مقاربة لنظريّة الظاهر

وفاء الرفرافي
أستاذة مساعدة في القانون الخاص
كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بسوسة
جامعة سوسة

1. أحيانًا يكون الظاهر المعلَن مبلغًا عن حقيقة، هي -بمنطق القانون- ليست بحقيقة، بل زائفة لأنّها غير صحيحة. وتولّد هذه الصورة فكرة مخالفة الحقيقة القانونيّة للواقع. وهي تحيل إلى فرضيات عديدة: إذ قد تكون الحقيقة القانونيّة مصطنعة، ويعني ذلك أنّها تنخلق بغض النظر عن مدى تطابقها مع المعطيات الواقعية أو بعبارة أخرى بغضّ النظر عن مدى مطابقتها للحقائق المادية التي يحتويها الواقع. وهي تكون -في هذه الصورة- نتاج إرادة القانون ومن صنعه، فهو لا يبحث عن احتواء الحقيقة المادية وتكريسها في قالب الحقيقة القانونيّة[1]؛ بل يكتفي بالحقيقة الظاهرة، ويتّخذها كمبنى للحقيقة القانونيّة، وذلك بغضّ النظر عن مدى مطابقتها للواقع. وقد يذهب إلى حدّ الاستغناء عن هذه الحقيقة الظاهرة، فتكون حقيقته التي ينسجها مخالفة بشكل بيّن لها، بحيث يبدو القطع مع الواقع صارخًا. ولا تثير هذه الفرضيات مبدئيا أية إشكاليّة، لأنّ تكوُّن الحقيقة القانونيّة يجيء عن وعي سياسة تشريعيّة مخصوصة، ويتجسّد ذلك سواء عند تكريس الحقيقة الظاهرة في القرائن القانونيّة[2] ومن خلال قواعد التقادم وقواعد

(1) R. PONSARD, «De la nécessité des concepts dans l'analyse du droit», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n°120, 01/12/2019, pp.797-824.

(2) يراجع: **عماد زعل الجعافرة**، القرائن في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001. **الطاهر المنتصر**، «القرائن على ضوء التشريعين التونسي واللبناني»، م.ق.ت، عدد 4، 1966، ص 7 وما بعدها. **عبد الرزاق السعيدي**، «القرائن في القانونين التونسي واللبناني»، م.ق.ت، عدد 12، 1966، ص 7 وما بعدها.

إثبات الحقّ[3]. أو عند القطع معها، كما في الافتراضات القانونيّة التي تقوم على تجاوز الحقائق الظاهرة [4].

2. هذه الصور التي تثير معطى العلاقة بين الحقيقة القانونيّة والحقيقة الظاهرة تتشابه كذلك مع فرضيّة أخرى، يتمّ الأخذ فيها بالحقيقة الظاهرة رغم مخالفتها للحقيقة القانونيّة ولكن ليس نتيجة إرادة قانونيّة بل نتيجة اعتقاد انساق إليه الغير بناءً على تلك الحقيقة الظاهرة. وهي قد تبدو إشكاليّة وتثير شيئا من التحفّظ لأنّها تعبير عن خرق للحقيقة القانونيّة. فما يؤسَّس له الظاهر هو في باطنه مخالف للقواعد. بحيث يتبدَّى التقابل بين حقيقتين: حقيقة واقعية ظاهرة ومعلنة تخرج عن أحكام الصحَّة، وحقيقة قانونيّة مبطَّنة، غير معلنة، ينكشف معها التحادٌ مع أحكام السلامة القانونيّة؛ فيتبدَّد كلُّ انصهار في أطر الشرعيّة. المسألة تتعلّق ها هنا بما درج الفقه على تسميته بنظريّة الظاهر[5]، والتي تمكِّن الغير[6] –وهو صاحب

(3) للتعمّق في هذه المسألة، يراجع، **وفاء الرفرافي**، التصوّر الموضوعي للمشروعيّة في القانون المدني، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونيّة والسياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2023، عدد 664-670.

(4) **خليفة الخروبي**، مداخل نظريّة في العلوم القانونيّة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2017، عدد 356، ص 381. يراجع كذلك:

J. SCHMIDT- SZALEWSKI «Les fictions en droit privé», *APD*, n°3, 1975, p.275, L'auteur définit les fictions juridiques comme «*une opération intellectuelle qui permet de sauvegarder l'apparent respect de la logique tout en réalisant l'adaptation de la règle à un besoin nouveau*».

(5) يراجع:

D.DEROUSSIN, «Réalité vécue, réalité juridique et vérité judiciaire à Rome et dans l'ancien droit français ; Contribution historique à l'étude de la théorie de l›apparence», *Droits*, n°37, 01/06/2003, pp.191-201 ; A.DANIS-FATOME, *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004 ; A.RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, Paris 2, 2004 ; CH.CHUNG-WU, *Apparence et représentation en droit positif français*, LGDJ, 2000 ; J-P ARRIGHI, *Apparence et réalité en droit privé*, Thèse, Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Nice, 1974.

(6) «الغير هنا هو كل شخص لم يحدث الممارسة الظاهرة ولم يشارك في إحداث الوضعية الواقعية البينة»: **محمد الشرفي، علي المزغني، مالك الغزواني**، أحكام الحقوق، دار الجنوب، ط 2، 2007، عدد 122، ص 90. للتعمُّق في مفهوم الغير، يراجع:

M.K. CHARFEDDINE, *Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière*, Centre d'études, de recherches et de publications, 1993.

الاعتقاد في الحقيقة الظاهرة التي تخالف الواقع القانوني- من التمتُّع بحماية قانونيّة تتجسَّد من خلال تمكينه من المعارضة بالحقوق التي اكتسبها بناءً على تلك الحقيقة الظاهرة[7]. ويؤدي تكريس نظريّة الظاهر إلى اعتراف القانون بالاعتقاد في الوضع الظاهر بحيث إنَّه سيجيز ترتيب آثارٍ عمَّا هو باطل[8]، وقد يثير ذلك شيئا من التحفظ لأنه سيعطِّل تطبيق القواعد القانونيّة ليتضارب مع مقتضيات الشرعيّة. وعلى ما تثيره من التحفّظ، تتعدَّد الشواهد في القانون التونسي على تكريس نظريّة الظاهر. ويمكن استقائها من النصوص القانونيّة في مجلة الالتزامات العقود والتي تشهد بتأثر المشرع بها؛ من ذلك خصوصًا الفصل 252 منها المتعلّق بالوارث الظاهر وكذلك الفصلين 1163 و1168 بالنسبة للوكالة الظاهرة[9] والتي تدلُّ على تكريسه لها[10]، ليتأسَّى به لاحقًا فقه القضاء التونسي[11]. لكنَّ الإقرار بها لا يبدو كافيا، بل هي تبدو إشكاليّة: فكيف يمكن مقاربة نظريّة الظاهر على النحو الذي يخوّلُ التسليم بها على الرغم من مخالفتها لأحد أبرز المسلّمات القانونيّة وهي أنَّ القاعدة القانونيّة هي التي تؤسَّس للحقائق القانونيّة؟

(7) يراجع في هذا الشأن: **هاجر البرناط**، حماية الغير من خلال نظريّة الظاهر، مذكّرة ختم الدراسات المعمَّقة، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1997-1998. **إيمان قزارة**، نظريّة الظاهر في القانون الخاصّ، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمَّقة في القانون، كلية العلوم القانونيّة والسياسيّة والاجتماعيّة بتونس،2002، ص 49-54.

(8) على غرار العقد الذي يبرم الوكيل الظاهر مع الغير، وهو ما سيتم شرحه في محلّ الكلام ها هنا.

(9) ينص الفصل 1163 م.ا.ع على ما يلي: «عزل الوكيل عن كل الوكالة أو عن بعضها لا يكون حجة على من عاقد الوكيل جاهلًا بالعزل وللموكل حينئذ أن يرجع على الوكيل. وإذا عين القانون كيفية مخصوصة للتوكيل كان عزله بها أيضًا»، وينص الفصل 1168 من نفس المجلة على ما يلي: «يمضي ما فعله الوكيل في حق موكله ما دام لم يعلم بوفاته أو بغير ذلك من الأسباب الموجبة لفسخ التوكيل بشرط أن يكون معاقد الوكيل جاهلًا لذلك أيضًا».

(10) يراجع في هذا الشأن: **إيمان قزارة**، نظريّة الظاهر في القانون الخاصّ، المرجع المذكور سابقًا،ص 64-68.

(11) عرف فقه القضاء التونسي تطوُّرًا ملحوظًا فيما بخصوص تكريسه لنظريّة الظاهر، فبعد أن تشبَّث بإنكارها في مرحلة أولى، انتهى إلى إقراره بتكريس المشرِّع التونسي لها، وهو موقف ستتمُّ دراسته في الجانب التطبيقي للمعطى عند البحث في تقدير مشروعيّة الاعتقاد. يراجع في هذا الشأن، **هاجر البرناط**، المرجع المذكور سابقًا، ص73-87. **إيمان قزارة**، المرجع المذكور سابقًا، ص 74-81.

إذ يجب أن يُفهم كيف يمكن الأخذ بالظاهر، ولماذا قد يتنازل القانون عن ضوابط الشرعيّة. البحث في الكيفية، يحيل إلى طريقة التكريس، واستنطاق منهج التكريس يدفع إلى التمعُّن في المضمون بغرض الكشف عن العناصر التي قد تتشكَّل منها نظريّة الظاهر. استجلاء هذه العناصر هو ما سيمكِّن لاحقًا من توضُّح المبرِّرات والدوافع التي تحرِّك منطق التشريع، فأَنْ يُفهم كيف يكرِّس القانون مشروعيّة الظاهر المبني على الاعتقاد، يعني أنَّه يمكن تفهُّم الغاية من وراء ذلك، وهو ما يدعو لتحديد موضوع هذه المسألة بكلِّ تدقيق. وهو ما سيتمّ تناوله من منظور باحث في القانون الخاص وفي إطار التكريس التشريعي في المادة المدنية. ويستدعي ذلك اقتراح مقاربة طارفة، ربّما قد تكون جامعة لنظريّة الظاهر (**المبحث الثّاني**). لكنَّ هذا المطلب يستلزم أن يتمَّ أوّلا استحضار المقاربات الفقهيّة لها (**المبحث الأوّل**).

المبحث الأوّل: المقاربات الفقهيّة لنظريّة الظاهر

3. يتميز الموروث الفقهي المتعلّق بهذه النظريّة باختلاف الآراء وتباينها إلى حدّ الشتات. ففي الفقه مناقشات عديدة، لا تتعلّق بتحديد أركان هذه النظريّة فقط (**الفقرة الأولى**)، بل تتخالف كذلك حول تحديد الغرض من تكريسها (**الفقرة الثّانية**).

الفقرة الأولى: الاختلاف في تحديد أركان النظريّة

4. انصبّ اهتمام الفقه على تحديد أركان نظريّة الظاهر. ولم تعرف آراءه ثباتًا ولا توافقًا. ففي البداية، سادت آراء جانب من الفقه واستتبَّت على أنَّ أحكام الظاهر تستند بالضرورة إلى وجود غلط، ولكنَّها اختلفت في تحديد الصفة التي تلحق بهذا الغلط؛ فأفرز نظرهم اختلافًا بين البعض منهم، وتوافقًا بين البعض الآخر:

الشقُّ الأوّل، ركن إلى التمييز بين الغلط القاهر، الغلط المعذور، الغلط الشائع، والغلط المشروع[12]. الغلط المعذور هو الذي يعذر فيه من يقع في الغلط[13].

(12) *Erreur invincible, Erreur excusable, Erreur commune, Erreur légitime, v° l'intérêt de la distinction :* A. DANIS-FATOME, *Apparence et contrat*, op. cit., n°884, pp.537-538.

(13) Id., n°901, pp.550-551.

الغلط القاهر هو الذي يقع فيه الشخص بشكل محتَّم؛ لأنَّه لم تكن أمامه أيُّ وسيلة ممكنة لتفاديه[14]. الغلط الشائع هو الذي يقع فيه الكافَّة[15]. البعض أراد إضفاء مسحة من الموضوعية على صفة الشيوع المشترطة في الغلط[16]؛ فأوجب التدقيق بأنَّ ما يعدُّ شائعًا هو ما قد يقع فيه عامَّة الناس، وليس بالضرورة ما يدرجون واقعيًّا على الوقوع فيه[17]. الشقّ الثّاني من الفقه، أنكر الجدوى من التفرقة، وانتقدها[18]، واعتبر أنَّ مفاهيم الغلط القاهر والغلط الشائع، والغلط المشروع هي تعبيرات عن حالة واحدة هي حالة الغلط في الظاهر[19]. ولقد انعكست المساواة في الدلالة

(14) D. POMBIEILH-JEAUNEAU, «L'élément psychologique de la théorie de l›apparence à la lumière de la jurisprudence de la Cour de cassation», *RRJ*, n°2004/3, 01/06/2004, pp.1547-1567 ; X. LAGARDE, «Jurisprudence et insécurité juridique», *Recueil Dalloz*, n°10, 09/03/2006, pp.678-684 ; O. FARDOUX, «Erreur de droit et intention délictueuse», *Recueil Dalloz*, n°8, 23/02/2006, pp.561-564.

(15) A. BÉNABENT, *Les obligations*, 16ème éd., Montchrestien., 2017, n° 495, p. 382 ; H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, T. 2, *Obligations. Théorie générale*, 9e éd., Montchrestien, 1998, n° 151, p. 144.

(16) «*Pour objectiver l'erreur individuelle, il faut donc disposer d'un faisceau d'éléments extérieurs au sujet. L'objet des droits transmis, l'existence d'un formalisme, d'une solennité, d'une publicité conduisent à concevoir l'erreur comme la conséquence de l'apparence, non plus comme la cause de l'illusion. L'«erreur» «commune» est ainsi détachée du sujet qui a été trompé – mais qui ne s'est pas trompé*»: M. BOUDOT, *Répertoire de droit civil*, Mai 2018, (actualisation Décembre 2019), v° Apparence, n°156.

(17) Id., n°155 ; V° égal : J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, 1962, p. 166 ; A. DANIS-FATOME, *Apparence et contrat*, op.cit., v° note 22, p.539.

(18) «*Il ne semble pas qu'il y ait de différence entre l'erreur commune et l'erreur légitime. L'erreur commune suppose qu'elle aurait pu être commise par n'importe quelle personne se trouvant dans la même situation que le cocontractant du mandataire. Ce n'est qu'à cette condition qu'elle peut apparaître comme légitime*»: CH. LARROUMET, *Droit civil*, III, *Les obligations. Le contrat, partie 1, Conditions de formation*, Economica, 2003, n° 175, note 2 ; V° égal: D. POMBIEILH-JEAUNEAU, *L'élément psychologique de la théorie de l'apparence à la lumière de la jurisprudence de la Cour de cassation*, op.cit., pp.1547-1564.

(19) V. PERRUCHOT-TRIBOULET, «L'erreur légitime, condition de l'application de la théorie de la propriété apparente», *Revue Lamy Droit civil*, n°127, 01/06/2015, pp. 69-70 ; D. POMBIEILH-JEAUNEAU, op.cit, p.1547 et s.

بين هذه المفاهيم في الاستخدامات الفقهيّة وفقه القضائية لها[20]. في مقام موالي، لم يبدُ الجانب الآخر من الفقه متشبِّثًا بالربط بين وجود الغلط ونظريّة الظاهر. وبدوره، انقسم إلى موقفين: موقف يرادف في استعمالاته الدلالية بين الغلط المشروع، الاعتقاد المغلوط والاعتقاد المشروع[21]. وموقف يقصي تمامًا الغلط من أركان النظريّة، ليقتضي حصرًا الاعتقاد المشروع[22].

5. في عُباب الجدل الفقهي، برز رأي الفقيه الفرنسي SOURIOUX الذي أفرد دراسة مسهبة لمفهوم الاعتقاد المشروع في مقال ذائع[23]، وسعى إلى التمييز بين الغلط كفكرة وبين الاعتقاد المغلوط، مُبيِّنًا أنَّ فكرة الغلط تجعل الناظر في المسألة مهتمًّا بالوضع الظاهر بعد أن تمَّ اكتشافه. في حين أنَّ تقدير الاعتقاد المغلوط يجب ألّا يتمَّ بالنظر إلى الغلط؛ لأنَّه ينكشف في وقت لاحق، بل بالنظر إلى الاعتقاد في حدِّ ذاته؛ لأنَّه ما يتسبَّب في الوقوع في الغلط. وعمد إلى تحديد العناصر التي من شأنها أن تكوّن الاعتقاد المشروع؛ فأبرز عنصرين اثنين: قيام هذا الاعتقاد على عنصر الظاهر المرجَّح أنَّه الحقيقة[24]، وقيامه على غياب أي تقصير في جهة الطرف الذي كان قد وقع في الاعتقاد المغلوط، ويجد أنّه يثبت بمجرّد ثبوت إعفاء ذاك الطرف من واجب تقصّي حقيقة الظاهر[25]. هذه المقاربة

(20) V° par exemple: W. DROSS, «L'apparence: erreur invincible et commune ou simple absence de faute ?», *RTD Civ.*, n°4, 19/12/2014, pp.913-916 ; M. BOUDOT, op.cit., n°120 ; Y. PICOD, *Répertoire de droit civil*, v° Nullité, juillet 2019, (actualisation Mars 2021), n°181.

(21) M.BOUDOT, op.cit., n°12 et s. ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, 2ème éd., Litec, 1988, n° 1502, p. 571 ; V° égal: F-X TESTU, *Contrats d'affaires 2010/2011*, 1ère éd., Dalloz, 2010, n°15.01-02, pp.53-54.

(22) J-L. SOURIOUX, «La croyance légitime», *JCP*, 1982, I 3058 ; Son approche a été adoptée par la doctrine postérieure, V° PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats 2021/22*, 12ème éd., Dalloz, 2020, n°3321.141-165, p. 1747-1750, V° sp., note 7, p. 1747.

(23) J-L. SOURIOUX, op.cit., n°3058 et s.

(24) «*C'est l'apparence comme vraisemblance qui est un élément de la croyance légitime*»: Id., n°113.

(25) Ibid.

الفقهيّة لمفهوم الاعتقاد المشروع أثمرت استقرارا فقهيا محوره جَعْلُ الاعتقاد المشروع شرطا يتوقّف على توفّره كلّ اعتداد بالظاهر[26]. هدأة الفقه أثمرت تعمّقا في الدراسات التي تناولت الاعتقاد المشروع، على نحو أفرز شيئا من الاستقرار حول أركانها[27]. إذ أنّها تقوم على ركنين: ركن مادي يتمثّل في الوضع الظاهر، وركن معنوي هو الاعتقاد المشروع[28]. ويتمثّل هذا الأخير في عنصر نفساني وهو عنصر الاعتقاد المغلوط الذي وقع فيه من اطمئن للحقيقة الظاهرة، وهو ينفصل بدوره إلى عنصرين: الاعتقاد وصبغته المشروعة. ويعطي الفقه مدلولات عديدة لمفهوم المشروعيّة: فهي الصبغة المعذورة للغلط، أو للاعتقاد المغلوط الذي وقع فيه الغير[29]، ويتمُّ تقديرها بالنظر إلى عدم العلم[30]؛ إذ ذهب أحدهم إلى أنَّ الغير لو كان مطَّلعًا على الحقيقة لما أقدم على الاعتقاد في الوضع الظاهر رغم زيفه[31]، ولا يعني هذا القول أنَّ عدم العلم في حدِّ ذاته مشترط لإثبات الصبغة المشروعة للاعتقاد، بل ما يجب إثباته هو جدارة الغير بتمتُّعه بالحماية القانونيّة[32].

---

(26) V° par exemple : F. BONDIL, «Mandat apparent et force des croyances», *LPA*, n°209, 18/10/2002, pp.12-19 ; A. BATTEUR, «La théorie du mandat apparent et la protection des tiers contractant», *LPA*, n°51, 26/04/1996, pp.13-17.

(27) تجدر الإشارة إلى أن الفقه ميَّز بين درجات مختلفة لمفهوم الاعتقاد المشروع، وهي الاعتقاد في الحقيقة المرجَّحة والاعتقاد المعذور والاعتقاد الموصوف، وحتى الاعتقاد المعقول. يراجع في هذا الشأن:

PH. LE TOURNEAU, Rép. civ. 2017, v° Mandat, n° 189 et s. : L'auteur distingue entre trois «degrés» de la croyance légitime : *la croyance vraisemblable, la croyance excusable et la croyance qualifiée ;* v° égal : G. KHAIRALLAH, «Le raisonnable en droit privé», *RTD civ.*, 1984, n°3, p.439-467, v° sp. p.439 : l'autre auteur parle de *la croyance raisonnable*.

(28) **هاجر البرناط**، حماية الغير من خلال نظريّة الظاهر، المرجع المذكور سابقًا، ص 19-43. **إيمان قزارة**، نظريّة الظاهر في القانون الخاص، المرجع المذكور سابقًا، ص 24-36. في القانون المقارن، الفرنسي، يراجع مثلًا:

J.P. ARRIGHI, *Apparence et contrat en droit privé, op.cit.*, p.517-570 ; A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé, op.cit.,* p. 1044 et s.

(29) CH. CHUNG-WU, *Apparence et représentation en droit positif français*, op. cit., pp.277-283.

(30) Id., n°617-623, p.293.

(31) J. GHESTIN, *Droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 1993, p.455.

(32) A. DANIS FATOME, *Apparence et contrat,* op.cit., n°900, p.549.

6. تأسيسا على ما سبق، يتبنّى جليّا أنَّ الفقه بدا ثريا في تناوله للنظريّة ولعلَّ ذلك ما يفسّر الاختلاف في وجهات النظر التي طالت كذلك محاولات تحديد الغرض من تكريسها.

الفقرة الثّانية: الاختلاف في تحديد الهدف من تكريس النظريّة

7. نظريّة الظاهر أثارت مساجلات فقهيّة عديدة[33]، لعلَّ دواعيها عائدة إلى سكوت التشريعات الوضعية عن تنظيمها في نظريّة عامَّة[34]، وذلك أنّها تُلفى مصدرها في فقه القضاء[35]. والأمر على هذا الحال في القانون التونسي؛ إذ يُسجَّل عزوف المشرِّع عن إفراد أحكام عامَّة لها، ورغم أنَّ ذلك لا يمكن أن يقوم كحجَّة على عدم تكريسه لهذه النظريّة[36]، إلاَّ أنَّه أثَّر بشكل واضح في مرحلة ما على فقه القضاء التونسي الذي بدا متردِّدًا في اللجوء إليها[37]. وفي القانون المقارن، كالقانون الفرنسي تعالت بعض الأصوات الفقهيّة منتقدة تكريس نظريّة الظاهر[38]؛ إذ ذهب أحدهم إلى استنكار هذا «الاعتداء» على قواعد القانون، معتبرًا أنَّ هذه النظريّة تتضارب مع فكرة القانون في حدِّ ذاتها[39]، لذلك بدت الحاجة ملحَّة لدى البعض الآخر لوجود عِذرة يمكن أن تبرِّر تكريس نظريّة الظاهر؛ فانبلج غرض حماية الثقة المشروعة للغير المحمَّل باعتقاده في الظاهر، كسند وموجب لتكريس النظريّة في القانون[40]. وتثبَّت هذا الموقف واستحكم

(33) يراجع أعلى هذا، عدد 4.

(34) B. MATHIEU, «La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient», in *Mélanges Patrice GELARD*, LGDJ, Paris, 1999, pp.301- 306, sp. p. 302.

(35) D. DEROUSSIN, op.cit., pp.191-201.

(36) في إشارة لبعض النظريات الفقهيّة المكرّسة في القانون التونسي دون أن ينظمها تشريع عام، على غرار النيابة وتنازع القوانين في الزمان.

(37) يراجع في هذه المسألة: **إيمان قزارة**، المرجع المذكور سابقًا، ص 74-81.

(38) CH. PAGNON, «L'apparence face à la réalité économique et sociale», *Recueil Dalloz Sirey*, n°38, 05/11/1992, pp.285-290 ; M. BOUDOT, op.cit., n°22 et n°32 ; V° égal: W. DROSS, «De l'utilité ou de l'inutilité de la théorie de l'apparence pour l'acquéreur d'un immeuble», *RTD Civ.*, n°2, 09/07/2020, pp.432-435.

(39) M. BOUDOT, op.cit., v° n°16.

(40) تجدر الإشارة في هذا الإطار أنَّ غرض حماية الثقة المشروعة في نظر البعض لا يبدو حجَّة

في الفقه[41] كما في فقه القضاء[42]، في القانون التونسي[43] كما في القانون المقارن[44].

8. استيعاب هذا النظر الفقهي يفترض توضيح الرابطة التي يمكن أن تشدَّ نظريّة الظاهر إلى غرض حماية الثقة المشروعة. البحث في هذا المعطى أدى إلى إدراك أنَّ الأمر يتعلّق بمسألة تحديد مبرِّرات الثقة المشروعة التي يبحث القانون عن حمايتها. فإذا كان القانون سيخرج عن منطق الشرعيّة ليكرِّس نظريّة من شأنها أن تعيق كلَّ التناسق والتماسك الذي تحتاجه كلُّ منظومة قانونيّة، فلا بدَّ أن تكون لديه دوافع من شأنها أن تبرِّر الحماية القانونيّة التي يفردها للغير. ولقد تمخَّض الفقه عن آراء مختلفة، كان مطلبها الموحَّد بضربين منها: تبرير الحماية القانونيّة للغير بغرض حماية الأمن القانوني من جهة، ومن جهة أخرى، إيعازها لغرض حماية حسن نية الغير.

كافية - في حدِّ ذاتها للخروج عن قيود الشرعيّة لأنّ المسألة حسب هذا النظر تبقى خاضعة ومقيدة بحدود قد تتجلّى لا سيَّما في الفرضيات التي يتقهقر فيها هدف حماية الثقة المشروعة أمام ما تفرضه القوانين: يراجع في هذا الشأن:

M. BOUDOT, op.cit., n°23.

(41) V° par exemple: CH. AMATO, «Confiance légitime: principe directeur et source autonome de l'obligation», *RDC*, n°2013/1, 01/01/2013, pp.351-367 ; A. BENABENT, *Droit civil: les obligations*, Montchrestien, 2007, n°489, p. 375 ; V° égal: D. DEROUSSIN, *Le juste sujet de croire dans l'ancien droit français, contribution à l'étude de la théorie de l'apparence*, De Boccard, 2001.

(42) G.VINEY, «Note sous Cour de cassation, chambre mixte, 6 septembre 2002», *JCP édition entreprise*, n°47, 21/11/2002, pp.1869-1874 ; Y.DAGORNE-LABBE, «Absence de mandat apparent dans les relations entre notaires ; Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 20 mars 2013», *JCP édition notariale et immobilière*, n°22, 31/05/2013, pp.21-22 ; M.BOURASSIN (et autres), «Chronique de droit civil des entreprises», *LPA*, n°45, 04/03/2013, pp.5-20 ; O.FARDOUX, «Erreur de droit et intention délictueuse», *Recueil Dalloz Sirey*, n°8, 23/02/2006, pp.561-564.

(43) يراجع: **آمنة بركات**، الوكالة الظاهرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق بصفاقس، 2010. **سنية القطاري**، الوكالة الظاهرة في القانون المدني، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في الحقوق شعبة القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1997.

(44) يراجع مثلًا: **فتحية قرة**، أحكام الوضع الظاهر، منشأة المعارف الإسكندرية، 1986. **سلامة عبد الفتاح حليبة**، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

9. تبرير حماية الثقة المشروعة بغرض حماية الأمن القانوني، تبرير إرجاع حماية الثقة المشروعة للغير في إطار نظريّة الظاهر يفترض فهم الترابط بين الثقة المشروعة والأمن القانوني. الإلمام بهذا المعطى يستلزم التوقّف أمام مسألتين اثنتين: فكرة الترابط في حدِّ ذاتها، ثمَّ أوجه الترابط بينهما. فمن جهة أولى، يبدو أنَّ فكرة الترابط بين الثقة المشروعة والأمن القانوني لا تبدو إشكاليّة، فالفقه يكاد يَبْدَهُ في الربط بين حماية الثقة المشروعة وحماية الأمن القانوني؛ إذ يتبصَّر البعض الأمن القانوني كمبدأ مسخَّر لحماية الثقة المشروعة[45]. ويعتبر الترابط بينهما قائمًا إلى الحدِّ الذي جعل غالبية الفقه يخلط بين المفهومين ويرادف بينهما[46] معتبرًا أنّهما متَّصلان لا وجه للفصل بينهما[47]، فالثقة المشروعة تبدو جزءًا من الأمن القانوني[48]، بل هي انعكاس له[49].

(45) تنطوي وجهة النظر الفقهيّة على تأثُّر واضح بالمنحى الذي عرفه القانون العام، فيما يخصُّ تكريس حماية الثقة المشروعة والإقرار بها كمبدأ وهو معطى عرف تطوُّرًا ملحوظًا في القانون المقارن، لا سيَّما القانون الأوروبي يراجع في هذا الشأن:

P. MENGOZZI, «Évolution de la méthode suivie par la jurisprudence communautaire en matière de protection de la confiance légitime : De la mise en balance des intérêts, cas par cas, à l'analyse en deux phases», *Revue du marché unique européen*, n°4, 1997, pp. 13-29.

(46) وهو موقف استقرَّ عليه الفقه الألماني بالخصوص، وتوارثه الفقه الفرنسي. يراجع في هذا الشأن:

S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001, n°69-70, pp.164-166.

(47) G. CANIVET, «Incertitude et politique jurisprudentielle de sécurisation du droit, questions et évolutions majeures de la jurisprudence: une politique jurisprudentielle de sécurisation du droit» ; Document électronique disponible sur: https://www.courdecassation.fr/; (consulté le 28/07/2024).

(48) V°. D. SIMON, «La confiance légitime en droit communautaire: vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ?», in *Etudes à la mémoire du Professeur Alfred RIEG*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp.733-752, sp. p. 733 et s.: l'auteur considère que la confiance légitime est le versant subjectif du principe objectif de sécurité juridique ; Dans le même sens: L. TARTOUR, «Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français», *Revue du droit public*, n°2, 01/03/2013, pp.307-327.

(49) PH. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 119.

من جهة ثانية، تفهُّم هذا التلاحم بين الثقة المشروعة والأمن القانوني، يفترض إدراك كيف يمكن أن يتحقّق الأمن القانوني بفضل حماية الثقة المشروعة للغير في نطاق نظريّة الظاهر. المطلب يتضارب للوهلة الأولى مع ما يظهره الفقه من تخالف في مقاربة الكيفية التي يمكن أن يُضمن بها الأمن القانوني من خلال حماية الثقة المشروعة: إذ هناك من يجد أنَّ المقصود من الأمن القانوني إنَّما يتعلَّق بحماية الحقوق المكتسبة(50). واستنادًا على ذلك اعتبر البعض أنَّ حماية الثقة المشروعة تبرِّر الأخذ بنظريّة الظاهر كمصدر لحقوق الغير(51)، وأنَّ تأمين هذه الحماية يشكِّل ضمانة أساسية ويكفل احترامًا ضروريًّا للحقوق المكتسبة من الغير(52)، بل إنَّ جانبًا من الفقه ذهب إلى حدِّ اعتبار أنَّ حماية الثقة المشروعة هي حقٌّ(53)، ويطرح الحقُّ في هذه الحماية تمامًا كالحقِّ في التمتُّع بالأمن القانوني(54). وتأسيسًا على ذلك أقرَّ أحدهم أنَّ للغير حقًّا قانونيًّا في حماية ثقته المشروعة، وأنَّ حقّه هذا يخوِّل له وجوب تكريس القانون للظاهر(55). وعلاوةً على ذلك، هناك من أتبع هذا النظر باعتبار أنَّ في ضمان حماية الثقة، حماية للقانون نفسه(56)؛ لأنَّ

(50) D. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, «Nature et racine du principe de sécurité juridique: une mise au point», *RIDC,* n°55/1, 01/03/2003, pp. 85-103 ; V°. ég. J.-Cl. GAUTRON, «Le principe de protection de la confiance légitime», in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber Amicorum en l'honneur de Jean Raux, Rennes*, Apogée, 2006, 199-218, sp. n°86, p. 198.

(51) J. CALAIS-AULOY, «L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif?», *in Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges Yves GUYON,* 2003, pp.171-181.

(52) F. MELLERAY, «*La revanche d'Emmanuel Levy? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français*», *Droit et société*, n°56/57, 01/01/2004, p. 143-149 ; D. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, *Nature et racine du principe de sécurité juridique : une mise au point, op.cit*, p.96.

(53) V. MICHEL, «*Brèves observations sur l'application des principes de sécurité juridique et de confiance légitime*», *GP, n°42-43, 11/02/2009, pp.43-47.*

(54) P. MALINVAUD, «A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence», *RTD Civ., n°2, 01/04/2005,* pp.312-318, sp. p.313.

(55) TH. PIAZZON, *La sécurité juridique,* DEFRENOIS, *2010*, n°204, pp.394-396.

(56) A. RABAGNY, *L'image juridique du monde*, PUF, 2003, p.358-373.

ثقة الغير تتعلَّق بالقانون في حدِّ ذاته[57]، لكنَّ استكانة الفقه لهذه النزعة الحمائية للغير وشدِّها إلى غرض ضمان الأمن القانوني، لم تكلَّل بالتوافق حول مضمون الأمن القانوني الذي قد يرتبط بالثقة المشروعة؛ إذ ينبلج التخالف؛ فهناك من يعتبر أنَّ الأمن القانوني يضمن الحماية من خلال بعده الحركي أو الديناميكي[58]، وهناك من يجد ضرورة في مقاربة اعتقادات الأفراد، ليحصر حماية الثقة المشروعة في بوتقة ذاتية[59]. وهناك من يرى أنَّ الأمن القانوني يجب أن يكرِّس ببعده الموضوعي[60]، وأنَّه استاتيكي أي ثابت[61]. في حين يُرصَد رأيٌ آخر يجد أنَّ تحديد الأمن القانوني يجب أن يتمَّ بالنظر إلى بعده الشكلي[62]، ثم يبرز رأي مضاف يذهب إلى أنَّ الأخذ بالبعد المادي له هو الذي يبدو أكثر وجاهة[63].

(57) A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé,* op.cit., p.1291 et s.

(58) *La sécurité juridique dynamique*, v°. A. RABAGNY, *L'image juridique du monde, op.cit.*, pp.358-373. De la même auteure: *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, op.cit., p.1307.

(59) وهو نظر تميّز به الفقيه LEVY، يراجع:

S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime…,* op.cit., n°320-323, pp.586-593 ; S. FREMEAUX, «Réflexions sur le droit et les croyances», *RRJ*, n°2005-1, 01/01/2005, pp.467-475, sp. p.470.

(60) «*Nous ne croyons pas qu'il soit possible de substituer à l'immense travail accompli par les juristes, une simple formule magique comme celle de confiance légitime trompée*» : P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques*, LGDJ, 2005, n°19, p.175., v°. ég. D. SIMON, «La confiance légitime en droit communautaire: vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? *op.cit*. p. 733.

(61) *La sécurité juridique statique*, v°. TH. PIAZZON, *La sécurité juridique,* op. cit., n°202, p.392 ; Sur la question de la distinction entre sécurité dynamique et sécurité statique, v°. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, A. Rousseau éd., 1911 ; Disponible sur : https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5457266z.texteImage, (consulté le 15/06/2024)., p.72.

(62) D. LABETOULLE, «principe de légalité, principe de sécurité juridique, *in L'État de droit*» in *Mélanges en l'honneur de Guy BARIBANT*, 1996, pp. 403-412 ; P. CASSIA, *La sécurité juridique un nouveau principe général du droit aux multiples facettes*, DALLOZ, 2006, n°9, pp.1190-1191.

(63) TH. PIAZZON, *La sécurité juridique, op.cit.*, n°2-27, pp.3-40.

10. تبرير حماية الثقة المشروعة بغرض حماية حسن النية، حسن النية برزت في الفقه المتعلّق بنظريّة الظاهر كأحد الأسس التي يمكن أن تسند تكريس النظريّة والإقرار بها[64]، وذلك على اعتبار أنَّ الغاية الأولى من هذه النظريّة هي حماية الغير الذي اتَّكل على الظاهر عن حسن نية [65]. ويظهر حسن النية في النظر الفقهي مرتبطًا بمفهوم الثقة المشروعة[66]، وذلك باعتباره العنصر الذاتي[67] أو النفسي[68] للمفهوم، وشرطًا ضروريًّا للأخذ بالظاهر[69]، ولكنَّه اختلف في تحديد مفهوم هذا العنصر فرأى جانب أنَّه اقتضاء للجهل في حين رأى جانب آخر أنَّه اقتضاء لنمط سلوكي معين يستند إلى اعتبارات أخلاقية[70].

11. إذا كانت الآراء الفقهيّة تتعدّد إلى حدّ التضارب بينها، فلا بدَّ من السعي إلى اقتراح مقاربة جديدة للنظريّة قد تتجاوز هذه الاختلافات، وبعض العوائق النظريّة.

المبحث الثّاني: المقاربة المقترحة لنظريّة الظاهر

12. إذا كان موضوع الاختلافات الفقهيّة يتعلّق بتحديد أركان النظريّة والغرض منها، فلا بدّ أن تعمد المقاربة المقترحة إلى تقديم تحليل وتفسير للنظريّة، على نحو كفيلٍ بتحديد أركانها (**الفقرة الأولى**) والغرض من تكريسها (**الفقرة الثّانية**).

(64) P.A. FORIERS, «L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général de l'exécution de bonne foi», *JT* 1989, pp. 544-545 ; V° égal: J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial,* op.cit., p. 30 ; J. GHESTIN (Dir.), M. BOUDOT, «apparence», *Répertoire de droit civil,* mai 2018, n°28-63.

(65) M. POUMAREDE, La notion de droit apparent, in *Juges et apparences*, Actes du colloque des 4 & 5 Mai 2009 organisé par l'équipe Théorie des Actes et du Contrôle des Institutions Publiques, LGDJ, 2010, p.185-203, sp. n°13.

(66) P.A, FORIERS, «L'apparence, source autonome d'obligations ou application du principe général de bonne foi», *JT* 1989, p. 545.

(67) CH. CHUNG-WU, *Apparence et représentation en droit positif français*, *op. cit.*, n°604-660, pp.285-313.

(68) PH. RAIMBAULT, Au-delà de l'apparence: quels fondements?, in *Juges et apparences*, *op.cit.*, pp.151-154.

(69) CH. CHUNG-WU, *op.cit.*, p.285.

(70) Id., pp.287-290.

الفقرة الأولى: تحديد أركان النظريّة

13. تتكوَّن القاعدة القانونيّة من فرض وحلٍّ[71]. يتمثل الحلُّ في حكم القانون أو في الآثار التي يتوقَّف ترتُّبها على تحقّق الفرض الذي حدَّدته القاعدة القانونيّة[72]، وغالبًا ما يتمثَّل هذا الفرض في جملة من الضوابط القانونيّة التي يجسِّدها اقتضاء شروط معيَّنة[73]. ما يُستجدُّ في نظريّة الظاهر، هو أنَّ هذا العنصر أي -الفرض- لن يكون قائمًا؛ بمعنى أنَّ الشروط التي يفرضها القانون لن تكون متوفِّرة، وأنَّ هذا الأمر لن يعطِّل ترتيب الأثر القانوني، بل إنَّه سينشأ وبالرغم من فقد تلك الشروط. ففي الوكالة الظاهرة يبقى الموكِّل ملزمًا تجاه الطرف الذي تعاقد مع الوكيل -أي الغير- رغم تحقُّق أحد الأسباب الموجبة لفسخ الوكالة[74]. ما يجب أخذه في الحسبان ها هنا أنَّ أثر الإلزام الذي يشير إليه النصُّ القانوني سيجعل العلاقة قائمة بين الموكِّل والغير، بحيث يجد الموكِّل نفسه ملزمًا باحترام اتفاق لم يكن طرفًا فيه[75]، بل إنَّه سيكون عليه احترام الالتزامات التي تنشأ عن

(71) تجدر الإشارة إلى أنَّ هذا التحليل لتركيبة القاعدة القانونيّة يبقى مدينًا للفقه الألماني تحديدًا الفقيه RODOLF STAMMLER ولكن خصوصًا من بعده الفقيه HENRI MOTULSKY الذي أثَّر طرحه بشكل فاعل في الفقه الغربي، خصوصًا في الفقه الفرنسي ومنه إلى الفقه التونسي. يراجع:

H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs,* 1948, Réed Dalloz Sirey 2002 ; n°16-17, pp.18-19: «*seule formule qui soit apte à définir exactement la structure de la règle de Droit: c'est celle de Stammler, qui distingue la «présupposition» (Voraussetzung) de «l'effet juridique» (Rechtsfolge)*» ; R.STAMMLER, *Théorie de la science juridique*, HALLE, 1923, p.120, (en langue allemande).

(72) «*Si tel événement se produit, telle conséquence juridique en découle» ou «si tel événement se produit, il n'en découle pas pour autant telle conséquence*»: H. MOTULSKY, op.cit., n°83, p.57.

(73) Dans la présupposition il y a «*ce qui est nécessaire pour qu'une règle de droit puisse se réaliser*» : Id., n°77, p.75.

(74) تراجع في هذا الشأن: الفصول 1157 إلى 1161 م.ا.ع.

(75) يراجع: **آمنة بركات**، الوكالة الظاهرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق بصفاقس، 2010. **سنية القطاري**، الوكالة الظاهرة في القانون المدني، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في الحقوق شعبة القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1997.

اتفاقات هو -في حدِّ ذاته- يعدُّ غيرًا بالنسبة إليها[76]، التعارض بين أثر الإلزام الذي يترتَّب عن الوكالة الظاهرة وبين مبدأ الأثر النسبي للعقد يبدو صارخًا ها هنا[77]. يلاحظ كذلك أنَّ العقد الذي يبرمه الوكيل الظاهر مع الغير هو عقد باطل لعدم توفُّر شروطه القانونيّة، وذلك على اعتبار أنَّ الغير قد تعاقد مع جهة لا تمتلك السلطات القانونيّة التي تخوَّل لها تمكين التصرُّف من الصحة، ولا مناص كذلك من كشف التناقض مع المبادئ العامَّة للقانون باعتبار أنَّه «لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق»[78]. والفقه من جانبه يرى أنَّ إلزام الموكّل هو الأثر القانوني الذي يجب أن يترتَّب في حقِّ الغير[79]. ومن المفيد التأكيد -في هذا الإطار- أنَّ صفة الوكيل لا تجد سندها في القانون، بل في الواقع[80]. ويعني ذلك أنَّ العنصر المنتقص من تركيبة القاعدة القانونيّة -أي شروط الجواز- سيعوِّضه عنصر واقعي يتمثلُ في الاعتقاد المشروع[81]، فتأسُّس الاعتقاد على الواقع يجد اعتباره في الظروف الواقعية والمظاهر الخارجية التي دفعت الغير إلى التوهُّم[82]، بل هي تعفيه من التدقيق في مدى تلاؤمها مع القانون[83]. لترتِّب نفس الآثار القانونيّة التي ترتّبها الوكالة الصحيحة[84].

(76) J-P ARRIGHI, op.cit., p.494 et s. ; A. RABAGNY, *op.cit.*, p.1088 et s. ; v° égal: J. CALAIS-AULOY, «L'attente légitime une nouvelle source de droit subjectif ?», *op.cit.*, pp.171-181.

(77) يراجع:

J-L GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1981.

(78) الفصل 551 م.ا.ع.

(79) V° M. BOUDOT, «apparence», *op.cit.*, n°171-182.

(80) **محمد الشرفي، علي المزغني، مالك الغزواني**، «أحكام الحقوق»، المرجع المذكور سابقًا، عدد 121-122، ص 90-92.

(81) *La croyance légitime.*

(82) CH. CHUNG-WU, *Apparence et représentation, op.cit.*, p.310 et s.

(83) J.-L. SOURIOUX, «La croyance légitime», *op.cit.*, p.3052.

(84) CH. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat, op.cit.*, n°175, pp.146-149.

14. ما يسترعي الانتباه هو أنَّه تمَّ استبدال الشروط المفروضة قانونًا بشرط الاعتقاد المشروع. وهو ما يعني أنَّ هذا الاعتقاد هو الذي سيعوِّض الشروط القانونيّة، ويكون تعبيرًا عن إبدال السند القانوني بالسند الواقعي. ما تجدر ملاحظته في هذا المستوى، هو أنَّ الأخذ بالظاهر وبالاعتقاد الذي انبنى عليه يبقى مجرَّد معطى واقعي لا يتناوله القانون بالتنظيم ولا يكسبه أي أثر قانوني إلَّا في فرضيّة وحيدة: تمتُّعه بالمشروعيّة. وهو ما يعني أنَّ الاعتقاد سيبقى مجرد معطى واقعي ولن يعتدّ به قانونا إلّا اكتسب صفة المشروعيّة. هذه الصفة المشترطة هي التي ستعوِّض العنصر المنتقص في تركيبة القاعدة القانونيّة، وهو عنصر الفرض، لتكون هي في نهاية المطاف بديلًا عنه. بحيث يحُلُّ اشتراط المشروعيّة محلَّ الشروط التي يفرضها القانون في التصرُّف الحقيقي. فإذا كان الاعتقاد هو الذي يؤسِّس للحقيقة الواقعية، فإنَّ مشروعيّة الاعتقاد هي التي تؤسِّس للحقيقة القانونيّة[85]، والتي تتمثَّل في الحقوق التي يكتسبها الغير والالتزامات التي يتحمَّل صاحب الحقِّ الأصلي عبء احترامها[86]. من هذا المنطلق، يتجلّى أنَّ نظريّة الظاهر تبدو منتمية إلى المجال القانوني، وليست مستقاة من الواقع. فعنصر المشروعيّة في الاعتقاد الذي يؤسَّس للأخذ بالظاهر محدَّد قانونًا، سواءً من حيث اشتراط المشروعيّة، أو من حيث مضمونها.

15. هذا النظر قد يمكّن من فكّ العقدة الفقهيّة، إذ تضطرب الآراء التي تسعى لتفسير النظريّة: فالبعض يجد أنَّ الأخذ بالظاهر سيكون مصدرًا للحقوق التي يتمتَّع بها صاحب الاعتقاد المشروع[87]، ويعتبر تباعا أنَّ النظريّة تمكِّن من صنع القانون، في المقابل، هناك من يعارض هذا الرأي، ويقيِّد آثار النظريّة في

(85) J-P ARRIGHI, *Apparence et réalité en droit privé, op.cit*, p.1038 ; A. RABAGNY, *op.cit.* p.992.

(86) **هاجر البرناط**، المرجع المذكور سابقًا، ص 45 وما بعدها. **إيمان قزارة**، المرجع المذكور سابقًا، ص 49 وما بعدها.

(87) J. CALAIS-AULOY, L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif? *op.cit.*, pp.171-181 ; X. MAGNON, Rapport de synthèse, in Juges *et apparences*, Actes du colloque des 4 & 5 Mai 2009 organisé par l'équipe Théorie des Actes et du Contrôle des Institutions Publiques, LGDJ, 2010, pp.311-330.

تصحيح التصرُّفات القانونيّة بغرض إنقاذها من البطلان[88]. رأي ثالث حاول تفسير الصبغة الملزمة التي تنتجها قواعد القانون لفائدة الغير، فاعتبر أنَّ النظريّة تتمتَّع بمفعول انتقالي يفسِّر اكتساب الحقِّ من قبل الغير على حساب صاحب المركز القانوني[89]، ثمَّ برز رأي آخر ليحكم المسألة بمنطق القاعدة واستثنائها، ويجعل من اكتساب الحقوق بناء على نظريّة الظاهر استثناء للأصل؛ أي لمصادر الحقِّ كما يضبطها القانون[90]. بل ذهب البعض الآخر إلى حدِّ القول بأنَّها بديل عن القواعد القانونيّة[91].

16. تلجّج الفقه في تفسير النظريّة يرجع إلى الأثر الذي يحدثه الأخذ بها. فالاعتقاد في الظاهر يخلق تضاربًا بين القواعد القانونيّة؛ لأنّه من جهة يعطِّل تطبيق قاعدة قانونيّة معيَّنة بالشكل الذي يحدِّده القانون. ومن جهة أخرى، يستند إلى قاعدة قانونيّة تختلف ترائيًا من حيث إكسابها الأثر القانوني الذي يعيقه تطبيق القاعدة الأولى. مثل هذا التضارب من شأنه أن يهدم تماسك كلِّ نسق قانوني[92].

17. المقاربة المقترحة والتي تدعو إلى اعتبار أنَّ اشتراط المشروعيّة هو الذي يوفّر العنصر المعبّر عن إرادة القانون، تستدعي مقاربة المسألة من وجهة مفهوم المشروعيّة، وذلك على اعتبار أنَّها الشرط الذي يتوقَّف عليه اعتداد القانون بالواقع؛

(88) وهو موقف فقه القضاء التونسي: قرار تعقيبي مدني عدد 27632، مؤرخ في 1997/04/24، غير منشور: «إن نظريّة الأمر الظاهر ضرورية لتعديل تطبيق القواعد القانونيّة والأثر الأساسي لها هو تصحيح الإجراء متى اتضح أنه كان مختلًّا وإنقاذه من الإبطال وهي تستجيب لتوفير الأمن في العلاقات القانونيّة ولما يسمى بالخطأ المشروع». قرار تعقيبي مدني عدد 43461، مؤرخ في 2017/03/16، غير منشور: «وحيث تبين من أوراق ملف القضية أن الطاعن لم يكن على علم بوفاة مورثة المعقب ضدهم في تاريخ رفع الدعوى كما خلا الملف مما يفيد إعلام الورثة لمعقبه بوفاة مورثهم بما يجعل القيام صحيحًا عملًا بنظريّة الأمر الظاهر». يراجع أيضًا بالنسبة إلى الفقه: F. DERRIDA ET J. MESTRE, *RÉPERTOIRE DE DROIT CIVIL, 1986, V° APPARENCE, N°65 ET S.*

(89) CH. CHUNG-WU, *Apparence et représentation., op.cit.*, n°595, p.279.

(90) **محمد الشرفي، علي المزغني، مالك الغزواني**، المرجع المذكور سابقًا، ص 86-92.

(91) V° R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, A. Rousseau éd., 1911 ; Disponible sur: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5457266z.texteImage, (consulté le 30/06/2024).

(92) *Système juridique.*

مفازة النظر توفير سند انطباق الآثار القانونيّة دون الخروج عن منطق القانون. إذ تشدُّ هذه الصفة المشترطة في الاعتقاد القواعد إلى بعضها بعضًا؛ لأنَّ بروزها كشرط، هو ما يصل الاعتقاد الواقعي بالقانون ويحلُّ محلَّ الفرض في تركيبة القاعدة القانونيّة. مشروعيّة الظاهر المبني على الاعتقاد تبدو من هذا المنطلق منتمية إلى المجال القانوني، وليست مستقاة من الواقع. ومن شأن هذا النظر أن يتجاوز هذا الشتات في الموروث الفقهي، ويوفّر تفسيرا معقولا لها. كما يمكن تأسيسا على ذلك تفهُّم ما استقر عليه الفقه من كون أنَّ الاعتقاد المشروع يولِّد الحق[93]، كما يمكن تفسير الصبغة الاحتياطية لنظريّة الظاهر كما دافع عنها البعض[94].

18. تجدر الإشارة أنَّ الجديد في المقاربة المقترحة لا يكمن في التفرقة بين الاعتقاد وصبغته المشروعة، فذاك رأي ذهب إليه جانب من الفقه بل ويستقرّ عليه[95]. وجه الجِدّة يكمن في تحديد مضمونها: فالمقاربة الفقهيّة التي تربط اقتضاء الصبغة المشروعة للاعتقاد بالركن المعنوي للظاهر تقيِّد نطاق الأخذ بالمشروعيّة، لأنَّ تقدير مشروعيّة الاعتقاد يتمُّ بمعزل عن الركن المادّي، في حين أنَّ كلًّا من الركنين المادي والمعنوي يتلازم اشتراطهما في نظريّة الظاهر لتطبيق الآثار التي يرتبها القانون عنها[96]. لذلك فإنّ نطاق المشروعيّة يشمل كامل

(93) «*La croyance légitime vaut titre*»: L. SOURIOUX, *op.cit.*, p.3058.

(94) J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1994, n°856, p. 846.

(95) يراجع أعلى هذا، عدد 5.

(96) وهو ما يستقرُّ عليه فقه القضاء التونسي: قرار تعقيبي مدني عدد 35304.17 مؤرخ في 2017/01/24، غير منشور: «حيث إن نظريّة الأمر الظاهر تستند إلى ركنين لا بد من توفرهما لإضفاء الحماية التي قررتها هذه النظريّة على المتعامل مع صاحب الأمر الظاهر المخالف للحقيقة، وهما: ركن مادي وركن معنوي. ويتمثل الركن المادي للوضع الظاهر في استقرار المركز الفعلي لصاحب الوضع الظاهر بالقدر الذي يوهم الكافة بأنه مركز قانوني صحيح، وذلك بإحاطة صاحب الأمر الظاهر بعوامل ومظاهر مادية تؤكد تطابق مركزه الظاهر مع الحقيقة. أما الركن المعنوي فيتمثل في ضرورة توفر حسن النية في المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر ولا يعتبر حسن النية متوفرًا إلا إذا كان ليس في وسع ذلك الشخص التوصل إلى معرفة المركز الحقيقي المخالف للوضع الظاهر ولو بذل عناية الرجل العادي، ولم يقصر في استطلاع حقيقة الأمر المخالف للظاهر». يراجع كذلك: قرار تعقيبي مدني عدد 27632، القرار المذكور سابقًا. قرار تعقيبي مدني عدد 43461، القرار المذكور سابقًا. قرار تعقيبي مدني عدد 3062، مؤرخ في 2006/12/14، ن.م.الت، 2006، ص 399-401.

نظريّة الظاهر وينسحب على ركنيها المادي والمعنوي في الآن نفسه. فالقانون لا يؤخذ بعين الاعتبار الظاهر إلّا إذا تحقّق فيه شرط جوهري وهو ثبوت الاعتقاد المشروع. مفهوم الاعتقاد المشروع في حدِّ ذاته، مفهوم مركّب من عنصرين: عنصر واقعي -وهو الاعتقاد- وعنصر قانوني وهو الصفة المشترطة في الاعتقاد وهي المشروعيّة. تجرُّد الاعتقاد من صبغته المشروعة سيسقط كلَّ اعتبار له من قبل القانون، وسيبقى فقط كعنصر واقعي. بناءً على ذلك، فإنَّ تطبيق الآثار القانونيّة لنظريّة الظاهر يستوجب مقاربة أركانها من عنصرها القانوني الوحيد وهو صفة المشروعيّة. من هذا المنطلق يجب أن يتمَّ تقدير مشروعيّة الظاهر بناءً على أركان المشروعيّة في حدِّ ذاتها.

19. يمكن أن يتمَّ تقدير مشروعيّة الاعتقاد في الظاهر بناءً على ركنين اثنين، وهما: الركن المادي، والركن المعنوي. الركن المادي أوّلًا: وهو يتكوَّن من العناصر الاجتماعيّة التي قد تشكِّل مضمون المشروعيّة[97]. ثمَّ الركن المعنوي ثانيًا، ويتكوَّن من العنصر القصدي الذي يشكِّل كذلك مضمون المشروعيّة[98].

20. أوّلا، العنصر الاجتماعي: مراجعة فقه القضاء يكشف أنَّ تقدير مشروعيّة الاعتقاد يكون بالاعتماد على معيارين اثنين: معيار المألوف اجتماعيًّا[99]، ومعيار الأعراف الاجتماعيّة[100]. إذ أنَّ محكمة القانون تبدو حريصة على التثبُّت من مدى تسبُّب المعطيات الواقعية في خلق الحقيقة الزائفة. من ذلك مثلًا أنَّها اعتبرت أنَّ «الظروف المحيطة بالإعلام بحكم باسم شخص متوفًّى» و«ما اكتنفها من تجهيل... هي التي أدّت [...] إلى الاعتقاد في صحَّة الأمر الظاهر»[101]. ولقد ذهبت في قرار آخر إلى تقدير هذه الظروف بالنظر إلى معيار المألوف، عندما رفضت الطعن في محضر إعلام بحكم مؤسَّس على الاختلاف بين الاسم

(97) للتعمّق يراجع: **وفاء الرفرافي**، التصوّر الموضوعي للمشروعيّة في القانون المدني، المرجع المذكور سابقا، عدد 180.

(98) نفس المرجع، عدد 158.

(99) نفس المرجع، عدد 185 و187.

(100) نفس المرجع، عدد 184.

(101) قرار تعقيبي مدني عدد 27632، القرار المذكور سابقا.

الحقيقي للطاعن والاسم الذي «اشتهر به»، وصرَّحت أنَّ « الاختلاف المذكور لا يعيب محضر الإعلام في شيء اعتمادًا على نظريّة الظاهر التي تبيح للخصوم استدعاء بعضهم لبعض على أساس ما عرفوا به من أسماء»[102]؛ ممَّا يؤدي إلى الخلاص لكون أنّ اقتضاءها «للظواهر والدلائل [التي] تحمل على الاعتقاد» في صحَّة الظاهر[103]، يجب أن تغلِّفه مسحة من المصداقية، والتي يمكن تقديرها بناء على عنصر المألوف. في قرار آخر، يتجلّى تكريس المحكمة لهذا العنصر؛ إذ أوردت أنَّ الركن المادي للظاهر يتمثَّل ضرورة في الاستقرار بالقدر الذي يوهم الغير بأنَّه مركز قانوني صحيح يتفق مع الحقيقة، وأنَّ تقديره يكون بالنظر إلى «عوامل ومظاهر مادية» محيطة بصاحب الوضع الظاهر[104]. ثمّ من زاوية أخرى، يبدو جليًّا أنَّ محكمة التعقيب قد اعتمدت كذلك معيار الأعراف لتخلص لعدم مشروعيّة الأخذ بالظاهر؛ ففي أحد قراراتها، اعتمدت عند نظرها في المطاعن المقدَّمة إلى «المعاملات الجاري بها العمل بين الطرفين» لتعتبر أنَّ الحقيقة القانونيّة القائمة صحيحة وغير ظاهرة وتعطِّل تباعًا تكريس النظريّة[105].

21. ثانيا، العنصر القصدي: ربط نظريّة الظاهر بالركن المعنوي قد يبدو كمعطى متفق عليه، لكن تحديد هذا الركن موضع اختلاف: هل هو خطأ مشروع، أم اعتقاد مشروع [106]؟ هل هو غلط أم اعتقاد مخطئ[107]؟ أم هي حسن نية[108] أو

(102) قرار تعقيبي مدني عدد 65771، مؤرخ في 2018/12/26، غير منشور.

(103) قرار تعقيبي مدني عدد 483، مؤرخ في 1976/11/25، ن.م.الت، عدد3، 1977، ص 144-149.

(104) قرار تعقيبي مدني عدد 45199، مؤرّخ في 20 نوفمبر 2017، غير منشور.

(105) قرار تعقيبي مدني عدد 483، القرار المذكور سابقًا.

(106) يُلاحظ استخدام فقه القضاء للعبارتين في الآن نفسه، يراجع مثلًا: قرار تعقيبي مدني عدد 27632، القرار المذكور سابقًا.

(107) **محمد الشرفي، علي المزغني، مالك الغزواني**، «أحكام الحقوق»، المرجع المذكور سابقًا، عدد 117، ص 88.

(108) في إشارة لاستخدام في فقه القضاء لهذا التكييف، يراجع مثلًا: قرار تعقيبي مدني عدد 42560، مؤرخ في 2017/10/18، غير منشور.

هو جهل[109] أو عدم علم[110]؟ إذا تمَّت مقاربة الاعتقاد من حيث الصفة المشترطة فيه أي المشروعيّة، فلن تبدو هذه الاستخدامات المختلفة إشكاليّة؛ لأنّ تكييف الاعتقاد ستضمنه صفته القانونيّة وهي المشروعيّة، وذلك بالاعتماد على العنصر القصدي الذي يشكِّل مضمونها. ويقوم هذا العنصر على معيارين، يقدَّر أحدهما بالنظر إلى صفة النية (حسن النية أو سوئها) ويقدَّر الآخر بالنظر إلى قصد مخالفة القانون. على أن يتم تطبيق المعيارين بصفة متلازمة. تقدير المشروعيّة بالنظر إلى صفة النية يجب ألاّ يتمَّ بالنظر إليه كعنصر نفسي وذاتي يرتبط بالشخص نفسه، بل يجب أن ينظر فيه إلى طريقة تعامل الغير مع تلك المعطيات الواقعية. ففقه القضاء يذهب إلى اعتبار أنَّ الجهل شاهد على حسن النية طالما أنَّ «لا شيء يفيد العلم» وأنَّ «عدم العلم»[111] كافٍ للتأسيس لمشروعيّة الاعتقاد؛ ممَّا يعني أنّ الغير إذا كان اعتقاده نتيجة لجهله أو لعدم علمه بحقيقة الوضع الظاهر عُدَّ حسن النية[112].

ما يجب الانتباه إليه في هذا الإطار هو أنَّ الاعتداد بالجهل أو عدم العلم لا يكون ممكنًا إلَّا مع توفُّر شرط جوهري في الصبغة المشروعة، وهو شرط الصبغة المعذورة[113]. وتعني الصبغة المعذورة للجهل أو عدم العلم في نطاق نظريّة الظاهر أنَّ تقدير مشروعيّة الاعتقاد لديه لن يرتبط بدرجة تأثُّره، فالصبغة الحاسمة غير مشترطة. ما هو مشترط يفترض النظر في مدى احتذاء الغير بنموذج السلوك المشروع، والذي يتمُّ تقديره بناءً على قصد مخالفة القانون. ويستدعي الأمر تفحُّص طريقة تعامل الشخص مع المعطيات المؤسِّسة للحقيقة الظاهرة، على أنْ

(109) وهي العبارة التي يستقرُّ فقه القضاء على تكريسها، يراجع مثلًا: قرار تعقيبي مدني عدد 10282، مؤرخ في 2002/01/31، ن.م.الت، عدد1، سنة 2002، ص 399-401. قرار تعقيبي مدني عدد 7131، مؤرخ في 1982/12/30، ن.م.الت عدد 4، 1983، ص 345-346. قرار تعقيبي مدني عدد 27632، القرار المذكور سابقًا.

(110) قرار تعقيبي مدني عدد 22181، مؤرخ في 1991/06/12، ن.م.الت، عدد1، 1991، ص 239-241.

(111) قرار تعقيبي مدني عدد 10282، القرار المذكور سابقا. قرار تعقيبي مدني عدد 27632، القرار المذكور سابقًا. قرار تعقيبي مدني عدد 7131، القرار المذكور سابقًا.

(112) بخصوص العلاقة بين الجهل والعلم وحسن النية. يراجع: **وفاء الرفرافي**، التصوّر الموضوعي للمشروعيّة في القانون المدني، المرجع المذكور سابقا، عدد 316 و328.، عدد 535.

(113) نفس المرجع، عدد 316 و328.

يتمَّ تقدير مشروعيّة السلوك بالنظر إلى معيار الرجل العاقل. هذا المعيار يفترض أن يتخذ كلُّ شخص يواجهه نفس الوضع الظاهر نفس السلوك، ويبدو أنَّ فقه القضاء التونسي يذهب في هذا الاتجاه إذ أنه يشترط لتطبيق نظريّة الظاهر أن يحتذي الغير بمعايير «التصرُّف السليم»[114]، وقد «بذل العناية الكافية»[115]، وغياب «الإهمال والتقصير»[116] في جانبه. فمثلًا عدم لجوء الغير لتسوُّغ المحلِّ من الجهة المخوَّل لها ذلك قانونًا -رغم أنَّ الإمكانية كانت متاحة له- يجعل تصرّفه دون وجه حق، وبالتالي اعتقاده غير مشروع[117]؛ إذ لا يمكن الاعتداد بالجهل في كلِّ مرَّة يثبت فيها أنَّه كان عليه أن يعلم بحقيقة الوضع الظاهر[118]. تطبيق معياري المألوف والمعقولية من شأنه أن يجعل تقدير مشروعيّة الاعتقاد في الوضع الظاهر بالنظر إلى ما قام به الشخص من «تحريات عادية معقولة ليس إلّا»[119].

22. تجدر الإشارة إلى أنَّ تقدير مشروعيّة الاعتقاد بالنظر إلى العنصرين الاجتماعي والقصدي يجب أن يتمَّ بشكل تلازمي، ويعني هذا القول أنَّ جميع هذه العناصر يجب أن تتضافر معًا لثبوت المشروعيّة؛ فتوفّر العنصر الواقعي وحده غير كافٍ في غياب العنصر القصدي. من ذلك مثلًا أنَّ الأخذ بالظاهر بناءً على ما هو مألوف «يعدُّ لاغيًا في صورة وجود أسباب جدية للشكِّ»[120]، كما أنَّ ثبوت حسن النية وانتفاء قصد مخالفة القانون يبقى بحاجة لوجود الركن المادي أي المعطيات الواقعية المؤسِّسة لصحَّة الظاهر[121]. ومن الجدير بالملاحظة أنَّ

(114) قرار تعقيبي مدني عدد 10282، القرار المذكور سابقًا.

(115) قرار تعقيبي مدني عدد 69086، مؤرخ في 1999/10/08، ن.م.الت، عدد 2، 1999، ص 189-192.

(116) قرار تعقيبي مدني عدد 27632، القرار المذكور سابقًا.

(117) قرار تعقيبي مدني عدد 42560، القرار المذكور سابقًا.

(118) قرار تعقيبي مدني عدد 10282، القرار المذكور سابقًا. قرار تعقيبي مدني عدد 7131، القرار المذكور سابقًا. قرار تعقيبي مدني عدد 22181، القرار المذكور سابقًا.

(119) **محمد الشرفي، علي المزغني، مالك الغزواني**، المرجع المذكور سابقًا، عدد 122، ص 91.

(120) قرار تعقيبي مدني عدد 69086، القرار المذكور سابقا.

(121) قرار تعقيبي مدني عدد 45199، القرار المذكور سابقًا: « وحيث من المسلم به فقهًا وقضاء أن نظريّة الظاهر تضفي على المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر المخالف للحقيقة حماية قانونيّة شرط توفر ركنين أولهما: مادي، ويتمثل في استقرار المركز الفعلي لصاحب الوضع الظاهر بالقدر الذي يوهم الغير والكافة بأنه مركز قانوني صحيح يتفق مع الحقيقة، وذلك بإحاطة صاحب

تبنِّي هذه المقاربة في تقدير مشروعيّة الاعتقاد من شأنه أن يتجاوز الاختلافات الفقهيّة وبعض العوائق النظريّة. من ذلك أنَّ معيار المألوف يبدو أكثر موضوعية من معيار الشيوع؛ لأنَّ المألوف لا يعني ضرورة أنَّ الكافة يقع فيه، وإنَّما يرجِّح وقوع الكافَّة فيه، ولعلَّ هذا النظر يؤدي إلى فهم ما رمت إليه محكمة التعقيب في أحد قراراتها عندما اعتبرت أن الأخذ بالظاهر يفترض حدًّا من الاستقرار القادر على إيهام الكافّة[122]، كما أنَّ تكريس هذا المعيار سيتجاوز تكييف الاعتقاد كخطأ أو كغلط؛ لأنَّ التقدير لن يتعلَّق به في حدِّ ذاته، بل بمدى ترجيح احتماله على أنَّه حقيقة، فما يرجَّح احتماله على أنَّه حقيقة هو الذي ما سيعدُّ مشروعًا. ربط التقدير كذلك بمعيار الرجل العاقل من شأنه أن يتجاوز مسألة عبء الإثبات الذي يحمِّل به الغير[123]، والتي أثارت تحفُّظ جانب من الفقه[124] باعتبارها تخالف الأصل[125]؛ لأنَّ موضوع الإثبات لن يكون حسن النية في حدِّ ذاتها، بل سيكون إثبات الغير أنَّ اعتقاده في المعطيات الواقعية المؤسَّسة لصحة الوضع الظاهر هو اعتقاد يمكن أن يقع فيه أي شخص يتوفَّر فيه الحدُّ الأدنى من المعقولية؛ لأنَّه سيتعامل بنفس الطريقة مع ذلك الوضع.

تأسيسا على ما سبق، يمكن استجلاء منطق نظريّة الظاهر، لكنَّ وجاهة الأخذ بها تبقى بحاجة لتبيّن الأهداف التي قد تبرّرها.

الوضع الظاهر بعوامل ومظاهر مادية مُحيطة به تؤكد تطابق مركزه الظاهر مع الحقيقة. وثانيهما معنوي ويتمثل في ضرورة توفر حسن النية في الغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر».

(122) القرار المذكور سابقًا.

(123) يراجع: قرار تعقيبي مدني عدد 7131، القرار المذكور سابقًا. قرار تعقيبي مدني عدد 22181، القرار المذكور سابقًا. يراجع بالنسبة للفقه التونسي: **إيمان قزارة**، المرجع المذكور سابقًا، ص 74-81. **هاجر البرناط**، المرجع المذكور سابقًا، ص -72 73.

(124) **هاجر البرناط**، المرجع المذكور سابقًا، ص 116. **إيمان قزارة**، المرجع المذكور سابقًا، ص 92-93. يراجع بالنسبة للفقه المقارن:

J-J. BARBIERI, «Nouveau recul de la théorie de l'apparence», *JCP N*, 07/09/2009, n°43, pp.24-25 ; R. PAUTRAT, «La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement», *Recueil Dalloz Sirey*, n°41, 24/11/1994, pp.337-340.

(125) في إشارة لقاعدة الفصل 558 م.ا.ع : «الأصل في كل إنسان الاستقامة وسلامة النية».

الفقرة الثّانية: تحديد الغرض من تكريس النظريّة

23. يذهب الفقه كما سبق بيانه إلى تبرير حماية الثقة المشروعة في إطار نظريّة الظاهر بغرض حماية حسن النية. وهو منحًى لا يمكن التصديق عليه. تحديد موضوع الحماية القانونيّة التي يتمُّ ضمانها في إطار نظريّة الظاهر هو ما سيفسِّر النظر؛ الأمر لا يتعلَّق بالنظر في مدى تأثّر الغير بالظاهر؛ لأنّ تفعيل الحماية القانونيّة له لا يرتبط بدرجة تأثّره، بل باقتضاء احتذاء الغير (المعتقد في الظاهر) بسلوك نموذجي يؤسس لاتصافه بالمشروعيّة[126]. بحيث يكون موضع التقدير ها هنا متعلَّقا بالإجابة عن التساؤل التالي: هل كان من حقِّه أن يعتقد في الظاهر؟ وهل أنَّ الظاهر يخلق مشروعيّة معتبرة قانونًا؟ يعني ذلك أنَّ حسن نية الغير المعتقد في الظاهر لا تبرِّر حماية الثقة في الظاهر، بل إلى احتذاء نموذج السلوك المشروع المستند إلى الرجل العاقل والمألوف اجتماعيا[127]. إذ أنَّ ثبوت وجود الاعتقاد لوحده لا يكفي، بل هو لا يكفي حتى وإن كانت مشروعيته الظاهرة ثابتة؛ لأنَّ هذه الحماية ليست غاية في حد ذاتها، بل محدودة، وهو ما يعني أنَّ الحماية القانونيّة للثقة المشروعة لا ترتبط حمايتها بحماية مصلحة خاصة (حماية الثقة المشروعة إذًا)، بل بحماية مصالح فضلى وهي مصلحة المجتمع ككل. ومن هنا يتبدَّى موضوع مشروعيّة الاعتقاد في الظاهر كما يتم تمثيله موجهًا نحو تحقيق **النفعية الاجتماعيّة.**

24. تفهّم هذا النظر يفترض الانطلاق من تساؤل مفاده موجبات تكريس الحماية القانونيّة للغير، وقد يبدو التساؤل مبرَّرًا؛ لأنّ غرض حماية الثقة المشروعة لا يمكن أن يكون كمطيَّة تفسِّر منطق القانون؛ ففكرة حماية الثقة المشروعة وإن بدت مبرَّرة من خلال استنادها إلى غرض ضمان الأمن القانوني[128]، فإنَّ غرض ضمان الأمن القانوني لا يبدو -في حدِّ ذاته- حجَّة مستحكمة بالقدر الذي من شأنه أن يفسِّر تكريس نظريّة الظاهر ككلّ، وذلك لأنّ مفهوم الأمن القانوني له

(126) **وفاء الرفرافي**، المرجع المذكور سابقا، عدد 692.
(127) نفس المرجع، عدد 187 و205.
(128) نفس المرجع، عدد 434.

مستقرَّات عديدة؛ فهو ينشدُّ إلى بعد ذاتي كانشداده إلى البعد الموضوعي[129]، فإذا ما اعتبر أنَّ حماية الثقة المشروعة للغير من شأنها أن تضمن الأمن القانوني الذاتي، فسيتم التسليم بأنَّ القيم التي يحميها القانون من خلال تكريس نظريّة الظاهر هي القيم الذاتية للغير، وإذا ما تمَّ الاهتمام بالبعد الموضوعي للأمن القانوني فسيفهم الباحث أنَّ المنظومة القيمية التي يتبنَّاها القانون، هي منظومة المجتمع ككلٍّ. شدُّ حماية الثقة المشروعة للغير إلى مرجعية قيمية ذاتية، هو نظر ناصره الفقيه الفرنسي LEVY، فمدار البحث كان منصبًّا على الأبعاد النفسية والاجتماعيّة للقانون. ولقد أفرز مذهب علم الاجتماع القانوني، وهو ينادي بنظام قانوني موجَّه نحو حماية المصالح الفرديّة[130]، وتحديدًا مصالح الأطراف «الأضعف» في المجتمع، كشكل من أشكال الانتصار للعدالة الاجتماعيّة[131].

أمَّا ربط حماية الثقة المشروعة بمرجعية قيمية موضوعية، فهو ترائى لجانب كبير من الفقه اتخذ من طرح LEVY منفذًا ينتقد من خلاله تكريس الأمن القانوني الذاتي[132]، مستعيضًا عنه بالأمن القانوني الموضوعي[133]، والذي يفترض عدم الاعتداد بالإرادات الفرديّة؛ لأنَّها تتماشى مع معتقدات المجتمع ككلٍّ[134]. من جانب هذه المقاربة، التي تقترح تكريس عناصرها الاجتماعيّة الكفيلة بتقدير مشروعيّة الاعتقاد كصفة قانونيّة مشترطة للاعتداد به قانونًا، يمكن الجنوح نحو

(129) **وفاء الرفرافي**، المرجع المذكور سابقا، عدد 429.

(130) نفس المرجع، عدد 760.

(131) للاطّلاع على مختلف النظريات الفقهيّة المتعلّقة بالعدالة الاجتماعيّة، يراجع:
CH. DOLLO, J-R. LAMBERT, *Sciences sociales*, 9ème éd., Dalloz, 2020, pp.297-306 ; B. BOURGEOIS, «La raison dans le droit», in *Mélanges François TERRE, Dalloz/ PUF, 1999*, pp. 25-35 ; D. SABBAGH, «Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls», *Droits,* n°29, 01/07/1999, pp. 177- 194 ; v° égal : S. WUHL, *Discrimination positive et justice sociale*, PUF, 2007.

(132) V° notamment: S. CALMES, op.cit., n°326, pp.594-596 ; TH. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op.cit., n°204, p.394-396 ; P. ROUBIER, *Théorie générale du* droit, *histoire des doctrines juridiques*, *op.cit*., p.174.

(133) *La sécurité juridique objective*, v° S. CALMES, *op.cit*., p. 167 et s., p.182 et s.

(134) «*Il ne s'agit pas d'une volonté individuelle mais d'une volonté efficace parce qu'en harmonie avec la croyance collective*»: P. ROUBIER, *Théorie générale du droit…, op.cit.*, n°19, p.172.

الموقف الثّاني، فتقدير المشروعيّة بالنظر إلى عنصر المألوف مثلًا، من شأنه أن يحوِّل نطاق الاشتراط من حيِّز القناعات الذاتية إلى حيِّز قناعات الجماعة ككلٍّ، وذلك على اعتبار أنَّ الاعتداد بالحسِّ السلوكي المألوف يجد دعامته في الوسط الاجتماعي الذي يتعاهد عليه، ومن هذا المنطلق يصبح النظر متعلِّقًا لا بمطلب فردي، بل بمطلب مجتمعي[135]. تأسيسًا على ذلك، فإنَّ القانون لا يبدو حاميًا للاعتقاد المشروع للغير بالنظر إليه كفرد، بل بالنظر لالتحام هذا الاعتقاد مع اعتقادات المجموعة. وصفة المشروعة هي التي ستضمن -بفضل معاييرها الاجتماعيّة- هذا الالتحام. وسلطة التقدير عند النظر فيها، سيكسب دورها بعدًا اجتماعيًّا متميزًا[136].

25. استنادًا إلى ما سبق، فإنَّه يمكن القول بأنَّ حماية الثقة المشروعة، إن كانت كفكرة تبدو ذاتية وتؤسَّس لتكريس الأمن القانوني في بعده الذاتي، فإن اقتضاء المشروعيّة هو الذي ما سينبئُ عنها بشكل موضوعي. فالمرجعية القيمية التي يحميها القانون هي مرجعية موضوعية يتشكَّل مضمونها من قيم المجتمع، وليس من القيم الفرديّة؛ ممَّا يعني أنَّ تكريس المشروعيّة في نظريّة الظاهر ليس سوى ترجمان للقيم الاجتماعيّة، وفي هذا المقام، لا مناص من تحديد هذه القيم الاجتماعيّة: تحرِّي الموروث القانوني، يكشف ثراء في القيم المُنافح عنها: فحماية الثقة المشروعة للغير تعبير عن الإنصاف حسب النظر الفقهي[137]. موقف وجد سنده في القوانين الوضعية المقارنة كالقانون الإيطالي[138]، والإنجليزي[139].

(135) TH. PIAZZON, *op.cit.*, n°204, p.395.

(136) S. CALMES, *op.cit.*, n° 324, pp.593-594.

(137) CH. AMATO, «Confiance légitime: principe directeur et source autonome de l'obligation», *op.cit*, p.351.

(138) TH. GENICON, «Contrat et protection de la confiance», *RDC*, n°2013/1, 01/01/2013, p.336-350 ; M. GRAZIADEI, «Le contrat au tournant de la réforme: les choix du juriste français et le précédent italien», *RDC*, n°2015/3, 01/09/2015, pp.720-727.

(139) La doctrine de la *promissory estoppel*, sur cette notion v°. CH.AMATO, op. cit., n°3, p.352 ; TH.GENICON, «Dialogues entre la cause et la considération : à propos de la promesse rémunérée d'exécuter une prestation déjà due (Réflexions comparatives à partir de la pre-existing duty rule de la common law)», *in Mélanges*

القانون الألماني من جهته يجعل المسألة متعلّقة بحماية الأخلاق الحميدة[140]. نظر يعتبره أحدهم وجيهًا، لأنَّ الاعتداد باعتقادات المجتمع وقيمه من شأنه أن يجعل المنظومة القانونيّة متلائمة مع تطوُّرات المجتمع ونواميسه[141]. من زاوية أخرى، وجد البعض الآخر في قيمة العدالة متنفَّسًا[142].

26. من وجهة المقاربة المقترحة فإنَّ الغرض من النظريّة هو تكريس **النفعية الاجتماعيّة**. إذ يلاحظ عند تدارس نظريّة الظاهر، هو أنَّ الثقة المشروعة للغير لا تكون محمية قانونًا إلَّا إذا كانت مرتبطة بمنفعة اجتماعيّة. فإذا أُخِذ في الحسبان ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي MAZEAUD من كون أنَّ القانون لا يكرِّس الحماية كأثر قانوني إلَّا إذا كانت هناك مصلحة محمية قانونًا[143]؛ فسيتبيَّن أنَّ مجرَّد تمتُّع الاعتقاد المشروع للغير بالصبغة المشروعة لا يكفل له التمتُّع كذلك بالحماية القانونيّة؛ إذ أنها تبقى رهن توفُّر عنصر إضافي، وهو استناد هذه الحماية إلى مصلحة محمية قانونيًّا. هذا المعطى قد يكشف بأنَّ المشروعيّة هي التي تحدِّد مضمون الحماية القانونيّة، وتوجِّه مسارها، وتحدِّد الجهة التي ستتمتَّع بها، وذلك من خلال إعمال عنصر النفعية الاجتماعيّة، والذي يتجلَّى من خلال ربط الحماية القانونيّة للغير بتواجد مصلحة محمية قانونًا، ممّا يعني أنَّ فكرة النفعية، تتعلّق باقتضاء مصلحة محمية قانونًا لتكريس أثر الحماية القانونيّة. يتجلَّى هذا النظر على المستوى التطبيقي إذا ما أخذ في الحسبان، هو أنَّ الغير –متى ثبتت مشروعيّة اعتقاده– أصبح يتمتَّع بحقوق مشروعة قانونًا، ولعلَّ أبرزها هو الحقُّ

en l'honneur de Camille JAUFFRET-SPINOSI, Dalloz, 2013, n°15, p.409 et s. ; v° égal: O. MORETEAU, *L'estoppel et la Protection de la Confiance Légitime: Éléments d'un Renouveau du Droit de la Responsabilité (Droit Anglais et Droit Français*, Thèse, Université Jean MOULIN, Lyon, 1990 ; Disponible sur: https://digitalcommons.law.lsu.edu/faculty_scholarship/12 , (consulté le 07/07/2024).

(140) C. AMATO, op.cit., n°3, p.352.

(141) S. FREMEAUX, «Réflexions sur le droit et les croyances», *op.cit*, p.468.

(142) P. MENGOZZI, «Évolution de la méthode suivie par la jurisprudence communautaire en matière de protection de la confiance légitime», *Revue du marché unique*, n°4, 01/02/1997, pp.13-29.

(143) **وفاء الرفرافي**، المرجع المذكور سابقا، عدد 88-94.

في المعارضة؛ معارضة صاحب المركز الحقيقي بما اكتسبه من حقوق مثلًا، أو حمايته هو من كلِّ معارضة كما يقتضيه مبدأ عدم الاحتجاج. هذا المعطى يكشف جليًّا وجود تنازع بين طرفين: الغير صاحب الحق المشروع المبني على الظاهر، وصاحب المركز الحقيقي صاحب الحقِّ الأصلي.

27. التنازع بين الحقوق المشروعة للغير وصاحب المركز الأصلي، سترجَّح كفَّته في جهة الطرف الذي تبدو مصلحة أنفع اجتماعيًّا، فمثلًا، عندما ينصُّ القانون على أنَّ الغير لا يعارض بالترسيمات، فإنَّ ذلك يعني أنَّ مصلحته هي التي سيتمُّ تغليبها، وذلك لأنّ هذه المصلحة نافعة اجتماعيًّا، فهي تتغذَّى من اعتبارات استقرار المعاملات[144] وسرعتها[145]. حماية الثقة المشروعة للغير هنا تبدو نافعة اجتماعيًّا لأنَّها تعزِّز ثقة الأفراد في المنظومة القانونيّة نفسها[146]. ارتباط المنفعة بالنفعية الاجتماعيّة قد يتجلَّى كذلك من خلال تقييد الحماية بالمصالح المالية فحسب؛ فالمنفعة التي يحميها القانون في هذا الإطار، ليست أدبية بل اقتصادية. من زاوية أخرى، قد يبدو في تكريس مشروعيّة الثقة التي تحرِّك المعتقد في الظاهر نتيجة لطبيعة العلاقات الاجتماعيّة التي تربط الغير بصاحب الحق الظاهر، لا سيما علاقات القرابة أو الصداقة، وقد يتجلّى ذلك -بوضوح- في المجال التجاري عندما يتعلّق بالتعامل مع الحرفاء. حماية الاعتقاد المكوَّن للثقة المشروعة ليس سوى تثبيتٍ للجانب الاجتماعي لهذه العلاقات، ودعامة قانونيّة لها، ثمَّ من زاوية أخرى، قد لا ترجَّح الكفَّة أحيانًا لصالح الغير، ذلك أنَّ القانون قد يغلِّب مصالح صاحب المركز الأصلي؛ لأنّها مصالح فضلى، على

(144) **محمد الشرفي، علي المزغني، مالك الغزواني**، «أحكام الحقوق»، المرجع المذكور سابقًا، عدد 122، ص 91. يراجع أيضًا:

R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales en droit privé, op.cit.*, p.72 ; v° égal : A. BORZIEX, «La question prioritaire de constitutionnalité: quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique?», *Revue du Droit public,* n°4, 01/07/2010, pp.981-1002 ;

(145) J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, 1959, n°4, p.17.

(146) J-P. ARRIGHI, *op.cit.*, p.586 et s. ;

غرار مصلحة القاصر وحالات عوارض الأهلية[147]. في هذه الفرضيّة، وإن كانت الحماية القانونيّة تلتحق بالمصلحة العامة والنظام العام. فإنَّ ذلك يجب ألاّ يحجب بعدًا اجتماعيًّا مهمًّا فيها؛ لأنَّ الأمر يتعلّق بحماية فئة معينة من أفراد القانون. تبدو حمايتها كمطلب اجتماعي صرف[148].

28. استخلاصًا لما سلف، يتَّضح أنَّ حماية الثقة المشروعة للغير في إطار نظريّة الظاهر تبقى محكومة بمنطق الثابت والمتغيِّر: الثابت هو الغرض القانوني ويتمثَّل في ضمان النفعية الاجتماعيّة. والمتغيِّر هو المصلحة التي ستحقِّق هذا الغرض، مصلحة الغير أو مصلحة صاحب الحق الأصلي؛ لذلك يبدو جليًّا أنَّ حماية الثقة المشروعة ليست هدفًا في حدِّ ذاتها، وقد يبدو من الوجيه تأسيسًا على ذلك القول بأنَّ حماية الثقة المشروعة، وإن كانت مكرَّسة في القانون المدني التونسي، فهي لا ترتقي لمصاف المبادئ القانونيّة. إلاَّ أنَّ غرض النفعية الاجتماعيّة يفرد لحماية الثقة المشروعة في نطاق نظريّة الظاهر نصيبًا من الخصوصية، وذلك لأنَّها تبدو مختلفة عن حماية الثقة المشروعة في نطاق القانون العام والتي ترتكز أسسها على مبادئ دولة القانون.

الخاتمة

بحسب المقاربة المقترحة لنظريّة الظاهر؛ لا يتعلَّق الأمر بتصحيح ما هو باطل، ولا بوجود اختلاف بين الحقيقة القانونيّة المبطنة والحقيقة الواقعية المعلنة، ويكون حلّه تغليب الحقيقة الواقعية -رغم أنَّها مخالفة للقانون- تحت مسمَّى حماية الغير. إذ يجب مقاربة الحماية القانونيّة للغير المعتقد في الظاهر من زاوية المشروعيّة، واعتبار أنَّ اقتضاء المشروعيّة في الاعتقاد المشروع هو الذي سيقوِّم الخلل، وسيجعل الحماية القانونيّة للغير مستندة على قاعدة قانونيّة مكتملة العناصر من فرض -يضمنه اشتراط المشروعيّة- وحلٍّ هو أثر الحماية،

(147) يراجع في هذه المسألة: **إيمان قزارة**، نظريّة الظاهر في القانون الخاص، المرجع المذكور سابقا، ص 43-46.

(148) «*Une revendication sociale*», v°. Dans ce sens, TH. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op.cit.*, n°2, p.5.

ويعني ذلك أنَّ منطق النظر سيتعلّق بحقيقة قانونيّة جديدة. هذه الحقيقة القانونيّة التي ستنشأ هي التي ستضمن ولوج الغير إلى مجال الحماية القانونيّة ليس بصفته صاحب الاعتقاد المشروع، بل بصفته صاحب الثقة المشروعة؛ لأنَّ هذه الحماية القانونيّة ستتمثّل في جملة من الحقوق التي يكرِّسها القانون ويعترف بها للغير، كالحق في المعارضة، أو الحق في عدم الاحتجاج عليه. ما يميِّز النظر ها هنا عن النظر الفقهي أنَّ ما يتمتَّع به الغير -حسب ما تم تمثيله- ليس ذلك الحقّ في الحماية القانونيّة، تحديدًا حماية ثقته المشروعة - بل هو يتمتَّع بحقوق معينة ومعترف بها قانونًا. وجدير بالذكر أنَّ الحقوق التي تجد سندها في القانون هي حقوق مشروعة.

منطق النظر يتجلَّى: لا يتعلّق الأمر بعدم المعارضة بما هو صحيح فقط، بل يتجاوزه للمعارضة بما هو مشروع. تحديدًا بالحقوق المشروعة التي ينشئها القانون لفائدة الغير. ولعلَّ من المفيد التأكيد على أنَّ نطاق المشروعيّة يبدو موسَّعًا؛ فهي لا تظهر فقط كصفة مشترطة في الاعتقاد الذي يولِّد الحق، بل كصفة يترتَّب عن وجودها حقٌّ مشروع لصاحب الاعتقاد نفسه.