

جامعة المنار



ARG

كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

السنة الأولى
من الأستاذية في الحقوق

قانون الأموال

الأستاذ
محمد كمال شرف الدين

السنة الدراسية 2006-2008

المقدمة

1 - "المال هو كل ما يملكه الفرد ، أو تملكه الجماعة من متاع" فهو ما يملك من الأشياء كالمواشي والنقود ، ونحوها" (معجم الرشد ، الطبعة الثانية ، بيروت 1967). أن هذا التعريف اللغوي للمال قد يناسب الواقع لكنه لا يطابق تماما التعريف القانوني للمال .

2 - فالقانون لا يربط المال بالملكية فحسب بل أنه ينظم العديد من أوجه السيطرة على الأشياء والحقوق المتعلقة بها في فرع من فروع القانون المدني وهو قانون الأموال. ويأتي التعريف القانوني للمال أكثر شمولاً من نص الفصل الأول من مجلة الحقوق العينية على أن "المال هو كل شيء ، غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون ، ومن شأنه أن يكون موضوع حق ذي قيمة نقدية" وواضح أن واضعي هذا الفصل تأثروا بما ورد بالفقرة الأولى من المادة 81 من المجلة المدنية المصرية التي عرفت المال فنصت على أنه "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية" (ينظر في خصوص القانون المصري : محمد الرزاق أحمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 8 ، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال ، 1967 ، ص 5 وما بعدها فقرة 1 وما بعدها). والملاحظ أن العديد من التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي ثم التشريع الجزائري لم تورد أي تعريف للأموال . وعلى أية حال فإن ما يمكن أن نستخلصه من التعريف الوارد بمجلة الحقوق العينية هو وجود عنصرين أساسيين في قانون الأموال : الشيء و الحق المتعلق به .

3 - وندرس هذين الركنين الجوهريين في مبحث أول ، لخصم بالتحليل بعد ذلك تقسيم الأموال في مبحث ثان وننتهي أخيراً في مبحث ثالث ، لدراسة مصادر قانون الأموال .

"الشيء": إن حرمة الفرد وواجب احترام جسمه يقتضيان اعتبار المني واردة لطبيعة "الشيء". ذلك أن جل المجتمعات الحديثة أقرت بأن جسم الإنسان ليس مالا وهو المبدأ الذي أثبتت عليه النصوص المانعة لذلك (أنظر في القانون التونسي الأمر العلي الصادر بتاريخ 23 جانفي 1846 و الأمر العلي الصادر بتاريخ 28 ماي 1890 والمنشورين الصادرين عن الوزير الأكبر إلى قضاة مجلس الشرع بتونس وإلى القضاة - منشورين غير منشورين وأوردت بالرائد التونسي الصادر بتاريخ 26 جوان 1890) وكذلك الأحكام الجزائية المتعلقة بالمتاجرة بجسم الإنسان (أنظر الفصل 231 وما يليه من لجة الجنائية وراجع كذلك حول النصوص المتعلقة بالبغاء Lucie PRIVOST, La prostitution des mineurs en Tunisie, mémoire D.E.S. Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis p. 9 et suiv.); وبصفة أعم النصوص المقررة لحق الإنسان في ضمان حرمة (الفصل الخامس من الدستور) ومنع التعذيب والعقوبات الأخرى أو المعاملات الاقتصادية أو غير الإنسانية أو المذلة (راجع القانون عدد 79 لسنة 1988 المؤرخ في 11 جويلية 1988 المتعلق بالمصادقة على الاتفاقية المتعلقة بهذه المعاملات).

ويشاهد التطور العلمي الحديث أن يكشف النقاب عن مشاكل جديدة تحاول زعزعة هذا الاستثناء لتجعل من الجسم البشري أو على الأقل من بعض أجزائه محلا للتعامل المالي (كراء الأرحام ، بيع الأعضاء ، أنظر بصفة عامة : Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Le corps Humain et le Droit , Tome XXVI, Dalloz, 1975 وفي القانون التونسي : مذكرة محمد فيصل شديد ، الأعمال الطبية المستحدثة أمام القانون ، الملكية الحقوق والعلوم السياسية ، تونس 1993).

7 - الشيء الخارج عن التعامل بحكم القانون: يمنع القانون التعامل على بعض الأشياء أحيانا ولأسباب مختلفة منها ما يهم أساسا النظام العام كحظر المعاملات المتعلقة بالمخدرات أو السموم ومنها ما يهبط على عوامل أخلاقية كمنع التعامل في التركة المستقبلية (راجع الفصل 66 م.أ.ع.) أو دينية كمنع بعض التصرفات بين المسلمين (أنظر مثلا النصوص 210 - 369 - 575 - 584 - 720 - 733 - 834 - 1023 - 1107 - 1253 - 1255 - 1428 - 1463 من مجلة الالتزامات والعقود وحول مفهوم المال في الإسلام ، أنظر خاصة ، أحمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العائد في الشريعة الإسلامية ، منشورات الدار الجامعية ، بيروت 1986 ص 8 وما يليها وحول لفظي "مال" و "أموال" في القرآن الكريم ، راجع مؤلف محمد، فؤاد، عبد

المبحث الأول : تعريف الأركان الجوهرية للقانون الأموال

4 - ليس كل شيء Chose مالا Bien لكن كل مال شيء . فـ لا سوال هي جزء من الأشياء . وبعبارة أخرى فإن القانون المدني لا يمتد لا بالأموال . فالمال ويقال أيضا العين هو الشيء الذي تتحقق فيه بعض الصفات ليكون موضوع "حق ذي قيمة نقدية" وهو "الحق العيني" . لذا فإن المال (فائدة أولى) والحق العيني المسلط عليه (الفقرة الثانية) يعدان الركنين الجوهريين للقانون الأموال.

الفقرة الأولى : المال

5 - لقد اشترط المشرع في الفصل الأول من مجلة الحقوق المدنية لكي يكون الشيء مالا ، أن يكون ذلك الشيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون . والملاحظ أن الفصل 62 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلق بمحل العقد نص كذلك على أنه "لا يسوغ التعاقد إلا فيما يصح فيه التعامل من الأشياء والأعمال والحقوق المجردة فما لم تصرح القوانين بمنع التعاقد فيه يصح التعامل فيه" (راجع أيضا الفصل 559 م.أ.ع.). ويضع هذا الفعل قرينة قانونية بسيطة مفادها أن الأصل في الأشياء أنها داخلة في التعامل إلا لا تخرج عنه إلا استثناء وبموجب قانون صريح . كما يمكن أن يكون مصدر هذا الاستثناء متمثلا في طبيعة الشيء ذاته .

6 - الشيء الخارج عن التعامل بطبيعته : نصت الفقرة الثانية من المادة 81 من المجلة المدنية المصرية أن "الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها" (روى بالمذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للمجلة المذكورة أن من بين هذه الأشياء الهواء وأشعة الشمس : وإذا ما ابتعدنا قليلا عن هذا التوضيح لمفهوم الشيء الخارج عن التعامل بطبيعته فإننا نتوقف حتما عند التساؤل عن مدى شمول هذا المفهوم لجسم الإنسان والتساؤل لا يهم فكرة منع التعامل بل مصدرها ، فهل أن مصدر منع التعامل على الجسم البشري هو القانون أم طبيعة هذا

الباقى ، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم ، دار ومطابع الشهاب ، ص 682 وما يليها).

إن حصر الأموال في الأشياء الداخلة في التعامل يرجع أساساً إلى القانون الروماني الذي كان يفرق بين الأشياء القابلة للتعامل Res commercium والأشياء الخارجة عنه Res extra commercium وتخرج الأشياء عن دائرة التعامل إما لأنها تتعلق بحقوق الآلهة Res nullius divini juris أو لأنها أشياء خاصة تتعلق بحقوق العباد Res nullius humani juris (حول هذا الجانب التاريخي للتفرقة أنظر مؤلف توفيق حسن فرج ، القانون الروماني ، منشورات الدار الجامعية، بيروت 1985 ص 239 وما بعدها وبصفة عامة يراجع المرجع الآتي Archives de philosophie du Droit, Tome 24, les biens et les choses, Sirey 1979).

الفقرة الثانية : الحق العيني

8 - يسمى الحق عينيا (droit réel) لأنه يتعلق بالعين (Res). والمعلوم أن الحقوق الذاتية المكونة للذمة المالية (patrimoine) تتكون من حقوق شخصية وحقوق عينية . وهذه التفرقة ترتقي في القانون التونسي إلى مستوى التدوين إذ خص المشرع الحقوق العينية بمجلة مستقلة في حين تعد مجلة الإلتزامات والعقود تقنياً للحقوق الشخصية . وتكفي هذه الملاحظة لاستبعاد الجدل الفقهي الدائر في بعض القوانين المقارنة حول وجود أهمية التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي (أنظر في القانون الفرنسي حول هذا النقاش Jean CARBONNIER, Droit Civil, Tome 3, les biens, 12^e éd. 1988, P.U.F. n° 12 p. 61 et suiv.; Alex WEILL, François TERRE et Philippe SIMLER, Droit Civil, les biens, 3^e éd. 1985, Dalloz n° 37 p. 42 et suiv ; Faiez HAGE-CHAHINE, Essai d'une nouvelle classification des droits privés, Rev. trim. dr. civ. 1982 p. 705 et suiv.).

فما هي أسس التفرقة بين الصنفين من الحقوق وما هي التقسيمات التي تشهدا الحقوق العينية ذاتها ؟

1 - أسس التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي .

9- إن الحق العيني هو السلطة القانونية التي يمارسها الشخص بصفة مباشرة على العين . أما الحق الشخصي فهو يمثل رابطة قانونية محلها التزام مالي يستفيد منها دائن قبل مدينه . ولناخذ أمثلة عملية على ذلك . لو أن عليا ملك دراجة لقلنا إن له عليها حقا عينيا ، وهو حق الملكية الذي يخوله ممارسة سلطته مباشرة على الدراجة دون حاجة لتدخل أي شخص آخر . فالعلاقة قائمة أساسا بينه وبين العين . ولو أن صالحا اقترض عبثا مائة ألف دينار لنشأت بين ذمتيهما الماليتين علاقة موضوعها الدين تجعل من الأول دائنا ومن الثاني مدينا له . ومن ثم يصح القول بأن الحق العيني يربط الشخص بعال معين في حين يقيم الحق الشخصي رابطة بين شخصين .

10 - ولعل هذا الاختلاف في مضمون هذين الصنفين من الحقوق الذاتية يفسر التباين الذي يمتد إلى الآثار المترتبة عنهما . وفي هذا الشأن فإنه عادة ما يقع التركيز على فوارق ثلاثة بين الحق العيني والحق الشخصي تميز في جوهرها الأول عن الثاني وهي أولا امتياز الحق العيني بصفة الإطلاق وثانيا استثناء صاحبه بحق التتبع droit de suite وثالثا انفرادة بحق الأفضلية Droit de préférence . لكن المتمم في هذه الفوارق يفي ضرورة عدم المبالغة في شمولية هذه الفوارق الثلاثة .

11 - أما صفة الإطلاق فتعني أن للحق العيني أثرا مطلقا إزاء الغير إذ يمكن لصاحبه أن يحتج به إزاء شخص ليلزمه باحترامه فلمالك العين مثلا الحق في أن يعارض الكافة ويفرض عليهم واجب احترام ملكيته أي واجب تركه يمارس حقه والامتناع عن التدخل في ذلك . وعلى عكس ذلك فإن الحق الشخصي لا يرتب لصاحبه إلا أثرا نسبيا إذ لا يمكنه إلا من معارضة المدين به وإلزامه باحترامه وهو ما يعبر عنه (بالمفعول النسبي للإلتزام) . فالحق الشخصي لا يسري مبدئيا على الغير (راجع الفصل 240 م.أ.ع.) . غير أنه لا بد من الإشارة إلى أن هذا التقديم فقد شيئا من وضوحه بحكم التعقيدات التي طرأت عليه نتيجة إقرار قواعد خاصة بالإشهار العقاري تدرس شكلية معينة على صاحب الحق العيني لتحقيق معارضة الغير بذلك الحق (راجع خاصة الفصل 581 م.أ.ع. والفصل 305 م.أ.ع.) وكذلك بسبب ظهور التفرقة بين الأثر الإلزامي للعقد والإحتجاج به إزاء الغير التي أضحت مهيمنة على النظرية العامة للإلتزامات .

12 - وأما استثناء صاحب الحق العيني بحق تتبع العين، فينبغي أن يتمتع بالحق العيني يبيع له تتبع العين أينما وجدت واستردادها من أي شخص واضع يده عليها . وقد كرس المشرع صراحة هذه الميزة بالنسبة للرهن العقاري hypothèque (الفصل 270 م.ح.ع.) وكذلك بالنسبة لحق الحبس droit de retention (الفصل 316 م.ا.ع.).

13 - وأخيرا فإن صاحب الحق العيني ينفرد بحق الأفضلية الذي يمكنه من استبعاد صاحب الحق الشخصي عند وقوع منافسة بينهما حول شيء معين. فالدائن الذي يمتاز بحق عيني ، كالرهن مثلاً ، يافضل على الدائن العادي الذي لا يتمتع إلا بحق شخصي . وقد أقر المشرع استثنائي ثلاثة أسباب قانونية لتفضيل الدائنين وهي الإمتياز le privilège والرهن Le droit de retention وحق الحبس Le nantissement (الفصل 133 م.ح.ع.) وتمثل جميعها - كما سنرى - ما يسمى بالحقوق العينية "التيبة" أو Les sûretés .

ب - تقسيمات الحقوق العينية :

14 - تنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية droits réels principaux وحقوق عينية تبعية droits réels accessoires فالقانون العينية الأصلية هي الحقوق التي تقوم بذاتها مستقلة بحيث لا يستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه . أما الحقوق العينية التبعية فلا توجد مستقلة ، وإنما تكون تابعة لحق شخصي تضمن الوفاء به ، وهذا سميت بالتأمينات العينية (عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية، بيروت، 1982 صفحة 166) ولم يورد المشرع التونسي هذه التفرقة بهاسة صريحة لكنه يكرسها في الحقيقة إذ يفصل الأحكام المتعلقة بالحقوق العينية الأصلية (الفصول 1 إلى 191 م.ح.ع.) عن أحكام التأمينات العينية (الفصول 192 إلى 302 م.ح.ع. والفصول 309 إلى 324 م.ا.ع.). وواضح أن هذه التفرقة مؤسسة على استقلال الحق العيني عن الحق الشخصي .

فالأصل في الحقوق العينية أنها تقوم لذاتها كحق المفرد في الملكية لكن يحدث أن ينشأ الحق العيني ليوفر ضمانا يقره المدين أو القانون التأمين

تنفيذ التزام شخصي فيصير الحق العيني تبعيا أي أنه لاحق للاحق لشخصي .
فالداثن الذي يقرض مدينا مالا معتبرا قد يروم ضمان استرداد ما اشتراط
رهن يرتضيه المدين على عقار يملكه ضمانا منه لتنفيذ التزامه الشخصي
ومن ثم فإن الرهن العقاري هو حق عيني تبعي للحق الشخصي المرتب عن
القرض ويوصف أيضا "بالتأمين العيني" Sûreté réelle ورأيذا أن المشرع
أقر ثلاثة تأمينات عينية هي الرهن والإمتياز وحق الحبس أما حقبة الحقوق
العينية فتعد أصلية لأنها تقوم بذاتها . لكن الحقوق العينية تندرج بدورها
من جهة أولى إلى حق الملكية لأنه أشملها ومن جهة ثانية إلى الحقوق المتفرعة
عنه les démembrements de la propriété . ويشمل المصنف الثاني
الحقوق العينية التي لا تباع لصاحبها إلا بعض ما يرتب عن حق الملكية فهي
دونه شمولية . وهذه الحقوق المتفرعة عن حق الملكية هي حق الانتفاع
l'usufruit وحق الاستعمال le droit d'usage وحق السكنى le droit
d'habitation وحق الهواء le droit de superficie وحق الإجارة le droit
l'emphythéose وحق الارتفاق les servitudes والإنزال والكردار l'enzel
et le kirdar . وقد وردت جميعها بالفصل 12 من مجلة الحقوق المدنية .
ويجب التنبيه إلى أن الفصل 191 من ذات المجلة حجب ابتداء من تاريخ
العمل بها إنشاء الإجارة الطويلة وتجديد عقودها الجارية وكذلك إنشاء حق
الهواء أو الإنزال أو الكردار . أما ما كان موجودا من هذه الحقوق قبل دخول
المجلة حيز التنفيذ فيبقى خاضعا للتشريع المعمول به قبل سنة 1965 . (راجع
كذلك الفصل الخامس من القانون عدد 5 لسنة 1965 المتعلق بإصدار مجلة
الحقوق العينية).

الحقوق الذاتية

حقوق شخصية

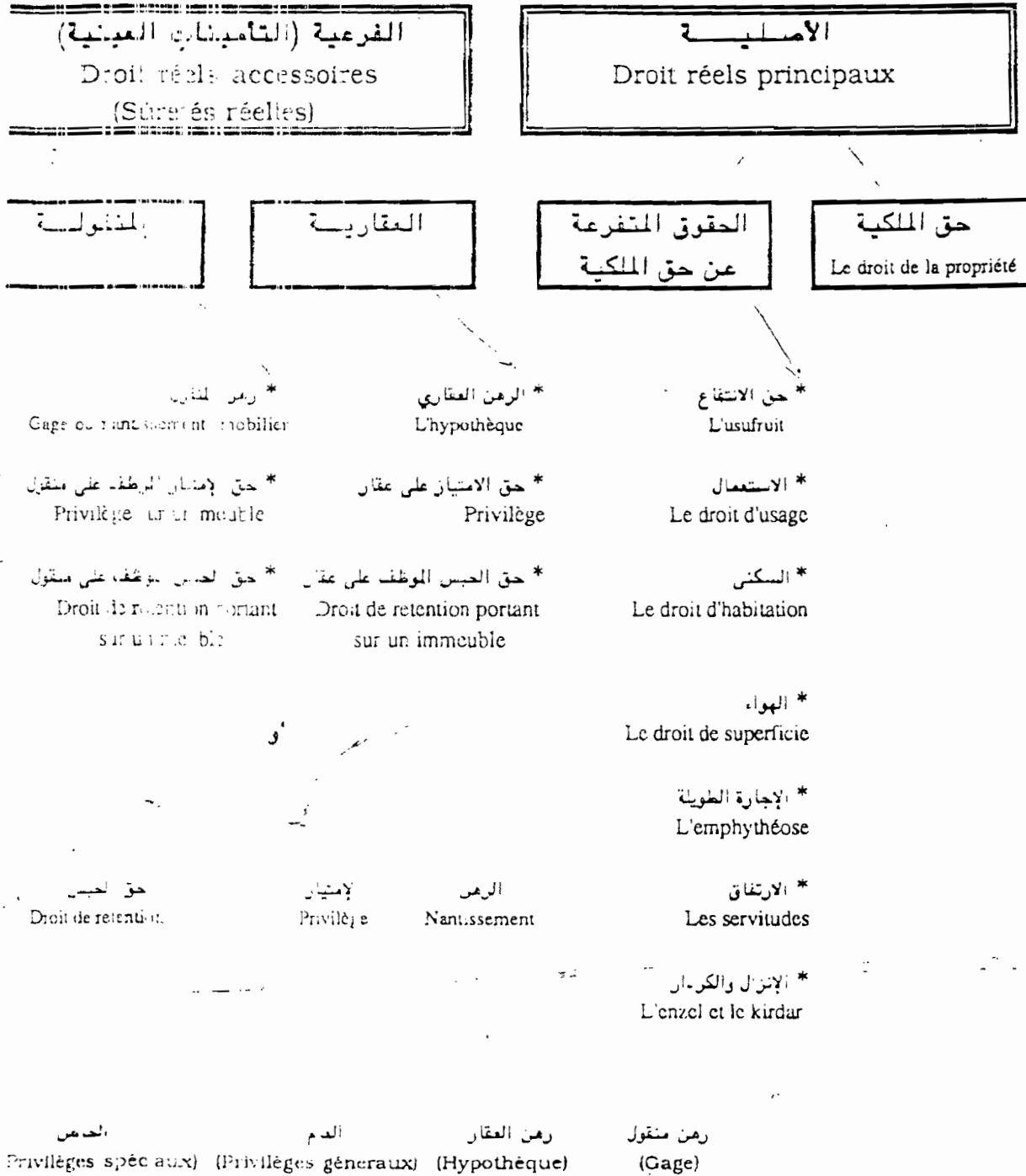
حقوق عينية

حقوق فرعية

حقوق أصلية

حق الملكية الحقوق المتفرعة عنه الرهن الإمتياز حق الحبس

تفصيل تقسيم الحقوق العينية



15 - هل أن قائمة الحقوق العينية العقارية واردة على سبيل الحصر ؟

يجوز طرح السؤال بصيغة أخرى : هل يجوز للأطراف أو للقاضي إضافة حقوق عينية أخرى ونعتها كذلك ؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تميل إلى النفي ذلك أن الفصل 35 من الدستور أقر أن "القانون يضبط المبادئ الأساسية لنظام الملكية والحقوق العينية" وهو ما يفرض انفراد السلطة التشريعية بتحديد قائمة هذه الحقوق ، كما أن مبدأ حرية التعاقد لا يتعلق ، ماضيا وحاضرا ، إلا بإنشاء الحقوق الشخصية . وفي الواقع فإن الجدل في هذا المجال اقتصر على مسألتين . الأولى تخص الشفعة والثانية تخص حق الحبس . فبالنسبة للشفعة يرى بعضهم أنها حق عيني كان على المشرع إدراجه ضمن القائمة الواردة بالفصل 12 م.ج.ع. لكن المتأمل في الفصول التي تخصصها المجلة المذكورة لهذه المؤسسة القانونية يلاحظ أنها تخلو من لفظة "حق الشفعة" كما أن المشرع لم يعرف الشفعة "بالحق" مما يشكك في موقف من يستغرب سهو الفصل 12 عنها ولربما وجب اعتبار الشفعة سببا من أسباب كسب الملكية بمفعول القانون وليس حقا عينيا .

أما بالنسبة لحق الحبس فالأمر يختلف إذ أن عدم ذكر هذا الحق بالفصل 12 م.ج.ع. وقع تداركه بالفصل 193 من نفس المجلة كما سبق بيانه . ولقد احتدم الجدل في القانون الفرنسي حول إمكانية ترك الحرية للإرادة لإنشاء حقوق عينية . فقد أقرت محكمة التعقيب الفرنسية سنة 1834 إمكانية إنشاء "تفريعات" جديدة عن حق الملكية (قرار تعقيبي فرنسي صادر عن دائرة الطعون في 16 فيفري 1834 "Caquelard" منشور بمجلد سيراي الجزء I ص 205). ولئن اختلف الفقهاء في تقييم هذا القرار (راجع خاصة في هذا الشأن مؤلف : Philippe MALAURIE et LAURENT AYNES, Droit Civil, les biens, 1ère édit. 1990; Cujas n° 360 p. 82) فإن جلهم يعتبرون اليوم أن هذه الإشكالية تتحول في الواقع إلى مسألة وصف وتكييف لا تخرج عن نطاق الحقوق العينية "القانونية المصدر". (راجع في هذا الشأن مؤلف : Jean CARBONNER, Droit Civil, les biens, 12è édit. 1988, n° 15 p. 71 - 72).

المبحث الثاني : تقسيم الأموال

16 - نميز بين التقسيمات الأساسية (الفقرة الأولى) والتقسيمات التكميلية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : التقسيمات الأساسية

17 - يمتاز القانون الوضعي التونسي بتفريقيتين أساسيتين للأموال :

- تقسيم المال إلى عقار ومنقول ،
- تقسيم المال إلى أموال مسجلة وأموال غير مسجلة .

1 - تقسيم المال إلى عقار ومنقول ،

18 - أسس التفرقة : نص الفصل الثاني من مجلة الحقوق العينية على أن المال ينقسم إلى عقار Immeuble ومنقول Meuble . إن هذا التصنيف للأموال قديم . فقد عرفه القانون الروماني الذي أقره دون أن يجعل منه تصنيفا جوهريا للأموال . ويرجع الفقهاء تاريخ ارتقاء التفرقة بين العقار والمنقول إلى تقسيم أساسي إلى القرن الثالث عشر مسيحي حيث برزت التفرقة في القانون الفرنسي القديم (راجع خاصة Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, ouvrage précité, n° 114 p. 31)

وعبر عنها الفقيه LOYSEL بقوله "Tous biens sont meubles ou immeubles" وهي تقريبا الألفاظ التي أوردها ، سنة 1804 ، الفصل 516 من المجلة المدنية الفرنسية التي اعتمدت التقسيم وارتقت به بدورها إلى مستوى التدوين والتقنين . كما تبنت بعد ذلك جل التشريعات العربية الحديثة هذا التصنيف فورد مثلا بالفصل 82 من المجلة المدنية المصرية أن "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار . وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول" . (راجع كذلك الفصل 683 من القانون المدني الجزائري الذي اعتمد نفس التصنيف وانظر عموما ، عيد الرزاق أحمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثامن ، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال ، فقرة 4 وما يليها صفحة 11 وما

يليه). وواضح من أحكام الفصل 82 المذكور أن المعيار الأساسي للتفرقة يكمن في طبيعة المال . فالمنقول هو المال الذي يمكن نقله من مكان لآخر أما العقار فتأبث لا ينقل . وهذا المعيار يكشف الأسباب التي تكمن وراء ارتقاء هذه التفرقة في القرون الوسطى إلى تفرقة جوهرية فالاعتقاد كان سائدا وما يزال في أن الثيمة الاقتصادية للعقار تفوق القيمة التي يتيحها المنقول وهو ما عبرت عنه القولة الشهيرة "المال المنقول مال تائه" *Res mobilis* . إنها قولة لاتينية الالفاظ لكنها لم تكن في الحقيقة معبرة عن موقف القانون الروماني بقدر ما استعملها وكرسها الفقه الفرنسي في القانون القديم إيمانا منه بأهمية الأرض والعقار عموما (راجع جدول الأسس الاقتصادية لتكريس هذه القولة في تلك الفقرة، مؤلف :

Frédéric ZENATI, Les biens, P.U.F. , 1988 n° 65 p. 77.

19 - ولعل التفرقة تقوم أيضا على أسس نفسانية تدبر دوامها وصمودها أمام التغيرات الاقتصادية . فلأرض وللعقار عموما مكانة خاصة عند البشر خاصة وأن جل الديانات تربط بين الأرض والإنسان .

إن استناد التفرقة إلى هذا الأساس المزدوج الاقتصادي والنفساني لم يمنع العديد من الفقهاء من الطعن في وجهة التفرقة وانتقاد استنتاجها على قانون الأموال . اعتبر هؤلاء الفقهاء بالخصوص أن لنظرية التقليدية للمنقولات أضحت اليوم غير صحيحة . فيظهر للمشركات التجارية مثلا واكتساحها الحياة القانونية أصبحت الثروات الاقتصادية الضخمة مشكلة لا في امتلاك العقارات بل في اكتساب الحصص *parts* والأصص *actions* المكونة لرأس مال تلك الذات المعنوية كما أن تطور الحياة الاقتصادية وتدعم النظام النقدي المرتكز على الأوراق التجارية والأوراق المالية ساهم في الحد من تفوق العقار على المنقول . لكن إقرار هذه التغيرات لم يفقد شيئا كثيرا من نفوذ التفرقة التي ما تزال قائمة ومؤسسة للفوارق هامة في نظام الصنفين من الأموال .

20 - لذا فبعد عرض مختلف أنواع العقارات والمنقولات (1) نبحث في الفوائد المنجزة عن هذه التفرقة (2) .

1) محتوى التفرقة :

21 - يقسم الفصل الثاني من مجلة الحقوق العينية كما رأينا المال إلى عقارات ومنقولات .

1-1) العقارات :

22 - العقارات إما أن تكون طبيعية أو تبعية أو حكمية . هكذا منقسم الفصل الرابع من مجلة الحقوق العينية العقارات . وسنرى أن العقارات الحكمية تنقسم بدورها إلى صورتين الأولى أوردها الفصل 9 من مجلة الحقوق العينية والثانية أوردها الفصل 10 من نفس المجلة .

العقارات

التبعية

الحكمية

الطبيعة

صورة الفصل 9 م.ج.ع. صورة الفصل 10 م.ج.ع.

* العقارات الطبيعية Les immeubles par nature

23 - العقار هو كل شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه دون تلف . هكذا عرف الفصل الثالث م.ج.ع. العقارات عامة . وفي الواقع فإن هذا التعريف لا ينطبق تماما إلا على العقارات الطبيعية كما نؤكد في الفصول اللاحقة . فالأراضي والمباني والنباتات ما دامت متصلة بالأرض ، أي ثابتة في مكانها تمثل العقارات الطبيعية حسب الفصل 5 م.ج.ع. وبخلاف إليها الفصل 6 م.ج.ع. الأجهزة والأنابيب اللاصقة بالأراضي والمباني المتصلة لها . وبحكم اندماجها في النباتات المفروسة فإن الصابية على سوتها والشمار في أصولها هي أيضا من العقارات الطبيعية (الفصل 7 م.ج.ع.) . فالعقارات الطبيعية هي إذن الأرض وما يلحق بها . فهي الأرض بسطحها وما يقام فوق

سطحها من مبان أو ما ينبت بها من أشجار وكذلك ما يوجد بباطنها عدا
الكنوز التي تعد منقولات والمناجم والمقاطع التي تخضع لقوانين وتراتب
خاصة .

وخلاصة القول فإن العقارات الطبيعية تبدو أقرب العقارات لمعيار
الثبوت واستحالة النقلة . لذا فهي تعد الأصل في العقارات . كما أن الأرض
هي الأصل في العقارات الطبيعية ذاتها . فالأرض هي العقار الأصلي .
وسنرى أن لهذه الاعتبارات أثرا خاصة في نظرية الالتصاق .

*** العقارات التبعية par l'objet Les immeubles auquel ils s'appliquent**

24 - تعد عقارات تبعية حسب الفصل 11 من مجلة الحقوق العينية :

- الحقوق العينية العقارية
- والدعاوى المتعلقة بها .

أما بالنسبة للحقوق العينية العقارية فإن المشرع عددها حصرا (أنظر
أعلاه عدد 15) في الفصل 12 من نفس المجلة . ونص هذا الفصل على أن
الحقوق العينية العقارية هي :

- الملكية
- الإنزال والكردار ودخلهما
- حق الانتفاع
- حق الاستعمال
- حق السكنى
- حق الهواء
- الإجارة الطويلة (الامفيتيونز)
- حق الارتفاق
- الامتياز
- الرهن العقاري

أما الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية العقارية فهي تشمل الدعاوى
الاستحقاقية والدعاوى الحوزية وقد وقعت الإشارة إليها في الفصل 38
والفصل 51 وما يليه م.م.م.ت.

25 - ويثير هذا الصنف من العقارات إشكالا تفرضه الطبيعة الخاصة لهذه العقارات - فهل يمكن اعتبار الحق المجرد أو الدعوى القضائية "عقارا" ؟ يبدو أن رغبة المشرع في إكساب التفرقة صبغة جوهرية وشاملة فرضت إقرار هذا الصنف من العقارات وذلك بالنظر لا لطبيعة الحق أو الدعوى بل لموضوعها . فعندما يكون الموضوع عقارا فإن هذه الصفة تسري كذلك على الحق أو الدعوى فيصبحان عقارا "تبعيا" . ولعل هذه الملاحظة تؤكد من هذا الجانب الفكرة القائلة بأن العقارات الطبيعية هي الأصل في العقارات .

* العقارات الحكمية : Les immeubles par destination

26 - وتسمى أيضا "العقارات بالتخصيص" أو "العقارات بالنظر للغاية المعدة لها" وهي أشياء كانت في الحقيقة وبذاتها من المنقولات غير أن المشرع يفترض حكما أنها عقارات . وبمقتضى هذا الافتراض القانوني تصبح تلك المنقولات بطبيعتها عقارات حكمية أي بحكم القانون . والهدف من هذا الافتراض هو أساسا المحافظة على الوحدة التي قد تنشأ بين العقار والمنقول المرتبط به وكان بالإمكان تصور صنف ثالث مزدوج يشمل العقار والمنقول لكن هيمنة العقار جعلت المنقول المرتبط به تابعا له فظهرت العقارات "الحكمية".

27 - لقد تأثر المشرع التونسي بالتقنين الفرنسي الذي أورد هذا الصنف من العقارات في الفصلين 524 و 525 . غير أن تحليل شروط تحقق هذا الافتراض القانوني يبين لنا مدى الاختلاف بين أحكام القانون التونسي وقواعد القانون الفرنسي .

28 - وردت في مجلة الحقوق العينية صورتان لهذا الافتراض القانوني : صورة الترابط الاقتصادي وصورة الارتباط المادي المطلق .

29 - الصورة الأولى :

الترابط الاقتصادي : الفصل 9 م.ح.ع. : العقارات الحكمية الموجودة بالأرض رهنا على خدمتها واستغلالها :
"يعد عقارات حكمية ما يضعه المالك في أرضه من الأدوات والحيوانات

وغيرها من الأشياء رهدا على خدمتها واستغلالها. بهذه العبارات حدد المشرع التونسي الافتراض الذي يجعل بعض المنقولات عقارات. ويبدو الافتراض القانوني هنا كليا لأن الأدوات والحيوانات وغيرها هي أشياء منقولة بطبيعتها منفصلة ماديا عن الأرض غير أن المشرع يفترض بحكم ارتباطها بتلك الأرض أنها عقارات. وسنخلص إلى الحديث عن الآثار المنجزة عن هذه الصفة بعد شرح شروط هذا الافتراض.

- شروط التخصيص :

30 - الشرط الأول يتعلق باتحاد المالك :

فالمفروض أن يكون صاحب الأرض هو صاحب الحيوانات والأدوات وهو ما يتجلى من عبارات الفصل 9 م.ج.ع: "يعد عقارات حكيمية ما يصفه المالك في أرضه من الأدوات والحيوانات وغيرها من الأشياء رهدا على خدمتها واستغلالها". فلو أن عليا يملك ضيعة فلا يمكنه أن يصير المنقولات التي لا يملكها - كأن يكون مقترضا إياها أو متسوفا لها - عقارات حكيمية.

31 - الشرط الثاني يتعلق بالمنقولات التي ستصبح عقارات:

فما هي هذه المنقولات ؟

لقد ورد بالفصل 9 م.ج.ع. أن هذه المنقولات قد تكون أدوات أو حيوانات أو غيرها. وقد ابتعد المشرع التونسي عن تعداد هذه المنقولات في حين فصل القانون الفرنسي ذلك. فجاءت كلمة "أدوات" و "حيوانات" و "غيرها"، ترمز إلى كل ما هو متداول على وجوده في أرض ملاحية كما أن كلمة "غيرها" تترك المجال مفتوحا أمام إدراج كل منقول يتواءم في شروط التخصيص الأخرى، ضمن العقارات الحكيمية.

32 - الشرط الثالث يتعلق بالتخصيص :

ذلك أن هذه المنقولات يجب أن توضع في الأرض رهدا على خدمتها واستغلالها. ونستخلص من هذا الشرط أن هذه الأدوات والحيوانات يجب أن تكون مخصصة لخدمة الأرض لا لخدمة صاحبها. فاحصان المعدل للتراث يندرج ضمن الحيوانات المقصودة من طرف المشرع في حين لا يعتبر الحصان المعدل للنزعة فقط عقارا حكيميا. كذلك الغنم فإن كانت معدة لتسميد الأرض فهي عقار حكمي وإن كان الهدف الأساسي من وجودها هو الانتفاع بلحمها فتبقى منقول بطبيعته. وألات الحرث والحصار والري المرسومة لخدمة

الأرض هي عقارات حكومية . ويصعب أحيانا تحديد طبيعة هذا الاستغلال . كما يحدث أن يكون الاستغلال مزدوجا أو أن يكون مبالغا فيه كئذ يخصص الفلاح إثني عشر حصانا لخدمة ضيعة لا تستوجب أكثر من حصان واحد . إن تقدير توفر شرط التخصيص يرجع إلى قضاة الأصل ويمكن القول بأنه يمكنهم الوقوف عند الاستعمال الحقيقي والأساسي للمنقول (حول فقه القضاء الفرنسي الذي يشترط أن يكون الاستعمال ضروريا للاستغلال وليس فقط مفيدا) انظر قرار دائرة الطعون بمحكمة التعقيب الفرنسية الصادر بتاريخ 19 أكتوبر 1938 والمنشور بالمرجع الآتي D.F. 1938 p. 613 .

33 - إن المتأمل في هذا الشرط يتوقف في الحقيقة على صعوبة أهم تتعلق بنطاق النص : فهل ينحصر ميدان الفصل 3 م.ج.ع. في الاستغلال الفلاحي دون الاستغلال الصناعي أو التجاري ؟ هذا يبرز الاختلاف البين بين القانون التونسي من جهة والقانون الفرنسي والمصري من جهة أخرى . ففي القانون الفرنسي لم تورد المجلة لنابليون سنة 1804 إلا أمثلة مستمدة من الميدان الفلاحي والصناعي لكن سرعان ما قامت محكمة التعقيب بتوسيع مجال تطبيق التخصيص إلى الاستغلال التجاري قياسا على الاستغلال الفلاحي وهكذا اعتبرت عقارات محكمة القرويات والأثاث والكراسي وأدوات الطبخ والأكل المرصودة للاستغلال التجاري في نزل أو مطعم . ونسج المشرع المصري على هذا النوال فباعت أحكام الفقرة الثانية من المادة 82 من المجلة المدنية المصرية عامة وعطفت إذ نصت على أنه "يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه وهذا على خدمة هذا العقار أو استغلاله" وأوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للمجلة المدنية المصرية في هذا الشأن أنه تم التوسع في نظرية العقارات بالتخصيص باعتماد صيغة عامة تجعلها تشمل كل منقول يضعه مالكه في عقار مملوك له ، ويخصصه لخدمة العقار واستغلاله كالأدوات الزراعية والصناعية ومفروشات الفنادق ... ولا يشترط أن يكون المنقول لازما أي ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله ، بل يكفي تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضي ذلك ... ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة بل يكفي ألا يكون عارضا ... (عن عبد الرزاق أحمد السنهاوي الجزء 8 ، فقرة 15 صفحة 36)

ويبدو هذا التوسع بعيدا عن مقاصد المشرع التونسي رغم حداثة مجلة الحقوق العينية . فالفصل التاسع منها لا يميل إلى صيغة الإطلاق كما أنه لا

ينصّ هراحة على إمكانية اعتماد التّخصيص في المادّة التّجاريّة أو الصّناعيّة وحتى استعمال كلمة Fonds في التّرجمة الفرنسيّة للنصّ لا تكفي - قانونا - لقلب معنى كلمة "أرضه" التي لا يمكن أن تمتدّ للأصل التّجاري . كما يبدو أن محكمة التّعقيب لم ترغب في توسيع نطاق الفصل المذكور كما يترتّب ذلك ضمناً عن الحلّ الوارد في قرارها المؤرّخ في 23 مارس 1972 (أنظر نشريّة 1972 صفحة 26 ، المجلّة القانونيّة التّونسيّة 1974 ص 221 مع تعليق للأستاذ عبد العزيز بن ضياء ومجلّة القضاء والتّشريع 1972 صفحة 913 مع تعليق للأستاذ محي الدين المبروك).

فلئن كان النقاش الأساسي في ذلك النزاع يحوم حول تطبيق أحكام الصّورة الواردة بالفصل 10 م.ح.ع. (أنظر أسفله) فإن إمكانية تطبيق أحكام الفصل 9 من نفس المجلة بصفة موسعة كانت في متناول قضاة الأصل إذ تعلق الإشكال بطبيعة الآلات نسيج موجودة بمعمل قطن. فالمسألة القانونية تبدو بسيطة : هل أنّ هذه الآلات هي من المنقولات أم أنّها من العقارات ؟ وباختلاف الجواب عن هذا السؤال تختلف كيفية احتساب الأداء المسلّط على العقارات الذي تطالب به بلدية سوسة الشركة المالكة للمعمل تطبيقاً لأحكام الأمر المؤرّخ في 16 سبتمبر 1902 - فلالات - في نزاع الحال - أهمية مالية معتبرة تغير بصفة ملموسة قيمة الأداء - وبديهي أن الشركة كانت مصرّة على اعتبار الآلات محافظة على طبيعتها المنقولة في حين ترى البلدية عكس ذلك حيث قدرت قيمة الأداء المطلوب بالاعتماد لا على العقارات الطبيعية فحسب بل كذلك على تلك الآلات باعتبارها عقارات حكمية. وانحصر النقاش لدى القضاء حول تطبيق الفصل العاشر من مجلة الحقوق العينية (العقار الحكمي بالالتحام المادي) دون أن يقع التطرق إلى إمكانية تطبيق الفصل التاسع باعتبار الآلات عقارات حكمية للترابط الاقتصادي بينها وبين العقارات الطبيعية أن المعمل وهو ما يتيح فرصة توسيع نطاق التّخصيص إلى الميدان الصّناعي . وساندت محكمة التعقيب هذه النظرة الضيقة للمسألة فلم تر بدا من الخوض في شروط تطبيق الفصل التاسع مقتصرة على مراقبة كيفية تقدير شرط الإلتحام المادي الوارد بالفصل العاشر من مجلة الحقوق العينية .

وفي حين اقتصر بعض الشّراح على تحليل القرار الصادر في هذا النزاع بتاريخ 23 مارس 1972 (أنظر تعليق محي الدين المبروك المذكور أعلاه)، رأى الأستاذ عبد العزيز بن ضياء أنّه كان على القضاة الإلتفات إلى

صورة التخصيص الواردة بالفصل التاسع من مجلة الحقوق العينية واعتبار الآلات عقارات حكومية لأنها مرصودة لخدمة واستغلال العمل (أنظر التعليق المذكور أعلاه). كما رأى الأستاذ الشرفي (Introduction à l'étude du droit, C.E.R.P., 2 édit. 1990 n° 483) أن اعتبار هذه الآلات عقارات حكومية من شأنه أن يساهم في تحقيق الوحدة الاقتصادية للمؤسسة ولذا فمن الأفضل تجاوز التأويل اللفظي للنص من أجل إقرار حل يكون أكثر حماية للصالح العام. ورغم ذلك فإن هذا الفقيه يبرر موقف محكمة التعقيب التونسية في قضية شركة القطن بالتزامها بقواعد التأويل الواردة بالفصل 532 م.أ.ع. التي تقر أن نص القانون لا يتحمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الإستعمال ومراد المشرع. كما أن الفصل التاسع م.أ.ع. في نصه العربي أورد كلمة "أرض" ولا يجوز بالتالي اعتماد كلمة "Fonds" الواردة في الترجمة الفرنسية فالأولوية تعود دائما للنص العربي ثم أن اقتران كلمة أرض بكلمة "حيوانات" وأدوات يدعونها إلى الإعتقاد بأن المشرع التونسي الذي كان يعلم سنة 1965 التطور الحاصل في فرنسا ومصر أراد حصر مجال الفصل 9 م.أ.ع. في الإستغلال الفلاحي فقط. وخلاصة القول فإن لهذا القرار قرأتين: الأولى ترى فيه قرارا ظرفيا محدود القيمة إذ لم تتعرض المحكمة لإمكانية تطبيق الفصل التاسع من مجلة الحقوق العينية تقيدا منها بطلبات الخصوم فحصرت مراقبتها على إمكانية تطبيق الفصل 10 م.أ.ع. فحسب. أما القراءة الثانية فترى في قرار محكمة التعقيب قرارا مبدئيا اقضت فيه هذه المحكمة فرصة توسيع مجال تطبيق الفصل 9 م.أ.ع. الى الميدان الصناعي. ولعلنا نرتاح أكثر للقراءة الأولى إذ أن مبدأ حياد القاضي وتقيده بالطلبات لا يمكن التخلي عنه إلا إذا تعلق الأمر بالنظام العام وهو ما لم يحدث في نزاع الحال. فالخصوم لم يطلبوا قط تطبيق الفصل 9 م.أ.ع.

34 - الصورة الثانية : الترابط المادي : الفصل 10 م.أ.ع.

العقارات الحكومية الملتحمة بالعقار الطبيعي : "يعد عقارات حكومية ما يضعه المالك بعقاره من الأشياء المنقولة الملتحمة بالعقار بشكل يتعذر معه فصلها عنه دون افسادها أو افساد ما هي متصلة به". تلك هي الصورة الثانية للعقارات الحكومية كما أوردها الفصل 10 م.أ.ع. وواضح أن الافتراض القانوني في هذه الحالة جزئي إذ يوجد ارتباط مادي وثيق بين المنقول والعقار الطبيعي الملتحم به. ويقابل الفصل 10 م.أ.ع. الفصل 525 من مجلة المدينة الفرنسية الذي يمتاز بتعديده لبعض أوجه الإلتحام (اسمنت، جبس

(...) وبذكره أمثلة لبعض المنقولات (مرايا ، لوحات حائطية ، تماثيل ...) ،
القابلة للإلتحام بالعقار .

شروط تحقق الإفتراض :

35 - الشرط الأول يتعلق باتحاد المالك : إن مالك المنقولات يجب
أن يكون مالك العقار المتحم به . وعليه فلا يجوز لمالك العقار بطبيعته أن
يلصق به منقولا ليس على ملكه كأن يكون مرهونا عنده أو معارفا له أو مكريا
له .

36 - الشرط الثاني يتعلق بالإلتحام : إن الإلتحام يعتبر في
الحقيقة عن نية المالك في إدماج المنقول بالعقار ويشترط الفصل 10 م.ج.ع.
أن يكون هذا الإلتحام بشكل يتعذر معه فصل المنقول عن العقار دون إفساد
أحدهما أي أن يصعب في الواقع فصلهما . ويبقى لقضاة العمل السلطة
التقديرية لحسم هذه المسألة . وفي هذا الشأن يتجه الإلتجاء إلى الإختبار .
ثم إن محكمة التعقيب سلطة لمراقبة تعليل القرارات المستندة إلى إختبارات
(أنظر قرار محكمة التعقيب ع7973 عدد المؤرخ في 23 - 05 - 1972
المذكور) ، ذلك أن المشرع لم يورد وصفا لوسيلة الإلتحام . بل لنا سميوع
الفرنسي الذي ذكر كما رأينا الجبس والإسمنت والكلس .

أثار تحقق شروط الإفتراض في الصورتين الواردتين بالفصلين 9 و 10 م.ج.ع. :

37 - المبدأ :

تخضع العقارات الحكيمة لنفس النظام الذي يسلط على العقار بطبيعته
فيندمج معه ليكونا كلاً متكاملًا . وهي الغاية الأساسية من هذا الإفتراض
القانوني ، فإذا بيعت ضيعة مثلاً فالمفروض عند سكوت الأطراف أن يشمل
البيع كل العقارات الموجودة بها بما فيها الحكيمة وفي هذا المعنى ذكر النصل
612 من مجلة الإلتزامات والعقود أن "بيع البناء يشمل الأرض التي أقيم بها
وتوابعه المتصلة اتصال قرار كالأبواب والشبابيك والمفاتيح المتصلة بإغلاقها
... ولا يشمل البيع المذكور الأشياء غير الثابتة التي لا يضر قلبها وكذلك
مواد البناء التي جلبت للإصلاح والأشياء التي فصلت عن البناء لتستبدل
بغيرها" (أنظر كذلك الفصل 619 م.ج.ع. والفصل 97 من نفس المجلة الوارد

في باب المسؤولية المدنية). لكن لهذا المبدأ استثناء وأردنا بمجلة المرافعات المدنية والتجارية .

38 - الإستثناء :

بعد أن ردّد المبدأ المشار إليه آنفاً ، أوضح الفصل 305 م.م.م. ما يلي : "ما يعتبره القانون عقارات حكينة لا يمكن أن يمثل إلا مع الأصل الذي هو جزء منه لكن يجوز إجراء عقدة عليه ودباسة مثل المنقولات في ديون لصناعه أو باعته أو لمن أقرض مالا لاشترائه أو مسدده أو إصلاحه".

39 - المنقولات :

"المنقول إمّا أن يكون منقولاً بطبيعته أو بحكم القانون" ذلك هو التصنيف الوارد بالفصل 13 من مجلة الحقوق العينية .

40 - ويشير هذا التقسيم تساؤلاً عاماً حول غياب أي تلميح في الفصل المذكور لصنف "المنقول بحسب المال *meuble par anticipation*" الذي يحول بعض العقارات كالثمار في أصولها منقولات حتى قبل قطعها لأن مآلها العادي هو الجذ والفصل عن الأصل . ونميل إلى الرأي القائل بأنّ المشرع التونسي نسج على منوال المشرع المصري والفرنسي إذ أنّ هذه وضع نصّ عام يقرّ هذا الصنف الذي يبقى من اجتهاد الفقهاء (راجع عبد الرزاق أحمد السّنهوري ، المرجع المذكور عدد 29 ص 71).

41 - المنقول بطبيعته : عرفه المشرع بالفصل 14 من مجلة الحقوق العينية فاعتبر أنّه "تعدّ منقولات بطبيعتها الأجسام التي يمكن نقلها من مكان لآخر سواء انتقلت بنفسها أو بمفعول قوّة أجنبية عذبا" . وهذا التعريف المستند إلى طبيعة المنقول يسمح بالقول بأنّ الأصل في المنقولات هو المنقول بطبيعته . كما أنّ هذا التعريف شبيه بما جاء بالفصل 523 م.م. فرنسية التي أوضحت بأنّه تكون منقولات بطبيعتها الأشياء التي يمكن أن تنتقل من مكان إلى آخر سواء لأنها تتحرّك بذاتها كالحيوونات، أو لأنها لا تستطيع تغيير مكانها إلا بتأثير قوّة أجنبية كالأشياء غير حية ومن الأشياء غير الحية مثلاً الأثاث والبضائع والكتب والورق والماكولات والمفّن والطائرات وغيرها .

42 - المنقول بحكم القانون : تعدّ منقولات بحكم القانون حسب الفصل 15 من مجلة الحقوق العينية "الإلتزامات والحقوق العينية والدعاوى المتعلقة بالمنقول والحصص والأسهم والرقاع في مختلف الشركات وإن كانت هذه الشركات مالكة لعقارات". إن في اعتبار الأسهم والرقاع والحصص منقولات عاملاً أساسياً في الحد من الأفضلية الممنوحة للعقارات التي عدت منذ قرون رمز الثروة المالية فالمعلوم أن للشركات مكانة هامة في النظام الاقتصادي وخاصة منه الرأسمالي . وتدعونا هذه الملاحظة للوقوف عند أهم الفوائد المترتبة عن التفرقة بين العقارات والمنقولات .

(2) فوائد التفرقة بين العقارات والمنقولات :

43 - لن نبالغ في القول بأن التفرقة بين العقارات والمنقولات أشارا قانونية تمتد إلى أهم المؤسسات المكونة للقانون المدني ولعل الفقهاء حاولوا ترتيب هذه الفوائد ففرّقوا بين ما يستند منها إلى طبيعة المال (قواعد الإختصاص الترابي - نظام الإشهار آثار الحوز ...) وما هو يرتكز على قيمته (أحكام البيع - إجراءات العقلة ...) (أنظر في هذا الإلتجاه Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, Droit civil, les biens, ouvrage précité n° 119 et suiv. p. 33 et suiv.)

44 - ولأن الغاية من استعراض هذه الفوائد لا تتعدى الحاجة إلى بيان الإختلاف بين النظام القانوني للعقار والنظام القانوني للمنقول فإنه يمكن التوقف عند بعض هذه الفوائد فحسب التي نوردها ذكر لا حصراً.

45 - الإختلاف من حيث قواعد الملكية :
تخضع ملكية العقارات إلى نظام معين يبتعد في أوجه عديدة عن نظام ملكية المنقولات . فالحوز مثلاً لا يكسب ملكية العقار إلا في صور ومدد حددها القانون في حين يقيم الحوز قرينة قانونية على تملك المنقول .

46 - الإختلاف من حيث قواعد البيع :
لا يخضع مبدئياً بيع المنقول إلى أية شكلية معينة كاشتراط الكتب ونحوه في حين يفرض المشرع بالنسبة للعقارات وجوب تحرير كتب ثابت التاريخ كما يفرض شكلية إشهارية (تسجيل enregistrement وترسيم inscription) ليتمكن معارضة الغير بوجود البيع . وسنرى في هذا المجال أن

شكليّة التّسجيل واجبة وكافية بالنّسبة للعقارات غير المسجّلة (non immatriculés) في حين أنّ إجراء التّرسيم هو شرط إضافي وضروري بالنّسبة للعقارات المسجّلة (immatriculés).

47 - الاختلاف من حيث قواعد العقلة :

تهدف العقلة إلى الحصول على بيع المال المعقول حسب إجراءات خاصّة لتمكين الدّائن من استخلاص دينه . وتخضع عقلة العقارات إلى إجراءات قضائيّة طويلة ومعقّدة (راجع خاصّة الفصل 410 وما بعده م.م.م.ت.) في حين اكتفى المشرّع بالنّسبة للمنقول بإجراءات مبسّطة (راجع خاصّة الفصل 390 وما بعده م.م.م.ت.).

48 - الاختلاف من حيث قواعد الإختصاص التّرابي :

يرتّب القانون أحكاما خاصّة بالعقارات عند تحديد الإختصاص التّرابي في الدّعوى القضائيّة إذ يوجب رفع هذه الدّعوى للمحكمة التي يوجد بدانرتها العقار وذلك في الدّعوى الشخصيّة التي يقع القيام بها بمناسبة الأضرار التي تلحق بالعين وفي الدّعوى الحوزيّة والإستحقاقية (راجع الفصل 38 م.م.م.ت.) . أمّا بالنّسبة للمنقول فإنّ مجلة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة أقرّت للطالب "الخيار" بين التقيّد بالمبدأ الوارد في باب الإختصاص التّرابي ، أي القيام لدى المحكمة التي بدانرتها مقرّ المدعى عليه أو القيام لدى المحكمة التي بدانرتها يوجد المنقول المتنازع عليه (راجع الفصل 36 (الجديد) م.م.م.ت.).

49 - كلّ هذه الفوارق تؤكّد أهميّة وشموليّة التفرقة بين العقارات والمنقولات كما أنّها تقوم دليلا على دوامها ونفاذها : لكن التّطوّرات والتغيّرات التي شهدتها القانون الوضعي منذ نهاية القرن التّاسع عشر أفرزت تصنيفا جديدا للأموال منافسا للأول ومرتكزا على نظريّة التّسجيل . L'immatriculation

ب - تقسيم المال إلى مال مسجّل ومال غير مسجّل :

50 - يراد بالتّسجيل إدراج وضعيّة المال بدفتر registre خاصّ به . وللتّسجيل فوائد ترتيبيّة وقانونيّة عديدة من ذلك أنّه يسمح بإحصاء تلك الأشياء ومعرفة مالكيها وضبط وضعيّتها القانونيّة والقيود المتعلّقة بها .

وتفقد التفرقة بين العقارات والمنقولات جانباً كبيراً من قيمته بالنظر إلى معيار التسجيل . فالتسجيل يمكن أن يخصّ العقار كالمقول . ويجب أن نضيف أن نظام العقارات المسجلة يشبه لحدّ هامّ نظام المنقولات المسجلة . فتاريخياً يمكن القول بأنّ نظام تسجيل العقارات ، حسب النهج الحديث الذي ظهر في منتصف القرن التاسع عشر بأستراليا ، استلهمه وأدسه ريتشارد تورانس Richard Torrens من نظام تسجيل البواخر بمراني ، ذات البلد . لقد فكّر تورانس في نقل فكرة تسجيل البواخر بدفتر عام إلى أسيدن العقاري فخصّ كلّ وحدة عقارية برسم عقاري وجعل من مجموع الرسوم دفترا للملكية العقارية محدثاً بذلك أوّل نظام حديث لتسجيل الأراضي . ومعلوم أنّ القانون التونسي تبنّى هذا النظام بصور "لجلة العقارية" Le Code Foncier في غرة جويلية 1885 . وامتدّت بعد ذلك فكرة التسجيل في القانون التونسي ، إلى السيارات ومن بعدها إلى الطائرات .

51 - ومن هنا برزت التفرقة بين المال المسجل والمال غير المسجل التي يجب الوقوف عند آثارها بعد التعرّض لتطبيقاتها .

(1) معنى التفرقة .

52 - إن التسجيل قد يشمل - كما رأينا - العقارات أو المنقولات وهو يقدم على ارتباط ذلك المال بدفتر مسجل به .

1.1 - الأموال المسجلة .

53 - بالنسبة للعقارات : يوجد فرق هامّ بين العقارات المسجلة والعقارات المسجلة . فالأولى التي تمثّل أكثر بقليل من نصف الأراضي التونسية تخضع للقواعد العامة للقانون المدني في حين تخضع الثانية - علاوة على ذلك - لأحكام خاصّة تضمنها الكتاب الثاني من مجلة الحقوق العينية (الفصول 303 وما يليه) . وتسجيل العقار هو من اختصاص سلطة قضائية وهي المحكمة العقارية . كما أنّ لكلّ عقار مسجل رسم ملكية titre de propriété ويمثّل مجموع هذه الرسوم دفتر الملكية العقارية أو السجل العقاري Le Livre Foncier وعن قريب وبالتواصل عمليات التسجيل ستخرج العقارات المسجلة من مكانتها الاستثنائية لتصبح - في الواقع على الأقل -

الأصل في العقارات .

54 - أمّا بالنسبة للمنقولات فإنّها عادة ما تكون غير مسجلة لكنّ المشرّع أقرّ في شأن البعض منها نظاماً وجوبياً للتسجيل . ويسري هذا النظام على السفن (راجع الفصل 23 وما يليه من مجلة التجارة البحرية) والسيارات والعربات وبعض الدراجات النارية (راجع الفصول 49 - 60 - 62 من مجلة الطرقات) وكذلك الطائرات (راجع الفصل الأول من الأمر عدد 201 لسنة 1959) . ونلاحظ أنّ المنقولات المسجلة تمتاز بقيمتها المالية المعتبرة (Turki AZZA : "Le meuble Immatriculé" mémoire D.E.A.) (Fac. de droit et des sc. politiques de Tunis 1993) .

2.1 - الآثار المترتبة من نظام التسجيل .

55 - يوفر نظام التسجيل فوائد ثابتة لمالك المال . فالتسجيل يسمح له بحفظ حقوقه إذ لا يسري عليها التقادم . كما يمكنه من إثبات ملكيته بيسر . أمّا بالنسبة للغير فالتسجيل يهدف إلى إعلامه بكلّ التحولات القانونية والمادية المتسلطة على المال . وتكتسي هذه المسألة أهمية خاصة بالنسبة للتصرفات الناقلة للملكية المال إذ يشترط القانون إعدام الغير بها بإشهارها بالدفتر حسب إجراء خاصّ يسمى "الترسيم" Inscription . وهو يعني إدراج التصرف كتابة بالدفتر .

56 - ويستخلص ممّا سبق بيانه أن قانون الأموال يشهد وجود تفرقتين أساسيتين للأموال ، غير أنّ هاتين التفرقتين لم تحجبا تنسيقات أخرى قد تبدو ثانوية لكنّها في الواقع تكميلية .

الفقرة الثانية : التّقسيمات التكميلية

57 - إنّها إثنان : الأولى تفرق بين الأشياء القابلة للإستهلاك والأشياء غير القابلة له (i) ، والثانية تميّز الأشياء القيميّة عن الأشياء المثليّة (ب) .

١ - التفرقة بين الأشياء القابلة للإستهلاك والأشياء غير القابلة

له

Choses consommables et choses non consommables

58 - 1) الأشياء القابلة للإستهلاك هي التي تستهلك بفعل الإنسان من خلال استعمالها ذلك أن مصيرها الطبيعي هو الإستهلاك بحكم الإستعمال . ولنضرب لذلك مثلاً : عندما استعمل الماء أو الخبز أو القلم فإنني أقتص منه واستهلكه - والملاحظ أن للإستهلاك مظهرين الأول مادي والثاني قانوني . فأمّا الإستهلاك المادي فيتمثل في كل الأعمال التي تؤول إلى التضييع من الشيء كما هو الشأن في الشراب وأكل الخلال أو استعمال الوقت . وأمّا الإستهلاك القانوني فميزته أنه لا يفقد الشيء ماديتة بل يخرج الشيء من ذمة صاحبه كالنقود التي أدفعها فهي مادياً لم تستهلك لكن دفعها بخارجها من ذمتي فتكون قد استهلكت .

59 - 2) وعلى عكس الأولى فإن الأشياء غير القابلة للإستهلاك لا تفقد شيئاً من مكوناتها رغم استعمالها عديد المرات . فالأرض مثلاً ببقية رغم حصول التصرف فيها واستعمالها مادياً وقانونياً . وكذلك الشأن بالنسبة للكتاب أو الأثاث .

60 - وقد نتساءل عن مدى إقرار المشرع التونسي لهذه التفرقة فنكتشف أنه لم يضمها أي نص عام لكنه لم يتجاهلها (أنظر بالنسبة للأشياء القابلة للإستهلاك الفصول 289 و 732 و 1081 و 1084 من مجلة الالتزامات والعقود).

61 - أمّا الفائدة من هذه التفرقة فهي تكمن أساساً في تحديد نظم استرداد الأموال من يد الغير . فإذا كانت تلك الأموال من الأشياء القابلة للإستهلاك فإن الغير الذي توجد بين يديه (مقترض النقود مثلاً) لا يمكنه أن يرجعها بذاتها بل يرجع مثلها . أمّا إذا كانت تلك الأموال من الأشياء غير القابلة للإستهلاك (متسوّغ الدار أو مستعير الكتاب) فعلى الغير أن يرجعها بذاتها . وهذه النتيجة تقربنا من التفرقة الثانية .

ب - التفرقة بين الأشياء المثلّية والأشياء القيمية
Choses fongibles et corps certains

62 - (1) لتعريف الأشياء المثلّية لا يمكننا اعتماد التشريع التونسي الذي لم يخصص للتفرقة أي تعريف ولا أي نصّ عام . لكن القانون المقارن يساعد على فهم هذه التفرقة ذلك أنّ الفصل 686 من المجلة المدنية الجزائرية مثلاً ، نصّ على أنّ الأشياء المثلّية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدّر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن وهذا التعريف هو تقريباً ذات ما يورده الفقهاء في القانون الفرنسي (أنظر مثلاً Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, op. cit. n° 155 p. 48 فالشيء المثلّي هو الشيء الذي يوجد له نظير يقوم مقامه كان أكون ملتزماً بتسليم لتر حليب أو قنطار قمح أو مائة دينار فالحليب والقمح والدنانير أشياء مثليّة يقوم بعضها مقام الآخر عند الأداء . لذا فإنّه يمكنني أن أسلم من الحليب لتراً أو من القمح قنطاراً أو من الدنانير مائة فأكون أوفيت بالإلتزام .

63 - (2) أما الأشياء القيمية فهي أشياء تمتاز عن نظائرها بميزات تجعلها فريدة لا يقوم مقامها النظر . فالدين لا يمكنه أن يسلمها إلا بذاتها . كأن أشتري حصاناً معيناً ومعروفاً بخصائص مميزة فيحقّ لي التمسك بتسليم ذلك الحصان المتفق عليه دون سواه . أو أن أبيعك لوحة رسمتها فواجب على تسليمها بذاتها .

64 - وواضح من التعريفين السابقين والأمثلة المدعّمة لهما أنّ الفائدة من التفرقة تكمن أساساً في قواعد تسليم الشيء أو يورده . فالشيء المثلّي يمكن أن يتمّ تسليم نظيره أمّا الشيء القيمي فواجب أن نسلمه بذاته . وعلى هذا النحو سار التشريع التونسي الذي كرّس هذه الآثار وإن لم يخصص - كما رأينا - للتفرقة نصّاً عاماً (راجع خاصّة الفصول 258 و 577 و 607 و 650 و 996 و 1036 و 1082 من مجلة الإلتزامات والعقود والفصل 43 من مجلة الحقوق العينية).

65 - ويستخلص ممّا سبق بيانه أنّ دور التقسيمات التكميلية للأموال يبرز بصفة أجلى في نظام العقود في حين يتقلّص نسبياً في قانون الأموال .

المبحث الثالث : مصادر قانون الأموال

66 - لننّ تبدو مجلة الحقوق العينية الصادرة سنة 1965 كأنهم مصدر لقانون الأموال في تونس ، فإنه لا يجب تجاهل مصادر أخرى لها دورها في تحديد نطاق هذه الحقوق وشروط ممارستها .

67 - فبحكم طبيعة المادة وأهميتها الإقتصادية والإجتماعية فإنّ مصادرهما متفرقة ومتعددة إذ يتعرّض لها الدستور في فصلين أولهما الفصل 14 المتعلق بحق الملكية ، وثانيهما الفصل 35 المتعلق باختصاص السلطة التشريعية في مادة الحقوق العينية كما امتدت هذه المصادر إلى مجلات قانونية كثيرة تهم جلّ فروع القانون نذكر منها خاصة المجلة الجنائية التي تخصّص للإعتداءات على الأموال بابا مستقلاً يضمّ الفصول من 255 إلى 309 وهي من أكثر النصوص تداولاً أمام القضاء . ويمكن كذلك الإشارة إلى العديد من المجلات الأخرى التي تساهم في تحديد جوانب من قانون الأموال كمجلة التهيئة العمرانية والتعمير / ومجلة المياه / ومجلة الغابات / ومجلة التجارة البحرية / وغيرها من المجلات القانونية .

68 - وبالطبع ، وفضلاً عن كلّ هذه المجلات والنصوص ، فللقانون الأموال مصادره في القانون المدني الذي يكون الأصل له ، وبذلك يتحدّد بحثنا في هذه المصادر المدنية فحسب ، فنقسم الكلام فيها إلى فترتين : ففي الأولى سنتناول بالدرس المصادر المدنية المكتوبة لقانون الأموال وفي الثانية سنتعرّض إلى العرف كمصدر تكميلي غير مكتوب .

الفقرة الأولى : المصادر المدنية المكتوبة لقانون الأموال

69 - لا ريب في أنّ أهمّ هذه المصادر هي مجلة الحقوق العينية (أ) غير أنّه يجدر التوقّف أيضاً عند النصوص المستقلة عنها والتي لها أهميتها العملية والنظرية (ب) كما أقرته المجلة ذاتها في العديد من فصولها حيث أحالت مراعاة على هذه القوانين والنصوص الخارجة عنها (من ذلك الفصول 16 و 20 و 21 و 26) .

1 - مجلة الحقوق العينية :

70 - أصدرت هذه المجلة بمقتضى القانون عدد لسنة 1965 المؤرخ في 12 فيفري 1965 ، وألغيت بصدورها عدة قوانين سابقة أهمها القانون المتعلق بالملكية العقارية المؤرخ في غرة جويلية 1885 في القانون العقاري .

71 - وتنقسم المجلة إلى كتابين : الأول ويمتد من الفصل 1 إلى الفصل 302، ويتناول "الحقوق العينية بوجه عام" ويتضمن خاصة تنظيم حق الملكية ، والحيازة والحقوق المتفرعة عن حق الملكية والتأمينات العينية . أما الثاني فيشمل الفصول من 303 إلى 405 ، ويتعلق بالعقارات المسجلة وإجراءات الترسيم بدفتر الأملاك العقارية للبلاد التونسية . ويصدر هذه المجلة كسبت تونس أول تقنين شامل لقانون الأموال في تاريخها

ب - المصادر المستقلة عن مجلة الحقوق العينية :

72- يمكن ترتيب هذه النصوص بحسب طبيعتها ، إلى قسمين : فمنها ما ورد مدونا في صلب مجلات قانونية ومنها ما بقي نصا خاصا

73 - 1) المجلات المدنية : هذه المجلات هي : مجلة الإلتزامات والعقود ومجلة الأحوال الشخصية ومجلة المرافعات المدنية والتجارية ومجلة الجنسية .

74 - 1.1) تتضمن مجلة الإلتزامات والعقود أحكاما مختلفة ترجع في الحقيقة إلى قانون الأموال ومن ذلك الأمثلة الآتية :

- الفصلان 99 و 100 م.إ.ع. : المتعلقان بالمسؤولية الناتجة عن مضرر الجوار التي ولئن بدت كصنف من أصناف المسؤولية المدنية فهي في الواقع حد وقيد هام لحق الملكية ، وسندرسه في نطاق تحليل ذلك الحق .
- الفصل 103 م.إ.ع. : المتعلق بنظرية التعسف في استعمال الحق وهي نظرية ارتبطت ، بدورها ، وثيق الارتباط بحق الملكية .
- الفصل 581 م.إ.ع. المتعلق بالبيعوات التي يكون موضوعها عقارا أو حقوقا عقارية .

وتجدر الملاحظة في خصوص مجلة الالتزامات والعقود أنها كانت تتضمن قبل صدور مجلة الحقوق العينية سنة 1965 ، العديد من مسائل الجوهرية في قانون الاموال كالشئوع - وهو الإشتراك في الملكية - والقسمة والشفعة . وقد نتج أحيانا عن هذا النقل من مجلة الالتزامات والعقود إلى مجلة الحقوق العينية بعض السهو إذ نجد مثلا تطابقا مطلقا بين نص الفصل 488 من الاولى والفصل 53 من الثانية لكن العلاقة الأساسية بين اجأأتين تتمثل في تكامل أحكامها (أنظر مثلا الإحالة الواردة في الفصل 51 م.إ.ع.) رغم وجوب التنبيه إلى أن أحكام مجلة الحقوق العينية تعد أحكاما خاصة بالنسبة لما ورد بمجلة الالتزامات والعقود .

75 - 2.1) تعد مجلة الاحوال الشخصية نصا خاصا يسا وهي تتعرض بدورها إلى أحكام ترجع إلى قانون الاموال بحكم ارتباطها به ولنضرب لذلك الامثلة الآتية :

- * الفصل الثاني المتعلق بالهدايا .
- * الفصل 12 المتعلق بالمهر .
- * الفصل 23 المتعلق بالتفرقة بين أموال الزوجة وأموال الزوج .
- * الفصول 25 إلى 28 المتعلقة بالتزاعات في خصوص الاموال بين الزوجين .
- * الفصل 85 وما يليه المتعلق بالميراث ، والإرث كما سنرى ، هو من أسباب كسب الملكية .
- * الفصل 171 وما يليه المتعلق بالوصية وهي تصرف ناقل للملكية
- * الفصل 207 وما يليه الذي يتناول الهبة وهي أيضا تصرف ناقل للملكية .

76 - 3.1) وتضمنت مجلة المرافعات المدنية والتجارية أحكام الدعاوى الحوزية والإستحقاقية وهي دعاوى ذات أهمية عمالية ونظرية لا تنكر (راجع الفصول 51 إلى 58 م.م.ت.) تدرس في مادة المرافعات المدنية .

77 - 4.1) وأخيرا فإن لمجلة الجنسية دورا في تحديد قواعد اكتساب وإثبات وفقد الجنسية التونسية . ولهذه القواعد أهمية بالغة في تطبيق

أحكام النصوص الخاصة بأموال الأجانب .

(2) النصوص الخاصة بغير القننة .

78 - إن هذه النصوص عديدة جداً ، ولا يسعنا في هذا المجال حصرها وسنكتفي بذكر بعضها للإستشهاد فحسب .

- نذكر أولاً في مجال التّسجيل العقاري الإجباري ، المرسوم عدد لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 ، المتعلق بالتّسجيل الإجباري حسبما وقعت المصادقة عليه بالقانون عدد لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964 .

- ونذكر ثانياً الأمر العليّ الصّادر بتاريخ 18 جويية 1957 والمتعلق بإلغاء نظام الأحباس الخاصة والمشاركة .

- كما نذكر أخيراً القانون عدد 21 لسنة 1973 الصّادر بتاريخ 14 أفريل 1973 والمتعلق بتهيئة المناطق السّياحية والصّناعيّة والسكنيّة .

79 - ورغم كثافة هذه النصوص ، واختلاف مجالاتها ، فإنّ لعرف كمصدر غير مكتوب ، مكانته وفائدته في قانون الأموال الذي لا يزال فيا للمحيط الفلاحي موقع ممتاز .

الفقرة الثّانية : المصدر المدني غير المكتوب : العرف

80 - لقد سبق التعريف بالعرف وبأركانها وبمؤكّده في المباحثات المخصّصة لمقدّمة القانون المدني . وبالنسبة لقانون الأموال فإنّ مجلة الحقوق العينيّة فوضت للقاضي حقّ الإلتجاء إلى العرف في صورتين : الأولى مباشرة وصريحة (i) والثّانية ضمنيّة (ب) .

أ - التفويض الصّريح للرّجوع إلى العرف كمصدر .

81 - سنكتفي بالإشارة إلى أمثلة من هذا التفويض الصّريح يسهّل فهمها :

- الفصل 82 م.ج.ع. "كل سياج أو خندق فاصل بين أرضين لمالكين مختلفين يعتبر مشتركا ما لم يعم عرف أو دليل على خلافه".

- الفصل 155 م.ج.ع. : "على المنتفع جميع ما يفرض على المعلن المنتفع بها من التكاليف المعتادة".

- الفصل 168 م.ج.ع. : "لا يجوز غرس أشجار ولا شجيرات بقرب أرض الجار إلا على البعد المعين بالقوانين الخاصة بذلك أو بمقتضى العادات".

ب - التفويض الضمني للإعتماد على العرف :

82 - ويحدث هذا التفويض بالتجاء المشرع إلى مصطلحات رمزية يصعب تحديدها دون الإستنتاج بالعرف . فالسلطة التقديرية للقاضي ستعتمد العرف كمصدر لإعطاء هذه المصطلحات مضمونا ملموسا

من ذلك هذه الحالات :

- حالة التجاوز إلى ملك الغير Emptiement الواردة أحكامها بالفصل 37 م.ج.ع. أباح المشرع للمحكمة أن تملك صاحب البناء استجاوز بالجزء التابع لأرض جاره "مقابل قيمة عادلة" . إن هذا المصطلح قيمة عادلة يستدعي الرجوع إلى العرف ، فيلتجئ مثلا القاضي إلى "عرفة" ثمن المتر المربع من الأرض المتداول في تلك المنطقة والمعمول به بين الأفراد القاطنين بها .

- ووردت في الفصل 177 م.ج.ع. حالة مشابهة إذ اقتصر الفصل المذكور على التنصيص أن "مالك العقار المحاط من كل جانب إذا لم يكن له منفذ إلى الطريق العام أو كان منفذه غير كاف لمصلحة عقاره أن يطلب ممرأ في العقارات المجاورة مقابل دفعه تعويضا عادلا" وواضح أن تحديد التفويض "العادل" يفرض كذلك ضمنا الإلتجاء للعرف .

83 - ونتساءل في خاتمة التعرض لدور العرف في قانون الاسوال عن إمكانية قيام أعراف مستقلة غير مستندة إلى أي تفويض من التشريع . فنلاحظ أن هذا الصنف من الأعراف نادر وإن وجد فهو لا يتعدى النطاق المحلي كما أن العرف المستقل ، لا يمكن أن يؤسس حقوقا عينية

عقارية عدا التي ورد ذكرها في مجلة الحقوق العينية وذلك للأسباب التي سبق تحليلها . ونذكر من هذه الأعراف المحلية عرف و "السجيرة" بجمرية (ملكية الزيتونة دون الأرض التي توجد بها) و "النحلة" بثلوزر (عرف حول جمع الغلة) و "الدراين" بقرقنة (عرف حول الصيد في أجزاء من البحر) .

ويستخلص مما سبق بيانه أن الدور الأساسي للعرف هو دور شكلي للنص المكتوب ومنسجم معه .

84 - إن استعراض مصادر قانون الأموال يملئ ملحوظتين : فمما الأولى فتخصّ وفرة واختلاف طبيعة هذه المصادر وهو واقع قد لا يبسّر تسميم معرفة أحكام هذه المادة . وأما الثانية فتتعلّق بحداثة هذه المصادر المكتوبة وهو ما يمنع عن هذه المادة قيام بعض الصعوبات التأويلية المتبادلة في المراد التي يكون فيها النص المكتوب غير حديث .

85 - نقسم دراستنا لقانون الأموال إلى جزئين .

- يتعلّق الجزء الأوّل بنظام الحقوق العينية الأصلية .
- ويتعلّق الجزء الثاني بالنظام الخاصّ بالعقارات المسجلة .

المجزء الأول نظام الحقوق العينية الأهلية

86 - لقد رأينا أن الحقوق العينية الأصلية هي التي تقوم بذاتها مستقلة (راجع الفقرة 14) وبيننا أن أشمل هذه الحقوق هو حق الملكية . أما بقية الحقوق العينية الأصلية فهي حقوق متفرعة عن حق الملكية كحق الإرتفاق وحق الإرتفاق وغيرهما (راجع نفس الفقرة) . فنستند هذا التصنيف الحديث في عنوان أول حق الملكية ولنخص الحقوق المتفرعة عنه بعنوان ثانٍ

العنوان الأول حق الملكية

87 - تعريفه : حق الملكية هو الحق الذي يخول صاحب الشيء ومنه استعماله والتفويت فيه . بهذه العبارات تعرف مجلة الحقوق العينية في فصلها السابع عشر حق الملكية . إن المتمعن في هذا التعريف يلاحظ أنه ينبغي أساساً على أوصاف حق الملكية وعلى العناصر المكونة له . كما نلاحظ أنه يختلف عن التعريف الوارد بالمجلة العقارية لسنة 1885 التي اقتضت أن الملك العقاري هو حق الإنتفاع والتصرف في عقار طبيعي أو حتمي تصرف مطلقاً بشرط أن لا يكون التصرف المذكور مخالفاً للقوانين والتراتيب المقررة (الفصل 56 م.ع.) وإن لم يشمل ملكية المنقول ، فإن هذا التعريف القديم يناسب تماماً الأفكار السائدة في القرن التاسع عشر والمسيرة للنظريات الفردية والتي جعلت من حق الملكية حقاً مطلقاً ur droit absolu (في هذا الإتجاه ، راجع خاصة التعريف الوارد بالفصل 544 من المجلة المدنية الفرنسية) . وواضح بالتالي أن واضعي مجلة الحقوق العينية فضّلوا العدول عن التمسك بصفة الإطلاق الواردة في التشريع القديم تبنيًا منهم لأساس آخر لحق الملكية ينزع عنه هذه الصفة ويجعل من الملكية وظيفة اجتماعية وهي الغاية التي قصدها ضمناً الفصل الرابع عشر من الدستور حين نحن على أن حق الملكية مضمون ويمارس في حدود القانون .

88 - وتنقسم دراستنا لحق الملكية إلى أبواب أربعة :

- الباب الأول : تحليل حق الملكية
- الباب الثاني : أسباب اكتساب الملكية
- الباب الثالث : الملكية المشاعة
- الباب الرابع : القيود المتعلقة بحق الملكية

الباب الأول : تحليل حق الملكية

- 89 - لم تعد الملكية - كما أشرنا إلى ذلك - حقاً فردياً مطلقاً بل إن هذه النظرة تجاوزها التشريع الحديث ليكرّس الوظيفة الاجتماعية للملكية . وتمتدّ آثار هذا التغيير إلى مكونات هذا الحق العيني الأصلي وخصائصه ونطاقه .
- 90 - ولتدقيق هذه الملاحظات نقسم تحليل مضمون رمدي حق الملكية إلى مباحث أربعة تتعلق على التوالي بالتطور التاريخي لحق الملكية ثم دراسة خصائصه لتشمل بعد ذلك بيان عناصره الثلاثة وتحديد نطاقه .

المبحث الأول : التطور التاريخي لحق الملكية

- 91 - شهد نظام الملكية الحديث فترتين تاريخيتين : فترة ما قبل الإستقلال وفترة ما بعد الإستقلال .

الفقرة الأولى : فترة ما قبل الإستقلال

- 92 - شهدت تونس منذ نهاية القرن التاسع عشر تدويع نظام ملكيات المستعمرين في خصوص تنظيم حق الملكية . وأضفت هذه الإزدواجية سبباً من التعقيد على هذه المؤسسة . ويتمثل النظام الأول في تواصل العمل بالفقه الإسلامي وبالأعراف . أمّا النظام الثاني فهو نظام ملكية جديد لم تشهده البلاد نظير له استوحته سلطة الحماية من القانونين الأسترالي والألماني وأضفت عليه في آن ذاته الصبغة الفردية السائدة منذ 1789 في القانون الفرنسي .

93 - 1 - الجانب الأول : موضوع الملكية للفقه الإسلامي والأعراف . نظام الملكية .

خضعت الملكية منذ قرون عديدة لأحكام الفقه الإسلامي المستهددة تصوراً مؤسسات تنسب إلى ذلك النظام كالشفعة والحيازة والغصب والأحباس والإيزال والكردار وغيرها .

ومع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين شهدت الملكية استقراراً نسبياً مرده تعاميش قواعد الفقه الإسلامي مع الأسر في الحلية وعدد قليل من النصوص المكتوبة وهو ما أدّى إلى تقسيم الملكية إلى أربعة أصناف :

- ملكية تسمى "الملك" وتشمل الملكية الفردية
- ملكية أراضي "الأحباس" وهي المحبسة
- ملكية أراضي "العروش" الجماعية وهي مراعى كبيرة لا يملكها فرد بذاته

بل تملكها مجموعة مكونة لعرش من العروش .
- وأخيرا الملك العمومي الرّاجع للباي وكان يسمى "الببليك" ("Beylik").

أساس حق الملكية :

إنّ خضوع الملكية للفقّه الإسلامي سمح منذ زمن بعيد، بنجس نظرية الوظيفة الاجتماعية التي ساهمت في انتشار نظريات قانونية ماسّة في عادة قانون الأموال كنظرية التعسف في استعمال الحقّ ونظرية مضلّ أجوار ونظرية حقوق الارتفاق .

94 - الجانب الثاني : ظهور الملكية المسجلة الناطقة لتقنين خاص :

نظام الملكية :

أدخلت المجلة العقارية سنة 1885 نظم تسجيل العقارات ونتج من تطبيقها ازدواج في نظام الملكية لا يزال قائما إلى اليوم . الملكية المسجلة كانت تخضع للمحاكم الفرنسية المنتصبة بتونس والتي تطبق في شأنها أحكاما اتّسمت بحدّاء ودقّة نظام التسجيل الذي تقرّه . وكما رأينا فإن فكرة التسجيل امتدّت إلى المنقول وظهرت نصوص عديدة تقضي بإخضاع ملكية بعض المنقولات إلى التسجيل.

أساس حق الملكية في المجلة العقارية :

اتّسمت أحكام هذه المجلة - كما رأينا - بميلها الواضح لنظرية الفردية المستوحاة من الثورة الفرنسية لعام 1789 والتي تجعل من الملكية حقا مطلقا (راجع الفصل 56 م.ع.).

95 - ويستخلص ممّا سبق بيانه أنّ الملكية شُيِّعت في فترة ما قبل الإستقلال نظاما مزدوجا يحتوي على أساسين مختلفين لحقّ أملاكيا كما يتضمّن قواعد متباينة تخصّ المال المسجّل والمال غير المسجّل (حوز - إثبات - تحديد المدى ...). وسنرى أنّ مشرّع الإستقلال وإن حافظ على هذه الإرداءية ولم يبطل العمل بالتسجيل فإنّه وحد القانون المنطبق على حقّ الملكية كما وحد أساسه .

الفقرة الثانية : فترة ما بعد الإستقلال

96 - سعى المشرّع بعد الإستقلال إلى تكريس ثلاثة أهداف : الأول يتمثّل في توحيد المصادر وتوحيد القضاء المطبق لها . أمّا الثاني فيتمثّل في تبني النظرية الساندة في الفقّه الإسلامي في خصوص أساس حقّ الملكية والتي تجعل من هذا الحقّ وظيفة اجتماعية . أمّا الهدف الثالث فيخصّ إقرار التطوّر

القانوني الحاصل لنظام الملكية المترتب عن فكرة التسجيل . ونلاحظ في خصوص الهدفين الأخيرين أن المشرع أخذ بما هو مفيد في كل من النظامين السابقين فاستمد من الفقه الإسلامي أساس حق الملكية ومن القانون العقاري التطوير الذي أدخله على نظامها وخاصة فكرة التسجيل .

أ - توحيد المصادر التشريعية والقضاء المطبق لها

97 - قضى المشرع على ازدواجية القانون المنطبق على الملكية وأصبحت المصادر الرئيسية مكتوبة . وزال العمل بالفقه الإسلامي كمصدر مباشر كما تقلص دور العرف . وأبطل كذلك العمل بالمجلة العقارية كما أن المشرع أراد تصفية العديد من المؤسسات الماضية المتسمة بالتعقد وبانقسام الدوى من الناحية الإقتصادية فالغى العمل بالاحباس وبالانزال وبالكرد وبالإجارة الطويلة وبحق الهواء .

98 - ومن جانب آخر فإن التوحيد شمل الهيكل القضائي الخاص باحترام حق الملكية . فالغيت كل المحاكم السابقة لتعوض بنظم قضائي لا يشتمل إلا صنفًا واحدًا من المحاكم . ولهذا التوحيد تأثير مباشر على نظرية الملكية لأنه يزيل فوارق كانت تدعمها التفرقة بين المحاكم الشرعية والمحاكم البيروقراطية والمحاكم الفرنسية .

ب - تبني نظرية الوظيفة الإجتماعية كأساس لنق الملكية

99 - أقر الدستور التونسي في فصله الرابع عشر أن " حق الملكية مضمون ويمارس في حدود القانون " . ووضح من هذه الأحكام أن الدستور التونسي لا يقر بصفة الإطلاق لحق الملكية . ووردت بعد ذلك أحكام موجبة احقاق العينية لتوضح هذا الاتجاه وتعززه إذ نص الفصل 21 من هذه المح على أنه " على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقتضيه النصوص التشريعية المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة " . ويعني هذا أن حق الملكية حق فردي لكن صاحبه مطالب باحترام الوظيفة الإجتماعية التي تعهد للملكية والتي من أجلها يحمي المشرع صاحبها (راجع في خصوص هذا الجانب محمّد احبيب بودن ، الملكية وظيفية إجتماعية ، مجلة القضاء والتشريع ماي 1967 : ص 7 وما يليها) .

ج - الإستفادة من تجربة التسجيل العقاري وتعميمها

100 - إن إلغاء العمل بالمجلة العقارية وتوحيد المحاكم الذي نتج عنه خاتمة إلغاء المحاكم الفرنسية وتغيير النظام الأساسي للمحكمة العقارية مكن المشرع

من تبني تجربة التسجيل بعد إقصاء كل الشواهب المتعلقة بها . وهو السبب الذي دعا المشرع التونسي إلى إقرار فكرة التسجيل بل وتعميمها بواسطة المسح الإجمالي .

المبحث الثاني : خصائص حق الملكية

101 - حق الملكية حق دائم يخول لصاحبه الإستثمار في المال موضوعه . فالدوام والإستثمار هما الميزتان الأساسيتان لحق الملكية بعد نزاع صفة الإطلاق عنه .

الفقرة الأولى : الدوام

102 - للدوام معنيان : الأول عام ويخص المال (أ) والثاني فني ويخص الحق ذاته (ب) .

أ - ملكية الشيء دائمة بدوام ذلك الشيء ،

103 - تبقى بعض المنقولات وجلّ العقارات قائمة رغم زوال ملكها وهذه الملاحظة تفرضها سنن الطبيعة والحياة ومنها يستنتج النقهاء أن القول بدوام ملكية المال يعني بقاءها مادام الشيء المملوك قائما أي أنها لا تزول إلا بزواله (أنظر عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، المرجع المذكور فقرة عد 328 ص 534) . ويترتب عن هذه الخاصية أثر قانوني هام يتمثل في إمكانية انتقال الملكية من شخص إلى آخر سواء لأن المالك الأصلي أراد ذلك أو بموجب وفاة ذلك المالك . فالوارث يتلقى الملكية ذاتها لينقلها بدوره إلى غيره ، مكرسا بذلك دوامها . فالخلافة تعين عمليا على تحقيق دوام حق الملكية وتنبهه بالعين لا بشخص المالك (راجع في هذا المعنى الردّ الفقهي على الإنتقادات التي وجهت إلى هذه القراءة لخاصية الدوام : Gabriel MARCY et Pierre RAYNAUD, Droit civil, Les biens , Sirey , 2^e édit. 1980, n° 48) .

ب - حق الملكية دائم رغم عدم استعماله ،

104 - هل يسقط حق الملكية بعدم الإستعمال ؟ إن إجابة عن هذا التساؤل تدعو إلى تقديم بعض الملاحظات لحصر الصعوبة في مجالها الحقيقي .

1) لا يسقط حق ملكية المال المسجل ،

تتمتع ملكية العقار المسجل بالمفعول الحفظي للتسجيل . فبرسم الملكية

والترسيم الوارد به يحفظان الحقّ مهما طالت المدّة ما لم يقع إسقاط التّرسيم أو التّشطيب على التّرسيم لأنّ مرور الزّمن لا يسري على الحقّ التّرسيم (راجع الفصلين 305 فقرة 3 و361 م.ج.ع.) وتعطي هذه القاعدة مضمينا دقيقينا دوام حقّ الملكية .

(2) لا يحط حقّ ملكيّة المال العام :

تنقسم الأموال الرّاجعة للدولة إلى مال عام ومال خاصّ ولا يسري التّقديم المسقط على الملك العامّ (راجع الفصل 3 من أمر 24 سبتمبر 1885 المتعلّق بقانون الأملاك العموميّة ، منشور بالرّأئد التّونسي الصّادر في غرة أكتوبر 1885 ص 1).

الفقرة الثّانية : الإستثناء

105 - إنّ المتأمّل في تعريف حقّ الملكية بالفصل 17 من مجلّة الحقوق العينيّة يلاحظ أنّ المشرّع نصّ صراحة على أنّ "صاحب الشّيء" أي مالك يتمتّع بحقّه لوحده . ويعني هذا استثناء المالك - ويقال أيضا "ختصاصه" - بملكيتّه . فحقّ الملكية هو حقّ فردي يمارسه صاحبه دون منافسة من الغير وهو ما جعل منه حقّا من حقوق الإنسان (راجع الفصل 17 من التّصريح بحقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 والفصل 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وانظر في هذا الشّأن : Marc SUDRE, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété, la grammaire et le pouvoir, R.D. Public 1974 p. 1300 ; F. SUDRE, La protection du droit de propriété par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, D S. 1988 chronique 71).

إنّ خاصيّة الإستثناء تبيح للمالك الحقّ في الحماية الدنيّة والعزائيّة لملكيتّه لدفع أيّ تدخّل من الغير . كما أنّ هذه الخاصيّة تعني أنّ الملكية لا يمكن أن تعود لشخصين أو لمجموعة من الأشخاص لكنّ نظريّة الشّارع وهو - كما سنرى - اشترك في الملكية تحدّد عمليّا على الأقلّ من هذه القاعدة . (أنظر في خصوص إقرار فكرة الملكية بالتداول مقال الأستاذين فاروق الشّري ومحمد العربي هاشم : Droit aux vacances et vacance du droit : l'évolution du droit tunisien autorise-t-elle l'introduction de la multipropriété ? R.T.D. 1983 p 537).

المبحث الثالث : عناصر حق الملكية

106 - إن حق الملكية أشمل الحقوق العينية وأوسعها نطاقا . فهو يشمل - حسب التعريف الوارد بالفصل 17 من مجلة الحقوق العينية عناصر ثلاثة : "التفويت" و"الإستغلال" ، وهي عناصر ترجع تسميتها إلى القانون الروماني الذي فرّق بين ما يسميه *USUS, FRUCTUS, ABUSUS* . لكن يجب التنبيه إلى أن القانون الروماني وإن عرّف هذه العناصر الثلاثة فإنّه لم يركّز تعريف حق الملكية عليها بل إن هذا التركيز هو وليد اجتهاد فقهاء اللرون الوسطى (يراجع حول هذه المسألة *Jean CAREONNIER, Droit civil, les biens, op. cit. n° 27 p. 119* . وعلى أية حال ، فإنّ جلّ القوانين الحديثة تدلّ على اعتماد تلك العناصر لتعريف حق الملكية (أنظر مثلا الفصل 544 م.م. الفرنسية والفصل 80 م.م. المصرية والفصل 674 م.م. الجزائرية).

107 - إن المتأمل في العناصر الثلاثة المكوّنة لحق الملكية يلاحظ أنّها تحثّل السّلطات *prérogatives* التي يخولها القانون للمالك والتي تكون وحدة تجعل من حق الملكية أوسع الحقوق العينية نطاقا وأشملها سلطة . ولتقدم هذه العناصر لا حسب الترتيب الوارد بالفصل 17 المذكور بل حسب أهميتها فندرس أولا التصرف وثانيا الإستغلال وثالثا الإستعمال .

الفقرة الأولى : التصرف

108 - رأينا أنّ المشرّع التونسي لم يستعمل هذه اللفظة إذ أورد لفظة "التفويت" التي لا تؤدّي في الحقيقة كلّ المعاني المترتبة عن كلمة "التصرف" لأنّ التفويت يطابق ما يعبر عنه بالتصرف القانوني الذي يتمثّل في كلّ الأعمال القانونية التي من شأنها تغيير الوضعية القانونية للشيء . كإقتل ملكيته أو رهنه . ويبقى بالتالي التصرف المادي أو الواقعي خارجا عن مناهل لفظة التفويت في حين أنّ هذا الوجه من التصرف وارد إذ يتمثّل السلطة المفضولة للمالك لكسر أو لهدم أو لتجزئة ماله . فالمالك الذي يبيع درّجته يكون قد تصرف فيها قانونيا . أمّا الذي يكسر أجزاءها فيكون قد تصرف فيها ماديا ويستنتج ممّا سبق تحليله أنّ أهم سلطة يخولها حق الملكية للمالك هي التصرف *Abusus (disposer)* في الشيء المملوك إذ أنّ "التصرف" ممدّح أعظم من مصطلح "التفويت" الذي هو - كما رأينا - ضرب من ضروب التصرف .

الفقرة الثانية : الإستغلال

109 - الإستغلال هو الحصول على غلة العين ومنتجاتها . وبشيء هذا الشأن أوضح الفصل 19 من مجلة الحقوق العينية أن "مالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته" . فما هو الفرق بين "الثمار" Les fruits و "المنتجات" Les produits ؟ لعل الإجابة عن هذا السؤال تتضح من خلال دراسة مسريعة الإستغلال ذاتهما .

أ - الثمار :

110 - لم يعرف المشرع "الثمار" أو "الغلة" رغم أنه استعمل المصطلح كثير عديد المرات (راجع مثلا الفصول 19 و 44 و 113 و 227 م.ج.ع. والفصول 309 و 660 و 705 م.ا.ع.). ويتفق الفقهاء على تعريف الثمار والغلة بأنها كل ما يتولد عن العين بشكل دوري دون انتقاص من أصلها . فغلة الشجرة تعد من الثمار لأنها دورية ولا تلحق بأصل الشجرة أي نقص (راجع عبد المنعم فرج مددة، الحقوق العينية الأصلية دار النهضة العربية بيروت 1982 عدد 20 ص 27 ، عبد المنعم البدر اوي ، حق الملكية ، القاهرة 1985 ص 23).

111 - كما يتفق الفقهاء على تصنيف الثمار إلى ثلاثة أصناف :

- ثمار طبيعية : وهي كل ما يحصل من العين بصفة دورية دون تدخل عمل الإنسان كتزايد الأغنام وثمار بعض الأشجار وكذا المراعي .

- ثمار صناعية : وهي كل ما يحصل من العين بصفة دورية وبجهد يبذله الإنسان . فكلمة صناعة تعني في هذا المجال العمل والجهد . ومن هذه الثمار نذكر مثلا القمح المحصور .

- ثمار مدنية : وهي ثمار لا تحصل ماديا من العين لكنها تتولد عن تصرفات قانونية يكون موضوعها استغلال العين . فكراء منزل مثلا يرتب معلوم كراء دوري يعد ثمارا مدنية حاصلة عن العين بموجب عقد الكراء . وسبقت هذه الثمار "ثمارا مدنية" لأنها تعد بالنسبة للقانون المدني ثمارا (راجع في هذا المعنى Jean CARBONNIER, op. cit., n° 22 p. 100).

ب - المنتجات :

112 - لم يعرف المشرع كذلك "المنتجات" لكن تعريفها هو أيضا محل إجماع فقهي . فالمنتجات تمثل ما ينتج من العين بشكل غير دوري ويتربط عنه انتقاص من أصلها . فالمنتجات تختلف بالتالي عن الثمار في صيغتها غير الدورية وفي أن أخذها من العين ينقص من أصل تلك العين . (راجع في هذا

الشأن . Alex WEILL, François TERRE, Philippe SIMLER, Droit civil, 111 - 112 p.p. 110 n° 1985, Dalloz (les biens). ومن أمثلة المنتجات نذكر الفحم الناتج عن شجرة مقتلعة .

ج - فرائد التفرقة :

113 - ذكرنا أن الإستغلال يشمل الثمار والمنتجات ولا يندرج في الغلة فحسب . ومن هذه الناحية يمكن القول بأنه بالنسبة للمالك فإن التفرقة بين الثمار والمنتجات تفقد من أهميتها ، لكن تظهر هذه الأهمية عندما يكون الإستغلال لشخص غير المالك . ففي هذه الصورة يكون لذلك الشخص الحق في الثمار وتبقى المنتجات من حق المالك (يراجع عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع المذكور فقرة 20 ص 28 ومؤلف Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, (Droit civil, Tome II, volume 2, les biens, 1965 n° 40 pp. 48 - 49).

الفقرة الثالثة : الإستعمال

114 - الإستعمال هو استخدام الشيء فيما أعده . فإما لا يستعمل سيارته بسيارتها ومنزله بالعيش فيه وقلمه بالكتابة به فالإستعمال هو أبسط استخدام للعين ذلك أنه لا يتعلق بالثمار ولا بالمنتجات . فالمالك الذي يسكن منزله يستعمله أما المالك الذي يسرع بيته للغير فهو يستغله . وإذا كان الفرق بين الإستعمال والإستغلال دقيقا على النحو المشار إليه في هذا المجال فإن الفرق بين الإستعمال والتصرف يمتاز أيضا بالدقة . فالإستعمال قد يؤدي أحيانا إلى التصرف المادي في العين كقطع شجرة لزرع شجرة أخرى فهو استعمال عادي للحديقة لكنه أدى إلى التصرف المادي في جزء من تلك العين . لكن هذا المفهوم للإستعمال لا يضيء إلا في حق الملكية ، فللمالك وحده دون أصحاب الحقوق العينية الأخرى - حق الإستعمال المميز ولو أدى ذلك إلى إتلافها وهلاكها .

115 - يستخلص من دراسة العناصر الثلاثة المكونة لمضمون حق الملكية أن ذلك الحق يخول إذن لصاحب الشيء استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، وهي عناصر وردت بصيغة إيجابية .

* أما الصنف الثاني من تلك الآثار فهو يخصص حالة تخلي المالك عن العين بقصد التنازل عن ملكيتها وهي حالة تنتج عن إرادة قصدية من المالك في عدم ممارسة سلطاته . إن أهم أثر لهذه الحالة إذا تعلق التخلي بملكية منقول - يتمثل في إمكانية استيلاء شخص آخر على ذلك المنقول . فالإستيلاء سبب مشروع في اكتساب ملكية المنقول الذي يصبح لا مالك له (راجع الفصل 22 و

24 م.ح.ع). فإذا تخلى مثلاً شخص عن جهاز تفزة بقصد التنازل عن ملكيته له كان يتركه خارج منزله فأي شخص يضع يده على ذلك الجهاز بذيئة تمكنه يصير مالكا له .

المبحث الرابع : نطاق حق الملكية

116 - ما هو محل حق الملكية ؟

لم يعط المشرع جواباً بالنسبة للملكية المنقول في حين أوضح الفصل 18 من مجلة الحقوق العينية أن " ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها " إلا ما استثناه القانون أو الإتفاق . وعلى هذا المنهج سارت جل التشريعات المقارنة التي اكتفت بتحديد حق ملكية العقار دون المنقول . ويفسر الفقهاء عبادة هذا التشريع بأن معرفة حدود ملكية المنقول أمر يسير لأن المنقول بحكم إمكان نقله دون نقله ، يكون شيئاً منفصلاً مادياً عن غيره من الأشياء فيسهل تحديد نطاقه وحق ملكيته وبيان حدوده المادية (راجع عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية لأدلية ، دار النهضة العربية ، بيروت 1982 ، ص 32 فقرة 22).

117 - ولنعد للفصل 18 المذكور لنلاحظ أنه يضع مبدأً أساسياً في تربية بسيطة (الفقرة الأولى) قد تزول استثنائياً بحكم القانون أو الإتفاق (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : المبدأ : شمولية ملكية الأرض للعالم وللعمق

118 - من ملك أرضاً فإنه ملك علوها وعمقها . هذا هو المبدأ الذي يفسره الفصل 18 من مجلة الحقوق العينية . فلو أنني اكتسبت حق ملكية ضيقة فلاحية حق لي أديمها وما فوقها من هواء وما تحتها من عبق . فأتصل أن مالك الأرض هو مالك لكل ما يوجد فوقها ولكل ما هو كامن في باطنها (راجع كذلك في هذا المعنى الفصل 34 م.ح.ع). وهذا المبدأ يؤكد الفكرة التي تعرض لها عند تقديم أصناف العقارات والقائلة بأن الأصل في العقارات هي الأرض بحيث أن ملكيتها لا تنفصل مبدئياً عن "توابعها" أي علوها وعمقها وما يرجع بهما من منشآت أو بناءات أو مفروشات . وعليه فإن حق ملكية الأرض يشمل حق إقامة المنشآت أو البناءات عليها وحق غرس الأشجار أو المفروشات بها وحق القيام بالحفريات أو أحداث آبار بباطنها . كما يحق لمالك الأرض استعمال الفضاء الذي يعلو أرضه . لكن وجب ، في خصوص الهواء ، التذكير بأن التشريع التونسي القديم كان يقر بوجود حق عيني مستقل عن حق الملكية وهو حق الهواء Droit de superficie (راجع خاصة الفصل 150 إلى 152 من المجلة

العقارية) الذي ألغته منذ صدورها مجلة الحقوق العينية (راجع الفصل 191 م.ج.ع.). فاليوم لم يعد هناك مبدئياً إمكانية لفصل ملكية الأرض عن ملكية الهواء الذي يوجد فوقها .

الفقرة الثانية : الإستثناءات القانونية أو الإتفاقيّة

119 - أشار الفصل 18 المذكور صراحة إلى وجود هذه الإستثناءات التي تشمل العلو (i) والعمق (ب) .

1 - الإستثناءات المتعلقة بالعلو :

120 - لقد رأينا أنّه لم يعد للمالك أية إمكانية لفصل ملكية الهواء عن ملكية أرضه . فالإستثناءات المتعلقة بالعلو هي أساساً قانونية لا اتفاقية . ولعل أهمها يتمثل في إقرار المشرع للتفرقة بين الهواء المتابع للأرض من جهة وما يسمى "بالفضاء الجوي" L'espace aérien من جهة أخرى . ثم يجب أن نشير إلى كلّ الإستثناءات التي تحدّ من ملكية الهواء والمتعلقة سواء بحقوق ارتفاق تفرضها المصلحة العامة كحق مرور الأسلاك الكهربائية أو بخوابط ترتيبية تفرضها التهيئة العمرانية كعدم الترخيص في تجاوز حدّ معين في علو البناء في المناطق البلدية خاصة .

ب - الإستثناءات المتعلقة بالعمق :

121 - ذكرنا أن المبدأ يقضي بأنّ للمالك الحق في القيام بكلّ لحفريات في عمق الأرض التي يملكها . لكنّ المشرع يضع استثناءات عديدة ملغية ما يوجد بباطن الأرض نذكر منها خاصة ما تعلق بملكية المناجم والعيور والآبار التي لا ترجع لصاحب الأرض . كما أنّ مجلة الحقوق العينية تضع نظاماً خاصاً بملكية الكنز أو الشيء المخبوء . فالكنز يوجد عادة مدفوناً بالأرض فبها لم تثبت ملكيته لأحد فإنّها لا تعود لمالك الأرض - كما هو الشأن في المبدأ - سواء بالفصل 18 من مجلة الحقوق العينية بل أنّ ملكيته توزع حسب الفصل 25 من نفس المجلة كما يلي : لمالك الأرض التي وجد بها الكنز ثلاثة أخصاسه (3/5) ولكتشف الكنز خمسة (1/5) وللدولة الخمس الأخير (1/5) .

122 - يستخلص من تحليلنا لحق الملكية أنّه أشمل حقّ ديني رغم تعدّد الإستثناءات التي تلحق بأركانها ونطاقه . لكنّ هذه الإستثناءات تبرز في الآن ذاته الأساس الذي ينتهي عليه حق الملكية في القانون التونسي والذي يجعل لهذا الحق وظيفة اجتماعية مطالباً بتحقيقها .

الباب الثاني : أسباب اكتساب الملكية :

123 - "تكتسب الملكية بالعقد والميراث والتّقديم والإلتصاق والسفوح القانون وفي المنقول بالإستيلاء أيضا". هكذا عدد الفصل 22 من مجلة الحقوق العينية أسباب اكتساب الملكية ولم تتناول هذه المجلة إلا الأحكام المتعلقة بالإستيلاء ، وبالإلتصاق وبالتّقديم المكسب . أمّا العقد فقد تناولت أحكامه مجلة الإلتزامات والعقود عدا بعض التصرفات النّاقلة للملكية التي نظمتها مجلة الأحوال الشخصية وهي الهبة والوصية .

124 - سنتناول بالتّحليل أسباب كسب الملكية بصفة عامّة وذلك بمحاولة ترتيبها حسب طبيعتها وأثارها (مبحث أول) لنخصّ بالبحث بعد ذلك الأحكام الخاصّة بحوز المنقول والآثار المترتبة عنه بالنسبة للملكيّة (المبحث الثاني)

المبحث الأول : ترتيب الأسباب

125 - نلاحظ أنّ الفصل 22 المذكور عدّد أسباب اكتساب الملكية دون أن يترتبها . وفي غياب ترتيب تشريعي لهذه الأسباب يمكن اعتماد التقسيم الآتي :
- من الأسباب ما ينقل الملكية من شخص إلى شخص أي من مالك إلى مالك جديد كالعقد والميراث . فالإكتساب في هذه الصّورة هو في الحقيقة انتقال للملكية من شخص إلى آخر وهو ما يسمى خلافة Succession (الفقرة الأولى) .

- ومن الأسباب ما ينشئ ملكية جديدة بحيث أن المالك لا يحذف أبداً كن بل يحرز مباشرة على ملكيته ، وهو ما ينتج خاصّة عن الإلتصاق والتّقديم (الفقرة الثانية) .

- وأخيرا وجب التوقّف عند سبب مستقل بذاته وهو "سبب القانون" (الفقرة الثالثة) .

الفقرة الأولى : أسباب الإكتساب النّاقلة للملكية

من شخص لأخر (بالخلافة)

126 - يفرّق القانون التّونسي بين الخلف العام ayant-cause universel وهم الأشخاص الذين تنتقل إليهم صبرة واحدة مجموعة من الحقوق والإلتزامات كالورثة والخلف الخاص ayant-cause-à-titre particulier وهم الذين ينجرو لهم الحق في شيء معيّن فقط كالمشتري والموهوب له . فالوراث خلف عام لأنّه يخلف المورث في كلّ ما خلفه في حين أن من يشتري دارا مثلاً يكتسب خلفا خاصا

لمالكها السابق . فنقسم التحليل في الأسباب التي تكتسب فيم الملكية بالخلافة اعتمادا على هذه التفرقة بين الخلف العام والخلف الخاص أي بين الميراث (ب) والتصرف القانوني (1).

1 - التصرف القانوني :

127 - "العقد Le contrat هو اتفاق بين إرادتين أو أكثر لإنشاء رابطة قانونية مع تعيين شروطها وأثارها" (محمد الدين ، النظرية العامة للإلتزامات ، 1 ، العقد ، تونس 1993 عدد 33 ص 35 ، وانظر كذلك (محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية 1985 - 1986 ص 38). أما التصرف القانوني L'acte juridique فهو مصطلح أشمل نطاقا من العقد إذ أنه يتمثل في التعبير عن الإرادة لإحداث أثر قانوني ولو كانت هذه الإرادة منفردة . رأيت أن الفصل 22 من مجلة الحقوق العينية لم يذكر إلا العقد . فهل يعني هذا أن التصرفات الإرادية المنفردة لا تنقل الملكية ؟ نعتقد في الحقيقة أن المشرع قصد كمر التصرفات الناقلة للملكية وليس العقد فحسب . فمن المستحسن اعتماد مصطلح "التصرف القانوني" عوض كلمة "عقد" . وتشهد لتصرفات القانونية تقسيما بين التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة والساج والمعاوضة والتصرفات غير الناقلة للملكية كالإكراء ووعد البيع . كما تخضع التصرفات القانونية باختلاف أنواعها ، عقدا أو تصرفا بإرادة منفردة إلى قواعد جوهرية وشروط تكوين محددة وفي بعض الحالات إلى شكلية خاصة تميزها بقوانين أمرة . وبالطبع فالمهم في هذا المجال هو التعرض إلى أهم التصرفات الناقلة للملكية دون تفصيل هذه القواعد الجوهرية أو الشكلية التي سنتم دراستها في مراحل أخرى من دراسة القانون المدني .

1 - البيع ، La vente

128 - مبدئيا فإن عقد البيع عقد رضائي ، أي يكفي لتكوينه مجرد تلاقي العرض والقبول أي حصول التراضي . وقد ورد هذا المبدأ بالفصل 580 م.أ.ع. الذي نص على أنه "إذا وقع من المتعاقدين ما يدل على الرضاء بالبيع واتفقا على الثمن والمثمن وعلى بقية شروط العقد انعقد البيع بينهما".

129 - لكن ولئن يبقى المبدأ المذكور قائما بالنسبة لبيع المنقولات ، إذ قلنا خالفه المشرع في هذا الصنف من الأموال فإن البيع العقاري يخضع إلى قواعد استثنائية وردت صلب الفصل 581 م.أ.ع. الذي أوضح أنه "إذا كان موضوع البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو غيرها مما يمكن رهنه يجب أن يكون بيعها كتابة بحجة ثابتة التاريخ قانونا ولا يجوز الإحتجاج بالعقد المذكور على الغير

إلا إذا سجل على الصورة المقررة في الأحكام المتعلقة بذلك. والتسجيل يعني هنا القيام بشكلية جبائية تتمثل في تقديم الصك لقاibus العقود وخلاص معاليم معينة (enregistrement).

130 و 131 - أما من حيث طبيعة الملكية المنتقلة فإن المشتري خلف خاص للبائع. ويترتب عن هذه الصفة خلافة المشتري للبائع في كل الدفوق. ولكن أيضا في كل الإلتزامات المتعلقة بالمال المبيع. فالملكية المكتسبة وهي الملكية السابقة بكل توابعها.

2 - الهبة ، La donation

132 - "الهبة عقد بمقتضاه يملك شخص آخر مالا بدون عوض" (المصل 200 مجلة الأحوال الشخصية). فالهبة إذا من العقود الناقلة لسكينة من الواهب إلى الموهوب له. واشترط الفصل 204 م.أ.ش. بكل وضوح أنه لا تصح الهبة إلا بحجة رسمية. فالهبة عقد شكلي، إذ يبدو جليا أن المشرع جعل من هذا الشرط ركنا أساسيا لإمكانية قيام عقد الهبة الذي لا يصح إذا خلاصه. لكنه استثنى من ذلك المنقولات إذ أخضعها لنظام خاص حيث ورد. بالفصل 204 المذكور أنه "فيما يخص المنقولات المادية، فالهبة تصح بالمناولة مع مراعاة الأحكام الخاصة المتعلقة بالمنقولات المسجلة".

133 - أما عن زمن انتقال الملكية فعقد الهبة يخالف أيضا عقد البيع، إذ اشترط المشرع شرطا شكليا ثانيا وهو: تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له فنص الفصل 201 من مجلة الأحوال الشخصية على ما يلي: "تتم الهبة بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له والهبة باطلة إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل التسليم وإن اجتهد الموهوب له في طلبه". وهذا الشرط يعبر عن ركنا أساسية لتكوين عقد الهبة وقيامه صحيحا وهذا دليل آخر على الصبغة الشكلية لعقد الهبة. وفي خصوص الآثار الناتجة عن انتقال الملكية فالهبة كالببيع تجعل الموهوب له خلفا خاصا للواهب فتكون ملكيته مطابقة للملكية الواهب ويحل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى (الفصل 207 م.أ.ش.).

3 - الوصية ، Le testament

134 - الوصية تصرف منفرد عرفه الفصل 171 من مجلة الأحوال الشخصية بأنه "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبصر، سواء كان عينا أو منفعة". والوصية لا تثبت إلا بالحجة الرسمية أو بكتب محرر من الوصي. (فصل 176 م.أ.ش.). (حول الوصية، يراجع، لطيفة السرفاوي، الوصية الاختيارية في القانون التونسي، مذكرة شهادة الدراسات المعمقة بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1993-1994).

135 - والموصى له يستحق الوصية مع ما زاد فيها من زمن وفاة الموصي أي أن زمن انتقال الملكية هو تاريخ وفاة الموصي .

4 - الفارسة ، La mougharaça

136 - إذا كان موضوع الشراكة أشجارا مثمرة أو نخوها من ذوات الدخّل وتكثّف الشريك العامل بفارسها في أرض شريك على أن يكون له حساب شائع في الأرض والأشجار عند بلوغها إلى حدّ معلوم أو حدّ الإثمار سميّ العقد عقدة مفارسة وعقدة المفارسة يحرّر فيها رسم صحيح (الفصل 416 م.ع.) ، فعقد المفارسة ينقل الملكية مشاعة إلى المفارس - ويعدّ من العقود التمكينية إذ رأت الدوائر المجتمعة لحكمة التعقيب أن لا وجه لتفسير عبارة "الرسم الصحيح" إلا بالكتب الرسمي المحرّر بواسطة مأمور عمومي (قرار الدوائر المجتمعة المؤرخ في 24 جوان 1962 ق.ت. 1962 ع. 7. ص 23 النشرة 1961 ص 69 ، وحول المفارسة بصفة عامة يراجع خاصة فتحي المولدي Le contrat de mougharaça مذكّرة شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1984-1985).

5 - المعاوضة ، L'échange

137 - المعاوضة عقد عرفه الفصل 718 من مجلة الالتزامات والعقود بأنّه "العقد الذي يسلم بموجبه كلّ من المتعاقدين للآخر على وجه المتكافؤ شيئا منقولاً أو غير منقول أو حقاً مجرداً". وتتمّ المعاوضة مبدئياً بتراضي المتعاقدين إلا إذا تعلّق الأمر بمعاوضة موضوعها عقار فيجري العمل طبق أحكام الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود (تحرير كتب وتسجيل العقد) . والفرق بين المعاوضة والبيع واضح : فلا وجود لثمن في عقد المعاوضة . فلو أنّ صالحاً سلّم عقاره إلى عمر مقابل تسلمه عقار هذا الأخير فلن يكون بين الطرفين بيع وثمن بل معاوضة .

138 - وفي خصوص آثار عقد المعاوضة فإنّ مجلة الالتزامات والعقود تقضي بتطبيق أحكام البيع بحسب ما تقتضيه طبيعة المعاوضة (راجع الفصل 724 م.ع.).

ب - الميراث

139 - عندما يتوفى شخص معيّن يحلّ محلّه ورثته . تلك هي الصورة المبسّطة لانتقال الملكية إلى الورثة . ويمتاز القانون التونسي عن القانون الفرنسي بالمبدأ الوارد بالفصل 241 من مجلة الالتزامات والعقود والذي نصّ

على أنه : لا يلزم الورثة إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة مناباتهم. أي أن الورثة لا يتحملون الدين إلا على قدر ما جاء بالتركة . كما نصّ الفصل نفسه على أنه يمكن للورثة الإمتناع عن قبول الإرث .

ونقسم تحليل هذا السبب إلى 3 مسائل : تتعلق أولها بالمركز القانوني للوارث وثانيها بوقت انتقال الملكية وثالثها بمفهوم القاعدة الواردة بالفصل 553 من مجلة الالتزامات والعقود .

1 - المركز القانوني للوارث :

140 - الوارث خلف عام للمورث ayant cause universel ومقتضى هذه الصفة فإن الوارث يتحمل مبدئياً التزامات التركة في حدود ما فيها وعلى نسبة منابه ، كما أن ملكية الأموال الموجودة بها تنتقل إليه مباشرة بينه وبين الورثة الآخرين فيصبح مالكا لمنابه على الشئاع . وبحكم انتقاله من شخص إلى آخر فإن الملكية تحافظ على كل ما لحق بها ويتحصل عليها الوارث بكلّ التوابع المتعلقة بها سواء تعلّق الأمر بمنقول أو بعقار .

2 - وقت انتقال الملكية :

141 - يتحدّد انتقال الملكية بوقت وفاة المورث ولذلك أدلة كثيرة :
* ما يورده بالفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية من أنه "يستحقّ الإرث بموت المورث ولو حكما وبتحقق حياة الوارث من بعده".
* لا يوجد في القانون التونسي إمكانية قيام ذمة مالبة غير متعلّقة بشخص .

* ما يقتضيه الفصل 123 من مجلة الحقوق العينية من أن "كلّا من المتقاسمين يعتبر مالكا للحصة التي آلت إليه منبذ أن كان مالكا من أول الشيوع" وأوّل الشيوع هو وفاة المورث .

* لا يمكن قبول صحة التصرفات القانونية القائم بها الوارث الشريك لدفع ما على التركة من ديون إلا بإقرار وجود صفة له وهي صفة المالك الشريك .
* كما أن للشريك الحق في بيع منابه (الفصل 59 م.ج.ع.).

ورغم هذه الأدلة المختلفة والمتظافرة فإن الجدل الفقهي قائم حول تحديد وقت انتقال الملكية وقد انقسم الفقهاء المسلمون بدورهم إلى مدارس مختلفة .

3 - مفهوم القاعدة الواردة بالفصل 553 م.ج.ع. :

142 - ورد بالفصل 553 من المجلة المذكورة ما يلي : "لدائن يقدم على الوارث ولا إرث إلا بعد أداء الدين". هل يعني هذا الفصل أن الورثة لا

يستحقون التركة إلا بعد دفع ما عليها من دين وأن ملكيتها تبقى استحققة على هذا الشرط ؟ ذلك ما رآه البعض من الفقهاء .
لكن يجب التثبت من هذه المسألة بكل دقة إذ أن الأمر لا يتوقف هنا بمسألة استحقاق التركة وانتقال ملكيتها *Dévolution de la succession* بل بمسألة أخرى هي ترتيب الأداء *Liquidation de la succession* ويعني ذلك في رأيي أن الفصل 553 المذكور يهدف فقط إلى ضبط الترتيب الذي يحصل فيه توزيع أموال التركة أما انتقال الملكية إلى الورثة فيحصل لحظة تحقق وفاة المورث تطبيقاً لأحكام الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية . ولهذا السبب فإنه لا يمكن القول بأن استحقاق التركة وانتقال ملكية ما يوجد بها من الأموال يتأخر إلى أجل خلاص كافة الديون . فالخلافه حينية في الميراث .

الفقرة الثانية : أسباب اكتساب الملكية ابتداء

143 - تكتسب الملكية ابتداء بالتقادم (أ) و بالإلتصاق (ب) .

أ - التقادم ،

144 - لمرور الزمن مفعولان متباينان الأول سلبي إذ يترتب عنه سقوط الدعوى والثاني إيجابي إذ ينتج عنه قيام حق جديد . ويسمى الأول تقديماً مسقطاً في حين يسمى الثاني تقادماً مكسباً . والتقادم المكسب للملكية مؤسسة قانونية قديمة عرفها القانون الروماني الذي كان يطلق عليها لفظ *usucapio* و *prescriptio* (راجع في هذا الشأن مؤلف توفيق حسن فيج ، القانون الروماني، الدار الجامعية بيروت 1985 ص 313 وما بعدها) وكذلك الفقه الإسلامي الذي كان يعيل إلى استعمال لفظة "الحيازة" (راجع خاصة مؤلف محمد عبد الجواد محمد الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي) كما كرستها جن القوانين الحديثة كالقانون الفرنسي مثلاً (راجع الفصل 827 وما يليه م.م.ف.م.) .

ونسج المشرع التونسي على هذا المنوال فضبط في الفصل 45 وما يليه من مجلة الحقوق العينية أحكام التقادم المكسب كآثر لدون العقار أو الحق العيني العقاري لمدة زمنية معينة . لكن يجب التنبيه إلى أن أهمية هذه النظرية محدودة بسبب عدم سريان التقادم المكسب أولاً على كل العقارات المسجلة وذلك عملاً بأحكام الفقرة الأولى من الفصل 307 من مجلة الحقوق العينية التي تنص على أنه "ليس لأحد أن يتمسك بالحق فيها ما دلت مدته وثانياً على الأملاك العمومية وذلك تطبيقاً لأحكام الفصل الثالث من الأمر المؤرخ في 24 سبتمبر 1885 المتعلق بقانون الأملاك العمومية . ويكفي أن نذكر بأن تسجيل الأراضي متواصل دون انقطاع سواء بواسطة السجح الإيجري

أو باعتماد المطالب الاختيارية لنتبين الطابع "الوقتي" للتقديم المكسب في القانون التونسي . فيحصل التسجيل الشامل لكل العقارات عند عدم نطاق تطبيق هذا السبب المكسب للملكية الذي سيضمحل بعد الإنحصار .

145 - وفي انتظار تحقق التسجيل الشامل فإن ميدان التقادم المنسب يبقى مقتصرًا على العقارات غير المسجلة (حول منع التقادم المكسب في العقار المسجل أنظر خاصة ، القرار التعقيبي المدني ع13190 عدد الصادر بتاريخ 19 فيفري 1986 النشرة الجزء الأول ص 179).

فكيف يمكن اكتساب الملكية بالتقادم ؟

نص الفصل 45 من مجلة الحقوق العينية في فقرته الأولى على أن من حاز عقارا أو حقا عينيا على عقار مدة خمسة عشر عاما بصورة عامة بدون ادعاء شغب مشاهدا مستمرا وبدون انقطاع ولا التباس كانت له ملكية العقار أو الحق العيني بوجه التقادم.

(1) شروط التقادم :

146 - يفترض التقادم قيام حوز له ميزات . كما يفترض انقضاء مدة من الزمن .

(1.1) قيام الحوز :

147 - أوضح الفصل 38 من مجلة الحقوق العينية أن الحوز هو سيطرة فعلية لشخص بنفسه أو بواسطة على حق أو شيء . فالحوز ليس حقًا بل هو وضعيّة واقعيّة تنتج آثارا قانونيّة وتستوجب حماية القانون لها . وتظهرت في مسألة الحوز نظريتان متنافستان :

148 - * الأولى وهي النظرية الشخصية التي كان راها الفقيه SAVIGNY تقرّ بوجود توفر عنصرين لقيام الحوز ، عنصر مادي وعنصر معنوي. أما العنصر المادي فيتمثل في السيطرة الواقعية على الشيء ويجوز أن تتم هذه السيطرة بواسطة الحائز بنفسه أو بالغير . وتتلخص هذه السيطرة القيام بكل الأعمال التي يستوجبها عادة الشيء . وأما العنصر المعنوي للحوز فيقصد به قيام نية التصرف بوجه الملكية لدى الحائز وأدعى اليد على الشيء . وهذا القصد شخصي لا يمكن أن يتحقق بواسطة . وبما تتسع هذين العنصرين يقوم الحوز الصحيح .

149 - * وعلى عكس ذلك فإن النظرية الثانية وهي النظرية المادية تعارض ضرورة قيام العنصر المعنوي إذ تكفي بثبوت العنصر المادي للحوز . ورفع IHERING لواء هذا النظرية التي تأثر بها القانون الألماني .

150 - فما هو موقف المشرع التونسي ؟

يبدو من التعريف الوارد بالفصل 38 المذكور أن المشرع التونسي لم يلتفت إلى العنصر المعنوي للحوز . لكن هذه النظرة منقوصة . رأينا أن الفصل 45 من نفس المجلة يشترط صراحة أن يكون الحوز "بصفة مالك" وهو ما يثبت أن المشرع التونسي يكرّس النظرية الشخصية ويفترض امتناع عنصر الحوز (راجع كذلك في نفس الاتجاه ، أحكام الدّعى الحوزية التي تسمى حسب الفصل 54 م.م.ت. الحائز "بصفة مالك" . وراجع في النقطة الرأى المخالف الذي أبداه عبد السلام التركي ، التقادم كسبب من أسباب اكتساب الملكية ، مجلة القضاء والتشريع ديسمبر 1984 ص 35 وما بعدها) .

إن اشتراط نية التملك لدى الحائز تعني أن يتصرف واضع اليد في العقار أو الحق العيني تصرف المالك في ملكه ، وعلى هذا النحو فإن التسويع أو من كان مستعملا العقار على سبيل التسامح لا يعتبران حائزين ، فحوزهما ينقصه الركن المعنوي وهو ما يسمى الحوز العرضي *La détention précaire* .

تجد هذه القراءة للنصوص صدى في فقه القضاء إذ أوردت محكمة التعقيب أن المراد بصفة المالك الواردة بالفصل 45 من مجلة الحقوق العينية هي أن يشهد الشهود بأن الحائز يتصرف في عقار أو حق عيني على عقار تصرف المالك في ملكه ينسب لنفسه وينسب للناس إليه (قرار مدني ع1495 عدد صادر بتاريخ 7 جويلية 1977 النشرة ج 2 ص ، وفي نفس الاتجاه ، قرار تعقيبي مدني ع10924 عدد صادر في 13 جانفي 1976 النشرة ج 1 ص 13) . لكن يبدو أن محكمة التعقيب تميل في الآن ذاته إلى عدم التشدد فيما يتعلق بإثبات العنصر المعنوي للحوز فهي ترى أنه يكفي أن ينسب التصرف لحائز دون غيره وأن لا تتضمن البيئة ما ينافي الملكية (قرار تعقيبي مدني ع14632 عدد صادر بتاريخ 27 ماي 1986 النشرة الجزء الثاني ص 237) .

ولعل أهم نتيجة لاشتراط العنصر المعنوي هي أن من حوز بوجه معين كالتسويغ مثلا لا يمكنه أن يكسب بالتقادم خلافا للسند الذي حاز بمقتضاه . لا إذا تغيرت صفة حوزة كان يقوم بمعارضة المالك الأصلي (راجع الفصل 49 م.ح.ع) . وعلى أية حال فإن قيام الحوز بركنيه لا يجعله فاعلا إلا إذا توفرت فيه سيزات

وفي قرار حديث صدر تحت ع19573 عدد بتاريخ 30 أفرس 1991 (النشرة صفحة 179) أيدت محكمة التعقيب في هذا المجال محكمة الاستئناف بالمنستير لما طبقت أحكام الفصل 45 من مجلة الحقوق العينية بشكل يتفق وروح ذلك النص الذي جعل شروطا محددة للانتفاع بأحكامه من بينها أن يكون الحوز المرتب لأثر الملكية واقعا من طرف الحائز بصفة مالك وهي الصفة التي جرى عمل القضاء واستقر رأي الفقهاء على تبسيطها في مجال العمل والتطبيق بمقولة أن الحائز ينسب العقار موضوع الحوز له وينسب الناس له

وهي من بين الدلالات التي يترجّح بها الملك بجانب الحائز دون سواه .

151 - يجب أن لا يكون الحوز معيبا . ويكون الحوز معيبا عندما يفقد الميزات التي ضبطها المشرّع لقيام حوز فاعل . وهذه العيوب هي :

- حصول الشغب في الحوز
- الخفاء
- عدم الاستمرار والإنقطاع
- الغموض

إن وجود أحد هذه العيوب يفقد الحوز فاعليته ، فالحوز المعيب لا تأثير له إلا من وقت زوال العيب (الفصل 45 فقرة 2 م.ج.ع) وتعني هذه الفقرة أن تكرّر عيوب الحوز وقتية .

أولا - عيب الإكراه ، Le vice de la violence

152 - يشترط أن يكون الحوز هادئا ، فالحوز الذي يخصص على حوزة بالقوة والغصب كأن يعتمد إلى إكراه المالك الأصلي أو أي شخص آخر واضح يده على العين ، يعيب حوزة ويفقده ميزة الهدوء .

ثانيا - عيب الخفاء ، Le vice de la clandestinité

153 - يشترط أن يكون الحوز مشاهدا أي ظاهرا وعلنيا . فالمفروض أن يستعمل الحائز العين وكأته مالكة الأصلي دون تستر أو خفاء . وليس من الضروري إخفاء الحوز عن كل الناس بل يكفي إخفاؤه عن المالك الأصلي صاحب الحق ليكون الحوز معيبا .

ثالثا - عيب الإنقطاع ، Le vice de la discontinuité

154 - يشترط أن يكون الحوز مستمرا بلا انقطاع ، ويعني هذا أن يتّابع الحائز كل الأعمال العادية التي يستوجبها استعمال العين واستغلالها كأن يحصل الأرض ويزرعها في المواقيت المعتادة لمثل هذه الأعمال . فإذا ترك الحائز العين وهجر استعمالها كان حوزة معيبا إلى أن يزول ذلك الإنقطاع . ولعلنا نلاحظ أن المشرّع لم يمنع ضمّ حوز السلف من قبل الخلف إذ نصّ الفصل 40 من مجلة الحقوق العينية أن "الحائز أن يضمّ إلى حوزة حوز من انجرّ منه الحق بجميع صفاته" . والخلف قد يكون خاصا كالمشتري أو عاما كالوارث . فلو كان المشتري وهو خلف خاص أو للوارث وهو خلف عام ، إمكانية ضمّ حوز سلف كره منتهب لحوزهما . ولنضرب لذلك مثلا : لو أن محمودا وهب صالحا عقارا فأبى لهذا الأخير إمكانية ضمّ حوزة حوز سلفه محمود .

رابعاً - عيب الإلتباس ، Le vice d'équivoque

- 155 - يشترط أن يكون الحوز غير غامض أي خالياً من أي إلتباس ويكون الحوز مشوباً بالإلتباس عندما لا يبرز بوضوح أن الحائز يتصرف بنية التملك والإستنثار بالعين وينتج الإلتباس عادة عندما يكون موضوع الحوز شيئاً مشتركاً أو متداولاً بين أفراد العائلة . فهذه الظروف تجعل أعمال الحائز مشوبة بالشك . فهل أنه يقوم بتلك الأعمال لنفسه أم لحساب غيره ؟ عندما يحصل مثل هذا الشك يكون الغموض ويقوم الإلتباس .
- 156 - إذا خلا الحوز من هذه العيوب فلم يبق للحائز إلا تدقيق مدة معينة ليحقق الحوز أثره الأساسي أي التقادم المكسب .

2.1 مدة الحوز :

- 157 - يقرّ المشرع بوجود ثلاث مدة لتحقيق التقادم المكسب فمن هي هذه المدد وما هو نظام احتسابها . المدد الثلاث :

158 - 1) المدة الأصلية ، 15 عاماً :

رأينا أن الفصل 45 من مجلة الحقوق العينية يشترط صراحة انقضاء أجل خمسة عشر عاماً لينتج الحوز أثره ويقوم التقادم أي ليكتسب الحائز ملكية العقار أو الحق العيني .

159 - 2) المدة المنخفضة ، 10 أعوام :

نصّ الفصل 46 من مجلة الحقوق العينية على أن "مدة التقادم تنخفض إلى عشر سنوات إذا انجرّ الحوز بحسن نية وبمقتضى عمل قانوني من شأنه أن تنتقل به الملكية لو صدر مَن له الحق" . وأضاف الفصل ذاته أن "العبارة في حسن النية بوقت تلقي الحق" .

ويجب التذكير في خصوص حسن النية أن المشرع يفترض أن الأصل في كل إنسان الاستقامة وسلامة النية حتى يثبت خلاف ذلك (راجع الفصل 558 م.أ.ع). ومعنى ذلك أنه على من يدعي سوء نية الحائز أن يثبت ذلك ، لكن ما يقصد بعبارة "العمل القانوني الذي من شأنه أن تنتقل به الملكية لو صدر مَن له الحق" إن "العمل القانوني" هو "التصرف القانوني" L'acte juridique الذي يقابل الواقعة القانونية . فالعمل القانوني هو عمل إرادي ينشأ عن الإرادة المنفردة للشخص أو عن تلاقي إرادتين لطرفين متفقين كما هو الشأن بالنسبة للفقود . ووضح أن الفصل 46 المذكور يشير إلى التصرفات النافذة للملكية كالبيع والهبة وغيرهما . كما أن المقصود هو أن يكون الحائز مستنداً بالعقار

تنفيذا لتصرف ناقل للملكية حسب طبيعته لكنه صادر عن شخص ليس له الحق في نقلها . فالمشتري الذي يتعامل مع بائع ملك الغير والذي يجب هذا العيب ويتعاقد عن حسن نية ظناً منه أنه يتعامل مع المالك الحقيقي ثم يحدد العقار بمقتضى ذلك العقد هو حائز عن حسن نية . ويحق له التمسك بالمدة المخففة ليكتسب ملكية العقار بالتقادم بعد أن استحاله كسبها بالشراء أي بالتصرف الناقل للملكية لو صدر ممن له الحق . (حول حسن النية راجع أيضاً الفقرة الأخيرة من الفصل 44 م.ح.ع. وحول تطبيق الفصل 46 المذكور يراجع خاصة القرار التعقيبي ع429 عدد الصادر بتاريخ 10 ماي 1977 التشريعية 1977 الجزء 1).

160 - (3) المدة المرفعة ، 30 عاما ،

ترفع مدة التقادم حسب الفصل 47 من مجلة الحقوق البيديتية إلى ثلاثين عاما فيما بين الورثة والشركاء (راجع حول تطبيق الفصل 47 المذكور ، القرار التعقيبي المدني ع12466 عدد الصادر بتاريخ 20 فيفري 1986 التشريعية 1986 الجزء الأول ص 183).

161 - * نظام حساب المدة ،

المدة الثلاث تخضع لنظام احتساب واحد . لقد نصّ الفصل 51 من مجلة الحقوق العينية على أنه تسري قواعد سقوط الدعوى بمرور الزمان المنصوص عليها بمجلة الإلتزامات والعقود على التقادم المكسب في خصوص .

- كيفية حساب المدة

- التمسك به أمام القضاء

- التنازل عنه

- تعليق التقادم .

162 - * كيفية حساب المدة ،

يشتمل العام على ثلاثمائة وخمسة وستين يوما (راجع الفصل 403 م.ا.ع.) وحساب المدة يكون بالأيام الكاملة ويوم ابتداء العد لا يحسب منها . كما تنته المدة بانقضاء آخر يوم منها (راجع الفصل 401 م.ا.ع.).

163 - * التمسك به أمام القضاء ،

إن التقادم لا يقوم بنفسه بل تجب المطالبة به قضائيا وليس للقاضي أن يستند إليه من تلقاء نفسه (راجع الفصل 385 م.ا.ع.).

164 - * التنازل عنه :

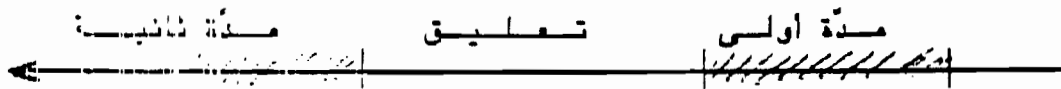
إن التنازل عن التّقادّم لا يمنع دائن الحائز من التمسك به (راجع النّصل 387 م.أ.ع.).

165 - * تعليق التّقادّم ، Suspension de la prescription

يوقف سريان التّقادّم لأسباب مختلفة تهّم الأشخاص المدنيّين أو خروفا موضوعيّة . ومن الأسباب الأولى يمكن أن نذكر بأنّ التّقادّم يتوقّف، إزاء القاصرّين (راجع الفصل 392 م.أ.ع.) أو بين الوالدين وأولادهم. (راجع النّصل 391 م.أ.ع.) ومن الأسباب الثّانية يمكن أن نذكر تعييق التّقادّم إذا كان المالك الحقيقي في حالة عذر يعوقه عن القيام بحقوقه أثناء مدّة سريان التّقادّم (راجع الفصل 393 م.أ.ع.).

لكن ما هي نتيجة تعليق التّقادّم ؟

عندما يحدث التّعليق يتوقّف أحد أسباب المذكورة يتوقّف حسب مدّة التّقادّم ولا يمكن العودة لسريان التّقادّم إلا بعد زوال ذلك السّبب الدّافع . وعند ذلك لا يقع احتساب مدّة التّعليق في حين تحسب المدة السّابقة لها والمدة اللاحقة لها .



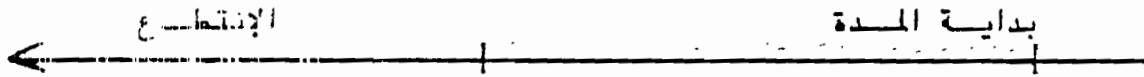
ويختلف التعليق Suspension عن الإنقطاع interruption والملاحظ أنّ مجلّة الحقوق العينيّة لا تتبنّى قواعد الإنقطاع الواردة بمجلّة الإلتزامات والعقود إذ حدّدت قواعد خاصّة لانقطاع التّقادّم المكسب .

166 - انقطاع التّقادّم ، L'interruption de la prescription

ورد بالفصل 52 من مجلّة الحقوق العينيّة بيان للسّببين الموجبين لانقطاع مدّة التّقادّم . السّبب الأوّل هو قيام صاحب الحقّ الأصلي بدعوى لدى المحكمة المختصة للمطالبة بحقه أي منازعة الحائز . أمّا السّبب الثّاني فيتمثّل في إقرار الحائز بحق من كان التّقادّم جاريا ضده (راجع حول تطبيق الفصل 52 م.أ.ع. القرار التعقيبي المدني 5261 عدد لصادر في 2 جويلية 1968 النشريّة ص 85).

وينتج عن الإنقطاع إسقاط كامل المدة السابقة عن ظهور سببه وهو ما

يمثل أثرا خطيرا على وضعية الحائز .



167 - ويستخلص مما سبق تحليله أن التقادم يفترض قيام حوز ذي مميزات مختلفة لمدة معينة تختلف حسب الحالات لكنها خالية من أسباب الانقضاء و الإنقطاع

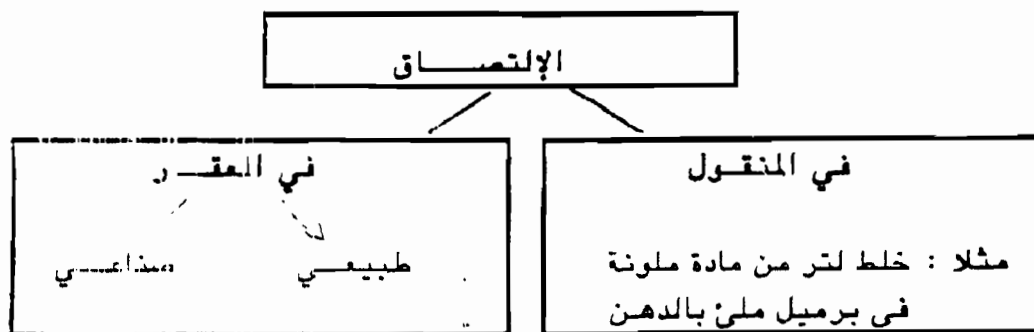
(2) آثار التقادم :

168 - إن التقادم سبب مستقل من أسباب اكتساب الملكية (راجع القرار التعقيبي المدني ع7534 عدد الصادر في 9 أفريل 1971 النشورية 1971 ص 23 والقرار التعقيبي المدني ع8161 عدد الصادر في 2 أكتوبر 1971 النشورية ص 90). فالتقادم ينشئ ملكية جديدة لمائدة الناسر الذي يصبح مالكا . فحصول التقادم المكسب ينتج عنه حتما سقوط ديون عتائبة بالملكية من طرف المالك القديم (راجع الفصل 50 من مجلة الحقوق العينية) وهذا يعني أن قيام الملكية الجديدة يزيح الملكية القديمة . وهكذا يتبين انعدام فكرة الخلافة في التقادم المكسب .

ب - الالتصاق :

169 - رأينا أن الفصل 18 من مجلة الحقوق العينية ينص على أن "ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلا ما استثناه إيقانون أو الإتفاق" ولاحظنا أن هذه القاعدة توحى بأهمية الأرض التي تعتبر الأصل المتبوع في حين يعتبر ما فوقها تابعا . وفي هذا السياق تدرج كذلك القاعدة الواردة بالفصل 27 التي تكرر التحاق التابع بالمتبوع وتصف الالتصاق كما يلي : "ما أضيف إلى عقار أو منقول واتصل به كان ملكا لصاحب الأصل بطريق الالتصاق". وهذا التعريف يجعلنا نلاحظ أن المشرع ولئن أورد إسكانية تطبيق الالتصاق في الأشياء المنقولة فإنه لم يفصل أحكام هذه المسورة واكتفى بتقديم "صنفي الالتصاق المنصنين للعقارات وهذا الالتصاق الطبيعي Accession naturelle (راجع الفصول 28 إلى 31 م.ح.ع.) والالتصاق الصناعي أي الالتصاق بفعل الإنسان Accession artificielle (راجع الفصول 34 إلى 36 م.ح.ع.) حول الالتصاق الصناعي يراجع أيضا الأحكام الخاصة الواردة بالفصل 62 م.ح.ع. : الإحداثيات من قبل الشريك والفصل 786 م.ا.ع. الإحداثيات من قبل المكتري ، ويراجع في لفه مذكورة

Les constructions sur le sol d'autrui dans le cadre , محمد سعيد
des articles 36 et 37 du Code des Droits Réels, Faculté de Droit
et des Sciences Politiques et Economiques de Tunis 1986 -
(1987).



170 - ويمكن تفسير تركيز مجلة الحقوق العينية على الإلتصاق في المادة العقارية بأهمية وتداول هذا الصنف في الواقع . ونيل التعرض إلى تفصيل أحكام الإلتصاق الصناعي وجب التنبيه إلى أن خاصية الإلتصاق الطبيعي تتمثل في حدوثه دون تدخل من الإنسان وهو ما يفسر تسميته بالإلتصاق الطبيعي . فالتراب والرواسب المجروفة التي تتجمّع بطريقة تدريجية غير محسوسة على أرض مجاورة لأحد الأودية مثلا تصبح تلك الأرض (الفصل 28 م.ج.ع.).

أما الإلتصاق الصناعي فهو "إلتصاق بفعل الإنسان" ويتمثل هذا الفعل إما في إحداث بنايات أو في زرع مغروسات أو إقامة منشآت على أرض الغير .

فما هو حكم تلك الإحداثيات ؟

171 - يتضمن الجواب عن هذا السؤال حلا عاما : يكتسب مالك الأرض كلّ ما وجد فوقها (راجع الفصل 18 والفصل 34 من مجلة الحقوق العينية). وينبغي هذا الحل العام على القاعدة التي تعرضنا لها والتي تفيّ بـ"التابع يتبع المتبوع".

172 - على أن هذا الحل العام لم يمنع المشرّع من تفصيل أحكام صور ثلاث يجب التوقّف عندها .

173 - 1) إحداث بنايات أو مغروسات أو منشآت من قبل مالك الأرض بمواد وأشياء على ملك الغير :

قد يحصل أن يقوم مالك الأرض بإحداث بنايات أو منشآت على أرضه بمواد ليست على ملكه كأن يقيم مستودعا بحجر يملكه جاره . فهل يعتبر

القانون مالك الأرض على فصل البناء عن الأرض وإرجاع الحيز الجار ؟
يجيب الفصل 35 من مجلة الحقوق العينية بالنفي ، فنظريّة الإلتصاق
تسمح لمالك الأرض ، وهي المال المتبوع ، باكتساب ملكية البناء وهو القديع
وتبعا لهذا الحل فلا يجوز لصاحب المواد أن يرفعها من محل وضعها لكن يلزم
صاحب الأرض بتعويض قيمة تلك المواد لمالكها . وفي صورة حدوث ضرر
بمالك المواد فيلزم صاحب الأرض بجبره .

174 - (2) الصورة الثانية : إحداث بناءات أو منشآت أو
منشآت بمواد على ملك المحدث فوق أرض غيره وبدون رضاه .
قد يحصل أن يقوم شخص بإحداث بناءات أو بزرع مغروسات على
أرض غيره دون رضاه كأن يقيم منزلا بمواد على ملكه فوق أرض ليست على
ملكه .

لقد تعرّض الفصل 36 من مجلة الحقوق العينية في فقرته الأولى
والثانية لهذه الصورة التي تعرف كذلك بحالة البناء عن "سوء نية" فوق
أرض الغير . ولم يحد المشرع عن الحل العام المذكور آنفاً واعتبر أن ملكيّة
الإحداثيات تعود بالإلتصاق لمالك الأرض . فهذا الأخير مخير بين :
- إما إبقاء تلك الأشياء بأرضه .

- وإما إلزام صاحبها بإزالتها وهو ما يعني هدمها إن تعلّق الأمر ببناء
أو قطعها إن تعلّق الأمر بمغروسات .

* حلّ الهدم : تمّ الهدم على نفقة المحدث .

* حلّ الإبقاء :

إذا طلب صاحب الأرض إبقاء البناءات أو المغروسات بمرضاة المصاحب -
كما رأينا - ملكا له بحكم الإلتصاق لكنه ملزم بترجييع ثمن المواد وأجرة اليد
العاملة بدون الإلتفات لما قد يحصل من الزيادة في قيمة الرقبة بسبب تلك
الإحداثيات (الفصل 36 فقرة 3 م.ح.ع.) . ولنضرب لذلك مثلا : أنعام على فوق
أرض صالح وبدون رضاه مسكنا . وتمثلت المصاريف التي تحملها علي في 10
آلاف دينار قيمة مواد البناء ونصفها أجرة العملة . ثم استقر رأي صالح على
إبقاء المسكن قائما وتملكه بالإلتصاق . في هذه الصورة وجب عليه أن يرجع
قيمة المواد ومصاريف اليد العاملة لعلّي .

والسؤال الوارد في هذا المجال هو الآتي : ماهو التاريخ الممتد لتقدير
قيمة التعويضات ؟ هل هو تاريخ القيام بالإحداثيات أم تاريخ الإلتزام
بالتعويض ؟ وواضح أن لهذا السؤال ارتباطا وثيقا بظاهرة التضخم المالي .
لم يعط المشرع حلا صريحا لهذا الإشكال في حين تدخل المشرع الفرنسي
سنة 1960 لينقح أحكام المجلة المدنية الفرنسية ويقر صراحة بأن التقدير

يتم حسب القيمة الثابتة يوم إرجاع المال Date du remboursement (راجع القانون الفرنسي ع464 لسنة 1960 الصادر في 17 ماي 1960 والمنقح لأحكام الفصل 555 م.م.ف).

175 - 3) الصورة الثالثة :

إحداث بناءات أو مغروسات أو منشآت بمواد على ملك المحدث فوق أرض الغير عن حسن نية :

إن ميزة هذه الصورة هي أن يكون المحدث حسن نية ويمكن في هذا المجال تطبيق التعريف الوارد في الفصل 44 من مجلة الحقوق العينية لتحديد مفهوم حسن النية واعتبار المحدث حسن النية عندما يكون جاهلا لكونه يقوم بالإحداثات فوق أرض الغير ونذكر في هذا الشأن بأن الفقرة الأخيرة من الفصل 44 المذكور تقضي بأن "الحادث شبيهة هو الحادث بوجه لا يعلم عيبه". كما لا نرى وجهة في الاستناد لما ورد بالفصل 45 من مجلة الحقوق العينية إذ أن المشرع لم يعتمد تعريفيْن مختلفين لمفهوم حسن النية الأول وارد بالفصل 44 المذكور والثاني بالفصل 46 المشار إليه . كما أنه لم يجعل من شرط انجرار الحوز "بمقتضى عمل قانوني من شأنه أن تشتغل به الملكية لو صدر ممن له الحق" تعريفا مستقلا لحسن النية بل جعل منه شرطا مضافا إليها ، وهو ما تفيد الصياغة النحوية للفصل 46 المذكور . وعليه فإن الرجوع إلى الفصل 44 يبرره وجود تعريف واضح لحسن النية لدى من لم يكن مالكا (راجع الرأي المخالف الصادر عن محمد سعيد ، المذكرة المذكورة ص 54 وما يليها). وعلى أية حال فينتج التذكير بأن حسن النية يفترض (راجع الفصل 558 م.ا.ع). كما أنه يقع الإعتداد بهذه الصيغة منذ زمن القيام بالإحداثات إذ العلم الحاصل للمحدث بعد تلك الفترة لا يؤكّد حسن نيته . فالمحدث الذي يقع التنبيه عليه رسميا من المالك قبل أو وقت الشروع في البناء يفقد حسن نيته . وتقوم محكمة التعقيب بمراقبة تعديل تضة الأصل لتقديرهم لهذا العنصر (راجع القرار التعقيبي المدني ع10506 - المؤرخ في 27 نوفمبر 1973 النشوية 1973 ص 77 والقرار التعقيبي المدني ع3022 المؤرخ في 28 ماي 1981 النشوية 1981 ج -2- ص 22 والقرار المدني ع9151 الصادر بتاريخ غرة نوفمبر 1983 المجلة التونسية للقانون 1984 ص 618 مع ملاحظاتي).

176 - عندما يكون المحدث حسن النية فإن الفقرة الأخيرة من الفصل 36 من مجلة الحقوق العينية تقتضي تطبيق الحلول الآتية :

- يصبح مالك الأرض بحكم القواعد العامة للإلتصاق مالكا للمحدثات .
- لكن لا يحق له أن يطلب إزالة ما الحق بأرضه من بناءات أو

مفروسات .

- ويبقى له الخيار بين طلب ترجيع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة وبين دفع مبلغ مساو لما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك الإحداثيات

177 - ونلاحظ في هذا الشأن أن هذه الحلول التشريعية ليست دائماً مناسبة للواقع . فإذا كانت مثلاً ، المحاثات قد بلغت حداً من الجسامه يرهق صاحب الأرض ويعسر عليه دفع ما هو مستحق عنها لمن أحدثها فإنه يصعب على المالك تطبيق الحلول التشريعية المذكورة . وكان بالإمكان تفادي هذه الصعوبة وتصوّر حلّ اختياري آخر لما لك الأرض وحده وليس التنازل عن الإلتصاق وطلب تمليك المحدث بما أحدثه مقابل تعويض عدل تقرره المحكمة

178 - ونختم دراسة الإلتصاق بالإشارة إلى أن المشرع التونسي سبى عن تنظيم الحلول لصور أخرى يشهدا الواقع وهي مثلاً .

- صورة المنشآت الصغيرة كالإكسناك والحوانيت الخفيفة المقامة على أرض الغير . فكلية "منشآت" "Ouvrages" لا يمكن أن تشملها

- صورة المأوى المقامة فوق أرض الغير .

- صورة البذر بأرض الغير .

الفقرة الثالثة : اكتساب الملكية بمفعول القانون

179 - يضع الفصل 20 من مجلة الحقوق العينية مبدأ عاماً في مجال اكتساب الملكية إذ ينصّ على أنه "لا يجبر أحد على التنازل عن ملكه" لكن الفصل ذاته يستثنى من هذا المبدأ الحالات "التي يقررها القانون وفي مقابل تعويض عادل" . فما هي صور اكتساب الملكية بمفعول القانون ؟ إن الأحكام المتعلقة بهذه الصورة قليلة ويمكن تقسيمها حسب الهدف الذي قصده المشرع من وضعها . فنفرّق بين الحالات التي تفرضها المصلحة العامة (أ) والحالات التي تقتضيها المصلحة الخاصة (ب) .

أ - الإنتزاع من أجل المصلحة العامة .

180 - إن أهم الصور التي يقرّها فيها المشرع إمكانية اكتساب الملكية بمفعول القانون للمصلحة العامة هي الإنتزاع . ويتم الإنتزاع حسب إجراءات دقيقة ضبطها المشرع بأحكام القانون عدد 85 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت 1976 المتعلق بمراجعة التشريع الخاص بالإنتزاع للمصلحة العمومية .

(1) إجراءات الإنتزاع .

181 - يتم الإنتزاع بأمر صادر عن رئيس الجمهورية خاصة الدولة أو مجالس الولايات أو البلديات أو غيرها من الجماعات العمومية (الفصل الأول من قانون 11 أوت 1976 المذكور) وكذلك لفائدة الوكالات العقارية (راجع القانون عدد 21 لسنة 1973 المؤرخ في 14 أفريل 1973 المتعلق بتهيئة المناطق السياحية والصناعية والسكنية).

وينشر أمر الإنتزاع بالرائد الرسمي لجمهورية التونسية (الفصل 12 من قانون 11 أوت 1976) ويوجه كذلك المنتزع نسخة مصابقة لأصل من أمر الإنتزاع إلى الولاية التي توجد بدائرتها العقار المنتزع وإلى المالك المنتزع عنه ذلك العقار (الفصل 13 من قانون 11 أوت 1976). كما ضبط المشرع إجراءات خاصة بالعقارات المسجلة أو التي هي بصدد التسجيل (راجع الفصل 34 وما يليه من القانون المذكور). وعلى المنتزع بعد ذلك اتباع إجراءات خاصة للحصول على حوز العقار المنتزع (راجع الفصول 16 إلى 20 من القانون المذكور).

(2) انتقال الملكية إلى المنتزع .

182 - "تنتقل الملكية إلى المنتزع بمفعول أمر الإنتزاع" (الفقرة الأولى من الفصل الثاني من قانون 11 أوت 1976 ، راجع تطبيق لهذا البند القرار التعقيبي المدني عدد 13533 عدد المؤرخ في 16 جوان 1986 المنشورة 1986 ج 11 ص 226). والملاحظ أن الملكية التي تنتقل حين نشر أمر الإنتزاع إلى الإدارة المنتزعة هي ملكية جديدة مطهرة من كل الحقوق الموظفة على العقار المنتزع بما في ذلك حقوق الرهن التي تنتقل إلى غرامة الإنتزاع.

وفي مقابل الإنتزاع يحق للمالك المنتزع منه ملكية العقار أن يتحصل على تعويض يتمثل في "غرامة عادلة" تحدد بحسب قيمة العقار مع مراعاة طبيعته والإستعمال المعد له في تاريخ نشر أمر الإنتزاع . ولتحديد هذه القيمة يبيع المشرع الاستناد إلى الأسعار الجارية أي المعمول بها بالنسبة إلى العقارات المماثلة الواقعة بالمنطقة نفسها . كما يجزئ المالك مسبق القيام بدعوى قضائية للمنازعة في تقدير غرامة الإنتزاع وله حين استرجاع ملكية العقار المنتزع منه إذا لم يستعمل من طرف المنتزع خلال أجل قدره خمسة سنوات من تاريخ أمر الإنتزاع .

ويستخلص مما سبق أن الإنتزاع يكسب بمفعول القانون ملكية جديدة للمنتزع . ويمكن أن تشير كذلك إلى حق بعض الدوائر العمومية في القيام بدعوى الحل محل المشتري (شفعة الوكالات العقارية - شفعة وزير المالية ...). ففي كل هذه الحالات يكون مفعول القانون أي إرادة المشرع هو

السبب المكسب للملكية خدمة للمصلحة العامة (تهيئة عمرانية - مشاريع اقتصادية - حماية جبائية ...) ويحق للمالك القديم الحصول على غرامة تعويضية عادلة .

ب - مآلات التملك من أجل المصلحة العامة :

183 - إن أهم هذه الحالات هي أولا حالة التملك المترتب عن التجاوز إلى أرض الغير وثانيا حالات أخرى نادرة التطبيق .

1) التجاوز إلى أرض الغير :

184 - نص الفصل 37 من مجلة الحقوق العينية على ما يلي : إذا أحدث مالك الأرض بناءات أو منشآت بأرضه وتجاوز عن حسن نية إلى جزء يسير بأرض ملاصقة فللمحكمة أن تملكه بهذا الجزء مقابل قيمة عادلة . يرفع هذا الفصل فرضا وحلا . ويتمثل الفرض في تحقق حالة سادية مبيتة . ويتمثل الحل في حق طلب التملك للمصلحة الخاصة (راجع في نفس الإنشاء الفصل 788 م.ج.م).

185 - أما الفرض فيعني توفر نوعين من الشروط : شروط تتعلق بالمالك وشروط تتعلق بالإحداثيات .

- أما الفرض فيعني قيام مالك أرض ملاصقة لأرض أحد الجوار بالبناء فوق أرضه ثم يتجاوز حدوده إلى عقار جاره بجزء يسير ويجب أن يتم هذا

عقار المحدث للبناء

عقار الجار

التجاوز عن "حسن نية" من قبل المالك المحدث للبناء ويعني ذلك أن يكون جاهلا بحدود ملكيته وأن يظن غلطا أنه بصدد البناء داخل تلك الحدود لا خارجها . ويتضح من هذا التعريف أن تقدير حسن النية من سوانها أمر واقعي يرجع للسلطة التقديرية لقضاة الأصل . على أنه يجب التذكير بقاعدتين أساسيتين في

هذا المجال :

- أن حسن النية مفترض وعلى من يدعي عكس إثباته .
- أن العبرة في تقدير حسن النية بتاريخ القيام بالبناء .
ويبقى للشارح صعوبة أخرى تتمثل في تدقيق معنى عبارة "جزء يسير" التي لم يعرفها المشرع . أن كلمة "يسير" تؤكد أن الصورة الواردة بالفصل 37 المذكورة تختلف عن الصور الثلاث الواردة بالفصل 36 المشار إليه أثناء فعله عكس ما يحدث في هذه الصور الثلاث فإن البناء يتم أساساً فوق أرض المحدث ومن قبله وبصفة فرعية وثانوية يقع التجاوز به إلى أرض جاري الملاصقة . وللقاضي السلطة التقديرية للتثبت من تحقق الصور المقصودة بالفصل 37 من مجلة الحقوق العينية وذلك بالإعتماد حسب الحالات على طبيعة البناء وعلى مساحة العقارين وعلى العادات السائدة بالمنطقة . وفي إحصاء المساحات التي نظر فيها فقه القضاء التونسي في هذا المجال ، لاحظ الأستاذ محمد سعيد أن مساحة "الجزء اليسير" المعتبر تتغير حسب الملابس الواقعية لكن نزاع (25 صم ، 75 صم ، متر واحد ...) (راجع في خصوص هذا الإحصاء ، محمد سعيد ، المرجع المذكور أنفاً ص 100 - 111 وفي خصوص المثال المتعلق بمساحة 75 صم (راجع وقائع النزاع بشأنه القرار التعقيبي المدني عد 713 ، المؤرخ في 13 جويلية 1976 النشرة 1976 ص 209).

186 - وأما الحل فيتمثل في إمكانية قيام المالك المحدث الذي لقضاء للمطالبة بتمليكه بذلك الجزء اليسير مقابل قيمة عادلة ونلاحظ في هذا الشأن أن المشرع يقر صراحة في هذا الحل ضرباً من ضروب "الانتزاع من أجل المصلحة الخاصة" . لكن يجب التنبيه إلى أن المشرع جعل التمليك خياراً للمحكمة إذ نص الفصل 37 المذكور على أن "للمحكمة أن تملك ... وهو ما يعني قيام حقها في الحكم بعدم سماع دعوى التمليك رغم توفر شروطها . لكن على المحكمة الموضوع في هذه الحالة أن تعلق ميلها لمثل هذا الحل (راجع القرار التعقيبي المدني الصادر في 13 جويلية 1976 المذكور أعلاه) .

(2) المالك الأخرى :

187 - يمكن أن نضيف إلى حالة التمليك الناتج عن التنازل إلى أرض الغير العديد من الحالات التي تكتسب فيها الملكية بمفعول التنازل ولقائمة المصلحة الخاصة . ومن ذلك الأمثلة الآتية :
- صورة تملك العقار بممارسة الشفعة : (أنظر لاحقاً فقرة 249 وما بعدها) .
- صورة التمليك المترتب عن حل الأحياس : نتج عن حل الأحياس الخاصة بصفة رجعية تمليك بمفعول القانون للمستفيدين من عملية تصفيتهما .
- صورة طلب التمليك الواردة بالفصل 51 من مجلة المياه (نالذ الأرض

الموظف عليها حق ارتفاق أن يطلب من المنتفع بذلك الحق شراء الأرض مقابل غرامة).

المبحث الثاني : الأحكام الخاصة بحوز المنقول

188 - يمتاز نظام اكتساب ملكية المنقولات بميزتين

189 - * تتمثل الأولى في انفراد المنقولات بسبب خاص لاكتساب الملكية وهو الإستيلاء L'occupation وقد أوضح الفصل 24 من مجلة الحقوق المدنية في شأن الإستيلاء أن "من وضع يده بنية التملك على منقول لا ملك له صار مالكا له". وأضاف الفصل ذاته أن المنقول يصبح لا مالك له "إذا تسلّس عنه مالكه بقصد التنازل عن ملكيته". وهو ما يعني وجوب ثبوت نية قصد التخلي عن ملكية المنقول من المالك القديم . فلو أنني تركت أمام منزلي جهاز تلفزة قديم بقصد التخلص منه جاز لمن وضع يده عليه بنية تملكه أن يكتسب ملكيته . ولو أن ذلك الشخص عثر على ساعة يدوية ضاعت مني لما أمكنه الإستناد إلى نظرية الإستيلاء وكسب ملكية ذلك المنقول الضائع .

190 - * وتتمثل الميزة الثانية في انفراد المنقولات بأحكام خاصة بحوزها تضمنتها الفصول 53 إلى 55 من مجلة الحقوق المدنية إذ نص الفصل 53 على أن "من حاز منقولا أو صبرة من المنقولات شبيهة حمل على أنه ملك ذلك بالوجه الصحيح وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته . ولا يحمل على الشبهة من علم أو كان من حقه أن يعلم عدد غوصله بالشيء المنقول أن المتوصل منه ليس له التصرف في ذلك" (أنظر كذلك الفصل 488 م.ا.ع.).

نقسم التحليل في شأن قواعد حوز المنقول إلى مسالتين تتعلق الأولى بمحتوى القاعدة الواردة بالفصل 53 المذكور (الفقرة الأولى) ونخص الثانية دعوى الإسترداد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : محتوى القاعدة الواردة بالفصل 53 م.ا.ع.

191 - لا يثير محتوى القاعدة الواردة بالفصل 53 المشار إليه جدلا فقها كبيرا إذ حصل الإجماع على أن هذه القاعدة الموجودة في جل القوانين الحديثة (راجع الفصل 2279 من المجلة المدنية الفرنسية : "En fait de meubles la possession vaut titre" وكذلك الفصل 835 من المجلة المدنية الجزائرية والمادة 976 من المجلة المدنية المصرية والمادة 307 من مجلة المحاكمات المدنية اللبنانية) تقوم في الحقيقة بوظيفتين متكاملتين .

١ - القاعدة تفيد اكتساب ملكية المنقول .

192 - فالحوز في المنقول سند titre ملكية للحائز من حسن نية . وهذه القرينة القانونية بسيطة تقبل الدحض بإثبات العكس : وعرفت السقرة الثانية من الفصل 53 المشار إليه حسن النية بصفة عكسية : فالحائز عن حسن نية هو الحائز الذي لا يعلم أو لم يكن من حقه أن يعلم عند توصله بالمنقول أن المتوصل منه لا يملكه . ويتضح من الفصل 53 المذكور أن المشرع يضع قرينة هامة تفيد بأن من حاز منقولا عن حسن نية اعتبر مالكا له . فهل يعني ذلك أن الحوز هو سبب من أسباب ملكية المنقول ؟ يصعب الإجابة عن هذا التساؤل بالإيجاب لأن الفصل 22 من مجلة الحقوق العينية لم يشر إطلاقا إلى الحوز . فهل أن القرينة الواردة بالفصل 53 المذكور تعني اكتساب ملكية بمفعول القانون ؟ يصعب كذلك الميل نحو هذا التفسير لأن الفصل 53 ورد في القسم الثالث من باب يحمل عنوانا عاما هو "التقادم" . ولعلنا نميل ، باعتبار موقع القاعدة ، إلى النظرية التي دافع عنها في الفقه الفرنسي الفقيهان Demolombe و Acollas وهي نظرية "التقادم الحيني" La prescription instantanée . فأحكام حوز المنقول وخاصة منها القرينة التي تضمنها الفصل 53 من مجلة الحقوق العينية تتبع - شكلا على الأقل - أحكام التقادم في مجلة الحقوق العينية . لكن يجب أن نقر بوجاهة النقد الموجه إلى هذه النظرية والمؤسس على تناقضها مع فكرة مرور الزمن والقدم التي ينبني عليها التقادم (راجع في خصوص هذا التبدل مؤلف Jean Carbonnier, op. cit. n° 79 p. 355 - 356 وكذلك الإنتقاد الوارد بمؤلف عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع المذكور صفحة 685) . وعلى أية حال فإنه يجب التنبيه إلى أن نطاق القاعدة الواردة 53 من مجلة الحقوق العينية لا يمتد إلى المنقولات المسجلة (سيارات ، طائرات بواخر ...) ، كما لا يمتد إلى بعض المنقولات التي حدد المشرع شروطا شكلية معينة للتفويت أيها كالأصل التجاري مثلا (راجع الفصل 190 من مجلة التجارية) .

ب - للقاعدة وظيفة إثبات .

193 - إن القاعدة الواردة بالفصل 53 المذكور تمثل قرينة قانونية بمسمة تعفي الحائز من إثبات ملكيته للمنقول الذي يحوزه - ووضحنا بطرائع استقراعية التي كرست هذه الأحكام الخاصة بحوز المنقول سعت إلى إخضاع المنقول إلى نظام يناسب سرعة تنقله من يد إلى يد وصعوبة إثبات ملكيته وهو ما أتى لقيام قرينة "الحوز سند للملكية في المنقول" . (حول أساس هذه القرينة ، راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء التاسع ، أسباب كسب الملكية ، فقرة 435 وما يليها ص 1114 وما يليها) .

لكن هذه القرينة القانونية بسيطة ولا تمنع المالك الأصلي للمنقول من دحضها وذلك بالقيام بدعوى استرداد .

الفقرة الثانية : دعوى استرداد المنقول

L'action en revendication du meuble

194 - حدّد الفصل 54 من مجلة الحقوق العينية الحائزين التي يجوز فيها القيام بدعوى الإسترداد وهما حالة الفقد (الضياع) وصادقة السرقة . فمضاض صالغ ساعته اليدوية ثم حازها علي بعد أن اشتراها ممن باعها عليها . علم بواقعة الضياع (فهو إذا حاز عن حسن نية) لأمكن لصالح دحض قرينة التملك التي يتمتع بها علي وذلك بالقيام بدعوى استرداد السائمة المقتردة بشرط أن يثبت واقعة الضياع .

وحدّد المشرع أجل القيام بدعوى الإسترداد بثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة (الفقرة الثانية من الفصل 54 م.ح.ع.) كما أن المشرع اعتنى بصورة خاصة وهي الصورة التي يتم فيها شراء المنقول في سوق أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثله . ففي هذه الحالة يحق للمشتري الحائز أن يطالب من المالك الأصلي الذي يسترد منه المنقول الضائع أو المفقود أن يؤدي له اللعن الذي دفعه عند الشراء (راجع الفصل 54 م.ح.ع. فقرة 3).

ونلاحظ أخيرا أن الفصل 55 من مجلة الحقوق العينية عسـط نظام التحسينات أو التغييرات المضافة للمنقول من طرف حائز . انفي صورة القضاء بالإسترداد لفائدة المالك الأصلي يحق للحائز أن يطالب الحكم له بالتعويض .

الباب الثالث : الملكية الشاعة L'indivision

195 - عرف الفصل 56 من مجلة الحقوق العينية الشاعين بأنه "اشتراك شخصين بأكثر في ملكية عين أو حق عيني غير مفرزة حصّة كل منهم" (راجع كذلك كذلك التعريف المشابه الوارد بالفصل 325 م.م. مصرية وبالفصل 713 م.م. جزائرية). ويبدو جلياً من هذا التعريف أن حالة الشاعين تعد استثناء لخاصية الإستثنائ وللطابع الفردي لحق الملكية . فالشاعين يمثل ملكية مشتركة بين مالكين مختلفين .

196 - وتسمح هذه الملاحظة بفهم الكانة المتميزة التي خضع بها الشاعين العادي في الأنظمة القانونية المكرسة للطابع الفردي لملكية والتي جعلت من الملكية المشتركة وضعية استثنائية مآنها الطبيعي الزوال . سير أن القانون

الوضعي الحديث شهد ظهور ثم تطور صنف جديد من الشـيـوع يتعلـق بـمـكـيـة
La copropriété des immeubles divisés par étages ou par
appartements التي أصبحت اليوم منتشرة في المدن وحتى في بعض القرى .
وفرض هذا التطور تعديلا للنظرة القديمة للشـيـوع .

197 - ونقسم على هذا الأساس تحليلنا لأحكام الشـيـوع إلى مبحثين :

- الأول مخصص للأحكام العامة للشـيـوع .

- والثاني مخصص للأحكام الخاصة ببعض أوجهه .

المبحث الأول : الأحكام العامة للشـيـوع

198 - نظم المشرع أهم جوانب حالة الشـيـوع فحدد حقوق المالكين اشركاء
(الفقرة الأولى) وواجباتهم (الفقرة الثانية) . كما بين أوجه انقضاء الشـيـوع
(الفقرة الثالثة) .

الفقرة الأولى : حقوق الشركاء

200 - إن المالك على الشـيـاع لعقار أو منقول لا يملك جزءا مفرزا منه بل
أنه يملك منابا مشاعا يمثل نسبته في ملكية المال المشترك . وتحدد هذه النسبة
بالرجوع إلى مصدر الشـيـوع . ففي الشـيـوع الناتج عن حلول الشراكة فإن هذه
النسبة تمثل حصة كل وارث في التركة . فلو توفي مثلا والد وترك أبناءه
الثلاثة فلكل منهم الثلث في التركة ولكل منهم - بالتالي - مناب مشاع قيمته
الثلث في ملكية المال الموروث . أما في الشـيـوع المتولد عن إيقاف أطراف
مختلفة ، فإنه يقع تحديد هذه النسبة في السند الإتفاقي ذاته . فإذا لم يبين
هذا السند مناب كل من الشركاء يحمل على التساوي بينهم . فلو اشترك زوج
وزوجته في شراء عقار فإن نسبة كل منهما تكون النصف في صورة عدم
التنصيب بكتب الشراء بصفة صريحة على نسبة كل منهما . وللشريك المالك
لحصة مشاعة الحق في إدارة المشترك أي الحق في استعماله والإنفاق به (أ) كما
له - بوصفه مالكا - الحق في التفويت والتصرف في منابه (ب) . وهذا يعني
أن المالك على الشـيـاع لا يفقد أي عنصر من عناصر ملكيته رغم القيود الناتجة
عن وضعيته الخاصة .

1 - الإدارة المعتادة للمشارك

201 - تشمل هذه الإدارة - كما رأينا - حق استعمال المشترك (أ) وحق
استغلاله (2) . كما تشمل حق اتفاق أغلبية الشركاء على ما يسمى بقسمة المهياة
(3) .

(1) استعمال المُشـرك :

202 - تضع مجلة الحقوق العينية في هذا المجال مبدأ واضحا لكنها تحقق به قيودا عديدة .

(1-1) المبدأ :

203 - نص الفصل 58 من المجلة المذكورة على أنه "لكل من الشركاء أن ينتفع بالشيء المشترك بقدر حصته" . ويترتب عن هذا المبدأ حق الشريك في استعمال المال وكذلك حقه في منع كل استبعاد في الإستعمال من طرف باقي الشركاء أو من قبل أحدهم إذ جعل المشرع من الاستيلاء على المشترك جريمة (راجع الفصل 277 من المجلة الجنائية وانظر القرار التعقيبي الجزائي عدد 4984 الصادر بتاريخ 9 مارس 1983 ، النشـرية ج 1 ص 190) كما مكن الشريك المتضرر من الاستبعاد في التصرف من طلب تسمية صار من الضماني لإدارة المشترك (أنظر مثلا القرار التعقيبي عدد 5274 الصادر بتاريخ 14 جانفي 1982 النشـرية 1982 ج 1 ص 138). كما للشريك الحق في القيام بأعمال الحفظ اللازمة لصيانة المشترك وإبقائه صالحا للإستعمال المأمور له .

(2-1) القيود :

204 يجب على الشريك أن يراعي في استعماله للمال المشترك حدود - على الشريك أولا أن لا يستعمل المشترك خلافا لطبيعته أو لأعماله . فإذا كان المشترك طريقا مثلا للشركاء الحق في المرور منه لكن لا يحق له الإنتصاب به أو القيام بحراثته . - وعلى الشريك ثانيا أن لا يستعمل المشترك بصفة تضرر بمصالح الشركاء وهذا يعني أن حق القيام بحفظ المشترك هو في الآن ذاته واجب لا يمكن المتريـك أن يتخلى عنه عند ممارسته لحق الإستعمال فإذا كان المشترك منزلا مثلا يجب على الشريك الساكن بجزء منه أن يقوم بأعمال الصيانة حتى يحافظ الساكن على قيمته ولا يتضرر بقية الشركاء . - وعلى الشريك ثالثا وأخيرا أن لا يتجاوز في استعماله حدود مناهيه وأن لا يمنع بقية الشركاء من استعمال المشترك . ويعني هذا استئالة القيام بأي وجه من وجوه الإستعمال المفضي إلي الاستئثار بالشيء كأن يسكن الشريك لوحده في المنزل المشترك .

(2) استغلال المُشـرك :

205 - للشريك الحق في الغلال الطبيعي المشترك بقدر مناهيه . كما للشركاء الحق في تسويغ المشترك إن كان قابلا لذلك وقسمة غلاته المدنية بينهم

كلّ بقدر حصّته (راجع الفصل 60 من مجلّة الحقوق العينية)

(3) الانتفاع على وجه المهايأة :

206 - قد تتفق أغلبية الشركاء على الوجه الأفضل لاستعمال أو استغلال المشترك . ولهذا السبب مكن المشرع هذه الأغلبية من فرض راسا - في هذا الشأن - إذا بلغت نسبتها الثلاثة أرباع (3/4) من قيمة الانصباء (الفصل 68 م.ع.م).

ولعلّ أهم وجه من أوجه هذا الإتفاق هو موافقة أغلبية الشركاء على الإنتفاع بالمشترك على وجه "المهايأة" وهو ما أباحه الفصل 67 من مجلّة الحقوق العينية . وتعني المهايأة تناوب الشركاء الانتفاع بجميع المال المشترك لمدة زمنية تناسب حصة كل منهم ، وهو ما يسمّى بالمهايأة الزمانية . وفي هذه الحالة يحقّ للشريك أو ينتفع لوحده بالمشترك طيلة المدة المحددة له . وليس عليه حينئذ أن يقدم لشركائه حسابا عما قبضه على أنّه لا يمكن له أن يفصل ما من شأنه أن يكون مانعا أو منقصا لحقوق بقية شركائه في المدة المهيأة لانتفاعهم (الفصل 67 المذكور). وتعدّ المهايأة الزمانية قسمة منفعة لا قسمة ملك فهي تنظيم للشئوع وليست قسمة نهائية .

وللإتفاق بالإنتفاع على وجه المهايأة مزايا عديدة أهمّها تيسير ظروف استعمال واستغلال المشترك بتفادي تزاخم الشركاء واستبعاد المشاكل العملية والقانونية الناتجة عن ذلك . لكنّ المشرع التونسي اقتصر في خصوص هذه الإمكانية على تنظيم المهايأة الزمانية في حين تشهد أنظمة أخرى ما يسمّى "بقسمة المهايأة المكانية" (راجع الفصول 847 و 848 و 849 م.م. مصرية) . وتتمثل المهايأة المكانية في الإتفاق على أن يحوز كل شريك جزءا من المشترك لمدة معينة وينفرد باستعماله واستغلاله دون أن يكتسب حقّ نهائيا على ذلك الجزء . ولعلّ هذه المهايأة بنوعيتها تمهّد لقسمة المشترك وتسمح بتفادي الاستبداد في استغلاله كما تحسّن من مردوده الإقتصادي .

ب - التصرف :

207 - يجب التفريق في هذا الشأن بين أمرين :

- التصرف في المناب

- والتصرف في العين .

(1) التصرف في المناب :

208 - نصّ الفصل 69 من مجلّة الحقوق العينية على أنّه "لكلّ من الشركاء بيع منابه وإحالاته ورهنه والتفويت فيه بعوض أو بدونه إلا إذا كان حقّه مختصا

بذاته". وعملا بهذا المبدأ يحقّ مثلا للشريك الذي يملك الثلث من الملكية اشخاصة لعقار أن يبيع منابه لأحد شركائه أو للغير . وهو ما يعني أن نقله محلّ محله في ملكية المناب فيضمّه إلى منابه إن كان شريكا أو ينضمّ إلى الشركاء إن كان غيرا . على أن المشرّع مكّن بقية الشركاء من إزاحة الخلف المشعري النريب عنهم بممارسة دعوى "الشفعة" أي بطلب الحل محلّ ذلك المشعري في ملكية المناب المبيع ، وسنّفصل أحكام الشفعة لاحقا .

وإذا كان للشريك الحقّ في بيع منابه فلا يحقّ له تجاوز هذا مناب أي بيع جزء من منابات غيره من الشركاء إذ يبطل عقد البيع في هذه الدسرة . عزّينا (لكن راجع القرار التعقيبي المدني ع1257 ادد الصادر في 22 أفريل 1985 النشربة 1986 ج 1 ص 152 والمجلة القانونية التونسية 1988 ص 61 مع تعليق للأستاذ علي الجلولي).

(2) التصرف في العين المشتركة :

209 - نعني بالتصرف التصرف القانوني أي بيع لمشارك أو التفويت فيه بأيّ وجه من الوجوه . وفي هذا الشأن أراد المشرّع منع أي استبداد من طرف الشريك أو حتى أغلبية الشركاء إذ نصّ الفصل 69 من مجلة المرقق العينية على أنّه "لا تجبر الأقلية على قبول قرارات الأغلبية إذا كانت تتعلّق بالتفويت في المشترك وتسري القاعدة كذلك على القرارات القضائية بإدخال تعديلات على المشترك أو بإبرام التزامات جديدة . ويستخلص من هذا النصّ أن التفويت في المشترك يقتطّب موافقة جميع الشركاء أي إجماعهم .

الفقرة الثانية : واجبات الشركاء

210 - تتمثّل واجبات الشركاء - بالإضافة إلى ما سبقّت الإشارة إليه من قيود متعلّقة بالإدارة العادية للمشارك - في تحديد نظام المصاريف وخاصة كيفية المساهمة فيها (أ) وكذلك في تحديد نظام الإحداثاات المقامة من طرف شريك واحد في المشترك (ب).

1 - نظام المصاريف :

211 - يمكن تصنيف مصاريف المشترك إلى أربعة أنواع

(1) المصاريف الناجمة عن التصغير في حفظ المشترك :

212 - على كل من الشركاء الإعتناء عند استعمال أو استغلال المشترك

بحفظه كاعتناؤه بملكه الخاصّ وإذا حصل منه تقصير فعليه ما ينشأ عن تفصيله

أي أنه يصير ملزماً بتعويض كافة المصاريف الناجمة عن الضرر الحاصل للمشارك (راجع الفصل 63 م.ح.ع.) فإذا تعطبت قنوات المياه مثلاً وأعمال الشريك المستعمل للمشارك إصلاحها فعليه التعويض عن التقصير الحاصل منه.

(2) المصاريف الضرورية لحفظ الشرك ولصالحته

213 - تحمل هذه المصاريف على كافة الشركاء بقدر عنايتهم ولكلّ منهم أن يلزم الباقين بالمساهمة في تحمل هذه المصاريف حتى يبقى الشرك صالحاً لما أعدّ له (راجع الفصل 64 م.ح.ع.) فإذا تعطّب جرّار فلاحي مثلاً فعلى كافة الشركاء المساهمة في مصاريف إصلاحه.

(3) المصاريف المحمّلة على الشرك

214 - تحمل على العين المشتركة عدة مصاريف كالآداءات وبغيرها . وعلى كلّ شريك دفع ما يناسب منابه لتحمل تلك المصاريف (راجع الفصل 65 م.ح.ع.) فإذا تعلّق الأمر بعقار مثلاً كان على كافة الشركاء خلاص الآداءات البلدية الموظّفة عليه (راجع في خصوص الإلتزام بدفع مصاريف الضرائب المحمّلة على المشترك القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 3 ج نفي 1967 تحت عدد ص 41).

(4) المصاريف النافعة التحسينيّة

215 - يختلف الأمر بالنسبة لهذا النوع من المصاريف إذ لا يلزم الشريك بأداء منابه منها للشريك الذي صرفها إلا إذا أذنه بصرفها صراحة ، كان يرخص له في ذلك كتابة ، أو دلالة ، وكان يعين على تنفيذ الأعمال موضوعها (راجع الفصل 66 م.ح.ع.) ومن المصاريف النافعة التحسينيّة ما يصرف مثلاً لتجويض بلاط المنزل المشترك وجعله من المرمر الرقيق (أنظر في خصوص هذا الصنف من المصاريف الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بالهدية بتاريخ 16 أكتوبر 1961 القضاء والتشريع 1962 عدد ص 76).

ب - نظام الامدائات

216 - وضع المشرّع في هذا الشأن مبدأ ثم بيّن الحليل المنطقية في صورة مخالفته .

(1) البدء ، على الشريك أن يمتنع عن إقامة أية امدائات بالشرك ،

217 - نصّ الفصل 62 من مجلة الحقوق العينية على أنه ليس لأحد الشركاء أن يحدث شيئاً بالمشارك . وبالتالي لا يحقّ للشريك أن يهني مثلاً

منزلاً في العقار المشترك . والملاحظ أن المشرع لم يبيّن طبيعة هذه الأحداث . فهل تشمل البناءات والمنشآت والمغروسات كما هو الشأن في نذاريّة الإلتحاق أم أنّ إرادة المشرع اقتصرّت على البناءات ؟ تصعب الإجابة عن هذا السؤال أولاً خاصة وأن الترجمة الفرنسيّة للفصل 62 المذكور أوردت كلمة Innovation وهي تعني التجديدات المدخلة على المشترك لكن بالتمعّن في الحلّ أو ردة في صورة مخالفة المبدأ المذكور يمكن القول بأن المقصود بالأحداث هي البناءات والمنشآت .

(2) الحلّ النطبقة في صورة مخالفة المبدأ :

218 - يفرق المشرع في هذه الصّورة بين افتراضين :

(1-2) الأعدائات أقيمت بمشترك قابل للقسمة :

إذا كان الأمر كذلك يقسم المشترك فيما أن تقع الأحداث في مناب المحدث فيملكها . وإما أن تقع في مناب غيره فيخير ذلك الشريك بين إلزام شريكه المحدث بإزالة ما أحدثه على نفقة هذا الأخير ، مع غرم الضرر إن قضى الحال ، وبين أداء ثمن المواد وأجرة اليد العاملة بدون التفتات لما قد يحصل من الزيادة في قيمة الرقبة بسبب المحدثات .

(2-2) الأعدائات أقيمت بمشترك غير قابل للقسمة :

في هذه الصورة يحق لبقية الشركاء نفس الخيار . فإذا اختاروا أداء ثمن المواد وأجرة اليد العاملة فإنّ كلا منهم يدفع نصيبه في المشترك وإذا اختلفت بقية الشركاء فالقول قول الأغلبية على أساس قيمة الانصباء .

الفقرة الثالثة : انقضاء الشّيوخ

219 - ينقضي الشيوخ :

- بهلاك المشترك
- أو بخروج الملكية من أيدي كامل الشركاء
- أو بانحصار جميع الانصباء بيد أحد الشركاء
- أو بالقسمة
- أو بالتراد فيما لا ينقسم . (راجع الفصل 70 من مجلة الحقوق العينية).

تلك هي أسباب انقضاء الشيوخ ويضيف الفصل 71 من نفس المجلة مبدأ هاماً في هذا المجال : لا يجبر أحد على البقاء في الشيوخ . ويبدو من هذا المبدأ أنّ المشرع ترك الحرية للشريك لينتهي حالة الشيوخ بل وجعل من هذا المبدأ

قاعدة تهم النظام العام إذ اعتبر الشرط المخالف لها شرطا لاغيا (النفرة الأولى من الفصل 51 المذكور). وهو ما يعني مبدأيا استحالة الإتفاق على إبقاء الشيوع. لكن أباح الفصل ذاته للشركاء إمكانية الإتفاق على عدم القسمة مؤقتا أي لزمان محدود. وضبط هذا الإستثناء بشروط مختلفة تتمثل في ضرورة أن يكون هذا الإتفاق كتابيا وأن لا تتجاوز مدته خمسة أعوام لا تتجدد عند انتهائها إلا بكتب آخر. ومكن كذلك الفصل المذكور المحكمة من حق لحكم بإفسخ مثل هذا الإتفاق وإجراء القسمة متى وجد سبب معتبر.

220 - فهل تعنى هذه الشروط أن المشرع "يحترز" مبدئيا من الشيوع ويعتبره أمرا سلبيا يستحسن أن يدوم؟

لا يمكن الجزم بمثل هذا التوجه إذ يبدو أن السياسة التشريعية في هذا المجال تهدف إلى تحقيق ثلاثة أهداف مختلفة:

- أولا : تأكيد المبدأ القائل بأن حق الملكية حق فردي يتسكن المالك الشريك من حق طلب إنهاء حالة الشيوع للإستئثار بملكيته. وهو ما يفسر تكريس مبدأ عدم جبر الشريك على البقاء في الشيوع وكذلك قاعدة عدم سقوط دعوى القسمة بمرور الزمن (راجع الفصل 129 م.ج.ع. والقرار التقييبي المدني عد8040د صادر في 16 نوفمبر 1971 النشرة ص 106).

- ثانيا : تيسير انقضاء الشيوع خاصة عند فقد الإنسجام أو حتى الرغبة في بقاء الإشتراك بين الشركاء. فالشيوع غير المنظم خطر قانوني واجتماعي واقتصادي. وهذا الإتجاه يفسر رغبة المشرع في الحد من حرية الشركاء في الإتفاق على عدم القسمة لمدة زمنية طويلة - وذلك للتأكد من دوام الإنسجام بينهم.

- ثالثا : نلاحظ في المقابل أن المشرع تفتن إلى أن تيسير القضاء على الشيوع يؤدي إلى إفراز المنايات وبالتالي إلى تشتيت ملكية المشترك خاصة إذا كان ذلك المشترك عقارا فلاحيا. ويمثل هذا التشتيت خطرا محققا من البناحية الاقتصادية. ولم نستغرب ظهور أحكام جديدة تشجع الشركاء على إبقاء الشيوع كما ورد في الفصل 32 من القانون عدد 83 لسنة 1987 المؤرخ في 31 ديسمبر 1987 الذي نص على أنه تعفى من معلوم النقل إثر الوفاة، نقل ملكية العقارات الفلاحية من الأسلاف إلى الأعقاب وبين الأزواج وبين الأموة والأخوات شريطة أن يستظهر الورثة بالتزام ينص على إبقاء ملكية العتاترات المشتركة بينهم واستغلالها بصفة جماعية مدة خمس عشرة (15) سنة على الأقل.

لا نرى في تزامن هذه الأهداف الثلاثة مفارقة ولا تناقضا بل يمكن القول بأن موقف المشرع التونسي من الشيوع يتلخص في فكرتين متكاملتين:

- التصدي للشيوع "المنهار" أو المؤدي لتشتيت مفرط للملكية بتيسير القضاء عليه أو تجاوز سلبياته.

- تشجيع الشيوخ "المنظم" في حالات معينة .

221 - تبقى القسمة أهم سبب لانقضاء الشيوخ فنخصها بالاحتليل الخبيث
شروط انجازها (أ) ثم آثارها (ب) .

1 - إيجاز القسمة

222 - إن حق طلب القسمة هو تأكيد للمبدأ القائل بأن الشريك لا يجبر
على البقاء في الشيوخ . فالقسمة تهدف للخروج من الشيوخ (حول هذا المبدأ
راجع القرار التعقيبي المدني ع16554 عدد الصادر بتاريخ 27 أكتوبر 1986
النشرية ج 2 ص 255) . وتتم القسمة إما بالتراضي أو بالتقاضي . وهي
الصورة الثانية تخضع دعوى القسمة لأحكام خاصة .

1) طبيعة القسمة

تكون القسمة إما رضائية أو قضائية .

223 - القسمة الرضائية

يمكن أن تتم القسمة بالمرضاة بين كافة الشركاء (راجع مثلاً القرار
التعقيبي المدني ع13346 عدد الصادر بتاريخ 6 مارس 1986 النشرية 1986
الجزء الأول صفحة 181) . ولكن المشرع يشترط في هذه الصلوة أن يتم هذا
الإتفاق بكتب ويعد الكتب شرط إثبات لا شرط صحة (راجع الفصل 116 م.ح.ع
وراجع القرار التعقيبي المدني ع5765 عدد الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 1970 ص
26) . ولم تكن القسمة الرضائية تخضع لهذا الشرط قبل سنة 1963 أي قبل
دخول مجلة الحقوق العينية حيز التنفيذ وهو ما يعني جواز القسمة المذكورة أي
الشفاهية الحاصلة قبل ذلك التاريخ (أنظر مثلاً في خصوص أحكام القسمة قبل
1965 القرار التعقيبي المدني ع13324 الصادر بتاريخ 25 مارس 1986
النشرية 1986 الجزء الأول ص 173) ، وهو ما يعني أيضاً عدم صحة القسمة
الذكرية منذ 1965 (راجع في هذا الشأن القرار التعقيبي المدني ع11789
الصادر بتاريخ 13 أبريل 1976 النشرية 1976 الجزء الأول ص 180) . وتتم
القسمة الرضائية على حسب ما يتفق عليه الشركاء الذين لهم الأهلية التصرف
في حقوقهم (أنظر الفصل 116 م.ح.ع) . فالقسمة عقد يشترط فيه شرف أهلية
الأطراف المبرمة له .

224 - القسمة القضائية

تجرى القسمة القضائية إثر قيام أحد الشركاء بدعوى في طلبها . وتختص
المحكمة الابتدائية بالنظر في دعاوى القسمة (الفصل 117 م.ح.ع) . وإذا كان في
الدعوى مؤلف على أو غائب سواء كان مدعياً أو مدعى عليه فلا يتوقف نائبه
على

على إذن خاص. لكن إذا اختلفت مصالح المولى عليه أو الغاشد، مع مصالح من يمثلها قانونا عيّن مقدّم وقتي بإذن على العريضة لإتمام القسمة حفاظاً على مصالح المولى عليه أو الغائب (راجع الفصل 118 م.ج.ع.).
ويدعونا هذا التقديم العام للقسمة القضائية إلى تفصيل بعض أحكام الدعوى الرامية إليها.

(2) أحكام دعوى القسمة :

225 - رأينا أن دعوى القسمة لا تسقط بمرور الزمن ويعني ذلك أن المشرع لا يضع أجالا للقيام بمثل هذه الدعاوى. ووضعت مجلة الحقوق العينية صنفين من الأحكام لدعوى القسمة. يتمثل الصنف الأول في "الأحكام المشتركة" أي في الأحكام التي تسري على كلّ دعاوى القسمة مهما كان مصدر الشئوع (راجع الفصول 116 إلى 130) ويتمثل الصنف الثاني في الأحكام الخاصة بقسمة التركات (راجع الفصول 131 إلى 141).

226 - الأحكام المشتركة :

تتولّى المحكمة الابتدائية التعهد بالنظر في دعوى القسمة ويجب فيها حسب الصورتين الآتيتين :

* إذا أمكنت قسمة الميثرك عينا : تتولّى المحكمة حسب أحكام الفصل 119 م.ج.ع. ضبط نصيب كلّ شريك وفرز ما يمكن أن يمتاز به من الأعيان المشتركة مراعية في ذلك مصلحة المشترك والشركاء وإمكانية استغلال كلّ مناب بأكثر منفعة (حول وجوب البحث عن المصلحة المذكورة ، راجع خاصة القرار التعقيبي المدني ع15769 عدد الصادر بتاريخ 3 جوان 1986 النشيرة 986 : الجزء الثاني ص 228 ، والقرار التعقيبي المدني ع15606 عدد الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1986 ، النشيرة 1986 الجزء الثاني ص 253).

وقد يتعذر تمييز كل شريك بكامل منابه عينا فتقدّر المحكمة له مبلغاً من النقود لتعديل القسمة يسمى "شائطا" Soulte .

* إذا لم تمكن القسمة عينا أو إذا كان من شأنها إحداث ندم كبير في قيمة المشترك : تقرر المحكمة بيع ذلك المشترك المراد قسمته صفقة بالمراد (النصل 120 م.ج.ع.). ويجرى البيع على مقتضى القواعد المقررة لبيع المنقول أو تثبتت العقار. ومكّن المشرع الشركاء من حصر المزايدة فيما بينهم وذلك إذا أجمعوا على ذلك فتجرى تلك المزايدة بدون لزوم للإشهار . وإثر البيع يوزع الثمن على الشركاء كلّ حسب نصيبه (الفصل 120 المذكور).

227 - الأحكام الخاصة بقسمة التركات :

تتمثل هذه الأحكام في خمس قواعد أساسية :

أولا : وضع الفصل 131 من مجلة الحقوق العينية القاعدية الآتية : في مادة التركات القسمة بالقيمة لا قسمة رقاب وتهدف هذه القاعدة إلى تفادي تجزئة الأعيان المتكوّنة منها التركة فتقسّم وتوزّع بين الشركاء حسب قيمتها .

ثانيا : مكّن الفصل 134 من نفس المجلة الورثة من أن يتفقوا بإجماع على بيع المشترك صفقة بغير الطريقة المنصوص عليها بالفصل 120 أي بغير مزايدة بينهم .

ثالثا : مكّن المشرّع الوارث من حقّ طلب تعيين مصفّي لتركته يتولّى إقامة حجة الوفاة وضبط التركة وإدارتها وإعداد مشروع لتقسيمها (البصول 135 إلى 139 م.ح.ع.).

رابعا : سعى المشرّع لحماية "المستغلّ الفلاحي أو الصّناعي أو التجاري" الموجود بالتركة وذلك بتمكين المحكمة من تخصيص أحد الورثة بها "بحسب ما تقتضيه المصلحة" وهو ما يسمّى "التخصيص بالافضلية" Attribution préférentielle (راجع الفصل 140 م.ح.ع.) (راجع القرار التفسيري المدني عد 7766 عدد الصادر في 18 ماي 1971 النشريّة 1971 ص 7).

خامسا : خصّ المشرّع "الأوراق العائلية أو الأشياء التي تتّصل بعاطفة الورثة نحو المورث" بحكم خاص إذ ورد بالفصل 141 من مجلة الحقوق العينية أنّه يمكن للورثة أن يتفقوا على قسمة تلك الوثائق وإلا فللمحكمة أن تقرر بينها أو إعطاءها لأحد الورثة مع مراعاة الظروف الشخصيّة للورثة والعرف .

ب - آثار القسمة :

228 - يمكن تلخيص هذه الآثار في قاعدتين أساسيتين :

- المفعول الكاشف للقسمة

- الحقّ في طلب نقض القسمة .

1) المفعول الكاشف للقسمة L'effet déclaratif du partage

229 - عبّر الفصل 123 من مجلة الحقوق العينية عن هذه بكلّ وضوح إذ نصّ على ما يلي : "يعتبر كل من المتقاسمين مالكا للحصة التي لت إليه أو لما حصل له من بيع الصفقة منذ أن كان مالكا من أول الشّيوع رأسه لم يملك غيرها من بقية الحصص". وتعني هذه القاعدة أنّ للقسمة أثرا كشافا أي أنّ لآثارها مفعولا رجعيّا فالشريك المتقاسم يعتبر مالكا لما تمّ تخصيصه له نسيباً ومالك ذلك الجزء منذ لحظة بداية الشّيوع . ولنضرب لذلك مثلاً : مات عالي سنة 1936 وترك ثلاثة أبناء : صالح وأحمد وزيد . وخلف ثلاثة عقارات : دكان ومنزل وضيعة ثم اقتسم الأخوة الثلاثة تركة والدهم بعد أربع سنوات أي سنة 1990 . وكان الدكان من نصيب صالح . في هذه الحالة أنهت القسمة اجراء سنة 1990 حالة الشّيوع التي بدأت سنة 1986 . لكن لمفعول القسمة بالنسبة

للمتقاسمين أثر رجعي فصالح مثلا يعتبر مالكا للدكان منذ سنة 1986 لا منذ 1990.

(2) حق طلب نقض القسمة :

230 - لحماية المتقاسمين والغير وضع المشرع مبدأ يتمثل في أن تقسمة الرضائية أو الحكمية تعد بآنة لا رجوع فيها (الفصل 125 م.ح.ع.).
لكن المشرع استثنى من هذا المبدأ حق طلب نقض القسمة بسبب الإكراه أو الغلط أو التفرير أو الغبن إذا تعلق هذا الأخير بمناب من ليس له أهلية التصرف وكان الفرق في القيمة الربع (1/4) . وتقام دعوى النقص في أجل عام من تاريخ وقوع القسمة . فإذا نقضت رجع كل من المتقاسمين إلى الحالة التي كان عليها قبل القسمة إلا إذا ترتب حق للغير بعوض بوجه لا يعلم عيبه (راجع الفصول 125 و 126 و 127 م.ح.ع.).

المبحث الثاني : الأحكام الخاصة ببعض أوجه السيور

231 - نظمت مجلة الحقوق العينية مسألتين ، في باب الشيوخ بصفة خاصة قواعد الحائط المشترك (فقرة 1) وقواعد ملكية الطبقات (فقرة 2) . وتضمن القانون عدد 91 (وأصبح 94 بعد إصلاح غلط لسنة 1998 الورع في 9 نوفمبر 1998 قواعد نظام الاشتراك في الاملاك بين الزوجين (فقرة 3).

الفقرة الأولى : الحائط المشترك Le mur mitoyen

- نتعرض لتعريفه (أ) ثم لخصائصه (ب) .

1 - تعريفه :

232 - عرف الفصل 72 م.ح.ع. الحائط المشترك على النحو الآتي : حائط في مدينة أو ريف فاصل بين بنائين إلى حد اتصالهما أو بين بنائين أو بستانين أو بين مزرعتين مسيجتين يعد حداً مشتركاً ما لم يقر عرفاً أو دليل على خلافه.

ويستخلص من هذا التعريف أن المشرع يضع قرينة قانونية تقبم استلزام على أن الحائط مشترك عند توفر شرطين :

* أن يكون الحائط فاصلاً بين عقارين إلى حد اتصالهما . يعني ذلك أن القرينة لا تقوم إلا إذا ثبت مادياً تلاصق العقارين وقانونياً بملكوتهما من شخصين مختلفين وهو شرط يفهم ضمناً من التعريف الوارد أعلاه (راجع في هذا

الإتجاه، عبد الرزاق أحمد السَّنهوري، المرجع المذكور، صفحة 981 (599 عدد).
كما أورده صراحة الفصل 82 من مجلة الحقوق العينية.
* أن يكون الفصل بين العقارين تمّ فعلاً زمن إحداث الحائط : وبغض ذلك أن
يكون الحائط قد فصل بين العقارين منذ إنشائه ، فإذا أنشئ حائط لم يكن
هناك الا بناء واحد (قطعة واحدة من الأرض يشيد فوقها منزل ، حائط بمنازل)
فإن الحائط لن يكون حائطا مشتركا لو تمّ بعد ذلك فصل العقارين (بغض عن
غير المبني) . ففي هذه الصورة يكون الحائط ملكا لصاحب المنزل (راجع كذلك
عبد الرزاق أحمد السَّنهوري ، المرجع المذكور).
وعلى كل حال ، فالقرينة القانونية التي يضعها الفصل 72 من قانون
بسيطة .

ب - خصوصية أحكامه :

233 - أما خصوصية الأحكام المتعلقة بالحائط المشترك ، كدفع مساحة
ملكيتها ، فتتمثل أساسا في تدقيق المشرع لأحكام بعض التصرفات المشاعية بهذا
الوجه من الملكية المشاعة ومن بينها :

1) البناء على الحائط المشترك :

234 - يمكن لكل شريك أن يقيم على الحائط المشترك بناء إضافيا على
شرط أن يتم ذلك البناء على الجهة الموالية لعقار انشريك لمحدث البناء إلى حد
نصف سمك الحائط . لكن يمكن تجاوز هذا الحد بالحصول على رخصة كتابية من
الشريك لمالك على الشئاع معه (أنظر الفصول 76 و 80 و 81 م.ج.ع.).

2) تعلية الحائط المشترك :

235 - يمكن للشريك أن يقوم بالتعلية على شرطين أولا أن يتحمل الحائط
ماديا التعلية أي أن لا تؤدي العملية إلى انهياره . فإذا لزم دعم الحائط لأعلي ،
تمّ ذلك على نفقة الشريك الرأغب في التعلية . ويأخذ الجزيء اللازم للزيادة في
سمك الحائط من عقار ذلك الشريك (راجع الفصل 78 م.ج.ع. - ثانيا . أن يتحمل
الشريك المحدث للتعلية مصاريفها . وفي هذه الصورة تصبح التعلية ملكا خاصا
للمشريك المحدث إل إذا عرض الشريك الآخر دفع نصف تلك المصاريف فيصبح إذ
ذاك مالكا على الشئاع للتعلية .

3) المساهمة في مصاريف إصلاح الحائط أو إعادة بنائه :

236 - لم يخالف المشرع الأحكام العامة للشئوع فيما يتعلق بدسجة
المساهمة في المصاريف المذكورة إذ تحدّد هذه النسبة بحسب حصة كل شريك في
ملكية الحائط . لكن المشرع مكّن الشريك الذي لا يرغب في المساهمة في هذه
المصاريف من ترك حقه في الحائط للحصول على إعفاء منها (راجع الفصل 75

·(·ع·ح·م·)

La copropriété des **ملكية الطبقات** :
immeubles divisés par étages ou appartements

237 - يقصد بملكية الطبقات أو الشقق أو المحلات ملكية العمارة أو مجموعة العمارات التي تتعدّد طوابقها أو شققها أو محلاتها وتكون ملك ماكين مختلفين بحيث يعدّ هؤلاء شركاء في ملكية الأرض والأجزاء المشتركة وفي الآن ذاته يتمتعون بحق فردي في الأجزاء المفروزة (راجع الفصل 85 جديد، م.ج.ع.).

238 - ويمتاز هذا الصنف من الشيوع بتزامن وتكامل جهتي الملكية المذكورين :

- ملكية مشاعة للأجزاء المشتركة
- وملكية خاصة للأجزاء المفردة .

كما لا يجب أن نرى في ملكية الطبقات حقاً عينياً خاصاً إذ يتعلّق الأمر بحق الملكية دون سواء . فملكية الطبقات تمثل وجهاً حديثاً للملكية الشائعة لا غير (حول المصادر التاريخية لهذا الشّيوع يراجع بالنسبة للقانون الفرنسي J. CARBONNIER op. cit. n° 60 p. 276) ، وبالنسبة للفقه الإسلامي الذي يشهد نظاماً يشبه نظام ملكية الطبقات إذ يتركز على التفرقة بين "العلو" أم هو (فوق) و"السفل" (البناء السفلي) راجع خاصة : أحمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية ، 1986 م ص 106 وما يليها . وراجع كذلك أصداء ذلك النظام بالفصل 573 م.إ.ع. فيه ملاحظة أنّ الفقه الإسلامي يفرّق بين حقّ العلو وحقّ الهواء وحقّ الملكية).

لقد ذكرنا أن القانون الوضعي يعتبر ملكية الطبقات ضرباً من ضروب الملكية عموماً فهي تنظيم خاص لحق الملكية (i) تفرضه ضرورة الإبقاء على جانب الشئوع بصفة إجبارية ليدوم ولتتحقق ممارسة مالكي الشقق أن الطوابق لحقوقهم الفردية . ومن هذه الزاوية يمكن القول بأن ملكية الطبقات هي كذلك مؤسسة قانونية تتمتع بأجهزة خاصة تضمن ممارستها ودوامها (ب) .

١ - ملكية الطبقات تنظيم حق الملكية :

239 - يقوم النظام القانوني للملكية الطبقات على تحديد طبيعة حق الملكية لكل مالك ويشمل هذا الحق في الآن ذاته ملكية مفردة "Parts privatives" و ملكية أجزاء مشاعة لأنها مشتركة "Parts communes".

(1) ملكية الأجزاء المفردة :

240 - بعد هذا الجانب من ملكية الطبقات أقرب وجه الحق الملكية الفردية

بمفهومه العام إذ يمارس المالك حقّه ويستأثر به لوحده ذلك أن الأجزاء المفروزة أجزاء معدّة لاستعمال صاحبها فحسب (داخل الشقة ذاتها : بيوت - صيغ - ممرات داخلية - شرفات ...). على أن استعمال هذا الجزء المفروز لا يمكن أن يكون مضرّاً بملكيّة بقية المالكين بالعمارة .
وعلى أيّ حال فإنّ ملكيّة الأجزاء المفروزة تعدّ الأصل في حين تنسحبها ملكيّة الأجزاء المفروزة فكلّ تفويت أو قسمة أو إنشاء حقّ عينيّ يتعلّق بموضوع ملكيّة الجزء المفروز يشمل بالضرورة ملكيّة الأجزاء المشتركة التابعة له .

(2) ملكيّة الأجزاء المشتركة :

241 - حدّد المشرّع مفهوم الأجزاء المشاعة إذ نصّ الفصل 85 (جديد) من م.ح.ع. ، بعد تنقيحه بموجب القانون عدد 68 لسنة 1997 المؤرخ في 27 أكتوبر 1997 على ما يلي : « إذا كانت العمارة أو مجموعة العمارات ملكاً لعدة أشخاص ومشمّلة على عدة طبقات أو شقق أو محلات تجارية أو مهنية أو غيرها وبعك إلا سها شخص واحد أو أكثر، عدوا شركاء في ملكية الأرض المقام عليها البناء وفي أجزائه المشتركة غير المخصصة للاستعمال الخاص لأحدهم أو لمنفعت. وتعتبر مشتركة أجزاء الماني وكذلك الأراضي والمساحات والفضاءات والممرات والمعابر والتجهيزات والقنوات وبيوت الحراسة والمساحات والسطوح والصحون وغيرها من الأجزاء والعناصر المخصصة لاستعمال أو لخدمة كافة الشركاء أو بعضهم ما لن ينص على خلاف ذلك بسند التملك . والحوافز الفاصلة بين شقتين أو سطحين تكون ملكيتها مشتركة بين مالكيها. وتنطبق هذه الأحكام والتي تليها على المركبات، السيارات التي تكون وحدة معمارية متكاملة تختص بأجزاء ومرافق مشتركة على معنى الفقرة الثانية من هذا الفصل . وتخضع ملكيّة الأجزاء المشتركة إلى الأحكام العامة للشئوع . لكن النظام الخاص بملكيّة الطبقات يحتم مراعاة قواعد أخرى تتعلّق أساساً بمسئولة وإدارة الأجزاء المشتركة حتى يمكن للشركاء التعايش في العمارة وممارسة حقّهم في الملكيّة بانسجام .

ب - ملكيّة الطبقات إدارة لشئوع مستمرّة :

242 - لا يجوز قطعاً طلب قسمة الأجزاء المشتركة أو بيعها وكلّ شرط مخالف لذلك يعدّ لاغياً (الفصل 100 م.ح.ع.). ويترتّب عن هذه القاعدة الأمر وجوب اعتبار الشئوع مستمراً في ملكيّة الأجزاء المشتركة وهي ما يحتمّ تنظيم إدارة هذه الأجزاء وتقوم هذه الإدارة على الأسس الثلاثة الآتية .
- نظام الاشتراك في الملكيّة .
- نقابة المالكين .
- رئيس النقابة .

(1) نظام الاشتراك في الملكيّة :

243 - يعتبر نظام الملكيّة المشتركة بمثابة قانون أساسي Statut يضبط

قواعد إدارة الأجزاء المشتركة وبصفة أعم حسن الإنتفاع بالعقار المشترك . ونص الفصل 90 (جديد) من م.ج.ع. على أنه «على نقابة المالكين أن تعتمد نظاما يطلق عليه "نظام الإشتراك في الملكية" يتضمن تفصيل وتحديد وتشخيص الأجزاء المشتركة، ويضمن حسن الإنتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته . وهذا النظام يلزم جميع المالكين وكل من انجر له حق منهم في العنقار، وذلك طبق نظام نموذجي يصادق عليه بأمر بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالشؤون العقارية . ويمكن أن تضاف إلى نظام الإشتراك في الملكية قواعد خصوصية تستجيب إلى خصائص العقار المشترك ، تتم المصادقة عليها من قبل مجموعة المالكين بالأغلبية المنصوص عليها في الفصل 91 من هذه المجلة والإجراءات الحدة بنظام لإشتراك في الملكية . وتودع نسخة من نظام الإشتراك في الملكية بمقر الجماعة المحلية الكائن بدائرتها العقار . كما تودع نسخة أخرى منه لدى إدارة الملكية العقارية إذا تعلق الأمر بعقار مسجل للتنصيص عليه بالرسوم العقارية المعينة . ويجوز اشتراط التحكيم فيما يتعلق بالنزاعات الناتجة عن تطبيق هذا النظام ».

(2) نقابة المالكين :

244 - نص الفصل 89 (جديد) من م.ج.ع. على أنه «تكون رجيوبا وبحكم هذا القانون مجموعة المالكين المشار إليهم بالفقرة الأولى من الفصل 85 من هذه المجلة نقابة مالكين تتمتع بالشخصية المدنية ولها رئيس يعتبر الركيل الرسمي المكلف بالنيابة عن نقابة المالكين لدى القضاء سواء كانت مدعية أو مدعى عليها، وكذلك لدى مختلف الإدارات والمنشآت العمومية . ويقع اختيار رئيس النقابة وفقا لأحكام الفصل 97 من هذه المجلة . ويمكن أن تساعد رئيس النقابة هيئة تتركب من ثلاثة إلى تسعة مالكين يقع اختيارهم من بينهم بالأغلبية المنصوص عليها بالفصل 91 من هذه المجلة . وتتولى نقابة المالكين بالأساس الحفاظ على العمارة أو مجموعة العمارات أو المركب العقاري ، وإدارة الأجزاء المشتركة وصيانتها ، طبق أحكام هذه المجلة ، وطبق نظام الإشتراك في الملكية المنصوص عليه بالفصل 90. ويمكن لنقابة المالكين أن تبرم مع المؤسسات المختصة جميع العقود الضرورية لضمان صيانة العقار وحراسته وتعبه . كما تتولى القيام في حق المالكين بإجراءات التسجيل والتسوية العقارية عند الإقتضاء ومتابعتها ».

لنقابة المالكين نفوذ واسع في تحديد كيفية إدارة المشترك كأن - يفرض بتأغلبية الأصوات أي تأمين مشترك من الأخطار التي تهدد العقار أو الشركاء (الفصل 95 م.ج.ع.).
- أو يأذن بإجراء أية أشغال أو أي تجهيز من شأنه أن يزيد في قيمة العقار (الفصل 96 م.ج.ع.).

- أو يقرّر إعادة بناء العمارة إن هلك بحريق أو بسبب آخر (الفصل 96 م.ج.ع.م).

- أو أن يرخص في تجزئة الشقة الواحدة (الفصل 102 جديد م.ج.ع.) ولعلّ أهم ما تتمتع به نقابة المالكين هو حقّها في انتخاب رئيس لها.

(3) رئيس نقابة المالكين

245 - يعتبر رئيس نقابة المالكين الوكيل الرسمي لها (الفصل 97 جديد م.ج.ع.) و«يتم اختيار رئيس نقابة المالكين وتعويضه عند الإقتضاء بالأغلبية المنصوص عليها بالفصل 91 من هذه المجلة، وصبق الإجراءات المحددة بنظام الإشتراك في الملكية المشار إليه بالفصل 90 من نفس المجلة، وتسيط مهمته بأحكام هذه المجلة وبنظام الإشتراك في الملكية». وإن لم يتم اختيار رئيس نقابة المالكين أو لم يتم تعويضه عند عزله أو حدوث مانع له، يشعّر على رئيس الجماعة المحلية الكائن بدائرتها العقار، بعد توجيه إنذار للمالكين وبمناذ بدون مفعول مدة شهر، اتّخاذ قرار في تعيين رئيس مؤقت للنقابة. مالكيّن من بينهم أو من غيرهم، لمدة لا تقل عن ستة أشهر تتواصل إلى حد حصول اختيار رئيس النقابة من قبل المالكين أو من ينوبهم لذلك بالأغلبية المنصوص عليها بالفصل 91 من هذه المجلة. ويتضمن قرار تعيين الرئيس المؤقت للنقابة المالكين عند الإقتضاء تحديد أعمال الإصلاح والترميم والصيانة والتعهد الذي تكتسي صبغة التأكيد طبق ما تقتضيه تراتيب الصحة والسلامة والوقاية. يجري به العمل وكذلك ضبط مقدار المساهمة المالية الواجب على كل شريك أو على من يقوم مقامه كالتصرف في محل بوجه التسوية وغيره دفعها لتغطية هذه انصاريف. وفي حالة تأخر أو مماطلة أحد المالكين أو المتصرفين المذكورين في دفع الأقساط والمساهمات المحمولة عليه طبق أحكام هذه المجلة ونظام الإشتراك في الملكية، يجوز لرئيس النقابة أن يطالبه بدفع ما تخلد بذمته عن طريق إجراءات الأسر بالدفع وللمتصرف في العقار أن يرجع على المالك بما دفعه في إذا اسحاق».

الفقرة الثالثة : نظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين

245 مكرر - نظمت مجلة الأحوال الشخصية منذ صدورها لأحكام استي تسود الملكية بين الأزواج معتبرة أنّه لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها (الفصل 24) ومبيّنة طرق فضّ التنازع في الأموال بين الزوجين (الفصل 25 و 26 و 27 و 28 من المجلة). لكنّ التفرقة بين أموال الزوج وأموال الزوجة ليست بالتفرقة المطلقة إذ يجوز للزوجين الاتفاق على ما يخالفها وعلى تخليط ملكية مشتركة بينهما (الفصل 11 من المجلة). كما يجوز للزوجين حسب الأحكام

العامّة للالتزامات والعقود والحقوق العينية الاشتراك تعاقديا في بعض الأملاك. ومراكبة للواقع الاجتماعي وتيسيرا لمثل هذه الاتفاقات، صدر القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 (رائد عدد 91 صفحة 2284) ليضبط نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين وهو «نظام إختياري يجوز للزوجين إختياره عند إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق، وهو يهدف إلى جعل عقار أو جملة من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من استملكات العائلة» (الفصل 1 من القانون المذكور).

ووضع القانون أحكاما دقيقة لتحديد مجال نظام الاشتراك الجديد

- فهو نظام اختياري (فصل 1)

- وهو نظام لا يمكنه المساس بقواعد الإرث (الفصل 3).

- ولا يدخل فيه المهر الذي يبقى مالا خاصا بالزوجة (فصل 4).

كما فرض القانون على المأمور العمومي المكلف بتصيير عقد الزواج اجراءات خاصة تتمثل أساسا في واجب تذكير طرفي عقد الزواج بأحكام الفصلين 1 و2 من القانون والتنصيص على جوابهما بالعقد (الفصل 7 فقرة أولى من القانون).

أما ما يشمل الاشتراك في الأملاك فهو :

- «العقارات المكتسبة بعد الزواج أو بعد إبرام عقد الاشتراك ما لم تول ملكيتها إلى أحدهما بوجه الإرث أو الهبة أو الوصية بشرط أن تكون مخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها ، سواء كان الاستعمال مستمرا أو موسميّا أو عرضيا.

- توابع تلك العقارات وغلتها .»

ولا تعدّ مشتركة العقارات المعدة لاستعمال مهني بحت .

وفي صورة الإتفاق على الاشتراك بمقتضى عقد لاحق لعقد الزواج ، يمكن للزوجين، إن صرحا بذلك في العقد ، إعتبار الإشتراك شاملا لعقارات التي تم اكتسابها بداية من تاريخ عقد الزواج (الفصل 10).

كما يمكنهما الإتفاق على جعل الإشتراك شاملا لجميع عقاراتهما بما فيها تلك المكتسبة ملكيتها قبل الزواج وتلك المتأتية ملكيتها من هبة أو إرث أو وصية» (فصل 10 من القانون). و«تعدّ عقارات مخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها العقارات المكتسبة بعد الزواج والتي تكون لها صبغة سكنية، كتلك الموجودة بمناطق سكنية أو المقتناة من باعثين عقاريين مختصين في إقامة محلات السكنى أو الممولة بقروض سكنية ، أو العقارات المنصوص في عقود إقتنائها على أنها ستستعمل للسكنى أو التي يثبت أنه وقع إستغلالها فعلا لسكنى العائلة .

ويمكن إثبات خلاف ذلك بجميع الوسائل» (فصل 11 من القانون). وإذا

إستعمل أحد الزوجين مداخل أو أموالاً مشتركة لتحسين عقار خاص به أو للزيادة فيه، فإن ذلك العقار يصبح مشتركاً بحكم القانون متى دسرت أو ناقت قيمة الزيادات والتحسينات القيمة الأصلية لذلك العقار عند قيام نظام الإشتراك.

أما إذا كانت قيمة الزيادات والتحسينات أقل من القيمة الأصلية للعقار، فإن العقار يبقى خاصاً بصاحبه، ويصبح المالك مديناً بما أخذه، (فصل 12 من القانون).

وحدد القانون قواعد إشهار الاشتراك (الفصلين 14 و 15) وإدارته (الفصلين 16 و 17) وانتهاءه (الفصول 18 إلى 26 من القانون) إذ ينتهي الإشتراك في الأملاك :

- بوفاة أحد الزوجين

- بالطلاق

- بفقدان أحدهما

- بتفريق أملاكهما قضائياً

- بالإتفاق.

246 - بعد تحليل حق الملكية ودراسة أسباب اكتسابه وخصوميته للملكية المشاعة نتولى التعرض للقيود المتعلقة بحق الملكية .

الباب الرابع : القيود المتعلقة بحق الملكية

247 - تلحق هذه القيود بعناصر الملكية الثلاثة .

- التصرف

- والإستعمال

- والإستغلال

المبحث الأول : القيود المتعلقة بالتصرف

248 - إن المقصود بكلمة التصرف في هذا المجال هو التسميات القانونية في ملكية المال . ويشهد حق الملكية تضاعف القيود المتعلقة بالتصرف القانوني فيه لاعتبارات مختلفة تهم في معظمها حماية المصلحة العامة . لكن يصعب أخياناً التفريق بين السعي لحماية هذه المصلحة العامة والحرص على حماية مصالح بعض الأفراد وهو ما نلمسه - مثلاً - في مؤسسة الشفعة والتي إقرار حق الأولوية في الشراء (الفقرة الأولى) . أما فيما يخص الشكليات الإدارية فإن تبرير وجودها يستند دائماً للمصلحة العامة (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : الشفعة وحق الأولوية في الشراء

أن الشفعة مؤسسة قانونية قديمة ومتجددة (أ) . أما حق الأولوية في الشراء فهو حق حديث لم يظهر في القانون التونسي إلا منذ سنة 1976 (ب) .

١ - الشفعة :

249 - الشفعة هي مؤسسة قديمة عرفها العرب قبل الإسلام الذي أقرها بدوره وجعل منها أداة لدفع الضرر الحاصل للشركاء . وكذلك لتمكينهم من ضم أجزاء ملكيتهم المشاعة . كما أن الحضارات القديمة شهدت قيام نظريات تشبه الشفعة كنظرية ما يسمى بـGuellah عند اليهود ونظرية البروتيسيزيس عند البيزنطيين "Protimesis" وكانت الشفعة عند اليهود وسيلة لتمدية المال داخل العائلة فأقرتها تشاريعهم لفائدة أفراد تلك العائلة منعاً لخروج المال من نفوذها . أما البيزنطيون فجعلوا منها وسيلة لتفادي تشتيت الأرض .

250 - ينظم التشريع التونسي الأحكام العامة للشفعة في الباب الرابع من الجزء المتعلق بالشيوع مما يدل على أن المشرع التونسي أراد حصر حق القيام بالشفعة عند الشريك في الملكية . وتؤكد هذه الملاحظة عند الإطلاع على تعريف الشفعة الوارد بالفصل 103 من مجلة الحقوق العينية : "الشفعة حلول الشريك محل المشتري في التملك بمبيع شريكه في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في الفصول التي تلي".

ولعلنا نلاحظ منذ البداية وبعد الإطلاع على هذا التعريف أن المشرع لم ينص في الفصل المذكور على أن الشفعة "حق" . كما نلاحظ أن كافة النصوص الأخرى المتعلقة بالشفعة (الفصول 104 إلى 115 والفصل 365 م.ج.ع.) نسجت على هذا المنوال . كما نلاحظ أن التعريف المقدم يوضح جلياً أن الشفعة لا ترد إلا في صور معينة وحسب شروط معينة وهي تؤول إلى تحقيق أثر رئيسي وهو "الحلول" La substitution ، حلول الشريك محل المشتري . وحسب محكمة التعقيب في قرار صادر عن دوائرها المجتمعة تحت عدد بتاريخ 7 جانفي 1992 (منشور بالمجلة التونسية للقانون 1992 صفحة 35) وما بعدها مع ملاحظات محمد كمال شرف الدين) جدلاً فقهيًا هام حول طبيعة الشفعة إذ اعتبرت أنها و "إن كانت سبباً من أسباب كسب الملكية يستتبع بواسطتها الشفيع اكتساب الملكية بإرادة منفردة إلا أن ذلك مشروط بتوفر موجباتها القانونية حسبما أشار إلى ذلك الفصل 103 م.ج.ع." لتضيق قيم بعد أن الشفعة "رخصة مخولة للشفيع قانوناً" . إن هذا الوصف يتسجم مع متفق الأحكام التشريعية المخصصة لشفعة الشريك وكذلك مع عبارة الفصل 22 من

مجلة الحقوق العينية التي تعتبر "مفعول القانون" سبباً من أسباب كسب الملكية . لكن لا يفوتنا مع ذلك الوقوف عند استعمال القرار المذكور لنظرية "الإرادة المنفردة" وهو ما يعني أن "مفعول القانون" ذاته موقوف على تعبير الشفيع عن إرادته في ممارسة الشفعة والإستفادة من آثارها الذاتية . فالشفعة مؤسسة استثنائية تفترض قيام شروط خاصة (1) ليتمكن الحصول على أثرها الرئيسي (2).

(1) شروط الشفعة :

251 - تفترض الشفعة وجود بيع متعلق بعقار وشفيع .

(1-1) وجود بيع :

252 - لا تمارس الشفعة إلا إذا حصل بيع مناب الشريك في ملكية عقار

وكان ذلك البيع صحيحاً .

* بيع مناب في ملكية عقار :

253 - لم يسمح المشرع بممارسة دعوى الشفعة إلا إذا قام الشريك ببيع

منابه المشاع . ويعني هذا أن المشرع يقصى الشفعة في كل التصرفات القانونية الأخرى المتعلقة بحق الملكية كالهبة والوصية والمعارضة وغيرها . ومن ثم فقد يلتجئ الشريك البائع ومعاقده إلى الحيلة . فيصفان البيع أمية تناديا لشفعة الشريك . في هذه الصورة ، يمكن للقاضي أن يسند للعقد وصفه Qualification الحقيقي (راجع الفصلين 514 و 515 م.أ.ع.) . كما يتحتم أن يكون موضوع البيع منابات مشاعة . فالشفعة - كما رأينا - مؤسسة خاصة بالشفيع ولا يمكن تطبيقها إذا انقضى ذلك الشئوع بسبب من الأسباب التي تعضدنا لها . وتنسحب الشفعة في المناب المبيع على الحقوق التابعة له وإذا بيعت الحقوق التابعة دون الأصل جازت الشفعة فيها (الفصل 105 م.أ.ع.) . لكن لا يمكن القيم بدعوى الشفعة في ملكية الطبقات (الفصل 101 من نفس المجلة).

كما وجبت الإشارة إلى أن بعض البيوعات لا تشهد قيام الشفعة ولو

تعلقت بمنابات مشاعة في ملكية لا تهم الطبقات إذ لا تجوز الشفعة

- إذا حصل البيع بين الأصول والفروع

- أو إذا حصل البيع بين الزوجين

- وكذلك إذا حصل البيع بالمزاد العلني طبق القانون (راجع الفصل 108

م.أ.ع.) . فإذا باع الشريك منابه إلى زوجته مثلاً فلا يقوم حق القيام بدعوى الشفعة للشريك الآخر .

كما لا يقوم هذا الحق إذا كان البيع من شريك إلى شريكه (الفصل 107

م.أ.ع.) . فلنفترض - مثلاً - أن ملكية العقار ترجع إلى ثلاثة أشخاص . صالح

وعلي وأحمد . فإذا باع صالح منابه إلى علي لا يحق لأحمد التمتع بحق التيام بالشفعة إذ لا شفعة للشريك على شريكه .

* الشفعة تفترض وجود بيع صحيح .

254 - لا تصح الشفعة إلا في البيع الصحيح . فإذا كان العقد باطلا لسبب من الأسباب فلا شفعة فيه . وقد استقر فقه القضاء على هذا الحل (راجع القرار التعقيبي المدني ع1194 عدد الصادر في 9 جوان 1975 النشرة 1975 ج II ص 116 - القرار التعقيبي المدني ع1975 عدد الصادر في 29 جندري 1980 النشرة 1980 ج I ص 36).

1-2) تحقق صفة الشريك .

255 - من هو الشفيع ؟ هو الشريك كما عرّفه الفصل 104 من مجلة الحقوق العينية الذي نص على أنه يعد شريكا شفيعا :
- المالك أو الوارث لصفة مشاعة من عقار مشترك .
- مالك الأرض بالنسبة لهوائها المبيع .
- مالك الهواء بالنسبة للأرض المباعة .
- الشريك في دار معدة للسكنى لكنها غير خاضعة لأحكام ملكية الطمقات (راجع كذلك بالنسبة للصنف الأخير الفصل 101 م.ج.ع.).
والملاحظ أن أهم حالات الشفعة تمارس من الشريك المالك أو الوارث لصفة مشاعة من عقار مشترك . كما يلاحظ أن المشرع لا يمنح صفة الشريك الشفيع للجار (الفصل 106 م.ج.ع.).

وقد يتزاحم الشفعاء ويتنافسون في حالة واحدة . فرائى المشرع ضرورة فضّ هذا المشكل ونص الفصل 109 من مجلة الحقوق العينية على أنه إذا تعدد الشفعاء بالنسبة لعقار واحد تعيّن مراتبهم على الوجه الآتي

أولا : مالك الأرض بالنسبة لمالك هوائها والعكس بالعكس
ثانيا : الورثة الشركاء

ثالثا : المشتركون في الملك الشائع أو في الدار .

وبالنسبة للصنفين الأخيرين يقدم صاحب النصيب الأوفر في العقار . وإذا تساوت الأنصبة يعيّن الترتيب بالقرعة . وإذا توفي الشفيع ينتقل حقه في القيد إلى ورثته .

إجراءات الشفعة .

256 - تد تتم الشفعة بالتراضي لكن في أغلب الأحيان يضطر الشفيع إلى القيام بدعوى لدى القضاء . وفي هذه الصورة ، فعلى الشفيع التمس بالشفعة أن يقدم دعواه مصحوبة بما يفيد أنه عرض على المشتري كد مال ثمن المبيع

ومصاريف العقد وأنه عند امتناع المشفوع عليه أمّن ذلك بمندوق الأمان والودائع . ولا يتوقف هذا التأمين على إذن المحكمة (راجع الفصل 111 م. 90 ع. 1).
إن إجراءات القيام بالشفعة تجعل من الشفيع مدّعيًا ومن المشتري مدّعى عليه . فالشفيع يتوجّه أولاً إلى المشتري فيعرض عليه الثمن ومصاريف التي دفعها . فإما أن يقبل المشتري ذلك العرض فتتم الشفعة بالتراضي . وإما أن يمتنع فعلى الشفيع أن يقوم بتأمين المال على ذمته ثم يقدم بدواه إلى المحكمة

اشتراك في الملكية

مشتري - شريك

بيع

3

دعوى الشفعة

شريك

بائع

شريك

شفيع

لقد أفرز التطبيق القضائي للفصل 111 المذكور ثلاث صعوبات أساسية
* **الصعوبة الأولى** تتمثل في معرفة الثمن والمصاريف : عادة ما يصعب على الشفيع معرفة ذلك فيستحيل عليه القيام بعرض صحيح (دور مفهوم المصاريف في عقد البيع راجع الفصل 605 م. 1 ع. 1).

* **الصعوبة الثانية** تخص الترتيب الزمني للإجراءات التي على الشفيع اتّباعه : فهل يمكنه أن يقوم بالعرض والتأمين المذكورين بعد توجيه الدعوى للمشتري ؟ أجابت محكمة التعقيب مقرة لتسوية الأولوية للعرض والتأمين . فتقديم الدعوى من الشفيع يجب أن يحون لاحقاً لعملية العرض والتأمين اللذين هما من شروط القيام الصحيح (راجع القرار التقييبي ع 2273 عد الصادر في 7 أكتوبر 1980 النشوية 1980 ج 11 ص 87).

* **الصعوبة الثالثة** تمثلت في تحديد مفهوم "التأمين" لدى القضاء : فهل أن تاريخ توجيه الاستدعاء من قبل الشفيع أم تاريخ نشر الدعوى (تقييدها بكتابة المحكمة) أم تاريخ خلاص معاليمها ؟ وضعت محكمة التعقيب قرار صادر عن دوائرها المجتمع حلاً للاختلاف الحاصل في هذا الأمر واعتبرت أن ما يقصد بتاريخ القيام هو تاريخ تبليغ الاستدعاء للمشتري (راجع القرار ع 3237 عد الصادر في 24 ديسمبر 1982 المجلة القانونية التونسية 1984 ص 609 مع ملاحظاتي). لقد حسمت محكمة التعقيب مسألة تحديد نهاية سريان أجل القيام

بدعوى الشفعة أي تاريخ القيام من طرف الشفيع لكنها لم نحسم مسألة احتساب أجل القيام .

257 - وتتطلب هذه المسألة تدقيقا .

اقتضى الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية أن حق القيام بالشفعة يخضع في سقوطه إلى حالتين : فالأولى ، يُعلم المشتري الشفيع بالاستبراء مع بيان الثمن والمصاريف . وإذا كان يسقط حق الشفيع بعد مضي ثمانية (8) أيام من تاريخ الإعلام أي أنه مطالب بالقيام في ذلك الأجل فإن تعدّاه يسقط الحق . وفي الصورة الثانية التي لا يقع فيها إعلام الشفيع أو التي يتم فيها الإعلام بصفة غير قانونية يسقط الحق في القيام بدعوى الشفعة بسني سنة أشهر من يوم وقوع البيع بكتب ثابت التاريخ . فما معني هذه الالفاظ ؟ اختلفت المحاكم في تفسير عبارة «يوم وقوع البيع بكتب ثابت التاريخ» خاصة إذا كان البيع بكتب خطي . وانقسمت الحلول إلى ثلاثة مواقف متباينة :

الموقف الأول : اعتبر يوم إحراز الكتب الخطي على تاريخ ثابت عملا بأحكام الفصل 450 من مجلة الإلتزامات والعقود وهو ما يعني خاصة تاريخ التعريف بامضاء الأطراف من قبل ضابط الحالة المدنية (أنظر مثلا القرارات التعقيبية المدنية الآتية :

- عد 1906 مؤرخ في 10 أكتوبر 1978 النشوية 1978 ج II ص ٤٢ .

- عد 7017 مؤرخ في 10 أبريل 1982 النشوية 1982 ج II ص ٤٨ .

- عد 5085 مؤرخ في 16 أكتوبر 1982 النشوية 1982 ج 4 ص 24 .

الموقف الثاني : تمثل في الميل إلى اعتبار الفصل 450 المذكور نصا عاما وهو ما يبيح تقديم أحكام الفصل 581 من مجلة الإلتزامات والعقود باعتباره نصا خاصا والإعتداد بتاريخ واحد وهو تسجيل الكتب L'enregistrement وفي هذا الإتجاه سارت القرارات التعقيبية المدنية الآتية :

- عد 11647 مؤرخ في 10 مارس 1975 النشوية 1975 ج I ص 138 .

- عد 10495 مؤرخ في 13 جانفي 1976 النشوية 1976 ج I ص 15 .

- عد 7748 مؤرخ في 21 مارس 1983 النشوية 1983 ج I ص 222 .

أما الموقف الأخير ، فهو يميل إلى تطبيق الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة عندما يكون موضوع العقد عقارا مسجلا والعمل بأحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية باعتبار التاريخ المعتمد هو تاريخ الترسيم بالسجل العقاري L'inscription وفي هذا الإتجاه سار خاصة القرار التعقيبي المدني عد 6922 مؤرخ في 8 ديسمبر 1982 النشوية 1982 ج 4 ص 251 . رحست أن تم تطبيق الحلول الثلاثة المذكورة على التوالي في نزاع واحد (راجع ملحوظاتي حول القرار عدد 7961 الصادر في 19 أبريل 1983 . المجنة القانونية التونسية 1984 ص 602 مع ملاحظاتي والقرار الاستثنائي الصادر عن محكمة

تونس تحت عدد 60020 في 9 مارس 1985 والقرار التعقيبي 13114 عدد الصادر في 6 مارس 1986 المجلة القانونية التونسية 1987 ص 413 والفرق بين نتائج الحلول الثلاثة بيّن . ولنضرب في ذلك مثلاً :

- يملك صالح وأحمد عقارا مشاعا .
- باع صالح لعلي منابه المشاع بمقتضى كتب خطي .
- وتم إبرام العقد والتعريف بإمضاء صالح وعلي يوم غرة أكتوبر 1988 ثم سجل علي الكتب يوم غرة مارس 1989 وحصل يوم غرة أوت على ترسيمه بالسجل العقاري .

- لو قام أحمد - الشريك الشفيع - بدعوى الشفعة يوم غرة جويل 1989 لا اعتبرنا قيامه غير مقبول بالنظر إلى تاريخ التعريف بالإمضاء (أكثر من ستة أشهر) ، ومقبولا بالنظر إلى تاريخ التسجيل (ثلاثة أشهر) . ولقلنا أن احتساب الأجل لم يبتدئ تماما بالنظر إلى تاريخ الترسيم بالسجل العقاري لقد سبق أن بينا أسباب استبعاد أحكام الفصل 450 من مدونة الالتزامات والعقود للوقوف عند حل يضمن للشفيع إمكانية جديّة للقيّد ، ويتشكّل غيبا يلي * اعتماد تاريخ تسجيل الكتب إذا تعلق البيع بعقار غير مسجل (تطبيق الفصل 581 م.أ.ع.).

* اعتماد تاريخ ترسيم الكتب إذا تعلق البيع بعقار مسجل (تطبيق الفصل 305 م.ح.ع.) (راجع الملاحظات الواردة بالمجلة التونسية للقانون 1984 ص 602 و 1987 ص 413).

وسعيا لتفادي هذه الصعوبات الإجرائية تدخل المشرع بمذسبة مدور قوانين 4 ماي 1992 وخاصة منها القانون عدد 46 المنقي لبعض أحكام مجلة الحقوق العينية ومنها أحكام الفصل 115 والقانون عدد 46 المذق للفصل 581 من مجلة الإلتزامات والعقود ، ليعتمد الحلول الآتية

- أولا : التمديد في أجل الثمانية أيام المنصوص عليه بالفقرة الأولى من الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية إلى أجل شهر ، وفي هذا التمديد تيسير للشفعة .

- ثانيا : التنصيص بالفقرة الثانية من الفصل المذكور بحس أن حق القيام بالشفعة يسقط «في صورة عدم الإعلام» ... «بمضي ستة أشهر من يوم ترسيم العقد بالسجل العقاري بالنسبة للعقارات المسجلة ومن يوم تسجيل العقد بالقباضة المألية بالنسبة للعقارات غير المسجلة» .

- ثالثا : تنقيح أحكام الفصل 581 من مجلة الإلتزامات، والعقود لجعلها تتلائم مع التفرقة بين نظام العقار المسجل ونظام العقار غير المسجل .

وواضح أن الحل الخاص بأجل الستة أشهر يفترض تطبيقاً عاجلاً لإجراءات الترسيم وهو منطلق احتساب الأجل . واعتباراً لوضعية الرسم المجمدة وصعوبة الحصول على ترسيم الحقوق المتعلقة بها تم ربط دخول الحل المعروضة آنفاً حيز التنفيذ بانتهاء الأجل الممنوح لتحسين الرسم وتخليصها من الجمود وهو حالياً مقدّر بثلاث سنوات (وسيتّم التّمديد فيه بنفس الدّة) . وفي انتظار ذلك فالحلّول التشريعية الجديدة لا تتمتع بالإلزامية بل تساعد التقاضي على معرفة إرادة المشرع والإتجاه الذي اختاره وهي بالتّالي عناصر تساعد على تأويل الأحكام السارية المفعول .

ورغم وضوح هذه الإختيارات فإن الموقف المؤسّس على تطبيق أحكام الفصل 450 من مجلة الإلتزامات والعقود لا يزال يلقى صدًى إيجابياً في بعض قرارات محكمة التعقيب فقد تبناه حديثاً القرار ع36860 عدد الصادر بتاريخ 10 ماي 1994 (قرار غير منشور) .

258 - الصعوبات الطارئة بعد البيع :

(1) صورة البيع من المشتري : قد تتعدّد دعوى الشفعة بتعدد المشتري ببيع ما اشتراه لشخص آخر . فهل يجب على الشفيع القيام على المشتري ، أول أم على المشتري الثاني ؟ أورد الفصل 114 من مجلة الحقوق السيّدة حلالاً لهذا الإشكال ونصّ على أنّه « لا تمضي على الشفيع عمليات التفويت التي قام بها المشتري قبل انقضاء أجل القيام بالشفعة » . لقد ثبت أن هذا النص عديم الدقة . فما معنى لفظة « لا تمضي » ؟ تعرضت محكمة التعقيب إلى تفسير هذه العبارة في نزاع تلخصت وقائمه فيما يلي : يملك علي ومختار بالإشتراك مع شقيقتاهما الثلاث عقاراً بجهة الكاف ورثوه عن أمهم . وبتاريخ 15 ماي 1971 بادرت الشقيقات الثلاث ببيع مناباتهم إلى خديجة زوجة المختار شقيقة علي . فقام علي بوصفه شقيقاً يروم الحلّول محل خديجة . لكن هذه الأخيرة عرضته ببيعها للمتاب المشتري للمختار زوجها وطلبت إدخاله في النزاع . وبمبيعة الحال تمسك علي ، الشفيع بحقه في القيام على المشتري الأولى أي خديجة لأنّه يعلم أن قيامه على المشتري الثاني ، المختار ، لا طائل من ورائه فالخيار شريك له ولا شفعة للشريك على شريكه . وتواصل النزاع مدة طويلة إلى أن قضت محكمة الإستئناف بالكاف بوصفها محكمة إحالة لصالح خديجة وزوجها مدعية أن حق الشفعة لا يمنع المشتري من التصرف القانوني في مشتراه وعلى الشفيع القيام على المشتري الثاني . فتعقب علي - الشفيع - ذلك القرار ناعياً عليه بخرقه لأحكام الفصل 114 المذكور معتبراً البيع الثاني « لاغياً » . فأجابته الدوائر المجتمعة « أن كلمة لا تمضي تدل بدون التباس أو غموض على أنّ تلك العمليات لا تأثير لها على الشفيع وما دامت لا تأثير لها فلا معنى حينئذٍ لم درجت عليه

محكمة الإحالة من أن حق الشفعة يقوم على المشتري الثاني الذي هو شريك في الملك لا يقام في حقه بالشفعة إذ أن هذا الاتجاه يمثل تأويلاً لا يتماشى مع منصوص ومفهوم الفصل 114 المذكور الذي جاءت أحكامه صريحة المبنى واضحة المدلول على كون عمليات التفويت التي يقوم بها المشتري قبل انقضاء أجل التنازل بالشفعة لا تمضي على الشفيع منعا لكل تحايل وحتى لا يمحى أو يتأثر حق الأخذ بالشفعة في حدود الأجل المذكور بتلك التفويطات وهي الغاية المناهضة من الفصل المذكور من سند لتلك الأحكام وما يتطابق وأحكام الشريعة الإسلامية ويقتضيه الفهم الصحيح للنص المذكور».

وقضت بنقض القرار الإستئنافي المطعون فيه (راجع سلاحي في جدول هذا القرار بالمجلة القانونية التونسية 1984 ص 592).

(2) صورة الإقالة : وقد تتعدد دعوى الشفعة كذلك عند تعدد البائع والمشتري التراضي على فسخ البيع المبرم بينهما . فهل يبرم الشفيع من حق القيام لزوال سبب من أسباب الشفعة المتمثل في بيع المناب الشاع ؟ تصف أحكام مجلة الإلتزامات والعقود مثل هذا الإتفاق بالإقالة (المسؤول 414، إلى 419). وبصفة أخص يتضمن الفصل 419 منها حماية لحقوق الغير إذ الإقالة « لا تضر غير المتعاقدين ممن اكتسب حقاً فيما وقعت فيه الإقالة إذا كان اكتسابهم لذلك على وجه جائز ». ويمكن للشفيع بوصفه غيراً التمسك بهذه الأحكام التي تبقى رغم ذلك عامة وغير دقيقة (أنظر قرار محكمة الإستئناف بالمنستير عدد 5200 الصادر في 17 نوفمبر 1993 غير منشور) . وبصفة أنجع فإنه يجوز للشفيع الإستناد إلى أحكام الفصل 114 من مجلة الحقوق العينية اعتبار الإقالة ضرباً من ضروب التفويت في الملكية التي تعود بمقتضاها وبصفة حتمية إلى ذمة الشريك . يتأسس هذا الجأ على الصيغة المطلقة والعامة التي وردت بها أحكام الفصل 114 المذكور والتي لا تستثني صورة التفويت للشريك البائع نفسه .

259 - آثار دعوى الشفعة :

الشفعة كما رأينا هي حلول الشريك الشفيع محل المشتري في الملك بمبيع الشريك البائع . ويحل الشفيع إزاء البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته . لكن متى يحدث انتقال الملكية للشفيع ؟ هل في تاريخ حصول البيع المشفوع فيه (مفعول رجعي) أم في تاريخ القيام أو عند صيرورة حكم الشفعة باتاً

تاريخ الحكم البات

تاريخ القيام

تاريخ البيع

لم يعط المشرع حلا لهذه الصعوبة مكتفيا بالنسبة للغة باعتماد تاريخ القيم إذ نص الفصل 113 من مجلة الحقوق العينية على أن لغة المشتغوع عليه للمشتري إلى وقت القيام بدعوى الشفعة . ويعني ذلك أن الشفيع يستحقها بعد ذلك التاريخ . فهل يمكن قياسا تطبيق نفس الحل بالنسبة للملكية ؟ إذا قلنا أن الشفيع خلف خاص للمشتري سلمنا بأن الشفعة ضرب من صروب التفويت يخضع للرخصة الإدارية إن وجبت (راجع في هذا الموضع القرار التعقيبي المدني ع8730 عدد الصادر في 12 ماي 1973 القضاء والتشريع 1974 ع10 عدد ص 40 والقرار التعقيبي المدني ع8799 عدد الصادر في 15 أفريل 1975 النشرة 1975 الجزء الثاني ص 13 والقرار التعقيبي ع10629 عدد الصادر في 27 ماي 1975 النشرة 1975 الجزء الثاني ص 24). أما إذا اعتبرناها سببا من أسباب كسب الملكية لا يتحقق إلا بصور حكم قضائي بات يقره فيجب اعتبار تاريخ نقل الملكية للشفيع تاريخ صيرورة ذلك الحكم باتا . وعلى هذا النحو سارت - قبل سنة 1965 - الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب (راجع القرار ع2097 عدد الصادر في 17 جون 1965 النشرة 1965 ص 25). والملاحظ أن المحكمة الإدارية ضللت هذا الرأي واعتمدت تاريخ العقد كتاريخ لانتقال الملكية للشفيع (راجع القرار الصادر عنها بتاريخ 24 جوان 1980 تحت ع190 عدد ابراهيم غريب ضد وزير المالية ، المجموعة 1980 ص 242 والمجلة القانونية التونسية 1981 ص 555).

260 - ويستخلص مما سبق بيانه أن شفعة الشريك تمثل قيداً هاماً لحق التصرف لكنها مؤسسة تشهد صعوبات جدية في التطبيق . وأهم دليل على ذلك كثرة القرارات الصادرة في شأنها عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب . ورغم ذلك فإن المشرع الحديث استنبط من هذه المؤسسة تفرعات امتدت إلى الميدان الجبائي (شفعة وزير المالية) والعمرائي (شفعة الوكالات العقارية) والفلاحي (شفعة وكالة الإصلاح الزراعي) . كما أثرت هذه المؤسسة في عملية سن قانون مكرّس لما يسمى بحق الأولوية في الشراء

جوان 1983 المذكور).

- الدولة : وبموجب أحكام القانون الصادر في 2 أوت 1991 تم إقرار حق أولوية في الشراء لفائدة الدولة يمارسه وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية في الحالات التي تستوجب الحصول على رخصة منه .
(حول الشفعة وحق الأولوية في الشراء يراجع خاصة : مديحة الكنزاري، الشفعة وحق الأولوية في الشراء ، مذكرة دراسات مسبقة ، كمية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1989 ، ومحمود شمام ، التطور القضائي في تطبيق أحكام الشفعة القضاء والتشريع 1980 عدد 13 ، ومحمد كمال شرف الدين، حقوق الغير في التصرفات الناقلة للملكية ، مؤلف بالشفة الفرنسية ، مركز الدراسات والبحوث والنشر بتونس ، 1993 الجزء الثاني) .

الفقرة الثانية : الشكليات الإدارية

Les formalités administratives

264 - أقر المشرع قيودا هامة للتصرف في حق الملكية بشرطه احترام العديد من الشكليات الإدارية أهمها الرخصة الإدارية Les autorisations administratives . وتهدف هذه الرخص لمراقبة التصرف في حق الملكية حماية للمصلحة العامة وهو هدف جديد برز منذ الإستقلال .

أدخلت الرخصة الإدارية في القانون التونسي لأول مرة بمقتضى أمر 24 جانفي 1914 المتعلق بالمقاسم الإستعمارية Les lots de colonisation التي أخضع عملية التفتيت فيها للترخيص الوجوبي من الإدارة الفرنسية . وعند اندلاع الحرب العالمية الثانية فكر المشرع الفرنسي في استعمال نفس الشكليات لمراقبة العمليات المتعلقة بالعقارات الموجودة بفرنسا فأصدر قانون 16 نوفمبر 1940 وأخضع العمليات المشار إليها لرخصة أمر الشرطة Le préfet . ثم رخصت سلطة الحماية في تعميم هذه الرخصة على التراب التونسي فأصدرت أمر 25 جوان 1942 الذي اشترط على الأطراف الحصول مسبقا على رخصة المراقب المدني . ومع نهاية الحرب أبطل العمل في فرنسا بقانون 1940 كما ألغى في تونس أمر 26 ماي 1949 أمر 1942 المذكور .

265 - وبعد الإستقلال ، تم الرجوع من جديد ولأسباب مختلفة تماما لشكليات الترخيص الإداري وذلك بصدور أمر 4 جوان 1957 والعديد من النصوص التي تلتها الذي فرض وجوب الحصول مسبقا على رخصة الوالي (الرائد الرسمي التونسي الصادر في 4 جوان 1957 ص 885) . ويشهد القانون الوضعي تعددا ملحوظا للرخص الإدارية في التصرفات الناقلة للملكية (i) كما يرتب عن غيابها جزاء صارما (ب) .

(2) حق الأولوية في الشراء

261 - لقد رأينا أن الشفعة تمارس بعد حصول البائع المصنوع لأجزاء مشاعة من عقار مشترك . أما في نطاق حق الأولوية في الشراء فالأمر يختلف تماما . فهذا "الحق" يمارس قبل حصول البائع . غير أنه من الضم أن نستفد أن هذا الاختلاف جوهري وينفي أي تقارب بين المؤسستين إذ أن الشفعة تؤدي كما ذكرنا إلى الحل وهو نتيجتها العادية . أما في الأولوية في الشراء فالمستفيد يفوز بحق التعاقد مباشرة مع المالك البائع قبل إنعام أي بيع من شخص ثالث . لكن لو أن المالك خالف هذه الأولوية وباع لغير المستفيد منه ، حق لهذا الأخير طلب إحلاله محل المشتري . وهو ما يعني أن الحل هو جزء لمخالفة "حق" الأولوية في الشراء . ولعل هذا المفهوم المشترك يفسر العلاقة بين الشفعة العادية وحق الأولوية في الشراء .

فما هي حالات الإستفادة من الأولوية في الشراء ؟

262 - المتسوّغون لعقارات معدة للسكنى : إن أول ما نلاحظه كمرس حق الأولوية في الشراء هو القانون عدد 39 لسنة 1978 الصادر بتاريخ 7 جوان 1978 الذي أقر هذا الحق لكل شخص طبيعي تونسي الجنسية شاغل عن حسن نية على وجه الكراء محل معد للسكنى مستعمل فعليا لهذا الغرض وكذلك لكل الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بحق البقاء بالعقارات المعدة للسكنى دون أن تكون لهم صفة المتسوّغين وذلك عملا بأحكام القانون عدد 35 لسنة 1976 الصادر في 18 فيفري 1976 - واشترط المشرع - في قانون 1978 أن لا يملك المستفيد من حق الأولوية في الشراء مسكنا في منطقة الولاية التي بها العقار . أما إجراءات ممارسة حق الأولوية في هذه الحالة فتتبع في إتمام أحكام القانون الصادر سنة 1978 كل مالك يرغب في بيع العقار المتسوّغ أن يخبه على متسوّغه أو على من يتمتع بحق البقاء فيه ، وقبل التفويت يجب أن يدرس حقه في الأولوية . أما إذا باع المالك العقار إلى الغير دون حصول التنبيه فلصاحب الأولوية حق طلب إحلاله محل المشتري في ملكية العقار المباني (راجع الفصول 4، 5، 6 و 7 من قانون 7 جوان 1978 المذكور).

263 - المتسوّغون والشاغلون عن حسن نية لشخص على ملك أجنبي : وفي سنة 1983 كرس المشرع حق الأولوية في الشراء مرة ثانية ليستفيد منه علاوة على المتسوّغين والمتمتعين بحق البقاء في العقارات التي يملكها الأجانب كل الشاغلين عن حسن نية Les occupants de bonne foi لمثل هذه العقارات على شرط أن تكون مبنية أو مكتسبة قبل غرة جاني 1956 (القانون عدد 6 لسنة 1983 الصادر بتاريخ 27 جوان 1983). وتنسب إجراءات ممارسة حق الأولوية ما جاءت به أحكام قانون 1978 مع تمديد المستفيدين من قانون 1983 بآجال أطول (راجع الفصل الرابع من قانون 27

١ - تعدد الرخص الإدارية :

266 - يمكن تفسير ظاهرة تعدد الرخص الإدارية بشبوت ناعليتها في مراقبة انتقال الملكية العقارية وفي الرغبة في فرض «نظام عام عقاري» un ordre public foncier يمثلان حداً لحرية التصرف . ورغم الصيغة الاستثنائية الرخص فإنها تعددت وتنوعت لتشمل معظم السلط الإدارية .

(1) رخصة الوالي :

267 - رأينا أن الأمر العلي الصادر في 4 جوان 1957 فرض هذه الرخصة إذ أوجب التنصيص عليها في كل الكتابات المتضمنة تصرفاً في حق الملكية (البيع والتصرفات الناقلة الأخرى - الرهن - القسمة - بعض التأمينات) وألزم الأمر المذكور كل الأطراف الحصول مسبقاً على رخصة والي الإدارة الكائن بها العقار موضوع التصرف (حول إجراءات الرخصة راجع القرار الصادر عن الوزير الأكبر في 5 جوان 1957 (الرائد الرسمي التونسي 1957 ص 925). وقد العمل بهذه الرخصة إلى غاية صدور المرسوم عدد 4 لسنة 1977 بتاريخ 21 ديسمبر 1977 الذي أعفى منها العمليات المجرة بين الأشخاص التونسيين والذوات المعنوية التونسية (الفصل الأول من المرسوم ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 1977 ص 2707) . ويعني ذلك أنه منذ سنة 1977 إنحصر ميدان تطبيق الرخصة في العمليات العقارية التي يكون فيها أحد الأطراف أو الطرفان حاملاً لجنسية أجنبية . لكن يجب التأكيد على أن مواطني أربعة بلدان يتمتعون بحق معاملتهم مثل التونسيين - في هذا المجال - تطبيق لاتفاقيات ثنائية مبرمة بين دولهم والدولة التونسية وهم مواطنو - الجزائر (اتفاقية 26 جويلية 1963 المصادق عليها بالتأشير عدد 4 لسنة 1966 الصادر بتاريخ 3 ماي 1966).

- المغرب (اتفاقية 19 ديسمبر 1964 المصادق عليها بالقانون عدد 1 لسنة 1966).

- ليبيا (اتفاقية 14 جوان 1961 المصادق عليها بالقانون عدد 1 لسنة 1962 الصادر بتاريخ 9 جانفي 1962) .

- النيجر (اتفاقية 18 أكتوبر 1966 المصادق عليها بالقانون عدد 1 لسنة 1967 الصادر بتاريخ 10 أفريل 1967).

ونشير أخيراً أنه بموجب أحكام القانون عدد 28 لسنة 1992 المؤرخ في 27 أفريل 1992 والمتعلق بالعمليات العقارية تم «تصحيح» régularisation الصكوك الخالية من رخصة الوالي والمبرمة قبل دخول مرسوم سنة 1977 حيز التنفيذ وذلك بالتنصيص صراحة على أن أحكام المرسوم المذكور تسري كذلك على مثل تلك الصكوك . ولم يستثن المشرع من هذا التصحيح التشريعي إلا المفقود التي

صدرت في شأنها أحكام قضائية قاضية بالبطلان أحرزت قوة ما اتصل به القضاء (الفصل الوحيد من القانون المذكور).

(2) رخصة رئيس الدولة ،

268 - نعلم أن قانون 12 ماي 1964 حقق تأميم الأراضي للاستراتيجية ويمكن من استرجاعها ، وقد نص القانون المذكور على مبدأ منع اكتساب الأجنبي للملكية عقارية فلاحية بالبلاد التونسية . وفي هذا السياق أكد الفصل الأول من القانون ع56 لسنة 1969 الصادر في 22 ديسمبر 1969 والمتعلق بإصلاح البراءة أن الأشخاص الطبيعيين الأجانب لا يمكنهم اكتساب عقار فلاحية للاستثمار به إلا بعد الحصول على أمر يقضي بالترخيص لهم في ذلك . وكما ذكرنا فإن مواطني البلدان الأربعة السابقة الذكر لا يخضعون لهذه الأحكام الخاصة بالأجانب الآخرين.

(3) رخصة الوزير الأول ،

أخضع الفصل الأول من القانون ع31 لسنة 1959 الصادر في 28 فيفري 1959 والمتعلق بالعمليات العقارية جميع التصرفات المنسوبة لسلطة أو بدونه والتي تستفيد منها سلطة أجنبية Une puissance étrangère لرخصة مسبقة من الوزير الأول (في النص الأصلي كانت الرخصة تسلم من كاتب الدولة للرئاسة).

(4) رخصة وزير الفلاحة (ثم وزير أملاك الدولة والشؤون

العقارية منذ 1992) ،

269 - نص الفصل السادس (6) الجديد من القانون ع25 لسنة 1970 الصادر في 19 ماي 1970 المتعلق بضبط كيفية التفويت في أراض سولية ذات صيغة فلاحية كما تم تنقيحه بالقانون ع112 لسنة 1988 الصادر في 15 أوت 1988 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 1988، ص 171) على وجوب الحصول مسبقاً على رخصة وزير الفلاحة في عمليات التفويت الذي قد يتوهم بها المستفيد من الأراضي المذكورة وقد أحيل بعد ذلك هذا الاختصاص إلى وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية .

(5) رخصة البنك المركزي ،

270 - فرضت هذه الرخصة في كل التفويطات العقارية التي يكون أحد أطرافها غير مقيم بالبلاد التونسية (الأمر ع608 لسنة 1977 المؤرخ في 7 جويلية 1977 المتعلق بتطبيق مجلة الصرف والتجارة الخارجية الصادرة سنة 1976) . وبموجب تنقيح الأمر المذكور بالأمر ع1696 لسنة 1993 المؤرخ في 16 أوت 1993 أعفى من هذه الرخصة الأشخاص الطبيعيون التونسيون غير المقيمين ، وهو إعفاء يسر على المواطنين التونسيين المقيمين خارج البلاد القيام

بعمليات بيع وشراء العقارات بتونس . ثم أن البنك المركزي اعتبر هذا الإعفاء رجعي المفعول وذلك في مذكرة صادرة عنه بتاريخ 4 أكتوبر 1993 تحت عدد 300649 .

(7) رخصة وزير الإسكان (ثم وزير أملاك الدولة والسؤون العقارية منذ 1992 ،

271 - وهي رخصة مستوجبة في العمليات التي يكون موضوعها عقار على ملك أجنبي . وكانت هذه الرخصة من أنظار وزير التجهيز والإسكان (حسب قانون 27 جوان 1983) . وبموجب القانون عدد 50 لسنة 1992 المؤرخ في 3 فيفري 1992 تمت إحالة هذا الاختصاص إلى وزير أملاك الدولة والسؤون العقارية .

(8) رخصة وزير التجهيز ،

272 - حَجَر الفصل السادس من القانون عدد 39 لسنة 1972 الصادر في 27 أفريل 1972 والمتعلق ببيع الأراضي المكتسبة من طرف الدولة وذلك ببناء العقارات وتهيئة المدن أو توسيعها (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 1972 ص 571) على كل مشتر للأراضي المذكورة أن يُفوت في تسميته بمقابل أو بشونه دون الحصول مسبقا على رخصة صادرة من وزير الأشغال العمومية والإسكان (وزير التجهيز) وذلك لمدة خمسة أعوام من تاريخ البيع الحاصل لتأشده .

(9) رخصة السلط الأثرية ،

273 - حَجَر الفصل 15 من القانون عدد 35 لسنة 1986 الصادر في 9 ماي 1986 والمتعلق بحماية الآثار والمعالم التاريخية والسواقي الصببية والعمرانية (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 1986 ص 597) على سلك الآثار المنقولة أو العقارية المرتبة ، التفويت فيها للغير بدون ترخيص خاص من السلط الأثرية .

ب - جزاء غياب الرخصة الإدارية ،

274 - لا غرامة أن يصاحب هذه النزعة الشكلية تركيب جلي على أنواع الجزاء المسلط على التصرفات الخالية من الرخصة اللازمة للجزاء الأصلي هو البطلان La nullite لكن يوجد كذلك جزاء تدعيمي للبطلان .

(1) الجزاء الأصلي = البطلان ،

275 - نصت جل النصوص المتعلقة بالرخص الإدارية على أن غياب الرخصة يرتب بطلان التصرف . وقد طبقت المحاكم هذا الجزاء والتزمت به (راجع مثلا القرار التعقيبي المدني عدد 2370 الصادر في 14 ديسمبر 1978 القضاء

والتشريع 1979 عدد 9 ص 72 والقرار عدد 1633 الصادر في 6 أفريل 1979
النشوية 1979 ج 1 ص 180 والقرار التعقيبي عدد 4539 الصادر في 3 فيفري
1982 النشوية 1982 ج 1 ص 321 والقرار التعقيبي عدد 4538 الصادر في
11 فيفري 1982 النشوية 1982 ج 1 ص 72). ويعني البطلان أن اشتراط
الشكلية هو شرط لصحة التصرف. فالعقد الخاضع للرخصة هو عقد شكلي.

(2) الجزاء التدميمي :

276 - لم يكتف المشرع بالتنصيص صراحة أو ضمنا على بطلان
التصرفات الخالية من الرخصة الإدارية الوجوبية فالبطلان بمعنيته مرتبط
بوجود دعوى قضائية تقرر وجوده - وواضح أن رغبة المشرع تدفع نحو ضمان
الفاعلية القصوى للنصوص الأمرة الملزمة للشكلية الإدارية بموجب فرض أنواع
أخرى من الجزاء مدنيا وزجريا. أما الجزاء التدميمي المدني فيقتضي في تحجير
تسجيل enregistrement العقد وكذلك منع ترسيمه inscription وأما الجزاء
الزجري فيتمثل في فرض الأحكام الأمرة. (حول كل هذه المسائل، يراجع مصدر
كمال شرف الدين جزاء غياب الرخصة الإدارية في العمليات التقارية منشور
بالمجلة القانونية التونسية 1990).

المبحث الثاني: القيود المتعلقة بالإستعمال

277 - إقتضى الفصل 21 من مجلة الحقوق العينية أن "على المالك أن
يراعي في استعماله حقه ما تقتضيه النصوص التشريعية المتعلقة بالمصلحة
العامة أو بالمصلحة الخاصة".

إن في هذه العبارات تكريسا جليا للموظيفة الإجتماعية للملكية. كما يعني
ذلك أساسا أن التعسف في استعمال حق الملكية ينشأ عنه التزام بالتعويض
(الفقرة الأولى). وإن تسبب الإستعمال غير المعتاد لذلك الحق في مضار للجوار
يلزم كذلك المتسبب بالتعويض (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التعسف في استعمال الحق L'abus de droit

278 - لم تورد مجلة الحقوق العينية حكما خاصا بالتعسف في استعمال
حق الملكية إذ تخضع هذه النظرية إلى حكم عام ورد بالفصل 103 من مجلة
الإلتزامات والعقود في الباب المتعلق بالمسؤولية التقصيرية ونص الفصل 103
المذكور على المبدأ في هذا المجال ثم على حدوده إذ أوضح أن "من فعل ما يقتضيه
حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه" ويعني ذلك بالنسبة لحق
الملكية أن المالك الذي يستعمل حقه دون أن يقصد الإضرار بالغير خاصة من

المجاورين ، لا يتحمل أي التزام مالي. أما حدود هذا المبدأ فتتبدل في الصورة التي يحدث فيها « ضرر فادح ممكن إجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل ». وفي هذه الحالة فإن المالك يتحمل العهدة المالية أي أن المتضرر حق مطالبته بتعويض الضرر اللاحق به. وتتل هذه الصورة « التعسف في استعمال الحق ». ونلاحظ من خلال العبارات المعتمدة من قبل المشرع أن التعسف في استعمال الحق يفترض ألا حصول ضرر موصوف بالضرر "الفادح" *dommage notable* وثانيا وجود إمكانية رفع الضرر دون خسارة للمالك وبالتالي امتدع هذا الأخير عن إجتنابه أو إزالة الضرر.

279 - فهل يجب كذلك إثبات قصد الأضرار *l'intention de nuire* للمالك ؟ أن في صياغة الفصل 103 المذكور غموضا لكن الفقه يميل إلى إعتبار هذا الشرط الأخير واردا (راجع في القانون التونسي مذكرة: Nadhir BEN AMMOU, Essai sur l'abus des droits a travers l'article 103 du C.O.C., memoire de D.E.A., Faculte de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Tunis, 1983-1984. ويبدو انقه النضاء مترددا في خصوص هذه المسألة ، ففي حين اعتبرت بعض القرارات بأن الفصل 103 يقتضي توفر عناصر متعددة وهي قصد الأضرار ووجود ضرر فادح وإمكانية إجتنابه أو إزالته بدون خسارة على صاحب الحق » (راجع مثالا لقرار التعقيب المدني عدد 4229 الصادر في 27 سبتمبر 1960 النشورية 1960 ص 39) يكتفى القرار الصادر بتاريخ 20 فيفري 1984 بالتعرض للشروط الموضوعية للنظرية (ضرر فادح يمكن إجتنابه بدون خسارة) دون التنصيص على ضرورة إثبات « قصد الإضرار » وتمثلت وقائع النزاع في قيام الشركة القومية للسكك الحديدية بسد مجاري المياه المؤدية لأراضي بعض الفلاحين عند قيامها بأعمال فذية على السكة الحديدية. فقام أحد المتضررين بدعوى قضائية طالبا التعويض على أساس الفصل 103 من مجلة الإلتزامات والعقود ولاحظت محكمة التعقيب في خصوص الجوانب القانونية المثارة من الشركة المعقبة أنه « خلافا لما جاء بالمطون فإن الفصل 103 م.أ.ع. قد نص على جعل العهدة المالية على المتسبب في الضرر للغير إذا كان هذا الضرر فادحا وممكنة إزالته مثلما هو الشأن في قضية الحال حيث كان في أماكن الطاعة عند إنجازها للأشغال المذكورة أن تراعي حقوق الفلاحين بالمنطقة فتحدث على الساقية الجالبة للماء قناطر لمروور السكة الحديدية فوقها حتى لا تتسبب في إلحاق الضرر للمدعي ولما لم تفعل مع إمكانها من إزالة الضرر فعليها العهدة المالية ... » (القرار التعقبيني المدني عدد 3978 الصادر في 20 فيفري 1984 النشورية عدد 1 ص 377). ونتساءل في خصوص القرار الثاني إن لم تعتبر محكمة التعقيب ضمينا أن قصد الإضرار مترتب بالضرورة من عدم السعي لإزالة الضرر الفادح كما نلاحظ أخيرا أن محكمة التعقيب تقبل أحيانا

تطبيق «مبدأ التعسف في استعمال الحق» دون التقيد بنصر معين أو بشروط مدققة (أنظر مثلاً القرار التعقيبي المدني عدد 4161 الصادر في 26 أكتوبر 1981 المنشرة 1981 الجزء الثالث ص 344 الذي أورد أن «محكمة الموضوع قد أسست قضاءها على المسؤولية التقصيرية المترتبة عن الضرر اندشء عن زراعة البقول لصق مسكن المعقب ضده مما يتفق مع مبدأ التعسف في استعمال الحق»). وواضح أن محكمة التعقيب تعني بكلمة «مبدأ» نظرية استهتسف في استعمال الحق التي لا يمكن أن تفقد صيغتها الإستثنائية طبقاً لصياغة الفصل 103 المذكور فهي قيد لإستعمال حق الملكية وليست مبدأ. (أحد هذا النظرية في القانون المصري واللبناني راجع خاصة عبد المنعم فرج الدسدة ، الحقوق العينية الأصلية ، عدد 41 وما يليه ، ص 55 وما يليها ، وفي الفقه الإسلامي ، راجع خاصة مصطفى أحمد الزرقاء ، صياغة قانونية لنظرية التعسف بإستعمال الحق في قانون إسلامي ، دار البشير ، عمان 1983 ومحمود شمام تجاوز الحق بين الشريعة والقانون ، مجلة القضاء والتشريع 1978 عدد 5 ص 15 ، وفي القانون الفرنسي ، راجع خاصة ، في فقه القضاء الذي كرس النظرية ، قرار «بيير» BAYARD ، تعقيب دائرة الطعون 3 أوت 1915 دالوز ص 1917 من الجزء الأول ، وفي الفقه راجع خاصة : Jean CARBONNIER, op. cit, n 57 p. 257 et suiv. Gerard CORNU, op. cit. n° 1082 et suiv. p.343 et suiv. A. PIROVANO , la fonction sociale des droits : Reflexions sur le destin, des théories de Josserand, D.1972 ch. p.67, R. MARTIN, De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété, Rev. trim. dr.civ.1975 p.52

وفي التشريع التونسي ، يراجع حول التعسف في إستعمال الحق في سجل الشغل، الفصل 23 م. شغل ، وفي الإجراءات المدنية الفصل 51 م.م.ت.، وفي الكراء، الفصل 13 من قانون 18 فيفري (1976).

الفقرة الثانية : مضار الجوار Les troubles de voisinage

280 - يعد احترام الجار من ركائز السلوك الأخلاقي في المجتمع (ورد بالقرآن الكريم قوله تعالى «وأعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب» كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما زال جبريل يومئني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه»). وتبعاً لذلك فلا غرابة أن يكرس واضعو مجلة الالتزامات والعقود نظرية «مضار الجوار» عند صدور المذمة سنة 1906 ، بالفصلين 99 و 100 إذ نص الأول على أن «للمجاورين حق القبول على أصحاب الأماكن المضرة أو المكدرّة لراحتهم بطلب إزالتها أو إتخاذ الوسائل اللازمة لرفع

سبب المضرّة. والإجازة المعطاة لأصحاب تلك الأماكن ممن له النظر لا تسقط حق الجاورين في القيام "ونص الفصل الثاني على أنه "ليس للجيران القيام بإزالة الضرر الناشئ عادة من المجاورة كدخان المداخن وما أشبهه" من المضرّات التي لا محيص عنها إذا لم تتجاوز الحد الإعتيادي" ووضح من الفصلين المذكورين أن المشرع يتعرض لصورتين من علاقات الجوار : الأولى تضغط مجاورة لا يمكن المضرّة أو المكدرّة للراحة *Etablissements insalubres* وتبسيط لمجاوري هذه المؤسسات طلب إزالة المضرّات الناتجة عنها ولو تم الترخيص في إنشاء تلك المؤسسات (أنظر كذلك الأحكام المتعلقة بهذا الصنف من المؤسسات بمجلة الشغل ، أما الصورة الثانية فهي تتعلّق بعلاقات الجوار "العادية" وفي هذه الحالة ترقى المشرع بين المضرّات الإعتيادية للجوار *Les troubles normaux de voisinage* والمضرّات التي تتجاوز الحد الإعتيادي *Les troubles anormaux de voisinage* فالأزم المجاورين بتحمل المضرّات الأولى في حين مكّنهم من القيام لإزالة الضرر الناتج عن الصنف الثاني من المضرّات .

281 - والملاحظ أن المشرع أورد نظرية مضرّات الجوار في مجال المسؤولية التقصيرية فجعل منها صورة من صور هذه المسؤولية دون أن يعرف شرط قيامها الأساسي وهو ثبوت مضرّات غير إعتيادية فماذا يعني هذا التقييد ؟ أعطى المشرع في الحقيقة بعض المؤشرات في هذا الشأن إذ أوضح الفصل 100 المذكور أن الأضرار العادية هي التي تنشأ عادة من المجاورة كدخان المداخن وما أشبهه من المضرّات التي لا محيص عنها أي التي لا يمكن تفاديها كرائحة الطبخ وصدى المذياع الذي لا يتجاوز حداً مألوفاً. ويمكن الإستعانة بالعادات لتقدير ما هو مألوف زماناً ومكاناً. فالمالك الذي يفرط في رفع صوت مذياعه ليلاً يضرّ بمجاوريه لأنه يمنعهم من الراحة ويكدر عيشهم بتجاوزه الحد الذي يطابق كما أن المالك الذي يحول حديقته إلى إسطبل وسخ يضرّ بأجواره. فالتأصيل أن للمالك الحرية في إستعمال ملكه لكن نظرية مضرّات الجوار ترتب عليه التزاماً برفع المضرّة وجبر الضرر إن تجاوز حداً معيناً أي الحد المألوف والغرض المعتمد.

282 - وعلى هذا المنوال سار فقهاء القضاء رغم قلة الأحكام والقرارات الصادرة في هذا المجال (أنظر في فقه القضاء حسب الترتيب الزمني :

- المحكمة الإبتدائية بتونس ، حكم صادر بتاريخ 30 أفريل 1919 مجلة المحاكم التونسية 1920 ص 54 (مضرّات عن عش عصافير).

- نفس المحكمة ، حكم صادر في 28 نوفمبر 1930 ، نفس المرجع 1931 ص 22 (ضجيج آلة دك)

- المحكمة الإبتدائية بسوسة حكم صادر بتاريخ 27 أكتوبر 1975 مجلة التونسية للقانون 1976 الجزء الثاني ص 154 تعليق للأستاذ Gérard Farjat (مضرّات ناتجة عن تلوث بئر خزانات محطة بنزين).

- القرار التعقيبي المدني ع570 عدد الصادر في 2 نوفمبر 1976 النـشـرية 1976 الجزء الثالث ص 9 (مضار ناتجة عن أزيز مخبزة).
- محكمة الإستئناف بسوسة ، حكم استعجالي ع8646 عدد الصادر في 10 فيفري 1982 المجلة التونسية للقانون 1984 ص 610 (ضجيج تلافة).
- قرار تعقيبي مدني ع7987 عدد صادر في 12 أفريل 1983 نفس المرجع المذكور أنفا (تلوث بئر حمام من جراء تسرب بنزين محطة توزيع) (و نـعـر في الفقه Slaheddine Mellouli, les troubles de voisinage entre la loi et la jurisprudence , R.T.D. 1984 p. 175 et suiv. ; Gérard Farjat, Pollutions et nuisances en droit tunisien, R.T.D. 1976 n° 2 p. 29 et suiv., Nos observations, R.T.D. 1984 p. 610 et suiv. وكذلك ، صابرة بن عثمان ، مضار الجوار ، مذكرة الدراسات المعمقة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، أكتوبر 1990).
- وانظر في القانون الفرنسي ، حيث قام فقه القضاء بتصوير نظرية مضار الجوار ، Marie - France Nicolas, La protection du voisinage , Rev. Trim. dr. civ. 1976 p. 675 et suiv.
- وخاصة : (Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXVII, Dalloz, 1969.

البحث الثالث : القيود المتعلقة بالإستغلال

- 283 - يتدخل المشرع أحيانا لوضع قيود للإستغلال كما هو الشأن مثلا في تنظيم الكراء ، وهو إستغلال مدني للعمال . فالمشرع يتدخل أحيانا لتمديد مدة التسويغ (نظرية حق البقاء). كما أنه يرتب عن عدم إستغلال بعض العقارات آثارا قانونية كإمكانية تسويقها (راجع القانون الصادر في 27 جوان 1983 المتعلق بأملك الأجانب).
- 284 - كما يتدخل المشرع لحماية الإقتصاد بفرض قيود على الإستغلال كما ورد مثلا بالقانون ع20 عدد لسنة 1961 المؤرخ في 31 ماي 1961 المتعلق بتنظيم قطع وقلع أشجار الزيتون إذ منع المشرع على المالك الذي يريد تعبير إستغلاله (المدني) لعقاره قلع الزيتون لتعويضه بغراسه أخرى دون رخصة إدارية مسبقة .

العنوان الثاني

الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن حق الملكية

285 - تم تعريف هذه الحقوق (أنظر أعلاه فقرة عدد 14). بأنها الحقوق العينية التي تقوم بذاتها - فهي أصلية - إلى جانب حق الملكية . فالحقوق المنفردة عن حق الملكية تفرض انقسام عناصر حق الملكية بين شخصين : المالك وصاحب الحق العيني المنفرد عن الملكية . وفيما يلي بيان ذلك حسب هذا الملخص :

286 - ويعد حق الانتفاع L'usufruit من أهم الحقوق المنفردة عن حق الملكية (الباب الأول) إلى جانب حق الاستعمال وحق السكنى L'usage et l'habitation (الباب الثاني) وأخيرا حق الارتفاق Les servitudes (الباب الثالث).

الباب الأول : حق الانتفاع

287 - هو الحق في استعمال شيء على ملك الغير واستغلاله مثل مالكه لكن بشرط حفظ عينه . يشمل هذا التعريف الوارد بالفصل 142 من مجلة الحقوق العينية بيانا عاما لحقوق وواجبات صاحب حق الانتفاع .

المبحث الأول : معنى حق الانتفاع

288 - يتضمن حق الانتفاع حقوقا وواجبات بالنسبة لصاحبه

الفقرة الأولى : حقوق المنتفع

289 - للمنتفع حق استعمال الشيء واستغلاله . أما في خصوص الاستعمال فيجب التفريق بين حالتين . الأولى تهتم الأشياء - موضوع حق الانتفاع - التي لا يمكن استعمالها بدون استهلاكها . ففي هذه الصورة لا يستع من التصرف فيها ولكن يلزمه عند انقضاء مدة الانتفاع أن يرد مثلها قدرا ووصفا أو أن يدفع ثمنها حسبما يقع تقويمه (راجع الفصل 48 م.ج.ع.). وتخص الصورة الثانية الأشياء التي لا تهلك بمجرد الاستعمال لكنها تبلى تدريجيا . فللمنتفع استعمالها وليس عليه مبدئيا ردها .

أما الإستغلال فهو حق من حقوق المنتفع سواء تعلّق الأمر بالغلال الطبيعيّ (راجع الفصل 144 م.ح.ع. وكذلك الفصل 146 من نفس المجلة) أو بالغلال المدنيّ (راجع الفصل 145 م.ح.ع.). وللمنتفع مباشرة حقّه في الإنتفاع بنفسه أو بجميع أوجه التصرف الأخرى كالإكراء مثلاً (فهو غلة مدنيّة).

الفقرة الثانية : واجبات المنتفع

290 - تخصّ هذه الواجبات علاقة المنتفع بالمالك وكذلك علاقته بالعين. أما فيما يخصّ المالك فعلى المنتفع عند تسلّمه الأشياء على خالقتها أن يضبطها قبل تسلّمها بكشف بمحضر مالكها أو بعد استدعائه كما يجب بواسطة عدل منقذ (راجع الفصل 153 م.ح.ع.). كما أن المشرع يلزم المنتفع بإسلام مالك الرقبة بكلّ شغب يقع على العين (الفصل 156 م.ح.ع.). وأما فيما يتعلّق بواجبات المنتفع في خصوص العين المستفّعة به ، فعليه خاصّة تحمّل جميع ما يفرض على العين من التكاليف المعتادة وكذلك ما يلزمه من إصلاحات حفظ . أما الإصلاحات الجسيمة فيتحملها مالك الرقبة (راجع الفصلين 153 و 155 م.ح.ع.).

المبحث الثاني : انقضاء حق الإنتفاع

291 - تُحدث بعض الوقائع زوال حق الإنتفاع . وحدّد المصل 157 من مجلة الحقوق العينيّة هذه الأسباب إذ بيّن أن الإنتفاع ينقضي :
- بموت صاحبه .
- بانتهاء مدة الإنتفاع .
- باجتماع حق الإنتفاع والملكية في شخص واحد .
- بعدم ممارسة حق الإنتفاع مدة 5 سنوات .
- بهلاك العين .
كما مكّن المشرع مالك الرقبة من حق طلب انقضاء حق الإنتفاع لسوء تصرف المنتفع في العين (راجع الفصل 158 م.ح.ع.).

الباب الثاني : حق الإستعمال وحق السكنى

292 - يجب التذكير بأنّ هذه الحقوق هي حقوق عينيّة عقاريّة (راجع الفصل 12 م.ح.ع.). فحق الإستعمال أو حق السكنى يمثّل جزءاً مستفرداً عن حق الملكية إذ يختلف الحقان المذكوران عن هذا الأخير بغياب عنصر التصرف في الشيء (وكذلك في الحق ذاته راجع الفصل 163 م.ح.ع.). وقصور الاستعمال أو

السكنى على ما يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم. وذكرنا أن حق الإستعمال وحق السكنى من الحقوق التي لا يمكن إحالتها للغير ولا كراؤها. فلو أبرم علي مع صالح اتفاقاً أقر بمقتضاه الأول للثاني حق الإستعمال أو السكنى بمنزل يملكه فلا يجوز لصالح كراء ولا حالة حق الإستعمال أو السكنى الذي تحصل عليهما بالعقد.

الباب الثالث : حقوق الارتفاق

293 - حق الارتفاق هو حق مرتب على عقار لمنفعة عقار آخر يملكه شخص غير مالك العقار. فحق الارتفاق يهتم عقارين علي ملك شخصين مختلفين: عقار مستفيد أو مرتفق *fonds dominant* وعقار متضمن أو مرتفق به *fonds servant*.

ويشهد قانون الأموال صنفين من حقوق الارتفاق : الأول متعلق بالمصلحة العامة وضبطته أحكام خاصة خارج مجلة الحقوق العينية والثاني مقرر للمصلحة الخاصة ووردت أحكامه بالفصول 165 إلى 190 من مجلة المذكورة. (حول حقوق الارتفاق المتعلقة بالمصلحة العامة يراجع بصفة عامة أعمال الملتقى الذي نظمته المعهد الأعلى للقضاء يومي 1 و 2 ديسمبر 1989 وخاصة مقال السيد رضا خماس، مدخل لدراسة حقوق الارتفاق في القانون التونسي من 1 وما يليها).

المبحث الأول : مصادر حقوق الارتفاق

294 - كيف ينشأ حق الارتفاق ؟ تتضمن الإجابة عن هذا السؤال ثلاثة مصادر لحق الارتفاق الذي ينشأ إما عن الوضعية الطبيعية للأماكن *Les servitudes naturelles* وإما عن القانون *Les servitudes légales* وإما عن الارتفاق *Les servitudes conventionnelles*.

الفقرة الأولى : حق الارتفاق الطبيعي

295 - تتحمل الأراضي المنخفضة إزاء الأراضي المرتفعة، منها سيلان مياهها إذا كانت المياه جارية بنفسها بدون فعل فاعل. تلك هي الصورة المنصوص عليها بمجلة الحقوق العينية لحق الارتفاق الطبيعي (راجع الفصل 167 وانظر كذلك القرار التعقيبي المدني ع5705 عدد الصادر في 15 مارس 1982 النشرة الجزء الأول ص 229).

وبالرجوع إلى الصورة الوحيدة المشار إليها يتضح أن العقار المتضمن لحق

الإرتفاق هو العقار المنخفض .

أما العقار المرتفع عنه فهو العقار المستفيد . ولعل إقتصار مجلة الحقوق العينية هلى هذه الصّورة جعل أهميّة هذا الصّنف من حقوق الإرتفاق محدودة (راجع بالنسبة للقانون الفرنسي الفصل 640 م.م.ف.).

الفقرة الثانية : حقّ الإرتفاق الناشئ عن النانون

296 - نظم المشرّع 4 أنواع من هذه الحقوق :

أ - حقّ الإرتفاق الناشئ عن غرس الأشجار أو إبداء نوع من المباني :

يجب أن يكون غرس الأشجار وحتى الشجيرات بعيدا عن أرض الجار فإذا تم ذلك بالقرب من تلك الأرض يتحتم أن تكون المسافة بقدر منبرين من الخطّ الفاصل بين الأرضين في المفروسات التي ترفع أكثر من منبرين بإحدى نصف متر فيما دون ذلك من النباتات (الفصل 168 م.ج.ع.). وفي صورة عدم احترام هذه المسافة Distance des plantations ، يخول للجار أن يفرض قلع الأشجار المفروسة على غير القاعدة المذكورة آنفا (الفصل 169 م.ج.ع.). وإذا استندت أغصان الأشجار على ملك الجار فله إلزام صاحبها بقطعها إلس حدّ ملكه . وما يسقط في أرضه من ثمرها بطبيعته فهو له (الفصل 170 م.ج.ع. وراجع في القانون الفرنسي الفصل 673 م.ج.ف.).

ب - الكشف على ملك الجار :

297 - يحق للجار أحيانا الكشف على عقار جاره . وخصص المشرّع حقّ الكشف الفصول 172 إلى 175 من مجلة الحقوق العينية . ويتشمل حقّ الكشف في فتح مطلّات من نوافذ وغيرها Vues وفتحات Ouvertures . لكن يجب التنبيه كذلك إلى أن البناء داخل المناطق البلدية تنظّم أحكام خاصة بذلك (راجع الفقرة الأخيرة من الفصل 175 م.ج.ع.).

298 - فمتى يحقّ إحداث النوافذ والفتحات ؟

يتّجه التفريق بين ثلاث صور :

١. الصورة الأولى : وجود حائط مشترك :

في هذه الصورة لا يجوز لأحد الجارين إحداث نافذة أو فتحة في الحائط المشترك إلا بإذن كتابي من جاره (الفصل 172 م.ج.ع.).

٢. الصورة الثانية : وجود حائط غير مشترك ملاصق لعقار

الجار مباشرة :

لا يحق لمالك الحائط أن يفتح بحائطه نوافذ أو كوات إلا إذا وضع عليها زجاجا ثابتا لا يفتح وكانت على ارتفاع مترين ونصف متر من أرض البيت المراد إضاءته إذا كان الطابق سفليا وعلى ارتفاع مترين من أرض البيت إذا كان الطابق علويا (راجع الفصل 173 م.ج.ع.).

المسورة الثالثة : غياب حائط فاصل بين العقارين:

تتم هذه الصورة الحالة التي يكون فيها صاحب عقار فتح نافذة أو شرفة
بحائط يملكه بمفرده ليطل على عقار جاره. ففرض المشرع على مالك ذلك احترام
مسافة مترين بين الحائط الذي يحدث فيه ما ذكر وبين الأرض الجاورة. أما إذا
كان المطلّ مجانباً أو منحرفاً *Vue de côté, vue oblique* فالمسافة المذكورة
تساوي نصف متر (حول هذه الصورة الأخيرة راجع القرار التأميني لم.ني.عد.
12843 الصادر في 28 أكتوبر 1986 النشرية 1986 ج 2 ص 121 وحول هذه
الصور الثلاث بصفة عامة، راجع خاصة محمد عفاس، مساهمة حول «حق الكشف»
في القانون التونسي، المعهد الأعلى للقضاء، المرجع المذكور ص 61 وما يليها).

ج - ميازيب الطروح Les égouts des toits

299 - نص الفصل 176 من مجلة الحقوق العينية عشر أن: «على كل مالك عقار أن يبني سطوحه بصورة تسيل معها مياه الأمطار في أرضه أو الطريق العام ولا يجوز له أن يجعلها تصب في أرض غيره».

Servitude de passage المرور

يُعدّ حقّ المرور من أهمّ حقوق الارتفاق إذ يهيئ ما يستلزمه بناء كنفان l'enclave (حول هذه المؤسسة يراجع في الفقه خاصة : Denis LAFDIEU, l'enclave, J.C.P. 1963 II n 1784).

فقد يحدث أن يملك شخص عقارا محاطا من كل جانب بعقارات على ملك أشخاص آخرين بحيث يفقد أي منفذ للطريق العام أو يكون هذا المنفذ غير كاف لمصلحة عقاره.

في هذه الصورة يمكن المشرع مالك العقار المكتنف. من حق المطالبة بالحصول على ممر un passage في العقارات المجاورة متتابعين تعويض تدارل (الفصل 177 م.ج.ع.) ويمكن أن نتساءل على أى أساس يحدد الممر ؟

- أوضح الفصل 178 من نفس المجلة أن الممر يؤخذ من المصبة التي تكون فيها مسافتها أقصر ما يمكن. ويراعي أخف ضرر لمالك العقار المحدث به واعتبرت محكمة التعقيب أن لفظة مكثف تغني عن انداد. ويحود أي طريق (القرار التعقيبي المدني عدد 11593 الصادر في 15 أبريل 1976 التشريعية ج.أ.ص. 197). كما اعتبرت أن الفصل 178 المذكور يحدد الكيفية التي يؤخذ

بها المر على معنى الفصل 177 م.ح.ع. (راجع القرار التعقيبي الذي عدد 13605 الصادر في 18 سبتمبر 1986 النشوية 1986 - ج 11 ص 223)

الفقرة الثالثة : حق الارتفاق الاتسائي

300 - يُسمى المشرع هذا الحق "حق الارتفاق الذي يحدث الانسداد" فللأطراف امكانية ابرام عقود تنشأ حقوقا ارتفاقية على أحدها (راجع الفدر 180 م.ح.ع.). ولا يكتسب ذلك الحق بالتقادم ولا يثبت وجده الا بكتيب (حول هذه الجوانب راجع عماد بوكيل ، التقادم وحق الارتفاق ، مذكرة سرسة نالسة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1989).

المبحث الثاني : أصناف حقوق الارتفاق

301 - يخضع حق الارتفاق لعدة تقسيمات :

الارتفاق المستمر وغير المستمر :

Servitudes continues et discontinues

فالمستمر هو ما يكون استعماله ، أو يمكن أن يكون ، متواصلا بدون حاجة الى الفعل الحالي للإنسان كمجاري المياه والميازيب والمنافذ وما أشبه ذلك. أما غير المستمر فهو الذي يكون استعماله في حاجة الى فعل الإنسان كحقوق المرور واستقاء المياه (يراجع في الفقه مؤلف Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, les biens, 1ère édit. 1990 , n° 1124 p.310).

الارتفاق الظاهر والمستتر :

Servitudes apparentes et servitudes non apparentes

فالارتفاق الظاهر هو المشاهد بسبب وجود أعمال خارجية كاستنواذ أو الجري. أما الارتفاق المستتر فهو الذي لا توجد في شأنه علامات أو أعمال خارجية كعدم البناء مثلا *Servitude de non aedificandi* (أنظر المرجع المذكور أعلاه Philippe MALAURIE et Laurent AYNES , n°1125 p.3110).

الارتفاق الايجابي *Servitudes actives*

والارتفاق السلبي *Servitudes passives*

نلاحظ أن هذه التفرقة هي دون السابقتين أهمية. ويمنح الارتفاق الايجابي صاحبه حقاً يكون محتواه ايجابيا كحق المرور. أما الارتفاق السلبي فهو على عكس الأول يمنع مالك العقار الذي يتحملته من القيام بأعمال كان بإمكانه القيام بها لولا وجود حق الارتفاق كعدم البناء مثلا.

(راجع أحمد عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني .
الجزء ٩ فقرة عدد ٥٥٦ ص ١٢٩٥).

المبحث الثالث : انقضاء حقوق الارتفاق

302 - ينقضي حق الارتفاق :

أولا : بزوال الموجب.

ثانيا : باجتماع العقار المرتب له أي المستفيد من الارتفاق والعقد المرتب عليه أي المتحمل له في يد مالك واحد. (الفصل ١٨٨ م.ج.ع)

303 - كما يسقط حق الارتفاق بعدم استعمال مدة خمس عشرة سنة (الفصل ١٨٩ م.ج.ع) وتحسب بداية هذه المدة من يوم عدم استعمال الارتفاق إذا كان من الحقوق المستمرة.

304 - ونلاحظ ان المشرع لم يذكر من بين اسباب انقضاء حق الارتفاق التنازل الصريح من طرف صاحب ذلك الحق.

أما صورة فقد العين ذاتها موضوع الحق فيمكن أن تدخل تحت مسألة فقد الموجب الذي نشأ من أجله حق الارتفاق والذي نص عليه الفصل ١٨٨ م.ج.ع من حيث الحقوق العينية.

الجزء الثاني نظام العقارات المسجلة

305 - تنقسم العقارات الى صنفين :

- عقارات مسجلة Immeubles immatriculés

- عقارات غير مسجلة Immeubles non matriculés

وتخضع العقارات المسجلة لنظام قانوني خاص ضبحه المشرع . للكتاب الثاني من مجلة الحقوق العينية.

ونقسم الكلام في هذه المسألة حسب المرحلتين اللتين يمر بهما العقار المسجل. فالمرحلة الأولى تتمثل في تسجيله Immatriculation . من طرف المحكمة العقارية (العنوان الأول). وبعد التسجيل وإقامة رسم عقاري titre foncier خاص بالعقار المسجل يدخل ذلك العقار مرحلة ثانية يخضع فيها النظام الاشهار العقاري la publicité foncière أي لنظام مسك وسير الدفتر العقاري Le livre foncier الذي يمثل مجموع الرسوم العقارية (العنوان الثاني). ونود توضيح أهمية العقارات المسجلة باعطاء البيانات الآتية :

- تبلغ المساحة الجمالية للجمهورية التونسية نحو 16 مليون هكتار
- تبلغ مساحة العقارات القابلة للتسجيل 8 ملايين هكتار
- منذ سنة 1886 الى اليوم، تم تسجيل 3,9 مليون هكتار
- يدل هذا الرقم على أن قرابة نصف العقارات القابلة للتسجيل تم تسجيلها

- تمثل هذه العقارات أكثر من 300 ألف رسم عقاري ويدين مجموع هذه الرسوم "دفتر الملكية العقارية" (ويسمى عادة "دفتر خانة")

العنوان الأول تسجيل العقارات

306 - تمهيد : نشأة نظام التسجيل العقاري بتونس
(أنظر دراسة محمد كمال شرف الدين ، التطور التشريعي لنظام
التسجيل والإشهار العقاري 1885 - 1995 مجلة القضاء والتشريع 1997
عدد 9 صفحة 21).

إن أول نظام للتسجيل العقاري بالبلاد التونسية تم إنشاؤه بمرسوم الأمر
العلي المؤرخ في غرة جويلية 1885. لقد عرفت تونس منذ العهد الفرنسي
نظاما لمسح الأراضي مستمدا من الحضارات التي سبقتة ، ثم شهدت في العصر
الروماني تطورا لإجراءات تقسيم العقارات ورغم القول بوجود مادة تسجيل
الأرض عند عرب الجاهلية والمسلمين فيما بعد وثبتت عدم التقيد بأي لفظة
الإسلامي ثم نشأة الدفاتر العقارية عند العثمانيين فإن البلاد التي سبقتها لم
تشهد مع الفتح الإسلامي نظاما محكما لمسح الأراضي أو تسجيل مسبقا في
سجلات كما لم تخضع في العهد الحسيني إلى تجربة الدفاتر الدائرية
العثمانية. ولقد ساعدت هذه الوضعية سلطة الحماية الفرنسية سنة 1881
فيسرت طريقة استيلائها على أخصب أراضي المملكة في إطار إصلاح قانوني
جذري تم بمقتضاه تغيير نظام ملكية العقارات وظهور الدفاتر العقارية Le livre
Foncier بالبلاد التونسية.

لقد فكرت فرنسا في إيجاد الحلول والصيغ المناسبة لتسهيل هذا العمل
المعلن عنه صراحة. فحرصت في البداية على مراقبة الأعمال العدوية التي تمت
بعد ذلك إلى إنشاء المحاكم الفرنسية بتونس وفي مرحلة ثانية إنجبت عن
سحب القضايا الاستحقاقية في بعض الحالات ، من أنظار السلطة التشريعية
واخضاعها لاختصاص المحاكم الفرنسية. وأخيرا تم إنشاء لجنة تشريعية لمراجعة
نظام العقارات وذلك بموجب الأمر العلي الصادر عن الباي بتاريخ 31 جويلية
1884. وأنشئت عن هذه اللجنة لجنة فرعية ترأسها "بونتوا" PONTON ،
رئيس محكمة تونس آنذاك) شرعت في دراسة مشروع قديم المقدم لعام
"كامبون" CAMBON وعبر في توطنته مرة أخرى بصيغة جلية عن نيته في تغيير
النظام العقاري التونسي بشكل يضمن فيه للمستثمرين تلك الأراضي
التونسية دون مخافة أي ادعاء استحقاق لاحق. وكان الاتية نقل فكرة التطهير
La PURGE الواردة بالتجربة الاسترالية. وأتمت اللجنة الفرعية عملها
وقدمت مشروعا تضمن 379 فصلا وشمل العديد من المسائل العقارية وخاصة

أجراءات تسجيل الأراضي وأثارها. وفي أيام 17 و 18 و 21 مارس 1885 تمت مناقشة المشروع من طرف السلطة الفرنسية ممثلة في المقيّد العام.

وبتاريخ غرة جويلية 1885، صدر عن الباي الأمر الملكي بالقاضي بإصدار "القانون العقاري" Le code foncier المتكوّن من 381 فصلا و 20 فصل من منه على أن «العقارات التي تُسجّل تصير لنظر المحاكم الفرنسية وحدها وانتقالها هذا يكون نهائيا»، وهو ما مراده أن المحاكم الفرنسية أضحت ومعدّها مختصة مهما كانت جنسية الأطراف وبذلك تحقق "تجسير" العنصر الممجر ووضع شروط تحقيق الأهداف التي أعلنت عنها سلطة الحماية والتمثلية في تكوين المعمّرين من السيطرة القانونية على أحسن الأراضي وسدّ باب من أنظار المحاكم الشرعية ومن طائفة الفقه الإسلامي إذ نص الفصل الثاني من القانون العقاري على أن «ما لا يخالف هذا القانون من أحكام القانون المدني الفرنسي يجرى في مملكتنا على العقارات المسجلة وعلى حقوق الملكية المتحققة بها».

ولم يحدد القانون الجديد أجل ابتداء العمل به مما سمح للأراضي بإجراء تحويلات عميقة عليه أهمّها ما جاءت به أحكام الأمر العلي المؤرخ في 6 ماي 1886 وبإرساء الأجهزة المشرفة على تطبيقه. ثم دخل القانون العقاري حيز التنفيذ يوم 15 جويلية 1886 بموجب الأمر العلي الصادر في 28 جويلية 1886 وتم فيما بعد إتمامه بأمرين عليين هامين هما الأمر العلي المؤرخ في 25 فيفري 1897 المتعلق بإصلاح الفططات المادية وما يقع السهو عنه في إجراءات التسجيل وتحرير رسوم الملك والأمر العلي المؤرخ في 19 مارس 1897 وقام النظام العقاري الجديد على ثلاثة أجهزة هي :

1. المحكمة المختصة بالتسجيل : وكانت تسمّى المجلس العقاري المختلط Le Tribunal Mixte Immobilier

2. إدارة الملكية العقارية La Conservation de la Propriété Foncière

3. مصلحة قيس الأراضي : Le Service Topographie الذي صدر فيما

بعد ديوانا .

رأي العديد من شراح القانون العقاري أنه إنجازٌ ينحازُ أساسا إلى نظام السجلات العينية. وتمسك جانب آخر منهم بتأثير المجلة المدنية الفرنسية عليه . في حين حاول الفقيه محمد السنوسي في مؤلّفه المعروف "مصلح الدوّاري بتوجيه النظر الشرعي على القانون العقاري"، إثبات عدم مخالفة هذا القانون أحكام الفقه الإسلامي وروح تعاليمه. وتواصل العمل بالقانون الجديد إلى غاية ظهور مجلة الحقوق العينية سنة 1965.

ونقسّم التحليل في خصوص النظام الحالي للتسجيل العقاري إلى بابين : الأول يتعلق بإجراءات التسجيل والثاني يخص حكم التسجيل الصادر عن المحكمة العقارية.

الباب الأول : إجراءات التسجيل

307 - تقضي المحكمة العقارية بالتسجيل. ومنذ بداية العمل بالمجلة العقارية فإن التسجيل إختياري أي أن طلبه موكل لرغبة المالك (راجع الفصل 317 من م.ح.ع.) أو بالأحرى لكل «صاحب حق عيني عقاري» (الفصل 318 م.ح.ع.). وفي الواقع فإن مطالب التسجيل لا تقدم إلا من المالكين ومنذ صدور المرسوم عدد 3 لسنة 1964 في 20 فيفري 1964 أقرت الدولة سياسة موازية تتمثل في إحصاء جميع العقارات الفلاحية غير المسجلة بإرسالة المسح الإلزامي المجاني Cadastre وتعويض رسوم ملكيتها برسوم عقارية أي بتسجيلها إجباريا immatriculation obligatoire.

المبحث الأول : التسجيل الإلزامي

308 - تبدأ إجراءات التسجيل بالمطلب الذي يقدمه Requisitionnaire. ويتضمن المطلب تحديدا لهوية الطالب وبيانا للحق المطلوب تسجيله وتشخيصا دقيقا للعقار (راجع الفصل 319 م.ح.ع.) ويقدم الطالب كذلك شهادات أي كل الرسوم (Titres) والعقود التي من شأنها إثبات حقه. كما يؤمن طالب التسجيل مبلغا من المال لتغطية مصاريف التسجيل المتوقعة. وبعد تلقي مطلب التسجيل من طرف كاتب المحكمة العقارية تنطلق عمليات الإشهار والتحديد. فالإشهار يتم بإدراج مضمون من مطلب التسجيل بالرائد الرسمي وبتعليق مطلب التسجيل بمدخل محكمة الناحية كما يتولى المعتمد نشر مضمون من ذلك المطلب بأسواق دائرته الترابية. أما التحديد Bornage فيتولى القيام به ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط ويتم التحديد وقتيا على العين من قبل مهندس الديوان. ويقع إعلام المصنوع بالتاريخ المعين للتحديد قبل عشرين يوما على الأقل وينشر بالرائد الرسمي تاريخ ختم عمليات التحديد. وأثناء التحديد يجوز تلقي الاعتراضات التي قد يقوم بها الغير. أما من الجانب القضائي فإن المشرع مكن الحاكم المقرر الذي يعينه رئيس المحكمة العقارية من القيام ببحث على العين كما يمد الحاكم المقرر ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط بجميع الإرشادات اللازمة لتسكين من إجراء التحديد. وبعد إتمام البحث يحيل الحاكم المقرر الملف إلى كتابة المحكمة لإحالة على الجلسة.

وكانت المحكمة العقارية تنظر في المطالب بتركيبة خماسية. لكن المشرع أثر الإقتصار على تركيبة ثلاثية وذلك بموجب تنقيح الفصل 311 م.ح.ع. عملا بالقانون عدد 10 لسنة 1995 الصادر في 23 جانفي 1995). ونبت فيها إما

بالرفض كلاً أو بعضاً (الفصل 333 م.ح.ع.) أو بتسجيل كامل العقار أو بعضه بإسم صاحب المطلب أو المعارض إذا ثبتت حقوقه. وفي هذه الحالة الأخيرة يقع الإذن بإجراء إشهار تكميلي (راجع نفس الفصل). وتأذن المحكمة للمعارضة في صورة الحكم بالتسجيل بترسيم الحقوق العينية التي ثبتت وجودها لديها (الفصل 335 م.ح.ع.). ويجب التنبيه إلى أن صدور الحكم بالرفض يطلب التسجيل لا يمنع من القيام مرة ثانية بتقديم المطلب على أسس جديدة فالأحكام الصادرة بالرفض تكتسي صيغة وقتية فهي « لا تصطبغ بصفة نهائية » وبعد صدور الحكم في الأصل يوجه ملف التظلية إلى «سلطة الملكية العقارية» الذي يتولى تنفيذها بإقامة رسم ملكية للعقار بالإعتماد على المثال النهائي.

المبحث الثاني : التسجيل الإجباري

309 - رأينا أن المشرع أدخل سنة 1964 هذه الإجراء إلى جانب التسجيل الاختياري سعياً للإسراع بتسجيل الأراضي الفلاحية بين الأولوية حتى تعمها منافع التسجيل وحتى تتحقق الوحدة القانونية لهذه العقارات فتصبح كلها مسجلة . وفعلاً تم تطبيق أحكام المرسوم الصادر في 21 فيفري 1964 على الأراضي الفلاحية ثم امتد التطبيق إلى الأراضي التابعة للوكالات العقارية والدولة والبلديات ثم امتد بعد ذلك إلى الأراضي المخصصة داخل المناطق البلدية. وإجراءات المسح العقاري تشبه عموماً إجراءات التسجيل الاختياري. لكن توجد بعض الفوارق فمسح منطقة معينة يبدأ بامسح قرار من وزير العدل يضبط هذه المنطقة وتاريخ عمليات المسح بها. يستقر القرار بالرائد الرسمي ويشهر بوسائل شتى للعموم وينتج عنه أن «عراضي هام يتمثل في منع تقديم المطالب العادية للتسجيل للمحكمة العقارية في المنطقة التي أعلن فيها فتح عمليات المسح ثم تولى ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط تقسيم المشيخة المعينة إلى عدة مناطق. ويقوم بعدها رئيس المحكمة العقارية بتوزيع المناطق على حكام مكلفين بالمسح ضمن لجنة متكونة من

- الحاكم المذكور رئيساً لها

- وكاتب

- وعون فني

- وإثنين من الأجوار.

وتبدأ اللجنة في إجراءات المسح (تحديد العقار - إعداد المخطط التوقفي له - البحث الاستحقاق - ختم أعمال اللجنة - إحالة الأعمال إلى المحكمة العقارية التي تتولى إشهار القائمة النهائية للمستحقين والمعارضين) . ويسلم الملف

الى رئيس لجنة المسح الذي يثبت فيه فرديا (في صورة عدم وجود نزاع) أو يجهل الملف الى المحكمة بهيئة ثلاثية فتقضي بالتسجيل (في خصوص هذه الإجراءات محمد توفيق المورالي ، مهمة الحاكم المكلف بالمسح ، مناصرة ألفت بزم 17 جوان 1964 القضاء والتشريع 1964 ص 581).

الباب الثاني : حكم التطهير

310 - ينبنى حكم التسجيل على فكرة التطهير Le purge ومنها يكتسب صبغته الباتة. ويبقى بطبيعة الحال ، الهدف الأساسي من مدوره تسجيل العقار وإقامة رسم ملكية له (المبحث الأول) لكن ، وهذا ضرر قانون 23 جانفي 1995 ، تم إقرار إمكانية طلب مراجعة الحكم العقاري (المبحث الثاني) . كما أن المشرع تولى كذلك تيسير شروط القيام بدعوى الشطب من الضرر الناتج عن التسجيل (المبحث الثالث) .

المبحث الأول : مبدأ الصبغة الباتة لحكم التسجيل

311 - « أحكام المحكمة العقارية لا تقبل الطعن بإعتراض ولا بإستئناف ولا بأية وسيلة أخرى » (الفصل 332 فقرة 1 م.ح.ع) ، فهي أحكام باتة. وترتكز هذه الصبغة الخاصة على ثلاثة عناصر يتمثل الأول في أهمية الإشهارات التي تواكب إجراءات التسجيل ويتمثل الثاني في التحريات التي تقوم بها المحكمة العقارية وبصفة خاصة القاضي المقرر أو الحاكم المكلف بالمسح. وكان العنصر الثالث يتمثل في التركيبة الخماسية - بالنسبة للتسجيل الاختياري أما بالنسبة لأصل الحق فالحكم بالتسجيل "يطهر" الوصية القنونية للعقار اذ أن جميع الحقوق العينية المرتبة على العقار في تاريخ تنصيب مطاب التسجيل الاختياري أو في تاريخ تلقي التصريح بالملكية والتي لم تاذن بترسيمها المحكمة العقارية تعتبر ملغاة non avenus (راجع الفصل 308 م.ح.ع.) وهذا يعني أن تلك الحقوق تفقد وجودها ولا يجوز لصاحبها التمسك بها أو طلب ترسيمها.

312 - تنفيذ الحكم العقاري : عندما تقضي المحكمة العقارية بتسجيل عقار فهي تاذن في الآن ذاته بترسيم الحقوق العينية التي ثبت وجودها لديها (أنظر الفصل 335 م.ح.ع. وفي خصوص الحقوق الناشئة بعد مطلب التسجيل وقبل صدور الحكم راجع الفصل 350 م.ح.ع. وفي خصوص تلك التي تنشأ بعد صدور الحكم وإقامة الرسم راجع الفصل 353 جديد م.ح.ع.).

315 - الحالات التي يجوز فيها طلب المراجعة :

بعد أن أكدت الفقرة الأولى من الفصل 332 (جديد) من م.ج.ع. على الصبغة الباتة للحكم العقاري أضافت الفقرات اللاحقة من نفس النص ما يلي :

« غير أنه يمكن لأحد الأطراف مراجعة الأحكام الصادرة من المحكمة العقارية

في أجل شهرين من تاريخ صدورها في الصور التالية :

(1) اعتماد الحكم نصاً قانونياً سبق نسخه أو تنقيحه ، أو تفسيره ، غير منطبق .

(2) وجود حكم مدني اتصل به القضاء متناقض مع الحكم العقاري سبق إضافته لملف التسجيل .

(3) إذا لم يعتمد الحكم وثائق كانت مطلوبة باللف ولها تأثير مباشر من شأنه أن يغير وجه الفصل في القضية .

(4) وجود حكم سابق بالتسجيل متناقض مع الحكم موضوع مطلب المراجعة ويمكن للمحكمة العقارية في هذه الصورة أن تتولى المراجعة من شدة نفسها دون أجل .

كما يمكن لكل من له مصلحة طلب مراجعة الأحكام المؤسسية على أداة ثبت جزائياً زورها أو تدليسها بحكم نهائي .

وواضح أن هذه الحالات واردة على سبيل الحصر لا الذكر . وسئل الحالة الثالثة هي أقربها للتأويل الذي قد يوسع في نطاق الأسباب لتدليس لطب المراجعة .

316 - إجراءات طلب المراجعة :

(1) من يحق له الطلب ؟

بالتمتع في أحكام الفصل 332 (جديد) م.ج.ع. يتضح أن طالب المراجعة ممكن :

- "لأحد الأطراف" : أي لكل شخص كان طرفاً في إجراءات التسجيل سواء بوصفه طالباً أو متداخلاً أو معترضاً فالنص لم يفرق . وينتمتع أطراف بالإمكانية في جميع الحالات التي يبيح فيها التشريع طلب المراجعة .

- "لكل من له مصلحة" : أي الغير الذي تشمل إجراءات التسجيل والذي يثبت مصلحته في القيام . ويتم ذلك في حالة واحدة وهي حالة تأسيس الحكم العقاري على أدلة ثبت جزائياً زورها أو تدليسها .

- للمحكمة العقارية من تلقاء نفسها : وذلك في صورة تحقق الحالة المنصوص عليها بالفقرة الرابعة من الفصل المذكور آنفاً .

(2) الأجل :

فرق المشرع بين ثلاث صور :

- الطلب صادر من أحد الأطراف : أجل شهرين من تاريخ صدور الحكم العقاري.

- الطلب صادر من الغير : « لا يقبل مطلب المراجعة بعد مضي شهرين من تاريخ الحكم النهائي أو إذا ثبت اكتساب ملكية العقار من الغير حسن النية » (المقصود بالحكم النهائي هو الحكم الجزائي القاضي بشعور الزور أو التدليس).

- المراجعة من المحكمة ذاتها : دون أجل (الفقرة 4 من الفصل 332 (جديد) م.ج.ع.

(3) الهيئة المختصة وحكمها : نص الفصل 332 (جديد) م.ج.ع على ما يلي « وتنظر في مطلب المراجعة الدوائر المجتمعة للمحكمة العقارية التي تدرج من رئيس المحكمة أو الوكيل الأول ومن أربعة وكلاء ممن لم يسبق لهم المشاركة في الحكم ».

وأضاف الفصل نفسه : « ويرفع مطلب المراجعة إلى رئيس المحكمة العقارية بطلب يقدمه محام لدى التعقيب أو المكلف العام بنزاعات أصولية في القضايا التي تكون الدولة طرفا فيها ويتضمن بيانا لأسباب طلب المراجعة مرفوقا بما يؤيد ذلك ».

وإن رأى رئيس المحكمة جدية المطلب يأذن بتوقيده بعد تأمين الطالب لمبلغ خطية قدرها 50 دينارا وبإعلام إدارة الملكية العقارية به لإجراء قيد احتياطي على الرسم العقاري إن تمت إقامته وإلا يأذن بتعطيل تنفيذ الحكم والتنصيص على ذلك بدفاتر المحكمة حسب مقتضيات الفصل 353 من هذه المجلة . وتعنى الدولة والجماعات المحلية من تأمين الخطية .

وتتولى كتابة المحكمة استدعاء المعنيين بالجلسة .

وتبت الدوائر المجتمعة في المطلب وإن رأت وجها للنقض تدعى إلى الأصل وفي صورة الرقض تقرر حجز الخطية وتأذن بالتشطيب على العقيد الإحتياطي أو على التنصيص الوارد بدفاترها وتكون قراراتها باتة .

(4) تطبيق الأحكام الجديدة في الزمان : نص الفصل الرابع من القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرخ في 23 جانفي 1995 استعفي بدنتيغ وإتمام بعض الأحكام من مجلة الحقوق العينية على ما يلي :
تسري مقتضيات الفصل 332 (جديد) على الأحكام العقارية المتبادرة قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ في صورة صدور حكم جزائي بعد هذا التاريخ يثبت الزور أو التدليس .

المبحث الثالث : تيسير دعوى التعويض المدني

- 317 - كان الفصل 337 من مجلة الحقوق العينية يشترط على الدائم بدعوى التعويض عن ضرر ناتج عن حكم عقاري أن يثبت وجود تغير Dol والملاحظ أن السنوات الأخيرة شهدت تزايد عدد الدعاوي المقامة على أساس الفصل 337 المذكور (أنظر خاصة) :
- القرار التعقيبي المدني عدد 9407 الصادر في 16 فيفري 1984 النشيرة 1984 الجزء الأول ص 214 ، المجلة القانونية التونسية : 1987 ص 401 مع ملاحظاتي (علاقة الفصل المذكور بنظرية الإثراء بدون سبب).
 - القرار التعقيبي المدني عدد 12289 الصادر في 24 أكتوبر 1985 النشيرة 1985 الجزء الثاني ص 244.
 - القرار التعقيبي المدني عدد 13587 الصادر في 1 ديسمبر 1986 النشيرة 1986 الجزء الثاني ص 219.
 - القرار التعقيبي المدني عدد 13253 الصادر في 19 ماي 1986 النشيرة 1986 الجزء الثاني ص 246).
- وتيسيرا على كل من تضرر من حكم عقاري عدل المتروك سنة 1985 عن اشتراط التغير مكتفيا بوجوب إثبات الخطأ La faute. انجاء أحكام الفصل 337 (جديد) من م.ج.ع. على النحو الآتي :

«كل شخص تضررت حقوقه من تسجيل أو ترسيم ناتج عن حكم بات بالتسجيل لا يمكن له أصلا أن يرجع على العقار وإنما له في صورة الخطأ الحق في القيام على المستفيد من التسجيل بدعوى شخصية في نزع الضرر».

العنوان الثاني

النظام القانوني لدفع الملكية العقارية

(وهو موضوع درس القانون المدني 10 للسنة الرابعة).

قانون الأموال مخطط المحاضرات

المقدمة

- المبحث الأول : تعريف الأركان الجوهرية لقانون الأموال
الفقرة الأولى : المال
الفقرة الثانية : الحق العيني

المبحث الثاني : تقسيم الأموال
الفقرة الأولى : التقسيمات الأساسية
أ - تقسيم المال إلى عقار ومنقول
ب - تقسيم المال إلى مال مسجل ومال غير مسجل
الفقرة الثانية : التقسيمات التكميلية
أ - التفرقة بين الأشياء القابلة للإستهلاك والأشياء
غير القابلة له
ب - التفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء القيمة

المبحث الثالث : مصادر قانون الأموال
الفقرة الأولى : المصادر المدنية المكتوبة لقانون الأموال
أ - مجلة الحقوق العينية
ب - المصادر المستقلة عن مجلة الحقوق العينية
الفقرة الثانية : المصدر المدني غير المكتوب : العرف
أ - التفويض الصريح للرجوع إلى العرف كمصدر
ب - التفويض الضمني للاعتماد على العرف

الجزء الأول : نظام الحقوق العينية الأصلية

العنوان الأول : حق الملكية

الباب الأول : تحليل حق الملكية

الفقرة الثالثة : اكتساب الملكية بمفعول القانون

أ - الانتزاع من أجل المصلحة العامة

ب - حالات التملك من أجل المصلحة الخاصة

المبحث الثاني : الأحكام الخاصة بحوز المنقول

الفقرة الأولى : محتوى القاعدة الواردة بالفصل 53 م.ج.ج.

أ - القاعدة تفيد اكتساب ملكية المنقول

ب - للقاعدة وظيفة إثبات

الفقرة الثانية : دعوى استرداد المنقول

- الباب الثالث : الملكية المشاعة

المبحث الأول : الحكم العامة للشيوخ

الفقرة الأولى : حقوق الشركاء

أ - الإدارة المعتادة للمشارك

ب - التصرف

الفقرة الثانية : واجبات الشركاء

أ - نظام المصاريف

ب - نظام الإحداثيات

الفقرة الثالثة : انقضاء الشيوخ

أ - إنجاز القسمة

ب - آثار القسمة

المبحث الثاني : الأحكام الخاصة ببعض أوجه الشيوخ

الفقرة الأولى : الحائض المشترك

أ - تعريفه

ب - خصوصية أحكامه

الفقرة الثانية : ملكية الطبقات

أ - ملكية الطبقات تنظيم لحق الملكية

ب - ملكية الطبقات إدارة لشيوخ مستمر

الفقرة الثالثة : نظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين

الباب الرابع : القيود المتعلقة بحق الملكية

المبحث الأول : القيود المتعلقة بالتصرف

الفقرة الأولى : الشفعة وحق الأولوية في الشراء

أ - الشفعة

ب - الصعوبات الطارئة بعد البيع

الفقرة الثانية : الشكليات الإدارية

أ - تعدد الرخص الإدارية

ب - جزاء غياب الرخصة الإدارية

المبحث الثاني : القيود المتعلقة بالاستعمال

الفقرة الأولى : التعسف في استعمال الحق

الفقرة الثانية : مضار الجوار

المبحث الثالث : القيود المتعلقة بالإستغلال

العنوان الثاني : الحقوق العينية الأصلية المتفرعة

عن حق الملكية

الباب الأول : حق الانتفاع

المبحث الأول : محتوى حق الانتفاع

الفقرة الأولى : حقوق المنتفع

الفقرة الثانية : واجبات المنتفع

المبحث الثاني : انقضاء حق الانتفاع

الباب الثاني : حق الاستعمال وحق السكنى

الباب الثالث : حقوق الارتفاق

المبحث الأول : مصادر حقوق الارتفاق

الفقرة الأولى : حق الارتفاق الطبيعي

الفقرة الثانية : حق الارتفاق الناشئ عن القانون

أ - حق الارتفاق الناشئ عن غرس الأشجار أو إحداث

نوع من المباني
ب - الكشف على ملك الجار
ج - ميازيب السطوح
د - حق المرور
الفقرة الثالثة : حق الارتفاق الإتفاقي

المبحث الثاني : أصناف حقوق الارتفاق
المبحث الثالث : إنقضاء حقوق الارتفاق

المجزء الثاني : نظام العقارات المبلدة

العنوان الأول : تسجيل العقارات

الباب الأول : اجراءات التسجيل

المبحث الأول : التسجيل الاختياري
المبحث الثاني : المسح الإجمالي

الباب الثاني : حكم التسجيل

المبحث الأول : مبدأ الصبغة الباتة لحكم التسجيل
المبحث الثاني : إمكانية مراجعة حكم التسجيل
المبحث الثالث : تيسير دعوى التعويض المالي

العنوان الثاني : النظام القانوني لدفتر الملكية العقارية

الباب الأول : المبادئ الأساسية لنظام دفتر الملكية العقارية

الباب الثاني : نظام الترسيمات

المبحث الأول : اجراءات الترسيم
المبحث الثاني : التشطيب على الترسيم