

## تمهيد عام

درج الفقهاء على تقسيم مجمل مواد القانون إلى جزأين رئيسيين: القانون الخاص و القانون العام. فأما القانون العام، فيمكن تعريفه بصفة مبسطة جدًا بكونه مجموع فروع القانون التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة أو المنشآت العمومية أحد أطرافها. أما القانون الخاص، فيحتوي على جميع مواد القانون التي تنظم العلاقات بين الخواص وتحمي مصالحهم. وهو يتفرع بدوره إلى: القانون المدني، القانون التجاري، القانون الاجتماعي و قانون الشغل (قانون الملكية الفكرية) وغيرها التي تفرعت عنها عديد المواد الأخرى.

ويعتبر القانون المدني من أقدم فرع القانون وأتمها صناعة وأكثرها ثراء بما أنها استنبطت أهم المفاهيم القانونية المعتمدة اليوم وغدت بها أغلب فروع القانون<sup>2</sup>. فهو الجزء الرئيسي للقانون الخاص والمصدر التاريخي الذي تفرعت عنه أغلب فروعه. ومن هذا المنطلق، فإن القانون المدني يعتبر بمثابة الشريعة العامة للقانون الخاص<sup>3</sup> (أي أنه الأصل والمرجع بما يجعل قواعده قابلة للانطباق في كل الحالات التي لا تتعارض فيها مع أحكام ومبادئ مادة خاصة مستقلة عن القانون المدني. وعليه، يمكن تعريف القانون المدني بكونه ذلك الجزء من القانون الخاص الذي "يتضمن مجموعة القواعد المنظمة للعلاقات الخاصة بين أصحاب الحقوق عدا تلك التي ترجع بالنظر لأحد الفروع الأخرى التي تميزت واستقلت عنه"<sup>4</sup>. أما بخصوص طبيعة هذه العلاقات والروابط الخاصة التي تربط بين أصحاب الحقوق والتي يختص القانون المدني بتنظيمها، فتتقسم بدورها إلى صنفين (بحسب معيار الذمة المالية): علاقات متعلقة بشخص صاحب الحق، وتشكل موضوع الحقوق غير المالية (droits extra patrimoniaux) (الزواج - النسب - الحالة المدنية - الحضانة - الولاية - الحياة الخاصة - الحريات المدنية - الحرية الجسدية ...)، وأخرى ذات صبغة مالية (Droits patrimoniaux) تنقسم تنقسم بدورها (بحسب معيار موضوع الحق)

إلى حقوق عينية وأخرى شخصية وتسمى أيضا حقوق الدائنية أو أيضا الالتزام وهو موضوع درسنا أي النظرية العامة للالتزام.

ويمكن تعريف النظرية العامة عموما بكونها مجموعة من المبادئ ترعى نظاما معينًا. والنظام هو مجموعة من العناصر المرتبطة ببعضها البعض بحيث تشكل كيانا مميزا بأركانها ومواصفاته ووظائفه.

وتعد النظرية العامة للالتزام (الحق الشخصي) العمود الفقري للقانون المدني بل هي من الأصول المكونة للتفكير القانوني عامة. وتتألف هذه النظرية من قسمين، يخصص

<sup>1</sup> Ch. Eisenmann, Droit public et droit privé, RDP, 1953, p. 236.

<sup>2</sup> J. Ghestin et G. Goubeaux, traité de droit civil, introduction générale, Paris, LGDJ Delta, Paris 1996, p. 1.

<sup>3</sup> le droit commun privé.

أحدهما لمصادر الالتزام، والآخر لأحكامه. وتتناول أحكام الالتزام مسائل متعددة تتمثل خاصة في آثار الالتزام، وانتقاله، وانقضاؤه وكذلك القواعد المتعلقة بإثباته بدون وقوف عند الجزئيات والأحكام الخاصة بكل مؤسسة أو كل عقد (البيع، الكراء، الوكالة...).

أما المصدر الشكلي لهذه النظرية فيتمثل في التشريع وبالذات في مجلة الالتزامات والعقود في فصولها من 1 إلى 563 وفي فقه القضاء وكذلك فقه شرح القانون. وتشكل دراسة الالتزام موضوع هذه النظرية العامة.

## المبحث الأول: مفهوم الالتزام

لم يعرف المشرع الالتزام بل نجده قد اكتفى بذكر مصادره في الفصل الأول من م 1 ع. وقد استقر الفقه على تعريفه بكونه رابطة قانونية بين شخصين (طرفين)، دائن ومدين، يلتزم بموجبها أحدهما (المدين) بأداء معين لفائدة الآخر (الدائن) الذي يحق له المطالبة بذلك الأداء. فهي إذن حق من وجهة نظر الدائن، ودين من وجهة نظر المدين. وهو تعريف مستمد من القانون الروماني.

بالانطلاق من هذا التعريف، يمكننا ضبط عناصر الالتزام القانوني وهو ما كان محل اختلاف وتضارب كبيرين بين كل من المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي.

## الفقرة الأولى: تحليل عناصر الالتزام القانوني

بتحليل تعريف الالتزام، يتضح أنه يقوم على ثلاثة عناصر: فهو عبارة عن رابطة قانونية (أ)، ورابطة شخصية (ب) ورابطة مالية (ج).

### أ- الالتزام رابطة شخصية:

رأينا أن كلا من الحق العيني والحق الشخصي (الالتزام) يصنفان ضمن الحقوق المالية.

ويوصف حق ما بكونه عيني بالنظر إلى موضوعه: العين أي المال التي يعرفه الفصل الأول من م ح ع بكونه " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون ومن شأنه أن يكون موضوع حق ذي قيمة نقدية". فموضوع الحق العيني إذن هو المال (عقار أو منقول) وعليه، فإن لصاحب ذلك الحق (المالك خاصة) سلطة مباشرة، أي بدون واسطة، على ذلك المال وهو ما يمكنه من حق تتبع ذلك المال أينما وجد وأيضا أفضليته على بقية الدائنين. زد على ذلك أن السمة البارزة في الحق العيني أنه لا يوجد فيه إلا طرف واحد هو صاحب الحق: المالك أو المرتهن مثلا.

على خلاف ذلك، فإن من أبرز ما يميز الحق الشخصي عن الحق العيني هو وجود طرفين، أحدهما هو صاحب الحق أو الدائن والثاني هو الملتزم أو المدين. كما أن صاحب الحق الشخصي (الدائن) لا يملك سلطة مباشرة على أموال المدين. فما يميز الالتزام هو أنه حق لشخص تجاه شخص آخر كحق البائع في قبض الثمن من المشتري وحق الأجير في



رشيده الجلاصي

الحصول على راتبه من المؤجر وحق رب العمل على العامل في القيام بالعمل المتفق عليه وغير ذلك...  
وقد ارتقى هذا التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي إلى مستوى التقنين حيث خصّ  
المشرع كل واحد منهما بمجلة خاصة: م إ ع / م ح ع.  
ب- الالتزام رابطة قانونية:

ويعني ذلك أن الالتزام قيد بالنسبة للمدين الذي يمكن للذائن جبره على الوفاء بالالتزام  
المحمول على عاتقه بوسائل الجبر القانونية.  
كما يتميز هذا الالتزام بصيغته القانونية إذ أن القانون يحميه وينظمه ويرتب عليه آثاره.  
ومن هذا المنطلق، فإن الالتزام يختلف عن الالتزام الطبيعي الذي يقتدر إلى حماية القانون  
بحيث يتعدّد تنفيذه بوسائل الإيجاب القانونية.

وبتموقع الالتزام الطبيعي على الحدود بين الالتزام القانوني والالتزام الأخلاقي. فهو التزام  
أدبي من حيث نشأته لذلك لا يمكن جبر المدين على تنفيذه. لكن، إذا تمّ التنفيذ طوعا واختيارا  
فتنجر عنه كل الآثار القانونية التي تنجرّ عن الالتزام القانوني من حيث أنه لا يمكن استرداد  
ما تمّ دفعه...

وقد تعرّض المشرع التونسي لصورة الالتزام الطبيعي في الفصل 78 م إ ع الذي ينصّ  
على أنه " لا يسوغ استرداد ما وقع دفعه وفاء بدين سقط بطول المدة أو بأمر مستحسن ليس  
بواجب، إذا كان الدافع من يملك التقويت مجانا، ولو دفع ظلّا منه أنه يلزمه الأداء أو جهلا  
بسقوط الدين". كما أضاف الفصل 49 م أ ش " من التزم بنفقة الغير كبيرا أو صغيرا لمدة  
محدودة لزمه ما التزمه..."

وقد ذهب الفقهاء الألمان في تفسيرهم للالتزام الطبيعي إلى القول بأنّ الالتزام  
القانوني يحتوي على عنصرين: عنصر المديونية من جهة وعنصر المسؤولية من جهة  
ثانية. ويقصد بعنصر المديونية: الواجب المترتب على المدين بتنفيذ الأداء الذي التزم به، أما  
عنصر المسؤولية فيتمثل بإمكانية إجبار المدين على هذا التنفيذ، إذا لم يقم بذلك من تلقاء  
نفسه.

لكن، إذا كان الالتزام القانوني يتوقّر على عنصري المديونية والإجبار فإنّ الالتزام  
الطبيعي الذي يقتدر إلى عنصر الإيجاب القانوني.  
(3) الالتزام رابطة مالية

إن محل الالتزام، وهو في الوقت نفسه محل الحق، هو الأداء المالي الذي يتعين على  
المدين القيام به لمصلحة الدائن، وهو ذو صبغة مالية لأنه يمكن تقويمه بمال. ويتمثل هذا  
الأداء إمّا في إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. ومحلّ الالتزام هذا هو أهمّ  
ما يميّز الالتزام بمفهومه القانوني عن بعض الالتزامات أو الواجبات الأخرى كواجب  
التعاون بين الزوجين أو واجب المساكنة وكلّ حقوق الشخصية.

الفقرة الثانية: الالتزام حسب المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي

يتضح من التعريف السابق للالتزام أنه يفترض وجود طرفين (دائن ومدين) ومحل  
هو الدين. غير أن فقهاء القرن 19 اختلفوا حول أي العنصرين يشكل جوهر الالتزام أي  
ذلك الذي لا يقوم بدونه. وقد تنازع مذهبان فقهيان بشأن هذه المسألة، فاعتد أحدهما  
بالرابطة القائمة بين المدين والدائن، وهو ما يعرف بالمذهب الشخصي، واعتد الآخر بالأداء  
المالي الذي يلتزم به المدين، وذلك هو موقف المذهب الموضوعي.

#### أ- عرض النظريتين

يرى أنصار المذهب الشخصي ويسمى أيضا بالإرادي، وهو المذهب الفرنسي  
التقليدي، أن جوهر الالتزام يكمن في العلاقة أو الرابطة التي تقوم بين الدائن والمدين. وقد  
تأثروا في ذلك بالقانون الروماني القديم الذي كانوا أول من عرف الالتزام بأنه رابطة قانونية  
بين الدائن والمدين. بل أن القانون الروماني كان، في بداية عهده، يمنح الدائن سلطة على  
شخص المدين تجيز له استرقاقه أو قتله إذا لم يف دينه. وإذا كانت العلاقة بين الدائن والمدين  
قد تطورت منذ عهد الرومان، لاعتبارات إنسانية وحضارية، وأصبحت أموال المدين، لا  
ذاته، هي الضامنة للوفاء بديونه، فقد بقيت هذه العلاقة أو الرابطة جوهر الالتزام في نظر  
أصحاب المذهب الشخصي.

ومن الآثار التي تترتب على تغليب العلاقة بين الدائن والمدين في تعريف الالتزام، هو  
قيامه على مبدأ سلطان الإرادة. فالالتزام ينشأ بفعل الإرادة ولا ينقضي إلا بها، أي أنه يحتاج  
لنشأته إلى اتفاق إرادتي الدائن والمدين معاً، بما يجعل إرادة المدين قاصرة بمفردها عن  
إنشاء الالتزام.

ومن هذا المنطلق، فإن نشأة الالتزام بوجه عام، تقتضي تعيين المدين والدائن في ذات  
الوقت، وعليه فلا يمكن تعيين المدين وحده على أن يعين الدائن فيما بعد. كما أنه يصعب في  
ظل هذه الفكرة تصور انتقال الالتزام من المدين إلى غيره، عن طريق حوالة الدين، وانتقال  
الحق الشخصي من الدائن إلى غيره، عن طريق حوالة الحق.

أما المذهب الموضوعي أو المادي، وقد نادى به عدد من الفقهاء الألمان وتبعهم في ذلك  
بعض الفقهاء الفرنسيين وعلى رأسهم سالي، فلا يقيم وزناً كبيراً للرابطة الشخصية بين  
الدائن والمدين، إذ يذهب أنصاره إلى أن الأمر الجوهر في الالتزام هو محله، أي الأداء  
المالي الذي يلتزم به المدين، فالمهم في الالتزام، بحسب هذا المذهب، هو قيمته المالية لا  
لرابطة الشخصية بين الدائن والمدين، ومن ثم فإن الالتزام ليس علاقة بين شخصين بقدر ما  
هو علاقة بين دمتين ماليتين، وذلك من شأنه أن يخفف التباين بين الحق الشخصي والحق  
عيني.

ويختلف هذا المذهب في نتائجه اختلافاً كبيراً عن المذهب الشخصي، فهو يمكن من  
إلغاء الالتزام بإرادة منفردة، وهي إرادة المدين وحده. كما يمكن أيضاً من عدم تعيين الدائن  
تكوّن الالتزام والاكتفاء بتعيينه عند تنفيذه، كما في حالة الوعد الموجه إلى الجمهور  
بأولى منهما إلى تغيير شخص الدائن وتؤدي الثانية إلى تغيير شخص المدين.



يُبنى المشرع التونسي الصبغة الشخصية للالتزام من حيث أنه يشترط لقيامه توفر الإرادة وسلامتها من العيوب. كما أنه يتعين أن يكون الدائن معروفا حين تنفيذ الالتزام. زد على ذلك أن المدين يبقى دائما في حاجة للمرور عبر المدين للحصول على حقه سواء كان الوفاء اختياريا أم جبريا.

لكن، إذا كانت ضرورة وجود رابطة بين المدين والدائن أمرا واضحا، فإن إبراز المذهب الموضوعي أهمية القيمة المالية للالتزام كان له تأثيره الكبير، ولاسيما من جهة ما يؤدي إليه من نتائج عملية. وهو ما أدى بواضعي ن إ ع إلى تبني المذهب الموضوعي في كثير من نتائج، متأثرين في ذلك بالمجلة المدنية الألمانية التي كانت قد صدرت سنة 1896 أي مباشرة قبل الشروع في تدوين م إ ع. لذلك جاءت م إ ع مؤسسة على خيارات وأسس مخالفة في كثير من الأحيان للخيارات الفلسفية التي انبنت عليها ولا تزال تقرها المجلة المدنية الفرنسية إلى حد اليوم.

فعلى غرار ما ذهب إليه المذهب المادي، يقبل المشرع التونسي إمكانية تغيير الدائن الالتزام عبر تقنية حوالة الحق (الفصل 199 وما يليه م إ ع). كما يقبل المشرع التونسي الاشتراط لمصلحة الغير حتى وإن كان المستفيد غير معين زمن إبرام العقد. لكن أبرز مظاهر تأثير المشرع التونسي بالمذهب المادي وابتعاده عن النموذج الفرنسي تبقى متمثلة في اعتماد الإرادة المنفردة كمصدر مستقل للالتزامات الإرادية إلى جانب العقد (الفصل 22 م إ ع).

## المبحث الثاني: تصنيف الالتزامات

يمكن تصنيف الالتزامات بالاعتماد على عديد المعايير لعل أهمها هو ذلك المعتمد على موضوع الحق. فعلى هذا الأساس، يمكن تصنيف الالتزامات إلى التزام بإعطاء شيء والتزام بعمل والتزام بالامتناع عن عمل.

### الفقرة الأولى: الالتزام بإعطاء l'obligation de donner

ويقصد به التزام المدين أن ينقل أو ينشئ للدائن حقا عينيا على شيء ما، كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري أو التزام شخص بإنشاء حق انتفاع أو رهن على شيء لمصلحة شخص آخر.

### الفقرة الثانية: الالتزام بعمل l'obligation de faire

فهو لا يتضمن إعطاء شيء وإنما هو التزام بأي عمل آخر لا يؤدي إلى إنشاء حق عيني أو نقله. والأعمال أو الخدمات التي يمكن أن يلتزم المدين القيام بها لمصلحة الدائن لا يمكن حصرها، كالتزام العامل بالعمل في مصنع أو متجر ما والتزام المقاول بالبناء المتفق عليه، والتزام الناقل بنقل الراكب، والتزام المودع لديه بحفظ الوديعة وغير ذلك. ويدخل في الالتزام بعمل التزام المدين بتسليم شيء ما، وهو يختلف عن الالتزام بإعطاء شيء، كالتزام البائع تسليم المبيع إلى المشتري تبعا لانتقال ملكية هذا المبيع إليه والتزام المؤجر تسليم الشقة إلى المستأجر ليتمكن من الانتفاع بها.

وينقسم الالتزام بعمل بدوره إلى التزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية. فأمّا الأول فهو أن يكون موضوع الأداء تحقيق غاية بعينها يهدف الدائن إلى بلوغها، كالتزام المدين بنقل الملكية أو توصيل بضاعة أو إنشاء مبنى أو نقل أشخاص من مكان إلى آخر...

وأما الالتزام ببذل عناية فهو التزام المدين بذل الجهد والعناية سعياً لتحقيق الغاية التي يهدف إليها الدائن، كالتزام الطبيب العناية بالمريض، والمحامي بالقضية الموكل فيها. ويبدو الفرق واضحاً بين نوعين من الالتزام: ففي النوع الأول، لا يُكتفى من المدين المدين بتحقيق الغاية التي يهدف إليها الدائن وإنما بذل العناية اللازمة في سبيل ذلك، وهي من حيث المبدأ، عناية الشخص العادي ما لم يلتزم المدين، بمقتضى القانون أو الاتفاق، عناية أكثر من ذلك أو أقل.

### الفقرة الثالثة: الالتزام بالامتناع عن عمل l'obligation de ne pas faire

ويقصد به التزام المدين أن يمتنع عن القيام بعمل ما كان يحق له القيام به لولا وجود معينة الالتزام. ومن أمثلة ذلك، أن يتفق تاجران على أن يمتنع أحدهما عن ممارسة تجارة أن يمتنع عن تمثيل غيرها، طول مدة عمله معها، وهي التزامات ذات قيمة مالية. بالإضافة إلى هذا التصنيف الفقهي المعتمد على معيار موضوع الالتزام، يمكن اعتماد

المبحث الثالث: مصادر الالتزام وهو معيار تبناه المشرع التونسي في الفصل الأول من م.إ.ع. وهي الأسباب التي تؤدي إلى نشأة الحق ووجوده. وقد صنف القانون الروماني هذه

المصادر إلى أربعة، العقد، شبه العقد والجنحة وشبه الجنحة. وقد أضاف المشرع التونسي إلى هذه المصادر مصدراً آخر استمدّه من القانون الألماني هو التصرف الأحادي الجانب. بالإضافة إلى هذا التصنيف التشريعي لمصادر الالتزام خلق الفقه تصنيفاً آخر يعتمد على دور الإرادة في إنشاء الالتزام: فإن وجدت كان مصدر الالتزام التصرف القانوني وإن غابت كان المصدر هو الواقعة القانونية.

### الفقرة الأولى: التصنيف التشريعي لمصادر الالتزام

يعتبر المشرع عن مصادر الالتزام بعبارة "أسباب تعمير الذمة". فقد جاء بالفصل الأول من مجلة الالتزامات والعقود حسب صياغة القانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ 15 أوت 2005: "تعمير الذمة يترتب على الاتفاقات وغيرها من التصريحات الإرادية وعن شبه العقود والجنح وشبهها". وتشير عبارة "الاتفاقات وغيرها من التصريحات الإرادية" إلى العقد من ناحية والتصرفات الصادرة بإرادة منفردة.

أ- الاتفاق أو العقد والتصرف الأحادي الجانب: الاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر، على إنشاء التزام (أو الحق) أو نقله أو تعديله أو إنهائه. والعقد هو أهم مصادر الالتزام وأكثرها

أولاً. أما التصرف الأحادي الجانب ويسمى أيضاً التعهد القانوني الأحادي، فهو ما عبّر عنه شرعاً بـ "التصريحات الإرادية الأخرى" إلى جانب العقد. وهو التزام مصدره إرادة



البرر تطبيقاته الوعد بجائزة (الفصول 19 إلى 21 م إ ع) والإيجاب المفيد بأجل (الفصل 33 م إ ع).

ب- شبه العقد: وهو عمل جائز يقوم به الشخص اختيارا ويترتب عنه إضرار على كاهل من دون سبب مشروع يبرر هذا الإضرار مما يؤدي إلى نشأة التزام بالتعويض ومن التطبيقات التي نظمها القانون التونسي: الإضرار بلا سبب ودفع ما لا يلزم (الفصول 71 إلى 81 م إ ع) و الفضالة أو تصرف الفضولي (الفصول 1189 وما يليها م إ ع).

ج- الجنحة: فعل خاطئ متعمد يرتكبه الشخص ويسبب به ضررا للغير وتترتب عنه المسؤولية التقصيرية للفاعل بما يلزمه بالتعويض للمتضرر عن الضرر الذي أصابه. د- شبه الجنحة: فعل خاطئ غير متعمد يرتكبه الشخص ويسبب به ضررا للغير وتترتب عنه المسؤولية التقصيرية للفاعل بما يلزمه بالتعويض للمتضرر عن الضرر الذي أصابه. وقد انتقد الشراح<sup>5</sup> هذا الترتيب المعتمد في م إ ع الذي عيب عليه تفكيكه غير المبرر لعدد المصادر وبالذات تمييزه للجنحة عن شبه الجنحة. فلئن كان لهذا التمييز ما يبرره في القانون الجزائي فالأمر غير ذلك في القانون المدني حيث تنجر المسؤولية التقصيرية عن كليهما بدون تمييز. وقد هذا النقد وغيره إلى تحييد الفقه لتصنيف آخر لمصادر الالتزام يتميز بوضوحه وبصبغته المنطقية.

### الفقرة الثانية: التصنيف الفقهي لمصادر الالتزام

إنّ هذا التصنيف لا يعدو أن يكون سوى إعادة ترتيب لمصادر الالتزام الخمسة التي عدّها المشرع في الفصل الأوّل من م إ ع. فبالتمعّن فيها نجد أنّه يمكن تقسيمها إلى مصادر إرادية من ناحية، ومصادر غير إرادية من جهة ناحية أخرى.

أمّا المصادر الإرادية، وتطلق عليها تسمية التصرفات القانونية أو الأعمال القانونية، فهي تلك التي تتجه الإرادة فيها إلى إحداث آثار قانونية. أي أنّ الأثر القانوني للعقد (نقل الملكية/قبض الثمن - مثلا) ما كانت لتحصل لو لم يردّها الشخص (باستثناء القواعد القانونية الأمرة). وتشمل هذه المصادر كلا من العقد، وهو يقوم على اتفاق إرادتين أو أكثر، والتصرف الأحادي الجانب الذي يقوم على إرادة شخص واحد.

أمّا المصادر غير الإرادية، ويطلق عليها اسم الوقائع القانونية، فهي أحداث، قد تقع بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان وقد تكون إرادية أو غير إرادية، لكن آثارها القانونية تترتب بموجب القانون لا بفعل الإرادة. ففي الجنحة تتجه الإرادة لارتكاب الفعل عمدا لكنها لا تتدخل لإحداث الأثر القانوني الذي يترتب عليه القانون. وتشمل هذه المصادر الجنحة وشبه الجنحة والعقد.

## X العنوان الأول: تكوين العقد

يتطلب تكوين العقد توفّر أركان العقد (الباب الأول). ويترتب عن غياب أحد هذه الأركان أو عن الإخلال بأحد هذه الشروط جزاء البطلان (الباب الثاني).

## الباب الأول: أركان العقد

"الركن هو ما كان داخل ماهية العقد". فهو ليس بشرط مضاف بل هو ضروري لقيام العقد. وقد عدّ الفصل 2 م 1 أركان اللازمة لتكوين العقد وهي: الأهلية - الرضا - المحلّ - السبب.

## الفصل الأول: الأهلية

هي قدرة الشخص على التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات وممارستها، وتنقسم إلى أهلية وجوب وأهلية أداء. الأولى، وتتمثل في القدرة على التمتع بالحقوق، فهي لصيقة بالشخصية حقوقه بنفسه ولنفسه. أما الثانية، فيمكن تعريفها بكونها قدرة الشخص على ممارسة

ينص الفصل 3 من م 1 أ "كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح القانون بخلافه". ويعني ذلك أن الحد من أهلية الأداء لا يمكن أن يحصل إلا بموجب القانون. وعلى هذا الأساس، فالأصل أن تتوفر كاملة والاستثناء أن تكون مقيدة أو منعدمة بدون أن يكون لذلك تأثير على أهلية الوجوب.

أما بخصوص أسباب تقييد أو انعدام أهلية الأداء فيمكن تقسيمها إلى سببين رئيسيين: حماية الشخص نظرا لعدم أو ضعف قدرته على التمييز (السن - الجنون - ضعف العقل) أو حماية غيره (السفيه - المسجون - المفلس).

ملاحظة: بموجب القانون عدد 39 لسنة 2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010 راند رسمي عدد 61 لسنة 2010، تم تخفيض سن الرشد إلى 18 سنة

انظر: محمد كمال شرف الدين "قانون مدني: النظرية العامة للأشخاص - إثبات الحقوق" ص. 210 إلى 230. + محمد الزين النظرية العامة للالتزامات: العقد، ص. 87 إلى 96.

## الفصل الثاني: الرضا

يعتبر الرضا الركن الوحيد الذي يبرز واضحا من مجرد تعريف العقد. فبالتمتع في هذا التعريف، نجده يقوم على عنصرين هما: توافق بين إرادتين أو أكثر من ناحية، وتعلقهما بإحداث أثر قانوني، من ناحية ثانية، وهو ما يبيّن الدور المحوري الذي تلعبه الإرادة في تكوين العقد. وعليه، لا يجوز الحديث عن عقد بدون وجود الرضا (الفرع الأول). لكن لنن



كان وجود الرضا في ذاته ركنا لازما لقيام العقد، فإن سلامته (الفرع الثاني) لا ترتقي في أغلب الأحيان إلى مرتبة الركن في العقد، وإنما هي تؤدي إلى كماله وإبعاد العيب عنه.

### الفرع الأول: وجود الرضا

بعد وجود الرضا من الثوابت وبدونه لا يجوز الحديث عن عقد (الفصل 2 م 1 ع) لكي يعتبر الرضا موجودا، لابد من أن تتجه إرادة كلا الطرفين إلى إحداث آثار قانونية (المبحث الأول) وأن تتلاقى الإرادتان على إبرام العقد بالمحتوى المتفق عليه (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: ضرورة وجود إرادة التعاقد لدى الطرفين

تعني ضرورة الرضا أن الشخص لا يمكن أن يتحمل بأثر قانوني، أي بالتزام، لم يرده حقيقة (إلا في حالات استثنائية كالتأمين على المسؤولية مثلا). لهذا السبب نجد الفصل 2 م 1 ع يقتضي أن تكون الإرادة "معتبرة قانونا" (الفقرة الأولى). غير أن الإرادة تبقى أمرا نفسيا باطنيا في حين أن العقد ظاهرة اجتماعية. وعليه، لابد لها أن تخرج إلى العالم الخارجي أي أن يقع التصريح بها حسب عبارة الفصل 2 م 1 ع (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: طبيعة الرضا "المعتبر" قانونا

ينص الفصل 121 م 1 ع أن العقد "يبطل إذا كان موقوفا على مجرد رضا الملتزم..."<sup>1</sup> إذ كيف يوجد عقد أي توافق إرادتين والإرادة الثانية لم تتوَقَّر بعد.

كما أضاف الفصل 18 من نفس المجلة بأن "مجرد الوعد لا يترتب عليه التزام". خلافا لما ذهب إليه فقه القضاء في أحيان كثيرة<sup>2</sup>، فإن هذا الفصل لا يعني إنكار أية قيمة قانونية للوعد بالتعاقد، بل لـ "مجرد الوعد بالتعاقد". فهذا الأخير ليس من قبيل الإرادة "المعتبرة قانونا" إما لانعدام جديته أو لعدم وقوعه على كل "أركان العقد وعلى بقية الشروط المباحة التي جعلها المتعاقدان ركنا له..." (الفصل 23 م 1 ع). فالتعبير عن الإرادة يجب أن يتجه إلى إنشاء آثار قانونية.

ولكي "يعتبر قانونا"، يجب أن يكون الرضا جديا وحازما<sup>3</sup> مما يعني أن الشخص لم يعبر عنه جزافا أو مزاحا أو من باب المجاملة، بل بقصد إنشاء آثار قانونية. كما يجب أن يتجاوز مجرد إرادة إقامة علاقة تعاقدية في المطلق إلى التوافق على بقية أركان العقد (المحل والسبب)، لذلك نجد الفصل 63 مثلا يشترط أن يكون "المعقود عليه معينا ولو بالنوع".

### الفقرة الثانية: التصريح بالإرادة

<sup>1</sup>ne condition potestative  
استعمل فقه القضاء الفصل 18 م 1 ع كأساس لتقدير القيمة القانونية للوعد بالتعاقد وهو استعمال في غير محله إذ أن المشرع لا يحسم في هـ  
الفصل مسألة الوعد بالتعاقد بل "مجرد الوعد بالتعاقد": انظر أطروحة سعاد يوسف ص. 65 وما يليها.

le volonté sérieuse et ferme

والمقصود بذلك صدور ما يدل على التوافق. لم يستعمل المشرع عبارة "الرضا" للتدليل على الركن الثاني لتكوين العقد بل استعمل عبارة مركبة هي "التصريح بالرضا" وهو استعمال مقصود لأن الرضا الغير مصرح به يبقى أمرا باطنيا مصنفا في خاتمة النوايا التي لا يعلم حقيقتها إلا صاحبها. فلكي يعتبر قانونا، يجب أن يخرج الرضا إلى الوجود الحسي أي أن يصدر عن الطرفين ما يعبر عن رضائهما وذلك بأية وسيلة من شأنها التدليل على تطابقهما.

#### أ- طرق التعبير عن الإرادة

طبقا لمبدأ الرضائية، لا يشترط شكل معين في التعبير عن الرضا فالمهم هو التعبير عن وجوده بما لا يدع مجالا للشك حول حقيقته. لذا، فقد يكون التعبير عن الإرادة المشتركة صريحا وهو ما يتطابق مع ظاهر عبارات الفصل 2، كما قد يكون ضمنيا. في خصوص التعبير الصريح عن الرضا، فالمقصود به كل عمل من شأنه أن يحمل إلى علم الغير إرادة الشخص الشخص في التعاقد<sup>4</sup>. ويحتوي هذا الإعلام على عنصرين: العزم على التعاقد وإظهار تلك النية إلى العالم الخارجي.

وقد يتخذ التعبير الصريح عن الرضا بدوره أشكالا متعددة منها الكلام، (مباشرة أو عن طريق الهاتف أو الرسول)، أو الكتابة التي قد تكون في شكل رسالة خطية أو الكترونية، أو كل الإشارات الجسدية التي يعتبر العرف أنها تعبر عن الرضا في مجال تعاقد معين مثل هز الرأس في البيع بالمزاد العلني... وبصفة عامة كل سلوك خارجي للشخص من شأنه أن ينقل بما لا يدع مجالا للشك عن النية الحقيقية لصاحبه مثل عرض البضاعة في الأسواق. وبصفة عامة يعدّ تعبيراً صريحا عن الإرادة كل سلوك خارجي للشخص من شأنه أن يدلّل بما لا يدع مجالا للشك عن النية الحقيقية لصاحبه مثل عرض البضاعة على الوجهات ...

أما التعبير الضمني فإنه كل تصرف لم يقوم به صاحبه لغاية إظهار نيته في التعاقد إلى العالم الخارجي بصفة مباشرة إلا أن تحليل ذلك التصرف يمكن منطقيا من الوصول بصفة غير مباشرة إلى تلك النتيجة. وهذه التصرفات، ولئن كانت لا تعتبر في حدّ ذاتها تصرّحا بالإرادة، فهي تعدّ قرائن تساعد على استنباط النية الحقيقية لصاحبها كأن يقوم الشخص بتنفيذ العمل موضوع الوكالة المعروضة عليه (الفصل 1109 م. 1 ع).

وفي هذا النطاق تطرح مسألة الطبيعة القانونية للسكوت<sup>5</sup>: هل يمكن اعتبار عدم التعبير عن الرفض قبولا بالتعاقد؟ مبدئيا، يتعيّن الجواب عن هذا السؤال بالنفي لأن الإرادة الضمنية تتخذ شكل سلوك مادي خارجي أما الصمت فليس له أي تعبير خارجي سوى غياب ذلك التعبير.

<sup>4</sup> « Toute action accomplie afin de porter la volonté à la connaissance d'autrui » : J. Carbonnier, Les obligations, النظر: محمد المالح، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، ص. 30 وما يليها.

<sup>5</sup> n°32, p. 82.



لكن، في بعض الأحيان، يكون الصمت أبلغ من الكلام في التدليل عن النية الحقيقية لصاحبه وهو ما نصّ عليه المشرع صراحة في الفصل 29 م 1 ع (لكن القانون يمكن أن ينص على خلاف ذلك كما في صورة الفصل 522 م 1 ع).

ويلعب السكوت هذا الدور خاصة في صورة التجديد الضمني لبعض العقود كعقد الكراء (الفصل 793 م 1 ع تجديد لنفس المدة وب نفس الشروط) وعقد الشغل (الفصل 17 م ش: " إذا تمادى العامل على تقديم خدماته عند انتهاء الأجل المتفق عليه بدون معارضة الطرف الآخر يتحول العقد إلى عقد ذي أجل غير مسمى") أو عقود التزود.

كما يلعب السكوت هذا الدور في المعاملات التجارية وخاصة في العقود التجارية المتلاحقة (الفصل 29 م 1 ع: العرف التجاري).

### المبحث الثاني: تلاقي الإرادتين

طبقا للفصل 23 م 1 ع " لا يتم الاتفاق إلا بتراضي المتعاقدين على أركان العقد وعلى بقية الشروط المباحة التي جعلها المتعاقدان كركن له وما غيرها في الاتفاق إثر العقد لا يعتبر عقدا جديدا بل يلحق بالاتفاق الأصلي إلا إذا صرح بخلافه".

الفقرة الأولى: الصورة التقليدية لتلاقي الإرادتين

اصطلح تقليديا على تحليل الرضا بكونه عرضا بالتعاقد يسمى إيجابا يعرض من قبل الموجب ويقبل من قبل الطرف الموجه له. وهكذا إذا التقى الإيجاب والقبول تم التراضي.

#### أ- الإيجاب

يعرف الأستاذ م الزين الإيجاب بكونه " تعبير بات عن إرادة حرة، حقيقية، جدية وواعية يتضمن عرضا للتعاقد حسب شروط معينة يوجهه الموجب لشخص آخر معين أو لأشخاص غير معينين". فهو إذن تعبير عن الإرادة من طرف واحد يعبر بمقتضاه الموجب عن نيته في التعاقد ويعرض فيه على الموجب له الشروط الرئيسية للعقد.

يجب أن تتوفر في الإيجاب خصائص لكي ينتج آثاره وإلا اعتبر مجرد دعوة لفتح مفاوضات:

1 - بات (لا لبس فيه أي حقيقي وجدي) فالذي يترك لنفسه إمكانية تغيير عرضه أو رفض التعاقد بدون سبب لا يعدّ قدّم إيجابا

- دقيق: أي، حسب الفصل 23 م 1 ع، أن يكون مشتملا على كل أركان العقد بحيث يكفي للموجب له أن يقول "قبلت"، لكي يتكوّن العقد، الفصل 32 م 1 ع.

الأستاذة رشيدة العباسي

ويعد الإيجاب صحيحا حتى ولو كان موجها للعموم لا لشخص معين بذاته: الفصل 36  
مثلا: عرض عمومي لبيع أسهم بالبورصة (اكن هناك عروض يجب أن تتجه إلى أشخاص  
محددون بذواتهم على غرار الوكالة أو الهبة).

2- آثار الإيجاب: هل الموجب ملزم بالإيجاب الصادر منه؟ هنا وجب التمييز بين الإيجاب  
المجرد والإيجاب المقيّد بأجل.

\* الإيجاب المجرد: هنا أيضا يتعين التمييز بين وضعيتين. في الأولى يكون الإيجاب  
صادرا في مجلس العقد لشخص حاضر أو بالهاتف وبدون تحديد أجل. طبقا للفصل 27 م 1  
ع، إن لم يقبل الموجب له في الحين أي قبل انقضاء المجلس، لا يترتب أي أثر عن  
الإيجاب ويؤول أي مفعول له بما أن الموجب غير ملزم بالإبقاء على إيجابه وله حق  
الرجوع فيه ما لم يتم القبول.

أما الوضعية الثانية فتتعلق بالإيجاب الواقع خارج إطار المجلس، كان يكون مراسلة أو  
بمقتضى عرض عمومي، فحسب الفصل 30 م 1 ع يمكن الرجوع في الإيجاب ما لم يتم  
القبول أو الشروع في العمل بمقتضى الإيجاب. غير أن أنه يفترض أن لا يتعسف الموجب  
في استعمال هذا الحق عليه أن يترك للموجب له مدة معقولة للتعبير عن القبول وقد أكدت  
محكمة التعقيب أن "الوقت المناسب لقبول العرض هو مسألة نسبية قد تطول أو تقصر  
بحسب ظروف العقد وأحواله" (تع مدني عدد 18708 مؤرخ في 4 فيفري 1984). ومما  
يؤكد وجوب ترك مدة معقولة للتفكير ما ورد بالفصل 34 م 1 ع الذي نصّ على أن الموجب  
بالمراسلة ملزم بإيجابه إلى الوقت المناسب لوصول الجواب.

\* الإيجاب المقيّد بأجل: ينصّ الفصل 33 م 1 ع على أن "من صدر منه الإيجاب وعيّن  
أجلا لقبوله فهو ملزوم للطرف الآخر. فإن لم يأت به جواب في الأجل، انفكّ التزامه". نفهم من  
هذا بكل وضوح أن الموجب لا يستطيع الرجوع في إيجابه الذي لا ينقضي إلا بانقضاء  
الأجل وعدم توصله بجواب بالقبول.

وعلى خلاف الإيجاب المجرد الذي ينقضي بوفاة الموجب، فإن الإيجاب المقيّد بأجل يلزم  
الورثة إلى حين انتهاء الأجل والسبب في ذلك أن الإيجاب المقيّد بأجل يعدّ تصرفا أحادي  
الجانب<sup>6</sup>، فهو ملزم لمن صدر منه ويتعدّى هذا الإلزام شخصه إلى خلفه العام والخاص.

✗ ب- القبول

هو تصريح بإرادة الموجب له يتم بمقتضاه الموافقة على محتوى الإيجاب الموجه إليه.  
غير أن الردّ المتضمّن لرفض الإيجاب مع عرض جديد لا يعدّ قبولا بل إيجابا جديدا موجها  
للموجب السابق الذي يصبح موجبا له. الفصل 31

(مؤرسة من مؤرسة الإيجاب) لا يبرأ موقوفها

التمييز بين الإيجاب المقيّد بأجل الذي يعدّ تصرفا أحادي الجانب والوعد بالتعاقد الذي يمكن تعريفه بكونه عقد يقوم على إيجاب وقبول يلتزم  
دهما أو كلاهما بأن يبرم في المستقبل عقدا حسب الشروط التي يبتها الوعد. وقد يكون هذا العقد ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين



المادة 24 من القانون رقم 17 لسنة 1963  
المادة 24 من القانون رقم 17 لسنة 1963

المادة 24 من القانون رقم 17 لسنة 1963  
المادة 24 من القانون رقم 17 لسنة 1963

المادة 24 من القانون رقم 17 لسنة 1963

المادة 24 من القانون رقم 17 لسنة 1963

المادة 24 من القانون رقم 17 لسنة 1963

المادة 24 من القانون رقم 17 لسنة 1963

المادة 24 من القانون رقم 17 لسنة 1963

المادة 24 من القانون رقم 17 لسنة 1963

المادة 24 من القانون رقم 17 لسنة 1963

المادة 24 من القانون رقم 17 لسنة 1963

المادة 24 من القانون رقم 17 لسنة 1963

\* الوعد الأحادي الجانب بالتعاقد: هو تصرف قانوني أحادي الجانب يلتزم فيه الواعد بإبرام عقد نهائي في المستقبل. أما الموعد له فله الخيار في قبول إبرام العقد النهائي أو رفضه. ويعد الوعد بالبيع من أهم تطبيقات الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد.

\* الوعد المتبادل بالتعاقد: عقد لتوفر اتفاق بين إرادتين بغاية إحداث آثار قانونية (مثلا طرف يعد بالبيع والآخر يعد بالشراء).

### الفرع الثاني: سلامة الرضا من العيوب

إن القول بسلامة الرضا يعني أن الرضا موجود لكنه مشوب بعيوب تمس من سلامته بما يجعله قابلا للإبطال. وقد نظم المشرع مسألة عيوب الرضا في م 1 ع تحت عنوان " في العيوب المبطل للرضا". وقد جاء بالفصل 43 م 1 ع أن الرضا الصادر عن غلط أو تدليس (تغريز) أو إكراه يقبل الإبطال. وتعد هذه العيوب عيوباً أصلية إلى جانب بعض العيوب التي تعتبر فرعية على غرار المرض والسكر وقد اكتفى المشرع بذكرها بدون تفصيل لشروطها. أما العيب، فلا يشكل عيباً مستقلاً بذاته في القانون التونسي

### المبحث الأول: الغلط

عموماً، يمكن تعريف الغلط بكونه **الاعتقاد المخالف للحقيقة**، أي أنه تصور للشيء على خلاف ما هو في الواقع مما ينجر عنه عدم تطابق بين الإرادة الحقيقية والإرادة المصرح بها.

#### الفقرة الأولى: حالات الغلط

يمكن أن ينصب الغلط المعيب للرضا إما على القانون أو على الواقع.

#### أ) الغلط في القانون

طبقاً للفصل 545 من مجلة الالتزامات والعقود جهل القانون لا يكون عذراً في ارتكاب ممنوع أو في ما لا يخفي حتى على العوام وذلك بعد نشر القانون ومضي المدة المعينة لإجراء العمل. غير أن الفصل 44 م 1 ع جاء باستثناء لهذا المبدأ.

ويقصد بالغلط في القانون توهم أحد المتعاقدين لخلاف ما جاء به القانون حقيقة كأن يعتقد المتعاقد أن نصيبه من التركة النصف في حين أنه الثلث فيوافق على قسمة على هذا الأساس. ولكي يمكن المطالبة بالبطلان من أجل الغلط في القانون، يشترط الفصل 44 م 1 ع أن يكون هذا الغلط هو السبب الوحيد للتعاقد وأن يكون مما يعذر فيه بالجهل.

#### ب- الغلط في الواقع

ينص الفصل 45 م 1 ع أن "الغلط في نفس الشيء يكون موجبا للفسخ لغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد". ويضيف الفصل 46 م 1 ع أن



"الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته لا يكون موجبا للفسخ إلا إذا كانت ذات المتعاقد معه صفته من الأسباب الموجبة للرضا بالعقد".

يستنتج من هذين النصين أن حالات الغلط في الواقع 4 أنواع: الغلط في ذات المعقود عليه - الغلط في نوع الشيء المعقود عليه - الغلط في الصفة الموجبة للتعاقد - الغلط في شخص المتعاقد معه.

1- **الغلط في ذات المعقود عليه**: يتمثل هذا الغلط في تصور خاطئ لذاتية محل الالتزام كمن يشتري عقارا في حين أنه يقصد عقارا آخر زاره وتعرف عليه، أو كمن يعتقد أنه قام بالكراء في حين أن العملية تتعلق ببيع.

يرى الكثير من الفقهاء أن هذا النوع من الغلط لا يدخل في عيوب الرضا بل في وجوده فهم يميزون بين نوعين من الغلط: **الغلط المانع** ويسمى أيضا الغلط الحائل، و**الغلط المعيب للرضا** فالأول هو ذلك الذي يحول دون تلاقي إرادتين سليميتين. فهو من الجسامة بحيث يكون من المستحيل تصور أن أحد الطرفين كان سيوافق على العقد بذلك الشكل لولا وجود ذلك الغلط. ولقد حملت جسامة هذا الغلط بعض الفقهاء إلى القول بأن جزاء هذا العقد ليس البطلان بل عدم الوجود. لكن الرأي السائد هو أن جزاء العقد المشوب بغلط مانع هو البطلان المطلق في حين أن جزاء الغلط المعيب للرضا هو البطلان النسبي.

وقد تبنت محكمة التعقيب هذا التوجه إذ نجدها تؤكد على أن "من الأركان الضرورية لتكوين العقد أن يكون موضوع العقد معلوما لدى كافة بصورة تنفي عنه كل جهالة سواء من حيث ذاته أو من حيث صفاته الأساسية. كما لا جدال في أن الغلط في موضوع العقد يعتبر من باب الغلط المانع الذي لا يفسد الرضا فحسب بل يعدمه أصلا".<sup>7</sup>

2- **الغلط في نوع الشيء المعقود عليه**: يتعلق هذا الغلط بنوع المحل أي مجموعة الميزات الذاتية التي تجعله ينتمي إلى جنس أو صنف معين. ومن أمثلة ذلك أن يشتري شخص خاتما من الفضة معتقدا أنه من الذهب الأبيض.

3- **الغلط في الصفة الموجبة للتعاقد**: أي الغلط في الصفة التي لولاها لما حصل التعاقد كمن يشتري شيئا معتقدا في صبغته التاريخية فيتضح أنه حديث الصنع.

4- **الغلط في شخص المتعاقد معه**: بالرجوع إلى الفصل 46 م 1 ع نجده يقصر هذا الغلط على العقود ذات الاعتبار الشخصي أي تلك التي يكون فيها شخص المتعاقد معه محددا للرضا بالعقد (اسم الرسام أو اسم الطبيب أو الفنان مثلا). وتعتبر عقود التبرع من أهم العقود التي يكون فيها شخص المتعاقد معه دافعا للتعاقد.

الأستاذة رشيدة الجلاصي

5- الغلط في الحساب: استثنى المشرع في الفصل 47 م 1 ع الغلط في الحساب من حالات الغلط المعيب للرضا بالنظر إلى أنه لا يتعلق بجوهر العقد. نفس الشيء في خصوص الغلط في قيمة الشيء أي الغبن الذي لا يؤخذ به إلا إذا كان ناتجا عن تغيير أو صادرا عن قاصر.

### الفقرة الثانية: النظام القانوني للغلط

لكي ينتج الغلط آثاره المتمثلة في قابلية العقد للبطلان، يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية: أن يكون الغلط حاسما، وأن يكون من النوع المغتفر.

#### أ- الغلط الحاسم:

يشترط في الغلط توفر شرط محوري لكي ينتج آثاره وهو أن يكون مؤثرا في إرادة المتعاقد الذي لولاه ذلك التصور الخاطئ لما اتجهت إرادته للرضا بالعقد أو بشروطه. وقد نص المشرع صراحة على هذا الشرط في الفصل 44 م 1 ع بخصوص الغلط في القانون. كما يستنتج هذا الشرط من الفصلين 45 م 1 ع "موجب للتعاقد" و 46 م 1 ع "موجب للرضا".

#### ب- الغلط المغتفر

يشترط الفصل 44 م 1 ع صراحة أن يكون الغلط في القانون معذورا. أما بالنسبة للغلط في الواقع، فإن المشرع التونسي، وخلافا لما توصل له فقه القضاء الفرنسي، فإنه لم يشترط صراحة أن يكون الغلط في الواقع مغتفرا أي غير فاحش. ولعل ذلك يعود إلى أن العبرة ليست بسبب الغلط وإنما بمدى تأثيره على رضا الطرفين بالعقد. غير أن هذا الصمت التشريعي لا يمنع القاضي من إعمال سلطته التقديرية لتقدير هذه المسألة وذلك طبقا للفصل 48 م 1 ع الذي يدعو إلى "ظروف الأحوال وسن القائم بالغلط وحالة كونه ذكرا أو أنثى" كلما نظر "في الغلط والجهل الواقع في الحقوق أو في المتعاقد عليه".

### المبحث الثاني: التغيير

نص الفصل 43 م 1 ع على التغيير كعيب من عيوب الرضا. ويمكن تعريفه بكونه استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى الرضا بالعقد أو ببعض شروطه. فهو إذن غلط مستثار أي أنه توهم مخالف للحقيقة نتج عن "مخاتلات أو كنايات" حسب عبارة الفصل 56 م 1 ع.

وبالرغم من ارتباط التغيير بالغلط، فإنهما يختلفان من حيث أن نطاق التغيير أوسع من نطاق الغلط فأن هذا الأخير لا يكون سببا للمطالبة بالبطلان إلا في الحالات التي أوردها المشرع على سبيل الحصر في حين أنه يمكن المطالبة بالبطلان من أجل التغيير حتى ولو كان الغلط في الحساب أو في القيمة. كما أن التغيير، علاوة على كونه عيبا من عيوب الرضا، فإنه يشكل أيضا جنحة مدنية مما يسمح بطلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.



يؤخذ من مفهوم التغيرير أنه يتكوّن من عنصرين  
أ- العنصر المادي

جاء بالفصل 56 م 1 ع أن التغيرير يوجب البطلان إلا إذا صدرت من أحد المتعاقدين "مخاتلات أو كنايات حملت الجانب الآخر على التعاقد".

**- المخاتلات:** هي مجموع الوسائل الاحتيالية المستعملة لتضليل الطرف الآخر ودفعه إلى التعاقد. وهي في معناها الضيق تستثني مجرد الكذب من مجالها بحيث من الضروري أن تستند إلى أساليب الخدعة والمغالطة المادية (وهكذا فإنّ المبالغة في مدح البضاعة مثلاً لا يعدّ تغريراً).

غير أن بعض الفقه وفقه القضاء الفرنسيين يعتبرون أن مجرد الكذب قد يعتبر تغريراً إذا لو كان موضوعه واقعة مهمة يتحدّد على أساسها خيار التعاقد كان يدلي المؤمن لفائدته ببيانات كاذبة عن حالته الصحية حين إبرام عقد التأمين على الحياة.

أما المشرع التونسي فإنه يذهب أبعد من ذلك بما أنه يعتبر مجرد الكنايات كافية لتوفر العنصر المادي لجنحة التغيرير.

**- الكنايات:** وهي التعبير عن شيء معيّن بلفظ غير صريح في الدلالة. فهي بالتالي تتكوّن من كل عمل سلبي، لعل أهم مظهر له يتمثل في السكوت أو الكتمان، يرمي من خلاله المتعاقد إلى حمل الطرف الآخر على التعاقد (كأن يسكت البائع عن إعلام المشتري بأن العقار موضوع البيع صدر في شأنه قرار انتزاع).

واعتبار الكتمان مكوناً للعنصر المادي للتغيرير يعني أن المشرع يضع على كاهل المتعاقد واجب إعلام الطرف الآخر بخصوصيات الشيء المتعاقد في شأنه. وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أن المشرع التونسي قد اشترط واجب الإعلام صراحة في بعض العقود الخاصة كعقد الإجارة على الصنع بحيث على المفاوض واجب إعلام صاحب المشروع بما يترتب عن استعمال بعض المواد + قانون 31 جانفي 1994 المتعلق بالمسؤولية في ميدان البناء + قانون ديسمبر 1992 المتعلق بحماية المستهلك...

أما محكمة التعقيب التونسية فقد ذهبت إلى أن التغيرير "قد يكون عملاً سلبياً مثل كتمان أمر واجب الإفصاح عنه وهو في صورة الحال إمساك عن المعقب ضده عن بيان الحالة الاستحقاقية الواقعية للعقار موضوع التداعي" (تع مدني مؤرخ في 1 ديسمبر 1986)

ب- العنصر النفسي أو القصدي



لكي يتكون التغيرير، لا يكفي صدور مخاتلات أو كنايات عن المتعاقد بل لابد أن يكون ذلك بنية التضليل أي بقصد إيقاع الطرف الآخر في غلط وحمله على التعاقد  
 إلا دافع بالتغيرير الصادر عن الغير

أما فيما عدى ذلك فإن المشرع ساكت فيما يتعلق بسكوت المتعاقد: الحجج الداعمة، مبدأ سلطان الإرادة (واعية لكي تكون حرة + الفصلان 88 و 89 م 1 ع يقران ضمنيا هذا الواجب + الفصل 56 يتحدث عن الكنايات والمقصود بذلك السكوت

### الفقرة الثانية: شروط التغيرير

عملا بالفصل 56 م 1 ع، لابد أن يتوفر في التغيرير شرطان رئيسيان

1- أن يكون حاسما

على غرار الغلط، لا يجوز طلب البطلان على أساس التغيرير إلا إذا كان الدافع للتعاقد أي أن المغيرر به لم يكن ليتعاقد لولا تلك المخاتلات والكنايات التي جعلته يقع في الغلط وهذا ما يسمى بالتغيرير الأصلي. أما التغيرير العارض، فهو ذلك الذي لا يؤثر بصفة حاسمة على التعاقد وإنما يجعل الشخص يتعاقد طبقا لشروط أشد من تلك التي كان سيطلبها لو عرف الحقيقة.

ويتفق الفقهاء أن التغيرير العارض هو ذلك الذي يلحق بتوابع العقد لا بشروطه الجوهرية. وقد كرس المشرع التونسي هذا التمييز في الفصل 57 م 1 ع حيث نص على أن "التغيرير الواقع في توابع العقد إذا لم يكن هو السبب الأصلي في التعاقد لا يوجب إلا تعويض الخسارة". و تختلف مسألة ما إذا كان التغيرير بشأن التوابع حاسما أم لا بحسب الحالات وظروف الأطراف ونواياهم الحقيقية وهو ما يفسر الصياغة الحذرة الواردة بالفصل 57 م 1 ع.

### ب- الشروط المتعلقة بالأطراف

جاء بالفصل 56 م 1 ع أن "التغيرير يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الجانبين أو من نائبه أو ممن كان متواطئا معه... وكذلك حكم التغيرير الواقع من غير المتعاقدين إذا علمه من انتفع به".  
 ضرورة كونه متواطئا

الشخاص الذين يمكن أن يصدر منهم التغيرير: - أحد المتعاقدين أو نائبه - الغير: أما متواطئا معه أو بدون تواطؤ المتعاقد لكن بعلمه وكان هو المستفيد منه (السمسار مثلا)

### الفقرة الثالثة: إثبات التغيرير

واقعة قانونية: بجميع وسائل الإثبات



تختلف آثار التغرير باختلاف طبيعته. فهو أولا عيب من عيوب الرضا يترتب عنها الحق للمتعاقد في المطالبة بإبطال العقد على أساس الفصول 43، 56 و 57 م 1 ع وهو كذلك جنحة مدنية يترتب عنها الحق في القيام بطلب تعويض الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية طبقا للفصل 83 م 1 ع.

الاشكاليات: اختلاف في الآجال، الإبطال مبدئيا سنة من تاريخ اكتشاف التغرير (15 على أقصى تقدير)، الجنحة 3 سنوات من تاريخ العلم (15 على أقصى تقدير) إشكالية الخيرة: الفصل 523 م 1 ع.

### المبحث الثالث: الإكراه

خصّ المشرع هذا العيب بالفصول 50 إلى الفصل 55 م 1 ع. وقد عرفه الفصل 50 بأنه "إجبار أحد بغير حق على أن يعمل عملا لم يرتضه". فهو إذن ضغط غير مشروع على إرادة المتعاقد الذي تقوم في نفسه رهبة تحمله على إبرام العقد أو القبول بشروط لم يكن يرتضيها. ويتميز الإكراه كعيب من عيوب الرضا بكونه يمس من حرية الإرادة لكنه لا يعدمها بما أنه يبقى لديه هامش من الحرية يمكنه من الاختيار بين التعاقد أو تنفيذ موضوع التهديد.

### الفقرة الأولى: مكونات الإكراه

جاء بالفقرة الثانية من الفصل 51 م 1 ع إن الإكراه يوجب البطلان "إذا كان ... من شأنه إحداث ألم ببدن المكره أو اضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليها أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح...".

نستشف من هذا:

- يتكوّن الإكراه في معناه القانوني من ركنين:

- الركن المادي: الإجبار أو التهديد غير المشروع. فالوسائل المستعملة في الإكراه قد تكون حسية (الألم الجسدي) أو معنوية أي كل تهديد من شأنه أن يحدث اضطرابا في نفسية المكره بما يؤثر في إرادته ويحمّله على التعاقد رغما عنه (يعدم الرضا)

- الركن معنوي: ويتمثل في ما يبعثه الإكراه في نفس المتعاقد من رهبة تدفعه إلى التعاقد حتى يتفادى النتائج التي قد تنجر عن رفضه.

### الفقرة الثانية: شروط الإكراه

ملاحظة

قد يصدر الإكراه عن الطرف الثاني في العقد، وهو ما يمثل الصورة البديهية أي أن المستفيد من الإكراه يكون الطرف الصادر منه ذلك الإكراه. غير أن المكره قد يكون شخصا أجنبيا عن العقد. **فقد جاء بالفصل 53 م 1 ع 1 أن "الإكراه يوجب الفسخ وإن لم يقع من المتعاقد الذي أبرمت له متعة العقد".** وهو حل مستغرب خاصة إذا كان الطرف المستفيد غير عالم بنصب أعباء الغاية منه. حماية الرضا وسلامته من كل العيوب (نفس الشيء نجده في التبرير (الفصل 56 م 1 ع).

كما يطرح مصدر الإكراه مسألة التعاقد في حالة الضرورة أي مجموعة من العوامل الخارجية التي قد تتضافر لتضغط على إرادة الشخص وتحمله على إبرام عقد لم يكن ليرضى به لو لاها (الغرق - الحريق: إنقاذ مقابل مبلغ مالي باهض + عملية جراحية). فهل تعتبر هذه العقود باطلة من أجل عيب الإكراه؟

لم يتعرض المشرع التونسي إلى هذه الصورة. غير أن بعض الفقهاء يرون أن التعاقد تحت ضغط حالة الضرورة يعتبر سببا مبطلا للعقد لأن العبرة بانعدام حرية التعاقد وأن العقد لا يعتبر صحيحا إلا إذا بتلاقي إرادتين حرتين واعيتين (م الزين ص. 157 وغيره من الفقهاء).

ب - أن يكون الإكراه حاسما:

ويبدو هذا الركن واضحا من خلال **الفصل 51 م 1 ع 1 الذي لا يعتبر الإكراه سببا لإبطال العقد إلا إذا كان "السبب الملجئ للعقد"** أي لولاه لما رضى المتعاقد بالعقد أو بمحتواه. ويتعين على القاضي في إطار ما له من سلطة في تقدير الوقائع أن يقدر درجة تأثير التهديد في نفسية المتعاقد حسب "سنه وكونه ذكرا أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثره" (الفصل 51 م 1 ع). على أن الفصل 55 يضيف أن "مجرد الخوف المترتب عن الحياء لا يقتضي الفسخ إلا إذا صحبه تهديد قوي أو ضرب". أي أنه سبب غير حاسم حتى وإن كان مؤثرا في الواقع.

ج - أن يكون الإكراه غير مشروع:

فالإكراه لا يوجب البطلان إلا إذا كان "بغير حق" حسب ما ورد بالفصل 50 م 1 ع. ومن هذا المنطلق، فإن التهديد باستعمال الوسائل القانونية لا يعد إكراها غير مشروع إلا إذا كان لغرض منه هو تحقيق غاية غير مشروعة أو كان مصحوبا بتهديد بوسيلة غير مشروعة.

عنى ذلك أن المشروعية يجب أن تتوفر في الوسيلة المستعملة وفي الغاية المروم تحقيقها، **لأنه، فإذا كانت الغاية مشروعة والوسيلة غير مشروعة فالعقد باطل. نفس الجزاء يوقع العقد إذا كانت الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة.** فقد نص الفصل 52 م 1 ع على



أن "الخوف المبني على التهديد بالتقاضي لدى المحاكم أو بغير ذلك من الطرق القانونية لا يوجب الفسخ إذا كان التهديد مما يؤثر في الشخص المقصود به بالنسبة لحاله حتى سلبت منه منافع بغير حق أو كان التهديد مصحوبا بأمور تقتضي الإكراه على معنى الفصل قبله".

معنى ذلك أن التهديد بوسائل مشروعة لتحقيق أهداف مشروعة لا يعد إكراه حتى ولو أن التعاقد لم يكن ليحصل لولا ذلك التهديد. أما إذا استعملت وسيلة غير مشروعة (اختطاف قريب مثلا) لتحقيق غاية مشروعة (التوقيع على اعتراف بدين حقيقي) أو إذا استعملت وسيلة مشروعة (تهديد بالتقاضي) لتحقيق غاية غير مشروعة (الجبر على تقديم استقالة من العمل)، يعد إكراه.

كما يتوفر الإكراه إذا اصطحب التهديد المشروع بوسيلة غير مشروعة ( التهديد بالخطف + تهديد بتوقيع عقلة على مكاسب المدين لجبره على إبرام عقد رهن بغاية ضمان استخلاص دين حقيقي).

### البحث الرابع: الغبن

يمكن تعريفه بكونه "الخسارة المادية التي تلحق أحد المتعاقدين في عقود المعاوضة العقود المحددة (دون العقود الاحتمالية) من جراء عدم تعادل البذل أي بين ما يعطيه المتعاقد وما يتحصل عليه من مقابل". أما بخصوص مدى اعتباره عيبا مستقلا فالأحرى أنه ليس كذلك للأسباب التالية:

- حدد الفصل 43 م 1 ع عيوب الرضا على وجه الحصر إلا أن هذه الحجة غير حاسمة لأن المشرع ألحق عيوباً أخرى لم يعددها بالفصل 43 وهي السكر ألحق بها عيوباً أخرى هي السكر بالفصل 58 والمرض في الفصل 59 الذي أضاف " أو ما شاكله من الحالات موكولة لنظر القاضي".

- الفصل 60 م 1 ع صريح: "الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا نتج عن تغيير العاقد للآخر أو نائبه أو من نابه عدا ما استثنى بالفصل الآتي"، أي بالفصل 61 الذي يضيف " الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيراً أو ليس له أهلية التصرف ... والغبن في هذه الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث". فهو إذن عيب تابع.

### الفصل الثالث: المحل L'objet

ويقال أيضا "الموضوع" أو "المعقود عليه" وتنطبق جميعها على ما يتعهد به المدين في العقد من حقوق مجسمة (منقول - عقار) أو غير مجسمة (أسهم - حق تجاري...). وهو يعد ركنا من أركان العقد التي لا يقوم بدونها وتنظمه م 1 ع في الفصول 62 إلى 66 التي يستخلص من أحكامها أن صحة العقد تستلزم أن يكون محله ممكنا ومشروعا ومعينا.

### الفرع الأول: إمكانية المحل ووجوده

نص الفصل 64 م 1 ع 1 أنه "يبطل العقد إذا كان على شيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون". يستنتج من هذا أن العقد يكون باطلا إذا تضمن التزاما مستحيلا إما بطبيعته أو بحكم القانون. لكن علاوة على تحديد أنواع الاستحالة (الفرع الأول)، يجب أيضا تناول مسألة زمن هذه الاستحالة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: أنواع الاستحالة

#### المبحث الأول: الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية

قد تكون **الاستحالة الطبيعية** بمعنى أن المحل غير موجود أو غير قابل للوجود في المستقبل (بيع منزل تم هدمه) أو **قابل للتعامل فيه بطبيعته** (بيع الشمس أو تعهد الطبيب بإجراء عملية جراحية على شخص ميت). كما قد تكون **الاستحالة القانونية** أي أن الشيء موجود وممكن من الناحية المادية غير أن القانون يمنع التعامل فيه كمن يتعهد باستئناف حكم نهائي أو ببيع عقار لا يملكه أو بدفع ثمن البيع بالعملة الصعبة.

#### المبحث الثاني: الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية

الاستحالة التي تبطل العقد هي الاستحالة المطلقة أي تلك التي لا تتغير بتغير الأطراف أي ما لا يستطيع أحد القيام به. على خلاف ذلك، فإن الاستحالة تكون نسبية إذا كانت عدم إمكانية المحل ناتجة عن المدين فقط لكنها ممكنة لغيره ممن تتوفر فيه الكفاءة الفنية أو غيرها وهي صورة لا تبطل العقد بل قد تجعل تنفيذه مستحيلا على المدين بما يجعل التزامه يتحول إلى التزام بالتعويض.

#### الفرع الثاني: زمن الاستحالة

يتعين هنا التمييز بين استحالة المحل واستحالة التنفيذ، من ناحية، وبين استحالة المحل والمحل المستقبلي من ناحية أخرى.

#### المبحث الأول: استحالة المحل واستحالة التنفيذ

إن الاستحالة التي تبطل العقد هي تلك التي تكون موجودة زمن إبرام العقد أما الاستحالة اللاحقة لإبرام العقد بما يجعله غير قابل للتنفيذ، فلا ينجر عنها الإبطال بل الفسخ أو التعويض نظرا لأن المسألة تهم تنفيذ العقد لا تكوينه.

#### المبحث الثاني: المحل المستحيل والمحل المستقبلي

بالرغم من أن استحالة المحل تقدر زمن إبرام العقد فقد أقر الفصل 66 م 1 ع 1 بصحة الالتزام بشيء مستقبلي وغير محقق الوقوع، أي أن المحل غير موجود زمن إبرام العقد لكن هذا الوجود ممكن في المستقبل بالرغم من عدم تحقق ذلك. ولعل التعاقد حول الصابة الفلاحية المستقبلية أحسن مثال على هذه الصورة. مثال آخر: بيع شقق ستبنى في المستقبل. وتجدر الإشارة إلى أنه ولئن كان التعاقد على محل مستقبلي محتمل صحيحا زمن إبرام العقد فإن عدم وجود الشيء زمن التنفيذ يكون سببا لإبطال العقد لعدم توفر المحل. غير أن الأمر يختلف بالنسبة للعقود التي يكون فيها محل الالتزام مبنيا على الاحتمال (عقد التأمين أو بيع الصابة على رؤوسها).



استثناء لمبدأ صحة التعامل على شيء مستقبلي محتمل الوقوع، يمنع المشرع التعامل على التركات المستقبلية (الفقرة الثانية من الفصل 66 م 1 ع: لا يسوغ التسليم في ميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه أو على شيء من جزئياته ولو برضى المورث. فالتعاقد فيما ذكر باطل مطلقاً". ويرجع هذا المنع تاريخياً إلى القانون الروماني وقد أخذ به المشرع الفرنسي.

### الفرع الثاني: مشروعية المحل

تقتضي مشروعية المحل أن يكون جائزاً قانوناً. فقد نص الفصل 62 م 1 ع "لا يجوز التعاقد إلا فيما يصح فيه التعامل من الأشياء والأعمال والحقوق المجردة فما لم تصرح القوانين<sup>8</sup> بمنع التعاقد فيه يصح التعامل فيه".

أرسى هذا الفصل مبدأ واستثناء. **فأما المبدأ** فيتمثل في قابلية كل الأشياء للتعامل (أي لأن تكون محلاً لتصرفات قانونية). **وأما الاستثناء** فيتمثل في وجود أشياء خارجة عن نطاق التعامل إما بتنقيص صريح أو ضمني عبر مفهومي النظام العام والأخلاق الحميدة<sup>9</sup>.

- حقوق الدولة واختصاصاتها: ملك الدولة العام - العملة - وكل هياكل الدولة
- حقوق الذات البشرية: جسد الإنسان (الإنسان الحي يخرج من مجال التعامل لأنه شخص لا شيئاً خارجاً من مجال التعامل) - الأعضاء البشرية - حقوق الشخصية (حرية المعتقد - الحق في الزواج - اللقب - النشاط النقابي ...) ولا يصح بصفة عامة كل اتفاق يتعلق بالأحوال الشخصية كالجنسية والميراث ...
- حق الهواء: م ح ع

علاوة على هذه المجالات المنصوص عليها في التشريع، فلا يمكن أن يكون محل العقد مخالفاً للنظام العام والأخلاق الحميدة. ويعتبر هذا المفهوم من أكثر المفاهيم القانونية صعوبة في تحديدها وضبط مضمونها نظراً لنسبيته وصيغته المطاطة. لكن، وبالرغم من قابلية محتواه إلى التغير بحسب الزمان والمكان، وبحسب الأجيال والحضارات والجهات، فيمكن القول مبدئياً بأن النظام العام يرمي إلى حماية الدولة في كيانها ومصادر دخلها وكل ما يضمن سير المرافق العامة للدولة. كما ينضوي تحت مفهوم النظام العام كل ما يتعلق بالركائز الأساسية الحضارية والاقتصادية والسياسية والأخلاقية للمجتمع.

### الفرع الثالث: تعيين المحل

جاء بالفصل 63 م 1 ع أن "المعقود عليه يجب أن يكون معيناً ولو بالنوع، أما مقداره فيجوز أن يكون غير معين وقت العقد بشرط إمكان تعيينه فيما بعد".

فالتعيين يقتضي حسب الفصل المذكور أن يكون الشيء الذي يلتزم المدين بأداءه محدداً م حيث النوع أو على الأقل قابلاً للتعيين. وهنا وجب التمييز بين الحالة التي يكون فيها المحل معيناً بالذات وتلك التي يكون فيها معيناً بالنوع. ففي الصورة الأولى (عقار ما مثلاً)، يجب أن يتم تحديد المحل ووصفه بصفة كافية تمكن من من تعريفه وتمييزه عن غيره. أما إذا كان المحل محدداً بالنوع، فيجب تحديده من حيث جنسه (قمح / شعير) ومن حيث صنفه. أما حيث مقداره فيجب أن يكون قابلاً للتعيين (على أسس موضوعية: المعاملات السابقة مثلاً

المقصود هو القانون في مفهومه الشامل

الإشارة الصريحة لهذا المفهوم في الفصل 67 المتعلق



وتثار مسألة قابلية المحل للتعيين بخصوص الثمن في عقد البيع حيث نجد الفصل 579 م 1 ع بنص صراحة على أن "تعيين الثمن الذي انعقد عليه البيع لازم فلا يصح بيعت أو شريت بمثل ما يعينه فلان أو بمثل ما اشترى فلان إلا إذا كان الثمن معلوما للمتعاقدين وقت البيع..."

## الفصل الرابع: السبب

لا بد من ضبط مفهوم السبب (الفرع الأول) قبل تناول نظامه القانوني (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مفهوم السبب ودوره

لا تهتم بعض القوانين بالسبب ولا تعتبره ركنا من أركان العقد (النظام الألماني) ولعل هذا ما جعل الفقه يختلف بشأن السبب (مدى ما إذا كان له مفهوم ذاتي نفساني يقدر القاضي مدى استقامته من الناحية الأخلاقية أو مفهوم موضوعي يتمثل بالنسبة لكل من المتعاقدين في مقابل الأداء الذي التزم به الآخر).

ومهما يكن من أمر، يمكننا القول أن مفهوم السبب يختلف باختلاف دوره. لكن يتعين قبل ذلك تجنب الخلط بينه وبين المحل. فإذا كان المحل هو ما يتعاقد عليه الطرفان، فإن السبب هو ما يتعاقدان من أجله وهو ما قصده المشرع في الفصل 2 م 1 ع بقوله "أن يكون موجب الالتزام جائزا" وما يفهم أيضا من سياق الفصول 66 إلى 70 م 1 ع. أثار مفهوم السبب جدلا فقهيًا كبيرًا مما نتج عنه ظهور نظريات عديدة لعل أهمها النظرية الموضوعية والنظرية الذاتية.

### المبحث الأول: السبب الموضوعي

بما أنه لا يمكن تصور تصرف بدون سبب، فإن هذا الأخير يتمثل في الغاية المباشرة التي يروم الشخص تحقيقها من وراء التعاقد. لذلك، يعدّ السبب حسب هذه النظرية واحدا وموحدا في كل صنف من أصناف العقود، مهما اختلفت الظروف والأحوال الخاصة. فالغاية التي يسعى البائع إلى تحقيقها هي الحصول على الثمن في حين أن سبب تعاقد المشتري هو الحصول على ملكية الشيء المبيع. بعبارة أخرى، يتمثل السبب حسب النظرية الموضوعية في مقابل الأداء الملزم به ويرمي بهذه الطريقة إلى تحقيق التوازن بين التزامات المتعاقدين.

### الفقرة الثانية: السبب الذاتي

هو الدافع الشخصي إلى التعاقد. فهو نفساني ويختلف ويتغير من معاهد إلى آخر. على خلاف المفهوم الموضوعي للسبب، يمكن الأخذ بالنظرية الذاتية للسبب من تمكين القاضي مراقبة مدى مطابقة الدافع للتعاقد لمتطلبات النظام العام والأخلاق الحميدة كأن يتم كراء محل بغاية استغلاله لممارسة الخناء أو القمار.

أما بخصوص المشرع التونسي، فيبدو أنه يأخذ بالمفهوم المزدوج للسبب أي أنه يأخذ به في مفهوميه الموضوعي والذاتي. فهو من ناحية مقابل الأداء الملزم به وذلك من خلال اشتراط أن يكون السبب موجودا، وهو من ناحية أخرى الدافع الشخصي للتعاقد، من خلال أن يكون اسبب جائزا.

### الفرع الثاني: النظام القانوني للسبب



يؤخذ من الفصول 67 إلى 70 م 1 ع أن صيغة العقد تقتضي توفر بعض الشروط في السبب وهي: أن يكون السبب مشروعاً (أي نظاماً خاصاً في إيجابته).

### وجود السبب

جاء بالفصل 67 م 1 ع بكل وضوح أن الالتزام المعنى على غير سبب... لا عمل عليه. وتختلف معايير التحقق من وجود السبب بحسب ما إذا كانت للعقد صيغة تبادلوية أم لا وأيضاً ففي العقود التبادلية، أي تلك الملزمة للجانبين، يتمثل سبب التزام كل طرف في المقابل أي أن سبب التزام الطرف الأول هو في محل التزام الطرف الثاني، فإذا غاب التزام أحدهما اختل التوازن وغاب سبب التزام الآخر. أما إذا كان العقد ملزماً لأحدهما وأحد فإن سبب التزام المدين يتختلف بحسب الحالات وهو في كل الحالات لا يتمثل في البذل وإنما في شيء آخر يقع البحث عنه خارج العقد. أما بالنسبة لمعيار العوض، فإن السبب في عقود التبرع هو قوة التبرع، وبالتالي إذا انعدمت هذه القوة انعدم السبب. أما في العقود الاحتمالية كعقد التأمين أو عقد الرهان الرياضي، فإن سبب التزام المدين يتمثل في ضمان المخاطر أو في أمل الحصول على المكسب. وبالتالي لا ينعدم السبب إذا غاب الربح بل إذا انعدمت أية إمكانية للربح أو في الضمان...

### ب- جواز أو مشروعية السبب

ينص الفصل 67 م 1 ع في فقرته الأولى على أن الالتزام "المعنى على... سبب غير جائز لا عمل عليه". وتضيف الفقرة الثانية من نفس الفصل أن السبب غير الجائز هو "عبارة عما يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العمومي". وخلافاً لوجود السبب فإن هذا الشرط يحيل على السبب في مفهومه الذاتي، أي الدافع والباعث الشخصي على التعاقد.

ويعطي هذا الشرط للقاضي سلطة واسعة لمراقبة مدى تطابق العقد مع قواعد الأخلاق الحميدة النظام العام. ويتفق الفقهاء على أن السبب الجائز هو الباعث الأساسي الملحق بالتعاقد وليس أي باعث ساهم بصفة ثانوية في الدفع إلى التعاقد.

### الفقرة الثانية: إثبات السبب

ورد بالفقرة الثانية من الفصل 68 م 1 ع أن "من التزم بحمل على سبب ثابت جائز ولو لم يصرح به". كما يضيف الفصل 69 من نفس المجلة أن "السبب المصرح به يحمل على الحقيقة إلى أن يثبت خلافه". أما الفصل 70 فإنه ينص على أنه "إذا ثبت أن السبب المصرح به إنما هو في الحقيقة غير موجود أو غير جائز فعلى من يدعي أن للعقد سبباً جائزاً غيره أن يثبت ذلك".

تستنتج من هذا أن إثبات السبب يخضع إلى فرقتين: الأولى تتمثل في افتراض وجود سبب لئلا لكل عقد حتى ولو لم يكن مصرحاً به، والثانية هي افتراض أن السبب المصرح به لا يطابق الحقيقة. وفي كلتا الحالتين، فإن هذه القرينة بسيطة ويمكن إثبات عكسها.



## الباب الثاني: جزاء الإخلال بأركان العقد

### (نظرية البطلان)

جزاء تخلف أحد أركان العقد أو أحد شروط صحته هو البطلان الذي ينتج عنه إعدام للعقد بأثر رجعي. وقد خص المشرع هذا الجزاء بالعنوان السادس "في بطلان الالتزامات" من الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود وبالأدوات بالفصول 325 إلى 338. يصنف المشرع البطلان إلى صنفين: البطلان المطلق ويعبر عنه بـ "العقد الباطل من أصله" والبطلان النسبي ويعبر عنه المشرع بـ "الفسخ" وهي ترجمة غير صائبة لعبارة la rescision الفرنسية.

وتبرز أهمية التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي من حيث تحديد البطلان (الفصل الأول) في حين تنعدم أهميتها في خصوص الآثار (الفصل الثاني).

### الفصل الأول: تحديد البطلان

قبل تبيان أنواع البطلان وحالاته (الفرع الثاني)، يتعين تمييز البطلان عن غيره من الجزاءات المدنية الأخرى (الفرع الأول).

**يتميز البطلان عن غيره من الجزاءات المدنية الأخرى**

(المبحث الأول) **والمسقوط** (المبحث الثالث). كما يتعين التمييز بين **العقد الباطل والعقد الموقوف** (المبحث الثاني).

### الفقرة الأولى: تمييز البطلان عن الفسخ وعدم النفاذ

يستعمل المشرع عبارة "الفسخ" للدلالة على أمرين مختلفين تماما: البطلان النسبي أو كجزاء على عدم تنفيذ العقد. غير أن الأصلح هو اقتصار استعمال هذا المصطلح في معناه الأول.

في حين أن البطلان هو جزاء تخلف أحد أركان العقد أو أحد شروط صحته (فترة التكوين)، فإن **الفسخ هو جزاء لخلل يطرأ أثناء تنفيذ العقد الصحيح**. والعقد الصحيح هو ذلك الذي استكمل أركانه وتوفرت فيه كل شروط الصحة.

لكن، ولئن اختلف البطلان والفسخ في السبب وفي التسمية، فإنهما يتفقان من حيث الآثار إذ **ينجر عن كليهما إعدام رجعي للعقد وانعدام أي أثر مستقبلي له**.

### الفقرة الثانية: البطلان وعدم النفاذ<sup>2</sup>

خلافا للبطلان، فإن **عدم النفاذ**، ويسمى أيضا **عدم المعارضة** أو **عدم الاحتجاج**، **جزاء يصيب عقدا صحيحا**. بالإضافة إلى ذلك، وخلافا للفسخ، فإن **عدم النفاذ لا يعدم آثار العقد تجاه المتعاقدين**. فالعقد غير النافذ عقد صحيح وينتج كل آثاره تجاه الأطراف المتعاقدة، كل ما في الأمر أنه لا يمكن معارضة الغير به. بعبارة أخرى، فإن العقد غير النافذ، صحيح وملزم لطرفيه، لكن هؤلاء لا يجوز لهما معارضة الغير بذلك العقد ومطالبتهما باحترامه. ولعل أشهر مثال على ذلك هو عدم ترسيم بيع العقار المسجل بحث يكون العقد صحيحا وملزما لطرفيه لكن لا يمكن معارضة الغير به.

### المبحث الثاني: تمييز العقد الباطل عن العقد الموقوف



الجزء جذوره في الفقه الإسلامي وبالذات في المذهب الحنفي. ومفاده أن العقد قد ينشأ صحيحا لتوفر عناصر الانعقاد فيه لكنه قد ينقصه أحد عناصره النفاذ وهو الملك، أو بالنسبة لتصرف الفضولي. ولئن لم يستعمل المشرع التونسي هذا المصطلح، فإن فهم عديد الفصول لا يستقيم بدون الرجوع إلى مفهوم العقد الموقوف على غرار الفصل 576 م 1 ع المتعلق ببيع ملك الغير الموقوف على إجازة المالك، أو الفصل 565 م 1 ع المتعلق بالبيع في فترة مرض الموت الفرع الثاني: أنواع البطلان وحالاته.

لم تتأثر مجلة الالتزامات والعقود كثيرا بنظرية البطلان في الفقه الإسلامي بل نجد أنها تبنت النظام المعتمد في القانون الفرنسي الذي يركز أساسا على التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي. ففما يتعلق بالبطلان المطلق، فقد جاء بالفصل 325 م 1 ع أن الالتزام يكون "باطلا من أصله" إذا اختل ركن من أركانه. ويضيف نفس الفصل مفسرا أن "الالتزام الباطل من أصله لا يترتب عليه شيء..."

أما بخصوص البطلان النسبي، فهو يختلف عن البطلان المطلق في أسبابه. ضف إلى ذلك أنه، عملا بالفصل 330 م 1 ع، فإن العقد في هذه الصورة يكون له بعض الوجود القانوني إذ يمكن التصديق عليه أو إجازته، وبالتالي، فهو عقد يترتب آثاره إلى حين الحكم بإبطاله. فإن حصل ذلك، يتساوى البطلان المطلق مع البطلان النسبي والبطلان المطلق من حيث الآثار، هذا فضلا عن الاختلاف بينهما من حيث آجال رفع الدعوى ونظامها.

**المبحث الأول: الأسس الفقهية للتمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي**  
تنبني نظرية البطلان على التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي. ولتبرير هذا التمييز، ظهرت نظريتان: النظرية التقليدية والنظرية الحديثة

الفقرة الأولى: أساس التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي  
حسب النظرية التقليدية

تقوم النظرية التقليدية، على فكرة تدرج الجزء بحسب درجة خطورة الخلل الذي اعترى العقد حين تكوينه. فإن تمثل هذا الخلل في فقدان العقد لأحد أركانه، أي تلك التي لا يقوم العقد بدونها، فإن الجزء يكون البطلان المطلق. وعليه، فإن انعدام الرضا، أو المحل، أو السبب، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا. أما إذا تعلق الخلل بشرط صحة أقل أهمية (على غرار سلامة الرضا وليس وجوده)، يكون الجزء البطلان النسبي.

وتبرر هذه النظرية هذا التمييز بكون افتقار العقد لأحد أركانه الأساسية يحول تماما دون وجوده. ويمثل أصحاب هذه النظرية العقد الباطل مطلقا بالمولود ميتا. أما العقد الباطل بطلانا نسبيا، فهو في حكم المريض الذي يمكن شفاؤه. فهو إذن عقد موجود لكنه عليل.

الفقرة الثانية: أساس التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي  
حسب النظرية الحديثة

يرى أصحاب هذه النظرية أن معيار درجة خطورة الخلل لتأسيس التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي معيار مفتعل وغير واضح، لذلك فهم يعوضونه بمعيار آخر يتمثل في المصلحة المحمية أي الغاية التي يرمي المشرع إلى تحقيقها من خلال وضعه لكل ركن



ولكل شرط من شروط صحة العقد. فإذا كانت الغاية هي حماية النظام العام، كما هو الحال بالنسبة لمشروعية المحل أو السبب، فإن عدم احترام ذلك الشرط يعرض العقد إلى البطلان المطلق. أما إذا كان الغرض من ذلك الشرط مجرد حماية مصلحة خاصة بأحد المتعاقدين، فإن البطلان يكون نسبيا مثلما هو الأمر حين يتعلق الأمر بعيوب الرضا.

**المبحث الثاني: عرض مختلف حالات البطلان في القانون التونسي**

**الفقرة الأولى: حالات البطلان المتعلقة بالأهلية**

أ- أهلية الوجوب:

هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق. وهي لصيقة بالذات البشرية، ولهذا السبب، فلا يمكن أن تنعدم لكن يمكن أن تنقيد في بعض الحالات الخاصة فيحرم بعض الأشخاص من إبرام بعض العقود بشأن بعض الحقوق أو الأشياء على غرار منع القضاة من شراء الحقوق المتنازع فيها أمام المحكمة التي يعملون بدانرتها (الفصلان 566 و 567 م 1 ع) أو منع الأوصياء من الأموال الراجعة لمنظوريهم. غير أن طبيعة البطلان ليست موحدة، فهي البطلان المطلق إذا كانت المصلحة المحمية تهم النظام العام كما في المثالين السابقين، والبطلان النسبي إذا كانت الغاية مجرد حماية مصلحة خاصة.

ب- أهلية الأداء

- 1- الصغير غير المميز أي ذلك الذي يبلغ من العمر أقل من 13 سنة: تكون كل تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا لأن العقد يفقر إلى ركن من أركان تكوينه وهي الأهلية
- 2- الصغير بين 13 وأقل من 18 سنة: هنا وجب التمييز بين 3 أنواع من التصرفات: إذا كانت ضارة ضررا محضا أي أنها تفقر ذمته المالية على غرار عقود التبرع: فهي باطلة بطلانا مطلقا، أما إذا كانت نافعة نفعا محضا فهي صحيحة. أما إذا كانت دائرة بين الضرر والمنفعة على غرار عقد البيع، فهي باطلة بطلانا نسبيا وبالتالي فهي قابلة لأن يجيزها الولي وتصبح صحيحة.
- 3- المجنون: كل تصرفاته باطلة على غرار الصغير غير المميز
- 4- ضعيف العقل والسفيه: باطلة بطلانا نسبيا

### الفقرة الثانية: حالات البطلان المتعلقة بالرضا

تطرح مسألة البطلان في هذا الخصوص من جانب انعدام الرضا ومن جانب سلامة الرضا. ففي الصورة الأولى، وعملا بالفصلين 2 و 325 م 1 ع فإن الجزاء يتمثل في البطلان المطلق. ويدخل في هذه الصورة الغلط المانع كالغلط في ذات المعقود عليه أو في طبيعة العقد. أما إذا تعلق الأمر بسلامة الرضا من العيوب، فإن المشرع ينص بوضوح على البطلان النسبي كجزاء (الفصول 43، 60، 61، 125، 126، ...).

### الفقرة الثالثة: البطلان لانتفاء المحل أو لاقتقاره لأحد أوصافه الأساسية

اعتمادا على الفصلين 2 و 325 م 1 ع، إذا غاب المحل، بطل العقد بطلانا مطلقا. كما نص الفصلان 64 م 1 ع و 66 صراحة على أنه يترتب نفس الجزاء في صورة التعاقد على محل غير ممكن أو في صورة التسليم في ميراث قبل وفاة المورث.

**الفقرة الرابعة: البطلان لانتفاء السبب أو لسبب غير جائز**

حسب الفصل 67، "الالتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه". وبالرجوع للفصل 325 م 1 ع نجد أن الالتزام الذي لا عمل عليه هو التزام باطل بطلانا مطلقا.



أ- صورة الفصل 454 م 1 ع ينص هذا الفصل على أن "التزام الأمي الذي لا يحسن الكتابة لا يمضي حتى يتلقاه عدول أو غيرهم من المأمورين العموميين المأذونين في ذلك". ورغم عدم ذكر جزاء الإخلال بهذا الشرط الشكلي، فقد قضت محكمة التعقيب أن عبارة "لا تمضي" يقصد بها البطلان. غير أن هذه القرارات التعقيبية لا تتفق دائما في طبيعة هذا البطلان غير أنه يمكن القول أن محكمة التعقيب تميل غالبا إلى اعتبار هذا البطلان نسبيا

ب- صورة الفصل 581 م 1 ع ينص هذا الفصل على أنه إذا كان موضوع البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو غيرها مما يمكن رهنه يجب أن يكون بيعه كتابة بحجة ثابتة التاريخ قانونا ولا يجوز الاحتجاج بالعقد المذكور على الغير إلا إذا سجل بقبضة المالية. وقد اعتبرت محكمة التعقيب أن جزاء الإخلال بهذه الشروط هو البطلان.

ج- صورة الفصل 549 م 1 ع ورد بهذا الفصل أن "من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة". هنا أيضا قضت محكمة التعقيب بإبطال العقد الذي يبرمه المتصرف بالنيابة عن غيره مع نفسه.

### الفصل الثاني: النظام القانوني للبطلان

#### الفرع الأول: الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالبطلان

لم يهتم المشرع التونسي في مجلة الالتزامات والعقود بتحديد الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان. لكن، وبالرجوع إلى الفصل 19 م م ت نجده ينص على أنه لا قيام بدون مصلحة، نجد أن قائمة الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالبطلان تختلف باختلاف طبيعة البطلان.

#### المبحث الأول: الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالبطلان المطلق

تشمل هذه القائمة كلا من طرفي العقد وورثتهما ودانئيهما (الخلف العام والخلف الخاص وبصفة عامة، يجوز التمسك بالبطلان المطلق لكل من له مصلحة مباشرة، إذ لا تكفي أية مصلحة لكي يتولد عنها الحق في طلب بطلان العقد وإنما يجب أن يكون من شأن العقد أن يمسّ بحقوق ذلك الشخص.

ولئن كان من النادر أن يترتب العقد آثارا مباشرة تجاه الغير، فقد يحصل أن تكون له آثار غير مباشرة تضرّ بمصلحتهم مما يعطيهم الحق في التمسك ببطلان العقد. على أنه يجدر التنبيه إلى أن المصلحة المقصودة بالفصل 19 م م ت يجب أن تكون مشروعة. كما يمكن للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها بمناسبة نظرها في تنفيذ عقد يُلها أنه باطل بطلانا مطلقا. كما أن للنيابة العمومية أن ترفع دعوى في البطلان المطّوع تدفع به في إطار قضية جارية وذلك في أي مرحلة من مراحل التقاضي.

#### المبحث الثاني: الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالبطلان النسبي

يرمي البطلان النسبي إلى حماية مصلحة خاصة بأحد طرفي العقد. لهذا السبب، لا التمسك بالبطلان لغير الطرف المحمي. فعلى خلاف الحل المكرّس حين يتعلّق الأمر

بالبطلان المطلق، لا يجوز التمسك بالبطلان النسبي من قبل كل ذي مصلحة. كما لا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها.

علاوة على ذلك، لا يمكن للطرف المحمي أن يثير مسألة البطلان النسبي للعقد لدى الاستئناف أو أمام محكمة التعقيب إذا لم يسبق له إثارة ذلك الدفع في الطور الابتدائي إذ أن ذلك السكوت يعتبر تنازلا من جانبه عن المطالبة بهذا النوع من البطلان ومصادقة عليه.

الفرع الثاني: سقوط الحق في المطالبة بالبطلان يسقط حق بدعوى البطلان إما بالتصديق عليه أو إجازته أو بالتقادم

المبحث الأول: التصديق أو الإجازة<sup>3</sup>

يمكن تعريف التصديق أو بكونه تصرف أحادي الجانب تتجه فيه إرادة المتعاقد إلى إزالة العيب اللاحق بالعقد عبر التنازل عن حقه في التمسك ببطلانه. ويؤخذ من الفصول 329 و 337 و 338 م 1 ع أن المشرع التونسي يستعمل عبارتي التصديق والإمضاء كعبارتين مترادفتين خلافا للإجازة التي تصدر عن غير المتعاقدين على غرار الولي أو المقدم أو المالك الحقيقي (الفصول 8 و 576 م 1 ع و 179 م 1 أ ش).

الفقرة الأولى: شروط التصديق

- أ- الشروط المتعلقة بالتصديق
- يجب أن تصدر عن صاحب الحق المحمي أي المتضرر من الإخلال الذي شاب العقد
- يجب أن يكون المصادق على علم بسبب البطلان
- لا تشترط موافقة المتعاقد الآخر
- يجب أن تتجه إرادة المصادق إلى التنازل عن حقه في طلب البطلان (الفصل 337)
- ب- الشروط المتعلقة بالعقد المصادق عليه
- أن يكون جزاء الإخلال المصادق عليه البطلان النسبي
- أن يكون سبب البطلان قد زال زمن المصادقة بحيث لو كان سبب البطلان عيب من عيوب الرضا، مثلا، لا يصح التصديق إلا بعد زوال العيب

الفقرة الثانية: صيغ التصديق

قد يكون التصديق صريحا أو ضمنيا

أ - التصديق الصريح

ينص الفصل 337 م 1 ع على أن "إمضاء الالتزام القابل للفسخ قانونا أو التصديق عليه لا يصح إلا إذا تضمن مضمون ذلك الالتزام مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ". توحى صيغة هذا الفصل بان الكتب ضروري لصحة التصديق. لكن، بالرجوع إلى الفصل 338 م 1 ع الذي يبيح التصديق الضمني، يتضح أن الفصل 337 يتعلق بالشروط الواجبة الاحترام في كتب التصديق لكي يعتمد قانونا ولا يشترط ضرورة الكتب لصحة التصديق.

ب- التصديق الضمني

اقتضى الفصل 338 م 1 ع أنه "إذا لم إمضاء الالتزام أو التصديق عليه بوجه صريح، كفى إجراء العنل به اختيارا في الكل أو البعض ممن علم عيوبه وذلك بعد الوقت الذي أمكن فيه إمضاء العقد أو التصديق عليه بوجه صحيح". يستنتج من هذا الفصل أن التصديق الضمني

<sup>3</sup> ويعتبر عنه أيضا بالإمضاء أو الإقرار



القدرة على التنفيذ الكلي أو الجزئي للعقد القابل للإبطال وذلك بصفة اختيارية ممن يملك قانوني يصدر عن صاحب الحق بعد علمه بسبب البطلان على شرط أن يكون من شأن ذلك التعقيب حيث استنتجت نية التصديق على المطالبة بالبطلان. ومن أمثلة ذلك ما ذهبت إليه محكمة القضاء (تج مدني 4 أكتوبر 2000).

الفقرة الثالثة: آثار التصديق

يترتب عن التصديق الصحيح سقوط الحق في المطالبة بالبطلان إلا أنه لا يمكن معارضة الغير بهذا النزاع

أ - سقوط حق التمسك بالبطلان

بصريح عبارة الفقرة الثانية من الفصل 338 م 1 ع، يترتب عن التصديق "ترك الوسائل سواء كان صريحا أو ضمينيا، يسقط حق المتعاقد في التمسك بالبطلان سواء عن طريق ونتيجة لسقوط هذا الحق، يستقر العقد نهائيا ويزول العيب الذي شابه قبل التصديق عليه.

ب - عدم معارضة الغير بالتصديق

استثنى المشرع في الفقرة الثانية من الفصل 338 م 1 ع الغير حسن النية الذي حصلت له حقوق من جراء العقد قبل المصادقة عليه من آثار التصديق مضيف أنه "تجري عليه أحكام الفصل 336". وبالرجوع إلى هذا الأخير نجد أنه يتناول آثار البطلان ناصتا على أن "الحقوق التي اكتسبها الغير قانونا من حسن نية تجري عليها الأحكام الخاصة المتعلقة بالعقود الخاصة". بحيث لو باع قاصر مقيد الأهلية شيئا ثم بعد بلوغه سن الرشد باعه ثانية لشخص آخر ثم صادق على العقد الأول فهذا التصديق لا يجري على المتعاقد الثاني الذي يجوز له الدفع ببطلان العقد الأول.

### المبحث الثاني: التقادم

ينحصر الأثر الأساسي للتقادم في انقراض دعوى البطلان بحيث يصبح العقد غير مهتد بدعوى أصلية في البطلان. غير أن انقراض هذه الدعوى لا يترتب عليه تصحيح العقد ولا تطهير له من العيوب بحيث لا يسقط حق الدفع بالبطلان بمرور الزمن. لكن ما هي آجال انقراض حق القيام بالبطلان بمرور الزمن؟ هنا أيضا يختلف الجواب بحسب ما إذا كان البطلان مطلقا أو نسبيا.

### الفقرة الأولى: في صورة البطلان النسبي

تنظم هذه المسألة بعض النصوص التي تبدو متناقضة في ظاهرها. فقد نص الفصل 330 م 1 ع على أن القيام بدعوى البطلان النسبي "يمضي بمرور عام إلا إذا صرح القانون بمدة أخرى". كما ورد بالفصل 334 م 1 ع أن "القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد". أما الفصل 335 من نفس المجلة فقد نص على أن الدفع بالتقادم لا يسقط بالبطلان.

غير أن مقارنة النصوص ببعضها البعض ينزع عنها هذا الغموض. فقد ورد بالفصل 331 م 1 ع أن مدة انقراض دعوى البطلان الواردة بالفصل 330 م 1 ع ل "لا تحسب في صورة الإكراه إلا من يوم زواله وفي صورة الغلط أو التغيرير من الاطلاع عليه وبالنسبة لعقود



2236

القاسرين إلا من يوم رشحهم. وفيما يتعلق بالمحجور عليهم وعديمي الأهلية إلا من يوم رفع الحجر عنهم أو من يوم موتهم". بمعنى أن أجل السنة لا يبدأ في السريان إلا من تاريخ زوال العيب. وهنا يأتي دور الفصل 334 م 1 ع ليضع هذا معقولا لا يدعي تجاوز وهو 15 سنة من تاريخ العقد، بحيث لو وقع اكتشاف العيب بعد ذلك لم يعد من الممكن رفع دعوى أصلية في البطلان، بدون أن يمنع ذلك من بقاء حق النفع به بمناسبة دعوى في تنفيذ العقد المشوب بالعيب، وذلك عملا بالفصل 335 م 1 ع.

#### الفقرة الثانية: في صورة البطلان المطلق

في حين أنه خاض على تنظيم دقيق لأجل البطلان في صورة البطلان النسبي، لم يتعرض المشرع التونسي صراحة إلى أجل انقراض دعوى البطلان المطلق بمرور الزمن. يمكن تأويل سكوت المشرع بكونه يقصد عدم قابلية هذه الدعوى للسقوط بمرور الزمن، أو على العكس من ذلك يرمي إلى إخضاع هذه المسألة للمبدأ الوارد بالفصل 402 م 1 ع الذي جاء فيه أن "كل دعوى ناشئة عن تعبير الذمة لا تسع بعد مضي خمسة عشر سنة كذا ما استلشى بعد وما قرره القانون في صور مخصوصة". ولكل من الموقفين مبرراته. ترى النظرية التقليدية أن دعوى البطلان المطلق لا تسقط بمرور الزمن لكون العقد في حكم المعلوم أو الميت والزمن لا يرجع الميت إلى الحياة. هذا فضلا عن كون البطلان المطلق يتعلق بمسائل نهم النظام العام أو الأخلاق الحميدة ومن غير المعقول أن تتواصل وضعيات مطلة بهاتين المؤسستين بدعوى مرور الزمن.

أما النظرية المعاصرة فتري أن سقوط جميع الدعاوى بمرور الزمن ضرورة اجتماعية واقتصادية بما أن من شأنها أن تساهم في استقرار الأوضاع الواقعية الناشئة عن عقد باطل.

استقر فقه القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد على الأخذ بالنظرية المعاصرة مع العلم بأن الدفع بالبطلان لا يتقدم.

أما فقه القضاء التونسي فقد مرّ بمرحلتين. ففي مرحلة أولى اتجه إلى الأخذ بالنظرية المعاصرة معتمدا على الفصل 402 م 1 ع معتة موقفها بأن "البطلان المطلق لا يزول بالتقدم لأن المشوب به معلوم والعلم لا يتطلب إلى الوجود... ولكن، حيث أنه يتجه لفت

النظر إلى أن الفصل 402، بقضيه بأن كل دعوى ناشئة عن تعبير الذمة لا تسع بعد مضي 15 سنة. وحيث أن المشرع ينقنيه بأحكام هذا الفصل إنما قصد إلى وجوب احترام أوضاع

قد استقرت بالتقدم منذ صدور العقد الباطل وذلك عن طريق إسقاط دعوى البطلان بمضي المدة لا باعتبار العقد قد انقلب صحيحا".<sup>4</sup>

لكن محكمة التعقيب تراجعت فيما بعد لتتبلى النظرية التقليدية وتقر بعدم قابلية البطلان المطلق للانقراض بالتقدم.

### الفصل الثالث: آثار البطلان

ينجر عن البطلان تهديم رجعي (الفرع الأول) للعقد. وذلك لأن كل آثار المعايير والمستقبلية وذلك مهما كانت طبيعة البطلان. غير أن البطلان لا يكون دائما كلياً إذ يحصل أن يصيب جزء من العقد لا غير (الفرع الثاني). كما يمكن أن يترتب عن بطلان الالتزام تحولته إلى التزام آخر (الفرع الثالث).



## الفرع الأول: رجعية البطلان

يهدف البطلان إلى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد مما يجعل العقد المحكوم ببطلانه يفقد كل وجود له سواء تعلّق الأمر بالأطراف المتعاقدة (المبحث الأول) أو بالنسبة للغير (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: الأثر الرجعي للبطلان بين المتعاقدين

#### الفقرة الأولى: المبدأ

حسب صريح عبارات الفصلين 325 و 336 م 1 ع، ينشأ عن بطلان العقد "استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام" وهو ما يمكن التعبير عنه بالالتزام المتبادل بالردّ. فالرجوع إلى وضعية ما قبل التعاقد لا تتحقق إلا إذا أرجع كل طرف للآخر ما تحسّل عليه منه بموجب تنفيذ الالتزام الذي قضى ببطلانه (في عقد البيع مثلاً يجب على المشتري ردّ المبيع ويتعيّن على البائع إرجاع الثمن).

#### الفقرة الثانية: الاستثناء

إن تطبيق هذا المبدأ بحذافيره قد يتعذّر في بعض الحالات نتيجة تردّ عليه قيود تحتمها طبيعة الالتزام الباطل (ب) أو لأنّ القانون قضى صراحة باستثناء الرجعية أو بتحديد مقدار ما يمكن استرداده في حالات معيّنة (أ).

#### أ- عدم الرجعية بحكم القانون

يتدخّل المشرع في بعض الأحيان ليحدّ من رجعية البطلان بين الأطراف وذلك إمّا مراعاة لوضعية المتعاقد حسن النية أو لفائدة قاصر.

\* حالة المتعاقد حسن النية: يعفي المشرع في الفصل 44 م ح ع "الحائز بشبهة"، أي ذلك الذي حاز عقاراً بموجب عقد اتضح أنّه باطل بدون أن يكون على علم مسبق بسبب ذلك البطلان، من ردّ الغلّة "إلا ما كان موجوداً منها وقت القيام عليه من مستحقّها وما حصل له منها من ذلك التاريخ".

\* حالة القاصر: ينصّ الفصل 13 م 1 ع على أنّ القاصر الذي تعاقد مع شخص راشد ثمّ حصل على حكم بإبطال العقد لا يكون ملزماً إلا بقدر ما انتفع به من جرّاء العقد الباطل. معنى ذلك أنّ القاصر غير ملزم برّد ما صرفه من نفقات غير ضرورية ولا تعود عليه بالنفع ب- عدم الرجعية بالنظر لطبيعة الالتزام

يتعلّق هذا الاستثناء بالأساس بالعقود الزمنية على غرار عقد التسويغ أو عقد الشغل أو عقد التزوّد بالماء أو بالكهرباء... ففي هذه التي يمتدّ تنفيذها في الزمان، يستحيل إرجاع ما وقع دفعه، وهي استحالة مادية تعود إلى طبيعة الالتزام إذ كيف يمكن للعامل أن يسترجع قوة العمل التي بذلها وكيف للمتسوّد أن يرجع فترة سكناه...

### المبحث الثاني: الأثر الرجعي للبطلان تجاه الغير

الأصل أن الأثر الرجعي للبطلان لا يقتصر على أطراف العقد بل يمتدّ كذلك إلى الغير. فلو اشترى شخص عقاراً ثم قام ببيعه للغير، فإنّ القضاء ببطلان العقد الأول تمتدّ آثاره إلى المشتري الثاني الذي يكون ملزماً بإرجاع العقار إلى مالكه الأصلي. يبيّن المثال السابق الأضرار التي يمكن أن تلحق بالغير حسن النية من جرّاء الحكم ببطلان عقد لا علم له بسببه. لهذا السبب، قلّص المشرع من حدّة مبدأ رجعية البطلان تجاه الغير في حالتين: حالة الفصل 305 م ح ع المتعلّق بالعقارات المسجّلة + حماية الغير بموجب الحوز (الفصل 53 م 1 ع)...

**الفرع الثاني: البطلان الجزئي**

قد يقتصر البطلان على جزء من العقد دون أن يمتد إلى كامله. ويحدث ذلك في صورتين.  
**المبحث الأول: بطلان الالتزام التابع دون بطلان الالتزام الأصلي**  
 تنص الفقرة الثانية من الفصل 326 م 1 ع على أن "بطلان الالتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الأصل". والالتزام التابع هو عنصر من عناصر العقد لكنه غير مؤثر في صحة الالتزام الأصلي على غرار الشرط التفريمي.

**المبحث الثاني: انتقاص العقد**

ينص الفصل 327 م 1 ع على أن "بطلان بعض الالتزام يبطل جميعه إلا إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل فيستمر بصورة عقد خاص". غير أنه لكي يقوم العقد منتقاصا، يجب أن يكون قابلا للتجزئة. (الفصل 1475 م 1 ع: "الصلح لا يقبل التجزئة فبطلان الجزء منه أو فسخه يترتب عليه بطلان جميع الصلح أو فسخه"). كما يشترط أن تكون إرادة الطرفين تسمح بذلك الانتقاص.

**الفرع الثالث: تحول الالتزام**

بالنظر إلى النتائج الخطيرة المنجرة عن البطلان، يختار المشرع في بعض الأحيان وسيلة إنقاذ العقد بتحويله إلى التزام جديد. وهو عبارة عن تغيير وصف العقد. وقد جاء بالفصل 328 م 1 ع أنه "إذا بطل الالتزام وكانت به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لذلك الالتزام".

**العنوان الثاني: آثار العقد**

إن العقد عمل إرادي يهدف إلى إنشاء رابطة قانونية بين طرفين تجعلهما ملزمين بتنفيذ ما وقع الاتفاق عليه. وبالتالي فإن أهم أثر للعقد الذي قام صحيحا هو إلزامية تنفيذ محتواه (الباب الثاني).

غير أن أول التساؤلات التي يثيرها هذا الأثر تتعلق بنطاقه من حيث الأشخاص، أي بعبارة أخرى، من هم هؤلاء الملزمون بتنفيذ محتوى العقد: آثار العقد من حيث الأشخاص (الباب الأول) قبل التطرق إلى آثار العقد من حيث الموضوع

**الباب الأول: آثار العقد من حيث الأشخاص**

ورد الفصل 240 م 1 ع تحت عنوان "فيما يترتب على الالتزامات" وقد جاء فيه: "لا يلزم العقد إلا المتعاقدين ولا ينجرّ منه للغير ضرر ولا نفع....". كما جاء بالفصل 37 م 1 ع أنه "ليس لأحد إلزام غيره أو قبول التزام له إن لم يكن مأذونا في النيابة عنه...". ويستنتج من هذين الفصلين بأن آثار العقد تشمل الأطراف دون "الغير". ويعدّ هذا التحديد ترجمة لمبدأ النسبية العقدية (الفصل الأول).

إلا أن الفصل 240 م 1 ع أورد استثناء بقوله "إلا في الصور التي نصّ عليها القانون". وبناء على ذلك يمكن للمشرع أن يوسع قائمة الأشخاص المشمولين بإلزامية العقد لتتجاوز أطرافه وتشمل الغير (الفصل الثاني).