جامعة تونس المنار
كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

السنة الثانية من الإجازة الأساسية في القانون الخاص

النظرية العامّة للالتزامات

(الدروس المسيرة)

عـــــدد 2

التمهيـــد للتعـــاقـــد

الأستاذ المشرف: منير العياري

المراجـــــــــــع

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.
- 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.
- Ghestin J., Traité de droit civil , la Formation du contrat , 3éme éd. , L.G.D.J., Paris ,1993.
- Malaurie Ph. , Aynes L. , Cours de droit civil , Tome 4 , Les obligations , 6éme éd. , Edition cujas , Paris , 1995.

القسم الثاني

في التصريح بالرضاء

الفرع الأول

في الرضاء الصادر من طرف واحد

الفصل 18 - مجرد الوعد لا يترتب عليه التزام.

الفصل 19 - الوعد بالجعل بإحدى وسائل الإشهار لمن يأتي بشيء تلف أو يتمم عملا آخر يعد مقبولا ممن يأتي بالشيء التالف أو يتمم العمل ولو مع الجهل بالوعد ويلزم الواعد إنجاز وعده.

الفصل 20 - لا يقبل الرجوع في الوعد بالجعل بعد الشروع في العمل بمقتضاه.

فإن ضرب لذلك أجل عد على الواعد إسقاطا لحق رجوعه فيما وعد مدة الأجل.

الفصل 21 - إذا أتم الأمر الموعود عليه أشخاص متعددون في آن واحد يقسم الجعل بينهم وإذا تفاوتوا في وقت الإتمام كان الجعل لأسبقهم تاريخا فإن اختلفوا في مقدار العمل كان لهم من الجعل بقدر عملهم فإن كان الجعل لا يقبل القسمة بيع إن أمكن بيعه وقسم ثمنه على المستحقين فإن لم تكن له قيمة في التجارة أو لا يمكن إعطاؤه إلا لواحد على ما بصريح الوعد فالمرجع حينئذ للقرعة.

الفصل 22 - إذا كان الالتزام من طرف واحد لزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للملتزم له.

الفرع الثاني

في الاتفاقات

الفصل 23 - لا يتم الاتفاق إلا بتراضي المتعاقدين على أركان العقد وعلى بقية الشروط المباحة التي جعلها المتعاقدان كركن له وما غيراه في الاتفاق إثر العقد لا يعتبر عقدا جديدا بل يلحق بالاتفاق الأصلي إلا إذا صرح بخلافه.

الفصل 24 - لا يعتبر العقد تاما إذا صرح المتعاقدان بإبقاء بعض الشروط لعقد تال فما وقع عليه الاتفاق والحالة هاته لا يترتب عليه التزام ولو وقع تحرير الشروط الأولية بالكتابة.

الفصل 25 - الاستثناءات والقيود الواقعة من أحد المتعاقدين بغير أن يعلم بها الطرف الآخر لا تنقض الاتفاق ولا تقيد شيئا من ظاهر لفظه.

الفصل 26 ـ الحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكاتيب السرية لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتج بها على الغير ما لم يعلم بها ومن يصير إليه حق في المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصة يعد كالغير على معنى هذا الفصل.

الفصل 27 ـ إذا عرض شخص على شخص آخر حاضر بمجلسه عقدا من العقود ولم يعين له أجلا لقبوله أو رفضه فلا يترتب على ذلك شيء إن لم يقبله في الحين.

وهذا الحكم يجري فيما يعرضه شخص على آخر بواسطة التلفون.

الفصل 28 ـ يتم العقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطرف الآخر بالقبول.

والتعاقد بواسطة رسول أو غيره يتم في الوقت والجهة التي تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطرف الآخر للرسول.

الفصل 29 ـ إذا كان الجواب بالقبول غير مطلوب لعارض العقد أو كان عرف التجارة لا يقتضيه تم العقد بمجرد شروع الطرف الآخر في العمل به وعدم الجواب يعتبر رضاء أيضا إذا كان الإيجاب متعلقا بخلطة تجارية تقدم الشروع فيها بين الطرفين.

الفصل 30 ـ يسوغ الرجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في العمل بمقتضاه من الطرف الآخر.

الفصل 31 ـ الجواب الموقوف على شرط أو قيد يعتبر رفضا للإيجاب مصحوبا بإيجاب آخر.

الفصل 32 ـ يعتبر الجواب موافقا للإيجاب إن اكتفى المجيب بقبوله قبلت أو أجري العمل بالعقد بلا شرط.

الفصل 33 ـ من صدر منه الإيجاب وعين أجلا لقبوله فهو ملزوم للطرف الآخر إلى انقضاء الأجل فإن لم يأته الجواب بالقبول في الأجل المذكور انفك التزامه.

الفصل 34 ـ من صدر منه إيجاب بمراسلة بلا تحديد أجل بقي ملزوما إلى الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرح بخلافه في الكتاب.

فإن صدر الجواب بالقبول في وقته ولم يبلغه إلا بعد انقضاء الأجل الكافي لإمكان وصول الجواب إليه بالوجه القياسي فالصادر منه الإيجاب لا يلزمه شيء ويبقى الحق لمن لحقه الضرر في طلب تعويض الخسارة ممن تسبب فيها.

الفصل 35 ـ لا يمنع إتمام العقد وفاة من صدر منه الإيجاب أو تقييد تصرفه بعد صدور الإيجاب منه إذا حصل القبول من الطرف الآخر قبل علمه بوفاة صاحب الإيجاب أو تقييد تصرفه.

الفصل 36 ـ عرض الشيء للمزايدة يعتبر إيجابا يقبله من وقفت عليه المزايدة والواقف عليه الدوم ملزوم بالوفاء به إذا رضي البائع بالثمن المبذول.

الفصل 37 ـ ليس لأحد إلزام غيره أو قبول التزام له إن لم يكن مأذونا في النيابة عنه بتوكيل منه أو بولاية حكمية.

الفصل 38 ـ يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته على الغير وإن لم يبين الغير إذا كان ذلك في ضمن عقد بعوض أو في تبرع بين المتعاقدين.

وحينئذ ينفذ الشرط مباشرة في حق ذلك الغير ويكون له القيام به على الملتزم إلا إذا منع عليه القيام في العقد أو علق على شروط معينة.

وإذا اشترط شيء للغير فعرف الذي اشترطه بعدم قبوله له فلا عمل على الشروط.

الفصل 39 ـ يسوغ لمن اشترط على معاقده شيئا لمنفعة الغير أن يطلب مع ذلك الغير تنفيذ الشرط إلا إذا ظهر من العقد أن التنفيذ لا يجوز طلبه إلا من ذلك الغير.

الفصل 40 ـ يصح التعاقد في حق الغير على شرط تصديقه فيكون حينئذ للطرف الآخر أن يسأل من وقع العقد في حقه الموافقة أو عدمها فإذا لم يعرف بموافقته في أجل مناسب غايته خمسة عشر يوما من تاريخ إعلامه بالعقد انفك التزام صاحبه.

الفصل 41 ـ التصديق على العقد كالتوكيل وقد يكون دلالة أي بإجراء العمل بالعقد من طرف من وقع العقد في حقه.

وأحكامه تجري على المصدق لزوما والتزاما من وقت انعقاد العقد ما لم يوجد شرط يخالف ذلك ولا تجري في حق الغير إلا من يوم التصديق.

الفصل 42 ـ يعد السكوت رضاء أو تصديقا من شخص إذا وقع التصرف في حقوقه بمحضره أو أعلم به على الصورة المطلوبة ولم يعارض بشيء ولم يكن له في سكوته عذر معتبر.

(4) + (3)

تشعّب موضوع التّعاقد الّذي كثيرا ما يفرض على المتعاقدين وخاصّة على رجال الأعمال منهم إبرام اتّفاقات تمهيديّة لتكوين العقد (§3).

§ 1 ــ تـلاقـي الإرادتيـن

122 ــ إنّ التّراضي بين الطّرفين المتعاقدين يتمّ بصدور قبول عن أحدهما، ويسمّى القابل أو الموجب له، لعرض أو إيجاب بادر به الطرف الآخر ويسمّى الموجب. فإذا اقترن الإيجاب (I) بقبول مطابق له (II) تمّ التّراضي وصحّ العقد [32].

I ــ الإيجـــاب

123 ــ الإيجاب هو تعبير باتّ عن إرادة حرّة، حقيقيّة، جدّيّة وواعية يتضمّن عرضا للتّعاقد حسب شروط معيّنة يوجّهه الموجب لشخص آخر معيّن أو لأشخاص غير معيّنين. فما هي إذن خصائص الإيجاب (أ)، وما هي آثاره (ب).

أ ــ خصائـص الإيجـاب[33]

124 ــ من الخصائص المميّزة للإيجاب أن يكون باتّا لا لبس فيه (1)، دقيقا مشتملا على كامل أركان العقد (2) دون أن تتوقّف صحّته على أيّ شرط شكليّ (3).

1) **125 ــ يجب أن يكون الإيجاب باتّا لا لبس فيه** : ونعني بذلك أن يكون معبّرا عن إرادة صريحة للتّعاقد في ظروف وبشروط مضبوطة. ولا يعدّ إيجابا مجرّد التّعبير عن رغبة في التّعاقد لا تتضمّن شروط ذلك التّعاقد ويقصد بها فقط دعوة الطّرف الآخر للتّفاوض (2)، كمن يعرض شيئا للبيع دون بيان ثمنه.

(32) يراجع J.L. AUBERT, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat; V° aussi, J. CARBONNIER, 4, op.cit., § 17; MARTY et RAYNAUD, II, n° 98; WEILL et TERRE, Les obligations, op. cit., n° 133; GHESTIN, Le contrat : formation, op. cit., n° 199 à 226 - 2.

وانظر أيضا، د. عبد المنعم فرج الصدّة : نظريّة العقد... § 152 إلى 205. ود. عبد الفتّاح عبد الباقي، نظريّة العقد... ص 119 الى 243.

(33) أنظر : GHESTIN, Les obligations, le contrat : formation, op. cit., n° 201 .....; يراجع : FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 139 à 142, et MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 99 et 100; GHESTIN, op. cit., n° 202 à 204.

2) **126 ــ يجب أن يكون الإيجاب دقيقا مشتملا على كامل أركان العقد** وعلى بقيّة شروطه المباحة (الفصل 23 م.ا.ع.) بحيث يكفي أن يعبّر الموجب له عن قبوله بقوله «قبلت» ليصحّ التّراضي ويكتمل العقد (الفصل 32 م.ا.ع.). ومن ذلك أنّ الإيجاب في البيع يفترض بيان المبيع وتحديده وتحديد ثمنه وإلّا فإنّه لا يعدّ إيجابا. على أنّه لا يشترط في الإيجاب أن يكون موجّها لشخص معيّن. ويجوز بالتّالي أن يكون موجّها للعموم. ومثال ذلك، الحالة المنصوص عليها بالفصل 36 م.ا.ع. المتعلّق بعرض الشّيء للمزايدة الّذي يعدّ «إيجابا يقبله من وقفت عليه المزايدة...» حسب صريح الفصل 36 المذكور[35]. ولا يعتبر الإيجاب غير مشتمل على كامل أركانه بسبب عدم بيانه لشخص الموجب له، إلّا إذا تعلّق بعقد يعتدّ فيه **بالإعتبار الشّخصي** كعقود العمل والوكالة والتّبرّع. فالعرض الموجّه إلى العموم بقصد إبرام عقد شغل مثلا، ليس إيجابا بالمعنى القانونيّ لهذه العبارة. ومجرّد قبوله من طرف شخص لا يكفي لإتمام العقد. ولا يحصل الرّضى في هاته الحالة، نظرا لأهميّة شخصيّة المتعاقد في عقد الشّغل، إلّا بعد موافقة الطّرف الّذي بادر بالعرض على شخص من قبل ذلك العرض[36].

3) **127** ــ وإن كان لا بدّ على الموجب أن يظهر إرادته في التّعاقد حتّى تبلغ إلى الشّخص أو الأشخاص المعنيّين بالإيجاب، فإنّ التّظاهر بالإرادة إلى الخارج لا يخضع مبدئيّا إلى أيّ شرط شكليّ[37]. ويجوز الإيجاب كتابة عن طريق الرّسائل إلى الحرفاء، أو الإعلانات أو الإشهارات، كما يجوز شفاهة أو حتّى بمجرّد الإشارة كالّتي يوجّهها مسافر إلى سائق سيّارة أجرة.

(34) أنظر تطبيقا لهذه القاعدة القرار المدنيّ الصّادر عن محكمة الإستئناف بصفاقس في 1 ديسمبر 1960 تحت عدد 127، ق.ت. 1961، ص 1544 الّذي اعتبر من جهة أنّ أحكام الفصل 18 من م.ا.ع. الّتي تنصّ على أنّ «مجرّد الوعد لا يترتّب عليه التزام» لا تنطبق إذا تضمّن ذلك الوعد كامل الأركان الجوهريّة للعقد، ومن جهة أخرى أنّ طلب الفسخ استنادا إلى الفصل 18 المذكور يعدّ من اللّغو ولا موضوع له في الوعد المجرّد. يراجع في نفس المعنى قرار تعقيبي مدني عدد 5009، مؤرّخ في 16 فيفري 1982، ن.م.ت. 1982، ج I، ص 377.

(35) يراجع في هذا الخصوص محمّد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدنيّ التّونسيّ، مذكور أعلاه، ص 28. وانظر A. VIALLARD, l'offre publique de contrat, Rev. Trim. Dr. Civ., 1971, p. 750; TROCHU, Les offres publiques d'achat, Rev. Trim. Dr. Com., 1967, p. 695.

(36) يراجع : MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 100 p. 83.

(37) يراجع في هذا الخصوص : GHESTIN, op. cit., n° 282 et s; A.RIEG, Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français, Trav. Ass. H. Capitant, 1968, p. 43, n° 3; P. GODE, Volonté et manifestations tacites, thèse LILLE, 1977, préface J. PATARIN.

ب ــ آثـــار الإيجـــاب

128 ــ هل يلزم الإيجاب الموجب؟ إنّ الرّدّ على هذا السّؤال الهامّ يملي علينا أن نفرّق بين الإيجاب المجرّد(1) ونعني به الإيجاب الغير مقيّد بأجل، والإيجاب المقيّد بأجل (2).

1) الإيجـــاب المجـــرّد

129 ــ جاء بالفصل 27 من م.ا.ع. أنّه «إذا عرض شخص على شخص آخر حاضرا بمجلسه عقدا من العقود ولم يعيّن له أجل لقبوله أو رفضه فلا يترتّب على ذلك شيء إن لم يقبله في الحين. وهذا الحكم يجري فيما يعرضه شخص على شخص آخر بواسطة التّلفون». يفهم مبدئيّا من صريح أحكام هذا النّصّ أنّه لا يترتّب عن الإيجاب الصّادر من الموجب إلى شخص حاضر بمجلسه أيّ أثر، بل يسقط الإيجاب بمجرّد عدم قبوله في الحين. وقد أخذ المشرّع التّونسي هذه القاعدة عن التّشريعين الألماني[38] والسّويسري[39]. على أنّ اشتراط **الفوريّة في القبول** مستمدّ أيضا من التّشريع والفقه الإسلاميّين[40]. وتنبغي الإشارة في هذا الخصوص إلى أنّ معظم المذاهب الفقهيّة قد لطّفت من شدّة قاعدة الفوريّة بالنّسبة للموجب له. وقد اعتمد المذهب الحنفيّ للغرض نظريّة **إتحاد مجلس العقد**. ومجلس العقد هو المكان الّذي يظمّ المتعاقدين طيلة انشغالهما بالتّعاقد. والمقصود باتّحاد مجلس العقد أنّ القبول يبقى جائزا ولو تأخّر عن الإيجاب ما دام قد صدر قبل آخر المجلس[41]. أمّا الشّافعيّة فيشترطون الفور في القبول ولكنّهم

(38) يراجع الفصل 147 فقرة 1 من المجلّة المدنيّة الّذي ينصّ في صيغته الفرنسيّة على ما يلي : «L'offre faite à une personne présente ne peut être acceptée que sans délai. Il en est de même d'une proposition faite de personne à personne par téléphone». (V° CODES ALLEMANDS... traduits en français par une équipe de juristes sous la direction de Maître WILLIAM GARCIN, Editions jupiter - Paris, 1967).

(39) يراجع الفصل 4 من مجلّة الالتزامات السّويسريّة، وقد جاء به : «Lorsque l'offre a été faite à une personne présente, sans fixation d'un délai pour l'accepter, l'auteur de l'offre est délié si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement». «Les contrats conclus par téléphone sont censés faits entre présents, si les parties ou leurs mandataires ont été personnellement en communication».

(40) يراجع : د. عبد المنعم فرج الصّدّة : نظريّة العقد في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، القاهرة 1990، الجزء الأوّل، ص 272 إلى 287. وعبد الرّحمان السّنهوري : مصادر الحقّ في الفقه الإسلاميّ، الجزء 2، ص 5 وما بعدها، وكذلك الوسيط، I، عدد 109، ص 214.

(41) يراجع السّنهوري الوسيط، I، عدد 109، ص 215، الهامش عدد 1.
وانظر شفيق شحاته : Théorie des obligations en droit musulman, n° 139.

يقولون في الوقت ذاته **بخيار المجلس**[42]. ومعنى ذلك أنّه يجوز للموجب له أن يرجع في قوله قبل آخر مجلس العقد، ممّا يجعل الفرق بين المذهبين الحنفيّ والشّافعيّ محدودا جدّا عمليّا. أمّا المذهب المالكي فيشترط الفوريّة بدون تنازل، وهو حلّ ينطوي على مساوىء جسيمة بالنّسبة للموجب له الّذي يحتاج بدون شكّ إلى مهلة زمنيّة يفكّر أثناءها في الجواب الأكثر ملاءمة مع مصالحه. وهو ما وقع التّعبير عنه في البدائع كما يلي : «ولنا أنّ في ترك اعتبار الفور ضرورة لأنّ القابل يحتاج إلى التأمّل ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمّل»[43]. فما هو موقف القانون التّونسي من هذين الإتّجاهين؛ هل هو يمكّن القابل من مهلة كافية للتّأمّل الّذي يحتاجه بالرّغم من تمسّكه المبدئيّ بالفوريّة مثلما هو الأمر في المذهبين الحنفيّ والشّافعيّ (2.1) أم أنّه يقرّ الفوريّة بدون تنازل على غرار المذهب المالكيّ (1.1)؟

130 1.1 ــ إنّ الأخذ بالفوريّة المطلقة يبدو ممكنا في القانون التّونسيّ إذا اعتبرنا من جهة إشارة المشرّع الصّريحة صلب الفصل 27 المذكور إلى ضرورة القبول الحيني، وكونه من جهة أخرى لم يعتن بتنظيم مهلة زمنيّة للقبول إلّا في الحالات الّتي يستحيل فيها ماديّا القبول الحيني، وهي صور التّعاقد بين غائبين، تاركا في ما عدا ذلك من الحالات مسألة أجل القبول من عدمه إلى محض اختيار الموجب نفسه[44]. ومن نتائج الفوريّة المطلقة أنّ الموجب ليس ملزما بالإبقاء على إيجابه مهلة زمنيّة معيّنة، وله حقّ الرّجوع فيه ما دام العقد لم يتمّ بالقبول (الفصل 30 من م.ا.ع.).

ولقد كرّس الفقه والقضاء بفرنسا مبدأ حرّيّة الرّجوع في الإيجاب استنادا إلى النّظريّة التّقليديّة الّتي ترى أنّه لا يمكن للإرادة المنفردة أن تكون مصدر التزام[45]، الأمر الّذي نتج عنه في التّطبيق تعذّر إيجاد سند قانونيّ صحيح وثابت

(42) يراجع السّنهوري، المرجع المذكور أعلاه.

(43) البدائع 5، ص 137 (عن السّنهوري ــ نفس المرجع).

(44) يراجع : A. RIEG, le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Paris, L.G.D.J., 1961, n° 82.

(45) يراجع : MARTY et RAYNAUD, Droit civil II, Les obligations, op. cit., N° 101; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, obligations. 2, contrat, op. cit., n° 49 et s.; GHESTIN, les obligations, le contrat : formation, 2è éd., op. cit., n° 208 et s.
وانظر خاصّة القرار التّعقيبي المبدئي المؤرّخ في 3 فيفري 1919 (D. 1923,p. 126).

لمبدإ التّعويض عن الأضرار الفادحة الّتي كثيرا ما تلحق بالموجب له تبعا لممارسه الموجب لحقّه في الرّجوع في إيجابه بتسرّع أو بصفة مباغتة ومضرّة بالموجب له. وقد حاول بعضهم تبرير التّعويض في مثل هاته الحالات بافتراض تعهّد الموجب بالإبقاء على إيجابه وذلك إمّا بناء على إرادته المنفردة (المفترضة) ــ ممّا أثار من جديد جدلا فقهيّا حول مدى صحّة التعهّد القانوني الآحادي في القانون الفرنسي[46] ــ أو بموجب عقد تمهيدي (مفترض أيضا) يربطه بالموجب له[47]. كما استند جانب آخر من الفقه للغرض نفسه إلى المسؤوليّة النّاجمة عن خطإ الموجب المتمثّل في التّعسّف في ممارسة حقّ الرّجوع في الإيجاب[48]. أمّا فقه القضاء فإنّه لم يقبل فكرتي التّعهّد المنفرد أو النّاتج عن عقد تمهيدي إلّا في الحالات النّادرة الّتي ثبتت فيها إرادة الموجب، ولو بصفة ضمنيّة، على الإبقاء على إيجابه[49]. ولكنّه استقرّ في ما يبدو على إلزام الموجب بالتّعويض كلّما رجع هذا الأخير في إيجابه بدون مبرّر، وقبل مرور «الأجل الأدبي المناسب» الضّروري لتمكين الموجب له من تحديد موقفه من الإيجاب الصّادر له[50]. ذلك أنّ الفقهاء والمحاكم مجمعون في فرنسا على أنّ الفوريّة المطلقة الّتي يفرضها عليهم احترام النّظريّات الذّاتيّة السّائدة في القانون الفرنسي وخاصّة منها نظريّة سلطان الإرادة تتعارض تماما مع ما تقتضيه الثّقة والإستقرار والأمانة في التّعامل، ممّا أدّى إلى حصر النّقاش بينهم في كيفيّة تجاوز الصّعوبات النّظريّة التي تحول دون إلزام الموجب بترك مهلة تأمّل للموجب له. وهكذا استطاع فقه القضاء أن يلطّف من حدّة الفوريّة على النّحو المبيّن أعلاه.

2.1) **131** ــ وإذ يتبيّن من التّحليل أعلاه أنّ الثّقة والأمانة في التّعامل يفرضان على الموجب إحترام فترة التأمّل الّتي يحتاجها الموجب له، فإنّه يصبح من الضّروري البحث في القانون التّونسي عن سند للتّعويض عن الأضرار النّاجمة عن الرّجوع السّابق لأوانه في الإيجاب الصّادر بدون تحديد أجل للجواب. على أنّ الأمر قد لا يكون بالصّعوبة الّتي شاهدناها في القانون الفرنسي، ذلك أنّ

(46) يراجع في هذا الخصوص ... J. GHESTIN, op. cit., n° 214

(47) يراجع : DEMOLOMBE, Cours de droit civil français, t.XXIV, n° 63 et s.....

(48) يراجع في هذا الخصوص : J. GHESTIN op. cit., n° 217....

(49) يراجع في هذا الخصوص : J. GHESTIN op. cit., n° 214....

(50) يراجع في هذا الخصوص : J. GHESTIN op. cit., n° 218.....

السّند الّذي نبحث عنه يمكن أن يوجد ضمن أحكام الفصل 27 م.ا.ع. المذكور بآعتبارها تنظّم، بإشارتها الصّريحة لمفهوم مجلس العقد، إجراءات التّعاقد بين حاضرين في إطار مكاني وزماني يسمح بالقول بأنّ الفوريّة الّتي تنصّ عليها هي نسبيّة وليست مطلقة. وهذا يعني بعبارة أوضح أنّ القبول في الحين على معنى الفصل 27 م.ا.ع. هو القبول الصّادر أثناء مجلس العقد وقبل انفضاضه. وممّا يدعّم هذا الرّأي الّذي يقول في الواقع بتبنّي المشرّع لنظريّة اتّحاد مجلس العقد ما ورد بالفصل 30 من م.ا.ع. من أنّه يسوغ الرّجوع في الإيجاب مادام العقد لم يتمّ بالقبول...». ذلك أنّ في مجرّد تصوّر المشرّع لإمكانيّة الرّجوع في الإيجاب قرينة قويّة على أنّ الإيجاب في نظره يبقى قائما فترة زمنيّة معيّنة بعد صدوره ولا يسقط بسبب عدم قبوله الفوريّ خلافا لما قد توحي به قراءة أولى وسريعة لأحكام الفصل 27 م.ا.ع. وممّا يلفت الإنتباه أيضا ما ذهب إليه الفقه السّويسريّ من أنّ القبول الفوريّ على معنى الفصل 4 من مجلّة الإلتزامات السّويسريّة (المطابق للفصل 27 م.ا.ع.) هو «القبول الّذي يصدر قبل انتهاء المباحثات»[51]، الأمر الّذي يستخلص معه أنّ الفصل 27 من م.ا.ع. يتضمّن إلتزاما قانونيّا وضعه المشرّع على كاهل الموجب يتمثّل في ضرورة احترام اتحاد مجلس العقد من طرفه وذلك بأن لا يمارس حقّ الرّجوع في الإيجاب الّذي تمنحه إيّاه أحكام الفصل 30 من م.ا.ع. قبل مرور فترة التّأمّل الّتي يحتاجها الموجب له، وهي المهلة الزّمنيّة الّتي يكون فيها هذا الأخير منشغلا تمام الإنشغال بموضوع العقد المعروض عليه[52].

ويعدّ عدم احترام اتّحاد مجلس العقد مخالفة للقانون يتكوّن منها خطأ على معنى الفصلين 82 و83 من م.ا.ع. قد يعرّض الموجب إلى دفع غرامات للموجب

(51) يراجع : P. GAUCH, W. R. SCHLUEP et P. TERCIER, I, op. cit., n° 310 p. 59....

(52) في خصوص المفهوم الموسّع لمجلس العقد في الشّريعة الإسلاميّة وفي القانون المصري انظر عبد الرّحمان السّنهوري ــ الوسيط، الجزء الأوّل، ص 124. ويراجع بالنّسبة للقانون التّونسيّ : المالقي، محاضرات في شرح القانون المدنيّ التّونسيّ، ص 27 حيث يقول جازما وبدون أيّ تعليق ما يلي : «ويعتبر الإيجاب مسحوبا وغير عامل إذا مضى أجل مناسب بدون أن يحصل القبول. ويراعي في ضبط هذا الأجل مختلف الظّروف ومقاصد الموجب والعوائد المحليّة. وقد جاء الفصل 27 بأنّ الإيجاب من شخص إلى آخر حاضر أمامه بدون تعيين أجل القبول يعتبر كأن لم يكن إذا لم يقبل الشّخص الآخر في الحال أيّ إلى آخر المجلس...»

له تعويضا عن الضّرر الّذي يكون قد لحقه نتيجة ذلك الخطإ. ويبدو أنّ محكمة التّعقيب قد تبنّت هذا الإتّجاه في قرارها المؤرّخ في 4 فيفري 1988 الّذي جاء به «أنّ الوقت المناسب لقبول العرض إنّما هو مسألة نسبيّة قد تطول أو تقصر حسب ظروف العقد وأحواله...» وهو ما قد يفهم منه أنّ الموجب ملزم من ناحيته بالإبقاء على التزامه مدّة زمنيّة مناسبة يخضع تحديدها إلى اجتهاد القاضي[53].

132 ــ ويستنتج ممّا تقدّم أنّ واجب الإبقاء على الإيجاب ليس وليد إرادة الموجب بل هو نابع عن التزام قانونيّ يتمثّل كما رأينا في احترام اتّحاد مجلس العقد من طرفه. ولمّا كان الأمر كذلك فقد لا يصحّ نعت الإيجاب المجرّد بالتّصرّف القانونيّ الآحاديّ الملزم لصاحبه (الفصل 22 من م.ا.ع.) طالما أنّ الموجب لا يلتزم بشيء إزاء الموجب له بحكم إرادته. وإنّه ولئن وجد نفسه ملزما باحترام اتّحاد مجلس العقد فإنّ ذلك بحكم القانون وليس نتيجة التزام إراديّ منفرد من جانبه. ويترتّب عن هذا التّحليل أنّ الإيجاب المجرّد ينقرض بوفاة الموجب ولا يلزم ورثته على خلاف الإلتزامات النّاجمة عن العقود أو عن التّصرّفات القانونيّة المنفردة.

2) الإيجـاب المقيّـد بأجـل

133 ــ جاء بالفصل 33 من م.ا.ع. أنّ «من صدر منه الإيجاب وعيّن أجلا لقبوله فهو ملزوم للطّرف الآخر إلى انقضاء الأجل. فإن لم يأته الجواب بالقبول في الأجل المذكور، إنفكّ التزامه»[54]. ويفهم من هذا النّصّ أنّ الموجب الّذي عيّن أجلا لقبول الإيجاب الصّادر منه يلتزم بحكم إرادته المنفردة بإبقاء إيجابه قائما طيلة ذلك الأجل بحيث لا يحقّ له الرّجوع فيه ولا ينفكّ التزامه إلّا بانتهاء ذلك الأجل، سواء صدر الإيجاب لغائب أو لحاضر[55]. وغالبا ما يكون

(53) قرار تعقيبي مدني عدد 18708، صادر في 4 فيفري 1988، ق.ت. 1990، عدد 2، ص 69.

(54) انظر على سبيل المثال القرار التّعقيبي عدد 34، المؤرّخ في 26 أكتوبر 1976 (ن.م.ت 1976، ج III، ص 67) الّذي اعتبر أنّ القبول الصّادر عن الموجب له بعد مرور الأجل الّذي ضربه له الموجب للغرض بستّة عشر يوما لا عمل عليه.

(55) يراجع القرار التّعقيبيّ الهامّ الصّادر في 25 ماي 1970 تحت عدد 6499 (ق.ت. 1971، ص 190)، وقد جاء به أنّه يؤخذ صراحة من الفصل 33 «أنّ الموجب يظلّ مرتبطا بإيجابه خلال الموعد المحدّد للقبول متى حدّد له ميعاد سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر».

الإيجاب المقيّد بأجل من قبيل التّصرّف القانونيّ الآحاديّ على معنى الفصل 22 من م.ا.ع. ولكنّه من الجائز أيضا أن يصدر في شكل عقد وعد ممضى من الموجب له. ويتّجه في هاته الصّورة وصفه بالعقد الملزم لجانب واحد إذا ما ثبت أنّ شروط الإيجاب، بما في ذلك الأجل المعيّن لقبوله، قد حدّدت بمشاركة الموجب له وبموافقته دون أن يلزم نفسه بقبولها[56]. على أنّ الإيجاب المقيّد بأجل يعدّ في جميع الحالات، سواء نشأ عن إرادة منفردة أو عن اتّفاق إرادتين، **تصرّفا قانونيّا**، الأمر الّذي يترتّب عنه أنّه يلزم ورثة الموجب مثلما تلزمهم غيره من تعهّدات مورّثهم القانونيّة (الفصل 241 م.ا.ع.)[57] وذلك خلافا لحالة الإيجاب الصّادر بدون أجل مقيّد للموجب[58].

II ــ القبـــــول

134 ــ القبول هو تعبير باتّ عن الإرادة يصدر من الموجب له ويترتّب عليه، إذا تطابق مع الإيجاب، أن ينعقد العقد[59]. أمّا إذا جاء القبول في صيغة

(56) يراجع في خصوص طبيعة الوعد بالبيع القرار المدني التّعقيبي عدد 358 المؤرّخ في 31 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، ص 1130 (مع طلبات الأستاذ عبد اللطيف الحمروني مساعد وكيل الدّولة العامّ لدى محكمة التّعقيب). ويبدو أنّ الكتب موضوع النّزاع في هذه القضيّة كان ممضى من الطّرفين ولكنّه لا يتضمّن سوى التزام الواعدة بالبيع دون الموعود له الّذي ترك لنفسه، بموافقة الواعدة، حقّ الخيار إلى أجل محدّد، الأمر الّذي لا يجوز معه وصف ذلك الكتب بالإلتزام «من طرف واحد على معنى الفصل 22 من م.ا.ع.» كما ذهبت إليه خطأ محكمة التّعقيب في هذا القرار. وما من شكّ في أنّ الوصف الصّحيح للكتب موضوع النّزاع هو الّذي تمسّك به ممثّل وكالة الدّولة العامّة لدى التّعقيب بمقولة أنّه وعد بالبيع... «الإتّفاق فيه منصبّ على إيجاب بالوعد بالبيع وقبول لهذا الوعد لا على نفس البيع... وهو من العقود الغير مسمّاة...».

وقد تبنّت محكمة التّعقيب هذا التّحليل في قرارها عدد 6499، المؤرّخ في 25 ماي 1970 والمذكور أعلاه حيث أبرزت بوضوح «أنّ الإيجاب الملزم يتميّز في كيانه عن الوعد بالتّعاقد، فالأوّل ينشأ قانونا عن الإرادة المنفردة والثّاني عن اتّفاق إرادتين».

(57) قرار تعقيبي مدني عدد 5869، مؤرّخ في 4 ماي 1948، ق.ت. 1962، ص 37.

(58) إنّ أحكام الفصل 35 من م.ا.ع. الّتي تنصّ على سبيل الإستثناء على أنّه «لا يمنع إتمام العقد وفاة من صدر منه الإيجاب أو تقييد تصرّفه بعد صدور الإيجاب منه إذا حصل القبول من الطّرف الآخر قبل علمه بوفاة صاحب الإيجاب أو تقييد تصرّفه» تخصّ فقط حالة الإيجاب الصّادر لغائب. أمّا آثار الإيجاب الموجّه لحاضر بعد وفاة الموجب فهي تخضع للقانون العامّ ويختلف بالتّالي الحلّ فيها بحسب نوع الإيجاب وطبيعته القانونيّة.

(59) أنظر : توفيق حسن فرج، النّظريّة العامّة للإلتزام، مذكور أعلاه، ص 95.

جواب موقوف على شرط أو قيد فيعتبر رفضا للإيجاب مصحوبا بإيجاب آخر (الفصل 31 م.ا.ع.)[60].

وقد يكون القبول صريحا أو ضمنيّا، ويعدّ من باب القبول الضّمني إجراء العمل بالعقد بلا شرط من طرف المجيب (الفصل 32 م.ا.ع.). كما يتمّ العقد أيضا بمجرّد شروع الموجب له في العمل به إذا كانت طبيعة المعاملة لا تفرض جوابا صريحا بالقبول (الفصل 29 من م.ا.ع.) مثل الهبة الّتي يكفي فيها حوز الموهوب له للشّيء لثبوت قبوله[61]، أو إذا كان عرف التّجارة لا يقتضي جوابا عندما يكون الإيجاب متعلّقا بمعاملات تجاريّة جارية تقدّم الشّروع فيها بين الطّرفين (الفصل 29 من م.ا.ع.)[62].

135 ــ ويثير موضوع القبول الضّمني مسألة ما إذا كان **السّكوت** كافيا للتّعبير عن القبول. ويرى أغلبيّة الشرّاح[63] أنّ السّكوت لا يعدّ تعبيرا عن الإرادة ضرورة أنّ الرّد على الإيجاب يفترض اتّخاذ موقف إيجابيّ لا يمكن أن يعبّر عنه السّكوت الّذي هو عمل سلبيّ. ولا يكون الأمر على خلاف ذلك إلّا إذا اقتضى القانون أن يكوّن السّكوت وحده علامة قبول ورضى. وهذه الحالات استثنائيّة في

(60) يراجع قرار تعقيبي مدني عدد 3440، مؤرّخ في 6 فيفري 1940، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 152؛ وقرار تعقيبي عدد 66، مؤرّخ في 30 نوفمبر 1922، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 150، وانظر أيضا القرار التّعقيبي عدد 483، المؤرّخ في 25 نوفمبر 1976، ن.م.ت. 1976، ج III، ص 144.

(61) يراجع قرار تعقيبي مدني عدد 5147، مؤرّخ في 21 ديسمبر 1981، ن.م.ت. 1981، ج IV، ص 269.

(62) وقد استخلصت محكمة التّعقيب من أحكام الفصل 29 من م.ا.ع. أنّ عقد النّقل «يتكوّن بركوب المسافر على وسيلة النّقل المعروضة بالمحطّة على الجمهور الأمر الّذي يعتبر إيجابا يتمّ قبوله من طرف المسافر الّذي يصعد على تلك الوسيلة...» مضيفة أنّ الحكم المطعون فيه «لمّا أسّس قضاءه لصالح الدّعوى على أنّ وجود المدّعية في القطار قرينة مادّية قاطعة على التقاء الإيجاب والقبول في عقد النّقل وتنفيذه من الطّرفين يكون قد جاء موافقا للقانون مطبّقا له تطبيقا صحيحا..» (قرار تعقيبي مدني عدد 3990، مؤرّخ في 18 جوان 1981، ن.م.ت. 1981، ج II، ص 209).

(63) يراجع في هذا الخصوص : BARRAUT, Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations, thèse, Dijon 1912; De l'acceptation des factures par le silence, Annales dr. com. 1913, p. 347 et s.; POIRIER, Les effets juridiques du silence, thèse, Paris 1920. POPESCO RAMNICEANO, Le silence créateur d'obligations et l'abus de droit, Rev. trim. dr. civ. 1930, p. 999 et s; YUNG, L'acceptation par le silence de l'offre de contracter, Mélanges SECRETAN, p. 343 et s... MADJARIAN, Le silence et la formation du contrat, thèse, Strasbourg 1961; P.DIENER, Le silence et le droit, essai sur le silence en droit privé, thèse, Bordeaux, 1975; P. GODE, Volonté et manifestations tacites, thèse, Lille, 1977; LITTMANN, Le silence et la formation du contrat, thèse, Strasbourg, 1969.

القانون الوضعي[64]. أمّا حالات القبول الضّمني الّتي سبق التعرّض لها فإنّ ثبوت القبول فيها لا ينتج عن السّكوت إنّما عن تصرّفات إيجابيّة تصدر عن الموجب له لتعبّر عن إرادته في التّعاقد بدون أيّ لبس، أو بناء على افتراض يبرّره تعلّق الإيجاب بمعاملات تجاريّة تقدّم الشّروع فيها بين الطّرفين، الأمر الّذي يستخلص معه أنّ ظروف السّكوت وملابساته هي الّتي قد تفيد القبول؛ أمّا السّكوت وحده فهو غير قادر على تأدية هذا المعنى.

§ 2 ــ نظـام العقـود المبرمـة بين غائبيـن

136 ــ كثيرا ما يحدث أن يقع التّعاقد بين غائبين. ويتمّ ذلك بأيّة طريقة من طرق المراسلة كالبريد أو برسول خاصّ. ويتمثّل الفرق المميّز بين هذه العقود والعقود المبرمة في مجلس واحد في الفترة الزّمنيّة الّتي تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به بالنّسبة لجميع العقود بين الغائبين باستثناء العقود الّتي تبرم بواسطة الهاتف. وذلك ما يفسّر أنّ المشرّع نزّلها منزلة العقود المبرمة في مجلس واحد (الفصل 27 من فقرة 2 من م.ا.ع.).

وتثير الخاصّيّة المميّزة لعقود المراسلة التّساؤل حول المكان والزّمان الّذين يتمّ فيهما العقد. فهل يعدّ العقد مبرما في المكان وفي الزّمان الّذين يصدر فيهما القبول من الموجب له أم في المكان وفي الزّمان الّذين يعلم فيهما الموجب بقبول الموجب له لإيجابه؟[65].

وحتّى نتأكّد من أهميّة الموضوع لا بدّ من الإشارة إلى المصلحة القانونيّة من البحث عن زمان ومكان العقد.

(64) ومن أبرزها أحكام الفقرة 2 من الفصل 7 من القانون الفرنسي للتّأمين المؤرّخ في 13 جويلية 1930 الّذي كان معمولا به في تونس قبل صدور مجلّة التأمين (القانون عدد 24 - 92 المؤرّخ في 9 مارس 1992). وقد جاء بالفقرة المذكورة أنّ عدم رفض المؤمّن في أجل عشرة أيّام لإيجاب صادر عن المؤمّن له بقصد التّمديد أو التّغيير في عقد التّأمين أو استرداد مفعول عقد معلّق يعدّ قبولا له من طرف المؤمّن. يراجع أيضا ما نصّ عليه الفصل 794 من م.ا.ع. من أنّ استمرار المكتري على الإنتفاع بعد انقضاء مدّته لا يترتّب عليه تجديد العقد إذا صدر تنبيه أو ما يقوم مقامه من أحد الطّرفين يدلّ على عدم رضاه بتجديد العقد.

(65) يراجع حول هذه المسألة : PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations,op. cit., 2è éd., 1990, n° 391 et 392; J. GHESTIN, Droit civil, les obligations, le contrat, formation, 2è éd., n° 243 et s; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, obligations, 2. contrat, 3è éd. op. cit., n° 287 et s. V° aussi, VALERY, Des contrats par correspondance, 1895; COHEN, des contrats par correspondance en droit français, anglais et américain, thèse, Paris 1921; AUBERT, notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Paris, L.G.D.J., 1970.

أمّا تحديد **زمان انعقاد العقد** فهو ضروريّ في صورة صدور قانون جديد يغيّر من شروط انعقاد العقد لمعرفة القانون الواجب التّطبيق[66]. والقانون الواجب التّطبيق هو مبدئيّا القانون النّافذ وقت إبرام العقد. كما تبرز أهميّة تحديد وقت إبرام العقد في حالة استحالة محلّ الإلتزام قبل العقد. كما لوْ هلك الشّيء المبيع مثلا فتحول هذه الحادثة دون انعقاد العقد. وتهمّ أيضا معرفة وقت إبرام العقد للتّأكّد من مدى صحّة رجوع الموجب في إيجابه علما وأنّه لا يحقّ له ذلك إذا كان العقد قد انعقد بقبول الموجب له للإيجاب.

أمّا تحديد **مكان العقد** فإنّ أهمّيته واضحة من ناحيتين على الأقلّ، فبه يحدّد القانون المنطبق في القانون الدّولي الخاصّ[67] من جهة ومرجع النّظر التّرابي للمحاكم في صورة نزاع يتعلّق بالعقد من جهة أخرى (الفصلان 2 ــ رابعا و36 ــ أوّلا من م.م.م.ت).

137 ــ ولا شكّ في أنّ أهميّة الموضوع من الوجهة العمليّة هي الّتي قد تفسّر تعدّد المذاهب والنّظريّات في هذا الخصوص. وإذ يكون من المفيد عرض مختلف هذه المذاهب (II) عرضا سريعا قبل البحث عن النّظام المنطبق في القانون التّونسي (III)، فإنّه من المهمّ جدّا أن نتعرّض بادىء ذي بدء إلى النّظام الّذي خصّ به المشرّع صلب الفصل 34 م.ا.ع الإيجاب الصّادر بمراسلة (I).

I ــ الإيجـــاب بمـراسلـــة

138 ــ جاء بالفقرة الأولى من الفصل 34 من م.ا.ع. أنّ «من صدر منه إيجاب بمراسلة بلا تحديد أجل بقي ملزوما للطّرف الآخر إلى الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرّح بخلافه في الكتاب»[68].

(66) يراجع : علي الجلّولي : مجال سريان القواعد القانونيّة في الزّمان، أطروحة، كليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1991، مرقونة.

(67) يراجع على سبيل المثال : قرار مدني صادر عن محكمة الإستئناف بتونس في 14 جانفي 1959، عدد 17434، ق.ت. 1959، ص 268.

(68) لابدّ من لفت النّظر في خصوص هذا النّصّ إلى أنّ أحكامه لا تتعلّق بموضوع تحديد زمان أو مكان العقد إنّما تخصّ فقط مدى التزام الموجب بإيجابه الصّادر منه بمراسلة وما قد يترتّب عن القبول الصّادر من الطرف الآخر في الوقت المناسب إذا لم يبلغ إلى علمه إلّا بعد انقضاء ذلك الوقت. فلا فائدة إذن في محاولة التّوفيق بين أحكام الفصل 28 المتعلّق بمكان وزمان وإبرام العقد بمراسلة وأحكام الفصل 34 بسبب تضارب محتمل بينهما طالما أنّ موضوع كلّ منهما يختلف عن الآخر.

ويفهم من هذا النّصّ أنّ الموجب يعدّ مسؤولا عن الخسارة الّتي قد تنتج للطّرف الآخر عن رجوعه في الإيجاب الّذي صدر عنه بمراسلة قبل انقضاء «الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة».

وممّا تتّجه ملاحظته أنّ هذا الفصل لا يتضمّن في واقع الأمر استثناء لمبدإ الفوريّة المنصوص عليه بالفصل 27 م.ا.ع. بالنّسبة للعقود بين الحاضرين، حيث أنّه لا يلزم الموجب بالإبقاء على جوابه إلّا «الوقت المناسب لوصول الجواب إليه» دون اعتبار الوقت الّذي يحتاجه الموجب له للتّأمّل قبل أخذ القرار. على أنّه من المستبعد جدّا أن يميّز المشرّع الموجب له عن طريق المراسلة بوضع أسوأ من وضع الموجب له العاديّ. لذلك يتّجه في نظرنا الأخذ هنا بفكرة الفوريّة النّسبيّة بمثل ما أخذنا بها في حالة التّعاقد بين حاضرين، ممّا يترتّب عليه أنّ **الوقت المناسب** على معنى الفصل 34 هو الوقت الضّروري لمصالح البريد أو البرق لإيصال الجواب مع إضافة فترة للتّأمّل تختلف مدّتها باختلاف الحالات التّعاقديّة. كلّ ذلك مع الملاحظة أنّ تقدير «الوقت المناسب» يخضع لسلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من قبل محكمة التّعقيب بشرط التّعليل المستساغ.

139 ــ ولكن هل يعدّ العقد مبرما إذا صدر الجواب بالقبول في وقته ولكنّه لم يبلغ إلى الموجب إلّا بعد انقضاء الأجل الكافي لوصول الجواب إليه عادة؟ يجيب المشرّع بالنّفي المطلق على هذا السّؤال ضمن الفقرة 2 من الفصل 34 المذكور الّتي تنصّ بالنّسبة لهاته الحالة على «أنّ الصّادر منه الإيجاب لا يلزمه شيء ويبقى الحقّ لمن لحقه الضّرر في طلب تعويض الخسارة ممن تسبّب فيها» (مصلحة البريد مثلا).

II ــ المذاهب القانونيّة لتحديد مكان وزمان انعقاد العقد[69]

140 ــ بما أنّه يتعذّر الإلتقاء الفعليّ بين الإرادتين في وقت واحد ومكان واحد فإنّه لم يبق، وقد صدر القبول في زمن متقدّم عن الوقت الّذي علم فيه الموجب به، إلّا أن نختار بين حلّين : إمّا أن نعتمد وقت صدور القبول (أ) أو أن نأخذ بوقت العلم به (ب).

(69) يراجع في هذا الخصوص : عبد الرّحمان السّنهوري الوسيط، 1، المذكور أعلاه، ص 237 إلى 259؛ انظر كذلك : CH. LARROUMET, op. cit., n° 277 et suiv., WEILL et TERRE, op. cit., n° 150 et 151.

أ ــ نظريّـة صـــدور القبـــول

141 ــ يعدّ العقد مبرما حسب هذه النّظريّة في المكان وفي الوقت الّذين يصدر فيهما القبول لأنّ العقد يتمّ بقبول الإيجاب. إلّا أنّ دعاة هذه النّظريّة ينقسمون إلى شقّين : شقّ يعتمد مذهب إعلان القبول وشق آخر يعتمد مذهب تصدير القبول.

1) مذهب إعـلان القبول :

142 ــ يعتبر أنصار هذا المذهب استنادا إلى كون العقد هو توافق إرادتين أنّه يتمّ حالما يعلن الموجب له عن قبوله، وهو ما قد يتّفق تماما مع مقتضيات الحياة التّجاريّة من وجوب السّرعة في التّعامل.

2) مذهـب تصديـر القبـول :

143 ــ يرى أنصار هذا المذهب أنّ القبول لا يكون نهائيّا كما أنّه لا يعدّ تعبيرا ظاهرا عن إرادة الموجب له إلّا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلا بقبوله إلى الموجب بحيث يصبح غير قادر على استرداده.

ب ــ نظريّـة تسليـم القبـول

144 ــ يعتبر دعاة هذه النّظريّة أنّ القبول لا يكون نهائيّا بتصديره إذ يمكن استرداده أثناء طريقه إلى الموجب. وأنّه لا يكون نهائيّا إلّا إذا وصل إلى هذا الأخير، ففي هذا الوقت يتمّ العقد. وينشقّ دعاة هذه النّظريّة إلى فريق أوّل يعتبر أنّ العقد يعدّ مبرما بمجرّد التّسليم سواء أعلم الموجب أم لم يعلم بفحواه، وإلى فريق ثان يرى أنّ العقد لا يتمّ إلّا بعد علم الموجب بالقبول.

III ــ أحكـام القانـون التّونسـيّ

145 ــ لقد أخذ القانون التّونسيّ **بنظام صدور القبول** وبالتحديد **بمذهب إعلان القبول**، وهو ما يتبيّن من أحكام الفقرة الأولى من الفصل 28 الّتي تنصّ على أنّه «يتمّ العقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطّرف الآخر»، ونلاحظ أنّ المشرّع لا يشترط لإتمام العقد تصدير القبول[70].

(70) يراجع تطبيقا للفقرة الأولى من الفصل 28 م.ا.ع. القرار التّعقيبي المدني عدد 12194، المؤرّخ في 11 نوفمبر 1985، ن.م.ت. 1985، ج II، ص 336.

وتتضمّن الفقرة الثّانية من الفصل 28 أحكاما خاصّة بالتّعاقد بواسطة رسول وهو كما نعلم نوع من أنواع عقود المراسلة. والتّعاقد بواسطة رسول ليس التّعاقد بالنّيابة. فالرّسول مكلّف فقط بتبليغ رسالة وليس له، على خلاف النّائب، أن يتعاقد في حقّ غيره. وإذ تنصّ الفقرة 2 من الفصل 28 أنّ «التّعاقد بواسطة رسول يتمّ في الوقت والجهة الّتي تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطّرف الآخر للرّسول» فإنّها تأتي بحلّ لا يختلف في جوهره عن الحلّ المنصوص عليه بالفقرة الأولى، فكلا الحلّين ينتمي إلى نظريّة صدور القبول.

§ 3 ــ الإتّفاقات التّمهيديّة لتكوين العقد

146 ــ يمكن تقسيم الإتّفاقات التّمهيديّة للعقد إلى نوعين : إتّفاقات تمهّد للتّفاوض أو تنظّمه وتسمّى عقود التّفاوض (I)، وأخرى تبرم بعد انتهاء التّفاوض وتمهيدا للعقد النّهائيّ وهي وعود التّعاقد (II).

I ــ عقـــود التّفـاوض[71] :

147 ــ تهدف عقود التّفاوض بوجه عامّ إلى تنظيم العلاقات بين مترشّحين للتّعاقد أثناء فترة التّفاوض، وتتفرّع إلى عقود ملزمة للتّفاوض وعقود منظّمة له.

أ ــ العقـود الملزمـة للتّفـاوض

148 ــ العقد الملزم للتّفاوض هو اتّفاق بين طرفي عقد نهائيّ محتمل يلتزم بموجبه الطّرفان أو أحدهما لفائدة الآخر بفتح مباحثات تهدف إلى إبرام عقد بينهما أو إلى مراجعة أو تجديد عقد سابق[72]. ومن بين هذه العقود نذكر على سبيل المثال **إشتراط الأولويّة** (pacte de préférence) وهو العقد الّذي يتعهّد بموجبه طرف بأن يعطي الطّرف الآخر الأولويّة في التّعاقد على موضوع معيّن إذا

(71) يراجع : J. GHESTIN, op. cit., n° 240 et s. CH. LARROUMET, op. cit., n°290 et s.; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 353 et s.; FONTAINE, Synthèse des travaux du groupe de tavail sur les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, Droit et pratique du commerce international, t. 3; M. GENINET, théorie générale des avants contrats en droit privé, thèse, Paris II, 1985; A. RIEG, La «Punctation», contribution à l'étude de la formation successive du contrat, Mélanges JAUFFRET, p. 600 et s.; J.M. MOUSSERON, La durée dans la formation du contrat, Mélanges JAUFFRET, p. 513 et s.; J. CEDRAS, L'obligation de négocier, Rev. trim. dr. com., 1985, p. 265.

(72) يراجع : CH. LARROUMET, op. cit., n° 292 à 294. PH. MALAURIE et L.AYNES, op. cit., n° 353.

11

قرّر يوما التّعاقد في شأنه. كأن يتعهّد مالك عقار بأن لا يوجّه إيجابا في بيع ذلك العقار إلى غير معاقده إذا قرّر يوما بيع ذلك العقار[73]. كما تتّجه الإشارة في هذا المجال إلى **شروط هارتشيب** (clauses de hardship) وهي من الشّروط الّتي نجدها في العقود العالميّة أو في العقود المبرمة بين مؤسّسات صناعيّة أو تجاريّة يلتزم بموجبها الأطراف بإعادة التّفاوض من أجل تعديل العقود الرّابطة بينهم في صورة حدوث تغييرات معيّنة في الظّروف الإقتصاديّة. على أنّ الإلتزام بالتّفاوض أو بإعادة التّفاوض ليس التزاما بالتّعاقد، بحيث قد لا يبرم العقد أو لا يتمّ تجديده أو مراجعته في صورة فشل المفاوضات[74]. ولمّا كان الفشل مضرّا بمصالح الأطراف، خاصّة إذا جاء بعد مفاوضات طويلة وشاقّة، فإنّهم يسعون في بعض الحالات لتفاديه أو على الأقلّ لحفظ حقوقهم في صورة حصوله فيتّفقون للغرض مسبّقا على تنظيم فترة التّفاوض.

ب ــ العقود المنظّمة للتّفاوض

149 ــ تهدف هذه العقود كما أسلفنا إلى تهيئة ظروف النّجاح للمفاوضات الطّويلة المعقّدة، وكثيرا ما يتّفق الأطراف على إبرام **اتّفاقات جزئيّة** كلّما حصل إتّفاق بينهم حول بعض النّقاط الهامّة وبذلك يتمّ العقد على مراحل[75]. وتثير الإتّفاقات الجزئيّة مسألة قيمتها القانونيّة في صورة استحالة إبرام العقد النّهائي بسبب تعذّر الإتّفاق بالنّسبة للمراحل الموالية. وينصّ الفصل 24 م.ا.ع. ردّا على هذا التّساؤل بأنّه «لا يعتبر العقد تامّا إذا صرّح المتعاقدان بإبقاء بعض الشّروط لعقد تال. فما وقع عليه الإتّفاق والحالة هاته لا يترتّب عليه التزام ولو وقع تحرير الشّروط الأوّليّة بالكتابة»[76].

---

(73) يراجع : F. COLLART — DU TILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles, thèse, TOURS, Sirey 1988.

(74) يراجع : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 621, p. 334; V° aussi, B. OPPETIT, l'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : La clause de hardship, Clunet, 1974, p. 794 à 814; Les hardship clauses, DPCI, 1975, p. 512 et s, et DPCI 1976 p. 7 et s; PH. FOUCHARD, L'adaptation des contrats à la conjoncture économique, Rev. arb. 1979 p. 67.

(75) يراجع : J. GHESTIN, op. cit., n° 242.....

(76) يرجع أصل هذا النّص إلى القانون الألماني حيث تنصّ المجلّة المدنيّة الألمانيّة بالفصل 154 فقرة أولى على ما يلي : «Tant que les parties ne sont pas d'accord sur tous les points d'un contrat qui, ne fût-ce que d'après la déclaration de l'une seulement des deux parties devaient être l'objet de convention, le contrat, dans le doute, n'est pas conclu. L'entente des parties sur

II ــ الوعـــد بالتّعـــاقـد

150 ــ إنّ الوعد بالتّعاقد كثير الوقوع في الحياة العمليّة وقد يلجأ إليه الأطراف عندما يتعذّر عليهم بموجب القانون[77] أو بحكم ظروفهم الشّخصيّة إبرام العقد مباشرة بعد حصول الإتّفاق على أركانه الجوهريّة وبقيّة شروطه المشروعة. فمن يرغب في شراء محلّ للسّكنى قد يحتاج إلى فترة زمنيّة لجمع الثّمن المتّفق عليه أو لإعداد الرّخص الإداريّة المستوجبة لصحّة العمليّة، بل كثيرا ما تطالبه المؤسّسات المصرفيّة وكذلك الإدارة بالإدلاء بوعد بيع قبل تمكينه من القرض المطلوب أو من الرّخصة الإداريّة اللاّزمة.

والوعد بالتّعاقد هو في ذاته عقد يقوم على إيجاب وقبول[38] يلتزم فيه أحد الطّرفين أو كلاهما بأن يبرم في المستقبل عقدا في الظّروف وحسب الشّروط الّتي يبيّنها كتب الوعد. وقد يكون الوعد بالتّعاقد، بحسب إرادة طرفيه، ملزما لجانب واحد (أ) أو ملزما للجانبين (ب).

أ ــ الوعد بالتّعاقد الملزم لجانب واحد

151 ــ الوعد بالتّعاقد الملزم لجانب واحد هو عقد يتمّ بموجب تلاقي إرادتين واتّفاقهما على التزام الواعد بالتّعاقد حسب الشّروط الّتي تضمّنها كتب الوعد إذا رغب الموعود له في ذلك. فهو إذن عقد يلزم الواعد بالإيجاب الصّادر منه ويبقي للموعود له حرّيّة القبول أو الرّفض.

---

quelques points particuliers ne suffit pas à les lier, même lorsqu'elle a été suivie d'un projet rédigé par écrit». (Cf. Codes Allemands traduits en français par une équipe de juristes sous la direction de Maître W.GARCIN, éd. Jupiter - Paris).

وما من شكّ أنّ أحكام الفصل 24 اختياريّة وأنّه يجوز بالتّالي للأطراف الإتّفاق صراحة على خلافها . — يراجع أيضا حول هذه المسألة : G. FARJAT, Droit privé de l'économie, Théorie des obligations, Collection Thémis, P.U.F., 1975, p. 129 à 131, V° aussi, Ibrahim NAJJAR, «l'accord de principe», D. 1991, Chr., p 57,

(77) يراجع مثلا الفصل 9 من القانون عدد 17، المؤرّخ في 26 فيفري 1990 المتعلّق بتحوير التّشريع الخاصّ بالبعث العقاري الّذي يلزم الباعث العقاري والمشتري بإبرام وعد بالبيع يحدّد حقوق وواجبات الطّرفين قبل إنجاز بيع عقار في نطاق مشروع عقاري.

(78) يراجع د. عبد الفتّاح عبد الباقي، نظريّة العقد... عدد 80، ص 172 وانظر تقرير الأستاذ عبد اللطيف الحمروني المنشور تلوّ القرار التّعقيبي المدني عدد 358، المؤرّخ في 31 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، ص 1133.

وبالرّغم من عدم تنظيم المشرّع التّونسي للوعد بالتّعاقد[79] فإنّ صحّته ثابتة قانونا. ويجب اعتباره ــ عملا بقاعدة حرّيّة التّعاقد ــ **عقدا غير مسمّى** يتحدّد نظامه القانوني بالرّجوع إلى القواعد العامّة للإلتزامات[80]. ويمكن على ذلك الأساس أن يقيّد الوعد الملزم لجانب واحد الموعود له بأجل محدّد لقبوله أو لرفضه كما يمكن أن يكون الوعد بدون أجل. وفي هاته الحالة لا ينفكّ التزام الواعد إلّا بعد إنذار الموعود له، وذلك وفقا لأحكام الفصول 284 و286 و289 وما بعده من م.ا.ع.[81].

وإذ يتّفق الشرّاح[82] على أنّ المصلحة من عقد الوعد الملزم لجانب واحد تكمن في تضمين الإيجاب به وذلك بإلزام الموجب بالإبقاء عليه مدّة زمنيّة معيّنة، فإنّه من المتّجه التّذكير بأنّ الإيجاب المقيّد بأجل المنصوص عليه بالفصل 33 من م.ا.ع. يؤدّي من ناحيته أيضا إلى نفس هذه النّتيجة ويحدث بالنّسبة للموجب جميع الآثار القانونيّة الّتي يمكن أن تترتّب عن عقد الوعد بالنّسبة للواعد. وينحصر الإختلاف بينهما في مصدر التزام «الموجب ــ الواعد» وليس في مضمونه. فالأوّل ينشأ عن عقد ملزم لجانب واحد في حين ينشأ الثّاني عن تصرّف قانونيّ أحاديّ (الفصلان 22 و33 من م.ا.ع.)[83]. على أنّ تضمين الإيجاب في صيغة عقد وعد يعدّ في نظرنا أفضل بالنّسبة للموجب الواعد الّذي يمكنه بهاته الطّريقة اشتراط غرامة جزاء لرفض الموعود له القبول في الأجل المحدّد. ويُعَدّ العقد في مثل هذه الصّورة ملزما للجانبين من حيث أنّه يلزم الواعد بإبرام العقد النّهائي في صورة قبوله من الموعود له، ويلزم في المقابل هذا الأخير بدفع غرامة في صورة رفضه القبول. ولكنّه يبقى مع ذلك متضمّنا **لوعد إنفرادي** بالتّعاقد ضرورة أنّ الموعود له

(79) وهو يختلف في ذلك عن بعض التّشريعات الأجنبيّة الحديثة مثل التّشريع المصريّ (ويراجع في خصوص هذا التّشريع : عبد الرّحمان السّنهوري ــ الوسيط، الجزء الأوّل، ص 249 وما بعدها).

(80) يراجع تقرير الأستاذ عبد اللّطيف الحمروني، المشار له أعلاه، ص 1134.

(81) يراجع في هذا المعنى : J. GHESTIN, op. cit., n° 232....

(82) يراجع : J.L. AUBERT, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Paris, 1970, n° 21 et s.; J. GHESTIN, op. cit., n° 232.

(83) يراجع في هذا المعنى القرار التّعقيبي المدنيّ عدد 6499، المؤرّخ في 25 ماي 1970، ق.ت. 1971، ص 190.

يحتفظ فيه بحرّيّة عدم القبول ولو كلّفه ذلك ثمنا يتمثّل في دفع الغرامة المشترطة[84].

ب ــ الوعـد بالتّعاقـد الملزم لجانبيـن

152 ــ إذا اتّفق شخصان على التّعاقد ولكنّهما لم يستطيعا ذلك فورا كأن منعتهما من ذلك إجراءات أوّليّة لا بدّ من إتمامها قبل إبرام العقد النّهائي فإنّه يجوز لهما إمضاء اتّفاق ابتدائي يعد فيه كلّ منهما الآخر بأن يمضي العقد النّهائي في مدّة معيّنة يتّفقان عليها كما يمكن لهما ذلك بدون تحديد مدّة. ويسمّى مثل هذا العقد وعدا بالتّعاقد ملزما للجانبين. والمفروض في هذا العقد أن يتضمّن اتّفاق طرفيه على كامل أركان العقد النّهائيّ وعلى التزام المتعاقدين بإمضاءه بمجرّد توفّر شروطه[85].

وقد استقرّ فقه القضاء على أنّ الوعد المتبادل بالبيع والشّراء هو عقد صحيح ملزم ينجرّ عنه التزام بعمل يتمثّل في تعهّد كلّ من طرفيه بإنجاز البيع في وقت محدّد أو حال إتمام إجراء معيّن[86]. ولمّا كان التّعهّد بالبيع مستقبلا لا

(84) انظر في هذا المعنى : J.GHESTIN, op. cit., n° 236.....
وانظر أيضا في خصوص إمكانيّة تحويل الوعد الملزم لجانب واحد لفائدة الغير : Marcel AZENCOT, la transmission des promesses unilatérales de vente, J.C.P. 1992, Ed. Not et imm., p. 61.

(85) ولا يجوز على ذلك الأساس لشركة طيران أن تنتدب شخصا بمرتّب دون المرتّب الّذي يتقاضاه فنّيوا الطّائرات بدعوى أنّها انتدبته «حسب الحاجيّات والكفاءة والشّهائد» وذلك إذا سبق لهذه الشركة أن تعهّدت بانتدابه بصفة ورتبة «فنّي طائرة» بعد حصوله على شهادة ختم تربّص من مدرسة الطّيران المدنيّ وإذا ثبت أنّه أوفى بهذا الشّرط (قرار تعقيبي مدني عدد 2906، مؤرّخ في 12 مارس 1981، ن.م.ت. 1981، ج I، ص 97).

(86) يراجع القرارات التّعقيبيّة المدنيّة : عدد 12082، صادر عن الدّوائر المجتمعة، مؤرّخ في 30 جانفي 1976، ق.ت. 1976، ص 111 (ملحوظات السيّد الهادي سعيّد وكيل الدّولة العام لدى محكمة التّعقيب)؛ عدد 140، مؤرّخ في 13 أفريل 1976، ن.م.ت. 1976، ج. I، ص 182؛ عدد 243، مؤرّخ في 20 أفريل 1976، ن.م.ت. 1976، ج II، ص 9؛ عدد 112، مؤرّخ في 7 ديسمبر 1976، ق.ت. 1977، عدد 4، ص 48؛ وعدد 639، مؤرّخ في 24 أكتوبر 1978، ن.م.ت 1978، ج I، ص 118؛ عدد 4344، مؤرّخ في 4 مارس 1980، ق.ت. 1981، عدد 5، ص 81؛ عدد 14194، مؤرّخ في 24 مارس 1987، ق.ت. 1989، عدد 5، ص 81؛ و.ن.م.ت. 1987، ص 348؛ وعدد 19585، مؤرّخ في 7 فيفري 1989، ق.ت. 1991، عدد 1، ص 55. لكن قارن مع القرار التّعقيبيّ المدنيّ عدد 7560، المؤرّخ في 28، مارس 1983. القاضي ببطلان وعد بيع العقار المعلّق على شرط تحويل الثّمن إلى الخارج لمخالفته لقانون الصّرف (ن.م.ت. 1983، ج، I، ص 291).

يشكّلُ بيعا فوريّا ناقلا للملكيّة فهو لا يحتاج كشرط لصحّته إلى الرّخصة الإداريّة الّتي يفرضها القانون كركن من أركان عقد بيع العقار المحرّر بكتب خطّيّ[87].

الفـرع الثّالـث : سلامـة الرّضـى وصحّتـه

153 — إنّ الإرادة هي معيار العقد. لذلك لا يكون الرّضاء سليما وصحيحا إلّا إذا نتج عن تلاقي إرادتين حرّتين واعيتين. فإذا انعدمت الإرادة في شخص أحد الأطراف، استحال توفّر الرّضى وبطل العقد (§1). كما تستوجب صحّة الرّضى وسلامته أن يصدر التّصريح بكلّ من الإرادتين المكوّنتين له عن بيّنة بواقع الأمور وأن يكون خاليًا من كلّ ضغط خارجيّ يعيبه (§2).

§ 1 — إنعـدام الإرادة

154 — يعدّ وجود الإرادة والتّصريح بها «تصريحا معتبرا» من الأركان الجوهريّة الّتي لا يمكن للعقد أن ينشأ صحيحا بدون توفّرها (الفصلان 2 و 325 من م.ا.ع.). والإرادة في التّعاقد هي وليدة عمليّة فكريّة تمكّن الإنسان من تحليل معطيات التّصرّف الّذي يقصده ثمّ من تقييمه قبل أخذ القرار في شأنه[88]. فهي تفترض القدرة على الإختيار الحرّ الواعي وتنعدم إذن في كلّ شخص فقد ملكة التّمييز أو كان وقت التّعاقد في حالة انعدام الشعور.

155 — إنّ قدرة التّمييز مفترضة قانونا (الفصل 3 من م.ا.ع.) في جميع الأشخاص بآستثناء من هم دون الثّلاث عشرة سنة والرّشداء المحجورين[89]. واعتبارا

(87) يراجع في هذا الخصوص : الصّادق مرزوق، الوعد بالبيع ورخصة الولاية، المجلّة التونسيّة للقانون 1975، II، ص 374 وملحوظات السيّد الهادي سعيّد وكيل الدّولة العام لدى محكمة التّعقيب تحت القرار التعقيبي الصّادر عن الدّوائر المجتمعة تحت عدد 12082، المؤرّخ في 30 جانفي 1976، ق.ت. 1976،ص 111. وانظر أيضا : ARFAOUI Ezzeddine, l'autorisation du gouverneur dans le contrat de vente immobilière», mémoire pour le DES de Droit privé, Faculté de Droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1976, p. 55 et s.

ولكن يراجع بالنّسبة لإمكانيّة عدم إدراج رخصة الولاية مسبّقا بالعقود الّتي يحرّرها العدول بدفتر المسودّات، قرار مدني عدد 17015، مؤرّخ في 2 جانفي 1989، ن.م.ت. 1988، ص 337.

(88) يراجع : A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit civil français et allemand, op. cit., n° 5, p. 17, et J. GHESTIN, op. cit., n° 358.

(89) يراجع في هذا الخصوص العددان 89 و96 أعلاه.

لصغر سنّهم أو عملا بالحكم القاضي بحجرهم، يتمتّع هؤلاء بحماية القانون الّذي يفترض فيهم انعدام ملكة التّمييز بصفة قاطعة قد تعفيهم من عناء إثبات وجودهم على تلك الحالة إذا أرادوا الحصول على إبطال الإلتزامات الصّادرة عنهم أثناء مدّة حجرهم. أمّا غيرهم من عديمي قدرة التّمييز الّذين لم يقع التّصريح بحجرهم بسبب تهاون عائلاتهم أو مساكنيهم أو نظرا لإصابتهم بالإختبال مدّة زمنيّة محدودة قد لا يستقيم معها الحجر قانونا، فإنّه يحقّ لهم أيضا طلب إبطال الإلتزامات الصّادرة عنهم شريطة أن يثبتوا أنّهم كانوا وقت التّعاقد فاقدين لملكة الإدراك والتّمييز الّتي بانعدامها تنعدم الإرادة. ويتّفق الشّرّاح على أنّ انعدام التّمييز قد يكون إمّا نتيجة لمرض عقليّ كالجنون وضعف العقل أو غيرهما من الإصابات العقليّة الأخرى المؤثّرة على ملكة الإدراك[90]، كما قد ينتج أيضا عن أمراض بدنيّة[91] أو عاهات طبيعيّة إذا ثبت أنّها صيّرت صاحب الإلتزام عديم الميز وقت صدوره منه[92]. ويرجع تقدير مدى تأثير المرض على قدرة التّمييز والإدراك لنظر الحاكم ولاجتهاده المطلق عملا بأحكام الفصل 59 من م.ا.ع. ويجوز للقاضي استنادا إلى هذا النّصّ وإلى أحكام الفصلين 2 و325 من م.ا.ع. أن يبطل الإلتزام الصّادر عن شخص أثناء **مـرض المـوت** إذا ثبت وأنّ مداركه العقليّة قد اختلّت بسبب شعوره بقرب المنيّة بما أفقده ملكة الإدراك والميز[93]. أمّا في غير هاته الصّورة فإنّ الطّعن في صحّة تصرّفات المريض مرض الموت لا يجوز إلّا بناء على

(90) يراجع : O. SIMON, La nullité des actes juridiques pour trouble mental, Rev. trim. dr. civ. 1974 p. 707 et s.

وأنظر : قرار تعقيبي مدني عدد 5655، مؤرّخ في 26 أفريل 1949، ق.ت. 1962، عدد 1، ص 31، وقرار تعقيبي مدني عدد 48/40، مؤرخ في 4 أكتوبر 1960، ن.م.ت. 1960، ص 16.

(91) يراجع : J. C.LOMBOIS, De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils, L.G.D.J., Paris, 1963, p. 304 et s.

(92) جاء بالقرار التّعقيبي عدد 5655المذكور أعلاه أنّ «مطلق المرض يدخل في معناه الجنون الغير مستمرّ والعاهات الطّبيعيّة كالصّمَمّ والبكم والعمى حسبما يستفاد من الفصل 64 من لائحة المجلّة قد يلحق عيبا بالرّضاء إذا صيّر صاحب الإلتزام وقت صدوره منه عديم الميز والأهليّة...» ولا يتعارض هذا القرار — إذا تجاوزنا طبعا إشارته الخاطئة إلى مفهوم عيب الرّضا بالنسبة لحالة صدور التزام من شخص عديم الميز — مع ما استقرّ عليه الفقه الإسلاميّ (يراجع في خصوصه هامش الفصل 64 من مشروع صانتيلانا) والفقه الحديث (يراجع A. RIEG, Le rôle de la volonté... op. cit., n° 10) من أنّ عدم القدرة على التّعبير عن الإرادة بسبب مرض، كالصّمم أو العمى مثلا، لا يفيد انعدامها إذا لم يتولّد عن الإصابة البدنيّة خلل في المدارك. ولا يترتّب عن مثل هاته الحالة سوى صعوبة إثبات الإلتزام.

(93) يراجع قرار تعقيبي مدني عدد 6378، مؤرّخ في 23 مارس 1982، ن.م.ت. 1982، ج 2، ص 293.

أحكام الفصول 354 و355 و565 و1481 من م.ا.ع. والفصل 206 من م.ا.ش. الّتي لا علاقة لها بمسألة الرّضى[94].

ويعدّ التّعاقد في «حال السّكر المغيّر للشّعور» من الحالات الّتي توجب البطلان في القانون التّونسي (الفصل 58 م.ا.ع.). وتعتبر هاته الحالة من الحالات المشاكلة للمرض، لذلك فإنّ مدى تأثيرها على ملكة الإدراك والميز موكول «لنظر الحاكم» (الفصل 59).

§ 2 ــ عيـــوب الإرادة

156 ــ ترتبط نظريّة عيوب الإرادة تاريخيّا ونظريّا ارتباطا وثيقا بمبدإ **الرّضائيّـة** في العقود. فالقانون الرّوماني الّذي كانت تتكوّن فيه العقود بمجرّد إتمام شكليّات معيّنة يضبطها القانون وليس برضاء الأطراف، كان لا يقبل إبطال العقد بسبب الغلط إلّا إذا وقع على مادّة محلّ الإلتزام أو في شخص المتعاقد أو في

(94) تميّز فقه قضاء محكمة التّعقيب في السّتّينات والسّبعينات بخلط بين مرض الموت المقيّد للتصرّف (الفصول 354 - 355 - 565 - 1481 م.ا.ع والفصل 206 م.ا.ش.) والمرض المؤثّر على ملكة الإدراك والتّمييز الّذي تنعدم به الإرادة (الفصول 2-59 و325 م.ا.ع.) ونذكر من بين هاته القرارات على سبيل المثال : القرار التّعقيبي المدني عدد 4408، المؤرّخ في 29 نوفمبر 1966، ن.م.ت. 1966، ص 48، وق.ت. 1967، عدد 2، ص 38؛ والقرار التّعقيبي المدني عدد 11502، الصّادر في جوان 1975 (المجلّة التونسيّة للقانون 1979 ــ I ــ ص 107 وما بعدها بتعليقنا). والقرار التّعقيبي المدني عدد 83، المؤرّخ في 8 فيفري 1977، ن.م.ت 1977، ج 1، ص 95. وقد راجعت محكمة التّعقيب هذا الموقف متبنّية مجدّدا التّحليل الصّحيح لمرض الموت من جهة والمرض المفسد للرّضاء من جهة أخرى دون خلط بينهما كما سبق أن ورد ذلك في القرار المبدئي الهامّ عدد 5655 المؤرّخ في 26 أفريل 1949 المذكور أعلاه. ومن أهمّ القرارات الّتي تعكس هذ الاتّجاه انظر خاصّة : القرار التّعقيبي المدني عدد 8162، المؤرّخ في 24 نوفمبر 1982، ن.م.ت 1982، ج 4، ص 351 والقرار التّعقيبي المدني عدد 18890، المؤرّخ في 24 مارس 1988، ن.م.ت. 1988، ص 341. وانظر أيضا قرار تعقيبي مدني عدد 6864، مؤرّخ في 6 ماي 1982، ن.م.ت 1982، ج 3، ص 188 وقرار تعقيبي مدني عدد 4295، مؤرّخ في 18 ماي 1982، ن.م.ت، 1982 ج 3، ص 270، والقرار التعقيبي المدني عدد 8419، مؤرّخ في 3 ماي 1983، ق.ت. 1984، عدد 10، ص 55، وانظر في المعنى المخالف : قرار تعقيبي مدني عدد 10102، مؤرّخ في 25 جوان 1984، ن.م.ت. 1984، ج 2، ص 370، وراجع أيضا القرار الإستئنافي (تونس) المدني عدد 97294، المؤرّخ في 28 ديسمبر 1991 (ق.ت. 1992، عدد 6، ص 96) الّذي نصّ بكلّ وضوح على «أنّ أساس الغبن وأساس مرض الموت في البيع مختلفان إذ يتعلق الغبن بعيوب الرّضا بينما يتعلّق مرض الموت بحماية حقوق الورثة من تصرّفات المورّث الحرّة الواعية والمجحفة بحقوق بعضهم في التّركة». وانظر : Youssef KNANI, Chronique de droit civil, Contrats, Dernière maladie, Cass. civ., n° 4937 du 15 décembre 1981, Rev. Tun. dr., 1984, p. 627.

بعض صفاته[95]. أمّا التّغرير والإكراه فقد كانا من الأسباب الّتي تبرّر الإمتناع عن الوفاء أو طلب الفسخ باعتبارهما من الجنح الموجبة للعقاب جزاء إخلال مرتكبيهما بواجب النّزاهة في التّعاقد[96]، وليس حماية لإرادة معاقديهم. ولم تبرز نظريّة عيوب الإرادة بمعناها الحديث إذن إلّا بعد أن حلّت الرّضائيّة محلّ الشّكل تحت تأثير الكنسيّين، الأمر الّذي أصبح معه من الضّروريّ حماية الإرادة والتّأكّد من سلامتها باعتبارها عنصرا أساسيّا في تكوين الإلتزامات. على أنّ الحلول القانونيّة الّتي اهتدى إليها المشرّع الفرنسي لسنة 1804 أخذا عن DOMAT و POTHIER تعكس من ناحية أخرى الحرص على ضمان **استقرار المعاملات**، ممّا يفسّر أنّ البطلان من أجل الغلط حافظ مبدئيّا على الصّبغة الإستثنائيّة الّتي كانت تميّزه في القانون الرّوماني، كما أنّها تعكس أيضا الحرص على ضمان **العدالة العقديّة**[97] الّذي تبيّنه الطّبيعة المزدوجة الّتي تميّز بها كلّ من الإكراه والتّغرير باعتبارهما سببين لبطلان العقود يرمي المشرّع من خلالهما في الوقت ذاته إلى حماية إرادة الطّرف المتضرّر منهما وإلى معاقبة من أخلّ عن سوء نيّة بضرورة تكافؤ التزامات أطراف العقد.

157 ــ وقد تبنّى محرّروا مجلّة الإلتزامات والعقود هذا الإتّجاه مقرّين صراحة نظريّة عيوب الإرادة ضمن الفصول 43 إلى 61 وتكتسي الحالات المبطلة للرّضاء بسبب عيب في الإرادة، إعتبارا لضرورة استقرار المعاملات، صبغة استثنائيّة ثابتة. ويتجلّى ذلك أساسا من خلال أحكام الفصل 43 الّتي تحصر حالات العيوب المبطلة للرّضى في الغلط والتّغرير (أو التّدليس) والإكراه ممّا يقصي مبدئيّا الغبن إذا لم يكن نتيجة تغرير. ويفهم أيضا من أحكام الفصل 43 أنّ المرض وما شاكله من الحالات كالسّكر (الفصلان 58 و59 من م.ا.ع.) ليس في ذاته عيبا من عيوب الإرادة. وإذ يمكن اعتباره كما سبق عرضه [98] قرينة لانعدام الإرادة أوكل المشرّع

(95) يراجع : J. GHESTIN, op. cit., n° 361... ود. عبد الفتّاح عبد الباقي، نظريّة العقد... عدد 145 هامش 1 ص 296.

(96) يراجع : J. GHESTIN, op. cit., n° 361...

(97) وتتّجه الإشارة في هذا الخصوص إلى أنّ نظريّة السّبب الّتي تهدف أساسا إلى ضمان العدالة في المعاملات تزامنت تاريخيّا مع ظهور نظريّة عيوب الإرادة وجاءت لتحدّ من تجاوزات الرّضائيّة في هذا المجال. فليس من الغريب إذن أن يؤخذ عنصر العدالة العقديّة بعين الإعتبار عند تحديد نظام عيوب الإرادة (يراجع العددان 224 و229 أسفله وانظر J. GHESTIN, op. cit., n° 362..).

(98) يراجع العدد 155 أعلاه.

عقد بالمراسلة نشرية محكمة التعقيب لسنة 1985، القسم المدني، ج II

(3) فقه العقاد.

قـرار تعقيبي مدني عدد 12194

مـــؤرخ فـي 11 نـوفمبـــر 1985 ج II

صـادر برئـاسة السيـد محمـد الزيـاني

نشـرية : محكمة التعقيب ، القسم المدني ، ع2، س 86

مـــادة : مـدني .

المـرجع : أمر مؤرخ في 15 ديسمبـر 1906 ، الفصلان 28 و 29 .

مفاتيـح : عقد بمراسلة ، عقد ، قبول .

المبـــدأ :

- يتم العقد بالمراسلة في وقف ومكان إجـابة الطرف الآخر بالقبول .

مـــادة : مـدني .

المـرجع : أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906 ، الفصل 273.

مفاتيـح : دين ، حلول أجل ، فسخ عقد ، فسخ ، خلاص ديـن .

المبـــدأ :

- اذا حل الاجل وتأخـر المـدين عن الوفـاء فللدائن الحق أن يغصب المدين على الوفاء إن كان ممكنا وإلا فسخ العقد مع أداء ما تسبب عن ذلك من الخسارة في كلا الحالتين .

نصـــه :

الحمـد للـه وحـده ،

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب عدد 12194 المقدم من الاستاذ عبد الرؤوف العيارى فى 18 أكتوبر 1984 نيابة عن محمـد ، القاطن بالمنزه الخامس - تونس . ضـد : شركة قوردن وودروف التونسية فى شخص ممثلها القانونى القاطن بمقرها الكائن بنهج جان جوريس عدد 5 - تونس - محاميها الاستاذ صلاح الدين قائد السبسى . طعنا فى القرار الاستئنافى المدنى عدد 59469 بتاريخ 7 أفريل 1984 الصادر عن محكمـة الاستئناف بتـونس بقبول الاستئنافين شكـلا ورفضهما موضوعا واقـرار الحكم الابتدائى وتخطئة المستأنف بالمال المؤمن وحمـل المصاريف القانونية عليه .

بعد الاطلاع على الحكم المطعـون فيـه وعلى مستنـدات الطعن والرد عنها والوثائق الـوارد بوجـوب تقديمهـا الفصل 185 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية .

وبعـد الاطـلاع على ملحوظـات النيـابة العمـومية والاستماع لشرح ممثلها بالجلسة .

وبعد التـأمل من كافـة أوراق القضيـة والمـداولة القانونية .

صرح بما يلى :

مـن ناحيـة الشكـل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغه القانونية وعليه يكون من المتجه قبوله شكلا .

مـن ناحيـة الاصـل :

حيث تفيد وقائع القضية كما أثبتها القرار المنتقـد والاوراق التى أنبنى عليها قيـام المعقب لـدى محكمـة البداية بدعوى تضمنت ان المعقب ضدها وعدته بأن تبيع له العقار المسجل بادارة الملكية العقارية تحت عدد 51470 المسمى قلور II الكائن حاليا بنهج جان جوريس عدد 5 - تونس بمبلغ قدره مائةوستونألفدينار يؤمنمنها عشرة آلاف دينار بحساب مغلق لدى بنك تونس العربى الدولى لفائدة الواعدة وعند مطالبتها بانجاز ذلك الوعد وتمام البيع النهائى امتنعت من الاستجابة لذلك واتضح أنها بصدد التفويت فى العقار المشار اليه للغير لذلك يطلب الحكم بالزام المدعى عليها المعقب ضدها باتمام بيع العقار

16

موضوع الرسم عدد 51470 لفائدته وعند الامتناع الحكم باعتبار الحكم الذى سيصدر قائما مقام البيع النهائى والاذن للسيد حافظ الملكية العقارية بادراجه بالسجل العقارى مع بقية الطلبات الواردة بالعريضة .

وحيث أجابت المطلوبة المعقب ضدها بأن وثائق ومؤيدات الدعوى محررة بلغة أجنبية كما ان بوتشر بصفته شريكا لا حق له فى التصرف فى أموال الشركة وطلبت الحكم بعدم سماع الدعوى . وقضت محكمة الدرجة الاولى بعدم سماع الدعوى اعتمادا على ان بوتشر ليس وكيلا قانونيا للشركة المدعى عليها ولدى الاستئناف وقع اقراره تأسيسا على انه على فرض التسليم جدلا يكون مدير الشركة كالف بوتشر بالتباحث مع المعقب بشأن شروط البين فان ذلك لا يقوم مقام الوكالة بالبيع اذ انهما مرحلتان مختلفتان – وان بوتشر لم يكن وكيلا للشركة المستأنف ضدها .

وحيث تعقبه الطاعن ناسبا اليه ضعف التعليل بمقولة : ان بوتشر مجرد رسول وواسطة بين الطرفين الوكيل القانونى للشركة عبد العزيز فوارة والمعقب محمد ولذلك فان نتيجة اعماله تحمل على من كلفه بتلك الوساطة تطبيقا للفصل 28 من مجلة الالتزامات والعقود وطلب النقض والاحالة .

وحيث رد على ذلك محامى المعقب ضدها بانه لا يمكن اعتبار بوتشر وكيلا للشركة ولا وسيطا بناء على انه لم يكلف بتلك الوساطة من طرف مالكة العقار بل انه سعى من تلقاء نفسه لربط الصلة بينهما لتهيئة الجو للتفاوض فى شأن البين ولذلك فان الفصل 28 المذكور لا ينبسق وطلب الرفض اصلا .

المحكمـــة

عـن الطعـن الوحيـد :

حيث اقتضت الفقرة الاولى من الفصل 28 من مجلة الالتزامات والعقود ان العقد يتم بالمراسلة فى وقف ومكان اجابة الطرف الآخر بالقبول .

وحيث ان وكيل الشركة المعقب ضدها وجه من تونس بتاريخ يوم 8 فيفرى 1982 مكتوبا الى المعقب المقيم بالمانيا يعلمه فيه بانه على استعداد بالدخول معه فى مفاوضات لكان ما زال يرغب فى شراء العقار الكائن بنهج جان جوراس بتونس سواء مباشرة معه أو بواسطة بوتشر المقيم بلندن بالعنوان الموضح بالرسالة نفسها التى وجه نسخة منها لهذا الاخير .

وحيث ان هذا الايجاب الصادر عن الوكيل كيفما ذكر وقع قبوله من طرف المعقب ودخل بموجبه فى مفاوضات مع السيد بوتشر آلت فى النهاية الى الاتفاق على البيع حسبما يستفاد ذلك صراحة من المكتوبين الموجهين من هذا الاخير الى المعقب بتاريخ 21 و 25 ماى 1982 .

وحيث يتضح من ذلك ان بوتشر تصرف فى حق الشركة البائعة وتفاوض باسمها مع المعقب بتكليف من وكيلها وطبق ما تضمنه المكتوب المشار اليه الذى يكون فى حد ذاته عقدا تام الموجيبات بمجرد قبوله وتبعا لذلك فان التزام الشركة بالبين للمعقب على الصورة الكيفية المضمنة بالمكتوبين المؤرخين فى 25 و 31 ماى 1982 كان التزاما قانونيا صحيحا لا يمكن الرجوع فيه ولا التفصى من نتائجه .

وحيث ان الشركة المعقب عليها عمدت بعد ذلك الى بين الموضوع الى ذات أخرى غير التى التزمت بالبين اليه حسبما يستفاد ذلك من عقد البيع المظروف بملف القضية المؤرخ فى 29 جوان 1982 .

وحيث اقتضت الفقرة الاولى من الفصل 273 من مجلة الالتزامات والعقود انه اذا حل الاجل وتأخر المدين عن الوفاء فللدائن الحق ان يغصب المدين على الوفاء ان كان ممكنا والا فسخ العقد مع أداء ما تسبب عن ذلك من الخسارة فى كلا الحالتين .

وحيث ان الدعوى التى رفعها المعقب لدى محكمة الموضوع ترمى الى غصب المدين على الوفاء بما التزم به وكان على المحكمة أن تنظر فى الموضوع على ضوء ما تضمنته المكاتيب المذكورة باعتبارها مكونة لالتزام

17

ورابطة قانونية بين الاطراف حسب مدلول عبارتها وطبق النصوص القانونية المتعلقة بها من عدمه وهل ان الوفاء بالالتزام ما زال ممكنا أم لا ؟

وحيث ان محكمة الحكم المنتقد لما قضت بأن بوتشر لا صفة له في التفاوض باسم الشركة تكون قد خالفت ما تضمنه مكتوب التكليف الصادر عن وكيل الشركة وما اقتضاه الفصلين 28 و 29 من مجلة الالتزامات والعقود فضلا عما يترتب عنه من اعفاء وكيل الشركة من المسؤوليات المحمولة عليه طبق الفصل 160 من المجلة التجارية سواء كان ذلك اتجاه الشركة أو اتجاه الغير المتعامل معها لذا كان قرارها مخالفا لما اقتضاه الواقع والقانون بصورة تعرضه للنقض .

ولهذه الاسباب :

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس لاعادة النظر فيها بواسطة هيئة أخرى واعفاء المعقب من الخطية وارجاع المال المؤمن اليه.

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى في 11 نوفمبر 1985 عن الدائرة الخامسة المتألفة من رئيسها السيد محمد الزياني والمستشارين السيدين محمد العلاني ويونس القارشي بمحضر المدعي العام السيد محمد الاخضر الامين وبمساعدة كاتب المحكمة السيد عمر حميدي – وحرر في تاريخه .

1982

قـرار تعقيبى مدنى عـدد 5009

مـــؤرخ فـى 16 فيفـرى 1982

در برئاسـة السيـد الشاذلى بورقيبـة

الوعد بالبيع الواقع فيه الاتفاق عـلى الثمـن والمثمن وبقية شروط التبايع فانـه ليسـت مجرد وعد (الفصل 18 م ا ع) بل انه وعـد صحيح له نتائجه القانونية ، وبذلـك فـان اعتبار الوعد ماضيا والحكم على صاحب العقار باتمام البيع والا اعتبر الحكم رسما فيه مع الاذن لحافظ الملكية العقارية بترسيمـه فى السجل العقارى يكون فى طريقـه ولا مطعـن فيـه .

ـة الله وحـده ،

ـحكمة التعقيب القرار الآتى :

ـ الاطلاع على المطلب المقدم فى 17 جـوان 1980 مـن ـعبد ابن عبد الله نيابة عـن خدوجه ضـد عـلى ـحكم ذى العدد الصادر من محكمة ناحية تونس ـل 1980 القاضى بالزام المدعى عليها (الطاعنة) ـعقد البيع المتعلق بالعقار المدعى فيه لخصميها ـسة عشر يوما من تاريخ اعلامها بهـذا الحكم ـذا يقوم مقام العقد وللسيد حافظ الملكيـة ـان بدرجه بالسجل العقارى ذى العدد 26560 .

ـ الاطلاع على مستندات الطعن وكافـة الوثائـق ـوب تقديمها الفصل 185 من م م م ت .

ـ الاطلاع على ملحوظات السيد المدعى العـام لدى ـة والاستماع لشرحها بالجلسة وبعد المفاوضة ـا صرح بما ياتى :

من جهـة الشكـل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع شروطه ومقوماته واتجه قبوله من هذه الناحية .

ومن جهـة الاصـل :

حيث افادت وقائع القضية كما اثبتها الحكم المطعـون فيه ادعاء المطعون ضدهما لدى محكمة ناحيـة تونس ان خصيمتهما وعدتهما ببيع مسكن كائن بتونس وقبضـت من الثمن ستمائة وخمسين دينارا حسب كتب وعد معرف بالامضاء الموجود به من طرف بلدية تونس فى 14 مارس 1973 لكنها نكلت عن اتمام البيـع لـذا يطلبان الحكـم بالزامها باتمامه .

وبعد استيفاء الابحاث قضى بما سلف بيانه .

وحيث طلبـت تعقب هـذا الحكم الطاعنة ناسبـة لـه ما ياتى :

أولا مخالفة احكام الفصل 580 مـن مجلة الالتزامـات والعقود بمقولة ان هذا الفصل يتعلق بالعقـود الناقلـة للملكية واذا كان الكتب المبرم بين الطرفين من هذا النوع فهو باطل بطلانا مطلقا لانه لم يسبقـه الترخيص الادارى حسب صريح الفصل الثانى من قانون 4 جوان 1957 .

ثانيـا : مخالفة احكام الفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود بمقولة ان هذا الفصل اقتضى ان مجـرد الوعد لا يترتب عليه التزام والترخيص الادارى وعرض المال بعد عدة اعوام لا تاثير لهمـا .

المحكمـــة :

عن المطعن الاول : حيث انه خلافا لما جاء به فان الكتب المتنازع بسببه حسب صريح نصه يتعلق بوعد بالبيـع ولا يتطلب الترخيص الادارى حسبما درجت عليه محكمة التعقيب بداوئرها المجتمعة .

ولذا فهذا المطعن لاغ وتعين رده .

19

وعن المطعن الثاني : حيث انه بالاضافة الى تناقضه مع المطعن الاول المتضمن ان العقد يمثل بيعا ناجزا فان الفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود انما يتعلق بالوعد المجرد عن نية الالتزام وفى صورة الحال الامر بخلاف ذلك بدليل قبض البائعة بعض الثمن وتبين ان المطعن غير قائم على اساس وتعين رفضه .

لهذه الاسباب :

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا و
وحجز المال المؤمن بعنوان الخطية .
وصدر هذا القرار بحجرة الشورى في
1982 عن الدائرة المدنية المتركبة من
السيد الشاذلى بورقيبة والمستشار
محمد خالد وعبد الوهاب الصيد
العام السيد مصطفى الترجمان و
السيد الهادى الحرشانى ـ وحرر

20

الايجاب المحدد بأجل

1970

قرار تعقيبى مدنى عـــدد 6499

مـــــؤرخ فـــى 25 مـــايـــة 1970

صدر برئاسة الرئيس الاول السيد محمد الوصيف

المبـــــدأ :

ـ اقتضى الفصل 33 من مجلـة الألتزامـــات والعقود ان من صدر منه الايجاب وعين اجلا لقبوله فهو ملزم للطرف الاخر الى انقضـاء الاجل فان لم ياته الجواب بالقبول فى الاجل المذكور انفك التزامه .

ـ يكون قائما على اساس من القانون القـرار الاستئنافى الذى قضى بتنفيذ الايجاب بناء على وقوع القبول واتمام شروطه فى الاجـل المحدد .

نصـــــه :

أصدرت محكمة التعقيب القرار التالى :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب الذى قدمه فى ميعاده وشكله القانونى الاستاذ اوريل حداد المحامى لدى مجكمة التعقيب نيابة عن هنرى دى راقنال طعنا فى القـرار المدنى الصادر من محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 28310 فى 31 جويلية 1968 والقاضى باعتبار ان عقـد البيع اصبح نافذا والاذن بترسيمه بدفتر خانه وتسليم المبيع للمعقب عليها .

وبعد الاطلاع على تقرير وكالة الدولة العامة بمحكمة التعقيب والاستماع لشرحه بالجلسة .

وبعد الاطلاع على تقرير الطعن والرد عليه .

وبعد الاطلاع على القرار المطعون فيه والتامل من كافة الاوراق .

وبعد المفاوضة القانونية .

ـ **من مجموع المطعنين الاول والثانى** الماخوذين مـــن تحريف الوقائع وخرق القانون بسوء تطبيق الفصلين 23 و 33 من مجلة العقود والالتزامات بمقولة « ان القرار المطعون فيه ركز قضاءه على اعتبار مشروع الاتفـــاق المؤرخ فى 8 فيفرى 1967 ايجابا صادرا من الطاعن ولـ قوة الالتزام القائم الذات وان امساك المعقب عليها عـ الامضاء به بعد الانذار لا يعتبر الغاء له طالما كان قبول له جرى مجرى التنفيذ الفعلى باستصدار رخصة الشر وتامين كامل الثمن فى الاجل المحدد بالايجاب المشار الـ والحال ان الطاعن كان تمسك بان الكتب المذكور انما مـ مجرد مشروع اتفاق معلق قبوله على امضاء المطعون ضد وان التراضى المفروض حصوله لصحة العقد لم يتوفـ فى قضية الحال لامتناع المعقب عليها من امضائه رغـ انذاره حسب احكام الفصل 23 المشار اليه .

حيث اقتضى الفصل 33 من مجلة الالتزامات والعقو ان من صدر منه الايجاب وعين اجلا لقبوله فهو ملزو للطرف الاخر الى الانقضاء الاجل فان لم ياتـه الجـواب بالقبول فى الاجل المذكور انفك التزامه .

وحيث يؤخذ صراحة من هذا النص ان الوجب يظ مرتبطا بايجابه فى خلال الموعد المحدد للقبول متى حد له ميعاد سواء فى ذلك ان يصـدر الايجـاب لغـائب او لحاضر فاذا انقضى الميعاد ولم يصدر القبول فلا يصبح الايجاب غير لازم فحسب بل يسقط سقوطا تاما .

وحيث ان الايجاب الملزم يتميز فى كيانه القـانونى عن الوعد بالتعاقد فالاول ينشا قانونا عن ارادة منفرد والثانى عن اتفاق ارادتين .

وحيث يتضح من القرار المطعون فيه والاجراءات التى انبنى عليها ان الطاعن التزم بمقتضى كتب خطى مؤرخ فى 8 فيفرى 1967 بان يبيع للمعقب عليها ليلى بـاش حانبة قطعة ارض كائنة بالحمامات مسجلة بدفتر خانة تحت عدد 33912 اذا تحصلت على رخصة الشراء ودفعت المعين كاملا بتجميده تحت يد محاميه الاستاذ الشريف الماطرى او ايداعه بحسابه الجارى بالبنك التونسى قبل يوم 31 ماى 1967 وتنفيذا لذلك تحصلت المطعون ضدها على رخصة الشراء فى 14 فيفرى 1967 وامنت كامـل الثمن المعين بالايجاب فى الميعاد المحدد وذلك بعد عرضه على محامى الطاعن الاستاذ الشريف الماطرى ولما لم تتلقى منه جوابا قامت بقضية الحال وعارضها الطاعن بـان الكتب المستند اليه انما هو مشروع اتفاق معلق قبوله على امضائها وبما انها امتنعت من التوقيع عليه رغـم انذارها فانه اصبح حلا من نتائج التزامه

21

وحيث يستفاد من صريح عبارات الكتب المؤرخ فى 8 نوفمبر 1967 المشار اليه انه ايجاب ناشىء عن ارادة منفردة ومحدد باجل (ينطبق عليه الفصل 33 من مجلة العقود والالتزامات) ٠

وحيث ان محكمة الموضوع بعد ان استعرضت الوقائع وتناولت الدفوع التى اثارها الطاعن وفحصت كافة الاوراق المعروضة عليها استنتجت من صريح عبارات الكتب المتنازع بشانه انه لا يخرج فى صبغته القانونية عن كونه ايجابا صادرا عن الطاعن ومحددا وملزما لصاحبه الى انقضاء ذلك الاجل وان المعقب عليها قبلت ذلك الايجاب بتنفيذ كافة مقتضياته فى الاجل المحدد به وبناء على تلك العناصر قضت فى الدعوى وفقا للفصل 33 من مجلة العقود والالتزامات ٠

وحيث يترتب عما تقدم ان محكمة الاستئناف لما قضت بتلك الصورة كان قرارها على اساس من القانون ومعللا تعليلا واضحا لا يشوبه قصور او تناقض او تحريف ٠

وحيث يتعين لذلك رد المطعنين ٠

ولهاته الاسباب

قررت المحكمة رفض المطلب موضوعا وحجز معلوم الخطية ٠

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى بجلسة يوم 25 ماى 1970 عن الدائرة المدنية الاولى المتالفة من الرئيس الاول السيد محمد الوصيف والمستشارين السيدين البشير ابن ابى الضياف ومحمود الباجى بحضور المدعى العام السيد محمد زين العابدين شمام ومساعدة السيد عبد الوهاب بن سلطان كاتب المحكمة ٠

وحرر فى تاريخه

4) التمرين :

الوعد بالتعاقد والايجاب

22

و حيث ضبط المشرع التونسي القواعد العامة لتحديد الاختصاص بالباب الثاني من م م م ت بالفصول 21 و ما يليها فخص الفصل 21 بالمبدأ اذ وضع ضابطين لتعيين الاختصاص هما طبيعة الدعوى و قيمتها ثم اتى بجملة من الاستثناءات بالفصول 22 الى 29 يقع تفعيلها من طرف المحاكم بحسب الأحوال لتحديد المحكمة المختصة بفض النزاع

و حيث ينطبق الفصل 22 من م م م ت اذا كانت قيمة الشئ المتنازع فيه بحكم طبيعة الأمور غير مقدرة و غير قابلة للتقدير في ذات الوقت كدعوى الخروج لعدم الصفة او ابطال زواج او دعوى نفي نسب

و حيث ينطبق الفصل 23 من ذات المجلة على الدعاوى التي لم تكن معينة عند رفع الدعوى لكن بالإمكان تقديرها أي انها قابلة للتعيين من امثلة ذلك دعوى التعويض

و حيث ان الأصل عند تقدير الاختصاص و درجة الحكم اعتماد طلبات الأطراف غير انه يجب على المحكمة التدخل في هذا التقدير باعتبار الاختصاص الحكمي من متعلقات النظام العام كلما تبين لها خرق لقواعد الاختصاص

و حيث و رجوعا الى قضية الحال التي تعد من صنف الدعوى الشخصية فان المعيار المعتمد في تحديد الاختصاص الحكمي هو ما تضمنه العقد من ذكر للثمن مما يجعله خاضعا لمقتضيات الفصل21 من م م م ت دون حاجة لتنزيل الفصلين 22 و 23 عليه

و حيث ان محكمة القرار الخدوش فيه لما تصدت للنزاع بعدم النظر في اصله لعدم اختصاصها الحكمي تكون قد اقامت قضاءها على ما له أساس من حيث الواقع و القانون دون خطا فاضحى بذلك قرارها سليما من كل ما يعيبه وهو ما يستوجب رد الطعن المسلط عليه

لذا و هذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا و رفضه أصلا و حجز معلوم الخطية المؤمن

الجوهرية أمام محكمة الدرجة الثانية أهملت مناقشتها والرد عليها وهو ما يجعل القرار مطعون فيه ضعيف التعليل ومتسما بالافراط في السلطة.

المحكمة :

عن المطعنين معا :

حيث اقتضى الفصل 23 من م.م.م.ت انه إذا كان الأمر في كراء لا نزاع فيه فإن قيمة الشيء المشار فيه يحرر بمقدار الكراء السنوي.

وحيث يستسنى من الفصل المذكور أن عبارة كراء جاءت عامة ومطلقة واضحى من الثابت ان القاعدة المقنعة به تنطبق في جميع النزاعات التي تتعلق بالعلاقة التسويغية بصفة مباشرة أو غير مباشرة على شرط أن لا تكون محل منازعة.

وحيث اقتضى الفصل 533 من م.إ.ع انه إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت اطلاقها وحيث تبين بالاطلاع على أوراق الملف وعلى الحكم المنتقد أن المحكمة اعتبرت ان دعوى طلب ابطال تنبيه يتضمن الرغبة في تعديل معينات الكراء غير مقدرة وغير قابلة للتقدير في حين أن الدعوى المذكورة أساسها الكراء القائم بين الطرفين والذي لا نزاع فيه بينهما الأمر الذي يجعل تحديد مرجع النظر فيها خاضعا لمقدار الكراء السنوي حسبما نص عليه الفصل 23 المذكور وضرورة ان القاعدة الأصولية تفرض انه إذا كان النص عاما فلا مجال لتخصيصه.

وحيث يتّضح مما سبق بسطه أن الحكم المطعون فيه قضى بالصورة المذكورة يكون قد خالف مقتضيات الفصل 23 من فقرته الأخيرة من م.م.م.ت والفصل 533 من م.م.م. الأمر الذي يتعين معه نقضه.

ولهذه الأسباب :

قرّرت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على المحكمة الابتدائية بالمهدية بوصفها محكمة استئناف لأحكام محاكم النواحي التابعة لها للنظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن اليها.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى في 20 جوان 1995 عن الدائرة المدنية التاسعة المتألفة من رئيسها السيد الطاهر بالطيب وعضوية المستشارين السيدين ناجية بالحاج علي وفريد السقا بمحضر المدعي العام السيد صلاح الدين الدرويش وكاتبة المحكمة السيدة جميلة مسعود.

وحرّر في تاريخه