الهيئــة الوطنية للمحــامين
الفرع الجهوي بتونس

محــاضرة ختـــم التمريـــن

نظام العقود المبرمة من قبل فاقدي الأهلية

الأستاذة المحاضرة
آمال بشينـــي

الأستاذ المؤطر
أبوبكر بالثابت

الأستاذ المشرف على التمرين
الأســـعد بالهادي

السـنة القضـائية 2011/2010

المـــــــقدمـة

تعتبر العقود العمود الفقري لحركة الحياة الاجتماعية والاقتصادية فمن خلالها يتم التبادل والانتفاع وبها تدفع الضروريات والحاجيات. ونظرا للدور الهام الذي تلعبه العقود كان النظام الذي ينظمها يكتسب أهمية قصوى لتعلقه بإرادة الفرد.

والعقد لغة هو "**العهد والجمع عقود وهي أوكد العهود ، فيقال عهدت إلى فلان كذا وكذا أي ألزمته ذلك أو عاهدته أو عقدته فمعناه انك ألزمته ذلك باستيثاق**"[1].

وقيل العقود هي العهود فالعقد هو " **كل ما يفيد الالتزام بشيء عملا كان او تركا من جانب واحد أو من جانبين، لما في كل أولئك من معنى الربط والتوثيق**"[2].

والعقد في اصطلاح جمهور الفقهاء هو" **عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه**"[3].

والتعريف السائد حاليا للعقد هو كونه عبارة **عن اتفاق بين إرادتين أو أكثر لإنشاء رابطة قانونية مع تعيين شروطها وآثارها**[4].

وتجدر الملاحظة أن المشرع التونسي لم يعرف العقد إذ اكتفى بتحديد أركانه ضمن الفصل 2 من م ا ع : " أركان العقد الذي يترتب عليه تعمير الذمة هي :

أولا: أهلية الإلزام والالتزام

ثانيا: التصريح بالرضا بما ينبني عليه العقد تصريحا معتبرا

ثالثا: أن يكون المقصود من العقد مالا معينا يجوز التعاقد عليه

رابعا : أن يكون موجب الالتزام جائزا"

وتتفق العقود في وجوب أن يكون المباشر للعقد متمتعا بصلاحيات إصداره أي أن يكون الرضا قد صدر من شخص يملك الأهلية التي تمثل ركنا أساسيا وجوهريا لصحة العقد. فالقانون الروماني كان يشترط لصحة العقد أهلية التعاقد والأداء الذي يختلف مفهومها لدى الرومان عما هو موجود في التقنيات الحديثة إذ كان يشترط آنذاك لتحقق الأهلية أن يكون صاحبها متمتعا بالحرية، مواطنا رومانيا، ومستقلا لا يخضع لسلطان رب الأسرة.

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فقد اهتم بمؤسسة الأهلية وحدد ماهيتها ونظامها القانوني مستندا في ذلك إلى أحكام القرآن الكريم . ولكن الفقهاء والأصوليين اختلفوا في بيان مدى العلاقة بين الأهلية والذمة و اعتبارها مناطا ومبنى لأهلية الوجوب.

فالذمة هي إحدى خصائص الشخصية القانونية . وفي هذا الصدد اثبت جمهور الفقهاء مبنى الأهلية وسموه بالذمة التي تعني العهد لغة. فعرّفوها بأنها وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وما عليه.

وقد كرس المشرع التونسي أهمية الأهلية من خلال التنصيص عليها بالفصل 2 من م ا ع كأول شرط لصحة العقود.

والأهلية لغة هي نسبة إلى الأهل فيقال فلان أهل لكذا أي مستحق له وصالح للقيام به او للطلب منه[1].

1ابن منظور: لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر بيروت1968، المجلد الثالث، ص.297.

2احمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، بيروت الدار الجامعية 1986، ص.126.

3 محمد قدري باشا: مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام ابي حنيفة، ط.2 القاهرة، المطبعة الكبرى، ص.27.

[4]محمد الزين: النظرية العامة للالتزامات، ج1، طبعة ثانية، ص.39.

وتعرف شرعا بكونها صلاحية الشخص للإلزام والالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحا بان تلزمه حقوقا لغيره وتثبت له حقوقا قبل غيره، صالحا لأن يلتزم بهذه الحقوق، فإن صار الشخص أهلا لثبوت الحقوق المشروعة له وأهلا لأن يلتزم بحقوق ينشئ أسبابها القولية، كانت عنده الأهلية بجزئيها أو كان عنده ما يسمى في عرف الفقهاء بأهلية الأداء[2].

ويعرفها الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بكونها :" **صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وصلاحية لاستعمالها"[3].**

ويمكن تعريف الأهلية بوجه عام بأنها **"قدرة الإنسان على الالتزام وعلى مباشرته شخصيا ما يترتب على تصرفه من حقوق وواجبات"[4]** وهو ما ذهبت إليه محكمة التعقيب حين عرفت الأهلية بكونها **"صلاحية استعمال الحقوق والتحمل بالواجبات"**[5].

ويميز الفقهاء بين أهلية الوجوب من جهة وأهلية الأداء من جهة أخرى. فأما بالنسبة للأولى فهي " **صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقررها القانون"[6].**

وأهلية الوجوب هي متصلة بالشخصية القانونية للفرد فهي تثبت منذ ولادة الجنين حيا إلى ان يموت. غير أن أهلية الوجوب تختلف عن الشخصية القانونية بحيث تتفاوت وتدور مع شخصية الفرد وجودا ونقصانا وعدما ، فتكتمل باكتمال شخصية الفرد أي بولادته حيا وتكون ناقصة بالنسبة للجنين وعند بعض الأشخاص كالأجانب الذين يمنعهم القانون من شراء الأراضي الفلاحية أو أصحاب بعض الوظائف[7]. إلا انه يجب الإشارة إلى أن حالات تقييد أهلية الوجوب أو انعدامها هي حالات خاصة جدا فهي تندرج ضمن حالات الحجر الخاص.

أما بالنسبة لأهلية الأداء فهي صلاحية من له حق أي من تتوافر فيه أهلية الوجوب لممارسة ذلك الحق بنفسه[8] بمعنى أن يكون الشخص صالحا لاكتساب حقوق بتصرفاته القولية وإنشاء حقوق لغيره بهذه التصرفات. وتعرف أيضا هذه الأهلية بكونها قدرة الشخص على القيام بالتصرفات القانونية لحسابه وفي حق نفسه[9]. فأهلية الأداء هي صلاحية القيام بالتصرفات القانونية المتعلقة بحق أو التزام وبصفة عامة هي قدرة الشخص على التعبير عن إرادته لإنشاء تصرف قانوني منتج لآثاره القانونية في حقه وذمته وبالتالي فان نطاق أهلية الأداء هو التصرفات القانونية.

وتعتبر أهلية الأداء شرطا أساسيا لصحة التصرف القانوني. ويقسم الفقهاء التصرفات القانونية بخصوص نظام الأهلية إلى ثلاثة أقسام: الأول تصرفات نافعة نفعا محضا كالتصرفات التي تزيد في حقوق الشخص او تنقص من ديونه كقبول الهبة والكفالة والوصية.

---

[1] ابن منظور: مرجع سابق ، مجلد 11، ص.32.

[2] لإمام ابو زهرة : الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ص.273.

[3] عبد الرزاق السنهوري : شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الإسلامي، ص.314.

[4] محمد الزين : مرجع سابق، ص.87.

[5] قرار تعقيبي مدني عدد 10251 مؤرخ في 1984/05/14، ن م ت القسم المدني، ج 2، ص.140.

[6] محمد الزين : مرجع سابق ، ص.87.

[7] الفصول من 566 الى 569 م ا ع .

[8] محمد الزين : مرجع سابق ص. 88.

[9] حسن كيره : المدخل الى القانون، ط.5 ، منشأة دار المعارف الاسكندرية 1974 ،ص 572 .

والثاني تصرفات ضارة ضررا محضا وهي التي لا يكون فيها أي نفع وتشمل عقود التبرع كالهبة مثلا، والثالث التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وتشمل العقود التبادلية فتارة يأتي منها النفع وطورا تكون ضارة كالبيع والإيجار والشركة[1].
ولقد اعتمد المشرع التونسي هذا التقسيم الثلاثي صلب الفصل 156 م ا ش والفصلين 8 و9 من م ا ع. فمن كان يتمتع بأهلية كاملة يحق له مباشرة جميع هاته التصرفات، ومن كانت أهليته مقيدة خول له المشرع مباشرة عقود النفع المحض عملا بأحكام الفصل 9 م ا ع. أما بالنسبة للعقود الدائرة بين النفع والضرر فهي تبقى موقوفة على مصادقة الولي وإلا بطلت (فصل 8 م ا ع) في حين يمنع القانون أصحاب الأهلية المقيدة إبرام عقود الضرر المحض ولو حتى بواسطة صاحب النظر عليهم ، أما من كان عديم الأهلية فهو لا يصلح لمباشرة أي نوع من أنواع تصرفات الأقسام الثلاثة .
ومن خلال ما تقدم يتضح أن أهلية الأداء تختلف عن أهلية الوجوب ذلك أن أهلية الوجوب هي الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات دون توقف على إرادة صاحب الأهلية إما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرف القانوني الذي يكسبه حقا أو يحمله التزاما. ولا تقوم أهلية الأداء لدى الشخص إلا إذا توفرت لديه أهلية الوجوب وبالتالي لا تكون له صلاحية استعمال حقوق إلا إذا كان مالكا ومتمتعا بالحقوق المتصرف فيها[2].
فأهلية الأداء هي من مستلزمات أهلية الوجوب فلا يكون الشخص صالحا لمباشرة المعاملات وإنشاء أسباب الالتزامات وأسباب الحقوق إلا إذا كانت له صلاحية لثبوت الحقوق المشروعة له أو عليه.
واتفقت جل التشريعات على مبدإ كمال الأهلية ولا يكون فقدانها إلا استثناء حيث ينص الفصل 3 م ا ع أن كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح القانون بخلافه.
وبالرغم من تدخل المشرع لتحديد حالات انعدام الأهلية إلا انه لم يعرفه ويعتبر العديد من الفقهاء أن مفهوم انعدام الأهلية مرادف لمفهوم الحجر وهو ما عبر عنه الأستاذ محمد الزين بقوله " **انعدام الأهلية أو نقصها يسمى بالحجر**"[3] ويعني انعدام صلاحية الشخص لصدور التصرف القانوني منه على وجه يعتد به قانونا لما يفترض من غياب إرادته.

ويمكن ان نميز بين صنفين من فاقدي الأهلية، فمن جهة فاقدي أهلية التعاقد مطلقا أي ذوي الأهلية المنعدمة ولقد نص عليهم الفصل 5 م ا ع وهم الصغير غير المميز والمجنون والذوات المعنوية، ومن جهة أخرى فاقدي أهلية التعاقد جزئيا ولقد تناولهم الفصل 6 م ا ع وهم الصغير المميز والمحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسفه تصرفهم والمحجور عليهم لتفليسهم كما يضيف الفصل 6 م ا ع " كل من يمنع عليه القانون عقدا من العقود" وهي حالات تتعلق بأهلية الوجوب بوجه عام .
وتجدر الإشارة إلى كون فقدان الأهلية قد يكون كليا أو جزئيا وفي كلتا الحالتين يمثل فقدان الأهلية قرينة قاطعة على غياب إرادة صاحبها حيث يعجز هذا الأخير على التعبير عن إرادته تعبيرا صحيحا وسليما بسبب صغر سنه أو إصابته بعارض يبرر هذا العجز، فالمشرع يوجب أن تكون الإرادة سليمة وصحيحة حتى ينشأ العقد صحيحا وينتج آثاره

[1] سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، مجلد 1، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4، 1987، ص322.
[2] احمد نصر الجندي، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما، المجلة الاولى ، ط2، دار الفكر العربي، ص 14.
[3] محمد الزين : مرجع سابق ، ص 87.

بين المتعاقدين. فالعقد هو وسيلة لتحقيق التبادل بين الأشخاص وليس أداة يثري بها القوي على الضعيف ذلك لأن فاقد الأهلية يعتبر الطرف الضعيف في العقد لذا وجبت حمايته لعجزه وعدم خبرته.

فكيف يمكن حماية فاقدي الأهلية من عجزهم وضعف إرادتهم ؟ هل يتسنى ذلك من خلال منعهم من إبرام العقود وبالتالي حرمانهم من إدارة أموالهم ومباشرة مصالحهم؟ أم تمكينهم من إبرام بعض العقود ؟ وما هي شروط صحة هاته الأخيرة ؟ وما هو جزاء تخلف ركن الأهلية في التعاقد؟ هل إن إقرار جزاء البطلان لعقود فاقدي الأهلية يخدم مصلحتهم؟ وهل من ضمانات لمعاقد فاقد الأهلية وخاصة حسن النية؟

من خلال هذه التساؤلات تتجلى الإشكالية المتعلقة بالنظام القانوني الذي يحكم العقود المبرمة من فاقدي الأهلية ؟

للإجابة عن هذا السؤال الجوهري سنتطرق في جزء أول إلى شروط صحة العقود المبرمة من فاقدي الأهلية ثم نتخلص في جزء ثان إلى إبراز آثار تخلف ركن الأهلية في التعاقد.

الجزء الأول : شروط صحة العقود المبرمة من فاقد الأهلية

حتى ينشأ العقد صحيحا وجب أن تتوفر فيه جملة من الأركان نص عليها الفصل 2 من م ا ع بتوفرها ينشئ العقد جميع آثاره بين المتعاقدين.
إلا أنه بالنسبة لفاقد الأهلية فقد أوجب المشرع جملة من الشروط ليكون العقد صحيحا.
إن في إقرار المشرع لإمكانية التعاقد بالرغم من تخلف ركن الأهلية يعتبر استثناء لأحكام الفصل 2 م ا ع الغاية منه تمكين فاقدي الأهلية من تحسين حالهم والمحافظة على مصالحهم بتمكينهم من إدارة مكاسبهم وتنميتها.

المبحث الأول: شروط صحة العقود المبرمة من قبل القاصر :

لم يعرّف المشرع القاصر إلا انه يمكن اعتباره الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو ما نص عليه الفصل **153 م ا ش** : " **يعتبر محجورا للصغر من لم يبلغ سن الرشد وهي عشرون سنة كاملة".**
ولقد استعمل المشرع عبارة الصغير للدلالة على طور من أطوار الحياة. فالإنسان منذ ولادته إلى بلوغه سن الرشد يمر بمرحلتين : الأولى منذ الولادة إلى سن التمييز ويتمتع فيها الصغير بأهلية وجوب كاملة إلا أنه يكون فاقدا للتمييز وأهلية الأداء فلا يمكنه التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليه طبقا لمقتضيات الفصل **5 م ا ع** .
وتبعا لذلك يعتبر الصغير غير المميز معدوم الأهلية فلا يمكنه إبرام العقود بمفرده بما في ذلك عقود النفع المحض التي لا ترجع عليه بأي خسارة أو ضرر كقبول الهبة مثلا وجزاء تلك العقود البطلان المطلق وهو ما نص عليه الفصل **156 م أ ش** : "**الصغير الذي لم يتم الثالثة عشرة بعد يعد غير مميز وجميع تصرفاته باطلة**".
إلا أن الفصل 9 م ا ع ينص على ما يلي: " لمن ليس له أهلية التعاقد والصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما القدرة على تحسين حالهما ولو بلا مشاركة الأب أو الولي".
وهو ما يخول للصغير غير المميز إمكانية إبرام بعض العقود دون مشاركة الأب أو الولي وذلك قصد تحسين حاله كقبول الهبة أو التبرعات او إبراء ذمته دون أن يترتب عليه شيء من جراء ذلك.
فأي الفصلين يقع تطبيقه ؟
طبقا لأحكام الفصل **542 م ا ع** :"**لا تنسخ القوانين إلا بقوانين بعدها إذا نصت المتأخرة على ذلك صريحا أو كانت منافية لها**". وتأسيسا على ذلك فإن أحكام الفصل 9 م ا ع وقع نسخها بالفصل 156 م أ ش. لذلك نخلص إلى القول بأنه لا يمكن للصغير غير المميز التعاقد بمفرده لانعدام اهلية التعاقد لديه.
أما بالنسبة للمرحلة الثانية الممتدة من سن التمييز إلى سن الرشد وفيها يكون القاصر مميزا أي أنه " من كان يفهم ماهية التصرفات ويدرك ان البيع سالب للملكية والشراء

مكسب لها وإذا كان يفرق بين الغبن الفاحش والغبن اليسير وقال بعضهم المميز من كان يفهم الخطاب ويرد الجواب"[1].
وفي هذه المرحلة يكون الصغير مقيد الأهلية وهو مـا نص عليه الفصـل 6 م ا ع : "للأشخاص الاتي بيانهم أهلية مقيدة وهم:
الصغير الذي عمره بين ثلاثة عشرة والعشرين سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه".
ونستنتج من هذا الفصل أن المشرع أقر للصغير غير المميز إمكانية التعاقد بدون مشاركة ابيه أو وليه وذلك لتمتعه بأهلية الأداء والتي تعتبر شرطا أساسيا لصحة العقد إلا أن هذه الأهلية مقيدة.
وتبعا لذلك حتى ينشأ العقد المبرم من طرف القاصر بصفة مباشرة صحيحا يجب ان يكون هذا الأخير صغيرا مميزا (فقرة أولى) أو مرشدا (فقرة ثانية).

الفقرة الأولـــى : الصغيـــر المميـــز

يشترط لصحة العقد أن يكون المتعاقد القاصر صغيرا مميزا على الأقل وذلك حتى يتسنى له إدراك حقيقة ما يقدم عليه من تصرفات ومعرفة ما يترتب عليها من آثار.
إلا أن المشرع لم يعرف الصغير المميز بل حدد سن التمييز ببلوغ القاصر سن ثلاثة عشر عاما وذلك صلب الفصلين 6 م ا ع و156 م أ ش "**الصغير الذي تجاوز الثالثة عشر يعتبر مميزا**".
وتكون أهلية القاصر في هذه الفترة من العمر مقيدة لأنه يفترض بأنه لم تتوافر بعد لدى الصغير أسباب الإدراك الكاملة.
فالمشرع قيد أهلية الصغير المميز للحفاظ على مصالحه وحقوقه ذلك أن هذا الأخير لا يمتلك أهلية كاملة تمكنه من فهم مقاصد العبارات بدقة تجعله يميز بسهولة بين العقود النافعة والعقود الضارة. فالفقرة الثانية من الفصل **156 م أ ش** تنص : "**والصغير الذي تجاوز الثالثة عشر مميزا وتصرفاته تكون نافذة إذا كانت من قبل النفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضرر المحض ويتوقف نفاذها في غير الصورتين المذكورتين على إجازة الولي**".
ونستنتج من هذا الفصل أن الصغير المميز يكون أهلا لمباشرة بعض التصرفات دون غيرها إذ يعتبر بالنسبة لهذه التصرفات في حكم الشخص كامل الأهلية فيمكنه القيام بها بدون إذن الولي أو الوصي، وفي بعضها الآخر يكون ناقصا للأهلية فتكون إجازة الولي ضرورية لصحتها. وأخيرا يكون بالنسبة لبعض التصرفات منعدم الأهلية فيكون جزاؤها البطلان المطلق حتى لو أجازها الولي أو الوصي.
*فبالنسبة للعقود الضارة ضررا محضا، وهي التي تلحق بالذمة المالية للقاصر نقصا بدون مقابل كالهبة أو الإقراض ، تكون أهلية الصغير منعدمة جزاؤها البطلان المطلق أي لا يترتب عليها أي أثر وإن أجاز الولي هذه التصرفات.
* وبالنسبة للعقود الدائرة بين النفع والضرر، وهي التي تحتمل أن تكون إما نافعة للصغير ومحققة لمصلحته وإما أن تكون ضارة به فتفوت عليه مصلحة وترتب عليه التزاما دون

[1] عبد الرزاق السعيدي: أحكام الأهلية في القانون التونسي واللبناني، م ق ت عدد 1 جانفي 1967، ص.10.

مقابل، مثل عقود البيع والشراء وسائر عقود المعاوضة والمبادلات المالية، فهي صحيحة في ذاتها حسب ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[1] لوجود أصل الأهلية في الصغير المميز ولكن نظرا لكونها ناقصة فإن نفاذها يتوقف على إجازة وليه أو وصيه. فإن أجازها نفذت وإن لم يجزها بطلت.
واستنادا إلى الفصل 156 م أ ش فإن هذه العقود هي من قبيل العقود الموقوفة[2].
*أما بالنسبة لعقود النفع المحض، وهي عقود الاغتناء التي يغتني من يباشرها دون دفع عوض كالهبة بالنسبة للموهب له، فهي تزيد في حقوق الصغير المميز وتنقص من ديونه دون مقابل. لذلك مكن المشرع الصغير المميز من إبرام هذا النوع من العقود دون الحاجة للرجوع إلى وليه أو وصيه إذ نص الفصل **9 م أ ع** : **" لمن ليس له أهلية التعاقد والصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما القدرة على تحسين حالهما ولو بلا مشاركة الأب أو الولي وذلك بقبول هبة او غيرها من التبرعات التي من شأنها الزيادة في كسبهما أو إبراء ذمتهما بدون ان يترتب عليهما شيء من جراء ذلك"**.
ونستنتج من ذلك أن أهلية الصغير المميز تكون كاملة بالنسبة لعقود النفع المحض لما تجلبه إليه من كسب قصد تحسين حاله.

الفقرة الثانية : القاصر المرشد

يعتبر الترشيد استثناء للمبادئ العامة المنظمة للأهلية بتمكين القاصر من أهلية التعاقد كاملة قبل بلوغه سن الرشد القانونية.
لكن المشرع لم يورد تعريفا لهذه المؤسسة لذلك عرف بعض الفقهاء الترشيد بكونه عمل قانوني يسمح للقاصر قبل بلوغه سن الرشد حق تسيير شؤونه الخاصة وإدارة أمواله[3] في حين اعتبر البعض أن الترشيد مؤسسة قانونية تهدف إلى منح القاصر الذي بلغ سنا معينة أهلية الراشد[4].
وبالتالي فالترشيد وقع إقراره لفائدة القاصر لأن بعض الظروف تجعل من الضروري تجاوز عائق السن إن كانت مؤهلات القاصر العقلية وقدرته على تصريف شؤونه مكتملة.
ولقد قام المشرع بتنظيم هاته المؤسسة في العديد من الفصول في مختلف المجلات القانونية كمجلة الالتزامات والعقود والمجلة التجارية ومجلة الأحوال الشخصية. وبالتمعن في هذه الفصول يمكن تقسيم الترشيد إلى صنفين: ترشيد قانوني وترشيد قضائي.

أ/ <u>أصناف الترشيد</u> :

*<u>الترشيد القانوني</u> :
يتم الترشيد القانوني بالزواج حيث ذهب العديد من الفقهاء إلى اعتبار الترشيد بالزواج ترشيدا قانونيا ذلك أن القاصر بتزوجه يتحصل على ترشيده بقوة القانون بدون أن يكون

[1] أحمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، بيروت، الدار الجامعية 1986، ص.215.
2 العقد الموقوف هو عقد انعقد صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه ولكن ينقصه أحد عنصري النفاذ وهما الملكية أوالأهلية . عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، دار المعارف 1967، ص.128
[3] Planiol et Ripert : Traité de droit civil français, T.1 Les personnes, L.G.D.J 1952, p.677.
[4] Délestrain : Droit civil, D. 1984, p.170.

في حاجة إلى أي تصريح[1] فالمشرع هو الذي أعطى هذه الصلاحية للقاصر الذي يصبح بمفعول الزواج متمتعا بأهلية كاملة لأن الحياة الزوجية تفرض على الزوجين عدة التزامات وواجبات تستوجب توفر الأهلية لديهما إذ لا يمكن تصور المتزوج في آن مسؤولا عن أسرة وغير قادر على إبرام جميع التصرفات القانونية إلا بحضور أومصادقة وليه.
ولقد ضبط المشرع شروط الترشيد بالزواج إذ وضع شروطا متعلقة بالسن وشروطا متعلقة بالزواج.
فبالنسبة للشروط المتعلقة بالسن فقد وضع المشرع مبدأ عاما بخصوص سن الترشيد إذ نص الفصل **159 م أ ش** على انه : **"لا يمكن ترشيد الصغير إذا لم يتم الخامسة عشر"** إلا انه فيما يتعلق بالزواج فقد أوجب المشرع أن يبلغ القاصر سن السابعة عشر وهو ما نص عليه الفصل **153 م ا ش** : **" زواج القاصر يرشده إذا تجاوز السابعة عشر من عمره"**.
أما بالنسبة للشروط المتعلقة بالزواج فعملا بأحكام الفصل 153 م أ ش يعتبر الزواج شرطا أساسيا للترشيد إلا أنه يجب ان يكون زواجا قانونيا مستوفيا لجميع شروط صحته كالرضا السليم للزوجين ووجوب إبرام كتب رسمي إلى جانب خلو العلاقة من الموانع الزوجية.

*<u>الترشيد القضائي</u>:
هو صلاحية منحها القانون للقضاء تمكنه من التدخل لإعطاء القاصر أهلية الرشد بتجاوز عائق السن. فالقاصر لا يمكنه إبرام العقود المدنية من بيع وشراء إلا ببلوغه سن الرشد. إلا انه وأمام التطور الاقتصادي والاجتماعي وارتفاع نسق الحياة كان على القاصر مواكبة هذا التطور. لذلك فكلما استوجبت الظروف ووجدت فائدة للقاصر يتم رفع الحجر عنه وهو ما أقره الفصل **158 م أ ش** : **"يمكن للحاكم ترشيد الصغير ترشيدا مقيدا او مطلقا كما يمكن له الرجوع في هذا الترشيد إن قام لديه موجب في ذلك"**.
اما في المادة التجارية فقد حدد المشرع سن الترشيد ببلوغ القاصر ثمانية عشر عاما طبقا لمقتضيات الفصل 6 من المجلة التجارية الذي أوجب كذلك أن يكون الترشيد مطلقا وليس جزئيا.

ب/ آثار الترشيد

يترتب على الترشيد اكتمال أهلية القاصر المرشد فتكون تبعا لذلك العقود المبرمة من طرف هذا الأخير صحيحة دون الحاجة لإجازتها من طرف الولي أو الوصي.
فالترشيد يمنح للقاصر حرية التصرف وإدارة أمواله الخاصة بتخليصه من سلطة وليه وإخراجه من قيد الحجر.
إلا أن هذه الاستقلالية ليست مطلقة. فالعقود التي يبرمها بمفرده لا تكون صحيحة إلا في حدود ترشيده وهو ما نص عليه الفصل **158 م أ ش** بقوله: **"تصرفات الصغير المرشد في حدود ترشيده تكون نافذة وصحيحة"**.

[1] Planiol et Ripert : Op. cit. p.79.

وبالتالي فإن اكتمال أهلية القاصر المرشد تكون مرتبطة بطبيعة ترشيده فإن كان مطلقا يصبح القاصر مستقلا تماما عن سلطة ابويه وتكون جميع تصرفاته صحيحة دون الحاجة إلى إجازتها وإن كان مقيدا يكون القاصر المرشد كامل الأهلية إلا في حدود التصرفات التي يشملها الترشيد. أما بالنسبة للتصرفات الأخرى فهي تخضع للمبادئ العامة للأهلية وتكون تبعا لذلك أهلية القاصر مقيدة.

المبحث الثاني: شروط صحة العقود المبرمة من قبل الرشيد فاقد الأهلية

عند بلوغه سن الرشد يكتسب الفرد أهلية كاملة تلازمه حتى الوفاة وهو ما نص عليه الفصل **7 م ا ع** :"**كل إنسان ذكرا كان أو أنثى تجاوز عمره عشرين سنة كاملة يعتبر رشيدا بمقتضى هذا القانون**" وكذلك الفصل **157 م أ ش** :"**إذا ما أتم الصغير المولى عليه العشرين عاما كاملة ولم يسبق صدور حكم بالتحجير عليه لسبب من الأسباب غير الصغر فإنه يصبح وجوبا رشيدا له كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وتكون جميع تصرفاته نافذة**".
إلا أن الرشيد قد تعترضه عدة عوارض من شأنها أن تحد أو تعدم أهليته.
ومن شروط صحة العقود المبرمة من طرف الرشيد مقيد الأهلية هي تمتع هذا الأخير بقدر من التمييز والإدراك.
ويمكن تصنيف مقيدي الأهلية إلى صنفين بحسب طبيعة الحجر المسلط عليه . فقد يكون تقييد الأهلية بحكم القانون أو بحكم القضاء.

الفقرة الأولى : عقود مقيدي الأهلية بحكم القانون

يندرج أصحاب الأهلية المقيدة بحكم القانون ضمن الحجر الخاص. ذلك أن القانون يقيد أهليتهم في ظروف خاصة فهم في الأصل يتمتعون بأهلية أداء كاملة إلا أن المشرع يتدخل ليحد من تصرفاتهم إلى حد تقييد أهلية الوجوب لديهم، وهي صلاحية الشخص في التمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقرها القانون. والأصل في هذه الأهلية أن تكون كاملة لأنها تتصل بالشخصية القانونية. فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت معها الشخصية كالجنين الذي يولد ميتا.
ولقد نص المشرع على أصحاب الأهلية المقيدة بحكم القانون صلب الفصل **6 م ا ع** الذي ينص : " للأشخاص الآتي بيانهم أهلية مقيدة وهم:

- .....

وكذلك كل من يمنع عليهم القانون عقدا من العقود".
ويتمثل أصحاب الأهلية المقيدة بحكم القانون في المريض مرض الموت من جهة وأصحاب بعض الوظائف من جهة أخرى.

أ/ عقود المريض مرض الموت:

لم يعرف المشرع التونسي عبارة "مرض الموت". وأمام هذا الفراغ التشريعي تولت محكمة التعقيب بتعريف هاته المؤسسة في عدة قرارات. وجاء في هذا التعريف : " **مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه داخل داره إذا كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن.**"[1]

وتضيف محكمة التعقيب في قرار آخر: " **مرض الموت الذي تكون فيه تصرفات المرض خلالها قابلة للإبطال هو المرض الذي يغلب فيه الموت ويعجز معه المريض عن مباشرة مصالحه وينتهي فعلا بالموت.**"[2] .ويتم إثبات حالة مرض الموت بالمعاينة الطبية وهو أمر موضوعي موكول لاجتهاد محكمة الأصل.[3]

ونستخلص من التعاريف السابقة أن مرض الموت يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط وهي : أن يكون مخيفا، ومشعرا بالهلاك ويتسبب في حجب رؤية المريض لمصالحه المعتادة وأخيرا أن ينتهي بالموت فعلا قبل مرور سنة.

وتطرح هذه المؤسسة إشكالا يتعلق بمدى ارتباطها بالأهلية حيث يرى البعض أنه لا توجد علاقة بين مفهوم الأهلية ومرض الموت ذلك لأن "المريض يكون محجورا عليه شرعا في كل ما يضر بدائنيه وورثته. وعلى هذا فجميع التصرفات التي لا تمس حقوق الدائنين ولا الورثة هي صحيحة بدون أي فرق بينها، وذلك لقيام أهليته بعد المرض على ما كانت عليه من قبله وإنما كان الحجر لأمر خارج عن الأهلية"[4].

في حين يرى البعض الآخر أن مرض الموت عارض مكتسب يعدل أحكام أهلية الأداء لأن المريض مرض الموت ناقص الأهلية لا تصح تصرفاته الجارية أثناء مرضه.

كما يطرح في هذا المجال إشكال آخر يتعلق بمرض الموت، فهل يؤثر في أهلية الأداء أم في أهلية الوجوب؟

إن المريض مرض الموت كامل التمييز وكامل المدارك العقلية وبالتالي فإن اهلية الأداء لديه كاملة وتبعا لذلك لا يمكن فهم الفقرة الأخيرة من الفصل 6 م ا ع إلا على أنها تقر حجرا خاصا يحد من أهلية الوجوب فقط وهو ما ذهبت إليه محكمة التعقيب حين أقرت " **أن أحكام الفصل 565 م ا ع تتعلق بالبيع في مرض الموت لوارث ولا علاقة لها أصلا بفقدان المدارك والقرار المنتقد لم يعتبر البائع فاقدا لمداركه ولم يبن قضاءه على ذلك وإنما بناه على ما ثبت لديه من أن البائع كان مريضا مرضا مخيفا متصلا بالموت حين باشر العقدة المذكورة**"[5].

ويعتبر المريض مرض الموت مقيد الأهلية بالنسبة لعقود البيع والإسقاط والكفالة والهبة.

- فبالنسبة لإسقاط الدائن في مرض موته لماله على المدين يجب التمييز في هاته الحالة بين الإسقاط لأحد الورثة أو لغير وارث. فبالنسبة للحالة الأولى لا يصح الإسقاط في الكل أو في الجزء إلا بمصادقة جميع الورثة عليه طبقـــا للفصل **354** م ا ع الذي نص على

---

[1] قرار تعقيبي عدد 4814 مؤرخ في 3 ماي 1983 ن م ت 1983 ج 2 ص 302.

[2] قرار تعقيبي عدد 17768 مؤرخ في 1989/11/30 ن م ت 1989 ص 427.

[3] قرار تعقيبي عدد 4140 مؤرخ في 19 جوان 2001 ن م ت القسم المدني لعام 2001 ج 2 ص 81.

[4] أحمد إبراهيم بك: التركة، المواريث ، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية، القاهرة الحديثة للطباعة 1987 ، ص 1067.

[5] قرار تعقيبي عدد 18890 بتاريخ 1988/03/24 م ق ت 1990 عدد 3 ص 70.

أنه : **"إذا أسقط الدائن في مرض موته ماله على أحد ورثته سواء كان الإسقاط في الكل او في البعض فإن الإسقاط لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة عليه"**.
أما في صورة الإسقاط لغير وارث فهو لا يصح إلا في حدود الثلث بعد استيفاء الديون ومصاريف الجنازة عملا بأحكام الفصل 355 م ا ع . فإذا تجاوز الإسقاط الثلث يكون هذا الأخير باطلا ولا عمل عليه.
- وبالنسبة لعقود بيع المريض مرض الموت فقد نظمها الفصل **565** م ا ع الذي نص على أن " **بيع المريض في مرض موته يجري عليه حكم الفصل 354 إذا كان لوارث وظهر فيه قصد المحاباة كأن يبيع له بأقل الثمن المتعارف بكثير أو يشتري منه بأزيد"**.
وإذا كان البيع لغير وارث يتنزل عليه حكم الفصل 355 م ا ع.
- وفيما يتعلق بعقود كفالة المريض مرض الموت فهي لا تصح إلا في حدود الثلث من ماله. وإن تجاوزت هاته القيمة فهي لا تصح إلا بإجازة بقية الورثة سواء كان الكفيل وارثا أو غير وارث وهو ما نص عليه الفصل **1481 م ا ع : "كفالة المريض أثناء مرض موته لا تصح إلا في ثلث ماله إلا إذا رضي ورثته بما هو أكثر".**
- أما فيما يتعلق بالهبة فقد نص الفصل **206 م أش : "إذا صدرت الهبة خلال مرض متصل بالموت اعتبرت وصية"** وبالرجوع إلى أحكام الوصية نجد أن الفصل **179 م أش** ينص أن " **لا وصية لوارث ولا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي."**
وفيما عدى هاته العقود الخاصة التي وضع المشرع جملة من الشروط لصحتها في صورة إبرامها من قبل المريض مرض الموت فإن بقية العقود التي لا تدخل تحت طائلة الحجر تعتبر صحيحة ونافذة فهي لا تخضع لأي شرط خاص وإنما تخضع للشروط العامة في ذلك.

ب/ بالنسبة لعقود أصحاب بعض الوظائف:

قيد المشرع أهلية وجوب بعض الأشخاص نظرا لطبيعة وظائفهم، لحماية مصلحة عامة تهم النظام العام أو مصلحة خاصة تهم المتعاقد الآخر.
لذلك تختلف شروط صحة العقود المبرمة من قبل هؤلاء الموظفين باختلاف الغاية من الحجر.
فإن كانت الغاية حماية المصلحة العامة والحفاظ على النظام العام كالحجر المسلط على أعضاء المجالس الحكمية وكتاب المحاكم والمحامون ووكلاء الخصام لاكتساب شيء من الحقوق المتنازع عليها لدى المحاكم التي يباشرون بها وظيفتهم بالشراء أو بالإحالة سواء كان ذلك باسمهم أو باسم غيرهم[1]. كذلك يحجر المشرع صلب الفصل **567 م ا ع** على الحكام وكتاب المحاكم والعدول والمحامين ووكلاء الخصام ومأموري الدولة أن يشتروا باسمهم أو باسم غيرهم شيئا من الأموال أو الحقوق أو الديون المأمورين ببيعها أو التي يكون بيعها بإذن منهم كما لا يجوز لأحد أن يحيل لهم شيئا مما ذكر... فالغاية من هذا الحجر هو الحفاظ على نزاهة وحياد القضاء خوفا من استغلال هؤلاء الموظفين لنفوذهم ذلك لأن هاته العقود قد تنطوي على فكرة المضاربة واستغلال الخصومات.

[1] الفصل 566 م ا ع

لهاته الأسباب أقر المشرع جزاء البطلان المطلق لهاته العقود التي يكون موضوعها مالا متنازعا عليه. وينتهي هذا التقييد بانتهاء النزاع وهو ما ذهبت إليه محكمة التعقيب حين اعتبرت أن " ما قصده المشرع بالمنع شراء وإحالته شيء من الحقوق التي لا يزال النظر في شأنها مناطا بعهدة الحاكم الواقع النزاع لديه فإنه بمجرد صدور الحكم البات في القضية من الحاكم المتعهد لا يبقى مجال للقول بأن الحقوق متنازع فيها ويرتفع التحجير على الأشخاص المذكورين".[1]

كما يقيد المشرع أهلية تعاقد السماسرة والعرفاء إذ لا يمكنهم عملا بأحكام الفصل **569 م ا ع** أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم الأموال المأمورين ببيعها أو بتقويمها سواء كانت تلك الأموال منقولة أو غير منقولة. ويكون جزاء التعاقد في هذه الحالة هو البطلان المطلق. لذلك لا يمكن تصحيح مثل هاته العقود بأي طريقة.

أما إذا كانت الغاية من الحجر حماية مصلحة خاصة كمصلحة المتعاقد الآخر كما هو الشأن بالنسبة للحجر الوارد صلب الفصل **568 م ا ع** الذي ينص أن " **وكلاء الإدارات البلدية ورؤساء المصالح العامة والأوصياء والمقدمون والنظار والمتصرفون في أموال أبناءهم وأمناء التفليس والأشخاص المعينون لتصفية حساب الشركات عند انحلالها ليس لهم أن يقبلوا لأنفسهم إحالة ما وقع تفويته من الأموال التي لنظرهم كما لا يسوغ لهم أن يقبلوا لأنفسهم إحالة ما على من لنظرهم من الديون**". ويمكن اعتبار هذا المنع تكريسا لقاعدة الفصل 549 م ا ع : من كان له التصرف بالنيابة ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة. وهذا النوع من العقود ليس باطلا بطلانا مطلقا وبالتالي يمكن تصحيحه طبقا لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 568 م ا ع التي تقر بإمكانية التصديق على الإحالة أو البيع ممن وقع في حقهم إن كانت لهم أهلية التفويت أو من المجلس أو من غيره من الحكومات ذات النظر.

وتبعا لذلك حتى يكون العقد صحيحا وجب التصديق عليه من صاحب الحق وإلا عد باطلا.

الفقرة الثانية : شروط صحة عقود مقيدي الأهلية بحكم القضاء

يكون الشخص مقيد الأهلية بحكم القضاء إذا تم الحجر عليه بحكم من المحكمة كما هو الشأن بالنسبة لضعيف العقل والسفيه والمفلس حيث يعتبرهم المشرع مقيدي الأهلية طبقا لأحكام الفصل 6 م ا ع أن :"للأشخاص الآتي بيانهم أهلية مقيدة وهم:

- .....
- .....
- والمحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسفه تصرفهم...
- والمحجور عليهم لتفليسهم..."

فما هي شروط صحة العقود المبرمة من هؤلاء؟

[1] قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 1959/03/26 م ق ت 1960 عدد 6 ص 3.

أ/ بالنسبة لعقود ضعيف العقل:

عملا بأحكام الفصل 6 م ا ع يعتبر ضعيف العقل مقيد الأهلية ويقصد بضعف العقل النقص أو القصور أو العجز العقلي غير الجسيم[1] . فهو نقص في المدارك العقلية إلى درجة أخف من البله.

ويعرف المشرع ضعف العقل صلب الفصل **160 م أ ش** بأنه " **الشخص غير كامل الوعي، السيئ التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة ويغبن في المبيعات**".

فضعف العقل هو ضعف في بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير، ويستدل عليه بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدي إلى الراجح منها أو بقبول فاحش الغبن في تصرفاته عادة، أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع. ولقد اقر المشرع الحجر على ضعيف العقل بحكم من المحكمة صلب الفصل 161 م ا ش.

وفيما يتعلق بالعقود التي يبرمها ضعيف العقل فلقد اقتضى الفصل **162 م ا ش** أن : **"التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه بدون مساعدة وليه تكون باطلة إذا لم يجزها الولي"**.

أما نطاق هذا الفصل فيمكن أن يمتد إلى العقود التي أبرمها ضعيف العقل حتى قبل صدور قرار الحجر وذلك طبقا للأحكام الفصل **163 م ا ش** الذي ينص على أن:" **تصرفات ضعيف العقل قبل الحجر يمكن إبطالها إذا كان مشتهرا بضعف العقل وقتها"**

وتجدر الملاحظة أن العقود النافعة نفعا محضا التي يبرمها ضعيف العقل تعتبر صحيحة ونافذة.

ب/ عقود السفيه:

السفه لغة هو خفة العقل، وشرعا هو التبذير والسرف في إنفاق المال على غير ما يقضي به العقل. فالسفيه هو الذي لا يحسن القيام على التدبير فينفق في غير مواضع الإنفاق. ويعرف المشرع السفيه صلب الفصل **164 م ا ش** بأنه الشخص **"الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف"**. والحجر على السفيه يتوقف على حكم من الحاكم.

ولقد حدد المشرع شروط صحة العقود المبرمة من السفيه صلب الفصل 165 م ا ش الذي ينص : " **جميع تصرفات التي باشرها الفيه قبل الحكم صحيحة ونافذة ولا رجوع فيها. اما التي باشرها بعد الحكم فيتوقف نفاذها على إجازة وليه".**

ونلاحظ من خلال هذا الفصل أن المشرع اعتمد على التقسيم الثنائي لعقود السفيه. فالعقود التي أبرمها السفيه قبل قرار الحجر صحيحة ونافذة ولا رجوع فيها. وهو ما أقرته محكمة التعقيب في مقارنة بين أحاكم السفه وأحكام ضعف العقل حين اعتبرت أن " **التصرفات السابقة على الحجر من اجل ضعف العقل يمكن إبطالها إذا كان المحجور عليه مشتهرا به وقت إبرامها بخلاف الحجر من اجل السفه فإن التصرفات السابقة عنه تبقى نافذة"**[2].

---

[1] الدكتور كمال السعيد : الجنون والاضطراب العقلي وأثره في المسؤولية الجنائية، دراسة تحليلية مقارنة، طبعة اولى 1986-1987 ص 45.

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 2005 بتاريخ 1963/10/15 ن م ت 1963 قسم مدني ج 2 ص 52.

وتبعا لذلك فإن أهلية التعاقد لدى السفيه لا تكون مقيدة إلا بداية من تاريخ صدور قرار الحجر عليه فتكون بذلك جميع العقود التي أبرمها قبل قرار الحجر صحيحة ونافذة مهما كانت طبيعتها حتى الضارة ضررا محضا.
أما بالنسبة للعقود التي يبرمها السفيه بعد قرار الحجر فتكون هاته الأخيرة موقوفة على إجازة الولي.

ج/ عقود المفلس:

عملا بأحكام الفصل 6 م ا ع يعتبر المفلس مقيد الأهلية. ولكن تجدر الملاحظة أن تقييد الأهلية لا يعود لنقص في الإدراك باعتبار أن أهلية أدائه لا تتأثر بالإفلاس بل إن سبب الحجر هو الحفظ وحماية حقوق الدائنين من سوء تصرف المدين المفلس كإبرام العقود الصورية التي تتسبب في إنقاص ذمته المالية التي تشكل الضمان العام لدائنيه.
ويعرف الإفلاس بكونه نظام جماعي لتصفية أموال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية[1] .فالمفلس هو التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه وهو ما نص عليه الفصل **445 مجلة تجارية** . ولقد اقر المشرع التونسي الحجر على المفلس بحكم من المحكمة وهو ما نص عليه الفصل **446 م ت** الذي ورد به **"يتقرر التفليس بحكم من المحكمة التي بدائرتها المركز التجاري الرئيسي بعد سماع النيابة العمومية"**.
ويترتب على الحكم بالتفليس عملا بأحكام الفصل 457 م ت **"رفع يد المدين عن إدارة جميع مكاسبه والتصرف فيها حتى المكاسب التي يكتسبها بأب وجه من الوجوه مادام في حالة التفليس.**
ويباشر الأمين جميع ما للمفلس من الحقوق والدعاوى المتعلقة بكسبه".
فالحكم بالتفليس ينجر عنه فقدان التاجر لأهلية التصرف في مكاسبه وهو ما أقرته محكمة التعقيب في عدة قرارات[2].
وتبعا لذلك فإن العقود التي يبرمها المفلس بفرده تعد باطلة وغير صحيحة ذلك لن أمين الفلسة هو الذي يباشر جميع عقوده. إلا أن الفصل 9 م ا ع خول للمفلس إبرام العقود النافعة نفعا محضا كما خول له أن **"يجري جميع الأعمال التحفظية لصيانة حقوقه".**

[1] Jaques THOMAS : Le droit de l'entreprise en Tunisie, Ecole nationale d'administration 1971, p.1070.
[2] قرار تعقيبي مدني عدد 31682 مؤرخ في 1992/03/11 ن م ت 1992.

الجزء الثاني : آثار تخلف ركن الأهلية في التعاقد

حتى ينشأ العقد صحيحا وينتج آثاره يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط. ولقد نص عليها المشرع صلب الفصل 2 من م ا ع الذي ورد به : **"أركان العقد الذي يترتب عليه تعمير الذمة هي:**
أولا : أهلية الالتزام والإلزام
ثانيا: التصريح بالرضاء بما ينبني عليه العقد تصريحا معتبرا
ثالثا: أن يكون القصد من العقد مالا معينا يجوز التعاقد عليه
رابعا أن يكون موجب الالتزام جائزا."

إلا أنه قد يتخلف أحد هاته العناصر فينجر عنه بطلان العقد وسيقتصر التحليل في هذا الجزء على تخلف عنصر أهلية التعاقد.
وعلى هذا الأساس سيتم التطرق في مبحث أول إلى دراسة البطلان كجزاء لتخلف ركن الأهلية في التعاقد ثم في مبحث ثان سيتم التطرق إلى إبراز طرق زوال هذا الجزاء.

المبحث الأول: البطلان كجزاء لتخلف ركن الأهلية في التعاقد:

أقر المشرع التونسي جزاء البطلان بالنسبة للعقود المبرمة من فاقد الأهلية سواء كان البطلان كليا أو جزئيا وهو ما نص عليه الفصل 325 م ا ع بالنسبة لمنعدمي الأهلية حيث تنص الفقرة الثانية من هذا الفصل **"ويبطل الالتزام من أصله في الصورتين الآتيتين:**
أولا: إذا خلا عن ركن من أركانه
ثانيا: إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة."
ولقد اقر المشرع نفس الجزاء بالنسبة لأصحاب الأهلية المقيدة وذلك عملا بأحكام الفصل 330 م ا ع التي تنص أنه " **يجوز القيام بالفسخ في الصور المبينة بالفصل 8 و الفصل 43 والفصل 58 والفصل 60 والفصل 61 من هذا القانون..."**

الفقرة الأولى : البطلان المطلق

أقرّ المشرع التونسي جزاء البطلان المطلق بالنسبة لتصرفات فاقدي الأهلية وذلك في حالة الحجر العام أو في حالات من الحجر الخاص.

أ/ الحجر العام والبطلان المطلق :

كرّس المشرع البطلان المطلق ضمنيا بالنسبة للصغير غير المميز والمجنون. إلا أنه يمكن استنتاج ذلك بالاعتماد على تأويل عكسي لأحكام الفصل 330 م ا ع.

إلا أن هذا الحل يطرح إشكالا لتعارضه مع الفصل 14 م ا ع الذي ينص على أنه **"من كان أهلا للتعاقد ليس له أن يحتج بعدم أهلية من عاقده".** ذلك أن هذا الفصل يحصر حق الإبطال على الطرف الذي شاب أهليته خلل دون المعاقد كامل الأهلية. وهذا القول ينسجم مع البطلان النسبي دون البطلان المطلق الذي يمكن كل ذي مصلحة الاحتجاج به عملا بمقتضيات الفصل 19 م م م ت.
إلا أن هذا التحليل يتعين دفعه لأن المبدأ في القانون التونسي أن العقد الباطل من أصله لا عمل عليه ولا يترتب عليه شيء عملا بالفصل 325 م ا ع . وتبعا لذلك إذا تعلق الأمر ببطلان مطلق لا يهتم المشرع بالطرف الذي يطلب البطلان بقدر ما يهتم بإعدام هذا التصرف الذي خرق القواعد الموضوعية فكان لازما أن يزول ولو كان ذلك على حساب استقرار المعاملات[1].
ولقد أتيحت الفرصة لمحكمة التعقيب لتطبيق الفصل 14 م ا ع في مناسبتين بالنسبة للحجر للصغر حيث جاء في احد قراراتها أن **"الاعتراضات على العقود القابلة للإبطال في حق القاصر لا تقبل إلا من الطرف الذي أراد القانون حمايته"[2].**
وورد في قرار آخر أنه **"إذا وقع عقد في حق قاصر (مميز) فلهذا الخير وحده بعد رشده إجازة العقد أو إبطاله وليس لغيره أن يقوم بالبطلان أو يحتج به رغم إرادة القاصر"[3].**
وإلى جانب ذلك رفضت المحكمة في سياق نفس القرار قبول الاحتجاج من غير المعاقد المحجور معتبرة أن **"القانون حرّم حتى نفس معاقد الصغير من الاحتجاج بعدم أهلية معاقده ومن باب أولى الغير الذي لم يكن طرفا في العقد".**
وعلى كل حال يمكن اعتبار أن الفصل 14 م ا ع هو استثناء للقاعدة التي تقضي بأن البطلان المطلق يمكّن كل ذي مصلحة من أن يتمسك أو يحتج به[4].

*بطلان عقود الصغير غير المميز:
نصت الفقرة الأولى من الفصل 156 م ا ش على بطلان تصرفات الصغير غير المميز مهما كان نوعها سواء كانت من قبيل النفع المحض او الضرر المحض أو دائرة بين النفع والضرر. وتتماشى احكام هذا الفصل مع احكام الفصلين 2 و 325 م ا ع التي يستنتج منها أن العقد الذي يبرمه الصغير غير المميز يفتقر إلى ركن من أركانه الأساسية وهو الأهلية ويعد بذلك باطلا لانعدام ملكة التمييز والتعقل لديه.

*بطلان عقود المجنون:
ينص الفصل 162 م أ ش أن "التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه بدون مساعدة وليه تكون باطلة إذا لم يجزها الولي" وورد هذا الفصل في الباب المتعلق بالجنون وضعف العقل فهل يخص هذا الفصل كليهما أم ضعيف العقل فحسب خاصة وأن عبارة المحجور عليه وردت مطلقة؟
بالرجوع إلى الفصل **163 م أ ش** الذي ينص على كون "تصرفات المجنون غير نافذة. وتصرفات ضعيف العقل قبل الحجر يمكن إبطالها ..." نجد أن تصرفات المجنون باطلة

[1] ألفة الفرشيشي: الحجر على الرشد مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة قانون خاص السنة الجامعية 1993/1992.
[2] قرار تعقيبي مدني عدد 4411 بتاريخ 1966/12/13 م ق ت 1967 عدد 3و 4 ص 72.
[3] قرار تعقيبي عدد 11624 بتاريخ 1976/05/25 ن م ت 1976 ص 88.
[4] محمد الزين" مرجع سابق ص 214.

بطلانا مطلقا خلافا لتصرفات ضعيف العقل التي تعد قابلة للإبطال. وعليه يمكن القول أن عبارة المحجور الواردة صلب الفصل 162 م أ ش لا تخص إلا ضعيف العقل دون المجنون. ويمكن تدعيم هذا القول على قواعد البطلان في القانون التونسي إذ يكفي ربط كل من الفصلين 2 و5 من م ا ع بالفصل 325 م ا ع لاستخلاص جزاء البطلان المطلق حيث أن الفصل 2 م ا ع يعتبر الأهلية ركنا جوهريا في العقد، وعملا بالفصل 5 م ا ع يعتبر المجنون منعدم الأهلية وبالتالي يكون جزاء تصرفاته البطلان المطلق عملا بمقتضيات الفصل 325 م ا ع وهو ما اكدته محكمة التعقيب عندما ميزت صراحة بين الأحكام المتعلقة بضعف العقل والأحكام المتعلقة بالجنون واعتبرت ان المجنون هو فاقد لأهلية الأداء بينما ضعيف العقل هو فاقد لأهلية مقيد الأهلية فحسب وهذا يبين اختلاف النظام القانوني في الوضعيتين.

ب/ الحجر الخاص والبطلان المطلق :

إلى جانب حالات الفقدان التام للأهلية والتي تؤدي إلى البطلان المطلق كما سبقت الإشارة إليه نجد حالات اخرى للبطلان المطلق وهي الحالات التي تتعلق بالحجر الخاص وتتمثل في صورتين، تتعلق الأولى بعقود الضرر المحض اي عقود التبرع والثانية تتعلق بتصرفات أصحاب بعض الوظائف.

* البطلان المتعلق بالتبرعات:

أشار المشرع التونسي إلى هذه الصورة صلب الفصل **16 م ا ع** حيث ينص على أن **"ما تممه الولي في مصلحة الصغير أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي على الصور المقررة بالقوانين تعتبر مثل الأعمال الصادرة من الرشيد المتولي مباشرة حقوقه بنفسه وهذه القاعدة لا تنسحب على ما كان من قبيل التبرع المحض فإنه باطل ولو بالإذن المطلوب قانونا"**. وبالتالي فإن جزاء تبرعات فاقدي الأهلية حتي المقيدة يكون البطلان المطلق وهو ما اشار إليه المشرع باستعمال كلمة البطلان ويقابلها في النص الفرنسي "n'ont aucun effet" وهو ما اكده البعض عندما اعتبر ان عبارة "باطلة" الواردة بالفصل 16 م ا ع لا يمكن أن تؤدي إلا إلى البطلان المطلق فهي من قبل الأعمال الضارة ضررا محضا والتي لا تقبل الإجازة إطلاقا.

إن بإقرار المشرع هذا الجزاء غاية ترمي إلى حماية المحجورين حجرا عاما كما يعتبر تبني البطلان المطلق صلب الفصل 16 م ا ع تكريسا للنظرية الحديثة للبطلان والتي تعتبر أن البطلان يتدرج من النسبية إلى الإطلاق بحسب غايات المشرع وأهدافه بقطع النظر عن الخلل الذي يعتري التصرف.

* البطلان المتعلق بعقود أصحاب بعض الوظائف:

رغم اتصال أهلية الوجوب بالشخصية القانونية للشخص فهي لاتنعدم إلا بانعدامها. إلا أن المشرع حد من تلك الأهلية وقيدها في حالات خاصة فحرم البعض من التعاقد في بعض الأمور أو مع بعض الأطراف[1]. وتنص مجلة الالتزامات والعقود على العديد من هاته الحالات خاصة في مادة البيع والإسقاط والكفالة والهبة. ويكون جزاء تجاوز القانون في

[1] محمد الزين : مرجع مذكور، ص 255 عدد 266.

هذه الصور البطلان المطلق طالما تعلق الأمر بانتفاء الأهلية في شخص احد المتعاقدين. وبما ان الأهلية ركن أساسي في العقد ينجر عن عدم توافرها البطلان.
ولقد أقر المشرع هذا الجزاء بالنسبة لتصرفات أعضاء المجالس الحكمية وكتاب المحاكم والمحامون ووكلاء الخصام الذي نص عليهم الفصل 566 م ا ع إذ لا يمكنهم أن يكسبوا بالشراء أو بالإحالة شيئا من الحقوق المتنازع عليها لدى المحاكم التي يباشرون بها وظائفهم سواء كان الشراء أو الإحالة باسمهم أو باسم غيرهم. ويكون في هذه الحالة البيع باطلا والحكم بالبطلان يقع بطلب ممن له مصلحة فيه أو بغير طلب. كذلك نجد الفصل 567 م ا ع يشير إلى الأشخاص الذين يحجر عليهم التعاقد في الأموال المتنازع عليها أمام المحاكم التي يكون بيعها بإذن منهم. فكل بيع أو إحالة لهذه الحقوق يعد باطلا لا عمل عليه. ويمكن تفسير هذا المنع المسلط على هؤلاء الأشخاص ضمانا لنزاهة القضاء ذلك أن هذه العملية قد تنطوي على فكرة المضاربة واستغلال الخصومات وخوف من استغلال النفوذ لأغراض شخصية.

الفقرة الثانية : البطلان النسبي

لقد أقر المشرع التونسي جزاء البطلان النسبي بالنسبة للعقود الدائرة بين النفع والضرر المبرمة من طرف الأشخاص الخاضعين للأهلية المقيدة وذلك صلب الفصل 330 م ا ع الذي يقتضي أنه " يجوز القيام بالفسخ في الصورة المبينة بالفصول 8 و60 و61 من هذا القانون". وتتعلق هذه الصور بمسألة سلامة الرضا وباكتمال الأهلية.
و السؤال المطروح هو الآتي: هل أن النصيص الوارد صلب الفصل 330 م ا ع هو حصري أم أن حالات البطلان النسبي المذكورة به جاءت على سبيل الذكر؟
اعتبر بعض الشراح أن التنصيص الوارد بالفصل 330 م ا ع جاء حصرا إذ لا يمكن التوسع في صور البطلان النسبي ذلك أنه لا بطلان بدون نص. وقد سبق لمحكمة التعقيب ان أقرت هذه القاعدة في قرار عدد 615 المؤرخ في 6 جوان 1926 :" الحاكم لا حق له في فسخ عقد إلا طبق الشروط القانونية التي يتحتم إثباتها..."[1].

أ/ بطلان عقود الصغير المميز

العقود القابلة للإبطال النسبي المبرمة من الصغير المميز هي تلك الدائرة بين النفع والضرر. ولقد أقر المشرع جزاء البطلان النسبي لهذه العقود إن لم تتم إجازتها من قبل الولي. إذ نص الفصل 8 م ا ع أن "الصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما والسفيه إذا عقدا بلا إذن الأب أو الولي لا يلزمه شيء من جراء ذلك وله أن يطلب فسخه على الشروط المبينة بهذا القانون." ويقصد بالفسخ البطلان النسبي. وقد برر بعض الفقهاء اعتبار البطلان النسبي كجزاء لتصرفات ناقصي الأهلية بوجود قرينة على فساد الرضا وهو ما اكدته محكمة التعقيب حين اعتبرت أن "عقود الصغير الذي تجاوز عمره 12 عاما تصح إذا أجازها وليه وإن اقتضى الفصل 330 م ا ع أن هاته العقود لم تكن باطلة من أصلها وإنما هي قابلة للإبطال"[2].

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 615 بتاريخ 1926/06/6 ، م ق ت عدد 9و10 ، ص.150.
[2] قرار تعقيبي مدني عدد 131 بتاريخ 1959/02/11، م ق ت عدد 3 لسنة 1961، ص 25.

إلا أن هذا الموقف يتجاهل احكام الفصل 156 م أ ش الذي ينص في فقرته الثانية :"الصغير الذي تجاوز الثالثة عشر مميز وتصرفاته تكون نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضرر المحض ويتوقف نفاذها في غير الصورتين المذكورتين على إجازة الولي". وبالاعتماد على الفصل 542 م ا ع المتعلق بنسخ القوانين يمكن اعتبار أن الفصل 156 م أ ش قد نسخ الفصل 8 م ا ع بل أكثر من ذلك يمكن اعتبار ان الباب العاشر من م أ ش قد نسخ بالاستيعاب جميع فصول القسم الأول من م ا ع والمتعلق بالأهلية[1] وبالتالي يمكن اعتبار أن جزاء هذه العقود هو عدم النفاذ وليس البطلان النسبي. والعقد الموقوف لا ينتج آثاره إلا بعد إجازته على خلاف العقد القابل للإبطال الذي ينتج آثاره إلى حين إبطاله من الطرف المقرر لمصلحته البطلان فتلغى جميع آثاره بصفة رجعية.

والخلاصة أنه لا يمكن الجزم بأن م أ ش قد ألغت أحكام الأهلية الواردة صلب م ا ع حيث استقرت محكمة التعقيب على موقف موحد يتمثل في اعتماد أحكام الفصل 8 م ا ع دون العودة إلى الفصل 156 م أ ش.

ب/ بطلان عقود الرشيد مقيد الأهلية:

على غرار الصغير غير المميز العقود القابلة للإبطال النسبي المبرمة من الرشيد فاقد الأهلية هي تلك الدائرة بين النفع والضرر

* **جزاء عقود السفيه**

على غرار الصغير غير المميز، فإن العقود القابلة للإبطال النسبي المبرمة من الرشيد فاقد الأهلية هي تلك الدائرة بين النفع والضرر وذلك عملا باحكام الفصل 8 م ا ع. وإلى جانب ذلك نجد ان م أ ش قد اهتمت بمسألة عقود السفيه وذلك صلب الفصل 165 م أ ش الذي ينص أن " **جميع تصرفات التي باشرها الفيه قبل الحكم صحيحة ونافذة ولا رجوع فيها. اما التي باشرها بعد الحكم فيتوقف نفاذها على إجازة وليه".**

وبمقارنة هذين الفصلين نجد تضاربا بينهما حيث أن الفصل 165 م أ ش يفرق بين تصرفات السفيه قبل الحجر والتصرفات بعد الحكم بالحجر ذلك أن الأولى صحيحة ونافذة ولا رجوع فيها وهو ما اكدته محكمة التعقيب " م أ ش ضبطت أسباب الحجر وجعلت فرقا بين نتائج الحجر للسفه ونتائج الحجر لضعف العقل بعد ان حددت مدلول كل منهما حسب الفصلين 160 و164 منها وقررت أن التصرفات السابقة للحجر من اجل ضعف العقل يمكن إبطالها إذا كان المحجور عليه مشتهرا به وقت إبرامها بخلاف الحجر من اجل السفه فإن التصرفات السابقة عنه تبقى نافذة حسب احكام الفصل 163 و165 منها"[2] في حين نجد أن الفصل 8 م ا ع لا يقيم تفرقة بين العقود المبرمة من السفيه قبل الحجر بعده.

والجزاء كذلك يطرح إشكالا هل أن هذه العقود موقوفة؟ لم ينظم المشرع التونسي مؤسسة العقد الموقوف كما لا نجد نصوصا تحدد نظامه القانوني. لذلك فإن استعمال المشرع

[1] فتحي الورتاني . العقد الموقوف في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1991/1990، ص.27.

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 2005 بتاريخ 15/ 1963/10، ن م ت الجزء المدني 1963، ص.52.

لعبارة وقف النفاذ بالنسبة لتصرفات السفيه يقصد به جزاء البطلان النسبي وهو ما أكدته محكمة التعقيب التي كانت تعتمد على تطبيق الفصل 8 م ا ع الذي ينص على جزاء البطلان النسبي دون العودة إلى الفصل 165 م أ ش[1].

* **جزاء عقود ضعيف العقل**

لم ينص المشرع على جزاء تصرفات ضعيف العقل إلا انه تفادى هذا الفراغ صلب الفصل 162 م أ ش: **"التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه بدون مساعدة وليه تكون باطلة إذا لم يجزها الولي"**.

فجزاء تصرفات ضعيف العقل هو البطلان النسبي. لكن يجب التمييز بين تصرفات ضعيف العقل قبل قرار الحجر وبعده. فتصرفات ضعيف العقل قبل قرار الحجر يمكن إبطالها إذا كان مشتهرا بضعف العقل وقت إبرامها. اما تصرفاته بعد قرار الحجر فهي باطلة إذا لم يجزها الولي وهو ما نص عليه الفصل 163 م أ ش.

* **جزاء عقود المفلس**

بالرغم من كون المفلس ليس ناقصا للأهلية إلا أنه يعتبر مقيد الأهلية بغاية حماية أموال المدين التاجر لأنها تشكل الضمان العام لدائنيه. لهذه الأسباب كانت تصرفات المفلس غير نافذة في حق جماعة الدائنين ولكنها تكون صحيحة بين المفلس ومعاقده إلا أن غلّ يده يمنعه من إمكانية تنفيذ التزامه تجاه معاقده فلا يبقى لهذا الأخير سوى فسخ العقد.

ويعتب في حالة إفلاس كل تاجر توقف عن دفع ديونه وليس من تاريخ صدور الحكم المشهر للإفلاس. لذا فإن هذا الحكم له أثر رجعي فيشمل الفترة التي كانت فيها تصرفات المفلس محل ارتياب وتوكل مسألة تحديد فترة الارتياب إلى اجتهاد القاضي. إلا أن الفصل 452 م ت لا يمكّن إرجاع تاريخ التوقف عن الدفع إلى أكثر من 18 شهرا. وغاية المشرع هي حماية مصالح الدائنين.

* **جزاء عقود المريض مرض الموت:**

أمام سكوت المشرع حول تحديد طبيعة الجزاء المسلط على تصرفات المريض مرض الموت ونظرا لاختلاف المصادر في هذه المادة اختلف شرّاح القانون والفقهاء في تحديد جزاء عقود المريض مرض الموت. فمنهم من نادى بتطبيق نظرية العقد الموقوف في حين أقر البعض الآخر جزاء عدم الاحتجاج وطالب البعض بالبطلان.

ولقد اكتفى المشرع بالنسبة لهذه المؤسسة بالإحالة إلى نظام براءة الإسقاط وذلك ضمن الفصل **354 م ا ع** الذي ينص: **"إذا أسقط الدائن في مرض موته ماله على احد ورثته سواء كان الإسقاط في الكل أو في البعض فإن الإسقاط لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة عليه."**

ونستنتج من هذا الفصل أن بطلان هذه التصرفات هو بطلان نسبي وذلك بإعطاء إمكانية المصادقة على هذه التصرفات من طرف الورثة.

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 2950 بتاريخ 1981/06/16 ، ن م ت 1981 جزء 2 ص 186.

المبحث الثاني: آثار البطلان

بالرغم من المبدإ القانوني القائل بانه ما بني على باطل فهو باطل إلا أن العقد الباطل سواء كان البطلان مطلقا او نسبيا ينتج بعض الاثار ذلك أن هذا الأخير يعتبر واقعة قانونية لها وجود فعلي وقد تنتج يعض الاثار العرضية سواء بين فاقد الأهلية ومعاقده أوبين فاقد الأهلية والغير.

الفقرة الأولى : آثار البطلان بالنسبة لفاقد الأهلية ومعاقده

إن من آثار البطلان النسبي أو المطلق استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام. وهو ما نص عليه الفصل **325 م ا ع** بالنسبة للبطلان المطلق : **"ليس للالتزام الباطل من أصله عمل ولا يترتب عليه شيء إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام"** والفصل **336 م ا ع** بالنسبة للبطلان النسبي " **إذا فسخ الالتزام عاد الطرفان إلى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما أن يرد لصاحبه ما قبضه منه موجب العقد المذكور أو من جرائه"**.

يعبر هذان الفصلان على قاعدة أساسية في نظرية البطلان مفادها ان العقد الباطل تزول آثاره بصفة رجعية. او بعبارة اخرى أن البطلان ينسحب على الماضي ويرتب على الأثر الرجعي للبطلان إعادة الأطراف المتعاقدة إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد عندما يتعلق الأمر بعقد باطل نفذ بعضه أو كله.

وبناء على هذا المبدأ يعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد إلا ان كليهما يلتزم بان يرجع للطرف الاخر ما قبضه منه تنفيذا للعقد المصرح ببطلانه وهو ما اكدته محكمة التعقيب لما اعتبرت ان "الالتزام الباطل من اصله لا يترتب عليه شيء إلا استرجاع ما دفع بغير حق بموجب تنفيذه. الحاكم لا يقر التزاما باطلا من اصله ويجب عليه التصريح بإبطاله وطرح آثاره"[1].

ولا تثير قاعدة الرد إشكالات وصعوبات إن تعلق الأمر بعقد موقوف على خلاف العقد القابل للإبطال لأن هذا الأخير ينفذ في الحال وينتج جميع آثاره بينما آثار العقد الموقوف تكون مجمدة غير أنه على مستوى التطبيق نجد ان المتعاقدين يسرعان في تنفيذ العقد ولو جزئيا.

ويطبق هذا المبدأ في كل الصور التي يكون فيها احد المتعاقدين أو كلاهما فاقدا للأهلية. إلا ان المشرع وضع استثناء صلب الفصل **10 م ا ع** ينص ان **"اللولي او المولى عليه بعد رشده القيام بفسخ عقد ما التزم به ولو مع استعماله للحيل القاضية بحمل المتعاقد معه على اعتقاد كونه رشيدا او مأذونا من وليه أو انه تاجر. لكن هذا لا يمنع من بقاء المولى عليه عامر الذمة بقدر ما انتفع به من جراء تلك العقدة حسبما ما هو مقرر بهذا القانون"**.

وبالتالي ففي صورة إبطال العقد بسبب فقدان الأهلية لا يكون المحجور عليه ملزما برد غير ما عاد عليه بالمنفعة بسبب ذلك العقد ولقد عرّف الفصل 13 م ا ع المنفعة بكونها إنفاق المال الذي أخذه في مصاريف لازمة أو نافعة أو كان موجودا عنده. فإن كان العقد

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 6929 ، م ق ت عدد 5 لسنة 1950.

بيعا مثلا وأنفق المحجور عليه بعض الثمن في ملذاته وأنفق البعض الاخر في قضاء دين ثم أبطل العقد ألزم برد القدر من الثمن الذي عاد عليه بالمنفعة (قضاء الدين). وعبئ الإثبات محمول على عاتق الدافع الذي يطالب برد ما دفعه لمعاقده فاقد الأهلية فإذا عجز عن الإثبات رفض طلبه وهو ما كرسته محكمة التعقيب حين اعتبرت أنه **"إذا باع رشيد إلى القاصر كان العقد باطلا ولا يرد القاصر من الثمن إلا بقدر ما انتفع به وعلى الرشيد إثبات هذه المنفعة ومقدارها"**[1].

وهذا الاستثناء يفسر حرص المشرع على حماية فاقدي الأهلية.

اما إذا تعلق الأمر بعقد باطل بالنسبة لجميع الدائنين (عقد المفلس) أجاز المشرع إقامة الدعوى لأجل استرداد ما وقع دفعه سواء كان الإبطال وجوبيا أو جوازيا تطبيقا لمقتضيات الفصل **464 م ت** الذي ينص أن **"إبطال الأعمال المتقدم ذكرها في الفصلين 462 و 463 يمكن عند الاقتضاء من القيام بدعوى الرد"**.

فإذا تعلق الأمر بإبطال وجوبي فإن دعوى الرد لا تقام إلا إذا ثبت أن الدفع وقع زمن التوقف عن الدفع أو قبل ذلك بعشرين يوما. اما في حالة البطلان الجوازي فلا يمكن القيام أيضا إلا بعد إثبات أن المدين دفع وقت توقفه عن الدفع ويشترط أن يكون معاقد المدين عالما بتوقفه عن دفع ديونه.

وأوجي الفصل 465 م ت أن تقام دعوى استرداد في خلال عامين من تاريخ صدور الحكم بالتفليس وإلا سقطت بمرور الزمن وذلك حتى لا يبقى المعاقد مهددا يما سيقام عليه من دعاوى.

الفقرة الثانية : آثار البطلان بالنسبة لفاقد الأهلية والغير

لا يسري البطلان المطلق فيما بين المتعاقدين فحسب بل يمتد كذلك إلى الغير.

ويمكن اعتبار الغير بأنهم الأشخاص الأجانب تماما عن العقد الذين لا ينجر لهم منه ضرر ولا نفع. ويستعمل الشرّاح عبارتي " الغير المطلق" أو" الغير الحقيقي " للدلالـــة على هذا المفهوم بحيث يمكن حصر مفهوم الغير على معنـــى الفصل 240 م ا ع في الشخص الذي لم يكن طرفا في عمل قانوني ولا ممثلا فيه ولا وارثا ولا من انجر له حق من احد الطرفين المتعاقدين.

ويتأثر الغير ببطلان العقود حيث أن الحق الذي يتلقاه من أحد المتعاقدين على الشيء الذي ورد عليه العقد الباطل يزول بدوره ذلك لأن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره أكثر مما يملك.

إلا أن إعمال الأثر المطلق للبطلان في كل الأحوال قد يؤدي إلى الإضرار بالغير حسن النية الذي يركن إلى صحة العقد ويعول على قيامه وتصرفه على أساس ذلك.

أقر المشرع التونسي حماية الغير حسن النية الذي اعتقد في صحة العقد وتصرف على هذا الأساس وذلك للحفاظ على استقرار المعاملات وحماية الأوضاع الظاهرة والمستقرة وغن كان ذلك بصفة مبعثرة نظرا لغياب نظرية عامة للبطلان تقر بعدم رجعية البطلان بالنسبة للغير حسن النية. لذا نجد أن الفصل 336 م ا ع ينص على حماية حقوق هؤلاء بالإحالة إلى تطبيق الأحكام الخاصة بالعقود الخاصة.

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 10614 مؤرخ في 1975/08/14 ن م ت 1975 ص 70.

لم يعرف المشرع ولا فقه القضاء حسن النية. إلا انه جاء بالفصل **305** م ح ع أن **"إبطال الترسيم لا يمكن بأي حال أن يعارض به الغير الذي يكون حسن النية"**. ويعني ذلك أن الشخص الذي رسم حقه مطمئنا لترسيم سابق لا يمكن أن يحتج ضده ببطلان ذلك الترسيم.
أما فيما يتعلق بالمعاملات التجارية فقد أقر المشرع حماية الغير حسن النية بالنسبة لعقود المفلس إذ نص الفصل **462 فقرة 3 من م ت** أن **" دفع ديون نقدية حل اجلها بغير نقود أو كمبيالات أو سندات للأمر أو أذون بالتحويل وبوجه عام كل دفع بأداء عوض من الملتزم به مع الاحتفاظ بالحقوق التي اكتسبها غير المتعاقدين حسن النية "**.
ونستنتج مما تقدم أن دعوى الرد لا يمكن أن تقام ضد الغير حسن النية وهو ما يحيلنا إلى القول ان المشرع كرس حماية الغير حسن النية على حساب فاقد الأهلية حماية لاستقرار المعاملات. إلا ان المشرع كان بإمكانه تفادي هذه الوضعية وتوفير حماية أنجع لفاقد الأهلية وذلك بتمكينه من وسيلة لإثبات سوء نية الغير وذلك بإشهار الحكم بالحجر لأن الإشهار يكون قرينة على اطلاع الغير وبالتالي كل من يتعامل مع فاقد الأهلية ولو بطريقة غير مباشرة يكون عالما بهذا العيب.
وتجدر الإشارة إلى ان المشرع أقر هذا النظام صلب الفصل 22 من قانون 18 جويلية 1957 المتعلق بتنظيم وتسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم إلا أن نشر حكم التقديم بالرائد الرسمي غير معمول به في التطبيق لذا وجب إعادة تنظيم قواعد الإشهار لتيسير مهمة مدير الملكية العقارية مثلا.

قـــــــــائمة المراجـــــــــع

- ابن منظور: لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر بيروت1968، المجلد الثالث.
- احمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، بيروت الدار الجامعية 1986 .
- احمد نصر الجندي، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما، المجلة الاولى ، ط2، دار الفكر العربي.
- ألفة الفرشيشي: الحجر على الرشد مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة قانون خاص السنة الجامعية 1993/1992.
- حسن كيره : المدخل الى القانون، ط.5 ، منشأة دار المعارف الاسكندرية 1974.
- الدكتور كمال السعيد : الجنون والاضطراب العقلي وأثره في المسؤولية الجنائية، دراسة تحليلية مقارنة، طبعة اولى 1986-1987.
- سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، مجلد 1، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4، 1987.
- عبد الرزاق السنهوري : شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الإسلامي.
- فتحي الورتاني . العقد الموقوف في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1991/1990.
- لإمام ابو زهرة : الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي.
- محمد الزين: النظرية العامة للالتزامات، ج1، طبعة ثانية، .
- محمد قدري باشا: مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام ابي حنيفة، ط.2 القاهرة، المطبعة الكبرى.
- قرار تعقيبي عدد 4814 مؤرخ في 3 ماي 1983 ن م ت 1983 ج 2 ص 302.
- قرار تعقيبي عدد 17768 مؤرخ في 1989/11/30 ن م ت 1989 ص 427.
- قرار تعقيبي عدد 4140 مؤرخ في 19 جوان 2001 ن م ت القسم المدني لعام 2001 ج 2 ص 81.
- قرار تعقيبي عدد 18890 بتاريخ 1988/03/24 م ق ت 1990 عدد 3 ص 70.
- قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 1959/03/26 م ق ت 1960 عدد 6 ص 3.
- قرار تعقيبي مدني عدد 2005 بتاريخ 1963/10/15 ن م ت 1963 قسم مدني ج 2 ص 52.
- قرار تعقيبي مدني عدد 31682 مؤرخ في 1992/03/11 ن م ت 1992 .
- قرار تعقيبي مدني عدد 4411 بتاريخ 1966/12/13 م ق ت 1967 عدد 3و 4 ص 72.
- قرار تعقيبي عدد 11624 بتاريخ 1976/05/25 ن م ت 1976 ص 88.
- قرار تعقيبي مدني عدد 615 بتاريخ 1926/06/6 ، م ق ت عدد 9و10 ، ص.150.
- قرار تعقيبي مدني عدد 131 بتاريخ 1959/02/11، م ق ت عدد 3 لسنة 1961، ص 25.
- قرار تعقيبي مدني عدد 2005 بتاريخ 15/ 1963/10، ن م ت الجزء المدني 1963، ص.52.
- قرار تعقيبي مدني عدد 2950 بتاريخ 1981/06/16 ، ن م ت 1981 جزء 2 ص 186.
- قرار تعقيبي مدني عدد 6929 ، م ق ت عدد 5 لسنة 1950.
- قرار تعقيبي مدني عدد 10614 مؤرخ في 1975/08/14 ن م ت 1975 ص 70.

- Jaques THOMAS : Le droit de l’entreprise en Tunisie, Ecole nationale d’administration 1971.

- Planiol et Ripert : Traité de droit civil français, T.1 Les personnes, L.G.D.J 1952.
- Délestrain : Droit civil, D. 1984.

الفـــــــهرس

المـــــــقدمـة 1
الجزء الأول : شروط صحة العقود المبرمة من فاقد الأهلية 6
المبحث الأول: شروط صحة العقود المبرمة من قبل القاصر : 6
الفقرة الأولـــى : الصغيـــر المميـــز 7
الفقرة الثانية : القاصر المرشد 8
أ/ أصناف الترشيد : 8
ب/ آثار الترشيد 9
المبحث الثاني: شروط صحة العقود المبرمة من قبل الرشيد فاقد الأهلية 10
الفقرة الأولى : عقود مقيدي الأهلية بحكم القانون 10
أ/ عقود المريض مرض الموت: 11
ب/ بالنسبة لعقود أصحاب بعض الوظائف: 12
الفقرة الثانية : شروط صحة عقود مقيدي الأهلية بحكم القضاء 13
أ/ بالنسبة لعقود ضعيف العقل: 14
ب/ عقود السفيه: 14
ج/ عقود المفلس: 15
الجزء الثاني : آثار تخلف ركن الأهلية في التعاقد 16
المبحث الأول: البطلان كجزاء لتخلف ركن الأهلية في التعاقد: 16
الفقرة الأولى : البطلان المطلق 16
أ/ الحجر العام والبطلان المطلق : 16
ب/ الحجر الخاص والبطلان المطلق : 18
الفقرة الثانية : البطلان النسبي 19
أ/ بطلان عقود الصغير المميز 19
ب/ بطلان عقود الرشيد مقيد الأهلية: 20
المبحث الثاني: آثار البطلان 22
الفقرة الأولى : آثار البطلان بالنسبة لفاقد الأهلية ومعاقده 22
الفقرة الثانية : آثار البطلان بالنسبة لفاقد الأهلية والغير 23
قـــــــائمة المراجـــــــع 25
الفـــــــهرس 27