

جامعة تونس المنار
كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس



السنة الثانية من الإجازة في الحقوق

دروس مسيرة في النظرية العامة للالتزامات- العقد

الحصة عدد 1

التقديم للالتزام- مصادر
التزام

الأستاذ المشرف على الدرس: الأستاذ منير العياري

السنة الجامعية 2026-2027

قائمة المراجع :

باللغة العربية

- محمد المالقي محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية تونس، 1980.
- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد ، الطبعة الثانية ، مطبعة الوفاء ، تونس، 1997 .
- محمد محفوظ ، دروس في العقد ، مركز النشر الجامعي ، تونس، 2005.
- كمال شرف الدين، المدخل إلى القانون المدني ، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية ، تونس، 1994.
- محمد الشرفي، علي المزغني، أحكام الحقوق ، دار الجنوب للنشر، تونس، 1995.
- توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام الدار الجامعية بيروت، 1991.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة.
- نبيل إبراهيم سعد محمد حسن قاسم ، مصادر الالتزام: دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2010
- أنور سلطان، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت، 1974 .
- توفيق حسن فرج النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد ، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 1969.
- أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ، عمان، 2001.

باللغة الفرنسية:

- Carbonnier J., droit civil, tome 4, les obligation, P.U.F., Paris, 1996.
- Alain Bénabent « Droit civil : les obligations , Montchrestien : Paris 1991 .
- René DEMOGUE , TRAITÉ DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL : Sources des Obligations ,TOME I , LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU ROUSSEAU & Cie, ÉDITEURS , Paris , 1923 .
- A. DURANTON , TRAITÉ DES CONTRATS ET DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL SUIVANT LE CODE CIVIL , IMPRIMERIE DE P. GUEFFIER , Paris , 1819 .
- Ghestin J., Traité de droit civil, la Formation du contrat, 3ème éd., L.G.D.J., Paris, 1993.
- Jean-Claude Montanier ,Les sources des obligations, Presses universitaires de Grenoble , Grenoble , 1996.
- Malaurie Ph., Aynes L., Cours de droit civil, Tome 4, Les obligations, 6ème éd., Edition cujas, Paris, 1995.
- Stéphanie Porchy-Simon , Droit civil, 2^e année : les obligations:, Dalloz , Paris 2004.
- Luc Mayaux , Droit civil : les obligations, L'hermès : Lyon 1992 .
- Philippe Malaurie Laurent Aynés , Droit des obligations , L.G.D.J. : Paris 2020 .
- Christan Larroumet, Les obligations le contrat , Economica , Paris 2016.

- Boris Barraud , Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit ,
Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif 2016-4, n° 164 .
- Abdelwaheb REBAI , LA CLASSIFICATION DES SOURCES DE L'OBLIGATION DANS
LE CODE TUNISIEN DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS , in ,Libres propos sur
les sources du droit , Mélanges en l'honneur de PHILIPPE JESTAZ , Dalloz, Paris ,
2006 .
- Benoît Moore , La théorie des sources des obligations : éclatement d'une
classification , R.J.T , n 36 , 2002 ,p 689 .
- Marie-Anne FRISON-ROCHE , Volonté et obligation , Arch. Phil. Droit , 2000 ,
p129 .

الكتاب الأول

فيما تعمر به الدابة مختلفا

المقالة الأولى

في أسباب تعميم الدامة

الفصل 1 . تعمر الدامة بترتيب على اختلافات وفيها من التصريحات الاختيارية وعن شب المنور والنجع وشبهها.

المقالة الثانية

الباب الأول

في تعميم الدامة بالعقود وما شاكلها

الفصل 2 . اركان العقد الذي يترتب عليه تعميم الدامة هي :

أولا : أهلية الالتزام والالتزام.

ثانيا : التصريح بالرضا بما ينبغي عليه للمقد تعمرها مشتركا

ثالثا : أن يكون المقصود من العقد مالا مبيعا يحوز التعاقد عليه

رابعا : أن يكون موجب للالتزام جائزا.

القسم الأول

في الأهلية

الفصل 3 . لا شخص أهل للالتزام والالتزام ما لم يصرح القانون بخلافه.

الفصل 4 . اختلاف الأديان لا يترتب عليه فرق في أهلية التعاقد ولا فيما لغير الملحق وعلمهم من الموقوف الناشئة من الالتزامات الصحيحة.

LA CLASSIFICATION DES SOURCES DE L'OBLIGATION DANS LE CODE TUNISIEN DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS

par Abdelwaheb REBAÏ

*Docteur d'État en droit privé, maître-assistant à l'Université
du 7 novembre à Carthage, Tunis, Tunisie*

« Si l'on songe que l'homme peut être obligé aussi bien pour avoir donné une signature que pour n'avoir pas donné un coup de frein, on se dit que les sources des obligations sont fort dissemblables, et qu'une mise en ordre est utile ».

J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*¹

1.- L'« obligation » est une variante des droits subjectifs. On la rencontre dans toutes les disciplines et y est traitée sous différents aspects. C'est ce qui a fait d'elle une notion polymorphe, apte à recevoir plusieurs vêtements juridiques. Aussi, faut-il rappeler qu'elle recouvre plusieurs sens. Dans le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant², l'on fait état de toutes les acceptions possibles de l'obligation. Dans un sens large, elle est synonyme de devoir imposé par la loi, tel que l'obligation alimentaire ou le devoir militaire. Parfois, elle désigne le titre de la créance notamment dans le domaine financier, tel que les emprunts émis par une société et constatés dans des titres appelés « obligations ». Dans un sens technique, l'obligation implique le rapport de droit en vertu duquel une personne, le débiteur, four-

1. PUF, 1969, p. 19.

2. Publié sous la direction de G. Cornu, PUF-Delta, 1996.

nit à une autre personne, le créancier, une prestation ou s'abstient à faire quelque chose.

2.— Historiquement, ce rapport de droit exprimait un lien personnel entre le créancier et le débiteur. En droit romain, ce lien était tellement accentué qu'il emporta, en cas de manquement à l'obligation, une mainmise sur la personne du débiteur. Cette conception avait abouti à consacrer le principe de l'intransmissibilité des obligations, notamment entre vifs. Plus tard, le caractère patrimonial de l'obligation commençait à gagner du terrain, sans pour autant faire disparaître son aspect personnel. Ainsi, l'obligation devint une valeur patrimoniale garantie par le droit de gage général sur les biens du débiteur et pouvant se transmettre d'une main à une autre.

3.— L'extrême variété des obligations avait conduit les juristes à les répertorier sous différentes classifications. Certaines traitent les obligations d'après leur objet. On a pu, ainsi, distinguer notamment les obligations de donner, de faire et de ne pas faire, puis les obligations de résultat et de moyens, etc.³ D'autres classifications reposent sur les sources de l'obligation. L'idée est très ancienne. La première fut celle de Gaius qui avait commencé par adopter une division bipartite : le contrat et le délit, puis une division tripartite pour y englober les obligations qui ne naissent ni d'un contrat ni d'un délit. Mais cette troisième rubrique connue sous les termes *variis causarum figuris* fut par la suite précisée par Gaius lui-même en la scindant en deux catégories : « *quasi ex contractu teneri videntur* » et « *quasi ex delicto teneri videntur* » pour les rattacher respectivement au contrat et au délit. Ainsi fut née la classification quadripartite des obligations. Elle avait été reprise par Justinien qui avait, moyennant certains rapprochements touchant non seulement les effets mais aussi la naissance de l'obligation, contribué à l'apparition de la notion de « quasi-contrat » et de « quasi-délit ». Faisant écho de son temps, Domat proposait deux sources de l'obligation, à savoir les engagements volontaires qui comportent le contrat d'un côté, la gestion d'affaire et le fait illicite de l'autre ; et puis les engagements involontaires⁴, comme la tutelle et le cas fortuit, fondés sur la volonté de Dieu et celle du gouvernement. Fidèle à la classification romaine, Pothier soutient que « les causes de l'obligation sont les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits »⁵. Mais il ajoute que « quelquefois la loi ou l'équité seule » peut être source directe de certaines obligations. Fortement influencés par les idées de Pothier, les rédacteurs du Code civil ont repris sa classification en distinguant les enga-

3. Pour de plus amples distinctions, v. H. L. J. Mazeaud et F. Chabas, *Obligations : théorie générale*, 9^e éd, Montchrestien-Delta, 1998, pp. 75 et s.

4. Cette seconde rubrique des sources a été critiquée par la doctrine. « C'est une rubrique vague qui veut embrasser toutes les sources inclassables. Elle est donc semblable à la *variis causarum figuris* de Gaius. Ses applications n'ont rien de commun entre elles. Cela est naturel, puisque la rubrique elle-même n'a ni sens, ni caractère spécifique ». N. Goma, *La théorie des sources de l'obligation*, LGDJ, 1968, p. 185.

5. R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Librairie de l'œuvre de Saint-Paul, Paris, 1883, n° 2.

gements conventionnels et les engagements qui se forment sans convention. Pour ceux-ci, l'article 1370 du Code civil précise que « les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé ».

Le XIX^e siècle nous a livré une littérature juridique abondante sur les sources de l'obligation. C'est dire l'importance du sujet et les discussions qu'il a suscitées. Prenant appui sur les écrits de la doctrine romaine et sur les textes du Code Napoléon, les auteurs ont présenté des essais de classification dont la synthèse révèle que les sources sont réparties tantôt entre la volonté et la loi, tantôt entre la loi en tant que source soit médiate soit immédiate des obligations et le fait juridique (*lato-sensu*)⁶.

4.- C'est dans ce contexte bouillonnant et controversé sur la classification des sources, que commencèrent les travaux de préparation du Code tunisien des obligations et des contrats. L'élaboration fut confiée, en 1896, à une commission composée de juristes français⁷, et ayant comme rapporteur M.-D. Santillana, avocat tunisien d'origine italienne. L'autorité coloniale avait imposé à cette commission une double tâche : « elle devait en premier lieu réunir, classer et choisir dans la législation française les matériaux susceptibles de servir à l'œuvre définitive de codification, en laissant de côté, toutefois, les matières relevant soit du statut personnel, soit du régime de la propriété foncière. Elle avait à rechercher, d'autre part, dans la jurisprudence musulmane, et dans la législation tunisienne, tout ce qui pouvait être utilisé au point de vue, soit des principes de droit moderne, soit des conditions actuelles de la législation indigène »⁸. Mais les travaux d'élaboration du Code n'avaient pas suivi la démarche ni atteint l'objectif arrêté par l'autorité coloniale, car si le projet préliminaire de 1897 était ponctué par un recours au droit musulman et s'était cristallisé autour du droit français, l'avant-projet de 1899 s'était franchement ouvert sur l'environnement juridique européen constitué notamment par le Code fédéral des obligations, le Code civil italien, et le Code civil et commercial allemand. Pour le rapporteur de la commission, cet appel au droit européen était si nécessaire qu'« il était impossible de ne pas tenir compte de ce grand mouvement d'idées qui entraîne l'Europe vers l'unité du droit »⁹.

5.- L'interférence des sources d'inspiration du rédacteur du Code allait, certes, produire des effets positifs en matière des sources d'obligation et de leur classification, car le foisonnement des sources d'inspiration constitue la

6. Pour une étude détaillée des tendances doctrinales, v. N. Gomaa, *op. cit.*, n° 212 et s.

7. Ce sont Roy, consul et secrétaire général du gouvernement; Padaux, consul; Berge, juge; Anterrieu, juge et Santillana, rapporteur.

8. V., M.-D. Santillana, « Avant-propos de l'Avant-projet de Code », in Travaux de la Commission de codification des lois tunisiennes, fascicule I, *Code civil et commercial tunisien, Avant-projet discuté et adopté, au rapport de M.-D. Santillana*, Imprimerie Générale. J. Picard et Cie, Tunis, 1899.

9. M.-D. Santillana, *op. cit.*, *loc. cit.*

richesse¹⁰ de tout un système juridique. Mais le vrai problème est celui qu'on rencontre à l'occasion de l'évaluation du résultat obtenu en matière de classification des sources par rapport à l'objectif affiché par la puissance coloniale, qui est de puiser « dans la législation française les matériaux susceptibles de servir à l'œuvre définitive de codification »¹¹. La question est d'autant plus intéressante que l'option prise pour la classification des sources est de nature à dévoiler l'orientation idéologique de tout un système juridique.

Les rédacteurs du Code vont-ils puiser dans le Code civil la solution à cet épineux problème de classification des sources? Ou bien l'option prise par eux de s'ouvrir sur d'autres systèmes juridiques, va-t-elle peser sur leur choix?

Au risque d'étonner, le Code tunisien de 1906 a opté pour une classification originale qui, non sans rappeler la classification romaine de Justinien, a pris en compte les nouveaux développements apparus vers la seconde moitié du XIX^e siècle, sur les sources de l'obligation. Ce mixage entre l'ancien et le nouveau, la tradition et la modernité, a enfanté une classification qui, si en apparence elle rejette partiellement celle du Code civil français (I), elle n'en constitue pas moins une approche, nouvelle et insolite, dans la théorie des sources de l'obligation (II).

I. — LE REJET PARTIEL DE LA CLASSIFICATION RETENUE PAR LE CODE CIVIL FRANÇAIS

6.— Le rejet s'est fait de deux manières différentes : l'adjonction d'une source (A) et l'exclusion d'une autre (B).

A. — L'ADJONCTION D'UNE NOUVELLE SOURCE : LA DÉCLARATION UNILATÉRALE DE VOLONTÉ

7.— La déclaration unilatérale de volonté¹² ne figure pas dans la liste des sources retenues dans le Code civil, ce qui nous oblige à chercher les sources

10. V., M.-K. Charfeddine, « Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du Code tunisien des obligations et des contrats », *RID comp.* 1996. 426, n° 15 et s.

11. M.-D. Santillana, *op. cit.*, *loc. cit.*

12. L'expression est entendue dans le sens d'engagement unilatéral de volonté. Elle est empruntée du B.G.B. V., M. Bagbag, *De la déclaration de volonté source d'obligation dans le Code des obligations et des contrats : essai d'une théorie générale*, Thèse Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis, 1993-1994, pp. 18 et s.; S. Youssef-Babaï, *L'acte unilatéral source autonome d'obligation en droit privé*, Thèse d'État, dactylographiée, Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis, 2000, pp. 258 et s.

d'inspiration du Code tunisien (1^{re}), avant de nous demander si l'insertion de cette nouvelle source avait eu réellement pour conséquence l'exclusion, en la matière, de l'influence française (2^{re}).

1^{re} L'inspiration

8.- Elle s'est faite dans deux directions différentes. L'une, orientale, est puisée dans le droit musulman, alors que l'autre, occidentale, tire sa source dans le droit germanique¹³. Bien que le premier ait le mérite de reconnaître, depuis longue date, une valeur juridique à la déclaration unilatérale de volonté il faut admettre que l'apport du second est d'autant plus grand qu'il en a fait une théorie. En effet, étant essentiellement empirique, le droit musulman n'a pas pu dégager des principes généraux qui gouvernent la matière des obligations. C'est pourquoi il n'existe pas, dans les écrits des jurisconsultes musulmans, une classification des sources de l'obligation. Mais la synthèse de leurs écrits montre que l'obligation naît d'un fait ou d'un acte juridique¹⁴. Celui-ci peut être un accord de volonté ou une volonté unilatérale. À la vérité, la consécration de la déclaration unilatérale de volonté comme source d'obligation, est la conséquence directe de la conception objective de l'obligation¹⁵. Conçue sous l'angle de l'objectivité, l'obligation en droit musulman se détache de la personne du débiteur et s'exécute directement dans son patrimoine¹⁶. Aussi, cette conception a-t-elle permis de conférer pleine efficacité à la volonté déclarée. Plusieurs institutions y ont été alors admises telles que la répudiation, l'affranchissement, la remise de dettes et la promesse de récompense. Ce qui revient à dire qu'en droit musulman, l'acte juridique est avant tout une déclaration qui, dès son émission, entraîne, par son caractère concret, des effets de droit. Cet objectivisme qui marque la déclaration unilatérale de volonté a eu des retentissements. On cite notamment qu'ici la forme l'emporte sur la réalité du consentement et donc la volonté déclarée sur la volonté interne.

13. V., M. Bagbag, *op. cit.*, pp. 62 et s.

14. Les auteurs spécialistes du droit musulman précisent que la loi y est retenue comme source directe de certaines autres obligations telles que la pension alimentaire, les obligations de voisinage et celles du tuteur. V., A. Sanhoury, *La théorie du contrat*, Tome 1, 2^e éd, Pub. Elhalabi, Liban, 1998, p. 71 (en arabe). C. Chehata, *La théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite : les sujets de l'obligation*, Sirey, 1969, n° 114.

15. D'autres conséquences peuvent être dégagées comme la cession de dette qui implique que celle-ci soit perçue comme un bien. Il y a lieu d'observer aussi que le droit musulman distingue entre le '*dayn et al-mutalaba* ce qui correspond à la distinction, en droit allemand, entre *schuld et haftung*.

16. V., A. Ben Taleb, « Aperçu sur les sûretés en droit musulman », in *Études sur les droits de sûretés*, Imprimerie moderne, Tunis, 1997, pp. 177 et s. (en arabe). S. Mellouli, « L'évolution des sûretés personnelles au cours du XX^e siècle : une évolution de caractère », in *L'apport du XX^e siècle en droit privé tunisien*, Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis, coll. « Forum des juristes », n° 8, Tunis, 2000, pp. 185 et s.

En Allemagne, l'apparition de la théorie de la déclaration de volonté est relativement récente, puisqu'elle n'a été vulgarisée que vers la fin du XIX^e siècle, et dont la paternité revient, selon l'opinion répandue¹⁷, à l'autrichien Siegel. Pour cette théorie, l'expression de la volonté en tant que phénomène objectif constitue le principal fondement de l'acte juridique. La déclaration, doit-on dire, éclipse la volonté car ce qui est pris en considération « c'est le fait extérieur de la déclaration par lequel cette volonté apparaît au monde juridique »¹⁸.

Cette théorie devait connaître un grand essor, en Allemagne d'abord, à la suite de sa consécration légale dans le BGB du 18 août 1896, et ensuite à l'extérieur des frontières grâce à d'éminents juristes, tels que Saleilles en France.

9.— Ce contexte historique ne peut pas laisser le rapporteur de la commission de rédaction du Code indifférent. Encouragé par la faveur réservée au concept de déclaration de volonté en droit musulman, M-D. Santillana puise dans le BGB les dispositions qui s'y rattachent. Ce faisant, il renonce à sa première classification des sources telle que présentée dans le projet préliminaire du Code de 1897, et insère dans l'avant-projet de 1899, précisément dans le chapitre 1^{er} du titre 2 du Livre 1^{er}, une section 3 intitulée « De la déclaration de volonté » et un paragraphe 1^{er} ayant pour titre « De la déclaration unilatérale ». Il y consacre les articles 18 à 23.

10.— Au-delà de cet aspect formel, le Code des obligations et des contrats confère une valeur obligatoire à la déclaration unilatérale de volonté qui répond à des critères de forme et de fond. Il est vrai que le législateur ne s'est pas prononcé expressément sur ces critères, mais ceux-ci sont perceptibles à travers toute la réglementation de la matière. C'est ainsi qu'en affirmant dans l'article 18 que « la simple promesse ne crée point d'obligation », le législateur veut éliminer toutes les hypothèses de déclaration de volonté qui ne renferment pas une volonté sérieuse et réelle de s'engager¹⁹. Ainsi, lorsque la déclaration de volonté est à destination indéterminée, comme celle en matière de promesse de récompense, le législateur impose une formalité de publicité afin que la déclaration puisse générer des obligations²⁰. Mais si la déclaration de volonté a eu une destination déterminée, elle produit effet à l'égard de son auteur dès qu'elle est parvenue à la connaissance du destina-

17. Cependant M.-A. Rieg attribue la paternité de cette théorie à l'allemand J. Kuntze dont l'ouvrage intitulé *Die Lehre von den Inhaberpapieren* est publié à Leipzig en 1807, c'est-à-dire à une date antérieure à celle de l'ouvrage de H. Siegel parue en 1873 à Berlin.

18. M. Bagbag, *op. cit.*, p. 46.

19. On lit parmi les annotations faites par Santillana, dans l'avant-projet du Code, en marge de l'article 18 que « l'expression est dominée par l'intention. Il faut donc que l'intention de s'obliger soit sérieuse, qu'elle ne soit pas exprimée par plaisanterie, ni accompagnée d'une formule dubitative, telle que "s'il plaît à Dieu" ».

20. M. Bagbag, *Thèse préc.*, p. 156. L'auteur se réfère aux articles 19 à 21 du C.O.C.

rière²¹. Cette solution prévue à l'article 22 est d'ailleurs consolidée par les termes de l'article 24 qui donnent valeur juridique à cette volonté conformément à son expression apparente. Ils excluent de son domaine « les réserves ou restrictions qui ne sont pas portées à la connaissance de l'autre partie ». On s'écarte sensiblement de la volonté réelle pour n'accorder valeur juridique qu'à la volonté déclarée. L'impératif de sécurité attaché à la conception objective de l'obligation, justifie une telle position.

Le rejet du système volontariste implique-t-il alors l'exclusion, par le législateur tunisien de 1906, de l'influence française en matière de déclaration unilatérale de volonté?

2° L'étendue de l'inspiration

11.- S'il est indéniable qu'en matière de déclaration unilatérale de volonté, l'inspiration avait porté principalement sur le droit allemand, la question se pose toujours de savoir si la commission chargée de la rédaction du Code avait eu l'intention d'exclure l'influence française. Le questionnement est *a priori* étonnant voire superflu pour plusieurs raisons. D'abord, le projet préliminaire du Code contenait une liste des sources de l'obligation conforme à celle prévue dans le Code civil. En ajoutant dans l'avant-projet la déclaration de volonté parmi les sources, l'éloignement de l'influence française commence à prendre forme. Ensuite, la déclaration solennelle du rapporteur de la commission de compléter ou de modifier le droit français par « le droit européen », peut accréditer cette tendance. Enfin, la doctrine française était, au moment de la rédaction du Code tunisien, quasi unanime sur le bien-fondé du système volontariste du Code civil qui assigne à l'obligation un caractère éminemment subjectif, liée à la personne des obligés et à leur volonté.

Cependant, nous pensons que l'adjonction d'une source non prévue par le Code civil français, n'a pas eu pour effet l'exclusion de l'influence française sur les rédacteurs du Code tunisien des obligations et des contrats. À l'appui de cette affirmation, des arguments de forme et de fond peuvent être invoqués.

Sur la forme, la référence à la doctrine française est toujours présente dans le paragraphe réservé à la déclaration unilatérale de volonté de l'avant-projet. Elle est même plus étoffée que celle du projet préliminaire. On y lit en effet les noms de Toullier, Demolombe, Aubry et Rau et Dalloz. Le Code civil y figure par une mention faite à son article 1103. Il est vrai que

21. La nuance doit être cependant faite selon que le destinataire est présent ou absent. Dans le premier cas, l'article 27 précise que « l'offre faite à une personne présente, sans fixation de délai, est non avenue, si elle n'est acceptée sur-le-champ par l'autre partie ». Dans le second cas, ce sont les articles 28 à 30 relatifs au contrat par correspondance qui s'appliquent.

cette référence n'indique pas que l'engagement unilatéral de volonté a été puisé dans les écrits de ces auteurs français, ni dans celui de l'article 1103 du Code civil. Mais il reflète un état d'esprit, celui que le droit français n'est pas hostile au concept de l'engagement unilatéral.

Quant au fond, il est fort probable qu'on soit tenté d'exclure l'influence française puisque le Code civil n'énumère pas la déclaration de volonté parmi les sources de l'obligation. Or cet argument n'est pas fondé. Car comme le souligne fort bien le destinataire de ces lignes, « ce silence ne vaut pas forcément prohibition »²². En outre, il n'est pas certain que le rédacteur de l'avant-projet ait songé à cette solution, surtout qu'il a continué à faire mention de la doctrine et du Code civil français quand il a traité « de la déclaration unilatérale de volonté ».

12.— Santillana avait bien compris que le Code civil français, dans son esprit général, n'est pas hostile à la notion de « déclaration de volonté ». Le fait de s'être expressément référé à l'article 1103 qui, on le sait, traite des contrats unilatéraux, l'illustre fort bien. Cette référence est une manière habile et discrète du rédacteur pour dire à ceux qui résistent encore à la réception de l'engagement unilatéral de volonté, que celui-ci a, lorsqu'il est adressé à une personne déterminée, la même portance que l'engagement de nature contractuelle. Ainsi aucune dissemblance n'existe entre la remise de dette et l'offre de contracter puisque l'une comme l'autre émane de la volonté d'une seule personne. Et lorsque l'offre est acceptée par le destinataire, l'offrant sera tenu, comme l'auteur d'un engagement unilatéral, mais en vertu d'un contrat²³. Par ailleurs, on serait peut-être tenté de reprocher au rédacteur du Code tunisien de n'avoir pas utilisé un argument textuel plus décisif qui rappelle les engagements unilatéraux²⁴, comme celui de l'article 2184 qui fait état de l'offre de purge que l'acquéreur de l'immeuble adresse aux créanciers hypothécaires. Mais très vite le reproche ne résiste pas, car la réglementation

22. Ph. Jestaz, « L'engagement par volonté unilatérale », in *Les obligations en droit français et en droit belge : Convergences et divergences*, Bruylant-Dalloz, 1994, p. 6.

23. Plus tard, la doctrine française a développé cette idée. Ainsi, M.-A. Sériaux soutient que « le clivage entre l'engagement unilatéral et l'engagement bilatéral ne repose la plupart du temps sur rien de certain. Le premier ne peut alors recouvrer son originalité par rapport au second que dans les situations plutôt rares où le destinataire de la promesse est inconnu du promettant, qui ne s'adresse ainsi à personne en particulier ou, ce qui revient au même, qui se borne à prendre à témoin le foule anonyme de sa volonté de s'engager solitairement ».

24. V., L. Aynès, « Rapport introductif », in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, p. 3. L'auteur dresse un tableau des actes unilatéraux en distinguant entre les actes unilatéraux autonomes et ceux dans un contexte contractuel. De sa part, Ph. Jestaz précise que dans le Code civil, « certains actes unilatéraux, bien que n'engageant pas directement, déclenchent l'application d'un statut légal emportant obligation. Celui qui accepte la succession prend le passif à sa charge, celui qui reconnaît un enfant naturel assume une obligation alimentaire », *op. cit.*, p. 6.

de l'hypothèque, déjà prévue dans le Code foncier de 1885²⁵, se trouve du coup en dehors de son domaine d'investigation.

Mais Santillana n'avait pas besoin de dévoiler ses idées sur l'engagement unilatéral de volonté dans le Code civil français. Néanmoins, il s'était contenté de dire que « partout où [la commission] l'a jugé utile, elle a complété ou modifié le droit français par ce qu'on peut désormais appeler le droit européen ». Donc, il ne s'agit pas d'exclusion comme l'affirment certains²⁶ ! Toute la question est simplement de savoir s'il s'agit d'un complément, d'une modification ou bien des deux à la fois. Le second terme de l'alternative est ici, nous semble-t-il, plus défendable.

En fin de compte si l'adjonction d'une nouvelle source dans le Code tunisien des obligations et des contrats (C.O.C.) a été, certes, le fruit d'une inspiration musulmane et germanique, elle n'a pas en revanche, impliqué l'exclusion de l'influence française, si minime soit-elle. Peut-on tenir le même raisonnement à propos de l'exclusion de la loi comme source d'obligation ?

B. — L'EXCLUSION D'UNE SOURCE : LA LOI

13.— L'article 1^{er} du Code tunisien des obligations et des contrats ne prévoit pas, parmi la liste qu'il établit, la loi comme source d'obligation. Il ne s'agit pas là d'une simple omission, mais d'un choix délibéré du rapporteur de la commission de rédaction du Code. Deux raisons nous paraissent déterminantes dans ce choix. La première est historique, liée au contexte social et politique de la Tunisie (1°) ; alors que la seconde est purement rationnelle, propre au rédacteur du Code (2°).

1° La raison historique

14.— Dans un pays musulman comme la Tunisie, le mot « loi » peut, dans l'esprit des rédacteurs du Code, avoir un sens large susceptible d'englober le droit musulman²⁷ en tant que « système cohérent permettant d'établir

25. Il est promulgué par le Bey le 1^{er} juillet 1885. Selon M.-K. Charfeddine : « ce Code est un mélange inédit de droit australien, français, musulman et prussien. Sa cohérence a été pourtant établie et ses dispositions survivent jusqu'à nos jours. Il fut même un modèle que la France fera circuler au Maroc, au Liban, en Syrie et dans plusieurs pays africains francophones. Avec le Code foncier, la Tunisie entra, en matière civile, dans l'ère de la codification effective », *op. cit.*, p. 424, n° 8.

26. M. Bagbag, *Thèse préc.*, pp. 56 et s.

27. V. L. Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, 1953, pp. 97 et s. L'auteur parle d'ordre légal qui comprend les sources originelles (le *Coran* et la *Sunna*) et les sources dérivées (*Idjma'* et *Kiyas*).

le droit positif »²⁸. Cette tendance à la confusion entre le droit musulman et le droit positif est de nature à compromettre le but poursuivi par le protectorat français qui cherche à doter le pays colonisé d'une législation moderne²⁹. Or mettre la loi parmi les sources de l'obligation, conduit, notamment en cas du silence du Code sur une question de droit, à appliquer purement et simplement le droit musulman. Certes, celui-ci a été pris en considération lors de l'élaboration du Code³⁰, mais on ne veut pas par cette brèche qu'il continue à alimenter directement le droit des obligations. D'ailleurs, on est tenté de voir dans la rédaction de l'article 535 du C.O.C. la confirmation de cette tendance à l'exclusion : « Lorsqu'un cas ne peut être décidé par une disposition de la loi, on aura égard aux dispositions qui régissent les cas semblables ou des matières analogues; si la solution est encore douteuse, on décidera d'après les règles générales de droit ». Il est vrai que ce texte a été interprété différemment par la doctrine tunisienne. Certains y voient l'une des dispositions du Code qui ne s'adresse pas au juge mais plutôt à la doctrine au sens musulman du terme, c'est-à-dire à celle qui faisait office de législateur³¹. D'autres se basant sur les sources musulmanes de ce texte, notamment le Code Ottoman, considèrent en revanche que ledit texte autorise, par le biais du raisonnement par analogie, le retour au droit musulman³². Quelle que soit l'interprétation qu'on serait tenté de donner à l'expression « les règles générales de droit »³³, il est évident que le silence observé, dans cet article, à l'égard du droit musulman pour combler une lacune d'un texte écrit, s'explique par la prudence adoptée durant l'élaboration du Code afin de mener à bien la codification projetée. L'exclusion de la loi de la liste des sources n'est pas étrangère à cette attitude de prudence qui a animé les rédacteurs du Code.

28. V., S. Mellouli, *Introduction à l'étude du droit*, Pub. IORT, Tunis, 2000, p. 28. À la question du rôle joué par le droit musulman vis-à-vis du droit positif, l'auteur énumère trois tendances. La première établit une séparation entre le droit musulman et le droit positif, la deuxième fait du droit musulman le fondement du droit positif et enfin la troisième confond droit musulman et droit positif.

29. Parlant de la législation tunisienne sous le protectorat, N. Ben Ammou observe qu'« elle s'inscrit dans un mouvement de rupture avec le système qui était en place, le droit musulman », in *La doctrine tunisienne de droit privé de l'aube du XX^e siècle à la veille du XXI^e siècle*, publiée dans la collection « Forum des juristes » n° 8 *préc.*, pp. 110 et s.

30. V., M.-K. Charfeddine, *op. cit.*, p. 421, n° 18.

31. M. Charfi, *Introduction à l'étude du droit*, CERP, Tunis, 1983, pp. 229 et s.

32. M.-L. Hachem, *Introduction à l'étude du droit*, Cours polycopié de droit civil pour la 1^{re} année de la licence en droit, 1987-1988, Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis, p. 162 et s.; M.-K. Charfeddine, *Droit civil, La théorie générale, les personnes, la preuve des droits subjectifs*, IORP, 2002, pp. 154 et s. Se montrant plus conciliant, l'auteur pense que les termes « règles générales de droit » doivent être entendus comme prônant, en cas de silence du texte, le retour au droit musulman qui a été l'une des sources matérielles les plus importantes du Code tunisien.

33. Pour une synthèse des controverses doctrinales sur la question, v., M.-M. Bouguerra, « Le juge tunisien et le droit du statut personnel », *AJT* 2000, n° 15, pp. 97 et s.

2^e La raison rationnelle

15.- L'exclusion de la loi de la liste des sources semble être une position personnelle de Santillana, qui s'ajoute à la raison typiquement locale, propre à la Tunisie. La volonté d'exclure le droit musulman, en tant que source formelle, n'est qu'un facteur favorisant la consécration de l'opinion du rédacteur du Code sur les sources de l'obligation. En effet, tous les codes³⁴ desquels il s'est inspiré citent la loi parmi les sources de l'obligation. Et pourtant, sa position reste inchangée depuis l'établissement du projet préliminaire en 1897, et l'avant-projet en 1899 jusqu'à la promulgation du C.O.C. en 1906.

Initialement envisagée par Pothier et reprise par les rédacteurs du Code civil, la classification qui a fait de la loi la cinquième source de l'obligation, a été rejetée par Santillana. Dans l'avant-propos, celui-ci a eu l'occasion d'insister sur « l'utilité sociale » de la loi. « Elle doit, dit-il, comme l'État dont elle est l'expression, supprimer le mal, et promouvoir le bien ». Et lui-même d'ajouter que « cette fonction sociale et morale, la Loi l'accomplit en empêchant les hommes de réaliser un avantage indu aux dépens l'un de l'autre ». Ces extraits expriment bien les idées du rapporteur de la commission qui veut assigner à la loi une place autre que celle prévue par Pothier et consacrée par le Code civil. A-t-on à peine besoin d'affirmer que cette place doit être supérieure à celle des sources de l'obligation. La raison en est tout simplement que la loi est plus qu'une source, elle est en effet créatrice de sources.

16.- Or la présentation des sources dans le Code civil, au même titre que celle de Pothier³⁵, relègue la loi à un rang inférieur à celui des autres sources. Elle accorde surtout une place de choix aux conventions en tant que source importante de l'obligation. Cette présentation d'essence libérale a faussé l'analyse et, dans une certaine mesure, dérouté une partie de la doctrine. En effet, telle qu'elle est exposée dans le Code français, on comprend que le législateur opère une distinction malvenue entre les sources : les contrats d'une part, et les autres sources y compris la loi, de l'autre. Ainsi, Planiol³⁶ considère que le contrat et la loi sont les seules sources de l'obligation. Son raisonnement, qui est, du reste, discutable, a été favorisé par l'opposition très nette entre la volonté individuelle et la volonté de l'État. Pour lui en effet, la loi est une source sous l'égide de laquelle doivent se ranger les sources inclassables, à savoir le délit, le quasi-délit et le quasi-contrat. Mais cette manière de penser qui rappelle celle de Toullier³⁷, de Larombière³⁸ et

34. Pour la liste des Codes européens, v., Sanhoury, *op. cit.*, pp. 27 et s.

35. R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Pub. Jur., 1883, p. 3, n° 2. Il fait de la loi la cinquième source.

36. M. Planiol, « Classification des sources des obligations », *Rev. crit. lég. et jur.* 1904. 224.

37. C.-B.-M. Toullier et J.-B. Duvergier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, J. Ronouard et Cie, Vol. 3, 2^e partie, n° 3 et s.

38. M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, Tome VII, Paris, 1885, p. 390.

de Grandmoulin³⁹, exclut le contrat de l'emprise de la loi. Or le contrat n'a de valeur juridique et ne produit son effet que parce que le législateur le veut.

Plusieurs auteurs sont unanimes pour critiquer la distinction des sources proposée par Planiol, mais ils ne sont pas allés jusqu'au bout du raisonnement. Il est indéniable en effet que sa classification repose sur un esprit ancré dans la tradition libérale : la loi doit être au service de la volonté individuelle créatrice d'obligations ; et partant, celle-ci doit être mise au moins sur un pied d'égalité avec la loi. Or une telle conception n'a pas pu résister devant la réalité des choses, et on soutient aujourd'hui qu'elle repose sur le mythe de l'autonomie de la volonté.

17.— Cette remise en cause du système libéral a eu pour effet de reconnaître la suprématie de la loi par rapport non seulement au contrat, mais aussi aux autres sources de l'obligation.

Cette nuance a été bien perçue par Santillana. Sans le dire ouvertement dans son avant-propos, le silence observé dans l'article 1^{er} du C.O.C., à propos de la loi, en est révélateur. L'énumération y étant limitative, le silence équivaut à une exclusion de la loi de la liste des sources. Faut-il en déduire qu'elle n'est pas une source d'obligation ?!

La réponse négative ne fait pas l'ombre d'un doute. En effet, ce n'est pas parce qu'elle n'a pas été prévue dans la liste des sources qu'elle n'en est pas une. Pour mieux saisir la portée de cette affirmation, il faut admettre que la loi joue un double rôle, celui de création de sources et celui, plus direct, de création d'obligation. Si ce dernier rôle a été admis par les auteurs et repris par certains codes, le premier a été souvent négligé.

En gardant le silence à propos de la loi en tant que créatrice de sources, Santillana veut montrer, à sa manière discrète, l'inutilité d'une telle mention. Étant à l'origine des sources, la loi ne doit pas figurer parmi les sources qu'elle crée. Et si elle crée les sources de l'obligation, elle est, à plus forte raison, en mesure de créer directement des obligations. Cela n'est nullement fantaisiste de la part du législateur dès lors que, dans certains cas, la création de ces obligations s'impose, alors que leur rattachement à l'une quelconque des sources créées, est impossible à faire⁴⁰.

Enfin, l'exclusion de la loi de la liste des sources établie à l'article 1^{er} peut avoir une autre justification. En effet, même si certaines obligations naissent directement de la loi, leur mise en œuvre nécessite toujours l'action

39. J. Grandmoulin, *Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, Thèse Rennes, 1892, p. 1.

40. Il faut dire que ce rôle assigné à la loi n'était pas à l'ordre du jour de la codification. Celle-ci doit « laisser de côté... les matières relevant soit du statut personnel, soit du régime de la propriété foncière » ; or c'est dans ces matières que la loi intervient directement dans la création des obligations, telles que, pour reprendre les exemples cités par l'article 1370 C. civ., celles entre propriétaires voisins, ou celles des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée.

humaine, un fait ou un acte juridique⁴¹. Ainsi, les obligations inhérentes au voisinage découlent du fait matériel de la contiguïté⁴²; l'obligation de l'héritier de payer les dettes de son auteur provient aussi bien d'un fait : le décès, que d'un acte juridique : l'acceptation de la succession⁴³. L'on est enclin, dès lors, de conclure à l'inutilité de l'énumération de la loi comme source d'obligation puisque, en toute hypothèse, le recours aux sources créées est indispensable à la concrétisation des obligations légales.

18.— Ce raisonnement aboutit à constater le rôle prépondérant de la loi, voire sa suprématie par rapport aux différentes sources de l'obligation. Du coup, la classification retenue par le législateur tunisien se met en porte à faux avec les grandes tendances doctrinales du XIX^e siècle. La première soutenue par Toullier, avance l'idée que les sources sont au nombre de deux : la loi et la volonté. La deuxième défendue par Duranton et Laurent, considère que la loi est à la fois source médiate de toutes les obligations et source immédiate de certaines obligations. En revanche, il semble qu'elle se rapproche d'une troisième tendance retenue par Marcadé⁴⁴ et Demolombe⁴⁵ qui soutiennent que la loi est l'unique source médiate de toutes les obligations, que le fait juridique (*lato-sensu*) en est la source immédiate.

Contrairement à ce qu'on pourrait penser, l'exclusion de la loi de la liste des sources a permis de rectifier l'analyse faite sur la théorie des sources de l'obligation, comme le montre l'appréciation de la nouvelle classification adoptée par le législateur tunisien.

II. — L'APPRÉCIATION DE LA NOUVELLE CLASSIFICATION DES SOURCES

19.— La classification retenue par le Code tunisien permet de doter les sources d'une certaine autonomie (A). Elle est, en outre, la classification la mieux adaptée à celle retenue par la doctrine moderne (B).

41. *Ibid.*, p. 23. Citant Bonnetcase (Supplément, I, n° 375 s.; II, n° 433 s.), Carbonnier affirme que « seule la loi a le pouvoir de modifier l'ordonnement juridique, spécialement de créer des obligations; mais, à elle seule, elle resterait inerte, elle a besoin d'être mise en mouvement soit par un acte soit par un fait juridique ».

42. V., art. 168 et s. du Code des droits réels.

43. V., art. 241 du C.O.C.

44. V., V. Marcadé, *Explications théorique et pratique du Code civil*, 7^e éd., Tome V, Paris, 1873, p. 252. Pour lui, la loi joue le même rôle dans toutes les obligations car à la base existent des circonstances qui engendrent « un engagement naturel, un engagement de conscience, engagement que la loi vient approuver, sanctionner et transformer en obligation civile ».

45. G. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Tome XXXI, 1882, n° 14 et 15.

A. — L'AUTONOMIE DES SOURCES

20.— L'étude de la classification des sources telle qu'elle se dégage du Code des obligations et des contrats, montre qu'elle est originale à plus d'un titre. L'originalité tend à faire apparaître l'autonomie des sources qui sera perçue tant au niveau de leur existence qu'à celui de leur fondement.

1^{re} L'autonomie des sources perçue à travers leur existence

21.— a) Tout d'abord, au niveau de la présentation des sources, le législateur a abandonné la distinction adoptée par le Code civil entre les obligations conventionnelles et les engagements qui se forment sans convention. En effet, après avoir énuméré les différentes sources dans l'article 1^{er}, le législateur tunisien a consacré tout le titre 2 du Livre 1^{er} pour l'examen détaillé de chaque source. À cet effet, il a réservé au contrat et à la déclaration unilatérale de volonté le chapitre 1^{er} intitulé « Des obligations qui dérivent des conventions et autres déclarations de volonté », aux quasi-contrats le chapitre 2, et enfin, il a réuni dans le chapitre 3 « [Les] obligations provenant des délits et des quasi-délits ».

Le Code tunisien est, à notre connaissance, le premier à avoir adopté une telle classification. Il se distingue aussi des autres codes, qui l'ont inspiré, pour avoir assigné aux sources un article à part, à savoir l'article premier qui, de surcroît, forme la seule disposition du titre 1^{er} du Livre 1^{er}. Outre le mérite d'être complète, en ajoutant à la liste des sources la déclaration unilatérale de volonté, cette nouvelle classification a placé toutes les sources sur un pied d'égalité. En effet la loi, n'y étant pas mentionnée, joue à leurs égards le même rôle, celui de création de sources. Deux conséquences peuvent en découler. La première montre que la volonté, classée par la doctrine libérale au même rang que la loi, retrouve sa place parmi les autres sources. La suprématie du contrat par rapport aux autres sources est alors écartée. La seconde permet de constater que celles-ci, qui selon certains auteurs⁴⁶ n'ont pas d'existence propre, reçoivent par contrecoup une autonomie au même titre que la volonté. Cette position du législateur tunisien vient repousser la conception d'une partie de la doctrine française qui soutient, à l'instar de Toullier, qu'en dehors du contrat, les obligations « ne peuvent devoir leur naissance qu'à la toute puissance de la loi, dont les commandements sont obligatoires pour tous les sujets »⁴⁷. Le rejet d'une telle conception signifie

46. Pothier a introduit la loi dans la liste des sources afin d'englober toutes les sources inclasables. V., N. Gomaa, *Théorie des sources de l'obligation*, LGDJ, 1968, n° 210, p. 186.

47. C.-B.-M. Toullier, *op. cit.*, n° 6. Dans le même sens, Planiol dira plus tard qu'« en dehors des obligations contractuelles, il n'y a que des obligations légales... Une obligation délictuelle, quasi délictuelle ou quasi contractuelle n'est jamais autre chose que la transformation en argent d'une obligation légale préexistante, qui n'a pas été exécutée », *op. cit.*, p. 233.

que pour le législateur tunisien l'inexécution d'une obligation quelle qu'en soit la source, correspond à la violation d'une obligation légale.

22.- b) Ensuite, l'originalité de la liste des sources s'apprécie au regard du droit musulman à un double point de vue qui est de nature à conforter le constat sur l'autonomie des sources.

Le premier a trait aux quasi-contrats. Le droit musulman n'accorde pas le même intérêt aux différents types de quasi-contrats. En effet, s'il admet que le paiement de l'indu et, dans certains cas, l'enrichissement sans cause, soient une source d'obligation, il refuse d'accorder à la gestion d'affaires le même effet⁴⁸. La raison en est que le gérant est présumé animé d'une intention libérale⁴⁹. En faisant intégrer tous ces cas de figure sous la rubrique des quasi-contrats, le législateur tunisien a voulu rompre avec le caractère casuistique du droit musulman pour ériger cette rubrique en une véritable et autonome source d'obligation. Bien que le caractère casuistique du droit musulman ne se réduise pas aux seuls quasi-contrats et touche les divers aspects du droit en général, il n'en demeure pas moins que l'effort déployé en la matière constitue un indice révélateur de la volonté des rédacteurs du Code d'œuvrer pour l'unité de la notion.

Le second point de vue à propos duquel s'apprécie l'originalité de la classification, porte sur le délit et le quasi-délit. Cette distinction, depuis longtemps contestée⁵⁰, a été maintenue par le législateur tunisien. Ce maintien a été aussi favorisé par l'influence du droit musulman. En effet, après avoir fait nettement la distinction entre la faute intentionnelle (par commission) de l'article 82, et la faute non intentionnelle (par omission) de l'article 83, le législateur tunisien en tire la conséquence au niveau de l'article 107 *in fine*. Il précise que « le tribunal devra d'ailleurs évaluer différemment les dommages selon qu'il s'agit de la faute du débiteur ou de son dol ». Même si dans la pratique, cette distinction n'a pas un grand intérêt, il n'en demeure pas moins que sur le plan théorique, elle confère à la réparation un aspect sanctionnateur, dont l'étendue sera fonction de la gravité de la faute commise. Il semble que le rédacteur du Code y ait trouvé un motif supplémentaire pour maintenir la distinction entre le délit et le quasi-délit.

48. Pour plus de développement, v., A. Sanhoury, *op. cit.*, pp. 69 et s.

49. Étant simple, la présomption peut être combattue par la preuve que cette ingérence était justifiée par un état de nécessité. Dans ce cas une action en restitution peut être accordée. Il en est ainsi de tout copropriétaire qui a été contraint de gérer l'affaire de son copropriétaire. V., Ch. Chehata, *op. cit.*, p. 166.

50. V., M. Planiol, *op. cit.*, pp. 234 et s. Après avoir relevé qu'en droit romain, les obligations délictuelles correspondent aux *quasi ex delicto*, alors que les quasi-délits sont extraits des *delicta privata* prévus par la loi *Aquiliana*, l'auteur affirme que « c'est encore Heineccius qui est l'inventeur de cette catégorie nouvelle. Comme interprétation du droit romain, son idée est tout à fait fautive; et elle n'est pas plus exacte si on l'applique au droit français, car les articles 1382 et 1383 ne font aucune distinction entre les délits et les quasi-délits ».

2° L'autonomie des sources perçue à travers leur fondement

23.- a) La classification du Code repose sur une répartition fondée sur les obligations licites et volontaires englobant le contrat et la déclaration unilatérale de volonté, d'une part, et les obligations illicites volontaires constituées par les délits et involontaires renfermant les quasi-délits, d'autre part. *Quid* alors des quasi-contrats ?

En s'abstenant de donner une définition du quasi-contrat, le législateur tunisien a évité le piège dans lequel est tombé son homologue français⁵¹. Aussi, il a voulu marquer l'autonomie du quasi-contrat par rapport aux autres sources. Se trouvant, sur le plan de l'agencement, au milieu des sources indiquées, le quasi-contrat emprunte à la première source le caractère licite, et à la dernière source sa nature juridique en tant que fait involontaire⁵². Il faut reconnaître que la suppression de la loi de la liste des sources a permis de trancher le débat sur l'origine du rapport quasi-contratuel. Car s'il est possible de constater que l'auteur d'un fait illicite est toujours tenu juridiquement à raison d'un délit ou d'un quasi-délict, il n'en est pas de même, comme l'observe J. Honorat⁵³, pour le cas d'un fait licite puisqu'il ne lie pas son auteur, sauf s'il présente un caractère supplémentaire précisé par la loi ou les mœurs. Dans le cas du contrat, c'est l'existence chez les parties, d'une volonté de s'engager. Mais dans le cas des quasi-contrats, le caractère supplémentaire est constitué par l'enrichissement injuste. D'ailleurs, dans son avant-propos, Santillana précise que la loi accomplit la fonction sociale et morale « en empêchant les hommes de réaliser un avantage indu aux dépens l'un de l'autre ». Encore faut-il observer que le projet préliminaire du Code avait prévu dans son article 2, qui était consacré à l'établissement de la liste des sources, les « quasi-contrats ou enrichissements indus » parmi ces sources. Son choix de supprimer l'expression « ou enrichissements indus » de l'avant-projet, peut se justifier par le souci du rédacteur de ne pas mélanger la source et son fondement.

Sans nous attarder sur l'appréciation de ce choix⁵⁴, les quasi-contrats font naître ou bien une obligation à la charge du tiers (le cas de l'*accipiens* qui

51. V., art. 1370 C. civ.

52. L'article 1371 C. civ. définit les quasi-contrats comme « les faits purement volontaires de l'homme... ». Cette définition est critiquable puisque le fait volontaire est celui qui fait naître des obligations voulues et recherchées par son auteur. Or, en matière de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, les obligations nées ne sont pas voulues par les obligés.

53. J. Honorat, « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD civ.* 1969. 669.

54. Mais ce choix peut, aussi, s'expliquer par un changement dans la conception de Santillana qui s'était rendu compte, à l'occasion de la rédaction de l'avant-projet, que ce fondement, qui implique que les restitutions ne doivent dépasser ni le montant de l'enrichissement de l'une des parties ni l'appauvrissement de l'autre, cadre mal avec les applications particulières de la gestion d'affaires (art. 1185 du C.O.C. qui impose au maître d'indemniser le gérant de ses avances, dépenses et pertes) et du paiement de l'indu (art. 80 du C.O.C. selon

devient débiteur) ou bien un engagement réciproque des deux parties (le cas de la gestion d'affaires). C'est pourquoi le législateur tunisien a classé les types de quasi-contrats selon leurs effets. En effet, il a envisagé le paiement de l'indu et l'enrichissement sans cause dans un chapitre à part, inséré dans le Livre 1^{er} relatif aux obligations en général, alors que la gestion d'affaire est traitée dans le titre VII réservé au mandat et plus précisément dans le chapitre IV intitulé « Des quasi-contrats analogues aux mandats de gestion d'affaires ». C'est dire que, loin d'être une répartition désordonnée des types de quasi-contrats comme le soutient M. M. Zine⁵⁵, elle repose, en revanche, sur une vision claire et un raisonnement bien mûri de la part du rédacteur du Code. Pour lui en effet, le rapprochement du quasi-contrat avec le contrat peut se faire mais au stade de l'effet de la source et non au stade de sa formation. C'est donc parce que la gestion d'affaire produit des effets analogues au contrat qu'il l'a coupée des autres quasi-contrats pour lui assigner une place adjacente à celle du mandat.

Il est certain que Santillana a eu présent à l'esprit la controverse doctrinale sur le fondement des quasi-contrats. Mais la classification adoptée rompt avec toute idée tendant à expliquer les quasi-contrats par le recours au contrat. Pour lui en effet, ceux-ci étant l'œuvre de la loi, ne peuvent pas trouver leur justification dans une autre source, fût-ce le contrat lui-même. Ce faisant, Santillana a eu le mérite de prendre conscience, bien avant Planiol et Vizioz, de l'incohérence et du caractère artificiel de la théorie classique qui fonde le quasi-contrat sur l'idée de contrat fictif. Son mérite est d'autant plus grand qu'il a su éviter les écueils adressés aujourd'hui à Planiol, en présentant une classification qui montre que toutes les sources y compris la convention ont la loi pour seule et identique origine.

24.- b) L'autonomie des sources résulte de la délimitation par la loi de leurs domaines respectifs. Mais cette délimitation qui marque l'indépendance de chaque source, n'a pas été conçue par le législateur tunisien comme une sorte d'enclave difficile à franchir. Tout au contraire, les applications légales prévues pour chaque source, ne le sont qu'à titre indicatif comme en matière de quasi-contrats, ou à titre de réglementation spécifique à un cas particulier comme la promesse de récompense pour la déclaration unilatérale de volonté. Ainsi malgré la diversité des situations créées, chacune d'entre elles doit être rattachée à l'une des sources prévues par l'article 1^{er} du C.O.C., même si elle n'a pas été expressément citée par le législateur⁵⁶.

lequel l'accipiens de mauvaise foi est tenu de la perte de la chose par cas fortuit) qui assignent à la dette des parties une étendue dépassant les limites strictes de l'enrichissement et de l'appauvrissement corrélatif.

55. M. Zine, *La Théorie générale des obligations : le contrat*, Imp. Elwafa, Tunis, 1993, p. 31 (en arabe).

56. À propos de la déclaration unilatérale de volonté, S. Youssef-Babai a observé que « lorsque le législateur (tunisien) met l'acte unilatéral au rang des sources d'obligations, à côté des conventions (art. 1^{er} du C.O.C.), il est permis d'en déduire que la volonté unilaté-

B. — LA PORTÉE DE LA CLASSIFICATION

25.— Un examen attentif des sources énumérées à l'article 1^{er} du C.O.C. montre que celles-ci ont un support commun, celui de l'action humaine. Que l'action revête la forme d'un acte ou d'un fait juridique, licite ou illicite, volontaire ou involontaire, la loi en fait une source à part et bien distincte des autres. C'est pourquoi il est précisé à cet article que les engagements prennent leurs sources dans les conventions et autres déclarations de volonté, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits. Il en résulte que le législateur tunisien a su conserver la classification romaine de Justinien en la complétant par l'insertion de la déclaration unilatérale de volonté, et de celle de Pothier en supprimant la loi de la liste des sources que celui-ci a proposée.

26.— Outre qu'elle est complète, la classification du C.O.C. a le mérite de s'accorder avec la dernière tendance en date de la classification des sources. Celle-ci propose de simplifier les sources en distinguant les actes et les faits juridiques⁵⁷. Elle part de l'hypothèse que la loi joue le même rôle à l'égard de l'acte juridique, du quasi-contrat, du délit et du quasi-délict⁵⁸. Elle fixe leur fondement, leur domaine et leur limite. Bref, c'est la loi qui engendre les obligations « par l'intermédiaire d'actes et de faits juridiques ». Les tenants de cette classification déterminent les composantes de chaque source. Ils précisent que pour l'acte juridique, il résulte ou bien de la rencontre de deux volontés auquel cas il revêt la forme d'un contrat, ou bien de la manifestation d'une seule volonté et on parle d'engagement unilatéral de volonté. Pour les faits juridiques, ils proposent différentes distinctions dont les plus importantes reposent soit sur le caractère volontaire ou involontaire de l'événement, soit sur le caractère licite ou illicite de l'agissement. Malgré cette diversité, les défenseurs de cette nouvelle classification citent à peu près les mêmes exemples notamment la naissance, la mort, le voisinage, le délit, le quasi-délict et quelques applications de quasi-contrat. Il en découle que cette nouvelle classification n'est autre qu'une nouvelle lecture et une ingénieuse répartition des causes de l'obligation proposée depuis fort longtemps par la doctrine.

27.— En supprimant la loi de la liste des sources, le législateur tunisien a implicitement mais nécessairement compris que la fonction inhérente à la loi doit être indépendante de celle inhérente aux causes de l'obligation. Ce n'est pas un pur hasard que le titre 1^{er} du Livre 1^{er} s'intitule « Des causes des

rale ne peut avoir de frontières que celles que la loi lui impose expressément. On ne peut de ce fait la cantonner dans un domaine précis. Elle peut intervenir pour modifier la situation juridique des individus sans la permission expresse de la loi, et toutes les fois où son intervention s'avère utile. Aussi, la variété des actes unilatéraux est-elle en principe illimitée. Ce serait des actes *innommés* », *op. cit.*, n° 215, p. 270.

57. Pour une étude détaillée, v., N. Gomaa, *op. cit.*, pp. 199 et s.

58. G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, Tome 1, *Les sources*, Sirey, 1988, p. 19.

obligations ». Bien que l'expression soit usitée indifféremment par la doctrine classique⁵⁹, le législateur tunisien semble avoir combattu cette indifférence terminologique pour annoncer que la loi est l'unique source des obligations qui seront engendrées par l'une des causes prévues à l'article 1^{er}.

En réalité, cette corrélation entre la loi en tant que source d'une part, et le contrat ou l'engagement unilatéral de volonté, le quasi-contrat et le délit ou le quasi-délit en tant que causes de l'obligation d'autre part, s'explique par le rapport qui existe entre le droit objectif et le droit subjectif. Celui-ci « puise sa force au fond dans la règle de droit objective, de sorte qu'il a toujours sa source dans la loi, (mais) sa naissance suppose un élément concret qui, dans un cas particulier, déclenche l'application de la règle objective, élément qui peut être qualifié de source du droit subjectif »⁶⁰. Cet élément générateur de droit est donc soit un acte juridique, soit un fait juridique. Or cette distinction correspond parfaitement à la classification retenue par le législateur tunisien. Entrent par conséquent sous la coupe de l'acte juridique le contrat et autres déclarations de volonté, alors que les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits seront rangés dans la catégorie des faits juridiques.

28.— Outre l'avantage de la simplicité et de la clarté, la distinction entre l'acte et le fait juridique permet d'englober les événements et faits matériels qui échappent à la volonté des individus et auxquels la loi attache des effets de droit, comme la parenté et le voisinage. Mais du fait qu'elles sont liées à l'action humaine, les sources énumérées au Code sont inaptes à pouvoir les engendrer. Ce constat doit-il, alors, justifier l'insertion de la loi comme source directe et immédiate de l'obligation ? Pour le législateur tunisien la réponse est négative.

Il est incontestable qu'en dehors de toute action humaine, la loi crée des obligations se rapportant à diverses matières, telles que le droit de la famille (la pension alimentaire, la parenté...), le droit des personnes (la tutelle, la mort...) et le droit des biens (les servitudes légales...). Ce sont donc des obligations qui tiennent leur source de la loi elle-même. Différentes considérations d'ordre moral, social ou d'équité peuvent justifier la création de ce genre d'obligation. Si, en cette matière, le rôle de la loi est de prévoir les causes de l'obligation qui dépendent des comportements de l'individu, il est logique qu'elle s'attribue, dans certains cas, le double rôle d'être en même temps source et cause de l'obligation, notamment pour celle née en dehors de toute volonté privée. C'est dire qu'ici le droit objectif et les droits subjectifs s'entremêlent dès lors que la situation objective dans laquelle se trouve une personne va lui créer des droits ou des obligations d'une manière indépendante de sa volonté. L'obligation alimentaire qui pèse sur l'enfant aisé de

59. V., Pothier, *op. cit.*, n° 2. Sur l'origine du terme « cause de l'obligation », v., S. Youssef-Babai, *op. cit.*, n° 204, p. 257.

60. G. Marty et P. Raynaud, *op. cit.*, n° 20, p. 19.

pourvoir aux aliments de ceux qui se trouvent dans le besoin parmi ses père et mère, est une obligation légale prévue par l'article 44 (nouveau) du Code du statut personnel (C.S.P.). Le droit de créance du père ou de la mère est né directement de la loi et indépendamment de la volonté de l'enfant.

29.— Les situations objectives ainsi créées sont extrêmement variées ; elles ne sont pas soumises aux mêmes impératifs ni conditions générales. C'est pourquoi elles sont rebelles à tout effort de synthèse et de systématisation. Leur étude se fait d'une manière ponctuelle et dépendante de la matière dont elles relèvent. Elles se traduisent par des obligations légales dont le seul trait commun est qu'elles pèsent sur tous les individus y compris les incapables⁶¹. Et partant, l'enfant mineur aisé se trouve obligé, conformément à l'article 44 du C.S.P., de subvenir au besoin de ses père et mère. La protection de son patrimoine que lui apporte le droit commun⁶², lors de l'exercice d'un acte ou à l'occasion d'un agissement quelconque, s'écroule en présence d'une obligation dictée par la seule autorité de la loi. Par conséquent, le juriste peut se fier à l'évidence et se rappeler que la loi est la source suprême du droit⁶³. Point n'est alors besoin de mentionner la loi parmi les sources de l'obligation sous peine de mettre en doute l'ubiquité de la loi⁶⁴.

* *

*

30.— En définitive, ce travail d'élaboration et de classification des sources par M.-D. Santillana dévoile sa vaste culture juridique. Elle lui a permis de trancher le débat, vers la fin du XIX^e siècle, sur des questions controversées, par des prises de position parfois anticipées sur celles de la doctrine d'aujourd'hui. Il a essayé d'adapter, un tant soit peu, ses positions tantôt au droit français ou à un droit d'un autre pays européen, voire au droit musulman, tantôt ni à l'un ni à l'autre système mais à ses convictions personnelles. L'exclusion de la loi de la liste des sources en est une illustration éclatante. Guidé par la tendance que les législations particulières doivent sortir de leur

61. V., A. Weill et F. Terré, *Droit civil, Les obligations*, 4^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 1986, p. 19. Citant l'exemple des obligations de voisinage, ces auteurs précisent qu'elles existent quelle que soit la personne des propriétaires intéressés y compris les incapables.

62. On fait notamment référence à l'art. 16 du C.O.C. qui déclare sans effet les actes de pure libéralité, même s'ils sont autorisés par le juge des tutelles. Faut-il en déduire que le principe de la protection du patrimoine du mineur contre tout acte d'appauvrissement, subit une limitation dès lors que le bénéficiaire de l'acte est le père ou la mère ? La réponse est certainement négative car la solution ne dépend pas de la qualité des personnes, mais d'une situation objective dictée par l'autorité seule de la loi.

63. J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., PUF, p. 22.

64. J. Carbonnier, *op. cit.*, *loc. cit.* L'auteur se réfère à Bonnecase, Supplément, I, n° 375 et s. ; II, n° 433 et s.

isolement, le rédacteur du C.O.C. a puisé les solutions dans différentes sources ancienne et contemporaine, occidentale et orientale, musulmane et locale. Par conséquent, si l'intention avouée de Santillana est de réaliser un code conforme à ce qu'« on peut désormais appeler le droit européen »⁶⁵, l'on peut affirmer sans risque d'erreur, que son œuvre a largement débordé ce cadre pour toucher plusieurs contrées, notamment celles qui appartiennent à l'une des grandes familles de droit, le droit musulman.

Si à propos du Code tunisien des obligations et des contrats, M.-D. Santillana avait modestement précisé qu'il a « pris de toutes les mains ce qui pouvait servir à l'œuvre définitive »⁶⁶, l'on est en mesure d'affirmer que la classification des sources de l'obligation porte aussi l'empreinte personnelle de ce grand juriste, dont l'œuvre de codification témoigne de la générosité et de la tolérance de tout un peuple.

Tunis, décembre 2004

65. M.-D. Santillana, *op. cit.*, p. I.

66. M.-D. Santillana, *op. cit.*, p. XIII.

قرار تعقيبى مدلى عدد 2880

مسورخ فى 19 اكتوبر سنة 1981

صادر برئاسة السيد محمد الصالح رشاد

المبدأ :

ان من شروط التصرف الفضول ان يكون التدخل فى شؤون الغير قد دعت اليه الضرورة او التاكيد ذلك انه لا يكفى لتبريره ان يكون الفضول قد تصدى لاتمام عمل نافع ومفيد ولا بد ان يكون العمل الذى قام به من الشؤون التى ما كان رب الفضول ليتوانى عن القيام بها فقام هو بها تفضلا ناظرا فى ذلك الى مصلحة المتصرف فى حقه فضوليا وطالما لم تبرر محكمة الاساس كوافر شروط الفضالة اى ما اذا تم التصرف فى مغبى المظنون عليه او بدون علمه فان قرارها يكون مشوبا بضعف التعليل الموجب للنقض .

نصه :

الحمد لله وحده .

اصدرت محكمة التعقيب القرار الآتى :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المرفوع فى 4 اكتوبر 1978 من الاستاذ عز الدين الشريف لياية عن ورثة الحاج عثمان وهم زوجته فاطمة واولاده محمد والعبيب وعبد القادر وناجية وخديجة وعمراسية وعبد الوهاب واحمد ومحمد الصالح وبلقاسم وتير ومخلود وابناء ابنه رابع وهم خميس ومحمد وفاطمة وخديجة وابناء ابنه عبد العزيز وهم عبد الرحمن ومنوى وشريفة وحبيبة وابناء ابنته الصالحة وهم عليا وبشير وفاطمة ومليكة والدعم محمد الهيملى وابناء ابنته برنية وهم مختار وشاذلية وحبيبة والجيلانى وعمر والمولدى ورجب ومحمود ابناء الحاج احمد وورثة ابنه الهادى وهم والدته فاطمة المذكورة وزوجته المهذبة وابناؤه القصر حسنة وعبد الحيد وعيشة وعمار الراجمين بالنظر لوالدهم بالتقديم الشرعى

والرشداء صبيحة والسيدة ولور الدين وعبد الحفيظ ووايح حد على وعصار بن محمد الصالح طمنا فى القرار المدلى عدد 66 الصادر فى 8 جيران 1978 عن محكمة الاستئناف بالكاف باقرار الحكم الابتدائى .

وبعد الاطلاع على مستندات الطعن والقرار المطعون فيه وعلى بقية الوثائق التى اوجب تقديمها الفصل 185 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية .

وبعد الاطلاع على مستندات الطعن والقرار المطعون فيه وعلى بقية الوثائق التى اوجب تقديمها الفصل 185 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية .

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية والاستماع لشرحها بالجلسة .

وبعد التأمل من كافة اوراق القضية والادالة القانونية من ناحية الشكل :

حيث استرعى مطلب التعقيب بجميع اوضاعه وصيغته القانونية فهو مقبول شكلا .

ومن جهة الاصل :

حيث قيد وقائع القضية حسبما توصل اليه من الاوراق القرار المنتقد قيام الطاعنين لدى محكمة البداية عارضين لى على ذلك وفى محاولة لمورثهم الحاج عثمان محل التدعى المبين بالاقتل تصرف فيه مدة تزيد على ستين عاما وعقد فيه عقود استأجر ولا توفى فى 10-11 اكتوبر 1973 وعقد ابنه المدعى عليه المعقب عليه الاول الى بيع العلوالى المظنون عليه الثانى بدعى انه ملك من املاكه الخاصة لذلك يطلبون الحكم باعتبار المدعى فيه ملكا لجميع الورثة وفسخ البيع المذكور مع الغرامة والمصاريف واجاب المطلوب بان محل النزاع على ملكه انجر له بوجه الشراء من المرأة جنات حسب عقد شراء مؤرخ فى 28 فيفري 1909 تولى والد وبعد استيفاء الاجراءات قضت محكمة البداية بعدم سماع الدعوى اعتمادا منها

كـ

على الكتب المشار اليه وعلى ان حيازة المورث المذكور خالية بسبب ذلك من توفر صفة الملكية وجازئها محكمة الدرجة الثانية قسم ما ارتأته بقراراتها السببية بالطالع فتعقبه الطاعنون ناسبين له الخطأ في تطبيق الفصل 133 - 134 - 135 - 136 - 137 - 157 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بمقولة التلباء مسئلة احكامها بالموضوع كما نسبوا له ضعف التعليل لاستناده الى كتب الشراء بدون معالجة لموضوع الحيازة وقد سبق ان تقرر اجراء بحث بشأنها بحكم تحضيري صادر بتاريخ يوم 17 فيفري 1977 وسح الرجوع فيه فيما بعد .

المحكمة :

حيث تبين من الاطلاع على اوراق القضية ان الدعوى تستند في جوهرها ومرماها الى قرينة الحيازة المكسبة ترد مدتها الى ما فوق ستين عاما .

وحيث ان محكمة الاساس بعد استعراضها لوقائع القضية استخلصت منها ان تصرف والد الطرفين لا يعدو ان يكون تصرفا قضوليا في حق المعقب عليه وقضت تبعا لذلك بعدم سماع دعوى الطاعنين .

وحيث اقتضى الفصل 1170 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلق باحكام الفضالة انه : « اذا باشر خصم مصالح غيره اختيارا او ضرورة بدون اذن منه او من الحاكم في مفيبه او بدون علمه فانه يترقب على ذلك التحاق تصرفه بتصرف الوكيل .

وحيث يجيب عليها القانون المدني وشراجه على ان من شروط التصرف القضولي ان يكون التدخل في شؤون الغير قد دعت اليه الضرورة او التاكيد ذلك انه لا يكفي لتبريره ان يكون القضولي قد نصدي لتمام عمل نافع او مفيد بل لا بد ان يكون العمل الذي قام به من الشؤون التي ما كان رب العمل لهتوانى من القيام بها فقام هو بها تفضلا ناهرا في ذلك الى مصلحته اي مصلحة المتصرف في حقه قضوليا .

وحيث ان محكمة الاساس لم تبرز في قضائها ما اذا توافرت شروط الفضالة المستند اليها على المعنى المشار اليه كما انها لم تبرز ما اذا تم التصرف في مغيب المظهرين بحليته او بدون علمه وفقا لاحكام الفصل 179 مدني فجاء قرارها مشوبا بضعف التعليل الساسي لفتقانه .

ولهذه الاسباب :

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا وتقض القرار المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بالكاف لاعادة النظر فيها مجددا بهيئة اخرى وارجاع مال الخطية لمؤمنه .

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى في 19 ماي 1981 عن الدائرة المدنية المؤلفة من رئيسها السيد محمد الصالح وشاد ومستشاريه السيدين عبد العزيز الزغلامي والبشير بكار بمحضر المدعي العام السيد ابراهيم بالطيب ومساعدة كاتب المحكمة السيد عبد اللطيف الساحلي - وحرر في تاريخه .

قرار تعقيب مدني عدد 8833

مؤرخ في 10 اكتوبر 1983

صادر برئاسة السيد محسن الماي

نشرية : محكمة التعقيب ، القسم المدني ، ج 2 ، ص 84

مادة : عيني

المرجع : قانون عدد 5 مؤرخ في 12 - 2 - 1903
الفصل 36 :

مفاتيح : حوز بشبه - استرجاع قيمة منشآت -
مغارة .

المبدأ :

- من احس ارضا على وجه المغارة
وشجرها بدون كتب يكون حائزا لها بشبه
وستحق استرجاع قيمة عمله دون الارض
(الفصل 36 م ح ع) .

نصه :

الحمد لله وحده ،

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المرفوع في 19
فيفري 1983 من طرف الاستاذ عبد القادر التعبوري
المحامي نيابة عن الهاشمي ، ضد : ورقة عبد العزيز
وهم زوجته هناء وابناء الرشيدان الساسي ومحمد
محاميهما الاستاذ الشفسي .

طعنا في الحكم النهائي الصادر في القضية عدد
498 بتاريخ 16 نوفمبر 1982 عن محكمة ناحية الشابة
والقاضي بالزام المعقب بان يدفع لمورث المعقب عليهم
مبلغ ثلاثمائة وتسعة وخمسين دينارا قيمة المفروقات
مع خمسة عشر دينارا مقابل اجرة الحبير واربعين دينارا
بعنوان اتعاب تقاضي والمصاريف .

وبعد الاطلاع على مذكرة مستندات الطعن المبلغة
للمعقب عليهم في الثامن والعشرين من شهر فيفري 83
عن طريق عدل التنفيذ بالمهدية السيد الشاذلي بن
سالم حسب محضره عدد 1421 .

وبعد الاطلاع على بنية الوثائق التي اوجب الفصل
18 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية تقديمها
وعلى تاريخ ايداعها بكتابة هذه المحكمة .

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على مستندات التعقيب
المقدمة من الاستاذ مدصور الشفسي المبلغة لمحامي
المعقب في 2 مارس 1983 .

وبعد الاطلاع على ملحوظات المدعي العام لدى محكمة
التعقيب الراهية الى قبول المطلب شكلا ولفظه اصلا
والعجز والاستماع لشرحها بالجلسة .

وبعد الاطلاع على كافة الاوراق والمدولة القانونية .
من ناحية الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه وصيغه
القانونية فهو مقبول شكلا .

ومن حيث الاصل :

حيث افادت وقائع القضية كما اثبتها الحكم المتقدم
قيام مورث المعقب عليهم لدى محكمة ناحية الشابة
بقضية ضد الطاعن ادعى فيها انه كان تسلم منه قطعة
ارض بيضاء بينت حدودها ومعالمها بالعريضة وذلك
على وجه المغارة وبدون كتب وبعد ان غرس بها
الكثير من الاشجار المثمرة واكسبتها اهمية وقيمة مالية
انكر الطاعن حاليا وجود المغارة معتزفا بتسليم النقط
بجرد الاستقلال الفلاحي على معنى الشركة واستصدر حكما
بانا يقضي باستحقاقه لتلك القطعة ويرفع يد المعقب
ضده عنها واخراجها منها وانتهى من ذلك الى طلب الزام
خصمه باداء قيمة المفروقات التي تولى انشاؤها بعد
تقديرها بواسطة خبير مختص .

وبعد استيفاء الاجراءات رأت محكمة الناحية ان المدعي
هو الذي قام باحياء الارض وغراستها وفقا لما شهدت
به البيئة المستفيضة وان عن حقه ان يطلب منحة تلك
المفروقات فقضت له بذلك حسبما هو مفصل بمنطوق
حكمها السالف الاشارة اليه وهذا الحكم هو محل الطعن
الآن :

وحيت تعقبه الطاعن ناعيا عليه :

اولا : مخالفة الفقرات الاولى والثالثة والرابعة من
الفصل 175 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية ذلك
ان الحكم المتقدم قد جاء مخالفا لاحكام الفصلين 1426

و 1426 من مجلة العقود والالتزامات إذ بالرغم من معارضة الطاعن للدعوى والتيه وبيد إية علاقة ممارسة مع مورث المعلن بملهمه وبالرغم من أن هذا الأخير من التباين وجود الممارسة فقد قضى لصالحه .

قالا : شرق القانون وتحريره، فلا يميز فيه : ذلك ان محكمة الموضوع اعتمدت لقرار الاختيار المبدئي كالسك اذا كانت المحكمة الابتدائية باجرائه اعتمدته كمصلحة فاعطت على صفة ما تضمنته للدعوى مع انه لا يصحح لذلك ان الطاعن لم يشيق استند ماؤه لحطسور عمالية الاختيار كما ان الخبير المندوب لم يثبت من مطابقة حدود الملكية التي عاينها للمدعى بغراسيتها والتي له ان يعمل ذلك مع عدم كسب الممارسة وطلب النقص والاحالة .

عن المعلن الاول :

حيث اتضح من مطالعة الحكم المنتقد ان محور النزاع بين الطرفين يدور حول استحقاق او عدم استحقاق مورث المعلن ضد المعلن كقيمة غراسات كان احدتها داخل قطعة ارض على ملك الطاعن وقد تولت محكمة الموضوع فحص هذا النزاع والتثبت من مستندات وحجج الخصامين واستخلصت من كل ذلك ان المدعى في الاصل وان كان فشل في اثبات ما ادعاه من قيام علاقة الممارسة بينه وبين خصمه لانعدام الكتب الشرعي الا انه ثبت من ناحية اخرى ان قطعة الارض التي رفعت يده عنها كان تسلمها من الطاعن نفسه قصد استغلالها فلاحيا ثم تولى غراسيتها بانواع جديدة من الاشجار المثمرة وبناء على ذلك وعلى سبق تقدير قيمة تلك المفروقات من طرف خبير مختص انتدبه المحكمة ولم تقع مناقشة ما انتهى اليه لديها قضت محكمة الموضوع لصالح الدعوى .

وحيث يؤخذ مما تقدم ان مورث المعلن ضد المعلن كان حائزا لقطعة الارض بشبهة وقد اقتضت الفقرة 2 من الفصل 36 من مجلة الحقوق العينية ان اذا كانت البناءات والمفروقات والمنشآت محدثة من طرف شخص رفعت يده عن الارض وكان حائزا بشبهة فلا

يمحق للمالك الا ان يطلب ازالة ما ذكر وانما له الخيار بين ارجيع ثمن المسود واجرة اليد العاملة وبين دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الارض بسبب تلك الاحداث .

وهي يظهري مما سلف بسطه ان ما انتهت اليه محكمة الموضوع يتفق تماما مع المبادئ القانونية المألوفة ولا يتعارض اطلاقا مع احكام الفصلين 1425 و 1426 من مجلة العقود والالتزامات طالما ان تناقض تلك المحكمة علاقة الممارسة ثبوتها او نفيها مما يجعل هذا المعلن غير ذي موضوع ومتعين الرد .

عن المعلن الثاني :

حيث انه فيما يخص الدفع بعدم استدعاء الطاعن من قبل الخبير المستند الى تقريره فقد اتضح من مراجعة اوراق الملف انه لم تسبق اثارته من قبل امام محكمة الموضوع ولا يمكن والحالة تلك انذاره لأول مرة لدى التعقيب ما دام لا يهم الا مصلحة الخصوم الشخصية ولا تعلق له بالنظام العام .

وحيث يترتب عن ذلك كله ان الحكم المنتقد لما قضى بالصورة المذكورة يكون قد برر قضاءه تبريرا قانونيا سليما ولا يند مخالفا للقانون ولا اقواء الاجراءات الاساسية وحيث ان هذا المعلن بدوره غير قائم على اساس قانوني رتبين الرد .

لذا قررت المحكمة قبول المطلب شكلا ورفضه اصلا وتخطئة الطاعن بالمال المؤمن وحجزه .

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى في العاشر من شهر اكتوبر 1983 عن الدائرة المدنية المتركة من رئيسها السيد علي محسن الماي والمستشارين السيدين حسين بن مامي وعبد الوهاب بن عامر بحضور المدعي العام السيد احمد الزين البرهمي ومساعدة كاتب المحكمة السيد عبد اللطيف النقاش - وحرر في تاريخه .

قانون التعقيب مدني عدد 1899

تاريخ في 09 أكتوبر 2000

صدر برئاسة السيد الهاشمي الهجار

نشرية : محكمة التعقيب : القسم المدني.

مادة : عيني.

مراجع : الفصل 80 من م.أ.ع. والفصلان 42 و 44 من م.ح.ع.

مفاتيح : حائز مسوئ النيابة المطالبة بالقلعة، حائز بنيهة.

المبدأ :

سواء تعلق الامر بتطبيق الفصل 42 او 44 من م.ح.ع. او الفصل 80 من م.أ.ع. فان من كان حائزا لعقار ليس على ملكه وطولب برده لصاحبه ورفعته يده عنه وارجع لملكه فان من حق هذا الاخير المطالبة بالقلعة من تاريخ القيام.

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عدد 1899 والمقدم في 4 افريل 2000 من الاستاذ عبد الله الاحمدي.

نيابة عن : (1) ورثتي عزيز وتونس. (2) ورثتي احمد وام السعد. (3) ورثة الحسين. (4) ورثة ربيع.

ضد : (1) محمد. (2) الاخلاء ورثة محمد.

طعنا في الحكم المدني عدد 31083 الصادر في 8 ماي 1996 عن محكمة الاستئناف بتونس بقبول

الاستئناف شكلا ورفضه اصلا وقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به وتخطئة المستأنفين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليهم ورفض مطلب الفرد المرفوع من المستأنف ضدهم.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب والرد عليها من الاستاذ حاتم بالاحمر لنيابة عن المعقب ضدهم وعلى الحكم المطعون فيه والوثائق التي اوجب تقديمها الفصل 185 م.م.ت.

وبعد الاطلاع على منحوظات النيابة العمومية والاستماع لشرح ممثلها بالجلسة والقامل من اوراق الملف والمفاوضة طبق القانون صرح بما يلي : من حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع اوصاعه سيحه قانونية لذا فهو حري بالقبول من هذه الناحية. من حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية كما اثبتها الحكم المطعون فيه والوثائق التي اتبني عليها قيام المدعين - المعقبين الآن - بقضية لدى المحكمة الابتدائية بياجة عرضوا فيها بانهم كانوا استصنوا من محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 31 اكتوبر 1988 في القضية عدد 69264 حكما قضى باستحقاقهم لقطع النزاع والزام المدعى عليهما محمد المعقب ضده الاول الان ومحمد سورت الاخلاء المعقب ضدهم الان برفع ايديهم عنها وتسليمها لهم وقد تم تنفيذ ذلك الحكم بواسطة عدل التنفيذ محمد الصالح النوري في 14 و 28 جانفي 1989 ونظرا الى ان هذين الاخيرين قد استبعدا بالتصرف في العقارات موضوع الداعي منذ سنة 1984 ولم يقع ارجاعها لهم الا في شهر جانفي 1989

الها اقتصر على القول بأن الفصل 42 من م.ح.ع. لا يمكن القيام على أساسه دون بيان سبب ذلك.

سواء تأويل الفصل 42 من م.ح.ع. :

بمقولة أن الفصل المذكور لم يتحدث إطلاقاً عن سوء النية بل تحدث عن الغاصب والمعتق ضدهما غاصبان ثم أنه على فرض التسليم جدلاً أن الغصب يقتضي سوء النية فإن هذا العنصر متوفر في قضية الحال باعتبار أن هذين الأخيرين لم يتخليا عن العقارات بمجرد القيام عليهما بدعوى استحقاقية سنة 1984 بل استمرا في التصرف حتى تاريخ تنفيذ الحكم الاستثنائي في شهر جانفي 1989 فاصدرت محكمة التحقيق قرارها عدد 32272 المؤرخ في 7 ديسمبر 1993 بالنقض والاحالة معتبرة أنه خلافاً لما ذهبت إليه محكمة الحكم المطعون فيه فإن الفصل 42 من م.ح.ع. لم يتحدث إطلاقاً عن سوء النية بل تحدث عن الغاصب وأن مفهوم الغاصب هو المتصرف في ملك غيره بلا وجه قانوني وتأسيساً على ذلك يكون الحكم المطعون فيه لما اعتبر أن المدعى تلتى حصلت فيها المشاعية لا يمكن المطالبة في شأنها بالتعويض عما فات المدعين من الاستغلال وأن الشئ غير متوفر لأنه يشترط سوء النية يكون قد خرق احكام الفصل 42 من م.ح.ع.

وبإعادة نشر القضية من طرف المدعين في الاصل وادخالهم لورثة المقام ضده محمد لاحظوا بأن دعوام مؤيدة بالحكم الاستحقاقى عدد 69264 الذي اثبت ان خصومهما تصرفا في عقارات التداعي منذ سنة 1984 وأن محكمة البداية قد اساءت تأويل تطبيق الفصل 42 من م.ح.ع. اذ انه لا جدال ان الخصمين

فانهم يكونون قد حرروا من التصرف في عقاراتهم طيلة هذه المدة ويطلبون بالتالي عملاً بالفصل 42 من م.ح.ع. الحكم تحصيلياً بالانداب بغير فلاحى استمالة تلك العقارات وتقدير غرامة التصرف ومالقاتهم من ربح نتيجة ذلك الحرمان ثم الحكم بالزام المدعى عليهما بأن يؤدبا لهم الغرامة التي سوضمطها الخبير. وبلغ خمسمائة دينار لقاء اجرة المحاماة.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت المحكمة حكمها عدد 4710 المؤرخ في 22 مارس 1990 بعدم سماع الدعوى على اساس ان الشئ لا يعلو بالضرورة وقوع الغصب المصوص عليه بالفصل 42 من م.ح.ع. سند الدعوى اذ يمكن ان يكون عن سوء نية موجب للتعويض طبق احكام الفصل المذكور كما يمكن ان يكون عن حسن نية موجبا للتعويض حسب مقتضيات الفصل 44 من م.ح.ع. وبالما الا شيء يؤكد من خلال الحكم الاستثنائي عدد 69264 المستند اليه وقوع مشاعية عن سوء نية من طرف المدعى عليهما فإن القيام عليهما حالياً على مقتضى الفصل 42 من م.ح.ع. في غير طريقه ولا بحق بالتالي للمدعين المطالبة بغرامة حرمان من التصرف لعدم ثبوت ركن الغصب.

فاستأنفه المدعون واقرت محكمة الدرجة الثانية حكم البداية بتاريخ 12 جويلية 1991 تحت عدد 93074 فتعقبه هؤلاء ناسبين له :

ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع ومخالفة الفصل 123 من م.م.ت.:

بمقولة ان محكمة الدرجة الثانية ولئن اوردت البعض مما جاء في المستندات فانها لم ترد عليها كما

يعتبران غاصبين لعقارات الداعي وقد تضمن الحكم المذكور هذه الحقيقة وان المشرع التوسعي ام يشترط سوء نية الغاصب لزامه بان يؤدي احصاء العقار ما حصل عليه من غلة ودخل ودعا لذلك طلبوا الحكم بقبول الاستئناف شكلا واصلا ونقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد طبق الطلبات المقدمة في الطور الابتدائي.

وبعد النزاع اصترفت محكمة الدرجة الثانية الحكم السالف بضمير نصه بالطالب معتبرة ان الحكم الاستحقاق الصادر لفائدة المدعين في الاصل والمستند اليه لطلب التعويض كان قد انبنى في حقيقة الامر على ترجيحه لاذلة الطرفين على بعضهما البعض مما ينفي عن المحكوم ضدهما في الاستحقاق صفة الغاصبين في تصرفهما في عقارات الداعي.

هذا من جهة ومن اخرى فقد اعتبرت هذين الاخيرين حائزين بشبهة ليس الا وان هذه الشبهة تجعلهما تحت طائلة الفصل 44 من م.ح.ع. الذي ينص على ان من حاز مال غيره بشبهة فليس عليه ان يرد من الغلة الا ما كان موجودا منها وقت القيام عليه من مستحقها وما حصل له منها من ذلك التاريخ وان الفصل 42 من نفس المحلة المستند اليه لا يمكن اعتماده في قضية الحال لما يشترط فيه من ان يكون حوز مال الغير بوجه الغصب وعن سوء نية وقد جاءت عبارته واضحة حسب وضعها اللغوي باستعمال كلمة غاصب وكذلك من ارادة المشرع الذي رام بتمسك الفصلين 42 و44 من م.ح.ع. بالفرقة بين حالتي حوز مال الغير ا- عن حسن نية وبشبهة او عن سوء نية وجعل لكل منهما عواقب مختلفة.

فتعقبه المحكوم ضدهم ناسبين له :

سوء تطبيق الفصل 44 من م.ح.ع. :

بمقولة انه خلافا لما ذهبت اليه محكمة القرار من ان المصنف، مندهما حائزان بشبهة طبق الفصل 44 من م.ح.ع. فان هذين الاخيرين يعتبران غاصبين منذ تاريخ القيام عليهم بالدعوى الاستحقاقية سنة 1984 الى انتهاء النزاع بين الطرفين بصور الحكم الاستئنافي القاضي باستحقاق الطاعنين للعقارات محل النزاع سنة 1989 وذلك تطبيقا للفصل 42 من نفس المحلة ولا يمكن اعتبارهما بالتالي عن حسن نية الامر الذي تعين معه النقض لسوء تطبيق الفصل 44 من م.ح.ع.

سوء تاويل الفصل 42 من م.ح.ع. :

بمقولة ان ما ذهبت اليه محكمة القرار من ضرورة توفر ركن سوء النية بدليل ان المشرع استعمل كلمة غاصب وميز بين حالتي حوز مال الغير اما عن حسن نية وبشبهة او عن سوء نية في غير طريقه طالما ان الغصب ثابت في حق المعصب ضدهما الذين شاعبا الطاعنين في العقار واستمرا على التصرف فيه طوال مدة النزاع ومنعاهم من استغلال ارضهم الامر الذي يجعلهم محقين في طلب غرامة التصرف واتجه بالتالي النقض من هذه الناحية ايضا.

المحكمة

عن المطعنين معا لتداخلهما واتحاد وجه القول فيهما :

حيث تمحور الخلاف بين الطرفين حول الفصل الواجب تطبيقه من مجلة الحقوق العينية على النزاع موضوع قضية الحال فالمدعون يستندون الى الفصل 42 من المحلة المذكورة بينما ترى المحكمة ان الفصل

الواجب تطبيقه هو الفصل 44 من نفس المجلة واعتمده للحكم بعدم سماع الدعوى الواجب ايراد نص الفصلين المذكورين للمعرف على الاحكام التشريعية المقررة بهما فقد اقتضى الفصل 42 من م.ح.ع. انه "على الغاصب ان يرد عن ما غصبه مع جميع ما حصل عليه من الفلة والدخل او ما كان يمكنه ان يحصل عليه لو ادار المغمصوب بالوجه المعتاد وذلك منذ وضع يده على الشيء وليس له الا القيام بالمصاريف اللازمة لحفظ الشيء واجتناء غلته وعليه مصروف الرد.

كما اقتضى الفصل 44 من م.ح.ع. ان "من حاز مال غيره بشبهة فليس عليه ان يرد من الفلة الا ما كان موجودا منها وقت القيام عليه من مستحقها وما حصل له منها من ذلك التاريخ وعليه مصروف الحفظ والاستغلال والحائز بشبهة هو الحائز بوجه لا يعلم عيبه.

وحيث يؤخذ من هذين النصين انه متى ثبت ان الحائز كان يعلم وهو بحوز الحق الذي يستعمله ان في حيازته لهذا الحق اعتداء على ملك الغير فانه يعتبر حائزا سيء النية لانه قد اغتصب مال غيره وهو يعلم انه بعمله هذا قد اعتدى على حق لهذا الغير فتطبق عليه احكام الفصل 42 من م.ح.ع. وهو بذلك ملزم بان يرد جميع ما حصل عليه من الفلة والدخل او ما كان يمكنه ان يحصل عليه وذلك منذ وضع يده على الشيء وقد يبدأ الحائز حيازته لعقار ليس له عن حسن نية وبطالب برده لصاحبه فانه من وقت مطالبته برفع يده على العقار المملوك للغير يصبح حائزا عن سوء نية حتى ولو كان يعتقد بالرغم من هذا القيام ان الحق الذي بحوزه هو له الا انه يعامل معاملة الحائز السيء النية

وهو بذلك لا يكون ملزما برد الفلة التي تحصل عليها بموجب الحيازة وهو حسن النية وتصبح من املاكه عدا ما بقي منها موجودا اما الفلة التي تحصل عليها من الوقت الذي اصبح فيه سيء النية فانه لا يملكها بالحيازة ويجب عليه ردها للمالك ويتربن عما ذكر ان المطالبة برد الفلة التي تحصل عليها الحائز سواء كان غاصبا او كان حسن النية في بداية حوزة يجب عليه ردها للمالك بداية من تاريخ القيام ان المشرع اعطى حكما متحدا في هذا الشأن والخلاف بين الحائز عن حسن نية والغاصب يتعلق بامور اخرى منها ان الغاصب يجب عليه الرد من تاريخ وضع اليد كما يجب عليه لا رد ما تحصل عليه فقط بل رد ما كان يمكن ان يحصل عليه لو ادار المغمصوب على الوجه المعتاد اضافة الى ضمان التلف والتعيب وهذا ما تضمنه نص الفصل 80 من م.ح.ع. الذي يتحد في مضمونه مع الفصلين المذكورين اذ جاء به ان "من اكتسب مال غيره بلا وجه عليه رده بعينه ان كان موجودا او ترجيع قيمته حين توصله به اذا تلف او تعيب بغيره او بتفريطه فان تعدد الاستيلاء على مال غيره ضمن التلف والتعيب ولو بامر مساوي من وقت دخول ذلك في قبضته كما عليه ان يرد الفلة والزراعات والارباح الحاصلة له من يوم اتصاله بذلك مع ما كان من حقه ان يحصل له لو احسن الادارة لكن اذا كان اتصاله بذلك عن جهل وعدم تعدد فليس عليه الا رد ما انتدع به من قيام الدعوى عليه.

وحيث يخلص من جميع ذلك انه سواء تعلق الامر بتطبيق الفصل 42 او 44 من م.ح.ع. او الفصل 80 الاتف الذكر فان من كان حائز العقار ليس له وطولب برده لصاحبه ورفعت يده عنه وارجع ثماكه فان من

حق هذا الأخير المطالبة بالعودة من تاريخ القيام وهي
القراءة الصحيحة لمضمون الفصول 42 و 44 المشار
اليهما يستند في ذلك نص الفصل 44 باللغة الفرنسية.

وبرأيي على ما ذكر ان محكمة القرار اما
اعتبرت ان القضية تخضع لاحكام الفصل 44 الالف
المكرر ورفضت الحكم بالنقض رغم ان هذا الطلب
يتفق بالفقرة التي تلت القيام بدعوى الاستحقاق التي
تاريخ تنعيد الحكم انصاف في القضية يكون قد اساءت
تطبيق احكام الفصل المذكور بصفة صريحة فلم
تأسيس لحقوق الاطراف وصمما لحسن تطبيق القانون
نقض حكمها وارجاع القضية الى المحكمة التي
اصدرته لتت في الموضوع بهيئة اخرى.

ولهذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وضملا
ونقض للقرار المدعون فيه واحالة القضية على محكمة
الاستئناف بتونس للنظر فيها مجددا بهيئة اخرى واعفاء
الطاعين من الخدمية وارجاع معلومها اليهم.

وصدر هذا القرار عن الدائرة الاولى حال
اجتماعها بحجرة الشورى يوم الاثنين 9 اكتوبر 2000
برئاسة السيد الياس الجار وعضوية المستشارين
السيد محمد بوبكر ورايح شيبوب بمحضر ممثل
النيابة العمومية السيد محمد المنصف السبولوجي
ومساعدة الكاتبة السيدة جميلة مسعود.

وحرر في تاريخه

قواعد التعقيب مدني عدد 4098

مؤرخ في 1 أيلول 2001

صدر برئاسة السيد محمد بن عبد الغفار

نشرية : محكمة التعقيب : القسم المدني

مادة : مدني

مراجع : الفصول 70 و 71 و 420 و 438 من م.ا.ع.

مفاتيح : إقرار حكمي، عدم نجوئة الإقرار، إثبات الالتزام، إثراء بدون سبب.

المبدأ :

على الطاعن إثبات الالتزام وفق ما يوجبه الفصل 420 من م.ا.ع. قبل تقديم أي مؤيد لتبرير ما تم تسديده بخصوص إنجاز الاتفاق المتمسك به.

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عدد 4098 المعروف بتاريخ 2000/7/5 من الأستاذ محرز بوصيان.

نيابة عن : فخري.

ضد : حسن.

طعنا في الحكم المدني عدد 52908 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 19/10/1999 بقبول الاستئناف الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بعدم سماع الدعوى وإعفاء المستأنفة من الخطية وإرجاع معلومها

المؤمن إليها وحمل المصاريف القانونية على المستأنف ضده ورفض الاستئناف العرضي موضوعا.

وبعد الاطلاع على الحكم المطعون فيه وعلى مستندات الطعن ومحضر تباينها للمعقب عليها وعلى تقرير الرد عليها المقدمين من الاستأنفين خديجة المدعي ومحمد المختار الدالي نيابة عن المعقب ضدها وعلى بقية الوثائق التي أوجب تقديمها الفصل 185 م.م.ت.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية والاستماع إلى شرح ممثلها بالجلسة.

وبعد التأمل من كافة أوراق العنف والمداولة القانونية صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب كافة أوضاعه وصيغته القانونية فهو مقبول شكلا.

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية الثابتة بالحكم المنقذ والأوراق التي اتبني عليها قيام المدعي في الأصل المعقب حاليا لدى محكمة البداية عارضا انه لما كان متزوجا بالمطلوبة اتفاقا على تخصيص جزء من مرتبتهما لشراء قطعة أرض لبناء محل سكني عليها على أن يتكفل المدعي بدفع ثمن الأرض في حين تتحمل المطلوبة بتكاليف البناء وتنفيذا للاتفاق تحصل المدعي على قرض بنكي قيمته 78 ألف دينار واشترى مساحة الأرض المتكونة من الشطعتين موضوع الرسم العقاري عدد 23097 وعدد 38146 اثنان بالمرسى بثمان قدره 81810 دينار باسم الطرفين وفي هذه الأثناء انفصمت علاقة الزواج بالطلاق ولم يتم الاتفاق

الاعتراف من المعقب عليها بحصول الاتفاق هو القرار
حكمي بغلي عن بقية وسائل الاثبات.

(2) ضعف التعليل :

قولاً بأن محكمة القرار المظعون فيه اعتبرت من
جهة ان المستأنفة تمسكت من جهتها بأنها أبرمت صفقة
المستأنف ضده قرضين لشراء الأرض والبناء معاً ومن
جهة أخرى اعتبرت أن الطاعن لم يثبت الاتفاق وليس
ذلك تناقض وقصور في التعليل.

(3) تحريف الوقائع :

قولاً بأنه خلافاً لما ذهبت إليه محكمة الدعوى
من أن المستأنفة تمسكت بأنها أبرمت صفقة المستأنف
ضده قرضين لشراء الأرض وللبناء فإنه بالنظر في
نصريحات المعقب ضدها المسجلة عليها في الطورين
لا نجدتها قد تمسكت بما نسبته لها المحكمة بل كان
موقفها واضحاً من حيث اعترافها بحصول الاتفاق مع
الطاعن على إبرام عقدي قرض لشراء الأرض ثم
بناؤها وبأنه لم يقع التحصيل إلا على قرص واحد
أمره الطاعن باسمه الخاص لشراء الأرض مدعية أنها
سلمته مبلغ 40000 دينار دون إثبات.

(4) خرق أحكام الفصل 75 م.أ.ع. :

قولاً بأن الدعوى لم تؤسس على الاتفاق بل على
سبب العقد الوارد ذكره بالفصل 71 وم بعدد د.ع.
باعتبار انشاء المعقب ضدها بدون سبب على حساب
المعقب تتوفر كافة أركان الفصل 75 م.أ.ع.

(5) هضم حقوق الدفاع وانعدام التسييب :

قولاً بأن محكمة العملت الرد على دواعي
الطاعن الجوهرية وهي اعتراف المعقب ضدها بالاتفاق

بين الطرفين إذ لم يتول المدعي عليها إنجاز اشغال
إنشاء المثلوق عليها في حين بقيت شريكة بالنصف من
الأرض دون دفع مبالغها من الثمن لذلك طلب المدعي
تحكم بالزامها بأن تؤدي له 40904 دينار مقابل
نصف ثمن الأرض مع نصف مصاريف تسجيل عقدي
شراء والقرض وإقامة الأتعاب والمصاريف مع
المصاريف القانونية والأثر بالنفاذ العاجل.

وبعد استنفاء الإجراءات أصدرت محكمة الدرجة
الأولى حكمي. عدد 106 بتاريخ 1997/12/27 لصالح
الدعوى.

فاستأنفته المحكود عليها وبعد الترافع أصدرت
محكمة الدرجة الثانية حكماً بالنقض وبعد سماع
الدعوى حسب منظوفه التبيين بالتطلع استناداً إلى عدم
اتساق المدعي للاتفاق سند الدعوى بينه وبين المدعي
عليها.

فتعقبه الطاعن ناسباً له ما يلي :

(1) سوء تطبيق أحكام الفصل 420 م.أ.ع.
ومخالفة أحكام الفصول 427 و434 و438 من
نفس المجلة وتحريف الوقائع :

قولاً بأنه خلافاً لما ذهبت إليه محكمة القرار
المظعون فيه من أن الاتفاق غير ثابت فإن المعقب
عليها أقرت لدى التحرير عليها بالطور الابتدائي
باتفاقها مع الطاعن على شراء مسكن جاهر وأما لم
يتيسر لهما ذلك اتفقا على الحصول على قرض لشراء
الأرض والبناء زاعمة أنها سلمت بمبلغ 40000
دينار وهو ادعاء فنده الطاعن بالأدلاء شريكين من
حسابه الخاص ثم دفع ثمن الأرض بواسطتهما وهذا

في التحرير عليها مكتوباً وثبوت القراضه المبلغ
المذكور في شراء الارض وخلاصه بشيكين من مصادره
الخاص ونمسه بالاذن على عريضة المتضمن لافرار
المعقب عليها بقيام المعقب لم حده بالافراض وخلاص
كثير من الارض بشيكين من ماله الخاص وضرائب
موقفها وعدم ادلائها بما يفيد خلاصها لمبلغ (4000) د
فحاء بذلك القرار المطعون فيه هاهنا لتفوق الدفاع
ونتهى انظر من كل ذلك الى طلب النقض مع
الاحتالة.

المرجع

عن المطعون الأول :

حيث خلافا لما جاء به فقد تبين بالاطلاع على
التحريرات المكتوبة المجزاة في القضية ان المعقب
عليها لم تقر بانه حصل الاتفاق بينها وبين المعقب
زوجها سابقا على ابرام قرض باسمه الخاص لشراء
الارض وقرض اخر باسمها لانجاز اشغال البناء وانما
صرحت بانها اتفقت معه على الحصول على قرضين
شراء الارض والبناء معها أي دون ان يستقل كل
منهما بجانب من الاتفاق مؤكدة على انها دفعت مزاياها
وقدره اربعون الف دينار في شراء الارض لزوجها اذ
سنة 30 الف طيلة عدة سنوات و (16) الف جمعتها من
دفتر اخراج ايجارها وانلت بشهادات بنكية في هذا
القرض مضافة لعنف القضية وبالتالي لا يجوز تقسيم
اقرار المعقب عليها عملا باحكام الفصل 438 م.ا.ع.
باعتباره الحجة الوحيدة في الإثبات فساممتها في
تمويل شراء الارض هي جبر من الافرار فلا يجوز
مواخذتها بما يفيد المعقب دون الاخذ بما يبيدها هي في
تصوص نقر المعاملة وبالتالي ثانه لم يثبت بحجة

اخرى خلافا لما ادعته من مساهمة علما بان دفع
المعقب لكامل ثمن الارض بمقتضى شيكين بعد
حصوله على قرض من البنك لا ينبغي مساهمة المعقب
ضدها بمبلغ اربعين الف ديناراً ولا بعد ذلك بمثابة
حجة اخرى تثبت بعض ما تضمنه الافرار بما يجيز
تقسيمه.

وحديث يخلص من ذلك ان محكمة القرار المطعون
فيه لما ركزت قضائها على عدم اثبات المدعى في
الاصل المعقب حالها لما يدعيه من اتفاق قاضى بتحمل
بنفقات شراء الارض مقابل تحمل المعقب ضدها
بتكاليف البناء والتي اصررت على انها دفعت منها من
قيمة الارض وقدره اربعون الف دينار تكون قد طبقت
احكام الفصل (42) وما بعده م.ا.ع. تطبيقاً لحين دون
خطا او تدريغ فاضحى هذا المطعون فاذا لتست رمتين
الرد.

عن المطعون الثاني :

حيث استست محكمة القرار المدعوى فيه
قضاءها على ان المعقب ضدها تمسكت بانها ابرمت
بمعية زوجها قرضين لشراء الارض والبناء معا وانها
دفعت مزاياها من قيمة الارض وقدره 40000 دينار أي
ان الاتفاق المتمسك به من المعقب عليها هو اتفاق
مشترك التنفيذ بين الطرفين دون ان يستقل أي منهما
بجانب منه حال ان الاتفاق الذي اسر عليه المعقب
دعواه هو اتفاق منفصل التنفيذ أي انه يقتضى ان يستقل
الطاعن بتمويل شراء الارض في حين تتحمل المعقب
عليها بنفقات البناء بما يتضح جليا ان الاتفاقيين مختلفين
شكلا ومضمونا وبذلك فان ما ارودته المحكمة من ان
المعقب بوصفه القائم بالدعوى لم يثبت الاتفاق الذي

71 وما بعده من م.ا.ع.، إذ أنه لا مجال للاعتبار
المعقب، عليها مثربة بدون سبب على حساب الطاعن
دور، أثبات الاتفاق المحتج به من المدعي في الأصل
مما يجعل النفي على محكمة الحكم المعقب بخلاف
احكام الفصل 74 م.ا.ع.، ومضم حقوق الدفاع لاغيا
وتعين رد هذين المطعين ايضا.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا
ورباضه اصلا وحجز معلوم الخطية المؤمر.

وصدر هذا القرار بحسرة الشورى يوم
2001/2/1 عن الدائرة الثامنة المدنية المتركية من
رئيسها السيد محمد بن عبد العفار وعضوية
المستشارين السيدين النوري القطيطي ونور الدين بن
رمضان وبحضور المدعي العمومي السيد محمد
كامل سعادة وبمساعدة كاتب(ة) الجلسة السيد(ة)
ليلي الترياحي.

وحرر في تاريخه

مسر عليه دعواه القاضية بتجمل كل منهما بجانب من
انجاز المشروع بصفة مستقلة لا شكلا أي تذاقض
لاختلاف موقفى الطرفين الناتج عن اختلاف الاتفاق
المتسلك به من طرف كل واحد منهما وبذلك بات هذا
المطعن غير قائم على اساس وتعين رده ايضاً.

عن المطعن الثالث :

حيث خلافا لما جاء به فقد تبين بالاطلاع على
التحريرات المكتوبة المجراة على المعقب عليها من
طرف المستشار المقرر انها صرحت بانها ابرست
بمعية المعقب قرضين لشراء الارض والبناء مما وهي
نقر التصريحات التي ضمنها محكمة القرار المنتقد
باسباب حكمها واست عليها قضائها وبالتالي فانه لا
وجود لأي تحريف للوقائع مثلما يدعيه الطاعن فامسحى
هذا الاسناد فاقد الاساس وتعين رده كذلك.

عن المطعنين الرابع والخامس لترابطهما :

حيث تبين بالاطلاع على الحكم المطعون فيه ان
الحكمه التي اصدرته اعتبرت انه طالما لم يقع اثبات
الاتفاق من الطاعن حسب المعنى الذي ادعاه وفق ما
يوجبه عليه الفصل 420 م.ا.ع. قبل تقديم أي مؤيد
لتنزيير ما تم تسديده بخصوص انجاز الاتفاق المشار
اليه فانه لا وجه للخصم فيما اقتضاه الفصل 75
م.ا.ع. وما اثير حوله من ردود ودفعات.

وحيث ان هذا الراي الذي انتهت اليه محكمة
الموضوع له ماخذ صحيح من الواقع والقانون ضرورة
ان الاتفاق المدعي حصوله على النحو المتسلك به من
المعقب لا مثبت له بالاوراق وهو الاساس الذي اقام
عليه المعقب بوصفه مدعيا في الاصل دعواه خلافا لما
ادعاه من ان عمادها كان شبه العقد على معنى الفصل

قرار التعقيب، مسددي 12993

مسدود في 31 مارس 1986

مسدود برئاسة المنيب محمد الزبيدي

نشرية : محكمة التعقيب القسم 1، س 1987

مسادة : مدني

المرجع : 13 ديسمبر 1986 في 1412

مقالتي : مفارسة ، التلاق ، تعويض ،

المسدا :

للمعامل حقوق المطالبة بتعويض قيمة المنشآت والاحداث التي انشأها بالوطن المغارسة والسبي لا يمكن ان يستأثر بها رب الارض بدون موجب

نصه :

الحمد لله وحده ،

أصدرت محكمة التعقيب القرار التالي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المتيقن تحت عدد 12993 والمرفوع في 23 فيفري 1985 من الاستاذ الأزهر التروى الشابي في حق عبد السلام ضد محمد وسعاد محاميهما الاستاذ سالم بيوض . طعنا في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في القضية عدد 61505 بتاريخ 23 نوفمبر 1984 بقبول الاستئناف شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي وانقضاء من جديد بعدم سماع الدعوى وتغريم المستأنف ضده بثمانين دينارا مقابلا لالتساب واجرة المحاماة وحمل المصاريف القانونية على هذا الاخير واعفاء المستأنفين من الخطية وارجاع معلومها اليهما .

وبعد الاطلاع على مستندات الطعن المودعة بكتابة المحكمة في 26 مارس 1985 والمبلغة نسخة منها للمعقب ضدهما في 21 مارس 1985 بواسطة عدل التنفيذ عبد الوهاب الشابي حسب محضره عدد 21626 والرد عليها من طرف الاستاذ سالم بيوض محامي المعقب ضدهما وعلى بقية الوثائق التي اوجب القانون تقديمها طبقا لاحكام الفصل 185 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية .

وبعد الاطلاع على طلبات النيابة العامة المؤرخة في 2 جويلية 1985 والرامية الى راض مطلب التعقيب شكلا والحجز والاستماع لشريحتها بالجلسة من طرف ممثلها .

وبعد التأمل من كافة الاوراق وعن مستندات الطعن وكافة الاجراءات المنصوص عليها بالفصل 170 وما بعده من مجلة المرافعات المدنية والتجارية .

من حيث الشكل :

حيث انتموني مطلب التعقيب جميع اوضاعه وصيغته القانونية فكان بذلك مقبولا شكلا .

من حيث الموضوع :

حيث نفيد وقائع القضية الثابتة بالقرار المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المعقب عبد السلام لدى المحكمة الابتدائية بتونس عارضا انه كان ابرم مع المعقب ضدهما محمد وسعاد عقد مغارسة في ارض فلاحية كائنة بالخرية فقام صدان الاخيران بقضية عدد 25808 في فسخ عقد المغارسة لعدم قيامه بواجباته فنقضت المحكمة بالفسخ واخراجيه من محل النزاع وقد انشاء بالضيعة عدة مغروسات تمثل في اشجار متنوعة كما تولى حشر بنزين وشيد محلا للسكنى وانتدب الخيران سليمان العباسي وعبد اتقادر ابن سلامة بموجب اذن على عريضة فقدروا قيمة المغروسات ببلغ (6.693.5000) وقيمة المسكن ببلغ (14.651.930) وطلب لذلك الحكم باسترجاع ما بذله كيف ذكر واجاب المدعي عنيهما ان موضوع القضية قد اتصل به القضاء اذ صدر الحكم ضده لعدم قيامه بواجباته التعاقدية ولكونه لم يرخس له في القيام بالبناءات فكلفتم المحكمة بالخبير محمود الملوكي ومحمد قايجي وقدروا قيمة المنشآت ببلغ (4.642.820) وقيمة المغروسات ببلغ (3.600.200) . وقضت محكمة الدرجة الاولى بهذين المبلغين على اساس الفصل 71 من مجلة الالتزامات والعقود فاستأنفه المدعي عنيهما ولاحظا ان المصاريف المطلوبة قد بذلها المدعي بنسبة تطبيق عقد المغارسة وهو غير محق في المطالبة بها لكونه لم يقم بواجباته المفروضة عليه علاوة على ان البنائة اقيمت بارضهما وبدون اذنهما وهي مع ذلك لا تفيد الخصم في

المستأقلة للقاضي بطالب احد المتقاعدين اذا تم بوفاته الاخير
بما التزم به او ظهرت اسباب قوية لتوجب الفسخ وان
للمجلس حينئذ ان يقرر ما عسى ان يلزم من التدريعات
بالفسخ المعامل او لرب الارض .

وحيث لاختلاف بين الطرفين في كون العامل ان يوف
بما التزم به حسب شروط المغارسة متلما هو ثابت
ايضا بالحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس في
الفضية عدد 25808 بتاريخ 3 نوفمبر 1977 وحينئذ وعملا
بالفقرة الخامسة من الفصل المشار اليه زيادة عما اقتضاه
الفصل 71 من المجلة المذكورة فان العامل محق في المطالبة
بتعويض قيمة المنشآت والاحداثيات التي اقامها بارض
المغارسة والتي لا يمكن ان يستأجر بها رب الارض بلحون
سبب موجب لاكتسابه لها .

وحيث ان الفصل 1419 من المجلة المشار اليها اوجب
على العامل بالمغارسة ان ياتي بالاشجار والالات والظهير
واجراء ما يلزم من الخدمة لاصلاح حال الارض واطعام
الشجر وتعمده وهي من المصاريف اللازمة لطبيعة العمل .

وحيث ان محكمة القرار لما قضت باعتبار ان قيمة
الاحداثيات والمنشآت من المصاريف المشار اليها فقد
اساءت فهم الوقائع واخطأت في تطبيق القانون وعرضت
قضاءها المنقض .

ولهذه الاسباب :

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا
ونقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على محكمة
الاستئناف بتونس لاعادة النظر فيها بواسطة عينة اخرى
واعفاء المقب من الخطية وارجاع المال المؤمن اليه .

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى في 31 مارس
1986 عن الدائرة الخامسة المتألقة من رئيسها
السيد محمد الزباني والمستشارين السيدين صو
الحمروني ومحمد العلاني بحضر المدعي العام
السيد محمد الاخضر الأمين ومساعدة كاتب
الحكمة السيد عمر حميدى - وحرر في تاريخه .

مهمته المستعملة في غراسة الارض واسما الاجتياز وهي لم
تتم حتى الآن كما تضمن عقد المغارسة انه لا حق للمغاررس
في الرجوع على المالكين بالمصاريف التي باثها فهي صدارة
فسخ المغارسة فقطست محكمة الدرجة الثانية بالمعكم
المنصوص عليه بالاعمال بناء على ان ما قام به المغاررس
بارض الزرع لا يدخل تحت حائلة اكتسابه شيء مما هو
لغير بدون وجه شرعي وانما هي من المصاريف اللازمة
لطبيعة العمل الذي التزم المغاررس بالقيام به والمحمولة
حساب اتفاق الطرفين عليه .

وحيث تعقب المعلن هذا القرار ومطلب للظلمة لاسيما له :

اولا : سوء تطبيق القانون بمقولة ان التعديل الذي
استندت اليه محكمة الاستئناف يتنافى مع المبادئ
القانونية الوارد بها الفصل 71 من مجلة الالتزامات
والعقود الذي استند عليه المجيب في القيام لانه عندما
بذل هذه المصاريف وابادت كل المنشآت انما كان بنية
اخذ نصفها عندما يتم امد المغارسة ولما فسخت ولم يدل
شيئا فان من حقه ان يستند على الفصل المذكور يستند
ما انتفع به الخصمان من عمله لانه لم يعد هناك اي مورد
قانوني يسمح لهما بهذا الانتفاع .

ثانيا : خرق احكام الفقرة الخامسة من الفصل 1412
من مجلة الالتزامات والعقود بمقولة انه بناء على ما خولته
هذه الفقرة للعامل من المطالبة بالتعويض مقابل ما قام
به من عمل في ارض المساقاة واستنادا لما ورد به الفصل
1424 الذي نص على ان الاحكام المتعلقة بالمساقاة تجري
على المغارسة فانه من حق المجيب ان يطالب بواسطة
القضاء بقيمة ما احدثه في ارض المغارسة من احداثيات
عادت بالنفع على اصحاب الارض خلافا لما ورد بالحكم
المعقب .

عن مستندى الطعن معا :

حيث اقتضى الفصل 1424 من مجلة الالتزامات والعقود
ان الاحكام المتعلقة بالمساقاة تجري على المغارسة بقدر
ما يمكن انطباقها على عقد هذه الشركة .

وحيث اقتضت الفقرة خامسا من الفصل 1412 من
نفس المجلة الذي يمكن تطبيقه على عقد المغارسة ان

قرار تعقيب السيد د. 9433

مسورخ لى 21 ديسمبر 1974

صدر برئاسة السيد عبد العزيز البجيرى

المجلس :

بناء الفصل 403 على انه اجرة الشغل
تسقط بدعى ستة اكر اذا اعترف الدين
بدعيته لى كتب بعد «نفس السنة المذكورة»
فان ذلك يعتبر منه عدول عن التمسك
بالتقاضي الدعوى والى المصادر عليه بالاداء
اعتماد على الكتب المذكورة يكون «حجتها»

نصه :

الحمد لله ،

اصدرت محكمة التعقيب القرار الآتى :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب الذى قدمه فى ٢
سبتمبر 72 الاستاذ الطاهر بن سالم نيابة عن المدير العام
لشركة الانتمراح والاجازة - نزل عديسة - ضد بوراوى
طعنا فى القرار الاستثنائى عدد - 1073 الصادر عن
المحكمة الابتدائية بسوسة بصانيتها محكمة استئناف
لاحكام مجالس العرف التابعة لها فى 20 جوان 1972
والقاضى بتقرير الحكم الابتدائى عدد - 7572 - الصادر
عن المجلس العرفى بالمحكمة المذكورة فى 10 ديسمبر 71
والقاضى بالزام المدعى عليه بان يدفع للمدعى الشا
وثلاثمائة وثلاثين دينارا بعنوان باقى اجرة وعشرين
دينارا مقابل الاتعاب واجرة المحاماة .

وبعد الاطلاع على مذكرة الطعن وعلى تقرير الرد عليها
وعلى القرار المطعون فيه .

وبعد الاطلاع على ملحوظات السيد وكيل الدولة العام
لدى هذه المحكمة والاستماع لشرحها بالجلسة .

وبعد الاطلاع على الفاتوىة صرح بها ياتى :

ان حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه وعميقه
القانونية وبذلك يتجه قبوله شكلا .

ومن جهة الامل :

حيث تفيد وثائق القضية كما اثبتتها المنفذ ان المعقب
ضده الدعى لدى محكمة البداية انه اتدب للعمل بنزل
عليسة منذ يوم 25 جويلية 1968 وشغل بموجب ذلك
«نفس» واستمر على العمل حتى موفى شهر اكتوبر 1969
وتخلد له بدمه مؤجرة من قبل اجرة دنائير 1338,000
ونظرا لتعدد مؤجره فى خلاص المبلغ المذكور فهو يطلب
الحكم عليه بادائه مع مائة دينار غرامة مقابل الاتعاب
واجرة المحاماة وبعد اجراء ما يلزم حكم ابنا اثبا
واستئنافا على النحو المبين اعلاه

وحيث تعقب المؤجر القرار الاستثنائى الملحق اليه
طالبنا نقضه للخطا فى تطبيق الفصلين - 397 - و -
398 - من مجلة العقود والالتزامات بمفولة ان الاجرة
المستحقة والمدعى بشأنها سقطت حق المطالبة بها بموفى
شهر اكتوبر 1970 ضرورة ان نهاية العمل كانت عند
موفى شهر اكتوبر 1969 ضرورة ان نهاية العمل كانت
عند موفى شهر اكتوبر 1909 وذلك عملا بالفصل 403 من
نفس المجلة فيما ان مطالبة الاجير وتقيامه لدى المحكمة
كانا بعد شهر اكتوبر 1970 فان نمكسه يستقط الحق
بسرور الزمن كان له سند صحيح هذا من جهة ومن
اخرى فان تمسك المعقب ضده بقطع مدة السقوط عملا
بالفصل 397 المشار اليه بناء على كتب الاعراف بالدين
المحرر بتاريخ 17 نوفمبر 1970 كان عدم الاثر لحصول
العمل الفاطح المنسك به بعد مضي مدة السقوط وعلى
هذا الاساس فان القرار المنفذ باعساده كنب الاعتراف
كعمل فاطح والى ان ذلك حصل بعد مضي الاجل
المحدد بالفصل 403 المذكور قد خرق احكام الفصل 398
المشار اليه الذى جاءت عبارته قائلة (اذا وقع انقطاع
درجه صحيح فى المدة المحددة) .

عن هذا المستند .

حيث يتضح بمواجهة الأوراق أن المقلب اسمه دعواه لدى محكمة البداية على كتب الاعتراف المسرور بتاريخ 17 نوفمبر 1970

وحيث ان الاعتراف المضمن بهذا الكتب كان مصادرا عن الدين بعد سقوط الدين بمرور الزمن وفقا للمادة 403 المذكور وكان بذلك تعليلا قاطعا على ترك المدعين حقه في التمسك بمرور المدة الاس الذي ينتج عنه احياء الدين ونقائه قائما تجاه المدعين .

وحيث ان القرار المنتقد باستناده والحالة تلك على كتب الاعتراف في القضاء لصالح الدعوى كان مؤسسا ومبنيا على سند قانوني صحيح كاف وحده للحكم .

وحيث ان ما ورد بالحكم المنتقد من الاسانيد المتعلقة باعتبار الاعتراف المذكور عملا قاطعا لسقوط المدة خلافا لما اقتضاه الفصل 398 من مجلة العقود والالتزامات كان

على سبيل التزيد الذي يصح الاستغناء عنه لبقاء هذا الحكم قائما على سند صحيح من القانون كما سلف بيانه .

رسميت اصبحت بذلك هذا المظن غير ذي موضوع ويتعين والحالة تلك رده .

والهالة الاسباب :

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا .

وقد صدر هذا القرار بعجزة الشورى في 21 ديسمبر 1974 عن الدائرة الجنائية المتألفة من رئيسها السيد ابراهيم عبد الباقي ومستشاريها السيدين محمد الصادق بوكرداغة وحسن الجوادى بمحضر المدعى المسمى السيد أحمد الشابي وبمساعدة الكاتب السيد الهادي المتلهي وحرر في تاريخه .

وبعد المناقشة القانونية صرح بما يأتي :

قرار تعقيب مدني عدد 9433

ع - 1

مؤرخ في 21 ديسمبر 1974

من حيث الشكل :

صدر برئاسة السيد عبد العزيز البعيرى

حيث استرعى مطلب التعقيب جميع اوضاعه وصيغته
القانونية وبذلك يتجه قبوله شكلا .

المبدأ :

ومن جهة الاصل :

- جاء الفصل 403 عل بان اجرة الشفيل
تسقط بمضي سنة لكن اذا اعترف المدين
بدينه في كتب بعد مضي السنة المذكورة
فان ذلك يعتبر منه عدول عن التمسك
بانقراض الدعوى والحكم الصادر عليه بالاداء
اعتماد على الكتب المذكور يكون صحيحا .

نصه :

الحمد لله .

اصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

حيث تفيد وقائع القضية كما اثبتتها المنتقد ان المعقب
ضده ادعى لدى محكمة البداية انه انتدب للعمل بنزل
عليه منذ يوم 25 جويلية 1968 وشغل بموجب ذلك
مناصب واستمر على العمل حتى موفى شهر اكتوبر 1969
وتخلد له بذمة مؤجرة من قبل اجرة دنائير 1338,000
ونظرا لتعدد مؤجره في خلاص المبلغ المذكور فهو يطلب
الحكم عليه بادائه مع مائة دينار غرامة مقابل الاتعاب
واجرة المحاماة وبعد اجراء ما يلزم حكم ابتدائيا
واستثنافيا على النحو المبين اعلاه

وحيث تعقب المؤجر القرار الاستثنافي الملحق اليه
طالباً نقضه للخطا في تطبيق الفصلين - 397 - و -
398 - من مجلة العقود والالتزامات بمقولة ان الاجرة
المستحقة والمدعى بشأنها سقط حق المطالبة بها بموفى
شهر اكتوبر 1970 ضرورة ان نهاية العمل كانت عند
موفى شهر اكتوبر 1969 ضرورة ان نهاية العمل كانت
عند موفى شهر اكتوبر 1909 وذلك عملا بالفصل 403 من
نفس المجلة وبما ان مطالبة الاجير وقيامه لدى المحكمة
كانا بعد شهر اكتوبر 1970 فان تمسكه بسقوط الحق
بمرور الزمن كان له سند صحيح هذا من جهة ومن
اخرى فان تمسك المعقب ضده بقطع مدة السقوط عملا
بالفصل 397 المشار اليه بناء على كتب الاعتراف بالدين
المحرر بتاريخ 17 نوفمبر 1970 كان عديم الاثر لحصول
العمل القاطع المتمسك به بعد مضي مدة السقوط وعلى
هذا الاساس فان القرار المنتقد باعتماده كتب الاعتراف
كعمل قاطع والحال ان ذلك حصل بعد مضي الاجل
المحدد بالفصل 403 المذكور قد خرق احكام الفصل 398
المشار اليه الذي جاءت عبارته قائلة (اذا وقع انقطاع
بوجه صحيح في المدة المحددة) .

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب الذي قدمه في 1
سبتمبر 72 الاستاذ الطاهر بنسالم نيابة عن المدير العام
لشركة الانشراح والاجازة - نزل علية - ضد بوراوى
طعنا في القرار الاستثنافي عدد - 1073 الصادر عن
المحكمة الابتدائية بسوسة بصفتها محكمة استئناف
لاحكام مجالس العرف التابعة لها في 26 جوان 1972
والقاضي بتقرير الحكم الابتدائي عدد - 7572 - الصادر
عن المجلس العرفي بالمحكمة المذكورة في 10 ديسمبر 71
والقاضي بالزام المدعى عليه بان يدفع للمدعى الشا
وثلاثمائة وثلاثين دينارا بعنوان باقى اجرة وعشرين
دينارا مقابل الاتعاب واجرة المحاماة .

وبعد الاطلاع على مذكرة الطعن وعلى تقرير الرد عليها
وعلى القرار المطعون فيه .

وبعد الاطلاع على ملحوظات السيد وكيل الدولة العام
لدى هذه المحكمة والاستماع لشرحها بالجلسة .

عن هذا المستند .

حيث يتضح بمواجهة الأوراق أن العقب ضده أصدر
دعواه لدى محكمة البداية على كذب الاعتراف المذكور
تاريخ 17 نوفمبر 1970

وحيث ان الاعتراف المضمن بهذا الكذب كان صادرا
عن الدين بعد سقوط الدين بمرور الزمن وفقا للفصل
401 المذكور وكان بذلك تعليلا قاطعا على ترك المدعى
حقه في التمسك بمرور المدة الامر الذي ينتج عنه احياء
الدين وبقاؤه قائما تجاه المدعىين .

وحيث ان القرار المنفرد بالاستناد والحالة تلك على
كذب الاعتراف في القضاء لصالح الدعوى كان مؤسسا
ومبنيًا على سند قانوني صحيح كاف وحده للحكم .

وحيث ان ما ورد بالحكم المنفرد من الاسانيد المتعلقة
اعتبار الاعتراف المذكور عملا قاطعا لسقوط المدة خلافا
لاقتضاء الفصل 398 من مجلة العقود والالتزامات كان

على مسجل التزويد الذي يصح الاستثناء عنه لبقاء هذا
الحكم قائما على سند صحيح من القانون كما سلف بيانه .

وحيث اصبح بذلك هذا المعلن غير ذي موضوع
ويشعرين والحالة تلك رده .

واهاته الاسباب :

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه
اصلا .

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى في 21
ديسمبر 1974 عن الدائرة الجنائية المتألّفة من
رئيسها السيد ابراهيم عبد الباقي ومستشاريهما
السيدان محمد الصادق بوكر داغ وحميد
الجوادي بحضور المدعى العمومي السيد احمد
الشابي وبمساعدة الكاتب السيد الهادي
المتنهي وحرر في تاريخه .

(4) التمرين :

التعليق على الفصل الأول من مجلة الالتزامات
و العقود .

