحلون: «النظرية العامة للالتزامات»، الطبعة الأولى 2014، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ص 773.

⁴³⁷ - صالح الضاري: «مجلة الالتزامات والعقود، شرح وتحيين وتعليق»، تونس، 2008، صفحة 33 إلى 36.

⁴³⁸ - Cour de cassation Civ. 1^{re}, 3 Mars 2021, n°19-19.000, JCP2021, n°88, obs.Hadj Yahia.

والمقصود بالتعويض هنا في سياق هذا النص ليس التعويض الناتج عن المسؤولية الذي يقوم على منطق الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وإنما معنى التعويض هو مقابل الخدمة أو مقابل الانتفاع بالأشياء، وكأن المشرع هنا يقصد الرد بالقيمة، لأن طبيعة الأداءات (تقديم خدمة أو منفعة) في مثل هذه الفروض يتعذر فيها الرد العيني.

على ضوء ما سبق، يمكن القول أن الإثراء بلا سبب في القانون المغربي قد يشكل أساساً قانونياً عاماً للرد يشمل حتى الرد الناتج عن الإبطال والفسخ على غرار ما هو مقرر في المادة 812 من القانون المدني الألماني، على أن المعوقات التي قد يواجهها هذا الطرح تتجلى أولاً في أن بعض أحكام الإثراء لا تتلاءم مع الطبيعة الموضوعية لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه التي تروم إلى الرد الكامل للأداءات المنفذة بموجب العقد الذي تقرر فسخه أو إبطاله، فأحكام الإثراء بلا سبب مرتبطة بدرجة كبيرة بحسن أو سوء نية المثرى، وبالتالي فإن الرد بالقيمة سيكون على هذا الأساس قائماً على معيار شخصي يضيق ويتسع مداه حسب سلوك الأطراف، في حين أن الرد الناتج عن الفسخ أو الإبطال يكون على أساس معيار موضوعي يرتبط بالأداء الأصلي إذا كان موجوداً أو بقيمته إذا استحال الرد العيني.

كما أن هناك عقبة أخرى تكمن في عدم تحقق شرط انعدام السبب المبرر للإثراء، وفق الرأي الذي يرى بوجود السبب في الإثراء رغم تقرير البطلان أو الحكم بالفسخ، ويشكك في مضمون الأثر الرجعي للإبطال وينكره تماماً بالنسبة للفسخ، ومع ذلك يمكن تجاوز هذه العقبة من خلال الملاءمة بين نصوص الإثراء بلا سبب وأحكام دفع غير المستحق خاصة الفصل 70 من ق.ل.ع. الذي يجيز الاسترداد لسبب كان موجوداً ولكنه زال، ومن هنا قد يشكل دفع غير المستحق بدوره أساساً عاماً مناسباً للرد وفق ما يعتقد كثير من الفقهاء وما درج عليه العمل القضائي المقارن.

المطلب الثاني: مدى امكان قيام إرجاع الحالة على أساس دفع غير المستحق

باستبعاد تأسيس الرد على قاعدة الإثراء بلا سبب يذهب الفقه والقضاء إلى تأصيله على قاعدة دفع غير المستحق والتي هي حسب الكثيرين من تطبيقات الإثراء بلا سبب⁴³⁹، أو صورة متميزة من صوره⁴⁴⁰، على الرغم من الاختلافات الجوهرية بين الإثراء ودفع غير المستحق بحكم اختلاف صور دفع غير المستحق وتميز موجبات الدعوى التي من الممكن للدائن رفعها، شروطا وأثارا⁴⁴¹، والقاعدة العامة في جميع أحكامه هي أن المدعي في دفع غير المستحق يطالب برد كامل المبلغ الذي دفعه وليس مجرد الفارق بين الافتقار و الإثراء كما هو الحال في الإثراء بلا سبب، كما لا يقوم دفع غير المستحق فقط على غياب السبب كما هو الحال في الإثراء بلا سبب، بل يقوم بالأساس على فكرة زوال السبب بمعنى اندثاره و غيابه من بعد كماله، فيتوفر السبب الملحق للدفع ولكنه سرعان ما يندثر في زمن الدفع أو بعده .

وقوام دفع غير المستحق، الاعتراف بحق من يقوم بأداء ليس واجبا عليه بالغلط في استرداد ما أداه، فيلتزم الموفي له نتيجة لذلك برد ما تلقاه، وقد خص المشرع المغربي لدفع غير المستحق المواد من 68 إلى 74 من قانون الالتزامات والعقود. سيرا على نهج التشريع الفرنسي الذي نظمته هو الآخر في المواد 1376 إل 1381 من القانون المدني الفرنسي، والتي أصبحت هي المواد 1302 إلى 1302-3 بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016. وقد اعتبره المشرع الفرنسي بمقتضى هذه التعديلات مصدرا من مصادر الرد وأخضعه بالإحالة بموجب المادة 3-1302 لنظامها القانوني المقرر في المواد 1352 إلى 1352-9 منه.

والجدير بالذكر أن الفقه يؤسس دفع غير المستحق على عنصر الغلط الذي يقع فيه المعطي وهذا هو التوجه الذي سلكه المشرع المغربي في الفصل 68 من ق.ل.ع الذي جاء فيه «من دفع ما لم يجب عليه، ظنا منه أنه مدين به، نتيجة غلط في القانون أو في الواقع، كان له حق الاسترداد على من دفع له»، وقد نصت المادة 1-1302 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 على نفس المقتضى حيث جاء فيها «من تلقى ما هو غير مستحق نتيجة الغلط وهو يعلم

⁴³⁹- إدريس العلوي العبدلاوي : «شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الإرادة المنفردة، الإثراء بلا سبب، المسؤولية التقصيرية، القانون»، الجزء الثاني، سنة 2000، صفحة 80.

⁴⁴⁰- عبد الرحمان الشرقاوي: «القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام في ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي»، الجزء الثاني مصادر الالتزام الواقعة القانونية، الطبعة الخامسة 2021، مطبعة الأمانة – الرباط، ص 409.

⁴⁴¹- مرجع سابق: علي كحلون: «النظرية العامة للالتزامات»، الطبعة الأولى 2014، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ص 769.

بذلك التزم برده لمن دفعه»، ومع ذلك فإن رأي آخر في فرنسا يعتبر عنصر غياب الدين هو الأساسي في تقدير دفع غير المستحق⁴⁴²، والشاهد على هذا أن الموفي غير ملزم بإثبات وقوعه في الغلط إذا تأكد غياب الدين أي سبب الوفاء⁴⁴³، حيث ورد في قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2 أبريل 1993، «حيث أن المبالغ المدفوعة لم تكن مستحقة فإن المعطي له الحق دون حاجة إلى أي إثبات آخر للحصول على الرد»⁴⁴⁴، كما جاء في قرار صادر عن نفس المحكمة «إثبات كون الدافع قام باتخاذ جميع الاحتياطات قبل الدفع لا علاقة له بقبول دعوى دفع غير المستحق»⁴⁴⁵

وبغض النظر عن هذا الخلاف الفقهي، فجمهور الفقه المدني يؤكد أنه يتطلب قيام الرد الناجم عن دفع غير المستحق توافر ثلاثة شروط رئيسية:

الشرط الأول: يجب أن يكون هناك وفاء: بمعنى كل عمل من أعمال الوفاء يصدق عليه وصف التصرف القانوني المبرئ للذمة، سواء كان وفاء مباشر أو غير مباشر أو وفاء عادي أو وفاء بمقابل.

الشرط الثاني: يجب أن يكون الموفي قد قام بالوفاء ظناً منه أنه مدين: ويستوي أن يكون الغلط الذي جعل الموفي يعتقد أنه مدين هو غلط في الواقع أو في القانون.

الشرط الثالث: يجب ألا يكون للوفاء سبب: فانهدام السبب هو الذي يجعل الوفاء دفعا لدين غير مستحق، ويستوي في ذلك أن يكون السبب غير متحقق أصلاً، أو أن يكون سبباً مستقبلاً لم يتحقق، أو أن يكون قد زال بعد أن تحقق.

وعلى ضوء هذه الشروط خاصة الشرط الأخير، تتعدد الفروض التي ينشأ فيها الرد هنا، طالما أن دفع غير المستحق يعد مصدراً من مصادر الرد بجميع صوره وأشكاله، ولكن ما يهم في هذا المقام هو ذلك الفرض الذي ورد في الفصل 70 من قانون الالتزامات والعقود الذي

⁴⁴²- مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE : «La restitution des prestations en Droit Québécois », p102.

⁴⁴³-مرجع سابق:

CATALA, N : « La nature juridique du paiement», Paris, L.G.D.J., 1960, p325.

⁴⁴⁴-Cour de Cassaion, ass. plén., 2 avr. 1993, n°89-15.490 , GAJC, 11 e éd., n°226 .

⁴⁴⁵ -Cour de Cassaion, Civ. 1^{re} , 16 Mai 2006, n°05-12.972 P, Defrénois 2006. 875, rapp. Sargos.

ينص على أن «يجوز استرداد ما دفع لسبب مستقبل لم يتحقق، أو لسبب كان موجوداً ولكنه زال».

ويواجه هذا الفرض الحالة التي يكون فيها الأداء مستحق الوفاء وقت الوفاء، فيبادر إليه المدين، ولكن يزول سبب استحقاقه فيما بعد، كأن يكون العقد مصدر الالتزام قد تقرر ابطاله أو فسخه، وبزوال الالتزام يكون الموفى له قد استلم ما ليس مستحقاً له، وعلى ذلك ينشأ التزامه بالرد.

وتتوافر العناصر الخاصة بهذا الفرض وتنطبق عليها بشكل مثالي حالة انحلال التصرفات أو ابطالها، فالمعطي حال قيامه بتنفيذ العقد الذي تقرر فسخه أو ابطاله، إنما ينفذ التزاماً كان محلاً لتأكيد عقدي تناوله في وجوده ومقداره واستحقاقه، وابطال هذا العقد أو فسخه يفيد الغاء ما تضمنه من تأكيد، وأنه قد استبدل به تأكيد عكسي يصدر عن المحكمة ينفي وجود الالتزام الذي تم تنفيذه، سواء اعمالا للأثر الكاشف للحكم بالإبطال أو الأثر المنشئ لحكم الفسخ فإن النتيجة واحدة هي زوال العقد مصدر الالتزام، وبزواله يكون المعطي له قد استلم ما ليس مستحقاً له، فيلتزم برده.

وقد وجدت هذه المحاولة لتأصيل الرد المتولد عن الفسخ أو الإبطال على دفع غير المستحق صداها في الفقه المقارن⁴⁴⁶ وترددت بدرجات متفاوتة على مستوى القضاء (الفقرة الأولى)، ورغم ذلك لم تكن محل اتفاق عام، فهناك اتجاه أنكر هذا التقارب، كما أن هذا الطرح لم يجد دعامته في النصوص القانونية الحديثة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مظاهر التقارب بين الرد الناتج عن الفسخ أو الإبطال ودفع غير المستحق.

يرى البعض أن دفع غير المستحق يعتبر من الأسس القانونية المستقلة يصلح لتأصيل جميع صور الرد⁴⁴⁷، وأنه الأساس الأمثل للرد المتولد عن الفسخ أو الإبطال، ويتحدد مضمونه بحق استرداد ما دفعه الشخص ما ليس واجباً في ذمته ودون أن يكون هناك قصد للتبرع وذلك

⁴⁴⁶-مرجع سابق:

TERRÉ, F., P. SIMLER et Y. LEQUETTE «Droit civil – Les obligations», 12^éédition, Dalloz, 2018, p1881.

⁴⁴⁷ - مرجع سابق:

Morgane Reverchone-Billot : «La question litigieuse en matière contractuelle», , Dalloz, 2017, p42.

لمنع من قبض غير المستحق أن يثرى على حساب الدافع دون حق، فمتى ما تقرر فسخ العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد لما يترتب على انحلال العقد من زوال سبب التزام كل متعاقد، فيصبح ما سلمه كل منهما غير مستحق له مما يوجب عليه رده لمن يستحقه وهو المتعاقد الآخر⁴⁴⁸.

وقد أقر القضاء الفرنسي منذ القرن التاسع عشر بالعلاقة بين الرد الناتج عن الإبطال ودفع غير المستحق⁴⁴⁹، حيث أن المحاكم كانت تشير لدفع غير المستحق بشكل صريح⁴⁵⁰ وأحيانا أخرى تحيل ضمينا على أحكامه المقررة في المادة 1378 من القانون المدني الفرنسي⁴⁵¹ قبل التعديل، كما أن القضاء الإسباني بدوره أسس في مجموعة من قراراته الرد المتولد عن الإبطال على دفع غير المستحق el cobro de lo indebido، فقد جاء في قرار المحكمة العليا الإسبانية الصادر بتاريخ 31 أكتوبر 1984، بأن « دعوى الإبطال المقررة في المادة 1303 من القانون المدني تنطبق على أحكام المادة 1901 من نفس القانون على اعتبار أن ما أداه المدعي لم يكن مستحقا في الأصل »⁴⁵²، كما جاء في قرار آخر صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 19 دجنبر 2018، بخصوص الرد الناتج عن ابطال بعض الشروط المتعلقة بمصاريف الرهن الرسمي، حيث قررت المحكمة أن « أن الرد الناتج عن ابطال الشرط التعسفي في عقد القرض المضمون برهن رسمي لا يخضع لمقتضيات المادة 1301 (المتعلق بدعوى الإبطال) التي تقتضي وجود أداءات متقابلة، وإنما لأحكام المادة 1896 (المتعلق بدفع غير المستحق) من نفس القانون، وبالتالي فإن الفوائد القانونية المطلوب ردها تحسب من تاريخ أداء مصاريف الرهن الرسمي »⁴⁵³.

وفي نفس السياق ذهبت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 22 يناير 2008 إلى القول بأن « المقرر في قضاء محكم النقض أن مفاد المادة 1/142 من القانون المدني بأن

⁴⁴⁸ - مرجع سابق: عباس علي محمد الحسني: «رجعية العقد عند فسخه قضاء، بحث مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني»، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الأول، 2012، ص 36.

⁴⁴⁹ - Req. 5 déc. 1888, D.P.1902.I.360; Req. 2 mai 1882, D.P.1903.I.168.

⁴⁵⁰ -Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 18 juin 1969, J.C.P.1969.II.16131.

⁴⁵¹ -Cour de cassation, Civ. 3^{re}, 27 Mars 1985, J.C.P.1985.II.n°62.

⁴⁵² -Tribunal supremo, COO. 4.0 (MP: Santos Briz; RJ 1984/5158).

⁴⁵³ -Sentencia del Tribunal Supremo, 1^a, 19.12.2018, FD 2º [3] (MP: Vela Torres; RJ 2018/5455).

العقد القابل للأبطال إذا تقرر بطلانه اعتبر كأن لم يكن وزال كل أثر له فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، وان يعيد كل من الطرفين الحال إلى ما كان عليه – أي المال الذي أخذه تنفيذا للعقد-، ويتم ذلك كله اعمالا لأحكام رد غير المستحق وفقا لنص المادة 185 من ذات القانون»⁴⁵⁴.

وعلى صعيد القضاء المغربي فقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) أنه «لما كان النزاع يتعلق باسترداد ما دفع تنفيذا للالتزام المبرم بين الطرفين والذي تعهد فيه الأب بأداء مبلغ ألفي درهم شهريا نفقة لولديه، فإن المقتضيات المتعين تطبيقها في النازلة هي الواردة في الفصل 70 من ق ل ع والتي توجب لجواز طلب الاسترداد أن يزول السبب الذي تم الوفاء تنفيذا له بأن تعثره إحدى موجبات الفسخ أو البطلان، فإذا كان الالتزام لا زال قائما وصحيحا ولم يتعرض لأي طعن بالإبطال أو الفسخ من الطرف الطالب فإن دعوى الاسترداد المذكورة تكون سابقة لأوانها ما دام سند الأداء لا زال صحيحا»⁴⁵⁵، بمفهوم المخالفة يكون هذا القرار قد أقر بدفع غير المستحق كأساس للرد الناتج عن الفسخ أو الإبطال إعمالا لمقتضيات الفصل 70 من ق ل ع.

ومن جهة أخرى هناك تيار فقهي واسع يسلم بفكرة تأسيس الرد على دفع غير المستحق، ويعتبرها من البديهيات التي لا تحتاج إلى دليل، ويردد ما يقوله الفقه الفرنسي في هذا الصدد، بأن الرد في عمومته يجب أن يبقى خاضعا للقواعد المقرر بالنسبة لدفع غير المستحق، لكونها أكثر بساطة ووضوح من تلك المتعلقة بالإبطال⁴⁵⁶، أو بأن دفع غير المستحق باعتباره نوع من أشباه العقود يسمح بتطبيق نظام العقد على وضعية واقعية وأنه بالأساس وسيلة للعدل والإنصاف⁴⁵⁷.

وهذه كذلك هي وجهة نظر بعض الفقه البلجيكي الذي يقول «يجب البحث عن أساس الرد خارج العقد، لأن بعد الفسخ لا يرتب العقد أية آثار، كما أن الرد يروم إلى تحقيق عكس

⁴⁵⁴ - محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1092، لسنة 73، قضائية الدوائر المدنية، بتاريخ 22 يناير 2008،

⁴⁵⁵ - قرار المجلس الأعلى عدد 3464 ملف عدد 10/2/1/4550، بتاريخ 2011/08/23، منشور بمجلة القضاء المدني عدد 11، صفحة 195.

⁴⁵⁶ - Jean-Luc AUBERT : « Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat : quel régime juridique ? », D. 2003, p. 36.

⁴⁵⁷ - مرجع سابق:

Heinzmann Lisa : « L'étendue des restitutions en droit français et allemand », Revue internationale de droit comparé, vol, 70 n°2, 2018, p314.

ما كان يروم إليه العقد، من هنا كان من الطبيعي البحث عن هذا الأساس في القواعد المنظمة للمصادر غير الإرادية للالتزامات وبصفة خاصة دفع غير المستحق التي قد تمكن من حل الصعوبات المتولدة عن استحالة الرد العيني»⁴⁵⁸.

والجدير بالإشارة هنا، أن المشروع الأولي أو مسودة المشروع لتعديل القانون المدني الفرنسي الذي حرره فريق عمل ترأسه Terré سنة 2009، كرس فكرة الأساس المستقل للرد المستوحى من دفع غير المستحق، فقد نصت المادة 3 منه الواردة ضمن القواعد المنظمة لدفع غير المستحق على أنه « يكون هناك كذلك مجال للرد عند زوال الدين المبرر للوفاء نتيجة الإبطال أو الفسخ أو أي سبب آخر»، كما جاء في التقرير المتعلق بهذا المشروع أن «يبدو أن الرد غير مرتبط بالإبطال في حد ذاته : يتعلق الأمر بصفة عامة بتطبيق للمبادئ المتعلقة بدفع غير المستحق»⁴⁵⁹.

ومن المفيد الإشارة كذلك إلا أن الفقه المذكور قاس قاعدة دفع غير المستحق كما هي معمول بها في القانوني الإجرائي كأساس للرد الناتج عن إلغاء الأحكام بعد تنفيذها على تلك المنصوص عليها في القانون الموضوعي⁴⁶⁰، وأيد إمكانية تطبيقها على الرد الناتج عن الإبطال و الفسخ، من خلال تشبيه الوفاء الذي يتم تنفيذا لحكم قضائي تقرر إلغاؤه بعد الطعن، بحالة الوفاء الذي كان في وقت ما مستحق ولكن يزول سبب الاستحقاق إما بتحقيق الشرط الفاسخ الذي كان معلقا عليه أو بصدور حكم بفسخ العقد أو إبطاله⁴⁶¹.

ولئن كانت الشواهد الفقهية والقضائية السابقة قد قررت تطبيق أحكام دفع غير المستحق على الرد المتولد عن انقضاء أو انحلال التصرفات القانونية، فإنها في الحقيقة لم تحسم في مسألة بعض أحكامها التي لا تتلاءم مع طبيعة الرد، ونزولا عند واجب الإنصاف،

⁴⁵⁸ - Paul-Henry Delvaux : «Les effets en droit belge de la résolution des contrats pour inexécution», Raport belge, In études offertes à Geneviève Viney , L.G.D.J , LEXTENSO éditions , 2008, p674.

⁴⁵⁹ - مرجع سابق:

- D.Houtcieff: «Les sanctions des règles de formation des contrats», In pour une réforme du droit des contrats, F.Terré (dir), Dalloz, 2009, p233, n°19.

⁴⁶⁰ - أحمد ماهر زغلول: «آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها – قاعدة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه- دراسة لأساسيات التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية»، الطبعة الثانية، 1992، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة.

⁴⁶¹ - صدام خزل يحيى: «التنفيذ العكسي في الأحكام القضائية المدنية (دراسة مقارنة)»، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2019، ص126 وما بعدها.

يمكن القول أن هذا الرأي في تأسيس الرد على قاعدة دفع غير المستحق لم يكن موفقا، وانه تعرض لانتقادات كثيرة، دفعت القضاء المقارن في كثير من الأحيان إلى استبعاده كأساس مستقل للرد.

الفقرة الثانية : الانتقادات الموجهة لتأسيس الرد على قاعدة دفع غير المستحق

يعد René Rodière أول المنتقدين لفكرة تأسيس الرد على دفع غير المستحق، في فترة معينة من تطور القانون الفرنسي كان ينظر لدفع غير المستحق كنوع من الإثراء بدون سبب، مما كان يبرر معالجة شاملة لرد الأداء المتولد عن إبطال أو فسخ عقد بحسب الإثراء أو الافتقار، لهذا بالنسبة له «إبطال العقد لا يعني وجود إثراء بلا سبب لجميع الأداءات، وإنما هناك التزامات بدون سبب معزولة عن بعضها البعض»⁴⁶²، من أجل ذلك فإن هذا التقارب بين الرد ودفع غير المستحق يؤدي إلى تحليل شامل للأداءات يتنافى مع منطق الرد الذي يقتضي تحليل مستقل لكل أداء على حدة.

وفي نفس السياق فإن الباحثة Annie Bousiges وجهت مجموعة من الانتقادات لفكرة التقارب بين الرد ودفع غير المستحق، فدفع غير المستحق وكذا الفسخ والإبطال يخضعان لنصوص قانونية وأنظمة متباينة، فالغلط يعتبر شرطا ضروريا في دفع غير المستحق بينما لا يعد كذلك في المادة التعاقدية، كما انه وفق المواد من 1378 إلى 1381 من القانون المدني الفرنسي فآثار حسن وسوء النية تتوافق بشكل كبير مع طبيعة دفع غير المستحق، في حين أن دورها جد محدود في نطاق الرد، لهذا فإن هذا التقارب سيؤدي إلى توسيع مجال دفع غير المستحق بطريقة غير مناسبة⁴⁶³.

بينما ذهب بعض الفقه الفرنسي الذي يعتمد في تمييز أساس الرد وفق طبيعة الأداء، إلى تقليص نطاق دفع غير المستحق في الالتزامات المتعلقة بدفع أو إعطاء مبالغ مالية⁴⁶⁴، وهذا في حد ذاته يشكل عائقا أمام إمكانية الاعتراف بالرد كأساس عام لمختلف صور الرد⁴⁶⁵.

⁴⁶²-René RODIÈRE : « Les contrats et les obligations », Paris, 1952, p 1729.

⁴⁶³ - مرجع سابق:

BOUSIGES, A : «Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat», thèse. Poitiers, 1982, p42-44.

⁴⁶⁴-مرجع سابق:

Nicola Catala :« La nature juridique du payment», Thèse, 1960, L.G.D.J , n°214.

انظر كذلك:

وعلى صعيد الشروط فإن التطبيق الأساسي لدفع غير المستحق يفترض الوفاء الذي يشوبه الغلط من جانب الموفي وهو مفترض مشترك بين مختلف التشريعات، فقد نص عليه قانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 68 «من دفع ما لم يجب عليه، ظنا منه أنه مدين به، نتيجة غلط في القانون أو في الواقع، كان له حق استرداد على من دفع له»، والمادة 1302-1 من القانون المدني الفرنسي «من تلقى ما هو غير مستحق نتيجة الغلط وهو يعلم بذلك التزم برده لمن دفعه»، وكذلك المادة 1895 من القانون المدني الإسباني «عندما يتم تلقى شيء بدون وجه حق، تم تسليمه نتيجة الغلط، يقوم الالتزام بالرد»، وهذا الشرط أو المفترض غير معمول به في مجال الرد المتولد عن الفسخ أو الإبطال، لهذا فقد ذهب البعض في محاولة تبريره إلى اعتبار الرد هنا تطبيقا متميزا من تطبيقات دفع غير المستحق، وحالة خاصة متميزة لا تختلط بالحالات الأخرى التي تندرج فيها، على أساس ما يسمى بدفع غير المستحق الموضوعي الذي يقتضي فقط غياب مبرر للدين⁴⁶⁶. بينما ذهب اتجاه آخر في استبعاد شرط غلط الموفي إلى القول بأن تقرير الإبطال أو الفسخ يشكل في حد ذاته قرينة على الوقوع في الغلط لا تحتاج إلى إثبات⁴⁶⁷.

ومع ذلك تبقى هذه المبررات للتقريب بين دفع غير المستحق والرد الناتج عن الإبطال غير مقنعة مادامت النصوص القانونية الموما إليها أعلاه صريحة وواضحة في اشتراط غلط المعطي لقبول دعوى دفع غير المستحق، وهذا ما أكدته المجلس الأعلى المغربي (محكمة النقض حاليا) في قراره الصادر بتاريخ 30 مايو 2001، إذ جاء فيه «إن الشروط التي يتطلبها الفصل 68 من

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992.

⁴⁶⁵ -مرجع سابق:

Morgane Reverchone-Billot : «La question litigieuse en matière contractuelle», , Dalloz, 2017, p43.

⁴⁶⁶ -J.L.Aubert :«Les restitutions consécutive a l'annulation d'un contrat :quel régime juridique ?», note sous civ .1^{re} , 24 sept2002, D.2003, n°369.

⁴⁶⁷ - مرجع سابق:

-Antonio Ismael Ruiz Arranz :« Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación », Revista para el Análisis del Derecho , InDret, N°1, 2020, p120.

قانون الالتزامات والعقود المقامة الدعوى في إطاره هي أن يكون المدعي قد دفع ما لم يجب عليه ظنا منه أنه مدين به نتيجة غلط في القانون أو في الواقع»⁴⁶⁸.

كما أنه حتى بالنسبة للاتجاه الذي يعتبر غياب الدين هو الأساس الحقيقي لدفع غير المستحق وبالتالي هو المولد للرد، فإنه لا يتوافق مع الرد الناتج عن الفسخ أو الإبطال الذي يستمد وجوده من عدم تنفيذ التزام أو خرق قاعدة قانونية، وهنا رغم زوال الدين فهذا لا يعني أنه لم يكن موجودا في فترة معينة⁴⁶⁹، ومن هذا المنطلق، يقول Nicole Catala أن الرد التعاقدي يعكس الالتزام بالرد في حالته الأصلية إلا أنه لا يختلط مع صور دفع غير المستحق⁴⁷⁰.

وفي نفس السياق ذهبت بعض القرارات القضائية في فرنسا إلى رفض الرد في إطار دعوى دفع غير المستحق إذا كان هذا الدفع ناتج عن خطأ المعطي⁴⁷¹، ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 نونبر 2008، جاء فيه «على محاكم الموضوع تقدير الأخطاء المتبادلة للمؤسسة المالية التي دفعت الأموال بشكل متسرع والشركة التي تلقتها والتي افضت إلى فسخ العقد الرئيسي»⁴⁷². بينما ذهبت في قرارات أخرى إلى تخفيض المبلغ الواجب رده نتيجة للضرر الذي تعرض له الموفي له بفعل خطأ الموفي⁴⁷³، وفي هذا المعنى جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 فبراير 2010 بأن «خطأ الدافع لا يشكل شرطا لإعمال دعوى دفع غير المستحق، باستثناء الخصم من مبلغ الرد عند الاقتضاء للتعويض عن الضرر الناتج عن خطأ الدافع لفائدة الموفي له»⁴⁷⁴، وهنا كذلك فإعمال الخطأ كمانع للرد

⁴⁶⁸- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 30 مايو 2001، عدد 1154، ملف رقم 99/1932، منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2001، صفحة 123.

⁴⁶⁹- مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois »p106.

⁴⁷⁰ - مرجع سابق:

CATALA, N : « La nature juridique du paiement », Paris, L.G.D.J., 1960, p314.

⁴⁷¹- Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 12 Janvier 1988, J.C.P.1988.II.n°22.

Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 30 Octobre 2000, n°98-10.688, RTDciv, 2001, 142, Obs.J.Mester et B.Fages.

⁴⁷²- Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 13 novembre 2008, n° 07-16.898 P : RTD com. 2009. 189, obs. Legeais

⁴⁷³ - Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 5 Juillet 1989, R.T.D.Civ, 1990.282.n°14, Obs Mester.

⁴⁷⁴ - Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 17 Févrie 2010, n°08-19.789, D2010, 864, note N.Dissaux.

يتنافى مع الطبيعة الموضوعية لهذه المؤسسة، فإذا كان سبب الإبطال يعزى إلى الطرف المنفذ للأداء فهذا عادة يرتب مسؤوليته عن الضرر الذي حصل للطرف الآخر، بينما لا أثر له على حقه في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه واستعادة الأداء الذي نفذه بموجب العقد الذي تقرر إبطاله⁴⁷⁵، لعدم وجود أية علاقة سببية بين الخطأ وتنفيذ الأداء قبل الإبطال أو الفسخ.

ومن جهة أخرى فقد تجلّى القصور الذي اعتور تأسيس الرد على دفع غير المستحق على مستوى النتائج كذلك، فقد يكون المبلغ المحكوم به في إطار الرد المتولد عن دفع غير المستحق أقل مما تقتضيه إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بعد الفسخ أو الإبطال فوفق الفصل 76 من ق.ل.ع⁴⁷⁶ المقابل للمادة 1380 من القانون المدني الفرنسي القديم، إذا كان من تسلم الشيء بحسن النية قد باعه فإنه لا يلتزم إلا برد ثمنه، مما يعني أن البائع في هذه الحالة بعد إبطال البيع لن يتمكن من الحصول على القيمة الحقيقية للشيء التي قد تفوق ثمن إعادة البيع⁴⁷⁷.

كما أن تأسيس الرد المتولد عن فسخ أو إبطال العقد على دفع غير المستحق يقتضي التمييز بين حسن أو سوء نية الموفى له بناء على الفصل 75 من قانون الالتزامات والعقود المغربي والذي كان يقابله في القانون المدني الفرنسي قبل التعديل المادة 1378، بحيث يكون نطاق الرد في الحالة الأخيرة أكثر اتساعاً إذ يشمل إضافة إلى الشيء أو قيمته حتى في حالة الهلاك بقوة قاهرة، رد الثمار والزيادات والمنافع التي جناها أو تلك التي كان من واجبه أن يجنيها وذلك من يوم الوفاء له أو من يوم تسلمه الشيء بغير حق، أما في حالة حسن النية فالموفى له لا يلتزم بالرد إلا بقدر النفع الذي تحصل عليه ومن تاريخ المطالبة، وبمفهوم المخالفة لمقتضيات الفصل 75، لا يلتزم بالرد في حالة هلاك الشيء بفعل القوة القاهرة.

وهنا كذلك يمكن القول أن كل من معيار حسن وسوء النية يقوم على اعتبارات شخصية تتنافى مع الطبيعة الموضوعية للرد الذي مناطه الأداء المنفذ بمقتضى العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه مما قد يؤدي إلى الانزلاق بهذه المؤسسة إلى قواعد المسؤولية⁴⁷⁸، وهذا ما يبرر

⁴⁷⁵-مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p433.

⁴⁷⁶ -بناءً على الرأي الذي يعتبر أن دفع غير المستحق هو صورة من صور الإثراء بلا سبب وبالتالي يجيز تطبيق مقتضياته المتعلقة بحسن أو سوء نية المثرى وأثرها على نطاق الرد .

⁴⁷⁷ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p378 .

⁴⁷⁸ - مرجع سابق:

التوجه الحديث للمشروع الفرنسي بمقتضى المواد 1352 إلى 1352-9 المنظمة للرد بناء على الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016، التي لم تجعل لحسن أو سوء النية تأثير على مقدار الرد، باستثناء ما تعلق بالتاريخ الذي يبتدئ منه حساب الرد، فقد جاء في المادة 7-1352 أنه «من تسلم بسوء نية ملزم برد الفوائد والثمار التي تحصل عليها أو قيمة الانتفاع من تاريخ الوفاء، ومن تسلم بحسن النية لا يلتزم بالرد إلا من تاريخ المطالبة»، لهذا فالمدين بالرد في جميع الأحوال ملزم بالفوائد والثمار والمنافع المتحصل عليها من الأداء محل الرد لا فرق بين حسن أو سوء النية إلا فيما تعلق بتاريخ حساب الرد.

وإذا كان التصور المتقدم بتأصيل الرد الناتج عن الفسخ أو الإبطال على أساس دفع غير المستحق لا يجد دعامته في الفقه وفي النصوص القانونية، فإنه لا يجد أيضا وبالمثل هذه الدعامة في القضاء، فقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن قطعت في هذه المسألة بما يتفق مع التحليل المتقدم عندما استبعدت تطبيق أحكام دفع غير المستحق على الرد الناجم عن الإبطال أو الفسخ، فقد جاء في قرارها الصادر بتاريخ 24 شتنبر 2002، بأن «الرد الناجم عن الإبطال لا يخضع لدفع غير المستحق وإنما فقط لقواعد الإبطال»⁴⁷⁹.

كما أن القضاء المصري بدوره نحي في اتجاه هذا التحليل عندما استبعد تطبيق أحكام التقادم المتعلق بدفع غير المستحق على الرد الناتج عن فسخ عقد هبة، فقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 16 مارس 1978، بأنه «وحيث إن هذا النعي مردود ذلك أنه وإن كان حق الواهب في استرداد المال الموهوب في حالة تحقق الشرط الفاسخ للهبة يقوم على أساس استرداد ما دفع بغير وجه حق، وقد أكدت المادة 182 من القانون المدني هذا المعنى بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام زال سببه بعد أن تحقق، إلا أنه لما كان الثابت أن المطعون عليه رفع دعواه بطلب رد المبلغ الموهوب، وكان الطاعن قد نازعه في ذلك، وكان رد المبلغ لا يقضى به في هذه الحالة إلا كأثر للمادة 160 من القانون المدني التي تقضي بأنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وكانت دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة 187 من القانون المدني ولا تتقادم إلا بمضي خمس عشرة سنة، فإنه طالما يكون له أن يطالب بالآثار

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p434.

⁴⁷⁹- Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 24 Sep 2002, n°00-21.278, RTD civ. 2003. 284, obs. Mestre et Fages.

المرتبة عليها ومنها رد المال الموهوب، إذ لا يكون هذا المال مستحق الأداء ممكناً المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ. إذ كان ذلك فإن النعي على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس»⁴⁸⁰.

ولئن كانت هذه الحقائق الفقهية والقضائية تكفي بذاتها للتدليل على رفض دفع غير المستحق كأساس قانوني موحد ومستقل لمختلف صور الرد بما فيها الرد المتولد عن انحلال التصرفات القانونية، فإن ما يزيد من دعم هذه النتيجة في القانون المغربي هو الغموض الذي يعتري تمثل الفقه لأحكام أشباه العقود بصفة عامة، بحيث يلاحظ أن الكثير من المؤلفات تحيل بخصوص مقتضيات المتعلقة بدفع غير المستحق على الفصول من 68 إلى 74 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، وفي هذا المعنى يقول الدكتور مأمون الكزبري «وقد بحث المشرع المغربي دفع غير المستحق جنباً إلى جنب مع الإثراء بلا سبب وخص له المواد من 68 إلى 74»⁴⁸¹، بينما تحيل بالنسبة للإثراء بلا سبب على الفصول 66 و67 و75 و76، ويترتب على هذا التحليل حقيقة واحدة أن مقتضيات دفع غير المستحق تبقى قاصرة عن تنظيم مختلف جوانب الرد خاصة ما تعلق منه بالرد بالقيمة ومسألة الثمار والمنافع والزيادات التي تجد حيزاً لها في الفصلين 75 و76 من ق.ل.ع المتعلقين بالإثراء بلا سبب. وهذا ما يبرر بدوره المسلمة التي ما فتئت تستهل بها دراسة دفع غير المستحق في المؤلفات الفقهية المغربية بأنه صورة من صور الإثراء بلا سبب.

ولما كان هذا الحيز يضيق حتماً عن التصدي لهذا الموضوع الشائك الذي يجد مكانه المناسب في مباحث النظرية العامة للالتزام، فإن من الواجب القول أن ما يعاب على هذه المسلمة أنها موروثة عن الفقه الفرنسي وبصفة خاصة الفقيهين Toullier و Planiol وبعدهم العميد Carbonnier، الذين استحدثوا دعوى الإثراء بلا سبب وجعلوها أساساً لأشباه العقود، ولكنهم مع ذلك استمدوا أحكامها من الفضالة، مما أدى من جهة إلى هيمنة دعوى الإثراء بلا سبب على باقي أشباه العقود في أدبيات الفقه الفرنسي، ومن جهة أخرى إلى اكتساب

⁴⁸⁰ - قرار محكمة النقض المصرية، طعن 351 لسنة 44 ق، جلسة 16 مارس 1978، مكتب فني 29 ج 1 ق 152 ص 773.

⁴⁸¹ - مرجع سابق: مأمون الكزبري: «نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزام»، ص 355.

هذه الدعوى طبيعة تعويضية مستمدة من أحكام الفضالة بعيدا عن فكرة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد⁴⁸².

لكن في القانون المغربي فيجب النظر إلى المسألة بشكل مختلف، لكون المشرع جعل من الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق صورتين متميزتين من أشباه العقود يختلفان من حيث الوقائع القانونية المنشئة لهما، فالإثراء يقوم على غياب السبب، في حين بالنسبة لدفع غير المستحق فيستند إلى فكرة زوال السبب في زمن الدفع أو بعده، بينما يشتركان في الآثار أو الجزاء الذي هو إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ورد الأداءات، سواء عن طريق الرد العيني أو بواسطة الرد بالقيمة، وهذا ما يمكن استخلاصه بشكل واضح من بنية النصوص المنظمة لأشباه العقود في قانون الالتزامات والعقود، بالفصلين 66 و 67 يخصصان الإثراء بلا سبب، والفصول من 68 إلى 74 يتعلقان بدفع غير المستحق، بينما الفصلين 75 و 76، هي أحكام مشتركة لتحديد نطاق الرد المتولد عن أشباه العقود.

على كل حال ما يمكن الخلوص إليه من النقاش النظري الذي تدور رحاه حول البحث عن أساس قانوني موحد لمختلف صور الرد يستند إلى قواعد أشباه العقود، هو الركون إلى عرض هذا الأساس على معيارين تم اقتراحهما من جانب الفقه للقياس والتحقق من مدى نجاعة هذا الأساس⁴⁸³، المعيار الأول هو التناسق la cohérence ويقصد به قوة النظرية في التوفيق بين قرارات قضائية تبدو متعارضة أو متناقضة، أما المعيار الثاني فهو معيار البساطة simplicité ذو طبيعة عددية أي قدرة هذا الأساس في استيعاب مجموعة مختلفة من صور الرد تحت قواعد قانونية مشتركة.

وانطلاقا من هذين المعيارين، فإن أشباه العقود تستجيب لمعيار البساطة لأنه من الناحية النظرية فالقواعد المنظمة لدفع غير المستحق والإثراء بلا سبب قد تستوعب بكل سهولة الرد المتولد عن انحلال العقود خاصة في ظل القانون المغربي، طالما أنهما يشتركان في جزاء واحد هو الرد.

⁴⁸² - مرجع سابق:

Mélotie Combot :«Quasi-contrat et enrichissement injustifié»p306.

⁴⁸³-مرجع سابق:

Frédéric Rouvière :« L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente», RTDciv , 2009, p619.

وفي المقابل فإن هذا الأساس لا يتوافق مع معيار التناسق، لكون القضاء تخلى صراحة عن اعتماد هذا الأساس في حالة الرد الناجم عن الفسخ أو الإبطال⁴⁸⁴، كما أن استعمال هذا الأساس يستوجب الرد التلقائي لجميع القيم المالية المحولة ، وبالتالي لا يمكن اعتماده في تفسير التوجه القضائي المؤيد للمفهوم الضيق للرد والذي يرفض مثلاً منح البائع قيمة استغلال واستعمال المشتري للشيء بموجب عقد تقرر فسخه، لهذا فإن أشباه العقود تبقى ذات صلة بالرد ولكنها محدودة، فهي غير قادرة على التبرير القانوني لجميع الحلول القضائية في الموضوع⁴⁸⁵.

وإذا كان التحليل المتقدم في ظل العمل القضائي السابق ذكره قد قطع الطريق أمام أية محاولة لتأصيل الرد على أشباه العقود، فإنه وفي المقابل قد أتاح دعماً لاتجاه في الفقه الفرنسي ينحو نحو تأسيس الرد على فكرة الأثر القانوني للإبطال والفسخ .

⁴⁸⁴-مرجع سابق:

François Chénéde :«Le Nouveau Droit des Obligations et des Contats» , Dalloz référence, 2019/2020, p268.

⁴⁸⁵ - مرجع سابق:

Frédéric Rouvière :« L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente», RTDciv , 2009, p619.

المبحث الثاني: الأساس القانوني المباشر: الرد أثر قانوني للإبطال و الفسخ

لقد صدرت المواد من 1352 إلى 1352-9 من القانون المدني الفرنسي المنظمة للرد بموجب الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 خالية من أية إشارة إلى الأساس القانوني للرد، ونفس الملاحظة تنسحب على المواد من 1699 إلى 1707 من القانون المدني لمقاطعة الكبيك الكندية بشأن رد الأدعاءات، هذا ما دفع أحد الباحثين إلى القول «النتيجة باب معقد نسبيا، فوضعه للقواعد دون بيان أساسها يجعلها صعبة التحديد»⁴⁸⁶.

وخلافا لما قد يوحي به الظاهر فإن النصوص الجديد المتعلق بالرد في القانون المدني الفرنسي في عمومها لم يبتدعها المشرع الفرنسي إحداثا للقطيعة مع الحلول القضائية السابقة، وإنما كانت تتويجا وتكريسا لمسار قضائي وفقهي طويل ترتد بداياته الأولى إلى عدة عقود خلت، وبعبارة أخرى، فإن تلك المقتضيات لم تقرر تنظيم الرد ابتداء، بل تكرسا لمؤسسة قانونية كانت موجودة في الساحة القانونية على المستوى القضائي والفقهي .

ومن هذا المنطلق يمكن التأكيد على أن الفقه والقضاء قد اضطلعوا بمهمة بيان الأساس القانوني للرد المتولد عن إبطال أو فسخ العقود سواء قبل هذه النصوص أو بعدها، على الرغم من التردد الذي ساد -ردحا من الزمن- بعض العمل القضائي الفرنسي في تأسيس الرد على أشباه العقود، لعل بسبب تأثره بفقه المدرسة الأنجلو سكسونية أو بفقه المدرسة الجرمانية، فإنه في فرنسا كان ولا يزال يميل في اتجاهاته الغالبة إلى أن الرد هو أثر قانوني لانحلال التصرفات القانونية وانقضائها وعلتها الفاعلة، وهذا يعني أن الرد يستمد أساسه القانوني من نفس المصدر الذي يستمد منه الإبطال أو الفسخ أساسه .

وخير مثال على ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 16 نونبر 1965، بأن «فسخ البيع يقتضي بالضرورة رد السيارة مقابل استرجاع الثمن، محكمة الاستئناف غير ملزمة بالحكم به صراحة»⁴⁸⁷ فقد جعلت من الفسخ في حد ذاته أساسا للرد.

⁴⁸⁶ - Serge GAUDET : « Un nouveau chapitre à la théorie générale des obligations: la restitution des prestations » dans Les obligations : quoi de neuf?, 26 octobre 1995, Cowansville, Yvon Blais, 1995, p. 2.

⁴⁸⁷-مرجع سابق قرار أوردته:

Marie Malaurie :«Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p48.

كما جاء في قرارها الصادر بتاريخ 11 مارس 1987 بأنه : «يبقى دون جدوى طعن المشتري في القرار الذي عاين الفسخ دون الأمر برد الثمن لكونه نتيجة حتمية للفسخ»⁴⁸⁸. وهو ما يفسر أن الرد هو نتيجة ضمنية للفسخ مستمد مباشرة من القواعد المنظمة للفسخ.

وفي تاريخ لاحق قضت محكمة النقض في عبارات صريحة، بما يلي : «ارجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل عقد البيع هي نتيجة قانونية للفسخ»⁴⁸⁹، من هنا يمكن القول أن الرد هو التزام بقوة القانون متولد مباشرة عن الفسخ أو الإبطال⁴⁹⁰.

ويمكن إدراج في هذا السياق كذلك قرار محكمة النقض المشار إليه سابقا الصادر بتاريخ 24 شتنبر 2002، الذي جاء فيه « الرد الناجم عن الإبطال لا يخضع لأحكام دفع غير المستحق وإنما فقط لقواعد الإبطال»⁴⁹¹.

وقد وجدت هذه الفكرة على الوجه الذي صيغت به لدى القضاء اعتمادا في الفقه الفرنسي بعد صدور تعديلات 2016، بحيث يلاحظ من خلال المؤلفات الفقهية⁴⁹² أو التعليقات⁴⁹³ وشروح القانون المدني الفرنسي⁴⁹⁴، وجود اجماع على أن الرد هو أثر قانوني للفسخ والإبطال. وأن النصوص القانونية المتعلقة بالإبطال والفسخ هي مصدر الرد، بمعنى أن هذا الالتزام بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه يجد مصدره المباشر في القواعد القانونية

⁴⁸⁸- Cour de cassation, Civ. 3^{re}, 11 Mars 1987, D.1987.IR 71.

⁴⁸⁹ - Cour de cassation, Civ. 3^{re}, 22 Juillet 1992, n°263, j.C.P , 1992, I, n°2, note G.virassamy.

⁴⁹⁰ -مرجع سابق:

Yves-Maria Serinet « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français » dans FONTAINE, M. et G. VINEY (dir.), Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé, Bruxelles, Paris, Bruylant-LGDJ, 2001, p614.

⁴⁹¹ - مرجع سابق:

Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 24 Sep 2002, n°00-21.278, RTD civ. 2003. 284, obs. Mestre et Fages.

⁴⁹²-مرجع سابق:

Mustapha Mekki et P. Malinvaud et D. Fenouillet : « Droit des obligations », éd 2017, Lexisnexis, p347.

⁴⁹³- مرجع سابق:

François Chénéde : «Le Nouveau Droit des Obligations et des Contats», Dalloz référence, 2019/2020, p265.

⁴⁹⁴-مرجع سابق:

Pascale Guiomard et autres : «Code Civil Annoté», Dalloz, 122^e édition, 2023.

المنظمة للإبطال والفسخ، وبالتالي فالرد لا يعدو ان يكون سوى تقنية في خدمة هاتين المؤسستين تعكس روح و فلسفة المشرع في تنظيمهما⁴⁹⁵، وان دعوى الإبطال مثلا ودعوى الرد لهما نفس الأساس ونفس الموضوع ونفس الغاية، فإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أو الرد هو جوهر الإبطال والفسخ⁴⁹⁶.

ولعله نفس المنحى الذي سلكه القضاء المغربي في بعض قراراته، عند ما قضى المجلس الأعلى بغرفتيه في قراره الصادر بتاريخ 15 دجنبر 1976 بأن «لكن من حيث أن عبد السلام الميني عندما طلب فسخ عقد البيع المبرم بينه وبين الغريب محمد يكون قد طلب ضمينا وبالضرورة إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها من قبل، أي إلزام كل واحد برده للآخر ما أخذه منه»⁴⁹⁷.

على أن هذا التقرير الفقهي والقضائي لم يكن في حقيقة الأمر إلا بداية لنقاش مستفيض حول دلالة الأثر القانوني للتعبير عن أساس الرد الناتج عن انحلال التصرفات القانونية، فبقدر ما كان عليه القضاء واضحا في الإحالة على قواعد الإبطال و الفسخ، فإنه لم يلتزم هذا القدر من الوضوح والدقة في تحديد معناه وآثاره.

ومن هنا يجب التأكيد أنه مع مسaire هذا الاتجاه في استبعاد الأسس المستقلة للرد وفي المقابل البحث عن هذا الأساس داخل مؤسستي الإبطال والفسخ، فإن هذا لا يعني اطلاقا أن الرد هو التزام قانوني يستمد أساسه من النصوص القانونية مباشرة، كما أنه لا يعني بدرجة أكبر أن الرد هو أثر مباشر للإبطال والفسخ، ولكن في حقيقة الأمر فالرد لا ينشأ مجردا عن عمل باشره الدائن بالرد، وهو يدور مع هذا العمل وجودا وعدما يتجلى في واقعة تنفيذ أداء بموجب عقد تقرر إبطاله أو فسخه. لهذا فأساس الرد يجد مصدره في واقعة تنفيذ أداء.

وعليه من اجل تسليط الضوء على هذا الأساس والإلمام بجوانبه الموضوعية والمسטרية، فيجب في البداية تحديد مضمون واقعة تنفيذ عقد تقرر فسخه أو ابطاله (المطلب الأول) ثم

⁴⁹⁵- مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p 15.

⁴⁹⁶-مرجع سابق:

Morgane Reverchone-Billot : «La question litigieuse en matière contractuelle», , Dalloz, 2017, p40.

⁴⁹⁷-مرجع سابق: قرار المجلس الأعلى بغرفتين بتاريخ 15 دجنبر 1976، عدد 777، ملف مدني عدد 74.

بعد ذلك معاينة نتائج هذا الأساس على مستوى الاختلاف بين دعوى الرد ودعوى الإبطال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مضمون الأساس القانوني المباشر.

يعتبر بعض الباحثين أن الحل السليم في إيجاد أساس قانوني للرد هو تطبيق النص القانوني الذي أوجب رد ما تم تسليمه عند فسخ العقد، فلا يوجد ما يبرر تطبيق نصوص دفع غير المستحق مع وجود نص قانوني واضح يلزم برد ما تم تسليمه عند فسخ العقد، وهذا يعكس رغبة المشرع في تطبيق هذا النص على كل ما يندرج تحت حكمه وإلا أصبح وجود النص عبثا مع إمكانية تطبيق القواعد العامة⁴⁹⁸.

دون أدنى شك فإن النصوص القانونية التي وردت في قانون الالتزامات والعقود المغربي أو في القانون المدني الفرنسي والتي تقرر إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد حال إبطاله أو فسخه، تعد مصدرا للرد وأساسا قانونيا له، هذا مما لا يمكن إنكاره لأن القاعدة المسلم بها في نظرية القانون هي أن القانون وبالأحرى التشريع هو المصدر الأخير لكل حق ولكل التزام، ولذلك فإنه يصدق على الرد أنه التزام قانوني بالمعنى الواسع (Lato sensu).

وإذا كان القانون هو المصدر غير المباشر لكل الالتزامات، فهو الذي يقرر أن واقعة ما أو إرادة معينة تنشئ التزاما، فإنه قد يكون وفي خصوص حالات محددة هو المصدر والأساس القانوني المباشر الذي ينشئ الالتزام، وفي هذه الفروض فإن القانون يعد المصدر المباشر والأخير في آن واحد للالتزام. ويصدق على الالتزام في هذه الحالات أيضا وصف الالتزام القانوني، وإن كان الفقه قد جرى على وصفه بالالتزام القانوني بالمعنى الضيق (Stricto sensu)، لتمييزه عن الالتزامات التي تجد مصدرها المباشر في الوقائع القانونية بينما يكون القانون مصدرا غير مباشر لها.

وإذا كان الرد يعد التزاما قانونيا بالمعنى الواسع، فهل يمكن إدراجه أيضا ضمن طائفة الالتزامات القانونية بالمعنى الدقيق، أي تلك التي تجد مصدرها المباشر في نص القانون؟ ومؤدى هذا التصور هو الربط الحتمي بين النصوص القانونية والرد وجودا وعدما، فالرد وهو التزام قانوني يجد مصدره الإنشائي المباشر في إرادة القانون، فإنه يعتمد في وجوده على ظهور هذه الإرادة والتعبير عنها في هيئة نصوص قانونية ملزمة، فيدور هذا الالتزام مع

⁴⁹⁸ - مرجع سابق: عباس علي محمد الحسني: «رجعية العقد عند فسخه قضاء، بحث مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني»، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الأول، 2012، ص 37.

النصوص القانونية وجودا وعدما، يوجد إذا وجد نص بذلك ويتخلف حال تخلف النص. وإذا لم ترد النصوص التي ترتب هذا الأثر في كافة حالات انحلال وانقضاء التصرفات، وانما وردت في خصوص بعض هذه الحالات دون البعض الآخر، فإن النتيجة الملازمة لذلك هي قصر وجود هذا الالتزام على الحالات التي وردت فيها النصوص ونفيه عما عداها، واستنادا إلى ذلك فإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في القانون المغربي توجد في حالة البطلان (الفصل 306 من ق.ل.ع) وفي حالة الإبطال (الفصل 319 من ق.ل.ع) وفي حالة الإقالة الاختيارية (الفصل 397 من ق.ل.ع)، وعلى العكس من ذلك لا يوجد رد أو بالأحرى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في حالة الفسخ القضائي لعدم وجود نص صريح بذلك.

وفضلا عن ذلك فإن أعمال هذا التصور على صعيد القانون الفرنسي يؤدي إلى نفي وجود الرد كذلك نتيجة الفسخ القضائي قبل صدور الأمر رقم 2016/131، المؤرخ في 10 فبراير 2016، والذي أورد لأول مرة نصا تضمنته المادة 1229 يرتب على الفسخ القضائي بشكل صريح رد الأداءات المتبادلة بمقتضى العقد الذي تقرر فسخه.

ولا يستقيم التصور المتقدم مع القواعد و المبادئ المسلم بها والتي تجد اعتمادا راسخا ومستقرا في تطبيقات القضاء التي لم تربط الرد في وجوده بنصوص خاصة تقرره، وانما ينشأ هذا الالتزام بمجرد تقرير إبطال عقد أو تصرف سبق تنفيذه جزئيا أو كليا ودون تفرقة، لا محل ولا سند لها، بين الفسخ والإبطال، وإذ تنفي القواعد المتقدمة الارتباط الحتمي بين وجود الرد والنصوص القانونية، فإن ذلك ينفي عن هذا الالتزام صفة الالتزام القانوني بالمعنى الدقيق.

كما أن طبيعة هذا الالتزام كجزء يرتبط في بعض الأحيان على الأقل من حيث مداه باعتبارات شخصية مرتبطة بحسن أو سوء نية الملزم بالرد والتي تقتضي معاينتها التثبت من وقوع فعل من جانبه، فهذه المعاينة القضائية تنفي بدورها على الرد صفة الالتزام القانوني بمعناه الضيق.

ونفي هذا الوصف عن الرد هو تقرير يجد تأكيدا في فكرة الالتزام القانوني ذاتها، وفي الأسس التي تقوم عليها، فالمناط في اعتبار الالتزام التزاما قانونيا بالمعنى الضيق هو كون القانون مصدره المباشر، ويكون القانون كذلك حينما لا يكون هناك أمر ما يتوسط بين نص القانون ونشوء الالتزام، وهذا الأمر قد يكون واقعة أو عملا قانونيا بالمعنى الواسع، أما إذا وجد

هذا الفعل المنسوب إلى المدين، فإن الالتزامات الناجمة عنه تجد مصدرها المباشر فيه ولا تعد نتيجة لذلك، فعندما يقرر الفصل 316 من قانون الالتزامات والعقود أنه يترتب على الإبطال وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانا عليها وقت نشأته، والتزام كل منهما بأن يرد للآخر كل ما أخذه منه، فالرد هنا يقوم على توافر واقعة قانونية مركبة من واقعيتين مترابطتين، وهما مبادرة الدائن بالرد إلى تنفيذ أداء بموجب عقد تم الغاؤه لاحقاً، فإذا لم يكن الدائن قد بادر إلى تنفيذ هذا العقد فإن التزام الطرف الآخر بالرد يتخلف لتخلف مفترضه، ونفس الأمر يصدق على الفصل 1091 عندما يقرر أن إبطال القسمة يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الوضع القانوني والفعلي الذي كانوا عليه عند اجرائها.

ولا يكفي في بيان الأساس القانوني للرد القول بأنه يجد مصدره في واقعة تنفيذ أداء بمقتضى عقد تقرر إبطاله أو فسخه، وإنما يجب تحديد كنه هذه الواقعة والكشف عن طبيعتها على النحو الذي يجعل منها أساساً قانونياً للرد (الفقرة الأولى)، ثم بعد ذلك بيان انعكاسها على مضمون الوضع السابق في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: طبيعة الأساس القانوني المباشر لإرجاع الحالة عن طريق للرد

يذهب الفقه المغربي و المقارن في غالبية إلى تأسيس الرد على مؤسستي الإبطال والفسخ وبصفة أكثر دقة على أثرهما الرجعي⁴⁹⁹، كما أن القضاء بدوره يقر بهذا التحليل، بل إن هذا القضاء وأمام عدم وجود نص يقضي صراحة بالأثر الرجعي للفسخ، يذهب في سبيل تكريس هذا المجاز أو الخيال القانوني إلى اعتماد ما ينص عليه قانون الالتزامات والعقود بخصوص الإبطال، فقد ورد في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 13 مارس 2023، بخصوص أثر فسخ برتوكول اتفاق بإقرار بالمديونية بناء على الفصل 316 من ق.ل.ع المغربي، على أنه «وحيث إنه وبخصوص السبب المثار حول الخطأ في تكييف الآثار المترتبة على الحكم بفسخ برتوكولي الاتفاق المتضمنين الإقرار بالمديونية وسوء تطبيق الفصل 316 من ق ل ع فإنه من الثابت بالاطلاع على الوثائق المرفقة أن الطاعنة استندت في مقالها إلى مديونية المستأنف عليها بموجب برتوكول الاتفاق وملحقه والذي تم فسخه قضاء بموجب حكم ابتدائي وقرار استئنافي مؤيد له ثم قرار صادر عن محكمة النقض برفض النقض وبالتالي فإن ما يستفاد من ذلك أن البرتوكول الاتفاق المبرم بين الطرفين أصبح عديم الأثر

⁴⁹⁹ - مرجع سابق :

لصدور قرارات نهائية بفسخه كما أنه من الثابت قانوناً أنه يترتب على فسخ العقد بحكم القضاء أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون زواله بأثر رجعي واعتباره كأن لم يكن ووجوب إعادة الحال بين المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل التعاقد ورد ما قبض تنفيذا للعقد ويسري ذلك فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير كما يترتب على الفسخ زوال العقد بأثر رجعي ويقضي بأن يرد كل متعاقد للآخر ما حصل عليه من أداء وفقاً للعقد، وأنه بالتالي فإن البرتوكول أصبح مفسوخاً وعديم الأثر بمقتضى قرارات نهائية والتي يترتب عنها إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه»⁵⁰⁰.

وفي نفس المعنى كذلك جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المغربية بتاريخ 01 فبراير 2022 بأن «الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها طبقاً للفصل 230 من ق.ل.ع، وأنه من آثار فسخ العقد إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وكان طرفاً عقد الوعد بالبيع محل النظر قد اتفقا على أنه في حال عدم احترام الموعد لها بما التزمت به بأداء الثمن قبل الأجل المضروب لها يصبح عقد الوعد بالبيع لاغياً، والمحكمة لما قضت بإلزام الواعدة الطاعنة بإرجاع لفائدة المشتري مسبق ثمن البيع مما حصله من بنود العقد الرابط بين الطرفين إعمالاً لأثر الفسخ قوله أن من حق المشتري استرجاع المبلغ المسبق من يد البائع باعتباره جزء من ثمن البيع لا عربوناً، تكون المحكمة قد أحاطت بمدلول العقد الرابط بين الطرفين وسأيرت مقتضيات الفصل أعلاه وجاء قرارها معللاً ومؤسساً»⁵⁰¹.

كما ورد في قرار آخر صادر عن محكمة النقض المغربية بتاريخ 01 أبريل 2015، بأنه « لما قضت المحكمة بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد طبقاً لما ينص عليه الفصل 306 من ق.ل.ع بعلّة أن القانون المطبق على النازلة هو الفصل 3-618 من ق.ل.ع، فإنها تكون قد طبقت الأثر الناتج عن هذا التكييف الذي يجعل العقد الرابط بين الطرفين

⁵⁰⁰ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 1824، ملف 2022/8222/200، بتاريخ 2023/03/13، غير منشور.

⁵⁰¹ - قرار محكمة النقض رقم 69 بتاريخ 1 فبراير 2022، ملف مدني رقم 2021/7/1/6454، المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض

باطلا ما دام أنه لم يحرر وفق الشكلية الواردة في الفصل 3-618 أعلاه، ولم تقض بأكثر مما طلب»⁵⁰²

ومع ذلك يجب عدم اختزال الرد في الإبطال أو الفسخ مباشرة، انطلاقا من أن زوال الأثر غير القانوني للتصرف كجزاء للإبطال ليس هو السبب المباشر للرد، فهذا الالتزام لا ينشأ تلقائيا عن الحكم بالإبطال وإنما فقط عندما يكون هناك تنفيذ كلي أو جزئي للعقد الباطل⁵⁰³، وفي هذا المعنى كان يقول الفقيه (Savatier)، أنه ليس إبطال الاتفاق هو الذي يجبر على الرد بل الوضعية الواقعية باستقلال عن صحة التصرف⁵⁰⁴.

لهذا فمن الضروري التأكيد على أن أساس الرد هو مباشرة أداء تنفيذ لعقد مشوب بعيب من العيوب الموجبة للإبطال تقرر فيما بعد إبطاله، وهذا لا يعني نفي العلاقة بين الإبطال والالتزام بالرد كما يذهب إلى ذلك بعض الفقه المنافح عن الأسس المستقلة للرد، وإنما فقط توضيح أن الأمر لا يتعلق برابطة مباشرة بين الرد والإبطال تجعل منه نتيجة تلقائية لحكم الإبطال. لأنه بزوال الآثار القانونية للتصرف عن طريق الحكم بالإبطال تصبح الأداءات المنفذة فاقدة لأي سند قانوني، مما يقتضي محوها من أجل مطابقة الوضعية أو الحالة الواقعية مع الوضع الجديد الذي قرره الحكم بالإبطال، وهنا يتجلى ويبرز دور الرد الذي يروم إرجاع حالة الأطراف وجعل وضعيتهم الواقعية تعكس وضعيتهم القانونية، وهذا الدور أو الوظيفة تجد أساسها وتبريرها في واقعة تنفيذ أداءات بموجب عقد تقرر إبطاله، لهذا فالرد وفق هذا المعنى هو نتيجة ارتدادية لإبطال أو فسخ العقد الأصلي⁵⁰⁵، أو هو نتيجة غير مباشرة للإبطال⁵⁰⁶.

⁵⁰² - قرار محكمة النقض، عدد 70، بتاريخ 1 أبريل 2015، ملف تجاري عدد 2014/1/3/985، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة التجارية، العدد 23، 2015، ص112.

⁵⁰³ - مرجع سابق :

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p380 .

⁵⁰⁴-R.Savatier :«Des effets de la sanction du devoir moral», Thèse Poitiers, 1916, p373.

⁵⁰⁵ -مرجع سابق:

CATALA, N :« La nature juridique du payement», Paris, L.G.D.J., 1960, p314.

⁵⁰⁶-مرجع سابق:

Morgane Reverchone-Billot :«La question litigieuse en matière contractuelle», , Dalloz, 2017, p45.

والجدير بالذكر هنا أن المشرع الفرنسي بمقتضى الأمر رقم 131/2016، المؤرخ في 10 فبراير 2016 المتعلق بتعديل القانون المدني، وإن لم يحدد أساس الرد بشكل صريح فإنه لم يجعل منه نتيجة مباشرة للإبطال أو الفسخ أو الاضمحلال، بل بالعكس من ذلك فقد ربطه بشكل صريح في حالة الإبطال بالأداءات المنفذة حيث نصت المادة 1178 على أن : « الأداءات المنفذة تسمح بالرد في الشروط المقررة في المواد 1352 إلى 1352-9 »، وبذلك يكون هذا المشرع قد نحى في اتجاه تخليص الرد من التبعية المباشرة لانحلال العقود، بحيث لم يعتمد المقترحات المضمنة بالمشاريع الوطنية لإصلاح القانون المدني التي انبثقت عنها التعديلات الموماً إليها أعلاه في نطاق موضوع الرد، والتي كانت تؤسس الرد بشكل مباشر على انحلال العقود، حيث كانت تنص المادة 1162 من مسودة مشروع (Catala) على أنه: « الإبطال والفسخ بأثر رجعي للعقد يرتب بقوة القانون الرد الكامل وعند الاقتضاء المتبادل للمنافع المحصل عليها تنفيذا للعقد»، فاستعمال عبارة بقوة القانون تعني أن هذه القاعدة تشكل مصدر وأساس قانوني مباشر للرد، وإن كان البعض قد ذهب في تفسير معناها بالطبيعة التلقائية للرد⁵⁰⁷، كما أن مسودة مشروع (Terré) لسنة 2009 ذهبت في نفس الاتجاه حين نصت في مادتها 92 بأنه «يرتب بقوة القانون على ابطال العقد الرد الشامل».

ومما يتميز به أساس الرد على النحو المبين أعلاه أنه لا يعد أساساً ذو طبيعة عقدية، فالإبطال أو الفسخ يمنع أن يرتب العقد أي اثر قانوني وأن يشكل سنداً لتقرير الرد، وفي هذا المعنى جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 يونيو 2005 بأنه «يرتب على فسخ عقد البيع زوال العقد وإرجاع الأطراف إلى الحالة السابقة وكأن العقد لم ينشأ، وبالتالي فإن الخلاف حول صفة المكري والمالك المتولدة عن البيع تزول مع زوال هذا العقد». لهذا فالرد يستمد وجوده من الأداءات المنفذة وليس مما كان يقتضيه العقد الذي تقرر انحلاله، فالأداءات المنفذة لم تعد التزامات عقدية بل وقائع يجب التعاطي معها بهذا الوصف. كما أنه بخلاف ما يذهب إليه بعض الفقه في وصف الرد بأنه عقد تبادلي معكوس⁵⁰⁸، يقتضي توافق

⁵⁰⁷ -مرجع سابق:

Yves-Maria Serinet «Restitutions après anéantissement du contrat», in avant projet de réforme, 2005, p45.

⁵⁰⁸ - مرجع سابق:

J. CARBONNIER« Droit civil, T. II, Les biens, les obligations», PUF, coll. Droit fondamental, 2004., n°1022.

الأطراف على الرد، بمعنى أن كل طرف ملزم بإعادة ما تحصل عليه من الطرف الآخر ما دام هذا الأخير وافق على رد ما تلقاه، فإن أساس الرد الذي هو تنفيذ لعقد تقرر إبطاله أو فسخه لا يعد تصرفاً قانونياً بل واقعة قانونية تتمثل في تنفيذ أداء معين بخلاف أساس الإبطال الذي هو خرق قاعدة قانونية⁵⁰⁹.

ومن جهة أخرى فإن هذا الأساس يتميز بكونه ذو طبيعة قانونية لأنه اثر قانوني لانقضاء وانحلال التصرفات القانونية، يدخل في زمرة الآثار القانونية للإبطال والفسخ كما يتم تناولها في المؤلفات الفقهية للنظرية العامة للالتزام، إلا أنه لا يترتب بشكل تلقائي عن الإبطال أو الفسخ وإنما فقط في حالة وجود تنفيذ لأداء معين، وعلى هذا النحو يصبح الرد والإبطال والفسخ جزاءات تكاملية أي يكمل بعضها البعض من أجل تحقيق نوع من الإشباع أو الرضا للمدعي، ولكن دون الوصول إلى حد الاندماج، فتكثيف الإبطال والرد بالجزاءات التكاملية يستوجب وجود جزائين مختلفين وليس جزاء واحد⁵¹⁰، فطبيعتهما مختلفة، فقد تكون هناك دعوى إبطال بدون رد خاصة في حالة عدم وجود تنفيذ كلي أو جزئي، لهذا فسبب الإبطال هو وجود عيب في تكوين العقد وسبب الفسخ هو الإخلال بتنفيذ العقد بينما سبب الرد وأساسه القانوني هو الأداء المنفذ بمقتضى عقد تقرر فسخه أو إبطاله، كما أن الغاية من الإبطال والفسخ هو إنهاء العقد والغاء آثاره القانونية، في حين أن الغاية من الرد هي إرجاع الحالة المادية للأطراف إلى ما كانت عليه والتي تتجلى في استعادة الأداءات المنفذة. فهذا التحليل يدحض النظرية التي تقول بأن «دعوى الإبطال تشمل الرد... الرد الناتج عن الإبطال لا يعدو أن يكون سوى نتيجة للإبطال التي تمحو ليس فقط الآثار القانونية للعقد المشوب بعيب ولكن كذلك آثاره المادية»⁵¹¹.

ومما يتميز به هذا الأساس كذلك أنه أساس موضوعي لهذا فالخطأ و حسن أو سوء نية الأطراف لا أثر له على الرد، وفي هذا المعنى ورد في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر

⁵⁰⁹ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p391 .

⁵¹⁰ - مرجع سابق:

Morgane Reverchone-Billot : «La question litigieuse en matière contractuelle», , Dalloz, 2017, p53.

⁵¹¹-مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p392 .

بتاريخ 8 يونيو 1983 بأن حسن نية المؤمن له لا يمنع صندوق التأمين من استعادة المبالغ المحصل عليها دون موجب⁵¹²، فسلوك الأطراف لا يمكنه ان يحول امام امكانية الرد العيني أو عند الاقتضاء الرد بالقيمة للأداءات المنفذة بموجب عقد تقرر انحلاله، ولعل هذه الميزة تجعل هذا الأساس أكثر ملاءمة للرد مقارنة بالأسس المستقلة كدفع غير المستحق ولإثراء بلا سبب، ففي دفع غير المستحق فخطأ المعطي يحول دون إمكانية الحصول على الرد أو على الأقل التخفيض منه، وبالنسبة للإثراء بلا سبب فخطأ المفتقر يحول دون امكانية الرد.

وهذا في الحقيقة يجعل هذا الأساس مناسباً لنظام الرد في القانون المدني الفرنسي الجديد المضمن في المواد 1352 إلى 1352-9، إذ انه لم يشر إلى مسألة حسن أو سوء النية إلا فيما يتعلق بتوابع الرد كالثمار والتعويضات الناتجة عن التعيب⁵¹³. كما أن هذه النصوص لم تجعل من الخطأ سبب يحول دون امكانية الرد.

وترتيباً على ما سبق يمكن القول أن مناط الرد هو واقعة الأداء المنفذ بمقتضى عقد تقرر إبطاله أو فسخه، وبالتالي يجب أن يكون هذا الأداء هو المعتبر كأساس للرد يدور معه وجودا وعدما، وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 25 نونبر 2020، والذي جاء فيه «لإرجاع حالة الأطراف إلى الوضعية السابقة لعقد شركة فلاحية تقرر ابطاله فالمعتبر هنا فقط الأداءات المقدمة تنفيذا للعقد»⁵¹⁴.

ومما يجب الإشارة إليه هنا أن هذا الأساس يشمل جميع أنواع الالتزامات التي تتضمن تنفيذ أداء معين، بخلاف كل من دفع غير المستحق الذي يتعلق فقط بالالتزامات بإعطاء شيء، والإثراء بلا سبب الذي يقتصر على الالتزامات التي تتضمن القيام بعمل، كما انه إذا تم تأسيس الرد الناتج عن انحلال العقود على الأثر الرجعي فإن تطبيقه لن يشمل العقود المستمرة أو بصفة أكثر دقة الالتزامات بالقيام بعمل⁵¹⁵.

⁵¹²- Cour de Cassation, Soc. 8 juin 1983 : Bull. civ. V, n° 310 ; RTD civ. 1985. 168, obs. Mestre.

⁵¹³ - مرجع سابق:

Pascale Guimard et autres : «Code Civil Annoté», Dalloz, 122^e édition, 2023, p4920.

⁵¹⁴- Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 25 Nov 2020, n° 18-24.769 P, In Code Civil Annoté, 2023, p4921.

⁵¹⁵ - مرجع سابق:

CATALA, N : « La nature juridique du payement », Paris, L.G.D.J., 1960, p223.

أما بخصوص الالتزامات التي تتضمن امتناعا عن عمل، فيتربط على إعمال هذا الأساس استبعاد الرد، لكونه يقوم على فكرة تنفيذ أداء باعتباره فعل إيجابي، وهذا الرأي ينسجم مع مقتضيات الفصل 262 من ق.ل.ع المغربي الذي جاء فيه « إذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل، أصبح المدين ملتزما بالتعويض بمجرد حصول الإخلال. وزيادة على ذلك يسوغ للدائن الحصول على الإذن في أن يزيل على نفقة المدين ما يكون قد وقع مخالفا للالتزام».

ويبدو هنا كذلك أن هذا الأساس أكثر انسجاما مع القانون المدني الفرنسي في صيغته الأخيرة من خلال المواد 1352 إلى 1352-9 المتعلقة بنظام الرد، الذي أعتمد في وضع أحكام الرد من حيث النطاق والتقدير بناء على طبيعة الأداءات وبغض النظر عن مصدر الرد سواء كان دفع غير المستحق أو ابطال أو فسخ أو اضمحلال، فميز بين الرد المتعلق بالأشياء من غير المبالغ المالية وأخضعه لمقتضيات المواد من 1352 إلى 1352-5، والرد المتعلق بالمبالغ المالية ونظمه في المادة 1352-6، ثم تناول رد الخدمات في المادة 1352-8.

كما أن تأسيس الرد على الأداءات المنفذة بموجب عقد تقرر فسخه أو إبطاله يقتضي أن يكون المدعي في دعوى الرد هو مقدم الأداء بغض النظر عن كونه مالك أم لا، بحيث لا يمكن للطرف الآخر التمسك بهذا الدفع لتعطيل الرد، على اعتبار أن الرد هو حق شخصي وأن دعوى الرد هي دعوى شخصية⁵¹⁶. كما أن المدعي يجب أن يكون هو المستفيد من الأداء وفي هذا المعنى ورد في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية الغرفة التجارية أن اجازت للمقرض الذي قام بتحويل مبلغ القرض للبائع نيابة عن المشتري تنفيذا لعقد قرض تقرر إبطاله بحق مطالبة البائع رأسا برد مبلغ القرض على اعتبار أنه المستفيد من الأداء⁵¹⁷.

⁵¹⁶ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p402 .

⁵¹⁷ - Cour de cassation, com. 13 Nov 1984, G.P, 1985.1.Pan.112.

الفقرة الثانية: انعكاس الأساس القانوني المباشر للرد على تقدير إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه

إن نظام الرد الناجم عن الإبطال أو الفسخ في فرنسا قبل تعديلات سنة 2016، قد صاغه القضاء بناء على مقتضيات المادة 1184 من القانون المدني⁵¹⁸، فأنحلال العقد يولد الالتزام بالرد من أجل إعادة الوضع السابق للأطراف⁵¹⁹. على أن هذا القضاء ومعه الفقه لم يحدد بدقة مضمون الوضع السابق. فلم يكن موضوع تحليل فقهي حقيقي ومعقد، وذلك لسبب بسيط، أن الفقه لا يميز عادة بين الإبطال أو الفسخ والرد، ولكن مع ذلك يبقى تحديد هذا الأساس مسألة حاسمة في ضبط مفهوم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من حيث وقت تقديرها.

وترتيباً على ذلك كان تحديد مضمون إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه يختلف باختلاف الأساس القانوني المعتمد، لهذا إذا تم تأسيس الرد الناتج عن انقضاء العقود على فكرة الإبطال نفسها وأثرها الرجعي فالنتيجة أنه يجب إرجاع الذمة المالية للأطراف إلى الوضعية التي كان من المفترض أن تكون عليها وكأن العقد لم يتم إبرامه، وعليه فالمنطق يقتضي تقدير حالة الشيء بالنسب للرد العيني أو مبلغه بالنسبة للرد بالقيمة وقت إبرام العقد.

لكن إذا تأسس الرد على الإثراء بلا سبب فيجب إرجاع الأطراف إلى الحالة السابقة للإثراء والافتقار المتقابلين، وقد اعتمدت محكمة النقض الفرنسية بهذا الخصوص وقتين في التقدير، حيث لجأت في البداية إلى اعتبار تاريخ التقدير هو يوم رفع الدعوى حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 18 يناير 1960 أن تقدير التعويض بالنسبة للإثراء والافتقار يحسب من تاريخ المطالبة القضائية⁵²⁰، بحيث يتطابق هذا الموقف مع مقتضيات المادة 1312 من القانون المدني الفرنسي بخصوص حالة التزام القاصر بالرد وهو تطبيق استثنائي لأنه لا يروم

⁵¹⁸-Cour de Cassation. 1ère civ. 29 janv. 2002 n°99-18.680, RTD civ. 2003 p. 501 obs. J. Mestre et B. Fages ; Cour de Cassation. 3ème civ. 2 oct. 2002 n°01-02.924, RTD civ. 2003 p. 284 obs. J. Mestre et B. Fages ; Cour de Cassation. 1ère civ. 15 mai 2001 n°99-20.597 Bull. n°133, RTD civ. 2001 p. 699 note N. Molfessis ; Cour de Cassation. 3ème civ. 22 juin 2005 n°03-18.624 Bull. n°143 ; Cour de Cassation. 3ème civ. 24 mai 2000 n°98-15.499 Bull. n°115, LPA 2002 n°64 p. 16 obs. D. Martin.

⁵¹⁹ - مرجع سابق:

Vanessa Frasson : « Les clauses de fin de contrat », Thèse, p352.

⁵²⁰ - Cour de Cassation. 1ère civ. 18 janv. 1960, J.C.P, 1961, II, 11994, Goré.

إلى الرد الشامل، وبعد ذلك تراجعت محكمة النقض على هذا الموقف بتقدير تاريخ الرد يوم النطق بالحكم وذلك في محاولة منها للتقريب بين الإثراء والتعويض.

أما إذا تم تأسيس الرد الناتج عن الفسخ أو الإبطال على دفع غير المستحق، فالوحيد الذي قد يكون ملزماً بالرد الكلي مع الثمار والفوائد هو الموفى له سبب النية، ويحسب هذا الرد من تاريخ الدفع أو التسليم، في حين بالنسبة للموفى له حسن النية فتحسب قيمة الرد من تاريخ رفع الدعوى.

وفي المقابل إذا كان أساس الرد هو تنفيذ أداء بموجب عقد تقرر إبطاله أو فسخه، فإن التحديد الدقيق لمضمون الوضع السابق هو إرجاع كل طرف إلى الوضعية التي كان سيكون عليها وكأن الأداء لم ينفذ، وليس تسكينه في الوضعية التي كان عليها قبل التنفيذ حيث سيم هنا إغفال المدة الزمنية المنصرمة منذ ذلك الحين، ولهذا التدقيق النظري نتائج مهمة على الرد سواء من حيث وقت تقدير الرد أو من حيث نطاقه.

فيعد التاريخ الذي يجب أن يعتمد عليه القضاء لتحديد قيمة الرد مسألة حاسمة في بيان مضمون إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه خاصة في حالة الرد بالقيمة، فبناء على التاريخ المعتمد يختلف مبلغ الرد بالزيادة أو النقصان، وفي هذا الإطار تبني القضاء و الفقه مجموعة من النظم كان لها وقع كبير على وحدة الرد في حد ذاته⁵²¹.

فقد ذهبت بعض الأحكام القضائية إلى اعتماد نظام رد قيمة الشيء يوم البيع وعلى الحالة التي كان عليها، وهذا النظام هو في الحقيقة تكريس منطقي لتعريف إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد نتيجة الأثر الرجعي الذي يفترض أن العقد الباطل لم يوجد ولم يترتب أي أثر في الماضي⁵²²، ومن القرارات القضائية التي تبنت هذا النظام ما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 19 مارس 1996 بأن « الرد لا يمكن أن يشمل إلا السعر الاسمي للعملة المؤداة يوم البيع وليس قيمة الأسهم التي قدرتها الخبرة»⁵²³، ولهذا إذا تعرض الشيء للضياع فيجب اعتماد قيمة الشيء يوم البيع، فقد جاء في قرار محكمة النقض

⁵²¹ - مرجع سابق:

Frédéric Rouvière: « L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution » RTDciv, 2009, p620.

⁵²²- GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p455.

⁵²³- Cour de cassation , Civ. 1ère 19 mars 1996, N°94-12.760 P : RTD civ. 1996. 907, obs. Mestre.

الفرنسية بأن «استرداد قيمة الشيء تكون مساوية لقيمته الفعلية يوم البيع وليس بناء على الثمن المتفق عليه في العقد»⁵²⁴، وفي هذا المعنى ورد في قرار آخر بأن «إبطال عقد تفويت أسهم يمنح البائع الذي تعذر عليه الرد العيني الحق في الحصول على قيمتها يوم إبرام التصرف»⁵²⁵.

فهذا النظام يتجاهل الوقت المنقضي بين إبرام العقد والحكم بالإبطال، وبالتالي فلا يمكن اعتماده في حالة تعيب الشيء خلال هذه الفترة، كما أنه لا يصلح بالنسبة لظاهرة تدهور قيمة العملة⁵²⁶.

وفي المقابل هناك اتجاه آخر اعتمد نظام رد قيمة الشيء يوم الرد وفي الحالة التي هو عليها في ذلك اليوم⁵²⁷، ومما يمكن مآخذته على هذا النظام أن تدهور وتعيب الشيء يبقى دائما على عاتق البائع، ولهذا فقد استبعدته محكمة النقض الفرنسية في بعض قراراتها⁵²⁸.

وفي نفس السياق فقد اقترح الأستاذ (Maurice) نظاما للتقييم بناء على مفهوم الدين بالقيمة، على أساس تقدير قيمة الشيء يوم الرد في الحالة التي كان عليها في تاريخ البيع⁵²⁹، الذي يمكن من التغلب على سلبيات والعيوب الناتجة بالنسبة للبائع عن انخفاض قيمة العملة وتعيب الشيء، كما أنه يحقق إرجاع حالة عادلة للبائع، وفي هذا السياق ورد في قرار قديم لمحكمة النقض الفرنسية أن «الرد لا يقتصر فقط على قيمة الشيء يوم البيع، ولكن كذلك الزيادة في القيمة المتحصل عليها يوم الرد، هذين العنصرين يشكلان التمثيل الدقيق للشيء الذي أضى رده عينا مستحيل»⁵³⁰.

⁵²⁴ - Cour de cassation , Civ. 1ère 8 mars 2005, n°02-11.549, Bull. I, n°128.

⁵²⁵ - Cour de cassation, CHAMBRE Com. 14 juin 2005, Bull. IV, n°130.

⁵²⁶ - مرجع سابق:

Frédéric Rouvière: «L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution» RTDciv, 2009, p626.

⁵²⁷ - مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p263.

⁵²⁸ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p456

⁵²⁹ - مرجع سابق

Ph.Malaurie: «Le droit civil des restitutions», Cours 1974-1975, p185.

⁵³⁰ - قرار 20 يوليو 1852 رقم 689 أورده:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p456 .

ويبدو أن هذا النظام الذي يقوم على فكرة الدين بالقيمة هو الأقرب إلى ملازمة فكرة إعادة كل طرف إلى الوضعية التي كان سيكون عليها وكأن الأداء موضوع العقد الذي تقررته إبطاله لم ينفذ، وذلك من خلال تقدير قيمة الشيء يوم الرد واحتسابها من تاريخ التسليم⁵³¹، وبهذا يمكن احتساب الفوائد القانونية في حالة رد الأموال من تاريخ التسليم، ورد الثمار من تاريخ تنفيذ الأداء، ونفس الأمر بالنسبة لاحتساب التعويض عن التعيب بغض النظر عن حسن أو سوء نية الملمزم بالرد. هذه الطريقة تمكن من تجاوز العيوب التي تثيرها أنظمة التقييم الأخرى بالنسبة للأطراف بعد الفسخ أو الإبطال⁵³². وقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن اعتمدت هذه الطريقة عندما قررت الزام المشتري برد القيمة الحقيقية للشيء يوم التسليم⁵³³، كما ورد صراحة في قرارها الصادر بتاريخ 24 يونيو 2005 بأن «الأداءات تقدر من تاريخ تنفيذها»⁵³⁴.

ويبدو أن هذا النظام في نظر الكثيرين الأكثر توازناً⁵³⁵، يتعلق الأمر بقيمة الشيء يوم الرد وبحالته يوم تنفيذ الأداء، ففي سياق العقد، يتحمل الملمزم بالرد مسؤولية التآكل وانخفاض قيمة العملة بينما يتحمل الدائن نتائج قدم الشيء، إنه حل مغري يؤدي إلى توزيع مخاطر مرور الوقت بين الأداء الأولي والرد، فمثلاً في حالة إبطال عقد بيع عقار قام المشتري بإعادة بيعه حيث يكون ملزم والحالة هذه بالرد بمقابل، فيدخل في الاعتبار هنا قيمة العقار يوم التسليم والقيمة التي أضحى عليها وقت الرد، وهنا قد تكون القيمة الحالية أعلى من قيمتها الأصلية، لهذا عن طريق المقاصة مع مبلغ البيع يحصل على مقابل الزيادة في القيمة منذ الأداء الأصلي.

والجدير بالذكر أن القانون المدني لمقاطعة الكبك قد تبني هذا النظام عندما نص في مادته 1700 على ما يلي «رد الأداءات يكون بشكل عيني، إذا تعذر ذلك بفعل استحالة أو

⁵³¹ - نفس المرجع: ص387.

⁵³² - مرجع سابق:

Annie Bousiges «Les restitution après annulation ou résolution d'un contrat», thèse Poitiers, 1982, p341.

⁵³³ - Cour de cassation, Civ. 1ère 12 Décembre 1979, J.C.P. 1980. II, 19464.

⁵³⁴ - Cour de cassation , Civ. 3ère 24 juin 2005, n°08-12.251, In Code Civil Annoté», Dalloz, 122^e édition, 2023, p4927.

⁵³⁵ - مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p263.

صعوبة جادة فيكون بمقابل. يتم تقدير هذا المقابل في الوقت الذي تسلم فيه المدين الشيء الذي يقتضي رده».

أما القانون المدني الفرنسي فقد أورد نظامين مختلفين لتقدير تاريخ الرد بحسب نوع الأداء، فاعتمد بالنسبة لرد الأشياء من غير النقود تاريخ الرد نفسه، بحيث نصت المادة 1352 على ما يلي: «يكون رد الأشياء من غير المبالغ المالية عيناً، وفي حالة استحالة ذلك يكون الرد بالقيمة تقدر يوم الرد»، أما بخصوص الأداءات المتعلقة بالخدمات فيكون تاريخ تقدير الرد هو يوم الحصول على الخدمة، فقد جاء في المادة 8-1352 على أنه «يتم رد الأداءات المتعلقة بالخدمة بالقيمة، يتم تقديرها من تاريخ تقديمها».

وقد انتقد بعض الفقه⁵³⁶ هذا التوجه الجديد للمشرع الفرنسي الذي خالف به ما جرى به العمل لدى محكمة النقض الفرنسية منذ سنة 2005 التي كانت تعتمد في تقدير الرد تاريخ إبرام العقد⁵³⁷، ومن بين المؤاخذات على هذا النظام خاصة في الجانب المتعلق برد الأشياء من غير النقود، أن تقدير الرد في يوم تقريره قد لا يكون في مصلحة الملزم بالرد في حالة التضخم، وفي المقابل قد يصب في مصلحته عند انخفاض قيمة الشيء بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ الرد، كما ذهب الأستاذ (Marc Mignot) في سياق تعليقه على المادة 1352 من القانون المدني إلى القول «تطبيق هذا الأمر قد يكون صعباً من الناحية العملية، حيث يتعين على القاضي تقدير قيمة الشيء يوم الرد، فسيكون عليه أن يتصور المستقبل عندما يقرر الحكم بالرد، لهذا فالقاضي من الصعب عليه التنبؤ بارتفاع قيمة الشيء وأنه كذلك لن يستطيع أن يعلم على وجه اليقين تاريخ الرد فقد يحدد هذا التاريخ ولكن دون وجود ضمانات تفيد الالتزام به»⁵³⁸.

وعلى صعيد القانون الألماني فلم يحدد تاريخ لتقدير الرد، وهذا لا يعد اغفالا من جانب المشرع بل هو أمر مقصود ترك فيه للقضاء سلطة تقديرية بحسب حالات الرد، فبالنسبة لبناء العقارات فقيمتها تحدد عند انتهاء الأشغال، وفي حالة بيع الشيء موضوع الرد فتاريخ

⁵³⁶ -مرجع سابق:

Clément François :«La réforme du droit des contrats», in (www.iej.paris1.fr).

⁵³⁷ - Cour de cassation , Civ. 3ère 14 juin 2005, n°03-12.339, JurisData, n°2005-028950.

⁵³⁸ - مرجع سابق:

Marc.Mignot :« Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », gazette du palais n°096, mai 2016, p.6s.

التقدير هو يوم البيع على اعتبار أنه من هذا التاريخ يتحول الرد من رد عيني إلى رد بالقيمة بغض النظر عن حسن أو سوء نية الشخص الملزم بالرد⁵³⁹.

وعلى مستوى القانون المغربي، فإنه تناول مسألة تحديد تاريخ تقدير الرد في الفصول 101 إلى 104 من قانون الالتزامات والعقود، في ظل القواعد المتعلقة بحيازة العقارات والمنقولات، بحيث ميز في احتساب هذا التاريخ بين الحائز سيء النية والحائز حسن النية، فتناول في الفصلين 101 و102 حالة الحائز سيء النية فاعتبر تاريخ وصول الشيء إليه هو تاريخ تقدير كل من قيمة الشيء والثمار المدنية والطبيعية، حيث نص الفصل 102 على ما يلي: «الحائز للشيء عن سوء نية ضامن له. فإذا لم يستطع إحضار الشيء أو لحق هذا الشيء عيب ولو بحادث فجائي أو قوة قاهرة، لزمه دفع قيمته مقدرة في يوم وصوله إليه. وإذا كان الشيء من المثليات لزمه رد مقدار يعادله». أما بخصوص الحائز حسن النية فقد جاء في الفصل 103 من ق.ل.ع ما يلي: «الحائز عن حسن نية يملك الثمار، ولا يلزم إلا برد ما يكون منها موجودا في تاريخ رفع الدعوى عليه برد الشيء، وما يجنيه منها بعد ذلك»، ومن التطبيقات القضائية لهذا الفصل ما جاء في قرار محكمة النقض المغربية بأنه «إن المحكمة إنما اعتمدت في قضائها على الفصل 103 من قانون الالتزامات والعقود الواجب التطبيق، واعتبارا منها لحسن نية الطاعنين، لم تقض عليهم بالتعويض إلا من تاريخ إقامة دعوى افراغهم من العقار، مما كان معه القرار معللا تعليلا سليما وكافيا، وما أثير غير ذي اعتبار»⁵⁴⁰.

والجدير بالذكر هنا أن هذا النظام في تقدير قيمة الشيء من تاريخ التنفيذ أو تاريخ التسليم بحسب حسن أو سوء نية الملزم بالرد، هو نفسه المعتمد في الرد الناتج عن أشباه العقود وفق ما ينص عليه الفصلين 75 و76 من قانون الالتزامات والعقود.

وترتيبا على ما سبق فالطرف الذي بادر إلى تقديم الأداء بموجب العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه له الحق في استعادة ما قدمه أو مقابله بالقيمة من أجل إرجاعه إلى الحالة التي كان سيكون عليها يوم الرد وكأنه لم ينفذ هذا الأداء، وهو التاريخ الأنسب لتقدير قيمة الشيء موضوع الرد لكونه يخلق نوع من التوازن بين الأطراف ويساهم في تنزيل فكرة إرجاع الحالة إلى

⁵³⁹ -مرجع سابق:

Heinzmann Lisa : «L'étendue des restitutions en droit français et allemand», p324.

⁵⁴⁰ - قرار محكمة النقض بتاريخ 18 يناير 2022، عدد 40، ملف 2019/2/1/4636 منشور على المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض - juriscassation.cspj.ma -.

ما كانت وفق الأساس الذي يعتمد الأداء المنفذ كمناط للرد، بحيث يشمل الأداء الأصلي والأحداث والظروف اللاحقة لتسليمه إلى تاريخ الرد.

المطلب الثاني: الأساس المباشر واثره في التمييز بين الرد وأسباب انقضاء وانحلال التصرفات.

بناء على مبدأ الرد الكامل أو الكلي للأداء المنفذ، فالطرف الذي بادر إلى تقديم الأداء بموجب العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه له الحق في استعادة ما قدمه أو مقابله بالقيمة من أجل إرجاعه إلى الحالة التي كان سيكون عليها يوم الرد وكأنه لم ينفذ هذا الأداء.

لهذا فأساس الرد باعتباره اثر قانوني هو واقعة الأداء المنفذ بمقتضى العقد المنحل أو المنقضى، وليس الإبطال أو الفسخ في حد ذاتهما كما يذهب الكثيرون في تفسير النصوص القانونية والعمل القضائي في الموضوع بناء على فكرة الأثر الرجعي⁵⁴¹.

ويتفرع عن اقرار هذا الأساس على النحو المتقدم ضرورة تمييز الرد عن أسباب انقضاء أو زوال العقود سواء كمفاهيم قانونية أو كدعاوى قضائية، مع الاكتفاء في هذه المقارنة بمؤسسة الإبطال كنموذج، مراعاة لكونها الأكثر اثارة للجدل على المستوى الفقهي والقضائي، واعتبارا لعدم وجود نص صريح ينظم الرد المتولد عن الفسخ في القانون المغربي أو حتى في ظل القوانين المقارنة كالقانون المدني الفرنسي في صيغته القديمة قبل تعديلات سنة 2016، والقانون المدني الإسباني⁵⁴²، فالقضاء يكتفي في هذه الدول صراحة أو ضمنا بتمديد تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالإبطال على الفسخ (الفقرة الأولى).

وعلاوة على ذلك، فإن هذا التمييز بين الرد والإبطال من شأنه توضيح طبيعة الأثر الرجعي من الناحية التقنية كمرادف لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه واستبعاد المنظور التقليدي الذي يقوم على جعله افتراض أو حيلة قانونية (الفقرة الثانية).

⁵⁴¹ - مرجع سابق:

Yves-Maria Serinet « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français ». Études de droit comparé, Bruxelles, Paris, Bruylant-LGDJ, 2001, p591.

⁵⁴² - مرجع سابق:

ANTONIO ISMAEL Rmz ARRANZ : « Frutos en la restitución contractual y normas posesorias », p307.

الفقرة الأولى: الجوانب الموضوعية والمسطرية للتمييز بين الرد والإبطال.

ليس من شك في وجود علاقة جدلية بين الإبطال والرد المتولد عنه، على الأقل باعتبار الأول مصدراً مولداً للثاني، إلا أن النظر لهذه العلاقة من زاوية الأساس القانوني، تؤكد وجود اختلافات جوهرية تفرضها الطبيعة المتميزة لكل من الرد والإبطال على مستوى المضمون والأهداف (أولاً) تبرر اتجاهات معينة في القضاء المغربي والمقارن نحو التمييز بينهما من الناحية الإجرائية (ثانياً).

أولاً: الاختلاف بين إرجاع الحالة عن طريق الرد والإبطال من حيث الأساس والموضوع.

حظي الأساس القانوني للإبطال عند فقهاء القانون المدني بعد أطروحة⁵⁴³ (René Japiot) باهتمام كبير، حيث دافعوا على فكرة أن أساس الإبطال يكمن في عدم المشروعية التي تعني خرق قاعدة قانونية تروم حماية الحقوق والمصالح، والمشروعية هي مفهوم موضوعي صرف لا يختلط مع الخطأ و الضرر، ويقصد بها في نطاق الإبطال خرق القانون، وبشكل أكثر دقة الاعتداء على قاعدة أمر تنظم إبرام العقود.

وهكذا جعلوا من الإبطال جزاء الاعتداء على القانون المنظم لإنشاء التصرفات القانونية، الغاية منه استعادة المشروعية المنتهكة عن طريق إزالة الوضعية غير القانونية المتولدة عن إبرام عقد يشوبه عيب، وهي لا تحتاج إلى اثبات الخطأ أو الضرر، وهذا هو منطق الأساس الموضوعي، وفي هذا المعنى جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية في تمييزه بين الإبطال والمسؤولية «بفعل زوال العقد بأثر رجعي بعد ابطال عقد البيع، فمسؤولية أحد الأطراف لا يمكن تقريرها إلا على أساس الجرائم واشباه الجرائم»⁵⁴⁴. بينما الرد الناتج عن الإبطال يجد أساسه في تنفيذ أداء بموجب عقد مشوب بعيب تقرر ابطاله، وهو بدوره جزاء مستقل عن الإبطال يروم تصحيح الوضعية المادية للأطراف الناتجة عن تنفيذ عقد تقرر ابطاله⁵⁴⁵، وهذا هو كنه إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وهو أساس موضوعي كذلك يفترض فيه عدم التأثير بالظروف والاعتبارات الشخصية من قبيل الخطأ أو الضرر أو سوء وحسن نية الأطراف،

⁵⁴³- René Japiot :« Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle», thèse de doctorat, Droit, Dijon; Paris, 1909.

⁵⁴⁴ - Cour de cassation , Civ. 3^{re} 18 mai 2011, n o 10-11.721 P, In Code Civil Annoté», Dalloz, 122^e édition, 2023, p3699.

⁵⁴⁵- مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois »p63.

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في مجموعة قراراتها، من بينها قرارها الصادر بتاريخ 10 يونيو 2002، حيث جاء فيه: «رد الثمن بعد ابطال عقد البيع لا يعد ضررا، ولهذا يبقى للمشتري الحق في مطالبة البائع مباشرة بهذا الثمن المدفوع»⁵⁴⁶.

وعلى هذا النحو وبغض النظر عن كون أساس الرد والإبطال لهما طبيعة موضوعية، إلا أن الفرق شاسع بينهما انطلاقا من أن الإبطال يستند إلى فكرة خرق القانون وهي مسألة قانون في حين أن الرد يستند إلى مسألة واقع تجد مصدرها في واقعة تنفيذ أداء بموجب عقد تقرر ابطاله.

ومن جهة أخرى يتجلى الاختلاف بين الرد والإبطال كذلك وبشكل واضح من حيث الموضوع أو الأهداف المتواخاة من كل واحد منهما، فالإبطال وفق النظرية الحديثة التي صاغها (Japiot René) في أطروحته لا يهدف مهاجمة التصرف في حد ذاته كما كان يعتقد الفقه التقليدي الذي يعتبره حالة من عدم الوجود، وإنما هو جزاء قانوني يتصدى لنتائج التصرف، حيث يقول في أطروحته بأن «الإبطال لا يهدف إزالة عقد مشوب بعيب التصرف، فالعقد كما هو لا يمكننا أبدا انكار وجوده إلا عن طريق الخيال، ما يمكن للقاضي القيام به في هذا الصدد هو معاينة عنصر معين يكشف عدم استيفاء المقتضيات القانونية وعدم القدرة على ترتيب آثار بمقتضى القانون، وبهذا فالقاضي يحكم بإبطال الآثار الظاهرة وبالتالي إعادة الوضعية إلى حالتها»⁵⁴⁷.

وعلى الرغم من صحة هذه النظرية فإنها قد أخفقت في بيان آثار الإبطال، بحيث تميزت بنوع من التعميم، من هنا فقد قيل أن العقد الباطل لا يرتب أي أثر، ولكن من غير التدليل على ماهية هذه الآثار على وجه التحديد، وترتب على ذلك بأن تم اعتبارها تشمل الآثار القانونية والمادية، وهذا هو سبب الخلط بين الإبطال و الرد، وسبب جنوح الكثيرين إلى تأسيس الرد مباشرة على الإبطال.

لهذا جزاء الإبطال يتمحور بدقة حول إزالة الآثار القانونية للتصرف، ويقصد به منع التصرف من إنشاء الالتزامات وتنفيذه، فالتصرف باعتباره إتجاه إرادة إلى أحداث اثر قانوني

⁵⁴⁶- Cour de cassation Civ. 1^{re}, 10 juill. 2002 , RCA 2002, n° 338.

⁵⁴⁷ - مرجع سابق:

René Japiot :« Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle», thèse, p297.

فإنه في حالة كون هذا التصرف مشوب بعيب فالإبطال يحو هذه الإرادة المنشئة للالتزام⁵⁴⁸، ويؤدي بالتالي إلى إعادة المشروعية.

أما الرد فهو جزء يروم إزالة الآثار المادية للتصرف الذي تقرر إبطاله، الناتجة عن واقعة تنفيذ عقد مشوب بعيب، ويترتب عنه استعادة الأداءات المنفذة وارجاع الأطراف الى الحالة السابقة وكأن هذا التنفيذ لم يحصل.

وهذا ما يمكن استنتاجه من بنية المقتضيات المنظمة للإبطال في القانون المدني الفرنسي التي تميز بشكل صريح بين آثار الإبطال وآثار الرد، فالمادة 1178 عندما تتحدث عن الإبطال وآثاره القانونية تشير إلى أن العقد الباطل يعتبر غير موجود، بينما بالنسبة للآثار المادية فإنها تقرر أن الأداءات المنفذة تقتضي الرد.

وترتيباً على ما سبق يمكن القول أن مجال الإبطال هو الجانب القانوني من العقد يمنع نشوء الالتزامات وتنفيذها، بينما مجال الرد هو الوقائع التي تولدت عن عقد تقرر إبطاله الناشئة عن تنفيذ الأداءات خلال الفترة الفاصلة بين الإبرام وتقرير الإبطال، ولهذا فإنه في الحالة التي يقوم فيها القضاء مثلاً بإبطال عقد كراء وفي نفس الوقت احتساب التعويض عن الاستغلال على أساس آخر أجره للكرء⁵⁴⁹، يكون ذلك بمثابة تنفيذ غير مباشر لعقد تقرر إبطاله، مما يعد تناقضاً بين القانون والواقع، فالعقد باطل من الوجهة القانونية ومنفذ من الناحية الواقعية، ويجد هذا التناقض جذوره في نظر الفقه في كون الإبطال ليس قوياً بما يكفي لمحو الوقائع⁵⁵⁰، فهو لا يمكنه بأي حال من الأحوال إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، فهذا مجال خارج عن نطاقه الوظيفي.

وقد كان من نتائج التمييز بين إرجاع الحالة بواسطة الرد والإبطال من حيث المضمون والغاية في نسق تقرير أساس قانوني متميز بناء على واقعة الأداء المنفذ، بروز تيار فقهي

⁵⁴⁸- Mohamed Barry : «La théorie des nullités dans la doctrine après le Code civil», Thèse de doctorat, Université Lyon III, Jean Moulin, 2013, p203.

⁵⁴⁹- Cour de cassation, ch. mixte, 9 nov. 2007, n o 06-19.508 P , BICC 15 févr. 2008, rapp. Lacabarats et avis Domingo.

⁵⁵⁰ -مرجع سابق:

Frédéric Rouvière: « L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution» RTD civ, 2009, p625.

وقضائي يؤكد هذا الاختلاف على المستوى الإجرائي من حيث طبيعة كل دعوى على حدة ومن حيث بعض الأحكام الإجرائية.

ثانيا: الاختلاف بين إرجاع الحالة عن طريق الرد والإبطال من حيث القواعد المسطرية.

ترتب على القصور في معرفة الأساس القانوني لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد أن سهل تأصيلها على الإبطال مباشرة بكل ما يترتب على هذا التشبيه من تبعات وآثار حتى من الناحية المسطرية، فكانت جاذبية النسج على منوال الإبطال سببا حافزا للفقهاء إلى المطالبة باجترار الأحكام المسطرية وتطبيقها على إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، حيث ذهب واضعوا مسودة مشروع Catala لتعديل القانون المدني الفرنسي إلى اقتراح إدماج الجوانب المسطرية لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ضمن القواعد الموضوعية للإبطال، فقد جاء في التقرير الإيضاحي لهذا المشروع بأنه « للإشارة إلى أنه ليس من الضروري التمييز بين نوعين من الدعاوى والمطالبات القضائية موضوع الإبطال والرد لأن هذا الأمر من شأنه التأثير على النظام الإجرائي المطبق»⁵⁵¹، فبالنسبة لهذا الفقه فدعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ليست مستقلة فنظامها مستوعب تماما من خلال دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ⁵⁵².

وقد كان من نتائج هذا التحليل أن تناولت مسودة المشروع المذكورة ثلاثة جوانب لهذا الاستيعاب:

1- من حيث سلطة القاضي للبت بشكل تلقائي في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بعد الإبطال: فقد نصت المادة 4-1162 من هذا المشروع على أنه «يمكن للقاضي الذي ينظر في الإبطال أو الفسخ يمكنه أن يبت في الرد من تلقاء نفسه»، فهذا المقتضى يشمل الحالة التي لم يطلب فيها الأطراف صراحة رد الأداءات المتولدة عن الإبطال، فالرد هنا يعد أثر مباشر لهذا الجزاء⁵⁵³، ومن بين القرارات التي تم إيرادها دعما لهذا القول، قرار محكمة النقض المؤرخ في

⁵⁵¹ مرجع سابق:

Yves-Maria Serinet : «Restitutions après anéantissement du contrat», in avant projet de réforme, 2005, p45.

⁵⁵² مرجع سابق:

Morgane Reverchone-Billot : «La question litigieuse en matière contractuelle», Dalloz, 2017, p50.

⁵⁵³ -مرجع سابق:

Yves-Maria Serinet «Restitutions après anéantissement du contrat», in avant projet de réforme, 2005, p50.

29 يناير 2003، بخصوص دعوى فسخ عقد بيع لم تتضمن أي طلب بخصوص رد الأداءات المتبادلة سواء في المرحلة الابتدائية أو في الاستئناف، إذ جاء فيه «عند فسخ عقد تبادلي لعدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته فيجب إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وكأن الالتزامات الناشئة عن العقد لم توجد في الأصل»⁵⁵⁴، فعلى المستوى الإجرائي فهذا الحل يعني أن دعوى الفسخ كافية لتقرير إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بقوة القانون، فالرد هو جزء من نظام الفسخ ونتيجة طبيعية وتلقائية للحكم به⁵⁵⁵.

2- من حيث تقادم المطالبة بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه: نصت المادة 1-1162 في فقرتها الثانية من مسودة مشروع Catala على أنه «الرد يتقادم في نفس أجل تقادم الإبطال أو الفسخ الذي يتضمنه»، وهذا تكريس لما قرره محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 24 شتنبر 2002، الذي نقضت بموجبه قرار محكمة الاستئناف Rennes التي سبق أن قضت بخصوص دعوى رد مبلغ مالي غير مستحق تلقاه البنك باعتباره فائدة اتفاقية غير منصوص عليه صراحة في العقد، على أساس أن هذه الدعوى ليست دعوى إبطال شرط فائدة تخضع للتقادم الخماسي وإنما هي دعوى دفع غير المستحق تتقادم بمرور عشر سنوات، وقد جاء في قرار محكمة النقض على أنه «تكون محكمة الاستئناف قد خرقت القانون لكون الرد موضوع المنازعة ليس سوى نتيجة لدعوى إبطال بند أو شرط الفائدة التي لا يمكن أن تبدأ إلا في غضون الخمس السنوات من تاريخ العلم بوجود أداء هذه الفائدة»⁵⁵⁶. وعلى هذا النحو تكون محكمة النقض قد أخضعت إرجاع الحالة عن طريق الرد لقواعد تقادم الإبطال، بما في ذلك تاريخ بداية احتساب التقادم فاستبعدت تاريخ نشأة الدين لفائدة تاريخ الذي يصبح الدائن في وضعية تخوله اتخاذ الإجراءات القانونية⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ - Cour de cassation , Civ. 3^{re} 29 Jan 2003, n ° 1-03.185 , JCP2003, II , 10116, note Yves-Maria Serinet .

⁵⁵⁵ - Yves-Maria Serinet :«L'office de juge, la résolution et la restitutions», JCP, 2003, II , 10116.n°4.

⁵⁵⁶ - مرجع سابق:

Cour de Cassation. 1ère civ. 29 janv. 2002 n°99-18.680, RTD civ. 2003 p. 501 obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵⁵⁷ - مرجع سابق:

Morgane Reverchone-Billot :«La question litigieuse en matière contractuelle», , Dalloz, 2017, p51.

3- من حيث انقطاع التقادم، انطلاقاً من أن انقطاع التقادم يؤدي إلى زوال كل أثر للمدة التي مضت منذ بدء التقادم حتى تحقق الانقطاع فتعتبر كأن لم تكن ليبداً تقادم جديد في السريان بعد زوال السبب الذي أدى إلى انقطاع التقادم الأول، فإنه في حالة عدم اثاره مسألة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من الأطراف أو من القاضي تلقائياً نصت المادة 2-1162 الفقرة الثالثة من مسودة المشروع بأن « الحكم بالإبطال أو الفسخ يؤدي إلى قطع التقادم الساري على الرد»، وهذا يعني أن أجل جديد لتقادم الرد يبدأ من تاريخ الانقضاء أو انحلال العقد وهو تاريخ الحكم، وهي حالة استثنائية نص عليها المشروع عند اغفال البت في الرد، على اعتبار أن إرجاع الحالة والإبطال بالنسبة لواقعي المشروع يخضعان لنفس قواعد التقادم، ومع ذلك هناك من اعتبر هذه المادة لا تنسجم مع المبدأ المقرر في مسودة المشروع والذي يعتبر أن دعوى إرجاع الحالة هي امتداد لدعوى الإبطال أو الفسخ⁵⁵⁸.

لا شك أن هذا المسلك في دمج دعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في دعوى الإبطال هو مسلك معيب ومخل بأبسط الأصول التشريعية السليمة نظراً لاختلاف مضمون وطبيعة كل منهما، وأنه حتى بالنسبة لبعض المدافعين على تأسيس الرد مباشرة على الإبطال أو الفسخ⁵⁵⁹ يرفضون هذا التشبيه، مراعاة لكون إرجاع الحالة والإبطال هما جزاءات تكاملية منفصلة عن بعضها وتتميز بالاستقلالية، وهو ما يمكن تلمسه في حالة التي توجد فيها دعوى إبطال دون رد أو إرجاع الحالة، إما لعدم وقوع تنفيذ للعقد أو أن طبيعة الالتزام في العقد الباطل لا يمكن أن يرتب الرد مثل حالة الالتزام بالامتناع عن عمل.

حقيقة لا مناص من الاعتراف بأن هذه الخلط بين دعوى الإبطال ودعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه مستمد تاريخياً من القانون الروماني الذي كان يستعمل عبارة الرد الشامل « La restitutio in integrum » كدعوى للتدليل عن البطلان النسبي وفي نفس الوقت عن الرد⁵⁶⁰، كما أنه حتى النظرية الحديثة للإبطال كما جاءت في أطروحة (Japiot) التي جعلت منه جزاء لا

⁵⁵⁸-F.Juredieu :«Les restitutions après annulation du contrat dans l'avant-projet de réforme de droit des obligations et des prescription», in La théorie des nullités, M Boudot et P.M Vecchi, LGDJ 2008, Université de poitiers, p257.

⁵⁵⁹ - مرجع سابق:

Morgane Reverchone-Billot :«La question litigieuse en matière contractuelle», , Dalloz, 2017, p53.

⁵⁶⁰ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, p393.

يهاجم التصرف في حد ذاته وإنما آثاره سواء القانونية أو المادية قد ساهمت في تكريس هذا الخلط بين دعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ودعوى الإبطال⁵⁶¹.

لكن مع ذلك فإن الفقه المعاصر يؤكد على اختلاف الطبيعة القانونية لدعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن دعوى الإبطال، وأساس هذا التمييز أن دعوى الإبطال هي بطبيعتها دعوى شخصية بينما دعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه هي دعوى قد تكون شخصية أو عينية بحسب الأداء موضوع الرد⁵⁶²، بل إن طبيعة هذه الدعوى الأخيرة تأثر مباشرة على طبيعة دعوى الإبطال فتجعلها دعوى مختلطة، وقد عرفت محكمة النقض المغربية الدعوى المختلطة بأنها: «هي التي تستند على الحق العيني والشخصي في نفس الوقت ناشئين عن رابطة قانونية واحدة، عادة ما يكون مجال تطبيقها العقود الواردة على نقل ملكية أشياء بحيث يثبت عنها حق عيني على الشيء وحق شخصي ناشئ عن العقد كدعوى تسليم المبيع ودعوى فسخ أو إبطال عقد سابق»⁵⁶³.

لهذا إذا انصبت دعوى إرجاع الحالة عن طريق الرد على عقار أو حق عيني فإن هذه الدعوى تكون ذات طبيعة عينية وتصبح معها دعوى الإبطال دعوى مختلطة، أما إذا تعلقت دعوى إرجاع الحالة بحق شخصي فإنها تعد دعوى شخصية بحيث ينسحب هذا الوصف على دعوى الإبطال⁵⁶⁴، كما أنه في الحالة التي تكون فيها دعوى الإبطال غير مقرونة بدعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه فإنها تبقى دعوى شخصية، وهذا ما أكدته محكمة النقض المغربية في قرارها الصادر بتاريخ 25 مارس 2014، والذي جاء فيه «إن الدعوى المختلطة هي وإن كانت تستند إلى حق شخصي فإنها تهدف الحصول على حق عيني على عقار، وينطبق ذلك على دعوى تنفيذ العقد العقاري غير المسجل في المحافظة العقارية وعلى دعوى بطلان أو إبطال أو

⁵⁶¹ - مرجع سابق:

Mohamed Barry : «La théorie des nullités dans la doctrine après le Code civil», Thèse de doctorat, Université Lyon III, Jean Moulin, 2013, p216.

⁵⁶² - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, 407.

⁵⁶³ - قرار محكمة النقض، عدد 204، الصادر بتاريخ 15 مارس 2016، ملف مدني عدد 2015/3/1/2062، منشور في مجلة نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية، العدد 27، صفحة 30.

⁵⁶⁴ - مرجع سابق:

Mohamed Barry : «La théorie des nullités dans la doctrine après le Code civil», Thèse de doctorat, Université Lyon III, Jean Moulin, 2013, p206.

فسخ العقد المطالب ببطلانه أو إبطاله أو فسخه. ولما كانت الدعوى حسب مقالها الافتتاحي تهدف إلى فسخ عقد البيع المبرم بين الطرفين إلا أنها غير مقرونة بدعوى استرداد المبيع، فإن صدور الحكم الابتدائي المؤيد بالقرار المطعون فيه عن قاضي منفرد لم يخرق مقتضيات الفصل الرابع من التنظيم القضائي»⁵⁶⁵.

وترتبا على ما سبق فإن الطبيعة القانونية لدعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قد يتغير نظامها بحسب نوع الأداء الذي تنصب عليه، فإذا كان هذا الأداء حق عيني فإن الاختصاص يكون لمحكمة موقع العقار، بينما إذا تعلقت بحق شخصي فالاختصاص يكون في الأصل لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه، كما أنه على مستوى تكوين هيئة المحكمة حسب الفصل الرابع من التنظيم القضائي فتكون جماعية بالنسبة لإرجاع الحالة الوارد على عقار أو حق عيني وفردية بالنسبة للدعوى المنصبة على حق شخصي أو التزام، أما بالنسبة للتقادم فإن دعوى إرجاع الحالة العينية لا تتقادم بينما دعوى الرد الشخصية تخضع للتقادم المنصوص عليه في الفصل 387 من ق.ل.ع.

ومن اللافت للنظر ههنا أن بعض الفقه الفرنسي يعتبر دعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه دائما دعوى شخصية⁵⁶⁶، انطلاقا من أن أساس الرد الناتج عن الإبطال هو تنفيذ من أحد الأطراف لأداء ناتج عن التزام بموجب عقد تقرر إبطاله، وأن الدعوى التي بمقتضاها يمكن الرجوع على واقعة الأداء سوى تعلق الأمر بإعطاء مبلغ مالي أو عقار أو تقديم خدمة، تمنح نفس الحق في جميع هذه الصور وهو الدين المترتب في ذمة الطرف الآخر، وهي رابطة التزام، فالرد هو تنفيذ لعقد تبادلي معكوس له طبيعة عقدية⁵⁶⁷، وفي سبيل دعم هذا الرأي يشير الفقه المذكور إلى أنه في حالة إبطال قرض فإن كفالة الدين تبقى قائمة لضمان الالتزام بالرد، انطلاقا من أن الكفالة لا تترتب إلا على التزام كما تنص على ذلك المادة 2289 من القانون المدني الفرنسي⁵⁶⁸ والتي يقابلها في القانون المغربي الفصل 1120 من ق.ل.ع الذي

⁵⁶⁵ -قرار محكمة النقض، عدد 167، بتاريخ 25 مارس 2014، ملف مدني عدد 2013/7/1/1201، منشور في مجلة نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية، العدد 15 سنة 2014، صفحة 158.

⁵⁶⁶ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, 402.

⁵⁶⁷-E. Poisson-Drocourt: « La restitution entre les parties consécutive à l'annulation d'un contrat» D, 1983, p. 86.

⁵⁶⁸- A. Benabent :« Droit civil : Les obligations», 5ème éd, Paris , Montchrestien, 1995, p.128.

ينص على أنه « لا يجوز أن تقوم الكفالة إلا إذا وردت على التزام صحيح ». ويضيف هذا الفقه أن أحكام الملكية و الحقوق العينية غريبة عن الرد، فالمشتري لا يعد حائزا بعد الإبطال، لكون البائع لا يطلب إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه باعتباره مالك للشيء وإنما كدائن بأداء معين، فمطالبة المشتري هي على أساس رابطة التزام⁵⁶⁹. ولعل هذا الفقه كان متأثرا بالقانون الروماني الذي كان يجيز في حالة الإبطال بحسن نية للعقد إمكانية الرد على أساس دعوى العقد وليس بناء على الدعوى العينية⁵⁷⁰.

ولكن مع كل هذه التبريرات فإن هذا الرأي يبقى مردودا، وأن دعوى الرد قد تكون عينية إذا تعلق بعقار أو حق عيني، وذلك أولا لكون المادة 12 من مدونة الحقوق العينية تعتبر بشكل صريح أن كل الدعاوى المرتبطة بحماية حق عيني على عقار هي دعاوى عينية، حيث تنص على أن « كل دعوى ترمي إلى استحقاق أو حماية حق عيني واقع على عقار تعتبر دعوى عينية عقارية » وبالتالي فإنه من المنطقي أن يدخل في حكمها دعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بعد الإبطال المتعلقة بعقار أو بحق عيني منصب على هذا العقار، كما أن الفصول 101 إلى 104 من ق.ل.ع تصف الملزم بالرد بأنه حائز، بما في ذلك المشتري بعد إبطال عقد البيع.

عموما، إن الحقيقة التي لا غبار عليها أن لدعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وجودا مستقلا عن دعوى الإبطال، لا تقبل الاختزال في مجرد أثر تلقائي، ومقتضى هذه الحقيقة ولازمها أن يتعاطى القضاء مع طلبات إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بنوع من الصرامة المسطرية، بحيث أن القاضي لا يمكنه البت في الرد الناتج عن الإبطال بشكل تلقائي دون طلب صريح من الأطراف فهذا يعد تجاوزا لحدود طلبات الأطراف وتغييرا تلقائيا لموضوع وسبب هذه الطلبات وخرقا للفصل 3 من قانون المسطرة المدنية، وهذا ما أكدته محكمة النقض المغربية في قرارها الصادر بتاريخ 16 يناير 2008 والذي جاء فيه « لا يمكن للمحكمة الحكم التلقائي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بل من الضروري المطالبة به »⁵⁷¹، كما أن محكمة النقض

⁵⁶⁹- مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, 488.

⁵⁷⁰- DEROUSSIN (D.) : « Culpa in contrahendo : L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », Rev. historique de droit français et étranger, 2004-2 , p194.

⁵⁷¹ -قرار محكمة النقض عدد 214، المؤرخ في 2008/01/16، ملف مدني عدد 3793/2005/2/1، قرار غير منشور.

الفرنسية بدورها سارت في هذا الاتجاه بموجب قرارها الصادر بتاريخ 6 فبراير 2019 حيث أوردت فيه «إبطال عقد بيع يرتب بقوة القانون إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه، فإن محكمة الاستئناف غير ملزمة عند عدم وجود طلب صريح في هذا المعنى أن تأمر برد ثمن البيع بشكل متلازم مع إرجاع الشيء المبيع»⁵⁷²، فقرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية يعد تراجعاً صريحاً عما سبق أن قرره الغرفة الثالثة في قرارها⁵⁷³ المؤرخ في 29 يناير 2003 التي أجازت بموجبه لقاضي الموضوع البت التلقائي في الرد بعد الفسخ رغم عدم وجود طلبات صريحة من الأطراف .

كما أنه سبق لمحكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الأولى أن تبنت هذا الموقف بخصوص فسخ عقد البيع ونقضت قرار استئنافي بت في رد المبيع دون وجود مطالبة صريحة بذلك من البائع⁵⁷⁴.

وقد تكرر هذا الموقف لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة بتاريخ 11 فبراير 2021 الذي جاء فيه «إذا كان رد الثمار التي ينتجها العقار بعد البيع هو أثر قانوني للانحلال العقد، فإنه لا يحق للقاضي الحكم بها تلقائياً، لأن تطبيقاً للمادتين 549 و550 من القانون المدني فهذا الرد يرتبط بحسن نية الحائز»⁵⁷⁵.

ومن ناحية أخرى، يذهب الفقه إلى أن طلب إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف بعد الحكم ابتدائياً بالإبطال يندرج ضمن الطلبات الجديدة المحظورة تقديمها لكونها تخل بحق الدفاع وحق التقاضي على درجتين⁵⁷⁶، وهذا ما أوردته محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 13 نونبر 1972⁵⁷⁷.

⁵⁷²- Cour de Cassation. 1ère civ. 6 Février. 2019 n°17-25.859, RTD civ. 2019 p. 501 obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵⁷³ - مرجع سابق:

Cour de cassation , Civ. 3^{re} 29 Jan 2003, n ° 1-03.185 , JCP2003, II , 10116, note Yves-Maria Serinet .

⁵⁷⁴- Cour de cassation , Civ. 1^{re} 25 mai 2016, n ° 15-17.317 , In Code Civil Annoté», Dalloz, 122^e édition, 2023, p3699.

⁵⁷⁵- Cour de cassation , Civ. 3^{re} 11 février 2021, n ° 20-11.037 , In Code Civil Annoté», Dalloz, 122^e édition, 2023, p3750.

⁵⁷⁶ -مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, 407.

⁵⁷⁷- Cour de cassation , Civ. 1^{re} 13 novembre 1974, J.C.P.1976, II.18242, note Couchez.

اجمالاً ما يمكن الخلوص إليه أن هناك مجموعة من المعطيات الموضوعة والإجرائية التي تراكمت لدى القضاء والفقه المقارنين وكرستها التشريعات المعاصرة خاصة القانون المدني الفرنسي في صيغته الجديدة، تتجه نحو فك الارتباط المباشر بين إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وأسباب ابطال وانحلال التصرفات القانونية من حيث الأساس القانوني، وفي المقابل إقرار تأسيس الرد على فكرة الأداءات المنفذة باعتبارها المنطلق الوحيد في أعمال هذا الجزاء.

وقد ترتب على هذا التأصيل الجديد لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ضرورة إعادة النظر في الصورة النمطية للأثر الرجعي كخيال أو افتراض أو مجاز قانوني مجرد إلى اصباغه بطابع موضوعي ومادي يستقيم والطبيعة الواقعة لفكرة تنفيذ أداء بموجب عقد تقرر إبطاله.

الفقرة الثانية: الأثر الرجعي ومدلوله في سياق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه

كان جانب من الفقه الفرنسي يدعو عبثاً إلى التخلي عن النظرية التقليدية للإبطال، ومع ذلك فقد بقي متشبثاً ببعض نتائجها، فالأثر الرجعي للإبطال يؤكد أكثر من أي شيء آخر استمرار ذكريات هذه النظرية التي عفا عنها الزمن⁵⁷⁸.

وهكذا فإنهم يتفقون على أن الأثر الرجعي ينطوي على إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد بسبب الإبطال، فالعقد الباطل يعد غير موجود وبالتالي يجب محوه مع كل آثاره القانونية والمادية لا شيء يجب أن يبقى منه، ويترتب على هذا التحليل تكريس فكرة أن الإبطال أو بصفة خاصة أثره الرجعي هو الأساس القانوني لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد.

لهذا فمن المهم التساؤل عن العلاقة بين الرد والأثر الرجعي، وهل يعتبر الرد وسيلة لإنجاز الأثر الرجعي؟ حقيقة إذا كان الجواب بالإيجاب، فإنه سيعقد مسألة وضع أساس قانوني موحد لحالات الرد غير العادي بناء على واقعة الأداء، على اعتبار أن دفع غير المستحق كمصدر من مصادر الرد لا يتضمن فكرة الأثر الرجعي.

لهذا من الصعب الجواب على هذا السؤال قبل تحديد مضمون الأثر الرجعي ومعرفة فائده وحدوده (أولاً) ثم بعد ذلك التطرق إلى منظوره من زاوية إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه

⁵⁷⁸-مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, 418.

والتي تعد في الأساس استشرافية أو مستقبلية وليست رجعية، حيث سيتجلى الدور المحدود للأثر الرجعي في نطاق الرد(ثانيا).

أولا : الصعوبات المفاهيمية والوظيفية للأثر الرجعي.

يتناول الفقه المدني الأثر الرجعي في الأحكام المترتبة عن الإبطال والفسخ والشرط الفاسخ، ورغم اقرارهم بهذه الفكرة إلا أنهم لم يتفقوا على استخدام تعابير محددة، فمنهم من عبر عنها بالانحلال إذ عرف الرجعية بأنها انحلال العقد منذ نشأته أو ابرامه بحيث يعد العقد بعد انحلاله كأن لم يكن وتسقط جميع آثاره، وعبر آخرون عن الأثر الرجعي بالانعدام بمعنى انعدام العقد انعداماً يستند أثره إلى الماضي ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ومنهم من عرفها بالزوال، فالرجعية هي زوال الرابطة بكل آثارها، ومن ثم إذا تقرر فسخ العقد فإنه ينعدم ويعد كأن لم يكن، والانعدام هذا لا يحتاج إلى نص يقرره لأنه يفرض بمجرد نور العقل وطبيعة الأشياء، فهو جزاء لتخلف عنصر طبيعي في العقد، ولذلك لا يحتاج إلى تقرير المشرع له بل هو يفرض عليه⁵⁷⁹.

ومن الناحية التاريخية فالأثر الرجعي للفسخ أو الإبطال ليست فكرة قديمة بالقدر الذي يعتقد البعض، إنها وليدة القانون الفرنسي⁵⁸⁰، إن الشراح المعاصرين الذين تناولوا القانون الروماني بالدراسة، اعتقدوا أنهم اكتشفوا شكلاً أو تطبيقاً من تطبيقات الأثر الرجعي للشرط الفاسخ في القانون الروماني، ومع ذلك فإن النصوص المستدل بها لم تشر صراحة لها، ولا يزال هذا الفقه يناقش مضمون الشرط الفاسخ في القانون الروماني إلى يومنا هذا، مع العلم أن القانون الروماني لم يشر إلى مسألة الأثر الرجعي في باقي حالات انقضاء العقود، فالقواعد الرومانية كانت تعترف فقط بالإبطال وعدم التنفيذ دون منحها أثر رجعي، كما أن استعمال القاعدة الفقهية الرومانية التي تقول بأن «ما هو باطل لا ينتج أي أثر» للتدليل على العودة إلى الماضي لم يتم تفسيرها على هذا النحو إلا في ظل القانون الفرنسي القديم.

ويعتمد جانب من الفقهاء في تفسير وتأسيس هذه القاعدة إلى نظرية الافتراض المخالف للحقيقة القانونية والطبيعية، فعند إبطال العقد يعد كأن لم يكن ويعاد المتعاقدان إلى الحالة

⁵⁷⁹ - مرجع سابق: عباس علي محمد الحسني: «رجعية العقد عند فسخه قضاء، بحث مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني»، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الأول، 2012، ص 11.

⁵⁸⁰ - مرجع سابق:

التي كانا عليها قبل التعاقد، في حين ان العقد في الحقيقة نشأ وترتبت عليه آثاره، وهذا يخالف الحقيقة التاريخية التي مفادها أن العقد كان موجوداً وناظراً قبل الفسخ، ثم كيف نعد أن التصرف نشأ ونفذ ولم ينفذ في الوقت نفسه، وهذا هو منطق المجاز القانوني.

وقد عبر جانب من الفقهاء المسلمين ممن دافع عن هذه القاعدة بعبارات تدل وبشكل واضح على أن الرجعية تعني رفع حكم العقد من الأصل وجعل العقد كأن لم يكن منذ نشوئه ويعاد الأمر إلى ما كان عليه من قبل، ومعنى جعله كأن لم يكن موجوداً، أي كالمعدوم، فرغم أن العقد هنا واقع وموجود إلا أن المشرع يعطي الموجود حكم المعدوم فيقدره معدوماً فيعطيه حكم عقد لم يوجد⁵⁸¹، ويعلل الفقهاء المسلمون اعترافهم بهذه القاعدة وأعمالها في جميع العقود بقولهم ان العقد ليس من قبيل العلل العقلية كي لا يمكن انفكاكه عن آثاره، وإن الفسخ عبارة عن حل العقد والربط الموجود بين المالكين بحيث يكون العقد بسببه معدوماً، فكأنه لم يكن مذكوراً، فالإشكال المذكور من أن الشك في تحقيق الفسخ يوجب الشك في وجود العقدة⁵⁸².

والغاية الرئيسية من تأييد فكرة الأثر الرجعي لدى الفقه وبسط حكمها على الواقع القانوني هي البحث عن تأصيل قانوني لإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها بإلزام كل طرف فيه برد ما قبضه. وهكذا فإنهم يعتبرون أي نص يتضمن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه هو دلالة على هذا الأثر الرجعي، في حين أن الأثر الرجعي بهذه العبارة لم يرد في قانون الالتزامات والعقود المغربي سوى في فصلين، الفصل 124 بخصوص الشرط والذي جاء فيه « لتحقق الشرط أثر رجعي يعود إلى يوم الاتفاق على الالتزام، إذا ظهر من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة الالتزام أنه قصد إعطاؤه هذا الأثر »، والفصل 10-618 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز والذي ورد فيه « يتم تعيين رتبة العقد النهائي بأثر رجعي بناء على تاريخ التقييد الاحتياطي للعقد الابتدائي »، أما باقي النصوص الأخرى المستدل بها على هذا الأثر كالفصلين 306 و316 من ق.ل.ع، فهي تتعلق في الحقيقة بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد.

⁵⁸¹ - مرجع سابق: عباس علي محمد الحسني: «رجعية العقد عند فسخه قضاء، بحث مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني»، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الأول، 2012، ص 14.

⁵⁸² - أحمد إبراهيم الغول: «الأثر الرجعي في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة»، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2008، ص 80.

لهذا فإن الفقه يرى في قاعدة الأثر الرجعي أنها تبسط ظلاً كثيفاً على النظم القانونية وتهدر كثير من الحقوق وتهدد استقرار التعامل، كما أنها ليست ضرورية لتفسير بعض النتائج، إذ أن النتائج التي ترتبت عليها نتيجة لزوال العقد يمكن تفسيرها دون اللجوء إلى الاستعانة بها، فعد العقد كأنه لم يكن بسبب الإبطال يرجع إلى القاعدة التي تقضي بأن الشخص لا يستطيع أن يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك، فالشخص لا يكون بمقدوره أن ينقل لغيره الحق إلا بالوصف الذي يملكه به، وإذا كان الأمر كذلك فيجب ترك العمل بهذه القاعدة استناداً إلى المبادئ القانونية الحديثة ومقتضيات التطبيق العملي لها، أو على أقل تقدير السعي نحو تضيق نطاقه وعدم التوسع فيها⁵⁸³.

كما أن فكرة الأثر الرجعي كمجاز أو افتراض قانوني تتعارض مع ما هو مقرر في النصوص القانونية بشأن إجازة العقد القابل للإبطال، فكيف أن العقد باطل من تاريخ نشأته وأن الإجازة تقع على هذا العقد من ذلك التاريخ⁵⁸⁴.

وترتيباً على ما سبق يرى بعض الفقه الفرنسي⁵⁸⁵ بضرورة التخلي عن فكرة أن الإبطال يجعل العقد منعماً في الماضي المستمدة من النظرية التقليدية، هذه الفكرة التي تتضمن إنكاراً للواقع لكون العقد المشوب بعيب طاماً لم يتم إبطاله قضائياً فإنه موجوداً، وهذا يعني في نظر هذا الفقه ضرورة التمييز بين الإبطال الذي يقرره القاضي وسبب الإبطال الموجود منذ إبرام العقد، هذا التمييز يفقد الأثر الرجعي بمعناه الافتراضي سنده وأساسه.

لهذا فتقرير الإبطال يلغي حق كل طرف في تنفيذ العقد من الطرف الآخر، ويترتب عنه بشكل غير مباشر الحق في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه للأداءات المنفذة سابقاً قبل الإبطال، وأن هذه الآثار تترتب من تاريخ النطق بالحكم وتقرير الإبطال كجزاء دون حاجة إلى الرجوع بها إلى تاريخ إبرام العقد، المهم أنه بمجرد الإبطال يصبح العقد غير قادر على ترتيب أثر قانوني.

⁵⁸³ - مرجع سابق: عباس علي محمد الحسني: «رجعية العقد عند فسخه قضاءً، بحث مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني»، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الأول، 2012، ص 17.

⁵⁸⁴ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, 425.

⁵⁸⁵ - نفس المرجع : ص 426.

وفضلاً عن هذه الملاحظات الفقهية والنظرية التي تؤكد بأن الأثر الرجعي هو خيال وأنه من الناحية المادية والواقعية لا يمكن العودة إلى الماضي، فإن هناك قيود أو حدود قانونية تمنع تحقق هذا الأثر الرجعي لأسباب ترتبط بالعدالة واستقرار المعاملات، فقد يكون لإرادة الطرفين المتعاقدين أو أحدهما دور في عدم رجعية العقد مما يشكل قيداً على أعمال هذه القاعدة، والقيد الإرادي أحياناً قد يمنع الأخذ برجعية العقد تماماً أي يكون بحكم المانع الذي يحول دون العمل بالرجعية، وهذا ما يمكن استنتاجه من الفصل 124 من قانون الالتزامات والعقود عندما يتحدث عن الأثر الرجعي للشرط فإنه يربطه بشكل صريح بإرادة الأطراف، وقد يكون هذا القيد هو عبارة عن شرط في العقد يستعصي عن الأثر الرجعي كالشرط الجزائي وفق مقتضيات الفصل 264 من ق.ل.ع، وشرط التحكيم⁵⁸⁶ كما أنه متى انتفت مصلحة المتعاقدين أو أحدهما في عد العقد مفسوخاً أو باطلاً بأثر رجعي فلا يصار إلى أعمال أحكامها حينئذ.

ومن بين الأسباب الأخرى التي يصادفها إعمال الأثر الرجعي والتي تجعل تطبيقه في بعض الحالات أمراً غير ممكن وخصوصاً بعد تنفيذ العقد كله أو في جزء منه، إذ يصعب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، هي طبيعة العقود المعنية التي يشكل الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذها، فلا يتصور إرجاع الزمن إلى الوراء بعد أن قطع شوطاً من مسيرته، وهذا يتحقق في العقود المستمرة أو الزمنية، وهي العقود التي يكون الزمن فيها عنصراً جوهرياً من عناصرها وبها يقاس وتحدد الآثار الناجمة من هذه العقود، كعقد الكراء والشركة، وحيث أن الإبطال يكون أثره في المستقبل أما الأثر في الماضي فيتعذر في العقد الزمني استناداً إلى طبيعته، وإن كان بعض الفقه الفرنسي يرى في هذا القيد نوع من الخلط بين طبيعة العقد وطبيعة الالتزام، فبالنسبة إليه عدم تطبيق الأثر الرجعي لا يرجع إلى طبيعة العقد فوري أو مستمر، ولكن إلى طبيعة الالتزام اعتباراً أن الالتزام بالقيام بعمل مثلاً كإصلاح شيء أو تقديم خدمة أو منفعة كما هو الشأن في عقد الإيجار، ولعل سبب هذا الخلط أن أغلب العقود المستمرة تتضمن الالتزام بالقيام بعمل، إلا أن هذا لا يمنع وجود عقد فوري يتضمن هذا الالتزام ويستعصي على الأثر الرجعي كالعقود التي تتضمن خدمة واحدة، وفي المقابل قد يوجد عقد مستمر

⁵⁸⁶ - مرجع سابق:

يتعلق بالتزام بإعطاء شيء بشكل دوري، كعقد الإيرادات الدورية يمكن إبطاله بأثر رجعي واسترجاع جميع المبالغ المدفوعة جملة واحدة⁵⁸⁷.

ومن جهة أخرى هناك سبب آخر يقيد فكرة الأثر الرجعي، فإذا كان العقد لا ينشئ حقوقاً أو التزامات إلا بالنسبة لعاقديه ولا ينصرف أثره إلى الغير كأصل عام وهو ما يطلق عليه بنسبية أثر العقد من حيث الأشخاص، إلا أن قواعد العدالة واستقرار المعاملات قد تقتضي الخروج عن هذا الأصل، وبالتالي، فقد يتأثر هذا الغير بالعقد المبرم بقاء وزوالاً أو انتهاء، ويقصد بالغير في هذا السياق كل من تلقى من العقد حقا عينيا معيناً على الشيء محل العقد، فينصرف هذا المفهوم إلى كل شخص له حق يتأثر بوجود العقد أو زواله، كما في الخلف الخاص للمتعاقد. فمن غير المنطقي أن يعاقب هذا الغير بجزاء لا يعنيه لهذا فقد قررت جل التشريعات حماية الغير حسن النية بحيث أن قبول رجعية العقد لا تأخذ على إطلاقها في العلاقة بين المتصرف والغير فحماية الغير الذي تعامل مع من زالت ملكيته بأثر رجعي يجب أن تكون هدفاً لحماية المالك .

وترتبط على ما سبق يبدو أن الأثر الرجعي قد ساهم في حل بعض الإشكاليات النظرية في تبرير زوال آثار العقد، إلا أنه من الواضح لم يعد يشكل الحل المناسب للتأصيل القانوني لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، بفعل القيود التي ترد على تطبيقه، وبفعل كذلك وبصفة خاصة طبيعته الافتراضية التي لا تتناسب إطلاقاً مع الطبيعة الواقعية للرد وآثاره الإستشرافية المرجوة. ومع ذلك فهذا لا يعني إلغاء فكرة الأثر الرجعي وإنما تغيير مدلولها من مجرد خيال قانوني إلى مفهوم أكثر تقنية مرتبط بالرد في حد ذاته.

ثانياً : ملاءمة الأثر الرجعي مع الطبيعة الواقعية والمستقبلية لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه

جاء في التقرير الذي رفعته الحكومة الفرنسية لرئيس الجمهورية حول الأمر رقم 131-2016 المتعلق بتعديل القانون المدني الفرنسي بأن «مسألة الرد أصبحت الآن منفصلة وبشكل صريح عن الأثر الرجعي، فالرد هو أثر قانوني»⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, 424.

⁵⁸⁸ - «Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des

لهذا فقد وردت النصوص القانونية المنظمة لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد في القانون المدني الفرنسي خالية من أية إشارة إلى الأثر الرجعي، كما أن النصوص الأخرى المحال بها صراحة على نظام الرد في هذا القانون لم تتناول مسألة الأثر الرجعي سواء المادة 1178 المتعلقة بالإبطال والبطلان أو المادة 1229 المتعلقة بالفسخ والمادة 1187 الخاصة بالاضمحلال والمادة 1302-3 بشأن دفع غير المستحق.

ويعزى ذلك بالأساس إلى أنه ليس جميع المصادر المولدة للرد تقتضي زوال التصرف أو الواقعة القانونية واعتبارها كأن لم يكن، فالرد المتولد عن دفع غير المستحق لا يفترض فيه أنه بأثر رجعي، كما أن قواعده لا تفرض بأي شكل من الأشكال نسيان الفترة الوسيطة من أول دفعة تمت، وهذا ينطبق تماما على الرد المتولد عن عدم التنفيذ بفعل القوة القاهرة، كما نظمته القانون المدني لمقاطعة الكيبك الكندية، ففي مثل هذه الحالة فالالتزام الأصلي المولد للرد لم يفترض أنه انقضى ولكن نكون فقط أمام عدم إمكانية الدائن مطالبة المدين بتنفيذ التزاماته، كنوع من التحلل من الالتزام دون تأثير على وجود مصدر الالتزام أو الفعل المولد في حد ذاته⁵⁸⁹.

كما أنه حتى بالنسبة لحالات الرد العادي، كالرد المتولد عن العقود العينية مثل عارية الاستعمال والوديعة وكذلك باقي العقود الأخرى التي تتضمن هذا الالتزام كعقد الإيجار وحق الانتفاع، فإنها لا تتضمن هذا الأثر الرجعي وأن طبيعتها لا تقتضيه لأنه سيكون فيه مس باستقرار المعاملات.⁵⁹⁰

لهذا فمن الواضح أن الرد في جميع هذه الحالات هو وسيلة لتصحيح وضعية موجودة من أجل ضمان إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في المستقبل، وهذا بطبيعة الحال يشمل جميع صور الرد غير العادي⁵⁹¹.

obligations», NOR : JUSC1522466P,
<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>, JORF
n°0035 du 11 février 2016, Texte n° 25.

⁵⁸⁹-مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE:«La restitution des prestations en Droit Québécois »p80.

⁵⁹⁰-مرجع سابق:

Marie Malaurie :«Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p 73.

⁵⁹¹-مرجع سابق:

ويبدو هذا الموقف المعتمد من قبل المشرع الفرنسي أكثر انسجاماً مع التحولات الكبرى التي تشهدها منظومة التشريعات المدنية على المستوى الأوروبي والدولي والتي تراجعت عن فكرة الأثر الرجعي، فالمبادئ القانونية الأوروبية للعقود⁵⁹² التي تشكل مصدر مرجعي فقهي للدول الأوروبية استبعدت الأثر الرجعي من نصوصها سواء فيما يتعلق بالفسخ (المادة 9:307) أو بالإبطال (المادة 4:115)، كما أن القانونين الألماني والسويسري لا يأخذان بفكرة الأثر الرجعي حتى بالنسبة للشرط الفاسخ⁵⁹³، وبالنسبة للقانون الدولي بدوره لا يعتمد الأثر الرجعي سواء في الفسخ أو الإبطال، وينسحب هذا الأمر على كل من مبادئ (Unidroit) المتعلقة بعقود التجارة الدولية، واتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للسلع.

وعلى ضوء هذا التوجه الدولي في استبعاد الأثر الرجعي في مجال العقود، فإن الفقه الفرنسي كان يتجه نحو إعادة بلورة هذه الفكرة انطلاقاً من منظور تقني يجعلها وسيلة تآثر في الحاضر والمستقبل خلافاً لما قد يوحي به اسمها، وفي هذا المعنى يقول (Roger Merle): «إنها رد فعل فوري لواقعة أو تصرف قانوني على وضعية سابقة يجعلها أكثر اتساقاً مع الحالة الجديدة عن طريق إلغاء أو تثبيت التصرفات القانونية الصحيحة وتلك غير الفعالة، كما أن الأثر الرجعي وبعبارة أخرى يترتب منذ يوم تنفيذ التصرف أو الواقعة المرتبطة به، من هنا يمكن القول دون تناقض أن الأثر الرجعي هو في الواقع أثر فوري»⁵⁹⁴.

ويمكن الإشارة كذلك في هذا السياق إلى ما قاله الفقيه (René Demogue) بأن الأثر الرجعي «ينتج في المستقبل تبعات تجعل التصرف الذي كان لفترة معينة يعتقد بأنه صحيح

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois »p80.

⁵⁹² - COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT, Principes du droit européen du contrat, Paris, Société de législation comparée, 2003.

⁵⁹³ مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois »p81.

⁵⁹⁴ - Roger MERLE : « Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif », RTDCiv.1948.p275.

(la réaction immédiate d'un fait ou d'un acte juridique sur la situation antérieure qui est mise en harmonie avec la situation nouvelle par des destructions ou des consolidations d'actes juridiques antérieurement valables ou inefficaces. Aussi l'effet rétroactif, contrairement à ce que suggère la terminologie qui l'exprime, se produit au jour même de la réalisation de l'acte ou du fait auquel il est attaché. On pourrait donc soutenir sans paradoxe que l'effet rétroactif n'est en réalité qu'un effet immédiat).

وله آثار قانونية يعامل أو ينظر إليه الآن كواقعة غير مشروعة أو غير صحيحة»⁵⁹⁵. وفي نفس المعنى يقول (Sylvain Mercoli) «في الواقع، الأثر الرجعي يسمح بالمراجعة الحالية للوضعية التعاقدية السابقة للتوافق مع القانون الجديد بتعديل النتائج القانونية لعقد سبق تنفيذه»⁵⁹⁶.

في واقع الأمر فهذه الآراء الفقهية لا تهدف إلى انكار الأثر الرجعي وإنما محاولة تحريره من الصورة الافتراضية التي طبع بها في أذهان الفقه والقضاء جعله وسيلة لتكييف المستقبل مع الوضع الحالي الذي يجب تعديله، وهذا هو نفس الهدف الذي تروم إليه إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بواسطة الرد⁵⁹⁷، لهذا إذا كانت الغاية من الأثر الرجعي هي حماية مصالح الأطراف، فإن هذه الغاية يمكن تحقيقها بواسطة الرد من خلال إعادة تصحيح وتنظيم الفترة الفاصلة بين التنفيذ والرد وهي الفترة التي تتجسد فيها الواقعة المادية للأداء التي تشكل مناط نظام الرد في جميع الأنظمة القانونية.

ومن اللافت للنظر هنا أن الباحثة الفرنسية (GUELFUCCI-THIBIERGE) طرحت مسألة الأثر الرجعي في سياق الرد المتولد عن الإبطال بتصور آخر مفاده أن الإبطال ليس له أثر رجعي لأنه في الحقيقة يمنع الاستناد إلى العقد سواء من أجل الاستفادة من آثاره السابقة أو لترتيب آثار مستقبلية، وبالتالي ليس للإبطال أثر رجعي وإنما الرد هو الذي له أثر رجعي، حيث تقول «عند افتراض وجود أداء تنفيذا لعقد تقرر إبطاله، فالرد يعتمد بالضرورة على وجود فعل سابق يتم الرجوع فيه، وبهذا المعنى يمكن القول أن الأثر الرجعي هو إجراء لتصفية الماضي، لهذا فالرد الناتج عن الإبطال هو من حيث الجوهر ذو أثر رجعي، فبخلاف الرجعية الافتراضية التي تقوم على أساس أن التصرف لم يكن موجودا بمعنى أنها تفترض عدم وجود تصرف كان موجودا في الواقع، فإن الرجعية التقنية تجعل من التصرف أو القانون آثار على الماضي، فإنها تغير الماضي فعليا وليس لفظيا»⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵- René DEMOGUE : « Valeur et base de la notion de rétroactivité » dans Studi Filosofico Giurudici dedicati a del Vecchio, t. 1, Società tipografica modenese, Modène, 1930, p. 163, p. 163.

⁵⁹⁶ - Sylvain MERCOLI : « La rétroactivité dans le droit des contrats », Thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p29.

⁵⁹⁷ -مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois »p83.

⁵⁹⁸-مرجع سابق:

ولكن يبقى هذا الرأي مردود انطلاقاً من أنه سواء تعلق الأمر بالرد أو بالأثر الرجعي فإنه من المستحيل من الناحية الواقعية الرجوع أو تغيير تصرف أو فعل حصل في الماضي، فهذا التصرف لا يتغير، ولكن ما يحصل في حقيقة الأمر أن الرد يبحث عن إزالة آثاره في المستقبل⁵⁹⁹.

ولما كان الأمر كذلك فإن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لا تتنكر لوجود هذا الأداء أو الفعل المادي وإنما تهدف قلب هذا الأثر المادي، بخلاف الأثر الرجعي بمفهومه الافتراضي المرتبط بالإبطال والذي ينظر لكل التصرف برمته على أنه مسألة قانونية بحثة يقتضي إزالتها بجميع آثارها كجزاء لعدم المشروعية.

وينبغي على ذلك كله أن الأثر الرجعي كمؤسسة قانونية في سياق الرد كانت لها فائدتها في مرحلة من تطور الفكر القانوني، ولكن مع التنظيم القانوني لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بواسطة الرد في جميع التشريعات وإن كان بأشكال متفاوتة، فلم تعد لها أهمية عملية في هذا الجانب، وإنما بقيت كبناء فكري يعبر عن حاجة اجتماعية تستعمل الافتراض لتجاوز حدود النص القانوني.

عموماً ما يمكن الخلوص إليه أن الأساس القانوني للرد يجب أن يستند بالضرورة إلى واقعة الأداء المنفذ بمقتضى سند تم إبطاله أو فسخه أو حتى بدون سند كما هو الشأن بالنسبة لدفع غير المستحق، وأن الرجوع على هذا الأداء في سياق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه يجب أن يكون بشكل تام بحيث يشمل جميع جوانب هذا الأداء الأصلية والتبعية.

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, 429.

⁵⁹⁹-مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois »p83.

الفصل الثاني:

النظام القانوني لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

لاشك أن تعدد مصادر الرد وأساسه يتعارض مع فكرة إمكانية وضع نظام قانوني موحد لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بواسطة الرد، على اعتبار أنه يستدعي تدخل مجموعة من القواعد القانونية المستمدة من مؤسسات قانونية متباينة مثل الإبطال والفسخ ودفع غير المستحق والحيازة، إلا أن هذا التعارض أو التباين يبقى سطحيا انطلاقا من أن حجر الزاوية في نظام إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في مختلف هذه الصور هو الأداء الأصلي الذي سبق تنفيذه، والذي يثير في حقيقة الأمر نفس الإشكاليات من حيث طرق تنفيذه ومن حيث حسابه.

وللأداء هنا مفهوم أوسع من فكرة الشيء محل الالتزام، فهو يشمل البعد المادي المحسوس والبعد المتعلق بنوع الالتزام، بمعنى القيام بعمل والامتناع عن عمل وإعطاء شيء، كما أنه ينطوي على جميع العمليات التي تمس الذمة المالية للشخص والتي تم تنفيذها.

وبهذا فإن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه تنصب أولا على الأداء الأصلي الذي تم تنفيذه والذي هو وعاء التنفيذ الأولي، وذلك عن طريق الرد العيني الذي يعد اسمى صور إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه التي تقترب من الكمال⁶⁰⁰، ومع ذلك فإن الظروف أحيانا قد تؤدي إلى استحالة وقوع هذا الرد العيني بطريقة تمنح الأولوية للواقع على حساب القانون، إلا أن الأنظمة القانونية منحت خيار آخر يسمح بتحقيق هذه الغاية الفضلى عن طريق الرد القيمي (المبحث الأول).

يمكن القول إذن أن الرد شأنه شأن أي التزام يتم تنفيذه إما عينا أو بالقيمة، وكل صورة منهما لها مزاياها وعيوبها، بحيث أن المناقشة في هذا الموضوع تشبه إلى حد كبير الخوض في صور تنفيذ الالتزامات بصفة عامة، ومع ذلك فإن مشاكل إرجاع الحالة أكثر حدة من التنفيذ نظرا لأنها قد تتخللها فترة زمنية طويلة بين التنفيذ الأصلي والرد.

ونتيجة لذلك فإن إعادة هذا الأداء الأصلي سواء عينا أو بالقيمة قد لا يكفي في كثير من الأحيان لتحقيق إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها بشكل شمولي، لأنه خلال هذه الفترة قد يقع تغير في وعاء الأداء الأصلي المنفذ مما يقتضي رد تكميلي يتضمن حساب الثمار

⁶⁰⁰ - مرجع سابق:

Yves-Maria Serinet « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français ». Études de droit comparé, Bruxelles, Paris, Bruylant-LGDJ, 2001, p595 .

الطبيعية والمدنية والفوائد والزيادة والنقص في قيمة الشيء، وهذا ما يسمى بحساب الرد(المبحث الثاني).

المبحث الأول: طرق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بواسطة الرد(رد الأصل).

الغاية الرئيسية من إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه هي استعادة الأداءات المنفذة، والأصل في الرد كما قررته النصوص القانونية وكرسه القضاء هو أن يكون عينا، ولذلك فإن التزام المدين بالرد يتمثل في إعادة ذات الأداء التي سبق أن تلقاه تنفيذا لعقد تقرر فسخه أو إبطاله، ولكن قد تحصل أحيانا بعض العوارض تمنع حصول هذا الرد العيني (المطلب الأول).

إلا أن ثبوت أسباب استحالة الرد العيني لا تؤدي إلى انقضاء الحق في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وإنما ترتب تغييرا في مضمونها، فبتعذر الرد العيني فإنه يثبت للدائن في مواجهة المدين الحق في الرد بالقيمة، فالقاعدة أنه متى تعذر الرد العيني أو كان غير ممكنا فإنه يصير إلى الرد بالقيمة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المبدأ في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه هو الرد العيني.

تنص المادة 1352 من القانون المدني الفرنسي على أن «إعادة شيء آخر غير مبلغ مالي يتم عينا، وإذا استحال ذلك فعن طريق القيمة تقدر يوم الرد»، وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد رفع الرد العيني إلى مصاف المبادئ القانونية⁶⁰¹، وذلك على غرار القانون المدني لمقاطعة الكبك في الفقرة الأولى من المادة 1700 والتي جاء فيها «يكون رد الأداءات عينا، إذا تعذر ذلك نتيجة استحالة أو عائق جدي يتم الرد بمقابل»⁶⁰².

ونفس المنحى سلكه المشرع الألماني في الفقرة الثانية من المادة 818 من القانون المدني والتي ورد فيها «إذا استحال الرد بسبب طبيعة ما تم تسلمه، أو تم إعفاء المثري من رده لسبب آخر،

⁶⁰¹-مرجع سابق:

Pascale Guimard et autres :«Code Civil Annoté», Dalloz, 122^e édition, 2023, p4920.

⁶⁰²-Art. 1700 al.1 C.c.Q. : « La restitution des prestations se fait en nature, mais si elle ne peut se faire ainsi en raison d'une impossibilité ou d'un inconvénient sérieux, elle se fait par équivalent».

فإنه يعيد قيمته»⁶⁰³ وهو نفس المقتضى الذي قرره مبادئ UNIDROIT المتعلقة بعقود التجارة الدولية في مادتها 3.2.15، ونفس الأمر بالنسبة لاتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع في مادتها 82.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن قانون الالتزامات والعقود المغربي قرر هذا المبدأ بخصوص الرد المترتب عن أشباه العقود في الفصل 75 الذي نص على أن « من أثرى بغير حق إضراراً بالغير لزمه أن يرد له عين ما تسلمه، إذا كان مازال موجوداً، أو أن يرد له قيمته في يوم تسلمه إياه، إذا كان قد هلك أو تعيب بفعله أو بخطئه... ».

كما أن القضاء المغربي والمقارن قد أكد على هذا المبدأ في العديد من قراراته، حيث ورد في هذا المعنى في قرار صادر عن محكمة النقض المغربية بتاريخ 03 ماي 2016 بأنه « من المقرر فقهاً أن الجهاز (الشوار) عند ثبوته يرد أصلاً بعينه، وأنه لا يصرار إلى قيمته إلا عند ضياعه والمحكمة صدرت القرار عندما عللت ما قضت به من إلغاء الحكم المستأنف والتصدي والحكم بعدم قبول الطلب بعدم وجود ما يفيد ضياع الجهاز خاصة وأن المطلوب آثار بأن الشوار لا زال على حالته ورهن إشارة مفارقتة، وهو ما أكدته هذه الأخيرة في جلسة البحث لما صرحت بأن الشوار ما يزال بحوزة مفارقها، وإنما تطالب باسترجاع قيمته لكونه قد يتعرض للتغيير أو الإتلاف من طرف الطاعن، فإنها عللت قرارها بما فيه الكفاية»⁶⁰⁴.

وفي نفس السياق جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 ماي 1976 أن «رد الشيء بعد إبطال البيع يكون عينا»⁶⁰⁵.

ومن المفيد الإشارة إلى أن من مزايا الرد العيني أنه يجعل الدائن في مأمن من التضخم وارتفاع أو انخفاض القيمة الشرائية للنقود، كما يسمح له باسترجاع ذات الشيء مع جميع الزيادات التي قد تطرأ على قيمته، وفي المقابل فإن الرد العيني قد تكون له سلبيات تعزى إلى ما قد يحصل للشيء من تعيب بسبب الاستعمال، فقد يجد الدائن أحياناً شيء بالي عفا عنه

⁶⁰³ - Traduction du ART 818 al. 2 BGB : « Si la restitution n'est pas possible en raison de la nature de ce qui a été reçu ou si l'enrichi est dispensé de la restituer pour un autre motif, l'enrichi remboursera la valeur », proposée par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, in Le Code civil allemand, Bürgerliches Gesetzbuch BGB, traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009, Juriscope, Dalloz, 2010.

⁶⁰⁴ - قرار محكمة النقض عدد 383 بتاريخ 03 ماي 2016، ملف شرعي عدد 2015/1/2/671، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 81، قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث، ص 55.

⁶⁰⁵ - Cour de cassation, Ch.Com, 11 mai 1976, n°75- 00.011, Defrénois 1977. 393, obs. Aubert.

الزمن، كما أن الدائن قد يتحمل أحيانا نقص قيمة الشيء نتيجة لعدم استقرار السوق، وفضلا عن كل هذا فإنه في بعض الفروض قد لا يرغب الدائن في هذا النوع من الرد مثل الحالات المرتبطة بعقود الائتمان الإجاري⁶⁰⁶.

عموما فإن مبدأ شمولية الرد و إعادة التوازن بين الذمم المالية للأطراف عن طريق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، يقتضي بالضرورة إعادة ذات الشيء موضوع الأداء الأصلي إذا كان ممكنا أو على الأقل محاولة اقتراب المحكمة من هذا الهدف.

حقيقة قد يبدو الرد العيني بسيطا في الظاهر إلا أنه يخفي مجموعة من الإشكاليات تؤثر على مضمون إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، ترتبط أولا بمفهوم الرد العيني في حد ذاته الذي قد لا يعني بالضرورة ذات الشيء، وإنما محل الأداء بمفهومه المادي الملموس الذي قد يتجاوزه إلى مقابله (الفقرة الأولى)، ثم إن هناك بعض الظروف التي يتعذر معها تحقق هذا الرد العيني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مضمون الرد العيني.

عادة يتناول الفقه الرد العيني كمقابل أو مناقض للرد بالقيمة، ولكن في الواقع، فالرد العيني ليس مفهوما واحد وإنما له مظهرين مختلفين بحسب ما إذا تعلق بشيء قيمي أو بشيء مثلي، فيسمى في الحالة الأولى رد المثل *Restitution à l'identique* أو من نفس النوع *in specie*، أما في الحالة الثانية فيسمى الرد بمقابل *Restitution par equivalent* أو من نفس الجنس، لهذا فالرد بالمثل والرد بمقابل هما نوعان من جنس واحد هو الرد العيني⁶⁰⁷ (أولا). على أن المبالغ النقدية وإن كانت تعد من الأشياء المثلية إلا أن نظامها المتعلق بالرد له خصوصية متميز (ثانيا).

⁶⁰⁶-مرجع سابق:

Marie Malaurie :«Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p 82.

⁶⁰⁷-مرجع سابق:

Sylvain MERCOLI :« La rétroactivité dans le droit des contrats», Thèse Aix-en-Provence, 2001, p198.

أولاً: الرد العيني بالنسبة للأشياء القيمية والأشياء المثلثة.

إن المشرع الفرنسي من خلال المقتضيات الجديدة بشأن الرد في القانون المدني المواد من 1352 إلى 1352-9، ميز بين الرد العيني والرد بالقيمة ولم يشر إلى الرد بمقابل، لكن مع ذلك فإنه أسس نظام الرد برمته على طبيعة محل الأداء حيث ميز بين رد الأشياء من غير النقود عالجها في المواد 1352 إلى 1352-5، ورد المبالغ النقدية المادتين 1352-6 و1352-7، وفي الأخير رد الأداءات التي يكون محلها خدمة أوردتها في المادة 1352-8. هذا النوع تفرضه طبيعة الأشياء موضوع الأداء.

وبناء على ما سبق فإن الحديث عن الأشياء في سياق الرد العيني هو حديث بالجملة عن الأشياء القيمية والأشياء المثلثة تفرضها القواعد العامة في القانون المدني، فإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه تقتضي بالدرجة الأولى إعادة الشيء موضوع الأداء الأصلي بعينه إذا كان قيمياً أو بما يقابله إذا كان من المثلثات.

ولقد دأب الفقه على تعريف الشيء القيمي بأنه ما تتفاوت أفراده تفاوتاً كبيراً يعتد به في المعاملات، ولا ينوب بعضها عن بعض في الأداء⁶⁰⁸، فالشيء القيمي نسبة إلى القيمة وهو ما لا يقدر بالكيل أو الوزن وليس عددياً متقارباً، فالتفاوت بين أحاده تفاوت كبير يعتد به التجار كالحيوان وغيره، ومن القيمي الأشياء التي تعرف بالقياس وهي المسماة بالمندروعات، وهذه قيمية للتفاوت بين أحادها ولأن التجزئة تضرها، والغالب أن يكون الشيء القيمي غير قابلاً للاستهلاك⁶⁰⁹.

أما الشيء المثلث هو الذي ينوب بعضه عن بعض في الأداء، أو هو الذي تتماثل أفراده، بحيث لا يوجد تفاوت بينها، أو يوجد تفاوت يسير بين أفراده اعتاد الناس أن يتساهلوا فيه⁶¹⁰. لهذا تكمن أهمية الشيء المثلث في قدرته على تعويض بعضه في الأداء كما في الرد⁶¹¹.

⁶⁰⁸ - محمد ابن معجوز: «الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي»، مطبعة النجاح، طبعة 2016، ص18.

⁶⁰⁹ - عبد المجيد الزروقي: «الحقوق العينية الأصلية»، الطبعة الثانية، تونس 2018، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ص241.

⁶¹⁰ مرجع سابق: محمد ابن معجوز: «الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي»، مطبعة النجاح، طبعة 2016، ص18.

⁶¹¹ - مرجع سابق:

وقد جاء في قرار قديم صادر عن محكمة النقض الفرنسية بأن «الرد بمقابل لأشياء من نفس الطبيعة موجودة في السوق هو احسن طريقة لإزالة الضرر»⁶¹².

وعليه إذا كان المقصود بالشيء القيمي هو الشيء المعين فقد اخضعه المشرع المغربي لبعض الأحكام الخاصة، فقد ورد في الفصل 513 م.ق.ل.ع أنه «إذا كان المبيع شيئا معيناً، وهلك هذا الشيء أو تعيب قبل التسليم بفعل البائع أو بخطئه، كان للمشتري الحق في أن يطالبه بقيمته أو بتعويض يعادل النقص في قيمته، على نحو ما كان يمكن أن يفعله ضد أي شخص من الغير. وإذا ورد البيع على شيء مثلي، التزم البائع بأن يسلم مثيلاً له في صنفه ومقداره والكل مع حفظ حق المشتري في تعويض أكبر، إذا كان لهذا التعويض محل»

كما نص الفصل 552 من م.ق.ل.ع أنه «لا يضمن البائع إلا العيوب التي كانت موجودة عند البيع، إذا كان المبيع شيئاً معيناً بذاته، أو عند التسليم إذا كان المبيع شيئاً مثلياً يبيع بالوزن أو القياس أو على أساس الوصف».

وجاء في الفصل 245 من م.ق.ل.ع «تبرأ ذمة المدين بشيء معين بذاته بتسليمه في الحالة التي كان عليها وقت العقد، ومع ذلك يكون مسؤولاً عن العيوب التي تحصل منذ هذا التاريخ: 1 إذا نشأ العيب عن فعل أو خطأ يتحمل مسؤوليته، وفقاً للأحكام المقررة في الجرائم وأشباه الجرائم؛ 2 إذا كان في حالة مطل وقت حصول العيب».

وبخصوص الأشياء المثلية فإن المشرع المغربي خصها بمجموعة من المقتضيات، فقد ورد في الفصل 246 من م.ق.ل.ع أنه «إذا كان محل الالتزام أشياء مثلية لا يكون المدين ملتزماً إلا بنفس المقدار والصنف والنوع، المبينة في الالتزام كيفما كانت الزيادة أو النقص في القيمة. وإذا أصبحت الأشياء محل الالتزام غير موجودة عند حلول الأجل، كان للدائن الخيار بين أن ينتظر حتى توجد وبين أن يفسخ الالتزام وأن يسترد ما سبق له دفعه بسبب العقد».

كما أقر قانون الالتزامات والعقود خصوصية الأشياء المثلية في نطاق المقاصة إذ نص الفصل 361 منه على أنه «لا تقع المقاصة إلا بين دينين من نفس النوع، وعلى سبيل المثال، بين الأشياء المنقولة المتحدة صنفًا ونوعًا أو بين النقود والمواد الغذائية».

وجاء في الفصل 486 م.ق.ل.ع بأنه «يسوغ أن يرد البيع على شيء غير محدد إلا بنوعه. ولكن البيع لا يصح، في هذه الحالة، إلا إذا ورد على أشياء مثلية محددة تحديداً كافياً، بالنسبة إلى

⁶¹²- Cour de cassation , Civ. 1^{re} 20 jan 1953, J.C.p, 1953, II , 7677.

العدد والكمية والوزن أو المقياس والصنف، على نحو يجيء معه رضى المتعاقدين على بينة وتبصر».

كما تناول المشرع هذا التمييز في سياق ضمان العيوب الخفية حيث جاء في الفصل 557 من ق.ل.ع بأن « إذا ورد البيع على مجموع من أشياء محددة، وكان جزء منها معيبا كان للمشتري أن يستعمل حق الاختيار المخول له بمقتضى الفصل 556 وإذا ورد البيع على أشياء مثلية، لم يكن للمشتري إلا أن يطلب تسليم مثلها في النوع خالية من العيب، مع حفظ حقه في المطالبة بالتعويض إذا كان له محل»

ومن المفيد الإشارة إلى أن الفقه رتب على هذا التمييز التشريعي مجموعة من النتائج :

أ-إذا أُلِف شخص شيء مملوكا لغيره، فإن كان هذا الشيء مثليا، فعليه أن يعرضه بمثل ما أُلِف، وإن كان مقوما فيضمن قيمته حسب تقدير العرفاء.

ب-الشيء المثلي يمكن أن يكون ثمنا في البيع، كما يمكن أن يكون ثمنا، أما الشيء القيمي فلا يكون ثمنا.

ج- المثليات لا تنتقل ملكيتها إلى المشتري إلا بإفرازها، أما المقومات فتنتقل ملكيتها بمجرد العقد.

د-الشيء المثلي لا يهلك، أما المقوم إذا هلك فإن كان هلاكه بسبب سماوي فلا يبقى البائع ملزما بتنفيذ التزامه لاستحالة التنفيذ حينئذ.

هـ- إذا كان المعقود عليه مثليا، فإن ذمة المدين تبرأ بتقديم أي شيء من ذلك المثلي مما يماثله في صفته ونوعه ومقداره، ويجبر الدائن على قبول ذلك المثلي، بخلاف المقوم فلا بد من تقديمه بنفسه.

و-الشيء المثلي هو الذي يمكن أن يكون محلا للمقاصة، أما إذا كان الدين يتضمن شيء قيمي فلا يمكن أن تقع المقاصة.⁶¹³

ومما يجب الإشارة إليه هنا انه في بعض الأحيان قد يكون التمييز بين الشيء القيمي والشيء المثلي مهما بالنسبة للقضاء في تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، ومن

⁶¹³ مرجع سابق: محمد ابن معجوز: «الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي»، مطبعة النجاح، طبعة 2016، ص19.

الشواهد على ذلك قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 8 مارس 1979، بخصوص مقاييس الأنابيب هل تعد من صفاتها أم عناصر لتعيينها وبالتالي اذا كانت صفة فإنها تخضع لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 549 من ق.ل المتعلقة بدعوى ضمان العيب الخفي، اما إذا كانت تشكل عنصر لتعيين المبيع فإنها تخرج عن نطاق الفصل المذكور حيث يكون هناك مجال لتطبيق مقتضيات الفصلين 235 و 259 من نفس القانون، وقد أجاب المجلس الأعلى في قراره الموماً إليه أعلاه بأن «المقاييس بالنسبة للأنابيب ليست من صفاتها، بل تحدد عينة من الأنابيب، وان الصفات ترتبط بالعينة المطلوبة، لذلك فإن الحكم المطعون فيه لم يكن على صواب عندما اعتبر أن مقاييس الأنابيب من صفاتها وطبق المقتضيات القانونية المتعلقة بضمان عيوب الشيء المبيع مع أن الدعوى تخرج عن نطاق دعوى الضمان»⁶¹⁴.

ومما يمكن استخلاصه من هذا القرار فيما يتعلق بالتمييز بين الأشياء المثلثة والأشياء القيمة أن الصفات الموجب تخلفها للضمان تختلف بين الصفات اللازمة لتعيين المبيع والتي تكون في المثلثات ففيها يتعين على البائع أن يسلم للمشتري المبيع المتفق عليه اعتبر البائع مخلاً بالتزامه بتسليم المبيع، اذ يشمل هذا الالتزام على الالتزام بتسليم المبيع بالحالة والأوصاف التي تم الاتفاق عليها، والبائع في هذه الأمثلة إنما سلم مبيعاً غير الذي وقع الاتفاق عليه .

وتعتبر الصفات غير لازمة لتعيين المبيع في الأشياء القيمة، إذ في هذه الأشياء يتم تنفيذ الالتزام بالتسليم بتمكين المشتري من الشيء المحدد حتى ولو لم يجد فيه صفة كان يعتقد توفرها فيه، ولا يكون له الرجوع على البائع بضمان خلو المبيع من تلك الصفة وفقاً لدعوى ضمان العيب إلا بشرط أساسي وهو أن يشترط المشتري هذه الصفة في المبيع لعله يراها ويحرص عليها، أو أن يكون البائع قد صرح بتوفرها⁶¹⁵.

وترتيباً على ما سبق إذا كانت الأشياء المثلثة هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وان الصفات عنصر أساسي في تعيينها، فهل يمكن قبول رد شيء آخر مماثل رغماً عن الدائن بالرد ؟

⁶¹⁴ - قرار عدد 172 صادر عن الغرفة الأولى للمجلس الأعلى بتاريخ 8 مارس 1978، منشور في كتاب أستاذنا أحمد ادريوش الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن، سلسلة المعرفة القانونية عدد 4، 1997، ص 182 وما بعدها.

⁶¹⁵ - أستاذنا أحمد ادريوش: «الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن» سلسلة المعرفة القانونية عدد 4، 1997، ص 182 وما بعدها.

لقد سبق لمحكمة الاستئناف بباريس الفرنسية⁶¹⁶ أن بتت في نازلة توضح هذه الإشكالية، تتعلق بإبطال عقد توريد بين شركة نفطية وصاحب محطة وقود بسبب عدم تحديد السعر بعد أن استأثرت الشركة وحدها بحق تحديد هذا السعر، وقد ترتب على هذا الإبطال التزام صاحب المحطة بإعادة خزانات الوقود المدفونة في المحطة للشركة النفطية، وبعد مجموعة من المفاوضات رفضت الشركة بيع هذه الصهاريج لصاحب المحطة، وطلبت من المحكمة الزام المدعى عليه برد الصهاريج بعينها بينما اقترح صاحب المحطة برد صهاريج مماثلة وجديدة أو رد قيمتها، وقد قررت محكمة الاستئناف رفض طلب المدعي الشركة النفطية والزمته بقبول الرد بمقابل أو بالقيمة، على أساس أن طلب الشركة غير معقول، وأن الصهاريج هي معدات مثلية تخضع للقياس وشائعة في التجارة والأسواق، لا تتمتع بأي خصائص مميزة أو قيمة محددة، فاعتبار هذه الصهاريج من الأشياء القيمة يشكل تعسف من طرف الدائن بالرد، ومما ورد نصا في القرار أن «يبدو ان الاقتراح المقدم من طرف Bel Air auto بالرد بمقابل in genere معقول جدا ويستجيب لمصلحة الطرفين، في حين أن Total تحاول جعل حقها في الرد كنوع من التعسف».

على صعيد آخر فإن الفقه الفرنسي يذهب في سياق تفسيره للمادة 1352 من القانون المدني، أن المقصود بالأشياء من غير النقود القابلة للرد العيني هي الأموال وبصفة خاصة المنقولات والعقارات، باعتبارها تتضمن حقوق سواء كانت عينية أو شخصية⁶¹⁷، بحيث يعتبر هذا الفقه أن الرد العيني يشكل ضمانا للدائن تسمح له بحق الأولوية في استعادة الحق العيني⁶¹⁸، ونفس المنطق بالنسبة للحق الشخصي، فرد الدين وهو حق شخصي يتجسد برده بجميع عناصره.

ومع ذلك وفق التحليل التقليدي إذا كان الرد يستند إلى دعوى الاستحقاق، فإنه يقتصر على الأشياء القيمة، فلا يمكن الحديث عن استحقاق إذا كان موضوع الرد شيء مثلي، فالدائن بالرد لا يتوفر إلا على دعوى شخصية باستعادة مقابل الشيء وهذا يجعل طبيعة هذا

⁶¹⁶ -COUR D'appel Paris, 28 février 1985, G.P. 1985.1.441.

⁶¹⁷ -مرجع سابق:

François Chénéde : «Le nouveau Droit des obligations et des Contrats», 2^e éd, nov 2018, Dalloz référence, p269.

⁶¹⁸ -مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p229.

الرد أقرب من الرد القيمي ويفقد الدائن بالرد مجموعة من المزايا التي توفرها دعوى الاستحقاق. إلا أن عدم قبول هذه الدعوى يبقى احتمالي فقط، لأنه سبق لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 7 فبراير 1989 أن قبلة رد شيء مثلي في إطار دعوى الاستحقاق، حيث جاء فيه: «دعوى الاستحقاق في مواجهة الحائز شيء النية يمكن ممارستها على جميع أنواع الأشياء بما في ذلك الأشياء المثلية»⁶¹⁹.

ومن جهة أخرى فإن رد الشيء بعينه لا يعني بالضرورة عدم قبوله في حالة التغيرات التي تطرأ عليه، فإضافة بناء جديد في العقار لا يمنع من الرد⁶²⁰ وفق قواعد الالتصاق المقررة في مدونة الحقوق العينية حيث تنص المادة 233 منها بأن «كل ما يضم للعقار أو يدمج فيه فهو للمالك حسب القواعد الآتية». وقد ورد في هذا المعنى في قرار صادر عن محكمة الاستئناف ليون الفرنسية بأن لافطة إعلانات التي أحدثها المسير الحر لأصل تجاري وما ترتب عنها من زيادة في الزبناء هي تبقى في ملكية المالك⁶²¹.

بينما المسألة قد تختلف بالنسبة للمنقول إذ ينص الفصل 104 من ق.ل.ع «حائز المنقول، ولو كان سئى النية، إذا حوله بعمله على نحو يكسبه زيادة بالغة في قيمته عما كان عليه وهو مادة أولية، ساغ له أن يحتفظ به، في مقابل أن يدفع: 1 قيمة المادة الأولية 2 تعويضا تقدره المحكمة، التي يجب عليها أن تراعي كل المصالح المشروعة للحائز القديم، ومن بينها ما كان للشيء في نفسه من قيمة معنوية. ومع ذلك يسوغ للحائز القديم أن يسترد الشيء الذي لحقه التحول، إذا دفع للحائز الزيادة في القيمة التي أعطاه للشيء. وفي الحالتين يكون له حق الامتياز على كل دائن آخر».

ومن جهة أخرى فإن رد الأشياء عينا يقتضي بالضرورة الوجود الملموس لهذا الشيء سواء كان الشيء مثليا او قيميا، فإبطال عقد بيع عقار يقتضي ارجاع حالة الأطراف بنفس طريقة ابطال عقد بيع أسهم شركة، وإن اقتضى الحال في هذه الصورة الأخيرة بفعل الطبيعة غير المادية للشيء، القيام ببعض الإجراءات التي تختلف عن الحالة الأولى⁶²².

⁶¹⁹- Cour de cassation , Civ. 1^{re} 27 fev 1989, B.I N°57 , R, 1990.109, obs.F.Zenati.

⁶²⁰ -مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p 112.

⁶²¹ -Cour d'appel LYON, 29 janv1951, D, 1951, n°10, p191.

⁶²² -مرجع سابق:

ومن نتائج هذه الطبيعة الملموسة للشيء موضوع الرد العيني، اقتصرها على الأداءات الإيجابية ذات الأثر الملموس، لهذا فالالتزام بالامتناع عن عمل لا يمكنه أن يكون قابلاً للرد، فالمنع لا يتجسد ولا يحتوي على مضمون ملموس في مجال الظواهر الفيزيائية⁶²³، وبذلك تنفيذ الالتزام بالامتناع عن عمل لا يقبل الرد وإنما يخضع للتقييم⁶²⁴، بمعنى أنه يقبل التعويض في مجال المسؤولية المدنية.

عموماً يمكن القول أن القاعدة في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد أن تتم عينا، وهذه الطبيعة العينية للشيء تشمل الأشياء القيمة والأشياء المثلثة، ومع ذلك فإن رد النقود تقتضي تحليل مختلف عن رد الأشياء المثلثة.

ثانياً: الرد الوارد على المبالغ المالية.

لاتزال الطبيعة القانونية للعملة محل جدل على مستوى الفقه⁶²⁵، فعرفها البعض بأنها وسيط عن طريقه تتم المعاملات، وأن لها ثلاثة وظائف، أولاً وحدة قياس تصلح لتقييم الأموال والأنشطة الاقتصادية. ثانياً أنها وسيطاً عاماً في المبادلات تقبل كمقابل لمختلف الأشياء، مما يجنب اللجوء إلى المقايضة ويسمح بتنظيم المبادلات بكلفة أقل، ووظيفتها الثالثة أنها مخزونا للقيمة، فاستعمالها يمكن تأجيله في الزمن، وهي تمثل مدخراً من القدرة الشرائية جاهزاً للمعاملات المستقبلية⁶²⁶.

وبالنسبة للفقيه الفرنسي (CARBONNIER) يكمن جوهر النقود بأنها مال يمكن أن نبادله بأي نوع من المال فلها مثلية مطلقة، فهي وسيلة للأداء ووسيلة للتقييم وأنها محل حق الملكية بحيث يمكن أن تكون موضوعاً للملكية وعموماً موضوع حق عيني وتندرج في تقسيمات الأموال فهي منقول مادي قابل للاستهلاك من الاستعمال الأول مثلية مع بعضها البعض. ولكن لأن

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p230.

⁶²³- Marie-Élodie ANCEL :« La prestation caractéristique du contrat», Paris, Economica, 2002, n° 108, p. 78.

⁶²⁴- مرجع سابق:

Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET :« La formation du contrat» t. 2 « L'objet et la cause – Les nullités », p1544.

⁶²⁵ - مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE:«La restitution des prestations en Droit Québécois »p235.

⁶²⁶ - مرجع سابق: عبد المجيد الزروقي: «الحقوق العينية الأصلية». الطبعة الثانية، تونس 2018، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ص246.

مصدر العملة وقيمتها هو الدولة، فنحن أمام ملكية خاصة ليس لها قوة في ذاتها التي هي ملكية منقول آخر⁶²⁷.

ومن المهم التمييز بين مدلولين للعملة، الأول أنها وحدة نقدية منفصلة عن كل أساس يتمثل في معادن نفيسة، فكل قيمتها متأتية من الدولة التي أصدرتها وتحديدا من الثقة فيها وقد تكون هنا ورقية أو معدنية، تتجسد في الأشياء التي تعبر عنها أو تكتب عليها. المدلول الثاني العملة الكتابية أو الصك النقدي وهي وسيلة للأداء أو الخلاص يتم تداوله بالكتابة في خانة ما هو سالب وما هو موجب في حساب بنكي أو بريدي.

وأيا كان الأمر بخصوص طبيعة النقود فإن اعتبارها وسيلة لتداول القيمة بين الأشخاص تكفي لتأسيس كونها أداء قابل للرد، وأنها تخضع للرد العيني بنفس طريقة تنفيذ الأداء الأصلي⁶²⁸، فقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بأن «يترتب على فسخ عقد البيع إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها في السابق، ولهذا فالمشتري يستعيد الثمن، والتمن الذي يلتزم بالبائع برده بعد فسخ عقد البيع هو المبلغ الذي تسلمه يمكن أن تضاف إليه الفوائد كما يمكن الحكم بتعويضات، وبالتالي تكون محكمة الاستئناف قد طبقت القانون، ولم تخرق مبدأ التعويض الشامل، ولم تخرق القواعد النقدية باستبعادها لفكرة الدين بالقيمة»⁶²⁹.

ويبقى السؤال المطروح حول كيفية تنفيذ الرد العيني للعملة خاصة أمام وجود إمكانية حدوث تضخم، بحيث قد تفقد العملة قيمتها بين تاريخ تنفيذ الأداء الأصلي وتاريخ الرد، ففي فرنسا فدين العملة هو دين ثابت لا يخضع للتقلبات النقدية بناء على مبدأ القيمة الإسمية وهذا ما تنص عليه المادة 1343 من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها «تبرأ ذمة المدين بمبلغ نقدي عن طريق تسليم قيمته الإسمية»، وهذه القاعدة تشمل حتى الرد المتعلق بأداء مبلغ مالي طالما ان المادة 1352-6 المتعلقة بنظام رد المبالغ المالية لم تتناول هذه المسألة، كما انه سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن اكدت على هذا المبدأ في قرارها الصادر بتاريخ 19 مارس

⁶²⁷ - مرجع سابق:

Jean CARBONNIER :« Droit civil» vol. II, Paris, 2004, p1571

⁶²⁸ -مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, 458.

⁶²⁹- Cour de cassation , Civ. 1^{re} 7 avr. 1998, n°96-18.790 P : Gaz. Pal. 1999. 2. Somm. 456, obs. Guével.

1996 والذي جاء فيه « لا يرد الرد إلا على الثمن الإسمي المؤدى عند البيع»⁶³⁰، وبالتالي فإن الدائن بالرد في هذه الحالة يتحمل واقعيًا المخاطر الاقتصادية التي قد تتولد عن تقلبات القيمة الفعلية للنقد.

انطلاقًا من كون الرد العيني سواء تعلق بأشياء قيمية أو مثلية أو بمبالغ نقدية فهو مبدأ أصيل في القوانين المقارنة عمومًا، ومع ذلك فإن الدائن بالرد قد يحرم من هذا الحق بسبب وجود موانع تحول دون ذلك.

الفقرة الثانية: موانع الرد العيني.

يجب التأكيد منذ البداية أنه لا يقصد بموانع الرد العيني الاستحالة المطلقة لتقرير الرد، فهذه الأخيرة مرتبطة بالأساس بعدم تحقق شروط الفعل المولد للرد في حد ذاتها أو عدم قبول الدعاوى المتعلقة بها⁶³¹، فعدم توافر شروط دفع غير المستحق وفق الفصل 69 من ق.ل.ع أو الفصل 71 من نفس القانون، يجعل الرد والحالة هذه مستحيلًا، كما أن تقادم دعوى الإبطال أو الفسخ يؤدي بدوره إلى استحالة الرد.

ويضيف الفقه والقضاء المقارنين إلى الحالات السابقة للاستحالة المطلقة للرد، حالات أخرى ترتبط بفعل الدائن بالرد، مثل تنازل المتعاقد على حقه في أعمال الشرط الفاسخ، فقد جاء في هذا المعنى في قرار محكمة العليا الكندية «أن شركة Mékinac تنازلت نهائية عن إثارة الشرط الفاسخ فقد جعلت رد الأداءات مستحيلًا فعليًا أن تلتزم بشروط الاتفاق وتدفع ما عليها من دين»⁶³². والملاحظ في جميع هذه الحالات أنها تتعلق بعدم تحقق الفعل المولد للرد.

ومن المفيد الإشارة هنا أن حتى بالنسبة للقوة القاهرة والحادث فجائي لا يمنعان الرد بالقيمة وهذا بصريح الفصل 102 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه «الحائز للشيء عن سوء نية ضامن له. فإذا لم يستطع إحضار الشيء أو لحق هذا الشيء عيب ولو بحادث فجائي أو قوة القاهرة، لزمه دفع قيمته مقدرة في يوم وصوله إليه. وإذا كان الشيء من المثلّيات لزمه رد مقدار يعادله»، ونفس الحكم قرره الفصل 75 بخصوص الرد الناتج عن أشباه العقود.

⁶³⁰- Cour de cassation , Civ. 1^{re}, 19 mars 1996, bul.I.n°139.

⁶³¹ - مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois » p246.

⁶³² -Cour supérieure de Canada, 3064310 Canada inc. c. Investissements Mékinac inc., 2008 QCCS 3636, J.E. 2008- 1681 (C.S.)

أما موانع الرد التي قد يترتب عنها استحالة الرد العيني فهي التي لا تؤثر في وجود الحق في رد الأداء المنفذ بمقتضى تصرف تقرر ابطاله او فسخه وإنما يقتصر أثرها على تغيير طبيعة تنفيذ الرد من رد عيني إلى رد بالقيمة، ويتحقق ذلك في كل حالة يتعذر فيها الرد العيني، وفق القاعدة التي تقضي بأنه كلما تعذر الرد العيني فإنه يصير إلى الرد القيمي.

ومما يقتضي الإشارة إليه هنا أن المشرع المدني الفرنسي في المادة 1352 أشار إلى هذه المسألة بوضوح بالنسبة للرد المتعلق بأشياء من غير النقود⁶³³ حيث استعمل عبارة تفيد الاستحالة impossible، وهي في الحقيقة تحيل على فكرة الاستحالة القانونية أو المادية كما درج على تفسيرها الفقه الفرنسي⁶³⁴، بينما كان القانون المدني لمقاطعة الكبك أكثر توفيقا باستعمال عبارتين الاستحالة « inconvenient sérieux » « impossible » ووجود عارض جدي⁶³⁵.

وبغض النظر عن التعبير المستعمل فإن موانع الرد منها ما هو مرتبط بطبيعة الأداء نفسه (أولا) ومنها ما هو مرتبط بحالة الأداء وتأثره بمرور الزمن (ثانيا).

أولا: موانع مرتبطة بطبيعة الأداء.

هناك بعض الأدعاءات يتعذر ردها عينا لكونها تتضمن التزاما بالقيام بعمل كما هو الشأن بالنسبة لأداء خدمة وهذه الحالات نص عليها القانون الفرنسي بشكل صريح في المادة 1253-8⁶³⁶، وإن كان المشرع الفرنسي قد تولى عن عبارة الالتزام بالقيام بعمل لفائدة رد الأدعاءات المتعلقة بالخدمات، انطلاقا من أن التمييز بين الالتزام بالقيام بعمل والالتزام بإعطاء شيء لم يعد ممكنا في كثير من الأحيان، ففي حالة نقل ملكية لحق عيني مثلا فإنه يتضمن إلى جانب

⁶³³ - Art. 1352 (Ord. n o 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 3, en vigueur le 1^{er} oct. 2016) La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution.

⁶³⁴ - مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p 94.

⁶³⁵ -Art 1700 al.1 C.c.Q. : « La restitution des prestations se fait en nature, mais si elle ne peut se faire ainsi en raison d'une impossibilité ou d'un inconvenient sérieux, elle se fait par équivalent ».

⁶³⁶ -Art. 1352-8 (Ord. n o 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 3, en vigueur le 1^{er} oct. 2016) La restitution d'une prestation de service a lieu en valeur. Celle-ci est appréciée à la date à laquelle elle a été fournie.

التسليم، التزامات على عاتق كل من البائع والمشتري بمجموعة من الإجراءات التي هي في طبيعتها التزامات بالقيام بعمل⁶³⁷.

وفي نفس السياق فقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن أكدت على تعذر الرد العيني للخدمات في كثير من قراراتها حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 12 يوليوز 2012 بأن «إبطال شرط انضمام صاحب المحل إلى اتحاد تجار المركز التجاري يترتب عنه إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، بحيث يجب على الشركة إعادة الخدمات التي استفادت منها بالقيمة»⁶³⁸.

وقد جاء في قرارها الصادر بتاريخ 16 مارس 1999، على أنه «إذا تم تنفيذ عقد تقرر إبطاله يجب إرجاع الأطراف إلى الحالة قبل التنفيذ على أنه إذا استحال الرد على ما قبل التنفيذ فإنه يتعين على الطرف المستفيد رد ثمن مساوي للخدمة»⁶³⁹.

كما ورد في قرارها الصادر بتاريخ 21 يناير 2016 أنه «ليس لشركة البناء التي تدعي إبطال عقد البناء الحق في المطالبة بالهدم وإنما أن تطلب تعويض عن الضرر»⁶⁴⁰.

وفي نفس المعنى جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 18 نونبر 2009 أنه بعد إبطال عقد مقاوله من الباطن فإن للمقاول الفرعية الحق في طلب مقابل قيمة الأشغال التي انجزتها⁶⁴¹.

كما أنه سبق لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 27 نونبر 1952 رفضت إرجاع عامل إلى وضعيته السابقة وإعادة العمل بعد أن أبطلت قرار المشغل بإنهاء عقد عمل واكتفت بالحكم له بالتعويض على أساس المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي⁶⁴².

ومن المفيد الإشارة هنا أنه من الضروري بالنسبة للقانون المغربي استبعاد تطبيق مقتضيات الفصل 261 من قانون الالتزامات والعقود على مسألة رد الأداءات، فالفصل المذكور ينص على أن «الالتزام بعمل يتحول عند عدم الوفاء إلى تعويض. إلا أنه إذا كان محل

⁶³⁷ - مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois » p249.

⁶³⁸ -Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-17.587, RTD com. 2012. 510, obs. Monéger .

⁶³⁹ -Cour de cassation, Civ. 1^{re}, n°97-12.930 , Defrénois 1999. 1325, obs. Delebecque.

⁶⁴⁰ -Cour de cassation, Civ. 3^e, 21 janv. 2016, n° 14-26.085 P : D. 2016. 566, obs. Mekki.

⁶⁴¹ -Cour de cassation, • Civ. 3^e, 18 nov. 2009, n°08-19.355 , RTD CIV, 2010, 543.

⁶⁴² -Cour de cassation , soc, 27 nov 1952, n°853, Gaz.Pal, 1953, 154.

الالتزام عملا لا يتطلب تنفيذه فعلا شخصا من المدين، ساغ أن يرخص للدائن في أن يحصل بنفسه على تنفيذه على نفقة المدين».

ومع ذلك فإن هذا الفصل لا يمكن إعماله في نطاق الرد، أولا لأنه يتعلق بعدم التنفيذ وليس بالرد، كما انه يتعارض بشكل صريح مع المقتضيات المتعلقة بالرد الواردة في الفصول 102 و75 من قانون الالتزامات والعقود.

وعلى صعيد آخر فإن طبيعة العقود الزمنية أو المستمرة التي يتحدد مقدار محلها على أساس الزمن بحيث يعد الزمن من العناصر المعقود عليها، فمضي الزمن ينقص في كم العقد إلى أن ينتهي تماما بانتهاء الزمن المعقود عليه، ولذلك فإن انتهاء الزمن يشكل عقبة أمام تسكين الأطراف في نفس المراكز القانونية التي كانا عليها قبل تنفيذ الأداء موضوع الرد، فما مضى من الزمن لا يعود، مما يستعصي ردها عينا، فالمنفعة التي تحصل عليها المكثري من عقد الإيجار يستحيل إعادتها ماديا، بحيث يتعذر ردها بعد فسخ أو ابطال هذا العقد مما يقتضي ردها بالقيمة⁶⁴³، ومع ذلك فقد سبق لمحكمة الاستئناف لباريس في قرارها الصادر بتاريخ 17 يناير 2018، أن رفضت تمكين شركة مانحة لحق امتياز من الحصول على رد قيمي كمقابل للخدمات التي قدمتها لصاحب الامتياز من تعليم ومعرفة علمية واستعمال علامتها التجارية وبتزويدها بالسلع، حيث جاء في هذا القرار «ابطال العقد يترتب عنه زواله بأثر رجعي وكأنه لم يكن مما يقتضي إعادة الأطراف إلى الحالة السابقة ولو تعلق الأمر بعقد مستمر التنفيذ، وترتبا عليه وجب تمكين صاحب الامتياز من رد المبالغ المدفوعة لمناح الامتياز، وبالتالي لا يمكن قبول طلب هذا الأخير برد المنافع التي تحصل عليها صاحب الامتياز خلال تنفيذ العقد على اعتبار أنه فقط الطرف الحسن النية في العقد الباطل الذي يمكنه مطالبة الطرف المذنب بتعويض الضرر الذي حصل له نتيجة إبرام عقد تقرر ابطاله»⁶⁴⁴.

وبغض النظر على الخلط الذي وقع فيه القرار المذكور بين الرد والمسؤولية، فإنه أخل بما تقتضيه إرجاع الحالة بين أطراف العقد الباطل، وخلق نوع من الإثراء لفائدة صاحب حق الامتياز على حساب الشركة المانحة للامتياز، كما أنه جاء مخالفا لما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية بخصوص الرد الناتج عن ابطال عقود الامتياز التجارية عند استحالة الرد

⁶⁴³ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, 493.

⁶⁴⁴-Cour d'appel Paris, 17 janv 2018, n°15-17.647, J.C.P.2018.II.n°134.

العيني، وفي هذا المعنى جاء في قرارها الصادر بتاريخ 30 مارس 2016 على أنه: «حيث إن إبطال عقد تم تنفيذه يقتضي إعادة الأطراف إلى الحالة قبل التنفيذ، وإذا كان إرجاع الحالة مستحيلا، فإن الطرف الذي استفاد من أداء لا يستطيع رده فعليه أداء مقابله»⁶⁴⁵

ومن جهة أخرى فإنه بالنسبة للأداءات التي تتضمن التزاما بالإعطاء بخصوص أشياء قابلة للاستهلاك، أي تلك الأشياء التي لا يمكن استعمالها إلا بإفنائها، فإنها بطبيعتها غير قابلة للرد العيني وإنما للرد بالقيمة⁶⁴⁶.

ومع ذلك فإن النقطة الأكثر تعقيدا في سياق الرد العيني هي المتعلق بالحالة التي قد يشكل فيها الرد ارهاقا للمدين يتنافى مع التوقعات المفترضة من العقد، وهنا فقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 18 فبراير 1992 أن تناولت هذه المسألة عندما نقضت قرار محكمة استئناف فرضت على المدين بالرد بعد إبطال العقد بإعادة الشيء بعينه، حيث قررت «إن الرد المادي للشيء يقتضي من صاحب محطة الوقود تكاليف مالية باهظة وامكانيات مادية نظرا لعمر الخزانات، وأنها قد تكون سببا في عدم قدرته على التعامل مع مورد آخر، وبالتالي فإنها تمس حق المنافسة»⁶⁴⁷.

هكذا، فإن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت أنه عندما يكون الرد العيني مرهقا وغير متناسبا مع النتيجة المرجوة من إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بعد الإبطال، فإن الرد القيمي هو الوسيلة الأجدر لتحقيق الرد الشامل.

وقد تم تكريس هذا التوجه من طرف الغرفة المدنية لمحكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 15 أكتوبر 2015، حيث نقضت قرار محكمة استئناف استنادا إلى كونها لم تتحرى « فيما إذا كان هدم المنشأة من طرف الشركة يعد جزاء أو عقوبة مناسبة لخطورة العيوب وعدم التطابق في البناء »⁶⁴⁸.

والجدير بالذكر أنه في ظل صمت القانون المدني الفرنسي بموجب تعديلات سنة 2016 بخصوص هذه النقطة، فالمادة 1352 لم تعرف الاستحالة ولم تشر إلى مسألة عدم التناسب،

⁶⁴⁵ - Cour de cassation, com, 30 mars 2016, n°14-12.447, RTD com, 2016, n°44.

⁶⁴⁶ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, 493.

⁶⁴⁷ - Cour de cassation, Com, 18fev 1992, n° 87-12.844, G.P. 1992.3.477.

⁶⁴⁸ - Cour de cassation, Civ. 3^e, 15 oct. 2015, n°14-23612, D. 2016. 566, obs. Mekki.

بخلاف الوضع في القانون المدني لمقاطعة الكبيك الذي لمح للمسألة في مادته 1700 الموماً إليها أعلاه، وذلك باستعماله لعبارة "العارض الجدي" والتي قد تمنح القاضي إمكانية الاستناد إليها لرفض الرد العيني على الرغم من عدم استحالة والاستعاضة عنه بالرد القيمي.

كما أن المادة 1221 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالتنفيذ الجبري العيني للالتزام التي جعلت من الاستحالة ومن عدم التناسب مانعين لهذا التنفيذ، فإنه لا يمكن تمديد تطبيقها على الرد لاختلاف الموضوع، علاوة على أن هذه المادة تخضع عدم التناسب للرقابة القضائية وهذا ليس هو الحال بالنسبة للرد⁶⁴⁹.

ثانياً : عوارض مرتبطة بحالة الشيء موضوع الرد.

هناك بعض الظروف الأخرى قد تجعل الرد العيني للأداءات المنفذة غير ممكناً، وهي ظروف لاحقة لتنفيذ الأداء الأصلي، وقد تكون هذه الظروف مادية كالهلاك أو التعيب، وقد تكون ظروف قانونية كتوقيات الشيء من طرف الملزم بالرد، ففي هذه الحالات كذلك يتعذر الرد العيني ويمكن الاستعاضة عنه بالرد بالقيمة⁶⁵⁰.

فهلاك الشيء موضوع الرد أو تلفه يؤدي إلى تعديل في طبيعة الأداء محل الالتزام بالرد، بحيث يستحيل الرد العيني ومن ثم يصير إلى الرد القيمي، فطبقاً للفصل 102 من ق.ل.ع فإن «الحائز للشيء عن سوء نية ضامن له. فإذا لم يستطع إحضار الشيء أو لحق هذا الشيء عيب ولو بحادث فجائي أو قوة قاهرة، لزمه دفع قيمته مقدرة في يوم وصوله إليه. وإذا كان الشيء من المثليات لزمه رد مقدار يعادله». أما الفصل 75 من نفس القانون المتعلق بالرد المتولد عن أشباه العقود فإنها وضعت قاعدة عامة بالنسبة للحائز حسن النية وسيء النية على حد سواء مفادها التزامهما برد قيمة الشيء بفعل الهلاك أو التعيب تحسب من يوم التسلم إذا كان الهلاك ناتج عن فعل المدين بالرد، بينما في حالة التعيب أو الهلاك الناتج عن قوة قاهرة أو حادث فجائي فإن هذا المقتضى الزم الحائز سيء النية بالضمان أي بالرد بالقيمة، أما الحائز حسن النية فإن الفصل لم يعرض له بل يمكن استنتاج حكمه بمفهوم المخالفة للفصل المذكور، فلا يسأل عن الهلاك الحاصل بقوة قاهرة أو حادث فجائي، وفي

⁶⁴⁹ - Aurélien Bamde : «Les restitutions consécutives l'anéantissement du contrat (nullité, résolution, caducité): régime juridique consécutives», 2019, www.aurelienbamde.com.

⁶⁵⁰ -مرجع سابق:

المقابل فإن المقتضى المذكور فصل في مسألة الثمار وميز بين الحائز حسن النية وسيء النية، وهذا هو التفسير المنطقي للفصل المذكور والذي يتماشى مع مفترضات إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه التي تجعل من الرد العيني هو الأصل والرد بالقيمة هو الاستثناء الذي يؤثر في وجود الرد وإنما في طبيعة الأداء موضوع الرد.

وعلى هذا الأساس يبقى الاختلاف بين النصين منعهما لأنهما ينطلقان من منطق واحد هو ضرورة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بغض النظر عن المصدر المولد للرد سواء كان دفع غير مستحق أو إثراء بلا سبب أو نتيجة إبطال أو انحلال تصرف قانوني ترتب عنه حيازة الشيء.

وهذا المنطق نفسه يمكن ملاحظته بالنسبة لأحكام الرد في القانون المدني الفرنسي، وكما تمت الإشارة سابقا فإنها وضعت نفس المبدأ في المادة 1352 الذي مفاده أن الأصل هو الرد العيني ويصار إلى الرد القيمي في حالة الاستحالة، وإن كانت لم تعرف الاستحالة فإنها تناولتها بمفهومه العام أي الاستحالة المادية والقانونية.

وبناء عليه فإن مقتضيات الرد الوارد في المواد من 1352 إلى 1352-9 من القانون المدني الفرنسي لم تتناول مسألة الهلاك أو التعيب المفضي إلى التلف الكلي للشيء، وإنما اعتبرتها ضمنيا مشمولة بمقتضيات المادة 1352 باعتبارها استحالة تؤثر في طريقة الرد دون أن تعدم وجوده، وبغض النظر عن حسن أو سوء نية الملزم بالرد أو خطئه استنادا إلى أن الرد هو أثر قانوني لواقعة تنفيذ أداء بموجب تصرف قانوني غير فعال، والذي هو أساس موضوعي، ومع ذلك فقد استثنت هذه المقتضيات حالي القاصر والراشد الخاضع للحماية بحيث اعتبرتها غير ملزمين بالرد إلا في حدود ما عاد عيها من نفع بناء على المادة 1352-4 وذلك في إطار إقرار الحماية القانونية الخاصة لهذه الفئة وتكريسا لما استقر عليه العمل القضائي الفرنسي بهذا الشأن، بحيث سبق لمحكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 12 نونبر 1998 أن قضت «أن محكمة الاستئناف التي ألزمت القاصر برد المبالغ المتحصل عليها من فتح حساب بنكي مع منحه دفتر شيكات والبطاقة الزرقاء دون التأكد من موافقة نائبه ودون البحث فيما إذا كان الذي تحصل عليه قد عاد عليه بالنفع، فإنها لم تجعل لقرارها أساس قانوني»⁶⁵¹.

عموما فإن هذا التحليل الذي يقر إمكانية الرد بمقابل رغم هلاك الشيء، هو تكريس لما استقر عليه العمل القضائي الفرنسي الذي يستبعد رفض طلب ابطال عقد لعدم القدرة على

⁶⁵¹- Cour de cassation, Civ. 1^e, 12 nov. 1998, JCP 1999. II. 10053, note Garé.

إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بفعل استحالة الرد ماديا نتيجة التلف الذي طال الشيء محل العقد، بحيث سبق لمحكمة الاستئناف Amiens في قرارها الصادر بتاريخ 29 يناير 2004 بشأن طلب إبطال عقد بيع دراجة نارية بسبب عيب في الرضا من جانب المشتري مع أن الدراجة النارية قد تعرضت للسرقة في يد هذا الأخير حيث ورد فيه بأن: «استحالة الرد لا يمنع المطالبة بالإبطال مادام يمكن تعويض المبيع، وأنه بناء على الأثر الرجعي للإبطال يبقى البائع هو المالك للمبيع، وأنه إذا لم يستطع اثبات خطأ المشتري بكونه المتسبب في سرقة الدراجة بفعل الإهمال فإن هذه السرقة تشكل حادث فجائي يتحمل أخطارها المالك»⁶⁵².

ومن المفيد الإشارة هنا إلى أن بعض الفقه الفرنسي يعتقد أن مقتضيات المادة 1352-1 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن «الملزم بالرد يكون مسؤولا عما يصيب الشيء من الضرر و التعيب المؤدي إلى انخفاض قيمته مالم يكن حسن النية وما لم يكن ذلك راجع إلى خطأ منه»، تشمل حتى حالة العيب أو الضرر المفضي إلى هلاك أو تلف الشيء نهائيا⁶⁵³، إلا أن هذا الرأي مردود لأن النص في حد ذاته يشير صراحة إلى مسالة انخفاض القيمة والتي هي تخص حساب الرد أو الرد التكميلي والتي قد تخضع لمنطق آخر مستوحى من قواعد المسؤولية المدنية ذات الأساس الشخصي، مختلف عن منطق رد الأصل ذي الأساس الموضوعي.

ومما يجب التنبيه إليه هنا أن من أجل إقرار امكانية الرد بالقيمة بدلا من الرد العيني في حالة التعيب أو الضرر، فيجب أن يتجاوز هذا القدر نسبة معينة تصل إلى 90 في المائة أو يكون الجزء المتضرر مهم لباقي عناصر الشيء⁶⁵⁴، وعلى المحكمة أن تقدر حجم هذه الأضرار في كل حالة على حدة، فقد سبق لمحكمة الاستئناف بباريس الفرنسية أن بتت في مثل هذه القضايا، فبالنسبة لإبطالها عقد بيع جرار بلدوزر متضرر قررت رفض منح البائع تعويض بالقيمة والزمته بالرد العيني انطلاقا من أن حجم الأضرار لا تتجاوز 50 في المائة⁶⁵⁵.

⁶⁵²-Cour d'appel Amiens, 1re chambre, 29 janvier 2004, n° 118, RCD civ, 2005, n°54, p367.

⁶⁵³ -مرجع سابق:

François Chénéde :«Le nouveau Droit des obligations et des Contrats», 2^e éd, nov 2018, Dalloz référence, p270.

⁶⁵⁴ -Didier LLUELLES et Benoît MOORE « Droit des obligations», 2e éd., Montréal, Thémis, 2012, n° 1239 p. 664 et s.

⁶⁵⁵ -Cour d'appel Paris, 26 mai 1972, J.C.P. 1973.II.17419.

وهذه الملاحظة تحيل على ملاحظة أخرى أكثر أهمية تتعلق بإمكانية منح الدائن بالرد رفض الرد العيني والإقبال على الرد بمقابل، بحيث سبق لواضعي مسودة مشروع Catala أن اقترحوا هذه الفكرة في المادة 3-1163⁶⁵⁶، إلا أن قانون سنة 2016 لم يعتمد.

في الحقيقة يجب عدم منح الدائن بالرد حق الاختيار في الرد العيني أو القيمي للشيء المتضرر، لأنه في هذه الحالة وكأنه يجبر المدين برد الشيء في حالة جيدة أو في المقابل اجباره على الإبقاء على الشيء المعيب في ذمته مع تحميله المقابل المالي عن الرد بالقيمة⁶⁵⁷.

وعلى صعيد آخر هناك ظروف قانونية قد تؤدي إلى استحالة الرد العيني، فإذا كان محل الأداء الأصلي شيء معين بالذات فإن محل الرد يتحدد بذات العين، إلا أن تفويت الملزم بالرد للشيء قد يحول دون إمكانية الرد العيني وبالتالي يبقى له الحق في الرد بالقيمة، وقد نص على هذه الفرضية الفصل 76 من ق.ل.ع في ما يتعلق بالرد الناتج عن أشباه العقود والذي جاء فيه « إذا كان من تسلم الشيء بحسن نية قد باعه، فإنه لا يلتزم إلا برد ثمنه، أو بتحويل ما له من حقوق على المشتري إذا استمر على حسن النية إلى وقت البيع»، هذا الفصل أشار فقط إلى المدين بالرد حسن النية ولم يلزمه برد قيمة الشيء بل ثمن البيع ومن تاريخ هذا البيع والذي قد يكون أقل من قيمته، أما بالنسبة لسيء النية وأمام عدم وجود نص بهذا الشأن فالفقه يرى الزامه بقيمة البيع وقت تسلمه إياه قياساً على حالة الهلاك أو التلف، إذا كانت هذه القيمة أصلح للدائن بالرد من الثمن وإلا فمن حقه المطالبة بالثمن⁶⁵⁸.

ويبدو أن المشرع الفرنسي تبني هذا الرأي في المادة 2-1352 التي جاء فيها «إذا كان من تسلم الشيء بحسن نية قد باعه فإنه لا يلتزم إلا برد ثمن البيع. أما إذا تسلم بسوء نية فإنه يلتزم بقيمة الشيء يوم الرد إذا كانت تفوق الثمن».

ويمكن اعتبار كذلك من قبيل الظروف القانونية التي قد ترتب استحالة الرد العيني ما أورده الفصل 104 من ق.ل.ع بخصوص رد المنقول، حيث أجازت هذه المادة للدائن بالرد

⁶⁵⁶ -article 1163-3: « Lorsque la chose n'a été qu'en partie détruite, transformée ou incorporée, celui à qui la restitution est due peut préférer, ou la restitution intégrale en valeur, ou une restitution partielle et son complément en valeur. »

⁶⁵⁷ مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p257.

⁶⁵⁸ - مرجع سابق: مأمون الكزبري: «نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزام»، الطبعة الثانية، 1976، ص 345.

الخيار بين الإبقاء على الشيء مقابل أن يدفع المدين قيمة المادة الأولية مع التعويض أو ان يستعيد المنقول الذي لحقه التحول مقابل أداء الزيادة في القيمة التي أعطاهها المدين للشيء.

عموما فإن جميع الفروض السابقة تؤكد على التوجه العام للتشريعين المغربي والفرنسي نحو تقرير مبدأ الرد العيني كوسيلة لتكريس قاعدة إرجاع الحالة على ما كانت عليه، ومع ذلك فإن إقرار الرد القيمي كاستثناء يجب ألا يخرج أو يبتعد عن هذه القاعدة.

المطلب الثاني: الرد بالقيمة.

طبقا للقواعد العامة المطبقة على الرد فإنه إذا تعذر الرد العيني جاز اللجوء إلى الرد بالقيمة، لأنه إذا تعذر من الناحية المادية إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، إلا ان إعادتها من الناحية القانونية ممكنة وعلى النحو الذي تجعل به الأطراف في ذات المراكز القانونية السابقة، لهذا فإن الرد العيني ليس غاية في حد ذاته وإنما هو وسيلة لإعادة الأوضاع القانونية إلى ما كانت عليه، فإذا تعذر الرد العيني واستحال فإنه يمكن الاستعاضة عنه دائما بتقدير قيمة الأداء أو الرد .

وطالما أن الرد بالقيمة هو بدوره وسيلة لضمان إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بشكل شمولي، فإن التساؤلات التي يثيرها تتعلق من جهة بمضمونه (الفقرة الأولى) ومن جهة أخرى بطريقة إعماله (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مضمون الرد بالقيمة في سياق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

كان الرد القيمي لفترة طويلة بديلا عن الرد العيني وبشكل استثنائي، بحيث كان ينظر إليه كمجرد تعويض يغطي جزء بسيط من الضرر الذي تعرض له الشخص بفعل حرمانه من ملكه⁶⁵⁹، وإذا كان هذا المنظور للرد القيمي قد انتهى بعد أن أقرته النصوص وكرسه القضاء، فإن الاختلاف بينه وبين الرد العيني لازال قائما، فعلى المستوى الإجرائي، فبخلاف الرد العيني الذي قد يمنح المدعي دعوى عينية فإن الرد بالقيمة لا يمنح إلا دعوى شخصية التي تتميز على غرار الدعاوى الشخصية بالدونية مقارنة بالدعاوى العينية، فهي ترتبط بملاءة الذمة المالية للمدين وليست لها حجية في مواجهة الغير.

⁶⁵⁹ - مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p 82.

في الوقت الراهن لا يزال الرد بالقيمة هو استثناء للرد العيني فقانون الالتزامات والعقود المغربي يتضمن مقتضيات كثيرة تفيد القاعدة وتؤكد هذا الاستثناء، كما أن القانون المدني الفرنسي تضمن هذا المبدأ في المادة 1352، تكريسا للعمل القضائي الفرنسي الذي دأب على إعماله، فقد ورد في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 يونيو 2002 بأن «الرد المتبادل الناتج عن إبطال عقد البيع يجب تنفيذه إما عينا أو بالقيمة»⁶⁶⁰.

وجاء في قرارها الصادر بتاريخ 17 فبراير 2021 أن «يمكن للمحامي طلب التعويض القيمي عن الخدمات التي قدمها بمقتضى عقد باطل أبرم خرقا لقانون مهنة المحاماة»⁶⁶¹.

ومع ذلك فقد ذهب أحد الباحثين⁶⁶² إلى القول أن القانون المدني الفرنسي الجديد استعمل عبارة الرد بصيغة الجمع Les restitutions على غرار التعويضات Les dommages et intérêts فيبدو أن الرد لا يتعلق في الأصل إلا بمنح مبالغ مالية، لأنه عند استعمال الرد بصيغة المفرد يحيل فقط على التسليم المادي للشيء، وقد استعملها المشرع في مادة واحدة هي المادة 1352 بينما استعملها بالجمع في باقي المواد حتى في المادة 1352-1 الخاصة بالعيوب التي تطرأ على الشيء، لهذا فقد اقترح إعادة تعريف إرجاع الحالة عن طريق الرد بأنه إعادة الشيء عن طريق منح مبلغ مالي يشكل قيمته، ولعل ما يقصده هذا الباحث أنه وفق النصوص الجديدة للرد في القانون المدني الفرنسي فقد أضحي الرد بالقيمة هو الأصل وان الرد العيني يبقى محدودا جدا.

في الواقع فإن القانون المدني الفرنسي تناول الرد بالقيمة كأصل في الفروض المتعلقة بالأداءات من غير الأشياء، فنص عليه في حالة الأداءات التي تتضمن تقديم خدمة حيث جاء في المادة 1352-8 أن «رد أداء خدمة يكون بالقيمة يتم تقديرها من يوم تقديمها»، وهذا مقتضى منطقي يرتبط بطبيعة الأداء.

والجدير بالذكر أن الرد بالقيمة يقترب من فكرة التعويض، ومع ذلك فإنه لا يكتسب طبيعة التعويض الجزائي في المسؤولية المدنية المبني على الخطأ والضرر والعلاقة السببية، فالرد بالقيمة يرتبط بالأداء في حد ذاته فيقدر وفق عناصر هذا الأداء على أساس موضوعي

⁶⁶⁰- Cour de cassation, Civ. 1^e, n° 00-15.297, RTD civ. 2003. 284, obs. Mestre et Fages.

⁶⁶¹-Cour de cassation, Civ. 1 re, 17 févr. 2021, n° 19-22.234, in Code civil annote, p4921.

⁶⁶² -مرجع سابق:

أي بما تم تسلمه من طرف المدين بالرد، والقيمة الموضوعية هي القيمة المرتبطة بوضع السوق⁶⁶³، هكذا فمن استهلك شيئاً فإنه ملزم برده وفق ثمنه الجاري في السوق، وفي المقابل فإن التعويض ينظر إليه من زاوية الدائن أي المتضرر فهو موجه لجبر الضرر الشخصي أي الخسارة التي لحقت الشخص وما فاتته من كسب .

ومن جهة أخرى فإن قيمة الشيء تختلف عن الثمن المحدد في العقد، لكون اعتماد الثمن يؤدي إلى رد يفوق القيمة الحقيقية للشيء، فثمن البيع يشمل عادة إلى جانب القيمة الحقيقية، التكلفة والرسوم والأرباح⁶⁶⁴، وبهذا يكون الأمر بمثابة تنفيذ للعقد الباطل، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 19 دجنبر 1979 التي نقضت قرار استئنائي قضى برد ثمن بيع المواد الفلاحية على أساس الثمن المحدد في العقد وهذا يعني شموله لأرباح البائع⁶⁶⁵.

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 10 دجنبر 2014 «من أجل إرجاع أطراف عقد فلاحى تقرر إبطاله إلى الحالة السابقة فيجب الأخذ بعين الاعتبار فقط الأداءات المقدمة من الطرفين تنفيذا للعقد دون الأرباح المحصل عليها»⁶⁶⁶.

وأنه حتى بالنسبة للذين يؤسسون الرد على الأثر الرجعي لانحلال التصرفات القانونية يؤكدون على ضرورة عدم الخلط بين القيمة والثمن، إذا زال العقد بأثر رجعي، فلا يمكن ولا يجب أن يكون له أي نتائج، بحيث لا يمكن لهذا الاتفاق أن يبسط حكمه على العلاقة السابقة للأطراف المتعاقدة على الرغم من تطورها قبل الفسخ أو الإبطال. والقاضي هنا له سلطة تقديرية واسعة إلا أنها مقيدة بعدم الاكتراث بمضمون العقد عندما يقدم مرجعية لقيمة الأداءات المتبادلة.

لهذا فالرد بالقيمة يجب ان يكون معادلا لما كان سيكون عليه الوضع في حالة الرد العيني أو كما يقول القضاء القيمة الحقيقية للشيء، كما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية

⁶⁶³ - مرجع سابق:

Heinzmann Lisa :«L'étendue des restitutions en droit français et allemand», p322.

⁶⁶⁴ - مرجع سابق:

GUELFUCCI-THIBIERGE «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ 1992, 458.

⁶⁶⁵-Cour de cassation, ch, com, 19 décembre 1979, n°318, J.C.P, 1980 , II, 19464.

⁶⁶⁶-Cour de cassation, 10 déc. 2014, n°13-23903, in code civil annoté, p4935.

بتاريخ 16 مارس 1999 «إن محكمة الاستئناف عندما تبين لها قيام البائع بتسليم الأشجار، وأمام استحالة ردها عينا قررت أن البائع له الحق في الحصول على الثمن الحقيقي للأشجار، تكون قد عللت قرارها»⁶⁶⁷.

لكن أعمال هذا التمييز بين الثمن والقيمة الحقيقية من الأمور الأكثر غموضا في القانون المعاصر⁶⁶⁸، على الرغم من صرامة العبارات المستعملة فإنه: «من الصعب تحديد القيمة الحقيقية أو الفعلية للأشياء...حيث أن الفلاسفة ورجال الاقتصاد يؤكدون أن الأشياء لا تكتسب قيمتها من ذاتيتها، هذا التقدير هو وليد الاتفاق في ظل وضعية السوق»⁶⁶⁹.

من هنا يقترح البعض أن تحديد القيمة الحقيقية للشيء يجب أن تتم من خلال طرح الضرائب والتكاليف ورسم القيمة المضافة وهامش الربح من الثمن المدفوع⁶⁷⁰، إلا أن هذا الرأي مردود لأنه من الصعب تحديد هامش الربح. بينما يقترح البعض الآخر أعمال قواعد الحلول العيني من خلال قيمة أو ثمن إعادة البيع⁶⁷¹.

وفي نفس السياق وبالنسبة لقيمة الأداءات المتعلقة بتقديم خدمة، فالقضاء يطبق نفس المنطق حيث يتم الحديث عن التعويض عن الاحتلال أو القيمة الموضوعية للخدمة المقدمة، ففسخ عقد كراء يجعل الرد العيني مستحيلا، وبالتالي فالمستفيد يكون ملزما برد تعويض عن احتلاله للملك يمثل قيمة استغلاله، هذا المبلغ لا يتوافق بالضرورة مع السومة الكرائية وإنما يعتمد تقدير موضوعي للمنفعة المحصل عليها من هذا الاحتلال.

⁶⁶⁷-Cour de cassation, Civ. 1^e, 16 mars 1999, Bul civ, I, n°95, Rev.jur, dr ;aff, n°510.

⁶⁶⁸-مرجع سابق:

Yves-Maria Serinet « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français », p617.

⁶⁶⁹ -M.-A.Frison-Roche :«Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences», petites affiches, n°147, 8 dec 1993.

⁶⁷⁰ -مرجع سابق:

Marie Malaurie :«Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p 66.

⁶⁷¹ -مرجع سابق:

Yves-Maria Serinet « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français », p618.

لهذا فالتعويض عن الاحتلال لا يشكل ثمن الكراء، فهو حسب قرار قديم لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 16 نونبر 1932 يمثل القيمة الكرائية للعقارات المحتلة⁶⁷²، وهي مختلفة عن ثمن الكراء المتفق عليه، أولا بفعل تغير الثمن نتيجة الظروف الاقتصادية، ثم إن ثمن الكراء قد يكون أسس على اعتبارات شخصية.

وبالنسبة للخدمات فيجب أولا تحديد الأتعاب الموضوعية للأداء، وهنا كذلك بشكل مستقل عن العقد، ثم بعد ذلك طرح المنافع التي تحصل عليها الدائن بالرد.

الفقرة الأولى: طريقة إعمال الرد بالقيمة.

مرور الزمن قد يكون له تأثير مهم على قيمة الأداء، قد يكون هذا التأثير إيجابيا أو سلبيا على كل طرف بحسب الظروف، هناك ثلاثة أنظمة لتحديد تاريخ تقدير قيمة الأداء.

- نظام يعتمد تاريخ تقديم الخدمة الأصلية بناء على حالة الشيء في ذلك التاريخ هذا الخيار يتم اعماله عادة في حالة الإبطال والفسخ بأثر رجعي، مدة طويلة قد تفصل بين الأداء الأصلي والرد تتغير معها القيمة الحقيقية للشيء، لهذا فهذه الطريقة لا تبالي بالزمن.

- نظام يعتمد تاريخ الرد أو عند الاقتضاء تاريخ الحكم بالرد بناء على حالة الشيء في ذلك التاريخ، يتم الأخذ فيه مسألة مرور الوقت، إلا أن الدائن بالرد هو الذي يتحمل وحده مخاطر انخفاض القيمة.

- نظام يعتمد في تقديره لقيمة الشيء يوم الرد ولكن بناء على حالة الشيء يوم تنفيذ الأداء الأصلي، يبدو أنه الحل الأكثر توازنا في المجال العقدي فالملزم بالرد يتحمل استعمال و انخفاض العملة بينما يتحمل الدائن بالرد بلاء الشيء وقدمه، فهو حل جذاب لأنه يوز آثار مرور الزمن، مثلا إبطال عقد بيع عقار قام المشتري بتفويت العقار.

وفي هذا الإطار فالقانون المدني الفرنسي اعتمد نظام مزدوج بحسب طبيعة الأداء موضوع الرد، فبالنسبة لرد الأشياء قرر في المادة 1352 احتساب قيمة الشيء يوم الرد، وقد خالف بذلك توجه محكمة النقض الفرنسية التي كانت تعتمد تاريخ الأداء الأصلي، حيث جاء في قرارها الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 14 يونيو 2005، بخصوص إبطال عقد تفويت

⁶⁷² -مرجع سابق:

Yves-Maria Serinet « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français », p619.

أسهم أن «إبطال تفويت يمنح للبائع أمام عدم امكانية الرد العيني للأسهم، الحق في الحصول على قيمتها من تاريخ التفويت»⁶⁷³.

كما جاء في قرارها الصادر بتاريخ 14 ماي 2013 «أن البطلان تفويت حصص شركة يعطي للبائع الحق في تعويض بالقيمة يحسب من تاريخ العقد الباطل»⁶⁷⁴.

وقد كانت غاية المشرع من هذا التوجه هو تقريب الرد بالقيمة من الرد العيني، وبعبارة أخرى أراد المشرع احتساب الزيادة والنقصان في القيمة التي قد يحدثا للدائن بالرد، بحيث لا ينبغي لأحد الأطراف أن يثرى على حساب الآخر نتيجة لظروف قد تحصل بعد إبطال أو فسخ التصرف.

كما أن المشرع الفرنسي لم يعتمد الاعتبار الشخصية في تقدير الرد بالقيمة المتعلق بالأشياء فهو لم يشترط حسن أو سوء النية.

وفيما يتعلق بمعايير تقدير هذه القيمة فالنص لم يشر إلى هذه المسألة إطلاقاً، وكأن المشرع بذلك الصمت منح القضاء سلطة تقديرية واسعة في تقدير القيمة الفعلية للشيء.

بينما بالنسبة لرد الخدمات فقد اعتمد تاريخ تقديم الخدمة حسب المادة 8-1352، وهو تكريس لما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية في هذا الإطار⁶⁷⁵، في حين بالنسبة لمعيار تقدير القيمة يرى بعض الفقه أنه يتعلق بقيمة الخدمة في حد ذاتها وليس بقيمة العمل المنجز على إثرها⁶⁷⁶.

أما بخصوص القانون المغربي فإنه اعتمد تاريخ الأداء الأصلي لتقدير الرد بالقيمة، وقد أقر هذا التاريخ في الفصل 75 من قانون الالتزامات والعقود المتعلق بالرد الناتج عن أشباه

⁶⁷³-Cour de cassation, ch.com, 15 juin2005, n°03-12339, R.T.D com 2005, n°54.

⁶⁷⁴ - Cour de cassation, ch.com, 14 mai2013, RTD com, 2013, n°44

⁶⁷⁵ - مرجع سابق:

Farah Safi :«Les restitutions concécutives a la nullité», R.dalloz, 2016, p1180.

⁶⁷⁶ -مرجع سابق:

M. Latina et G. Chantepie« Commentaire théorique et pratique de la réforme du droit des obligations, dans l'ordre du Code civil», éd. Dalloz, 2016, spéc. n° 1075.

العقود، إذ لم يميز في مسألة رد قيمة الشيء بين المحرز حسن النية أو سيئ النية مع الإبقاء على التمييز بينهما من حيث لثمار والمنافع والزيادات⁶⁷⁷.

كما اعتمد هذا التاريخ في الفصل 102 من نفس القانون بشأن الحيابة، حيث الزم الحائز سيئ النية برد قيمة الشيء مقدرة في يوم وصوله إليه.

وعلى العموم فإن تقدير قيمة الرد في تاريخ حدوث الأداء الأصلي أو في تاريخ تقرير الرد يترتب عليه بالضرورة تحميل أحد الأطراف الدائن أو المدين مخاطر الشيء، فالنظر إلى المسألة في العمق يجعل وقوع هذا التقدير يوم الأداء الأصلي هو بمثابة حرمان الدائن بالرد من الحماية ضد التضخم وتحميله آثار انخفاض القيمة أو ارتفاعها، وفي المقابل تقدير هذه القيمة عند الحكم بالرد هو تحميل المدين بالرد أعباء الأضرار والعيوب التي قد تطال الشيء إلى حين هذا التاريخ وتسمح للدائن بالحصول على تقدير يتناسب وثمان السوق.

لهذا فإن هذا التحديد الزمني لتاريخ تقدير قيمة الرد هو أكثر من مجرد توزيع للخسائر والأرباح بل إنه توجه نحو تحميل للمسؤولية عن الدين بالرد بالجملة⁶⁷⁸، من هنا نجد المشرع المغربي على الرغم من اعتماده تاريخ الأداء الأصلي سواء في الرد الناتج عن اشباه العقود أو بالنسبة للحيابة فإنه خفف من آثاره بالنسبة للدائن بالرد عن طريق تحميل المدين السيئ النية مسؤولية هلاك أو تعيب الشيء، مع العلم أن محكمة النقض الفرنسية كانت بدورها تنسج على هذا المنوال قبل صدور تعديلات سنة 2016 حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 9 يوليوز 2004 أن «يمكن للمتضرر من إبرام عقد تم ابطاله مطالبة الطرف الآخر بالتعويض الضرر الحاصل»⁶⁷⁹.

وحسن النية في معناه المجرد هو أن يأتي الفرد عملاً مع اعتقاده في سلامته، ويتحدد مضمون هذا الاعتقاد في خصوص كل عمل بما يتناسب معه، ففي الحيابة فحسن النية هو أن يحوز الشخص شيء بمقتضى حجة يجهل عيوبها، وفي دفع غير المستحق فإن الموفى له

⁶⁷⁷ - مرجع سابق:

مأمون الكزبري: «نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزام»، ص351.

⁶⁷⁸ - مرجع سابق:

Frédéric Rouvière : «L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution», p622.

⁶⁷⁹ - مرجع سابق.

Cour de cassation , ch.mixte, 9 juill 2004, N°02-16.302 , AJDI 2005 /331, obs.F .Cohet-cordy.

يكون حسن النية إذا كان يعتقد أنه يستوفي ما هو مستحق له وفي الإثراء بلا سبب يكون المثرى حسن النية إذا كان يعتقد توافره على سبب يجيز له تسلم أو حيازة الشيء⁶⁸⁰.

وينتج الاعتقاد اثره في ثبوت حسن النية اذا كان قد قام على أسس سليمة لا تنطوي على مخالفة القانوني، وتؤدي اليه عقلا وبحسب المعتاد ودون أن يتناقض مع ما هو مفترض العلم به بالضرورة أو بحسب القانون، والأصل في الاعتقاد الجزم أي سليما وتاما لا يشوبه أدنى شك.

وفي المقابل فسوء النية كمفهوم قانوني هو مظهر للشخص الذي ينعدم فيه الإخلاص والوفاء اتجاه الغير، في إطار التصرفات القانونية بصفة عامة، وهو نقيض لحسن النية التي عرفها الفصل 103 من ق.ل.ع، بمعنى أنه الحائز للشيء بحجة يعلم عيوبها أو بحجة لم يسع التحقق من صحتها، أو الحائز بغير حجة أصلا⁶⁸¹.

وترتبا على ذلك فإن سوء النية في نطاق الرد مرتبط بالفعل المولد أي بمصدر الرد، بمعنى العلم المسبق بالظروف التي تجعل الأداء الأصلي غير مستحق، وبهذا فالدائن بالرد الذي يعلم بظروف تفيد عدم صحة هذا الأداء ومع ذلك يبقى مستفيدا منه، يجب معاملته بنقيض نيته، من خلال تحميله كل المسؤولية بضمان الشيء محل الرد وقيمته من تاريخ تسلمه حتى لو كان سبب التعيب يرجع لقوة قاهرة أو حادث فجائي، مع العلم أن تحديد سوء النية هي مسألة واقع تستغله محكمة الموضوع بتقديرها بما لها من سلطة⁶⁸²، تقدرها في ضوء ما يتبين لها من الظروف المحيطة بكل حالة على حدة، ولا تثريب عليها فيما تذهب إليه من تقدير طالما أنها قد أقامته على أسباب سائغة تؤدي إليه وتكفي لحمله.

على أن أثر سوء النية أو حسن النية لا يمارس تأثيرا على وجود الرد العيني أو القيمي لأن هذا الالتزام ثابت لا يتغير، وهذا ما تشير اليه مقتضيات قانون الالتزامات والعقود، كما أنها لا تأثر على ملحقات الأداء الأصلي أو ما يسمى بالرد التكميلي إلا من حيث تاريخ احتساب الثمار والفوائد وما في حكمها.

⁶⁸⁰ - سمير عبد السيد تناغو: «مصادر الالتزام»، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2009، ص329.

⁶⁸¹ - الحسن الصالحي: «البناء في ملك الغير أحكامه وحالاته»، مطبعة الأمنية، الرباط، 2018، ص44.

⁶⁸² - قرار محكمة النقض عدد 104، بتاريخ 7 فبراير 2022 ملف مدني رقم 2019/2/1/7379، منشور على المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض juriscassation.cspj.ma - -.

المبحث الثاني: الرد التكميلي في سياق إرجاع الحالة على ما كانت عليه.

يتحدد مضمون الرد بالغاية المباشرة له، وهي إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل تنفيذ الأداء، ولذلك فإن العبرة في تحديد مضمون ما يجب رده هو محل التنفيذ الأصلي، ويتكامل بهذا الدور المزدوج الذي يؤديه تنفيذ الأداء في سياق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، بحيث يعد أساساً قانونياً للرد وفي نفس الوقت محدداً وضابطاً لمحل ومضمون هذا الرد.

وإذا كانت إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه هي تسكين الأطراف في الوضعية القانونية والواقعية التي كانوا عليها وكأن الأداء لم ينفذ، وبما أن هذا الأمر يستوجب عدم احتفاظ أي طرف بالملحقات أو المزايا المالية للأداء، فإن هذا المفترض يتطلب مراعاة المدة الزمنية الفاصلة بين هذا التنفيذ وتقرير الرد، فكلما طالت هذه المدة كان وقعها كبير على حساب الرد، لأن الشيء محل الأداء قد ينتج ثمار وفوائد، كما قد يستفيد من تحسينات أو يتعرض للتدهور، وقد ترتفع قيمته أو تنخفض.

وتكمن صعوبة تحديد ملحقات الرد كونها ترتبط بظروف تأتي لاحقة للأداء الأصلي، وبالتالي فإنها تختلف عن محل هذا الأداء⁶⁸³.

ويسمى الفقه الفرنسي الرد التكميلي بأنه حساب الرد، لكونه لا يعدو أن يكون سوى عملية حساب مستمدة من نظري المحاسبة بين الأصول والخصوم، بين الثمار والفوائد، وبين الزيادة والنقص في القيمة⁶⁸⁴.

ومع ذلك فإن عناصر الرد التكميلي ليس لها طابع موضوعي ولا ترتبط فقط بمنظور حسابي، وإنما تتأثر بعوامل أخرى متعلقة بالأداء الأصلي وباعتبارات شخصية تخص الملزم بالرد⁶⁸⁵، لهذا فمن الضروري تحديد مضمون الرد التكميلي من حيث شموله من جهة على الثمار والفوائد وقيمة الاستغلال (المطلب الأول) ومن جهة أخرى على تغير قيمة الشيء بين الزيادة والنقصان (المطلب الثاني).

⁶⁸³ -مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois » p272.

⁶⁸⁴ -مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p 144.

⁶⁸⁵-Sylvan Mercoli : «Les accessoires de la restitution ou la recherche d'un improbable retour à l'équilibre» , 2019, in (<https://www.actu-juridique.fr>).

المطلب الأول: رد الثمار والفوائد وقيمة واجب استغلال الشيء.

يقتضي الرد الشامل استعادة الدائن للمنافع التي تحصل عليها المدين من استغلاله للشيء خلال الفترة الفاصلة بين الأداء الأصلي وتقرير الرد، ويقصد بالاستغلال هنا، الحق في استعمال المال والاستفادة من ثماره ومداخله⁶⁸⁶، أو هو مجموع الأرباح والمنافع المتنوعة المرتبطة بحيازة المال، فكل ما يتولد عن الشيء من ثمار بمختلف أنواعها الطبيعية والصناعية والمدنية يجب إدراجها في حساب الرد (الفقرة الأولى).

على أن المدين بالرد قد يستفيد من الشيء محل الرد من دون أن يتعلق الأمر بالثمار أو الفوائد، فمجرد حيازته للشيء خلال فترة معينة واستعماله إياه قد يتولد عنه منفعة يستوجب إدراجها في حساب الرد في شكل تعويض عن الاستغلال، وإذا كان القضاء المقارن خاصة محكمة النقض الفرنسية كانت تستبعد هذه الإمكانية انطلاقاً من المفهوم الضيق للرد، فإن القانون المدني الفرنسي في صيغته الجديد بعد تعديلا 2016، وقبله القانون المدني لمقاطعة الكيبك الكندية قد أقر صراحة للدائن بالرد حق الحصول على تعويض عن استغلال الشيء (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الثمار والفوائد.

جاء في المادة 3-1352 من القانون المدني الفرنسي بأنه «يشمل الرد الثمار وقيمة الاستغلال التي يوفرها الشيء. تقدر قيمة الاستغلال من طرف القاضي يوم النطق بالحكم. ما لم ينص على خلاف ذلك، فرد الثمار إن لم تكن موجودة عينا، تقدر قيمته في تاريخ الرد حسب حالة الشيء يوم أداء الالتزام». كما نصت المادة 6-1352 على ما يلي: «رد مبلغ نقدي يشمل الفوائد بالمعدل القانوني والرسوم الضريبية المدفوعة بيد الشخص المتسلم».

من خلال هذين النصين يبدو منطقياً أن المداخل التي قد يلتزم المدين بردها تختلف بحسب طبيعة الأداء الواجب رده، فهي قد تكون الثمار التي تتولد عن الشيء إذا كان الرد منصبا على أشياء معينة بالذات (أولا)، كما قد تكون فوائد قانونية إذا كان الرد قد ورد على مبالغ نقدية (ثانيا).

⁶⁸⁶ - مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois »p274.

أولاً : الثمار.

الثمار هي ما يستحصل من الشيء بصفة دورية دون أن يؤدي ذلك إلى المساس بماهية الشيء وأصله⁶⁸⁷، مثال ذلك أخذ ما يتولد بصفة طبيعية عن الشيء، ككلاً الأرض أو مولود الحيوان، ومثال ذلك أيضاً أخذ ما يتولد عن الشيء بعد العمل كالمحاصيل الزراعية، ومثال ذلك أخيراً ما يتولد عن العمل القانوني موضوع الشيء، كالأجرة على كراء عقار.

وعبارة الثمار في الرد من خلال النصوص السابقة هي مطلقة وليس ثم قرينة على تقييدها، لذا هي تفيد الإطلاق، أي تفيد الثمار الطبيعية والصناعية والمدنية.

والثمار الطبيعية في العرف هي ما يتولد على الشيء تلقائياً دون تدخل الإنسان، والثمار الصناعية أو المستحدثة فهي ما يتولد عن الشيء بتدخل إرادي من الإنسان كمحاصيل القمح، أما الثمار المدنية فهي ما يغله الشيء من دخل نقدي يلتزم به الغير في مقابل انتفاعه بالشيء⁶⁸⁸.

ولئن كان الفصل 101 من ق.ل.ع، قد أشار إلى الثمار الطبيعية والمدنية، ولم يشر إلى الثمار الصناعية، فإن هذا لا يمنع من اعتبارها مشمولة بعبارة الثمار الطبيعية، فلا يوجد سبب لتفريقهما لأجل ذلك ربما جمعهما المشرع المغربي في المادة 231 من مدونة الحقوق العينية، التي جاء فيها « إن ثمار الأرض الطبيعية أو الصناعية والثمار المدنية ونتاج الحيوان هي للمالك بطريق الالتصاق ».

على أنه من الضروري التمييز في نطاق الرد بين الثمار والمنتجات، فالمنتجات هي ما لا يمكن ان يتحصل من الشيء إلا بصفة غير دورية وإلا بالمساس بأصله وماهيته كأخذ الأشجار من الغابة أو أخذ الحجارة والرخام من المقالع، وقد ميزت مدونة الحقوق العينية بينهما ضمناً في المادة 16 منها حيث أوردت بأن « مالك العقار يملك كل ملحقاته وما يدره من ثمار أو منتجات وما يضم إليه أو يدمج فيه بالالتصاق »، وبالتالي فإن مناط التفرقة تقوم على معيار الدورية ومعيار الإنقاص⁶⁸⁹، بينما الثمار لا تؤثر على أصل الشيء، فإن المنتجات تأخذ من رأس

⁶⁸⁷ - محمد ممدوح مصطفى: «القانون الروماني»، دار المعارف، 1965، ص326.

⁶⁸⁸ - عباس مبروك الغزيري: «اكتساب الحائز للثمار في القانون الروماني»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص12.

⁶⁸⁹ -مرجع سابق: عبد المجيد الزروقي: «الحقوق العينية الأصلية». الطبعة الثانية، تونس 2018، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ص298.

المال أي من قيمة الشيء، ففي سياق الرد فالثمار والمنتجات يدخلان في حساب الرد أو الرد التكميلي، ومع ذلك فكل ما يمس ماهية الأداء الأصلي يرتبط بتغير قيمة الشيء ويخضع لقواعد مستقلة⁶⁹⁰.

والأصل أن الثمار في مجال الرد تبقى للمدين بالرد شريطة أن يكون حسن النية، وهذا ما نص عليه الفصل 103 من ق.ل.ع حيث ورد فيه «الحائز عن حسن نية يملك الثمار ولا يلزم إلا برد ما يكون منها موجودا في تاريخ رفع الدعوى عليه برد الشيء، وما يجنيه منها بعد ذلك»، وهو نفس المنطق الذي تبناه الفصل 75 من ق.ل.ع واكده القضاء، فقد جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 6 أكتوبر 1999 بأنه «لا يصح أن يحكم على حائز العقار بحسن النية بالتعويض عن الاستغلال إلا ابتداء من تاريخ رفع دعوى الإفراغ والاستغلال»⁶⁹¹. كما جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المغربية بتاريخ 5 يناير 2016 أن «القاعدة المنصوص عليها في الفصل 103 من ق.ل.ع تقضي أن حائز شيء إذا اقترنت حيازته بحسن نية كأن يكون اتصل به عن طريق تصرف باطل تكون له ثماره ولا يلزم بأن يرد منها إلا ما كان موجودا في تاريخ رفع الدعوى عليه برد ذلك الشيء والثمار التي يجنيها بعد ذلك»⁶⁹².

على أن المشرع الفرنسي بمقتضى التعديلات الجديدة للقانون المدني قد خالف هذا الأصل في المادة 1352-3 المشار إليها أعلاه، واعتبر الثمار جزء من الأداء الواجب رده بغض النظر عن حسن أو سوء نية المدين بالرد، كما أنه نعى خلاف ما كانت تقرره محكمة النقض الفرنسية التي كانت تربط رد الثمار بسوء النية فقد جاء في قرارها الصادر بتاريخ 3 مايو 2018 بأن «في حالة ابطال البيع بسبب الغلط، لا يمكن للبائع رد واجبات الكراء المقبوضة من المزم بالرد طالما كان غلط المشتري مبررا ولم يكن سيء النية»⁶⁹³.

أما بخصوص حساب الرد فالقانون المدني الفرنسي اعتبر تاريخ تقرير الرد هو تاريخ تقييم الثمار ولكن بحالتها يوم تسلم الشيء، إلا أنه بالنسبة لتاريخ بداية حساب الثمار الواجب ردها

⁶⁹⁰مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois »p275.-

⁶⁹¹قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1999/10/6، تحت عدد 4610 في الملف عدد 94/4914، منشور بمجلة الملف عدد9، ص227.

⁶⁹²- حسن فتوخ: «الوسيط في شرح القانون المغربي -الجزء الأول القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية»، مطبعة الأمانة الرباط، 2016، ص33.

⁶⁹³-Cour de cassation, Civ. 3^e, 3 mai 2018, n°17-11.132, RTD civ. 2018. 658, obs. Barbier.

فقد ميز بهذا الخصوص بين المدين حسن النية والمدين سيئ النية⁶⁹⁴، حيث نصت المادة 7-1352 بأنه «من تسلم بسوء نية يكون ملزماً بالفوائد والثمار المقبوضة أو قيمة الاستغلال من تاريخ الأداء. ومن تسلم بحسن نية لا يلتزم بها إلا من تاريخ المطالبة». وهذا التوجه الذي سلكه المشرع المغربي في الفصل 101 من ق.ل.ع بالنسبة للحائز سيئ النية حيث الزمه بالرد من تاريخ تسلم الشيء، والفصل 103 من نفس القانون بالنسبة للحائز حسن النية من يوم المطالبة القضائية.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه بناء على قاعدة الرد الشامل، إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه تقتضي ألا يعيد الملزم بالرد إلا ما قبضه من الثمار، فإذا كانت ثمار مدنية فتعتبر مقبوضة شهراً بشهر، فتثبت للحائز حسن النية عن كل شهر يمر عليه وهو حسن النية سواء قبضها مقدماً أو مؤخراً، أما الثمار الطبيعية فلا تكون مقبوضة إلا من يوم فصلها وجنيها، وهذا هو منطق الرد، ومع ذلك فقانون الالتزامات والعقود قد اتجه إلى توسيع مسؤولية الحائز السيئ النية وذلك بإلزامه برد حتى الثمار التي قصر في قبضها، وهذا المقتضى يحيل في الحقيقة على فكرة تعويض الدائن على ما فته من كسب، لا تتناسب مع مفهوم الرد وأساسه الذي يجد مناطه في الأداء المنفذ.

ثانياً : الفوائد القانونية

الفوائد تعد مداخل مثلها مثل الثمار إلا أنها ترد على المبالغ النقدية، فهي تنتج عن استغلال الملزم بالرد للمبلغ المالي الذي تسلمه بمقتضى الأداء الأصلي، ويتربط على هذا الوصف حسب الفقه مجموعة من النتائج تحدد أشكال الرد التكميلي للفوائد⁶⁹⁵.

لهذا إذا كان الرد متولد عن ابطال أو فسخ عقد، فيكون هناك نوع من الرد التبادلي، فالمشتري يكون ملزم برد الشيء محل الأداء الأصلي مع كل الثمار المحصل عليها، ويكون البائع

⁶⁹⁴ - مرجع سابق:

Marc. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », LPA n°096, mai 2016, p.6s.

⁶⁹⁵ - مرجع سابق:

Angel Carrasco Perera: «Restitución de provechos (II)», p135.

ملزم برد الثمن من تاريخ تسلمه مع فوائده، فهناك تلازم بين الثمار والفوائد يمكن أن يؤدي إلى نوع من المقاصة، إلا أن هذا التلازم يختلف بحسب ما إذا كان الشيء منتج للثمار أم لا⁶⁹⁶.

بالنسبة للأشياء المثمرة Choses frugifères، فإن الارتباط بين الثمار والفوائد يؤدي إلى قاعدة ثلاثية تعتمد أساساً على الانتفاع بالشيء والثمن من عدمه، فمثلاً في حالة فسخ عقد البيع حيث يمكن التمييز بين ثلاثة فرضيات بحسب تنفيذ البيع:

الفرضية الأولى: عند تسليم الشيء وأداء الثمن، فلا يكون هناك رد بل نوع من المقاصة القضائية⁶⁹⁷.

الفرضية الثانية: عند أداء الثمن دون تسليم المبيع، يكون البائع ملزم بفوائد الثمن .
الفرضية الثالثة: عند تسليم الشيء دون أداء الثمن، على الرغم من حسن نية المشتري فهو ملزم برد الثمار، مع إمكانية الحصول على تعويض عن واجب الاستغلال.

أما بالنسبة للأشياء غير المثمرة Choses non frugifère، فهنا كذلك تلازم بين الثمار والفوائد، وفكرة أن الفوائد القانونية هي تعويض عن الحرمان من الانتفاع بالمال، ويمكن التمييز هنا بين فرضيتين:

الأولى : البائع الملزم برد الثمن لا يكون ملزم بأي فائدة قانونية، إذا لم يكن محل الأداء منتج للثمار، فإن استغلاله لهذا الشيء خلال الفترة الممتدة بين تنفيذ الأداء وتقرير الرد كافية لتمكينه من الحصول على المنفعة المرجوة، وبالتالي لا مجال لمنحه تعويض في شكل فوائد.

الثانية : يكون البائع ملزم بدفع الفوائد، إذا لم يتحصل المشتري على أي منفعة من الشيء. هذه القواعد بسيطة لأنها تستند إلى فكرة بسيطة، وهي خلق التوازن بين أطراف في الرد استعمال الشيء والانتفاع بالنقود.

ومن جهة أخرى فإن الرد المتولد عن دفع غير المستحق أو بصفة عامة الرد من جانب واحد، فلا مجال لافتراض التلازم بين الثمار والفوائد.

⁶⁹⁶ - مرجع سابق:

François Terré , Philippe Simler, Yves Lequette , François Chénéde : «Droit Civil les Obligations», 12ed, , Dalloz, 2018, p1884.

⁶⁹⁷ - مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p 188.

ومهما يكن من أمر، فإن القانون المدني الفرنسي نص صراحة في المادة 6-1352 بأن الأداءات التي يكون محلها مبالغ مالية تشمل بالضرورة رد الفوائد القانونية بغض النظر عن حسن أو سوء نية المدين، كما أن المادة 7-1352 أخضعتها لنفس أحكام الثمار من حيث تاريخ احتسابها، وميزت بين المدين حسن النية الذي يكون ملزماً برد الفوائد القانونية للمبالغ المقبوضة من تاريخ المطالبة القضائية، والمدين سيء النية من تاريخ قبضها⁶⁹⁸، وهي نفس الطريقة التي كان يعتمدها القضاء الفرنسي قبل صدور تعديلات سنة 2016 استناداً إلى مقتضيات المادة 1378 من القانون المدني في صيغتها القديمة المتعلقة بأحكام دفع غير المستحق، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 يونيو 1996 على أنه « المحكوم عليه برد مبلغ غير مستحق يلتزم بأداء الفوائد من تاريخ الأداء، فالدائن كان يعلم بوجود منازعة حول الدين ومع ذلك استمر في متابعة عملية الاستخلاص على مسؤوليته»⁶⁹⁹.

وترتيباً على ما سبق، فإن هذه الفوائد القانونية هي الناتجة عن رأس المال المحسوبة بالمعدل القانوني، لهذا فالمادة 6-1352 المشار إليها أعلاه، على عكس المادة 3-1352 الخاصة بالأداءات التي يكون محلها شيء، لا تتضمن احتساب الثمار في رد المبالغ النقدية، وعليه في حالة تولدت للمدين فوائد على المبلغ النقدي نتيجة استثماره، فإنه يكون ملزماً بإعادة الفائدة القانونية فقط وسيحتفظ بفائض الفوائد التي انتجها رأس المال⁷⁰⁰.

والجدير بالذكر هنا أن هذه الفوائد القانونية الواجب ردها في سياق حساب الرد أو الرد التكميلي هي المؤسسة على انتفاع أو استغلال المدين لمبلغ مالي تلقاه على سبيل أداء أصلي، مثل ثمن بيع تقرر فسخه أو إبطاله⁷⁰¹، فهي التي تستجيب لمنطق الرد القائم على أساس إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وبالتالي فإنها تختلف من حيث الأساس القانوني عن الفوائد

⁶⁹⁸ -مرجع سابق:

Marc. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », LPA n°096, mai 2016, p.6s.

⁶⁹⁹ - Cour de cassation, Soc. 27 juin 1996, n° 94-10.982 , JCP 1996. I. 3983n° 17, obs. Billiau.

⁷⁰⁰ -Aurélien Bamde : « La restitution d'une somme d'argent consécutivement à l'anéantissement d'un contrat», 2019, www.aurelienbamde.com.

⁷⁰¹ -مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE:«La restitution des prestations en Droit Québécois »p288.

القانونية الناتجة عن التأخر في الوفاء بمبلغ مالي⁷⁰²، على اعتبار أن هذه الأخيرة تروم جبر الضرر الذي قد يصيب الدائن، وهذا ما أكدته محكمة النقض المغربية في قرارها الصادر بتاريخ 30 مارس 2016 الذي جاء فيه: «لئن كانت الفوائد القانونية تشكل تعويضاً عن التأخر في دفع التعويض المحكوم به، فإنها وبذلك الصفة تبقى مرتبطة بالحكم المنشئ للحق في ذلك التعويض، وبالنتيجة يبدأ سريانها من تاريخ صدور ذلك الحكم لا قبله»⁷⁰³.

كما ورد في قرار آخر صادر بتاريخ 23 أبريل 2019، أن «من المقرر أنه لا يمكن التعويض عن نفس الضرر مرتين، وأن المشرع المغربي حدد في قانون المسطرة المدنية وسائل الإجبار على التنفيذ على سبيل الحصر وليس من بينها الفوائد القانونية، والمحكمة لما انتهت إلى عدم جواز الحكم بالفوائد القانونية على أساس أنها تعويض على نفس الضرر المحكوم به الناتج عن الفصل التعسفي... تكون قد عللت قرارها تعليلاً كافياً»⁷⁰⁴.

وأكثر وضوحاً ما ورد في قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 04 يوليوز 2018، والذي جاء فيه: «لئن كانت الفائدة القانونية تختلف عن التعويض من حيث الأساس القانوني إلا أنهما يتحدان في كون الغاية من إقرار كل منهما هي جبر الضرر الذي قد يصيب الدائن، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ردت طلب الفوائد القانونية بعلّة أن الضرر المترتب عن التأخير واحد ولا يمكن جبره إلا مرة واحدة لم تخرق القانون ولم تحرف ما جاء به الحكم الابتدائي من تعليل»⁷⁰⁵.

ومع ذلك فإن القضاء المغربي يكيّف جميع أنواع الفوائد القانونية بما فيها المتعلقة بعدم استفادة الدائن من المبالغ المالية الذي حرم منها طيلة بقائها لدى المدين، بأنها تعويض عن التأخر في الأداء، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 09 يناير 2014، بخصوص الفوائد القانونية المترتبة عن الحرمان من مبلغ شيك لمدة تفوق 13 سنة، حيث جاء فيه: «لكن حيث إن المحكمة لما ردت ما أثير بموضوع الوسيلة بقولها "إن ما زعمه العارض

⁷⁰²-مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p 187.

⁷⁰³ - قرار محكمة النقض عدد 421، بتاريخ 30 مارس 2016، ملف جنحي رقم 2015/2/6/14521، مجلة قضاء محكمة النقض عدد 81، 2016، صفحة 221.

⁷⁰⁴ - قرار محكمة النقض عدد 561، بتاريخ 23 أبريل 2019، ملف اجتماعي رقم 2017/1/5/319، نشرة قرارات الغرفة الاجتماعية عدد 43 سنة 2019، ص 52.

⁷⁰⁵ - قرار محكمة النقض عدد 347، الصادر بتاريخ 04 يوليوز 2018، ملف تجاري عدد 2017/3/3/2270، منشور في مجلة قضاء محكمة النقض عدد 85، قرارات الغرفة التجارية، ص 73.

مخالف للواقع والقانون، ذلك أن المحرم بين المسلمين بنص القانون هو اشتراط الفائدة، وتعلق الأمر بالفوائد الاتفاقية، لكن وفي نازلة الحال فإن ما قضى به الحكم المطعون فيه هو الفوائد القانونية التي لها صبغة تعويضية عن التأخير وهي جائزة قانوناً وليس ضمن القانون ما يمنعها..."، تكون قد بررت سبب قضائها بالفوائد القانونية وطبقت بذلك القاعدة المقررة بموجب المادة 245 من مدونة التجارة التي تمنع فقط اشتراط الفائدة بالشيك أي الفائدة الاتفاقية، وهو منع لا يطال الفوائد القانونية المقررة لحامل الشيك بصريح المادة 288 من ذات المدونة، فضلاً عن أن النزاع الماثل لا يتعلق بقرض بفائدة حتى ينعى على القرار خرق مقتضيات الفصلين 870 و871 من ق.ل.ع، وإنما يخص طلب الحكم للمدعية بتعويض عن عدم استفادتها من مبلغ الشيك الذي حرمت منه طيلة بقاءه لدى المدعى عليه، والتمست الحكم لها به في شكل فوائد قانونية، تعد بمثابة تعويض عن التأخير، وليس عن القرض المحظور اشتراط الفائدة عنه بين المسلمين، وبذلك لم تخرق أي مقتضى قانوني والوسيلة على غير أساس⁷⁰⁶.

وبغض النظر عن التكيف الذي اعتمدته محكمة النقض بخصوص هذه الفوائد القانونية، فإنها تكون قد اجازت صراحة استيفاء الفوائد القانونية عن الحرمان من الاستفادة من المبالغ المالية التي بقيت في يد المدين، وهي فرضية قد تشمل جميع الأسباب المولدة للرد سواء من جانب واحد كالرد المتولد عن أشباه العقود، أو من جانبيين كالرد الناتج عن انحلال وانقضاء التصرفات القانونية، كما أنها تشكل أحد الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم استحقاق الفوائد القانونية إلا من تاريخ رفع الدعوى بالنسبة للمبالغ المحددة ومن تاريخ الحكم القضائي بالنسبة للمبالغ المالية غير المحددة⁷⁰⁷.

ومن المفيد الإشارة هنا إلى أن الدكتور عبد الرزاق السنهوري يبرر فكرة دفع فائدة على النقود بعد تاريخ استحقاقها على مبدأ التعويض عن الضرر الذي يمكن أن يلحق بالدائن لعدم دفع هذه النقود له في الوقت المحدد، أو لتعويضه عن عدم حيازته واستعماله لها خلال المدة الواقعة بين تاريخ استحقاق دفع هذه النقود وتاريخ دفعها فعلاً، بالقول «فالدائن الذي لم يستوف المبلغ من النقود الذي له في ذمة مدينه في الميعاد الواجب يكون حتماً في أحد

⁷⁰⁶ -قرار محكمة النقض، عدد 15، الصادر بتاريخ 09 يناير 2014، ملف تجاري عدد 2012/1/3/26، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 77، قرارات الغرفة التجارية، ص 208.

⁷⁰⁷ -رمضان جمال كامل: «شرح دعوى الريع في القانون المدني»، دار الألفى لتوزيع الكتب القانونية بالمينا -مصر، الطبعة الأولى 2000، ص 225.

موقفين، فإما أن يكون في حاجة الى هذه النقود، فهو اذن مضطر أن يقترضها متربصاً في سداد القرض وفاء مدينه بالتزامه، وعندئذ يكون قد أصابته خسارة من جراء تأخر المدين، هي الفوائد التي يدفعها عادة لاقتراض المبلغ، ومن ثم كان له أن يسترد هذه الفوائد عادة لاقتراض المبلغ، ومن ثم كان له أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض، وأما أن يكون في غير حاجة الى نقود، ولكن النقود يمكن اعادة استغلالها فلو أن المدين وفي التزامه في الميعاد لكان في مكنة الدائن أن يستغل نقوده وعندئذ يكون قد فاتته ربح من جراء تأخر المدين، فقد كان يربح الفوائد التي يتقاضاها عادة في استغلال المبلغ ومن ثم كان له هنا أيضاً أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض»⁷⁰⁸.

من الواضح أن تبرير الدكتور السنهاوري لاعتبار الفائدة بمثابة تعويض يقوم على افتراض أن الدائن بحاجة الى الاقتراض أو لديه رغبة في اعادة اقراض نقوده، وكلا الفرضين لا يقوموا مبرراً لتقاضي تعويض، فمن المعروف أن التعويض لا يكون إلا عن فعل ضار أو عن اخلال بعقد بعد الاعذار، وهذين الشرطين لا ينطبقان على الرد.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أنه سبق للقضاء الفرنسي قبل تعديلا سنة 2016 أن أقر الطبيعة التعويضية للفوائد القانونية المترتبة عن الحرمان من الاستفادة من المبالغ النقدية واعتبرها مستحق من تاريخ الاداء الأصلي، كما انه أعفى الدائن بها من أثبات الضرر، وفي هذا المعنى جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 08 يونيو 1983، «عندما يلتقى الشخص مبلغ مالي بسوء نية، فإنه يكون ملزماً برده مع الفوائد القانونية من كل دفع غير مستحق، دون أن يكون الدائن ملزم بإثبات ضرر خاص»⁷⁰⁹.

عموما، يجب على المحاكم أن تتجنب الجمع بين الفوائد الناتجة عن الحرمان من الاستفادة من المبالغ النقدية في اطار الرد التكميلي والفوائد القانونية المترتبة عادة عن الحكم بمبلغ مالي، فعلى الرغم من اختلاف طبيعتهما القانونية إلا أنهما يرومان إلى غاية واحدة وهي رد مقابل استعمال مبلغ نقدي لفترة معينة.

ويبدو أن هذا التوجه يعد جزاء في حق الملزم بالرد الذي تمكن من الاستفادة من المبلغ المالي الذي تسلمه وجعله يزدهر، ومع ذلك فإنه ضروري لتحقيق الرد الشامل وإرجاع الحالة

⁷⁰⁸ - عبد الرزاق السنهوري

⁷⁰⁹ - Cour de cassation, Civ. 1^e, 8 juin 1983 , RTD civ. 1985. 168, obs. Mestre.

إلى ما كانت عليه، إلا أنه في بعض الحالات قد يكون الرد التكميلي لصالح المدين بمبلغ نقدي إذا كان الأداء المقابل الذي دفعه عبارة عن شيء أو خدمة تحصل منها الطرف الآخر على نفع غير مباشر نتيجة استغلالها.

الفقرة الثانية: رد واجب الاستغلال.

في كثير من الأحيان قد يكون الملزم بالرد قد استفاد من محل الأداء الأصلي بشكل غير مباشر من دون أن يتجسد هذا الاستغلال أو الانتفاع في شكل ثمار أو فوائد، لكن مع ذلك فمبدأ الرد الشامل يقتضي أن يشمل كل المنافع التي تم استخلاصها من هذا الأداء الأصلي.

والجدير بالذكر أن رد واجب الاستغلال أو الانتفاع بالشئ محل الرد كان موضوع نقاش قضائي واسع، فقد كان هناك نوع من التردد على مستوى محاكم الموضوع فبعضها كان يقبل بإمكانية منح هذا التعويض أو المقابل عن الاستغلال على أساس الإثراء بلا سبب⁷¹⁰، بينما كانت محاكم أخرى تعطي تعويض للدائن بالرد على أساس الحرمان من الاستغلال، وفي المقابل كانت محاكم أخرى ترفض ذلك، انطلاقاً من أن الدائن ليس له الحق إلا في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وليس في الإثراء المترتب عن العقد الذي تقرر انقضاؤه أو حله⁷¹¹. هذا الخلاف أدى إلى صدور قرارات متناقض في الموضوع على مستوى غرف محكمة النقض الفرنسية، حيث ذهبت الغرفة الأولى في قرارها الصادر بتاريخ 11 مارس 2003، إلى رفض منح تعويض عن استغلال السيارة موضوع عقد بيع تقرر فسخه وذلك على أساس الأثر الرجعي للفسخ، بينما قضت الغرفة الثالثة في قرارها الصادر بتاريخ 12 مارس 2003، بمنح تعويض عن الاحتلال لفائدة الدائن بالرد على أساس مبادئ الإثراء بلا سبب، وعلى أثر هذا التناقض في القرارات على مستوى محاكم الموضوع وغرف محكمة النقض، أصدرت الغرفة المختلطة لمحكمة النقض قرارها بتاريخ 9 يوليو 2004، حسمت فيه الجدل وانتصرت للاتجاه الرافض لمنح تعويض عن الاحتلال أو الاستغلال على أساس الأثر الرجعي للإبطال.

وترتيباً على ما سبق، كان يرى بعض الفقه⁷¹² أن المفهوم الحقيقي لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد يجب أن يتضمن بالضرورة المنافع المحصل عليها من الشيء كمقابل

⁷¹⁰- Cour de cassation 16 décembre 1975, Bull. civ.IV. n° 308 (2e moyen).

⁷¹¹-Cour de cassation, 25 octobre 1949, J.C.P. 1949.II.5225.

⁷¹² - مرجع سابق:

الاستعمال والاستغلال، خاصة في فرضيتي الرد المتولد عن انحلال التصرفات القانونية، كما أن مسودة مشروع Catala كانت قد تضمنت ضمن مقترحاتها إدراج التعويض عن الاستغلال في حساب الرد التكميلي بحيث نصت المادة 1164-2 بأنه «عندما يرد الرد على شيء من غير النقود فإن ملحقاته تشمل الثمار و الانتفاع المتحصل عليه من الشيء»⁷¹³.

وبالفعل فقد استجاب المشرع الفرنسي لهذه المقترحات بموجب تعديلات سنة 2016، وأقر في المادة 1352-3 من القانون المدني الفرنسي حق الدائن بالرد في الحصول على مقابل قيمة الاستغلال كنتيجة مباشرة لرد الأشياء من غير النقود⁷¹⁴، بحيث لم يربط منح مقابل قيمة الاستغلال بحسن أو سوء نية الملمزم بالرد إلا فيما يتعلق بتاريخ بداية احتساب هذه القيمة، وبالتالي فإن رد قيمة الاستغلال أضحي هو الأصل، على اعتبار أن الرد لا يستند إلى تحليل أخلاقي وإنما على أساس إعادة توازن موضوعي وواقعي مما يقتضي بالضرورة إدراج قيمة الانتفاع أو الاستغلال⁷¹⁵، وفي هذا المعنى جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 3 نونبر 2021 بشأن إبطال عقد كراء بأنه «في حالة إبطال عقد كراء بسبب لا يتعلق بسلوك المكثري، فإن التعويض عن الاحتلال يعد مقابل الانتفاع بالأماكن، وعليه فإذا لم يستفد المكثري من منفعة العين المكترة حسب الغرض المخصصة له بمقتضى العقد، فلا يكون ملزماً بدفع تعويض عن الاحتلال»⁷¹⁶.

ومما يجب التأكيد عليه في هذا المقام أن المقصود بقيمة الاستغلال في المادة المذكورة كجزء من حساب الرد التكميلي، ليس الحالة التي يكون فيها الانتفاع بالشيء يشكل أداء أصلي، لأنه في هذه الحالة يخضع للقواعد المتعلقة برد الخدمات المنصوص عليها في المادة 8-

⁷¹³ -art. 1164-2 al. 2 : « Lorsque la restitution porte sur une chose autre qu'une somme d'argent, les accessoires comprennent les fruits et la jouissance qu'elle a procurés. ».

⁷¹⁴ -Art. 1352-3 (Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 3, en vigueur le 1^{er} oct. 2016) « La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée. La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce. Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation ».

⁷¹⁵ -مرجع سابق:

Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET : « La formation du contrat, t. 2 », « L'objet et la cause – Les nullités », coll. « Traité de droit civil », Paris, LGDJ, 2013, n° 2881 et s., p. 1535 et s.

⁷¹⁶ -Cour de cassation, Civ. 3^e, 3 nov. 2021, n°20-16.334, in code civil annoté, 122^e, 2023, p4927.

1352 من القانون المدني الفرنسي، وإنما المقصود بها الحالة التي يترتب فيها هذا الاستغلال بشكل غير مباشر عن هذا الأداء، مثلاً في حالة ابطال أو فسخ عقد بيع عقار، فالأداءات الأصلية في عقد البيع هي تسليم المبيع مقابل قبض الثمن، وبالتالي فإن انتفاع المشتري بالعقار لمدة معينة لا يعد أداء أصلياً مترتب عن عقد البيع وإنما هو نتيجة غير مباشرة لحيازته للمبيع خلال الفترة الفاصلة بين التسليم والرد.

كما يجب الإشارة كذلك إلى أن مفهوم الاستغلال أو الانتفاع يحيل على مفهوم استخدام الشيء Usage وهو مختلف عن مفهوم التردّي Usure، فالاستخدام أو الاستعمال يشير فقط إلى المزايا التي يتلقاها الملزم بالرد لمجرد تلقيه الشيء محل الأداء، أما التردّي فهي مسألة تشير إلى تغير قيمة الشيء قد تكون موضوع رد تكميلي ولكن على أسس أخرى⁷¹⁷.

وفي نفس السياق، فإن القانون المدني لمقاطعة الكبك بكندا قد أقر بدوره إمكانية رد قيمة الاستغلال إلا أنه لم يعتمدها كأصل عام ولم يجعلها كأثر تلقائي للرد وإنما علقها على مجموعة من الشروط وربطها بسوء نية المدين بالرد، فقد نصت المادة 1704 منه بأنه « الشخص الملزم بالرد... لا يكون ملزماً بدفع أي تعويض عن استغلال المال، ما لم يكن هذا الانتفاع هو المحل الأساسي للأداء أو كانت قيمة المال قابلة للانخفاض بسرعة. ومع ذلك إذا كان سبب النية، أو إذا كان سبب الرد ناجماً عن خطأ منه، فإن يكون ملزم بعد أداء المصاريف بإرجاع الثمار والمداخل وتعويض الدائن عن الانتفاع الذي قد يتحصل عليه من المال»⁷¹⁸.

فهذا النص يوضح ما قيل سابقاً بخصوص الحالة التي يشكل فيها الاستغلال أو الانتفاع بالشيء أحد الأداءات الأصلية، فهنا تكون واجبة الرد دون حاجة إلى اثبات حسن أو سوء نية الملزم بالرد، لأنها تخضع لقواعد رد الأصل، وفي المقابل ومن أجل احتساب هذا الاستغلال كرد تكميلي فيجب والحالة هذه اثبات سوء نية المدين بالرد.

⁷¹⁷ - مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois » p298.

⁷¹⁸ - Art 1704 C.c.Q. : « Celui qui a l'obligation de restituer fait siens les fruits et revenus produits par le bien qu'il rend et il supporte les frais qu'il a engagés pour les produire. Il ne doit aucune indemnité pour la jouissance du bien, à moins que cette jouissance n'ait été l'objet principal de la prestation ou que le bien était susceptible de se déprécier rapidement. Cependant, s'il est de mauvaise foi, ou si la cause de la restitution est due à sa faute, il est tenu, après avoir compensé les frais, de rendre ces fruits et revenus et d'indemniser le créancier pour la jouissance qu'a pu lui procurer le bien ».

ومن جهة أخرى فإن احتساب قيمة الاستغلال تخضع في القانون المدني الفرنسي لنفس الأحكام المتعلقة بالثمار والفوائد الواردة في المادة 7-1352 منه، فبالنسبة للمدين سيء النية تبدأ من تاريخ تسلم الشيء، أما المدين حسن النية فمن تاريخ المطالبة القضائية.

أما على صعيد القانون المغربي، فيبدو أن نصوص قانون الالتزامات والعقود لا تتناول المسألة بشكل صريح وواضح، ومع ذلك فإن القضاء المغربي يطبق بشأن قيمة الاستغلال الأحكام المتعلقة بحيازة الثمار الواردة في المادة 103 من ق.ل.ع، وهذا ما يمكن استخلاصه مثلاً من قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ فاتح يونيو 2021، حيث جاء فيه: «حيث صح ما عابه الطاعنون على القرار ذلك أن كل قرار يجب أن يكون معللاً طبقاً للفصل 345 من قانون المسطرة المدنية وأن نقصان التعليل يوازي انعدامه... كما أنه طبقاً للفصل 103 من قانون الالتزامات والعقود فإن الحائز عن حسن نية يملك الثمار ولا يلزم إلا برد ما يكون منها موجوداً في تاريخ رفع الدعوى عليه برد الشيء وما يجنيه منها بعد ذلك ويتحمل مصروفات الحفظ ومصروفات جني الثمار وأن الحائز حسن النية هو من يحوز الشيء بمقتضى حجة يجهل عيوبها ولما كان البين من أوراق الملف المستدل بها أمام محكمة الموضوع أن الطاعنين تمسكوا بكون المطلوبة كانت تستغل الأرض المدعى فيها قبل إبرام عقد الكراء مع الجماعة السلالية وأن قرار المجلس الأعلى عدد 1989 اعتبر أن العقد الذي أدلت به الشركة من صنع وإنشاء القائد الذي لا صفة له في إبرام العقود المتعلقة بكراء أراضي الجموع مع الغير، فإن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لما اعتبرت أن الأرض موضوع الدعوى كانت محل علاقة كرائية بين المستأنفة والمدخلة في الدعوى الجماعة السلالية حسب عقد الإيجار وبإقرار هذه الأخيرة واعتبرت الشركة المذكورة مجرد مكترية بموجب عقد بحسن نية في غياب ثبوت تواطؤ بين المتعاقدين، دون أن تبين كيف استبعدت ما انتهى إليه قرار مجلس الأعلى عدد 1989 المشار إليه بخصوص عقد الكراء ودون أن تجيب عما أثير بخصوص الاستغلال عن المدة السابقة لإبرام العقد واعتبرت المطلوبة حسنة النية وأعفتها من كل تبعات استغلالها للمدعى فيه دون أن تراعي مقتضيات الفصل 103 المشار إليه جاء قرارها ناقص التعليل وخارقاً للمقتضيات القانونية المشار إليها وهو ما يعرضه للنقض».⁷¹⁹

⁷¹⁹ - قرار محكمة النقض عدد 458 بتاريخ فاتح يونيو 2021، ملف مدني عدد 2019/3/1/3243، منشور على المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض juriscassation.cspj.ma - -.

ومما يجب الإشارة إليه أن تقدير قيمة الاستغلال يجب النظر إليها من جانب المدين بالرد أي المنفعة التي تحصل عليها من حيازته للشيء خلال الفترة الفاصلة بين الأداء الأصلي وتقرير الرد وليس من جانب الدائن، لأنه في هذه الحالة ستندرج المسألة في سياق التعويض عن المسؤولية المدنية على أساس الحرمان وهو أساس مختلف بشكل جذري عن موضوع الرد⁷²⁰.

المطلب الثاني: التغير في قيمة الشيء.

أن الشيء قد يتغير، وهذا التغير قد يحدث في ذاتية الشيء فينتقل من حالة إلى أخرى يزول معه اسمه وصورته، وهذا ما يدخل في باب الاستحالة المادية للرد العيني يستوجب بشأنها الرد بالقيمي، أما التغير في قيمة الشيء فهو تغير في وصفه وهو لا يتقيد بصورة الزيادة فحسب، وإنما بالنقص كذلك.

فقد يتعرض محل الأداء لتغير في القيمة، بحيث أنه بفعل مرور الوقت بين الأداء وتقرير الرد لم يعد الشيء بحالته الأصلية إذ يصعب ارجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وإذا كانت قيمة الاستغلال تفيد المزايا المحصل عليها من جانب الملتزم بالرد، فإن تغير القيمة يشمل المزايا والأضرار التي يتعرض لها الطرفين.

فقد تزداد قيمة الشيء بعد تنفيذ الأداء الأصلي (الفقرة الأولى) بحيث يكون الدائن قد حصل على مزايا على حساب المدين بالرد حسن النية ويعتقد بشكل مشروع أن ذمته المالية قد اثرت، ولكن بالمقابل قد يتعرض الشيء لانخفاض القيمة وهو أمر يثير قلق الدائن بالرد الذي يستعيد شيء قد أضحى يجسد خسارة محتومة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الزيادة في القيمة.

كل زيادة في القيمة تعد من ملحقات الشيء أو رأس المال⁷²¹، ومع ذلك يجب التمييز بين الزيادة الفعلية الناجمة عن تحول في الشيء محل الرد، عن باقي الزيادات الأخرى كالزيادات الاقتصادية والنقدية والتي توصف بأنها زيادات وهمية أو افتراضية، كما تكشف التسمية فالزيادة في القيمة مهما كان مصدرها هي قيمة أي حساب مجرد وليس مال مادي، ومع ذلك

⁷²⁰ -مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois »p299.

⁷²¹ -مرجع سابق:

Marie Malaurie :«Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p 215.

فإن الزيادة في القيمة الفعلية تنبثق من تغير في الحالة الأصلية وفي أغلب الحالات يكون هذا التحول ماديا.

فقد يجد الدائن بالرد نفسه ملزما بأداء بعض المبالغ النقدية إلى المدين بالرد الذي كان يحوز الشيء كمقابل عن المصروفات التي أنفقها على الشيء مع اختلاف في مدى هذا الالتزام بحسب نوع وطبيعة هذه المصروفات.

ويمكن تمييز ثلاثة أنواع من المصروفات: الضرورية، النافعة والكمالية، ويقصد بالمصروفات الضرورية ما ينفق من أجل حفظ الشيء ومنعه من التلف أو الهلاك كالترميمات والإصلاحات الضرورية لها، وقد عرفها الفصل 101 من ق.ل.ع المغربي بأنها « ولا حق له إلا في استرداد المصروفات الضرورية التي أنفقت لحفظ الشيء وجني الثمار»، وفي نفس المعنى ورد في الفصل 274 من نفس القانون على أنه « ليس على المدين أن يرد إلا الثمار التي جناها فعال أثناء مطل الدائن. وله من ناحية أخرى، الحق في استرداد المصروفات الضرورية التي اضطر إلى إنفاقها لحفظ الشيء وصيانتة».

أما المصروفات النافعة فهي ما ينفق على الشيء لتحسينه والزيادة وجوه الانتفاع به، وهو ما يؤدي حتما إلى زيادة قيمته كإدخال واستكمال خدمات المرافق في العقار، وقد عرفها الفصل 596 من ق.ل.ع في فقرته الثانية بأنها « المصروفات النافعة التي ترتبت عليها زيادة في قيمة الشيء وفي حدود تلك الزيادة».

والمصروفات الكمالية هي مصروفات الزينة والترف الخاصة بالتجميل على نحو يشبع الإحساس الشخصي بالجمال لدى المنفق وقد وردت، وقد أشار إليها المشرع المغربي في المادة 87 من مدونة الحقوق العينية وميزها عن التحسينات أو المصروفات النافعة، حيث جاء فيها: « لا يمكن للمالك أن يقوم بعمل يضر بحقوق المنتفع ولا يمكن للمنتفع أن يطالب بعد انقضاء الانتفاع بأي تعويض عن التحسينات التي قام بها ولو ارتفعت قيمة العقار بسببها. غير أنه يمكن له أو لورثته أن يزيل المرايا واللوحات والصور وغيرها التي يكون قد وضعها شرط أن يعيد أماكنها إلى الحالة التي كانت عليها في السابق».

والجدير بالذكر هنا أنه لا يمكن للمدين بالرد المطالبة بالمصروفات وزيادة القيمة التي طرأت على الشيء إلا بالنسبة لفرضية الرد العيني، لكون الدائن قد حصل على قيمة إضافية

أعلى مما كان يستحقه، بينما في حالة الرد بالقيمة فحسابها يتم في وقت محدد حيث لا يمكن للدائن الاستفادة من أي تحسين أو زيادة⁷²².

ويقرر الفصل 101 من قانون الالتزامات والعقود الموماً إليه أعلاه، التزام الدائن بالرد، بأن يؤدي للمدين كافة المصروفات الضرورية التي أنفقها إذا كان سيء النية، ويعود ذلك إلى أنه لو كان الشيء في يد صاحبه لأضطر أن ينفق هذه المصروفات لتلافي هلاكه أو تلفه، بينما الحائز حسن النية وفق الفصل 103 من ق.ل.ع، فليس له الحق في استرجاع المصاريف الضرورية فهو الذي يتحمل مصروفات حفظ وجني الثمار، ولعل هدف المشرع من تقرير هذا الحكم بالنسبة للحائز حسن النية هو خلق نوع من التوازن بين الدائن بالرد الذي لا يمكنه الحصول على ثمار الشيء إلا من تاريخ المطالبة في هذه الحالة فلا يمكنه بالمقابل تحمل المصاريف الضرورية لحفظ الشيء وجني الثمار. ومع ذلك فقد يختلف الحكم في بعض الحالات الخاصة مثل الرد المتولد عن الفسخ بسبب الإخلال بضمان حوز المبيع واستحقاق المبيع من يد المشتري حيث نص الفصل 540 من ق.ل.ع بأن : « البائع سيئ النية ملزم بأن يدفع للمشتري حسن النية كل المصروفات التي أنفقها حتى مصروفات الزينة أو الترف»، وهذا بدوره مقتضى منطقي يتماشى مع منطق حماية المشتري.

ويبدو أن الأحكام المتعلقة برد المصاريف الضرورية تسري بخصوص المصاريف النافعة⁷²³، حيث أن المشرع المغربي تناولهما بشكل مشترك في كثير من المقتضيات كما هو الشأن بالنسبة للفصل 9 من ق.ل.ع المتعلق بالالتزامات القاصر وناقص الأهلية والذي جاء فيه : « القاصر وناقص الأهلية يلتزمان دائماً، بسبب تنفيذ الطرف الآخر التزامه، وذلك في حدود النفع الذي يستخلصانه من هذا التنفيذ. ويكون هناك نفع إذا أنفق ناقص الأهلية الشيء الذي تسلمه في المصروفات الضرورية أو النافعة، أو إذا كان هذا الشيء لازال موجوداً في ماله»، وكذلك ما ورد في المادة 157 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها: "ويجب عليه أيضاً أن يقوم بالترميمات والإصلاحات النافعة والضرورية للعقار، مع بقاء الحق له في أن يقطع من الثمار جميع المصروفات المتعلقة بما ذكر وإلا كان مسؤولاً عن تعويض الضرر".

⁷²² -مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois »p301.

⁷²³ - حليلة بنت المحجوب بن حفو : «دراسة في القانون العقاري المغربي على ضوء المستجدات»، مطبعة قرطبة، أكادير، الطبعة الأولى، 2017.

وإذا كانت المصروفات الضرورية والنافعة لا تختلف في أحكامها، فإن القاعدة في المصروفات الكمالية هي عدم التزام الدائن بدفع شيء منها وهذا ما يمكن استخلاصه بمفهوم المخالفة من الفقرة الثانية من الفصل 292 من ق.ل.ع بخصوص حق الحبس المقرر للحائز حسن النية والتي جاء فيها: « يثبت حق الحبس لصالح الحائز حسن النية: 2 - من أجل المصروفات التي أدت إلى تحسين الشيء، بشرط أن تكون سابقة على دعوى الاستحقاق، وذلك في حدود الزيادة في القيمة التي لحقت الأصل أو الشيء أما بعد دعوى الاستحقاق فلا تدخل في الاعتبار إلا المصروفات الضرورية المحضة، ولا يثبت هذا الحق من أجل المصروفات التي هي من قبيل مجرد الترف ».

ولا يتأثر أعمال هذه القاعدة بحسن أو سوء نية الحائز، إلا أنه يكون لهذا الأخير أن ينتزع ما استحدث من منشآت أقامها بهذه المصروفات، على أن يعيد وعلى نفقته العين إلى حالتها الأولى، وهذه القاعدة يمكن استخلاصها من الفصل 596 من قانون الالتزامات والعقود بشأن الرد الناتج عن بيع الثنيا والذي ورد فيها: « البائع الذي يستعمل حق الاسترداد لا يمكنه أن يحوز الشيء المبيع إلا بعد دفع: ثانيا - المصروفات النافعة التي ترتبت عليها زيادة في قيمة الشيء وفي حدود تلك الزيادة. أما مصروفات الترف فلا يكون للمشتري إلا حق إزالة التحسينات التي أحدثها إذا أمكن ذلك بغير ضرر، وليس له أن يسترد لا المصروفات الضرورية ولا مصروفات الصيانة، ولا مصروفات جني الثمار ».

ويذهب بعض الفقه إلى القول أن المصروفات الكمالية لها أثر في الشيء وتزيد من قيمته، وإن سبب استبعادها من أحكام الرد هو عدم التزام المالك أمام الحائز ابتداء، رغم تحقق الكسب لأنه سواء ترك الحائز المحدثات من دون رفع مسامحة، أو أراد رفعها وأبدى المالك رغبته في إبقائها مقابل قيمتها مستحقة القلع، وهذا الكسب الحاصل للمالك يبرهن على أن الشيء قد زادت قيمته، وبالتالي فإن التشريعات لم تحرم الحائز من حق استرداد هذه المصروفات الكمالية وإدراجها ضمن حساب الرد، وإنما قيدت حقه من ناحية طريقة الرد فقط، فلم تعطيه الحق ابتداء في الرد النقدي لها، ولكنها أعطته الحق في ردها عينا برفع ما أحدث وهذا الحق الأخير مقيد بعدم إبداء المالك رغبته في إبقاء المستحدثات وإذا ما أبدى الأخير هذه الرغبة نهض حق الحائز في الرد النقدي المتمثل بحقه في قيمة الزيادة⁷²⁴.

⁷²⁴ - محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي: «تغير الشيء وأثره في التصرفات و الوقائع القانونية، دراسة مقارنة بين القانون العراقي والمصري والفرنسي والفقه الإسلامي»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2018، ص81.

وعلى صعيد القانون المدني الفرنسي فقد نصت المادة 5-1352 صراحة على حق المدين بالرد في استعادة المصاريف الضرورية والمصاريف النافعة التي أدت إلى الزيادة في قيمة الشيء دون أن يتأثر مدى هذا الحق بحسن أو سوء نيته، حيث جاء في المادة المذكورة بأن «من أجل تحديد مبالغ الرد فيجب مراعاة المصروفات الضرورية التي تحملها الملزم بالرد لحفظ الشيء وتلك التي رفعت قيمته، في حدود زيادة القيمة المقدرة يوم الرد».

من خلال هذه المادة فرد المصاريف الضرورية والنافعة لا تختلف في أحكامها بحسن وسوء نية الملزم بالرد وهو ما سبق أن أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 12 مارس 1985 والذي ورد فيه بأن «رد المصاريف النافعة يشمل حتى الحائز سيء النية»⁷²⁵، ومع ذلك فإن الإشكالية التي تثيرها المصاريف النافعة هي اثبات طبيعتها هذه، وفي هذا المعنى جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 أبريل 1992 على أنه «لا يمكن للمتعاقد الذي تسبب في فسخ العقد المطالبة بمصاريفه إلا إذا أثبت أنها كانت نافعة للمتعاقد الآخر»⁷²⁶، وجاء في قرار آخر صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 19 يناير 1977 أنه «لا يمكن للقاضي رفض منح مصاريف الأشغال بعلّة أنها ليست نافعة دون تحديد أساس هذا التكييف»⁷²⁷.

وتجدر الإشارة هنا أن القضاء الفرنسي قد ادرج ضمن المصاريف الضرورية والنافعة وفق مقتضيات المادة 5-1352 من القانون المدني حتى الرسوم العقارية⁷²⁸، فقد ورد في قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 3 مايو 2018 بأن «يلتزم البائع اتجاه المشتري بعد ابطال العقد للغلط برد الرسوم العقارية ومساهمات التأمين والملكية المشتركة»⁷²⁹.

مع العلم أن القانون المدني الفرنسي في المادة 6-1352 تناول مسألة رد الضرائب على المبالغ المالية، وأن القضاء الفرنسي مدد تطبيقها لتشمل حتى رسم القيمة المضافة على رد

⁷²⁵-Cour de cassation, Civ. 3^e, 12 mars 1985, n°83-16.548, in code civil annoté, 122^e, 2023, p4930.

⁷²⁶-Cour de cassation, Civ. 3^e, 15 avr. 1992, n°90-20.049, Defrénois 1993. 377, obs. Vermelle.

⁷²⁷-Cour de cassation Civ. 1^{re}, 19 janv. 1977, n°75-13.578, in code civil annoté, 122^e, 2023, p4930

⁷²⁸ - مرجع سابق:

François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénédé :«Droit Civil les Obligations», 12ed, Dalloz, 2018, p1888.

⁷²⁹ -Cour de cassation, Civ. 3^e, 3 mai 2018, n°17-11.132, RTD civ. 2018. 658, obs. Barbier.

الخدمات، فقد جاء في قرار حديث لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 8 فبراير 2023، بخصوص فسخ عقد بين شركة صيانة المصاعد ومتعهد بتحمل مصاريف المكالمات الهاتفية للشركة المذكورة، فبعد ان قضت محكمة الاستئناف باقتصار الرد على قيمة الخدمات المقدمة من طرف المتعهد، قررت محكمة النقض نقض القرار على أساس أن رد الخدمة يجب أن يشمل بالضرورة مبلغ رسوم القيمة المضافة التي ترتبت على المكالمات الهاتفية⁷³⁰.

ومما يجب التأكيد عليه كذلك بخصوص المصاريف الواجب ردها، أنه يجب عدم الخلط بين التحسينات موضوع المصاريف النافعة وبين البناءات الجديدة التي يحدثها الشخص في ملك الغير والتي تخضع في أحكامها لما هو مقرر في باب الالتصاق من مدونة الحقوق العينية⁷³¹، وإن كان بعض الفقه الفرنسي قد اعتبر هذه التفرقة لا مبرر لها، وأنه بالإمكان تطبيقها على الرد خاصة وأن القواعد المطبقة على المنقولات تشبه أحكام الالتصاق⁷³²، كما هو الشأن في المادة 104 من قانون الالتزامات والعقود المغربي بشأن رد المنقولات والتي تمنح الحائز ولو كان سيء النية حق الإبقاء على الشيء في حالة الزيادة في القيمة.

كما أن بعض الفقه العربي يؤكد على أن البناء في الأرض لا يعدو أن يكون مجرد زيادة متصلة، وهي وإن أثرت في الشيء فتأثيرها لم يغير من ذاتية الشيء لأنها مجرد زيادة متصلة تولد زيادة في القيمة يمكن اخضاعها لأحكام الاسترداد⁷³³، وهذا ما سار عليه القضاء العراقي حيث جاء في أحد مبادئه: «إذا بنى الموهوب له على الأرض الموهوبة دار فليس للوهاب الرجوع بالهبة، لأن الدار تعتبر زيادة متصلة بالأرض زادت من قيمتها فامتنع الرجوع بالهبة حسب الفقرة أ من المادة 622 مدني»⁷³⁴

⁷³⁰-Cour de cassation. com., 8 février 2023, n° 21-16.874, in, lexbas freemium, Claire-Anne Michel, 2023.

⁷³¹ - إدريس الفاخوري: «الحقوق العينية وفق القانون رقم 39-08»، منشورات مجلة الحقوق، مطبعة دار نشر المعرفة، الرباط، طبعة 2014، ص98.

⁷³² - مرجع سابق:

Marie Malaurie : «Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, p 229.

⁷³³ - حسن علي الذنوب: «شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة»، شركة الرابطة للطباعة والنشر، بغداد، 1954، ص53.

⁷³⁴ - قرار محكمة تمييز العراق الصادر بتاريخ 21 أبريل 1982، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني السنة الثالثة عشرة، 1982، ص44.

ليس من شك أن تنظيم مسألة المصاريف الواجب تضمينها في حساب الرد التكميلي على النحو المبين أعلاه، تروم إلى خلق التوازن المالي بين أطراف الرد من خلال تمكين الملزم بالرد باسترجاع المبالغ التي انفقها على الشيء محل الأداء الأصلي، فإن المشرع سواء المغربي او المقارن لم يغفل تنظيم الأسباب التي تؤدي إلى تعيب محل الرد والتي يترتب عنها انخفاض في قيمته.

الفقرة الثانية: انخفاض قيمة الشيء محل الرد.

تتعدد الأسباب التي تؤدي إلى انخفاض قيمة الشيء موضوع الأداء الأصلي، فقد تكون هذه الأسباب مادية أو زمنية أو اقتصادية أو قانونية⁷³⁵، يتعلق الأمر هنا بالشيء الذي فقد جزئيا قيمته مع امكانية رده عينا، لأنه في حالة فقدان الكلي للقيمة فإن هذا الفرض يخضع لقواعد الرد بالقيمة، كما أنه قد يفترض في سياق ارجاع الحالة على ما كانت عليه أن الملزم بتعويض انخفاض القيمة هو المدين بالرد لكونه الحائز للشيء خلال الفترة الفاصلة بين الأداء وتقرير الرد ومع ذلك فإن اعتماد هذا المنطق بشكل تلقائي قد يؤدي إلى حيف في حق هذا الأخير لأن بعض أسباب تدهور الشيء وتعيبه لا علاقة له بفعل المدين بالرد.

وقد عالج المشرع المغربي الانخفاض الجزئي لقيمة الشيء في الفقرة الثانية من المادة 102 من قانون الالتزامات والعقود، والتي جاء فيها « وإذا لحق الشيء عيب فقط، تحمل الحائز سيئ النية الفرق بين قيمته في حالته السليمة وقيمته وهو على الحالة التي يوجد عليها. وهو يتحمل بقيمته كاملة إذا لحقه عيب لدرجة يصبح معها غير صالح الإستعمال فيما أعد له ».

فهذا الفقرة وإن لم تحدد الحالات التي يكون فيها الحائز سيئ النية مسؤولا عن النقصان الجزئي لقيمة الشيء، إلا أن قراءتها في سياق الفقرة الأولى من الفصل المذكور، التي تعتبره ضامنا للشيء ولو تعرض للتعيب بفعل الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، وبالتالي فإن مسؤوليته تبقى قائمة في جميع الأحوال عن هذا التعيب ولو كان هذا التعيب لا يعزى إليه، وأنه ملزم بتعويض الفارق بين حالته السليمة وحالته أثناء الرد، وهذا الحكم يعد مطابقا لما قرره الفصل 75 من ق.ل.ع بخصوص الرد الناتج عن أشباه العقود بخصوص المدين بالرد

⁷³⁵ -مرجع سابق:

Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET : « La formation du contrat, t. 2 « L'objet et la cause – Les nullités », coll. « Traité de droit civil », Paris, LGDJ, 2013, p1571.

السيء النية، أما فيما يتعلق بالمدين بالرد حسن النية فالفصل المذكور علق مسؤوليته عن تعيب الشيء أن يكون ناجما عن فعله أو خطأ صادر منه.

وقد ذهب بعض الباحثين عن حق إلى القول بأن مقتضيات الفصل 102 من ق.ل.ع لا تساعد على انصاف الدائن بالرد، لأنه لو فرضنا أن الشيء المستحق الذي لحقه عيب عبارة عن عقار وصل إلى يد الحائز سنة 1990 وتمكن المالك من الحصول على حكم قضائي يثبت ملكيته للشيء سنة 2004 فإن هذا المالك لا يستطيع أن يطالب سوى برد قيمته الشيء في سنة 1990 مع أنه بالنظر إلى ارتفاع الأثمان فإن قيمته الحقيقية في سنة 2004 هي تقريبا ضعف قيمته في سنة 1999⁷³⁶.

ولعل هذه المقتضيات هي امتداد للقواعد العامة المقررة في الفصل 245 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه تبرأ ذمة المدين بشيء معين بذاته بتسليمه في الحالة التي كان عليها وقت العقد ومع ذلك يكون مسؤولا عن العيوب التي تحصل منذ هذا التاريخ.

ومن جهة أخرى فإن الفصل 102 لم يشر إلى حالة الحائز حسن النية، ولكن بمفهوم المخالفة لمقتضيات الفصل المذكور، يمكن القول أن مسؤوليته على التعيب والتدهور تبقى قائمة إذا كان بفل خطئه الشخصي.

وعلى صعيد القانون المدني الفرنسي فقد تطرق لمسألة انخفاض قيمة الشيء في المادة 1-1352 التي نصت على ما يلي: «يسأل المدين بالرد عن تعيب وتدهور الذي أدى إلى انخفاض قيمة الشيء، ما لم يكن حسن النية وما لم يكن ناتجا عن خطئه». وهذه المادة مستوحاة من مسودة مشروع Terré حيث تعتمد منطق الرد الناتج عن دفع غير المستحق من خلال تبنيها لمعايير حسن وسوء النية والخطأ في تقدير نطاق الرد التكميلي⁷³⁷.

وتتميز صياغة هذا النص بعدم الدقة، فهي تضع الاستثناء بدلا من المبدأ، إذ تنص على حالة سوء النية لتشرح مسألة الرد، في حين أن الأصل هو حسن النية بحيث كان يجب أن تتناول الحكم انطلاقا من هذه الحالة ويبقى للقارئ استخلاص الاستثناء بمفهوم المخالفة، من هنا فقد اقترح بعض الباحثين أن تكون صياغة هذه المادة على النحو التالي: «الملزم برد

⁷³⁶ - حليمة بنت المحجوب بن حفو: «نظرية الاستحقاق في القانون المغربي»، مطبعة الأمانة، الرباط، 2010، 135.

⁷³⁷ - J. KLEIN, « Les restitutions », Observations et propositions de modifications, Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JCP G, supplément au n° 21, 25 mai 2015, p. 74 et s.

الشيء لا يسأل عن التعيب وتدهور الذي أدى إلى انخفاض قيمة الشيء، إلا إذا كان سيء النية و كان ذلك ناتج عن خطأ منه»⁷³⁸.

ومن جهة أخرى فقد عيب على المادة المذكورة من حيث المضمون عدم اشارتها لمفهوم التعيب والتدهور، لأنه حتى بالنسبة للمقدم الناتج عن الاستعمال العادي للشيء فقد يؤدي إلى انخفاض القيمة، خاصة أن المسألة خلافية وكانت موضوع قرارات قضائية متضاربة، فقد سبق لمحكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 8 مارس 2005 أن اعتبرت استعمال سيارة لمدة معينة من طرف المشتري سببا موجب لتعويض البائع عن انخفاض القيمة، إذ ورد في حيثيات القرار المذكور أن «الأثر الرجعي للفسخ يلزم المشتري بتعويض البائع عن العيب الذي طال المبيع بفعل الاستعمال»⁷³⁹، بينما أصدرت نفس الغرفة قرارا بتاريخ 19 فبراير 2014، جاء فيه «بعد فسخ عقد البيع يلتزم البائع برد الثمن كاملا دون أي خصم يتعلق باستخدام الشيء المبيع»⁷⁴⁰.

لهذا كان من الأجدى بالمشرع الفرنسي الاستبعاد الصريح لحالة استخدام الشيء كسبب لانخفاض القيمة على غرار ما نصت عليه المادة 1702 من القانون المدني لمقاطعة الكبيك، حيث جاء فيها «عندما يتعرض الشيء لتضرر جزئي مثل التعيب أو انخفاض القيمة، فيتعين على الملزم بالرد تعويض الدائن عن هذه الخسارة، ما لم تكن ناتجة عن الاستخدام العادي للشيء».

وعليه فإن المدين حسن النية في القانون الفرنسي لا يتحمل مسؤولية التعيب والتدهور الذي طال الشيء ونتج عنه انخفاض في قيمته، وبالتالي فإنه يحمي المدين في هذه الحالة على غرار القانون الألماني الذي بدوره يحمي المدين حسن النية، وفي المقابل إذا كان المدين سيء النية، بمعنى أنه يعلم بسبب انحلال أو انقضاء التصرف فهو يتحمل مسؤولية التدهور والتعيب، وهنا كذلك فالقانونين الفرنسي والألماني متشابهين.

ولكن إذا كان المدين سيء النية وتعرض الشيء للتعيب نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائي، ففي مثل هذه الحالة فالفقه الألماني يعتبر المدين مسؤولا على أساس نظرية المخاطر باعتباره

⁷³⁸-C. FRANÇOIS, « Présentation des articles 1352 à 1352-9 du nouveau chapitre V, Les restitutions », La réforme du droit des contrats présentée par l'IEF de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr>.

⁷³⁹-Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 8 mars 2005, n°02-11.594, RCA 2005, n°160, note Hocquet-Berg.

⁷⁴⁰- Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 19 févr. 2014, n o 12-15.520 P : D. 2014. 544, obs. Coustet

الحائز المادي للشيء، بينما بالنسبة للقانون الفرنسي فالمادة 1-1352 لا تقدم عناصر للجواب على هذه الحالة، ومع ذلك يذهب بعض الباحثين إلى تحميله المسؤولية عن هذا التعيب⁷⁴¹.

كما أن هناك مجموعة من التساؤلات قد يثيرها اعمال هذه المادة من القانون المدني الفرنسي، فكيف يمكن تفسير هذه المادة عندما يكون المدين حسن النية، ولكن هو المتسبب في التعيب؟ وما العمل في حالة المدين سيء النية وأن العيب نتج عن فعل الغير؟ هل شرطي حسن النية وانعدام الخطأ متلازمان أو اختياريين؟ على الرغم من التردد الذي قد يشوب التفسير اللفظي لهذه المادة، فإنها بالنسبة للكثيرين تسير في الاتجاه الصحيح، بحيث لا يمكن إلزام المدين بالتعويض عن انخفاض القيمة إذا كان غير مخطئ، خلافا لما كان يقرره القضاء قبل تعديلات سنة 2016⁷⁴².

ومن المفيد الإشارة في هذا الإطار إلى أن انخفاض القيمة الاقتصادية لا يدخل في هذا السياق، على اعتبار أن الشيء قد تنقص قيمته الاقتصادية فقط بمرور الوقت دون أن يتم استخدامه، كما أن قيمة الشيء في السوق قد تتغير دون أن يرتبط ذلك بالاستعمال، لهذا فمن غير المنطقي أن يستفيد الدائن من الزيادة في القيمة بفعل ارتفاع القيمة الاقتصادية للشيء، وفي المقابل إذا تراجعت هذه القيمة الاقتصادية يتحملها المدين⁷⁴³.

عموما يبدو أن نظام انخفاض القيمة تحكمه قواعد متعددة بعضها ترتبط بالمسؤولية المدنية والأخرى ترتبط بالطبيعة الخاصة للرد التي تروم إلى خلق التوازن بين الذمم المالية للأطراف، وأن حسن وسوء النية له دور محوري في إقرار هذا الرد التكميلي، وعلى الرغم مما يبدو من خلاف بين القانون المغربي والقوانين المقارنة في هذا الموضوع فإن الأمر لا يعدو أن يكون اختيارا تشريعي، وأن فعالية المقتضيات تتعلق بمدى التناسق بين مختلف النصوص المنظمة للرد من أجل خلق التوازن بين الأطراف وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، لهذا فإن المقارنة في هذا الإطار يجب أن تكون في جميع تجليات الرد في هذه النصوص بشكل أفقي بين حقوق الدائن بالرد والمدين به.

⁷⁴¹-مرجع سابق:

Heinzmann Lisa :«L'étendue des restitutions en droit français et allemand», p333.

⁷⁴²-Cour de cassation, civ. 1^{re}, 6 déc. 1967 : Bull. civ. I, n° 358, in code civil annoté, 122^e, 2023, p4932.

⁷⁴³- مرجع سابق:

P. FRÉCHETTE: «La restitution des prestations en Droit Québécois », p317.

خاتمة:

لقد كان مدار الاهتمام متعلقا، في هذا البحث، بمحاولة تأصيل لمفهوم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد في القانون المدني والبحث عن أساسها ونظامها القانونيين، ومدى ارتباط هذه العناصر سواء في محتواها أو نطاقها بالمصادر المولدة لها.

ويغدو سائغا، في نهاية بحثنا واستقصائنا، التساؤل عن الحصاد الذي يمكن جنيه من وراء طرق هذا الموضوع وعما إذا كانت ثمة إجابات بشأن أهم الإشكاليات النظرية والعملية المثارة في خضم الفصول والمباحث السابقة.

لم يكن في الحقيقة رائدنا في خوض غمار هذا الموضوع الشائك والمترامي الأطراف تلمس الحلول المناسبة للإشكاليات التي يثيرها على مستوى الأنظمة المقارنة، بل كان دافعنا الرئيسي فقط يكمن في محاولة الكشف عن المدلول الحقيقي لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد في القانون المدني، انطلاقا من حداثة ظهورها على الساحة القانونية الدولية كموضوع للدراسة، ومراعاة لكونها لم تأخذ من هذه الزاوية مكانها بعد في المؤلفات الفقهية المغربية والعربية رغم جذورها التاريخية الضاربة في القدم.

ومع ذلك فإن حتمية تطور البحث في هذا الموضوع، قد أملت ضرورة التفاعل مع إشكالياته المتنوعة والتفاعل كذلك مع النصوص القانونية الحديثة في التشريعات المقارنة خاصة تعديلات القانون المدني الفرنسي بمقتضى القانون رقم 131/2016، المؤرخ في 10 فبراير 2016، المتعارف عليه في الأوساط القانونية الفرنسية (بقانون إصلاح العقود والإثبات).

في سبيل الظفر ببعض عناصر الجواب عن إشكاليات الموضوع، اقترحنا تفكيكه إلى ثلاثة عناصر رئيسية، تتمثل في المفهوم وفي الأساس القانوني والنظام القانوني.

وقد كان الإشكال الرئيسي الأول الذي يثيره موضوع إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه هو المفهوم باعتباره أعلى المراتب في معرفة الشيء وتصوره، والذي يشكل المفترض الرئيسي لتحقيق وحدة واستقلالية هذه المؤسسة عن مصادرها المولدة.

لقد تبين أن هذا المفهوم تتجاوزه مجموعة من العوامل التاريخية والقانونية تتركس غموضه، مرتبطة بغياب تعريف موحد لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد وعدم وجود معيار للتمييز بين ما يعد رد بالمفهوم الدقيق وما لا يعتبر كذلك، خاصة وأنه حتى

التشريعات الحديثة في الموضوع استنكفت عن وضع تعريف دقيق لإرجاع الحالة على ما كانت عليه تاركة هذه المهمة للفقه والقضاء، وهو ما أدى إلى اختلاف الآراء وتضارب الأحكام القضائية، تراوحت في مجملها إلى تعريف الرد أو إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بناء على مقاربتين، الأولى تنظر للرد بأنه تابع للفعل المولد له، وأنه يجب ألا يتجاوز حدود الأداء الأصلي كما وكيفاً، ومقاربة ثانية ذات نزعة اقتصادية تتجاوز حدود الأداء الأصلي إلى شمول الرد لجميع المنافع المحصل عليها بما في ذلك المنافع غير المباشرة خاصة واجب الاستغلال، وإذا كان القضاء الفرنسي ممثلاً في محكمة النقض قد مال للتعريف الأول فإن المشرع الفرنسي في نهاية المطاف قد انتصر لفكرة التعريف الاقتصادي ولمبدأ الرد الشامل.

كما أنه في سياق العوامل القانونية التي ساهمت في غموض مفهوم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، تعدد المصادر المولدة للرد، من هنا كانت التفرقة بين الرد العادي والرد غير العادي استناداً إلى المصادر العادية وغير العادية للرد أحد الإسهامات الفقهية التي وجدت صدى لها لدى المشرع الفرنسي الذي استبعد بشكل صريح من مجال إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه الحالات التي يتولد فيها الرد عن العقود باعتبارها التزاماً متوقفاً منذ البداية وبالتالي يجب أن تبقى خاضعة للإطار التعاقدي من حيث المفهوم والنظام.

أما على صعيد الإشكال الثاني الرئيسي المتعلق بالأساس القانوني لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، فهو كذلك كان مرتعاً للخلاف بين البحث عن أساس مستقل للرد وبين اعتباره أثر مباشر لانحلال التصرفات القانونية، مما دفع الفقه والقضاء المقارن في اتجاهات متعددة يصعب التوفيق بينها، وهكذا تم ربط الرد بدفع غير المستحق وبالإثراء بلا سبب وبالأثر الرجعي لانحلال التصرفات القانونية، ومع ذلك فإن النتيجة التي تم الخلوص إليها أن الرد يجد أساسه مباشرة في الأداء الذي تم تنفيذه، فمناطق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه هو تنفيذ الأداء وإن الرد هو أثر مباشر لتنفيذ هذا الأداء الذي تقرر عدم صحته أو عدم فعاليته.

وبالنسبة للإشكالية الثالثة الخاصة بنظام الرد، فإنه القاعدة الأساسية في هذا المضمار أن الأصل هو الرد العيني والاستثناء هو الرد بالقيمة، وهذا مبدأ كرسته جل التشريعات بما فيها القانون المغربي، ويترتب على هذه القاعدة عدم وجود ما يسمى باستحالة الرد، لأنه حتى القوة القاهرة والحادث الفجائي لا يمتنعان الرد، فهي لا تؤثر في وجود الحق في رد الأداء المنفذ بمقتضى تصرف تقرر إبطاله أو فسخه وإنما يقتصر أثرها على تغيير طبيعة تنفيذ الرد من رد عيني إلى رد بالقيمة.

ومن جهة أخرى فإن نظام الرد يتضمن شقين رد الأصل والرد التكميلي وتكمن صعوبة تحديد الرد التكميلي كونه يرتبط بظروف تأتي لاحقة للأداء الأصلي، وبالتالي فإنها تختلف عن محل هذا الأداء، وهي ذات طبيعة حسابية كما أن نطاقها يرتبط بحسن وسوء نية الملزم بالرد، وفي هذا الإطار يبدو أن القانون المدني الفرنسي وضع نظام متميز يقوم على مبدأ الرد الشامل وعلى فكرة خلق التوازن بين الدائن والمدين بالرد.

عموما إذا جاز لنا اقتراح توصية في ختام هذا البحث، فيمكن القول أن احسن وسيلة لضمان فعالية إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في القانون المغربي وجعلها أقرب إلى الفهم وحسن التطبيق، بغض النظر عن الإشكاليات المتعلقة بمفهومها وأساسها القانوني، هي النسج على منوال القانون المدني الفرنسي المعدل فيما قام به من جمع الأحكام المتعلقة بالرد لإنشاء نظرية عامة تنطبق كأثر قانوني مباشر على جميع الحالات التي تقتضي رد أداء تم تنفيذه بمقتضى تصرف أو واقعة تقرر عدم فعاليتها.

لائحة المراجع

1- مراجع باللغة العربية:

- ❖ الحسن الصالحي: «البناء في ملك الغير أحكامه وحالاته»، مطبعة الأمنية، الرباط، 2018.
- ❖ محمد القدوري: «حيازة العقار وحيازة المنافع»، دار الأمان، الطبعة الأولى 2005.
- ❖ أحمد ادريوش: «الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن» سلسلة المعرفة القانونية عدد 4، 1997.
- ❖ أحمد ماهر زغلول: «آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها – قاعدة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه- دراسة لأساسيات التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية»، الطبعة الثانية، 1992، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة.
- ❖ أسامة أحمد بدر: «الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤوليتين الشخصية والموضوعية»، دار الجامعة الجديدة مصر، 2011.
- ❖ حسن محمد كاظم المسعودي: «مدى إمكان تأصيل الالتزام بالرد بعد الفسخ القضائي الى قاعدة الكسب دون سبب»، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة، العدد الأول 2015.
- ❖ حسن فتوخ: «الوسيط في شرح القانون المغربي- الجزء الأول القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية»، مطبعة الأمنية الرباط، 2016.
- ❖ سامي الدريعي: «التعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية رقم 1998/453 بشأن بطلان العقد»، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 2007، العدد 1.
- ❖ سليمان مرقس: «محاضرات في الإثراء على حساب الغير، في تقنينات البلاد العربية»، القسم الأول الأحكام العامة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1961، ص 68.
- ❖ صالح الضاري: «مجلة الالتزامات والعقود، شرح وتحيين وتعليق»، تونس، 2008.
- ❖ عباس علي محمد الحسني: «رجعية العقد عند فسخه قضاء، بحث مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني»، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الأول، 2012.
- ❖ عباس مبروك الغيزري: «تاريخ النظم القانونية والاجتماعية نشأة القانون وتطوره مع دراسة في النظرية العامة للالتزامات في القانون الروماني»، مدرسة فلسفة القانون بكلية الحقوق المنوفية، مصر، 2005.

- ❖ عباس مبروك الغيزري: «اكتساب الحائز للثمار في القانون الروماني»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- ❖ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 2، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998م.
- ❖ عبد الرزاق أحمد السنهوري: «الوسيط في شرح القانون المدني»، الجزء 8، حق الملكية الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998.
- ❖ عبد الرزاق أحمد السنهوري: «الوسيط في شرح القانون المدني»، الجزء 9، أسباب كسب الملكية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998.
- ❖ عبد المجيد الزروقي: «الحقوق العينية الأصلية»، الطبعة الثانية، تونس 2018، مجمع الأطرش للكتاب المختص.
- ❖ عمر الرواكب: «الإثراء بلا سبب في ضوء التشريع المغربي»، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، الموسم الدراسي 1991-1992.
- ❖ فوزي بن أحمد بالكناني: «نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل والقانون المدني القطري - دراسة مقارنة-»، المجلة الدولية للقانون، المجلد التاسع، العدد الثاني، دار النشر كلية قطر، 2020.
- ❖ محمد الكشبور: «نظام التعاقد ونظريات القوة القاهرة والظروف الطارئة»، الطبعة الأولى سنة 1993.
- ❖ محمد عرفان الخطيب «نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث، الثابت والمتغير، قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016»، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - العدد 1 - السنة السادسة - العدد التسلسلي 21 -، مارس 2018.
- ❖ وزارة العدل المغربية «شرح قانون الالتزامات والعقود -الكتاب الأول - الجزء الأول»، ص 111.
- ❖ أحمد شكري السباعي «نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن»، منشورات عكاظ، المغرب، 1987، ص 317. إدريس العلوي العبدلاوي: «نظرية العقد»، الطبعة الأولى، الرباط 1996.
- ❖ إدريس العلوي العبدلاوي: «شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الإرادة المنفردة، الإثراء بلا سبب، المسؤولية التقصيرية، القانون»، الجزء الثاني، سنة 2000.
- ❖ -بديع بن عباس: «النظرية العامة للبطلان التوجيهات التشريعية والقضائية الحديثة»، دار النشر مجمع الأطرش تونس، الطبعة الأولى 2020.

- ❖ صدام خزل يحى: «التنفيذ العكسي في الأحكام القضائية المدنية (دراسة مقارنة)»، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2019.
- ❖ عبد الرحمان الشرقاوي: «القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام في ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي»، الجزء الثاني مصادر الالتزام الواقعة القانونية، الطبعة الخامسة 2021، مطبعة الأمانة – الرباط.
- ❖ علي كحلون: «النظرية العامة للالتزامات»، الطبعة الأولى 2014، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس.
- ❖ عمر ممدوح مصطفى: «القانون الروماني»، الجزء الثاني، الحقوق الشخصية أو الالتزامات، الطبعة الثانية، 1954، مطبعة البصير الإسكندرية.
- ❖ -مأمون الكزبري: «نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزام»، الطبعة الثانية، 1976.
- ❖ محمد ابن معجوز: «الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي»، مطبعة النجاح، طبعة 2016.
- ❖ سمير عبد السيد تناغو: «مصادر الالتزام»، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2009.
- ❖ رمضان جمال كامل: «شرح دعوى الرىع في القانون المدني»، دار الألفى لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا - مصر، الطبعة الأولى 2000.
- ❖ محمد ممدوح مصطفى: «القانون الروماني»، دار المعارف، 1965، ص 326.
- ❖ حليلة بنت المحجوب بن حفو: «نظرية الاستحقاق في القانون المغربي»، مطبعة الأمانة، الرباط، 2010.
- ❖ حليلة بنت المحجوب بن حفو: «دراسة في القانون العقاري المغربي على ضوء المستجدات»، مطبعة قرطبة، أكادير، الطبعة الأولى، 2017.
- ❖ إدريس الفاخوري: «الحقوق العينية وفق القانون رقم 39-08»، منشورات مجلة الحقوق، مطبعة دار نشر المعرفة، الرباط، طبعة 2014.
- ❖ حسن علي الذنوب: «شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة»، شركة الرابطة للطباعة والنشر، بغداد، 1954.

❖ محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي: «تغير الشيء وأثره في التصرفات و الوقائع القانونية، دراسة مقارنة بين القانون العراقي والمصري والفرنسي والفقهاء الإسلاميين»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2018.

❖ أمينة آيت حسين: «مصادر الالتزام الكتاب الثاني المسؤولية المدنية دراسة مقارنة»، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثالثة 2021، ص 232.

2- الأحكام والقرارات القضائية المغربية والعربية:

- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عدد 86/81، بتاريخ 13 يناير 1986، منشور بالمجلة المغربية للقانون عدد 87/14.
- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 30 أبريل 1980 تحت عدد 212 ملف مدني عدد 73/751، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 28، ص 60.
- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 30 ماي 2001، عدد 1154، ملف رقم 99/1932، منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2001، صفحة 123.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 1824، ملف 2022/8222/200، بتاريخ 2023/03/13، غير منشور.
- قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 08 نونبر 2017، رقم 642، ملف تجاري عدد 2017/3/3/355، مجلة قضاء محكمة النقض عدد 83، قرارات الغرفة التجارية، ص 127 وما بعدها.
- قرار محكمة النقض رقم 108، الصادر بتاريخ 8 فبراير 2022، ملف مدني عدد 2019/1/1/10295، منشور بالمنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض - www.juriscassation.cspj.ma.
- قرار محكمة النقض عدد 23 الصادر بتاريخ 13 يناير 2016، ملف تجاري عدد 2014/3/3/1427، منشور بالمنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض - www.juriscassation.cspj.ma.
- قرار محكمة النقض عدد 2854 المؤرخ في 23 يوليوز 2008، الملف المدني عدد 2004/1/1/1696، منشور بالمنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض - www.juriscassation.cspj.ma.
- قرار محكمة النقض عدد 383 بتاريخ 03 ماي 2016، ملف شرعي عدد 2015/1/2/671، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 81، قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث، ص 55.
- قرار محكمة النقض عدد 5/639 بتاريخ 2018/10/30 ملف مدني عدد 2017/5/1/10/1450 غير منشور أورده الدكتور سعيد الورد في صفحته الرسمية على الفيسبوك.

- قرار محكمة النقض عدد 8 بتاريخ 2 يناير 2020 ملف تجاري عدد 2019/1/3/1471، منشور على موقع المنصة الرقمية لمحكمة النقض المغربية (www.juriscassation.cspj.ma)
- قرار محكمة النقض 458 بتاريخ فاتح يونيو 2021، ملف مدني عدد 2019/3/1/3243، منشور على المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض juriscassation.cspj.ma - - .
- قرار المجلس الأعلى رقم 1179 الصادر بتاريخ 30 ماي 2001 ملف تجاري رقم 2000/2294، منشور بالمنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض المغربية.
- محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1092، لسنة 73، قضائية الدوائر المدنية، بتاريخ 22 يناير 2008،
- -قرار المجلس الأعلى عدد 3464 ملف عدد 10/2/1/4550، بتاريخ 2011/08/23، منشور بمجلة القضاء المدني عدد 11، صفحة 195.
- قرار المجلس الأعلى عدد 777 الصادر بغرفتين بتاريخ 15 دجنبر 1976، ملف مدني عدد 74، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 ص 39.
- قرار عدد 172 صادر عن الغرفة الأولى للمجلس الأعلى بتاريخ 8 مارس 1978، منشور في كتاب أستاذنا أحمد ادريوش الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن، سلسلة المعرفة القانونية عدد 4، 1997، ص 182 وما بعدها.
- قرار محكمة النقض، عدد 204، الصادر بتاريخ 15 مارس 2016، ملف مدني عدد 2015/3/1/2062، منشور في مجلة نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية، العدد 27، صفحة 30.
- قرار محكمة النقض، عدد 70، بتاريخ 1 أبريل 2015، ملف تجاري عدد 2014/1/3/985، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة التجارية، العدد 23، 2015، ص 112.
- قرار محكمة النقض الغرفة الإدارية، عدد 346، الملف الإداري عدد 2002/286، الصادر بتاريخ 30 ماي 2002، منشور بالمنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض -www.juriscassation.cspj.ma
- قرار محكمة النقض المصرية، طعن 351 لسنة 44 ق، جلسة 16 مارس 1978، مكتب فني 29 ج 1 ق 152 ص 773.
- قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 28 مارس 1991، الطعن رقم 1038، أورده المستشار احمد محمد عبد الصادق في مؤلفه «التقنين المدني، شرح احكام القانون المدني، ج 1، طبعة الأولى، دار القانون للإصدارات القانونية 2103 م.
- -قرار محكمة النقض بتاريخ 18 يناير 2022، عدد 40، ملف 2019/2/1/4636 منشور على المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض juriscassation.cspj.ma - - .

- قرار محكمة النقض عدد 104، بتاريخ 7 فبراير 2022 ملف مدني رقم 7379/2/1/2019، منشور على المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض juriscassation.cspj.ma -
- قرار محكمة النقض رقم 69 بتاريخ 1 فبراير 2022، ملف مدني رقم 6454/7/1/2021، المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض
- قرار محكمة النقض عدد 421، بتاريخ 30 مارس 2016، ملف جنحي رقم 14521/2/6/2015، مجلة قضاء محكمة النقض عدد 81، 2016، صفحة 221.
- قرار محكمة النقض عدد 561، بتاريخ 23 أبريل 2019، ملف اجتماعي رقم 319/1/5/2017، نشرة قرارات الغرفة الاجتماعية عدد 43 سنة 2019، ص 52.
- قرار محكمة النقض عدد 214، المؤرخ في 16/01/2008، ملف مدني عدد 3793/2/1/2005، قرار غير منشور.
- قرار محكمة النقض عدد 385 الصادر في 10 شتنبر 2014، ملف مدني عدد 4174/3/1/2012، منشور بمجلة ملفات عقارية عدد 4 سنة 2014.
- قرار محكمة النقض، عدد 167، بتاريخ 25 مارس 2014، ملف مدني عدد 1201/7/1/2013، منشور في مجلة نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية، العدد 15 سنة 2014، صفحة 158.
- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 6/10/1999، تحت عدد 4610 في الملف عدد 94/4914، منشور بمجلة الملف عدد 9، ص 227.
- قرار محكمة تمييز العراق الصادر بتاريخ 21 أبريل 1982، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني السنة الثالثة عشرة، 1982، ص 44.
- قرار محكمة النقض عدد 347، الصادر بتاريخ 04 يوليوز 2018، ملف تجاري عدد 2270/3/3/2017، منشور في مجلة قضاء محكمة النقض عدد 85، قرارات الغرفة التجارية، ص 73.
- قرار محكمة النقض، عدد 15، الصادر بتاريخ 09 يناير 2014، ملف تجاري عدد 26/1/3/2012، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 77، قرارات الغرفة التجارية، ص 208.
- قرار محكمة النقض رقم 11، بتاريخ 04 يناير 2022، ملف مدني رقم 3773/4/1/2021، منشور على موقع المنصة الرقمية لمحكمة النقض المغربية (www.juriscassation.cspj.ma).
- قرار محكمة النقض، رقم 377، الصادر بتاريخ 04 شتنبر 2018، في الملف المدني رقم 4316/8/1/2016، نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية، العدد 39، ص 147.

- قرار محكمة النقض رقم 42، بتاريخ 18 يناير 2022، ملف مدني رقم 1303/1/1/2019، منشور على موقع المنصة الرقمية لمحكمة النقض المغربية (www.juriscassation.cspj.ma).
- قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 15 يناير 2011 عدد 109، ملف عدد 9038/6/6/2010، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى تطبيق القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية، سنة 2011، ص 22.

3- مراجع باللغات الأجنبية:

- **A.Bamdé et J.Bourdoiseau** :«Restitutions le sort des fruits et de valeur de jouissance procurés par la choses», Le droit dans tous ses états, 2019, (www.aurelienbamde.com).
- **A. Benabent** :« Droit civil : Les obligations», 5ème éd, Paris, Montchrestien, 1995.
- **Angel Carrasco Perera**: «Restitución de provechos, t1», Anuario de derecho civil, Vol 40, n°4, Estudios Monograficos , 1987.
- **Angel Carrasco Perera**: «Restitución de provechos2», Anuario de derecho civil, Vol 41, n°1, Estudios Monograficos , 1988.
- **Alexis Posez** :« L'inexistence du contratun Autre Regard sur Sa Formation » , Thèse pour le Doctorat en Droit Privé, 2010, Université Panthéon-Assas.
- **Alssane Kante** :«L'obligation de restitution dans les rapports prives en droit Senegalais», Nouvelle annales Africaines, n1, 2010.
- **Álvaro D'ORS PÉREZ-PEIX** : «Del enriquecimiento sin causa. Leyes 508, 509 y 510», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.) Comentarios al Código civil y compilaciones forales, Tomo XXXVIII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 2002.
- **Annie Bousiges**: «Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat», Thèse Poitiers, dactyl, 1982.
- **Antonio Ismael Ruiz Arranz** :« Frutos en la restitución contractual y normas posesorias: Un debate a zanjar 1», en Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos, Eitorial Aranzadi Thomson Reuters, 2019.

- **Antonio Ismael Ruiz Arranz** : « Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores Una necesaria reordenación dogmática», Revista para el Análisis del Derecho, InDret, N°1, 2020.
- **Aurélien Bamdé** : «Les restitutions consécutives l'anéantissement du contrat (nullité, résolution, caducité): régime juridique consécutives», 2019, www.aurelienbamde.com.
- **AVANT-PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS** (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil) Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice 22 Septembre 2005.
- **Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'association Henri Capitant**, art. 9 :« l'obligation de restitution emporte celle de conserver et d'entretenir le bien, suivant la nature du contrat», in (www.studocu.com).
- **B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER**, Droit civil – obligations, contrat, Litec, 5e éd., 1995.
- **Baudry et Lacantinerie et Barde** :«Traité théorique et pratique de droit civil», 3^{ème} éd, 1908.
- **Bernard Bossu** « La Remise en L'Etat En droit du Travail» Thèse Pour Le Doctorat En Droit, Faculté des Sciences Juridiques Politiques Et Sociales Université De Lille Ii, 1993.
- **Betty Mercedes MARTINEZ – CARDENAS** : «La Responsabilité Précontractuelle, Étude comparative des régimes colombien et français», Thèse de Doctorat 2013, Université Panthéon-Assas.
- **Catherine Puigelier** : «Dictionnaire Juridique», collection Paradigme, ed Larcier, 2éd, 2015.
- **CASTÁN TOBEÑAS**, Derecho civil español, común y foral, vol. 1-2, 15^{ème}ed., Reus, Madrid, 2007.
- **Cécil Chabas** : «Résolution-Résiliation», Répertoire de droit civil, Dalloz, 2010.

- **C. FRANÇOIS**, « Présentation des articles 1352 à 1352-9 du nouveau chapitre V, Les restitutions », La réforme du droit des contrats présentée par l'IEF de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr>.
- **Ch.Larroumet** :«Droit civil, Les obligations», 2 éd Economica, T11 , 1990.
- **Charline Delangle-Bretelle** :« Les motifs du contrat à titre onéreux : étude comparative des droits français, anglais et allemand», THÈSE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX, 2020.
- **Colin, A., H. Capitant et L. Julliot de la Morandière** : « Précis de droit civil» t. 2, 2e éd, Paris, Dalloz, 1961.
- **Commission pour le Droit Européen du Contrat**, Principes du droit européen du contrat, Paris, Société de législation comparée, 2003.
- **Cyril Bloch** : «La cessation de l'illicite, recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle», Ed DALLOZ, Nouvelle Bibliothèque de Thèse, 2008.
- **D.Houtcieff**:«Les sanctions des règles de formation des contrats», In pour une réforme du droit des contrats, F.Terré (dir), Dalloz, 2009.
- **Danièle Meledo-Briand** : «A propos des restitutions» , Revue Judiciaire de l'Ouest, 1984-2.
- **David Deroussin**:«Histoire du droit des obligations», Économica, Paris, 2007.
- **David Deroussin** : « Culpa in contrahendo : L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », Rev. historique de droit français et étranger, 2004-2 .
- **Didier LLUELLES et Benoît MOORE** : « Droit des obligations», 2e éd., Montréal, Thémis, 2012.
- **E. Poisson-Drocourt** : «La restitution entre les parties consécutive à l'annulation d'un contrat» D, 1983.
- **F.Ranieri** : «Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit Allemand", in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles études de droit comparé, Université Catholique de louvain XXXII , sous direction Marcel fontaine et Geneviève Viney, ED.BRUYLANT, 2001 .

- **Farah Safi** : «Les restitutions consécutives à la nullité du contrat : rétablir ou corriger ?», Recueil Dalloz, 02 juin 2016, n°20.
- **F. GRUA**, « Le prêt d'argent consensuel », D. 2003, chr., n° 13.
- **Frédéric Rouvière** : «L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente», RTD civ, Octobre/Novembre 2009, n°4 .
- **F.Juredieu** : «Les restitutions après annulation du contrat dans l'avant-projet de réforme de droit des obligations et des prescription», in La théorie des nullités , M Boudot et P.M Vecchi, LGDJ 2008, Université de poitiers.
- **François Collart Dutilleul Philippe Delebecque** : «Contrats civils et commerciaux», 11e édition, 2019, Dalloz.
- **François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette ; François Chénédé** ; Les obligations, 14 éd., Paris, Dalloz, 2018, .
- **François Chénédé** : «Le nouveau Droit des obligations et des Contrats», 2^e éd, nov 2018, Dalloz référence.
- **Gaël Chantepie, Mathias Latina** : « La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil», Dalloz, 2016.
- **G. LARDEUX, R. LEGAIS, M. PEDAMON, C. WITZ**, in Le Code civil allemand, Bürgerliches Gesetzbuch BGB, traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009, Juriscope, Dalloz, 2010.
- **G. ROUHETTE** : «Contribution à l'étude critique de la notion de contrat» thèse, Paris, 1965, n° 147.
- **GENICON (T.)**, La résolution du contrat pour inexécution, th. Paris II, L.G.D.J., 2007.
- **Gérard CORNU** dans la préface à la thèse de M. MALAURIE, préc, note 4.
- **Gérard. CORNU (dir.)**, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 12e éd., P.U.F., 2018.
- **Geneviève Viney** :« commentaire d'arrêt 1^{re}Civ, 21 mars 2006, N°03-16.236», RDC 2006.
- **GUELFUCCI-THIBIERGE** «Nullité restitutions et responsabilité» LGDJ, Bibl. dr. privé, thèse. 218, 1992.

- **H. BATIFFOL**, Les conflits de lois en matière de contrats, Sirey, 1938.
- **H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC**, « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle », T. 1, Montchrestien, 6^e éd., 1965.
- **Heinzmann Lisa** : «L'étendue des restitutions en droit français et allemand. Exemples pratiques, en cas de détérioration, dégradation de la chose à restituer», Revue internationale de droit comparé, vol, 70 n°2, 2018.
- **H. LOUBERS** « L'action de in rem verso et les théories de la responsabilité civile », RC.L.J.1912.396.
- **H.Roland et L.Boyer** : «Locutions Latines du droit français», 4 édition , Litec, 1998 .
- **Hugo Barbier** :« La théorie des restitutions en bonne forme ! Préservée de l'enrichissement sans cause et de la concentration des moyens», RTD Civ. 2015.
- **I. AVANZINI** :« Les obligations du dépositaire» préf. C. JUBAULT, Litec, Bibl. dr. entr., t. 73, 2007.
- **J. CARBONNIER**« Droit civil, T. II, Les biens, les obligations», PUF, coll. Droit fondamental, 2004.
- **Jean-Philippe Lévy et André Castaldo**: «Histoire du droit civil», 2^eédition, 2010, Dalloz.
- **J. Raynard**, "Les restitutions dans les contrats de distribution", in La cessation des relations contractuelles d'affaires, PUAM 1997.
- **J.L.Aubert** :«Les restitutions consécutive a l'annulation d'un contrat :quel régime juridique ?», note sous civ .1^{re} , 24 sept2002, D.2003.
- **Jean-Luc AUBERT** : « Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat : quel régime juridique ? », D. 2003.
- **Johann Le Bourg** :« La remise de la chose - essai d'analyse à partir du droit des contrats», THÈSE Pour obtenir le grade de DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE Spécialité Droit Privé, 2010.

- **José Antonio Álvarez Caperochipi** : El enriquecimiento sin causa», 2a ed., 1989, Comares, Granada.
- **Julie Klien** : «Les restitutions», Observations et propositions de modifications, projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, d régime général et de la preuve des obligations, JCP G, supplément au n°21, 25 mai 2015.
- **Julien Douillard** : «La distinction des obligations de conservation et de restitution», Acte- juridique, ed lextenso, 2021.
- **J. SAINTE-ROSE** : « Le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel», JCP 2000, II, 10296.
- **J.-J. BARBIERI** : «Contrats civils, contrats commerciaux», ed Masson, Armand Colin, séries droit, 1995.
- **Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET**, La formation du contrat, t. 2 « L'objet et la cause – Les nullités », coll. « Traité de droit civil », Paris, LGDJ, 2013.
- **Jean TANKEU** :« Le Recours aux modes alternatifs de règlement des litiges en matière de propriété intellectuelle», du grade de Docteur de l'Université de Nantes sous le sceau de l'Université Bretagne Loire, 2017.
- **Johann Le Bourg** :« La remise de la chose - essai d'analyse à partir du droit des contrats», THÈSE Pour obtenir le grade de Docteur de L'université de Grenoble, 2010.
- **Kessler Guillaume** :«Restitution en nature et indemnité de jouissance», JCP , 2004, I, 154.
- **LARDEUX, R. LEGAIS, M. PEDAMON, C. WITZ** :« Code civil allemand», Juriscope, Dalloz, 2010, traduction en français.
- **Lerasle et Als** : «Encyclopédie méthodique, jurisprudence», Paris, Éditions Panckouche, 1791.
- **Lionel ANDREU. Nicolas THOMASSIN** :« Cours de droit des obligations», 5 e éd, Gualino, Lextenso, 2020.

- **Louis JOSSERAND**, Cours de droit positif français, t. 2 « Théorie générale des obligations – Les principaux contrats du droit civil, les sûretés », 3e éd., Paris, Sirey, 1939, n° 379.
- **Marc Levis** : «L’opposabilité de droit réel de la sanction judiciaire des droit », ed economica, 1989.
- **Marcel PLANIOL** : « Traité élémentaire de droit civil» t. 2, 2e éd., Paris, F. Pichon successeur, 1902, n° 937.
- **Marie-Élisabeth ANDRÉ, Marie-Pierre DUMONT et Philippe GRIGNON**, : «L’après-contrat», Éditions Francis Lefebvre, 2005, n° 63.
- **M.-A.Frison-Roche** : «Le choix de l’annulation comme sanction de l’indétermination du prix dans les contrats d’exclusivité et ses conséquences», petites affiches, n°147, 8 dec 1993.
- **M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER** :«La responsabilité des personnes obligées à restitution», RTD civ. 1993.
- **Malinvaud** :«La responsabilité des incapables et de la femme dotale a l’occasion d’un contrat», Thèse, L.G.D.J, 1965 .
- **Marie-Élodie ANCEL** : « La prestation caractéristique du contrat», Paris, Economica, 2002.
- **Maria Malaurie** :«Les restitutions en Droit Civil», 1^{re} édition 1991, Editions Cujas, PARIS .
- **M.Lagarde** : «Retour sur les restitutions consécutives à l’annulation d’un contrat», JCP2012, Doctrine 504, n°2.
- **Marc Mignot** : « Commentaire article par article de l’ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », gazette du palais n°096, mai 2016.
- **Marella Maria Rosaria** : «Riparazione in forma specifica», CEDAM, Milan, 2009.
- **Mélodie Combet** :«Quasi-contrat et enrichissement injustifié», Thèse de doctorat en droit privé, 2020, Université Paris II , Panthéon-Assas.
- **Michel Prieu** : «Droit de l’environnement», 8^e ed, DALLOZ 2019.

- **Ministère de la Justice du Québec**, Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société, tome I, Québec, Publications du Québec, 1993.
- **Mohamed Barry** : «La théorie des nullités dans la doctrine après le Code civil», Thèse de doctorat, Université Lyon III, Jean Moulin, 2013.
- **Morgane Reverchone-Billot** : «La question litigieuse en matière contractuelle, Essai sur le traitement procédural du droit des contrats », Nouvelle Bibliothèque de thèse, volume 169, Dalloz, 2017.
- **M. Latina et G. Chantepie** « Commentaire théorique et pratique de la réforme du droit des obligations, dans l'ordre du Code civil », éd. Dalloz, 2016.
- **Mustapha Mekki et P. Malinvaud et D. Fenouillet** : « *Droit des obligations* », éd 2017, Lexisnexis.
- **Mustapha Mekki** : « La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat : esquisse d'un art », Revue Grand Deux , Grand A , Petit trois, 2013.
- **Nicole CATALA** : « La nature juridique du paiement », Thèse, Paris, L.G.D.J., 1961, n° 83.
- **Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK**, Les obligations, 8éd., Paris, L G D J, 2016.
- **Paloma Tapia Gutiérrez** : «La reparación del daño en forma específica, El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado », éd DYKINSON, 2013, Madrid.
- **Pascal Fréchette** : «La restitution des prestations en Droit Québécois : fondements et régime », Thèse Doctorat en droit , Université LAVAL, Québec, Canada , 2017.
- **Paul-Henry Delvaux** : «Les effets en droit belge de la résolution des contrats pour inexécution », Rapport belge, In études offertes à Geneviève Viney , L.G.D.J , LEXTENSO éditions , 2008.
- **Philippe Malaurie** : « Cours de droit civil-droit privé, sciences criminelles, les restitutions en droit civil », Paris, cours de droit, 1974-1975.

- **Phillipe Malaurie et Laurent Aynès et Pierre-Yves GAUTIER** : «Droit des contrats spéciaux», 8^e édition, 2016, LGDJ.
- **Planiol et Riper** :« TRAITE PRATIQUE DE DROIT CIVIL FRANCAIS», TOME X, CONTRATS CIVILS, 1^{re} PARTIE, 1932, Ed LGDJ.
- **Quintero Olivares, Gonzalo y Tamarit Sumalla, Josep Maria**:«De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de los gastos procesales», en comentario al código penal, tomo I, parte general, ed Thomas aranzadi, 5^a ed, Navarra, 2008.
- **Rémy Libchaber** : « Le dépôt d'instruments financiers », Droit & Patrimoine, 2000, n° 82.
- **René RODIÈRE** : « Les contrats et les obligations », Paris, 1952.
- **Robert-Joseph Pothier** : « Traité des contrats de dépôt, de mandat, de nantissement, d'assurance, de prêt et du jeu », in Œuvres de Pothier, t. 6, 1821, Siffrein, n° 32.
- **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance**, n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations», NOR : JUSC1522466P, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>, JORF n°0035 du 11 février 2016, Texte n° 25.
- **R.David, C.Jauffer-Spinosi, M.Gore** : «Les grands système de droit comparains», 12 édétion, précis Dalloz, 2016 .
- **René DEMOGUE** : « Valeur et base de la notion de rétroactivité » dans Studi Filosofico Giurudici dedicati a del Vecchio, t. 1, Società tipografica modenese, Modène, 1930.
- **René Japiot** :« Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle», Thèse de doctorat, Droit, Dijon; Paris, 1909.
- **R.Savatier** :«Des effets de la sanction du devoir moral», Thèse Poitiers, 1916.
- **Robert. Wintgen**, « Regards comparatifs sur les effets de la résolution pour inexécution », RDC 2006/02.

- **Rodriguez fernandez, ignacio** :«La indemnizacion del daño derivado del intromissions iligitimas en el derecho al honor», en ponencias sobre la responsabilidad civil y su valoración , almeria, 2009.
- **Roger MERLE** : « Essai de contribution à la théorie générale de l’acte déclaratif», RTDCiv.1948.
- **R.Libchaber** :«Contrats et conventions», Defrénois, 2004 , n°17.
- **S. BERNHEIM-DESVAUX** :« La responsabilité contractuelle du détenteur d'une chose corporelle appartenant à autrui» préface G. VINEY, PUAM, 2003.
- **Serge GAUDET** : «Un nouveau chapitre à la théorie générale des obligations: la restitution des prestations » dans Les obligations : quoi de neuf?, 26 octobre 1995, Cowansville, Yvon Blais, 1995.
- **Serge Guinchard et Thierry Debard(dir)** :« Lexique des termes juridique», 25^e 2017-2018, Ed DALLOZ.
- **S.Hocquet-Berg** :«Commentaire d’arrêt 1^{re}Civ, 21 mars 2006, N°03-16.236», RDC 2006, étude 9.
- **Sophie Pellet** :« Les restitutions : est si le dogmatisme avait du bon ?», La semaine juridique, édition général, n°24, 13 juin 2016.
- **Sophie Pellet** :«Restitutions consécutives à la résolution :à quoi bon ?», Recueil Dalloz, 13 mars 2014, n°10.
- **Stessy Tetard** :«les restitutions dans le nouvel article 1352-4 du code civil (ou le risques de la simplification), recueil Dalloz, 193 année, 2017, n°14 /7727.
- **Sylvain MERCOLI** :« La rétroactivité dans le droit des contrats», Thèse, Aix-en-Provence, PUAM.
- **Sylvan Mercoli** :«Les accessoires de la restitution ou la recherche d’un improvable retour à l’équilibre» , 2019, in (<https://www.actu-juridique.fr>).
- **Sylvain MERCOLI** : « Droit des restitutions :quel office pour le juge en matière de vente á crédit annulée», Revue actu-juridique fr, 2019.
- **Thomas GENICON** : « La résolution du contrat pour inexécution», préf. L. Leveneur, Thèse 2007, t. 484, LGDJ.

- **T.Coustet** :«vente résolution :restitution du prix sans dépréciation», Recuril Dalloz, 2014.
- **Vanessa Frasson** :« Les clauses de fin de contrat», Thèse Université Jean Moulin (Lyon 3), 2014.
- **Victor Bailly** : «La cessation d'illicite en droit international », Dalloz, nouvelle bibliothèque de Thèse, volume 142, 2015.
- **Xavier Henry et autres** :«Code civil annoté» 119 édition, Dalloz, 2020 .
- **Yves-Maria Serinet** : « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français», dans FONTAINE, M. et G. VINEY (dir.), Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé, Bruxelles, Paris, Bruylant-LGDJ, 2001.
- **Yves-Maria Serinet** : «L'office de juge, la résolution et la restitutions», JCP, 2003, II , 10116.n°4.
- **Yves-Maria Serinet** : «Les domaine respectifs de la remise en état par voie de restitution et réparation», études offertes à Geneviève Viney, L.G.D.J, LEXTENSO éditions, 2008.
- **Yves-Marie Serinet** : « Restitutions après anéantissement du contrat (art. 1161 à 1164-7)», in Avant-projet de réforme du droit des obligations Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice 22 Septembre 2005.

4- أحكام وقرارات قضائية أجنبية:

- **Cour supérieure de Canada**, 3064310 Canada inc. c. Investissements Mékinac inc., 2008 QCCS 3636, J.E. 2008- 1681 (C.S.)
- **Cour de cassation. com.**, 30 mai 2012, nos 10-17803 et 10-18527.RDI 2012, p828.
- **cour d'appel de quebec**, 26-09-2008, n° 500-09-018926-089, affaire Arsenault (Crèmerie du Pont) c. Côté (Réfrigération Jean-Guy Côté), in <https://canlii.ca/t/20xnh>.
- **Cour de cassation**, Civ. 3^e , 15 oct. 2015, n°14-23612, D. 2016. 566, obs. Mekki.

- **Cour de cassation** , 3^{re}Civ, 26 janvie 1994, N°91-20934, RTD civ , n°107, 1994, p276.
- **Cour de cassation**. 1^{re} civ., 16 mai 2013, n° 11-18143 , JCP .
- **Cour de cassation** , 3^{re}Civ, 12 mars 2003, N°01-17207, Bull civ , III n°63.
- **Cour de cassation** , 1^{re}Civ, 2 juin 1987, N°84-16624 , RTDciv , n°83, 1988, p329.
- **Cour de cassation** Civ. 3^e, 12 janv. 1988, n°86-15722, Bull. civ. III, N° 7 ; Defrénois 1988. 1240, obs. Aubert.
- **Cour de cassation** , Civ 1^{re}, 16 mars 1999, pourvoi n°97-14441, in La remise de la chose - essai d'analyse à partir du droit des contrats , Johann Le Bourg, p432.
- **Cass. 3e civ.**, 18 mars 1998, n° 96-11624 : Bull. civ. III, n° 62 ; RDI 1998, p. 426, obs. F. Collart Dutilleul et J. Derruppé .
- **Cass. 1re civ.**, 4 avr. 2006, n° 05-12681.RDI 2007, p453.
- **Cour d'appel LYON**, 29 janv1951, D , 1951, n°10, p191.
- **Tribunal supremo sala de lo civil**, sentencia de 11 de junio de 2020, con n° de Resolución 288/2020. In www.burgueraabogados.com.
- **Sentencia del Tribunal supremo**, 31 octubre1984, COO. 4.0 (MP: Santos Briz; RJ 1984/5158).
- **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil**, N°2030/2019, Fecha 21/06/2019, Consejo del poder judicial, Repertorio de jurisprudencia, (www.poderjudicial.es).
- **Sentencia del Tribunal Supremo** - Sala Primera, de lo Civil, 28 de octubre 2015, n°602/2015, In (www.vlex.es).
- **Sentencia tribunal supremo sala1^{re} de lo civil**, n°275/2013, fecha 30/4/2013, VLEX información Juridica inteligente(www.vlex.es).
- **Cour de cassation** Civ. 1^{re} , 2 juin1987, Bull.I n°183.
- **Cour de cassation** , 19 mai2021 , n°19-18. 230, affaires extinction, ed francis lefebvre , 2021.

- **Arrêt Cour de cassation** , 3^{re}Civ, 02 Juin2004, N° 03-11.475, Recueil Dalloz, 13 mars 2005, n°10, p642
- **Cour de cassation Civ. 3^e**, 13 Septembre2006, n° 05-11.533, RDI 2006 p322 .
- **Cour de cassation** , 1^{re}Civ, 19 février2014, N° 12-15.520, Recueil Dalloz, 13 mars 2014, n°10.
- **Cour de cassation** , 1^{re}Civ, 19 février2014, N°12-13.668 , Recueil Dalloz, 13 mars 2014, n°10, p642.
- **Cour de cassation**, Civ. 1^{re}, 13 novembre2008, n° 07-16.898 P : RTD com. 2009. 189, obs. Legeais
- **Cour de cassation** , Civ. 1^{re} 20 janv 1953, J.C.p, 1953, II , 7677.
- **Cour de cassation** Civ. 3^e, 29 janv 2003, JCP2003, II, 10116, note Y-M.Serinet .
- **Cour de Cassation. 1^{ère} civ.** 18 janv. 1960, J.C.P , 1961, II, 11994, Goré.
- **Cour de cassation**, ch, com, 19 décembre 1979, J.C.P, 1980 , II, 19464 ; 1992, p370.
- **Sentencia del tribunal supremo Español**, 11.2.2003, FD. 2.º (MP: Corbal Fernández, RJ 2003/1004).
- **Sentncia del Tribunal Supremo, 11.2.2003**, FD. 2.º (MP: Corbal Fernández, RJ 2003/1004).
- **Cour de Cassation. civ. 1^{ère}**, 16 février 1999, Bull. civ. I, n°55 ; D. 1999, IR
- **Sentencia del Tribunal Supremo, 1^a**, 19.12.2018, FD 2º [3] (MP: Vela Torres; RJ 2018/5455).
- **Cour de cassation** , Civ. 3^{re} , 23 mars. 1968 n° 66-12.007 P.in Code civil annoté, 122^e, 2023, Dalloz, p5404.
- **Cour de cassation** , 1^{re}Civ, 21 mars 2006, N°03-16.075 et N° 03-16.307 et N°03-16.407 , Bull civ I , n°171, n°172 et n°173. 8
- **Cour de cassation** ch com, 3 février 1998, Bull. civ. IV, no 61, ; RTD com. 1988.296, obs. B. Bouloc.
- **Cour de cassation** , Civ. 3^{re} 11 février 2021, n ° 20-11.037 , In Code Civil Annoté», Dalloz, 122^e édition, 2023, p3750.

- **Cour de cassation**, Civ. 1^e, 16 mars 1999, Bul civ, I, n°95, Rev.jur, dr ;aff, n°510.
- **Cour de cassation** Civ, 16 déc 1975, n°105, Bull, civ, n°4.
- **Cour de cassation**, com. 13 Nov 1984, G.P, 1985.1.Pan.112.
- **Cour de cassation** Civ, 15 mars 1988, n°105, Bullciv, n° 13.
- **Cour de cassation**, Civ. 3^e , 21 janv. 2016, n° 14-26.085 P : D. 2016. 566, obs. Mekki.
- **Cour de cassation**, Civ. 1 re , 19 mars 2015, n° 14-10.075 P : D. 2015. 1084, note Lasserre Capdeville.
- **Cour de cassation**, arrêt 24 septembre 2003, Bull civ.IV, n°138, JCP2004, II, 10026, note M.Kieta.
- **Cour de cassation, chambre Com.** 14 juin 2005, Bull. IV, n°130.
- **Arrêt de la cour de cassation** 3^e Civ, 22 Juillet 1992, n°90-18.667 .
- **Cour de cassation** Civ. 3^e, 12 avr 2018, n° 17-13.118, RTD civ, 2018 p642.
- **Cour d'appel Amiens**, 1^{re} chambre, 29 janvier 2004, n° 118, RCD civ, 2005, n°54, p367.
- **Cour de cassation**, Civ. 3^{re} 29 Jan 2003, n ° 1-03.185, JCP2003, II , 10116, note Yves-Maria Serinet .
- **Cour de cassation**, Civ. 1^{re}, 24 Sep 2002, n°00-21.278, RTD civ. 2003. 284, obs. Mestre et Fages.
- **Cour de cassation**, Civ. 1 ère, 17 févr. 2021, n° 19-22.234, in Code civil annote, p4921.
- **Cour de cassation**, Civ. 3^{ère} 24 juin 2005, n°08-12.251, In Code Civil Annoté», Dalloz, 122^e édition, 2023, p4927.
- **Cour de cassation**, Civ. 3^{re}, 22 Juillet 1992, n°263, j.C.P , 1992, I, n°2, note G.virassamy.
- **Cour de cassation**, Civ. 1^{re}, 5 Juillet 1989, R.T.D.Civ, 1990.282.n°14, Obs Mester.
- **Cour de Cassation, Soc.** 8 juin 1983 : Bull. civ. V, n° 310 ; RTD civ. 1985. 168, obs. Mestre.

- **Cour de cassation** , 1^{re}Civ, 11 Mars 2003, N°01-01673, JCP 2004. II. 10159, note Lièvremont.
- **Cour de cassation** , Civ. 3^{ème} 14 juin 2005, n°03-12.339, JurisData, n°2005-028950.
- **Cour de cassation** , Civ. 1^{re} 25 mai 2016, n ° 15-17.317 , In Code Civil Annoté», Dalloz, 122^e édition, 2023, p3699.
- **Cour de cassation**. 1^{re} civ., 17 févr. 1981, n°79-14.298, JCP 1981. I. 35527, note Chabas.
- **Cour de cassation**. 1^{re} civ., 25 novembre. 1981, n°79-14.298, JCP 1981. P211.
- **Cour de cassation**, • Civ. 3^e , 18 nov. 2009, n°08-19.355 , RTD CIV, 2010, 543.
- **Cour de cassation** , Civ. 3^e, 17 juin 2015, n° 14-14.372, à paraître au Bulletin ; D. 2015. 1369, *ibid.* 2198, chron. A.-L. Méano, V. Georget et A.-L. Collomp.
- **Cour de cassation**, com, 30 mars 2016, n°14-12.447, RTD com, 2016, n°44.
- **Cour de cassation**, ch. mixte, 9 nov. 2007, n° 06-19.508 P , BICC 15 févr. 2008, rapp. Lacabarats et avis Domingo.
- **Cour de Cassation. 3^{ème} civ.** 24 mai 2000 n°98-15.499 Bull. n°115, LPA 2002 n°64 p. 16 obs. D. Martin.
- **Cour de Cassation**, ass. plén., 2 avr. 1993, n°89-15.490 , GAJC, 11^e éd., n°226 .
- **Cour de cassation**, Civ. 1^e , 11 juin 2002, n° 00-15.297, RTD civ. 2003. 284, obs. Mestre et Fages.
- **Cour de Cassation. 1^{ère} civ.** 15 mai 2001 n°99-20.597 Bull. n°133, RTD civ. 2001 p. 699 note N. Molfessis.
- **Cour de cassation**, Civ. 1^{re} , 12 juill. 2012, n ° 11-17.587, RTD com. 2012. 510, obs. Monéger .
- **Cour de cassation** , 3^{re}Civ, 8 juill 2015, N°14-11.582, RTDciv , n°171, 2015, p869.
- **Cour de Cassation. 3^{ème} civ.** 22 juin 2005 n°03-18.624 Bull. n°143 .

- **Cour de cassation** Civ. 1^e, 4 avril 2006, n° 05-12.681, bull. civ.I , N° 123, RTD Civ. 2006 p475 .
- **Cour de Cassation. 1ère civ.** 29 janv. 2002 n°99-18.680, RTD civ. 2003 p. 501 obs. J. Mestre et B. Fages.
- **Cour de cassation** , 3^{re}Civ, 3 dec 2015, N°14-22.692, Recueil Dalloz, 02 juin 2016, n°20, p1179.
- **Cour de cassation**, Civ. 3^{re} 18 mai 2011, n o 10-11.721 P, In Code Civil Annoté», Dalloz, 122^e édition, 2023, p3699.
- **Cour de cassation**, Civ. 1^{re}, 30 Octobre 2000, n°98-10.688 , RTD civ, 2001, 142, Obs.J.Mester et B.Fages.
- **Cour de cassation** , soc, 27 nov 1952, n°853, Gaz.Pal, 1953, 154.
- **Cour de cassation**, Civ. 1^{re}, 25 Nov 2020, n° 18-24.769 P, In Code Civil Annoté, 2023, p4921.
- **Cour de cassation**, Civ. 1^{re}, 17 Février 2010, n°08-19.789, D2010, 864, note N.Dissaux.
- **Cour de cassation** Civ. 1^e, 22 mai 2008, n° 06-17.863, bull. civ.I , N° 143, RTD Civ. 2008 p829.
- **Cour de cassation** , Civ. 1ère 19 mars 1996, N°94-12.760 P : RTD civ. 1996. 907, obs. Mestre.
- **Cour de Cassation. 1ère civ.** 6 Févrie. 2019 n°17-25.859, RTD civ. 2019 p. 501 obs. J. Mestre et B. Fages.
- **Cour de cassation** , Civ. 1^{re} 7 avr. 1998, n°96-18.790 P : Gaz. Pal. 1999. 2. Somm. 456, obs. Guével.
- **Cour de cassation** , 1^{re}Civ, 10 décembre 2014, N°13-23.903 , RDC, 2015, n°25, p230 , obs. Y.-M. Laithier.
- **Cour de Cassation. 3ème civ.** 2 oct. 2002 n°01-02.924, RTD civ. 2003 p. 284 obs. J. Mestre et B. Fages
- **Cour de Cassaion**, Civ. 1^{re} , 16 Mai 2006, n°05-12.972 P, Defrénois 2006. 875, rapp. Sargos.

- **Cour de cassation**, Civ. 1^{re}, 16 Mars 1999, n°97-12.930, Defrénois 1999. 1325, obs. Delebecque.
- **Cour de cassation**, Civ. 1^{ère} 12 Décembre 1979, J.C.P. 1980. II, 19464.
- **Cour de cassation**, civ 3^e, arrêt 29 janvier 2003, RTD civ. 2003, 501.
- **Cour de cassation**, Civ. 1^{re}, 12 Janvier 1988, J.C.P. 1988. II. n°22.
- **Cour de cassation**, Civ. 3^{re}, 11 Mars 1987, D. 1987. IR 71.
- **Cour de cassation**, Civ. 3^e, 3 mai 2018, n°17-11.132, RTD civ. 2018. 658, obs. Barbier.
- **Cour de cassation**, Civ. 3^{re}, 27 Mars 1985, J.C.P. 1985. II. n°62.
- **Cour de cassation**, Civ. 1^{re} 13 novembre 1974, J.C.P. 1976, II. 18242, note Couchez.
- **Cour de cassation**, Civ. 1^{re}, 19 janv. 1953 : D. 1953. 234. – Dans le même sens : Civ. 3^e, 18 mai 1982, n° 80-10.299, D. 1983. IR 14, obs. A. Robert.
- **Cour de cassation**, 1^{re} Civ, 21 mars 2006, N°02-19.236, D 2006, JUR1869, note C. Montfort.
- **Cour de cassation**, ch. mixte, 9 juillet 2004, N°02-16.302, AJDI 2005 /331, obs. F. Cohet-cordy.
- **COUR D'appel Paris**, 28 février 1985, G.P. 1985. 1.441.
- **Cour d'appel de Paris**, 04 Mars 1992, Bull. Joly 1992.502, note A. Couret, Recueil Dalloz 1995 p.520, note Jacques Moury.
- **Cour de cassation** Civ. 3^e, 8 juill. 2015, n° 14-11.582, D. 2015. 1538, RTD Civ. 2015 p.869.
- **Cour de cassation** Civ. 3^e, 13 juin 2001, n° 99-18.676, CCC 2001 n°155, note I. Leveneur.
- **Cour d'appel Paris**, 17 janv 2018, n°15-17.647, J.C.P. 2018. II. n°134.
- **Cour de cassation**, Com, 18 fev 1992, n° 87-12.844, G.P. 1992.3.477.
- **Req. 5 déc. 1888**, D.P. 1902. I. 360; **Req. 2 mai 1882**, D.P. 1903. I. 168.
- **Cour de cassation**, Civ. 1^e, 12 nov. 1998, JCP 1999. II. 10053, note Garé.
- **Cass. civ. 1^{ère}**, 19 juin 2008, JCP 2008, II, 10150, note A. CONSTANTIN.

- **Cour de cassation**, Civ. 1^{re}, 18 juin 1969, J.C.P.1969.II.16131.
- **Cour d'appel Paris**, 26 mai 1972, J.C.P. 1973.II.17419.
- **Cour de cassation** 16 décembre 1975, Bull. civ.IV. n° 308 (2e moyen).
- **Cour de cassation**, 25 octobre 1949, J.C.P. 1949.II.5225.
- **Cour de cassation**, Civ. 3^e, 3 nov. 2021, n°20-16.334, in code civil annoté, 122^e, 2023, p4927.
- **Cour de cassation**, Civ. 1^{re}, 8 mars 2005, n°02-11.594, RCA 2005, n°160, note Hocquet-Berg.
- **Cour de cassation**, Civ. 3^e, 12 mars 1985, n°83-16.548, in code civil annoté, 122^e, 2023, p4930.
- **Cour de cassation**, Civ. 3^e, 15 avr. 1992, n°90-20.049, Defrénois 1993. 377, obs. Vermelle.
- **Cour de cassation** Civ. 1^{re}, 19 janv. 1977, n°75-13.578, in code civil annoté, 122^e, 2023, p4930.
- **Cour de cassation**, 1^{re} civ, 1 juin 1999, n°184, Defrénois 1999, 1340, obs L.aubert.
- **Cour de cassation**, 1^{re} civ, 10 juill. 2002, RCA 2002, n°338.
- **Cour de cassation**, civ 1^{re}, 7 mars 2007, n°04-13.602, rtdciv2007, n°43.
- **Cour de cassation**, com, 13 fevr 2007, n°05-10.424.RTD.com, 2007, 114.
- **Cour de cassation**, civ. 1^{re}, 6 déc. 1967 : Bull. civ. I, n° 358, in code civil annoté, 122^e, 2023, p4932.
- **Cour de cassation**, Civ. 1^{re}, 19 févr. 2014, n° 12-15.520 P : D. 2014. 544, obs. Coustet.
- **Cour de cassation**, ch, com, 12 fév 2020, n°17-31.614, D.2020, p1086, note Borghetti.
- **Cour de cassation**, Soc. 27 juin 1996, n° 94-10.982, JCP 1996. I. 3983 n° 17, obs. Billiau.
- **Cour de cassation**, Civ, 1^{re}, 18 juin 2002, Bull.civ I, n°168, Defrénois 2002.1630, obs J.-L. Aubert.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona** , 15 junio de 2002, n°6402/2002, Anuario de derecho civil , n°12/2003, 1570.
- **Cour de cassation**, Civ. 1^e, 8 juin 1983 , RTD civ. 1985. 168, obs. Mestre.
1973, Bull.civ.III , n°297, p214. **Cour de cassation**, civ3^{re}, 16 avril
- **Cour de cassation** 3^e Civ, 22 Juillet 1992, n°90-18.667 .Dalloz.fr.

الفهرس

1	مقدمة:
9	الباب الأول: تأصيل مفهوم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد
12	الفصل الأول: الاستمداد التاريخي والقانوني لغموض فكرة الرد
14	المبحث الأول: البعد التاريخي لإشكالية تعريف إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه
14	المطلب الأول: مفهوم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في القانون الروماني
20	المطلب الثاني: مفهوم إرجاع الحالة عن طريق الرد في القوانين المقارنة الحديثة
30	المبحث الثاني: غياب تعريف موحد لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد
33	المطلب الأول: التعريف الضيق لإرجاع الحالة على ما كانت عليه عن طريق الرد
44	المطلب الثاني: التعريف الموسع لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد
53	الفصل الثاني: تعدد المصادر: محاولة التصنيف والتمييز
55	المبحث الأول: تصنيف المصادر المولد للرد
56	المطلب الأول: التصنيفات الفقهية المقترحة
56	الفقرة الأولى: الرد التعاقدي والرد غير التعاقدي
60	الفقرة الثانية: الرد بأثر رجعي والرد الغير رجعي
62	الفقرة الثالثة: الرد الملزم لجانبين والرد الملزم لجانب واحد
66	المطلب الثاني: التصنيف المعتمد: الرد العادي وغير العادي
68	الفقرة الأولى: الرد العادي سبب غموض المفهوم
75	الفقرة الثانية: الرد غير العادي وسيلة لضبط وتوحيد المفهوم
90	المبحث الثاني: مظاهر الاختلاف بين إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق الرد وبعض المؤسسات القانونية المشابهة
90	المطلب الأول: التمييز بين التعويض في المسؤولية المدنية وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بواسطة الرد
97	المطلب الثاني: التفرقة بين إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ودعوى الاستحقاق

الباب الثاني: أساس إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ونظامها القانوني.	104
الفصل الأول: تعدد الأسس القانونية للرد واثره على مضمون ونطاق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.	106
المبحث الأول: الأسس المستقلة للرد تأصيل الرد على أساس أشباه العقود.	110
المطلب الأول: مدى ملاءمة أحكام الإثراء بلا سبب لإرجاع الحالة الناتجة عن الرد.	111
الفقرة الأولى: عدم تحقق شروط دعوى الإثراء بلا سبب على إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.	117
الفقرة الثانية: عدم تطابق آثار إرجاع الحالة عن طريق الرد ودعوى الإثراء بلا سبب.	124
المطلب الثاني: مدى امكان قيام إرجاع الحالة على أساس دفع غير المستحق.	129
الفقرة الأولى: مظاهر التقارب بين الرد الناتج عن الفسخ أو الإبطال ودفع غير المستحق.	131
الفقرة الثانية: الانتقادات الموجهة لتأسيس الرد على قاعدة دفع غير المستحق.	135
المبحث الثاني: الأساس القانوني المباشر: الرد أثر قانوني للإبطال و الفسخ.	143
المطلب الأول: مضمون الأساس القانوني المباشر.	146
الفقرة الأولى: طبيعة الأساس القانوني المباشر لإرجاع الحالة عن طريق الرد.	148
الفقرة الثانية: انعكاس الأساس القانوني المباشر للرد على تقدير إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.	155
المطلب الثاني: الأساس المباشر واثره في التمييز بين الرد وأسباب انقضاء وانحلال التصرفات.	161
الفقرة الأولى: الجوانب الموضوعية والمسטרية للتمييز بين الرد والإبطال.	162
الفقرة الثانية: الأثر الرجعي ومدلوله في سياق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.	172
الفصل الثاني: النظام القانوني لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.	182
المبحث الأول: طرق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بواسطة الرد(رد الأصل).	184
المطلب الأول: المبدأ في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه هو الرد العيني.	184
الفقرة الأولى: مضمون الرد العيني.	186
الفقرة الثانية: موانع الرد العيني.	195
المطلب الثاني: الرد بالقيمة.	204
الفقرة الأولى: مضمون الرد بالقيمة في سياق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.	204
الفقرة الأولى: طريقة إعمال الرد بالقيمة.	208
المبحث الثاني: الرد التكميلي في سياق إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.	212
المطلب الأول: رد الثمار والفوائد وقيمة واجب استغلال الشيء.	213

213.....	الفقرة الأولى: الثمار والفوائد.
222.....	الفقرة الثانية: رد واجب الاستغلال.
226.....	المطلب الثاني: التغير في قيمة الشيء.
226.....	الفقرة الأولى: الزيادة في القيمة.
232.....	الفقرة الثانية: انخفاض قيمة الشيء محل الرد.
236.....	خاتمة:
239.....	لائحة المراجع
264.....	الفهرس