

الدكتور عبد الله الأحمد

قانون مدني العقود الخاصة

I

البيع

الاهداء

مصدر للمؤلف :

القاضي والاثبات في النزاع المدني - تونس 1991 .

حقوق الانسان والحريات العامة في القانون
التونسي تونس 1993

إلى روح والدي العزيز

تغمده الله برحمته الواسعة

جدول المصطلحات

TABLEAU DES ABREVIATIONS

م.إ.ع. : مجلة الالتزامات والعقود.
م.م.م.ت. : مجلة المرافعات المدنية والتجارية

A.I.D.A. : Actualité juridique, Droit Administratif.
Cass. : Cours de cassation (Cass. civ. chambre civile , Cass. crim. :
Chambre criminelle).
C.E. : Conseil d'Etat
D. : Recueil DALLOZ
E.D.C.E. : Etudes et Documents
GAZ PAL : Gazette du Palais.
J.D.L. : Journal du Droit International
J.C.P. : Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
Jur. Cl. Int. : Jurisclasseur de Droit international
J.C.A. : Jurisclasseur Administratif
Op. Cit. : Ouvrage précité
R.D.I.D.C. : Revue de Droit international et de droit comparé
R.G.D.I.P. : Revue générale de Droit international public
R.T.D. : Revue Tunisienne de Droit
R.T.D. civ. : Revue trimestrielle de droit civil.
S. : Recueil SIREY.

© جميع الحقوق محفوظة للمؤلف
1997

أهم المراجع

(1) باللغة العربية :

- عبد الرزاق السنهوري :

الوسيط في شرح القانون المدني - جزء ١ +

- الدكتور خميس خضر :

العقود المدنية الكبيرة ، نشر دار النهضة العربية - 1979 .

- منذر الفضل وصاحب الفتلاوي :

شرح القانون المدني الأردني - العقود المساة - نشر محكمة دار
الثقافة - عمان - 1993 .

- رمضان أبو السعود :

شرح العقود المساة في عتدي البيع والمتابضة - نشر دار
الجامعة

- محمد حسن قاسم :

الموجز في عقد البيع - نشر الدار الجامعية - الاسكندرية - 1996 .

- RIPERT et BOULANGER, Traité de droit d'après Planiol. T.III.
Contrats civils. 1958.

J. GESTIN et DESCHES, Traité des contrats sous la dir. de J.
Ghestin. La vente, 1990 - L.G.D.J.

L. HEMARD, Les contrats commerciaux, t.I. 1953.

MAZEAUD et CHABAS. Leçons de droit civil, T.III, 2ème Vol.
II, par de Juglard, Vente et échange, 1987.

MALAUURIE et AYNES, Les contrats spéciaux 1994. éd. Cujas

Collard DUTILLEUL et DELEBECQUE, Contra civils et
commerciaux, 1993. Dalloz.

VASSEUR, Droit des affaires II, Les cours de droit, Fasc. IV, Les
contrats de la vie des affaires 1982.

ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial de G. RIPERT,
T. II, 1992, Contrats commerciaux.

BENABENT, Les contrats spéciaux, 1993 - PUF.

LAMY, Droit économique par Cass. et Bout, 1994, (contrat de
vente), (circuit de distribution). Mémento Fr. Lefebvre,
Distribution, 1992 - 1993.

M. ALTER, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles
corporels, Thèse, L.G.D.J. 1972.

- مروان كركبي :

العقود المسماة - الطبعة الثانية 1993 .

- سليمان مرقس :

عقد البيع - نشر عالم الكتب - الطبعة الرابعة =

- الدكتور محمد خيرى :

الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب، مكتبة المعارف، الرباط
1986 .

- الحبيب الشطبي :

دراسات في القانون العقاري ، دار الميزان للنشر - سوسة 1996 .

- سعد دياب :

ضمان عيوب المبيع الخفية، نشر دار إقرأ - بيروت 1983 .

(2) باللغة الفرنسية :

- Jérôme HUET, Les principaux contrats, L.G.D.J. 1996.

- Mohamed Kamel CHARFEDDINE, Les Droit des Tiers et les
actes translatifs de propriété immobilière, CERP, Tunis, 1993

- PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, T.X
par Hamel, 1956.

مقدمة

يعتبر البيع من أهم العقود المتداولة وأكثرها انتشارا فقلما يمر يوم على المرء دون أن يشتري شيئا ما ارضاءا لحاجياته الأكيدة. ويختلف حجم البيوعات ونوعيتها باختلاف تلك الحاجيات كما أنها تدرج في المعاملات التي هي قوام النشاط الاقتصادي.

وبتبرأ البيع مكانة متميزة في التقنين فقد خصص المشرع له أكثر ما مائه فصل بمجلة الالتزامات والعقود بالإضافة الى عدة نصوص أخرى متفرقة تنظم بيوعات خاصة.

ولعل أهمية عقد البيع دفعتنا إلى وضع هذا الكتاب الذي خصصناه له وهو جزء أول من سلسلة من البحوث التي نعتزم اعدادها إن شاء الله لدراسة بقية العقود الخاصة.

وكان منطلق هذا التأليف المحاضرات التي التيناها على طلبة السنة الرابعة (الشعبة القضائية) بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس.

واعتمدنا في هذا الكتاب تشريعنا الوطني وفقه قضائنا وكذلك القانون المقارن الأجنبي وخاصة الأوروبي منه والعربي إيماناً منا بضرورة فتح الحقوقي التونسي على مختلف القوانين الأجنبية خاصة ونحن في عهد العولمة الاقتصادية والشراكة والتأهيل.

ويلاحظ القارئ أيضا كثرة الاستشهاد بفقه القضاء التونسي غير

J. GHESTIN, Conformité et garanties dans la vente de meubles corporels, L.G.D.J, 1983.

J. HUET, Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, Litec, 1987.

Ph. KHAN, La vente commerciale internationale, thèse, Sirey 1961.

Les ventes internationales de marchandises, colloque de la fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires, Economica 1981.

B. AUDIT, La vente internationale de marchandises (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980), L.G.D.J. 1990.

J. CARBONNIER, Sociologie de la vente, in Flexible droit, 1992.

J.L. BERGEL, La vente d'immeubles existants Litec 1983.

M. DAGOT, La vente d'immeuble a construire Litec 1987.

Rép. civ. Dalloz, V. Ventes (généralité), 1976.

Ph. MALAURIE, Rép. civ. Dalloz, V. Ventes (éléments constitutifs), 1976 et V. Ventes (obligations du vendeur), 1976.

L. Bihl, Rép. com. Dalloz, V. Ventes commerciales, 1984.

فصل تمهيدي

إن المدخل لدراسة البيع يقتضي النظر في تعريفه وتطوره
وخصائصه ومقارنته بعقود أخرى.

I - تعريف البيع

1 - عرف المشرع التونسي البيع بالفصل 564 من مجلة
الالتزامات والعقود الذي نصّ على أن البيع "عقد تنتقل به ملكية شيء
أو حق من أحد المتعاقدين للآخر بثمن يلتزم به". ونجد تقريرا نفس
التعريف في العديد من التقنيات العربية الأخرى مثل القانون
الجزائري إذ عرفت المادة 351 من القانون المدني البيع بأنه "عقد يلتزم
بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في
مقابل ثمن نقدي" وقد استمد المشرع الجزائري هذا التعريف من المادة
418 من القانون المدني المصري وعرف الفصل 478
من مجلة الالتزامات والعقود المغربي البيع بأنه "عقد بمقتضاه ينقل
أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا
الأخير بدفعه له".

2 - أما المشرع الفرنسي فإنه عرف البيع بكونه "اتفاق
بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بتسليم شيء والآخر بدفع الثمن" (الفصل
1582 من المجلة المدنية الفرنسية).

المنشور وقد تسنى لنا ذلك بفضل ممارستنا لمهنة المحاماة التي مكنتنا من
الوقوف عن كثب على تطور فقه القضاء وموقفه من مختلف المسائل
القانونية التي يطرحها عقد البيع وغيره من العقود الأمر الذي يؤكد
الجدوى من الجمع بين التدريس والمحاماة والمتمثلة في الاثراء المتبادل
والتكامل بينهما.

وارجو أن أكون بهذا العمل المتواضع قد ساهمت مع بقية الباحثين
في إثراء المكتبة القانونية التونسية حتى يزداد انتشار الثقافة القانونية في
بلادنا.

والله ولي التوفيق

تونس في 5 ماي 1997

عبد الله الأحمد

III - خصائص البيع

يتميز البيع بأربع خصائص أولها أنه عقد بمقابل وثانيها أنه ملزم للجانبين وثالثها أنه رضائي وأخيرا أنه ناقل للملكية.

5 - الخاصية الأولى : البيع عقد بعوض

contrat à titre onéreux

في عقد البيع يكون التزام كل طرف مقابل الحصول على منفعة مادية الأمر الذي يجعله عقدا بعوض فالبايع يتعهد بتسليم المبيع للمشتري مقابل التزام هذا الأخير بدفع الثمن والحقيقة أن هذه الخاصية ليست محصورة في البيع بل نجدها أيضا في عقد الكراء والقرض بفائض وعادة تكون التزامات البائع والمشتري محددة من قبل Contrat commutatif باستثناء حالة البيع مقابل جارية عمرية. وهي تشير عدة مشاكل دقيقة سنقف عليها عند النظر في الثمن.

6 - الخاصية الثانية : البيع عقد ملزم للجانبين

يولد العقد التزامات مترابطة ومتبادلة فالإلتزام بتسليم المبيع يقابله الإلتزام بدفع الثمن وبالتالي تنطبق على البيع القواعد الخاصة بالعقود الملزمة للجانبين ومن أهمها نظرية تحمل التبعات والدفع بعدم التنفيذ المنصوص عليها بالفصل 247 من مجلة الإلتزامات والعقود.

“la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer...”

إن هذه التعاريف متشابهة ونستخلص منها أن البيع عقد ناقل للملكية شيء أو حق بمقابل مالي .

II - تطوّر البيع

يعتبر عقد البيع من أقدم العقود وأكثرها انتشارا وهو من أقدم الوسائل التي استعملها الإنسان لاكتساب الملكية غير أنّ المقايضة Le Troc سبقت البيع وتتمثل في تبادل البضائع حسب الحاجيات.

3 - غير أنّ المقايضة انقلبت الى بيع بعد ظهور النقود إذ أصبح انتقال ملكية البضائع بمقابل مالي وصار البيع رضائيا في القانون الروماني بعد ماكانت المعاوضة عقدا عينيا.

4 - وبعد أن طغت الصناعة على المجتمعات وكذلك الإستهلاك برزت ظاهرتان أولهما انخراط المساواة والتوازن الإجتماعي والإقتصادي بين البائع والمشتري وثانيهما تطور البيع مع الدفع المؤجل للثمن ودعت هذه الطريقة الى اقرار جملة من القواعد لحماية البائع وضمان دفع الثمن من طرف المشتري على أن من أهم ما تميز به قانون البيع تدخل المشرع بسنّه قوانين جديدة وخاصة لتنظيم بعض البيوعات لتحقيق حرية المنافسة النزيهة ومقاومة الإحتكارات وحماية المستهلك وقرار شبه أخلاقية في البيع.

7 - الخاصية الثالثة : البيع عقد رضائي

نستشف الصبغة الرضائية لعقد البيع من أحكام الفصل 580 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على أنه "إذا وقع من المتعاقدين ما يدل على الرضا بالبيع واتفقا على الثمن والمثلن وعلى بقية شروط العقد انعقد البيع بينهما".

8 - فالمرشع لم يشترطاً الكتاب ليصبح البيع تاماً وبذلك يكون البيع عقداً رضائياً بالدرجة الأولى وأكدت اتفاقية فيانا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع الصبغة الرضائية لعقد البيع في الفصل 11 الذي ينص على أن البيع لا يخضع لأي شرط شكلي ويمكن إثباته بكل الوسائل بما في ذلك البيئة بالشهود ولا يحتاج لانعقاده أو لمعايته إلى أي كتب".

9 - لكن الرضائية في البيع ليست مطلقة بل إنها في تفهقر واضح إذ عادة ما يلتجئ الأطراف إلى تحرير كتب حتى في الحالات التي لم يقر فيها القانون ذلك بالإضافة إلى وجود عدة بيوعات يشترط فيها المرشع إبرام العقد كتابياً مثل بيع العقارات والإشهار العقاري الذي يستلزم تحرير كتب وبصفة عامة تعددت الشكليات في البيع وتنوعت مظاهرها كما سنراه في موضع لاحق فيكاد ينقلب إلى عقد شكلي.

الخاصية الرابعة : البيع عقد ناقل للملكية

10 - إن وظيفة البيع هي نقل الحقوق⁽¹⁾ :

"la fonction de la vente est d'assurer le Transfert des Droits"

B. GROSS et Ph. BIHR, contrats THEMIS, 1993 p. 47

(1)

ولاشك أن هذه الخاصية تميز البيع عن بقية العقود الخاصة ومبدئياً فإن البيع ينتقل أساساً الحقوق العينية وخاصة حق الملكية.

مبدئياً تنتقل ملكية المبيع للبائع بمجرد التراضي طبق الفصل 583 من مجلة الالتزامات والعقود إلا في حالات خاصة ضبطها المرشع أو إذا كانت طبيعة المبيع تختم تأخير إنتقال الملكية كأن يكون شيئاً غير معين بذاته إذ في هذه الصورة لا تنتقل الملكية إلا بالفرز فضلاً على إمكانية الإنفاق على التأجيل على إنتقال الملكية.

IV - مقارنة البيع بعقود أخرى شبيهة به

11 - أ) البيع والهبة

عرف الفصل 200 من مجلة الأحوال الشخصية الهبة بأنها "عقد بمقتضاه يملك شخص آخر مالا بدون عوض" فهي عقد تبرع في حين أن البيع عقد بعوض وهذا ما يميزهما عن بعضهما لكن الفرق بينهما المبني على عنصر المقابل ربما يتضاءل نسبياً عندما يتعلق الأمر "بهبة عوض" كأن "يفرض الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين" على معنى الفقرة الثانية من الفصل 200 من مجلة الأحوال الشخصية إذ رغم بناء نية التبرع لدى الواهب في صورة هبة العوض فإنها تصبح قريبة من البيع إذا كانت قيمة التزامات الموهوب له تساوي الشيء الموهوب. لكن رغم ذلك تبقى الهبة مختلفة عن البيع نظراً لوجود نية التبرع² وتختلف الهبة عن البيع بكونها عقداً شكلياً وعينياً إذ أنها لا

(2) توفيق حسن فرج : عقد البيع والمقايضة 1969 ص 50, PLANIOL et RIPERT, T. X par HAMEL, n. 8.

21 البيع واستبدال الالتزام بغيره

Dation en paiement

13 - نص الفصل 341 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه "ينقضي الالتزام أيضا بأداء شيء في مقابلة ما هو مذكور به إذا رضي الدائن بذلك...".

يؤخذ من هذا النص أن في إستبدال الالتزام يقبل الدائن من غريمه شيئا آخر يسلمه له مقابل موضوع الدين المتخلد بذمته والذي يميز هذه العملية عن البيع هو إنتفاء الثمن فضلا عن كونها تشكل وسيلة من وسائل إنقضاء الالتزامات حسب صريح الفصل 339 من مجلة الالتزامات والعقود غير أن إستبدال الالتزام بغيره يشبه مع ذلك البيع لأن المدين ينقل ملكية الشيء لدائنه مقابل إنقضاء التزامه إزاءه⁵ فكان الغريم باع ذلك الشيء لدائنه مقابل إنقضاء الدين المتخلد لفائدته بذمة غريمه. ومما يؤكد هذا الشبه بين العتدين أن الفصل 342 من مجلة الالتزامات والعقود نص على أنه "إذا أدى المدين لدائنه شيئا... فعليه ما على البائع من ضمان العيوب الخفية".

د- البيع والكراء

14 - عرف المشرع الكراء بالفصل 727 من مجلة الالتزامات والعقود بأنه "عقد يسلم به أحد الفريقين للآخر منفعة شيء منقول أو غير منقول مدة بعوض يلتزم له بأدائه الفريق الآخر".

(5) MALAURIE et AYNES, les obligations, 1993, n. 1061. Cujas.

تكون صحيحة إلا إذا أبرمت في شكل حجة رسمية (الفصل 204 من مجلة الأحوال الشخصية) ولا تتم إلا "بتسليم الشيء الموهوب الى الموهوب له" (الفصل 201 من نفس المجلة). كما تختلف الهبة عن البيع بكون الواهب لا يضمن عيوب الشيء الموهوب وكذلك الإشتقاق. (علانا للبائع)

12 - ب) البيع والمساهمة في شركة

(Apport en société)

تمثل المساهمة العينية في شركة في عقد بمقتضاه ينقل الشريك ملكية مال الى شركة مقابل إمتلاك أسهم فيها وتصبح تلك الأموال التي قد تكون منقولة أو عقارات على ذمة وملك الشركة³.

يرى الفقه الحديث أن هذه العملية لا تعتبر بيعا لأن المقابل الذي يتحصل عليه المساهم في الشركة ليس ثمنا نقديا رغم أنها أدت الى إنتقال الملكية⁴.

- M. J. CABBASSEDES; La nature juridique de l'opération (3) d'apport, Rev. soc. 1976, 431.
- Voy LAISE, L'apport en société, 1955.
MALAURIE et AYNES, les contrats spéciaux, n. 69. Cujas. (4)

عقد المعاولة (هـ) البيع وعقد الإجارة على الصنع (المقاولة)

15 - عرف المشرع الإجارة على الصنع بالفصل 828 من مجلة الالتزامات والعقود بأنها "عقد على إصطناع شيء معين بالوصف المنضبط ني مقابلة أجر معين أيضا" ويعتبر عقد المقاولة إدارة صنع على معنى الفصل 867 من نفس المجلة إذ يتمثل في "الاتفاق على البناءات وغيرها مما يلزم فيه الأجير أو الصانع الاتيان بمواد عمله".

16 - ويتميز عقد البيع عن عقد الإجارة على الصنع بكونه ناقلا للملكية في حين أن موضوع العقد الثاني هو إسداء خدمات فقط. غير أنه في بعض الحالات يدق التمييز بين العقدين كأن يتعهد شخص بصنع شيء ما لفائدة شخص آخر وتكون مواد الصنع على كاهل الأول على معنى الفصل 873 من مجلة الالتزامات والعقود. فهل يعتبر العقد بيعا باعتبار أجير الصنع بائعا للمواد التي صنع منها الشيء المتفق عليه والمستأجرا مشتريا لها؟ لقد نزل المشرع أجير الصنع منزلة البائع طبق أحكام الفصل 874 من مجلة الالتزامات والعقود إذ حمّله واجب ضمان العيوب طبق الفصل 647 من نفس المجلة.

17 - واختلفت آراء الشراح حول هذه المسألة إذ ظهر إتحاء يعتبر العقد بيعا⁹ ويرى آخرون أنه عقد متشعب¹⁰ فهو إجارة على الصنع قبل إستلام الشيء وبيع بعد ذلك واعتمد فقهاء آخرون قاعدة الفرع يتبع الأصل (accessorium sequitur principale) فإذا كانت المواد أكثر أهمية من الصنع في حد ذاته يكون العقد إجارة على الصنع وفي الحالة المعاكسة يكون بيعا¹¹.

(9) RIPERT et BOULANGER, T. III, N. 2068
(10) AUBRY et RAU, TV, 6eme édition, par ESMEIN 1947, PARA. 374.
(11) H. PERINET - MARQUET, le fabricant sous-traitant., un hy-bride difficile, J.C.P. 1989. I. 3399.

ويؤخذ من هذا النص أن الكراء يختلف عن البيع فهو عقد زمني يمنح للمتسوغ منفعة المكروى ويتضمن حقا شخصيا في حين أن البيع هو عقد فوري وناقل للملكية شيء أي حق عيني على أن هذه الفوارق على وضوحها لم تمنع من وجود بعض الإشكاليات الدقيقة في إيجاد الوصف القانوني الصحيح لبعض العقود التي تتأرجح بين وصفي البيع والكراء نظرا لوجود تداخل بين المنفعة وانتقال الملكية في عقد واحد مثل البيع الإيجاري أو الإيجار السائر الى البيع (la location-vente) أو الإيجار المالي (Le leasing ou crédit-bail) الذي نظمته القانون عدد 89 المؤرخ في 26 جويلية 1994⁶ وكذلك كراء المقاطع الخاضع للقانون عدد 20 لسنة 1989 الصادر في 22 فيفري 1989 وقد نص الفصل 738 من مجلة الالتزامات والعقود على أن "كراء المعادن والمقاطع وغيرها من التي بباطن الأرض أو على ظهرها يجري على ترتيب خاصة وعلى منتضى قواعد البيع" وأن الصيغة التي وردت في هذا الفصل تطرح في حد ذاتها إشكالية إذ تتضمن خضوع عقد كراء لقواعد البيع؟

واعتبر فقه القضاء الفرنسي أن عقد إستغلال المقاطع ليس كراءا بل هو بيع يتميز بخاصيتين أولهما أنه بيع منقول وثانها أنه إزاء الغير يعد بيعا عقاريا لا يمكن معارضتهم به إلا بالإشهار العقاري⁷ وقد إنتقد الشراح هذا الموقف⁸ مثل

(6) CABRIAC, Crédit-bail, Rep com. 1981
M. GIOVANOLI, le crédit-bail en Europe, développement et nature juridique, th. Lausanne, LITEC, 1980.
(7) Civ. 3, 30 mai 1969, Reingoux et autres, J.C.P. 1970 II 16173, n. HUBRECHT, R.T.D. civ. 1970. 188, n. G. CORNU.
(8) MAULAURIE et AYNES, Les contrats spéciaux 1993-1994, n. 83.

و) البيع وعقد البعث العقاري

18 - عرّف الفصل الأول من القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 الباعث العقاري بأنه "كل شخص مادي أو معنوي ينجز قصد البيع أو الإيجار بصفة إعتيادية أو من قبيل المهنة طبقا للتشريع الجاري به العمل عمليات :

- تقسيم وتهئية أراضي مخصصة أساسا للسكنى

- بناء وتجديد عقارات فردية أو نصف جماعية معدة للسكنى أو التجارة أو المهنة أو الإدارة".

ونصّ الفصل الرابع من نفس القانون على خضوع عمليات البيع المنجزة من طرف الباعثين العقاريين للقانون العام ونصّ الفصل التاسع على عدم إمكانية بيع عقار في نطاق مشروع عقاري قبل إنجازها إلا من طرف باعث عقاري مع ضرورة إبرام وعد بيع يحدد حقوق وواجبات الطرفين.

19 - والسؤال المطروح على ضوء هذه الأحكام القانونية معرفة الطبيعة القانونية لعقد البعث العقاري هل يعتبر إجارة على الصنع أم بيعاً¹²؟. إنّ العقد المبرم بين الباعث العقاري وحريفة الذي يشتري منه

(12) أنظر حول هذه المسألة :

- Philippe MALINAUD, Philippe JESTAZ, Droit de la promotion immobilière, Seme ed, n. 498-502.

- Le Droit de la promotion immobilière, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis 1989.

سامية الدنداني بن سالم : عقد البعث العقاري مذكرة شهادة الدراسات المتعلقة فس القانون الخاص كلية الحقوق تونس , 1996

العقار بعد إنجازه هو عقد بيع يخضع مبدئيا للقواعد العامة للبيع طبق الفصل 4 من قانون 26 فيفري 1990 ولكن مسؤولية الباعث العقاري إزاء المشتري تخضع لنظام خاص جاء به القانون عدد 9 لسنة 1994 المؤرخ في 31 جانفي 1994 والمتعلق بالمسؤولية والمراقبة الفنية في ميدان البناء والقانون عدد 10 لسنة 1994 والخاص بالتأمين في ميدان البناء وبذلك يصبح عقد البعث العقاري بيعا من نوع خاص يخضع في الأصل إلى أحكام العامة للبيع. والى هنا خاتمة في هذا المجال.

ز) البيع والمعاوضة (المبادأة)

20 - "المعاوضة عقد يسلم بموجبه كل من المتعاقدين للآخر على وجه الملكية شيئا منقولاً أو غير منقول أو حقا مجردا سواء كان ذلك من نوع واحد أو من أنواع مختلفة" (الفصل 718 من مجلة الالتزامات والعقود).

يؤخذ من هذا التعريف أنّ العناصر المشتركة بين المعاوضة والبيع تتمثل في كونهما ناقلين للملكية ويخضعان لشكلية الكتب إذا كان موضوعهما عقارا (الفصل 719 من مجلة الالتزامات والعقود) وأنه "على كل من المتعاضدين للآخر ما على البائع من ضمان العيوب الخفية وضمنان الإستهقاق" (الفصل 722 من مجلة الالتزامات والعقود) كما أن المشرع أخضع صراحة المعاوضة لأحكام البيع حسب صريح الفصل 724 من نفس المجلة.

21 - على أنّ هذه العناصر المشتركة بين العقدين لا تنفي وجود فروق بينهما وفي مقدمتها إنتفاء الثمن النقدي في المعاوضة بالإضافة الى عدم إمكانية ممارسة حق الأولوية في الشراء أو الشفعة في

المعاوضة¹³ فضلا على أن المصاريف تحمل على المتعاضين إنصافا
بينهما ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك (الفصل 721 من مجلة
الالتزامات والعقود).

* خطة البحث

إن دراسة عقد البيع تقتضي النظر في ثلاثة أبواب هي :

I- أركان البيع

II- تكوين عقد البيع

III- آثار البيع

(13) دكتور حسن قاسم : المرجز في عقد البيع نشر دار الجامعة الجديدة للنشر
الإسكندرية 1996 ص 44

الباب الأول

أركان عقد البيع

يستلزم عقد البيع توفر ثلاثة أركان أساسية أولها أطراف العقد
(الفصل الأول) وثانيها الشيء المباع (الفصل الثاني) وثالثها الثمن
(الفصل الثالث). وسندرس كل ركن في فصل.

الفرع الأول

البائع

لكل شخص الحق في بيع ممتلكاته والتصرف فيها كما شاء طبق الفصل 17 من مجلة الحقوق العينية الذي نص على أن "الملكية هو الحق الذي يخول صاحب الشيء وحده إستعماله وإستغلاله والتفويت فيه"¹⁴. إلا أنه توجد حالات خاصة واستثنائية حددها القانون نذكر على سبيل المثال التحجير على المفلس إدارة مكاسبه والتصرف فيه بمجرد صدور الحكم بالتفليس على معنى الفصل 457 من المجلة التجارية كما أن الفصل 309 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية حَجَّرَ على المدين الذي اجريت عقلة على مكاسبه التصرف فيها في مضرة دائنيه وكل تفويت فيها سواء بعوض أو بدونه باطل ولاعمل عليه.

وفي بعض الحالات يجبر الشخص على بيع مكاسبه بالمزاد العلني إذا كان مدينا بعد اجراء عقلة تنفيذية على ممتلكاته وخاصة إذا كانت عقارية فيحصل بيع اجباري بمقتضى حكم تبتيق وهو استثناء للمبدأ العام القائل بأنه لا يجبر أي شخص على التنازل عن ملكه طبق

14) عبد الله الأحمدى، حقوق الإنسان والحريات العامة في القانون التونسي، 1993 ص 272 وما بعدها.

- الأستاذ فاضل موسى : الدستور وحق الملكية.

المجلة القانونية التونسية 19876 ص. 371 (باللغة الفرنسية).

الفصل 20 من مجلة الحقوق العينية. غير أن حالات تقييد حرية البيع أو حظره مردها حماية حقوق الدائنين. لكن هناك قيود أخرى تسلط على هذه الحرية لأسباب أخرى وقد تتخذ عدة مظاهر من أهمها تقييد أهلية البيع أو الحد من حرية اختيار المشتري المراد التعاقد معه.

المبحث الأول

تقييد أهلية البيع

البيع في مرض الموت

إن البيع في مرض الموت مؤسسة خاصة لها نظام قانوني معين إذا كان منظرياً على المحاباة حتى يتسلط عليه الحكم المقرر له ويتعين بحث هذه العناصر الثلاثة : .

الفقرة الأولى

مفهوم مرض الموت

24 - إن مؤسسة البيع في مرض الموت مستمدة أساساً من الفقه الإسلامي ويتجه الرجوع إليه لمعرفة المتصود به قبل البحث عنه في القانون الوضعي عامة وفي فقه القضاء خاصة والوقوف على كينيته إثباته.

أ) مفهوم مرض الموت في الفقه الإسلامي

25 - عرفت المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية مرض الموت

المجلة التونسية

الفصل الأول

أطراف عقد البيع

22 - لا يمكن أن تتصور عملية بيع بدون بائع ومشتري باعتبارهما الطرفين الأصليين في كل عقد بيع فالبايع هو الشخص الذي يفوت في حق أو شيء ما مقابل ثمن والمشتري هو الذي يقبل اقتناء ذلك الحق أو الشيء ويدفع مقابل ذلك الثمن المتفق عليه.

23 - ومبدئيا لكل شخص الحرية الكاملة في بيع ممتلكاته متى شاء وله شراء وبالثمن الذي يريد كما أن الحق في الشراء ممنوح لكل شخص تتوفر فيه أهلية التعاقد طبق أحكام الفصول من 3 إلى 17 من مجلة الالتزامات والعقود.

إن حرية البيع والشراء ليست مطلقة في كل الحالات إذ توجد قيود هامة تسلط عليها لأسباب معينة تختلف باختلاف صفة الطرف كأن يكون بائعا (الفرع الأول) أو مشتريا (الفرع الثاني).

البحر وهو في حالة هيجان والذهاب الى القتال وكذلك حالة المرأة الحامل عند الوضع .

ب) فقه القضاء التونسي ومفهوم مرض الموت

29 - لم يعرف المشرع التونسي مرض الموت ونلمس نفس هذا الفراغ في جل التفتينات العربية مثل التشريع المصري والجزائري والمغربي والسوري .

ولعل السبب في ذلك يرجع الى وجود اختلاف بسيط بين المذاهب الفقهية حول بعض الجزئيات المتعلقة بمرض الموت مثل مدته وما إذا كان من الضروري أن يؤدي فعلا الى الموت أم لا . وأمام هذا الفراغ التشريعي اجتهد فقه القضاء التونسي في إبراز مفهوم هذا المرض وصدرت في هذا المعنى عدة قرارات من أهمها وأولها القرار عدد 5655 الصادر في 20 أفريل 1949 وجاء فيه " إن المشرع لم يضبط مسألة مرض الموت ويظهر أنه إنما يعتبر المرض كذلك إذا كان مخيفا ومشعرا بالهلاك مع اتصاله بالموت " 17 .

وجاء في القرار التعقيبي الصادر في 20 نوفمبر 1966 " أن المتصور من مرض الموت هو المرض المخيف المنذر بالوفاة العاجلة " 18 .

وورد في القرار التعقيبي عدد 17768 الصادر في 30 نوفمبر 1989 " أن مرض الموت الذي تكون تصرفات المريض خلاله قابلة

(17) مجلة القضاء والتشريع 1962 ع. 1 ص 31 ،
(18) نشرة محكمة التعقيب 1966 ، ص 48

بأنه " المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إذا كان من الذكور ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إذا كان من الإناث والذي يكون فيه خوف الموت في الأكثر ويموت وهو على تلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازما للفرش أو لم يكن وإذا امتد مرضه وكان دائما على حال واحد ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح " .

ونستنتج من هذا التعريف أنه يعتمد على مقياس ظاهري مادي هو العجز عن قضاء الحاجيات وكذلك على معيار مأخوذ من نوعية المرض الذي يجب أن يكون مخيفا منذرا بالموت وأن يؤدي فعلا الى الهلاك في ظرف سنة .

26 - ولقد أجمع الفقهاء تقريبا على هذا المفهوم لمرض الموت من ذلك ما ذكره الدكتور صبحي المحمصاني¹⁵ أنه " المرض الذي حكم الطب بكثرة الموت به أو هو المرض الذي يكون فيه خوف الهلاك غالبا ويعجز الرجل عن القيام بمصالحه الخارجية " .

27 - وفي نفس الاتجاه يرى الشيخ محمد مصطفى شلبي¹⁶ أن العبرة في مرض الموت أن يكون مما يغلب فيه الهلاك عادة وأن يتصل به الموت سواء أكان حصول الموت بسبب هذا المرض أو بسبب آخر غيره " .

28 - ويلحق الفقهاء بمرض الموت كل شخص يضعف أمله في الحياة بسبب عارض من العوارض . كما احتوا بمرض الموت ركوب

(15) النظرية العامة للمسؤوليات والعقود في الشريعة الإسلامية ، دار العلم للملايين - الطبعة الثانية 1972 ص 389

(16) المدخل في الفقه الإسلامي ، نشر الدار الجامعة ص 510

للإبطال هو المرض الذي يغلب فيه الموت ويعجز معه المريض عن مباشرة مصالحه وينتهي فعلا بالموت¹⁹.

30 - وأخيرا يؤخذ من القرار التعقيبي عدد 36384 الصادر في 28 ديسمبر 1992 أن مرض الموت "هو الذي يجعل المريض يعيش في حالة يأس من الحياة ويتأبه شعور بدنو الأجل فيتصرف بدافع هذا الشعور²⁰. ومن أهم القرارات التي أبرزت مفهوم مرض الموت وشروطه القرار عدد 41443 المؤرخ في 10 أكتوبر 1994 (غير منشور) وجاء فيه بالخصوص "إن مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إذا كان من المذكور ويحجب رؤية مصالحه داخل داره إذا كان من الإناث ويموت وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن وإن لم يشتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته تصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله". وبينت محكمة التعقيب في هذا القرار شروط مرض الموت وهي ثلاثة وتتمثل في "أن يتعد المرض المريض عن قضاء مصالحه وأن يغلب فيه الموت وأن ينتهي بالموت فعلا وهي علامات موضوعية إن اجتمعت من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أنه مشرف على الموت".

31 - ونستخلص من هذا القرار وغيره خصائص مرض الموت وهي ثلاث :

الخاصية الأولى : خطورة المرض :

32 - إن مرض الموت هو المرض الخطر المخيف المندر بالهلاك فإذا كان البائع مصابا بمرض بسيط مثل الزكام فإن ذلك لا يعتبر مرض موت . كما أن الشيخوخة لا تعتبر مرض موت (القرار التعقيبي عدد 9144 المؤرخ في 17 جويلية 1973)²¹.

على أن تحديد نوعية المرض يكتسي أهمية كبيرة ويشير إشكاليات دقيقة من أهمها معرفة ما إذا كانت الأمراض المزمنة تعتبر مرض موت أولا مثل السل ومرض السكري والروماتيزم والقلب.

لقد أجابت محكمة التعقيب في عدة قرارات أن الأمراض المزمنة لا تعتبر مرض موت : القرار التعقيبي عدد 4408 المؤرخ في 29 نوفمبر 1966²² والقرار عدد 8572 الصادر بين 17 أبريل 1973 - والقرار التعقيبي عدد 36384 الصادر في 28 ديسمبر 1992 المشار إليه أعلاه.

33 - وإن سبب عدم اعتبار الأمراض المزمنة مرض موت أنها قد تستغرق مدة زمنية طويلة في حين أن الاتجاه السائد لدى الشراح أن عقود البيع التي يجوز إبطالها هي تلك التي تبرم في فترة قصيرة نسبيا قبل الوفاة وهي لا تتعدى السنة حسب المذهب الحنفي بالخصوص . كما أن تلك الأمراض ليست خطيرة منذرة بالهلاك عادة وعلى هذا الأساس لا تعتبر مرض موت وتبنى الفقيه عبد الرزاق السنهوري هذا

(21) نشرة محكمة التعقيب 1973 ج. 1 ص 13

(22) نشرة محكمة التعقيب 1966، ص 48

(19) نشرة محكمة التعقيب 1989 ص 427

(20) مجلة القضاء والتشريع 1993 ع 2 ص 83

الرأي²³ لكن هذا لا يعني أن كل الأمراض المزمنة لا تعتبر مرض موت فإذا اشتدت تلك الأمراض في مرحلتها الأخيرة وأدت الى الوفاة فإنها تعتبر مرض موت من الوقت الذي اشتدت فيه كما قال الدكتور السّهوري وكما جاء في القرار التعقيبي عدد 41443 المؤرخ في 10 أكتوبر 1994 والمذكور أعلاه.

الخاصية الثانية : اتصال المرض بالموت

34 - يجب أن يكون المرض متصلا بالموت أي أن يؤدي فعلا إلى الوفاة ويقتضي هذا أن يبقى البائع في حالة مرض منذ ابرام البيع الى الوفاة فإذا شفي المريض بعد ابرام البيع فإنه لا يمكن الحديث عن بيع في مرض الموت حتى ولو توفي البائع فيما بعد إثر إصابته بمرض جديد إذ المفروض وجود علاقة سببية بين المرض الذي وقع أثناء البيع وبين الوفاة.

وتطرح هذه الخاصية مسألة هامة تتعلق بمدة المرض. لم يحدد المشرع التونسي تلك المدة غير أن مجلة الأحكام العدلية ضبطتها بعام واحد مما جعل محكمة التعقيب تتبنى هذا الاتجاه في قرارها عدد 11510 الصادر في 31 ديسمبر 1985²⁴. وكذلك في قرارها الصادر في 10 أكتوبر 1994 والمشار إليه أعلاه وأقرت محكمة الاستئناف بتونس نفس المدة في قرارها عدد 639 المؤرخ في 4 ماي 1992 (قرار غير منشور) وجاء فيه "إنّ مرض الموت كما جاء بالمجلة العثمانية هو

(23) الوسيط في شرح القانون المدني ج، 4 ص 318 : «القاعدة في هذه الأمراض المزمنة أنها لا تعتبر للوهلة الأولى مرض موت ذا طالت دون أن تشتد».
(24) نشرية محكمة التعقيب 1985 ج، 3 ص 276

المرض المخيف الذي يقعد المصاب عن القيام بشؤونه العادية ويتصل به الموت والذي لا تطول مدته بحيث اعتبر فقهاء الشرع أن أقصى مدته لا تتجاوز السنة والغاية من بطلان تصرفات المريض المقصود بها التسرع إنما حماية التركة وليس حماية إرادة المريض فيعتبر تصرفه تصرفا لما بعد الموت تعلق بالتركة التي خرجت من ذمته ودخلت في ذمة الورثة بمجرد مرض موته* ورفضت محكمة التعقيب الطعن المرفوع ضد هذا القرار تحت عدد 35215 بتاريخ 20 فيفري 1995 (قرار غير منشور).

35 - غير أنّه يوجد اتجاه فقهي قضائي يعتبر أن مدة مرض الموت لا تتعدى ثلاثة أشهر وصدر في هذا الاتجاه القرار التعقيبي²⁵ عدد 4408 بتاريخ 29 نوفمبر 1966. وجاء فيه "إنّ الفصل 565 لم يحدد المعنى المراد من كلمة مرض الموت ولا طبيعته بصورة مدققة إلا أنه نظرا الى أن هذا الحكم وقع إستمداده من أحكام الفقه الإسلامي فإنه يجب الرجوع للإستعانة بما قاله رجال الفقه في هذا الصدد وهؤلاء أجمعوا على أن المقصود به هو المرض المخيف والحقوا به المرض المتصل بالموت الواقع بعد العقد المطعون فيه بزمان قصير قدره بنحو الأشهر الثلاثة" لكن هذا الموقف كان محل إنتقاد بعض الشراح²⁶ وفعلا لا يمكن التقييد بمدة محدودة مادام المشرع نفسه لم يفعل ذلك وتبقى المسألة خاضعة لاجتهاد محاكم الأصل إعتقادا على ظروف كل قضية ورأي أهل الخبرة²⁷. ويقطع النظر عن مدة المرض فإنّ جانباً من فقه القضاء

(25) مجلة القضاء والتشريع 1967 ج، 2 ص 38
Youssef KNANI, La protection juridique du malade, op. cit. p. (26) 82.

(27) أنظر : سامي القلال : إجازة العقد الباطل من خلال مجلة الالتزامات والعقود، مذكرة شهادة الدراسات المعمقة كلية الحقوق، تونس 1993 ص 119

والشراح يعتبر أنه من الضروري أن يتتاب المريض البائع شعور من اليأس نتيجة لادراكه خطورة المرض واحساسه بقرب المنيّة فيدفعه ذلك الى التصرف تصرفا غير موضوعي بل تكون تصرفاته مبنية على المفاضلة لبعض الورثة عن البعض أي المجاملة وهناك علاقة جدلية بين خطورة المرض وحالة اليأس. فالمفروض أنّ الأمراض الخطرة تولد حتما هذه الحالة فتوجد أصناف من الأمراض تعد من امراض الموت مثل انهيار المناعة المكتسبة Le SIDA والسرطان خاصة إذا كان في طوره الأخير²⁸ غير أن الشعور باليأس لا يتأتى إلا إذا كان المريض مدركا لخطورة مرضه فإذا كان البائع مصابا بمرض خطر وهو لا يعلم ذلك ويبيع بعض ممتلكاته فإنه تطرح مسألة مدى صحة هذا البيع إذا ثبت بصفة قطعية أن هذا الشخص لمّا باع لم يكن يعلم أنه مريض فتصرف تصرفا عاديا فهل يعتبر البيع باطلا مع ذلك ؟ ولعل من علامات خطورة المرض وادراكها الحجز عن قضاء الحاجيات.

الخاصية الثالثة : العجز عن قضاء الحاجيات

36 - أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنّ من شروط مرض الموت أن يقعد المريض عن قضاء حاجياته وشؤونه التي تختلف باختلاف جنسه كأن يكون ذكرا أو أنثى وتبنى جانب من فقه القضاء التونسي هذا الاتجاه خاصة في قرار 10 أكتوبر 1994 المشار إليه أعلاه - لكن مفهوم قضاء الحاجيات متغير حسب نوعيتها وكذلك الأزمنة فالإنسان أصبح في عصرنا قادرا على قضاء شؤونه وحاجياته بكل

(28) عبد الله الأحمدى، القانون والسيدا : مجلة المحاماة 1989 ع، 4، ص 7

سهولة حتى ولو كان مريضا ملازما للفراش باستعمال وسائل الاتصال العصرية مثل الهاتف والبريد السريع والفاكس والتيلاكس والمينيتيل و "الأنترنات" والسيارة وغير ذلك من الوسائل المتعددة والناجعة الأمر الذي يجعل هذا الشرط في حاجة الى الضبط وتبقى المسألة خاضعة لاجتهاد محكمة الموضوع - وجزء من إثبات مرض الموت.

ج) إثبات مرض الموت :

37 - أقرت محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 30 أفريل 1958 أن للأطباء وحدهم المرجع في تقدير حالة المرض ودرجة ميز المريض وشعوره وأن إثبات العدلين على أن البائع كان وقت البيع مريضا ولكنه بحالة ميز وإدراك خارج عن نطاق الإشهاد وبالتالي يمكن معارضته بجميع وسائل الإثبات وخاصة شهادة الأطباء²⁹.

ويطرح الإثبات بالشهادات الطبية مسألة المحافظة على السر المهني إذ أنّ إفشاء يمثل جريمة نصّ عليها الفصل 254 من المجلة الجنائية كما أن الفصل 100 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية حجب على الأطباء والمحامين إفشاء الأسرار التي تحصلوا عليها بمناسبة أدائهم لوظائفهم وأوجب الفصل 8 من مجلة واجبات الطبيب على هذا الأخير "المحافظة على السر المهني إلا في الحالات الاستثنائية التي نصّ عليها القانون" ولما كان الأمر كذلك يحق أن نتساءل عن مدى مشروعية الشهادات الطبية التي يسلمها الأطباء لورثة البائع بعد وفاته لبيان المرض الذي كان مصابا به إذا تم ذلك بدون إذن قضائي باعتبارها

(29) القضاء والتشريع 1960 ع 9 و 10 ص 30

مخالفة لواجب المحافظة على السر المهني³⁰. لكن واجب المحافظة على السر المهني الطبي * يجب ألا يحول دون ممارسة الحق في الإثبات الأمر الذي يتجه معه تمكين الورثة من إثبات حالة مرض مورثهم في تاريخ المبيع المطعون فيه شريطة الحصول على إذن قضائي.

الفقرة الثانية

المحابة في البيع أثناء مرض الموت

أ- ضرورة توفر المحابة

38 - إن مجرد وقوع البيع أثناء مرض الموت لا يكفي لإبطاله بل يجب توفر عنصر آخر هو المحابة. غير أن الصيغة التي ورد فيها الفصل 565 من مجلة الالتزامات والعقود تثير إشكالية قانونية ذلك أن المشرع ولئن تحدث صراحة عن ضرورة توفر المحابة إذا وقع البيع لوارث فإنه لم يشر إلى هذا العنصر إذا كان البيع لغير وارث فهل نستنتج من ذلك أن البيع في مرض الموت قابل للإبطال حتى ولو لم ينطو على محابة؟ تراءى لبعضهم أن عنصر المحابة غير ضروري إذا كان البيع لغير وارث إذ يكفي وقوعه أثناء مرض الموت لإبطاله حتى ولو كان الثمن عادلا أي متماشيا مع القيمة الحقيقية للمبيع.

(30) أنظر حول هذه المسائل :

- عبد الله الأحمد، حقوق الإنسان والحريات العامة في القانون التونسي، ص 169
- عبد الله الأحمد، القاضي والإثبات في النزاع المدني، ص 525
- إسماعيل العياري، السر المهني ومسؤولية الطبيب مجلة القضاء والتشريع 1988 ع 3 ص 7
- سمير ورفلي : مدى المسؤولية الجزائية والمدنية للطبيب إذا أفشى سرا من أسرار مهنية، مجلة القضاء والتشريع 1986 ع 2 و 3 و 4

وفعلا صدر في هذا المعنى حكم ابتدائي عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 2 ماي 1992 في القضية عدد 78523 إذ اعتبرت المحكمة أنه إذا وقع البيع لغير وارث فإنه لا يشترط ركن المحابة لإبطال البيع إذا تم أثناء مرض الموت لأن المشرع لم يشترط ذلك صراحة³¹

39 - على أن هذا الاتجاه غير سليم ومخالف لأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 565 التي نصت على أنه إذا كان البيع لغير وارث يتنزل عليه حكم الفصل 355. وبالرجوع إلى هذا النص الأخير نلاحظ أنه تحدث عن الإسقاط الصادر عن الدائن لغير وارثه ولا شك أن الإسقاط هو عقد تبرع وينطوي حتما على المحابة. لأن فيه تنازل الدائن عن حقه لفائدة المدين.

وعلى هذا الأساس فإن البيع الصادر عن مريض أثناء مرض موته لا يمكن إبطاله إلا إذا كانت فيه محابة سواء وقع لوارث أو لغير وارث ولقد نقضت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي المشار إليه بتاريخ 3 مارس 1993 في القضية عدد 4125 وجاء في هذا القرار : "لئن لم يتضمن الفصل 565 م.أ.ع. التنصيص بصفة صريحة على وجوب توفر المحابة بالنسبة للبيع الصادر عن المريض مرض الموت لغير وارث فإن هذا العنصر واجب توفره طالما وأن أساس هذه القاعدة هو حماية حق الورثة الذي تعلق بكسب الهالك منذ مرضه³²" وتبينت محكمة التدقيق هذا الرأي إذ رفضت مطلب التعقيب المرفوع طعنا في

(31) مجلة القضاء والتشريع 1992، ع 7، ص 126 تعليق السيد عادل البراهمي

(32) قرار غير منشور

تلتجئ المحاكم الى انتداب خبير لتقدير قيمة المبيع وتحديد ما إذا كان الثمن المصرح به في العقد متماشيا مع تلك القيمة أم لا .

الفقرة الثالثة

حكم البيع في مرض الموت

لا يمكن فهم آثار البيع الواقع في مرض الموت إلا بالوقوف على أساس هذه المؤسسة .

أ) أساس أحكام البيع في مرض الموت

44 - تراءى للبعض أن سبب بطلان البيع الواقع في مرض الموت هو عيب الرضا أي أن البائع المريض لم يكن رضاه سليما بسبب المرض الذي ألم به وصدر في هذا المعنى قرار تعقيبي عدد 4400 بتاريخ 29 نوفمبر 1966 نستنتج منه أن محكمة التعقيب تعتبر أن مرض الموت هو المرض المخيف المنذر بالموت القريب والمعيب للرضا³⁴.

45 - إن هذا الاتجاه غير صحيح لأنه لا علاقة بين مرض الموت وعيوب الرضا التي خصص لها المشرع التونسي القسم الثاني من الباب الأول من المقالة الثانية من مجلة الالتزامات والعقود الذي جاء تحت عنوان في التصريح بالرضاء وحدد المشرع العيوب المبطل للرضاء ولا نجد من بينها مرض الموت . غير أن المشرع تحدث بالفصل 59 عن

(34) نشرة محكمة التعقيب 1966 ص 48

أسباب فسخ العقد المبني على حالة مرض أو ما شاكله من حالته وهي موكولة لاجتهاد المحاكم الأمر الذي يطرح مسألة التمييز بين ميدان الفصل 59 ونطاق الفصل 565 من مجلة الالتزامات والعقود³⁵.

46 - أكدت محكمة التعقيب في عدة قرارات أن الفصل 59 يخص عيوب الرضا وجاء في قرارها عدد 24303 الصادر في 18 جانفي 1990 (غير المنشور) أن حالة المرض المشار إليه بالفصل 59 هو الذي يصيب ملكة الإدراك وينال منها بشكل يفقد معها صاحبها القدرة على التمييز بين الغث والسمين ويزول عنده خاطر الإحساس بتطمس ملكة الشعور وتضيع جوهره العقل وبذلك ينعدم إختياره نتيجة الخلل الذي إنتاب آلة التفكير بعكر صفوها وشل تدبرها . وأقامت المحكمة في هذا القرار الهام موازنة بين الفصلين فأوضحت أن المرض المنصوص عليه بالفصل 59 هو الذي يتاب آلة التفكير ويمس بالقدرة على التمييز بين الأشياء وهو يعيب الرضا في حين أن مرض الموت هو الذي يصيب الجسم دون العقل ويكون له تأثير سلبي وخطير على تصرفات المريض مضيفة أن عبارة المرض الواردة بالفصل 59 لا ينبغي حملها على إطلاقها وأن هذا النص ورد بالفرع الثالث من المجلة المتعلق بالعيوب المبطل للرضا ولا يسوغ منطقيا تطبيق الفصل 59 على تصرفات المريض

(35) أنظر حول هذه المسألة :

- الأستاذ محمد الزين : النظرية العامة للإلتزامات ص 120

- KNANI Youssef, La protection juridique du malade, réflexion sur la politique législative Tunisienne, thèse Paris II 1980.

- J.C. LOMBOIS, De l'influence de la santé sur l'existence des droit civils, L.G.D.J. 1963.

- O. SIMON, la nullité des actes juridiques pour Trouble mental, rev. Trim. dr. civ. 1974 p. 707 et suiv.

- René SAVATIER, Le risque pour l'homme de perdre l'esprit et ses conséquences en Droit civil. Dalloz Sirey 1969, p. 109 et suiv.

تلتجئ المحاكم الى انتداب خبير لتقدير قيمة المبيع وتحديد ما إذا كان الثمن المصرح به في العقد متماشيا مع تلك القيمة أم لا .

الفقرة الثالثة

حكم البيع في مرض الموت

لا يمكن فهم آثار البيع الواقع في مرض الموت إلا بالوقوف على أساس هذه المؤسسة .

أ) أساس أحكام البيع في مرض الموت

44 - تراءى للبعض أن سبب بطلان البيع الواقع في مرض الموت هو عيب الرضا أي أن البائع المريض لم يكن رضاه سليما بسبب المرض الذي ألم به وصدر في هذا المعنى قرار تعقيبي عدد 4400 بتاريخ 29 نوفمبر 1966 نستنتج منه أن محكمة التعقيب تعتبر أن مرض الموت هو المرض المخيف المنذر بالموت القريب والمعيب للرضا³⁴.

45 - إن هذا الاتجاه غير صحيح لأنه لا علاقة بين مرض الموت وعيوب الرضا التي خصص لها المشرع التونسي القسم الثاني من الباب الأول من المقالة الثانية من مجلة الالتزامات والعقود الذي جاء تحت عنوان في التصريح بالرضا وحدد المشرع العيوب المبطل للرضا ولا نجد من بينها مرض الموت . غير أن المشرع تحدث بالفصل 59 عن

(34) نشرة محكمة التعقيب 1966 ص 48

أسباب فسخ العقد المبني على حالة مرض أو ما شاكله من حالته وهي موكولة لاجتهاد المحاكم الأمر الذي يطرح مسألة التمييز بين ميدان الفصل 59 ونطاق الفصل 565 من مجلة الالتزامات والعقود³⁵.

46 - أكدت محكمة التعقيب في عدة قرارات أن الفصل 59 يخص عيوب الرضا وجاء في قرارها عدد 24303 الصادر في 18 جانفي 1990 (غير المنشور) أن حالة المرض المشار إليه بالفصل 59 هو الذي يصيب ملكة الإدراك وينال منها بشكل يفقد معها صاحبها القدرة على التمييز بين الغث والسمين ويزول عنده خاطر الإحساس بتطمس ملكة الشعور وتضيع جوهره العقل وبذلك يتعدم إختياره نتيجة الخلل الذي إنتاب آلة التفكير بعكر صفوها وشل تدبرها . وأقامت المحكمة في هذا القرار الهام موازنة بين الفصلين فأوضحت أن المرض المنصوص عليه بالفصل 59 هو الذي يتاب آلة التفكير ويمس بالقدرة على التمييز بين الأشياء وهو يعيب الرضا في حين أن مرض الموت هو الذي يصيب الجسم دون العقل ويكون له تأثير سلبي وخطير على تصرفات المريض مضيغة أن عبارة المرض الواردة بالفصل 59 لا ينبغي حملها على إطلاقها وأن هذا النص ورد بالفرع الثالث من المجلة المتعلق بالعيوب المبطل للرضا ولا يسوغ منطقيا تطبيق الفصل 59 على تصرفات المريض

(35) أنظر حول هذه المسألة :

- الأستاذ محمد الزين : النظرية العامة للالتزامات ص 120

- KNANI Youssef, La protection juridique du malade, réflexion sur la politique législative Tunisienne, thèse Paris II 1980.

- J.C. LOMBOIS, De l'influence de la santé sur l'existence des droit civils, L.G.D.J. 1963.

- O. SIMON, la nullité des actes juridiques pour Trouble mental, rev. Trim. dr. civ. 1974 p. 707 et suiv.

- René SAVATIER, Le risque pour l'homme de perdre l'esprit et ses conséquences en Droit civil. Dalloz Sirey 1969, p. 109 et suiv.

القضاء. وظهرت عدة اتجاهات حول هذه المسألة يتمثل أهمها في كونه عقدا موقوفا أو باطلا.

1- البيع في مرض الموت عقد موقوف

50 - إن هذا الرأي مستمد من الفقه الإسلامي وخاصة المذهب الحنفي الذي يعتبر البيع في مرض الموت عقدا موقوفا وفي هذا النطاق نصت المادة 393 من مجلة الأحكام العدلية على أنه "إذا باع المريض في مرض موته شيئا من ماله لأحد ورثته صار ذلك البيع موقوفا على إجازة سائر الورثة".

والعقد الموقوف مؤسّسة لها نظامها في الفقه الإسلامي والمقصود به "هو الذي يتعلق به حق الغير ولا ينفذ الحكم إلا عند إجازة صاحب الحق... وهو لا يعد باطلا بل يعد متوقفا على رضى صاحب الحق الذي تعلق حقه به أو على إجازته فإذا علم صاحب الحق بالعقد الموقوف وأجازه ووافق عليه صار العقد نافذا وإذا لم يجزه ولم يرض به فسخ العقد وسمي موقوفا لأن صحته وبطلانه أو نفاذه أو عدم نفاذه يتوقفان على الإجازة أو عدمها"⁴⁰ وهذا العقد صحيح لتوفر عناصر الإنعقاد والصحة فيه لكنّه ينقصه أحد عنصري النفاذ إمّا الولاية على محل العقد أو الولاية على التصرف.

ومن أمثلة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي عقد الفضولي وبعض عقود الصغير المميز والتصرف بالمرهون بالبيع أو الهبة والوصية وما ألحق بها.

(40) الدكتور صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في التشريع الإسلامي، نشر دار العلم للملايين 1972 ص 268 - 269

51 - وروي عن الشافعي وابن حنبل وعن داود الظاهري أنهم إعتبروا العقود الموقوفة باطلة لأنها صدرت بدون موافقة الغير صاحب الحق موضوع العقد وهم يرون أن العقد لا يكون صحيحا إلا إذا كان نافذا باعتبار أن من شروط انعقاده ولاية إنشائه وإصداره⁴¹ ولا وجود في القانون الوضعي التونسي لنظام متكامل للعقد الموقوف وغاية ما في الأمر أن المشرّع تحدث في بعض الفصول المتفرقة عن توقف نفاذ بعض العقود مثل الفصول 156 و 165 و 187 من مجلة الأحوال الشخصية⁴²

في حين أن بعض التقنيات العربية كرّست صراحة نظرية العقد الموقوف مثل القانون المدني العراقي (المادة 134) والقانون المدني الأردني (المادة 171) ورغم أن المشرّع التونسي لم يستعمل بالفصل 565 من مجلة الالتزامات والعقود مصطلح العقد الموقوف أو على الأقل عبارة توقف نفاذ العقد فإن محكمة التعقيب أقرت في قرارها عدد 11128 المؤرخ في 11 فيفري 1985⁴³ أن "من العقود الموقوفة البيع في مرض الموت" ويبدو أن الأستاذ يوسف الكنانني تبنى هذا الرأي إذ إعتبر أن التصرفات التي تقع تحت طائلة الفصل 354 ليست باطلة بل إنها موقوفة فحسب...⁴⁴ وفي نفس السياق يرى بعضهم

(41) الشيخ محمد مصطفى شلبي: المدخل في الفقه الإسلامي نشر الدار الجامعية 1985 ص 557

- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف دراسة مقارنة بالقانون المدني دار النهضة العربية 1969

- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد طبعة 1988 ج 2 ص 172 نشر دار المعرفة بيروت

(42) راجع فتحي الورتاني: العقد الموقوف في القانون المدني: مذكرة شهادة الدراسات المعمقة كلية الحقوق، تونس 1991

(43) نشرة محكمة التعقيب 1985 ج 1 ص 206

Youssef KNANI, La protection juridique du malade, op. cit. p. (44)

* كما أنه يبيّن أنّ فئة الفقهاء التونسيين قد قبلت فكرة البيع الموقوف في مرض الموت، قرار 51 المؤرخ في 26 / ديسمبر / 2006

أن الجزء الوحيد هو "القول بوقف نفاذ التصرف كلياً على إجازة الورثة لتعلق حقهم بتركه مورثهم منذ بداية المرض"⁴⁵ على أن القول بأن البيع الواقع أثناء مرض الموت هو بيع موقوف لا يحل إشكالية هذا العقد من حيث الجزء إذ أن العقد الموقوف ليس مؤسسة قانونية خاضعة لنظام متكامل في القانون التونسي وبالتالي فإن هذا الصنف من العقود لا ينصهر في التقنيات القانونية الوضعية الحالية كما أن بعض التقنيات العربية التي تبنت نظرية العقد الموقوف إعتبرت البيع أثناء مرض الموت عقداً غير نافذ إذا لم تقع إجازته من طرف الورثة وفي هذا المعنى نصت الفقرة الأولى من المادة 544 من القانون المدني الأردني على "أن بيع المريض شيئاً من ماله لأحد ورثته لا ينفذ ما لم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث" ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على "أنه إذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة أو يكمل المشتري ثلثي قيمة المبيع وإلا كان للورثة فسخ البيع".

52 - ووضح أن المشرع الأردني إعتبر العقد غير نافذ بدون إجازته من طرف الورثة كما أقر جزء الفسخ إذا تجاوز المبيع ثلث المخلف ولم يصادق عليه الورثة⁴⁶ ومن المعلوم وأن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي يختلف عن العقد النافذ فالأول يتعلق به حق الغير في حين أن الثاني خالص من حقوق الغير وأن العقد النافذ ينقسم بدوره إلى النافذ الآزم والنافذ غير الآزم⁴⁷ ولعل المقصود بعدم نفاذ العقد في القانون الوضعي هو أنه لا يسري على الورثة ولا يمكن معارضتهم به.

(45) فتحي الورثاني، المرجع السابق ص 83

(46) الدكتور منذر الفضل والدكتور صاحب الفتلاوي، شرح القانون المدني الأردني. العقود المسماة، نشر مكتبة دار الثقافة للنشر والوزيع - عمان - 1995 ص 147 - 148

(47) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مجلة 2 ص 124

ويقطع النظر عن مفهوم العقد الموقوف فإن جزءه غير مضبوط في القانون الوضعي لانهاء نظام قانوني متكامل ينصهر فيه كما أسلفنا ولعل هذه الإعتبارات تملي البحث عن جزء آخر للبيع في مرض الموت.

2- البيع في مرض الموت عقد باطل

53 - إذا تم البيع أثناء مرض الموت لوارث وظهر فيه قصد المحاباة فإنه يجري العمل بأحكام الفصل 354 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نصّ على أن الإسقاط "لا يصحّ إلا بمصادقة جميع الورثة عليه" ونستنتج من عبارة "لا يصحّ" أن العقد يكون غير صحيح أي باطل إذا لم تتم الإجازة وإذا كان المشتري غير وارث فالبيع يعتبر في ثلث مخلف البائع بعد إستيفاء الديون ومصاريف الجنازة طبق أحكام الفصل 355 من مجلة الالتزامات والعقود ومعنى ذلك أن البيع يعتبر باطلاً فيما زاد على ثلث التركة.

54 - وتأسيساً على ما تقدم فإن جزء البيع أثناء مرض الموت هو البطالان وفعلاً إستقر فقه القضاء التونسي على هذا الرأي وأكدت محكمة التعقيب في قرارها المبدئي عدد 5655 الصادر في 26 أفريل 1949 "أن الفصل 565 تعرض لعقود العوض بوروده في كتاب البيع وأعطاه حكم العقود المجانية إن ظهر فيها قصد المحاباة فإن كانت لوارث والحالة تلك وجبت لصحتها إجازة الورثة وإلا فسدت وإن كانت لغير وارث أخرجت مخرج وصية وإن لم يظهر فيها قصد المحاباة أصلاً فهي صحيحة في تمامها...⁴⁸ وصدرت في نفس هذا

(48) مجلة القضاء والتشريع 1962، ع 1 ص 31

الإتجاه عدة قرارات أخرى منها القرار التعقيبي المؤرخ في 29 نوفمبر 1966⁴⁹ القرار المؤرخ في 18 ماي 1982⁵⁰ والقرار الصادر في 8 فيفري 1977⁵¹ وتجدر الإشارة الى أنّ محكمة التعقيب استعملت في بعض القرارات عبارة "فسخ" البيع الواقع أثناء مرض الموت من ذلك القرار عدد 1432 المؤرخ في 5 أفريل 1960⁵² والقرار عدد 580 المؤرخ في 20 جويلية 1976⁵³ إلا أنها أوضحت وأكدت في قراراتها عدد 25279 المؤرخ في 9 جويلية 1994 أن جزء هذا البيع هو البطلان وليس الفسخ⁵⁴ ولكن ما هي طبيعة البطلان؟

3- نوع البطلان (Von le genre)

55 - إنّ تحديد نوع البطلان يقتضي النظر في أساس مؤسسة البيع في مرض الموت ونظامها القانوني فبالنسبة للعنصر الأوّل رأينا أن أساسها يكمن في حماية حقوق الورثة لتعلقها بالتركة قبل وفاة مورثهم فكأنهم يرثونه قبل أن تدركه المنيّة وبمجرد إصابته بمرض الموت مما استوجب تقييد تصرفاته في ممتلكاته رغم تمتّعه بمذاركة العقلية وسلامة رضاه من كل عيب إذ أن علة الجسم وحدها لا تؤدي في كل الحالات الى علة العقل، بتقطع النظر عن المثل القائل العقل السليم في الجسم السليم.

- (49) نشرية محكمة التعقيب 1966 ص 48
- (50) نشرية محكمة التعقيب 1982 ص 183
- (51) نشرية محكمة التعقيب 1977 ص 95
- (52) نشرية محكمة التعقيب 1960 ص 101
- (53) نشرية محكمة التعقيب 1976 ج 2، ص 219
- (54) مجلة القضاء والتشريع 1994، ع 6، ص 53

56 - أمّا فيما يتعلق بحكم البيع في مرض الموت فإنّه قابل للإجازة من طرف الورثة حتى ينقلب عقدا صحيحا. ومادام البيع قابلا للمصادقة وأساسه حماية حقوق خاصة فإن البطلان يكون نسبيا إذ أنّ الفصل 329 من مجلة الالتزامات والعقود نص على أن "إمضاء الإلتزام الباطل من أصله أو التصديق عليه لا عمل عليه" على أنّ بعض الشراح يرون أن تفسير النظام القانوني لتصرفات المريض أثناء مرض الموت يندرج في نظرية التحيل على قواعد الميراث والحيلولة دون تطبيقها سواء بالتفيل أو حتى بحرمان بعض الورثة من الميراث⁵⁵ وقد تضمن القرار التعقيبي عدد 2187 المؤرخ في 11 أفريل 1982 هذه الفكرة⁵⁶.

57 - فإذا إعتبرنا البيع في مرض الموت مخالفا لقواعد الميراث وهي أحكام آمرة فإنه يمكن التفكير في أنّ بطلانه مطلق ولا نسبي لكن هذا الرأي غير سليم مادامت المصادقة عليه ممكنة كما أسلفنا غير أنّ القول ببطلان هذا البيع لا يعني أنّه باطل بطلانا كاملا.

4) مآل البيع في مرض الموت

يجب التمييز بين البيع الصادر لوارث ولغير وارث.

58 - الحالة الأولى : البيع لوارث

إذا كان البيع لوارث وتمّ أثناء مرض الموت ومنطويا على محاباة فإنه

(55) Youssef KNANI, La protection juridique du malade op. cit. p. (55) 89.

- الأستاذ محمد الزين : تعليق على القرار التعقيبي عدد 11502 مجلة المحاماة 1983 ص 99

(56) أورد هذا القرار الأستاذ عبد اللطيف المامغلي في تعليقه بمجلة المحاماة 1984 ع 4، ص 120،

لا يكون صحيحا إلا بمصادقة جميع الورثة عليه طبق أحكام الفصل 354 من مجلة الالتزامات والعقود الذي أحال اليه الفصل 565 من نفس المجلة على أن تطبيق هذه القاعدة يشير بعض التساؤلات والإشكاليات منها ما يتعلق بصفة الوارث.

فالمفروض أن الورثة الذين عناهم الفصل 354 هم أولئك الذين أحاطوا بإرث الهالك بعد وفاته والمنصوص عليهم بحجة الوفاة حتى ولو كان أحدهم غير موجود في تاريخ البيع كأن يكون مولودا بعد إبرام العقد فالعبرة في توفر صفة الوارث عند الوفاة.

وتوجد إشكالية أخرى تتمثل في معرفة ما إذا كانت للدولة صفة الوارث كأن يموت زوج ويترك زوجته فقط بدون أبناء وليس له وارث آخر فيكون نصيب الأرملة الربع وتؤول بقية التركة لصندوق الدولة طبق الفصل 87 من مجلة الأحوال الشخصية فهل يجوز للدولة القيام بدعوى في إبطال عقد بيع أبرمه الهالك لفائدة زوجته أثناء مرض الموت والتمسك بكونها لا تصادق عليه.

يرى بعض الشراح وفي مقدمتهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن الدولة ليست وارثا وبالتالي لا يمكنها الطعن في البيع الصادر لوارث بسبب وقوعه في مرض الموت ويبدو أن فقه القضاء المصري استقر على هذا الاتجاه⁵⁷.

(57) الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 4 ص. 329.

59 - وهناك إشكالية أخرى تتمثل في معرفة مآل البيع إذا صادق عليه البعض من الورثة دون الآخر فيطعن البقية فيه فهل يكون صحيحا أم يجوز إبطاله ؟ لئن لم يتعرض المشرع التونسي لهذه الفرضية فإنه يمكن تصور أحد الحلين. فإما اعتبار البيع غير صحيح في حدود منابات الورثة الذين طعنوا فيه فيكون البطلان جزئيا ويبدو أن بعض المحاكم تبنت هذا الاتجاه⁵⁸ وهو يتماشى مع رأي الفقهاء المسلمين⁵⁹ وإما اعتبار البيع باطلا بطلانا كاملا مسلطا على كل البيع ويبدو أن هذا الحل يتماشى أكثر مع صيغة الفصل 354 الذي أشار صراحة الى مصادقة جميع الورثة لصحة البيع ويفهم من هذه الصيغة أنه إذا لم تكن المصادقة جماعية فإن البيع لا يصح. رغم أن مثل هذا الحل قد يظهر متعارضا مع أساس مؤسسة البيع في مرض الموت المتمثل في حماية الورثة وضمان حق الميراث وسلامة توزيعه بين الورثة وحمايته من الحيف والاجحاف (قرار تعقيبي صادر في 11 أفريل 1982 تحت عدد 2187، غير منشور).

الحالة الثانية : البيع لغير وارث

60 - إذا تم البيع في مرض الموت وكان لفائدة غير وارث فإنه يخضع لأحكام الفصل 355 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص

(58) القرار التعقيبي عدد 3868 الصادر في 23 جوان 1981 النشرة 1981 ج. 2.

(59) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 8، ص. 41.

CHOUKRI CARDAHI, les conditions générales de la vente en Droit comparé occidental et oriental université de Lyon, Annales de l'Ecole Francaise de Droit de Beyrouth 1945 p. 180.

- الشيخ يوسف بن يوسف : الموارث الشرعية والوصية ومجلة الأحوال الشخصية - دار الميزان للنشر - سوسة 1966، ص. 399 - 402.

على أن "الإسقاط الصادر من الدائن لغير وارث في مرض موته يعتبر في ثلث مخلفه بعد استيفاء الديون ومصاريف جنازته" ومعنى ذلك أن هذا البيع يتنزل منزلة الوصية لغير وارث وقد أكدت محكمة التعقيب هذه القاعدة في قرارها عدد 18586 المؤرخ في 28 جويلية 1973⁶⁰ وأشارت فيه إلى أن أحكام الفصل 355 من مجلة الالتزامات والعقود متماشية مع المذهبين المالكي والحنفي ومعلوم أن الوصية لا يمكن أن تتعدى ثلث المخلف طبق الفصل 179 من مجلة الأحوال الشخصية الذي ورد فيه : "لا وصية لوارث ولا فيما زاد على ثلث الإيجازة الورثة بعد وفاة الموصي" وعلى هذا الأساس فإن هذا البيع يكون باطلا بطلانها جزئيا أي أنه لا يمضي إلا في حدود ثلث التركة. غير أن المشرع لم يتحدث بالفصل 355 عن إمكانية إجازة البيع من طرف الورثة إذا كان المشتري غير وارث مقتصرًا على إقرار نفاذ العقد في حدود ثلث المخلف فهل نستنتج من أحكام هذا الفصل أن البيع في هذه الصورة يكون باطلا إذا تجاوزت قيمة المبيع ثلث التركة ولو صادق عليه الورثة وهل يصبح البطلان في هذه الحالة مطلقا ما دام مخالفا لتواعد الميراث ونزلنا البيع منزلة الوصية التي لا يمكن بأي حال أن تتعدى ثلث المخلف⁶¹.

إن الجواب على هذا السؤال يقتضي الرجوع إلى أحكام الوصية لغير وارث الواردة بالفصل 187 من مجلة الأحوال الشخصية والذي أقر أنها "تمضي في الثلث من التركة بدون توقف على إجازة الورثة" وتأسيسا على ذلك فإن البيع الصادر أثناء مرض الموت لغير وارث

(60) مجلة القضاء والتشريع 1975 ع 3 و 4 و 5 ص 283

(61) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "الثلث والثلث كثير" حديث متفق عليه (أنظر نيل الأوطار للشوكاني - المرجع السابق ص. 439).

يكون صحيحا مالم يتجاوز ثلث التركة بعد استيفاء الديون ومصاريف الجنازة أما إذا تعدى الثلث فإنه لا يمضي إلا إذا أجازة الورثة⁶².

61 - ولئن أقر المشرع المغربي نفس هذه القاعدة بالفصلين 479 و 345 من مجلة الالتزامات والعقود فإن المشرع الجزائري أقر بالمادة 408 من القانون المدني "أن البيع للغير (أثناء مرض الموت) يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال" ولم يميز المشرع المصري بالمادة 477 من القانون المدني بين بيع المريض مرض الموت لوارث ولغير وارث واعتبر أن في الحالتين يسري البيع في حق الورثة إن كان الثمن أقل من قيمة المبيع وزيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة فإن المبيع فيما يجاوز الثلث لا يسري على الورثة إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين - وتضمن القانون المدني الليبي نفس القاعدة بالمادة 466 وكذلك الشأن بالنسبة للقانون المدني الأردني (المادة 545).

62 - غير أن القاعدة الواردة بالفصل 355 من مجلة الالتزامات والعقود على وضوحها الظاهري تعوزها الدقة فتحتاج إلى توضيح يقتضي التفريق بين بعض الفرضيات التي لم يتعرض لها المشرع التونسي خلافا لتقنيات عربية مثل القانون المدني الليبي بالفصل 466 والقانون المدني المصري (الفصل 477).

- الفرضية الأولى :

63 - إذا باع المريض أثناء مرض موته عقارا بأقل من قيمته الحقيقية

(62) M. K. CHARFEDDINE, Les Droits des Tiers, op. cit. n. 295. (62

- الفرضية الثانية :

64 - إذا وقع البيع أثناء مرض الموت بقصد المحاباة ولم تتجاوز قيمة المبيع ثلث التركة كأن يترك البائع عقارات أخرى تتعدى قيمتها ثلثي التركة بما في ذلك المبيع فهل يكون البيع نافذا في حق الورثة إذا كان المشتري غير وارث ؟ إن البيع في مثل هذه الحالة يعتبر صحيحا ما دام المبيع لم يتعد قيمة ثلث المخلف وذلك استنادا لروح الفصل 355 من مجلة الالتزامات والعقود الذي أقر نفاذ البيع في مرض الموت لغير وارث في حدود ثلث التركة.

وفي هذه الصورة نأخذ بعين الاعتبار القيمة الحقيقية للمبيع ولا الشمن المصرح به في العقد. أما إذا تم البيع لوارث وفيه محاباة فهو لا يمضي في حق الورثة إلا بمصادقتهم حتى ولو لم تتجاوز قيمة المبيع ثلث التركة لأنه في هذه الصورة يكون بمثابة الوصية التي لا تكون لوارث الا بإجازة الورثة⁶³.

65 - ولعله يحسن تنقيح الفصل 565 لتنظيم هذه الفرضيات التي تختلف عن بعضها وتخضع لأنظمة متباينة كما جعل المشرعان الليبي والمصري اللذين أقرّا صحة البيع في مرض الموت وفيه محاباة إذا كانت

(63) هذه القاعدة متجذرة في التشريع الإسلامي إذ قال النبي صلى الله عليه وسلم " لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة " وقال أيضا " لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة " رواهما الدار قطني (أنظر : نيل الأوطر للإمام محمد بن علي الشوكاني ج. 5 و 6 طبعة دار الخير 1996 ص. 442).

66 - وتبقى إشكالية أخرى تتمثل في زمن تقدير قيمة المبيع للتثبت من توفر ركن المحاباة فهل يقع اعتماد قيمته في تاريخ البيع أو تاريخ الوفاة أو تاريخ رفع دعوى الإبطال.

لم يتعرض المشرع التونسي لهذه المسألة شأنه في ذلك شأن المشرعين المغربي والجزائري في حين أن المشرعين الليبي والمصري اقرا صراحة تقدير القيمة الحقيقية للمبيع في تاريخ الموت.

ويبدو أن فقه القضاء التونسي يعتمد قيمة البيع في تاريخ البيع وعادة ما يكون تاريخ البيع والموت متقاربين ولكن قد تحدث في الفترة المتراوحة بين هذين التاريخين عوامل إما تزيد في قيمة المبيع أو تحط منه مثل حدوث كارثة طبيعية كالاجاحة أو اندلاع حرب الى غير ذلك من الأحداث التي تؤثر على الأسعار.

وترتبا على ماتقدم فإن المبيع يقدر في تاريخ البيع ولا في تاريخ الوفاة أو رفع دعوى الإبطال التي قد ترفع بعد مدة طويلة من تاريخ البيع.

(5) دعوى إبطال البيع في مرض الموت

67 - من بين اشكاليات دعوى الإبطال معرفة ما إذا كانت تخضع لأجل مسقط معين ؟ لم يتعرض المشرع التونسي لهذا الموضوع ولم يحدد أجلا معيناً لرفع دعوى الإبطال ويتعين الرجوع الى الفواعد

العامة المتعلقة بالتفادى المسقط ومنها من نص عليه الفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود من أن " كل دعوى ناشئة عن تعبير الذمة لاتسمع بعد مضي خمس عشرة سنة عدا ما استثنى بعد وماقرره القانون في صور مخصوصة " ويمكن اعتماد هذا الأجل باعتباره أجل القانون العام . كما أن الفصل 334 نص على أن القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد . ولا نعتقد أن الفصل 330 من مجلة الالتزامات والعقود الذي حدد أجل القيام بدعوى الفسخ بعام واحد منطبق إذ أن المشرع حصر الصور التي يخضع لها هذا الأجل وليس من بينها مرض الموت .

68 - ولكن تبقى مسألة أخرى تتعلق ببداية سريان الأجل هل هو تاريخ البيع أم تاريخ الوفاة ؟ إن أجل سقوط الدعوى يبتدئ من تاريخ الوفاة ولاتاريخ العقد لأن الوارث لا يمكنه الطعن في البيع إلا بعد وفاة مورثه إذ بموجبها يكتسب صفة الوارث وينشأ حقه في المصادقة أو طلب الإبطال ونستشف هذا الحل من أحكام الفصل 393 من مجلة الالتزامات والعقود وجاء فيه " سقوط الدعوى بمرور الزمن لا يتسلط على الحقوق إلا من وقت حصولها . . . " .

ولا شك أن الوارث لا يكسب أي حق على المخلف إلا عند وفاة المورث . رغم تعلق حقه بالمخلف منذ إصابة البائع بمرض الموت .

69 - عندما ترفع دعوى في إبطال بيع أبرم في مرض الموت فعادة ما يكون المدعون هم الورثة . لكن هؤلاء لا يطلبون الإبطال بوصفهم خلفا عاما لمورثهم بل بوصفهم غيرا وقد يبدو هذا الرأي مخالفا لأحكام الفصل 241 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على أن

" الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على ورثتهم . . . " لكن الورثة عندما يطعنون في البيع الصادر عن مورثهم أثناء مرض الموت يخلعون صفة الوارثين ويرتدون " قبعة " الغير فالمشرع يعتبرهم في هذه الحالة غيرا إذ لو استمروا في حمل زي الورثة لما احتجنا إلى مصادقتهم على تصرفات مورثهم لأنها تلزمهم على معنى الفصل 241 من م.إ.ع . الأمر الذي يجعلهم في موقع اجرائي خاص فعلاقتهم بالمشتري المدعى عليه ليست علاقة متعاقد معه بل أنهم يعتبرون غيرا بالنسبة للعقد الذي أبرمه مورثهم ولقد استقر رأي الشراح على هذا الرأي وفي مقدمتهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي يقول " إذا كان الوارث لا يعتبر من الغير في تصرفات مورثه فتسري في حقه هذه التصرفات كما تسري في حق المورث فإن هذا هو الأصل ولكن القانون (الشريعة الإسلامية) يدخل استثناء على هذا الأصل ويجعل الوارث من الغير في بعض تصرفات مورثه فلا تسري في حقه هذه التصرفات ذلك أن للوارث حقا شخصيا في تركة مورثه لا يستمد من المورث بل يعطيه إياه القانون فإذا جاوز المورث (أثناء مرض موته) حدود الثلث كان التصرف فيما جاوز فيه غير سار في حق الوارث ويصبح الوارث من الغير في هذا التصرف " 64 ويرى الفقيه جوسران أن المريض الذي يفوت في ممتلكاته أثناء مرض موته قد أضر بمصالح الورثة ومن حقهم التمسك بصفة الغير إذ أن من نال من حقوقهم لم يمثلهم 65 .

64) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، نشر دار إحياء التراث العربي، ج. 5، ص 13
LOUIS JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques (65
du Droit Privé, essai de théologie juridique II, édition du C.N.R.S.
Paris 1984. p. 227-228.

(6) حقوق الغير والبيع في مرض الموت

70 - وإذا كان الورثة الذين يرفعون دعوى في إبطال البيع يمارسون حقاً شخصياً بوصفهم غيراً ولا باعتبارهم خلفاء عاماً. فإنّ المشتري الذي تعاقد مع البائع هو غير بالنسبة للورثة فهل يمكنه التمسك بحسن نيته لرد دعوى الإبطال ويطرح هذا السؤال بالخصوص إذا باع المشتري العقار للغير فيتعلق به حقه كأن يتولى ادراج شرائه بالرسم العقاري ويتمسك بالفصل 305 من مجلة الحقوق العينية .

لم يهتم المشرع التونسي بحماية حقوق الغير حسن النية المكتسبة بعد إبرام البيع وقبل رفع الدعوى في إبطاله هذا خلافاً لجل التقنينات العربية التي أقرت أحكاماً ناجعة لحماية الغير حسن النية إذا كسب بعوض حقاً عينياً على الشيء المبيع (المادة 409 من القانون المدني الجزائري والمادة 467 من القانون المدني الليبي والمادة 478 من القانون المدني المصري).

على أنّ عدم التنصيص على أحكام خاصة بالفصل 565 من مجلة الالتزامات والعقود لحماية حقوق الغير حسن النية لا يعني عدم وجود أية حماية قانونية لتلك الحقوق إذ تعرض المشرع لحقوق الغير المكتسبة بدون تدليس في صورة فسخ الالتزام أو إبطاله بالفصلين 336 و 338. ولكنه لم يقر أية حماية مكتفياً بالإحالة الى الأحكام الخاصة المتعلقة بالعقود الخاصة حسب صريح الفصل 336. لكن القواعد الخاصة بالبيع في مرض الموت لم تتضمن كما اسلفنا أية حماية للغير حسن النية.

لكن يمكن الرجوع الى أحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية

الذي يحمي أي شخص يتولى ترسيم حقه بالرسم العقاري إذا كان حسن النية فلا يجوز في هذه الصورة التشطيط على الحق المرسم، ولا شك أن هذا القاعدة تنطبق بالخصوص على المشتري الثاني الذي رسم عقده ونساءل عما إذا كانت تسري على المشتري الأصلي المتعاقد مع البائع في مرض موته فهو ليس غيراً بالنسبة للعقد بل هو طرف فيه ويمكن القول إنه يتنفع بأحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية إن تبين أنّه على حسن نية.

المبحث الثاني

الحد من حرية اختيار المشتري

71 - إنّ البيع باعتباره عقداً رضائياً يعطي للبائع حرية اختيار معاقده المشتري فلا يجبر الشخص مبدئياً على أن يبيع لشخص معين. لكن هذه الحرية ليست مطلقة إذ توجد عدة حالات يجبر فيها الشخص على التعاقد مع شخص معين مثل التاجر الذي هو ملزوم بأن يبيع بضاعته المعروضة لأي حريف يطلبها وفي صورة الرفض فإنه يعاقب جزائياً من أجل جريمة الامتناع من البيع طبق قانون 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار إذا توفرت أركانها كما أنّ المشرع في حالات أخرى يجبر المالك عندما يقرر بيع ممتلكاتها أن يبيعها لأشخاص معينين لأنهم يتمتعون بحق الأولوية في الشراء وتوجد حالة أخرى يجد فيها البائع نفسه أمام شخص آخر حل محل المشتري الأصلي الذي تعاقد معه وهو الشفيع المتمتع بحق الشفعة وهذان الحالتان يعتبران مظهراً من مظاهر الحد من حرية البائع في اختيار

المشتري بالإضافة الى وجود شفعة خاصة لفائدة الدولة وبعض المؤسسات العمومية ويتجه النظر في هذه العناصر الثلاثة.

الفقرة الأولى

حق الأولوية في الشراء للمتسوغين والشاغلين عن حسن نية

إن حق الأولوية في الشراء هو حق حديث في التشريع التونسي إذ تم اقراره بموجب قانون 7 جوان 1978 كما نصّ عليه القانون عدد 61 المؤرخ في 27 جوان 1983 المتعلق بعقارات الأجانب المبنية أو المكتسبة قبل عام 1956⁶⁶. الذي تضمن أحكاما تهم حق الأولوية في الشراء بالنسبة لتلك العقارات وصدر القانون عدد 78 المؤرخ في 2 أوت 1991 والمتعلق بشروط التقيوت في العقارات المكتسبة من طرف الدولة والخاضعة للاتفاقيات المبرمة بين الحكومة التونسية والحكومة الفرنسية بتاريخ 23 فيفري 1984 و 4 ماي 1989 وتضمن فصله الثاني أحكاما تهم حق الأولوية في الشراء للمتسوغين والشاغلين لتلك العقارات وأخيرا صدر القانون عدد 79 لسنة 1991 المؤرخ في 2 أوت 1991 المتعلق بحق الأولوية للدولة في العمليات العقارية التي ينجر عنها نقل الملكية والتي تتوقف على ترخيص اداري وقد منح هذا القانون حقا ممتازا للدولة في أولوية الشراء يختلف نظامه وآثاره عن القواعد العامة المنظمة لهذا الحق بالنسبة للخواص. وسنفضل القول في هذا الحق في موضع لاحق.

(66) أنظر دراستنا باللغة الفرنسية :

Reflexions à propre du droit de priorité à l'achat au profit des locataires et occupants de bonne foi. R.T.D. 1994 p. 135 - 196.

72 - ويمكن تبرير اقرار حق الأولوية في الشراء الممنوح للخواص باعتبار اجتماعية إذ يمكن من الانتفاع بالحق في السكن المنصوص عليه بالفصل 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الذي صادقت عليه تونس بمقتضى القانون عدد 30 المؤرخ في 29 نوفمبر 1968

ولا شك أن ممارسة حق الأولوية في الشراء تمكن من امتلاك المسكن الذي يشغله المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية على أن الانتفاع بحق الأولوية يقتضي توفر شروط معينة (أ) وعدم توفر إحدى حالات الحرمان من هذا الحق (ب) والقيام باجراءات خاصة (ج) ويؤدي الى آثار مضبوطة تتمثل اساسا في الجزاء (د) تلك هي المحاور الأربعة التي يتعين النظر فيها.

أ) شروط الانتفاع بحق الأولوية في الشراء

نقسم هذه الشروط الى صنفين الأول يتعلق بالعقارات موضوع حق الأولوية في الشراء والثاني يخص الأشخاص المتفاعين بهذا الحق.

1) الشروط المتعلقة بالعقارات التي يتسلط عليها حق الأولوية

إن العقارات التي تخضع لحق الأولوية في الشراء إما أن تكون على ملك تونسيين أو على ملك الأجانب ويختلف نظام كل واحد من هذين الصنفين :

- الصنف الأول : العقارات التي على ملك التونسيين

73 - إن هذه العقارات تخضع فقط للقانون الصادر في 7 جوان 1978. غير أن ميدان تطبيق هذا القانون محدود إذ يؤخذ من فصله الأول أن حق الأولوية في الشراء لا ينطبق الا على المحلات المعدة للسكنى فقط وبالتالي فإن العقارات المعدة للحرفة أو للإدارة العمومية لا يمارس فيها حق الأولوية في الشراء وكذلك الشأن بالنسبة للعقارات المعدة للتجارة والصناعة الخاضعة للقانون عدد 37 المؤرخ في 25 ماي 1977.

أو الممتلكات
أو الممتلكات

على أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ أنه إذا بيعت عمارة على ملك تونسي صبرة واحدة فإن جميع المتسوغين يتمتعون بحق الأولوية بما في ذلك أولئك الذين يشغلون محلات معدة للتجارة أو للحرفة طبق الفترة الثانية من الفصل الخامس من قانون 7 جوان 1978 ولكن يشترط أن تكون العمارة معدة أساسا للسكنى أي أن تكون أغلبيتها معدة للسكنى.

- الصنف الثاني : العقارات التي على ملك الأجانب

74 - تخضع هذه العقارات للقانون عدد 61 الصادر في 27 جوان 1983 والمتفق بالقانون عدد 77 المؤرخ في 2 أوت 1991 إذا كانت مبنية أو مكتسبة قبل غرة جانفي 1956 أما إذا كانت مبنية أو مكتسبة بعد هذا التاريخ فإنها تخضع مبدئيا لقانون 7 جوان 1978 على أن العقارات التي هي على ملك فرنسيين أو التي كانت موضوع الاتفاقيتين المبرمتين بين الجمهورية التونسية وفرنسا الخاصتين بالأموال الكائنة

أو الممتلكات

بولاية بنزرت وباقي ولايات الجمهورية بتاريخ 23 فيفري 1984 و 4 ماي 1989 فإنها تخضع لقانون خاص وهو القانون عدد 78 المؤرخ في 2 أوت 1991 وقد تعرض الفصل الثاني منه لحق الأولوية في الشراء. على أن ميدان تطبيق قانون 27 جوان 1983 المنظم لأموال الأجانب متسع فيما يتعلق بحق أولوية الشراء إذ أن المتسوغين أو الشاغلين عن حسن نية لتلك العقارات يتمتعون بهذا الحق بقطع النظر عن صبغة العقارات سواء كانت معدة للسكن أو الصناعة أو التجارة أو المهنة إذ المهم أن تكون مكتسبة أو مبنية قبل غرة جانفي 1956 وبذلك يتضح أن نطاق تطبيق قانون 27 جوان 1983 أوسع من نطاق قانون 7 جوان

1978
الحق الأولوية في الشراء لا ينطبق الا على المحلات المعدة للسكنى فقط وبالتالي فإن العقارات المعدة للحرفة أو للإدارة العمومية لا يمارس فيها حق الأولوية في الشراء وكذلك الشأن بالنسبة للعقارات المعدة للتجارة والصناعة الخاضعة للقانون عدد 37 المؤرخ في 25 ماي 1977.

(2) الشروط المتعلقة بالأشخاص المتفيعين بحق الأولوية في الشراء:

حدّد المشرّع على سبيل الحصر المتفيعين بحق الأولوية شريطة أن يكونوا تونسيين وأشخاص طبيعيين طبق ما جاء بالفصل الأول من قانون 7 جوان 1978 فالأجانب لا يتمتعون بهذا الحق وكذلك الذوات المعنوية حتى ولو كانت تونسية باستثناء الدولة التي تتمتع بأولوية خاصة وينقسم المتفيعون بالأولوية في الشراء إلى ثلاثة أصناف :

- الصنف الأول : المتسوغ :

75 - يتمتع بهذا الحق كل متسوغ مهما كان تاريخ التسويغ ومدته وسواء كان العقد كتابيا أو شفاهيا إذ يكفي وجود علاقة تعاقدية تسويغية ثابتة كما أن المتسوغين الذين لا يتمتعون بحق البقاء الوجوبي

يبتغون بحق الأولوية. غير أن المشرع أقر شرطين أساسيين لكي يبتفع المتسوغ بأولوية الشراء .

- الشرط الأول : حسن النية

76 - لقد أوجب الفصل الأول من قانون 7 جوان 1978 أن يكون المتسوغ شاغلا للمكرى عن حسن نية والمقصود به أن يكون المكري موفيا بالتزاماته التي يضعها على كاهله عقد الكراء والقانون وأهمها أداء معلوم الكراء وعدم تغيير صبغة المكري⁶⁷ مع الملاحظة أن المشرع كان استعمل عبارة المتسوغ عن حسن نية بالأمر المؤرخ في 28 أكتوبر 1948 والمنظم للعلاقة بين المسوغين والمتسوغين للمحلات المعدة للسكنى.

- الشرط الثاني : الشغل الفعلي للمكرى

77 - يجب أن يكون المتسوغ يشغل فعلا المكري أي أن يستعمله للسكنى على معنى الفصل الأول من قانون 7 جوان 1978 غير أن المشرع لم يحدد مدة الشغل والمهم هو المحافظة على الصبغة السكنية للمكرى.

- الصنف الثاني : الشاغل عن حسن نية :

78 - يبتفع أيضا بحق أولوية الشراء الأشخاص الذين يشغلون

(67) MAZEAUD, Leçons de droit civil, Tome III, 1966 n. 1182.

محلات عن حسن نية ولقد تعرض المشرع لهذا الصنف من الأشخاص بالفصل الرابع من قانون 27 جوان 1983 المنقح بقانون 2 أوت 1991 ونص على أنه : يمارس المتسوغون أو الشاغلون عن حسن نية للمحلات المعنية بهذا القانون حق الأولوية في الشراء* . كما تعرض المشرع لهؤلاء الأشخاص بالقانون عدد 78 الصادر في 2 أوت 1991 بفصله الثاني ولا يبتفع الشاغل عن حسن نية بحق الأولوية في الشراء إلا بالنسبة للعقارات التي على ملك الأجانب والخاضعة لقانون 27 جوان 1983 وكذلك العقارات الخاضعة للاتفاقيات التونسية الفرنسية موضوع القانون عدد 78 لسنة 1991 المشار إليه أعلاه غير أن المشرع لم يعرف الشاغل عن حسن نية ويتجه الرجوع الى الأعمال التحضيرية وفقه القضاء .

- بالرجوع الى شرح أسباب قانون 27 جوان 1983 نجد تعريفا للشاغل عن حسن نية إذ جاء فيه " أن الشاغلين عن حسن نية أولئك الذين بدون أن يكون لهم عقد تسويغ تام الشروط شغلوا المحل دون اللجوء الى وسائل يعاقب عليها القانون* .

كما أن الحكومة اعطت تعريفا لهذا المفهوم في اجوبتها على استفسارات لجنة الشؤون الاجتماعية والشغل بمجلس النواب عند النظر في مشروع قانون 1983 وأكدت أن " الشاغل عن حسن نية هو كل شخص يشغل محلا من المحلات المشار إليها بالفصل الأول من نفس المشروع دون أن يكون لديه عقد تسويغ وبدون أن يلجأ عند انتصابه بالمحل الى استعمال العنف " ⁶⁸ .

(68) مداولات مجلس النواب - الرائد الرسمي 21 جوان 1983، ص 162

واعتمد فقهاء القضاء التونسي نفس هذا المفهوم في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 10 جويلية 1991 عدد 94739 وجاء فيه :

"إن المقصود بعبارة الشاغل عن حسن نية هو الشخص الذي يشغل العقار منذ مدة طويلة ولم يدخله لاستغلال الظرف القانوني ذلك أن المشرع منح حق الأولوية في الشراء للأملاك الراجعة للأجانب على معنى قانون 27 جوان 1983 لفئة معينة من الناس الشاغلين لتلك المحلات وهم الأشخاص الذين يتوفر فيهم شرطان هما :

- شغل المحل لمدة طويلة سابقة عن تاريخ صدور ذلك القانون
- وأن يكون تصرفهم في المحل على حسن نية".

وتبنت محكمة التعقيب هذا المفهوم للشاغل عن حسن نية إذ قضت برفض مطلب التعقيب المرفوع طعنا في هذا القرار الاستئنافي وذلك في القرار التعقيبي عدد 31609 الصادر في 28 ماي 1992 (غير منشور).

لكن هذا التعريف منازع فيه لأن الشرط الأول الذي أقرته محكمة الاستئناف والمتمثل في ضرورة شغل المحل قبل صدور قانون 27 جوان 1983 لم يرد به أي نص فضلا على أنه يحرم الأشخاص الذين تصرفوا في العقارات بعد صدور القانون ويمكن القول إن الشاغل عن حسن نية هو الذي يتصرف في العقار دون أن يكون متسوغا وبدون استعمال طرق غير قانونية مثل ابتكالك حوز بالقوة أو استعمال حيل وخزعبلات لشغل العقار. ويبدو أن محكمة التعقيب تبنت هذا الفهم في قرارها عدد 17631 الصادر في 10 أكتوبر 1989⁶⁹.

(69) نشرة محكمة التعقيب 1989 ص. 360.

(1/1/1991)

الصف الثالث : المتفعين بحق البقاء

79 - يتمتع أيضا بحق الأولوية في الشراء الأشخاص الذين ينتفعون بحق البقاء دون أن تكون لهم صفة المتسوغين وتعرض لهم المشرع بالفقرة الثانية من الفصل الأول من قانون 7 جوان 1978 ومعلوم أن قانون 27 ديسمبر 1993 عدد 122 المنقح لقانون 18 فيفري 1976 رقم 355 الضابط للعلاقات بين المالكين والمكترين للمحلات المدة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية خفض من عدد الأشخاص المتفعين بحق البقاء بعد وفاة المتسوغ الأصلي أو مغادرته للمكرب وهم القرين والأبناء القصر حتى بلوغهم سن الرشد والأبناء المعوقين والأصول إذا كانوا يعيشون مع المكترى مدة سنة على الأقل معه قبل وفاته على أن تمتع أصحاب حق البقاء بأولوية الشراء لا يعني أنه يشترط في المتسوغين التمتع بحق البقاء لكي يمارسوا حق الأولوية إذ أن كل متسوغ ينتفع بحق الأولوية حتى ولو كان لا يتمتع بحق البقاء.

ب) حالات الحرمان من حق الأولوية في الشراء

هناك صور يفقد فيها المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية حق الأولوية في الشراء سواء لأسباب تهم وضعية صاحب هذا الحق أو صفة المشتري أو نوع عملية نقل الملكية أو بسبب الإخلال بإجراءات إدارية.

80 - 1) لا يمكن الانتفاع بحق الأولوية في الشراء إذا كان المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية يملك مسكنا في منطقة الولاية التي يوجد فيها المكرب المراد بيعه (الفصل الأول من قانون 7 جوان 1978).

إن الغاية من اقرار هذه القاعدة هي الحيلولة دون الاحتكارات والمضاربات إذ لا جدال في أن المشرع أراد حماية المتسوغين الذين لا يملكون مساكن فهم أحوج من غيرهم الى امتلاك مساكن.

81 - 2) يفقد المتسوغ حق الأولوية في الشراء إذا تم البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الخواشي الى الدرجة الرابعة أو بين الشركاء كما حددهم الفصل 104 من مجلة الحقوق العينية طبق الفصل الثالث من قانون 7 جوان 1978.

82 - كما يحرم المتسوغ من حق الأولوية في الشراء إذا مارس أحد الشركاء حقه في الشفعة ويؤخذ من أحكام الفصل الثالث المشار إليه أعلاه أن المشرع فضّل الشفع على المنتفعين بحق الأولوية في الشراء ففني صورة ممارستهما لحقهما فالأولوية للشفع قبل المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية لكن هذه القاعدة لا تنطبق على العقارات التي على ملك الأجانب الخاضعة لقانون 27 جوان 1983 المبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956 وعلى العقارات التي كانت على ملك فرنسيين وأصبحت على ملك الدولة التونسية بمقتضى اتفاقيتي 23 فيفري 1984 و4 ماي 1989 طبق أحكام الفصل 4 الجديد من قانون 27 جوان 1983 المنقح بالقانون عدد 77 المؤرخ في 2 أوت 1991 والفصل 2 من القانون عدد 78 المؤرخ في 2 أوت 1991.

وتأسيسا على ماتقدم فإن المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية لمحلات على ملك الأجانب مسبق على الشفع فالأولوية لهما قبل الشفع رغم أن هذا الأخير هو صاحب حق عيني في حين أن المتسوغ هو صاحب حق شخصي فقط بينما بالنسبة للعقارات الخاضعة لقانون 7 جوان

1978 وهي في غالب الأحيان على ملك التونسيين يسبق الشفع على المتسوغ ويمكن تبرير هذا الاختلاف في نظام العقارات التي على ملك التونسيين عن عقارات الأجانب بأن المشرع يعتبر أنه في صورة بيع عقارات الأجانب تكون الأفضلية للمتسوغين وهم تونسيون إذ أن حق الأولوية في الشراء لا يتمتع به إلا التونسيون كما أسلفنا في حين أن الشركاء في تلك العقارات هم عادة أجناب وقصد المشرع هو العمل على تمكين التونسيين من امتلاك العقارات التي يشغلونها.

83 - 3) لا يمكن ممارسة حق الأولوية في الشراء إلا في صورة نقل الملكية بعوض مثل البيع فعندما تستقل الملكية بدون عوض مثل الهبة أو حتى في صورة انتقال الملكية بوجه المعارضة فإنه لا تجوز ممارسة هذا الحق.

84 - 4) هناك حالة أخرى يفقد فيها المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية حق الأولوية في الشراء بالنسبة لعقارات الأجانب الخاضعة لقانون 27 جوان 1983 وتمثل في عدم تقديم تصريح كتابي الى مصالح الولاية يشتمل على بيانات تخص العقار في أجل أربعة أشهر من تاريخ صدور قانون 2 أوت 1991 لكن هذا الإجراء لا ينطبق على من أصبح يشغل العقار بعد انقضاء هذا الأجل.

85 - 5) ينقد أيضا المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية حق الأولوية في الشراء في صورة عدم القيام بالإجراءات المنصوص عليها بالفصل الثالث من القانون عدد 78 لسنة 1991 المؤرخ في 2 أوت 1991 والخاص بشروط التفويت في العقارات المكتسبة من طرف الدولة والخاضعة للإتفاقيات المبرمة بين الحكومة التونسية والحكومة الفرنسية

ومن أهمها تقديم ملف في ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ عرض البيع الصادر عن الشركة القومية العقارية للبلاد التونسية بواسطة عدل منفذ وارجاع عقد البيع معرف بالإمضاء ومسجل ودفع الثمن في ظرف تسعة أشهر من تاريخ الاتصال بالعقد بواسطة عدل منفذ كما يحرم من حق الأولوية في الشراء إذا كان الشاغل عن حسن نية أو المتسوغ للعقارات الخاضعة لقانون 2 أوت 1991 رقم 78 يملك مسكنا في دائرة لا تتعدى شعاعها ثلاثين كلم حول المحلات التي يتصرف فيها لكن في هذه الصورة يمكن للشاغلين عن حسن نية والمتسوغين شراء تلك العقارات بالثمن المتعامل به يقع تحديده بواسطة اختبار تجربيه مصالح وزارة أملاك الدولة على أن يتم الشراء في ظرف تسعة أشهر من تاريخ عرض الثمن عليهم بواسطة عدل منفذ.

وباستثناء هذه الحالات الخاصة يتمتع المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية بحق الأولوية في الشراء شريطة القيام بإجراءات معينة.

ج) إجراءات ممارسة حق الأولوية في الشراء

تنقسم الإجراءات إلى صنفين الأول محمول على البائع والثاني على المنتفع بحق الأولوية في الشراء.

1) الإجراءات المحملة على كاهل البائع

86 - ضبط المشرع بالفصل 4 من قانون 7 جوان 1978 الإجراءات التي يجب على المالك القيام بها قبل البيع وتمثل في ضرورة توجيه

تنبيه للمتسوغ بواسطة عدل منفذ ويجب أن يشتمل على ثلاثة بيانات أساسية.

87 - أولها عرض البيع عليه أي اعلام المتسوغ بعزمه على البيع وما إذا كان ينوي الشراء أم لا فلا يتعلق بالأمر بمجرد إعلام بنية البيع بل أن يعرض عليه شراء المكري.

ولعل من بين المسائل التي يطرحها هذا العرض معرفة ما إذا كان بإمكان المالك عرض بيع الرقبة والإحتفاظ بحق الإنتفاع.

أجابت محكمة التعقيب على هذا السؤال بالنفي وأقرت أنه لا يمكن للمالك أن يعرض بيع الرقبة فحسب ويحتفظ لنفسه بحق الإنتفاع في قرارها عدد 11535 الصادر في 7 جانفي 1985⁷⁰ وبررت موقفها بأن ذلك يتجافى وكنه البيع الذي يجب أن يشمل الرقبة والإنتفاع.

لكن هذا الرأي منازع فيه فلا وجود لأي نص قانوني يمنع المالك من الإحتفاظ لنفسه بحق الإنتفاع والتفويت في حق الرقبة فحسب.

88 - ثانيها : يجب أن يتضمن التنبيه أيضا الثمن رغم أن المشرع لم ينص صراحة على وجوب ذكر هذا العنصر لكن نستشفه من صيغة الفصل الرابع من قانون 7 جوان 1978 الذي أوجب على المالك التنبيه على المتسوغ بأن يدفع أو يؤمن الثمن ولا يتسنى ذلك بدون التنصيص عليه.

89 - ولكن هل يجوز للمتسوغ أن يناقش الثمن الذي يحدده المالك في التنبيه؟ أجابت محكمة الاستئناف على هذا السؤال بالنفي وأقرت

(70) مجلة القضاء والتشريع 1986 ع. 2 ص. 55.

في قرارها عدد 83348 الصادر في 1 أفريل 1989 (غير منشور) أنه لا يمكن للمتسوغ مناقشة الثمن أو طلب اختبار لتقدير قيمة المكرى. وأقرت محكمة التعقيب نفس هذا الاتجاه في قرارها عدد 24590 الصادر في 18 فيفري 1992 وتضمن أن قانون 7 جوان 1978 خول للمتسوغ حق الأولوية في الشراء دون النزاع في الثمن المعروض عليه من طرف المالك وأبقى هذا الأخير حرا في تحديد الثمن⁷¹.

90 - ثالثها : يتعين أن يحدد المالك أجلا للمتسوغ لدفع الثمن أو تأمينه ويختلف باختلاف نوعية المبيع وجنسية البائع. إذا كان العقار على ملك اجنبي فإن أجل دفع الثمن أو تأمينه هو عام. أما إذا كان على ملك تونسي وخاضعا لقانون 7 جوان 1978 فإن الأجل هو شهر واحد إذا كان المبيع محلا مستقلا بذاته أما في صورة بيع عمارة صبرة واحدة تشتمل على عدة محلات فإن الأجل يصبح شهرين وفي هذه الصورة يجب أن يبنه المالك على المتسوغين بضرورة تكوين شركة مدنية عقارية لشراء كامل لعمارة في أجل شهرين إذا كان العقار على ملك تونسيين وفي أجل عام إذا كان على ملك أجنبى وخاضعا لقانون 27 جوان 1983.

(2) الإجراءات المحمولة على كامل المتفع بحق الأولوية في الشراء:

91 - على المتفع بحق الأولوية في الشراء القيام بإجراءات معينة عندما يتصل بتبنيه من المالك .

71 (نشرة محكمة التعقيب 1992 ص. 354 .

وأثارت الطبيعة القانونية لهذا التبنيه جدالا هاما فهل يمكن اعتباره ايجابيا على معنى الفصل 33 من مجلة الالتزامات والعقود ؟ لم تستبعد محكمة التعقيب التونسية هذا الوصف في قرارها عدد 22596 الصادر في 5 ديسمبر 1989⁷² والقرار عدد 31685 الصادر في 25 جانفي 1994 (غير منشور).

وإذا اعتبرنا التبنيه عرضا فإنه يقيد صاحبه وبالتالي فإن المالك لا يمكنه التفويت في العقار للغير قبل إنتضاء أجل العرض . كما أنه في صورة وفاة المالك موجه التبنيه فإن ورثته يتقيدون به وملزمون بإنجار البيع إذا قبل المتسوغ الشراء.

92 - ويجب أن يتجسم موقفه في اجراءات معينة ضبطها المشرع وفي مقدمتها الرد على التبنيه بواسطة عدل منفذ يتضمن إعلام المالك بقبول الشراء ويتعين أن يتم في أجل معين هو شهر واحد إذا كان المبيع منفردا وشهرين إذا كان المكرى عمارة ينوي المسوغ بيعها صبرة واحدة ويصبح أجل الجواب عاما كاملا إذا كان العقار على ملك الأجنبى وخاضعا لقانون 27 جوان 1983.

93 - غير أن مجرد الجواب على التبنيه لا يكفي إذ على المتسوغين دفع الثمن أو تأمينه بصندوق الأمان والودائع بالخزينة العامة للبلاد التونسية وفي صورة عدم الدفع أو التأمين في الأجل المذكور يفقد المتسوغ حقه في أولوية الشراء واستقر فقه القضاء التونسي على هذا الاتجاه في ذلك القرار التعقيبي عدد 9808 الصادر في 28 فيفري 1984⁷³ والقرار التعقيبي عدد 12430 الصادر في

72 (نشرة محكمة التعقيب 1989 ج. 2 ص. 299 .
73 (نشرة محكمة التعقيب 1985 - ج. 2 ص. 283 .

18 جوان 1985⁷⁴. غير أن محكمة التعقيب اعتبرت في قرارها عدد 16099 المؤرخ في 26 فيفري 1987 أن أحكام الفصل 111 من مجلة الحقوق العينية لا تنطبق على المستفيع بحق الأولوية في الشراء أي أنه ليس ملزما بعرض الثمن وتأمينه عند الاقتضاء عندما يقرر ممارسة دعوى الحلول - لكن هذا الرأي منازع فيه إذ يتعارض مع أحكام الفصل الرابع من قانون 7 جوان 1978 الذي أوجب دفع أو تأمين الثمن في أجل شهر وإلا فإن المتسوغ يعتبر متخليا عن حق الأولوية⁷⁵.

94 - ولا جدال أن إجراء التأمين المنصوص عليه بالفصل المذكور يذكرنا بأحكام الفصل 111 من مجلة الحقوق العينية فضلا على أن في الحالتين يقع الحلول محل المشتري ولا يتسنى ذلك إلا بدفع الثمن أو تأمينه. لكن في صورة بيع عمارة صبرة واحدة فإنه لا يكفي دفع الثمن أو تأمينه بل يجب أيضا تكوين شركة مدنية عقارية لممارسة حق الأولوية تضم على الأقل أغلبية المنتفعين بحق البقاء والمتسوغين للمحلات مهما كان استعمالها ويجب أن يشغل هؤلاء نصف مساحة جملة هذه المحلات على معنى الفصل الخامس من قانون 7 جوان 1978

ونستنتج من هذا النص أنه إذا بيعت أجزاء مشاعة من عمارة في تصرف عدة متسوغين فإنه لا يمكن لهؤلاء الانتفاع بحق الأولوية في الشراء وتكوين شركة مدنية عقارية لهذا الغرض لأن الفصل الخامس المشار إليه يوجب على الشركة شراء كامل العقار. الأمر الذي يفتح مجالات للتحويل على القانون فيقع شراء عمارة لا صبرة واحدة بل

(74) نشرة محكمة التعقيب 1985 ج. 2 ص. 288.

(75) نشرة محكمة التعقيب 1987 ، ص. 305.

على مراحل في شكل أجزاء مشاعة في كل مرحلة للحيلولة دون تمكن المتسوغين من شراء كامل العمارة.

95 - كما يصعب على أحد المتسوغين ممارسة حق الأولوية وحده في صورة بيع عمارة صبرة واحدة وعدم إتفاق المتسوغين على تكوين شركة مدنية عقارية وصدر في هذا المعنى قرار استئنافي عن محكمة الاستئناف بتونس في 22 ماي 1991 تحت عدد 88996 (غير منشور) إذ أن المشرع يفرض على كافة المتسوغين الوثام وتكوين شركة مدنية بينهم فإن اختلفوا وتعدر الاتفاق بينهم على تكوين الشركة فإنه ليس لهم أن يتفيعوا بالأولوية في الشراء فرادى وهذه ثغرة في التشريع الحالي يحسن التفكير في سدها إذ لا يجب أن يحرم شخص من حقه لأن غيره تقاعس عن الظفر به والسعي الى ممارسته.

ومبدئيا إذا قام المتسوغون بالإجراءات المذكورة أعلاه وفي الآجال القانونية فإنهم ينتفعون بحق الأولوية ويصبحون المالكين للمكرى ولكن قد يعتمد المتسوغ الى بيع المكرى للغير بدون التنبيه مسبقا على المتسوغ فما هو جزاء ذلك ؟

(د) جزاء حق الأولوية في الشراء

عندما يتولى المالك التفويت في المكرى للغير بدون التنبيه على المتسوغ يحرم هذا الأخير من ممارسة حقه في أولوية الشراء وفي بعض الحالات ينه المالك على المكثري ليمارس ذلك الحق ويعرض عليه البيع مع تحديد الثمن فلا يقبل المتسوغ الثمن المقترح باعتباره مشطا فينقضي أجل الجواب ثم يتولى المالك بيع المكرى لشخص آخر بثمان

أ) ميدان حق الأولوية للدولة

108 - ضبط الفصل الأول من القانون عدد 79 لسنة 1991 نطاق ممارسة حق الأولوية للدولة ويتمثل في "العمليات العقارية التي ينجر عنها نقل الملكية والتي تستوجب تقديم مطلب ترخيص إداري مسبق في شأنها بمقتضى الأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 والنصوص المتممة له" ويؤخذ من أحكام هذا النص أن الدولة تنتفع بالأولوية في الشراء في كل العمليات العقارية المتعلقة بأموال الأجانب سواء كانت الخاضعة لقانون 27 جوان 1983 أم لا إذ المهم أن يكون المالك غير تونسي. ومعلوم أن الأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 والنصوص المنقحة له توجب الترخيص في عدة عمليات عقارية من أهمها نقل الأملاك بين الأحياء والإحالة بعوض أو بعنوان مجاني بين الأحياء لكامل حقوق الملكية أو الاستغلال.

لكن الصيغة التي جاء فيها الفصل الأول من قانون 2 أوت 1991 تشير إشكالا قانونيا دقيقا إذ أنها جاءت عامة ومطلقة فهذا الفصل نص على منح الدولة حق الأولوية في العمليات العقارية "التي ينجر عنها نقل الملكية..." ومعلوم أن نقل الملكية قد يتم بعوض أو بدونه فهل تنتفع الدولة بحق الأولوية حتى في صورة عملية نقل ملكية بدون مقابل أي بمقتضى عقد تبرع مثل الهبة خاصة وأنّ المشرع إستعمل عبارة مطلقة وأقرّ ممارسة الأولوية في كل عملية ينشأ عنها نقل الملكية بدون تمييز. لئن نص الفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه "إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها" فإن قصد المشرع هو حصر حق الأولوية في عمليات نقل الملكية بمقابل بدليل أن نفس الفصل الأول نص على أن الوزير المكلف بأموال الدولة والشؤون

إلا أن محكمة التعقيب أقرّت في قرارها عدد 35758 المؤرخ في 19 أكتوبر 1992 (غير منشور). أنّ دعوى إبطال بيع ملك الغير هي دعوى عينية عقارية على معنى الفقرة الأخيرة من الفصل 20 من م.م.م.ت لأنها موجهة من غير من يحتج عليهم بالعقد المطلوب إبطاله ومسندة الى حق عيني. لكن دعوى الفسخ التي يقوم بها المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية ليست مؤسسة على حق عيني لأن المدعي هو صاحب حق شخصي ولا عيني ولكن مآلها هو استرجاع حق عيني ضرورة أن من نتائج الفسخ إرجاع ملكية العقار للبائع وخروجها عن المشتري ولكن نظرا الى أن الحق العيني غير منازع فيه فإنّ الدعوى تلحق بالدعوى الشخصية من حيث مرجع النظر طبق الفصل 20 من م.م.م.ت.

إن حق الأولوية في الشراء ليس ممنوحا للأشخاص الطبيعيين فحسب إذ تنتفع به أيضا الدولة وبعض المؤسسات العمومية.

الفقرة الثانية

حق الأولوية في الشراء الممنوح للدولة وبعض المؤسسات العمومية

1) حق الأولوية للدولة في العمليات العقارية

أقرّ القانون عدد 79 لسنة 1991 المؤرخ في 2 أوت 1991 للدولة حق الأولوية في الشراء ويتجه النظر في ميدانه ونتائجه.

العقارية يمارس حق الأولوية على أساس الثمن المتفق عليه* ويفهم من هذه الصيغة أن هذه الممارسة لا تكون إلا في العمليات العقارية الناقلة للملكية بمقابل وكان على المشرع توضيح هذا العنصر عند سنه لهذا القانون.

109 - وحدد القانون كيفية وآجال وإجراءات ممارسة الدولة لحق الأولوية فتتم تلك الممارسة بقرار صادر عن وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية شريطة أن يتم ذلك في أجل عام من تاريخ وصول مطلب الترخيص الى وزارة أملاك الدولة والشؤون العقارية⁸⁵.

ب) نتائج ممارسة الدولة لحق الأولوية

110 - لممارسة الدولة حق الأولوية نتائج هامة ضبطها الفصل الأول من قانون 2 أوت 1991 وفي مقدمتها فقدان التسويع أو الشاغل عن حسن نية حقه في البقاء. وهذه النتيجة تضر بمصالح وحقوق شاغلي العقار إذ يصبحون مهددين بالخروج كما أن هذه النتيجة تبدو مخالفة لأحكام الفصل 798 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على أن خروج الملك من يد مالكه طوعا أو كرها لا يفسخ الكراء وإنما يحل المالك الجديد محل القديم فيما له وعليه من الحقوق في الكراء المذكور*.

وإذا كان الأمر كذلك فعلى أي أساس يفقد التسويع حق البقاء في

85 (أحييت اختصاصات وزير التجهيز والإسكان المتعلقة بأمولاك الأجانب الى وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية بمقتضى القانون عدد 20 لسنة 1992 المؤرخ في 3 فيفري 1992.

المكرى عندما تصبح الدولة مالكة له ؟ غير أن المشرع شعورا منه بالضرر الذي يلحق الشاغل أو المكتري من فقدانه حق البقاء أقر له "تعويضا مناسباً" تدفعه الدولة له لكن لم يبين كيفية تقدير هذا التعويض والمقاييس الواجب إعتمادها في تحديده ولا زمان أدائه وهل يتوقف إخراجهم من العقار على دفع أو تأمين التعويض.

111 - أمّا إذا كان التسويع مكتسبا للملكية التجارية وخاضعا للقانون عدد 37 الصادر في 25 ماي 1977 فإن ممارسة الدولة لحق الأولوية لا تؤدي الى فقدانه الأصل التجاري إذ أن قانون 2 أوت 1991 تحدث عن فقدان حق البقاء فحسب وهو خاص بالمحلات المعدة للسكنى الخاضعة لقانون 18 فيفري 1976 .

- وحفاظا على حقوق مالك العقار الذي مارست في شأنه الدولة حق الأولوية فإن التحويل بالعقار يتوقف على دفع التعويض لمستحقيه أو تأمينه بالخيرية العامة للبلاد التونسية وتناديا لما قد يلتجئ اليه البعض من خزعبلات للحيلولة دون تمكين الدولة من ممارسة حق الأولوية نص الفصل الأول من قانون 2 أوت 1991 على بطلان العمليات العقارية بطلانا مطلقا " في صورة عدم تطابق الثمن المذكور بقرار الترخيص مع ما هو منصوص عليه بالعقد النهائي " ومعنى ذلك أنه على الطرفين المتعاقدين في صورة شراء عقار على ملك أجنبي أن يضمنوا بعقد البيع نفس الثمن المنصوص عليه بالرخصة الإدارية وإلا يكون العقد باطلا ولا عمل عليه إطلاقا.

112 - وأخيرا فإن حق الأولوية الممنوح للدولة يثير بعض المشاكل القانونية التي يدق حلها من أهمها أن الدولة تحل محل طالب الرخصة وتشترى العقار بنفس الثمن المتفق عليه والمضمن بالوثائق المصاحبة

الحلول محل المشتري ولهم فقط القيام بدعوى الفسخ ويشاطرونا بعض الشراح هذا الرأي⁸² وتشير دعوى الفسخ بعض المسائل الإصطلاحية والإجرائية :

104- المسألة الإصطلاحية

نصت الفقرة الأخيرة من الفصل الرابع من قانون 27 جوان 1983 على أنه في صورة عدم التنبيه يمكن للمتسوغين والشاغلين عن حسن نية وكذلك لمن انخر لهم منهم الحق المطالبة بفسخ البيع

على أن الصيغة الفرنسية لنفس الفقرة نصت على المطالبة بإبطال البيع Annulation .

فكيف يمكن تبرير هذا الاختلاف نظرا للتباين الكبير بين البطلان والفسخ؟

رغم أن المشرع التونسي استعمل في بعض الحالات الفسخ بمعنى البطلان من ذلك أن الفصل 45 من مجلة الالتزامات والعقود والمتعلق بحالة من حالات عيوب الرضا وهي الغلط يتحدث عن الفسخ في حين أن الأمر يتعلق بالبطلان وبقطع النظر عن هذا الاختلاف بين النصين العربي والفرنسي فإنه يقع اعتماد الصيغة العربية دون سواها عملا بالقانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرخ في 5 جويلية 1993.

105 - وإذا سلمنا بأن الجزء هو الفسخ نتساءل عن أساسه وكيفية

(82) الأستاذ الحبيب الشطي : دراسات في القانون العقاري، دار الميزان للنشر 1996 ص. 136 - 137 .

القضية لا يمضي على المستفيد بحق الأولوية في الشراء وكذلك الشأن إذا وقع فسخ البيع بالتواضي إذ لا يعارض به المتسوغ القائم بدعوى الحلول وصدر في هذا الاتجاه قرار استئنافي عدد 6479 . بتاريخ 10 ماي 1993 (غير منشور) عن الدائرة الثامنة بمحكمة الاستئناف بتونس وجاء فيه إن قانون 7 جوان 1978 جعل من البيع سببا قانونيا لحق الأولوية في الشراء كما هو الشأن بالنسبة للشفعة وحقا يتولد من مجرد انعقاد البيع بين المالك والمشتري وينزع عن البائع حق فسخ العقد بسبب خروج موضوعه عن ملكيته بناء على تعلق حق المنتفع بالأولوية فيصبح الفسخ منعدم الموضوع وباطلا بطلانا مطلقا طبق الفصل 325 من مجلة الالتزامات والعقود.

(2) دعوى الفسخ

103 - لا يمكن ممارسة دعوى الفسخ من طرف المنتفع بحق الأولوية في الشراء سواء كان متسوغا وشاغلا عن حسن نية إلا إذا كان العقار على ملك أجنبي وخاضعا لقانون 27 جوان 1983 وتم بيعه للغير بدون التنبيه مسبقا على المنتفع بحق الأولوية في الشراء . ونحن نختلف مع الأستاذ محمد كمال شرف الدين⁸³ الذي يرى أنه يجوز أيضا لمتسوفي وشاغلي العقارات التي على ملك الأجانب والخاضعة لقانون 27 جوان 1983 القيام بدعوى الحلول لأن أحكام هذا النص استثنائية ولا يمكن التوسع فيها وأن المشرع أقر في هذا القانون بفصله الرابع جزاء وحيدا هو الفسخ ولم يمنح للمتسوغين أو الشاغلين

M. Kamel CHARFEDDINE, Les Droits des tiers et les actes (81) translatifs de propriété, op. cit. p. 428 et suiv.

تبريره فالمفروض أن الفسخ هو جزاء عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته ولا يطلب به إلا أحدهما أي المتعاقد المتضرر من عدم وفاء الطرف المقابل بتعهداته التعاقدية في حين أن الذي يطلب بالفسخ في نطاق قانون 27 جوان 1983 هو المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية وهو ليس طرفا في عقد البيع فكيف نجيز له طلب فسخه ؟ إن استعمال مصطلح الفسخ غير سليم ولعله يحسن تدارك هذا الخطأ واعتبار أن الجزء هو البطلان ولا الفسخ ولكنه بطلان من نوع خاص لأنه ليس جزءا انعدام ركن من أركان العقد بل مجرد حماية للمتفع بحق الأولوية في الشراء وهو بطلان يقترب من عدم النفاذ فكأن البيع لا يضي على المتفع بالأولوية في الشراء.

106 - المسألة الثانية : اجراءات دعوى الفسخ

إن اجراءات دعوى الفسخ تقتضي النظر في عنصرين يتعلق الأول بأجل القيام والثاني بطبيعة الدعوى وتأثيرها على الاختصاص القضائي.

- العنصر الأول : الاجراءات

حدد المشرع بالفصل الرابع من قانون 27 جوان 1983 أجل القيام بدعوى الفسخ وهو خمسة أعوام بداية من تاريخ تسجيل العقد. ولئن لم يميز المشرع بين بيع العقارات غير المسجلة وبيع العقارات المسجلة فإنه في الحالة الثانية تطرح اشكالية قانونية دقيقة تتمثل في أن الفصل 305 الجديد من مجلة الحقوق العينية المنقح بقانون 4 ماي 1992 عدد 46 نص على أن كل حق عيني لا يتكون إلا بترسيمه بالسجل العقاري وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم.

فإذا ابرم عقد بيع على ملك أجنبي ومسجل بإدارة الملكية العقارية وتم تسجيل العقد بالقباضة المالية ولكن لم يقع ادراج العقد بالرسم العقاري ففي هذه الصورة يبتدئ أجل القيام بدعوى الفسخ من تاريخ تسجيل العقد بالقباضة المالية وقبل ترسيمه بالسجل العقاري في حين أن هذا العقد يعتبر غير موجود قانونا بحكم المفعول المنشئ للترسيم بالسجل العقاري. فكيف يمكن المطالبة بفسخ عقد منعدم قانونا نظرا لعدم ترسيمه بالسجل العقاري وتأسيسا على ماتقدم نلاحظ تنافرا خطيرا بين أحكام قانون 27 جوان 1983 والفصل 305 من مجلة الحقوق العينية الجديد ويتعين تنقيح قانون جوان 1983 حتى يتلاءم مع تنقيح 4 ماي 1992 واعتبار أن أجل القيام بدعوى الفسخ يبتدئ من تاريخ ترسيم البيع بالسجل العقاري ولا من تاريخ تسجيل العقد بالقباضة المالية.

- العنصر الثاني : طبيعة دعوى الفسخ والاختصاص القضائي

107 - المفروض أنها دعوى شخصية ولا عينية وترفع أمام المحكمة التي يوجد بها مقر المطلوب. غير أنه ظهر اتجاه يعتبر دعوى فسخ بيع عقار أو إبطاله هي دعوى مختلطة واجمع جل الشراح على هذا الرأي⁸³ واعتبرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب في قرارها عدد 30389 المؤرخ في 15 ماي 1995 أن دعوى فسخ عقد المغارسة هي دعوى عينية⁸⁴.

(83) الدكتور أحمد أبو الوفاء : أصول المحاكمات المدنية - الطبعة الثانية 1979 ص. 147 :

- الدكتور وجدي راغب : الموجز في مبادئ القضاء المدني - الطبعة الأولى 1977 - دار الفكر العربي ص. 156.

LOIC CADIET, Droit judiciaire privé, LITEC, 1992, n. 685.

(84) أنظر قرارات الدوائر المجتمعة ، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية 1995 ص. 46.

أقل من الثمن المعروض. في هذين الحالتين أقر المشرع الجزاء وهو لا يخلو من أمرين إما الحلول محل المشتري إذا كان المكري على ملك تونسي أو فسخ العقد إذا كان العقار على ملك أجنبي وخاضعا لقانون 27 جوان 1983 ويتجه النظر فيهما :

96 - 1) الحلول La substitution

يمكن للمتسوغ أن يرفع دعوى في الحلول محل المشتري في صورة بيع المكري للغير بدون أن يقوم المالك قبل التفويت بالإجراءات المنصوص عليها بالفصل الرابع من قانون 7 جوان 1978 والمتمثلة في التنبيه عليه بواسطة عدل منفذ ليمارس حق الأولوية في الشراء كما يجوز أيضا طلب الحلول إذا بيع المكري للغير بضمن أقل من الثمن المعروض عليه لكن ليس للمتسوغ أو الشاغل المطالبة بإبطال البيع الصادر للغير وهذا ما أكدته محكمة التعقيب في قرارها عدد 1774:3 الصادر في 2 نوفمبر 1989 إذا كان العقار المبيع على ملك تونسيين وخاضعا لقانون 7 جوان 1978 الذي لم يعط للمنتفع بحق الأولوية إلا الحلول وليس له طلب الإبطال⁷⁶. وتثير دعوى الحلول مسألتين أولهما طبيعتها القانونية وثانيهما إجراءاتها.

المسألة الأولى : طبيعة دعوى الحلول

ظهرت ثلاثة اتجاهات حول طبيعة دعوى الحلول :

76 (نشرة محكمة التعقيب 1989 ص. 424 .

97- الاتجاه الأول : دعوى شخصية :

يرى بعض الشراح⁷⁷ أنّ حق الأولوية في الشراء هو حق شخصي وبالتالي فإن دعوى الحلول هي دعوى شخصية غير أنّ الحق الشخصي أو حق الدائنية يقتضي مبدئيا وجود علاقة تعاقدية بين الدائن والمدين وهذا الأخير مقيد ازاء الدائن بالتزام بالقيام بعمل أو نقل ملكية حق عيني أو بعدم القيام بعمل ما. بينما نلاحظ إنعدام وجود علاقة تعاقدية بين المستفيد بحق الأولوية وبين مالك المحل في بعض الحالات فالشاغل عن حسن نية لا تربطه اية علاقة تعاقدية مع المالك. ومن جهة أخرى فإن مآل دعوى الحلول هو تملك حق عيني مثل مآل دعوى الشفعة وبذلك فإن هذه الدعوى ليست مجرد دعوى شخصية.

98- الاتجاه الثاني : دعوى عينية

يرى بعضهم أن دعوى الحلول التي يقوم بها المتسوغ للحلول محل المشتري ممارسة لحق الأولوية في الشراء ترمي الى تملك عقار وانتقال حق عيني وبالتالي فهي دعوى عينية فتكون من أنظار المحكمة الابتدائية التي يوجد بها العقار دون سواها وصدر في هذا المعنى حكم عن محكمة ناحية بنزرت بتاريخ 6 فيفري 1980 تحت عدد 5197⁷⁸.

ولئن كان مآل دعوى الحلول هو اكتساب حق عيني فإن ذلك لا

GHESTIN et DESCHE, Traité des contrats, la vente, L.G.D.J. (77 1990 n. 474.

(78) المجلة القانونية التونسية 1980 ص. 153 تعليق الأستاذ محمد العربي هاشم

يعني أنها دعوى عينية بحتة إذ أن الحق العيني يعطي للشخص نفوذا مباشرا وفوريا على شيء يمارس بدون وساطة شخص آخر⁷⁹.

99- الاتجاه الثالث : دعوى مختلطة

أقرت محكمة التعقيب في قرارها عدد 11177 المؤرخ في 30 / 4 / 1985 أن دعوى الحلول هي دعوى مختلطة ناشئة من غير حق عقاري سابق خلافا لدعوى الشفعة المسلطة على عقار والناشئة في آن واحد من حق عقاري سابق وتبنت محكمة التعقيب في هذا القرار رأي محكمة الاستئناف في ما ذهبت اليه من كون دعوى الحلول الواردة بتانون 7 جوان 1978 هي دعوى مختلطة : عقارية لتعلقها بالعقار وشخصية لتعلقها بحق ناشئ من عقد ونص قانوني وأنها تلحق بالدعوى الشخصية مادام الحق العيني غير منازع فيه طبق الفصل 20 من م.م.م.ت.⁸⁰.

100 - المسألة الثانية : اجراءات دعوى الحلول

على المستفيد بحق الأولوية في الشراء ممارسة دعوى الحلول محل المشتري في ظرف شهر من علمه بالبيع ويبتدئ الأجل من تاريخ العلم

79 (الدكتور توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية - الدار الجامعة 1988 :
- J. GHESTIN et GOUBEUX, Traité de Droit civil, introduction
générale, L.G.D.J. 1977, n. 213.

80) نشرة محكمة التعقيب 1985، ج. 1 ص. 145.

الفعلي ولا الإعلام. وإذا وقع إعلام المستفيد بحق الأولوية في الشراء فعليه رفع دعوى الحلول في أجل شهر واحد من تاريخ الإعلام.

أما إذا لم يحصل العلم أو الإعلام بوقوع البيع فإن أجل القيام بالدعوى هو ستة أشهر من تاريخ البيع على أقصى تقدير.

101 - وتطرح اشكالية دقيقة تتمثل في تحديد بداية سريان هذا الأجل هل هو تاريخ التعريف بالإمضاء على معنى الفصل 450 من مجلة الالتزامات والعقود أم تاريخ تسجيل العقد بالقبض المالية طبق الفصل 581 من نفس المجلة أم تاريخ ترسيم العقد بالرسم العقاري إذا كان العقار مسجلا طبق الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية. اختلفت الآراء في الجواب على هذا السؤال ويمكن القول إن الرأي الراجح هو تاريخ التسجيل بالقبض المالية وهو تاريخ معارضة الغير بالبيع، إلا أنه بالنسبة للعقارات المسجلة يحق التساؤل عن مدى صحة القيام بدعوى الحلول قبل ترسيم البيع بالسجل العقاري بعد التنشيع الذي أدخل على الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية بمقتضى قانون 4 ماي 1992 والذي أقر مبدأ الأثر المنشئ للترسيم إذ كيف الحلول محل المشتري في حق عيني لم يتكون؟

102- وتثار مسألة أخرى تتمثل في مآل دعوى الحلول إذا عمد المشتري الى التفويت في العقار للغير قبل انقضاء أجل الستة أشهر أو أثناء نشر دعوى الحلول أو إذا تم فسخ البيع بالتراضي بين الطرفين أي بالإقالة ؟ لم يتعرض المشرع لهذه الحالات غير أنه قياسا على أحكام الفصل 114 من مجلة الحقوق العينية يمكن القول إن التفويت في العقار للغير من طرف المشتري قبل انقضاء أجل الستة أشهر أو أثناء نشر

أقل من الثمن المعروض. في هذين الحالتين أقر المشرع الجزاء وهو لا يخلو من أمرين إما الحلول محل المشتري إذا كان المكري على ملك تونسسي أو فسخ العقد إذا كان العقار على ملك أجنبي وخاضعا لقانون 27 جوان 1983 ويتجه النظر فيهما :

96 - 1) الحلول La substitution

يمكن للمتسوغ أن يرفع دعوى في الحلول محل المشتري في صورة بيع المكري للغير بدون أن يقوم المالك قبل التفويت بالإجراءات المنصوص عليها بالفصل الرابع من قانون 7 جوان 1978 والمتمثلة في التنبيه عليه بواسطة عدل منفذ ليمارس حق الأولوية في الشراء كما يجوز أيضا طلب الحلول إذا بيع المكري للغير بثمن أقل من الثمن المعروض عليه لكن ليس للمتسوغ أو الشاغل المطالبة بإبطال البيع الصادر للغير وهذا ما أكدته محكمة التعقيب في قرارها عدد 17743 الصادر في 2 نوفمبر 1989 إذا كان العقار المبيع على ملك تونسسيين وخاضعا لقانون 7 جوان 1978 الذي لم يعط للمتسوغ بحق الأولوية إلا الحلول وليس له طلب الإبطال⁷⁶. وتثير دعوى الحلول مسألتين أولهما طبيعتها القانونية وثانيهما إجراءاتها.

المسألة الأولى : طبيعة دعوى الحلول

ظهرت ثلاثة اتجاهات حول طبيعة دعوى الحلول :

76 (نشرية محكمة التعقيب 1989 ص. 424 .

97- الاتجاه الأول : دعوى شخصية :

يرى بعض الشراح⁷⁷ أن حق الأولوية في الشراء هو حق شخصي وبالتالي فإن دعوى الحلول هي دعوى شخصية غير أن الحق الشخصي أو حق الدائنية يقتضي مبدئيا وجود علاقة تعاقدية بين الدائن والمدين وهذا الأخير مقيد ازاء الدائن بالتزام بالقيام بعمل أو نقل ملكية حق عيني أو بعدم القيام بعمل ما. بينما نلاحظ إنعدام وجود علاقة تعاقدية بين المستفيد بحق الأولوية وبين مالك المحل في بعض الحالات فالشاغل عن حسن نية لا تربطه اية علاقة تعاقدية مع المالك. ومن جهة أخرى فإن مآل دعوى الحلول هو تملك حق عيني مثل مآل دعوى الشفعة وبذلك فإن هذه الدعوى ليست مجرد دعوى شخصية.

98- الاتجاه الثاني : دعوى عينية

يرى بعضهم أن دعوى الحلول التي يقوم بها المتسوغ للحلول محل المشتري ممارسة لحق الأولوية في الشراء ترمي الى تملك عقار وانتقال حق عيني وبالتالي فهي دعوى عينية فتكون من أنظار المحكمة الابتدائية التي يوجد بها العقار دون سواها وصدر في هذا المعنى حكم عن محكمة ناحية بنزرت بتاريخ 6 فيفري 1980 تحت عدد 5197⁷⁸.

ولئن كان مآل دعوى الحلول هو اكتساب حق عيني فإن ذلك لا

GHESTIN et DESCHE, Traité des contrats, la vente, L.G.D.J. (77 1990 n. 474.

(78) المجلة القانونية التونسية 1980 ص. 153 تعليق الأستاذ محمد العربي هاشم.

لطلب الترخيص ومن بين هذه الوثائق وعد البيع والسؤال المطروح يتمثل في معرفة آثار فسخ وعد البيع على ممارسة حق الأولوية من طرف الدولة إذ قد يقرر الواعد مالك العقار الأجنبي وطالب الترخيص أي الموعود له فسخ وعد البيع بالتراضي والرجوع في مطلب الترخيص عندما يقع إعلامهما بقرار وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية القاضي بممارسة حق الأولوية فهل تصبح تلك الممارسة ملغاة باعتبارها مؤسسة على وعد بيع مفسوخ أم تبقى سارية المفعول لتعلق حق الدولة بالعقار ؟ وهل يجوز في مثل هذه الحالة الطعن في قرار الممارسة ؟ لا نجد جوابا على هذا السؤال في قانون 2 أوت 1991 والرأي عندنا أن ممارسة حق الأولوية من طرف الدولة تبقى صحيحة رغم فسخ وعد البيع أو الرجوع في مطلب الترخيص مادام المشرع خول لها هذا الحق اعتمادا على مطلب الترخيص إذ بمجرد تقديمه يتعلق به حقها طيلة عام من تاريخ وصوله الى وزارة أملاك الدولة والشؤون العقارية فكأن الأمر يتعلق بعرض موجه لفائدتها وينطوي على وعد قانوني بتفضيلها على الموعود له خاصة وأن المتواعدين على بيئة من إمكانية قيام الدولة بممارسة حق الأولوية وقد قبلا ذلك وأقدا عليه فيتحملان نتيجة تصرفاتهما.

113 - غير أن طبيعة حق الأولوية الممنوح للدولة يثير إشكالا لا يخلو من دقة والأمر لا يتعلق بالأولوية في الشراء المنصوص عليها بقانون 7 جوان 1978 لاختلاف المؤسستين من حيث أساسهما ونظامهما القانوني فهي أقرب الى شبه وعد قانوني إجباري بالتفضيل فالمشرع ألزم المالك الأجنبي للعقار بتفضيل الدولة على الغير عندما يقرر التفويت في عقاره. وأخيرا تتمتع الدولة بحق الأولوية في الشراء

لاقتناء معلم تاريخي مرتب أو محمي طبق الفصل 89 من مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي والفنون التقليدية الصادرة في 24 فيفري 1994 (قانون عدد 35 لسنة 1994) وت مارس هذا الحق طبق الإجراءات الواردة بالقانون عدد 21 لسنة 1973 المؤرخ في 14 أفريل 1973 والمتعلق بتهيئة المناطق السياحية والصناعية والسكنية.

2) حق الأولوية الممنوح لبعض المؤسسات العمومية

114 - تتمتع بعض المؤسسات العمومية بحق الأولوية في الشراء ويتعين بيانها والوقوف على جزاء هذا الحق.

أ) المؤسسات المتفوعة بالأولوية في الشراء

منح المشرع حق الأولوية لبعض المؤسسات العمومية لأسباب اقتصادية وعمرانية من ذلك أن القانون عدد 21 لسنة 1973 المؤرخ في 14 أفريل 1973 أعطى حق الأولوية للوكالة العقارية للسكنى والوكالة العقارية الصناعية والوكالة العقارية السياحية لتمكينها من شراء أراضي وتهيتها وبيعها للخواص لاستعمالها للسكنى أو لأصحاب المشاريع الصناعية والسياحية.

وتحقيقا لهذا الغرض يقع إحداث محيطات للشقة لصالح الوكالات المذكورة بأمر وفي صورة التفويت في أراضي داخل تلك المناطق تمارس الوكالات المعنية الأولوية وتتمتع بهذا الحق طيلة أربع سنوات بداية من تاريخ نشر الأمر المحدث لمحيط الشقة ويمكن تجديد هذه المدة لستين.

(الفصل الخامس من القانون) وبذلك فإن وكالة الإصلااح الزراعي تتمتع بحق الأولوية في الشراء وحق الشفعة.

116 - وتتمتع وكالة التهذيب والتجديد العمراني بحق الأولوية في الشراء بمقتضى القانون عدد 69 لسنة 1981 المؤرخ في غرة أوت 1981 رغم أن المشرع إستعمل غلطا عبارة حق الشفعة⁸⁷ وتقع ممارسة الأولوية في الشراء داخل مناطق تدخل لفائدة الوكالة طبق نفس النظام الوارد بقانون 14 أبريل 1973 المحدث للوكالات العقارية.

117 - وأخيرا نص الفصل 30 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير الصادرة بمقتضى القانون عدد 122 لسنة 1994 المؤرخ في 28 نوفمبر 1994 على إحداث دوائر للتدخل العقاري لفائدة الدولة والجماعات العمومية المحلية والوكالات العقارية الثلاثة المحدثه بقانون 14 أبريل 1973 ووكالة التهذيب والتجديد العمراني لإنجاز برامج تهيئة وتجهيز أو تحديد أو تهذيب يقع ضبطها طبق مثال التهيئة العمراني أو الأمثلة التوجيهية - وتحدد هذه الدوائر بأمر - وتتفع المؤسسات المذكورة بالفصل 30 من المجلة بحق الأولوية في الشراء داخل دوائر المدخرات العقارية (الفصل 42 من المجلة) على أن تمارس هذا الحق في أجل أربع سنوات بداية من تاريخ الأمر المحدد لدوائر المدخرات العقارية الذي يجب أن يضبط المتتفع بحق الأولوية في الشراء ويمكن تحديد مدة ممارسة الحق مرة واحدة وخول الفصل 42 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير للمتتفع بحق الأولوية في الشراء التنصيص عليه بالسجل العقاري وضبط الفصل 43 من نفس المجلة إجراءات ونظام ممارسة حق الأولوية من ذلك أنه على مالك العقار الكائن داخل دوائر المدخرات العقارية أن يعرض على المتتفع بحق الأولوية ثمن العقار بداية من

(87) الأستاذ الحبيب الشطي ، المرجع السابق الذكر ص. 118 .

ولئن استعمل المشرع في قانون 14 أبريل 1973 عبارة الشفعة فإن الوكالات العقارية تتمتع في الواقع بحق الأولوية⁸⁶ ضرورة أن الإجراءات الواجب اتباعها والمنصوص عليها بهذا القانون تذكرنا بأحكام حق الأولوية في الشراء لأن الوكالات العقارية تمارس حقها قبل التفويت في الأراضي الواقعة داخل المحيط الذي يقع تحديده بأمر في حين أن الشفعة تمارس بعد التفويت وفعلا أوجب قانون 14 أبريل 1973 على كل شخص يعتزم التفويت في أرض توجد داخل منطقة الشفعة إعلام والي الجهة بذلك في شكل تصريح يوجه له مع بيان الثمن وشروط الإحالة ويوجه الوالي نسخة من ذلك التصريح إلى الوكالة المعنية التي تتولى في ظرف شهرين اتخاذ قرار في شراء العقار بالثمن المروض عليها أو تقترح على صاحب العقار ثمنا آخر أو تطلب تحديد الثمن طبق إجراءات ضبط غرامة الانتزاع.

115 - ومنح المشرع أيضا حق الأولوية في الشراء لوكالة الإصلااح الزراعي بالمناطق العمومية السقوية بمقتضى القانون عدد 17 لسنة 1977 المؤرخ في 16 مارس 1977 في عمليات التفويت في أراضي كائنة داخل المناطق السقوية العمومية . وتمارس الوكالة هذا الحق طبق إجراءات مماثلة تقريبا للإجراءات المنصوص عليها بقانون 14 أبريل 1973 المحدث للوكالات العقارية السكنية والسياحية والصناعية كما أن قانون 16 مارس 1977 أعطى أيضا لوكالة الإصلااح الزراعي حق الشفعة في صورة بيع أراضي داخل المناطق العمومية السقوية على أن تمارس الشفعة في أجل عام واحد من وقوع البيع بكتب ثابت التاريخ

86 (أنظر كتاب الأستاذ الحبيب الشطي : دراسات في القانون العقاري - المرجع السابق الذكر ص. 120 - 116 .

تاريخ بشر أمر التحديد وعلى المؤسسة التي تلقت العرض إعلام المالك في ظرف سنة برغبتها في قبول العرض أو رفضه عن طريق عدل منفذ ويعتبر عدم الرد في الأجل المذكور تخليا عن حق الأولوية في الشراء. وفي صورة قبول الشراء وعدم الاتفاق على الثمن يقع تحديده قضائيا طبق ما هو معمول به في مادة الإلتزاع من أجل المصلحة العمومية ويقع دفع الثمن أو تأمينه في ظرف ستة أشهر من تاريخ الإعلام بالحكم ويتوقف التحويل بالعقار على تسديد الثمن أو تأمينه بالخزينة العامة للبلاد التونسية.

ب) جزاء حق الأولوية في الشراء الممنوح للمؤسسات العمومية وللدولة :

118 - إن جزاء حق الأولوية في الشراخ الممنوح للدولة وبعض المؤسسات العمومية هو في نفس الوقت البطلان والحلول محل المشتري وفعلا حول الفصل 10 من قانون 14 أفريل 1973 المحدث للوكالات العقارية الثلاثة التسيام بدعوى إبطال البيع في صورة عدم إحترام الإجراءات المنصوص عليها بهذا القانون ولها أن تطلب من المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها العقار المبيع التصريح أنها هي المشتري عوضا عن الغير مقابل الثمن المتفق عليه بالعقد أو الثمن الذي عرضته الوكالة المعنية ووقع قبوله وإذا لم يحصل الاتفاق تتولى المحكمة تقدير الثمن ونجد نفس الجزاء تقريبا في صورة ممارسة حق الأولوية في الشراء من طرف وكالة الإصلاخ الزراعي ووكالة التهذيب والتجديد العمراني وكذلك الأمر بالنسبة للدولة والجماعات العمومية المحلية والوكالات المعنية المنصوص عليها بالنصل 30 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير غير أن الفصل 44 من هذه المجلة أوجب على المنتفعين المذكورين بحق

الأولوية في الشراء رفع دعوى الإبطال والحلول لدى المحكمة المختصة في الآجال المنصوص عليها بالنصل 115 من مجلة الحقائق العينية.

إن إقرار جزاء البطلان والحلول في نفس الوقت قد يبدو غير وحيه من حيث التقنية القانونية إذ يصعب الجمع بين هذين الجزاءين لأنهما متنافران ولا يتعايشان إذ كيف يمكن للمتنتفع بحق الأولوية في الشراء أن يطلب إبطال عقد البيع ثم يطلب أيضا الحلول محل المشتري في عقد باطل فإذا قضت المحكمة بإبطال بيع فإنه لا يبقى محل للمتنتفع بالأولوية أن يحل محل المشتري في عقد منعدم وغير موجود فكأن المتنتفع بحق الأولوية يريد أن يجلس على مقعد غير موجود وكان من الأحسن الإقتصار على جزاء الإبطال فقط أو الحل محل فالحكم بينهما غير ممكن منطقيا فلا تعايش بين الوجود والعدم!

ويؤخذ مما تقدم أن مؤسسة حق الأولوية في الشراء حديثة نسبيا في التشريع التونسي لكنها لا تخضع لنظام موحد ومتكامل فهي تتميز بخصائص معينة تتمثل في تعدد المنتفعين بهذا الحق وتنوع جزائه من فسخ وإبطال وحلول وتباين في إجراءات ممارسته واختلاف في أساسه وتنوع في مراتبه وتزاحم بينه وبين حق الشفعة التي تخضع لنظام موحد متكامل وواضح.

الفقرة الثالثة

الشفعة

119 - تعريف الشفعة : تعنى الشفعة لغة الضم واصطلاحا أخذ الشريك الجزء الذي باعه شريكه من المشتري بما اشتراه منه

وجاء بمجلة الأحكام العدلية بالمادة 950 "الشفعة هي تملك الملك المشتري بمقدار الثمن الذي قام على المشتري". فالشفيع الذي يمارس حق الشفعة يقوم بضم العقار المشتري للعقار الذي يملكه من قبل.

وعرف المشرع التونسي الشفعة بالفصل 103 من مجلة الحقوق العينية بأنها "حلول الشريك محل المشتري في التملك بمبيع شريكه...".⁸⁸

32/04/93

120 - واعتبرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب⁸⁹ الشفعة سببا من أسباب كسب الملكية يستطيع بواسطتها الشفيع إكتساب الملكية بإرادة منفردة وإنها قيد يرد على حرية التصرف. واستتج أحد الشراح من هذا القرار أن المشرع لم يعتبر الشفعة حقا عينيا بل "مؤسسة قانونية تبيح للشفيع حق القيام بدعوى الشفعة لإكتساب

(88) يراجع حول الشفعة :

- خديجة الكنتزاري : الشفعة وحق الأولوية في الشراء دراسة مقارنة - رسالة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص - تونس 1990.
- الدكتور توفيق حسن فرج : الحقوق العينية الأصلية - الدار الجامعة 1988.
- محمد حمزة : الشفعة وحق الضم، مجلة القضاء التونسي 1948 ص. 51.

- الدكتور عبد الحميد الشورابي : أحكام الشفعة في ضوء القضاء والفقه 1986.
- محمود شمام : التطور القضائي في تطبيق أحكام الشفعة : مجلة القضاء والتشريع 1980 ع. 7 ص. 13.

- السيد يوسف بن الحاج فرج بن يوسف : مجلة القضاء والتشريع 1959 عدد نوفمبر ص. 29.

C. SAINT ALARY HOUIN, Le Droit de préemption, thèse Paris, L.G.D.J. 1979.

- A. BOITUZAT, Protection du consentement, respect de l'initiative individuelle et Droit de préemption en matière de vente immobilière D. 1979 Chr. p. 219.

ملكية المتأخر المشاع⁸⁹ والرأي عندنا أن موضوع دعوى الشفعة هو حق عيني والشفعة من أسباب إكتسابه⁹⁰.

121 - فالشفعة قيد يحد من حرية التصرف في الملكية وهي بمثابة حالة جبرية وقانونية لعقد البيع Une cession de contrat, légale et forcée وهي تمارس بعد إبرام العقد فيجد البائع نفسه أمام شخص وهو الشفيع يحل محل المشتري دون أن يكون قد أراد التعاقد معه فكان المشتري المشفوع ضده يجبر على إحالة العقد المشفوع فيه للغير فنتقل بذلك ملكية المشتري للشفيع بوجه الحلول القانوني والإجباري⁹¹.

كما أن الشفعة مؤسسة بعد تعاقدية Post-contractuelle إذ تمارس بعد إبرام العقد المشفوع فيه Post Rem VENDITAM (أي بعد بيع مبرم) في حين أن حق الأولوية مؤسسة قبل تعاقدية précontractuelle (ante rem venditam) أي قبل البيع ولعل هذا ما يميز الشفعة عن حق الأولوية⁹².

122- أما أساس اقرار الشفعة فيتمثل في الاتصال بين ملك الشفيع والمال المشفوع فيه ودفع الضرر الذي قد يلحق الشفيع من جراء المالك الجديد الذي يشتري منابات على الشيع والحيلولة دون دخول شخص أجنبي للعقار المشترك.

(89) المجلة القانونية التونسية 1992 ص. 135 تاليت الأستاذ كمال شرف الدين.

(90) الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص. 365.

PH. MALAURY et L. AYNES, Droit civil, les contrats spéciaux ed. 1994, n°147-155.

(92) الأستاذ محمد العربي هاشم : خواطر حول الشفعة وحق الأولوية في الشراء : المجلة القانونية التونسية 1992 - ص. 13.

- بلحسن الغرياني واسكندر جميل : دراسة مقارنة بين حق الأولوية في الشراء والشفعة - مجموعة محاضرات التريص - الهيئة الوطنية للمحامين 1988.

123 - فالمرشع بإقراره حق الشفعة أراد حماية المالكين الشركاء من أن يجدوا أنفسهم بجمعة شريك جديد أجنبي قد يتعذر عليهم معايشته والتصرف معه في الملك المشترك بصفة مرضية فالشفعة ترمي الى حماية مصالح خاصة لكنها مع ذلك تبقى حقا استثنائيا لا يمكن التوسع في أحكامها أو اعتماد القياس عند تأويلها أو تطبيقها فلا ينتفع بها إلا من توفرت فيه الشروط القانونية (أ) والقيام بالإجراءات الدقيقة التي أقرها المرشع (ب) حتى تحدث آثارها القانونية (ج) ويتعين النظر في هذه العناصر الثلاثة.

أ) شروط الانتفاع بحق الشفعة

تنقسم الشروط الى صنفين الأول يتعلق بالأشخاص المتفاعين بالشفعة والثاني بالمال المشفوع فيه.

الصنف الأول : الشروط المتعلقة بالمتفاعين بالشفعة

124 - ضبط المرشع المتفاعين بالشفعة بالفصلين 103 و 104 من مجلة الحقوق العينية ويؤخذ منهما أن الشفع يجب أن يكون شريكا في المبيع بقطع النظر عن كيفية انجرار الملكية سواء كان بالشراء أو الميراث إذ عرف المرشع الشريك بالفصل 104 بكونه "كل مالك أو وارث لخصة مشاعة من عقار مشترك ومالك الهواء بالنسبة للأرض الميعة ومالك الأرض بالنسبة لهوائها المبيع وأخيرا كل شريك في دار معدة للسكنى غير خاضعة لأحكام ملكية الطبقات استقل بجزء منها دون بقيتها".

125 - ولا يمكن التوسع في أحكام الفصل 104 الذي ذكر على سبيل الحصر المتفاعين بحق الشفعة فقد أقرت محكمة التعقيب أن المستنزل لا يحق له أن يمارس دعوى الشفعة (القرار التعقيبي الصادر في 6 أكتوبر 1960⁹³ والقرار التعقيبي الصادر في 24 مارس 1969⁹⁴).

كما أن صاحب حق الانتفاع لا يعد شريكا إذا بيعت الرقبة وبالتالي لا حق له في الشفعة وحجر الفصل 107 على الجار الشفعة إذا باع جاره مسكنه⁹⁵.

126- على أن هناك حالات يفقد فيها الشريك حق القيام بالشفعة وقد ضبطها الفصلان 107 و 108 وترجع أسباب الحرمان من حق الشفعة إما الى صفة المشتري أو الى نوعية البيع. وفعلا لا تجوز الشفعة إذا كان المشتري هو نفسه شريكا إذ نص الفصل 107 على أنه لا شفعة للشريك على شريكه.

127 - كما أن الشفعة غير ممكنة إذا تم البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو إذا حصل البيع بالمزاد العلني على معنى الفصل 108 من مجلة الحقوق العينية.

- الصنف الثاني : الشروط المتعلقة بالمبيع المشفوع فيه :

128 - لا يمكن ممارسة حق الشفعة إلا إذا كان المبيع عقارا فلا شفعة

(93) نشرة محكمة التعقيب 1960 ص. 150.

(94) مجلة القضاء والتشريع 1975 ع. 1 و 2 ص. 89.

(95) يميز القانون اللبناني الشفعة للجار في بعض الصور نصت عليها المادة 239 من قانون الملكية العقارية.

للحرية التعاقدية ولا يمكن التوسع فيها طبق الفصل 540 من مجلة الالتزامات والعقود وأن الفصول 106 - 107 - 108 من مجلة الحقوق العينية حصرت صور عدم الأخذ بالشفعة وليس من بينها التفويت في أراضي الدولة وصدر في هذا المعنى القرار التعقيبي عدد 2895 المؤرخ في 25 ديسمبر 1979⁹⁸.

ب) إجراءات الشفعة

إن الشفعة حق استثنائي وتخضع ممارستها لإجراءات دقيقة يترتب عن الإخلال بها سقوط الحق ويمكن تقسيمها إلى مرحلتين الأولى قبل رفع الدعوى والثانية عند رفع الدعوى.

1) الإجراءات الواجب القيام بها قبل رفع الدعوى

129 - تعرض المشرع لإجراءات الشفعة بالفصل 111 من مجلة الحقوق العينية وفي مقدمتها عرض الثمن على المشتري ومصاريف العقد⁹⁹.

130 - ولئن لم يحدد الفصل 111 كيفية العرض فالمفروض أنه يتم بواسطة عدل منفذ رغم أن المشرع لم يشترط هذه الصيغة صراحة.

(98) مجلة القضاء والتشريع 1981، ع. 1، ص. 97.

(99) يراجع حول عرض الثمن: السيد محمد صالح بن حسين: الطبيعة القانونية لعرض ثمن المبيع ومصاريف العقد من طرف القائم بالشفعة على المشتري حسب ما ورد بفتحه القضاء التونسي، مجلة القضاء والتشريع 1983 ع. 6 ص. 7.

في المنقولات كما أنه لا تجوز الشفعة إلا في البيع دون غيره من التصرفات القانونية الناقلة للملكية مثل الهبة أو المعاوضة أو المساهمة بعقار في رأس مال شركة ففي كل هذه الحالات لا شفعة. كما يتعين أن يكون المبيع منابات على الشياخ فإذا تبين أن العقار موضوع العقد مفرز بموجب قسمة قضائية أو رضائية ثابتة قانونا بموجب كتب كما يقتضيه الفصل 116 من مجلة الحقوق العينية فإن الشفعة غير ممكنة (القرار التعقيبي عدد 3401 الصادر في 26 جانفي 1982)⁹⁶ وجاء فيه: "من يشتري قطعة أرض معينة موقعا وكيلا ومساحة مقتطعة من بقية أرض البائع فإن ذلك المشتري لا يكون شريكا للبائع لاتفاء الشيوخ بينهما ولا يقبل منه القيام بالشفعة فيما باعه البائع". ومن ناحية أخرى أقر فقه القضاء التونسي أنه لا تجوز الشفعة عند التفويت في أملاك الدولة (القرار عدد 6884 الصادر في 8 ديسمبر 1982)⁹⁷ والقرار عدد 3319 الصادر في 19 جانفي 1993 (غير منشور). ويمكن تبرير هذا الرأي بأن التفويت في العقارات الدولية وخاصة الفلاحية منها خاضعة لنظام خاص ضبطه القانون عدد 12 المؤرخ في 13 فيفري 1995. كما أن التفويت في أصناف من العقارات من طرف الدولة يخضع أيضا لنظام خاص ضبطته نصوص خاصة مثل الأمر عدد 1522 لسنة 1992 المؤرخ في 15 أوت 1992 والمحدث للجنة المكلفة بالنظر في مطالب التفويت للتونسيين في عقارات الأجانب غير أنه كان سبق لمحكمة التعقيب أن أقرت إمكانية الأخذ بالشفعة في العقارات التي فوتت فيها الدولة إستنادا إلى أن أحكام الشفعة إستثنائية وأنها قيد

(96) نشرة محكمة التعقيب 1982 ج. 1 ص. 205.

(97) نشرة محكمة التعقيب 1982 ج. 4، ص. 247.

131 - ويحق أن تتسائل عن امكانية العرض بواسطة ارسال حوالة بريدية. اعتبر فقه القضاء أن عرض معلوم الكراء بواسطة حوالة بريدية هو عرض قانوني ينفي المماثلة عن المتسوغ (القرار التعقيبي عدد 3166 الصادر في 22 جوان 1981¹⁰⁰).

132 - إلا أنه من الصعب التماس على هذا القرار والقول بصحة العرض بواسطة البريد ويرى فقه القضاء أن عرض المال يجب أن يتم بواسطة عدل منفذ حتى يتسنى اثباته فضلا على أن العرض بهذه الطريقة يمكن من التنصيص على أسباب العرض والبيانات الخاصة بالبيع المشفوع فيه مثل تاريخه وموقع العقار الى غير ذلك من البيانات التي تمكن المشتري من علمه بممارسة دعوى الشفعة من طرف الشفيع على أن مجرد العرض لا يكفي وحده إذ يجب أن يكون متبوعا بتأمين المال بصندوق الأمان والودائع بالخزينة العامة للبلاد التونسية في صورة امتناع المشتري من قبض الثمن ومصاريف العقد وأقرت محكمة التعقيب في قرارها عدد 680 المؤرخ في 4 جانفي 1977 أنه إذا تعدد المشترون لعقار فإنه يتعين عرض الثمن عليهم جميعا وإن العرض على واحد منهم فقط لا يرتب أي أثر قانوني¹⁰¹.

واستقر فقه القضاء التونسي على أن عدم التأمين في الأجل القانوني يترتب عنه سقوط دعوى الشفعة.

(القرار التعقيبي عدد 7153 الصادر في 22 فيفري 1983 (غير منشور) والقرار التعقيبي عدد 15095 المؤرخ في 24 جوان 1986¹⁰²).

100 (نشرة مجلة التعقيب 1981 ج. II ص. 230).

101 (نشرة محكمة التعقيب 1977، ج. 1، ص. 11).

102 (نشرة محكمة التعقيب 1986 ج. II ص. 251).

133 - والمقصود بالمصاريف هو اجرة تحرير العقد ومعاليم تسجيله بالقباضة المالية واقرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب في قرارها عدد 10488 المؤرخ في 7 جانفي 1992 أن عدم عرض كامل الثمن وملحقاته عرضا حقيقيا متبوعا بتأمينه بصندوق الأمان والودائع في الأجل القانوني يجعل إجراءات الشفعة مختلة معتبرة أيضا أن الإقتصار على عرض الثمن فقط دون مصاريف العقد يجعل دعوى الشفعة باطلة¹⁰³.

(2) اجراءات رفع دعوى الشفعة

134 - على الشفيع بعد عرض الثمن والمصاريف والتأمين القيام بدعوى الشفعة ليطالب من المحكمة الحل محل المشتري وتقتضي ممارسته هذه الدعوى النظر في مسألتين تتعلق الأولى بأجل رفع الدعوى والثانية بطبيعة الدعوى .

135 - المسألة الأولى : أجل رفع دعوى الشفعة

- حدد المشرع أجل رفع دعوى الشفعة بالفصل 115 من مجلة الحقوق العينية المنقح بالقانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992. ويختلف الأجل باختلاف صيغة هذا النص القديم والجديدة.

- الصيغة القديمة للفصل 115 (الجاري به العمل الآن)

(103) المجلة القانونية التونسية 1992 ص. 136 تعليق الأستاذ محمد كمال شرف الدين.

ينص الفصل 115 الجاري به العمل الآن قبل تنقيحه على أجلين لرفع دعوى الشفعة الأول قصير والثاني طويل.

136 - فالأجل القصير هو ثمانية أيام بداية من تاريخ إعلام الشريك بالبيع من طرف المشتري مع بيان الثمن والمصاريف. ولا يمكن أن يبتدئ سريان الأجل إلا إذا تضمن الإعلام بيان الثمن والمصاريف فإذا كان خاليا منهما يكون عديم الأثر لكن لم يبين المشرع صيغة الإعلام هل يتم بواسطة عدل منفذ أم يمكن أن يتم بمكتوب مضمون الوصول ؟ الرأي الأرجح أنه يتم بواسطة عدل منفذ رغم أن القانون لم يشترط ذلك. أما إذا لم يقع الإعلام فإن أجل القيام بدعوى الشفعة هو ستة أشهر بداية من وقوع البيع بكتب ثابت التاريخ.

وأثارت هذه الصيغة إشكاليات واختلفت الآراء في تأويلها وانقسم فقهاء القضاء إلى عدة اتجاهات فالأول يرى أن العبرة بتاريخ إبرام العقد هو تاريخ التعريف بالامضاء (القرار التعقيبي عدد 13114 الصادر في 6 مارس 1986 ¹⁰⁴ والقرار التعقيبي عدد 15432 المؤرخ في 23 جوان 1987 ¹⁰⁵).

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن أحكام الشفعة إستثنائية ولا يجوز التوسع في تأويلها وأن الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية لم يتحدث عن التسجيل بل إن المشرع أشار فقط إلى أن أجل الشفعة يبتدئ من وقوع البيع بكتب ثابت التاريخ وإن الفصل 450 من مجلة الالتزامات والعقود جاء مطلقا وقد حدد بداية معارضة الغير بالعقود

(104) القضاء والتشريع 1989 ع 2 ص. 47 والمجلة القانونية التونسية 1987 ص. 413
تعليق الأستاذ محمد كمال شرف الدين.
(105) نشرة محكمة التعقيب 1987 ص. 264.

ومنها تاريخ التعريف بالامضاء من المأمور العمومي أو ايداع الكتب تحت يده وبالتالي فإن الفصل 450 هو المنطبق دون الفصل 581.

137 - وهناك اتجاه ثان وهو الغالب يرى أن أجل القيام يبتدئ من يوم تاريخ تسجيل العقد بالقباضة المالية (القرار التعقيبي عدد 11647 الصادر في 10 مارس 1975 ¹⁰⁶) والقرار التعقيبي عدد 7961 المؤرخ في 19 أبريل 1983 ¹⁰⁷. ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بكون بيع العقارات يخضع لأحكام خاصة أهمها الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود الذي أقر صراحة أنه لا يمكن الاحتجاج بالعقد على الغير إلا بتسجيله بالقباضة المالية وبما أن الشفع غير فإنه لا يعارض بالبيع إلا إذا تم تسجيله وعندئذ يبتدئ أجل الشفعة وأن الفصل 450 من مجلة الالتزامات والعقود هو نص عام في حين أن الفصل 581 خاص والخاص مسبق على العام.

138 - وأخيرا يرى اتجاه ثالث وهو قليل جدا ويكاد يكون منعزلا أن بداية الأجل هو تاريخ ترسيم العقد بالسجل العقاري إذا كان المبيع عقارا مسجلا طبق الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية.

139- أجل رفع دعوى الشفعة طبق الفصل 115 الجديد من مجلة الحقوق العينية

وضع القانون الجديد الصادر في 4 ماي 1992 المنقح للفصل 115 من مجلة الحقوق العينية حداً للإشكال الذي كان قائما في تأويل هذا

106 (نشرة محكمة التعقيب 1975 ج I - ص. 138 .
107 (المجلة القانونية التونسية 1984 ، ص. 662 تعليق الأستاذ كمال شرف الدين.

الفصل في صيغته القديمة مع الملاحظة أن القانون الجديد يدخل حيز التنفيذ في شهر ماي 1998.

ويعتقد النص الجديد أصبح أجل القيام بدعوى الشفعة شهرا واحدا من تاريخ إعلام الشريك بالشراء من طرف المشتري مع بيان الثمن والمصاريف أما إذا لم يقع الإعلام فإن حق القيام يسقط بمضي ستة أشهر من يوم تاريخ ترسيم العقد بالسجل العقاري إذا كان العقار مسجلا ومن يوم تاريخ تسجيل العقد بالقبضة المالية بالنسبة للعقارات غير المسجلة. وعلى الرغم من أن القانون الجديد حدد بكل وضوح بداية سريان أجل القيام بحذف عبارة كتب ثابت التاريخ واخذ بعين الاعتبار تاريخ الترسيم بالسجل العقاري أو تاريخ تسجيل العقد بالقبضة المالية حسب نوعية العقار المبيع. فإن هناك مسألتين تثيران بعض الإشكالات.

(voir voir)

- العنصر الأول

140 - أشار المشرع في الفقرة الأولى من الفصل 115 إلى سقوط حق القيام بعد مضي شهر من تاريخ إعلام الشريك من طرف المشتري ويحق أن تتساءل عن أثر إعلام الشريك بالبيع من طرف شخص آخر مثل البائع مع ذكر الثمن والمصاريف فهل يبتدىء أجل القيام بالشفعة بداية من تاريخ ذلك الإعلام رغم عدم صدوره عن المشتري ؟

141 - الرأي الأرجح أن الجواب على هذا السؤال يكون بنعم ومن ناحية أخرى لا عبرة بعلم الشريك بالبيع والثمن والمصاريف ففي هذه الحالة لا يسري الأحل منذ تاريخ العلم إذ هناك فرق بين الإعلام

والعلم وأقرت محكمة التعقيب هذا الرأي في قرارها عدد 1008 المؤرخ في 25 جوان 1974¹⁰⁸ وجاء فيه : إن مجرد العلم بالبيع لا تأثير له على الأجل الثاني ولا ينقضي به الحق في الشفعة قبل فوات الستة أشهر. وصدر في نفس الاتجاه قرار تعقيبي عدد 10783 بتاريخ 22 مارس 1985¹⁰⁹.

العنصر الثاني :

142 - من المعلوم أن الفصل 305 الجديد من مجلة الحقوق العينية أقر الأثر المنشئ للترسيم بالسجل العقاري إذ نص على أن كل حق عيني لا يكون إلا بترسيمه بالسجل العقاري وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم.

143 - ويشير تطبيق هذه القاعدة الجديدة شكالا قانونيا دقيقا بالنسبة للشفعة فهل يجوز القيام بها بعد إبرام عقد بيع عقار مسجل وقبل ترسيم البيع بالسجل العقاري ؟ وتزداد أهمية هذا السؤال إذا عمد المشتري إلى إعلام الشريك بالبيع قبلي ترسيمه فهل يمضي أجل القيام بداية من تاريخ الإعلام رغم أن العقد لم يرسم بعد بالسجل العقاري ؟ لا يمكن مبدئيا القيام بدعوى الشفعة في مثل هذه الصورة لأن عقد البيع لم يتكون بعد قانونا ولا يمكن القيام بالشفعة في بيع معدوم. وبالتالي فإن أجل الشهر لا يسري على الشريك بداية من تاريخ الإعلام بالبيع قبل إدراجه بالسجل العقاري.

108 (نشرة محكمة التعقيب 1974 ج I ص. 76)
109 (نشرة محكمة التعقيب 1985 ج I ص. 137)

على أن الدكتور السنهاوري يرى أنه تجوز الشفعة في البيع غير المسجل (أي الذي لم يقع ترسيمه بالسجل العقاري طبق قانون تنظيم الشهر العقاري الصادر في 11 أغسطس 1946) وأوضح أنه إذ باع شخص عقارا لآخر ولم يسجل المشتري البيع فإنه للشفيع ممارسة دعوى الشفعة وتسري آجال تلك الدعوى دون إعتداد بالتسجيل أي الترسيم¹¹⁰ لكن هذا الرأي قابل للنقاش إذ بناء على مبدأ المفعول المنشئ للترسيم فإن الحق العيني لا يتكون إلا بالترسيم بالسجل العقاري والمشتري لا تنتقل إليه ملكية العقار إلا بالترسيم فكيف سيحل الشفيع محل المشتري في عقد غير ناقل للملكية إذ لا يمكنه اكتساب حق عيني لم ينتقل بعد للمشتفع صده وفعلا أكد الدكتور محمد خير¹¹¹ أن أجل الشفعة لا يتبدى إلا من تاريخ ترسيم العقد بالسجل العقاري واستقر فقه القضاء المغربي¹¹² على هذا الاتجاه السليم إذ لا يعقل منطقيا للشفيع أن يمارس دعوى الشفعة لاكتساب حق عيني لم يتكون بعد. ولقد أقر الفصل 115 الجديد من مجلة الحقوق العينية أن أجل القيام بدعوى الشفعة يسري بداية من تاريخ الترسيم بالسجل العقاري. لكن الفقرة الثالثة من نفس الفصل نصت على سقوط حق الشفيع في القيام بدعوى الشفعة بعد مضي شهر من تاريخ إعلامه بالشراء وفي هذه الصورة هل نستنتج من هذه الفقرة أنه في صورة الإعلام بالشراء يسري أجل القيام بالدعوى ولو قبل ترسيم العقد بالسجل العقاري؟ أجاب السنهاوري على هذا السؤال بنعم معللا رأيه

110 (الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 4 فقرة 277.

111 (الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب، مكتبة المعارض 1986 ص. 503.

112 (قرار محكمة الإبتئناف بالدار البيضاء بتاريخ 20 - 4 - 1978 مجلة المحاماة ع 13 عدد 1978

بأن حق الشفعة ينشأ من يوم العلم بالبيع ولا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط لما في ذلك من الضرر على المشتري الذي يظل زمنا مهددا بالشفعة¹¹³.

إن هذا الرأي يستهوننا لكن بتعارض مع مبدأ الأثر المنشئ للترسيم وقاعدة التسلسل الواردة بالفصل 392 من مجلة الحقوق العينية لأن الشفيع سيحل محل المشتري في الحق العيني الذي لا ينتقل الى القائم بدعوى الشفعة إلا إذا انتقل من قبل للمشتري ومادام لم يتم ذلك لانعدام الترسيم فإن الشفيع لا يمكنه أن يكتسب ذلك الحق فالشفيع يستمد حقه من المشتري فإذا لم يكتسب هذا الأخير الحق العيني يكون الأمر كذلك للشفيع.

تأريخ

144 - وأخيرا إن المقصود برفع دعوى الشفعة هو إبلاغ عريضة الدعوى الى المطلوب بواسطة عدل منفذ لا تاريخ ترسيمها بدفتر المحكمة (القرار التعقيبي عدد 11540 المؤرخ في 8 ماي 1975¹¹⁴ وكذلك القرار التعقيبي الصادر عن الدوائر المجتمعة¹¹⁵ في 24 ديسمبر 1982 تحت عدد 3232. واستقر فقه القضاء أن أجل القيام بدعوى الشفعة هو أجل اجرائي مسقط لا يقبل القطع أو التعليق خلافا للتقدم المسقط (القرار التعقيبي عدد 5085 المؤرخ في 26 أكتوبر 1982¹¹⁶) فمجرد عرض الثمن وتأمينه فقط لا يقطع الأجل ولا يعلقه إذا لم يكن مشفوعا برفع الدعوى قبل إنقضاء الأجل القانوني خاصة إذا تم إعلام

113 (الوسيط ج. 4 . فقرة 277 وفي نفس الاتجاه الدكتور رمضان أبو السمود :

عقدي البيع والمقايضة ، نشر الدار الجامعة ص. 237.

114 (نشرة محكمة التعقيب 1975 ج. 2 ص. 35.

115 (نشرة محكمة التعقيب 1982 ج. 4 ص. 115.

116 (نشرة محكمة التعقيب 1982 ج. 2 - ص. 241.

الشفيع بالشراء. وفعلا جاء في القرار التعقيبي عدد 36810 المؤرخ في 27 جوان 1995 "كل أجل هو أجل سقوط غير قابل للقطع والتعليق... فإن علم الشفيع بالبيع وقيامه بإجراءات الشفعة وصدور أثناء ذلك اعلام بالبيع من المشتري لا تأثير له على أجل سقوط الشفعة الأول المحدد بثمانية أيام" (قرار غير منشور).

145- المسألة الثانية : الطبيعة القانونية لدعوى الشفعة

ظهر اتجاهان في خصوص طبيعة دعوى الشفعة فالإتجاه الأول يعتبرها دعوى مختلطة أي شخصية وعينية¹¹⁷.

وصدر في نفس هذا الإتجاه قرار استئنائي عدد 98458 بتاريخ 31 مارس 1992 أقر أن دعوى الشفعة هي دعوى مختلطة (غير منشور).

146 - أما الإتجاه الثاني وهو الأصح يرى أنها دعوى عينية عقارية محضة وصدر في هذا المعنى القرار التعقيبي عدد 35497 بتاريخ 25 ماي 1993 (غير منشور) وكذلك القرار التعقيبي عدد 13324 المؤرخ في 25 مارس 1986¹¹⁸ والقرار التعقيبي عدد 6817 الصادر في 6 جويلية 1992¹¹⁹. وعلى هذا الأساس فإن دعوى الشفعة تكون من انظار المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائلها العقار موضوع البيع المشفوع فيه.

ROLAND SCEMAMA "Essai théorique et pratique sur le (177 Droit de Cheffaa ennn Tunisie, thèse Paris 1935 p. 112.

(118) نشرية محكمة التعقيب 1986 ج I ص. 173.

(119) نشرية محكمة التعقيب 1982 ج. II ص. 237.

وانتقد بعضهم هذا الإتجاه بعله أن الفصل 12 من مجلة الحقوق العينية الذي ضبط الحقوق العينية العقارية لم يذكر من بينها حق الشفعة على أن هذا النقد مردود لأن موضوع دعوى الشفعة هو التملك باعتبار أن الشفيع يحل محل المشتري في تملك العقار المشفوع فيه كما أن حقه مسلط على العقار ذاته فهو حق عيني بدون منازع.

ج) آثار دعوى الشفعة

يحدث القيام بدعوى الشفعة أربعة آثار أساسية .

147 - الأثر الأول : غلاقة الشفيع بالبائع

إن ممارسة دعوى الشفعة تؤدي الى احلال الشفيع محل المشتري في عقد البيع المشفوع فيه فيصبح هو المتعاقد مع البائع ولهذا الأخير التمسك ازاء الشفيع بجميع الدفوعات التي كانت له تجاه المشتري الأول وكذلك الشأن بالنسبة للشفيع إزاء البائع إذ أن عقد البيع يصبح منظما للعلاقة التعاقدية بين الطرفين وكل واحد منهما مقيد ببوده طبق الفصل 112 من مجلة الحقوق العينية الذي نص على أنه " يحل الشفيع ازاء البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ".

148 - الأثر الثاني : غلة المبيع

ينتفع المشتري بغلة العقار في الفترة المتراوحة بين تاريخ البيع والقيام بدعوى الشفعة طبق الفصل 113 من مجلة الحقوق العينية والمقصود بها مداخيل المبيع مثل الثمار أو معالم الكراء.

ونستنتج من صيغة هذا الفصل أن تلك الغلة تصبح من حقوق الشفيع بعد ممارسة دعوى الشفعة وحتى قبل صدور الحكم بصحة الشفعة وإذا انفق المشتري مصاريف ضرورية وتحسينية لفائدة العقار موضوع البيع فإنها تحمل على الشفيع حسب أحكام الفصل 113 المذكور أعلاه.

149 - الأثر الثالث : الإحداثات التي يقوم بها المشتري

أقر فقه القضاء أن قيمة الإحداثات التي ينجزها المشتري بعد القيام بدعوى الشفعة لا تحمل على الشفيع (قرار تعقيبي عدد 8341 مؤرخ في 27 مارس 1973¹²⁰) ولعل هذه القاعدة تبدو مخالفة لمؤسسة الإثراء بدون سبب لأن الشفيع يتفجع بتلك الإحداثات بدون موجب إلا أنه يمكن تبريرها بسوء نية المشتري الذي تعمد القيام بإحداثات رغم علمه برفع دعوى الشفعة من طرف الشفيع فهو يتحمل تبعة سوء نيته. لكن محكمة التعقيب قضت في قرارها عدد 36178 المؤرخ في 30 نوفمبر 1992 (غير منشور) أن الشفيع ملزم بأن يؤدي للمشتري قيمة الإحداثات التي أنجزها في العقار المشفوع فيه بعلّة أنه ليس غاصبا وأنه حائز بشبهة واستنادا إلى الفصل 36 من مجلة الحقوق العينية والعدل والبعد عن الجور وتجدر الملاحظة أن في هذه القضية عمد المشتري إلى إقامة إحداثات بعد رفع دعوى الشفعة ضده.

(120) نشرة محكمة التعقيب 1973 ص. 104

150 - الأثر الرابع : عدم معارضة الشفيع بعمليات التفويت في المبيع

نص الفصل 114 من مجلة الحقوق العينية على أنه "لا تمضي على الشفيع عمليات التفويت التي قام بها المشتري قبل إنقضاء أجل القيام بالشفعة". يؤخذ من صيغة هذا النص أنه أثناء أجل القيام بدعوى الشفعة لا يمكن للمشتري أن يفوت في المبيع للغير وإن فعل فإن هذا البيع لا يمضي على الشفيع أي لا يحدث أي أثر إزاءه فكأنه بيع منعدم بالنسبة له واستقر فقه القضاء على هذا المبدأ من ذلك القرار التعقيبي عدد 6216 الصادر عن الدوائر المجتمعة في 25 نوفمبر 1983¹²¹. وكذلك القرار التعقيبي عدد 8820 المؤرخ في 5 جويلية 1983 وجاء فيه : "إن جميع عمليات التفويت التي يقوم بها المشتري قبل انقضاء أجل القيام عليه بالشفعة كيفما كانت لا تمضي على الشفيع مطلقا باعتبار أنه يحل محله في منبع شريكه ويتوجد حقه فيها منذ انعقاد البيع...".¹²²

- وترتبا على ماتقدم فإن التفويت في المبيع قبل انقضاء أجل الشفعة سواء قبل رفع الدعوى أو بعدها لا يحول دون الإنتفاع بالشفعة حتى ولو وقع البيع لأحد الشركاء.

151- وفي بعض الحالات يعمد البائع والمشتري إلى فسخ البيع بالتراضي أي الإقالة بعد قيام الشفيع بدعواه فهل يمضي عليه الفسخ ويحول دون ممارسة حقه في الشفعة ؟ لم يتعرض الشرع التونسي

(121) المجلة القانونية التونسية 1984 ص. 592 تعليق الأستاذ محمد كمال شرف الدين.

(122) نشرة محكمة التعقيب 1983 ج. 2 ص. 208.

لهذه الوضعية ضرورة أن الفصل 114 م.ح.ع. يتعلق بالتفويت ولا بالفسخ. ولكن يمكن الظفر بجواب على هذا السؤال بالفصل 419 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على أن "الإقالة لا تضر غير المتعاقدين ممن اكتسب حقا فيما وقعت فيه الإقالة إذا كان اكتسابهم لذلك على وجه جائز" وبمقتضى القاعدة الواردة بهذا الفصل فإن فسخ البيع المشفوع فيه لا يعارض به الشفع ولا يمنعه من ممارسة حقه المشروع وهذا ما أقرته محكمة التعقيب في قرارها الهام عدد 39990 المؤرخ في 11 أكتوبر 1993 (غير منشور) واعتبرت "أن الفسخ لا يعارض به الشفع الذي يصبح مالكا للمبيع منذ تاريخ رفع الدعوى وأن الحكم القاضي بصحة الشفعة إنما يقر للشفع بحق يرجع الى اللحظة التي استعمل فيها حقه".

الفقرة الرابعة

الشفعة الخاصة لفائدة الدولة وبعض المؤسسات العمومية

152 - تتمتع الدولة بحق الشفعة في صورة بيع العقارات ونظمت مجلة معالم التسجيل والطابع الجبائي هذا الحق بالفصل 113 الذي خول للوزير المكلف بالمالية ممارسة حق الشفعة لفائدة الخزينة العامة على العقارات والحقوق العقارية والأصول التجارية إذا بدت له اثمان بيعها منقوصة ويمارس هذا الحق في أجل مائة وثمانين يوما بداية من تاريخ تسجيل العقد ويقع عرض الثمن على المستحقين مع إضافة خمسة بالمائة وتسديد المصاريف والتكاليف القانونية للعقد. ويقع تبليغ قرار ممارسة حق الشفعة بواسطة عدل منفذ الى المستحقين وتنتقل ملكية الحق موضوع الشفعة للدولة بمجرد صدور القرار.

153 - كما تتمتع بحق الشفعة ايضا الوكالات العقارية الصناعية والسياحية والسكنية طبق القانون عدد 21 لسنة 1973 المؤرخ في 14 أبريل 1973 المتعلق بتهيئة المناطق السياحية والصناعية والسكنية كما أن الدولة والجماعات العمومية المحلية تتمتع بنفس الحق طبق أحكام الفصول 42 و 43 و 44 من مجلة التهيئة الترابية لكن الأمر يتعلق في الحقيقة بحق أولوية في الشراء وسبق أن تعرضنا لهذه المسألة. وتتفع بنفس الحق وكالة التهذيب والتجديد العمراني المحدثه بالقانون عدد 69 لسنة 1981 المؤرخ في غرة أوت 1981.

الفرع الثاني المشتري

مبدئيا لكل شخص حرية الشراء والتعاقد مع من شاء غير أن هذه الحرية ليست مطلقة إذ توجد قيود مسلطة على بعض الأشخاص فتمنعهم من حق الشراء بحكم وظائفهم أو وضعيتهم الخاصة ويمكن تصنيف هؤلاء الأشخاص الى صنفين :

الفقرة الأولى

التحجير المسلط على ذوي الوظائف القضائية

154 - تعرض المشرع لهذا التحجير بالفصل 566 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على أن "أعضاء المجالس الحكومية

156 - يرى الفقهاء الفرنسيين أنه بطلان نسبي¹²⁵.

إلا أنه بالرجوع الى صيغة الفقرة الأخيرة من الفصل 566 يمكن أن نستنتج منها أنه بطلان مطلق ضرورة أن المشرع نص على الحكم بالبطلان ولو بدون طلب أي أحد أي أن المحكمة تقتضي به من تلقاء نفسها وأخيرا يكون البيع باطلا حتى ولو تم البيع باسم أشخاص آخرين كأن يكون باسم الأزواج أو الأبناء حتى ولو كانوا رشداء على معنى الفصل 570 من مجلة الالتزامات والعقود.

الفقرة الثانية

التحجير المسلط على الأشخاص المكلفين بالبيع

157 - تعرض المشرع لهذا التحجير بالفصول 567 و 568 و 569 من مجلة الالتزامات والعقود غير أن هذا التحجير لا يخضع لنظام موحد في خصوص طبيعة البطلان فهو مطلق في صورة الفصل 567 الذي نص على أن "الحكام وكتاب المحاكم والعدول والمحامون ووكلاء الخصام ومأمور الدولة لا يجوز لهم أن يشتروا باسمهم أو باسم غيرهم شيئا من الأموال أو الحقوق أو الديون المأمورين ببيعها أو التي يكون بيعها بإذن منهم كما لا يجوز لأحد أن يحيل لهم شيئا مما ذكر وكل بيع أو إحالة لهم من ذلك يعد باطلا لا عمل عليه".

158 - وحجر الفصل 568 من مجلة الالتزامات والعقود على "وكلاء الإدارات البلدية ورؤساء المصالح العامة والأوصياء والمقدمون

Roger JAMBU - MERLIN, Droit civil, cours polycopie, Paris, (125 1976. p. 200.

وكتاب المحاكم والمحامون ووكلاء الخصام ليس لهم أن يكسبوا بالشراء أو بالإحالة شيئا من الحقوق المتنازع فيها لدى المحاكم التي يباشرون فيها وظيفتهم سواء كان الشراء والإحالة باسمهم أو باسم غيرهم فالبيع باطل والحكم بالبطلان يقع بالطلب ممن له مصلحة فيه أو بغير طلب".

واستقر فقه القضاء على أن أحكام هذا الفصل استثنائية ولا يمكن التوسع فيها لأنها تمثل استثناء لمبدأ حرية التعاقد (القرار التعقيبي عدد 7606 المؤرخ في 26 مارس 1959)¹²³.

وينطبق هذا النص على جميع القضاة سواء كانوا جالسين أو من أعضاء النيابة العمومية لأن النص جاء مطلقا فيؤخذ على إطلاقه طبق الفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود.

وينصب التحجير على الحقوق المتنازع فيها لدى المحاكم التي يباشر فيها هؤلاء الأشخاص وظائفهم. غير أن هذا القيد يزول بانتهاء النزاع بصدور حكم فيه. وفعلًا اعتبرت محكمة التعقيب في هذا القرار أن المنع من الشراء يرتفع بمجرد صدور حكم بات في القضية من الحاكم المتعهد كما أن نيابة المحامي تنتهي عن موكله بصدور الحكم حتى ولو لم يقع الإعلام به أو تم إستئنافه.

155 - ويرى الشراح أن أساس هذا التحجير مستمد من اعتبارات تتعلق بالأخلاق العامة (Morale publique). وعدم استغلال الوظائف للشراء بأثمان زهيدة¹²⁴. ويؤدي الإخلال بأحكام الفصل 566 إلى بطلان البيع ولكن نسأل هل هو بطلان مطلق أو نسبي؟

123 (مجلة القضاء والتشريع 1960 ع. 6 ص. 33.

124 J. GESTIN et Bernard DESCHE, La vente, L.G.D.J. 256 .

والله اعلم
بما تنصرون

161 - 166 Un corps certain

بیتہ: ۱۰۰۰

مجلس شورای اسلامی ایران
شماره 583 و 580
تاریخ 1385/08/08

على الطريق إلى مكة على وجهه الشريف - 160

الاستقامه
الاولى

وَقَدْ جَاءَتْكُمْ رُسُلٌ مِّنْ قَبْلِ يَاسِينَ فَكَفَرُوا بِهِمْ فَأُولَٰئِكَ سَاءَ لَهَا مِثَالًا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَاقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْبَرُ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ وَالَّذِي عَلَّمَ الْإِنسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ

فيماء ولسر فم لمر الشاع فيس درامه قبيصيه و قبيصيه و قبيصيه

[illegible]

الشيء مجموع هو الذي لا شيء الشيء الشيء الذي من أهم أن من العبادات

تاریخ الاسلامیہ

۱۲۱

۱۰۰

५५५.

مستم و حقن بسین بظلال آیه الفصل انما یقیمہ بحد و یکرہ و لکی و کلا و کثر التمر

وَيَكُونُ - فِي مَقَامِهِ الْمَقْبُولِ وَالْمَقْذُومِ وَالْمَقْتَدِرِ وَالْمُقْتَدِرِ

وَمِنْهُمْ مَّنْ يَّهْدِي اللَّهُ لِمَا يَنْفَعُ النَّاسَ وَمِنْهُمْ مَّنْ يَّهْدِي اللَّهُ لِمَا يَنْفَعُ نَفْسَهُ

والمسألة على الوجه الذي في 569 من الفصل الخامس - 159

$$- \frac{7}{6} B - \frac{1}{6} C = -\frac{8}{3} A + D$$

وَقَدْ كَرَّمْنَا قُلُوبَهُمْ وَجَعَلْنَاهُمْ أَهْلًا لِّبَيْتٍ مُّبَارَكٍ وَأَمَّا كَلِمَاتُ هَٰؤُلَاءِ فَأَنبَأُوا اللَّهَ بِحُكْمِهَا وَكَذَّبَ بَعْضُهُمْ أَمْرًا يُؤْتَىٰ بِهِ أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ

ॐ नमो भगवते वासुदेवाय ॥ १ ॥

• من نظرهم من الذين يقبلون
 • من نظرهم من الذين يقبلون

ان لم يجر مسوحه كما لم يجر بطريقه اخرى الا موال من يفتيه من وقع في حلاله ا

[illegible]

والنصارى واليهود والنبيون في أممهم

السنهوري أي يتعين ذكر صفاته وخصائصه المميزة له ففي صورة شراء عقار يتعين التنصيص على موقعه وحدوده ومساحته غير أن محكمة التعقيب رأت أن إرجاء ذكر الحدود بكتب البيع لا يجعل العقد مختلا بل إنه صحيح وصدر في هذا المعنى قرار تعقيبي عدد 353 بتاريخ 24 جانفي 1978¹²⁶ أما إذا كان المبيع شيئا غير معين بذاته Chose de genre فإنه يجب أن يكون معيناً بنسبه ونوعه ومقداره وتعرض المشرع لهذا الصنف من المبيع بالفصل 577 من مجلة الالتزامات والعقود ونص على أنه "قد يكون المبيع معين النوع فقط لكن لا يصح هذا البيع إلا إذا كان التعيين يطلق على المثليات وكان المبيع معرّفا بالوجه الكافي عدداً وقياساً أو وزناً أو كيلاً أو صفة ليكون رضا المتعاقدين مبنياً على العلم" ويجب التمييز بين البيع بالتقدير Vente à la mesure والبيع الجزاف Vente en bloc الذي عرفه المشرع بالفصل 582 من مجلة الالتزامات والعقود بأنه "بيع جملة أشياء بثمن واحد وفي هذه الحالة لا يعتبر عدداً أو وزنها أو قيسها إلا لتقدير ثمن جميعها" ويتم البيع بمجرد التراضي ولو قبل الكيل أو الوزن¹²⁷ وفي صورة البيع بالتقدير لا بدّ من وزن أو كيل أو قيس المبيع لتعيينه وإفرازه وبمجرد القيام بعملية التقدير تنتقل ملكية المبيع للمشتري وكذلك التبعات أما في حالة البيع جزافاً Vente en bloc فإن تعيين المبيع يتم ببيان مكان وجوده كأن يقع التنصيص في العقد أن البائع باع جميع القمح الموجود بمخزنه وفي صورة البيع على مسافة La vente à distance الذي يقتضي تسليم

(126) مجلة القضاء والتشريع 1978 ع. 7 ص. 54.

(127) القرار التعقيبي عدد 3383 الصادر في 11 جوان 1940 مجلة القضاء والتشريع ع 1960 ع 9 و 10 ص. 30.

البضاعة للمشتري فإن تعيين المبيع ينتج غالباً عن قبوله من طرف الناقل الذي هو بمثابة وكيل المشتري¹²⁸.

162 - ويرى بعض الفقهاء أنه يتعين ربط انتقال التبعات Le transfert des risques بتسليم الشيء وأقرت اتفاقية فيينا Convention de Vienne المبرمة في 11 أبريل 1980 . حول البيع الدولي للبضائع هذا الاتجاه¹²⁹.

الفرع الثاني وجود المبيع وقابلية التعامل فيه

لا يمكن الحديث عن عقد بيع صحيح وملزم للطرفين إلا إذا كان المبيع موجوداً والمفروض أن يكون موجوداً في تاريخ إبرام العقد لكن يمكن أيضاً أن يوجد الشيء في تاريخ تنفيذه الأمر الذي يثير مسألة بيع الشيء المستقبلي : Vente de chose future .

الفقرة الأولى

بيع الأشياء الموجودة

163 - يكون البيع باطلاً إذا كان المبيع غير موجود أصلاً ولا يمكن

(128) G. PAISANT, La loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le "télé-achat", J.C.P. 1988, I, n°3355.

- G. RIPERT et R. ROBLOT, Droit Commercial, T.2, n°2508.

- HOLLEAUX, La nouvelle réglementation des opérations de vente à distance et notamment du télé-achat, petites affiches, 20 juillet 1988.

- BERNARD AUDIT, la vente internationale de marchandise (129) I.G.D.J. 1990.

وجوده في المستقبل وفي هذا المعنى نص الفصل 574 على "أن بيع المعلوم باطل كسرة لم تبرز أو ما في حصوله شك كزرع لم ينبت وحمل في بطن أمه وإنما يجوز بيع الغلة المتعلقة بأصولها وغيرها من النتائج البارزة ولو قبل النضج".

ويكون البيع باطلا بطلانا مطلقا في صورة تلف المبيع قبل إبرام عقد البيع أما في حالة اتلافه بعد إبرام العقد فإنه يقع تطبيق القواعد المتعلقة بآثار البيع.

الفقرة الثانية

بيع الشيء المستقبل

164 - أجاز المشرع صراحة التعاقد على شيء مستقبل بالفصل 66 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على أنه "قد يكون المقصود من الالتزام شيئا مستقبلا وغير محقق ماعدى ما استثنى في القانون"¹³⁰ إلا أنه يجب التمييز بين الشيء المعلوم الذي يكون التعاقد عليه باطلا بطلانا مطلقا والشيء المستقبل الذي لا يكون موجودا عند التعاقد لكنه سيوجد فيما بعد إلا أنه إذا كان موضوع البيع غير موجود في تاريخ البيع وهناك شك في حصوله فإنه يلحق ببيع المعلوم وهو باطل طبق الفصل 574 من مجلة الالتزامات والعقود.

إن بيع الشيء المستقبل معمول به اليوم بل انتشر هذا الصنف من البيوعات كأن يبيع صاحب مصنع منتجات قبل صنعها فالمبيع في هذه الصورة غير موجود في تاريخ العقد ويقع الاتفاق على إنتاجه في

(130) الأستاذ محمد الزين. النظرية العامة للالتزامات ص. 162.

- MADAME Youssef Souad née Babai, La possibilité de l'objet de l'obligation, memoire, D.E.A., Faculté de Droit de Tunis 1991, p. 56.

المستقبل وتعرض المشرع لهذا الصنف من البيع بالفقرة الأخيرة من الفصل 574 المذكور أعلاه.

165 - ويرى الشراح أن البيع الذي يكون موضوعه شيئا مستقبلا يكون إما عقدا محددًا أو عقد غرر (أو مقامرة). (Contrat commutatif ou contrat aléatoire).

ويعتبر العقد محددًا عندما يكون المبيع لا شيئا محتملا بل شيئا سيقع انحازه ويعبر عنه باللاتينية *Emptio Rei Speratae* ويصبح البيع متوقفا على وجود الشيء المستقبل فلا يلزم المشتري بدفع الثمن إلا عند وجود الشيء. مثل بيع آلة ستصنع في المستقبل ولا تنقل الملكية والتبعات إلا عند الانحياز ولو قبل التسليم. غير أن هذا البيع يثير صعوبات عند التمييز بينه وبين عقد المفاوضة.

166 - ويكون العقد عقد مقامرة أو غرر عندما لا يكون موضوع البيع شيئا مستقبلا بل تصبح مسألة حظ وهذا مايعبر عنه الرومان بـ *Emptio Spei* وفي هذه الصورة على المشتري دفع الثمن في كل الحالات عند إبرام العقد مثل الاتفاق مع صياد على شراء كل ما سيوجد في الشبكة. (*La vente d'un coup de filet*) وفي هذه الحالة يكون العقد صحيحا ويلزم المشتري بدفع الثمن حتى ولو عاد الصياد بشبكة فارغة¹³¹. ولكن في هذه الحالة يعتبر البيع عقد مقامرة ومعلوم أن المشرع التونسي أقر بطلان هذا الصنف من عقود الغرر واعتبر نفيه القضاء الفرنسي أنه في صورة بيع محصول الصابة المتعلقة بأصولها *Vente d'une récolte sur pied* فإن المشتري ملزم بدفع كامل الثمن حتى ولو كانت الصابة منعدمة تماما¹³².

167 - على أن من أبرز مظاهر بيع الشيء المستقبل بيع عقار

- PH. MALAURIE et L. AYNES, Les contrats spéciaux 7eme (131 édition N°190.

Civ. 8 oct. 1980, D. 1981, I.R. 445.

(132)

سيشيد في المستقبل Vente d'immeuble à construire . إذ يمكن بيع
بنية قبل انجازها أي في مرحلة تصورها ورسمها في شكل مثال La
vente sur plan فالبايع يتعهد بتشييد عقار في أجل معين وتسليمه
للمشتري مع نقل ملكيته له وتبرم مثل هذه العقود مع الباعثين
العقاريين طبق قانون 26 فيفري 1990 المتعلق بالبعث العقاري . ومبدئيا
يسبق البيع النهائي وعد بيع نظمه المشرع بنفس هذا القانون .

غير أن العقد في هذه الصورة يكون متشعبا فهو في نفس الوقت
بيعا وعقد معاولة¹³³ . ومن صور بيع شيء مستقبل "بيع الأشياء الموصى
بصنعها" (Vente de chose fabriquer) وأكدت محكمة التعقيب في
قرارها عدد 483 المؤرخ في 25 نوفمبر 1976 أن صحة هذا البيع
توقف على إتفاق الطرفين على الثمن والمثل¹³⁴ .

الفقرة الثالثة

قابلية المبيع للتعامل فيه

168 - إن المبدأ هو حرية تداول الأموال وبصفة عامة الأشياء التي
يحتاجها الإنسان وتفيده لكن هذا المبدأ ليس مطلقا إذ توجد عدة أشياء
لا يمكن التعامل فيها فتد نص الفصل 62 من مجلة الالتزامات والعقود

(133) أنظر :

- O tournafond, l'obligation de délivrance dans la vente d'immeuble
à construire, thèse Paris XII 1987.

- MALINVAUD et JESTAZ, Droit de la promotion immobilière,
Dalloz 1991.

- Abdelwaheb REBAI : la promesse de vente d'immeuble à
construire, R.T.D1991 p. 357.

- M. DAGOT, La vente d'immeuble à construire, LITEC, 1983.

- MEMENTO Fr. Lefebvre, immobilier, 1994-95, N. 8950.

(134) نشرة محكمة التعقيب 1976، ج. 3، ص. 144.

على أنه "لا يسوغ التعاقد الا فيما يصح فيه التعامل من الأشياء
والأعمال والحقوق المجردة فما لم تصرح القوانين بمنع التعاقد فيه يصح
التعامل فيه" .

ويؤخذ من أحكام هذا النص أن كل الأشياء قابلة للتعامل فيها
وبيعها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . وفعلًا توجد أشياء
عديدة لا يمكن بيعها والاتجار فيها لأسباب تهم النظام العام والمصالح
العامة أو الخاصة .

169 - فسن الأشياء الغير قابلة للتعامل فيها وبالتالي يحجر القانون
بيعها حفاظا على المصلحة العامة نذكر الأعضاء البشرية التي لا يمكن
الاتجار فيها بمقابل وقد أقر القانون عدد 22 الصادر في 25 مارس
1991 بفصله 6 أنه "يحجر أخذ الأعضاء بمقابل مالي وبأي صفة من
صفات التعامل ويسلط عقاب بالسجن وبخطية على كل من يخالف
أحكام هذا الفصل .

على أنه يمكن التبرع بالأعضاء البشرية طبق الشروط الواردة بهذا
القانون كما أن زرع الأعضاء البشرية خاضع لنظام خاص¹³⁵ .

MZOUGHJI (Caker), les prélèvements d'organes, Mémoire (135
D.E.A. Faculté de Droit Tunis 1992.

- أحمد محمود سعد : زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة - دار النهضة العربية 1986 .
- أحمد شرف الدين : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، المركز الكويتي للثقافة والفنون
والآداب 1983

- محمد أمين صافي : غرس الأعضاء في جسم الإنسان القاهرة 1987 .
- منذر الفضل : التصرف القانوني في الأعضاء البشرية - مكتبة دار الثقافة والنشر -
الأردن، 1992

J. PELISSIER, La sauvegarde de l'intérêt physique de la personne.
Thèse Paris II. 1977.

I. COUTURIER, Remarques sur quelques choses hors du
commerce, les petites affiches 1993 n°107, p. 7 et N°110, p. 7 et s.

M. A. HERMITE, "Le corps hors du commerce, hors du marché"
Arch. phil. dt. 1988 p. 327.

- B. EDELMAN, "L'homme aux cellules d'or" D. 1989 chr. 225..

وأقرت محكمة التعقيب الفرنسية في قرارها الصادر في 13 ديسمبر 1989 أن كل اتفاق يقضي بوضع الوظائف المنتجة للآم على ذمة الغير باطل¹³⁶.

وحجر المشرع الفرنسي الإتجار في جسم الإنسان ومشتقاته بالفصل 16 - الفقرة الأولى الجديدة من المجلة المدنية المنقح بقانون 27 جويلية 1994¹³⁷.

ويرى الفقهاء أن أساس تحجير التعامل في جسم الإنسان يرجع الى احترام حقوق الشخصية وحرمة الجسد التي أقرها الدستور والقانون وهي حرمة مطلقة باعتبار الجسد هو جوهر الإنسان وتكاد تكون الحقوق المرتبطة بتلك الحرمة مقدسة¹³⁸.

170 - ومن الأشياء التي يحجر التعامل فيها المخدرات طبق الفصل الثاني من القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992 المتعلق بالمخدرات الذي منع انتاجها واستهلاكها ومسكها وملكيته وشراءها وترويجها ونقلها والإتجار فيها.

كما لا يجوز بيع حق التصويت أو ملك الدولة العام والرخص التي تمنحها الإدارة لتعاطي بعض الحرف المنظمة¹³⁹.

(136) D. 1990 II 21. 526.
La loi relative au respect du corps humain, par Christian BYX, (137 J.C.P. 1994, N° 3788.

(138) أنظر : عبد الله الأحمدى ، حقوق الإنسان والحريات العامة في القانون التونسي - 1993 ص. 128

- A. BERNARD, "L'autorisation administrative et le contrat (139 de Droit privé" R.T.D. Com. 1987. 38

ويمكن تبرير تحجير هذه الإحالة أن تلك الرخص تمنح بصفة شخصية *intuitu personae* ولا يجوز أيضا إحالة الحرفاء المدنيين *La clientèle civile* لأن هذا العنصر مرتبط بالمؤهلات الشخصية لتعاطي الحرفة مثل المحامي والطبيب¹⁴⁰.

ولكن يجوز طبعاً إحالة الحرفاء التجاريين *La clientèle commerciale*. باعتبار ذلك من عناصر الأصل التجاري طبق الفصل 189 من المجلة التجارية¹⁴⁰.

171 - ومن الأشياء التي لا يجوز التفويت فيها اللقب العائلي (*Le non patronymique*) على أن فقه القضاء الفرنسي أجاز تلك الإحالة عندما يصبح اللقب العائلي مستعملاً كتسمية لشركة أو اسم تجاري وصدر في هذا المعنى قرار تعقيبي فرنسي بتاريخ 12 مارس 1985 يعرف بقرار بورداس (BORAS)¹⁴¹. وفي هذا نشير الى أن المشرع التونسي قد سبق فقه القضاء الفرنسي فيما يتعلق بهذه المسألة إذ نص الفصل 620 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه "إن كان اسم المالك داخلاً في العلامة أو الصورة الموضوعة على باب الدار أو باب المركز (أي مركز التجارة) يجب على من حل محله بالشراء أو التحويل أن يضيف لها ما يدل على التحويل" وواضح أن

P. LECLERCQ, les clientèles attachées à la personne, (140 L.G.D.J. 1965.

P.FOLCH, le fonds de commerce, L.G.D.J. 1986. (أنظر : 140 P. ESMEIN, une clientèle de profession libérale est elle un bien patrimonial? GAZ. PAL. 1952. Doctrine p. 13.

- JULIENN, Les clientèles civiles, remarques sur l'évolution de leur patrimonialité, Rev. Trim. dr. civ. 1963. p. 213.

Dalloz 1985 p. 471, note Ghestin (141) أنظر :

المشروع أراد التوفيق بين حقوق البائع ومصلحة المشتري الذي بإمكانه استعمال اسم البائع الشخصي إذا أصبح اسماً تجارياً على شرط التخصيص على وقوع الاحالة مثل ذكر عبارة "سابقاً" - وحجر المشروع بالفصل 201 من مجلة الالتزامات والعقود احالة الحقوق الشخصية البحتة. كما أنّ الفصل 575 من نفس المجلة نص على أنه لا يصح بين المسلمين ما حجر الشرع بيعه الا ما رخصت التجارة فيه كالزبل لمصلحة الفلاحة". واعتبرت محكمة التعقيب أن المشروع حجر بهذا الفصل الأشياء النجسة وأنه يوجد غلط مادي في الترجمة¹⁴² وأقر الفصل 317 من المجلة الجنائية تسليط عقاب بالسجن مدة خمسة عشر يوماً مع خطية على "الأشخاص الذين يتناولون مشروبات كحولية لمسلمين أو لأناس بحالة سكر".

غير أن هذين النصين الأخيرين فقدتا عملياً كل قيمة ملزمة فلا يكادان يطبقان فبيع الخمر للمسلمين معمول به في الحانات والعديد من المغازات بموجب تراخيص إدارية وكذلك الشأن بالنسبة لعدة صفقات وعقود موضوعها بيع أشياء محظورة شرعاً مثل الخنزير وغيره. وتوجد أشياء أخرى لا يمكن التعامل فيها واحالتها حماية لمصالح خاصة مثل ما نص عليه الفصل 202 من مجلة الالتزامات والعقود من بطلان تحويل الحق المتنازع فيه إلا إذا وافق على ذلك المدين المحال عليه ويكون البطلان نسبياً مادام قابلاً للمصادقة عليه.

173 - ومنع الفصل 66 من مجلة الالتزامات والعقود "التسليم في ميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه وعلى شيء من جزئياته ولو

(142) القرار التعقيبي الصادر في 9 / 12 / 1926 (مجلة القضاء والتشريع 1960، ع. 9 و 10 ص. 171).

برضى المورث" ورتب الفصل على ذلك جزاء وهو البطلان المطلق وحجر الفصل 309 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التفويت في الأموال المعقولة من طرف المدين إضراراً بالدائن واعتبره باطلاً ولا عمل عليه إزاء الدائن. وتوجد حالات أخرى منع فيها المشروع بيع بعض الأشياء لاستحالة تسليمها بحكم طبيعتها أو إحالتها وقد نص عليها الفصل 571 من مجلة الالتزامات والعقود مثل "الحوت في الماء والطيور في الهواء والحيوان الشارد" ونجد نفس الفكرة تقريباً بالفصل 64 من نفس المجلة الذي نص على بطلان العقد إذا كان على شيء غير ممكن من حيث طبيعته وعلى عكس ذلك يجوز بيع مقدار معلوم من الهواء فوق بناء طبق الفصل 573 من نفس المجلة وفي هذه الصورة ليس لمشتري الهواء أن يبيع ما فوقه منه الا برضى البائع الأول. على أن أحكام هذا الفصل قد تشير بعض الإشكال في امكانية ملائمتها مع الفصل 191 من مجلة الحقوق العينية الذي حجر صراحة إنشاء حق الهواء. قد يبدو التوفيق بين الفصلين صعباً وحجر الفصل 63 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير "القيام بأي أشجار قصد بيع وتسويق الأراضي أو المباني التي شملها التقسيم قبل المصادقة عليه" ومنع نفس الفصل "بيع الأراضي إلا بعد إنجاز أشغال التهيئة المنصوص عليها بكراس شروط التقسيم وتسديد الديون التي يمكن أن تكون تخلدت بذمة المقسم" لكن هذا الفصل لا ينطبق على الدولة والوكالات العقارية والجماعات العمومية المحلية والباعثين العقاريين المتدخلين في نطاق القانون رقم 17 المؤرخ في 26 فيفري 1990 ويشكل الإخلال بأحكام الفقرة الثانية من الفصل المذكور جنحة موجبة للعقاب بالسجن والخطية ويحوز للمشتري أو البلدية أو الولاية أو الوزارة الكلفة

بالتميم إبطال عقود البيع بسبب عدم مراعاة الأحكام المتعلقة بالتقسيم
أو بكراس شروط¹⁴³.

الفرع الثالث ملكية البائع للشيء المبيع : بيع ملك الغير

من ابرز خصائص عقد البيع أنه ناقل للملكية فانتقال الملكية هو
الأثر المباشر لعقد البيع الذي ينعقد بمجرد التراضي على الثمن والمثل
طبق الفصل 583 من مجلة الالتزامات والعقود وعندما لا يكون البائع
مالكًا للمبيع فإن انتقال ملكيته للمشتري يصبح غير ممكن وبالتالي يؤثر
ذلك تأثيرا خطيرا على صحة البيع ويتعين تعريف بيع ملك الغير ثم
النظر في جزائه .

الفقرة الأولى

تعريف بيع ملك الغير

174 - إن المقصود ببيع ملك الغير هو البيع الرامي الى نقل حق لا
يملكه البائع فملك الغير هو الشيء الذي ليس للبائع عليه أي حق .
ويتخذ بيع ملك الغير عدة أشكال :

143 (أنظر : الأستاذ الحبيب الشطي : التقسيم العقاري مجلة القضاء والتشريع 1995
ع 6. ص. 7 وما بعدها.

أ) الشكل الأول : بيع شخص ما لا يملك

يتمثل في أن يبيع شخص شيئا ليس على ملكه اطلاقا ولم يكن في
أي وقت من الأوقات على ملكه بقطع النظر عن سوء نية البائع أو
حسن نية المشتري فالمهم أن المبيع ليس ملكا للبائع .

ويرى بعضهم أنه يجب أن يكون الشيء معيناً بذاته باعتبار أن بيع
الأشياء غير معينة بذاتها لا تعتبر بيع ملك الغير .

ب) الشكل الثاني لبيع ملك الغير : البيع الصادر عن وكيل خارج حدود الوكالة

175 - المفروض أن التصرفات الصادرة عن النائب تلزم المتوب إذا
تمت في حدود النيابة أما إذا تجاوزتها فإنها لا تمضي على الموكل وفي
هذه الصورة إذا تعلق الأمر ببيع فإن ما وقع التفويت فيه خارج حدود
الوكالة هو بمثابة بيع ملك الغير إذ نص الفصل 1155 من مجلة
الالتزامات والعقود على أنه " لا يلزم الموكل ما تجاوز به الوكيل حدود
وكالته أو كان خارجا عنها إلا في الصور الآتية . . . " الى آخره " كما
أن الفصل 1122 من نفس المجلة نص على أنه " إذا فعل الوكيل ما
يتجاوز وكالته أو يخالف الإرشاد الصادر له من موكله فعليه ما يترتب
على فعله بقدر ما تجاوز به توكيله . . . " إلى آخره .

وعندما يتجاوز الوكيل حدود وكالته فإنه ملزم بجبر الخسارة لمن
تعاقد معه (الفصل 1156).

ج) الشكل الثالث لبيع ملك الغير : بيع نفس الشيء مرتين

176 - في هذه الصورة يعتمد شخص الى بيع عقار على ملكه

لشخص ما ثم يتولى بيع نفس العقار لمشتري ثان فيكون البيع الثاني بيع ملك الغير لأن المبيع انتقلت ملكيته للمشتري الأول بمجرد إبرام عقد البيع وبالتالي فإنّ البائع فقد صفة المالك عند إبرام العقد الثاني فهو بذلك يكون باع ما لا يملك.

(د) الشكل الرابع : بيع أكثر من المنابات المستحقة في مشترك

177 - تتمثل هذه الحالة في أن يبيع شخص كامل العقار في حين أنه لا يملك سوى منابات معينة ومشاعة فيه فما باعه من اجزاء زائدة على المنابات الراجعة له تعتبر ملكا للغير¹⁴⁴ لأن الفصل 59 من مجلة الحقوق العينية اجاز لكل واحد من الشركاء بيع مناباته في المشترك فقط كما أن الفصل 69 من نفس المجلة نص على أنه لا تجبر الأقلية على قبول قرارات الأغلبية إذا كانت تتعلق بالتفويت في المشترك* إن كل هذه الحالات تمثل بيع ملك الغير ويتجه النظر في جزاء هذا البيع.

الفقرة الثانية

جزاء بيع ملك الغير

178 - وضع الإشكالية

إن مسألة جزاء بيع ملك الغير تثير إشكالا دقيقا في القانون التونسي خلافا للعديد من التقنيات الأخرى التي أقرت بكل وضوح

P. JOURDAIN, "Les actes de disposition sur la chose indivise (144 R.T.D. civ. 1987. p. 498.

الجزء وهو البطلان مثل الفصل 1599 من المجلة المدنية الفرنسية الذي نص على أن يبيع ملك الغير باطل ويمكن أن يستوجب غرم الضرر إذا كان المشتري يجهل أن الشيء على ملك الغير* .

أما الصيغة التي جاء فيها الفصل 576 من مجلة الالتزامات والعقود فهي مشوبة بشيء من الغموض والتنافر وكانت ولا تزال محل جدال فقهي هام واختلاف الآراء في تأويل هذا النص الذي جاء فيه ما يلي :

"يجوز بيع ملك الغير :

- أولا : إذا اجاز به

- ثانيا : أو صار المبيع ملكا للبائع بعد فإن لم يجزه المالك جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع وعلى البائع الخسارة إن لم يعلم المشتري وقت الشراء أن البائع فضولي وليس لهذا البائع أن يعارض ببطلان البيع بدعوى أنه فضولي* .

إن صيغة هذا الفصل تقتضي ابداء ملاحظتين :

- أولها : إن المشرع التونسي لم ينص على جزاء بيع ملك الغير فأدّى هذا الفراغ الى جدال حول هذا المسألة اتسم باختلاف كبير في الآراء .

- ثانيهما : أن المشرع أقر في مطلع الفصل 576 امكانية بيع ملك الغير إذا توفرت بعض الشروط ونفهم من صيغته أن جواز هذا البيع كأنه استثناء لقاعدة عامة تقضي منعه لكن لم يقع التنقيص على حظره ويحق أن نتساءل عن سبب عدم ذكر هذا المنع صراحة فهل يعتبره المشرع أمرا بديهيا لا يحتاج الى إقراره صراحة ؟

لكن تنافر وغموض الصيغة التي ورد فيها النص المتحدث عنه لا يمتنعان من محاولة الوقوف على جزاء بيع ملك الغير على ضوء فقه القضاء ورأي الشراح ويمكن القول إن هناك ثلاثة اتجاهات فيما يتعلق بهذا الجزاء وهي أن يبيع ملك الغير عقد موقوف وثانيها أنه عقد قابل للفسخ وأخيرا أنه عقد باطل.

أ) بيع ملك الغير عقد موقوف

179 - إن العقد الموقوف هو "العقد الذي يتعلق به حق الغير ولا يفيد الحكم إلا عند اجازة صاحب الحق" وهو في نظر الفقهاء المسلمين لا يعد باطلا بل متوقفا على رضى صاحب الحق الذي تعلق حقه به أو على اجازته وسمي عقدا موقوفا لأن صحته وبطلانه ونفاذه وعدم نفاذه يتوقفان على الاجازة أو عدمها¹⁴⁵.

ومن أمثلة العقد الموقوف بيع الفضولي أي من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي واعتبرت مجلة الأحكام العدلية بالفصل 111 "أن البيع الموقوف يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي"

واختلفت آراء الفقهاء حول حكم هذا البيع إذ هناك اتجاه يعتبره بيعا باطلا لأن أصل العقد محرم فلا يكون لأحد اجازة المحرم الباطل

(145) انظر :

- صبحي المحمصاني : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ص. (268).
- عبد الرزاق حسن فرج : نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالقانون المدني القاهرة 1969.
- مصطفى الزرقاء : المدخل الفقهي العام جI - دار الفكر - دمشق 1964.

وذلك استنادا الى قول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا تبع ما ليس عندك " ¹⁴⁶.

ومن أنصار هذا الاتجاه أحمد بن حنبل والإمام الشافعي أما النظرية الثانية فتري أن عقود الفضولي ليست باطلة بل تعتبر متوقفة على رضى صاحب الحق. أي اجازته وفي هذه الحالة يصبح العقد صحيحا نافذا أما إذا لم يجزه صاحب الشيء فسخ العقد واعتبر كأنه لم يكن ومن أنصار هذه النظرية ابو حنيفة ومالك وأهل الشيعة الإمامية.

ويمكن تبرير هذه النظرية بالقاعدة الفقهية الواردة بمجلة الأحكام العدلية بالمادة 1453 التي نصت على أن "الإجازة اللاحقة هي في حكم الوكالة السابقة مثلا لو باع أحد مال الآخر فضولا ثم أخبر صاحبه باجازة يكون كما لو وكله أولا". وتطبيقا لهذه القاعدة نصت المادة 378 من مجلة الأحكام العدلية على أن بيع الفضولي إذا أجازته صاحب المال أو وكيله أو وصيه أو وليه نفذ والا فسخ " ولا يكون بيع الفضولي نافذا الا باجازته من طرف المالك الحقيقي والا يكون غير نافذ في حقه. ولئن كانت نظرية العقد الموقوف متجذرة في الفقه الإسلامي بالدرجة الأولى فإن بعض شراح القانون الغربيين تبنا المبادئ التي تقوم عليها اذ ميزوا بين ابرام العقد ونفاذه (la formation de l'Acte et son efficacité) وظهر هذا الاتجاه في دراسة لأحد شراح القانون¹⁴⁷ الأستاذ GHIHO.

146 (يعني هذا الحديث ما ليس حاضرا عندك ولا غائبا في ملكك ونعت حوزتك وقال البغوري : النهي في هذا الحديث عن بيع الأعيان التي لا يملكها. أنظر: نيل الأوطار للإمام محمد الشوكاني ج. 5 ص. 172. نشر دار الخير 1996. 147 Pierre GHIHO, les actes de dispositions sur la chose d'autrui, (Rev. Trim dr. civ 1954 p. 1 et suiv

ويرى هذا الفقيه أن الأركان التي تتوقف عليها صحة العقد هي الرضا والأهلية والشكليات الحامية للرضا وما هو خارج عن الرضا هو شرط للنفاذ Condition d'efficacité فإذا تعلق العقد بملك الغير فهو غير نافذ لكن يبقى صحيحا وقادرا على انشاء آثار في المستقبل ومن الواضح أن المشرع التونسي متأثر في الفصل 576 - مجلة الالتزامات والعقود بالفقه الإسلامي المكرس لنظرية العقد الموقوف وهي مقننة في مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران (تأليف قدرى باشا) بالفصل 300 وجاء فيه "من باع ملك غيره لآخر بغير اذنه انعقد بيعه موقوفا على اجازة المالك فإن أجازته نفذ وإلا بطل".

كما أن بعض التقنينات العربية والإسلامية كرسست هذه النظرية - مثل القانون المدني العراقي (الفصل 135 : "من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك". ونجد نفس القاعدة في القانون المدني الإيراني (الفصل 247).

180 - وبالرجوع الى فقه القضاء التونسي يتبين أن جانباً منه أول أحكام الفصل 576 تأويلاً متماشياً مع نظرية العقد الموقوف إذ اعتبر بيع ملك الغير عقداً موقوفاً وصدر في هذا الاتجاه قرار تعقيبي بتاريخ 22 / 4 / 1985 عدد 11257 وجاء فيه بالخصوص "يؤخذ من عبارات الفصل 576 أن مجال تطبيقه لا يتعدى صورة تسلط البيع على شيء مملوك لغير البائع وأنه متى حصل ذلك فليس من الضروري أن يحمل العقد في طياته بذور البطلان بل أن انعقاد البيع جائز وأثر العقد في حق المتعاقدين قائم إلا أن نفاذه بالنسبة للمالك الحقيقي موقوف على الإجازة فمتى تعذر الحصول عليها أصبح من حق المشتري وحده المطالبة بالفسخ مع غرم الخسارة". وأنه ليس للمالك الحقيقي شأن

بعقد لا ينجر له منه ضرر لا نفع بل هو ليس نافذاً في حقه أصلاً¹⁴⁸.

وتوخت محكمة التعقيب التونسية نفس هذا الاتجاه في القرار عدد 4327 الصادر في 8 نوفمبر 1966 وجاء فيه "إن القاعدة القانونية في بيع ما لا يملك لا تقتضي بطلان بيعه وإنما تقتضي عدم نفاذه بالنسبة للمالك ضرورة أنه لو أجاز المالك أو صار المبيع ملكاً للبائع فيما بعد لجاز البيع من تاريخه على أنه في صورة عدم إجازة البيع من طرف المالك تتوقف آثاره بالنسبة للمالك ويبقى الحق للمشتري في طلب الفسخ حسب صريح الفصل 576 ومعنى هذا أن عقد البيع يبقى منتجاً لآثاره القانونية بين عاقيه"¹⁴⁹ ومن الواضح أن محكمة التعقيب متأثرة في هذين القرارين بالفقه الإسلامي فضلاً على أن المشرع التونسي نفسه متأثر به وليس أدل على ذلك من استعماله لعبارة البائع الفضولي وهو مصطلح فقهي بالإضافة إلى أن مؤسسة تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي خاضعة لنظام خاص واعتبرت بعض التقنينات العربية بيع ملك الغير عقداً موقوفاً (المادتان 550 و 551 من القانون المدني الأردني والمادتان 135 و 136 من القانون المدني العراقي).

إن نظرية العقد الموقوف التي ترفض بطلان بيع ملك الغير وتعتبره

(148) نشرة محكمة التعقيب 1985 ج. II ص. 186 والمجلة القانونية التونسية 1988 ص. 61 ، تعليق السيد علي الجلولي .

Noureddine Ghazouani, Réflexions sur la sanction de la vente de la chose d'autrui R.T.D. 1987 p. 119.

M. Kamel Charfeddine . les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, 1993 CERP p. 278 et suiv.

(149) مجلة القضاء والتشريع 1967، ع. 2 ، ص. 30.

مستوفيا لأركانه القانونية وتقرر عدم نفاذه بالنسبة للمالك الحقيقي منازع فيها ولا تسلم من النقد إذ من الثابت أن العقد يكون باطلا إذا انعدم ركن من أركانه طبق الفصل 325 من مجلة الالتزامات والعقود

ولا جدال أن المبيع في عقد البيع هو ركن أساسي من أركانه وأن انتقال ملكية المبيع للمشتري في البيع هو الأثر المباشر لهذا العقد ولا يتأتى ذلك إلا إذا كان البائع مالكا للشيء المبيع فالقول بأن العقد في هذه الصورة صحيح ومستوفى لأركانه القانونية مردود .

كما أن القول بأن نفاذ العقد يتوقف على اجازة المالك الحقيقي كأنه يعتبر تلك الاجازة بمثابة الشرط التعليقي الذي يتوقف عليه تنفيذ الالتزام واحداث آثاره القانونية وهذا يتجافى وخاصية الشرط سواء كان تعليقيا أو فاسخا والذي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتعلق بركن أساسي من أركان العقد مثل الرضا أو الثمن أو الشيء محل الالتزام لأن الشرط هو عنصر ثانوي للالتزام وليس أساسيا في حين أن المبيع في البيع هو ركن من أركانه الأساسية بانعدامه ينعدم العقد فبيع الفضولي هو بمثابة بيع مسلط على محل معدوم فكيف يمكن القول إنه صحيح؟ ومن ناحية أخرى فإن القول بأن بيع ملك الغير هو بيع موقوف لا يحل إشكالية هذا البيع فمجرد إعطاء هذا الوصف لا يمكننا من الوقوف على حكمه إذ لا وجود في القانون الوضعي التونسي لنظام متكامل يتعلق بالعقد الموقوف فضلا على أن نظرية هذا العقد لا يمكن أن تنصهر في التقنيات القانونية الحديثة فما هي الطبيعة القانونية لاجازة البيع من طرف المالك الحقيقي وهل لها أثر رجعي وما هو حكم البيع قبل المصادقة عليه وما هي قيمة بيع غير ناقل للملكية وهل يجوز للمشتري أن يبيع مشتراه للغير قبل الاجازة وما هو حكم البيوعات

المتتالية؟ إن نظرية العقد الموقوف لا تتضمن اجواب - ي -
الأسئلة فهي لا تشكل نظرية متكاملة تعتمد تقنيات واضحة لمجابهة جميع الصعوبات وحل الإشكاليات العملية والنظرية خاصة في وقت يصبح فيه عقد البيع يبتعد نسبيا عن الرضائية ليخضع لشكليات جوهرية تمس صحته بل وحتى وجوده مثل بيع العقارات المسجلة طبق القواعد الجديدة التي أقرها قانون 4 ماي 1992 ؟

181 - ب) بيع ملك الغير عقد قابل للفسخ

أجاز المشرع للمشتري طلب فسخ عقد البيع إذا كان البائع لا يملك المبيع طبق الفصل 576 من مجلة الالتزامات والعقود ولم يشترط هذا الفصل أن يكون المشتري على حسن نية لكي يطلب الفسخ لأن علم المشتري بكون البائع فضوليا لا يؤخذ بعين الاعتبار إلا بالنسبة لجبر الخسارة إذ أن البائع ملزم بالتعويض إذا كان المشتري جاهلا بكون المبيع ليس على ملك البائع . ولقد أوضحت محكمة التعقيب في قرار 22 أبريل 1985 أن بيع ملك الغير هو عقد قابل للفسخ وليس باطلا .

ويحق أن تساءل عن أساس طلب الفسخ من طرف المشتري . يتبادر لأذهان البعض أن سند هذا الطلب هو عدم وفاء البائع بالتزاماته وفي مقدمتها نقل ملكية المبيع للمشتري فالإخلال بهذا الالتزام يوجب الفسخ .

لكن هذا الرأي غير سليم لأن نقل الملكية في البيع ليس التزاما محمولا على كاهل البائع بل أثرا من آثار البيع باعتبار أن ملكية المبيع تنتقل للمشتري بمجرد الاتفاق على الثمن والثمن طبق الفصل 583 من مجلة الالتزامات والعقود إلا أنه بالرجوع الى صيغة الفصل 576

يتجلى أن المشرع خول للمشتري طلب الفسخ في صورة عدم إجازة البيع من طرف المالك الحقيقي فكان البائع الفضولي تعهد ضمناً للمشتري بأن يصادق المالك الحقيقي على البيع وعندما لا تتحقق هذه الإجازة يكون البائع أخل بالتزامه فيترتب عن ذلك الفسخ خاصة وأن البائع الفضولي عندما يبيع ما لا يملك يكون قد تصرف في حق المالك الحقيقي بدون وكالة قانونية فالفضولي اصطلاحاً يعني في الفقه الإسلامي " من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي " ¹⁵⁰ وهنا نلمس الفرق بين الشخص الذي يبيع ما لا يملك ومع ذلك يتصرف في حقه وبين البائع الفضولي الذي تصرف في حق غيره أي المالك الحقيقي بدون إذنه فهو بمثابة وكيل غير مفوض قانوناً ولهذا التمييز تأثير على حكم البيع . كما أنه يمكن أن نتصور أن البائع الفضولي تعهد عند إبرام عقد البيع بأن يصير في المستقبل مالكا للمبيع وعندما لا يفني بتعده يصبح من حق المشتري طلب الفسخ .

وبقطع النظر عن هذه الافتراضات من الثابت أن طلب الفسخ لا ينأى إلا إذا امتنع المالك الحقيقي من إجازة البيع ولا جدال أن اقرار الفسخ كجزء لبيع ملك الغير يعني مبدئياً أن البيع كأنه صحيح في تاريخ إبرامه إذ لا يمكن قانوناً فسخ عقد باطل غير أن القول بأن العقد صحيح قابل للمناقشة إذ أن المشرع نفسه تحدث عن بطلان هذا العقد .

(ج) بيع ملك الغير عقد باطل

182 - لم يستبعد المشرع البطلان كجزء لبيع ملك الغير ونستشف

(150) معدي أبو جيب : القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً دار الفكر ، ص . 287 ، الطبعة الثانية 1988 .

ذلك من صيغة الفقرة الأخيرة من الفصل 576 من مجلة الالتزامات والعقود التي حجرت على البائع الفضولي التمسك ببطلان البيع الصادر عنه ولا شك أن أساس هذه القاعدة يكمن في المبدأ القانوني القائل بأنه لا يمكن لأحد أن يتمسك بسوء عمله أو بخطئه :

Nemo Auditor Propriam Turpitudinem Allegans (Personne ne peut alléguer sa propre turpitude)

فالبائع الذي تعمد بيع ما لا يملك لا يمكنه أن يعارض المشتري ببطلان البيع لأنه هو المخطئ والمتسبب في إبرام عقد غير صحيح كما أن أساس عدم إمكانية تمسك البائع الفضولي ببطلان البيع يتمثل أيضاً في القاعدة الأصولية الواردة بالفصل 547 من مجلة الالتزامات والعقود والذي نص على أن " من سعى في نقض ماتم من جهته فسيه مردود عليه . . . " وأكدت محكمة التعقيب هذا الرأي ضمناً في قرارها عدد 11882 المؤرخ في 29 جوان 1976 ¹⁵¹ ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن أساس هذه القاعدة هو المبدأ القائل بأن " من عليه الضمان ليس له الحرمان " ¹⁵² . لكن الحظر على البائع الفضولي المعارضة ببطلان البيع لا يعني التحجير على غيره التمسك بهذا البطلان . وفعلنا اعتبر العديد من الفقهاء وجانب كبير من فقه القضاء أن بيع ملك الغير باطل فضلاً على أن بعض القوانين الأجنبية اقرت صراحة هذا البطلان مثل القانون الفرنسي (الفصل 1599 من المجلة المدنية الفرنسية) . وكذلك القانون اللبناني إذ نصت المادة 385 من قانون الموجبات والعقود على أن " بيع ملك الغير باطل إلا في الأحوال التالية :

(151) نشرة محكمة التعقيب 1976 ج . 2 ص . 152 .

PH. MALAURIE et L. AYNES, les contrats spéciaux, Cujas (152) 1994 N°186.

1- إذا كان المبيع شيئا معيناً بجنسه أو بنوعه فقط.

2- إذا أجازة المالك .

3- إذا اكتسب البائع فيما بعد حق الملكية على المبيع . . . ولا يجوز للبائع أن يدعي بطلان العقد بحجة أن المبيع انعقد على ملك الغير

كما نصت المادة 466 من القانون المدني المصري على أنه "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع" وتضمن القانون المدني السوري نفس القاعدة (المواد 434 إلى 436) والقانون المدني الليبي (المواد 455 إلى 457). كما أن جانباً هاماً من فقه القضاء التونسي اعتبر بيع ملك الغير باطلاً.

ويحق أن نتساءل عن أساس البطلان ونوعه .

1) أساس البطلان

183 - يستند أنصار الاتجاه القائل ببطلان بيع ملك الغير إلى عدة مستندات قانونية يمكن حصرها فيما يلي :

184 - أولها : انعدام الموضوع في بيع ملك الغير

يرى بعضهم وهم كثيرون أن بيع ملك الغير باطل لانعدام موضوعه تطبيقاً للفصل 64 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على بطلان العقد "إذا كان على شيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون" ولا شك أن بيع ملك الغير مسلط على شيء وإن كان

موجوداً مادياً فهو منعدم قانوناً لأنه ليس على ملك البائع وبالتالي ليس له حق التصرف فيه فهو إذاً غير ممكن من حيث القانون . ولذلك يعتبر العقد خالياً من ركن أساسي من أركانه وهو الوجود القانوني للمبيع وانعدام ملكيته للبائع فيكون باطلاً طبقاً للفصل 325 من مجلة الالتزامات والعقود (الفقرة الأولى منه) ولقد تبنى فقه القضاء التونسي هذه النظرية في عدة قرارات منها القرار التعقيبي المؤرخ في 13 مارس 1979¹⁵³ وقد اعتبرت محكمة التعقيب أنه في صورة بيع نفس الشيء مرتين لشخصين مختلفين فإن البيع الثاني يعد "فاقد المحل الذي هو أحد الأركان الأساسية لصحة العقود الوارد بها الفصل 2 من مجلة الالتزامات والعقود فبات بالتالي فاقد الوجود" وأكدت محكمة التعقيب نفس هذا الاتجاه في القرار عدد 13253 الصادر في 19 ماي 1986 وتضمن أن "البيع الثاني غير ذي موضوع وأن البائع في العقد الثاني قد باع ما لا يملك باعتبار أن ملكية المبيع قد انتقلت إلى المشتري الأول من تاريخ البيع الأول . . . وإن الإلتزام يكون باطلاً من أصله ولا يعمل به إذا خلا من ركن من أركانه طبق ما هو موضح بالنص 325 من مجلة الالتزامات والعقود وأن ترسيم البيع الثاني بالسجل العقاري لا يكسبه الشرعية ولا يصيره صحيحاً ويحق للمشتري الأول طلب التصريح بالفسخ وخطب الترسيم"¹⁵⁴.

وملاحظ أن محكمة التعقيب في هذا القرار تحدثت عن بطلان الإلتزام لخلوه من المحل إلا أنها أشارت إلى حق المشتري في طلب الفسخ وكأنها أرادت التقييد بعبارة الفصل 576 من مجلة الالتزامات والعقود.

(153) نشرة محكمة التعقيب 1979 ج. I. ص. 130.
(154) مجلة القضاء والتشريع 1986 ع. 10. ص. 57.

ذهب بعض الفقهاء الى القول بأن أساس بطلان بيع ملك الغير هو عيب في الرضا المتمثل في الغلط لأن المشتري كان يجهل أن البائع ليس مالكا للمبيع أي هناك غلط في صفة جوهرية في البائع وهي ملكية المبيع له إذ توهم المشتري أنه مالك. ومن انصار هذا الرأي الأساتذة مازو¹⁵⁵ على أن هذا التبرير منازع فيه ولا يتماشى مع أحكام بيع ملك الغير فالمشترع لم يشترط حسن نية المشتري أي جهله عدم ملكية المبيع للبائع لكي يطلب فسخ البيع أو إبطاله لأن علم أو جهل المشتري بأن البائع فضولي لا يؤخذ بعين الاعتبار الا فيما يتعلق بغرم الضرر فالمشترع أجاز في كل الحالات للمشتري طلب الفسخ سواء كان على سوء نية أو على حسن نية فضلا على أنه لو كان هذا العيب في الرضا هو أساس بطلان بيع ملك الغير، لجاز للبائع طلب بطلان البيع إذا ثبت أنه كان يجهل أنه فضولي في حين أن المشترع حجر على البائع الفضولي التمسك بالبطلان في كل الحالات¹⁵⁶.

186 - ثالثها : تأسيس بطلان بيع ملك الغير على فكرة الضمان المسبق للإستحقاق Une garantie d'éviction anticipée

يرى بعض الفقهاء أن أساس جزاء بيع ملك الغير هو امتداد و

H.L.J. MAZEAUD, Leçons de Droit civil, T. III, 2eme éd. (155 n°816.

(156) أنظر : الدكتور توفيق حسن فرج : الوجيز في عقد البيع - نشر الدار الجامعية 1988 ص. 53.

PH. MALAURIE et AYNES, Les contrats spéciaux, 7eme edition p. 138.

تكملة لضممان الإستحقاق في البيع فالمشتري عندما يخشى أن يستحق المبيع منه يرفع دعوى ضده من طرف المالك الحقيقي مدعيا إستحقاقه للمبيع ويطلب ابطال البيع فإنه أي المشتري يمارس مسبقا دعوى ضمان الإستحقاق ومن أنصار هذا الرأي الأستاذان بلانيول وريبار¹⁵⁷.

غير أن هذا التبرير لم يسلم من النقد إذ أن أحكام بيع ملك الغير تختلف عن نظام ضمان الإستحقاق¹⁵⁸.

187 - رابعها : أساس البطلان الفصل 551 من مجلة الإلتزامات والعقود : من المبادئ القانونية العامة مبدأ فاقد الشيء لا يعطيه وقد أقر المشترع التونسي هذه القاعدة بالفصل 551 من مجلة الإلتزامات والعقود الذي نص على أنه " لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقنق".

Nemo plus juris Ad Alium transferre Potest quam Ipse Habet (Nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui même)

(Nemo dat quod non Habet) on ne donne pas ce qu'on n'a pas¹⁵⁹.

وبمقتضى هذه القاعدة فإن بيع ملك الغير يكون باطلا لاستحالة نقل ملكية المبيع للمشتري لأن البائع ليس مالكا خاصة إذا كان الشيء المتعاقد عليه معينا بذاته - وتبنى فقه القضاء التونسي هذا الاتجاه في

Planiol et Ripert T. par J. HAMEL n. 48 (157)

في نفس الاتجاه :

BERNARD GROSS et PHILIPPE BIHR, Contrats, T.I p. 122.

(158) الدكتور توفيق حسن فرج - المرجع السابق ص. 54.

(159) أنظر حول هذه القاعدة الأصولية :

H. ROLAND et L. BOYER, Adages du Droit Français, 2ème éd. vol. II p. 606.

القرار التعقيبي عدد 15354 الصادر في 26 جانفي 1988¹⁶⁰ وبما أن هذه القاعدة تحجر على كل شخص احالة ما ليس له من حقوق فإن مخالفتها يرتب البطلان طبق الفصل 529 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على أنه "إذا صرح القانون بالنهي عن شيء معين كان إتيانه باطلا لا ينشيء عليه شيء".

188 - خامسها : تأسيس البطلان على أحكام الفصل 292 من المجلة الجنائية

لقد جرم المشرع التونسي بالفصل 292 من المجلة الجنائية بيع ما سبق بيعه وبيع ما لا يحق لمرتكب ذلك في التصرف فيه .
ويؤخذ من أحكام هذا النص أن المشرع اعتبر بيع ملك الغير جنحة هي بمثابة التحيل

وما دام بيع ملك الغير جريمة فمن الطبيعي أن يكون البيع باطلا ولا عمل عليه. إذ ليس من المنطقي أن نضفي "صبغة الشرعية على حياة موضوع الجريمة" كما قال الأستاذ محمد الصالح العياري¹⁶¹ على أن محكمة التعقيب ردت على الدفع المأخوذ من الفصل 292 جنائي لتأسيس بطلان بيع ملك الغير ولم تأخذ به وذلك في قرارها عدد 22199 الصادر في 14 فيفري 1991 (غير منشور) وجاء فيه : "إن الفصل 292 من المجلة الجنائية لئن نص على عقاب من باع ما سبق له بيعه فإن ذلك الفصل لم يتعرض إلى أيّ البيعين الأول أو الثاني يجب

(160) مجلة القضاء والتشريع عدد 6 لسنة 1990.

(161) مذكرات وبحوث قانونية - الطبعة الأولى ص. 70 نشر مؤسّسات بن عبد الله

إعتباره وإلغاء ما عداه. . وإن البيع الثاني هو سبب جوهري في وجود الجريمة وليس ثمرة لها أي أن وجوده سابق لوجودها فلا يمكن إبطاله بإعتباره نتيجة لها". إن ما ذهبت إليه محكمة التعقيب الموقرة في هذا القرار قابل للنقاش لأن البيع الثاني هو المكون للجريمة الواردة بالفصل 292 جنائي وبالتالي فهو الذي يكون باطلا وهو ليس نتيجة لها بل إنه الجريمة ذاتها.

فما حجره القانون الجزائري واعتبر إتيانه جريمة لا يمكن أن يكون إلا باطلا ولا عمل عليه ولكن ماهو نوع البطلان.

189 - 2) نوع البطلان :

لا يخلو الأمر من حالتين : إما أن يكون البطلان مطلقا أو نسبيا .

وللوقوف على نوعية بطلان بيع ملك الغير يتجه التذكير بأن البطلان هو جزاء خلل يشوب العقد ويؤثر على صحته فإذا كان الخلل يتمثل في إنعدام ركن أساسي من أركانه يكون البطلان مطلقا أما إذا كانت الأركان الأساسية للعقد وهي الرضا والمحل والسبب متوفرة لكنها مشوبة بخلل ما فإن البطلان يكون نسبيا¹⁶² فالعقد الباطل بطلانا مطلقا

(162) أنظر حول نظرية البطلان :

- الأستاذ محمد الزين : النظرية العامة للإلتزامات 1993 ص. 189 :

- F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, Seme éd. n°81.

- DROGOUL, Essai d'une théorie générale des nullités, thèse Aix 1091.

- GUELFUCCI - THIBIERGE, Nullité, restitutions et responsabilité, thèse Paris I éd. 1992, préface GHESTIN.

هو بمثابة من يولد ميتا في حين أن العقد الباطل بطلانا نسبيا هو عبارة عن كائن مريض¹⁶³ وعادة ما يكون أساس البطلان المطلق حماية النظام العام في حين أن البطلان النسبي هو معد لحماية المصالح الخاصة وأخيرا فإن الإمضاء أو المصادقة أو الإجازة ممكنة في البطلان النسبي وغير مقبولة في البطلان المطلق .

وعلى ضوء هذه المبادئ العامة لنظرية البطلان يتبين أن بطلان بيع ملك الغير يثير إشكالا قانونيا فالمرشع أقر صراحة إمكانية إجازة البيع من طرف المالك الحقيقي وإذا تمت يصبح العقد صحيحا ومعنى ذلك أن الأمر يتعلق ببطلان نسبي إذ أن "إمضاء الالتزام الباطل من أصله أو التصديق عليه لا عمل عليه" طبق الفصل 329 من مجلة الالتزامات والعقود .

وكاد أن يجمع الشراح على أن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا وكرست بعض التفتينات هذه القاعدة صراحة مثل القانون المصري (المادة 466) والقانون اللبناني (المادة 385 من مجلة الموجبات والعقود).

لكن القول بأن الأمر يتعلق ببطلان نسبي يتعارض مع النظرية القائلة ببطلان بيع ملك الغير لانعدام موضوعه أو لإنعدام السبب¹⁶⁴ إذ أن انعدام الموضوع يرتب البطلان المطلق - خاصة وأنه يشكل جريمة ولا يمكن اعتبار التصرفات المكوّنة لجنحة باطلة بطلانا نسبيا فقط.

ولعل هذا ما جعل فقه القضاء يتأرجح بين البطلان المطلق والبطلان

F. TERRE, Les obligations op. cit. N. 81.

(163

B. GROSS et PH. BIHR, op. cit., p. 122.

(164

النسبي وقد عالج هذا الموضوع بالخصوص عند النظر في مآل البيع الثاني عندما يعمد مالك الشيء الى بيعه مرتين في حين أن ملكية المبيع انتقلت الى المشتري الأول فيكون البائع أحمال ما لا يملك الأمر الذي جعل فقه القضاء والفقهاء يحددون آثار بيع ملك الغير بين المتعاقدين وإزاء المالك الحقيقي .

(أ) آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

190 - يؤخذ من القرارات التعقيبين المؤرخين على التوالي في 8 نوفمبر 1966 و 22 أبريل 1985 والمشار إليها أعلاه أن محكمة التعقيب تعتبر بيع ملك الغير "منتجا لآثاره القانونية بين عاقيه" وأن "أثر العقد في حق المتعاقدين قائم" . ويتبين من هذه الحشيات أن العقد ليس بالضرورة باطلا في نظر محكمة التعقيب وتبنت محكمة النقض المصرية نفس هذا الاتجاه في قرارها عدد 1618 المؤرخ في 25 ديسمبر 1985 وجاء فيه "إن عقد بيع ملك الغير يبقى قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ ما يترتب على العقد بمجرد إنعقاده وقبل تسجيله من حقوق والالتزامات شخصية"¹⁶⁵ على أن هذا العقد ولئن إنعقد شكليا بين الطرفين فإنه لم ينعقد جوهريا وقانونيا مادام هذا العقد غير ناقل للملكية ومنعدم الموضوع من حيث القانون طبق الفصل 64 من مجلة الالتزامات والعقود كما أسلفنا. ومهما يكن من أمر فإن إنعقاد هذا البيع لا يمنع من كونه غير منتج

(165) أورد هذا القرار الأستاذ محمد حسن قاسم : الموجز في عقد البيع 1996 ص.

153

لأهم أثر من آثار البيع وهو إنتقال الملكية مالم يصادق عليه المالك الحقيقي ولأنجل ذلك خول المشرع التونسي للمشرع طلب فسخ " البيع مع تعويض الخسارة إذا لم يكن على علم بأن البائع فضولي " .

وحجر المشرع على البائع التمسك ببطلان البيع ولعل هذه القاعدة حجة لفائدة المتمسكين بالبطلان النسبي كجزء لبيع ملك الغير إذ لو تعلق الأمر ببطلان مطلق لجازت إثارته من طرف أي شخص بما في ذلك البائع .

191 - ب) آثار البيع إزاء المالك الحقيقي

أقر فقه القضاء أن بيع ملك الغير " غير نافذ " بالنسبة للمالك الحقيقي (قرار 2 أبريل 1985) ويعتبر كأنه غير موجود وليس في حاجة الى طلب إبطال البيع أو فسخه وله فقط أن يسترد المبيع عن طريق دعوى الإستحقاق¹⁶⁶ لكن هذه الدعوى لا تسمع إذا تملك المشتري المبيع بالحيازة المكسبة الطويلة إذا كان عقارا غير مسجل . وفي هذه الصورة يمكنه الرجوع على البائع للمطالبة بجبر الضرر .

ويمكن القول في النهاية إن أحكام بيع ملك الغير في تشريعنا يكتنفها بعض التنافر الأمر الذي جعل فقه القضاء غير مستقر على موقف ثابت وواضح فضلا على تباين الآراء في شأن هذا البيع الذي صار مؤسسة

166 (الدكتور محمد حسن قاسم : الموجز في عقد البيع - المرجع السابق ص. 161 .
- دكتور رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة .
- المرجع السابق ص. 140 .

-JEROME HUET, Les principaux contrats, L.G.D.J. 1996 n°11139 et suiv.

متعددة الطبائع تتلون وتختلف باختلاف الزاوية التي تنظر منها إليه فهو قابل للفسخ من زاوية المشتري وعدم نافذ بالسنة للمالك الحقيقي والحظر على البائع التمسك ببطلانه ولا شك أن عقدا هذه تقلباته لا يمكن أن ينصهر في القواعد القانونية الوضعيّة فكأن واضعي مجلة الالتزامات والعقود حاولوا في الفصل 576 التوفيق بين عدة إتجاهات وآراء فجاءت أحكامه متنافرة يصعب الخروج منها بقواعد متناسقة مما جعل فقه القضاء يلتجئ الى قواعد أخرى لحل معضلة هذا البيع فني صورة بيع نفس العقار مرتين لشخصين مختلفين إعتمدت المحاكم سواء على تاريخ تسجيل العقد بالقباضة الماليّة إذا كان العقار غير مسجل فاعتبرت أنّه يعتد بالعقد السابق في التسجيل بالقباضة استنادا للفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود (القرار التعقيبي عدد 99 / 22 المؤرخ في 14 فيفري 1991 غير منشور) سواء الإعتداد على تاريخ ترسيم العقد بالسجل العقاري إذا كان العقار مسجلا واعتبار أن البيع الثاني المدرج بالسجل العقاري هو المعتمد ويسبق على البيع الأوّل غير المرسم بإدارة الملكية العقارية استنادا للفصل 305 من مجلة الحقوق العينية رغم أن موضوع العقد الثاني هو بيع ملك الغير (القرار التعقيبي عدد 6236 المؤرخ في 30 نوفمبر 1982¹⁶⁷) .

167 (شربة محكمة التعقيب 1982 ج، 2 ص 274

الفصل الثالث

الثمن

192 - يؤخذ من التعريف الوارد بالفصل 564 من مجلة الالتزامات والعقود أن الثمن هو ركن أساسي من أركان البيع إذ أن إبرامه يتوقف على الثمن والمثمن طبق الفصل 580 من مجلة الالتزامات والعقود وقد نص على أنه "إذا وقع من المتعاقدين ما يدل على الرضا بالبيع واتفقا على الثمن والمثمن وعلى بقية شروط العقد انعقد البيع بينهما". والثمن هو موضوع التزام المشتري ويتمثل في مبلغ مالي يدفعه للبائع ويتناسب مع قيمة المبيع كما قدرها الطرفان.

ويؤثر الثمن على الوصف القانوني للعقد فإذا لم يكن مقابل الشيء الذي وقعت إحالته مبلغا ماليا فإن العقد لا يعتبر بيعا بل معاوضة وقد استقر رأي الشراح على أنه لا بيع بدون ثمن¹⁶⁸ (pas de prix, pas de vente).

وأقر فقهاء القضاء الفرنسي أنه في صورة عدم تحديد الثمن يكون البيع باطلا بطلانا مطلقا بل إنه عديم الوجود القانوني وصدر في هذا الاتجاه قرار تعقيبي فرنسي مدني في 30 / 11 / 1983¹⁶⁹ وكذلك قرار في

PH. MALAURIE et AYNES, Les contrats spéciaux, 1994, (168 n°200.

Bull. civ. 1983, 4, p. 288.

(169

نفس المعنى بتاريخ 20 / 1 / 1993¹⁷⁰. وانتقد الشراح الفرنسيين هذا الموقف لأن البطلان المطلق لا يتأتى إلا في صورة المس بالنظام العام في حين أن الثمن يهم مصلحة الأطراف فقط. وأكدت محكمة التعقيب في قرارها الهام عدد 483 المؤرخ في 25 نوفمبر 1976 "أن الثمن ركن في البيع لا يتم بدونه ويجب أن يكون معلوما للمتعاقدين وقت البيع"¹⁷¹ واعتبرت محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 24 جوان 1996 عدد 41341 (غير منشور) "أن الثمن هو أحد محلي البيع في محل الالتزام ويجب أن يكون معينا أو قابلا للتعين بالاتفاق بين المتبايعين لا يستقل به أحدهما...". وجاء أيضا في نفس هذا القرار "إذا لم يتفق المتعاقدان لا صراحة ولا ضمنا على تحديد الثمن أو على جعله قابلا للتحديد ببيان الأسس يحدد بمقتضاها فإن البيع يكون باطلا لفقده ركنا من أركانه". ويؤخذ مما تقدم أن الثمن ركن أساسي من أركان البيع ويجب تعينه كما يجب أن يكون جديا وحقيقيا تلك هي خصائصه التي يجب الوقوف عندها.

الفرع الأول تعين الثمن

193 - نص الفصل 579 من مجلة الالتزامات والعقود على "أن تعين الثمن الذي انعقد عليه البيع لازم" وقد أكدت محكمة التعقيب

(170) R.T.D. Civ. 1983, p. 288.
J. GHESTIN, Réflexion sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix, D. 1993. Chron. 251.
(171) نشرة محكمة التعقيب 1976 ج. 3 ص. 144.

في قرارها عدد 7009 المؤرخ في 10 / 5 / 1983 "أن الثمن المبهم يتنافى وما اقتضاه الفصل 579 من مجلة الالتزامات والعقود ويجعل البيع باطلا¹⁷². ويجب تحديد الثمن في العقد أو على الأقل يجب أن يكون قابلا للتعين"¹⁷³.

الفقرة الأولى

الثمن المحدد

194 - المفروض أن البائع والمشتري يحددان الثمن إذ أن عقد البيع لا ينعقد ولا يكون صحيحا إلا إذا تم الاتفاق على الثمن والمثمن طبق أحكام الفصل 580 من مجلة الالتزامات والعقود ويشير تحديد الثمن ثلاث مسائل تتعلق بحرية الطرفين في تحديد الثمن وحدود هذه الحرية وكيفية تعيين الثمن :

(1) مبدأ حرية الطرفين في تحديد الثمن

195 - من مظاهر الصبغة الرضائية للبيع أن انعقاده يتوقف على اتفاق الطرفين على الثمن كما أسلفنا ومبدئيا فإن للطرفين الحرية

(172) نشرة محكمة التعقيب 1983 ج. 2 ص. 238.
(173) أنظر :

J. GHESTIN, L'indétermination du prix dans la vente et la condition potestative, D. 1973, chron. 293; J.M. BERNARD de VAUX, La détermination du prix dans le contrat de vente, J.C.P. 1973, T.I, 2567.

- MARIE-ANNE FRISON - ROCHE, L'indétermination du prix R.T.D. civ. 1992. p. 269 et suiv.

الكاملة في ضبط الثمن¹⁷⁴ وأكد الفصل الثاني من القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 ويلية 1991 والمتعلق بالمنافسة والأسعار أنه "تحدد أسعار المواد والمنتجات والخدمات بكل حرية باعتماد المنافسة الحرة" لكن هذا المبدأ ليس مطلقا.

2- حدود حرية تحديد الثمن المأخوذة من قانون المنافسة والأسعار:

196 - في بعض الحالات يتدخل المشرع لتقييد حرية الأطراف في تحديد الثمن لأسباب تهم النظام العام الإقتصادي للحماية ومقاومة الاحتكار والمنافسة غير المشروعة¹⁷⁵ وفلا نص الفصل الثالث من قانون 29 جويلية 1991 على أنه "تستثنى من نظام الحرية المشار إليها بالفصل 2 أعلاه المواد والمنتجات والخدمات الأساسية أو المتعلقة بقطاعات أو مناطق تكون فيها المنافسة بواسطة الأسعار محدودة إما بسبب حالة احتكار للسوق أو صعوبات متواصلة في التموين أو بفعل أحكام تشريعية أو تريبية".

وصدر الأمر عدد 1996 لسنة 1991 المؤرخ في 23 ديسمبر 1991 وهو يتعلق بالمواد والمنتجات والخدمات المستثناة من نظام حرية

F. COLLART DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, Contrats (174 civils et commerciaux, op. cit., 1991 n°144.

175 (عبد الله الأحمدى : المنافسة غير المشروعة، مجلة القضاء والتشريع 1993 ع 2 -السيدة جوييدة فيفة : تطور قانون المنافسة في التشريع التونسي، مجلة القضاء والتشريع 1995 ع 7 ص. 7.

- ouverture économique, concurrence et concentration, centre d'Etudes juridiques et judiciaires, Tunis 1995.

- Jacques AZEMA, le Droit Français de la concurrence, PUF 1989.

- Yves CHAPUT, Le Droit de la concurrence, que sais-je n°2413.

الأسعار وطرق تأطيرها ويخضع بيع تلك المواد لنظام خاص (الفصلان 30 و 31).

197 - وحجر الفصل الخامس الجديد من قانون 29 جويلية 1991 المنقح بالقانون عدد 42 لسنة 1995 المؤرخ في 24 أبريل 1995 ' الأعمال المتفق عليها والاتفاقات الصريحة أو الضمنية والرامية الى منع تطبيق قواعد المنافسة في السوق أو الحد منها أو الخروج عنها والرامية الى عرقلة تحديد الأسعار حسب السير الطبيعي لقاعدة العرض والطلب كما منع عقود الامتياز والتمثيل التجاري الحصري والاستغلال المفرط لمركز مهيمن على السوق الداخلية وأقر المشرع بطلان كل التزام أو اتفاق تعاقدي يتعلق بأحدى الممارسات المنصوص عليها بالفصل الخامس والتي جرمها المشرع مسلطا عقابا بالسجن وبخطية أو بأحدى العقوبتين على متركبيها (الفصل 36 الجديد من قانون 29 جويلية 1991).

198 - كما جرم الفصل 39 من نفس القانون إعادة البيع بالخسارة للهيمنة على السوق وفرض سعر أدنى ونص الفصل 42 على تسليط عقاب بالسجن وخطية على كل من يعتمد الترفيع غير القانوني في الأسعار أو تطبيق أسعار غير قانونية ونص الفصل 139 من المجلة الجنائية على معاقبة من يحدث صعودا أو هبوطا صناعيا في سعر أدوات المعاش أو البضائع وأخيرا جرم الأمر المؤرخ في 11 مارس 1954 التحيل بواسطة طرق بيع غير مشروعة ومنع البيوعات التي تقع على الطريقة المسماة "كرة الثلج"¹⁷⁶ (Vente à la boule de neige).

وبناء على ما تقدم فإن ضبط الثمن لا يخضع لإرادة البائع والمشتري

TOULEMAN, Le problème de la boule de neige. R.D.C. (176 1953, p. 53.

(3) كيفية تحديد الثمن

199 - يقع تحديد الثمن بالتنصيص على مقداره في العقد ويكون في شكل مبلغ مالي يدفعه المشتري للبائع ويتعين أيضا بيان كيفية الدفع فقد يكون معجلا أو مؤجلا أو بالتقسيط وتبقى المسألة خاضعة لإرادة الطرفين باستثناء بعض الحالات التي لا يجوز فيها للمشتري أن يدفع الثمن مباشرة ومعجلا للبائع حماية لحقوق دائنيه مثل ما هو الشأن في بيع الأصل التجاري حيث يخضع دفع الثمن لإجراءات خاصة واردة بالمجلة التجارية وخاصة الفصول من 193 إلى 204. وبقطع النظر عن هذه الحالات الخاصة فإنه يجب الاتفاق مسبقا على الثمن فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 أنه عندما يبرم عقد موضوعه شراء أشياء سيصنعها البائع ويقع تسليمها في تاريخ لاحق وتحصل زيادة في ثمن المواد التي سيصنع منها المبيع فإنه لا يمكن إلزام المشتري بأداء الثمن الجديد إلا إذا وقع إعلامه مسبقا بذلك ورضي به واعتبرت البيع باطلا لانعدام الاتفاق على الثمن وانتقد أحد الشراح هذا الموقف نظرا لحصول اتفاق على العناصر الأساسية للعقد والتمن ولكون هذا الأخير قابلا للتعين¹⁷⁹ لكن محكمة التعقيب تبنت نفس الاتجاه الذي توخته محكمة الاستئناف ورفضت مطلب التعقيب المرفوع طعنا في الحكم الاستئنافي المشار إليه بمقتضى قرارها عدد 483 المؤرخ في 25 نوفمبر 1976¹⁸⁰. وأقرت "أن المعاملات الجارية بها العمل بين الطرفين إنما تعتبر من قبيل الاتفاق على بيع أشياء معينة موصى بصنعها محدد ثمنها بتعريف قانونية وهو بذلك عقد بيع تام الأركان القانونية وفقا لأحكام الفصلين 579 و 580 من مجلة Revue Tunisienne de Droit, 1976 - I, p. 111, note Mohamed (179) HACHEM.

(180) نشرة محكمة التعقيب 1976 ج. 3 ص. 144.

فحسب إذ أن المشرع تدخل للحد من تلك الحرية في بعض الميادين الحساسة لمقاومة الإحتكار ومراقبة مسالك التوزيع ومنع بعض التجار من المكايسة والمماحكة والغش¹⁷⁷ ويرى بعض الفقهاء أن قانون المنافسة يمثل نظاما عاما اقتصاديا جديدا يضاف الى النظام العام التقليدي كما أن هذا القانون يشكل حدا لحرية الإرادة التعاقدية في ميدان ضبط الأسعار في البيع في بعض المواد الأمر الذي يؤدي إلى ظهور قانون مدني اقتصادي فضلا على أن النظام العام الاقتصادي المؤسس على الدفاع عن المنافسة الحرة يسمح باقصاء المبادئ الأساسية للقانون المدني وأصبحت علاقة قانون المنافسة بنظام العقود وتأثيره عليه محل دراسات كثيرة وخاصة فيما يتعلق بالقيود المفروضة على البائع والمشتري في ضبط الثمن¹⁷⁸ وباستثناء هذه القيود الخاصة فإنه يجب على الطرفين المتعاقدين تحديد الثمن بالعقد.

(177) ابن خلدون : المقدمة، مطبعة دار الجليل - بيروت ص. 438.

(178) دكتور جوزف نخله سماحه :

المراجعة غير المشروعة - مؤسسة عز الدين، 1991.

- Maurie Malaurie - VIGNAL, Droit de la concurrence et Droits des contrats, D.S. 1995. Chr, p. 51.

- Droit et économie, arch. Philo. du Droit, T. 37, 1992.

- Gazette du Palais n°303 à 307 Octobre, Novembre 1994, (Cahier du Droit de la Concurrence interne et communautaire.

- Jean Calais - AULOY, L'influence du Droit de la consommation sur le Droit civil des contrats R.T.D. civ. 1994 p. 239.

- NOVELLA et FERRIER, Liberté des prix et nouveau droit de la concurrence, 1987.

- FOURGOUX, Concurrence et Droit pénal économique, GAZ PAL., 1980, I. DOCTRINE 273.

- J.F. GUILLEMIN, Les objectifs et réalisations du Droit Français de la concurrence face au défi de la libération des prix, thèse.

- GRANIER, Prix imposés, prix conseillés, le contrat de Franchisage à l'épreuve du Droit de la concurrence, R.D.C.I. 1991. p. 357.

200 - ويقطع النظر عن هذه الظروف والتقلبات الطارئة وهي حالات استثنائية فإن المرجع الأساسي في تعيين الثمن هو إرادة الطرفين إذ أنهما المؤهلان دون سواهما لضبط الثمن فقد نص الفصل 579 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه " لا يصح بيع أو اشتريت بما يعينه فلان أو بمثل ما اشتري به فلان إلا إذا كان الثمن معلوما للمتعاقدين وقت البيع ". فلا يجوز للمتعاقدين تكليف الغير بتقدير الثمن وهنا يختلف القانون التونسي عن التشريع الفرنسي إذ خول الفصل 1592 من المجلة المدنية الفرنسية للطرفين الاتفاق على ترك تحديد الثمن لتحكيم الغير فإذا رفض الغير القيام بتلك المهمة فلا بيع على أن مفهوم عبارة التحكيم في هذا الفصل يختلف عن معناها المؤلف المدرج في البنود العامة للتحكيم¹⁸².

201 - ويجب على الطرفين تعيين الثمن في تاريخ التعاقد ويكون البيع باطلا إذا تضمن العقد بندا يقضي بإرجاء تحديد الثمن في اتفاق لاحق واستقر فقه القضاء الفرنسي على هذا الاتجاه¹⁸³ ويكون الأمر كذلك إذا كانت بنود العقد غامضة مما يجعل الثمن المتفق عليه غير واضح¹⁸⁴ ومن المبادئ المتفق عليها فقها وقضاء أنه ليس للمحكمة أن تحل محل المتعاقدين في تقدير الثمن في صورة عدم اتفاقهم على الثمن والتبصيص عليه في العقد¹⁸⁵ وأقر فقه القضاء الفرنسي أنه ليس للمحكمة الإلتجاء إلى خبير لتحديد الثمن في صورة عدم التبصيص

CH. JARROSSON, La notion d'arbitrage, th. L.G.D.J. 1987, (182 prface. B. Oppetit.

Cass. com. 24 mars 1965 J.C.P. 1965 II, 14378, note P.L. (183

Cass. civ., 6 juin 1969, D. 1969 . p. 513. (184

- J. GHESTIN, contrat : Formation, n°522. (185

- B. GROSS et PH. BIHR, Contrats, Tome I, p. 132.

الالتزامات والعقود وأن تعديل الثمن المعين بالتعريف القانونية الجاري بها العمل في تاريخ التعاقد والزيادة فيه إنما يعتبر من قبيل الإيجاب الذي ينتقل إلى قبول من الطرف الآخر وأن الطاعة (البائعة) لم تدل بما يفيد قبول المعقب ضدها السعر الجديد الذي تطالب به على أساس التعريف الجديدة التي لم تتم الموافقة عليها إداريا ولم تصر عاملة إلا بعد تاريخ انبرام العقد بين الطرفين. . . . " لقد اعتمدت محكمة التعقيب في قرارها هذا على القواعد العامة المنظمة للعقود وفي مقدمتها اقتران الإيجاب بالقبول لانبرام العقد ففي قضية الحال اتفق الطرفان على ثمن المبيع اعتمادا على التعريف القانونية الجاري بها العمل في تاريخ الاتفاق إلا أنه بعد ذلك التاريخ وقبل دفع الثمن وتسليم البضاعة صدرت تعريفه جديدة مصادق عليها من السلطة الإدارية المختصة بموجبها وقع الترفيع في ثمن المواد الأولية التي يصنع منها المبيع فطالبت البائعة المشتري بدفع ثمن يتجاوز الثمن المتفق عليه فترأت محكمة التعقيب أن تلك الزيادة لا يمكن اعتمادها لعدم حصول التراضي عليها بين الطرفين لأن الثمن المحدد في العقد كان مبنيا على التعريف القانونية المعمول بها في تاريخ التعاقد الأمر الذي يطرح مسألة تأثير الظروف الطارئة وتقلبات الأسعار على التزامات الطرفين في خصوص الثمن¹⁸¹.

Les modifications du contrat au cours de son exécution en- (181 raison de circonstances nouvelles, ouvrage collectif, Editions A. PEDONE 1986.

- D.M. PHILIPPE : Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, thèse Bruxelles 1986.

- J. GHESTIN : Les obligations, les effets du contrat L.G.D.J. 1992.

- Le contrat aujourd'hui : comparaison Franco-Anglaise (ouvrage collectif) L.G.D.J. 1987.

- J. DE SOTO, imprévision et Economie dirigée, J.C.P. 1950 I. 816.

- J. GHESTIN, MARC BILLIAU, Le prix dans les contrats de longue durée, L.G.D.J. 1990.

عليه أو عدم اتفاق الطرفين على مقداره¹⁸⁶ كما أنه ليس للمحكمة التدخل في صورة اتفاق المتعاقدين على مراجعة الثمن دون التخصيص على كیفيتها¹⁸⁷.

202 - ويثار إشكال قانوني دقيق في بعض عقود بيع أراضي بيضاء صالحة للبناء أو مساكن مبرمة بين الخواص والبايعين العقاريين بما في ذلك بعض المؤسسات العمومية وعادة ما يقع التخصيص في العقود على الثمن الجملي للمبيع وكذلك ثمن المتر المربع الواحد ويدفع المشتري كامل الثمن المنصوص عليه في العقد وبعد مدة طويلة يرفع البائع دعوى قضائية ضد المشتري ليطالبه بإداء بقية الثمن استنادا الى بند مدرج في العقد ينص على أن الثمن حدد "مؤقتا وأنه يقع ضبطه نهائيا بعد اعداد الأمثلة وتحديد المساحة النهائية للعقار وفي بعض الحالات تكون بقية الثمن التي يطالب بها البائع أكثر من الثمن الأصلي المتفق عليه ؟ وقد عرضت هذه النزاعات على القضاء التونسي في السنوات الأخيرة وتباينت الآراء في شأنها لأنها تثير مسائل تتعلق سواء بتأويل بنود العقد وفهم مقاصد الطرفين أو بتطبيق أحكام الثمن في البيع ويتمثل الإشكال في أن البائع هو الذي حدد من جانب واحد مقدار "بقية الثمن" دون موافقة المشتري ودون الاعتماد على عناصر موضوعية متفق عليها مسبقا في حين أن الثمن هو ركن أساسي من أركان البيع كما أسلفنا يقتضي رضا الطرفين في شأنه واختلفت مواقف المحاكم في فصل هذه النزاعات ونشير فقط الى أن إحدى الدوائر

Civ, 18 Juillet 1979, J.C.P. 1979, IV, p. 326 D. 1980, IR, p. (186 226 obs. ch. Larroumet.

Civ, 3me, 4 octobre 1989, Défrénois, 1990 art. 34809. p. 820 (187 obs. Ce VERMELLE.

- J. BELOT, La détermination judiciaire du prix dans les contrats, rev. rech. juin 1982, 2, p. 349-370.

بالمحكمة الابتدائية بتونس أصدرت حكما بتاريخ 12 جويلية 1995 في القضية عدد 85632 قضى بالرام المشتري بأن يؤدي بقية ثمن أرض بيضاء معدة للبناء وكانت بقية الثمن المحكوم بها تتجاوز مقدار الثمن المتفق عليه إذ أن ثمن المتر المربع الواحد المتفق عليه في العقد هو اثني عشر دينارا في حين أن المحكمة حددته بثمانية وعشرين دينارا اعتمادا على اختبار أجري بإذن منها وقد استندت في حكمها الى بند مدرج بكتب البيع ينص على أن تحرير عقد توضيحي بين الطرفين وتحديد مساحة المبيع ضبط الثمن النهائي من طرف البائعة والتزام المشتري بدفع مصاريف التقسيم . وبموجب هذا الحكم ارتفع ثمن المبيع من 5880 دينارا الى 13680 دينارا رغم عدم وجود زيادة في مساحة الأرض كما أن البائعة رفعت دعاوها للمطالبة "بقية الثمن" بعد مرور ستة سنوات من تاريخ البيع ؟

وهذا الحكم قابل للنقاش إذ لا يعقل أن تكون الزيادة في الثمن تتجاوز مقدار الثمن الأصلي كما أنه لا يمكن ترك ضبط الثمن النهائي لمشيئة إرادة البائعة وحدها باعتبار أن الثمن يستلزم تراضي الطرفين عليه وإن الالتزام يكون باطلا إذا كان وجوده موقوفا على مجرد رضا طرف واحد طبق الفصل 121 من مجلة الالتزامات والعقود فضلا على خلو العقد من أي بند ينص على المناهضة الواجب اعتمادها في تحديد بقية الثمن . إذ أنه في صورة قابلية الثمن للتعيين يجب الاتفاق مسبقا على متاييس موضوعية يقع اعتمادها في تحديد الثمن غير مرتبطة بإرادة منفردة وصدر في هذا الاتجاه قرار عن محكمة الاستئناف بباريس في 11 جوان 1996¹⁸⁸.

203 - وعلى صعيد آخر فإن تعيين الثمن من طرف البائع

DALLOZ Affaires 1996, p. 1192.

(188

والمشتري ولئن كان شرطاً أساسياً لصحة البيع فإن إتفاقية فيانا Convention de Vienne المؤرخة في 10 أبريل 1980 حول عقد البيع الدولي للبضائع تضمنت أحكاماً متنافرة حول مسألة تحديد الثمن وأثرها على صحة البيع فالفصل 14 منها يشير إلى صحة العرض عندما يحدد ضمناً أو صراحة الثمن أو ينص على بيانات تمكن من تعيين الثمن.

204 - ويرى بعض الشراح أن هذا الفصل لم يحجر تحديد الثمن من جانب واحد كما أن الفصل 55 من الاتفاقية ينص على أنه "إذا انعقد المبيع صحيحاً دون تعيين ثمن البضاعة في العقد بصفة صريحة أو ضمنية أو بإدراج تنصيصات تمكن من تحديده فإن الطرفين يحملان على أنهما اعتماداً السعر المعمول به في تاريخ العقد بالنسبة لنفس البضائع المباعة في ظروف مشابهة في نفس القطاع التجاري إلا إذا وجد اتفاق يخالف ذلك" ومعنى هذا أنه بمقتضى هذا الفصل يكون البيع صحيحاً ولو لم يتضمن العقد أي بند يتعلق بالثمن وهذا مخالف لقواعد القانون المدني¹⁸⁹.

وبصعب التوفيق بين أحكام الفصلين 14 و 55 من الاتفاقية فالأول يتنفي تحديد الثمن لصحة البيع والثاني لا يستبعد إمكانية إبرام بيع دون أن يتضمن العقد بنداً يخص الثمن¹⁹⁰.

- I. CORBISIER, la détermination du prix dans les contrats (189) commerciaux portant vente de marchandises, réflexions comparatives, Rev. int. dr. comp. 1988, p. 767.

B. AUDIT, La vente internationale de marchandises, (190) convention des Nations-Unies du 11 avril 1980 L.G.D.J. 1990 n°63 p. 59.

- TALLON, (sous la direction de), la détermination du prix dans les contrats (Etude de Droit comparé) 1989.

- JACQUES GHESTIN et MARC BILLIAU, le prix dans les contrats de longue durée L.G.D.J. 1990.

205 - كما أن بعض القوانين الأجنبية لا تشترط تعيين الثمن لصحة عقد البيع مثل القانون البلجيكي¹⁹¹ والألماني الذي يجيز للطرفين الاتفاق على أن يتولى أحدهما تقدير الثمن¹⁹² وكذلك القانون السويسري إذ نص الفصل 212 من مجلة الالتزامات على أنه إذا صدر عن المشتري طلب ناجز دون تحديد الثمن فإن ذلك يحمل على أن البيع انعقد على أساس متوسط الأسعار في تاريخ تنفيذ العقد وكذلك القانون الأنغليزي إذ أن الفصل 8 من قانون بيع المتقولات (Sale of goods) نص على أنه في صورة عدم التنصيص على ثمن معين أو قابل للتعيين فإن المشتري ملزم بدفع ثمن معقول وأجاز القانون الأمريكي للطرفين ترك تحديد الثمن للبائع أو المشتري شريطة ملازمة حسن النية وعندما يتفق الطرفان على إبرام عقد بيع بدون تحديد الثمن فإنه يقع اعتماد الثمن المعقول في تاريخ التسليم¹⁹³.

ويبدو أن فقه القضاء الفرنسي تأثر بهذا الاتجاه إذ صدر قراران هامان عن الدائرة الأولى لمحكمة التعقيب الفرنسية بتاريخ 29 نوفمبر 1994 (Arrêts ALCATEL) يشكلان تحولاً حقيقياً في موقف فقه

CORBISIER, La détermination du prix dans les contrats (191) commerciaux, op. cit. p. 786.

- STRAUCH et C. W NEU MAN, La détermination du prix et (192) autres prestations en Droit Allemand des contrats, in Dr. et prat. dr. corn. inter. 1980, T.2, p. 133.

- J.A. JOLOWICZ, Droit Anglais, Dalloz 1986, n. 218 et suiv.

B. GROSS et PH. BIHR, Contrats, T.I. 1993 PUF. p. 134. (193)

القضاء في مسألة بطلان البيع لعدم تعيين الثمن¹⁹⁴ وفعلا اعتبرت محكمة التعقيب في هذين القرارين أن البيع ليس باطلا رغم أن العقد تضمن أن الثمن يحدد من جانب واحد وهو البائع اعتمادا على تعريفته على شرط أن يتم ذلك بحسن نية وعدم التعسف في هذه الوضعية واستغلالها وتخضع هذه المسألة لرقابة المحكمة حتى لا يتعسف أحد الطرفين عن سوء نية في النفوذ الممنوح له مع إقرار جبر الضرر الذي قد يلحق المشتري عندما يصدر عن البائع تعسف¹⁹⁵.

206 - وأخيرا حسمت الجلسة العامة لمحكمة التعقيب الفرنسية هذا الموضوع في أربعة قرارات هامة صدرت في غرة ديسمبر 1995 وأقرت أنه عندما ينص العقد على إتفاق الطرفين على إبرام عقود لاحقة لضبط الثمن فإن عدم تحديده في عقد البيع الأصلي لا ينال من صحته إلا إذا وجدت أحكام قانونية خاصة وأن التعسف في تحديد الثمن من طرف البائع يستوجب الفسخ أو التعويض والملاحظ أن هذه القاعدة تنطبق على العقود الإطارية للتوزيع (Les contrats-cadre de distribution)

M.A. FRISON, Le choix de l'annulation comme sanction de (194 l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences : Petites affiches 8 déc. 1993 n°147 p. 14.

- M. BEHAR-TOUCHAIS, La structure du contrat cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application, J.C.P. 1994. d. G, I, 3800.

- L. AYNES, L'indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse, D. 1993, Chr. p. 25. 1er civ, 29 nov 1994, (GILLES C / Sté ALCATEL) (195 1er civ, 29 Novembre 1994, (sté GST-ALCATEL C/KOBLOTH) J.C.P. 1995, II. 22371 note J. GHESTIN.

وبذلك لم يعد عدم تعيين الثمن في هذه العقود موجبا للبطلان¹⁹⁶ ويبدو أن فقه القضاء الفرنسي استقر على هذا الاتجاه الجديد من ذلك القرار التعقيبي المؤرخ في 11 جوان 1996¹⁹⁷ وأنه يجوز في هذا الصنف من العقود ضبط الثمن من جانب واحد الأمر الذي قد يبدو مخالفا للفصل 121 من مجلة الالتزامات والعقود.

لكن التحول الذي شهده فقه القضاء الفرنسي في القرارات الجديدة المذكورة أعلاه يجعله يلتحق بالاتجاه السائد في عدة قوانين أوروبية كما يتنزل في نطاق تنفيذ العقود مع كامل الأمانة على معنى الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود والذي يقابله في القانون الفرنسي الفصل 1134 من المجلة المدنية¹⁹⁸ وفي هذا السياق أقرت محكمة التعقيب الفرنسية في قراري ALCATEL الصادرين في 29 نوفمبر 1994 والمشار إليهما أعلاه أنه على الطرف الذي بإمكانه ضبط الثمن من جانب واحد عدم التعسف في الامتياز الممنوح له في الزيادة في تعريفته لغاية الحصول على منفعة غير شرعية والحقيقة أن ما انتهت إليه القوانين الأجنبية وفقه القضاء الفرنسي فيما يتعلق بحسن نية البائع

Ass. Plénière de la cour de cassation, 1er décembre 1995 D. (196 1996, 13, note L. AYNES et M. JEOL.

- A. LAUDE, La détermination du prix dans les contrats de distribution D. AFF; 96 Chr. 3.

J.C.P. 1996, éd. G. II 22565 note J. GHESTIN

J.C.P. 1996, éd. E. II. 776 note L. LEVENEUR.

J. MESTR, R.T.D. civ. 1996. p. 153.

J. GHESTIN, "L'indétermination du prix entre passé et avenir", les petites affiches, 6 mars 1996, n. 29 p. 19.

Marie - EVE PANCRAZI - TIAN, La protection judiciaire du lien contractuel, P.U. d'Aix Marseille 1996, N. 58 et suiv.

Dalloz affaires 1996, 948.

YVES PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du (198 contrat, L.G.D.J. 1989.

وعدم التعسف والاستغلال متجذر في الفقه الإسلامي عن طريق ما يسمى "بياعات الأمانة" حيث يحتكم المشتري الى ضمير البائع ويضمن الى أمانته¹⁹⁹.

غير أن عدم التعسف والأمانة ليسا من شيم كل المتعاقدين ولعل هذا ما يحتم تعيين الثمن من الطرفين أو على الأقل جعله قابلا للتعيين.

الفقرة الثانية

الثمن القابل للتعيين

207 - لئن كان الثمن يحدد مبدئيا باتفاق الطرفين عند إبرام العقد وذلك بالتنصيص على مقداره الجملي والنهائي فإنه يمكن أيضا أن يكون الثمن قابلا للتحديد déterminable أي أنه يقع إرجاء تحديد الثمن في وقت لاحق لكن يجب في هذه الصورة أن يقع التنصيص في العقود على العناصر التي ستعتمد في ضبط الثمن ويشترط أن تكون الأسس التي سيتحدد بمقتضاها الثمن فيما بعد واضحة ومتفقا عليها مسبقا وغير مرتبطة بمحض إرادة أحد المتعاقدين حتى لا يصبح الأمر رهين مشيئة طرف واحد كما أسلفنا فإذا صار تحديد الثمن متوقفا على إرادة طرف واحد فإن البيع يكون باطلا استنادا للفصل 121 من مجلة الالتزامات والعقود واجمع جل الشراح على هذا القاعدة²⁰⁰ رغم أن

199) أنظر حول بياعات الأمانة : الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج 2 ص. 154 وما بعدها.

200) J. GUESTIN, L'indétermination du prix dans la vente et la condition potestative, D. 1973, Chr. 293.

- مصطفى منصور : مذكرات في القانون المدني - العقود المسماة 1957 ص. 54.

- اسماعيل غانم : مذكرات في العقود المسماة 1958 ص. 78.

فقه القضاء الفرنسي أقر مبدئيا صحة البنود المتضمنة تحديد الثمن من جانب واحد وقد سبقت الإشارة إليه²⁰¹.

ويقطع النظر عن هذا التحول الهام في فقه القضاء الفرنسي فالمفروض أن يكون تحديد الثمن مبنيا على أسس وطرق موضوعية واضحة وهي تتخذ عدة مظاهر نذكر منها ما يلي :

أ) اعتماد سعر السوق Prix du marché

208 - نص الفصل 579 من مجلة الالتزامات والعقود على امكانية اعتماد "متوسط اسعار السوق إذا كان ثمن المبيع يتغير فإن كان متغيرا حمل المتعاقدان على أنهما اعتمادا متوسط الثمن الواقع".

إن هذا الفصل يعوزه الوضوح ويشير تطبيقه بعض الصعوبات فالمشرع لم يحدد تاريخ قائمة أسعار السوق التي يجب اعتمادها في تحديد الثمن فهل يقع الرجوع الى أسعار السوق في تاريخ إبرام العقد أو تاريخ تسليم المبيع للمشتري ؟ وتزداد أهمية هذا السؤال إذا كانت المدة الفاصلة بين التاريخين طويلة وتغيرت خلالها الأسعار ارتفاعا أو إنخفاضا. لقد أجابت محكمة التعقيب على هذا السؤال في قرارها الهام الصادر عن الدائرة الخامسة عشرة بتاريخ 24 جوان 1996 عدد 1341 وتضمن أنه "قد يتفق المتبايعان على أن يكون الثمن هو سعر السوق وهنا الثمن غير مقدر ولكنه قابل للتقدير إذ يمكن تسديره بالرجوع الى سعر السوق في المكان أو الزمان الذي

PH. LE TOURNEAU, Loïc CADIET, Droit de la (201) responsabilité, Dalloz, 1996, n°3172.

يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري . . . * (قرار غير منشور). ولقد تبني المشرع المصري هذا الاتجاه بالمادة 423 من القانون المدني التي نصت على أنه "إذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك أن يكون الثمن هو سعر السوق في المكان والزمان الذي يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري . . . *".

والمفروض وجود قائمة موضوعية لأسعار السوق وهذا متوفر عادة إذ أن السلطة الإدارية تراقبها وتتدخل عند الإقتضاء في ميدان الأسعار عندما ترتفع بصفة مشطة استندا إلى أحكام الفصل 3 من قانون المنافسة والأسعار.

غير أن الفصل 579 من مجلة الإلتزامات والعقود ميز بين حالتين أولهما إذا كان ثمن المبيع لا يتغير وثانيهما تغير الثمن وفي هذه الصورة يعتمد متوسط الثمن وهذا يذكرنا بأحكام عدة قوانين أجنبية حديثة التي تتحدث عن "الثمن المعقول".

ب) اعتماد قائمة المزود

tarif du fournisseur ou prix catalogue

209 - في هذه الحالة يتفق الطرفان على أن يتولى البائع تحديد الثمن وهذه الطريقة معمول بها في اتفاقيات التوزيع وكثيرا ما تتضمن بطاقة الطلب bon de commande التي يضيها المشتري مع التنصيص على أن الثمن يكون حسب تعريفه المتعهد (البائع) في تاريخ التسليم ويرى جانب من فقه القضاء أن مثل هذا البند غير صحيح لأنه يجعل تعيين الثمن مرتبطا بإرادة البائع وحده²⁰² رغم أن هذا الأخير قد لا

Cass 14 juin 1988, Gaz Pal., 1988, 2, 828, note CALVO. (202)

تكون له الحرية الكاملة في ضبط الثمن إذ يخضع لتواعد المنافسة سم أن الثمن الذي يحدده ينطبق على جميع حرفائه وكأنه يصبح سعر السوق²⁰³ ويقع اعتماد هذه الطريقة أيضا في بيع السيارات الجديدة إذ عادة ما يتبع التنصيص على أن الثمن المبيّن بطاقة الطلب هو على سبيل الذكر وأن ثمن الفاتورة هو المعمول به في تاريخ التسليم.

وبصفة عامة فإن بند اعتماد قائمة المزود أثار جدالا كبيرا بين شراح القانون الفرنسيين في عقود التوزيع Contrats de distribution وكذلك في عقد الامتياز والتزود الحصري Contrat de franchissage رغم أن القرارات الأربعة الصادرة عن الجلسة العامة لمحكمة التعقيب الفرنسية في غرة ديسمبر 1995 والتي سبقت الإشارة إليها بتت في الإشكاليات المطروحة وأقرت امكانية تحديد الثمن من جانب واحد²⁰⁴.

ج) اعتماد بند السلم المتغير *Clause d'échelle mobile*

210 - تحسبا لما قد يحصل من تقلبات اقتصادية هامة وتخفيض في قيمة العملة يلتجئ المتعاقدون إلى إدراج أنواع مختلفة من البنود لحماية مصالحهم من انعكاسات ذلك على التزاماتهم وحقوقهم ومن بين الوسائل المستعملة بند السلم المتغير أو البند التأشير *Clause d'indexation* وبمقتضاها يقع تعديل المبلغ المنصوص عليه في العقد اعتمادا على مؤشر نقدي أو

(203) - B. GROSS et PH. BIHR, contrats, T.I., p. 138 - 139

- G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de Droit commercial L.G.D.J. 1992, T. II, n°2504.

JEROME HUET, Droit civil, les principaux contrats, L.G.D.J. (204) 1996 n°11193.

اقتصادي indice économique ou monétaire ولقد أقر المشرع التونسي امكانية توخي هذه الطريقة في تعديل الأكرية التجارية بالفصل 26 من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977. وبالنسبة لعقد البيع كثيرا ما يدرج المتعاقدون مثل هذه البنود في صفقات التوريد التي تمت تنفيذها على عدة سنوات وقد تطرأ أثناءها تغيرات اقتصادية هامة.

ويتخذ بند السلم المتغير عدة أشكال إذ قد يقع ربط تعديل الأسعار بتطور المؤشر المتفق عليه مثل ربط الثمن بسعر بضاعة ما وتكاليف خدمات أو أجرة اليد العاملة في قطاع معين وقد يقع الاتفاق على اعتماد مؤشر قيمة الذهب Clause or ويتمثل ذلك في التزام أحد الطرفين بأن يؤدي عند حلول أجل الخلاص بالعملة المتفق عليها ما يعادل كمية معينة من الذهب كما يمكن أيضا اعتماد عملة أجنبية في حساب المقدار الواجب دفعه لكن مثل هذا البند يبدو مخالفا لأحكام الفصل 21 من مجلة الصرف والتجارة الخارجية الذي نص في فقرته الثانية على أنه "يحجر على كل متسلم الأخذ بالتزام إزاء مقيم آخر في نقد غير الدينار إلا إذا رخص البنك المركزي التونسي بذلك بعد استشارة وزير المالية ويجب أن يكون الدينار في نفس الوقت وسيلة للحساب وللدفع" كما نصت الفقرة الأولى من الفصل الرابع من القانون عدد 58 - 109 المؤرخ في 18 أكتوبر 1958 على أنه "يجب أن تحرر كل أنواع الإلتزامات بحساب الدينار".

وتطرح مثل هذه البنود مشكلتين أولهما يتعلق بمدى صحتها وثانيهما يخص تحمل خطر الصرف من قبل أحد الطرفين في صورة إرتفاع أو انخفاض قيمة العملة الأجنبية المعتمدة في حساب المبالغ الواجب دفعها وعرض هذا الإشكال على القضاء التونسي عند النظر

في عدة قضايا موضوعها نزاعات نشأت حول تنفيذ عقود قروض تضمنت بنودا اتخذت عملة أجنبية كمرجع لتقدير قيمة الدين الواجب تسديده مما أدى إلى إرهاب كاهل المقترض الذي أصبح ملزما بإرجاع نحو مائة وعشرين بالمائة من أصل الدين.

211 - وتباينت مواقف فقه القضاء إزاء هذه المسائل وظهر اتجاه اعتبرها بنودا باطلة لأنها مخالفة للفصل 1090 من مجلة الإلتزامات والعقود وكونها بمثابة عقود مقامرة على معنى النصوص من 1452 إلى 1455 من نفس المجلة وصدرت في هذا الاتجاه ثلاثة قرارات استئنافية عدد 77803 و 77804 و 77806 بتاريخ 22 فيفري 1989 عن محكمة الاستئناف بتونس غير أن محكمة التعقيب اعتبرت تلك البنود صحيحة وذلك في قرارها عدد 24631 الصادر في 14 ماي 1992 (غير منشور) معللة رأيها بأن البنك المركزي رخص في تلك العمليات وأن الأمر لا يتعلق بعقود مقامرة بمقولة "إن البنك (أي المقترض) لم يضارب على تقلب سعر الصرف ولم يحقق ربحا مصدره الحظ وإنما قام بعمل منتج تسلم بمقابلته العمولة المتفق عليها لا غير" وأن "مقتضيات الفصل 1090 لا تهتم النظام العام" ويجوز الاتفاق على خلافها لأنها "تكميلية لإرادة المتعاقدين ترمي أساسا إلى إبعاد المراجعة القضائية لشروط تسديد القرض". ويؤخذ مما تقدم أن البنود التفاضية باعتماد قيمة عمله أجنبية في حساب المبالغ الواجب أدائها جائزة إذا رخص فيها البنك المركزي²⁰⁵.

205 (أنظر حول هذا الموضوع :
- السيدة صباح رمضان ، خطر الصرف في فقه القضاء التونسي . مجلة القضاء
والشرع 1992 ع 10 ص 33.

212 - وفي العقود الدولية يمكن للطرفين إدراج بند يقضي بمراجعة الثمن إذا حدثت تغييرات هامة في المعطيات التي على أساسها تعاقدتا حتى تتلاءم التزاماتهما مع الظروف الجديدة وتسمى تلك البنود بنود الصيانة أو الوقاية والمراجعة أو الإنصاف.

Claus de sauvegarde ou de hardship ou de révision, d'équité.

ويعتقد أن هذه البنود يتفاوض الطرفان من جديد حول الثمن لتعديله تمسها مع التغييرات الجديدة التي تسبب في انخراط التوازن في التزامات الطرفين ويجب أن تكون التغييرات جوهرية²⁰⁶.

213 - ويمكن أيضا إدراج بنود للمراجعة الآلية للأسعار Clauses de révision automatique des prix بموجبها يقع تعديل الثمن أليا كلما حصلت تغييرات في تكاليف النقل أو التأمين أو اليد العاملة أو المواد الأولية وهذا الصنف من البنود يحمي مصالح الطرفين مالم تكن الأسعار خاضعة لتأثير الحكومة وهو معمول به بالخصوص في التجارة الدولية²⁰⁷.

L'adaptation des contrats internationaux aux changements de (206 circonstance : la clause de hardiship, J. CLUNET, 1975, 795.

FONTAINE et autres, La clause de hardship, Droit et pratique du commerce international 1976.

- FOUCHARD, L'adaptation des contrats à la conjoncture économique, Rev. de l'art. 1979, 67.

- J. GHESTIN, M. BILLIAU, Le prix dans les contrats de longue durée, L.G.D.J. 1990.

- M.B. TESIC , les clauses de révision de prix dans les (207 contrats de commerce international, Paris 1961.

-ANSELME RABINOVITCH, Clauses monétaires dans un contrat international, Banque, 1966, 839.

214 - أما في العقود الأخرى غير الدولية فإنه لا وجود لأحكام عامة تنظم مسألة مراجعة الثمن ويبقى الأمر خاضعا لإرادة الطرفين.

215 - لكن المشرع تدخل في بعض الميادين الخاصة نذكر منها البعث العقاري فقد نص الفصل 11 مكرر من القانون عدد 17 المؤرخ في 26 فبراير 1990 المنقح بالقانون عدد 76 المؤرخ في 2 أوت 1991 على أنه يكون الباعث العقاري ملزما بإتمام البيع وفق الثمن المتفق عليه بوعده البيع في صورة قيامه بتغييرات على المشروع والتي من شأنها أن تسبب في ارتفاع اثمان المساكن بنسبة تفوق الارتفاع الناتج عن تقلبات الأسعار غير أن الفصل 14 من كراس الشروط العامة للبعث العقاري المصادق عليه بالأمر عدد 1330 المؤرخ في 26 أوت 1991 خول للأطراف المتعاقدة الاتفاق على صيغة مراجعة اثمان البيع في المدة الفاصلة بين تاريخ إمضاء وعد البيع وتاريخ التسليم وأعطى نفس الفصل للإدارة إمكانية تغيير صيغة وطرق حساب مراجعة اثمان البيع لكن هذه إمكانية منحصرة في "المشاريع المرشحة للإنتفاع بالامتيازات المخصصة للسكن الاجتماعي أو ذي الأولوية". وفي هذه الصورة يقع الأخذ بعين الاعتبار التغييرات الحاصلة في مستوى اشغال الهندسة والبناء ودون تكلفة الأرض والدراسات التي تبقى قارة. ولا يمكن العمل بهذه الصيغة إلا إذا بلغ مقياس تقلب أسعار البناء مقدار 3 بالمائة في الزيادة أو النقصان.

216 - وتخضع الصفقات العمومية للأمر عدد 442 لسنة 1989 المؤرخ في 22 أبريل 1989 المنقح بالأمر عدد 1812 لسنة 1996 المؤرخ في 7 أكتوبر 1996 ويمكن أن يكون الثمن فيها ثابتا أو قابلا

يكون الثمن في البيع عادلا غير أن هذا يعني ضرورة وجود تناسب تام بين القيمة الحقيقية للمبيع والثمن المتفق عليه إذ لا ننسى أن البيع عقد رضائي بالدرجة الأولى يعتقد بحصول الاتفاق على الثمن والمثمن ويتم ذلك بعد مفاوضات بين الطرفين كما أن قاعدة العرض والطلب وحاجيات المتعاقدين تؤثر في ضبط الثمن إرتفاعا أو إنخفاضا فقد تدعو الحاجة شخص الى بيع شيء ما بثمن زهيد وقد يشتري شخص ما هو في حاجة إليه بثمن باهض وقد يؤثر كساد السوق أو نفاقه في الأسعار على أنه مهما كانت العوامل المؤثرة في الثمن فإنه يجب ألا يكون تافها إلى درجة أن يصبح بمثابة المعدوم أو الاعتقاد بأن البائع لم يقصد البيع الحقيقي وقبض مقابل المبيع.

وتثير مسألة تفاهة الثمن اشكاليات قانونية سواء من حيث مفهومها أو انعكاساتها على مآل البيع وطبيعته.

أ) مفهوم تفاهة الثمن

219 - يرى بعض الفقهاء²¹¹ أنه لا يكفي أن يكون الثمن ضعيفا جدا أو رمزيا لكي يعتبر تافها موجبا للبطلان من ذلك أن البيع بثمن رمزي قدره دينار أو مائة مليم لا يعتبر بيعا بثمن منعدم فقد تبرم بين مؤسسات حكومية بيوعات عقارية بأثمان رمزية (مليم أو دينار) ومع ذلك تكون صحيحة²¹² أو تقع احالة أسهم في شركة بثمن رمزي ويتحمل المشتري ديون الشركة تقدر بمبالغ محددة

- B. GROSS et PH. BIHR, Contrats, p. 129. (211)

- Charles FREYRIA, Le prix de vente symbolique - Recueil (212) Dalloz 1997. chron. p. 51.

أو عندما تتم الإحالة مقابل الحلول محل كفيل أو تفقد الأسهم المحالة كل قيمة نظرا للخسائر الفادحة التي لحقت المؤسسة²¹³.

ويرى بعضهم أنه عندما يكون الثمن زهيدا دون أن يكون تافها فإن العقد يصبح هبة غير مباشرة donation indirecte وهي تختلف عن الهبة المستترة donation déguisée فهذه الأخيرة تنطوي على كذب وتوليغ في حين أن الأولى مبناه منح امتياز بواسطة عقد بعوض يعوزه التوازن بين التزامات الطرفين وهذا الإنخرام مقصود²¹⁴.

ويرى فقه القضاء الفرنسي أنه إذا كان الثمن تافها وكانت نية التبرع تحدد البائع فإن العقد ينقلب الى هبة غير مباشرة أو مستترة ولا يعتبر بيعا باطلا لانعدام الثمن²¹⁵ إلا أنه لا يمكن أن يصبح العقد هبة إلا إذا توفرت أركان الهبة وشكلياتها المنصوص عليها بمجلة الأحوال الشخصية فإذا أبرم كتب خطي وكان الثمن تافها فإنه لا ينقلب الى هبة لعدم تحريره بحجة رسمية.

ولعل من أهم الصعوبات المطروحة التمييز بين الثمن الزهيد والثمن التافه والثمن الجدي وفي هذا السياق يرى بعض الشراح أنه يكون الثمن جديا عندما لا يكون تافها والثمن التافه هو الذي يكون غير

(213) - B. GROSS et PH. BIHR, op. cit. p. 129.

- Com., 3 janvier 1985, J.C.P. ed. E. 1985, I, n°14265. Rev. Trim. dr. com. 1986, p. 520 obs. Cl. CHAMPAUD et P. LE FLOCH.

- B. GARRIGUES, La cession contre - prestation du franc symbolique, Rev. trim. dr. civ. 1991, p. 459.

- TH. LAMBERT, le prix de cession des actions et parts sociales, th. dactyl., Nancy 1991.

PII. MALAURIE, L. AYNES, Les contrats spéciaux, édition (214) 1993 - 1994 n°219.

Civ. I, 22 Oct. 1975, B.I. n°288 (215)

موجود أو منخفضا انخفاضا فادحا. لكن هذا التعريف منازع فيه إذ أنه لا يمكن الخلط بين الثمن التافه والثمن غير الموجود ففي الحالة الأولى هناك ثمن متفق عليه ومذكور في العقد لكن لا يتناسب إطلاقا مع القيمة الحقيقية للمبيع بينما في الحالة الثانية لا وجود لأي ثمن رغم أن تهاة الثمن هي بمثابة فقدانه ولكنه موجود وإذا كان الثمن تافها دون أن تكون للبائع نية التبرع فهل يجوز له المطالبة بإبطال البيع على أساس الغبن؟

ب) الغبن في البيع

220 - هل يجوز للبائع أن يطلب إبطال البيع من أجل الغبن أي عندما يبيع بثمان بخس لا يتماشى مع القيمة الحقيقية للمبيع؟

بالرجوع إلى مجلة الالتزامات والعقود يتجلى أن المشرع لم يتعرض للغبن في البيع إذ أنه عالج موضوع الغبن في القواعد العامة المتعلقة بالالتزامات بوجه عام فقد نص الفصل 60 على أن "الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا تسبب عن تغير العاقد الآخر أو من نائبه أو ممن نابه في العقد عدا ما استثنى بالفصل الآتي". وهذا الفصل يذكرنا بأحكام المادة 357 من مجلة الأحكام العدلية.

وجاء بالفصل 61 أن الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغير من معاقده الآخر والغبن في هاته الصورة هو ما كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث.

ويؤخذ من هذين الفصلين أنه إذا انطوى البيع على غبن ولو كان فاحشا فإنه لا يمكن فسخه إذا كان الطرفان رشيدين ويتمتعان بالأهلية القانونية التامة للتعاقد ولم يصدر عن أحدهما أي تغير على معنى الفصل 56 من مجلة الالتزامات والعقود فالغبن لا يكون موجبا للفسخ في هذه الحالة إلا إذا كان مقترنا بالتغير ومعلوم أنه إذا توفر هذا العنصر فإنه كاف وحده لفسخ العقد ولو انعدم الغبن الأمر الذي يجعل نطاق تطبيق الفصل 60 محصورا جدا بل يكاد يكون هذا الفصل عديم الجدوى إذ حتى ولو اثبت البائع أنه باع ممتلكاته بثمان زهيد جدا فإنه لا يتمكن من الحصول على حكم بفسخه مالم يثبت أنه ذهب ضحية تغير صادر عن المشتري.

221 - أما إذا كان البائع صغيرا أو عديم أهلية التصرف فإنه يمكن فسخ العقد إذا انطوى على غبن شريطة أن يكون الفرق بين القيمة الحقيقية للمبيع والثمن المنصوص عليه بالعقد أكثر من الثلث طبق أحكام الفصل 61 من مجلة الالتزامات والعقود الذي أقر امكانية الفسخ ولو تم العقد بحضور الولي ومعلوم أن الفصل الخامس من مجلة الالتزامات والعقود نص على أن الصغير الذي لم يتجاوز ثلاث عشرة سنة كاملة ليست له أهلية التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليه. ويمكن القول إن الفصل 61 من مجلة الالتزامات والعقود هو استثناء للقاعدة الواردة بالفصل 60 من نفس المجلة الذي أقر عدم امكانية الفسخ من أجل الغبن وهذا المبدأ مستمد من الفقه الإسلامي فالفصل 356 من مجلة الأحكام العدلية نص على أنه "إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغير فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم".

222 - وفعلًا يرى الحنفية أنه ليس للغبن الفاحش وحده أثر على العقد فلا يجيز رد المعقود عليه أو فسخ العقد إلا إذا انضم إليه التغرير (أي وصف المبيع بغير حقيقته) باعتبار أن الغبن الذي لا يكون مصحوبًا بخديعة يدل على تقصير المغبون²¹⁶ ويرى الحنابلة أن الغبن الفاحش يؤثر في العقد فيجعله غير لازم بينما ذهب الشافعية إلى القول بأن الغبن الفاحش لا أثر له في التصرفات سواء رافقه تغرير أم لا.

223 - وتوخت جل التقنيات العربية نفس المنهج الذي أقره المشرع التونسي متأثرة في ذلك بالفقه الإسلامي من ذلك المادة 393 من التقني المدني السوري التي أجازت للبائع المغبون المطالبة بتكملة الثمن إذا كان المبيع على ملك شخص عديم الأهلية وكان في البيع غبن يزيد عن الخمس ونصت على نفس القاعدة المادة 425 من التقنين المدني المصري والمادة 414 من القانون المدني الليبي وتضمن الفصل 56 من مجلة الالتزامات والعقود المغربية نفس أحكام الفصل 61 في تشريعنا. وتوخى المشرع الجزائري اتجاهًا طريفًا يختلف كليًا عن التقنيات العربية إذ نصت المادة 358 من القانون المدني على أنه "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أضعاف ثمن المثل ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع". ووضح أن المشرع الجزائري لم يشترط أن يكون البائع المغبون صغير السن أو عديم الأهلية أو أن يكون الغبن مصحوبًا بتغرير ونصت المادة 146 من القانون المدني الأردني على أن "الغبن الفاحش في العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقويم القومين".

(216) الدكتور وهي الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ج. 4 - ص. 221 - 224 نشر دار الفكر.
- الدار المختار ورد المختار ج 4 - ص. 166.

ولم يتعرض المشرع الأردني لأحكام دعوى...
العقارات والمنقولات²¹⁷ وأقر المشرع العراقي في المادة 124 من القانون المدني البطلان كجزاء للغبن الفاحش.

وجاء بالمادة 214 من قانون الموجبات والعقود اللبناني أن "الغبن لا يفسد في الأساس رضى المغبون ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للبطلان... إذا كان المغبون قاصراً وأقر المشرع الفرنسي أحكاماً خاصة بالغبن في البيع بالفصول من 1674 إلى 1685 من المجلة المدنية إلا أنه وضع جملة من الشروط لكي يتمكن البائع من المطالبة بفسخ العقد بسبب الغبن ومن أهمها أن يكون المبيع عقاراً وأن يكون الفارق بين الثمن المتفق عليه وقيمة المبيع يزيد عن 7 أجزاء على 12 جزء أي أكثر من نصف القيمة ويجب رفع الدعوى في أجل عامين.

224 - وأثار موضوع الغبن جدلاً هاماً بين شراح القانون وظهرت عدة اتجاهات ونظريات والرأي السائد أن الغبن ليس وحده سبباً لإبطال البيع إذ أنه يفترض وجود عيب في الرضا مثل الإكراه أو التغرير أو الغلط لكن هذا الرأي صار اليوم مهجوراً ويرى اتجاه ثان أن الغبن يفترض وجود خطأ المستفيد منه الذي قد يكون استغل عدم تجربة أو طيش المتعاقد معه أو حتى الفاقة التي ألمت بالبائع واجبرته على البيع ولقد كرّس المشرع التونسي هذه النظرية في الفصل 301 من المجلة الجنائية الذي نص على تسليط عقاب بالسجن مدة ثلاثة أعوام وخطية على "كل من انتهز فرصة قلة تجربة شخص ليس له حق التصرف في أمواله أو استغل طيش أو حاجيات ذلك الشخص فحمله على الإمضاء برقعة مالية أو غيرها المقيدة لأملكه".

(217) د. منذر الفضل ود. صاحب الفتلاوي: شرح القانون المدني الأردني المعقود المسماة 1995 - ص. 82 نشر مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع - عمان.

225 - غير أن هذا الفصل لا يحمي إلا القصر أو عديمي الأهلية الذين لا يمكنهم أن يتصرفوا في ممتلكاتهم الأمر الذي يحد من نطاق تطبيقه وهذا خلافا لبعض التقنيات الأجنبية التي تضمنت أحكاما تحمي المتعاقدين الذين يقع استغلال طيشهم أو قلة تجربتهم حتى ولو كانوا رشداً إذ ثبت عدم التناسب بين الخدمات المسداة والمنافع المالية التي تقابلها وأقرت بطلان العقد أو امكانية طلب فسخه من قبل الطرف المغبون ونجد هذه القاعدة في القانون المدني الألماني (B.G.B.) الفصل 138²¹⁸ وفي مجلة الالتزامات السويسرية بالفصل 21²¹⁹ وباستثناء هذه الأحكام القانونية الأجنبية فإن المشرع التونسي لم يعتبر الغبن ولو كان فاحشاً سبباً لفسخ البيع أو إبطاله إلا إذا كان مقترناً بالتغريب كما أسلفنا وهو متأثر في ذلك بالفقه الإسلامي كما أن بعض الشراح يرون أن الأخذ بعين الاعتبار للغبن في البيع يتعارض مع مبدأ استقرار وأمن التصرفات القانونية واحترام التعهدات والمفروض أن كل متعاقد يدافع عن مصالحه ويتيح عن المواجهة بين المتعاقدين التوازن التعاقدي الذي قد ينخرم إذا كان الثمن في شكل جناية عمرية.

B. G.B.§. 138 : "Est nul tout acte juridique par lequel une personne en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui se fait promettre soit à elle-même soit à une autre personne, en contrepartie d'une prestation, des avantages patrimoniaux qui excèdent la valeur de cette prestation à un point tel que, compte tenu des circonstances, les avantages patrimoniaux sont disproportionnés avec la prestation d'une manière choquante". C.O. (Suisse) Art. 21 : "En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contrepartie de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience".

ج) البيع مقابل جناية عمرية

226 - قد لا يكون الثمن في البيع مبلغاً مالياً محدداً بل جناية يؤديها المشتري للبائع مادام هذا الأخير على قيد الحياة. ويشير هذا البيع اشكالا في القانون التونسي إذ لم يتعرض له المشرع ولم ينظمه خلافاً لبعض التقنيات الأخرى التي أقرته مثل القانون المدني الفرنسي (الفصل 1908) وتعرض المشرع المصري للمرتب مدى الحياة وخصص له عدة مواد من أهمها المادة 741 وجاء فيها : "يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي الي شخص آخر مرتباً دورياً مدى الحياة بعوض أو بغير عرض". وكذلك المادة 743 التي نصت على أن العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً...".

227 - إن وجه الإشكال الذي يطرحه البيع مقابل مرتب مدى الحياة يتمثل في أن العقد المبرم على هذا النحو قد يعتبر عقد غرر وبالتالي يكون باطلاً طبق الفصل 1452 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على أن "كل من التزم بدين من جهة مقامرة أو مراهنة كان التزامه باطلاً قانوناً لا عمل عليه".

228 - إن العقد الإحتمالي هو الذي لا يمكن تحديد ما سيأخذه كل واحد من المتعاقدين عند إبرام العقد لتوقف ذلك على أمر مستقبل غير معروف²²⁰ ففي صورة البيع مقابل جناية عمرية يصبح الثمن غير محدد مسبقاً إذ يتوقف ذلك على المدة المتبقية من حياة البائع التي لا يعرفها إلا الله. فالبيع يصبح منطوياً على المراهنة بالنسبة للطرفين فإذا طال عمر البائع يكون الغنم له بطول العمر طبعاً وكذلك بارتفاع الثمن أما

(220) د. محمد حسن قاسم : الموجز في عقد البيع . ص. 184 .

إذا توفي بعد إبرام البيع بمدة وجيزة يكون المشتري هو الغانم إذ يقتني المبيع بضمن بخس بل قد يكون تافها أحيانا²²¹.

229 - ولهذه الإعتبارات نظم المشرع الفرنسي البيع مقابل إبراد مرتب مدى الحياة وأقر شروط صحته بالفصل 1974 من المجلة المدنية فالبيع باطل إذا توفي البائع المنتفع بالجرأة العمرية يوم إبرام العقد وكذلك الشأن إذا كان مريضا زمن إبرام البيع وتوفي متأثرا بذلك المرض في ظرف عشرين يوما من تاريخ البيع ويتمثل أساس البطلان في انتفاء عنصر الاحتمال وانعدام سبب العقد. واعتبر فقه القضاء الفرنسي البيع باطلا لأن البائع كان مريضا عند إبرام العقد وعلى وشك الموت وكان المشتري على علم بذلك إذ أنه طيبه المباشر²²².

كما أن البيع يكون باطلا أيضا إذا كان مقدار الجرأة العمرية أقل من مداخيل العقار المبيع ففي هذه الصورة لا يدفع المشتري شيئا من ماله الخاص فهو يدفع الجرأة من غلة العين فكان العقد هبة مكشوفة وليس بيعا.

وصدر في هذا الاتجاه قرار عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 5 أبريل 1951 جاء فيه: "على فرض أن الإبراد المقرر في العقد مدى حياة البائع هو دون ربع المنزل المبيع وأن هذا يجعل الثمن معدوما فيعتبر العقد باطلا كبيع كان الحكم قد أقام قضاءه على أساس أن العقد في هذه الحالة هبة صحيحة شكلا لإفراغها في قالب بيع"²²³.

- V. VIATTE, "l'aléa dans les ventes d'immeubles à charge de rentes viagères" Gaz Pal, 1975 - 1 - Doct. 297.

- G. KLEIN, "aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager" R.T.D. civ. 1979. 13.

Civ, 3eme, 2 dec. 1992, cont. concurr. consom. Fev. 1993 (222 n°23 obs. L. LEVENEUR.

(223) مجموعة أحكام النقض س. 2 رقم 96 ص. 573.

- موقف القضاء التونسي من البيع مقابل جرأة عمرية

230 - من المعلوم أن المشرع التونسي بنى مؤسسة الجرأة العمرية سواء في قانون فواجع الشغل أو في مجلة الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر المادي في الطلاق (الفصل 31) لكن لم يتعرض للبيع بضمن في شكل إبراد مرتب مدى الحياة ويحق أن نتساءل عن موقف القضاء التونسي أمام هذا الفراغ التشريعي فهل يمكن اعتبار البيع باطلا لأنه عقد مقامرة أو لكون الثمن غير معين أم أنه بيع صحيح مادام الثمن موجودا وغاية ما في الأمر أنه يدفع في شكل جرأة عمرية؟

وبالرجوع الى فقه القضاء التونسي لم نعثر إلا على ثلاثة قرارات أولها يتعلق ببيع عقار مقابل جرأة عمرية دون أن تكون مسألة صحة هذا البيع مثارة بصف واضحة وأساسية على القضاء. فقد صدر قرار عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب بتاريخ 9 جوان 1975 تحت عدد 10585 (غير منشور على حد علمنا) تمثلت وقائعه في إبرام عقد بيع أرض فلاحية بضمن قدره أربعة آلاف دينار تم دفعه عند إبرام العقد مع التزام المشتريين في كتب خاص بأن يؤدوا للبائع في موفى شهر جويلية من كل سنة مدة حياته مبلغ ستمائة دينار وثلاثين قنطارا من القمح وتضمن العقد شرطا يقضي بفسخ البيع إذا أدخل المشتريان بالتزامهما ولما ماطلا في الوفاء في الأجل المضروب رفع البائع دعوى طالبا الوفاء فحكم لصالح دعواه وتم تنفيذ الحكم وبعد ذلك رفع دعوى ثانية موضوعها فسخ العقد لتحقيق الشرط الفاسخ استنادا للفصل 274 من مجلة الالتزامات والعقود فكانت المسألة القانونية المطروحة على القضاء هي معرفة ما إذا كان طلب الوفاء في الدعوى الأولى تنازلا عن طلب

الفسخ أم يجوز للمتفع بالشرط الفاسخ أن يتمسك به في أي وقت ولو بعد طلب الوفاء؟ وبقطع النظر عن الجواب على هذا السؤال والخارج عن نطاق هذا البحث فإن محكمة التعقيب ولئن أكدت أن الجراية العمرية هي جزء من الثمن فإنها لم تعتبر البيع باطلا ومعنى ذلك أنها تعتبره صحيحا خاصة وأن بطلان عقود الغرر هو بطلان مطلق يمكن للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها ولعل التنقيص في العقد على ثمن معين وتخصيص كتب مستقل للجراية العمرية جعل المحكمة لا تصرح بالبطلان.

أما القرار الثاني فقد صدر في 10 ماي 1983 تحت عدد 7009 وقد سبقت الإشارة إليه²²⁴ واعتبرت فيه محكمة التعقيب البيع باطلا لأن الثمن المنصوص عليه بالعقد صوري وأن الثمن الحقيقي هو جراية عمرية تعهد المشتري بادائها للبائعة لكن الطريف أن محكمة التعقيب أقرت بطلان البيع لأن الثمن فيه مبهم يتنافي وأحكام الفصل 579 من مجلة الالتزامات والعقود ولم تؤسس البطلان على كونه عقد غرر وصدر قرار تعقيبي ثالث عدد 41341 بتاريخ 24 جوان 1996 تمثلت وقائعه في بيع عقار بثمن قدره الف دينار فقط والتزم المشتري في كتب مستقل بالقيام بحاجيات البائع من مأكل وملبس إلا أنه لم يف بما تعهد به فرفع البائع دعوى طالبنا فسخ البيع والغاء مفعوله فحكم إبتدائيا لصالح الدعوى وأقرت محكمة الاستئناف الحكم الإبتدائي معتبرة البيع باطلا بناء على عدم تعيين الثمن عملا بالفصل 579 م.إ.ع. وأن التعهد تجاه البائع بالإنفاق والرعاية لا يعتبر مقابلا حقيقيا للمبيع ولا جزء من الثمن لكونه لم يدخل في كسب البائع ورفضت محكمة

(224) شريعة محكمة التعقيب 1983 ص. 238.

التعقيب الطعن المرفوع ضد القرار الاستثنائي متبينة ضمينا مستنداته معتبرة تفسير العقد وفهم مقصد المتعاقدين راجعا لاجتهاد محكمة الموضوع وتمنينا لو أن محكمة التعقيب بتت بصفة واضحة في هذه المسألة القانونية الهامة.

(د) إخفاء الثمن الحقيقي وإدارة الأداءات :

231 - إن إخفاء الثمن الحقيقي أو التنقيص منه من قبل المتعاقدين للتقليل من معالم نقل الملكية يعرضهم لمخاطر هامة منها أن الفصل 111 من مجلة معالم التسجيل والطابع الجبائي خولت للإدارة إذا اتضح لها أن الثمن المصرح به هو دون القيمة التجارية الحقيقية للأموال المحالة أن تطلب اجراء اختبار لضبط القيمة الحقيقية للمبيع سواء كان عقارات أو أصولا تجارية ويتم الاختبار بمجرد عريضة توجه الى رئيس المحكمة الابتدائية التي ترجع لها الأملاك بالنظر ويجب تقديم العريضة في أجل ثلاث سنوات بداية من تسجيل العقد وينخفض هذا الأجل إلى سنة واحدة إذا تعلق الأمر ببيع أصل تجاري وحدد الفصل 112 من نفس المجلة الاجراءات الواجب اتباعها كما يمكن أيضا لوزير المالية أن يمارس حق الشفعة لفائدة الخزينة في صور بيع عقارات أو حقوق عقارية أو أصول تجارية أو منابات في الشركات العقارية إذا بدت له أثمانها المصرح بها منقوصة (الفصل 113 من مجلة معالم التسجيل والطابع الجبائي) وكنا فصلنا القول في هذا الموضوع عند حديثنا عن الشفعة. وبقطع النظر عن الإشكاليات التي يثيرها ركن الثمن فإنه لا بد من حصول التراضي حوله حتى يتكون البيع.

الباب الثاني

تكوين عقد البيع

232 - يقتضي تكوين عقد البيع حصول التراضي بين البائع والمشتري على أركان البيع ومن أهمها الثمن والمثمن باعتبار أن البيع عقد رضائي بالدرجة الأولى. لكن هذه الرضائية ليست مطلقة إذ تكون أحيانا مقيدة لأسباب مختلفة فضلا على أنها تصبح غير كافية لإبرام العقد لأن المشرع فرض في بعض البيوعات شكليات معينة وأخيرا عادة ما تسبق إبرام البيع محادثات بين الطرفين قد تتجسم في إبرام اتفاقات تمهيدية تكون في شكل وعود بيع²²⁵.

J. SCHOMIDT, Négociation et conclusion de contrats, Dalloz (225 1982).

- M. GENINET, Thorie générale des avants-contrats en Droit privé th. Dactyl. Paris 1985.

B. GROSS, Pourparlers, Juris- Cl. contrats distribution Fasc. 20.

الفصل الأول

الرضائية في البيع

من المبادئ الأساسية التي يركز عليها عقد البيع مبدأ الرضائية (الفرع الأول) إلا أنه يمكن للطرفين إدراج بعض الشروط المتعلقة بالرضا (الفرع الثاني).

الفرع الأول مبدأ الرضائية في البيع

233 - يؤخذ من أحكام الفصول 564 و 580 و 583 من مجلة الالتزامات والعقود أن البيع هو عقد رضائي باعتبار أن تراضي الطرفين على الثمن والمثمن يجعل البيع تاماً مبدئياً ومحدثاً لآثاره القانونية وفي مقدمتها انتقال ملكية المبيع للمشتري وكذلك التبعات. وفي بعض الحالات لا يحتاج لصحة البيع وجود أي عنصر شكلي مثل الكتب وخاصة في بيع المنقولات إلا في الحالات الخاصة التي أقر لها المشرع أحكاماً معينة.

ويمكن تبرير هذه الخاصية الرضائية لعقد البيع بتحقيق سرعة المبادلات التجارية وتبجسيم حرية البيع والشراء غير أن لهذه الرضائية بعض الجوانب السلبية بالنسبة للمتعاقدین أنفسهم وبالنسبة للغير.

الفقرة الأولى

مبدأ الرضائية والمتعاقدين

234 - إن إتمام عقد البيع بمجرد التراضي يثير بعض الصعوبات فيما بين المتعاقدين خاصة إذا تم البيع بدون كتب ومن بينها مسألة معرفة الإرادة الحقيقية للطرفين وهذا يؤدي أحيانا إلى صعوبات في تأويل وفهم نواياهم ويرى بعض الفقهاء أنه في صورة شك حول نوايا المتعاقدين فإنه يجب أن يكون التأويل والتفسير لصالح المشتري لأن في عقد البيع يكون البائع دائما في موقف قوة فهو الذي يملئ شروطه على المشتري (qui vend le pot dit le mot).

235 - وقد نتج عن انعدام الكتب في البيع صعوبات أخرى تتمثل في مشكل الإثبات إذ قد يصعب إثبات وجود العقد خاصة وأن الفصل 473 من مجلة الالتزامات والعقود أوجب تحرير حجة رسمية أو غير رسمية لإثبات الالتزامات إذا تجاوزت قيمتها ثلاثة دنانير وأقر نفس الفصل عدم امكانية قبول البينة بالشهادة لإثبات الاتفاقيات التي من شأنها إحداث التزامات متعددة، قمتها المقدار المذكور كما أن انعقاد البيع بدون كتب قد يثير صعوبة في إثبات زمان إبرام العقد بصفة دقيقة ذلك أن البيع يتم عادة بتطابق العرض والقبول وأحيانا يكون من الصعب تحديد ساعة تطابق الإرادتين .

الفقرة الثانية

الرضائية والغير

236 - إن الآثار السيئة للرضائية في عقد البيع تظهر خاصة بالنسبة

للغير ضرورة أن ملكية المبيع تنتقل من البائع الى المشتري بدون علم الغير فالتراضي بين الطرفين يتم عادة بدون إشهار وهذه الوضعية تضر بالغير إذ يخشى أن يبيع البائع الشيء مرتين فيتضرر من ذلك المشتري الثاني الذي يجهل أن معاقده لم يعد يملك المبيع . ولعل هذه الآثار السيئة للرضائية جعلت المشرع يقر أحكاما لحماية الغير من ذلك أنه لا يمكن معارضته بالبيع في العقارات إلا إذا تم البيع بكتب مسجل بالقبضة المالية إذا كان العقار غير مسجل طبق الفصل 581 من م.أ.ع. وإذا رسم بالسجل العقاري إذا كان المبيع عقارا مسجلا طبق الفصل 305 من م.ح.ع فضلا على إقراره جملة من الشكليات في بيع المنقولات لحماية الغير وخاصة الدائنين .

ويقطع النظر عن سلبيات الرضائية في البيع فإن الرضا قد لا يكون حينيا ونهائيا إذ قد يبقى معلقا على شروط يتفق عليها الأطراف .

الفرع الثاني

الشروط الاتفاقية المتعلقة بالرضا

237 - يمكن للطرفين أن يتفقا على بعض الشروط المتعلقة بالرضا فلا يصبح البيع تاما الا بتحققها وكذلك الشأن بالنسبة لانتقال الملكية وقد تتخذ تلك الشروط عدة أشكال نذكر منها ما يلي :

الفقرة الأولى

بيع الخيار

238 - لقد تعرض المشرع التونسي لبيع الخيار بالفصل 700 من مجلة

الالتزامات والعقود وقد نص على أنه "يجوز البيع مع الخيار للبائع أو للمشتري في بته أو لا أثناء أجل معلوم على أن يصرح بهذا الشرط وقت العقد أو بفصل ملحق".

1- الطبيعة القانونية لبيع الخيار

239 - يمكن القول إن بيع الخيار هو بيع معلق على شرط تعلقي وفلا فقد أعطى المشرع نفسه هذا الوصف لبيع الخيار بالفصل 701 من مجلة الالتزامات والعقود وجاء فيه "إن البيع الواقع على هذه الصورة يعد بيعا وقف بته الى أن يصرح من له الخيار بإمضائه أو فسخه في الأجل المعين أو يقع منه ما يدل على أحدهما".

2- آثار بيع الخيار

240 - حدد المشرع بالفصل 703 الأجل الممنوح للطرفين لإتمام البيع أو العدول عنه وفلا يجب ممارسة الخيار في ظرف ثلاثين يوما من تاريخ العقد إذا كان المبيع عقارا وفي ظرف خمسة أيام إذا كان موضوع البيع من المنقولات أو الحيوان الداجن إلا أنه يمكن للطرفين الاتفاق على آجال أقل ولكن ليس لهما التمديد فيها.

وأثناء هذا الأجل تبقى غلة المبيع وما زاد فيه والتحق به موقوفة لتكون لمن يصير له الملك (الفصل 705). وإذا قرر من له الخيار انجاز البيع فإن العقد يعتبر تاما منذ تاريخ إبرامه ولا منذ تاريخ ممارسة الخيار وقد نص على ذلك الفصل 706 من مجلة الالتزامات والعقود.

أما إذا انقضى الأجل دون أن يختار من له الخيار اتمام البيع أو العدول عنه فإن ذلك يعد قرينة على الرضا بالبيع طبق الفصل 707 من مجلة الالتزامات والعقود.

وليس من الضروري أن تكون ممارسة الخيار صريحة إذ قد تكون ضمنية كأن يصدر عن المشتري ما يدل على أنه رضي بالشراء كالتصرف في المبيع تصرف المالك في ملكه قبل انقضاء الأجل.

وإذا قرر الطرف الذي له الخيار العدول عن البيع أو الشراء فإن آثار هذا القرار تنسحب على الماضي أي أن الطرفين يعودان الى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد وعندئذ يرجع كل طرف ما قبضه من الآخر على معنى الفصل 710 من مجلة الالتزامات والعقود وفي صورة وفاة المتعاقد الذي له الخيار قبل انقضاء الأجل فإن ورثته يحلون محله ويمارسون مكانه الخيار.

الفقرة الثانية

البيع المعلق على قبول المشتري للمبيع

241 - قد يتفق الطرفان على أن البيع لا يصير ناجزا إلا إذا قبل المشتري المبيع غير أن هذا القبول يكون عادة بعد القيام بعملية ما يقع التنصيب عليها بالعقد وقد تعرض المشرع لهذا الصنف من البيع بالفصل 586 من مجلة الالتزامات والعقود وقد نص على أنه "إذا وقع البيع بالكيل أو بالوزن أو بالعد أو بالوصف أو بشرط التجربة أو على شرط ذوق طعم المبيع فإن الأشياء المباعة تبقى في ضمان البائع وإن

صارت بيد المشتري مالم يقع كيلها أو وزنها أو عددها أو تجربتها أو ذوق طعمها أو اختبارها وقبولها من المشتري أو من نائبه .

ونستتج من هذا الفصل أن قبول المشتري للمبيع قد يتوقف على عدة عمليات مختلفة نذكر منها ما يلي :

1- البيع بشرط المذاق : Vente à la dégustation

242 - يمكن للمشتري أن يعلق قبوله للمبيع على ذوق طعمه ولئن حصر المشرع الفرنسي بالفصل 1587 من المجلة المدنية الأشياء التي يمكن أن يكون بيعها بالمذاق مثل الخمر والزيت فإن المشرع التونسي لم يحصر تلك الأشياء وكذلك الشأن بالنسبة للمشرع المصري بالمادة 422 من التقنين المدني وجاء فيها "إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل المبيع إذا شاء ولكن عليه أن يعلق هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف ولا يتعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلام" .

ويرى الأستاذ السنهاوري أن شرط المذاق لإنجاز البيع قد يكون صريحا أو ضمنيا وفي هذه الحالة الأخيرة يستخلص الشرط من طبيعة المبيع وعلى كل فإنه بإمكان المتعاقدين استبعاد شرط المذاق²²⁶.

243 - وفي البيع بالمذاق يحتفظ المشتري بإمكانية قبول أو رفض الشيء باعتبار أن البيع لا يصبح تاما الا عندما يصدر عن المشتري القبول وهو حر في ذلك لأن المقصود بالمذاق ليس التثبيت والتأكد من

(226) الرسيط في شرح القانون المدني ج. 4. ص. 137 - 136.

صلاحية الشيء للإستعمال بل التثبت من ملاءمة الشيء لذوق المشتري الشخصي دون الإلتجاء الى رأي الخبراء ومعنى ذلك أنه حتى إذا أكد هؤلاء أن طعم المبيع جيد فإن هذا الرأي لا يلزم المشتري مادام الذوق هو ذاتي يختلف باختلاف الأشخاص وهو لا يناقش (des goûts et des couleurs ne disputons pas) ولعل هذا ما يميز البيع بالمذاق عن البيع بالتجربة.

244 - واختلفت آراء الفقهاء حول الطبيعة القانونية لهذا البيع فذهب بعضهم الى أنه ليس بيعا أصلا بل هو مجرد وعد بيع ومن أنصار هذا الرأي الدكتور السنهاوري بدليل أن ملكية المبيع تنتقل الى المشتري لا من تاريخ إبرام البيع بل من تاريخ المذاق والقبول. وتبنى نفس الرأي الأستاذان L. AYNES et PH. MALAURIE²²⁷ في حين يعتبر الأستاذان ROBLOT et RIPERT أن الأمر يتعلق ببيع مشروط²²⁸.

ويرى الأساتذة مازو أن البيع بالمذاق باعتباره معلقا على قبول المشتري ليس بيعا معلقا على شرط تعليلي لأن هذا الشرط باطل لأنه ارادي وبالتالي فإن هذا البيع هو بمثابة وعد بيع من جانب واحد²²⁹.

2- البيع بالتجربة

245 - في البيع بالتجربة²³⁰ يبقى قبول المشتري للمبيع معلقا على

Les contrats spéciaux, 7ème éd. n. 106. (227)

G. RIPERT et R. ROBLOT, Droit commercial T.II 2513. (228)

MAZEAUD, Droit civil, 2ème éd. T. III n°915. (229)

L. LORVELLEC, L'essai dans les contrats, thèse, Rennes (230) 1972.

الفصل الثاني

الشكليات في عقد البيع

246 - لئن كان البيع عقدا رضائيا فإن المشرع أقر لوجود وصحة بعض البيوعات شكليات معينة ترمي أساسا الى حماية المتعاقدين أو الغير وتختلف تلك الشكليات باختلاف المبيع²³².

الفرع الأول

الشكليات في بيع العقارات

تتخذ الشكليات في بيع العقارات عدة مظاهر²³³ يمكن حصرها في عنصرين أولهما التراخيص الإدارية وثانيهما شكلية الكتب وكيفية تحريره.

J. SCHMIDT - SZALEWSKI, J.Cl., civ. , Art. 1582, nature et (232) forme de la vente, 1990 n. 56.

(233) جمال الصالحي : الشكليات في العقود العقارية ، مذكرة شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاصة كلية الحقوق تونس 1996.

F. JACQUOT, Du contrat de vente au droit de la vente, th. dacty. - Nancy 1988, n. 257 s.,

- J.F. ROBRE, La vente d'immeubles et ses formalités, journal des notaires , 1991, p. 1183.

- FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, Etudes Ripert, T. I. p. 93.

- GHERRIERO, L'acte juridique solennel, thèse, Toulouse 1975, L.G.D.J.

تجربته للثبوت من كونه صالحا للغرض المنشود ولا يصبح البيع ناجزا الا إذا أدت التجربة الى نتيجة ايجابية إلا أنه في هذا البيع ليست للمشتري الحرية المطلقة في القبول أو الرفض مثلما هو الشأن في البيع بالمذاق إذ يمكن للبائع أن ينازع في رأي المشتري إذا رفض الشراء. إلا أنه إذا تعلق الأمر بصفات ذاتية ينتظرها المشتري من المبيع فإنه يبقى حرا في تقدير ذلك وفي هذه الصورة يقترب العقد من البيع المعلق على شرط القبول²³¹.

ويرى فقه القضاء أن العديد من عقود البيع تشتمل ضمنا على شرط التجربة مثل شراء الملابس وشراء حصان أو كلب صيد أو سيارة قديمة.

ومبدئيا تتم التجربة بعد تسليم المبيع من طرف المشتري خلافا للمذاق الذي يتم قبل الشراء كما أن البيع بالتجربة هو بيع كامل معلق على شرط واقف أو شرط فاسخ ويكون ضمان المبيع على البائع قبل التجربة.

وإذا تمت التجربة وقبل المشتري المبيع فإن العقد يعتبر تاما منذ ابرامه.

François COLLART DUTILLEUL, PH. DELEBECQUE, (231) contrats civils et commerciaux, Dalloz 1991, n. 87.

الفقرة الأولى

الرخص الإدارية

247 - تخضع بعض البيوعات العقارية لتراخيص إدارية مسبقة تختلف باختلاف نوعية المبيع وصفة المتعاقدين.

1- رخصة الوالي ووزير أملاك الدولة والشؤون العقارية²³⁴

أوجب الأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 الترخيص في بعض العمليات العقارية لكي تكون صحيحة. وأدخلت على هذا النص عدة تعديلات بموجب قوانين نقحته أو تمته وهي القانون عدد 31 لسنة 1959 المؤرخ في 28 فيفري 1959 والقانون عدد 68 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959 والقانون عدد 121 لسنة 1959 المؤرخ في 28 سبتمبر 1959 والمرسوم عدد 13 لسنة 1961 المؤرخ في 8 أوت 1961 والقانون عدد 25 لسنة 1963 المؤرخ في 15 جويلية 1963 والقانون عدد 115 لسنة 1976 المؤرخ في 31 ديسمبر 1976.

- ميدان الرخصة الإدارية

248 - لقد أوجب الفصل الأول من هذا الأمر الحصول على رخصة والي الجهة الكائن بها العقار لصحة العقود المتعلقة بجميع

²³⁴ كان القانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان 1983 ينص على رخصة وزير الإسكان إلا أنه بمقتضى القانون عدد 20 لسنة 1992 المؤرخ في 3 فيفري 1992 أحلت صلاحيات وزير التجهيز والإسكان المتعلقة بأملاك الأجانب إلى وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية وبذلك أصبحت الرخصة من مشمولاته.

العمليات التي يكون موضوعها "نقل الأملاك بين الأحياء أو حق التصرف فيها وكذلك عمليات تقسيم الملكية سواء كان هذا التقسيم يشمل العقارات أو الحقوق العقارية الكائنة بالبلاد التونسية والمتعلقة بالأراضي الصالحة للزراعة وكذلك الأراضي الغير المبنية والغير المقسمة و المبنية" وعدد هذا النص العمليات التي تستوجب الترخيص فيها من طرف الوالي وهي :

- إحالة حقوق الملكية أو الإستغلال بعوض أو بدونه

- تكوين الحقوق الموظفة على العقار

- المساهمة في رأس مال الشركات

- الأكرية لمدة تفوق عامين

- القسمة الرامية الى احالة أو منح ملكية أو إستغلال العقارات التابعة لشركة.

- تكوين رهن.

- احالة الأسهم أو الرقاع أو حصص المؤسسين أو حصص الأرباح في الشركات التي يكون الغرض منها الأصلي أو الثانوي منها إستغلال الأراضي الفلاحية.

وأثار ميدان الرخصة الإدارية²³⁵ بعض إشكاليات فيما يتعلق ببعض العقود وخاصة احالة الأسهم في الشركات باعتبار أن تلك الأسهم

²³⁵ (الأستاذ الحبيب الشطي، دراسات في القانون العقاري ، 1996 ص. 89.

تعد منقولات قانونا في حين أن أمر 4 جوان 1957 يتعلق بالعمليات العقارية أساسا. غير أنه بعد ذلك أوجب هذا النص الترخيص مسبقا في بعض العمليات المنقولة منها إحالة الأسهم والحصص وشبهها في الشركات الفلاحية (القانون عدد 25 لسنة 1963 المؤرخ في 15 جويلية 1963) وكذلك إحالة الأسهم والحصص بأكملها في الشركات غير الفلاحية لشخص واحد (المرسوم عدد 13 المؤرخ في 8 أوت 1961).

249 - وطرحت أمام القضاء التونسي مشكلة دقيقة تتعلق بمدى وجوب التحصيل على الرخصة الإدارية في صورة إحالة أسهم أو حصص في الشركات المدنية والشركات التجارية سواء كانت ذات مسؤولية محدودة أو خفية الاسم إذا كانت تملك عقارات وكان من نتائج الإحالة نقل ملكية عقارية الى المحال له خاصة إذا كان أجنبيا - ويتمثل وجه الإشكال في أن الحصص والأسهم والرقاع في مختلف الشركات تعد منقولات حتى ولو كانت تلك الشركات مالكة لعقارات طبق الفصل 15 من مجلة الحقوق العينية في حين أن أمر 4 جوان 1957 والنصوص المتممة له يتعلق بالعمليات العقارية بالدرجة الأولى.

واعتبرت الوزارة الأولى ووزارة الداخلية في مکتوبهما المؤرخين على التوالي في 10 أوت و 8 سبتمبر 1984 الموجهين الى إدارة الملكية العقارية أنه لا بد من التحصيل على الرخصة الإدارية لصحة تلك الإحالات وتبنت نفس الموقف المحكمة الإدارية في قرارها عدد 1547 المؤرخ في 18 أفريل 1989 معتبرة أن إحالة الأسهم هي في

الواقع إحالة حقوق عينية متصلة بعقارات على ملك أجنبي وبالتالي يجب الترخيص فيها مسبقا من طرف السلطة المختصة. ولئن كان هذا الموقف لا يتماشى مع أحكام الفصل 15 من مجلة الحقوق العينية فإنه يتماشى مع روح وأساس أمر 4 جوان 1957 والنصوص المتممة له وكذلك مع آثار وحقيقة إحالة الأسهم أو الرقاع في الشركات المالكة لعقارات لأنه ولئن كانت الأسهم المحالة منقولات من زاوية مجلة الحقوق العينية فإنها تحمل في طياتها ملكية عقارات ومن الطبيعي أن تخضع للرخصة الإدارية كما أن فقه القضاء أقر وجوب التحصيل على الرخصة في دعاوى القسمة والشفعة وإتمام بيع إذ لا يجوز الحكم لصالح تلك الدعاوى إلا بعد الحصول على ترخيص مسبق.

ولئن توسع فقه القضاء في ميدان رخصة الوالي بسحبها على إحالة الأسهم والرقاع في الشركات المالكة لعقارات فإنه أقصى من ميدانها بعض العمليات التي لا تستلزم الترخيص فيها مثل الوصية²³⁶ والمساقاة²³⁷ والوعد بالبيع²³⁸.

250 - ونص أمر 4 جوان 1957 على إعفاء العمليات العقارية من رخصة الوالي إذا كانت لفائدة الدولة أو البلديات أو مجالس الولايات أو كل مؤسسة عمومية معينة لهذا الغرض من وزير

236 (القرار التعقيبي عدد 9842 المؤرخ في 29 ماي 1974 (نشرية محكمة التعقيب 1974 ج. 1. ص. 175).

237 (القرار التعقيبي عدد 10965 المؤرخ في 4 جوان 1974 (نشرية محكمة التعقيب 1974 ج. 2. ص. 198).

238 (القرار التعقيبي الصادر عن الدوائر المجتمعة في 30 جانفي 1976 عدد 12082 (مجلة القضاء والتشريع 1976 ع. 2 ص. 37).

الإسكان²³⁹ وكانت رخصة الولاية ضرورية لصحة العمليات العقارية المشار إليها أعلاه سواء كانت مبرمة بين تونسيين أو أجانب .

- اعفاء العمليات العقارية المبرمة بين التونسيين من الترخيص :

251 - صدر المرسوم عدد 4 لسنة 1977 المؤرخ في 21 سبتمبر 1977 والمصادق عليه بالقانون عدد 64 لسنة 1977 المؤرخ في 26 أكتوبر 1977 وقضى بإلغاء رخصة الولاية بالنسبة للعمليات العقارية التي يكون أطرافها تونسيين وبالتالي منذ ذلك التاريخ لم تعد تلك العمليات خاضعة للرخصة المذكورة ولكن لم يكن لمرسوم 21 سبتمبر 1977 أثر رجعي فالعقود المبرمة قبل صدوره بدون ترخيص تكون باطلة لكن صدر القانون عدد 38 لسنة 1992 المؤرخ في 27 أبريل 1992 ونص فصله الوحيد على أنه : تسري أحكام المرسوم عدد 4 المؤرخ في 21 سبتمبر 1977 على العمليات العقارية المبرمة بين الأشخاص التونسيين ماديين كانوا أو ذوات معنوية قبل تاريخ صدوره والتي لم تصدر في شأنها أحكام أحرزت على قوة ما اتصل به القضاء " وبموجب هذا القانون أعطى المشرع لمرسوم 21 سبتمبر 1977 مفعولا رجعيا بالنسبة للعقود المبرمة بين تونسيين إذ أقر صحتها ولو كانت بدون ترخيص من الوالي شريطة ألا تكون صدرت في شأنها

(239) يراجع حول رخصة الولاية :

- EZZEDDINE ARFAOUI, L'autorisation du gouverneur dans le contrat de vente immobilière, mémoire D.E.S. de Droit privé Faculté de Droit de Tunis 1976.

- M.K. CHARFEDDINE , Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, 1993.

- M.K. Charfeddine, les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, 1993.

الأستاذ الحبيب الشطي "دراسات في القانون العقاري 1996 ص. 89.

أحكام قضائية بآلة قاضية بإبطالها وبموجب هذا القانون وقع تصحيح العقود التي كانت باطلة بطلانا مطلقا باستثناء ما صدرت في شأنها أحكام قضائية الأمر الذي يبدو مخالفا لنظام البطلان المطلق ومبدأ المساواة وبذلك فإن رخصة الوالي لم تعد تهم إلا العمليات العقارية المتعلقة بأمالك الأجانب طبق الفصل الثاني من القانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان 1983 والمتعلق بالعقارات التي على ملك الأجانب والمبنية أو المكتسبة قبل سنة 1956 .

252 - وقد أوجب هذا القانون الحصول مسبقا على رخصة الوالي وترخيص من وزير املاك الدولة والشؤون العقارية (وزير الإسكان سابقا) لكي يكون العقد صحيحا. ضرورة أن رخصة الوالي ووزير املاك الدولة والشؤون العقارية هي ركن أساسي من أركان العقد بدون يكون باطلا بطلانا مطلقا بل يعتبر منعدم الوجود واستقر فقه القضاء على هذا المبدأ إذ " يجب أن يتضمن الكتب عدد الرخصة وتاريخها فإذا حرر العقد قبل الحصول على الرخصة فهو باطل ولا يصححه الحصول عليها بعد إبرامه إذ أن المشرع أوجب الإسترخاض قبل تحرير العقد وصدرت في هذا الاتجاه عدة قرارات تعقيبية²⁴⁰ منها القرار عدد 6475 المؤرخ في 31 ديسمبر 1968²⁴¹ غير أن الترخيص المسبق في العمليات العقارية التي يكون فيها طرف أجنبي تشير بعض اشكاليات وتقتضي بعض التوضيحات ؟

(240) يراجع دراسة الأستاذ محمد كمال شرف الدين :

جزاء غياب الرخصة الإدارية في العمليات العقارية المجلة القانونية التونسية 1990 ص. 33 إلى 58.

(241) نشرة محكمة التعقيب 1968 ص. 115.

في نفس الاتجاه القرار التعقيبي عدد 5713 المؤرخ في 26 مارس 1968 ، مجلة القضاء والتشريع 1968 ع 10 ص. 653.

القرار التعقيبي عدد 11194 المؤرخ في 9 جوان 1975 نشرة محكمة التعقيب 1975 ، ج. 2، ص. 116.

- إنّ العقارات التي على ملك الأجانب لا تخضع لنظام موحد فالمشرّع قسمها الى صنفين أولهما العقارات المبنية أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956 وثانيهما العقارات المبنية أو المكتسبة بعد هذا التاريخ فالأولى خاضعة للقانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان 1983 وقد أقر هذا القانون ضرورة الحصول مسبقا على رخصة وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية والوالي الجهة قبل تحرير عقد البيع وإلا يكون باطلا بطلانا مطلقا ولا يصححه ترخيص لاحق كما أسلفنا أما الصنف الثاني من عقارات الأجانب فهو خاضع فيما يتعلق بالرخصة الإدارية الى أمر 4 جوان 1957 والنصوص اللاحقة التي نقضته أو تمته. وبموجبه تتوقف صحة عقود بيع هذه العقارات على رخصة والي الجهة فقط دون حاجة الى رخصة وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية لأن الفصل الثاني من قانون 27 جوان 1983 الذي أوجب الحصول على رخصة وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية أشار صراحة الى العقارات التي شملها الفصل الأول من هذا القانون.

253 - وبالرجوع الى أمر 4 جوان 1957 يتجلى أنّه ولئن اشترط الحصول على رخصة والي لصحة عقد البيع فإنه ميز بين حالتين : إذا كان العقد كتبا خطيا فإنه لا يكون صحيحا إلا إذا كان مسبوقا برخصة والي وإلا يكون باطلا بطلانا مطلقا أما إذا كان بحجة عادلة فإنه يجوز تحريره بدفتر مسودات العدول قبل الحصول على رخصة والي طبق أحكام الفصل الثالث من أمر 4 جوان 1957 ولا يكون العقد المحرر بدفتر المسودات باطلا قبل الترخيص فيه مسبقا وأقرت محكمة التعقيب هذه القاعدة في عدة قرارات منها القرار عدد 8572 المؤرخ بين 17 أفريل 1973²⁴² وفي هذه الحالة لا يعتبر البيع تاما وناقلا

(242) نشرة محكمة التعقيب 1973 ج. 1 ، ص. 13.

للملكية ولا يحتج به على الغير إلا من تاريخ الرخصة وادراجها بكتب البيع ويرى بعضهم أن الرخصة في مثل هذه الحالة تعتبر شرطا تعليقيا وصدر في هذا الاتجاه قرار تعقيبي مؤرخ في 15 جويلية 1969²⁴³ وأثير إشكال فيما يتعلق بمآل البيع المحرر بحجة عادلة إذا رفض والي الترخيص فيه هل يضمحل ويصبح لا عمل عليه أم يبقى نافذ المفعول مقيدا لطرفيه ؟ أجابت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب على هذا السؤال في قرارها عدد 8075 الصادر في 23 ديسمبر 1983 بالنفي مؤكدة أن رفض الترخيص لا ينحل معه العقد ويجوز طلب الرخصة مرة ثانية فإذا اسندت يصبح العقد تاما واعتبرت أن البيع قبل الترخيص فيه ليس باطلا لكنه موقوف وأن صحته مرتبطة بالرخصة.

254 - أما مسألة اثبات تاريخ بناء العقارات التي على ملك الأجانب فقد تعرض لها المنشور الصادر عن الوزير الأول ووزير الداخلية ووزير الإسكان المؤرخ في 7 جوان 1984²⁴⁴ وتضمن وجوب الادلاء بشهادة من البلدية في بيان تاريخ انتهاء الأشغال ويعتبر العقار مبنيا قبل سنة 1956 في صورة عدم الادلاء بهذه الشهادة.

- وبالإضافة الى جزاء البطلان في صورة عدم الترخيص في البيع فإن الفصل الخامس من أمر 4 جوان 1957 نص على عقوبات جزائية تتمثل في خطية تسلط على كل طرف في العقد وعلى كل شخص شارك فيه أو سهل اتمامه كما أن نفس الفصل أقر تسليط عقاب بالسجن من شهر إلى عام بالإضافة الى خطية على كل من تحصل على الرخصة بواسطة أية حيلة كانت.

(243) نشرة محكمة التعقيب 1969 ص. 90.

(244) الرائد الرسمي عدد 40 بتاريخ 26 و 29 جوان 1984 ص. 1593.

255 - وأخيرا يطرح سؤال هام يتمثل في معرفة ما إذا كان من حق كل مواطن الحصول على رخصة لشراء عقار على ملك أجنبي أم لا ؟

نجد جوابا جزئيا على هذا السؤال بالفصل الثاني مكرر من قانون 27 جوان 1983 الذي أضيف بمقتضى القانون عدد 77 لسنة 1991 المؤرخ في 2 أوت 1991 وجاء فيه : " لا تسند لنفس الشخص ولقرينه ولأبنائه القصر سوى رخصة واحدة باسم أحدهم . غير أنه في صورة وجود عقد كراء يرجع تاريخه لما قبل 27 جوان 1983 باسم أحد الزوجين الذي لم يتمتع بالرخصة الآتفة الذكر فإنه يمكن منح هذا الأخير رخصة خاصة به " ويؤخذ من هذا الفصل أن المشرع قيد كثيرا من حق الحصول على رخصة الوالي ووزير أملاك الدولة لشراء عقارات على ملك أجنبي خاضعة لقانون 27 جوان 1983 فلا يمكن منح إلا رخصة واحدة لنفس الشخص ويحق أن نتساءل عن أساس هذا القيد الذي يبدو متعارضا مع حق الملكية الذي ضمنه الدستور بالفصل 14 الذي نص على أن حق الملكية مضمون ويمارس في حدود القانون²⁴⁵ .

- الرخصة الإدارية وصنف معين من الأجانب الذين تربط بلدانهم بتونس اتفاقيات استيطان

256 - رأينا أن الرخصة الإدارية لم تعد لازمة في العمليات العقارية إلا إذا كان أحد أطرافها أجنبيا وقد عرّف المشرع التونسي الأجنبي في القانون عدد 7 لسنة 1968 المؤرخ في 8 مارس 1968 بأنه

245 (عبد الله الأحمدى : حقوق الإنسان والحريات العامة في القانون التونسي 1991، ص. 272.

الشخص الذي ليس له الجنسية التونسية وبالتالي لا يعتبر أجنبيا الشخص الذي يكون في نفس الوقت تونسيا وله جنسية أجنبية ضرورة أن الفصل 30 من مجلة الجنسية أجاز للتونسي اكتساب جنسية أجنبية دون أن يفقد جنسيته التونسية إلا إذا وقع سحبها منه بأمر طبق الفقرة الثانية من الفصل 30 من نفس المجلة²⁴⁶ .

على أنه يوجد صنف من الأجانب الذين هم في وضعية خاصة تميزهم عن سائر الأجانب لوجود اتفاقيات استيطان تربط بلدانهم بالدولة التونسية ويتعلق الأمر بالخصوص برعايا البلدان المغاربية وهي ليبيا²⁴⁷ والجزائر²⁴⁸ والمغرب²⁴⁹ والنيجر²⁵⁰ رغم أن هذه الدولة لا تنتمي للمغرب العربي

وتنص هذه الاتفاقيات على تمتع رعايا هذه البلدان بنفس الحقوق الممنوحة للتونسيين في امتلاك المكاسب ومعنى ذلك أنهم يعتبرون كالتونسيين وما دام الأمر كذلك فإنه ليس من الضروري مطالبتهم بالحصول مسبقا على الرخصة الإدارية لشراء أو بيع عقارات مثل المواطنين التونسيين بعد صدور مرسوم 21 سبتمبر 1977 الذي أعفى

Mohamed EL ARBI HACHEM, Leçons de Droit international (246) privé C.E.R.P. Tunis, 1996, p. 57 et s.

(247) الاتفاقية المبرمة بطرابلس في 14 جوان 1961 والمصادق عليها بالقانون عدد 1 لسنة 1962 المؤرخ في 9 جانفي 1962 والتي وقع نشرها بموجب الأمر عدد 1322 المؤرخ في 25 جوان 1965 (الرائد الرسمي عدد 34 الصادر في 29 جوان 1965). (248) الاتفاقية المبرمة بمدينة الجزائر في 26 جويلية 1963 للمصادق عليها بالقانون عدد 34 لسنة 1966 المؤرخ في 3 ماي 1966.

(249) الاتفاقية المبرمة بتونس في 9 ديسمبر 1964 المصادق عليها بالقانون عدد 35 لسنة 1966 المؤرخ في 3 ماي 1966 والنشرة بموجب الأمر عدد 317 المؤرخ في 20 جوان 1973 (الرائد الرسمي المؤرخ في 29 جوان 1973).

(250) الاتفاقية المبرمة بتونس في 18 أكتوبر 1966 المصادق عليها بالقانون عدد 14 لسنة 1967 المؤرخ في 10 أبريل 1967.

العمليات العقارية من تلك الرخصة إذا أبرمت بين تونسيين خاصة وأن الفصل 32 من الدستور أقر علوية الاتفاقيات الدولية المصادق عليها على القانون الداخلي²⁵¹.

وتمشيا مع هذا المبدأ في القانون الدولي العام²⁵² اعتبرت الدائرة السادسة بمحكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 72699 الصادر في 6 جانفي 1988 أن عقد البيع الذي بموجبه باع مواطن مغربي عقارا لمواطن تونسي صحيح رغم عدم الترخيص فيه من طرف والي الجهة استنادا الى الفصل الخامس من اتفاقية الاستيطان المبرمة بين المملكة المغربية والجمهورية التونسية ورفضت محكمة التعقيب الطعن المرفوع ضد هذا القرار متبينة مستنداته في قرارها المؤرخ في 6 ديسمبر 1993 تحت عدد 27678 (غير منشور).

وكانت الإدارات التونسية تعتبر العقود المبرمة بين تونسيين وأحد رعايا البلدان التي تربطها بتونس اتفاقيات استيطان صحيحة بدون الترخيص فيها مسبقا وقبلت القباضات المالية تسجيلها على تلك الحالة وكذلك إدارة الملكية العقارية التي كانت تتولى ترسيمها دون المطالبة بالرخصة الإدارية²⁵³ لكن هذا الموقف تغير في المدة الأخيرة

(251) الدكتور الصادق شعبان : المعاهدات في القانون الداخلي التونسي - مجلة المحاماة 1984 ع 4 ص. 33.
- الدكتور الأزهر بوعوني : علوية الالتزامات الدولية (سلسلة تونس وحقوق الإنسان 1992).

R. ABRAHAM , Droit international , Droit communautaire (252 et Droit interne, 1989.

J. RIDEAU , "constitution et droit international" R.F.D.C n. 2 , 1990 pp. 259 et s.

(253) الأستاذ الحبيب الشطي : دراسات في القانون العقاري ، المرجع السابق ص 98 .

وأصبحت هذه الإدارات تمتنع من تسجيل وترسيم أي عقد موضوعه إحالة حقوق عقارية إذا لم يكن مرخصا فيه مسبقا إذا كان أحد طرفيه أجنبيا حتى ولو كان من بين رعايا البلدان المذكورة أعلاه بالرغم مما تضمنته اتفاقيات الاستيطان وصدرت في هذا الاتجاه مذكرة عن المدير العام للمراقبة الجبائية بتاريخ 1 جويلية 1994 وأخرى عن السيد حافظ الملكية العقارية في 30 جوان 1995 ومذكرة عن وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية موجهة إلى حافظ الملكية العقارية بتاريخ 19 سبتمبر 1995 وأخيرا صدر منشور عن وزير الداخلية الى الولاية بتاريخ 18 سبتمبر 1995²⁵⁴ .

وقد انبنى هذا الموقف الجديد على مبدأ المعاملة بالمثل المعمول به في القانون الدولي العام إذ اتضح أن التونسيين المقيمين بتلك البلدان لا يعاملون بنفس ما يعامل به رعاياهم في تونس .

(2) الرخص الإدارية في الأراضي الفلاحية

257 - تخضع الأراضي الفلاحية لنظام خاص²⁵⁵ ونصوص مختلفة في مقدمتها قانون 12 ماي 1964 الذي أقر فصله الأول أنه لا يمكن إبتداء من صدوره أن يملك الأراضي الصالحة للفلاحة إلا الأفراد من ذوي الجنسية التونسية أو الشركات التعاضدية التي يقع تأسيسها طبقا لأحكام القانون عدد 19 لسنة 1963 المؤرخ في 27 ماي 1963

(254) أنظر ، الأستاذ الحبيب الشطي، المرجع السابق ص. 98 .
(255) الأستاذ الحبيب الشطي : دراسات في القانون العقاري، ص. 69 .

ويعتضى هذا القانون لا يمكن لأي شخص أجنبي أن يشتري أرضاً فلاحية وقد كانت هذه القاعدة مطلقة إلى أن صدر القانون عدد 56 لسنة 1969 بتاريخ 22 سبتمبر 1969 والمتعلق بإصلاح الأوضاع الفلاحية وقد خول فصله الأول للأشخاص الطبيعيين الأجانب شراء قطعة أرض أو عدة قطع معينة قصد وضع إقامتهم بها، شريطة الترخيص لهم في ذلك من طرف رئيس الجمهورية بمقتضى أمر على أن الغاية من امتلاك قطع الأرض ليست الاستغلال الفلاحي بل مجرد تشييد إقامة بها.

258 - وصدرت قوانين أخرى لتمكين الشركات المدنية من شراء الأراضي الفلاحية شريطة أن يكون كل المساهمين فيها من ذوي الجنسية التونسية (القانون عدد 15 المؤرخ في 13 أفريل 1971) وكذلك الشركات ذات المسؤولية المحدودة إذا كان جميع الشركاء فيها تونسيين (القانون عدد 6 المؤرخ في 6 أوت 1982 وخول القانون عدد 43 لسنة 1989 المؤرخ في 8 مارس 1989 للشركات الخفية الاسم امتلاك أراضي فلاحية إذا كانت تونسية الجنسية وأصحاب الأسهم الأسمية المكونة لرأس مالها تونسيين.

ولا يجوز للأجانب الاستثمار في القطاع الفلاحي إلا بوجه الكراء فقط دون تملك الأراضي الفلاحية كما أسلفنا (مجلة تشجيع الاستثمارات الصادرة بمقتضى القانون عدد 120 لسنة 1993 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993).

3) الأراضي الفلاحية الدولية

258 - نظم القانون عدد 21 لسنة 1995 المؤرخ في 13 فيفري

1995 المنقح بالقانون عدد 48 لسنة 1996 المؤرخ في 10 جوان 1996 العقارات الدولية الفلاحية.

ونص فصله الثاني على أنه "لا يمكن التفويت في العقارات الدولية الفلاحية إلا في حالات التسوية والمعاوضة ...".

وبناء على مبدأ عدم التفويت في الأراضي الفلاحية التي تملكها الدولة إلا في حالتي التعويض أو التسوية فإن الأشخاص الذين يشترون تلك الأراضي ليست لهم الحرية الكاملة في التفويت فيها فيما بعد للغير إذ قيد المشرع تصرفاتهم فقد حجب الفصل 23 من قانون 13 فيفري 1995 على المشتري التفويت في العقار أو الوعد بالتفويت فيه كلياً أو جزئياً خلال مدة لا تقل عن 20 سنة من تاريخ التحويل - وحتى بعد انقضاء هذا الأجل فإنه لا يمكن التفويت في الأراضي التي حافظت على صبغتها الفلاحية إلا بعد الاستظهار بشهادة في رفع اليد تسلم من الوزيرين المكلفين بالفلاحة وبأمولاك الدولة أمّا إذا فقدت الأرض صبغتها الفلاحية فإن الشهادة في رفع اليد تسلم وفق التشريع المتعلق باستخلاص القيمة الزائدة العقارية.

وأقر الفصل 24 من نفس القانون بطلان البيع بطلاناً مطلقاً إذا تم دون التحصيل على شهادة في رفع اليد كما يقع إسقاط حق المشتري أو من حلّ محله بقرار معلل من الوزيرين المكلفين بالفلاحة وبأمولاك الدولة ويتولى والي الجهة التي يوجد بها العقار تنفيذ القرار بتقطع النظر عن كل دعوى قضائية (الفصلان 15 و 26 من القانون المذكور) وأقر نفس الفصل التنصيص في العقد على إسقاط حق المشتري أو من حلّ محله في صورة الإخلال بأحد الشروط المذكورة أعلاه ونص

الفصل 25 من هذا القانون على ادراج بند سقوط الحق بالسجل العقاري ولا يفسح الا بشهادة في رفع اليد عند الایفاء بكل الشروط.

وبالإضافة الى جزاء البطلان وسقوط الحق فإن مشتري العقار الفلاحي الدولي يعاقب بالسجن وبخطية مالية هامة أو باحدى العقوبات فقط في صورة كرائه كلياً أو جزئياً أو بيعه بدون رخصة أو قبل الحصول على شهادة في رفع اليد ويختلف مقدار الخطية باختلاف مساحة الأرض المبيعة والمحافظة على صيغتها الفلاحية أم لا وتسلب على من تعافد معه نفس العقوبات باعتباره شريكاً طبق الفصل 27 جديد من نفس القانون المنقح بقانون 10 جوان 1996.

إلا أنه يمكن بصفة استثنائية الترخيص لمشتري العقار الفلاحي الدولي في التفويت فيه لأسباب ضرورية شريطة أن يكون قد أوفى بجميع الواجبات المفروضة عليه طيلة خمس سنوات على الأقل من تاريخ التحويل وأن يلتزم المشتري الجديد بالتميز الشروط المنقح عليها مع معاهد الدولة وأن يتحمل التزامات هذا الأخير (الفصل 24 من نفس القانون).

والملاحظ أن قانون 13 فيفري 1995 ألغى القانون المؤرخ في 19 ماي 1970 المتعلق بضبط كيفية التفويت في الأراضي الدولية ذات الصبغة الفلاحية.

(4) رخصة الوزير الأول

260 - أقر القانون عدد 31 لسنة 1959 المؤرخ في 28 فيفري 1959 ضرورة الحصول على رخصة الوزير الأول بعد أخذ رأي

وزير الخارجية لصحة جميع الإقتناءات بعوض أو بدونه لعقارات أو لحقوق عثارية كائنة بالبلاد التونسية من طرف دولة أجنبية.

(5) رخصة وزير التجهيز والإسكان

261 - حصر الفصل السادس من القانون عدد 39 لسنة 1972 المؤرخ في 27 أبريل 1972 والمتعلق ببيع الأراضي المكتسبة من طرف الدولة لبناء العقارات وتهينة المدن أو توسيعها على المشتري* أن يفوت في قسمته بمقابل أو بدون مقابل... وذلك مدة خمس سنوات من تاريخ البيع ماعدا في صورة ترخيص صريح صادر عن وزير الأشغال العمومية والإسكان*.

ويؤخذ من هذا الفصل أن الشخص الذي يشتري من الدولة قطعة أرض في نطاق القانون عدد 39 المؤرخ في 27 أبريل 1972 لا يمكنه بيعها قبل انقضاء خمس سنوات الا بترخيص خاص.

(6) رخصة البنك المركزي 256

262 - أوجب الفصل 20 من الأمر عدد 608 لسنة 1977 المؤرخ في 27 جويلية 1977 المتعلق بشروط تطبيق القانون عدد 18 لسنة 1976 المؤرخ في 21 جانفي 1976 القاضي بإصدار "مجلة الصرف والتجارة الخارجية" الحصول على رخصة البنك المركزي في بعض العمليات التي يقع القيام بها من طرف أو لحساب غير مقيم وهي :

(256) أنظر : الأستاذ الحبيب الشطي : العمليات المتعلقة بالمكاسب الأجنبية في تونس وتراتب الصرف - مجلة المحاماة ع. 3 ، 1984 ص 33.

- "اقتناء على غير وجه الارث أو بيع أملاك عقارية أو حقوق عقارية أو أصول تجارية موجودة بالبلاد التونسية .

- "اقتناء على غير وجه الارث أو بيع، أخذ أو وضع رهن على قيم منقولة أو حصص مشاركة تونسية أو أجنبية".

وعرف الفصل الخامس من مجلة الصرف والتجارة الخارجية المقيمين بأنهم "الأشخاص الطبيعيون المستقرون عادة بالبلاد التونسية والأشخاص الطبيعيون ذوي الجنسية التونسية أو الأجنبية بالنسبة لمؤسساتهم الكائنة بالبلاد التونسية".

غير أنه وقع تنقيح أمر 27 جويلية 1977 بمقتضى الأمر عدد 1993 المؤرخ في 16 أوت 1993 وبمقتضى الفصل 15 مكرر أصبح بإمكان الأشخاص الطبيعيين غير المقيمين الحاملين للجنسية التونسية أن يتمتعوا بصفة مقيم للقيام بالعمليات التالية :

- اقتناء أو بيع أملاك عقارية أو حقوق عينية أو أصول تجارية موجودة في البلاد التونسية .

- إدارة ممتلكاتهم وأعمالهم الموجودة بالبلاد التونسية والقيام بكل الأنشطة المرتبطة بها بما في ذلك إبرام وانجاز العقود ومنح أو الحصول على رهون عقارية أو أية رهون أخرى".

وبناء على هذا التنقيح أصبح التونسيون غير المقيمين يتمتعون بنفس وضعية المقيمين فلا يحتاجون الى رخصة البنك المركزي لإقتناء عقارات موجودة بتونس وقد أوضح البنك المركزي هذه النقطة في المذكرة التي وجهها للسيد حافظ الملكية العقارية بتاريخ 4 أكتوبر 1993

وبمقتضاها أعطى ترخيصا عاما في جميع العمليات العقارية المبرمة قبل صدور أمر 16 أوت 1993 من طرف أشخاص طبيعيين تونسيين مهما كانت مقراتهم وذلك في نطاق تخليص الرسوم العقارية من الجُمود وتحيينها.

أما إذا كان أحد أطراف عقد بيع عقار أجنبيا غير مقيم فإن رخصة البنك المركزي ضرورية كما يتعين القيام بالإجراءات المنصوص عليها بالمنشور الصادر عن البنك المركزي عدد 64 - 39 المؤرخ في 10 جوان 1964 فإذا كان البائع غير مقيم يجب ايداع الثمن بحساب انتظاري باسمه ولا يمكن استعماله إلا برخصة من البنك المركزي وهي ضرورية أيضا لتحويله الى حساب رأس مال²⁵⁷ ومبدئيا لا يمكن ترسيم البيع بالسجل العقاري إلا بالإدلاء بشهادة ببنكية تفيد ايداع الثمن بالحساب المذكور.

الفقرة الثانية

شكلية الكتب في بيع العقارات

263 - يعقد البيع بمجرد التراضي على الثمن والمثمن وهذه القاعدة الواردة بالفصل 580 من مجلة الالتزامات والعقود تنطبق على جميع البيوعات مبدئيا.

غير أن المشرع أقر بعض الاستثناءات لها فأوجب بعض الشكليات سواء لحماية البائع أو المشتري أو الغير.

257 (إعلان الصرف عدد 5 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 63 بتاريخ 5 أكتوبر 1983.

وبالنسبة لبيع العقارات نص الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه "إذا كان موضوع البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو غيرهما مما يمكن رهنه يجب أن يكون بيعها كتابة بحجة ثابتة التاريخ قانونا . . . " وأثارت الصيغة التي ورد فيها هذا الفصل جدالا بين الشراح إذ تبانت آراؤهم حول قيمة الكتب في البيع العقاري هل هو وسيلة إثبات (ad. probationem) أم شرط شكلي ضروري لصحة العقد (ad. Solemnitatem).²⁵⁸

إن القول بأن الكتب هو مجرد وسيلة لإثبات البيع يعني امكانية إبرام عقد بيع عقار شفاهيا شريطة إثبات ذلك بالوسائل القانونية الواردة بمجلة الالتزامات والعقود.

ويرى جل الفقهاء الفرنسيين أنه يمكن نظريا أن نتصور بيعا عقاريا شفاهيا²⁵⁹ كما أن فقه القضاء الفرنسي لم يستبعد صحة بيع عقار شفاهي وصدر في هذا الاتجاه قرار تعقيبي فرنسي في 21 نوفمبر 1898²⁶⁰ وقرار في 27 نوفمبر 1990 وتتمثل وقائع في أن البائع توفي قبل التوقيع على عقد بيع عقار فاعتبرت محكمة الاستئناف البيع باطلا فنقضت محكمة التعقيب الفرنسية هذا القرار ناعية على محكمة الدرجة الثانية عدم البحث عما إذا كان البائع قد رضي شفاهيا بالبيع قبل وفاته²⁶¹.

(258) عبد الله الأحمدى : "القاضي والإثبات في النزاع المدني" ص. 49.
François COLLART DUTILLEUL, PH. DELEBECQUE , (259)
Contrats civils et commerciaux, op. cit. n°45.

JEROME HUET, les principaux contrats spéciaux, op. cit. n°11196.

D.P. , 1898. I. 527 (260)

J.C.P. 1992. II. 21808, NOTE Y. DAGORNE - LABBE. (261)

غير أن القول بإمكانية إبرام عقد بيع عقار بدون كتب لا يتماشى مع التشريع التونسي فالفصل 581 جاء في صيغة أمرة إذ أن المشرع استعمل عبارة "يجب أن يكون بيعها كتابة بحجة ثابتة التاريخ".

فالكتب في بيع عقار ليس مجرد وسيلة إثبات بل ركن من أركان صحة العقد ينعدم بانعدامه إذ ورد الفصل 581 بالقسم الثاني تحت عنوان "فيما يجب لتمام البيع" وهو استثناء للقاعدة الواردة بالفصل 580 التي تكرر الرضائية في البيع غير أن الاتفاق على الثمن والمثلن ولئن كان ضروريا لإبرام البيع فإنه غير كاف إذا كان المبيع عقارا فلا بد من تحرير كتب وبذلك فإن بيع العقارات اضحى عقدا شكليا وأكد المشرع التونسي ذلك في التنقيح الهام الذي أدخل على مجلة الحقوق العينية بمقتضى القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 وخاصة الفصل الثالث منه الذي أضاف النصل 377 مكرر للمجلة المذكورة وبمقتضى الأحكام الجديدة أصبحت العقود الخاضعة للتسجيل بالسجل العقاري شكلية ولا تتوجد الا بتوفير الشكليات التي اشترطها المشرع. وقد اعتبر فقه القضاء التونسي أن بيع العقارات لا يكون إلا بكتب ثابت التاريخ وصدرت في هذا المعنى عدة قرارات منها القرار التعقيبي المؤرخ في 5 جوان 1956²⁶² والقرار عدد 7125 المؤرخ في 2 ماي 1983 وجاء فيه "إن القانون المدني لم يشترط لانتقال ملكية المبيع للمشتري إدراج شرائه بسجلات إدارة الملكية العقارية وإنما اشترط فقط إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو غيرها مما يمكن رهنه أن يتم البيع بحجة كتابية ثابتة التاريخ قانونا"²⁶³

(262) مجلة القضاء والتشريع 1960، ع. 9 و 10 ص. 30.

(263) نشرة محكمة التعقيب 1983 ج. 1، ص. 215.

وأكدت محكمة التعقيب أيضا في قرارها عدد 35720 المؤرخ في 2 فيفري 1993 أن عند بيع عقار يجب أن يكون بكتب ثابت التاريخ وأنه يجب التعريف بامضاء الطرفين وإلا فإنه لا يترتب عليه الالتزام ولا تنتقل به الملكية إستنادا إلى الفصل 581 من م.إ.ع²⁶⁴ ولئن كان الكتب ضروريا لصحة بيع عقار فإن شكله وصيغته يختلفان باختلاف نوعية العقار²⁶⁵.

1) بيع العقارات غير المسجلة

264 - لم يشترط المشرع شكلا خاصا لتحرير عقود بيع العقارات غير المسجلة وبالتالي يمكن أن يكون الكتب خطيا على معنى الفصول من 449 إلى 460 من مجلة الالتزامات والعقود. وقد أوضحت محكمة التعقيب في قرار 2 فيفري 1993 المشار إليه أعلاه أنه يتعين أن يكون ثابت التاريخ يتضمن التعريف بامضاء الطرفين.

ويجب أن تتوفر في المتعاقدين الصفة والأهلية وأن يقع التنصيب بالعقد على الثمن والمبيع بكل دقة ويكفي أن يكون العقد صحيحا طبق القواعد العامة المنظمة للالتزامات ومتماشيا مع القواعد الخاصة ببعض البيوعات إذ في بعض الحالات يشترط المشرع بعض التراخيص أو المصادقة الإدارية .

264 (نشرة محكمة التعقيب 1993 ، ص. 318 .

265 (الأستاذ الحبيب الشطي : دراسات في القانون العقاري ، ص. 153 .

2) شكل وصيغة تحرير كتب بيع العقارات المسجلة

265 - إذا كان المبيع عقارا مسجلا بإدارة الملكية العقارية (دفتر خانة) فإن الكتب يخضع لجملة من الشكليات الجوهرية التي يترتب عن الإخلال بها بطلان العقد وهي تتعلق إما بصفة محري العقد أو بالتنصيصات التي يجب ذكرها بالعقد.

أولا : صفة محري العقد

266 - حدد الفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية الأشخاص المؤهلين لتحرير الصكوك والاتفاقات الخاضعة للتسجيل بالسجل العقاري وهم ثلاثة أصناف .

الصف الأول : حافظ الملكية العقارية أو أعوان إدارة الملكية العقارية المكلفون بمهمة التحرير

وقد صدر الأمر عدد 2084 لسنة 1992 المؤرخ في 23 نوفمبر 1992 المنقح بالأمر عدد 819 لسنة 1994 المؤرخ في 11 أبريل 1994 المتعلق بالنظام الأساسي الخاص بهذا السلك الخاضع لسلطة حافظ الملكية العقارية كما يمكنه أيضا التعريف بالامضاء بتفويض من حافظ الملكية العقارية.

وضبط الأمر عدد 2114 لسنة 1992 المؤرخ في 30 نوفمبر 1992 مقدار المعاليم المستوجب استخلاصها لفائدة إدارة الملكية العقارية مقابل تحرير العقود.

- الصنف الثاني : عدول الإشهاد

267 - وقد ضبط نظامهم القانون عدد 64 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 وبناء على الفصل بين مهنة عدل الإشهاد وعدل التنفيذ لم يعد بإمكان العدول المنفذين تحرير العقود (الفصل 13 من القانون عدد 29 لسنة 1995 المنظم لهذا السلك).

268- الصنف الثالث : المحامون المباشرون غير المتمرنين

ومعنى ذلك أنه يشترط في المحامي لكي يكون مؤهلا لتحرير العقود أن يكون مرسما بجدول المحامين بالجزء الأول بالقسمين الأول والثاني على معنى الفصل الرابع من القانون عدد 61 لسنة 1989 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة وقد اقصى المشرع من التحرير المحامين المتمرنين.

وتقتضي مسألة تحرير عقود بيع العقارات المسجلة إبداء بعض الملاحظات :

269 - جزاء العقود المحررة من غير هؤلاء :

نص الفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية على بطلان العقد الذي حرره غير الأشخاص المذكورين بهذا الفصل بطلانا مطلقا أي أنه يعتبر منعدما تماما ولا يجوز تصحيحه أو المصادقة عليه عملا بأحكام الفصلين 325 و 329 من مجلة الالتزامات والعقود.

270 - العقود المحررة بالخارج

لم يشترط المشرع أن تكون عقود بيع العقارات المسجلة الموجودة

بالتراب التونسي مبرمة بالجمهورية التونسية ولم يوجب ذلك إلا بالنسبة لعقود الرهن طبق الفصل 274 من مجلة الحقوق العينية الذي نص على أن "الكتب المحرر ببلد أجنبي لا يمكن أن يرهن به عقار كائن بالبلاد التونسية أو يعتمد رهن عليه"²⁶⁶.

وفي هذه الحالة يطرح سؤال دقيق يتمثل في معرفة القيمة القانونية لعقد بيع عقار مسجل موجود بتونس أبرم بموجب كتب خطي لم يحرره أحد الأشخاص المذكورين بالفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية ؟

ولهذا السؤال أهمية كبيرة لأن أحكام هذا الفصل آمرة باعتبارها تهم النظام العام مادام الإخلال بها يوجب البطلان المطلق.

لم يتعرض المشرع لهذه المسألة ويتعين الرجوع الى القواعد العامة المقررة في القانون الدولي الخاص ومن أهمها القاعدة الأصولية القائلة بتطبيق قانون البلد الذي أبرم فيه العقد (la règle LOCUS regit actum)²⁶⁷.

وبمقتضى هذه القاعدة يخضع العقد فيما يتعلق بشروطه الشكلية الى قانون المكان الذي أبرم فيه بقطع النظر عن جنسية أطرافه وموضوعه . وقد كرس المشرع التونسي هذه القاعدة في عقود الزواج المبرمة بالخارج طبق الفصل 31 من قانون الحالة المدنية المؤرخ في غرة أوت 1957 وأقر أنه يبرم عقد زواج التونسيين بالخارج طبق قوانين

(266) السيد عادل براهمي : الرهن العقاري الإنفاقي - مجلة القضاء والتشريع 1989 ع 7 ص 7 وما بعدها.
(267) DELAPORTE, recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé, thèse dactyl. Paris 1984.

البلاد التي يتم فيها أو أمام الأعوان الديبلوماسيين أو القنصلين التونسيين.

وإذا اعتمدنا تلك القاعدة فإنه إذا أبرم العقد بالخارج فإنه لا لزوم لاحترام أحكام الفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية وبالتالي يمكن أن يكون خطيا أي غير رسمي أو حجة رسمية مثل الحجة التي يحررها العدول وقد أجاز المشرع الفرنسي مثلا ذلك بالفصل 1582 من المجلة المدنية. لكن هذا الرأي الذي تبناها البعض²⁶⁸ قابل للنقاش لعدة أسباب أولها أن قاعدة تطبيق قانون البلد الذي أبرم فيه العقد فيما يتعلق بالشكليات ليست أمرة بل اختيارية واستقر رأي الشراح²⁶⁹ وفقه القضاء على ذلك²⁷⁰ كما أن حرية الأطراف ليست مطلقة في كل الحالات فضلا على أنه في بعض الصور يصبح اشتراط الشكليات مرتبطا بالأصل.

وأخيرا فإن أحكام الفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية جاءت مطلقة فتؤخذ على إطلاقها طبق الفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود وأن الحجة المأخوذة من الفصل 31 من قانون الحالة المدنية ليست مقنعة إذ أن المشرع أفرد عقود الزواج المبرمة بالخارج بتواعد خاصة وكان بإمكانه استثناء عقود بيع العقارات المسجلة الكاتنة بتونس والمبرمة بالخارج من أحكام الفصل 377 مكرر واخضاعها للقوانين المعمول بها بتلك البلدان ومادام لم يفعل ذلك فإنه أراد أن تكون أحكام ذلك الفصل عامة ومطلقة بدليل أنه أقر بطلان العقود

(268) الأستاذ الحبيب الشطي، المرجع المذكور أعلاه.

(269) Pierre MAYER, Droit international privé - 5ème éd. n°753.
Arrêt VIDITZ, rendu le 20 juillet 1909; rev. dr. int. pr. 1909, (270 900 concl. Baudouin, D.P. 1911. 1. 185 note POLITIS.

المحررة من غير من ذكر بالفصل المشار اليه دون أي استثناء. ولا وجود في القانون الوضعي التونسي لقاعدة عامة تقرر تطبيق القواعد الشكلية المعمول بها في البلد الذي حرر فيه العقد.

271 - غير أن هذه القاعدة لا تنطبق في ميدان قانون الأموال وخاصة في العقود القاضية بانشاء أو نقل حقوق عينية مثل عقد البيع إذ في هذه الحالة يقع العمل بالقاعدة الأصولية المتمثلة في تطبيق قانون البلد الذي توجد به العقارات (La lex rei sitae ou lex situs) وهي قاعدة مسلم بها ومقبولة عالميا في مادة القانون الدولي الخاص وتنطبق بالخصوص في الميدان العقاري نظرا لوجود انظمة الإشهار في النقل العقارية لحماية حقوق الغير وكذلك اعتبارا لمصلحة الدولة لكون العقارات هي جزء من الثروة الوطنية الموجودة بالتراب القومي²⁷¹.

ولقد كرّست بعض التفنيئات الأجنبية هذه القاعدة مثل مانص عليه الفصل الثالث من المجلة المدنية الفرنسية من أن "العقارات خاضعة للقانون الفرنسي وحتى التي يملكها أجنب" ونص على نفس القاعدة الفصل 17 من القانون المدني الجزائري. ولئن لم يقر المشرع التونسي هذه القاعدة في أي نص فالمفروض أنها تطبق أيضا في بلادنا وبالتالي فإن عقود بيع العقارات الموجودة بالتراب التونسي تخضع للقانون التونسي وإذا كان المبيع عقارا مسجلا فإنه يجب أن يكون العقد

YVON LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Droit international (271 privé 4ème édition, n. 167 et suiv.

- PIERRE MAYER, Droit international privé, 5ème édition Montchrestien, n. 64 et suiv.

- D. NOLLEAUX, J. FOYER, G. De GEOUFFRE de la Pradelle, Droit international privé, éd. Masson, 1987, n. 1440 et suiv.

272 - الطبعة القانونية للعقود المحررة بإدارة الملكية العقارية

إن المحررين المنصوص عليهم بالفقرة الأولى من الفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية وهو حافظ الملكية العقارية والمديرون الجهويون والأعوان المكلفين بمهمة التحرير طبق الأمر عدد 2084 المؤرخ في 23 نوفمبر 1992 ليسوا مأمورين عموميين رغم أنهم مؤهلون للتعريف بالإمضاء وتأسيسا على ذلك فإن العقود التي يحررونها ليست حججا رسمية على معنى الفصل 442 من مجلة الالتزامات والعقود بل إنها تعد كتاب غير رسمية طبق الفصل 449 من نفس المجلة وهي تعتمد ككتيب رسمي خاصة وانها معرفة بالإمضاء. على أن عملية التعريف بالإمضاء تخضع لإجراءات معينة حددها القانون عدد 103 لسنة 1994 المؤرخ في غرة أوت 1994 وكذلك الفصل 378 من مجلة الحقوق العينية إذا كان الأطراف غير قادرين على الإمضاء أو لا يحسنونه إذ في هذه الحالة يتعين تلاوة الكتب عليهم بحضور شاهدين يحسنان الإمضاء ويتمتعان بأهلية التعاقد ويجب على السلطة المتعتمدة بالتعريف بالإمضاء أن "تشهد بأن الأطراف قد صرحوا بأنهم استوعبوا مضمون الكتب وقبلوا شروطه ثم تمضي محضر التلاوة مع الشاهدين كما يضع الأطراف الحاضرون علامة إيهامهم مالم يثبت كما يجب استحالة ذلك".

ولا شك أن أحكام هذا الفصل ترمي الى حماية المتعاقدين الأمينين الذين خص المشرع التزاماتهم بنظام خاص بالفصل 454 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على أن "التزام الأمي الذي لا يحسن الكتابة لا يمضي حتى يتلقاه عدول أو غيرهم من المأمورين العموميين المأذونين في ذلك".

محررا طبق أحكام الفصول 377 و 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية فإذا أبرم بالخارج عقد بيع عقار مسجل موجود بتونس فإنه لا يكون صحيحا إلا إذا توفرت فيه كل الشكليات والتنصيصات الواردة بالفصلين المذكورين باعتبار أن القانون التونسي هو المنطبق²⁷² وتثير العقود المبرمة بالخارج عدة اشكاليات دقيقة من أهمها معرفة ما إذا كان بإمكان المحامين والعدول الأجانب المتخصصين بالخارج تحرير العقود؟ إن وجه الإشكال يتمثل في أمرين أولهما أنه يصعب على هؤلاء الإطلاع على الرسوم العقارية بإدارة الملكية العقارية إلا بالانتقال على عين المكان و ثانيهما أن المشرع استعمل صيغة خاصة في الفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية وهي عبارة "عدول الإشهاد" و "المحامين المباشرين غير المتمرنين" التي توحي بأنه ربما قصد العدول والمحامين التونسيين فقط إذ أن هذه المصطلحات خاصة بالتشريع الوطني غير أن المشرع لم يشترط صراحة.

أن يكون المحامون أو العدول من ذوي الجنسية التونسية وبالتالي فإنه لا شيء يمنع محام أو عدل إشهاد أجنبي من تحرير العقود شريطة احترام الأحكام الواردة بمجلة الحقوق العينية وبالإضافة إلى ذلك توجد مشاكل أخرى ما يتعلق منها بمسؤولية المحرر الأجنبي عندما يرتكب خطأ فهل يخضع للقانون التونسي أم لقانون بلده؟ وعلى صعيد آخر كيف سيتمكن هذا المحرر من إعلام الطرفين بالوضعية القانونية للعقار إذا كان أحدهما لا يقيم بنفس المكان الذي يوجد به المحرر كأن يكون البائع بفرنسا والمشتري بتونس.

(272) كان الأمر المؤرخ في 17 جويلية 1888 المتعلق باختصاص المحاكم الفرنسية في مادة العقارات المسجلة ينص على تطبيق القانون التونسي عليها. (الرائد الرسمي التونسي الصادر في 26 جويلية 1888 ص. 213).

مسؤوليات عن المسائل الشخصية ضمانا للموضعية وحفاظا على مصالح الغير وحتى على هبة المهنة.

274 - مسؤولية محري العقود

نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 377 ثالثا من مجلة الحقوق العينية على أن محرر الصكوك والاتفاقات " يكون مسؤولا إزاء الأطراف عن مخالفته لأحكام هذا الفصل والأحكام التشريعية والترتيبية المتعلقة بالتسجيل " وتطبق هذه القاعدة على كل أصناف المحررين بدون تمييز.

ومعلوم أن الفصل 35 من قانون المحاماة عدد 87 لسنة 1989 نص على أن " المحامي مسؤول طبقا لأحكام هذا القانون وغيره من القوانين فيما يرتكبه من أخطاء صناعية كما أن الفصل 43 من قانون 23 ماي 1994 المنظم لمهنة عدول الإشهاد نص على أنه " إذا ارتكب عدل الإشهاد بمناسبة مباشرته لمهامه خطأ مضرا بأحد الطرفين فإنه يكون مسؤولا عنه حسب قواعد القانون العام " وبالنسبة للمحررين العموميين فإنهم يكونون مسؤولين أيضا عن الأخطاء التي يرتكبونها أثناء مباشرتهم لعملهم طبقا لأحكام القانون عدد 112 لسنة 1983 المؤرخ في 12 ديسمبر 1983 وخاصة الفصل الثامن منه وجاء فيه : " كل خطأ يرتكبه عون عمومي أثناء ممارسة وظيفته أو بمناسبة مباشرته لها يعرضه لعقاب تأديبي بصرف النظر عند الاقتضاء عن العقوبات التي ينص عليها القانون الجزائي " .

إلا أن خطأ المحرر العمومي يرتب أيضا مسؤولية الإدارة عملا بأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 8 من قانون 12 ديسمبر 1983

وأخيرا فإن العقود التي يحررها المحامون لا تعتبر حججا رسمية بالمعنى الوارد بالفصل 442 من مجلة الالتزامات والعقود إذ ليست لهم صفة المأمورين العموميين وهي تعتمد طبق الشروط الواردة بالفصل 449 من نفس المجلة وهي ملزمة للمتعاقدين وتعتبر كالكتابات الرسمية بعد التعريف بإمضاءهم .

273 - هل يمكن للمحامي أن يحرر عقد بيع عقار مسجل لنفسه؟

لم يتعرض المشرع لهذه المسألة والرأي عندنا أنه لا شيء يمنع المحامي من أن يحرر عقدا لفائدته قياسا على ما أقره فقه القضاء التونسي من أن " للمحامي أن يناضل عن حقوقه في القضايا التي تهمه شخصا بدون واسطة أحد زملائه وصفته كمحامي تعتبر كواسطة بين شخص كمتقاض والمحكمة وذلك لما له من الخبرة اللازمة للنضال في الإجراءات والقانون²⁷³ وأكدت محكمة التعقيب نفس القاعدة في قرارها عدد 3362 المؤرخ في 17 ماي 1979²⁷⁴ .

إلا أنه عندما يتولى المحامي تحرير عقد هو طرف فيه شخصيا تكون له صفتان أولهما المتعاقد وثانيهما المحرر وبمقتضى هذه الصفة الأخيرة يكون مسؤولا إزاء معاقده لا باعتباره بائعا أو مشتريا بل بوصفه محاميا محررا ولكن يحسن أدبيا تفاعلي هذه الوضعية حتى لا تختلط هذان الصفتان في شخص واحد لفصل متطلبات المهنة وما يترتب عنها من

273 (القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بسوسة في 16 فيفري 1961 ، مجلة القضاء والتشريع 1963 ع. 70 - ص. 48)
274 (نشرة محكمة التعقيب 1979 ، ج. 1 ، ص. 238 .

ونصت على أن "إذا وقع تتبع عون من طرف الغير من أجل خطأ وظيفي يجب على الإدارة أن تتحمل ماقد يصدر ضده من أحكام بغرم الضرر".

ولا جدال أن مسؤولية المحرر العمومي تختلف عن مسؤولية المحامي أو عدل الإشهاد فهذه الأخيرة مسؤولية تعاقدية غير أن هذا الاختلاف من حيث طبيعة المسؤولية لا يعني وجود فرق بينهما يتعلق بركنيهما الأساسيين وهما الخطأ والضرر ويتمثل الأول في الإخلال بالتزامات محرر العقد إزاء المتعاقدين وفي مقدمتها الإطلاع على الرسم العقاري وإعلام الطرفين بالوضعية القانونية للعقار الواردة بالسجل العقاري وتحرير عقد صحيح قانونا من حيث الشكل والأصل.

ويطرح سؤال هام يتمثل في تحديد طبيعة الالتزام المحمول على كاهل المحرر هل هو التزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة؟ وهل أنه ملزم أيضا بواجب النصح والإرشاد والإعلام أم لا؟ وهل يجب عليه الإمتناع عن تقرير العقد إذا تبين له مثلا أن البيع غير صحيح أو أن ادراجه بالرسم العقاري غير ممكن بسبب وجود تمهلات خاصة تحول دون ذلك مثل الصورة الواردة بالفصل 328 من مجلة المرافعات المدنية أو عندما يكون العقار موضوع البيع على ملك قاصر دون الحصول مسبقا على إذن من حاكم التقادير طبق الفصل 15 من مجلة الإلتزامات والعقود. علما بأن الفقرة الرابعة من الفصل 377 ثالثا من مجلة الحقوق العينية نصت بكل وضوح على أنه "يجب على محرر العقد أن يقوم بالإجراءات اللازمة للتسجيل"؟ الرأي عندنا أن الإلتزام المحمول على كاهل محرر العقد هو التزام بتحقيق نتيجة فالمفروض أنه يحرم عقدا صحيحا يرسم بالسجل العقاري وإلا ما الجدوى من القانون عدد 46 لسنة 1992؟

ولتحقيق هذه الغاية يتعين على المحرر أن يكون ملما بجميع الأحكام القانونية المتعلقة بالصكوك والاتفاقيات التي يحررها فإذا حرر عقدا باطلا أو غير قابل لتسجيله بالسجل العقاري فإنه يكون مسؤولا عن ذلك ويتحمل غرم الضرر عند الاقتضاء وفي هذا السياق نشير إلى صدور قرار تعقيبي فرنسي بتاريخ 17 ديسمبر 1996²⁷⁵ قضى بتحميل محرر عقد بيع أصل تجاري غرم الضرر نتيجة لبطلان العقد بسبب عدم التنصيص به على رقم المعاملات والأرباح المحققة خلال الثلاث سنوات الأخيرة ورأت المحكمة أنه أخل بواجب الرعاية والعناية والنصح - ويرى الفقهاء أن محرري العقود ملزمون بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بالشكليات القانونية والتنصيصات الوجوبية إذ ينبغي تجنب بطلان العقود لإخلالات شكلية²⁷⁶ وفي هذا المعنى نشير أيضا إلى ما نص عليه الفصل 18 من مجلة الجباية المحلية الصادرة بمقتضى القانون عدد 11 المؤرخ في 3 فيفري 1997 الذي حصر "على كل شخص مؤهل لتحرير العقود أن يحرم صكوكا تتعلق بالعقارات الخاضعة للمعلوم على العقارات المبنية ما لم يقع مدّه بشهادة تثبت خلاص المعلوم المستوجب في تاريخ تحرير الصك مسلمة من طرف الجماعة المحلية المعنية ويقع التنصيص عليها بالصك ويكون الشخص المؤهل لتحرير العقود متضامنا مع المطالبين بالمعلوم في صورة عدم القيام بهذا الواجب".

وأخيرا هل يمكن للمتعاقدين إعفاء المحرر مسبقا من كل مسؤولية بمقتضى بند يدرج بالعقد؟ وفي هذه الحالة هل يعتبر البند صحيحا؟

(275) Dalloz Affaires 1997, p. 150.
(276) F. X, TESTU, J. - CL fonds de commerce Vis cession amiable du fonds de commerce, obligation du vendeur, n. 182.

نعتقد أن مثل هذا الإعفاء لا عمل عليه لسببين أولهما أن أحكام الفصل 377 ثالثا من مجلة الحقوق العينية أمرة وبالتالي لا يمكن الإنفاق على مخالفتها وثانيهما أن الفصل 244 من مجلة الالتزامات والعقود نص على أنه "لا يسوغ لعائد أن يشترط عدم الزامه بما ينتج من خطئه الفاحش أو تعمده".

- ثانيا : التنصيصات الوجوبية بعقد البيع

275 - ضبط المشرع التنصيصات التي يجب ذكرها بالعقد في الفصل 377 الجديد من مجلة الحقوق العينية وهي هوية جميع الأطراف (الأسماء والألقاب - والجنسية والمقرات ومكان وتاريخ الولادة) واسم العتار ومساحته وعدده الرتبي بالسجل العقاري.

وبالنسبة للذوات المعنوية يجب بيان شكلها القانوني (مثال شركة حفية الإسم أو ذات مسؤولية محدودة أو شركة مدنية عقارية...) ومقرها الاجتماعي ومثلها القانوني وعدد ترسيمها بالسجل التجاري طبق أحكام القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 وإذا كان أحد المتعاقدين جمعية يتعين التنصيص على عدد وتاريخ الوصل الذي يقع تسليمه عند تقديم التصريح المنصوص عليه بالفصل الثالث الجديد من قانون 7 نوفمبر 1959 الخاص بالجمعيات وكذلك تاريخ إدراج مضمون التصريح بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية طبق الفصل الرابع الجديد من نفس القانون - كما يتعين التنصيص على اسم الجمعية ومثلها القانوني.

وعندما يكون العقد مشتملا على تجزئة العقار يجب تشخيص

القطعة المبيعة كما يتعين أن يكون الصك مصحوبا بمثال أعدّه ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط أو مهندس مصادق عليه طبق التشريع الجاري به العمل²⁷⁷.

وأخيرا أوجب الفصل 377 ثالثا من مجلة الحقوق العينية التنصيص بالعقد على الهوية الكاملة لمحرر العقد وعدد بطاقة تعريفه وأن يمضي في العقد إلا أنه ليس من الضروري التعريف بإمضائه وعادة ما يقع وضع ختم المحامي. ويتعين أيضا أن ينص محرر العقد أنه اطلع على رسم الملكية وأعلم الطرفين بالوضعية القانونية للعقار طبق ما هو منصوص عليه برسم الملكية ومبدئيا يقع إثبات الإطلاع على الرسم العقاري بوصل خلاص المعلوم الذي يدفعه كل شخص لإدارة الملكية العقارية مقابل إطلاعه على عين المكان على الرسم العقاري طبق أحكام الأمر عدد 1144 لسنة 1989 المؤرخ في 14 أوت 1989 ويصعب مبدئيا إثبات الإطلاع على رسم الملكية بغير هذا الوصل الذي يمكن التنصيص على عدده وتاريخه بالعقد تأكيدا وإثباتا لحصول الإطلاع فعلا.

276 - جزاء الإخلال بالتنصيصات الوجوبية

لم يتعرض المشرع لجزاء انعدام إحدى التنصيصات المذكورة أعلاه الأمر الذي يبقي السؤال مطروحا. ولئن كانت تلك التنصيصات وجوبية حسب صيغة الفصل 377 الجديد من مجلة الحقوق العينية فإننا

(277) أنظر : الأستاذ الحبيب الشطي : دراسات في القانون العقاري ص 173 وما بعدها.

عقار مسجل لا يكون صحيحا إلا إذا حرر طبق أحكام الفصلين 371 و 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية .

278 - ولكن يطرح اشكال يتعلق بأصناف أخرى من الاتفاقيات مرتبطة به نذكر منها وعد بيع فهل يخضع في تحريره لنفس أحكام البيع ؟ أجاب بعض الشراح بالإيجاب بعله أنه خاضع للتسجيل لمعارضة الغير به طبق أحكام الفصل 366 من مجلة الحقوق العينية ²⁷⁸ ونحن لا نشاطر هذا الرأي لسببين أولهما أن الاتفاقيات الخاضعة للتسجيل بإدارة الملكية العقارية هي التي يكون موضوعها انشاء حق عيني أو نقله أو انتقضاؤه وقد حددها المشرع على سبيل الحصر بالفصل 373 من مجلة الحقوق العينية في حين أن وعد بيع عقار ليس نافلا للملكية وموضوعه حق شخصي وليس حقا عينيا كما سنراه في موضع آخر من هذه الدراسة وثانيهما أن وعد البيع ليس خاضعا للتسجيل بل للقيد الاحتياطي فقط وهناك فرق بين العمليتين غير أنه يحسن تحريره من طرف أهل الاختصاص لتسهيل تقييده احتياطيا أما الكتابيب التوضيحية والتكميلية لعقود بيع العقارات المسجلة فإنها خاضعة لنفس شكلية التحرير التي يخضع لها عقد البيع ذاته لأنها قابلة للتسجيل على معنى الفصل 373 من مجلة الحقوق العينية ولكونها فرعاً تابعا للأصل فتخضع لحكمه .

279 - كما أن كتب فسخ بيع عقار مسجل خاضع أيضا لأحكام الفصول 377 و 377 مكرر و 377 ثالثا من مجلة الحقوق العينية لأنه عقد قابل للتسجيل ويندرج ضمن الاتفاقيات المنصوص عليها بالفصل 373 من نفس المجلة إذ ينتج عنه إرجاع الحق العيني للبائع .

(278) الأستاذ الحبيب الشطي : دراسات في القانون العقاري، ص. 165 .

لا نعتقد أن انعدام إحداها يرتب بطلان الصك إذ أن الغاية من إقرارها هي الحيلولة دون عدم ادراج العقد بالسجل العقاري وجمود الرسوم وبالتالي يمكن تلافي الخلل الذي قد يشوب الكتب واكمال التنقيصات الناقصة لكن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا إذا لم يحرره أحد الأشخاص المذكورين على تمثيل الحصر بالفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية ولا يمكن تصحيحه أو المصادقة عليه لاحقا مادام المشرع أقر صراحة البطلان المطلق كجزء على معنى الفصلين 325 و 329 من مجلة الالتزامات والعقود كما أن العقد يكون باطلا إذا لم يوقعه محرره إذ أن امضاءه دليل على أنه هو الذي حرره فعلا .

ثالثا : العقود الخاضعة لشكليات التحرير الخاصة

277 - إن العقود الخاضعة لشكليات التحرير المشار إليها أعلاه سواء فيما يتعلق بصفة محرريها أو التنقيصات الوجوبية هي "الصكوك المقدمة للتسجيل" على معنى الفصل 377 الجديد من مجلة الحقوق العينية . وحدد المشرع بالفصل 373 من نفس المجلة الصكوك والاتفاقيات الخاضعة للإشهار بطريق التسجيل برسم الملكية للاحتجاج بها على الغير من أهمها الاتفاقيات والصكوك "التي ينتج عنها إنشاء حق عيني أو نقله أو التصريح به أو تعديله أو إنقضاؤه أو جعله غير قابل للتفويت أو للتقييد من حرية جولانه أو تغيير أي شرط آخر من شروط ترسيمه" وذلك بقطع النظر عن كون تلك الاتفاقيات مجانية أو بعوض . ولا شك أن عقد البيع يعتبر في مقدمة تلك الاتفاقيات باعتباره نافلا للملكية بعوض . وتأسيسا على ما تقدم فإن عقد بيع

رابعا : العقود غير الخاضعة لأحكام الفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية.

280 - لا تنطبق أحكام الفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية على بعض الأصناف من العقود التي استثنائها المشرع صراحة بمقتضى القانون عدد 84 لسنة 1992 المؤرخ في 6 أوت 1992 المنقح للفصل 377 مكرر المشار إليه أعلاه وبموجب ذلك أصبحت العقود التالية غير خاضعة فيما يتعلق بتحريرها للأحكام الواردة بهذا الفصل وهي :

- العقود التي تبرمها الدولة والجماعات المحلية

- الرهون التي تبرمها المؤسسات البنكية والمالية

- عقود التسويغ التي يجب إشهارها بالتسجيل للإحتجاج به على الغير وكذلك عقود تجديده.

- رفع الرهن

وأخيرا نص الفصل 14 من القانون عدد 89 المؤرخ في 26 جويلية 1994 على أن عقود الإيجار المالي لا تخضع لأحكام الفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية. وتأسيسا على ما تقدم فإن العقود المذكورة، أعلاه يمكن تحريرها من غير الأشخاص المشار إليهم بالفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية.

3 - شكلية التسجيل بالقباضة المالية

281 - أوجب الفصل الثاني من مجلة التسجيل والطابع الجبائي

الصادرة بمقتضى القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993 تسجيل "التواكيل والوعود بالبيع والعقود الناقلة للملكية وبصفة عامة كل الكتابات المحررة في نطاق مهنة وسيط لبيع وشراء العقارات...". ويتعين أن يتم التسجيل في أجل ثلاثين يوما من تاريخ تحرير تلك العقود وأقر الفصل الثالث من نفس المجلة وجوب تسجيل "كتابات عدول الإشهاد التي لها مساس بالوضعية القانونية للعقارات والأصول التجارية وعقود خط اليد المتضمنة لنقل ملكية أو ملكية الرقبة أو حق الانتفاع بعقارات أو لنقل أصل تجاري..." على أن يتم التسجيل في أجل ستين يوما من تاريخ تلك الكتابات.

ويقع التسجيل بالنسبة لكتابات عدول الإشهاد بالقباضة المالية التي يباشرون بدائلتها وظائفهم أما عقود خط اليد المتضمنة لنقل ملكية أو ملكية الرقبة أو حق الانتفاع أو أصول تجارية فإنها تسجل بالقباضة المالية الراجع لها بالنظر موقع الأملاك (الفصل العاشر من مجلة معالم التسجيل والطابع الجبائي).

ويؤخذ من أحكام هذه المجلة أن التسجيل وجوبي وليس اختياريا فالمشرع استعمل بالفصول 1 و 2 و 3 صيغة "تسجل وجوبا" الأمر الذي يطرح مسألة الفائدة من التسجيل وأثره بقطع النظر عن أساسه الأول المتمثل في صبغته الجبائية وتوفير مداخيل لخزينة الدولة.

282- أثر التسجيل في القباضة المالية

يختلف أثر التسجيل باختلاف طبيعة المبيع وصفة الأطراف الذين يهمهم البيع.

(1) بالنسبة للعقارات غير المسجلة

283- إن أهم أثر لتسجيل عقد البيع إذا كان موضوعه عقارا غير مسجل هو معارضة الغير به طبق ما ورد بالفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود الذي أقر أنه " لا يجوز الإحتجاج بالعقد المذكور على الغير إلا إذا سجل بقباضة المالية مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة " .

ويتجلى من صيغة هذا النص أن التسجيل ليس ركنا من أركان صحة البيع ولا شرطا لانتقال الملكية بل مجرد وسيلة لمعارضة الغير به إذ لا يمكن الإحتجاج به عليه والتمسك به إزاءه إلا بالتسجيل واستقر فقه القضاء على هذا المبدأ من ذلك القرار التعقيبي عدد 5799 المؤرخ في 9 جوان 1970 وجاء فيه : " إن مجرد انعقاد البيع بين طرفيه وإن كان له تأثيره ومفعوله بينهما إلا أن هذا المفعول لا يتعدى أثره بالنسبة لغيرهما إلا إذا أصبح العقد تاما ولا يكون تاما بالنسبة للغير حسبما نص عليه الفصل 581 من م.أ.ع. إلا إذا كان بحجة كتابية ثابتة التاريخ ومسجلا بإدارة التسجيل " 279 .

(2) بالنسبة للعقارات المسجلة

284 - من المعلوم أن العقارات المسجلة تخضع بالخصوص للأحكام الواردة بالعنوان الأول من الكتاب الثاني من مجلة الحقوق العينية طبق الفصل 303 من هذه المجلة .

ومبدئيا لا يمكن ترسيم الصكوك أو الإتفاقيات ومنها بيع العقار

(279) نشرة محكمة التعقيب 1970 ص . 105 .

بإدارة الملكية العقارية إلا إذا كان الكتب مسجلا بالقباضة المالية فقد نص الفصل 394 من مجلة الحقوق العينية أنه " على كل من يطلب ترسيما أو تشطيا على ترسيم أو حطا من ترسيم أو تعديلا لترسيم أن يودع بقباضة التسجيل علاوة على الكتب المراد تسجيله نسخة أو أصلا ثانيا منه يوجهه قابض التسجيل الى مدير الملكية العقارية " 280 .

285 - غير أن مجرد تسجيل عقد بيع عقار مسجل بالقباضة المالية لا يكفي لمعارضة الغير به بل يتعين أن يرسم بالسجل العقاري على معنى الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية وقد استقر فقه القضاء على هذه القاعدة القانونية في العديد من القرارات منها القرار التعقيبي عدد 1856 المؤرخ في 27 جوان 1963 وتضمن أنه " لا ينطبق الفصل 581 م.أ.ع. على العقارات المسجلة ولا يمكن معارضة الغير بالحقوق العقارية المسجلة إلا إذا تم ترسيمها بسجل الأملاك العقارية " 281 . وكذلك القرار التعقيبي عدد 11647 المؤرخ في 10 مارس 1975 282 والقرار التعقيبي عدد 15938 المؤرخ في 8 جانفي 1987 283 .

286 - غير أن الترسيم لم يعد مجرد شرط للإحتجاج بالحق العيني على الغير بل أصبح ركنا من أركان تكوين الحق بعد التنقيح الذي أدخل على الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية الأمر الذي أعطى للترسيم وظيفة جديدة .

(280) يراجع : الأستاذ حبيب الشطي : المعلوم التكميلي للتسجيل - مجلة القضاء والتشريع 1992 ع . 3 ص . 15 .

(281) نشرة محكمة التعقيب 1963 - ص . 27 .

(282) نشرة محكمة التعقيب 1975 ج . 1 - ص . 138 .

(283) نشرة محكمة التعقيب 1987 ، ص . 247 .

الفقرة الثالثة

ترسيم عقد البيع بالسجل العقاري

287 - يخضع عقد بيع العقارات المسجلة لنظام خاص بعد التنقيح الهام الذي أدخل على بعض أحكام مجلة الحقوق العينية بمقتضى القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 وشمل عدة فصول من أهمها 278 و 305 و 373 و 377 منها ومن أبرز ما تضمنه هذا التنقيح الذي لا يدخل حيز التنفيذ إلا في شهر ماي 1998 مبدأ المفعول المنشئ للترسيم ويتعين النظر في مفهومه وآثاره .

1 (مفهوم المفعول المنشئ للترسيم 284

288 - أصبح الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية الجديد ينص على ما يلي : " كل حق عيني لا يتكون إلا بترسيمه بالسجل العقاري وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم " والحقيقة أن هذا التنقيح لم يستحدث مبدأ المفعول المنشئ للترسيم بل يمثل عودة الى ما أقره القانون العقاري القديم الصادر بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في غرة جويلية 1885 قبل تنقيحه بمقتضى الأمر المؤرخ في 16 ماي 1886 والمقصود بالمفعول المنشئ للترسيم في ميدان بيع العقارات المسجلة الذي يهمننا في هذه الدراسة أن عقد البيع لا يحدث أي أثر عيني إلا إذا تم ترسيمه بالسجل العقاري بل أن الحق العيني موضوع البيع لا يتكون إلا بالترسيم فكأنه لا يتوجد بالنسبة للمشتري ولا يدخل في ذمته المالية إلا إذا وقع إدراج العقد بإدارة الملكية العقارية وقبل ذلك لا يكتسب

284 (الأستاذ محمد كمال شرف الدين : مبدأ المفعول المنشئ للترسيم في قوانين 4 ماي 1992 . المجلة القانونية التونسية 1993 ص. 99 وما بعدها .

المشتري أي حق عيني ولا يعتبر مالكا للعقار الذي لا تنتقل ملكيته له إلا بالترسيم طبق أحكام الفصل 373 الجديد من مجلة الحقوق العينية وجاء فيه " و يترتب عن عدم اشهار الأمور الواردة بالفقرتين المذكورتين أن الحقوق المينة الواردة بها لا تكون حجة فيما بين المعنيين بالأمر أنفسهم ولا يترتب عن تلك الأمور غير المرسمة سوى الالتزامات الشخصية " .

ويؤخذ من أحكام هذا النص أن المشرع باقراره المفعول المنشئ للترسيم قد تخلّى عن التفرقة التي كانت موجودة قبل تنقيح 4 ماي 1992 بين مفعول الترسيم إزاء الأطراف من جهة وبين آثاره تجاه الغير . وفعلنا لم يكن للترسيم أي أثر إزاء المتعاقدين فالملكية تنتقل للمشتري بمجرد التراضي وإبرام العقد وقبل الترسيم أما بالنسبة للغير فإن عقد البيع لا يعارض به الغير إلا من تاريخ إدراجه بالسجل العقاري طبق الفصل 305 القديم من مجلة الحقوق العينية وبعد التنقيح الجديد أصبح المتعاقدون أطراف عقد البيع والغير في مرتبة واحدة ولقد " اقتضت " الأحكام الجديدة توحيد سبب وزمن نشأة الحق العيني سواء تعلّق الأمر بالأطراف أو بالغير فالترسيم أصبح الإجراء الذي يكون سند ومنطق نشأة ذلك الحق أو انتقاله أو زواله أو تعديله بالنسبة للكافة " 285 .

إلا أنه ينبغي تعديل أو بالأحرى إكمال هذه الفكرة بالقول إن عقد البيع غير المرسوم بالسجل العقاري يحدث آثارا شخصية إزاء المتعاقدين لكنه لا يحدث أي أثر إزاء الغير بحكم المفعول النسبي للإلتزامات الأمر الذي يثير مسألة آثار هذا العقد بين الطرفين .

(285) الأستاذ محمد كمال شرف الدين، المرجع السابق، ص. 125 .

2 (آثار عقد البيع غير المرسم بين البائع والمشتري

289 - رأينا أن الفصل 373 من مجلة الحقوق العينية أقر أن الصكوك والاتفاقيات التي لم يقع إشهارها بطريق الترسيم برسم الملكية لا تكون حجة بين المعنيين بالأمر أنفسهم ولا يترتب عنها سوى التزامات شخصية فما هو المقصود بها وأية التزامات تبقى محمولة على كاهل طرفي عقد بيع غير مكوّن للحق العيني وبالتالي غير ناقل للملكية ؟

290 - لقد تباينت الآراء في الجواب على هذا السؤال وظهرت اتجاهات مختلفة رغم أن عدة قوانين عربية تضمنت نفس الأحكام التي أقرها المشرع التونسي في تنقيح 4 ماي 1992 وخاصة بالفصلين 305 و 373 من مجلة الحقوق العينية وفعلا نجد نفس المبادئ بالمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري لسنة 1946 وقد نصّت على أنه " يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها (أي الحقوق العينية العقارية) لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الإلتزامات الشخصية بين ذوي الشأن " ونصت المادة 26 من قانون السجل العيني اللبناني على نفس القاعدة.

291 - ويرى جميع الفقهاء المصريين مثل الأساتذة خميس خضر²⁸⁶ ورمضان أبو السعود²⁸⁷ ومحمد حسن قاسم²⁸⁸ وتوفيق

حسن فرج²⁸⁹ والعلامة الدكتور عبد الرزاق السنهوري²⁹⁰ أن البيع غير المسجل (أي غير المرسم بالسجل العقاري) ينشئ جميع التزامات البائع ومنها ضمان الإستهقاق والعيوب الخفية والتسليم كما يترتب جميع التزامات المشتري ومنها دفع الثمن والمصاريف وتسلم مشتراه وأنه تصح فيه الشفعة ومعنى ذلك أن البيع غير المسجل يحدث جميع آثار البيع باستثناء نقل الملكية.

ويرى شراح آخرون مثل الأستاذ محمد كمال شرف الدين أنه " يصعب القول بقيام الإلتزام بضمان الإستهقاق وضمان العيوب وواجب التسليم كما يصعب إلزام الطرف الذي لم تنتقل إليه الملكية بدفع ثمن العتار " ويضيف أن الآثار الشخصية تشمل الحق في المطالبة بفسخ الإلتزام وبالحصول على الترسيم وبالزام البائع بعدم القيام بالتفويت مرة ثانية في العقار²⁹¹.

إن هذين الاتجاهين على تباينهما منازع فيهما إذ يمكن التثريب على الرأي الأول القائل بأن العتد الذي لم يقع اشهاره بطريق الترسيم يحدث جميع آثار البيع ما عدا انتقال الملكية أنه يكاد يجعل البيع غير المرسم تاما وغاية ما في الأمر أن انتقال الملكية يتأجل الى تاريخ الإشهار في حين أنه توجد آثار أخرى لا يحدثها مثل هذا البيع فهذا الاتجاه قلل من انعكاسات عدم الترسيم وحصرها في انتقال الحق العيني فقط ويمكن النعي على الرأي الثاني أنه بالغ في آثار عدم

(289) الرجز في عقد البيع - نشر الدار الجامعة ص. 91.

(290) الوسيط في شرح القانون المدني ج. 4، البيع، ص. 486.

(291) مبدأ المفعول المنشئ للترسيم في قوانين 4 ماي 1992 - المرجع السابق، ص. 128 - 129.

(286) العقود المدنية الكبرى، نشر دار النهضة العربية 1979 ص. 137.

(287) شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة ص. 228.

(288) الموجز في عقد البيع - دار الجامعة الجديد للنشر ص. 211.

مطلقة فتؤخذ على إطلاقها طبق القاعدة الواردة بالفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود.

293 - وتأسيسا على ذلك فإن المشتري يكون ملزما بدفع الثمن وتسليم مشتراه كما أن البائع مطالب بتسليم المبيع وتوابعه وضمان الوصف والعيوب والاستحقاق طبق أحكام البيع. غير أنه توجد آثار أخرى للبيع تثير بعض الإشكاليات الدقيقة بحكم طبيعتها ولا ارتباطها بنقل الملكية ومن بينها تحديد مآل غلة المبيع قبل ترسيم العقد هل تبقى للبائع أم تصبح من حق المشتري طبق الفصل 609 من مجلة الالتزامات والعقود الذي أقر أن ما أثمره المبيع ومازاد عليه طبيعة أو عملا من وقت تمام العقد يسلم للمشتري على أن له مالم يتفق على خلاف ذلك". لكن هذه القاعدة تقتضي "تمام البيع" الأمر الذي لا يتوفر قبل الإدراج بالسجل العقاري. ومن ناحية أخرى من يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل ترسيم البيع؟

لقد أقر الفصل 585 من مجلة الالتزامات والعقود أن المبيع يصير "في ضمان المشتري ولو قبل تسلمه أياه" لكن يصعب العمل بهذه القاعدة قبل ترسيم البيع إذ يبقى البائع مالكا للعقار. إن هذه المشاكل تدل على صعوبة التوفيق بين مبدأ المفعول المنشئ للترسيم وبين الأحكام العامة للبيع.

3- الطبيعة القانونية للترسيم بالسجل العقاري

294 - إن إقرار المفعول المنشئ للترسيم يقتضي البحث عن الطبيعة القانونية لهذا الإجراء بالنسبة لعقد البيع فهل يعتبر شرطا لصحته أو لوجوده أم شرطا تعليقيا يتوقف عليه تمام البيع وانتقال الملكية؟

الترسيم وكاد أن يجرّد البيع غير المرسم من كل قيمة ولعل الصيغة التي ورد فيها الفصلان 305 و 373 الجديدين من مجلة الحقوق العينية هي التي املت هذا التوجه فالمرشح ميز بين الآثار العينية والآثار الشخصية للاتفاقيات والصكوك غير المرسمة وجعل الأولى معندة قبل الترسيم والثانية قائمة رغم عدم اشهار العقد وهذا التفريق بين الآثار الشخصية والآثار العينية يتماشى مع طبيعة عقد البيع الذي يتضمن عدة التزامات شخصية كما أنه ينقل ملكية المبيع للمشتري أي أنه ينشئ أيضا حقا عينيا²⁹² ولقد كان احداث الآثار الشخصية والعينية متزامنا في بيع العقار المسجل بمجرد إبرام العقد رغم عدم ترسيمه وذلك قبل تنقيح 4 ماي 1992 والذي حدث بموجب النصوص الجديدة هو انتهاء هذا التزام وفصل الأثر الشخصي عن الأثر العيني وجعل الثاني متأخرا عن الأول ولا يتم إلا بالإدراج بإدارة الملكية العقارية.

وإذا كان مفهوم الأثر العيني واضحا فإن المقصود بالالتزامات الشخصية في البيع في حاجة الى توضيح فهل تشمل كل آثار البيع باستثناء انتقال الملكية كما ذهب الى ذلك جل الفقهاء المصريين والمغاربة²⁹³ أم أن المشرع قصد البعض منها فقط؟

292 - بالرجوع الى أحكام الفصل 373 الجديد من مجلة الحقوق العينية يتجلى انها جاءت في صيغة عامة إذ ورد فيها "لا يترتب عن تلك الأمور غير المرسمة سوى الالتزامات الشخصية" وهذه العبارة

J. GHESTIN et M. BILLIAUD, Les obligations, les Effets du (292) contrat, L.G.D.J. 1992, n. I.

E. GAUDEMMENT, Théorie générale des obligations, 1937, p. 21.

(293) الدكتور محمد خيرى: الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب - نشر مكتبة المعارف ص. 493.

بالرجوع الى أحكام الفصلين 305 و 373 الجديدين من مجلة الحقوق العينية يتبين أن ترسيم الإلتفاقات والصكوك بالسجل العقاري ليس شرطا لصحتها أو لوجودها فالمشرع لم ينص على بطلانها قبل ترسيمها فهي صحيحة كما أن الترسيم ليس شرطا تعليقيا أو واقفا ضرورة أن الشرط هو حدث مستقبل يتوقف عليه وجود الإلتزام أو ابرامه أو انقضاؤه (الفصل 116 من مجلة الإلتزامات والعقود)²⁹⁴ وهو بهذا المعنى عنصر ثانوي يتغير به الإلتزام وليس هذا شأن الترسيم لأنه ليس شرطا لوجود العقد أو لتكوينه كما أنه ليس عنصرا فرعيا بل يتوقف عليه تكوين الحق العيني وبالتالي فهو يؤثر على جوهر العقد ذاته ويمكن القول إن الترسيم بالسجل العقاري هو شرط تمام عقد البيع إذ بدونه لا يتكون ولا ينتقل الحق العيني.

4- القيمة القانونية للبيع غير المرسم

295 - إن العقد غير المرسم لا يرتب "سوى الإلتزامات الشخصية" حسب ما جاء بالفصل 373 الجديد من مجلة الحقوق العينية ومعنى ذلك أنه ليس للبيع قبل ترسيمه أي أثر عيني فلا يحدث سوى آثار شخصية وهذا يذكرنا بالطبيعة القانونية للوعد بالبيع والشراء إذ أنه مجرد التزام بعمل موضوعه حق شخصي فلا تنتقل به الملكية للموعد له كما جاء في قرار الدوائر المجتمعة المؤرخ في 30 جانفي 1976 تحت

J.J. TAISNE, la notion de condition dans les actes juridiques, (294 contribution a l'etude de l'obligation conditionnelle, thèse, dactyl. Lille 1977. 2 vol.

DEROUIN, pour une analyse "fonctionnelle" de la condition R.T.D. civ. 1978. 1.

عدد 12082 فهل يمكن اعتبار البيع غير المرسم بمثابة وعد بالبيع والشراء مادام لهما نفس الأثر ؟ إن الجواب على هذا السؤال يكون بالنفي لأن في التواعد بالبيع والشراء يحصل الإلتفاق على إنجاز البيع في وقت لاحق في حين أن في صورة البيع غير المرسم يكون العقد ناجزا بين الطرفين بحصول التراضي النهائي على الثمن والمثمن طبق الفصل 580 من مجلة الإلتزامات والعقود وغاية ما في الأمر أن انتقال ملكية المبيع للمشتري ومعارضة الغير بالبيع يتأجلان الى تاريخ الترسيم. كما أنه لا يمكن وصف البيع غير المرسم بأنه عقد موقوف المستند من الفقه الإسلامي والذي له مدلول خاص وضحناه عند الحديث عن بيع ملك الغير ولقد وصل الأمر ببعض الشراح الى القول بأن هذا العقد هو بمثابة عقد غير مسمى²⁹⁵ لعدم توفر خاصيات البيع فيه ومن أهمها كونه ناقلا للملكية لكن هذا الرأي غير سليم لأن الترسيم بالسجل العقاري ليس ركنا لانعقاد البيع بل يتعلق بتكوين الحق العيني وانتقاله فالترسيم صير بيع العقار المسجل عقدا شكليا كما أسلفنا لكن قبل القيام بالترسيم وقد أصبح "شكلية جوهرية" تؤثر على كنه العقد يبقى هذا التصرف يباع من نوع خاص. وقد اعتبره أحد الشراح بأنه يقترب من البيع في القانون الروماني الذي كان يميز بين العقد وبين طريقة نقل الملكية²⁹⁶ فالقاعدة القائلة بانتقال الملكية بمجرد التراضي لم تعد منطبقة على بيع العقارات المسجلة ولعله يحسن القول بانتقال الملكية بالتعاقد التام المرسم بالسجل العقاري.

والرأي عندنا أن البيع غير المرسم هو عقد منقوص التمام محصور

(295) الدكتور رمضان أبو السعود : عقدي البيع والمقايضة المرجع السابق ص. 228.

(296) عبد المنعم البدراني ، عقد البيع ، 1961، ص. 303

- الدكتور خميس خضر : العقود المدنية الكبيرة، المرجع السابق، ص. 138.

الآثار بين الطرفين في الإلتزامات الشخصية منعدم المفعول إزاء الغير فهو يوجد في مرتبة وسطى فوق التواعد بالبيع والشراء ودون البيع التام وبهذا المعنى لم يعد يستجيب لتعريف البيع الوارد بالفصل 564 من مجلة الإلتزامات والعقود إذ أنه خال من خاصية هامة للبيع وهي كونه ناقلا للملكية فهو بيع منقوص ويترتب عن ذلك عدة نتائج هامة.

5- نتائج عدم الترسيم

296 - لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم نتائج خطيرة نذكر منها ما يلي :

297 - أ) تراحم المشتريين .

يبقى البائع مالكا للعقار رغم التوقيع على عقد البيع قبل ترسيمه بالسجل العقاري حتى ولو قبض الثمن كاملا وتثير هذه الوضعية عدة مشاكل دقيقة إذ قد يعتمد البائع الى التفويت في نفس العقار لشخص آخر يبادر بترسيم شرائه بالسجل العقاري قبل المشتري الأول فما هو حكم البيع الثاني ؟

إذا إعتمدنا نظام الإشهار العقاري وخاصة أحكام الفصل 305 الجديد من مجلة الحقوق العينية نلاحظ أن البيع الثاني صحيح لسببين أولهما أن الأول غير ناقل للملكية وبالتالي يجوز للبائع التفويت في المبيع لشخص آخر دون أن يمثل ذلك " بيع ملك الغير " وثانيهما أن المشتري الثاني أدرج العقد بإدارة الملكية العقارية وهو محق في التحصن والتمسك بأحكام الفقرة الأخيرة الجديدة من الفصل 305 من

مجلة الحقوق العينية وجاء فيها " وإبطال الترسيم لا يمس ... " الغير الذي اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية واعتمادا على الترسيمات الواردة بالسجل .

298 - وبناء على ذلك فإن البيع الثاني المرسم هو الذي يضي وليس للمشتري الأول إلا الرجوع على البائع للمطالبة بغرم الضرر واسترجاع الثمن إلا أنه لا يمكن للمشتري الثاني التمسك بالترسيم إلا إذا كان حسن النية وقد تبانت الآراء حول هذا المفهوم ولا يسمح المقام بتفصيل القول فيه وكان محل دراسات عديدة²⁹⁷ ونكتفي بالقول أن فقه القضاء التونسي اعتبر المشتري الثاني على سوء نية وقضى بإبطال ترسيم شرائه بالسجل العقاري والتشطيب عليه لأنه ثبت أنه كان على علم بوجود بيع أول لم يتع إدراجه برسم الملكية واعتمد على جملة من القرائن إلا أن محكمة التعقيب اعتبرت في قرارها عدد 6236 المؤرخ في 30 نوفمبر 1982 أن في صورة بيع عقار مسجل مرتين لمشتريين مختلفين وتولى الثاني ترسيم شرائه بالسجل العقاري وهو على حسن نية فإنه يكون هو المالك للعقار ولو كان المشتري الثاني ابن البائع طبق الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية²⁹⁸ وقد يبدو هذا الموقف قابلا للنقاش إذ من المستبعد جدا أن يكون المشتري الثاني على

- La bonne foi, travaux de l'association Henri CAPITANT (297) Tome XLIII - 1992 - ed. LITEC.

- VOUIN, La bonne foi : Notion et rôle actuels en droit privé français, thèse, Paris, LGDJ, 1939.

- A. BRÉTON, des effets civils de la bonne foi, revue critique 1926 p.86.

- J. GHESTIN, Le contrat : formation, LGDJ 1988 n. 186 .

(298) نشرة محكمة التعقيب 1982، ج. 4 . ص. 279 .

حسن نية أي يجهل أن البائع سبق له أن فوت في العقار للغير خاصة وأنه ابن البائع .

ولقد أراد المشرع تحديد مفهوم حسن النية في التنقيح الذي أدخل على الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية بموجب قانون 4 ماي 1992 الذي نص صراحة على "اعتماد الترسيمات الواردة بالسجل" وكأنه بهذه الصيغة أعطى لمصطلح حسن النية مفهوما "تقنيا موضوعيا" مستبعدا المدلول الذاتي فالعبرة لم تعد في علم المشتري بوجود بيع أول بل في عدم ترسيم ذلك البيع فالغير محمول على عدم العلم بأي تصرف قانوني لم يقع اشهاره بالترسيم فكل حق غير مرسوم يعتبر غير موجود إزاء الغير لكن يحق أن نتساءل عن مدى امكانية معارضة المشتري الثاني بالبيع الأول رغم عدم ترسيمه إذا ثبت بصفة قاطعة أنه كان على علم به ومع ذلك تعدد الشراء وادرج عقده برسم الملكية ؟

إن نظام الإشهار العقاري والصيغة الجديدة للفصل 305 يقتضيان الجواب بالنفي رغم أن مثل هذا الموقف قد يبدو متعارضا مع المنطق وجملة من المبادئ ومنها العدالة والقاعدة الأصولية القائلة بأن "الغش يفسد التصرف" FRAUS OMNIA CORRUMPIT²⁹⁹ إذ أنه في بعض الحالات يحصل توافق بين البائع والمشتري الثاني وفي هذا السياق يقول الدكتور السنهاوري "فالعقد المسجل إذا كان ثمرة الغش والتواطئ وجب أن يكون باطلا والتسجيل لا يصححه"³⁰⁰ .

Henri ROLAND et Laurent BOYER, ADAGES du Droit (299) Francais, volume I. p. 361.

J. MAZEAUD, l'adage fraus omnia corrumpit et son application dans le domaine de la publicité foncière, Rep. gén. prat. not. 1962 art. 28265.

(300) الوسيط في شرح القانون المدني ج. 4 ، ص. 554.

ب) حقوق الدائنين ومبدأ المفعول المنشئ للترسيم

299 - لعل من أهم نتائج هذا المبدأ أيضا أن لدائن البائع قبل ترسيم عقد البيع بالسجل العقاري طلب ترسيم اعتراض تحفظي على العقار المبيع يرسم بالسجل العقاري طبق الفصل 327 من م.م.ت. أو إجراء عقلة تنفيذية على العقار طبق الفصل 451 وما بعده من نفس المجلة ويبيعه لاستخلاص ديون متخلدة بذمة البائع رغم أنه باع العقار مادامت ملكيته لم تنقل للمشتري بسبب عدم ادراج البيع بإدارة الملكية العقارية وقد أجمع الشراح على هذه الإمكانية³⁰¹ ولئن كانت هذه القاعدة متماشية مع مبادئ الإشهار العقاري فإنها قد تبدو مخالفة للإنصاف إذ كيف يعقل تمكين دائن البائع من إجراء عقلة تنفيذية على عقار ويبيعه عن طريق التثبيت لاستخلاص دين متخلد بذمة البائع رغم أنه فوت فيه للمشتري الذي سيجد نفسه في وضعية غريبة تتمثل في بيع مشتراه لخلاص دين لا علاقة له به وقد حصل ذلك فعلا في ظل أحكام الفصل 305 قبل تنقيحه في قضية تمثلت وقائعها في أن أحدهم اشترى عقارا مسجلا بمقتضى كتب خطي تولى تسجيله بالقباضة المالية إلا أنه قبل ايداعه بإدارة الملكية العقارية بادر دائن البائع بترسيم ائذار بالسجل العقاري قائم مقام عقلة عقارية وأمام امتناع البائع المدين من الإمتثال للإئذار وقع تثبيت العقار للغير وتولى المبتت له ترسيم محضر التثبيت بالسجل العقاري متمسكا بأحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية بعله أن في تاريخ ترسيم العقلة كان العقار باسم البائع المدين وأن المشتري لا يمكنه الاحتجاج بشرائه قبل إدراجه بالسجل العقاري .

301 محمد حسن قاسم : الموجز في عقد البيع، المرجع السابق ص. 211 - سمير تناغو : عقد البيع ، ص. 182 .

بالحقوق المرسمة دون سواها الأمر الذي يثير موضوع القوة الحجية للترسيم.

ج) القوة الحجية للترسيم³⁰³

300 - نتيجة لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم أصبح الاعتماد كلياً على الترسيمات بالسجل العقاري فكل ما هو غير مرسوم يعد متعدياً بين الطرفين وإزاء الغير فالشخص الذي يروم شراء عقار مسجل مطالب بالإطلاع على السجل العقاري للوقوف على الوضعية القانونية للعقار وعلى محرر العقد القيام بهذا الإجراء الأساسي الذي فرضه عليه المشرع ورتب عن الإخلال به مسؤوليته.

ومبدئياً يقع اعتماد التنصيصات الواردة برسم الملكية والتعاقد على أساسها فإذا اشترى شخص عقاراً بناءً على تلك البيانات ثم اتضح فيما بعد أنها مغلوطة بسبب خطأ من إدارة الملكية العقارية فإن هذه الأخيرة تكون ملزمة بجبر الضرر وأكدت المحكمة الإدارية هذا المبدأ في قرارها عدد 1010 الصادر في 20 ماي 1991³⁰⁴ وفعلًا أقر الفصل 402 من مجلة الحقوق العينية مسؤولية الدولة عن الضرر الحاصل من جراء عدم الترسيم أو إهمال التنصيص على بعض الحقوق.

303 (يستعمل بعض الفقهاء عبارة "القرة الثبوتية" للترسيم ونحن نفضل لفظة "القوة الحجية" لأن الأمر يتعلق بترجمة جملة (La force probante) وهي تنمي اصطلاحاً فحاجة وسيلة إثبات "efficacité d'un moyen de preuve". فهذا المصطلح مرتبط بالإثبات أو الثبوت أي الحجة ولا الثبوت الذي له معنى آخر إذ يقال ثبت أقام به (ابن منظور - لسان العرب - ج. 1 ص. 346 - 347. 304 (مجلة القضاء والتشريع 1992 ع 7 ، ص. 159.

لكن المشتري رفع دعوى قضائية في ابطال التثبيت والتشطيب عليه وإدراج شرائه بالسجل العقاري مؤسسا دعواه على كون ملكية العقار انتقلت إليه بمجرد إبرام عقد البيع وقبل إدراجه بالسجل العقاري وكذلك قبل ترسيم العقلة العقارية فحكم ابتدائياً واستثنائياً وتعقيبياً لصالحه وأكدت محكمة التعقيب في قرارها عدد 27817 الصادر بتاريخ 18 / 4 / 1991 في هذه القضية " إن القائم بالعقلة قد استمد حقه من مدينه بائع العقار الذي هو ليس غيراً بالنسبة للمشتري ولا يمكن بالتالي لهذا العاقل أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو لمدينه باعتبار أن العقلة لا تكسبه حقاً عقارياً وهو الحق الذي تحدث عنه الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية بل تكسبه حق الأولوية وهو حق شخصي تجاه مدينه " (قرار غير منشور) ولا جدال أن السؤال المطروح في هذه القضية هو معرفة ما إذا كان دائن البائع غيراً بالنسبة للمشتري أم لا؟.

أجابت محكمة التعقيب على هذا السؤال بالنفي مستخلصة من ذلك عدم تمتعه بأحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية كما اعتبرت أن حق الدائن شخصي وليس عقارياً ويقطع النظر عن وجاهة هذا التحليل الذي لا يخلو مبدئياً من سداد في خصوص طبيعة حق الدائن فإن ما انتهت إليه محكمة التعقيب قد لا يتماشى مع الأحكام الجديدة لمجلة الحقوق العينية خاصة بعد اقرار المفعول المنشئ للترسيم إذ بإمكان دائن البائع إجراء عقلة على العقار المبيع قبل انتقال ملكيته للمشتري بموجب الترسيم ومن ناحية أخرى لا يمكن لدائن المشتري إجراء عقلة على العقار المبيع قبل ترسيم البيع³⁰²، فالعبرة في آخر الأمر

302 (الدكتور، محمد حسن قاسم : الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1996، ص. 211.

والذي اعتبر أن أعمال حافظ الملكية العقارية المتعلقة بالتشطيب على ترسيم خاضعة لأحكام القانون الخاص ولا علاقة لها بالقانون الإداري وهي من أنظار القضاء العدلي.

301 - ولقد حسم المشرع الجدل الفقهي حول هذه المسألة بموجب التنقيح الذي أدخل على الفصل 388 من مجلة الحقوق العينية بموجب القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرخ في 23 جانفي 1995 وبمقتضاه أصبحت المحكمة العقارية هي المختصة بالنظر في الطعون المرفوعة ضد قرارات حافظ الملكية العقارية القاضي برفض الترسيم أو التشطيب عليه أو تعديله³⁰⁶ وللمحكمة العقارية أن تأذن بالإجراء المطلوب ولها أيضا الإذن باصلاح الغلطات المادية والمتعلقة بالحالة المدنية أو الحساب أو الأرقام الحاصلة في حكم التسجيل أو في الأمثلة الهندسية (الفصل 332 مكرر من مجلة الحقوق العينية) ولمحاكم الحق العام أيضا الحكم بالتشطيب على ترسيم عندما تنضي بإبطال بيع وقع ادراجه بالسجل العقاري وأكدت محكمة التعقيب في قرارها عدد 32050 المؤرخ في 28 سبتمبر 1993 " أن الترسيم بالسجل العقاري يمكن شطبه إذا ثبت انبناؤه على عقد غير صحيح قانونا"³⁰⁷.

وإذا كانت الترسيمات قابلة للتشطيب الأمر الذي يحد من قوتها الإثباتية فإنه تثار المسألة الثانية المتعلقة بآثار التشطيب.

302 - لقد أجاب المشرع على هذا السؤال بالفصل 305 الجديد من

306) أنظر حول هذا التنقيح : السيد الطيب اللومي : " المحكمة العقارية من خلال القانون عدد 10 لسنة 1995 المنقح لمجلة الحقوق العينية " مجلة القضاء والتشريع 1995 ، ع . 4 ، ص . 7 وما بعدها .
307) نشرة محكمة التعقيب 1993 ص . 247 .

والمفروض أن حجية الترسيمات بالسجل العقاري مطلقة باعتبار ذلك من المبادئ التي يقوم عليها نظام الإشهار العيني الذي اعتمده المشرع في مجلة الحقوق العينية وهو نتيجة لمبدأ الشرعية إذ أنه على حافظ الملكية العقارية " قبل قيامه بإية عملية مباشرة التحقيقات التي تقتضيها هذه المجلة " (الفصل 306 ، م . ح . ع .) كما عليه التحقق " من صحة الوثائق المدلى بها تأييدا لمطلب الترسيم " (الفصل 389 من نفس المجلة) وليس له ترسيم أو تقييد أي حق إلا إذا كان من الحقوق التي يجب اشهارها (الفصل 390) وأخيرا " لا يقع ترسيم هذا الحق إلا إذا كان منجرا مباشرة عن سبق ترسيمه باسمه " (الفصل 392) . إن الواجبات المحمولة على كاهل حافظ الملكية العقارية والتحريرات التي تسبق كل ترسيم توفر ضمانات كبيرة هامة وتظفي على الترسيمات قوة إثباتية ولكن ماهو مداها هل هي مطلقة أم نسبية ؟

إن الجواب على هذا السؤال يقتضي النظر في أمرين أولهما إمكانية التشطيب على الترسيمات وثانيهما انعكاسات ذلك .

فبالنسبة للمسألة الأولى تجدر الملاحظة الى أن الترسيمات ليست دائما أبدية ولا تتمتع بحصانة مطلقة إذ يمكن ابطالها والتشطيب عليها أو اصلاحها وتعديلها طبق أحكام الفصول 388 و 391 و 392 من مجلة الحقوق العينية ولحافظ الملكية العقارية القيام بذلك وفي هذا النطاق أثارت الطبيعة القانونية لقراراته جدالا كبيرا لا يسمح المقام بتفصيل القول فيه ونكتفي بالإشارة الى القرار الهام الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 9 جوان 1993 تحت عدد 4868³⁰⁵

305) مجلة القضاء والتشريع 1995 ع . 6 - ص . 121 .

مجلة الحقوق العينية عندما أقر صراحة أن "إبطال الترسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية...".³⁰⁸ كما أن الفصل 322 مكرر من نفس المجلة تضمن أنه "لا يقبل مطلب الإصلاح إذا ثبت اكتساب حقوق عينية على العقار من قبل الغير عن حسن نية" ويؤخذ من هذين الفصلين أن إبطال الترسيم لا يمكن أن يضر بحقوق الغير حسن نية فهل يعني هذا أن القوة الحجة للترسيم مطلقة إزاء هذا الغير وأن الترسيمات تبقى نافذة المفعول تجاهه رغم التشطيط عليها؟³⁰⁸ إن الجواب على هذا السؤال بنعم يبدو متماشيا مع روح نظام الإشهار العقاري وصريح الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية ولكن قد يبدو أيضا متعارضا مع المبادئ التي يقوم عليها ذلك النظام ومنها الشرعية في الترسيمات وتسلسلها إذ كيف يمكن أن نمكن الغير من اكتساب حقوق مصدرها عقد باطل حتى ولو كان حسن النية كأن يثبت أن عقد شراء البائع الذي على أساسه فوّت في العقار للغير هو كتب مدلس وقضت المحكمة الجزائرية بإعدامه فهل يبقى مع ذلك المشتري متحصنا بالفصل 305 وتمسكا بالقوة الإثباتية للترسيم؟ أو كأن يبيع شخص مناباته في عقار باعتباره وارثا ثم يتضح فيما بعد أنه ليس إبنًا شرعيا ويحكم بنفي نسبه فهل يبقى مع ذلك عقد البيع نافذا إزاء المشتري حسن نية رغم أن البائع لم يكن مالكا للمبيع بعله أنه لما اشترى العقار كان اسم البائع مدرجا بالسجل العقاري بوصفه أحد الورثة المالكين؟ إن النظام العيني للإشهار العقاري يقوم على جملة من المبادئ التي لا يمكن تجزئتها فهي تشكل وحدة متكاملة تعتمد ككل لأن التخلي عن بعضها يؤدي إلى انهيار كامل الصرح فتتعدم جدواها ولا يدرك غرضه.

(308) الأستاذ محمد كمال شرف الدين : النظام العام للقيّد الإحتياطي مجلة "الأحداث القانونية التونسية" 1990، ص. 83.

ولا شك أن مبدأ المفعول المنشئ للترسيم سيدعم ثقته في الترسيمات بالسجل العقاري التي تبقى حجيتها الإثباتية قوية لكنها ليست دائما مطلقة إذ توجد قواعد أصولية ربما تحد من قوتها لأنها قد تعلق المبادئ التي يقوم عليها نظام الإشهار العقاري ومن بينها أن ما بني على باطل فهو باطل وأن فاقد الشيء لا يعطيه.

4- حدود مبدأ المفعول المنشئ للترسيم

303 - اختلفت الآراء حول معرفة ما إذا كان هذا المبدأ مطلقا أم فيه استثناءات. لقد طرح هذا السؤال بالنسبة للصكوك الإدارية وانتقال الملكية بالميراث ففي ما يتعلق بالصكوك الإدارية يرى بعض الشراح أنها تخضع أيضا لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم فعندما يصدر أمر انتزاع عقار أو تمارس الدولة الشفعة "الجبائية" فإن ملكية العقار لا تنتقل إلا بترسيم الصك الإداري بالسجل العقاري ويستند أصحاب هذا الرأي إلى جملة من الحجج منها أن المشرع لم يتعرض لتلك الصكوك ضمن الاستثناءات وأن قواعد التأويل العامة تفرض حصر الاستثناءات في الصور التي نص عليها المشرع وأنه لا مجال لاعتماد أي استثناء لأحكام الفصلين 305 و 373 الجديدين³⁰⁹. إن هذا المستند يستهويننا ولكننا لا نشاطره لأن الصكوك الإدارية خاضعة لنظام خاص بها فالفصل الثاني من القانون عدد 85 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت 1976 والمتعلق بمراجعة التشريع الخاص بالانتزاع للمصلحة العمومية نص على أنه "تنتقل الملكية إلى المنتزع بمفعول أمر الانتزاع" كما أن

309 (الأستاذ محمد كمال شرف الدين : مبدأ المفعول المنشئ للترسيم في قوانين 4 ماي 1992، المرجع السابق.

الفصل 113 من مجلة التسجيل والطابع الجبائي الذي تعرض لحق الشفعة الذي يمارسه وزير المالية لفائدة الخزينة نص على أنه "يبلغ قرار ممارسة حق الشفعة عن طريق عدل منفذ الى مقر المستحقين المبين بالعقد وينتج عن هذا القرار تحويل ملكية الحق موضوع الشفعة وجوبا لفائدة الدولة".

304 - ويتجلى من هذين النصين أن الصكوك الإدارية تنقل الملكية بمجرد صدورها ولو قبل ترسيمها بالسجل العقاري ومستندنا في هذا الرأي صريح عبارات النص القانوني الذي أقر بكل وضوح انتقال الملكية وجوبا بمجرد صدور أمر الانتزاع أو قرار ممارسة الشفعة خاصة أن مجلة معالم التسجيل والطابع الجبائي صدرت بعد قانون 4 ماي 1992 ومع ذلك تضمنت قاعدة انتقال الملكية بمجرد صدور القرار الإداري بالإضافة الى أن أحكام الفصولين 305 و 373 الجديدين من مجلة الحقوق العينية تضمننا قاعدة عامة في حين أن الصكوك الإدارية تخضع لأحكام خاصة تمثل استثناء للنصوص العامة وأخيرا فإن تلك الصكوك تخرج ملكية العقارات من الذمة المالية للخواص لتدخلها ضمن الأموال العامة والخاصة الراجعة للدولة وهي خاضعة لنظام معين طبق الفصل 16 من مجلة الحقوق العينية.

وهناك استثناء آخر لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم ويتمثل في انتقال الملكية بالميراث على معنى الفصل 22 من مجلة الحقوق العينية والفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية ففي صورة الوفاة تنتقل ملكية أموال المورث الى الورثة ولو قبل ترسيم حجة الوفاة بالسجل العقاري غير أن الفصل 373 الجديد من مجلة الحقوق العينية نص صراحة على أنه "لا يجوز للورثة أو الموصى لهم التصرف القانوني في حق عيني

مشمول بالتركة أو الوصية حسب الحال قبل ترسيم انتقال الملكية بالوفاة".

وتقتضي صيغة هذا النص ابداء بعض الملاحظات أولها أن المشرع يقر للورثة بصفة المالكين للمخلف بمجرد الوفاة وهذا أمر بديهي لكنه يحجر عليهم التصرف في ممتلكاتهم قبل ترسيم الوفاة بإدارة الملكية العقارية وهذا يشير مسألة الطبيعة القانونية لهذا التحجير وجزاء الإخلال به إذا ما هو مآل البيع الصادر عن الوارث للغير قبل ترسيم حجة الوفاة بالسجل العقاري؟ فهل يعد باطلا؟ لا نعتقد ذلك وغاية ما في الأمر أنه لا يمكن إدراج البيع إلا بعد ترسيم حجة الوفاة.

5- الأثر الزمني للترسيم

305 - عندما يقع الترسيم بالسجل العقاري يصبح العقد تاما وتنقل ملكية المبيع للمشتري ويستكمل البيع آثاره غير أنه طرحت مسألة معرفة ما إذا كان للترسيم أثر رجعي أم لا فهل يصبح المشتري مالكا للعقار منذ تاريخ العقد؟ أم بداية من تاريخ ترسيمه؟

يرى بعض الفقهاء وفي مقدمتهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن للترسيم أثرا رجعيا فتنتقل ملكية المبيع للمشتري لا من تاريخ الترسيم بل من وقت إبرام العقد فيصبح مالكا للثمر والنما ويتحمل التكاليف من ذلك الوقت³¹⁰.

لكن هذا الرأي لا يتماشى مع تشريعنا ضرورة أن الفصل 305

(310) الوسيط ج. 4، ص. 519.

الجدید من مجلة الحقوق العينية حسم المسألة بكل وضوح وأقر صراحة تكوين الحق العيني ابتداء من تاريخ الترسيم.

ولا شك أن هذا الحل هو نتيجة منطقية لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم لكنه يثير مشاكل دقيقة يصعب حلها كأن يعمد المشتري الى التفويت في العقار للغير قبل ترسيم عقد شرائه بالسجل العقاري فما هو حكم هذا البيع ؟ وإن انعدام الأثر الرجعي للترسيم يحتم القول ببطلان هذا البيع لأن المشتري لم يصبح بعد مالكا لمشتراه. فليس له التصرف فيه إذ أن العقار يبقى على ملك البائع مالم يقع ترسيم عقد البيع الأمر الذي يشير حكم البيع الصادر مرة ثانية عن البائع لنفس العقار الى شخص آخر قبل ترسيم عقد البيع الأول. إن هذا البيع صحيح لأن البائع مازال قانونا مالكا للمبيع رغم أنه تجاوز مؤاخذته جزائيا طبق الفصل 292 من المجلة الجنائية استنادا الى مبدأ استقلالية القانون الجزائي وتوفر القصد الإجرامي لدى البائع.

الفقرة الرابعة

الشكليات في بيع المنقولات

306 - إن بيع المنقولات هو عقد رضائي بالدرجة الأولى يعتقد مبدئيا بمجرد التراضي والاتفاق على الثمن والمثل دون حاجة الى شكلية معينة مثل الكتب³¹¹ إلا أن المشرع أقر شكليات معينة في بيع بعض المنقولات وأوجب تحرير كتب مثل بيع الأصل التجاري الذي

J. SCHMIDT - SZALEWSKI, J-Cl., civ, Art. 1582, nature et forme de la vente, 1990, n. 56.

يجب "اثباته بكتب وإلا كان باطلا" طبق الفصل 191 من - التجارية.

307- وأوجب المشرع ذكر بعض التنصيصات بكتب الإحالة ورتب على إهمالها امكانية بطلان البيع بطلب من المشتري وأوجب الفصل 191 من نفس المجلة إشهار بيع الأصل التجاري بالجراند وبالراند الرسمي للجمهورية التونسية³¹² طبق الفصل 190 من المجلة التجارية والا يكون البيع باطلا كما أن الفصل 16 من مجلة التجارة البحرية نص على "أن كل عمل تنتقل به ملكية السفينة كلها أو بعضها يجب أن يكون بكتب"³¹³.

308 - وتخضع احالة الحقوق التابعة لشهادة الاختراع لأحكام خاصة تضمنها الأمر المؤرخ في 26 ديسمبر 1888 وقد نص الفصل 14 منه على أن "احالة الملكية وكذلك منح حق الاستغلال أو الرهن الخاصة بشهادة يجب أن يقع اثباتها بعقود كتابية وإلا فإنها باطلة وهاته العقود لا يمكن الإحتجاج بها على الغير إلا إذا وقع تسجيلها بالدفتر الخاص للشهادات المسوك بكتب الملكية الصناعية بوزارة التجارة وتحتفظ هاته المنظمة بنسخة من العقود".

309 - وتضمن الفصل 2 من الأمر المؤرخ في 3 جوان 1889 والمتعلق بالعلامات الصناعية والتجارية أنه "لا يمكن لأحد الادعاء بملكية علامة فابريكه أو محل تجاري إلا إذا أودع في مكتب التريونال

- G. RIPERT, René ROBLOT, traité de Droit Commercial (312 Tome I, 15eme édition, n. 581 et suiv.

(313) الدكتور أحمد حسني : البيوع البحرية - الاسكندرية 1983.

- R. RODIERE et E. du PONTAVICE, Droit maritime, 1991, n. 78.

بمركز اقامته ثلاثة أمثلة من العلامة المذكورة وقالب طبع العلامة*
وأكدت محكمة التعقيب في قرارها عدد 38664 المؤرخ في 14 جوان
1993 (غير منشور)* أن مبدأ اكتساب ملكية العلامة يكون بالإيداع
وبالتالي فإن التسجيل هو مناط الحماية وهو يضمن استئثار صاحب
العلامة استغلالها*

310 - وأقر الفصل 70 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ
في 14 نوفمبر 1994 والمتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية اجراءات
خاصة للمعاملات المتعلقة بالأوراق المالية وبالحقوق المرتبطة بها والتي
يتم إصدارها من طرف شركات المساهمة العامة وكذلك الأدوات المالية
إذ أوجب المشرع أن تتم تلك المعاملات داخل سوق التداول طبق
أحكام الترتيب العام للبورصة باستثناء بعض الحالات الخاصة منها
المعاملات بين الأزواج والأصول والفروع الى غاية الدرجة الثالثة
وكذلك الإحالات بين شخصين طبيعيين أو معنويين إذا كانت المعاملة
تدخل ضمن اتفاقية اشمل من أن تكون مجرد عقد بيع وتمثل أحد
عناصرها الأساسية. وأقر الفصل 71 من نفس القانون وجوب تسجيل
المعاملات المتعلقة بالأوراق المالية والحقوق المرتبطة بها والمصدرة من
طرف شركات المساهمة الخصوصية لدى بورصة الأوراق المالية بتونس
باستثناء حالة الميراث ورتب الفصل 73 من نفس القانون بطلان
المعاملات التي تقع دون احترام أحكام الفصلين 70 و 71 من هذا
القانون.

311 - ونص الفصل 49 من مجلة الطرقات على أن كل إحالة
ملكية عربية أو إعدامها بعد أن سبق تسجيلها يجب أن تكون موضوع
تصريح يقدم الى الإدارة وصدر عن وزير النقل والمواصلات قرار

بتاريخ 24 فيفري 1979 يتعلق بتسجيل العربات وقد أوجب الفصل 20
منه على المالك السابق في صورة بيع العربة أن يعلم وزير نقل بوقوع
الإحالة بمقتضى تصريح كتابي يتضمن بيان هوية المشتري كما أوجب
نفس القرار على البائع أن يدون بشهادة تسجيل العربة (البطاقة
الرمادية) عبارة "وقع بيعها في..." مع التنصيص على اسم المالك
الجديد. ويخضع تسجيل الطائرات لنظام خاص ضبطه قرار كاتب
الدولة للصناعة والنقل المؤرخ في 16 نوفمبر 1959 وكذلك اتفاقية
جينييف المتعلقة بالإعتراف الدولية بالحقوق على الطائرات الممضاة في
19 جوان 1948 والتي صادقت عليها الجمهورية التونسية بمقتضى
القانون عدد 24 لسنة 1966 المؤرخ في 16 مارس 1966 والتي وقع
نشرها بمقتضى الأمر عدد 423 المؤرخ في 27 أكتوبر 1966³¹⁴. غير
أن هذه الأحكام استثنائية وأن الأصل في بيع المنقولات أن يتم
بالتراضي دون حاجة الى كتب إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك
الأمر الذي قد يثير صعوبات في الإثبات.

(314) يراجع حول النصوص القانونية المتعلقة بالطيران المدني : مجلة القضاء والتشريع
1997 - ع 1 - (عدد خاص).

الفصل الثالث

وعد البيع

312 - قد يسبق انجاز البيع النهائي صدور وعود من أحد الطرفين كأن يعد مالك الشيء بأن يبيعه لشخص آخر وقد يحصل تواعد بين الطرفين بالبيع والشراء ففي الصورة الأولى يكون الوعد من جانب واحد وفي الحالة الثانية يكون من الجانبين.

الفرع الأول

وعد البيع من جانب واحد

La promesse unilatérale de vente

إن الوعد بالبيع من جانب واحد هو اتفاق بموجبه يمنح الواعد للموعد له امكانية شراء شيء ما بثمن معين³¹⁵ ومعنى ذلك أن الواعد

F. BENAC-SCHMIDT, Le contrat de promesse unilatérale de (315 vente, thèse Paris, L.G.D.J. 1983.

IBRAHIM NAJAR, Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilateral, L.G.D.J. 1967.

F. COLLART DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble 1988 (Thèse - SIREY).

يمنح للموعد له الخيار ولقد كرس المشرع مؤسسة الوعد بالبيع من جانب واحد بالفصل الرابع من القانون عدد 89 لسنة 1994 المؤرخ في 20 جويلية 1994 والمتعلق بالإيجار المالي وقد نص على أنه "تم إحالة التجهيزات أو المعدات أو العقارات المقتناة أو المنجزة فوق أرض المؤجر للمستأجر تنفيذا لوعد بيع من جانب واحد" غير أن المشرع لم يقر نظاما متكاملًا لهذه المؤسسة الأمر الذي يثير مشكلتين أولهما طبيعتها القانونية وثانيهما آثارها.

الفقرة الأولى

الطبيعة القانونية لوعد البيع من جانب واحد

313 - اختلفت آراء الشراح حول طبيعة الوعد بالبيع من جانب واحد ويمكن القول إنه عقد من جانب واحد لأنه لا ينشئ التزامات إلا على كاهل الواعد وحده ولعل الطبيعة القانونية للوعد بالبيع من جانب واحد تتضح أكثر بمقارنته بمؤسسات شبيهة به يتعين استعراضها.

1- وعد البيع من جانب واحد وعقد البيع

314 - إن وعد البيع من جانب واحد يتميز عن البيع النهائي لأنه عقد تمهيدي يتضمن رضا طرف واحد وهو الواعد الذي رضي بالبيع في حين أن الموعد له لم يعبر عن رضاه وعندما يقبل الشراء يحصل التراضي بين الطرفين وبذلك يصبح البيع ناجزا مبدئيا.

ولقد ذهب الفقيه الفرنسي بلانيول إلى أن وعد البيع من جانب

واحد يتضمن رضا الطرفين وأن الذي ينقص هو عدم وجود التزامات متبادلة. غير أن هذا التمييز بين الالتزام المتبادل والرضا المتبادل غير واضح ولا يتماشى مع حقيقة الوعد الفردي إذ أن الموعد له لم يلتزم بأي شيء في تاريخ صدور الوعد لفائدته. وذهب فقهاء آخرون إلى أن وعد البيع من جانب واحد هو عقد بيع موقوف على شرط تعلقي يتشثل في مزاوله الخيار من طرف الموعد له وعندما يتحقق ذلك يكون له أثر رجعي أي أن البيع يعتبر تاما لا منذ قبول الموعد له الشراء بل منذ تاريخ وعد البيع إلا أن هذا الرأي غير سليم لأن مزاوله الخيار ليست شرطا تعليقيا ضرورة أن الشرط الذي يبقى ابرام العقد معلقا عليه يجب أن يكون خارجا عن العقد ولا يكون اراديا وأن رضا الموعد له لا يمثل شرطا تعليقيا بل عنصرا أساسيا من عناصر تكوين العقد وعلى هذا الأساس فإن وعد البيع من جانب واحد يسبق عادة البيع النهائي وهو ملزم لجانب واحد وبالتالي فهو ليس بيعا.

2 - وعد البيع من جانب واحد والوعد بالتفضيل

Pacte de préférence

315 - إن الوعد بالتفضيل³¹⁶ هو اتفاق بمقتضاه يلتزم مالك شيء أن يعرض بيعه على شخص معين قبل أن يبيع للغير ومعنى ذلك أن في الوعد بالتفضيل لا يلتزم الواعد بأن يبيع إذ يحتفظ بحريته كاملة في البيع أم لا وليس للموعد له أن يطالب الواعد بالتفضيل بانحياز

M. DAGOTO, Le pacte de préférence, LITEC, 1988. (316)
O. DE VALENCE, Le pacte de préférence, conseil par des notaires, 1994.

البيع إلا إذا قرر البيع ولعل هذا ما يميز الوعد بالتفضيل عن وعد البيع من جانب واحد لأنه في الحالة الثانية رضي الواعد بأن يبيع ويبقى انجاز البيع النهائي متوقفا على إرادة الموعود له في حين أن الوعد بالتفضيل هو وعد عقد مشروط.

3 - وعد البيع من جانب واحد وعرض البيع أي الإيجاب

316 - ذهب بعضهم إلى القول بأن وعد البيع الصادر من جانب واحد هو عبارة عن عرض بيع أي إيجاب على معنى الفصل 33 من مجلة الالتزامات والعقود إلا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد باعتبار أن الإيجاب هو تعبير من جانب واحد عن الإرادة قصد إبرام العقد في حين أن الوعد هو اتفاق ارادتين فهو بمثابة عقد أولي يسبق العقد النهائي ذلك أن الموعود له في وعد البيع من جانب واحد ولئن لم يلتزم بالشراء فإنه قبل النظر في قبول امكانية الخيار المعروض عليه أي هناك رضاء الموعود له في التفكير في الخيار في حين أن الشخص الموجه له العرض لم يقبل أي شيء وبذلك فإن وعد البيع من جانب واحد يختلف عن العرض لأن الموجه له العرض لم يعبر عن ارادته.

ويرى الأستاذ RAYNAUD أن العرض يتضمن دائما أجلا قد يكون صريحا أو ضمنيا³¹⁷ أما وعد البيع من جانب واحد فإنه قد يتم دون أن يتضمن أجلا وفي هذه الصورة يبقى الواعد مقيدا وبذلك فإن المؤسستين تختلفان عن بعضهما.

لقد أكدت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 25 ماي 1970

(317) Cours de Droit civil, les cours de Droit, 1972-1973, p. 523.

أن الالتزام الصادر عن شخص واحد ببيع عقار لشخص آخر في أجل معين يعتبر إيجابا مقيدا بأجل لقبوله وأن الواعد ملزم للطرف الآخر إلى انقضاء الأجل فإن لم يأته الجواب بالقبول في الأجل المضروب انفك التزامه وقد ميزت محكمة التعقيب في هذا القرار الهام بين الإيجاب الملزم والوعد بالتعاقد وأقرت أن الأول ينشأ قانونا عن إرادة منفردة والثاني عن اتفاق ارادتين وأن الوعد بالبيع الصادر من جانب واحد والمقترن بأجل لقبوله يعتبر إيجابا على معنى الفصل 33 من مجلة الالتزامات والعقود³¹⁸.

4 - وعد البيع من جانب واحد والالتزام من طرف واحد

317 - هل يمكن اعتبار الوعد بالبيع من جانب واحد التزاما من طرف واحد المنصوص عليه بالفصل 22 من مجلة الالتزامات والعقود؟ لقد أجابت محكمة التعقيب على هذا السؤال بالإيجاب إذ أقرت في قرارها الصادر في 31 أكتوبر 1960 أن الالتزام ببيع عقار لشخص آخر ينطبق عليه الفصل 22 من مجلة الالتزامات والعقود وجاء فيه "إن الالتزام بالبيع لشخص وبشأن معين في أجل ضرب لإعرا بملتزم له عن القبول لا يكتسي صبغة الشراء إلا إذا أجيب عنه في الأجل المعين للقبول وبدفع كامل الثمن في ذلك الأجل وإذا لم يتم الإيجاب بتلك الصورة أصبح الوعد بالبيع التزاما من طرف واحد على معنى الفصل 22 من مجلة الالتزامات والعقود ولا يعتبر من باب الخيار للبائع والمشتري الذي جاء به الفصل 700 وما بعده³¹⁹ وقد علق على

(318) نشرة محكمة التعقيب 1970، ص. 100.

(319) مجلة القضاء والتشريع 1961، ع. 4، ص. 28.

هذا القرار الأستاذ BIGOT قائلا أن محكمة التعقيب أرادت أن تجد نصا قانونيا لمنع الواعد من الرجوع في وعده³²⁰.

5- الوعد بالبيع من جانب واحد ومجرد الوعد

318 - لقد نص الفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود على أن "مجرد الوعد لا يترتب عليه التزام" وقد ورد هذا الفصل تحت عنوان "في الرضا الصادر من طرف واحد". ويتبادر للأذهان معرفة ما إذا كان الوعد بالبيع من جانب واحد خاضعا للفصل 18 المذكور أعلاه. إن الجواب على هذا السؤال يقتضي الوقوف على تحديد المقصود من مجرد الوعد. يمكن القول إن المقصود هو الإيجاب الناقص أي الوعد الذي لا يتضمن كل العناصر اللازمة والكافية لتكوين العقد مثل بيان موقع ومساحة العقار المراد بيعه والثلثين فإذا كان الوعد خاليا من هذه البيانات فإنه يعتبر مجرد وعد ليس له أي أثر قانوني، لا يترتب أي التزام أما إذا كان الوعد بالبيع من جانب واحد مشتملا على عناصر البيع فإنه لا ينطبق عليه الفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود.

(320) المجلة القانونية التونسية 1966 - 1967 ، ص. 208.

- أنظر حول الالتزام من جانب واحد :

M. BAG BAG, De la déclaration de volonté, source d'obligation dans le code des obligations et des contrats, (Essai d'une théorie générale) Thèse, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1994.

الفقرة الثانية

آثار الوعد بالبيع من جانب واحد

319 - إن آثار الوعد بالبيع من جانب واحد مرتبطة أساسا بموقف الموعود له إلا أنه بقطع النظر عن هذا الموقف فإنه يتعين النظر في مدى تقييد الواعد بالتزامه.

1- مدى تقييد الواعد بالتزامه

320 - إذا اعتبرنا الوعد بالبيع من جانب واحد التزاما من طرف واحد على معنى الفصل 22 من مجلة الالتزامات والعقود وهو الرأي الأسلم فإن الواعد يكون مقيدا من وقت بلوغ العلم بالالتزام للملتزم له خاصة إذا كان الالتزام مقترنا بأجل لقبول الشراء.

وإذا اعتبرنا الوعد بالبيع من جانب واحد إيجابا فإن الفصل 30 من مجلة الالتزامات والعقود أجاز الرجوع في الإيجاب مادام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في العمل بمقتضاه من الطرف الآخر.

على أن هذا الفصل لا ينطبق إذا كان الإيجاب مقترنا بأجل إذ في هذه الحالة ينطبق عليه الفصل 33 من مجلة الالتزامات والعقود والذي أقر أن الموجب ملزم للطرف الآخر إلى انقضاء الأجل فإذا حل الأجل ولم يأت القبول أصبح الموجب في حل من التزامه.

وتضمن الفصل 35 من مجلة الالتزامات والعقود أن وفاة من صدر منه الإيجاب لا يمنع اتمام العقد وكذلك الشأن في صورة تقييد تصرفه بعد صدور الإيجاب شريطة أن يحصل القبول من الطرف الآخر قبل

علمه بوفاة صاحب الإيجاب أو تقييد تصرفه ويؤخذ من هذه النصوص القانونية أن الوعد بالبيع من جانب واحد يلزم الواعد.

على أن الإشكالية تطرح إذا فوت الواعد في الشيء الموعود به قبل انقضاء الأجل المضروب ففي هذه الحالة يكون التفويت للغير صحيحا باعتبار أن الوعد بالبيع من جانب واحد لا ينقل الملكية غير أنه يمكن للموعد له لتفادي ذلك اجراء قيد احتياطي طبق الفصل 366 من مجلة الحقوق العينية إذا كان العقار مسجلا بإدارة الملكية العقارية.

2- موقف الموعد له

321 - إذا قبل الموعد له الشراء فإن العقد يعتبر تاما بين الطرفين على أن تاريخ البيع هو تاريخ القبول وليس تاريخ الوعد بالبيع وإذا امتنع الواعد من انجاز البيع فإنه يمكن للموعد له غصبه على ذلك بالتقاضي على معنى الفصل 273 من مجلة الالتزامات والعقود.

الفرع الثاني وعد البيع من الجانبين

La Promesse synallagmatique de vente

322 - إن وعد البيع من الجانبين هو عقد بموجبه يلتزم الطرفان أحدهما ببيع والآخر بشراء شيء ما بثمن معين لنقل ملكيته. ويؤخذ من هذا التعريف أن الوعد بالبيع من الجانبين يختلف عن الوعد بالبيع من جانب واحد ضرورة أن في الحالة الأولى هناك تراضي الطرفين

على البيع والشراء بينما في الحالة الثانية لم يقبل الموعد له الشراء ولعل هذا ما جعل بعض الشراح يعتبر أن الوعد بالبيع من جانبين هو بيع موصوف خطأ بأنه وعد بيع لأن جميع عناصر البيع متوفرة فيه مثل الرضا والأهلية والاتفاق على الثمن والمثمن³²¹.

عادة ما يلتجئ الأطراف إلى إبرام وعد بيع في انتظار الحصول على ترخيص إداري أو على قرض. ولئن لم يقر المشرع التونسي نظاما متكاملا واضحا للوعد بالبيع من الجانبين فإنه توجد عدة نصوص تعرضت للوعد بالبيع نذكر منها مجلة معاليم التسجيل والطابع الجبائي (الفصل الثاني) ومجلة الحقوق العينية (الفصل 366 المتعلق بالقيد الإحتياطي). والقانون عدد 17 الصادر في 26 فيفري 1990 والخاص بالبعث العقاري (الفصل التاسع منه) وقد ضبط الفصل الحادي عشر من هذا القانون البيانات التي يجب التنصيص عليها في وعد البيع الذي يبرم بين الباعث العقاري وحريفة وهي وصف العقار الموعود ببيعه والثمن وطرق الخلاص وأجل التسليم وقاعدة مراجعة الأسعار وضمان حسن التنفيذ وعقوبات التأخير وبذلك يتضح أن هذه المؤسسة أصبحت منصهرة في تشريعنا الذي لم يتضمن نظاما متكاملا لها الأمر الذي أثار مشكلة تحديد طبيعتها القانونية وآثارها.

الفقرة الأولى

الطبيعة القانونية للوعد بالبيع من الجانبين

323 - لم يحدد المشرع الطبيعة القانونية للوعد بالبيع من الطرفين

(321) أنظر : BOYER, la promesse synallagmatique de vente, contribution à la théorie des avants-contrats, (R.T.D. Civ. 1949, p. 1 et suiv.

خلافًا لبعض التقنيات الأجنبية مثل القانون الفرنسي إذ أن الفصل 1589 من المجلة المدنية الفرنسية أقر صراحة أن وعد البيع يساوي بيعا إذا اتفق المتعاقدان على الثمن والمبيع.

ولقد تباينت آراء الفقهاء حول الطبيعة القانونية للوعد بالبيع من الجانبين وقد سماه الأستاذ السهوري البيع الابتدائي.

ويرى جل الفقهاء الفرنسيين أن التواعد بالبيع والشراء هو بيع مادام الطرفان إتفقا على الثمن والمثمن وهو يحدث آثارا شخصية وعينية رغم أن تنفيذ الإلتزامات المحمولة على كاهل الطرفين مؤجل.

إلا أن الفقيه BRETHE de la GRESSAYE يرى أن التواعد بالبيع والشراء لا يساوي بيعا نهائيا وأن كل آثار البيع لا تنشأ في تاريخ الوعد وكانت هذه النظرية سائدة في القانون الفرنسي القديم الذي يعتبر أن التواعد بالبيع والشراء هو عقد تمهيدي يسمى وعد بيع ينشئ التزاما بعمل ومن أجل ذلك اقترح بعضهم تسميته عقد وعد *contrat de promesse*.

ويعتبر جل الفقهاء الفرنسيين المعاصرين أن الوعد بالبيع من الجانبين هو عقد بيع تمهيدي ومتبادل *avant - contrat synallagmatique de vente*. أما الدكتور عبد الرزاق السهوري فهو يرى أنه إذا نعتد التواعد بالبيع وبالشراء صحيحا بنفس الأركان وشروط الصحة التي ينعتد بها البيع فإنه يترتب عليه من الآثار ما يترتب على البيع³²².

وذهب الأستاذ HUET إلى أن القاعدة القائلة بأن الوعد بالبيع من

(322) الوسيط في شرح القانون المدني ، ج. 4 ، ص. 82.

الجانبين يساوي بيعا ليست مطلقة إذ يمكن للطرفين تأجيل إبرام العقد وتعليقه على القيام بشكليه ما³²³.

324 - موقف فقه القضاء التونسي من الطبيعة القانونية للوعد بالبيع من الجانبين

لقد تطور فقه القضاء التونسي فيما يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية للوعد بالبيع من الجانبين ويمكن القول إنه مر بمرحلتين :

- المرحلة الأولى : وعد البيع من الجانبين يساوي بيعا

325 - لقد اعتبر فقه القضاء التونسي في مرحلة أولى التواعد بالبيع والشراء يساوي بيعا وصدر في هذا المعنى قرار تعقيبي بتاريخ 28 ماي 1925 ورد فيه "إذا توجد وعد بيع عقار بين الطرفين فيجب العمل بمقتضاه لأنه يساوي البيع ولو أن المبيع لم يقع تسليمه³²⁴ وتبنت بعض محاكم الموضوع نفس هذا الاتجاه من ذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالمهدية بتاريخ 19 نوفمبر 1962 تحت عدد 273³²⁵ وكذلك الحكم الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس في غرة ديسمبر 1960³²⁶.

(323) أنظر :

JEROME HUET, Les principaux contrats spéciaux, L.G.D.J. 1996, n°11176.

(324) "مجلة القضاء والتشريع 1960 ع. 9 و 10 ص. 26.

(325) المجلة القانونية التونسية 65 - 1963 ص. 125.

(326) مجلة القضاء والتشريع 1961 ع. 9، ص. 48.

ولعل من أبرز القرارات المكرسة لهذا الاتجاه القرار التعقيبي عدد 9717 الصادر في 22 جويلية 1974 وورد فيه إذا كان الوعد بالبيع من الجانبين وفي وقت واحد وبصورة تبرز نية الطرفين في الرضاء بالعقد بعد الاتفاق على أركانه أو شروطه فإنه يعتبر بيعا باتا ولو وقع وصفه بالوعد³²⁷.

وأقرت محكمة التعقيب نفس هذا الاتجاه في قرارها عدد 10031 الصادر في 25 / 2 / 1974³²⁸ وقد تبنى فقه القضاء المصري نفس هذا الاتجاه وصدر في هذا المعنى قرار عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 26 / 12 / 1946.

على أن فقه القضاء التونسي تطور وتراجع في هذا الموقف.

- المرحلة الثانية : الوعد بالبيع من الجانبين هو التزام بعمل

326 - لقد وضعت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب التونسية حدا لهذا الإشكال وبرزت بكل وضوح الطبيعة القانونية للوعد بالبيع من الجانبين وذلك في قرارها المبدئي عدد 12082 الصادر في 30 / 1 / 1976 وتضمن ما يلي : "إنّ الاتفاق الذي يبرم بين الطرفين يعد أحدهما الآخر بمقتضاه ببيعه عقارا معينا بضمن معين ويعد الثاني الأول بشراء ذلك العقار بالثمن والشروط المتراضى عليها على أن ينجز البيع المذكور عند التحصيل على رخصة الولاية هو التزام بعمل يتقيد به طرفاه موضوعه حق شخصي لا حق عيني فلا تتقل به الملكية . . .

(327) نشرية محكمة التعقيب 1974 ج. 1، ص. 141.

(328) نشرية محكمة التعقيب 1974، ج. 2، ص. 13.

ويجوز لكل من المتعاقدين عند الإخلال به أن يجبر صاحبه على الوفاء وعند التعذر له المطالبة بالغرم وذلك تطبيقا لأحكام الفصل 273 من مجلة الالتزامات والعقود³²⁹ وقد استقر فقه القضاء التونسي على هذا الاتجاه الى الآن وصدرت في هذا المعنى عدة قرارات نذكر منها القرار عدد 19585 الصادر في 7 / 2 / 1989³³⁰. والقرار التعقيبي عدد 28508 الصادر في 28 / 1 / 1992³³¹ والقرار التعقيبي عدد 32771 الصادر في 20 / 8 / 1992³³² والقرار عدد 30235 الصادر في 18 / 6 / 1992 والقرار عدد 35071 المؤرخ في 6 جويلية 1993 (غير منشور).

وبناء على ما تقدم فإن الوعد بالبيع وبالشراء من الجانبين لا يساوي بيعا في القانون التونسي وإنما يمثل مجرد التزام بعمل محمول بالخصوص على كاهل الواعد وهو الالتزام باتمام اجراءات البيع النهائي وقد ابرزت محكمة التعقيب الفرق بين الوعد بالبيع من الجانبين والبيع النهائي في قرارها عدد 24368 المؤرخ في 9 مارس 1993 وجاء فيه : "إن في الوعد بالبيع يقع الاتفاق على الثمن والمثمن ومساحة العقار وموقعه ويبقى معلقا على شرط أو حادثة معينة كما هو في قضية الحال على إحضار رخصة الولاية وتسديد باقي الثمن وعند توفر الشرطين حسب الاتفاق يحول الوعد الى بيع تام الأركان والشروط . . ."³³³ على أن القول بأن التواعد بالبيع والشراء ليس بيبا وأنه التزام بعمل فقط لا يعني أنه بدون أثر قانوني.

(329) مجلة القضاء والتشريع 1976، ج. 2، ص. 37.

(330) نشرية محكمة التعقيب 1989 ص. 79.

(331) نشرية محكمة التعقيب 1992، ص. 398.

(332) المجلة القانونية التونسية 1995 ص. 213 تعليق الأستاذ عبد المجيد عبوده

(333) نشرية محكمة التعقيب 1993، ص. 250.

الفقرة الثانية

آثار الوعد بالبيع والشراء

327 - إن الوعد بالبيع والشراء يقيّد المتعاقدين مثل سائر الالتزامات الشخصية وتتمثل آثار التواعد بالبيع والشراء فيما يلي :

328 - 1- إذا امتنع الواعد من انجاز البيع النهائي فإنه يمكن للموعد له جبره على ذلك على معنى الفصل 273 من مجلة الالتزامات والعقود أي غصب الواعد والزامه بانجاز البيع وعادة ما يقع رفع دعوى ضد الواعد لمطالبته بالتوقيع على عقد البيع في أجل معين بداية من تاريخ صدور الحكم وإلا فإن الحكم يقوم مقام البيع .

329 - 2- إذا عمد الواعد الى بيع الشيء الموعد به الى الغير فإن هذا البيع صحيح لأن ملكية الشيء لم تنتقل للموعد له وقد أكدت محكمة التعقيب هذا المبدأ في قرارها عدد 35071 الصادر في 6 جويلية 1993 وجاء فيه " إنه في صورة قيام الواعد بالتفويت في نفس الشيء بالبيع للغير قبل انجاز البيع النهائي في الموعد له فإن هذا البيع يكون صحيحا وناقلا للملكية ولا يتولد عنه بالنسبة للموعد له إلا الحق في الحصول على التعويض من أجل الإخلال بالتزام شخصي" (قرار غير منشور).

ويؤخذ من حيثيات هذا القرار أنه في صورة التفويت بالشيء الموعد به للغير فإنه ليس للموعد له أن يطلب ابطال ذلك البيع لأنه بيع صحيح باعتبار أن ملكية الشيء تبقى بذمة الواعد رغم التزامه ببيعه للموعد له وغاية ما في الأمر أنه إذا تعذر انجاز البيع فإن للموعد له حق المطالبة بجبر الضرر فقط إذ لا يمكن غصب الواعد على انجاز البيع بعد أن فوت فيه للغير إذ في هذه الحالة توجد استحالة

قانونية في الانجاز إذ ليس للواعد أن يبيع نفس الشيء مرتين ما دامت ملكيته خرجت عنه وهذا ما أكدته محكمة التعقيب في قرارها عدد 32771 الصادر في 20 / 8 / 1992 المشار إليه أعلاه . وعلى الصعيد الجزائري لا يؤخذ الواعد إذا فوت في الشيء الموعد ببيعه للغير وأقرت محكمة التعقيب ذلك في قرارها عدد 1190 المؤرخ في 9 مارس 1933 وجاء فيه : " إن الفصل 292 من القانون الجزائري لا يعني إلا بيع الأملاك التي سبق بيعها لا الأملاك التي وقع فيها مجرد وعد بيع ولا يمكن التوسع في نصوص القانون الجزائري التي يجب أن تعتبر طبق معناها الضيق خصوصا وأنه ينشأ عنها كما في صورة الفصل 292 تفيد حقوق المتناضين في التصرف في املاكهم³³⁴ .

الفقرة الثالثة

كيفية حماية الموعد له والحيلولة دون التفويت في الشيء الموعد به للغير : القيد الإحتياطي

330 - لتفادي التفويت في الشيء الموعد به للغير يمكن للواعد اجراء قيد احتياطي بالسجل العقاري إذا كان موضوع الوعد عقارا مسجلا على معنى الفصل 366 من مجلة الحقوق العينية على أن جدوى وآثار القيد الإحتياطي تشير بعض الإشكاليات إذ أن فقه القضاء " اعتبر أن القيد الإحتياطي هدفه الأساسي هو حفظ حق صاحبه تجاه من يكتسب حقا آخر يتعارض معه لحين الحسم بشأن ذلك الحق اتفاقا أو قضاء ولا يترتب عنه انتقال الملكية كما لا

334 (334) مجلة القضاء والتشريع 1963 ع. 1 - 2 - 3 - 4 - 5 ص. 461 .

تأثير له على انتقالها * (يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 6644 المؤرخ في 25 / 1 / 1982) ³³⁵.

ويؤخذ من حيثيات هذا القرار أن ترسيم قيد احتياطي لا يحول دون ترسيم البيع الذي قد يصدر عن الواعد لفائدة الغير لكن هذا الأخير يفقد الإنتفاع بقرينة حسن النية وقد أكدت محكمة التعقيب هذه القاعدة في قرارها الصادر في 24 / 10 / 1994 تحت عدد 40806 واعتبرت أن " ادراج قيد احتياطي لوعد البيع بالسجل العقاري يمكن المتنتفع بهذا القيد من معارضة الغير الذي يشتري نفس العقار حتى ولو رسم شراءه بالسجل العقاري على أساس المفعول الزمني للقيد الاحتياطي الذي يتم بصفة رجعية وأن مجرد إشهار القيد الاحتياطي بالسجل العقاري يفقد المشتري حسن النية إذا تولى ترسيم شراءه بعد ادراج القيد الاحتياطي المتعلق بوعده البيع".³³⁶

وتأسيسا على ما تقدم فإن للقيد الإحتياطي أثرا كبيرا إذ يمكن المنتفع به في صورة بيع الشيء الموعود به للغير من إبطال ذلك البيع ويؤدي الى حرمان المشتري من التمسك بحسن النية أي بأحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية.

331 - ومن الوسائل التي يلتجئ إليها الموعود لهم لحماية حقوقهم والحيلولة دون تفويت الواعد للعقار الى الغير استصدار إذن على

(335) مجلة القضاء والتشريع 1983 عدد 7 ص. 86.

(336) مجلة القضاء والتشريع 1995 ، ع. 3 ص. 92.

- حول القيد الإحتياطي :

الأستاذ محمد كمال شرف الدين : النظام العام للقيد الاحتياطي ، مجلة الأحداث القانونية 1993 ع. 3.

عريضة في إجراء عقلة تحفظية على العقار الموعد ببيعه، م.م.ت ويخضع وعند البيع في نطاق البعث العقاري لنظام خاص حدده قانون 26 فيفري 1996³³⁷.

REBAI (A.), La promesse de vente d'immeuble à coutume, (337
R.T.D. 1991 p. 357. *d*

الباب الثالث آثار البيع

تتمثل أهم آثار البيع في انتقال الملكية والتبعات (الفصل الأول)
والإلتزامات المحمولة على كاهل كل من البائع (الفصل
الثاني) والمشتري (الفصل الثالث).

الفصل الأول

إنتقال الملكية والتبعات

الفرع الأول

انتقال الملكية

332 - إن عقد البيع في القانون الروماني هو عقد رضائي يعقد بمجرد التراضي وكان في أول الأمر عقدا عينيا وكان هناك فصل بين إبرام العقد وانتقال الملكية الذي لا يتم إلا بالقيام بعمل مستقل يتمثل في وضع من الأوضاع المادية المعروفة وهي الإسهاد (mancipatio) أو التنازل القضائي (In jure cessio) أو القبض أو التسليم (traditio)³³⁷ وفي بعض القوانين الأجنبية مثل القانون الألماني والسويسري تنتقل ملكية المنقولات بالتسليم وملكية العقارات بكتب آخر مستقل غير أن انتقال الملكية في تشريعنا هو أثر من آثار البيع والبائع لا يلتزم بنقل ملكية المبيع فهي تنتقل وجوبا وبصفة آلية بمجرد إبرام العقد.

ولقد أقر المشرع التونسي مبدأ انتقال الملكية بمجرد التراضي بالفصل 583 من مجلة الالتزامات والعقود وجاء فيه "إذا تم البيع بتراضي الجانبين انتقلت ملكية المشتري للمشتري". وبناء على انتقال الملكية

(337) السهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - ج. 4 - ص. 407.

Jean Claude GROSLIERE, la vente d'immeubles - (connaissance du Droit) Dalloz 1996. p. 65.

Muriel FABRE - MAGNAN, Le mythe de l'obligation de donner, R.T.D. civ. 1996 . p. 85.

يستغل بعض الحرفاء قواعد القانون المدني فيأخذون البضاعة المعروضة بالمغازات دون دفع الثمن بدعوى أنهم أصبحوا مالكيين لها بمجرد الرضاء وقبولهم شرائها ولو قبل أداء الثمن³⁴⁰.

الفقرة الثانية

بيع العقارات

ينبغي التمييز بين العقارات المسجلة وغير المسجلة.

1) العقارات غير المسجلة

335 - تنتقل ملكية العقار المبيع للمشتري بمجرد التراضي وتحرير عقد البيع كتابة طبق الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود والفصل 583 من نفس المجلة الذي أقر مبدأ انتقال الملكية بمجرد التراضي ودون حاجة الى شكلية معينة وليس من الضروري تسجيل عقد البيع لانتقال الملكية غير أن محكمة التعقيب أقرت عكس ذلك في قرارها عدد 24631 المؤرخ في 2 / 5 / 1991 إذ اعتبرت أن انتقال الملكية لا يتم حتى بين الطرفين المتعاقدين الا بتسجيل كتب البيع³⁴¹. وتضمن القرار التعقيبي عدد 22199 المؤرخ في 14 فيفري 1991 نفس

D. SARGET, Les problèmes juridiques de la vente libre (340 service, thèse Paris I, 1982.

GHESTIN et DESCHE, la vente, n. 551
Crim, 30 mai 1958, D. 1958, 513 note R.P.

(341) نشرة محكمة التعقيب 1991 - ص. 232.

بمجرد التراضي فإن الفصل 584 من نفس المجلة خول للمشتري أن يفوت في المبيع ولو قبل استلامه.

وتأسيسا على ما تقدم فإن انتقال الملكية يتم وجوبا وبصفة آلية بمجرد التراضي Solo consensu³³⁸ ولئن كان هذا المبدأ عاما فإنه توجد بعض القواعد الخاصة ويتجه التمييز بين بيع المنقولات وبيع العقارات.

الفقرة الأولى

بيع المنقولات

333 - ينطبق مبدأ انتقال الملكية بمجرد التراضي على الأشياء المعينة بذاتها إلا أنه بالنسبة للأشياء غير المعينة بذاتها فإن انتقال الملكية يتم بالفرز بواسطة الكيل أو الوزن أو العد طبق الفصل 586 من مجلة الالتزامات والعقود رغم أنه يتعلق بالتبعات لكنها مرتبطة بانتقال الملكية³³⁹ كما يؤجل انتقال الملكية في بيع الأشياء المستقبلية عند إنجازها.

334 - وبالنسبة للبيع في المغازات ذات الخدمة الذاتية (La vente en libre service ou en grande surface) فإن انتقال الملكية يتأخر حتى خلاص الثمن وكذلك الشأن في البيع بالحاضر وهذا ما أقره بالخصوص فقه القضاء الفرنسي خاصة في المادة الجزائية حتى لا

- Y. LOUSSOUARN, le transfert de la propriété par l'effet (338 des contrats, cours Doctorat droit privé, Paris 1969 - 1970.

- P. BLOCH, l'obligation de transférer la propriété dans la vente, R.T.D. civ. 1988. p. 673 et s.

- J. CARBONNIER, Droit civil, les biens, 1990, n. 108.

JEROME HUET, les principaux contrats spéciaux op. cit. n. (339 11209

الرأي معتبرا أن إنتقال ملكية المبيع للمشتري لا يتم إلا من تاريخ تسجيل العقد بالقباضة المالية (قرار غير منشور).

لكن هذا الاتجاه غير سليم إذ أن محكمة التعقيب اعتمدت في قرارها على أحكام الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود والحال أن هذا الفصل تحدث عن تسجيل الكتب بالقباضة المالية لمعارضة الغير به ولا علاقة للتسجيل بانتقال ملكية المبيع للمشتري الذي يتم بمجرد التراضي دون توقف على تسجيله بالقباضة المالية وفعلا أكدت محكمة التعقيب في قرارها عدد 7125 الصادر في 2 ماي 1983 أن القانون المدني لم يشترط لانتقال ملكية المبيع للمشتري إدراج شرائه بسجلات إدارة الملكية العقارية وإنما اشترط فقط إذا كان المبيع عقارا أو حقوق عقارية أو غيرها مما يمكن رهنه أن يتم البيع بحجة كناية ثابتة التاريخ قانونا³⁴².

(2) بالنسبة للعقارات المسجلة

336 - يخضع بيع العقارات المسجلة لنظام خاص طبق الفصل 303 من مجلة الحقوق العينية إلا أنه أدخل تنقيح هام على هذه المجلة بمقتضى القانون عدد 46 المؤرخ في 2 ماي 1992 وشمل عدة فصول منها الفصل 305 الذي أقر مبدأ المفعول المنشئ لترسيم بالسجل العقاري إذ أن الفصل 305 الجديد ينص على أن "كل حق عيني لا يتكون الا بتريسيه بالسجل العقاري وابتداء من تاريخ ذلك التريسيه" وكنا فصلنا القول في هذه المسألة عند الحديث عن شكلية التريسيه بالسجل العقاري.

(342) نشرة محكمة التعقيب 1983 ، ج. 2 ص. 215.

كما أن الفصل 373 من مجلة الحقوق العينية الجديد -
ترسيم العقود الناقلة لحقوق عينية بالسجل العقاري ويتمثل في أن تلك العقود لا تكون حجة فيما بين المعنيين بالأمر أنفسهم ولا يترتب عن تلك الأمور غير المرسمة سوى الإلتزامات الشخصية* ويؤخذ من أحكام هذا الفصل أنه بمقتضى القانون الجديد فإن ملكية المبيع لا تنتقل للمشتري إلا إذا تم ترسيم العقد بالسجل العقاري وأنه قبل التريسيه لا ينشئ البيع أي حق عيني بل يترتب مجرد التزام شخصي ويبقى البائع هو المالك للعقار الى أن يتم إدراج العقد بالسجل العقاري.

337 - لكن هذه النصوص الجديدة لم تدخل حيز التنفيذ إذ صدر القانون عدد 37 المؤرخ في 24 أفريل 1995 والقاضي بالتمديد في الآجال الواردة بقانون 4 / 5 / 1992 لمدة ثلاث سنوات أخرى وبذلك فإن القانون الجديد لا ينطبق إلا في شهر ماي 1998 وأنه في الوقت الحاضر يقع العمل بالفصل 305 القديم والذي يعتبر التريسيه بالسجل العقاري وسيلة للإحتجاج بالحق على الغير وليس شرطا لانتقال ملكية العقار المبيع للمشتري الذي يتم بمجرد إبرام عقد البيع كتابة وحتى قبل إدراجه بالسجل العقاري.

(3) مدى امكانية الإتفاق على تأجيل إنتقال الملكية : بند الاحتفاظ بالملكية

338 - إن مبدأ إنتقال الملكية بمجرد التراضي وبصفة آلية قد نص عليه الفصل 583 من مجلة الإلتزامات والعقود كما أسلفنا وقد جاء في صيغة خاصة إذ وردت فيه عبارة "انتقلت ملكية المبيع" للبائع وانتقال الملكية كما أسلفنا ليس التزاما محمولا على كاهل البائع بل إنه أثر

مباشر لانعقاد البيع بدليل أن أحكام الفصل 583 جاءت بالبواب الثاني تحت عنوان "فيما يترتب على البيع" ولعل السؤال المطروح يتمثل في معرفة ما إذا كانت تلك الأحكام أمرة أم متممة فيجوز الاتفاق على مخالفتها بتأجيل إنتقال الملكية وتعليقه على أمر ما مثل دفع الثمن وإلى أن يتحقق ذلك يبقى البائع مالكا للمبيع ولهذا الغرض يدرج بعقد البيع "بند الاحتفاظ بالملكية" (La clause de réserve de propriété).

339 - وبقطع النظر عن تأثير مثل هذا البند على البيع وخصائصه التقليدية فإن بعض التقنيات العربية كرسنه وقد نصت المادة 430 من القانون المدني المصري على أنه "إذا كان البيع مؤجلا الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على إستيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع". وأقر المشرع الجزائري نفس هذه القاعدة بالمادة 363 من القانون المدني. والرأي السائد لدى الشراح أن قاعدة انتقال الملكية بمجرد التراضي لا تهم النظام العام ويجوز تبعا لذلك الاتفاق على مخالفتها بالتنصيص على تأجيل إنتقال الملكية إلى وقت لاحق³⁴³ وأشار الدكتور السهوري إلى أنه "مهما يكن شأن الاتفاق على تأخير نقل الملكية فإن هذا لا يمنع عقد البيع من أن يترتب في الحال إلزاما في جانب البائع بنقل الملكية والذي يتأخر ليس هو نشوء هذا الإلزام بل تنفيذه... وأن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ليس إتفاقا على أجل تنتقل بعده الملكية بل هو إتفاق على شرط يعلق إنتقال الملكية إلى حين تحققه ذلك أن الملكية تستعصي طبيعتها على أن تقتصرن بأجل فالأجل يجعلها مؤقتة والملكية حق دائم لا يلحقه

(343) محمد حسن قاسم ، الموجز في عقد البيع ، ص. 193.

التوقيت"³⁴⁴ ولا شك أن هذا التحليل يتماشى مع القانون المصري الذي يعتبر انتقال الملكية التزاما على كاهل البائع وليس أثرا من آثار البيع³⁴⁵ في حين أن انتقال الملكية في تشريعنا هو من آثار البيع كما أسلفنا وليس إلزاما محمولا على كاهل البائع والجدير بالذكر أن فقه القضاء الفرنسي أقر منذ الثلاثينات أن القاعدة القائلة بانتقال الملكية بمجرد التراضي ليست أمرة ويجوز للطرفين الاتفاق على مخالفتها وصدر في هذا السياق قرار تعقيبي مبدئي بتاريخ 26 جوان 1935³⁴⁶ وقرار آخر بتاريخ 24 جانفي 1984³⁴⁷ وكذلك القرار التعقيبي المؤرخ في 7 جويلية 1993³⁴⁸ كما اعتبر فقه القضاء الفرنسي أنه لا تأثير لاتفاق الطرفين على تأجيل انتقال الملكية على طبيعة المبيع لأن مثل هذا الاتفاق جائر سواء كان المبيع منقولا أو عقارا وهذا ما تضمنه القرار التعقيبي الفرنسي الصادر في 26 جوان 1991³⁴⁹.

340 - وحدد المشرع الفرنسي اثار بنود الاحتفاظ بانتقال الملكية في عقود البيع بمقتضى القانون المؤرخ في 12 ماي 1980 والذي أكمل وعوض أحكام قانون 13 جويلية 1967 المتعلقة بالتسوية القضائية وتصفية الأموال ثم صدر قانون 25 جويلية 1985 المتعلق بالاجراءات الجماعية وأخير دعم القانون الصادر في 10 جوان 1994 حقوق البائعين الذين يحتفظون بملكية المبيع إلى تاريخ خلاص الثمن وقد حرص المشرع الفرنسي على اقرار مزيد من المرونة على قواعد استرداد المبيع في صورة عدم تسديد الثمن في الأجل المتفق

(344) الوسيط ج. 4 ، فقرة 236.

(345) السهوري ، الوسيط ، ج. 4 ، ص. 405 ، وما بعدها .

(346) DH. 1935, 414.

(347) Bull. civ. I, n. 31.

(348) Bull. civ. I, n. 255.

(349) Dalloz 1993-93 - note FREIJ - DALLOZ.

عليه³⁵⁰. وبالرجوع الى مجلة الالتزامات والعقود يتبين أنها لم تتضمن أحكاما تخول صراحة للمتعاقدين الاتفاق على تأجيل انتقال الملكية إلا أن هذا الفراغ التشريعي لا يمنع من الرجوع الى القواعد العامة وخاصة الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود. غير أن تشريعنا تضمن نصوصا خاصة تقرر صراحة تأجيل انتقال الملكية الى أن يتم تسديد الثمن من طرف المشتري وذلك في ثلاث حالات :

الحالة الأولى :

نص عليها الفصل 15 من القانون عدد 17 المؤرخ في 1990/2/26 والخاص بالبعث العقاري وجاء فيه "يقع انتقال الملكية عند تاريخ الخلاص التام للثمن النهائي للعقار الموعد بالبيع".

الحالة الثاني :

نص عليها الفصل 49 من القانون المؤرخ في 1995 / 4 / 17 والمتعلق بانقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وقد نص هذا الفصل على أنه في صورة إحالة المؤسسة فإن الملكية تنتقل للمحيل له عند تسديد كامل الثمن".

الحالة الثالثة :

وقد تعرض لها الأمر المؤرخ في 7 نوفمبر 1935 المتعلق ببيع

(350) أنظر حول القانون الجديد :

F. PEROCHON, La révendication favorisée, D. 1994, chron. 251.

العربات " الأتوموبيلية والتركنتورات " بضمن مؤجل المنقح بالأمر الصادر في 18 ماي 1950 والأمر المؤرخ في 10 فيفري 1955 وقد أقر الفصل الأول منه صحة البند القاضي باحتفاظ بائع العربات أو الجرارات الفلاحية بملكيتها الى أن يتم تسديد كامل الثمن من طرف المشتري كما أقر هذا الأمر معارضة الغير بهذا البند الذي يقع التنصيص عليه بدفتر خاص حتى في صورة إفلاس المدين وهو بمثابة إمتياز للبائع الذي يمكنه المطالبة باسترجاع العربة أو الجرار المبيع في صورة عدم دفع الثمن في الأجل المتفق عليه في العقد.

غير أن النصوص التي كرست صحة البنود القاضية بالاحتفاظ بالملكية في التقنين التونسي قليلة وخاصة إذ أنها محصورة في ميادين معينة رغم أنها شملت المنقولات والعقارات ولا وجود لأحكام قانونية عامة تجيز الاتفاق على تأجيل انتقال الملكية في البيع فهل نستنتج مما تقدم أن مثل هذه البنود لا تجوز إلا في الحالات الخاصة الواردة على سبيل الحصر في النصوص المذكورة أعلاه أم يمكن العمل بها في سائر البيوعات ؟

341- قد يتبادر للأذهان أنه مادام المشرع أقر بمقتضى نصوص خاصة إمكانية الاحتفاظ بالملكية وتأجيل انتقالها في حالات معينة الى أن يتم تسديد كامل الثمن فإنه أراد حصر تلك الإمكانية في ميادين معينة فقط وتحجيرها في غير تلك الحالات معتبرا قاعدة انتقال الملكية بمجرد التراضي أمرة مالم ينص القانون على خلافها.

نعتقد أن هذا التأويل غير سليم إذ أن قاعدة انتقال الملكية بمجرد التراضي في عقد البيع ليست أمرة إذ يجوز الاتفاق على مخالفتها واجمع الفقه الحديث على هذا الرأي كما

أسلفنا³⁵¹ وبالتالي فإنه لا شيء يمنع المتعاقدين من الاتفاق على تأجيل انتقال الملكية واحتفاظ البائع بها ضمانا لاستخلاص الثمن إذا كان مؤجل الدفع فيبقى انتقال الملكية مرتبطا بالوفاء بالثمن وفي هذه الصورة يكاد أن ينقلب البيع من عقد فوري إلى شبه عقد زمني مادامت أحد آثاره المتمثلة في انتقال الملكية تبقى معلقة فلا يكون البيع تاما إلا عند دفع الثمن.

342 - على أن المشرع التونسي أقر صراحة إدراج هذا البند في عقود معينة لأسباب إجتماعية واقتصادية لحماية بعض المتعاقدين وبذلك أصبح شرط الاحتفاظ بالملكية منصهرا في تشريعنا ويمكن القول إن المشرع بتخصيصه على تأجيل انتقال الملكية في حالات خاصة الى أن يتم تسديد كامل الثمن قد أقر شبه بند قانوني بالاحتفاظ بالملكية في تلك الصور المحصورة بقطع النظر عن إرادة الأطراف.

والحقيقة أنه حتى قبل سن النصوص الجديدة المكرسة لمثل هذه البنود كثيرا ما تتضمن عقود البيع التي يكون فيها الثمن مؤجل الدفع بنودا تحجر على المشتري التفويت في المبيع قبل تسديد الثمن وهي ضرب من الاحتفاظ بالملكية من طرف البائع مادام المشتري لا حق له في بيع مشتراه للغير.

F. COLLART DUTILLEUL, PH. DELEBECQUE, Contrats (351 civils et commerciaux, 1991, n. 191.

- J. GHESTIN et B. BESCHE, La vente, 1990, n. 581
- A. DE MARTEL TRIBE, Les clauses de réserve de propriété, deux enseignements tirés d'un échec, J.C.P. 1977. I. 2875.
- E. de PONTAVICE, intérêt et limites de la clause de réserve de propriété depuis la loi du 12/5/1980. Rev. Banque, 1982.
- La protection du vendeur à credit d'objets mobiliers corporels a travers la clause de réserve de propriété par THEOPHILE M. MARGELLOS, L.G.D.J. 1989.

ويشير بند الاحتفاظ بالملكية عدة اشكاليات ومسائل نظرية وعملية دقيقة لا يسمح المقام بالتوسع فيها لانها مرتبطة أكثر بموضوع التأمينات³⁵² وهي مسائل تتعلق أساسا بمدى امكانية جعل الملكية تأمينا. واعتبارها من بين التأمينات وكذلك تحديد الطبيعة القانونية لبند الاحتفاظ بالملكية وآثاره ويتجه النظر في هذه المسائل الثلاث.

(أ) هل يمكن استعمال الملكية كتأمين³⁵³ (Propriété sûreté)

343 - لقد تباينت الآراء في الاجابة على هذا السؤال وترجع علة هذا التباين الى خصائص ومكانة الملكية بالقياس الى التأمينات والى الضمان. وفعلنا تساءل جل شراح القانون المعاصرين عما إذا كان بالإمكان جعل الملكية تأمينا حقيقيا أم الاقتصار على أن تتولد منها آثار الضمان فحسب؟ وهل يمكن أن تقوم الملكية بدور التابع للدين أو بالأحرى حق الدائنية؟ لقد أجاب بعضهم على هذا السؤال بالنفي بناء على سيادة حق الملكية التي تحول دون أن يكون هذا الحق في وضع دون الحق الشخصي³⁵⁴. لكن هذا التعليل منازع

STEPHANE PIEDELIEVRE, Les sûretés, éd. ARMAND (352 Colin, collection Coursus 1996.

- M. CABRILLAC et C. MOULY, Droit des sûretés LITEC, 1990.

- Philippe SIMLER, Philippe DELBECQUE, Les sûretés, la (353 publicité foncière, 2ème édition, n. 259.

J.M. MOUSSERON et F. PEROCHON, La nouvelle réserve de (354 propriété après la loi du 12 mai 1980, Rev. Fr. compt. 1981, 10 et suiv.

- GHOZI, Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété : GAZ PAL, 1985, 1, doct. 287.

فيه نظرا لكون فكرة سيادة حق الملكية هي معطى عاطفي أكثر منها عنصر قانوني وضعي³⁵⁵.

كما أن من بين الأسباب التي ربما تحول دون أداء الملكية دور التابع للدين خصائصها الأساسية ومنها كونها أبدية ومطلقة فضلا على أن الملكية عندما تصبح تأميناً ستتقل مثل سائر التأمينات.

ويرى بعضهم أن المشرع حدد التأمينات العينية ولا يمكن للاطراف إحداث غيرها.

344 - لكن هذا الرأي أصبح اليوم مهجورا لأن قائمة الحقوق العينية ليست محصورة ولا شيء يمنع المتعاقدين من تكوين ضمانات جديدة والتوسع في مفهوم التأمين العيني. وذهب بعض الشراح³⁵⁶ إلى أن جعل الملكية في بعض الحالات حقا عينيا تبعا لا يؤدي إلى النيل منه. وبالتالي فإنه لا شيء يمنع اليوم من اعتبار الملكية تأميناً³⁵⁷.

وتأسيسا على ما تقدم فإن الاحتفاظ بالملكية يستجيب لمعايير وخصائص التأمينات العينية من حيث الهدف والتقنية والتبعة³⁵⁸.

CABRILLAC et MOULY, Droit des sûretés, op. cit. n. 528. (355)
PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, Les sûretés, la publicité foncière, op. cit. n. 259

PERRIDA, La Clause de réserve de propriété et le Droit des (357)
procédures collectives : D. 1980 chron. 293, n. 5.

- CABRILLAC et MOULY, Droit des sûretés, op. cit. N. (358)
533- GAZ PAL 8-9 Avril 1988, note Soinne.

يراجع : السيد نور الدين بسرور ، "الخصائص العامة للتأمينات العينية" ، المنشور بكتاب دراسات في قانون التأمينات - مؤلف جماعي تحت إشراف الأستاذ البشير الفرشيشي - تونس 1997.

وفعلا اعتبرت الدائرة التجارية بمحكمة التعقيب الفرنسي سي سرر الهام المؤرخ في 15 مارس 1988³⁵⁹ أن الانتفاع بالاحتفاظ بالملكية تابع للدين وينتقل معه ويمكن القول إن الاحتفاظ بالملكية هو بمثابة تأمين عيني وقد وصفه الأمر العلمي المؤرخ في 7 نوفمبر 1935 بأنه امتياز وهو يتميز بخصائص معينة يمكن الوقوف عندها بالتعرض إلى طبيعته القانونية.

ب) الطبيعة القانونية لبند الاحتفاظ بالملكية

345 - لعل من أهم المسائل التي شغلت بال شراح القانون تحديد الطبيعة القانونية لبند الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع³⁶⁰.

GAZ PAL, 8-9 Avril 1988. Note SOINNE - D. 1988 - 330 - (359)
note PEROCHON.

J. GHESTIN, Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve (360)
de propriété, D. 1981, Chron. p. 1 et suiv.

- JESTAX , "les clauses de réserve de propriété" R.T.D. Civ. 1980
- 632.

- PEROCHON, La réserve de propriété dans la vente de meubles
corporels, LITEC 1988.

- GHOZI, "nature et transmissibilité de la clause de réserve de
propriété" D. 1986 chron. 317.

- SAINT-ALARY-HOUIN, "réflexion sur le transfert différé de la
propriété immobilière", Melanges, Pierre RAYNAUD, Dalloz
sirey, 1985 - p. 733.

- F. DERRIDA, "A propos de la clause de réserve de propriété dans
les ventes immobilières a crédit", Défrénois 1989, art. 34590, p.
1089.

- CROCQ (P.), Propriété et garantie L.G.D.J. 1995.

لقد تباينت الآراء حول هذه المسألة وظهر اتجاهان كبيران أولهما
يعتبر بند الاحتفاظ بالملكية شرطا والثاني يصفه بكونه أجلا.

- بند الاحتفاظ بالملكية شرط

346 - يرى الاتجاه الأول أن البند الذي بمقتضاه يتفق الطرفان
على تأجيل انتقال ملكية المبيع للمشتري إلى أن يسدد هذا الأخير
الثمن هو شرط - بتغيير به الالتزام على أن أصحاب هذا الاتجاه لم
يتفقوا على نوعية هذا الشرط إذ منهم من يعتبره شرطا تعليقيا بمقتضاه
يتوقف إبرام عقد البيع على دفع الثمن ويرى آخرون أنه شرط فاسخ
إذا تحقق ينحل البيع في صورة عدم تسديد الثمن مع أثر رجعي لهذا
الانحلال وأخيرا ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن هذا الشرط
تعليقي بموجبه يتوقف انتقال الملكية فقط على دفع الثمن³⁶¹.

ولاشك أن لتحديد طبيعة الشرط أهمية كبرى فإذا اعتبرنا بند
الاحتفاظ بالملكية شرطا فاسخا فإن المشتري يصبح مالكا للمبيع بمجرد
إبرام العقد إلا أن الملكية تعود للبائع في صورة عدم خلاص الثمن في
الأجل المضروب وإذا اعتبرنا هذا البند شرطا تعليقيا فإن المشتري لا
يصبح مالكا للمبيع إلا عندما يسدد الثمن للبائع الذي يتحمل تبعية
هلاك المبيع بصفته مالكا عملا بالقاعدة القائلة بأن الهلاك على المالك.

347 - إن القول بأن الإحتفاظ بالملكية هو شرط منازع فيه إذ
بالرجوع إلى الفصل 116 من مجلة الالتزامات والعقود يتبين أن

D. VON BRETENSTE, La clause de réserve de propriété et le (361)
risque d'une perte fortuite Trim, Droit com. 1980. 42.

المشرع عرفه بأنه "تصريح بمراد المتعاقدين وبموجبه يعلق وجود الالتزام
أو انقضاؤه بأمر مستقبل غير متحقق الوجود..." وواضح أن هذا
التعريف لا يستجيب لكنه بند الاحتفاظ بالملكية وتأخير انتقالها إلى أن
يتم خلاص كامل الثمن ضرورة أن من خصائص الشرط أن يكون
غير محقق وخارجا عن العقد في حين أن دفع الثمن هو في مقدمه
التزامات المشتري ويتوقف على إرادته وبالتالي فهو ليس شرطا سواء
كان تعليقيا أو فاسخا خاصة وأن هذا البند لا يتعلق بوجود الالتزام
وتكوينه فالباع قد أبرم وغاية ما في الأمر أن الطرفين اتفقا على تأخير
تحقيق إحدى آثار البيع وهو انتقال ملكية المبيع للمشتري بالإضافة إلى
أن هذا البند لا يتعلق بفسخ العقد.

- بند الاحتفاظ بالملكية أجل

348 - الرأي السائد لدى الشراح اليوم وفي مقدمتهم
الأستاذ GHESTIN أن دفع الثمن في عقد البيع هو أجل وليس شرطا
وأن بند الاحتفاظ بالملكية هو أجل تعليقي بمقتضاه يتأجل انتقال
الملكية إلى أن يتم تسديد كامل الثمن³⁶² وقد تبنى فقهاء القضاء
الفرنسي هذا الرأي وصدر في هذا المعنى قرار تعقيبي حديث بتاريخ
9 جانفي 1996³⁶³ ويمكن التشريب على هذا الاتجاه بأن الأجل هو
حدث محقق مثل الموت ولو كان دفع الثمن من طرف المشتري أمرا
محققا لما احتاج البائع إلى ضمانات وتأمينات³⁶⁴ وليس من شيم كل

J. GHESTIN, Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve (362)
de propriété D. 1981, chron. p. 1.

D. 1996. 184, note DERRIDA.

(363)

J. M. MOUSSERON, Technique contractuelle, Francis (364)
Lefebvre, 1988, p. 267.

350 - والرأي عندنا أن بند الاحتفاظ بالملكية ونفضل استعمال "تأخير انتقال الملكية" - هو ضمان ممنوح للبائع لاستخلاص الثمن وهو تأجيل اتفاقي لأحد آثار البيع وهو انتقال الملكية - ويحدث هذا البند آثارا مختلفة لا تخلو من تشعب.

(ج) آثار بند الاحتفاظ بالملكية

إن النظام القانوني لبند الاحتفاظ بالملكية دقيق ويشير عدة صعوبات واشكاليات يمكن حصرها فيما يلي :

أولا - مدى معارضة الغير ببند الاحتفاظ بالملكية

351 - إن نجاعة بند الاحتفاظ بالملكية تكمن في معارضة الغير به خاصة إزاء ذاتي المشتري وبالاختصاص في صورة تفليس هذا الأخير أو انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية طبق القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995³⁶⁶.

قبل الحديث عن معارضة الغير بهذا البند نشير الى أنه يجب أن يكون ثابتا قانونا ولا يتأتى ذلك إلا إذا كان البند كتابيا صريحا ولا ضمنيا وقد يدرج بعقد البيع أو بوصل التسليم أو بالفاتورات

(366) أنظر حول هذا الموضوع : الأستاذ توفيق برعثة : نظام انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية في القانون التونسي - المجلة القانونية التونسية 1995 - ص. 47.
انظر : الأستاذ البشير الفرشيشي، "بعض الخواطر حول مآل التأمينات في قانون انقاذ المؤسسات" - منشور بكتاب دراسات في قانون التأمينات - المرجع السابق، ص. 50-11.

المشتريين الوفاء بتعهداتهم وتكفي الإشارة الى كثرة الدعاوى التي موضوعها فسخ عقود البيع بسبب عدم دفع الثمن. وخلاصة القول أن بند الاحتفاظ بالملكية ليس شرطا ولا أجلا. وإنما هو تأجيل لأثر من آثار البيع وهو انتقال الملكية وهو بند لا يستجيب لخصائص الشرط أو الأجل إذ يختلف عنهما فهو بند خاص لايهم إبرام العقد ولا نسخته. وهو مرتبط ايضا بالتزامات المشتري بدفع الثمن. في أجل معين - ويرى بعض الشراح "أن البيع مع الاحتفاظ بالملكية هو بيع ممتد زمنيا يصبح فيه الالتزام باعطاء الذي يميزه معلقا على الالتزام بدفع الثمن بارادة الأطراف وهو بمثابة إقرار دفع اتفاقي بعدم التنفيذ بين هذين الالتزامين الأساسيين للبيع"³⁶⁵.

349 - لكن القول بأن بند الاحتفاظ بالملكية هو دفع بعدم التنفيذ منازع فيه ضرورة أن هذا الدفع يقتضي التزامات مترابطة ومتداخلة فيجوز تبعا لذلك لأحد المتعاقدين الامتناع من الوفاء بالتزامه فالتام يف معاقده بتعهداته طبق الفصل 246 من مجلة الالتزامات والعقود. في حين أن انتقال الملكية ليس التزاما على كاهل البائع كما سبقت الإشارة اليه بل هو أثر من آثار البيع بينما دفع الثمن هو التزام محمول على المشتري فلا يمكن الحديث عن دفع بعدم التنفيذ فالبايع عندما يحتفظ بالملكية لا يمتنع من الوفاء بالتزام بل يؤخر فقط انتقالها للمشتري وفي هذه الصورة فإن البائع لا يحتفظ الا بحق على قيمة الشيء المبيع ويبقى للمشتري حق استعماله والانتفاع به فكأن البائع "حبس حق الملكية" وسلم الشيء الذي انصب عليه ذلك الحق للمشتري فيتجزأ المبيع بتسليم عنصره المادي للمشتري واحتفاظ البائع بعنصره المعنوي.

PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, Les sûretés, la publicité foncière, 2eme édition, N. 605.

ويتعين أن يحصل الاتفاق عليه كتابة في أجل أقصاه تاريخ تسليم المبيع³⁶⁷.

لقد اشترط الفصل الثاني من الأمر العلي المؤرخ في 10 فيفري 1955 والمتعلق بالبيع المؤجل لعربات "الأطوموبيل والتراكتورات"³⁶⁸ والذي تنقح الأمر العلي المؤرخ في 7 نوفمبر 1935 أن يكون البند كتابيا ثابت التاريخ مسجلا ومرسما بدفتر خاص.

وإذا كان المبيع عقارا مسجلا فإن بند الاحتفاظ بالملكية لا يعارض به الغير إلا إذا وقع تقييده قيда احتياطيا طبق الفصل 366 من مجلة الحقوق العينية.

واقترحه القضاء الفرنسي معارضة الغير بهذا البند إذا تم ترسيمه طبق اجراءات الإشهار العقاري في القرار الصادر عن الدائرة التجارية لمحكمة التعقيب الفرنسية بتاريخ 9 جانفي 1996³⁶⁹.

وإذا استوفى بند الاحتفاظ بالملكية صيغته الشكلية من كتب وتسجيل واشتهار فإنه يعارض به الغير وخاصة دائني المشتري ولو في صورة افلاس هذا الأخير (الفصل الأول الجديد من الأمر العلي المؤرخ في 7 نوفمبر 1935).

352 - وإذا بيعت منقولات مثقلة ببند الاحتفاظ بالملكية الى مؤسسة تجارية ثم صارت تمر بصعوبات اقتصادية واصبحت محل

Contrats et Droits de l'entreprise 'mémento pratique (367 FRANCIS LEFEBVRE, 1997, n.2251.

(368) الرائد الرسمي التونسي الصادر في 15 فيفري 1955 ، ص. 323.
(369) D. 1996 - 164, note DERRIDA .

برنامج انقاذ على أساس مواصلة نشاطها طبق الفصل 41 من قانون انقاذ المؤسسات تثار مسألة معارضة دائنيها بهذا البند.

لم يتعرض القانون التونسي لهذه الاشكالية بيد أن القانون الفرنسي أقر تلك المعارضة وبالتالي يجوز للبائع استرداد المنقولات المبيعة رغم أن مثل هذه القاعدة قد تبدو متعارضة مع روح قانون انقاذ المؤسسات إذ كيف يمكنها أن تواصل نشاطها إذا استرجعت منها ممتلكاتها المنقولة ؟

ثانيا - دعوى استحقاق المبيع واسترجاعه

353 - عندما يحل أجل دفع الثمن ولا يؤديه المشتري يجوز للبائع استرداد المبيع منه أو من غيره لكن دعوى الاسترداد تختلف عن دعوى الفسخ إذ أن البائع مازال مالكا للشيء المبيع وله الإلتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة للمطالبة باسترجاعه من المشتري دون حاجة الى رفع دعوى مسبقة في فسخ البيع فالقول بخلاف ذلك يجرد بند الاحتفاظ بالملكية من كل فاعلية وقد تضمن الفصل الأول من أمر 7 نوفمبر 1935 المنقح بالأمر العلي المؤرخ في 10 نوفمبر 1955 هذه الامكانية كما أن محكمة التعقيب أقرتها ضمينا في قرارها عدد 15376 الصادر في 16 أكتوبر 1986³⁷⁰.

354 - غير أن استرجاع المبيع يشير صعوبات عملية واشكاليات قانونية إذا فوت المشتري في المبيع للغير³⁷¹. وفي هذه الصورة يحق

(370) نشرة محكمة التعقيب 1986 ، ج. 2، ص. 276.
(371) Jean MARC MOUSSERON, Technique contractuelle, Francis LEFEBVRE , 1988, N. 660 et suiv.

أن نتساءل عن صحة هذا البيع مادام المشتري الأول باع ما لا يملك بحكم بند الاحتفاظ بالملكية الذي بموجبه بقي البائع الأول مالكا للمبيع.

355 - وإذا نظرنا الى المسألة من زاوية القانون الجزائري فإنه لا شيء يحول دون تسع المشتري طبق أحكام الفصل 292 من المجلة الجنائية. وبقطع النظر عن الجانب الردعي فإن بند الاحتفاظ بالملكية يغارض به الغير إذا وقع اشهاره طبق القانون سواء بترسيمه بدفاتر خاصة طبق أمر 7 نوفمبر 1935 وحتى بالبطاقة الرمادية إذا كان المبيع جرارات أو عربة أو بتقييده احتياطيا إذا كان عقارا مسجلا طبق الفصل 366 من مجلة الحقوق العينية كما أسلفنا.

356 - وفي صورة استيفاء اجراءات الاشهار فإن الغير الذي اشترى المبيع لا يمكنه التمسك بحسن نيته وبالتالي يمكن استرجاع المبيع منه أما في حالة انعدام الاشهار فإن المشتري يعتبر على حسن نية فينتفع بأحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية إذا تعلق الأمر بعقار وبالقرينة الواردة بالفصل 53 من مجلة الحقوق العينية إذا كان المبيع من المنقولات وإذا فوت المشتري في المبيع ولم يتبض الثمن فإن البائع محق في استخلاصه والمطالبة به مادام قد احتفظ بملكيته ولم يسدد معاقده كامل الثمن وأقرت محكمة التعقيب الفرنسية هذه القاعدة في قرارها الصادر في 20 جوان 1989³⁷².

ثالثا - مدى إمكانية انتقال بند الاحتفاظ بالملكية للغير

357 - أقر فقه القضاء الفرنسي أنه للبائع أن يحيل للغير الانتفاع

D. 1989, 431, note PEROCHON. (372)

بند الاحتفاظ بالملكية باعتباره تابعا لحقه على المشتري وصدرت في هذا الاتجاه عدة قرارات منها القرار التعقيبي الصادر عن الدائرة التجارية في 15 مارس 1988³⁷³ والقرار التعقيبي الصادر في 11 جويلية 1988³⁷⁴ وعادة ما تتم هذه الاحالة للبنوك التي تنتفع بنفس الامتيازات الممنوحة للبائع بموجب حلولها محله فتعامل معاملة المتعاقدة مع البائع وليست غيرا ازاءه.

- انعكاسات بند الاحتفاظ بالملكية على انتقال التبعات

358 - عندما يحتفظ البائع لنفسه بملكية المبيع فإن تبعاته تبقى على كاهله نظرا للترابط بين الملكية والتبعات وصدر في هذا المعنى قرار تعقيبي فرنسي بتاريخ 4 جويلية 1995³⁷⁵ وقرار آخر بتاريخ 19 أكتوبر 1982³⁷⁶.

وإذا كان المبيع مؤمنا وهلك فإن للبائع أن يتمسك ازاء شركة التأمين بحق ملكيته ويطالبها بقيمة الخسائر وأكدت محكمة التعقيب الفرنسية هذا المبدأ في قرارها المؤرخ في 24 مارس 1992³⁷⁷.

(4) الاحتجاج بالبيع على الغير

359 - يحدث البيع مبدئيا آثاره بين المتعاقدين بمجرد إبرامه إذ تنتل

D. 1988, 330, Note PEROCHON. Banque 1988, 699, les (373)
Prives - LANGE-BULL, Civ. IV, n. 241.

Bull. Civ. IV, n. 241. (374)

DALLOZ Affaires n. 1 du 5 / 10 / 1995, p. 16 et 17. (375)

R.T.D. Civ. 1984 - 515, les, HUET. (376)

Bull. civ, n. 90. (377)

ملكية المبيع للمشتري باستثناء بعض الحالات التي أقر فيها القانون عكس ذلك مثل مبدأ المفعول المنشئ للترسيم بالنسبة للعقارات المسجلة .

غير أن معارضة الغير بالبيع لا تنأى إلا بالقيام بإجراءات خاصة تختلف باختلاف نوعية المبيع ويتجه النظر فيها بعد توضيح مفهوم الغير .

أ) مفهوم الغير

360 - إن "الغير" من المفاهيم الدقيقة التي ليس من الهين الوقوف على مدلولها وضبطها إذ قد يختلف معناها باختلاف نوعية التصرف أو الحق المراد الإحتجاج به على الغير فالمفروض أن يكون العقد المحتج به على الغير يمس بحقوقهم ويعينهم ولعل هذا ما جعل الشراح يهتمون بهذا المفهوم ويخصصون له عدة دراسات³⁷⁸ .

J. GHESTIN, la distinction des parties et des Tiers au contrat (378 J.C.P. 1992 I. 3628.

- J. L. AUBERT, A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, R.T.D. civ. 1993, 263.

CATHERINE GUELFUCCI-THIBIERGE, De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif. R.T.D. civ. 1994. p. 275.

J. GHESTIN et M. BILLIAU, les obligations, les effets du contrat L.G.D.J. n. 565 et suiv.

F. TERRE PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, les obligations 1993.

JOSE DUCLOS, L'opposabilité, Essai d'une théorie générale, L.G.D.J. 1984.

ويمكن القول إن الغير هو كل شخص أجنبي عن وضعية قانونية وفي الميدان التعاقدي هو الشخص الذي لم يكن طرفا في العقد أو ممثلا فيه والذي لم يلحقه أثره الملزم³⁷⁹ وفي هذا المعنى جاء في القرار التعقيبي عدد 15157 المؤرخ في 16 جوان 1986 أن المرجع في استناد المقصود من عبارة الغير هو المفهوم العام المستخلص من عموم هذه المجلة (الحقوق العينية) وما إقتضاه الفصلان 240 و 241 من مجلة الالتزامات والعقود³⁸⁰ واعتبرت محكمة التعقيب في قرارها عدد 20605 المؤرخ في 3 أكتوبر 1989 أن المقصود بعبارة الغير الواردة بالفصل 305 من مجلة الحقوق العينية هو كل شخص أجنبي عن عقد التفويت الذي اكتسب بمقتضاه أحد طرفيه حقا عينيا مشمولا بعقار مسجل³⁸¹ فالغير في مفهومه العام هو الذي ليس له صفة المتعاقد وبالتالي ليس خاضعا للقوة الملزمة للعقد المنصوص عليها بالفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود بحكم مبدأ المنعول النسبي للعقد المنحصر في المتعاقدين دون سواهم طبق الفصل 240 على أن الورثة ليسوا غيرا بالنسبة للعقود التي أبرمها مورثهم عملا بأحكام الفصل 241 من نفس المجلة وأكدت محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 25 ماي 1981* أن المراد بالغير هو كل من انخرّ لهم حق بوجه خاص أما من انخرّ لهم حق بوجه عام كالورثة فلا يعتبرون غيرا³⁸².

361 - إلا أنه إذا أبرم عقد بيع أثناء مرض الموت فإن ورثة البائع

GERARD CORNU, Vocabulaire juridique p. 806-807. (379 "Personne n'ayant été ni partie ni représentée a un contrat qui n'est pas touchée par son effet obligatoire.

(380) نشرة محكمة التعقيب 1986 ج. 2 ص. 235.

(381) نشرة محكمة التعقيب 1989 ص. 356.

(382) نشرة محكمة التعقيب 1981 ج. 2 ، ص. 59.

يعتبرون غيرا بالنسبة للمشتري كما أسلفنا وهو استثناء للقاعدة الأصولية الواردة بالفصل 241 من مجلة الالتزامات والعقود بدليل أن المشرع أقر صراحة ضرورة مصادقة الورثة على البيع الواقع أثناء مرض الموت فهو يعاملهم معاملة الغير ولا الورثة إذ المفروض أن الوارث مقيد بالتزامات مورثه³⁸³.

وبقطع النظر عن هذه الحالة الاستثنائية فإن الوارث ليس غيرا بالنسبة للعقود التي يبرمها مورثه بل إنه يعتبر خلفا له وحالا قانونا محله وملزم بتنفيذ التزاماته ولا يجوز له التمسك بعدم إدراجها بالسجل العقاري وأكدت محكمة التعقيب هذا المبدأ المستمد من روح الفصل 241 من مجلة الالتزامات والعقود في القرار عدد 3394 المؤرخ في 17 ماي 1979³⁸⁴ وإذا كانت وضعية الورثة لا تشير أي إشكال باعتبارهم خلفا عاما لمورثهم وملزمين بتصرفاتهم فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة لمن أنجر لهم حق بوجه خاص إذ أنهم يعتبرون غيرا وأكدت محكمة التعقيب هذه القاعدة في قرارها عدد 2804 المؤرخ في 12 أكتوبر 1978 وجاء فيه " يؤخذ من الفصلين 241 من مجلة الالتزامات والعقود و 305 من مجلة الحقوق العينية أن الحقوق العقارية الغير مرسمة لا يعارض بها الغير فقط وهو المنجر له حق بوجه خاص أما الأشخاص المنجر لهم حق بوجه عام مثل الورثة فإنه لا يمكن لهم معارضة الحقوق المنجرة في مورثهم ولو لم يتم ترسيمها بدفتر خانة الملكية العقارية"³⁸⁵.

(383) القرار التعقيبي عدد 2304 المؤرخ في 12 أكتوبر 1978 نشرة محكمة التعقيب 1978 ص. 96.

(384) نشرة محكمة التعقيب 1979 ج. 1، ص. 240.

(385) نشرة محكمة التعقيب 1978 ج. 2، ص. 96.

362 - ففي صورة بيع نفس العقار مرتين فإن المشتري انسابي يبرر غيرا فلا يعارض بالبيع الأول إلا إذا توفرت فيه شروط الاحتجاج به على الغير طبق أحكام مجلة الالتزامات والعقود ومجلة الحقوق العينية غير أنه في ميدان الحقوق العينية وخاصة في نظام الإشهار العقاري فإن للغير مفهوما خاصا نظرا لكون العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق عقارية يعارض بها الكافة ERGA OMNES إذ لمشتري شيء ما أن يعارض أي شخص بالحق العيني الذي يستمد من عقد البيع شريطة احترام قواعد الإشهار³⁸⁶.

وجاء في القرار التعقيبي عدد 46501 الصادر في 28 فيفري 1995 "إن نظام التسجيل العقاري قائم أساسا على الاشهار والعلانية... وأن طبيعة هذا النظام ومميزاته وخصائصه تسمح بانسحاب مفهوم الغير لا على من كان اجنبيا عن دائرة التعاقد ولم يشارك فيها لا بنفسه ولا بواسطة من كانت له نيابة صحيحة عنه فحسب وانما أيضا تسحب وبصورة استثنائية على الورثة وعلى من ترتب له الحق منهم..."³⁸⁷.

وبالإضافة الى ذلك فإن صفة الغير نسبية وظرفية³⁸⁸ وإن الغير ينقسمون الى ثلاثة أصناف بحسب درجة عنيهم بالعقد وهم الغير الأجانب تماما عند العقد penitus extraneus³⁸⁹ والدائنون العاديون والخلف الخاص³⁹⁰.

F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, (386) 5eme édition, n. 467.

(387) مجلة القضاء والتشريع 1997، ع. 2 ص. 89.

JOSE DUCOLOS, l'opposabilité, L.G.D.J. n. 3 (388)

HENRI ROLAND et LAURENT BOYER, Expressions, أنظر، (389) latines du Droit français, l'hermès.

José DUCLOS, L'opposabilité, op. cit. nn. 146 et suiv. (390)

363 - وبقطع النظر عن هذا التصنيف فإنه في مادة الحقوق العينية وفي العقارات الخاضعة للإشهار العيني بالخصوص إستقر رأي الشراح على أنه يجب أن تتوفر في الغير الشروط الآتية :

(1) أن يكتسب الغير حقا على العقار فالمشتري الثاني لعقار سبق التفويت فيه لمشتري أول يعتبر غيرا إذا أدرج شراءه بالسجل العقاري قبل الأول.

(2) أن يكون الغير قام بالإجراءات اللازمة للمحافظة على حقه وذلك بواسطة للإشهار العيني طبق القانون.

وفي هذا السياق جاء في القرار التعقيبي المدني عدد 40654 المؤرخ في 27 ديسمبر 1994 أن "المقصود بكلمة الغير هو كل شخص إكتسب حقا على عقار بالاستناد الى الترسيم المدرج بالسجل العقاري وقام من جهته بترسيم ذلك الحق الذي اكتسبه عن حسن نية" ³⁹¹.

(3) أن يكون الغير خلفا خاصا لنفس الشخص الذي تعاقد معه الطرف الذي يروم معارضته بعقده أي لا بد من إتحاد البائع ويتأتى ذلك إذا باع شخص نفس العقار للمشتريين مختلفين ففي هذه الصورة يقع تفصيل من سبق ترسيم شرائه بالسجل العقاري عملا بالقاعدة القائلة بأن المفضل هو السابق تاريخا (Prior tempore potior jure) وهي أساس الإشهار العقاري.

(391) نشرة محكمة التعقيب ، 1994 ، ص. 198.

(4) أن يكون صاحب الحق العيني حسن النية أي غير عالم بالتصرف الأول الصادر عن المالك ³⁹² ولقد تبين وكّرّس فقه القضاء التونسي هذه المبادئ إذ جاء في القرار التعقيبي عدد 20605 الصادر في 3 أكتوبر 1989 والمذكور أعلاه أن الغير هو الذي إكتسب حقا عينيا وكان موضوع العقد يعنيه بحكم إرتباط حقوقه بالعقار والإرتباط شرط ضروري وأنه لا يحق للمشتري أن يحتج ضد معاقده المالك بعدم ترسيم شرائه للعقار لأنه لا يملك حقا عينيا) وأكدت محكمة التعقيب في قرارها عدد 7125 المؤرخ في 2 ماي 1983 "أن الغير هو مكتسب الحق على عقار بالاستناد الى الرسم المدون بالسجل العقاري وقام هو بدوره بترسيم الحق الذي إكتسبه" ³⁹³ وتضمن القرار التعقيبي عدد 15157 المؤرخ في 16 جوان 1986 نفس القاعدة ³⁹⁴ لكن محكمة التعقيب اعتبرت في قرارها عدد 27817 المؤرخ في 18 أفريل 1991 (قرار غير منشور). أن دائن البائع ليس غيرا بالنسبة للمشتري العقاري لأنه إستمّد حقه من مدينه الذي هو ليس غيرا بالنسبة للمشتري ولا يمكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو لمدينه وإن العقلة التي أجراها الدائن على العقار قبل إدراج الشراء بالسجل العقاري لا تكسبه حقا عينيا عقاريا بل تكسبه حقا شخصيا. وفي هذه القضية إنتهت المحكمة الى عدم إمكانية تمسك دائن البائع بأحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية رغم أنه أجرى عقلة عقارية على العقار المبيع ورسمها بالسجل

(392) الدكتور محمد خيرى : الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب - المرجع السابق، ص. 524.

(393) نشرة محكمة التعقيب 1983 - ج. 2 - ص. 215.

(394) نشرة محكمة التعقيب 1986 - ص. 235 - ج. 2.

الفرع الثاني انتقال التبعات

Le transfert des risques

إن انتقال التبعات مرتبط بانتقال الملكية لكن هذا المبدأ ليس مطلقاً.

الفقرة الأولى

ارتباط انتقال التبعات بالملكية

366 - إن مالك الشيء هو الذي يتحمل تبعاته عملاً بالقاعدة الأصولية القائلة بأن الهلاك على المالك, RES PERIT DOMINO, أي الهلاك على المشتري وقد نص الفصل 585 على هذه القاعدة وجاء فيه يصير المبيع " من وقت تمام البيع في ضمان المشتري ولو قبل تسلمه إياه مالم يكن في ذلك ما ينافي بالعقد".

الفقرة الثانية

تأجيل انتقال التبعات

367- إذا كان موضوع العقد أشياء غير معينة بذاتها فإن المبيع لا يصبح في ضمان المشتري إلا من تاريخ فرزها بالكيل أو بالوزن أو بالعد وقبولها من المشتري (الفصل 586 من مجلة الالتزامات والعقود). غير أن محكمة التعقيب أقرت أن في بيع الغلة علي رؤوس

العقاري بعد إبرام عقد بيع العقار للغير لكن قبل ترسيم البيع بالسجل العقاري.

ب) كيفية الاحتجاج على الغير بالبيع

364 - إذا كان موضوع البيع عقاراً فإن معارضة الغير به توقف على شكليات معينة تختلف باختلاف نوعية العقار فإذا كان غير مسجل بإدارة الملكية العقارية فإنه لا يمكن الاحتجاج بالبيع على الغير إلا بتسجيل الكتب بالتباضة المالية طبق أحكام الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود أما إذا كان العقار مسجلاً فإنه لا يمكن معارضة الغير به إلا بادراج عقد البيع بالسجل العقاري وابتداء من تاريخ الترسيم على معنى الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية وقد استقرت هذه القاعدة الأصولية في عدة قرارات منها القرار التعقيبي عدد 28237 الصادر في 26 / 5 / 1992³⁹⁵ والقرار التعقيبي عدد 21345 الصادر في 26 / 3 / 1991³⁹⁶ وكذلك القرار العقباني عدد 7714 المؤرخ في 3 / 2 / 1983³⁹⁷.

365 - أما بالنسبة للمنتقولات فإن المشتري يمكنه معارضة الغير بالشراء بمجرد حوزها ومسكها طبق الفصل 53 من مجلة الحقوق العينية باعتبار أن حوز المنقول قرينة قانونية على ملكيته من طرف الحائز (القرار التعقباني عدد 10310 الصادر في 12 / 1 / 1984³⁹⁸).

(395) نشرة محكمة التعقيب 1992، ص. 423.

(396) نشرة محكمة التعقيب 1991، ص. 95.

(397) نشرة محكمة التعقيب 1983، ج. 1 / ص. 183.

(398) نشرة محكمة التعقيب 1984، ج. 1 / ص. 224.

الفصل الثاني

التزامات البائع

حدد الفصل 591 من مجلة الالتزامات والعقود الواجبات الأساسية للبائع وهي تنحصر في امرين اثنين هما تسليم المبيع وضمائه إلا أنه توجد التزامات فرعية أو ثانوية تتمثل أساسا في واجب الإعلام : obligation de renseignement .

الفرع الأول

الالتزام بتسليم المبيع

368 - يكتسي التسليم أهمية كبيرة إذ أن انجازه يمكن المشتري من الانتفاع بمشترائه وأشار المشرع بالفصل 592 من مجلة الالتزامات والعقود الى مفهوم التسليم وكيفية حصوله إذ جاء فيه : " يتم التسليم إذا تخلى البائع عن المبيع وصدر منه أو من نائبه إذن للمشتري في تسلّم المبيع ويمكن المشتري من حوزة بلا مانع " .

وبناء على أحكام هذا النص يمكن القول إن التسليم يتمثل في " ترك الشيء المبيع على ذمة المشتري ليتسلمه " وبهذا المعنى يختلف التسليم عن نقل الملكية الذي ينصب على حق ملكية المبيع في حين أن التسليم يتعلق بالسيطرة المادية على الشيء فهو يركز على تصرف فعلي .
ويختلف التسليم La délivrance عن نقل الحيازة بمفهومه القانوني

أشجارها يكون المبيع داخلا في ضمان المشتري من تاريخ العقد وعلى المشتري أن يحفظ ملكه ويحرسه ولا يرجع على البائع بالنقص الذي يحصل فيه منذ هذا التاريخ (القرار التعقيبي عدد 12966 المؤرخ في 24 مارس 1986)³⁹⁹ .

وفي صورة نقل المبيع من محل الى آخر فإن ضمانه يبقى على البائع إلى أن يتسلمه المشتري (الفصل 588 من مجلة الالتزامات والعقود) وإذا بيعت أثمار على أشجارها فإن ضمانها على البائع الى إنتهاء نضجها (الفصل 590 من مجلة الالتزامات والعقود) وإذا تلف المبيع قبل تسليمه للمشتري وبفعل البائع فعلى هذا الأخير أداء قيمته للمشتري وإذا هلك المبيع أو تعيب قبل تسليمه بفعل المشتري فعلى هذا الأخير أن يتسلمه على الحالة التي عليها ودفع الثمن طبق الفصل 608 من مجلة الالتزامات والعقود .

وأخيرا في البيوعات الدولية يقع فصل انتقال الملكية عن تحمل التبعات إذ أن الفصل 67 من اتفاقية فيانا المبرمة في 11 / 4 / 1980 والمتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع ربط انتقال التبعات بالتسليم باعتبار أن السيطرة المادية على المبيع تبرر تحمل التبعات .

399 (نشرة محكمة التعقيب 1986 ج . 1 ، ص . 201 .

باعتبار أن ذلك يتم عند انتقال الملكية الذي بموجبه يفقد البائع صفة المالك (L'animus domini) ويبقى مجرد ماسك للشيء.

ويختلف التسليم La délivrance عن الاستلام prise de livraison الذي يعني أخذ الشيء ماديا من طرف المشتري ويقتضي النظر في الإلتزام بالتسليم بحث موضوعه وكيفيته وجزاء الإخلال به.

الفقرة الأولى

موضوع التسليم

إن التسليم هو من ابرز مظاهر تنفيذ العقد وبالتالي على البائع أن يسلم للمشتري المبيع المتفق عليه وكذلك توابعه

1) تسليم الشيء المتفق عليه

369 - ينص الفصل 606 من مجلة الالتزامات والعقود أنه "على البائع أن يسلم المبيع على حالته التي هو عليها حين العقد ولا يجوز له تغييره بأي وجه من ذلك الوقت".

يؤخذ من عبارات هذا الفصل أن البائع ملزم بتسليم نفس الشيء المتعاقد عليه وليس له تسليم غيره أي يجب أن يكون الشيء المسلم مطابقا تماما لما وقع التنصيص عليه بالعقد بدون أي تغيير ولا شك أن هذه القاعدة هي تطبيق لمبدأ القوة الملزمة للعقد⁴⁰⁰.

Ch. Atias, l'obligation de délivrance conforme, D. 1991, Ch, (400 p. 1).

- Boc LAY, la conformité des biens dans la vente de meubles corporels, th. dactylo. Paris II, 1979.

ويرى الفقه وفقه القضاء ضرورة مطابقة الشيء الواقع تسليمه لاتفاق الطرفين فالمشتري ليس ملزما بقبول شيء مغاير للبيع موضوع العقد حتى ولو كان الاختلاف بينهما بسيطا جدا. ولقد جرم المشرع بالفصل 294 من المجلة الجنائية تعمد البائع غش المشتري "بأن يسلم له شيئا غير الشيء المحقق المعنى الذي اشتراه" واستعمال الخيل لغش المشتري في طبيعة أو كمية أو صفة الشيء المسلم له. وأقر عقابا بالسجن والخطية يسلط على من يرتكب هذه الجنحة كما أن الفصل الأول من الأمر المؤرخ في 10 أكتوبر 1919 المتعلق بزجر الغش في تجارة البضائع وتدليس المعاش والمحاصيل الفلاحية والطبيعية نص على معاقبة من يسلم محاصيل أو سلعة غير ما هو معين في العقد وكذلك مؤاخذه كل من يخادع أو يحاول خادعة المشتري في السلع أو صفاتها الجوهرية أو تركيبها أو مقاديرها أو كمية العناصر النافعة التي بها.

وتنعدم مطابقة الشيء الواقع تسليمه للاتفاق إذا كان خاليا من الخصائص المذكورة بالعقد.

370 - وتوسع فقه القضاء الحديث في مفهوم المطابقة La conformité التي تقتضي أن يسلم البائع للمشتري نفس الشيء المتفق عليه وأن يكون ذلك الشيء صالحا للاستعمال المعد له.

371 - ويعتبر الفقه الحديث أن للمطابقة مظهرين أولهما مادي والثاني وظيفي (Matériel et fonctionnel). وفلا يرى اتجاه فقهي منذ عدة سنوات ضرورة التوسيع في مفهوم ما يسمى بالتسليم المطابق (délivance conforme) فلم يعد ينظر للمطابقة من زاوية مادية فحسب بل وكذلك من زاوية وظيفية أي أن يكون الشيء الواقع تسليمه مؤهلا للاستعمال المنتظر منه وبناء على ذلك نلاحظ ظهور

على تبني هذا الرأي وصدر في هذا المعنى قرار تعقيبي في 5 ماي 1993⁴⁰⁵.

فإذا اعتمد المعيار المادي تعتبر المطابقة غير متوفرة في عدة صور كأن يشتري شخص شقة كائنة بالطابق الثالث مثلاً في حين أن البائع مكنه من شقة كائنة بالطابق التاسع أو شراء مصعد يتسع لخمس أشخاص في حين أن المصعد الواقع تسليمه لا يتسع إلا لثلاثة أشخاص أو أن ينص العقد على شراء سيارة جديدة في حين يقع تسليم سيارة مستعملة.

ويقتضي واجب تسليم المطابق مطابقة مادية لما وقع عليه الاتفاق ضمان المساحة أو الكيل أو الوزن أو العدد المنصوص عليه بالعقد وتعرض المشرع لهذه المسألة ونظمها بالفصول من 623 إلى 629 من مجلة الالتزامات والعقود وميز بين عدة حالات معطيا حلولاً لكل واحدة منها .

- الحالة الأولى :

372 - قد يتم البيع بضمن واحد أو بضمن مفصل اعتماداً على وحدة الكيل أو الوزن بحسب طبيعة المبيع وإذا تبين عند التسليم وجود زيادة فإن الزائد يرجع للبائع أما إذا وجد نقصان فللمشتري الخيار بين الفسخ الكامل للعقد وبين قبول المبيع مع الخط من الثمن حسب نسبة النقصان (الفصل 623 من مجلة الالتزامات والعقود).

D. 1993, jurisprudence p. 506 note BENABENT (405)

مفهوم موحد (conception moniste) لواجبات البائع يشمل مع التسليم المطابق وضمن العيوب⁴⁰¹.

وفي هذا الاتجاه اقره القضاء الفرنسي أن واجب التسليم لا يتمثل في تسليم ما وقع الاتفاق عليه فقط بل وكذلك جعل على ذمة المشتري شيء يتناسب مع الهدف المنشود من كل النواحي⁴⁰².

وبهذا المعنى فإن واجب التسليم يمتد الى ما بعد تنفيذ العقد في حين أن في هذه المرحلة لا يمكن تقليدياً القيام إلا بدعوى ضمان العيوب الخفية ومن نتائج هذا الاتجاه الجديد الخلط بين واجب التسليم وضمن العيوب إذ في الحالتين تكون دعوى المشتري مؤسسة على كون الشيء ليس صالحاً للاستعمال المنتظر⁴⁰³. ولقد انتقد بعض الفقهاء هذا الاتجاه⁴⁰⁴.

ولكن يبدو أن فقه القضاء الفرنسي لم يتأثر بهذا النقد وأصر

ALTER : l'obligation de délivrance dans la vente de meubles (401 corporels L.G.D.J., 1972.

- Le TOURNEAU, conformité et garantie dans la vente, Rev, trim. dr. com., 1980. 231.

"L'obligation de délivrance ne consiste pas seulement à livrer (402 ce qui a été convenu, mais à mettre à la disposition de l'acquéreur une chose qui corresponde en tous points au but recherché" (Arrêt du 1er mars 1989, Bull. I. n°140 et Arrêt, Assemblée plénière du 7 fév. 1986, D. 1986 - 293.

Alain BENABENT, Droit civil, les contrats spéciaux éd (403 Monchrestien, 1993 N°188.

- Remy, R.T.D. civ., 1983-755. (404

- MALAURIE et AYNES, contrats spéciaux, n°286.

- GHESTIN et DESCHE, la vente, n°763.

- TOURNNAFOND, Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente, D. 1989, chron, 237.

- الحالة الثانية :

373 - إذا تم البيع بثمن جملي وكانت المعدادات متفاوتة من حيث القيمة مع بيان الوزن أو الكيل أو العد فإن أي نقص أو زيادة في ذلك يجعل البيع باطلا أما إذا كان الثمن مفصلا فإن الزيادة في المبيع تستوجب البطلان في حين أن النقص يخول للمشتري الخيار بين فسخ العقد وبين قبول المبيع الذي تسلمه مع دفع ثمنه (الفصل 624).

- الحالة الثالثة :

374 - إذا كان المبيع جزافا أو شيئا معيناً ووقع التنصيص بالعقد على كميته من حيث الوزن أو الكيل أو العد فإنه لا يحق للبائع أن يطلب الزيادة في الثمن إذا تبين أن المبيع زائد بالقياس الى الكمية المذكورة بالعقد كما أنه ليس للمشتري أن يطلب التخفيض في الثمن في صورة نقص في المبيع إلا إذا بلغ الفرق في الزيادة أو النقص نسبة نصف العشر إلا أنه يمكن للطرفين الاتفاق على خلاف ذلك (الفصل 626) غير أنه في حالة ظهور زيادة بالنسبة المذكورة فإنه للمشتري الخيار بين طلب الفسخ أو دفع مازاد على الثمن (الفصل 627 م.أ.ع.).

- الحالة الرابعة :

375 - إذا كان موضوع البيع أشياء تباع بالوزن أو بالكيل والتي

تسلم تبعض بما في ذلك الأراضي بالكيل فإنه يقع العمل بالقواعد التالية : إذا كان الثمن جملياً فما وجد زائداً للمشتري وليس للبائع فسخ العقد وإن وجد نقص فالمشتري مخير بين الفسخ وبين أخذ الموجود لجميع الثمن وإذا كان الثمن مفصلاً ووجدت زيادة أو نقصان فإن المشتري مخير بين الفسخ وأخذ الموجود بثمنه (الفصل 625 م.أ.ع.).

وضبط المشرع بالفصل 628 م.أ.ع أجل رفع الدعوى في الفسخ أو في التنقيص من الثمن أو طلب اكماله وهو عام واحد بداية من تاريخ تصرف المشتري في المبيع إن وقع التنصيص عليه بالعقد أو بداية من تاريخ إبرام العقد والسكوت طوال تلك المدة يسقط الحق في الطلب (الفصل 629).

2- تسليم توابع المبيع

376 - لا يكفي أن يسلم البائع للمشتري المبيع بل عليه أيضاً أن يسلم له توابعه ونص على هذه القاعدة الأصولية الفصل 610 من مجلة الالتزامات والعقود وجاء فيه : "لزوم تسليم المبيع يتضمن تسليم توابعه والتعبية إما بحسب العرف أو بمقتضى اشتراط المتعاقدين وإذا لم يكن في ذلك شرط أو عرف فالعمل على مقتضى القواعد الآتي ذكرها...".

وفعلاً تضمنت مجلة الالتزامات والعقود عدة فصول مكاملة حدد فيها توابع المبيع في عدة بيوعات خاصة.

وبالرجوع الى هذه الفصول يتجلى أن المشرع اقر قاعدة عامة بالفصل 609 م.أ.ع. الذي اعتبر من توابع المبيع "ما أثمره ومازاد عليه طبيعة أو عملا من وقت تمام العقد الا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك".

ثم ضبط المشرع في الفصول الموالية توابع المبيع في كل عقد اعتمادا على طبيعة المبيع والملاحظ أن المشرع اهتم بالخصوص ببيع العقارات والمنقولات وخاصة التي تكتسي صبغة فلاحية والبيوعات التجارية.

من ذلك أن بيع الأرض يشمل ما إتصل بها من بناء وغرس وزرع وثمر غير مابورين. (الفصل 611 م.أ.ع.).

وإذا كان المبيع بناء فهو يشمل الأرض التي أقيم بها وتوابعه المتصلة به مثل الأبواب والشبابيك والخزائن المبنية وأنابيب المياه ولا يشمل البيع الأشياء غير الثابتة في البناء التي لا يضر قلعها (الفصل 612 م.أ.ع.). ومن توابع العقارات المبيعة رسومها بمعنى أمثلتها وحجج ملكيتها (الفصل 613).

ويشمل بيع الحيوان ولده الرضيع وصوفه ووبره أو شعره المهيء للجز (الفصل 617 م.أ.ع.). وإذا كان المبيع أشجارا فإن الأرض الثابتة فيها تعد من توابعها (الفصل 618 م.أ.ع.).

- وفي صورة بيع أصل تجاري فإن من توابعه الدفاتر التجارية والمعدات اللازمة لمباشرة النشاط التجاري وعلامات العمل والسلع (الفصل 620 م.أ.ع.).

وإذا كان المبيع بضاعة من توابعها الأشياء التي لفت فيها أو ربطت بها (الفصل 621 م.أ.ع.).

وأخير نص الفصل 622 على أن الدراهم والأشياء الثمينة الموجودة في منقول ليست داخله في البيع الا بشرط صريح. وإذا كان المبيع ارضا ووجد المشتري بها كنزا فإنه يقع تطبيق الفصل 25 من مجلة الحقوق العينية الذي نص على ما يلي "الكنز أو الشيء المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون ثلاثة أخماسه لمالك ما وجد فيه ذلك الكنز أو ذلك الشيء وخمسه مكتشفه والخمس الأخير للدولة". والملاحظ أن الفصل 281 من المجلة الجنائية أقر تسليط خطية على من يعثر على كنز ولو في ملكه ولا يخبر به الحكومة في ظرف خمسة عشر يوما من تاريخ الاكتشاف ويكون العقاب بالسجن مدة شهرين إذا استولى على الكنز سواء أعلم الحكومة أم لا إذا تم الإستيلاء بدون إذن.

377 - ولقد توسع فقه القضاء في مفهوم توابع المبيع فهو يشمل كل ما هو ضروري لحسن استعمال المبيع.

ومن بين التوابع الوثائق الإدارية المتعلقة بالمبيع كالوثائق المثبتة للملكية مثل وثيقة الشحن Le connaissance أو وصل ابداع بضاعة بمستودع ما. أو الوثائق القمرفية أو الصحية والوثائق الخاصة بكيفية تركيب أو استعمال المبيع وفي هذا النطاق أوجب الفصل 16 من القانون عدد 117 لسنة 1992 المؤرخ في 7 ديسمبر 1992 المتعلق بحماية المستهلك على المزود اعلام المستهلك بواسطة نشرات تتعلق بالخصائص والتركيب وطريقة الاستعمال والمخاطر المحتملة ومدة الاستعمال المتوقعة أو عند الإقتضاء التاريخ الأقصى للاستعمال.

وأقر المشرع عقابا ماليا (خطية تتراوح بين 1000 د و 20,000 في صورة الإخلال بهذا الواجب (الفصل 35 من القانون المذكور)

وأقر فقه القضاء أن من توابع بيع السيارة البطاقة الرمادية⁴⁰⁶.

378 - وإذا كان البائع باعشا عقاريا فإنه يجب عليه أن يبلغ للمشتري قبل تسليم العقار المبيع الوثائق المنصوص عليها بالفصل 14 من القانون عدد 17 المؤرخ في 17 فيفري 1990 والمتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري وهي : "نسخة من محضر انتهاء الاشغال ونسخة من رخصة الاشغال منجزة من طرف المصالح البلدية أو أي هيكل آخر مؤهل لتسليم هذه الوثائق ونسخة في مطابقة وحسن انجاز الاشغال محررة من طرف المهندس المعماري أو مكتب الدراسات أو مكتب المراقبة المكلف بمتابعة المشروع".

379 - وبالإضافة الى التوابع المادية أو الإدارية توجد توابع قانونية والمقصود بها الحقوق المرتبطة بالشيء المبيع ارتباطا وثيقا الى درجة أنها أصبحت تابعة لها وتنتقل معها مثل الحقوق العينية كحق الارتفاق وكذلك بعض العقود مثل الكراء وعقد الشغل والتأمين كما أنه من توابع المبيع الدعاوى القضائية المرتبطة بالشيء التي اعتبرها فقه القضاء الفرنسي من توابع للبيع وتنتقل معه للمشتري وصدر في هذا الاتجاه قرار تعقيبي فرنسي عن الجلسة العامة Assemblée plénière في 7 فيفري 1986 المشار إليه أعلاه. وبذلك فإنه بإمكان المشتري أن يمارس الدعاوى التي كان من حق البائع رفعها ضد الغير.

380 - وتوجد توابع أخرى وصفها الشراح بأنها "توابع فكرية

(406) القرار التعقيبي عدد 6302 المؤرخ في 19 ديسمبر 1950 مجلة القضاء والتشريع 1960 ع 9 و 10 ص. 31-653.

- والقرار التعقيبي الفرنسي المؤرخ في 22 جانفي 1991 Bull. civ. I. n. 23.

(Accessoires intellectuels) وتمثل في الإرشادات والمعلومات التي على البائع أن يزود بها المشتري وهي التزامات محمولة بالخصوص على كاهل البائع المحترف المختص⁴⁰⁷ فهو مطالب باعلام المشتري بكيفية استعمال المبيع والاحتياطات الواجب إتخاذها خاصة إذا كان إنتاجا جديدا أو خطرا أو معقدا مثل معدات الاعلامية فالمفروض إعطاء المشتري البيانات اللازمة حتى يتمكن من استعمال المشتري وتفاذي ماقد يلحقه من ضرر ويمكن القول إن هذا الواجب يندرج في مبدأ تنفيذ الالتزامات مع كامل الأمانة المنصوص عليه بالفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود.

381- وفي هذا الإطار يتنزل أيضا الالتزام بالسلامة المحمول على كاهل البائع وكان فقه القضاء الفرنسي يعتبره مرتبطا بضمان العيوب الخفية إلا أنه حصل تحول هام إذ إعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية أن عقد البيع يتضمن التزاما بالسلامة محمولا على كاهل البائع وهو مستقل عن ضمان العيوب وصدر في هذا المعنى قرار تعقيبي بتاريخ 16 مارس 1984⁴⁰⁸ وآخر مؤرخ في 17 جانفي⁴⁰⁹ 1995 تضمن أن البائع المحترف ملزم بتسليم المبيع خال من أي عيب أو خلل في الصنع

(407) FABRE-MAGNAN, Essai d'une théorie générale d'information dans les contrats, L.G.D.J. 1992.

J. GHESTIN et B. DESCHÉ, La vente, n. 867.

X. PERRON, L'obligation de conseil, Th. 1992, Rennes ..

PH. LE TOURNEAU, LOIC CADIET : Droit de la responsabilité, Dalloz Action 1996 n. 2838 - 2840.

R.T. 1985 . 179 obs. PH. Rémy et 403 obs. J. HUET, D. (408) 1985, 485, n. J. HUET.

D. 1995. 350, JOURDAIN (409)

من شأنه أن يحدث خطراً للأشخاص والأموال وأنه مسؤول إزاء الغير والمشتري وأقرت محكمة التعقيب الفرنسية في نفس هذا القرار المسؤولية التقصيرية للبائع تجاه الغير المتضرر من جراء الشيء المباع⁴¹⁰ .

الفقرة الثانية

كيفية التسليم

يقتضي النظر في كيفية التسليم بحث طرقه وزمانه ومكانه وجزاء الإخلال به .

1- طرق التسليم

382 - حدد المشرع طرق تسليم المبيع وهي تختلف باختلاف نوعيته . فبالنسبة للعقار يتم التسليم بالتخلي عنه وإذا كان المبيع ريعاً (الربيع ج ربيع وربوع أي الدار) يقع التسليم باخلائه وتسليم مفاتيحه للمشتري بشرط أن لا يواجه مانعاً يحول دون حوز ما اشتراه (الفصل 593 م.أ.ع.). ويتم تسليم المنقولات بالمناولة من يد إلى يد أو بتسليم مفتاح المحل أو الصندوق الموضوع فيه أو بأي وجه جرت به العادة والعرف في التسليم (نفس الفصل 593 م.أ.ع.). وإذا كان المشتري واضعاً يده على المشتري من قبل وبوجه آخر يتم التسليم بمجرد اتفاق

(410) أنظر حول هذا الموضوع :

J. CALAIS - AULOY, Ne mélangeons plus conformité et sécurité
D. 1993 chron. 130.

الطرفين ويعتبر التسليم منجزاً إذا كان المبيع موجوداً في مستودع وتسليم المشتري توصيل الإيداع أما الحقوق المجردة مثل حقوق المرور فإن التسليم يحصل بتسليم المشتري للحجج المتعلقة بتلك الحقوق .

2- زمان التسليم

383 - نص الفصل 597 من مجلة الالتزامات والعقود على أن "التسليم يكون إثر العقد مع مراعاة المهلة التي يتتضيها نوع المبيع أو العرف" . ونستخلص من هذا الفصل أن التسليم يتم مبدئياً وقت إبرام العقد إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة أو أمرة إذ يمكن للطرفين الاتفاق على خلاف ذلك أو إذا اقتضى العرف العكس . وهناك حالات لا يتم فيها التسليم مباشرة بعد إبرام العقد إذا كان التزام البائع بالتسليم موقوفاً على أجل تعليلي كما يمكن أيضاً أن يتم التسليم على مراحل وقد يتفق الطرفان على أن التسليم يتم حالماً يكون ذلك ممكناً .

ولكن يجوز للبائع الامتناع من التسليم إذا تأخر المشتري عن دفع الثمن ولم يكن في العقد أجل للدفع على معنى الفصل 598 من مجلة الالتزامات والعقود الذي أقر أيضاً أن إعطاء الكفيل أو توثقة أخرى لا يقوم مقام دفع الثمن وخول الفصل 599 من نفس المجلة للبائع حبس جميع المبيع وعدم تسليمه إذا باع أشياء متعددة صفقة واحدة إلى أن يقبض كامل الثمن ولو عين لكل شيء من تلك الأشياء ثمن على حدة .

كما أن الفصل 600 من مجلة الالتزامات والعقود حجر على البائع الامتناع من التسليم في ثلاثة صور أولها إذا أحال الغير بقبض الثمن أو

ما بقي منه، ثانيها إذا أحاله المشتري على غيره بالثمن كله أو ما بقي منه وقبل الحوالة، ثالثها إذا أعطى للمشتري بعد البيع أجلا لأداء الثمن.

وأجاز الفصل 601 من مجلة الالتزامات والعقود للبائع حبس المبيع ولو مع تأجيله للمشتري في الثمن في ثلاث صور أولها إذا صار المشتري ذا عسرة بعد البيع، ثانيها إذا كان المشتري مفلسا في تاريخ البيع وكان البائع يجهل ذلك، وثالثها إذا ارتكب المشتري ما يقتضي تضعيف التوثقة التي أعطاها في دفع الثمن وصار البائع غير آمن من ضياع حقه.

3- تحمل التبعات ومصاريف التسليم

384 - عندما يمارس البائع حق الحبس فإن المبيع يبقى في ضمانه وهو يصبح بمثابة المرتهن الحائز للرهن حسب صريح الفصل 602 من مجلة الالتزامات والعقود.

أما مصاريف تسليم المبيع كأجرة كيله أو وزنه أو عدده أو قيسه فهي على كاهل البائع طبق الفصل 603 من مجلة الالتزامات والعقود وإذا كان المبيع حقا مجردا فإن البائع يتحمل مصاريف الرسوم اللازمة لإثبات ذلك الحق إلا أنه يجوز للطرفين الاتفاق على خلاف ذلك. غير أن المشتري يتحمل مصاريف نقل المبيع من محل تسليمه ومصاريف قبوله وأداء ثمنه وأجرة تحرير الكتب ومعاليم تسجيله وكذلك تكاليف لف البضاعة ووسقها ونقلها على معنى الفصل 605 من مجلة الالتزامات والعقود لكن هذه القاعدة ليست آمرة إذ

يجوز الاتفاق على خلافها أو يمكن عدم العمل بها إذا كان العرف يخالفها.

4- مكان التسليم

385 - ينص الفصل 595 من مجلة الالتزامات والعقود أن تسليم المبيع يكون في محل وجوده وقت البيع مالم يشترط ما يخالف ذلك وإذا نص عقد البيع على وجود المبيع بمحل غير الذي هو فيه حقيقة فعلى البائع نقله الى المحل المنصوص عليها إذا طلب المشتري ذلك. وإذا كان المبيع شيئا مستقبلا فإن التسليم يكون في المكان الذي يتم فيه الانتهاء من صنع المبيع.

الفقرة الثالثة

جزاء الإخلال بواجب التسليم

قد لا يفي البائع بالتزامه بتسليم المبيع للمشتري وقد يكون عدم الوفاء ناتجا إما عن أمر خارج عن ارادته أو ناتجا عن تقصير منه.

الحالة الأولى : الإمتناع من التسليم بسبب قوة القاهرة

386 - إذا تعذر على البائع تسليم المبيع نتيجة لقوة القاهرة فإن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تحمل على المشتري الذي أصبح مالكا للمبيع منذ إبرام العقد ونستشف هذه القاعدة من أحكام الفصل 585 من مجلة الالتزامات والعقود وقد نص على أنه "على المشتري مصاريف

حفظ المبيع واستخلاص غلته من ذلك الوقت (أي وقت تمام البيع) وبصير المبيع حينئذ في ضمان المشتري ولو قبل تسلمه إياه مالم يكن في ذلك ما ينافي بالعقد.

الحالة الثانية : الإمتناع من التسليم بتقصير من البائع

387 - لم يتعرض المشرع التونسي صراحة لجزاء عدم التسليم الناتج عن تقصير من البائع وفي هذه الحالة فإنه يقع الرجوع الى القواعد العامة المنظمة لجزاء عدم الوفاء بالالتزامات وبالتالي فإنه يمكن للمشتري أن يطلب إلزام البائع بالتسليم أو فسخ العقد على معنى الفصل 273 من مجلة الالتزامات والعقود إلا أنه يبدو أن فقه القضاء التونسي يعتبر أن عدم تسليم المبيع في الأجل المتفق عليه لا يكفي وحده لفسخ البيع بل يجب على حكام الأصل أن يثبتوا هل أن تأخير التسليم يضر بالمشتري أم لا (القرار التعقيبي المؤرخ في 29 / 6 / 1926)⁴¹¹.

388 - كما أن المشتري ليس ملزما بالمطالبة بغصب البائع على التسليم إذ يمكنه أن يطلب مباشرة الفسخ وقد أقرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب هذا المبدأ في قرارها عدد 35530 المؤرخ في 29 / 2 / 1996 وجاء فيه "إن الرأي القائل بأن طلب الفسخ موقوف على تعذر الوفاء لا سند له من القانون وتفسير غير سليم لأحكام الفصل 273 م.إ.ع الذي جاء صريحاً في كون طلب الغصب هو حق للدائن موقوف على شرط الإمكانية (المادية والقانونية) فللدائن الحق ولم يجعل ممارسة حق الغصب شرطاً لطلب الفسخ"⁴¹².

(411) مجلة القضاء والتشريع 1960 ع. 4 . ص. 150.

(412) أنظر : قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1995 - 1996 نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية. تونس 1996 ص. 34.

389 - كما أنه يمكن في صورة امتناع البائع من التسليم أن يمتنع المشتري من دفع الثمن وقد أعطى له المشرع هذه الإمكانية بالفصل 598 م.إ.ع. وهو يعد تكريساً لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ المنصوص عليها بالفصل 247 من مجلة الالتزامات والعقود وإذا امتنع البائع من التسليم وتلف المبيع أو تعيب قبل تسليمه بفعل البائع أو بتفريطه فإنه يكون ملزماً بأن يؤدي للمشتري قيمة المبيع وإذا كان المبيع مثلياً لزم البائع تسليم مثله قدراً وصفة مع بقاء حق المشتري في طلب ما يتحقق من خسارة طبق الفصل 607 م.إ.ع. ومقابل ذلك فإنه إذا تلف المبيع أو تعيب قبل تسليمه بفعل المشتري أو بتفريطه فعلى هذا الأخير أي المشتري تسلمه على الحالة التي صار عليها ودفع جميع ثمنه على معنى الفصل 608 من مجلة الالتزامات والعقود.

أما إذا كان البائع باعاً عقارياً وتأخر عن تسليم المبيع في الأجل المتفق عليه في العقد فإن "للمشتري الحق في غرامة تأخير يومية تعادل 1 / 2000 من قيمة التسبقات المدفوعة كما هو منصوص عليها بوعد البيع ولا يمكن أن تتجاوز تلك الغرامات نسبة 15 بالمائة من المبالغ المسبقة حسب وعد البيع" (الفصل 15 من الأمر عدد 1330 لسنة 1991 المؤرخ في 26 أوت 1991 والمتعلق بالمصادقة على كراس الشروط العامة للبعث العقاري).

الفرع الثاني

ضمان العيوب الخفية وفوات الوصف

390 - إن العيوب التي يضمنها البائع للمشتري تتعلق عادة

بالمقولات أكثر من العقارات كما أنه توجد نصوص خاصة تتعلق بالمسؤولية والمراقبة الفنية في ميدان البناء ومن أهمها القانون عدد 9 لسنة 1994 المؤرخ في 31 / 1 / 1994.

وظهرت في المدة الأخيرة عدة حالات لها ارتباط بضمان العيوب نذكر من بينها قضية الدم الحامل لفريس السيدا وقد آثار هذا الموضوع جدالا كثيرا بين الفقهاء⁴¹³ فضلا على جوانبه الجزائية⁴¹⁴.

إن اقرار ضمان العيوب الخفية يرمي الى حماية المشتري ويرجع أصل هذا الضمان الى القانون الروماني خاصة في بيع العبيد والحيوانات وأقرت الشريعة الإسلامية ضمان العيب الخفي ويسمى خيار العيب وفي مذهب مالك يسمى خيار النقيصة أو العهد وإن المعنى الفقهي لضمان البائع لدى فقهاء الشريعة الإسلامية هو ما تخلو عنه النظرة السليمة وينقص القيمة* وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا فهو عيب⁴¹⁵. وأصبح هذا الضمان من العناصر الأساسية في التجارة ويرى الفقه الحديث أن نظرية ضمان

Le droit de la transfusion sanguine, GP. 1995-I Doctrine 25 - (413) (articles collectifs)

- Y. LAMBERT - FAIVRE, L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du SIDA, hier, aujourd'hui et demain, R.T. 1993. 1.

- H. MARGEAT, Sang et Droit, l'indemnisation des victimes, GP 1993. 2. Doctr. 977.

- GILLES MATHIEU, Sida et Droit Penal, Rev. sc. crim. (414) 1996 p. 81 et suiv.

(415) أنظر :

- أسعد دياب : ضمان عيوب المبيع الخفية - دار إقرأ ص. 28-29.

- مصطفى الزرقاء : عقد البيع والمقايضة ص. 241.

- كمال بن همام : فتح القدير ج. 5 - ص. 274.

العيوب مبنية على حماية المستهلك وقد وقع التوسيع في الضمان ليشمل مختلف الأضرار الناتجة عن استعمال الشيء.

كما أن الحرص على حماية المستهلكين يتجلى في تحجير البنود التي تحد من الالتزامات القانونية بالضمان أو تنقيصها.

ثم إن المسؤولية عن فعل العيوب الخفية لا تشمل المتعاقدين فحسب بل تمتد أيضا الى كل من يستعمل الشيء المعيب. أما إذا نظرنا الى هذه المسألة من زاوية علم الاجتماع نلاحظ أن تطور ضمان العيوب يندرج في الصراع بين المستهلكين والمحترفين الصناعيين.

الفقرة الأولى

مفهوم العيوب الموجبة للضمان⁴¹⁶

391 - نص الفصل 647 من مجلة الالتزامات والعقود* أن البائع يضمن للمشتري سلامة المبيع من العيوب التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا أو تصيره غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب نوعه أو بمقتضى العتد والعيوب التي لا تنقص قيمته أو الانتفاع به إلا ما لا يال

(416) أنظر : JEROME HUET, Responsabilité du vendeur et : garantie contre les vices cachés LITEC 1987.

- S. BOURAOUI, Contribution à l'Etude des défauts rédhitoires en matière de vente dans le C.O.C., R.T.D. 1980 p. 145.

- G. J. NANA, La réparation des dommages causés par les vices d'une chose, j. cl. contrats distrib. Fasc. 300-310.

- C. BOULLEZ, La garantie des vices : la part maudite de la jurisprudence, GP. 1994, 2 doct. 1241.

- Y. CHAPUT, garantie des vices de la chose, J. CI. contrats distrib., fasc 320.

له لا ضمان فيها على البائع وكذلك العيوب المغتفرة بحسب العرف والعادة. وعلى البائع أيضا ضمان الصفات التي صرح بها عند البيع أو التي اشترطها المشتري*.

وإستنادا الى أحكام هذا الفصل ضبطت محكمة التعقيب في قرارها عدد 49879 المؤرخ في 5 ديسمبر 1995 (غير منشور) شروط قيام ضمان العيوب وهي : "أن يكون العيب مؤثرا يؤدي الى نقص محسوس في المبيع - وأن يكون العيب موجودا في المبيع وقت البيع - وأن يكون العيب خفيا - وأن لا يكون المشتري عالما بالعيب - " .

ونستنتج من حيثيات هذا القرار الهام أن العيوب الموجبة للضمان تقتضي توفر ثلاثة شروط أساسية :

- الشرط الأول : ضرورة تأثير العيب على قيمة الشيء واستعماله

392 - يؤخذ من أحكام الفصل 647 م . 1 . ع أن العيب لا يرتب ضمان البائع الا إذا ثبت أنه ينقص من قيمة المبيع نقصا محسوسا أو بصيره غير صالح فيما أعد له حسب نوعه أو بمقتضى العقد . والسؤال المطروح هو معرفة المقصود بالتنقيص من قيمة المبيع فهل يعتمد مقياس ذاتي أم معيار موضوعي ؟ أي هل تعتبر القيمة المجردة للمبيع أم قيمته في نظر المشتري ؟ إن هذه المسألة تخضع أساسا لاجتهاد محكمة الموضوع .

أما فيما يتعلق بتأثير العيب على استعمال المبيع نلاحظ أن المشرع أوجب صراحة أن يجعل العيب الشيء غير صالح لاستعماله سواء بحكم نوعه أو بمقتضى العقد إذا نص على أن المبيع معد لاستعمال معين .

ويرى الشراح أنه يجب أن يحدث العيب اضطرابا خطيرا في استعمال الشيء : أي يتعين الأخذ بعين الاعتبار لما قد ينتج عن استعمال الشيء من إضرار بسبب العيب الذي يشوبه فلا ضمان إذا لم يؤثر العيب على الاستعمال ولو كان في حد ذاته هاما . وإن العبرة في الاستعمال العادي للشيء إلا إذا نص العقد على استعمال خاص في هذه الصورة يتعلق الأمر بفوات الوصف ولا بضمان العيوب .

الشرط الثاني : ارتباط العيب بالبيع

393 - يجب أن يكون العيب مرتبطا بالبيع أي موجودا بالمبيع قبل إبرام العقد أو على الأقل عند انتقال الملكية والتسليم طبق الفصل 650 من مجلة الالتزامات والعقود وجاء فيه : "إذا كان المبيع قيميا فإن البائع لا يضمن إلا العيوب الموجودة به وقت البيع وإن كان مثليا قد بيع بالوصف أو بالكيل أو بالوزن فإن البائع لا يضمن إلا العيوب الموجودة فيه وقت التسليم" .

وعندما ينشب نزاع بين الطرفين ويختلفان حول وقت حدوث العيب فالقول قول البائع يمينه حسب الفصل 651 من مجلة الالتزامات والعقود .

الشرط الثالث : يجب أن يكون العيب خفيا

394 - لنن لم ينص للفصل 647 من مجلة الالتزامات والعقود على

هذا الشرط خلافا لما أقره المشرع الفرنسي فإن العيب لا يكون موجبا للضمان إلا إذا كان خفيا ونستشف هذا الشرط من أحكام الفصل 668 من مجلة الالتزامات والعقود وورد فيه "لا يضمن البائع العيوب الظاهرة ولا التي علمها المشتري أو كان يمكنه أن يعلمها بسهولة" على أنه إذا كان البائع باعنا عقاريا فإنه يضمن أيضا العيوب الظاهرة طبق ما جاء بالفصل 16 من القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 1990/2/26 والمتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبائع العقاري شريطة أن يعلم المشتري معاقده بالعيوب المذكورة في أجل ثلاثة أشهر بداية من تاريخ التسليم.

لكن اشتراط هذه الخاصية في العيب لا يعني أن البائع لا يضمن إلا العيوب الخفية ضرورة أن الفصل 669 مدني أوجب على البائع ضمان العيوب حتى التي لا تخفى على المشتري إذا صرح بسلامة المبيع منها.

ولم يعرف المشرع المقصود بالعيب الخفي مما جعل فقه القضاء يجتهد في توضيح هذا المفهوم وقد عرفت محكمة التعقيب في قرارها عدد 43854 المؤرخ في 4 أوت 1994 العيوب الخفية بأنها "التي تخفى على الإنسان العادي ولا يمكن معرفتها وإدراكها إلا بواسطة أهل الخبرة" (قرار غير منشور) والجدير بالملاحظة أن محكمة التعقيب في هذا القرار اعتبرت الأضرار التي لحقت بالمبيع والناجمة عن "عدم مطابقة البناء للقواعد الفنية في الأسس وفي توزيع مادة الأسمنت والحديد" عيوباً خفية ويحق أن نتساءل عما إذا كانت مخالفة قواعد البناء تمثل عيوباً خفية فضلاً على أن الأضرار موضوع الدعوى كانت ظاهرة في تاريخ تسليم المبيع ولعل هذا ما جعل الدائرة التاسعة لمحكمة التعقيب تقر عكس ما تضمنه قرار 4 أوت 1994 في قضية مماثلة تماماً

معتبرة أن الأضرار المراد جبرها ليست ناتجة عن عيوب خفية بل أنها "نقائص في المبيع لا علاقة لها بسلامة المبيع مثل نوع الخشب المستعمل وعدم وجود عتبات النوافذ وعدم صقل الجليز..." وقضت الدائرة في قرارها عدد 49879 المؤرخ في 5 ديسمبر 1995 والمشار إليه أعلاه بتنقض القرار الاستئنافي الذي كان صدر بالتعويض لفائدة المشتري بدون إحالة والقضاء من جديد بعدم سماع الدعوى وعزلت محكمة التعقيب قرارها زيادة على كون الأمر يتعلق بنقائص ولا عيوب بأنه "لا شيء بالملف يفيد وجود وصف معين متفق عليه بين الطرفين بشأن نوعية الخشب أو غيره من الأشغال التحسينية".

ونستخلص من هذا القرار أن محكمة التعقيب ميّزت بين العيوب الخفية والنقائص في المبيع وأن تلك النقائص لا توجب الضمان إلا إذا اتفق المعاقدان على صفات معينة في المبيع واتضح فيما بعد أنها غير موجودة فتنفي هذه الحالة يترتب الضمان لفوات الوصف الملحق بالعيب الخفي طبق الفصل 647 من مجلة الالتزامات والعقود.

إنّ هذا التعليل يكون مستساغاً لو لم يكن العقد الرابط بين الطرفين خاضعاً لنظام قانوني معين هو البعث العقاري. وفعلاً إن البائعة في القضيتين هي باعثة عقارية خاضعة للقانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 وقد أوجب الفصل 14 من هذا القانون على البائع العقاري قبل تسليم العقار للمشتري أن يبلغ له نسخة من شهادة في مطابقة وحسن إنجاز الأشغال كما أن الأمر عدد 1330 لسنة 1991 المؤرخ في 26 أوت 1991 المتعلق بالمصادقة على كراس الشروط العامة للبعث العقاري أوجب في فصله الثامن أن يتضمن وعد البيع ضمان حسن التنفيذ وضمنات البناء ومراقبة الأشغال...

395 - ويؤخذ من مختلف هذه النصوص أنه إذا كان البائع باعثا عقاريا فإنه يضمن النقائص الموجودة بالمبيع ولو لم يتضمن العقد أوصافا معينة مادام المشرع أقر ضرورة حسن إنجاز الأشغال أي هناك وصف قانوني يغني عن الوصف التعاقدية فما انتهت إليه محكمة التعقيب في قرار 5 ديسمبر 1995 من عدم سماع دعوى المشتري رغم وجود نقائص واضحة وثابتة في المبيع يتجافى مع القانون والإنصاف.

ولعل هذا ما جعل الدائرة الثالثة لمحكمة التعقيب في قرارها عدد 47576 المؤرخ في 25 مارس 1995 (غير منشور) ترفض الطعن المرفوع ضد قرار إستئنافي قضى بالزام البائعة وهي باعثة عقارية بأن تؤدي للمشتري مبالغ مالية بعنوان قيمة الأضرار الموجودة بالمبيع والناجمة عن عيوب ظاهرة وإخلالات في البناء منها شروخ بالجدران وارتكزت محكمة التعقيب في قرارها على أحكام الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود مؤكدة أنه "ولئن لم ينص العقد المبرم بين الطرفين صراحة على تمكين المشتري من حق الرجوع بضمان العيب على معاقده إلا أنه لم يتضمن أيضا إسقاطه ذلك الحق أو تبرئة ذمة الطاعة منه إذ أنه لم يكن بإمكان المشتري العلم به وأن تلك الأضرار لا علاقة لها بأشغال الصيانة مثلما أثبت ذلك الاختبار والتي مردها عدم إحترام القواعد الفنية عند بناء المحل موضوع العقد وبالتالي فإن قيام المعقب ضده (المشتري) لا يتنافى مع التزاماته التعاقدية ويدخل في إطار ما يفرضه القانون من ضمان عيوب المبيع".

والرأي عندنا أن هذا التعليل على غاية من الوجاهة ويتمشى مع روح الفصل 647 من مجلة الالتزامات والعقود وقانون البعث العقاري ونرجو أن تحسم الدوائر المجتمعة هذه المسألة في اتجاه حماية المتعاقدين

مع الباعثين العقاريين لوضع حد لهذا التباين في قرارات بعض الدوائر والحال أن الوقائع متشابهة تماما بل تكاد تكون واحدة سعيًا لتوحيد الآراء وتحقيقًا لحسن سير القضاء والإنصاف والمساواة إذ لا يعقل صدور قرارات متناقضة في نفس الموضوع والدعوى مع إيماننا بأن الاختلاف في الرأي أمر طبيعي وأن باب الاجتهاد والحرية في تأويل النصوص القانونية والتكييف القانوني للوقائع مفتوح لكن لا بد من توحيد الاتجاهات في بعض المسائل القانونية الهامة خاصة وأن التزاعات المرتبطة بالبعث العقاري كثيرة وتهم عددا هاما من المواطنين.

396 - وبالإضافة الى عقد البعث العقاري فقد تدخل المشرع لضبط العيوب والإخلالات الموجبة للضمان في ميدان البناء وصدر القانون عدد 9 لسنة 1994 المؤرخ في 31 جانفي 1994 وقد حدد هذا القانون شروط المسؤولية والمراقبة في ميدان البناء وهي تنطبق على المهندس المعماري والمهندس والمقاول ومكتب الدراسات ومكتب المراقبة الفنية وتسحب هذه المسؤولية أيضا على "الباعثين العقاريين وعلى كل شخص يبيع على سبيل العادة أو الإحتراف مبنى بعد الإبتهاء من إنجازها" وضبط الفصل الأول من هذا القانون أركان قيام المسؤولية وتتمثل في "انهيار المنشأة كلها أو بعضها أو تداعيا للسقوط على وجه واضح أو ظهور مس واضح بمتانتها على مستوى الأسس أو الهياكل أو السقوف سواء كان ذلك ناتجا عن غلط في الحساب أو في التصميم أو عن عيب في المواد أو في كيفية البناء أو في الأرض".

وبقطع النظر عن هذه المسؤولية الخاصة وما تقتضيه من شروط معينة فإنه في عقد البيع العادي يجب أن يكون العيب خفيا كما أسلفنا وللوقوف على مدى توفر هذه الخاصية في العيب فإنه يقع اعتماد

صفات ومؤهلات المشتري وطبيعة المبيع ومدى اطلاع المشتري على العيب في تاريخ العقد لمعرفة ما إذا كان العيب خفيا أم لا ويرى شراح القانون أنه يتم تقدير ذلك تقديرا مجردا.

والرأي السائد لدى الفقهاء أنه إذا كان المشتري محترفا فالمفروض أنه على علم بالعيب لكن هذه القاعدة ليست مطلقة ويبدى فقه القضاء بعض التفهم ازاء المشتري غير المحترف عند النظر في هذه المسألة. ومبدئيا إذا علم المشتري بالعيب فإنه يصبح على سوء نية ولا يمكنه التمسك بأن العيب خفي.

الفقرة الثانية

فوات الوصف

يقتضي النظر في فوات الوصف تحديد مفهومه ومقارنته بالعيوب الخفية.

(1) مفهوم فوات الوصف

397 - أوجب المشرع بالفصل 647 من مجلة الالتزامات والعقود على البائع "ضمان الصفات التي صرح بها عند البيع أو التي اشترطها المشتري" فالضمان المحمول على البائع ليس منحصرًا في العيوب الخفية للمبيع بل يشمل أيضا وجود الصفات التي اتفق الطرفان على توفرها في المبيع.

وفعلا عادة ما يقع تشخيص المبيع في العقد تشخيصا دقيقا بذكر كل

البيانات المتعلقة به والتنصيص على صفاته المميزة له ويتأتى ذلك إما على لسان البائع الذي يذكر عند التعاقد صفات المبيع فيقبل المشتري اقتناءه بناء على تلك الصفات وإما يشترط المشتري على البائع توفر صفات معينة في المبيع .

ومهما كان شكل تبيان صفات المبيع فالهم هو التنصيص عليها في العقد.

وإذا تبين عند التسليم أن إحدى الصفات المتفق عليها منعدمة في المبيع فإنه يترتب ضمان البائع نتيجة لفوات الوصف (La non-conformité).

ويتخذ فوات الوصف عدة أشكال⁴¹⁷ إذ يتعلق الوصف بذات الشيء كأن يسلم البائع للمشتري شيئا آخر غير المتفق عليه مثل منضدة عوض كرسي أو بنوعيته كتسليم بذور شعير للعلف عوض بذور شعير للاستهلاك البشري. وقد يهم الوصف بميزات وخصائص الشيء.

ويرى الشراح⁴¹⁸ أن فوات الوصف قد يتعلق أيضا بكمية المبيع كأن يتضح عند التسليم أنها أقل بكثير مما وقع التعاقد عليه. لكن في هذه الصورة يطرح اشكال دقيق يتمثل في معرفة ما إذا كان الضمان يندرج

ALTER, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles (417 corporels, L.G.D.J. 1979.

PH. LE TOURNEAU, Conformité et garanties dans le Droit Français de la vente, in, les ventes internationales de marchandises p. 285.

- GHESTIN, Conformités et garanties de la vente, L.G.D.J. 1983

- GHESTIN et DESHE, La vente, L.G.D.J. 1990, n. 707 et suiv.

(418) نفس المرجع السابق - نبذة رقم 708.

في نطاق الفصل 647 م.أ.ع. أم في نطاق واجب التسليم الذي نظمته المشرع بالفصول من 592 إلى 629 من مجلة الالتزامات والعقود وهو يختلف عن واجب الضمان ضرورة أن المشرع أفرد النقص في الكيل أو العد أو الوزن بقواعد خاصة تختلف عن قواعد ضمان العيوب أو فوات الوصف. الأمر الذي يتحتم معه القول بأن النقص في الكمية لا يشكل فوات وصف إذ لو كان الأمر كذلك لما أقر له المشرع قواعد خاصة في باب التسليم.

ومن بين القضايا المعروفة التي نظرت فيها المحاكم الفرنسية قضية شراء بقرات ووقع التنصيص بالعقد على أنها حبلى فاتضح عند التسليم أنها ليست كذلك فاعتبرت محكمة التعقيب بفرنسا أن الأمر يتعلق باخلال بواجب التسليم المطابق⁴¹⁹ ولو عرضت هذه القضية على المحاكم التونسية لاعتبرتها حالة فوات الوصف على معنى الفصل 647 م.أ.ع. وهي لا تمثل عيبا خفيا.

(2) مقارنة بين فوات الوصف والعيب الخفي

398 - تحدث المشرع التونسي تحت عنوان ضمان العيوب عن فوات الوصف la non conformité والمقصود به انعدام الصفات المنصوص عليها في العقد وقد أثار التفريق بين العيوب الخفية وفوات الوصف جدالا فقهيًا كبيرًا⁴²⁰. يمكن القول إن فوات الوصف مرتبط بالالتزام

(419) Civ. 1er, 21 Février 1979, Bull. Civ. I. N. 73.
A. BENABENT, Conformité et vices cachés dans la vente : (420) l'éclaircie D. 1994, chron. 115.
Christian ATIAS, La distinction du vice caché et de la non-conformité - D. 1993 chron. p. 265.

بالتسليم في حين أن العيوب الخفية مرتبطة بواجب الضمان وفعلا نلاحظ أن الفصل 606 م.أ.ع. أوجب على البائع أن يسلم المبيع على حالته التي عليها حين العقد ولا يجوز له تغييره بأي وجه من ذلك الوقت.

ويؤخذ من صيغة هذا الفصل أن المشرع التونسي كأنه يربط ضمنا بين واجب التسليم وضرورة ضمان الوصف إذ أنه يلزم البائع بتسليم المبيع على حالته المتفق عليها عند التعاقد.

يتأتى ضمان فوات الوصف عند وجود فرق بين الشيء المتفق عليه في العقد والشيء الواقع تسليمه أي أنهما مختلفان عن بعضهما ويتحقق ذلك عندما يتضح عند التسليم أن الصفات والخصائص المتفق عليها في العقد ليست متوفرة في المبيع كلها أو بعضها.

وإذا اعتمدنا مقياسا زمنيا يتبين أن العيب الخفي يظهر بعد التسليم في حين أن فوات الوصف يبرز عند التسليم مما جعل الفقهاء يعتبرون أن تسلم وقبول المبيع يؤدي إلى انقضاء واجب التسليم لكن عندئذ ينشأ التزام ضمان العيوب الخفية لأن فوات الوصف ليس خفيا بل ظاهرا وهذا وجه آخر من مظاهر الاختلاف بينهما.

وأخيرا يرى بعض الشراح أن فوات الوصف هو خطأ في تنفيذ العقد في حين أن ضمان العيوب الخفية لا يقتضي وجود خطأ⁴²¹.

ولقد شغلت مسألة التمييز بين العيوب الخفية وفوات الوصف بالفقهاء في فرنسا ومر فقه القضاء الفرنسي بثلاث J. CALAIS - AULOY, Ne mélangeons plus conformité et (421) sécurité, D. 1993, chron. 130.

1- الإجراءات المحمّلة على كاهل المشتري

399 - أوجب الفصل 652 من مجلة الالتزامات والعقود على المشتري إذا أراد التمسك بالضمان المحمول على كاهل البائع لفائدته أن يقلّب المبيع إذا كان من المنقولات ما عدى الدواب عند وصوله فإذا وجد به عيبا يجب عليه أن يعلم بذلك البائع حالا وإن لم يفعل في ظرف السبعة أيام الموالية ليوم وصول المبيع له اعتبر سكوته قبولا.

إلا أن هذه القاعدة لا تنطبق إذا كانت العيوب من شأنها أن تخفى عند التقليب أو إذا حصل للمشتري مانع عاقه عن التقليب وفي هاتين الحالتين يجب على المشتري إعلام البائع بمجرد إطلاعه على العيب وإلا اعتبر راضيا إذا كان البائع غير مدلس وإلا فلا يعد سكوت المشتري رضاء

وإذا تبين أن في المبيع عيبا فعلى المشتري تحقيق ذلك بواسطة اختبار يجرى بأذن من المحكمة بحضور البائع أو نائبه على معنى الفصل 653 من مجلة الالتزامات والعقود الذي أوجب إجراء ذلك حالا وقد أوجب نفس الفصل على المشتري إذا كان المبيع مجلوبا من محل آخر ولم يكن للبائع نائب في محل وروده أن يتخذ الاحتياطات اللازمة لحفظه وقتيا وإذا كان المبيع مما يتغير بسرعة فله الحق أن يبيعه بواسطة الحاكم في محل الورود بعد تحقيق حاله وفي كل الصور يجب إعلام البائع فورا وإلا يلزم المشتري بجبر الخسارة.

2- دعوى الضمان :

400 - إذا توفرت شروط ضمان البائع فإنه يمكن للمشتري القيام

مراحل، أولها اقرار التفريق بينهما حتى السبعينيات ثم ظهر اتجاه تمثل في محاولة الغاء التمييز بينهما من حيث المقياس الزمني واعتبار الإلتزامين التزاما واحدا يسمى الإلتزام بالتسليم المطابق (obligation de délivrance conforme) فأصبح التزام البائع يشمل في نفس الوقت ضمان الوصف والعيوب الخفية فصار للإلتزام بالتسليم مفهوم وظيفي أي قابلية الشيء لاستعماله فيما أعد له. ثم ظهر اتجاه آخر تمثل في العودة الى الرأي الأول الذي يعتمد التفريق بين ضمان العيوب الخفية وضمن فوات الوصف واعتبار الأول مندرجا في نطاق المسؤولية التعاقدية في حين أن الثاني يخضع لاجراءات خاصة وصدر في هذا المعنى قرار تعقيبي فرنسي في 5 / 5 / 1993 وهو بمثابة تحول في فقه القضاء بالنسبة للدائرة المدنية الأولى لدى محكمة التعقيب الفرنسية⁴²².

إلا أن هذه المسألة ليست مطروحة في القانون التونسي إذ أنه ولئن كانت العيوب الخفية تختلف عن فوات الوصف فانهما يخضعان لنظام واحد من حيث الضمان ضرورة أن المشرع التونسي يُلحق فوات الوصف بالعيوب الخفية ويخضع القيام في شأنهما بدعوى الضمان لنفس الأجل طبق الفصل 672 من مجلة الالتزامات والعقود.

الفقرة الثالثة

آثار ضمان العيوب الخفية وفوات الوصف

لا يحدث الضمان آثاره القانونية إلا إذا قام المشتري باجراءات أولية حتى يتسنى له فيما بعد القيام بدعوى الضمان.

Dalloz 1993, p. 506 note Alain BENABENT.

إنما بدعوى الرد (أو الفسخ) Action rédhibitoire أو دعوى الخط من الثمن Action estimatoire ou action quanti minoris أو دعوى تعويض الخسارة.

أ- دعوى الفسخ

401 - خول الفصل 655 من مجلة الالتزامات والعقود للمشتري في صورة ثبوت العيب أو فوات الوصف طلب فسخ البيع وردّ الثمن وفي هذه الحالة يسترجع الثمن ويرد للبائع المبيع على الحالة التي كان عليها عند التسليم وكذلك غلة المبيع من وقت الفسخ كما أن البائع يؤدي للمشتري ما أنفقه هذا الأخير على غلة المبيع والثمن الذي قبضه مع مصاريف العقد ويتحمل البائع الخسائر التي لحقت المشتري إذا كان مدلسا. غير أنه إذا كان البائع باعنا عقاريا فإنه لا يمكن الفسخ إذا التزم بإصلاح العيوب في أجل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الإعلام من طرف المشتري بوجود العيوب الظاهرة للبناء طبق الفصل 16 من قانون 26 فيفري 1990.

ب- دعوى الخط من الثمن

402 - حجب الفصل 663 من مجلة الالتزامات والعقود على المشتري طلب فسخ البيع وخول له طلب تنقيص الثمن فقط وذلك في حالتين :

- أولهما : إذا تعيب المبيع بتفريط من المشتري أو ممن هو مسؤول عنه.

- ثانيهما : إذا استعمل المبيع استعمالا يحط من قيمته بقدر له بال إذا كان الاستعمال قبل الإطلاع على العيب.

أما إذا تم الاستعمال بعد الإطلاع على العيب فإنه لا يمكن للمشتري القيام بالعيب على معنى الفصل 671 من مجلة الالتزامات والعقود.

وفي صورة الخط من الثمن يقع تقدير قيمة المبيع سالما وقت البيع وقيّمته وهو معيب كما يقتضيه الفصل 659 من مجلة الالتزامات والعقود.

ومن ناحية أخرى فإن الخط من الثمن لا يحول دون القيام بدعوى الفسخ إذا ظهر عيب جديد كما يجوز أيضا في هذه الحالة طلب التنقيص من الثمن.

ولقد أقر المشرع أحكاما خاصة إذا كان البائع باعنا عقاريا إذ أن الفصل 16 من القانون عدد 17 المؤرخ في 26 / 2 / 1990 نص على أنه لا يمكن التخفيض من الثمن في صورة التزام البائع العقاري بإصلاح العيوب في أجل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الإعلام المقدم من طرف المشتري.

ج) دعوى تعويض الخسارة

403 - يمكن للمشتري القيام بدعوى في جبر الخسارة التي لحقت في ثلاث حالات على معنى الفصل 655 من مجلة الالتزامات والعقود :

- الحالة الأولى :

إذا كان البائع عالماً بعيوب المبيع أو بعدم وجود الوصف المتفق عليه ولم يشترط البراءة منه وقد وضع المشرع قرينة على العلم بالعيوب إذا كان البائع تاجراً أو صانعاً وباع شيئاً من متعلقات تجارته أو صناعته .

- الحالة الثانية :

إذا صرح بعدم وجود العيب إلا إذا ظهر العيب بعد البيع أو إذا ثبت أن البائع كان يعتقد أن المبيع سالم من العيب .

- الحالة الثالثة :

إذا كان المبيع خالياً من الوصف الذي اشترطه صراحة أو يوجب عرف التجارة وجوده فيه وهناك حالات ليس للمشتري فيها أن يسترجع الثمن كله أو بعضه إذا تعذر عليه رد المبيع وذلك في ثلاث صور أوردها الفصل 661 من مجلة الالتزامات والعقود :

أولها : إذا هلك المبيع بأمر سماوي أو بتفريط المشتري .

ثانيهما : إذا سرق المبيع .

ثالثها : إذا غير المشتري هيئته وصيره غير صالح للإنتفاع به فيما أعد له .

إلا أنه إذا لم يظهر العيب إلا عند التغير فـللمشتري الرجوع على البائع .

وأخيراً أقر الفصل 662 من مجلة الالتزامات والعقود أن في صورة هلاك المبيع بعيوب فيه أو بأمر طارئ نشأ عن العيب فإن هلاكه على البائع وعليه إرجاع الثمن للمشتري مع جبر الخسارة إذا كان مدلساً .

- د- أجل القيام بدعوى الضمان

404 - لقد حدد الفصل 672 من مجلة الالتزامات والعقود آجال القيام بدعوى الضمان وهي تختلف باختلاف نوع المبيع فإذا كان عقاراً فإن القيام بالضمان يجب أن يكون في ظرف ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً من وقت التسليم وإذا كان من المنقولات والحيوانات فإن أجل القيام ينخفض إلى ثلاثين يوماً من تاريخ التسليم شريطة إعلام البائع كما يوجبه الفصل 652 من مجلة الالتزامات والعقود ويمكن للطرفين الإتفاق على الزيادة والنقصان في تلك الآجال ومعنى ذلك أن ستوط الحق المنصوص عليه بهذا الفصل لا يتعلق بالنظام العام وقد أكدت محكمة التعقيب هذا المبدأ في قرارها المؤرخ في 9 / 9 / 1926⁴²³ على أنه توجد أحكام خاصة وردت بالقانون عدد 9 لسنة 1994 المؤرخ في 31 / 1 / 1994 والمتعلق بالمسؤولية والمراقبة الفنية في ميدان البناء وهو ينطبق أيضاً على الباعثين العقاريين وعلى كل شخص يبيع على سبيل العادة أو الاحتراف مبنى بعد الإنتهاء من إنجازته بنفسه أو عن طريق الغير وهم مسؤولون قانوناً خلال عشرة سنوات من تاريخ استلام المنشأة في حالة إنهيارها كلها أو بعضها أو تداعيتها للستوط على وجه واضح أو ظهور مس واضح بمثانتها على مستوى الأسس أو الهياكل أو السقوف .

423) مجلة القضاء والتشريع 1960 ع. 9 و 10 ص. 26.

هـ- إنتفاء الضمان

406 - ينتفي ضمان العيوب الخفية إذا تم البيع عن طريق المحاكم طبق الفصل 674 من مجلة الالتزامات والعقود وكذلك في صورة اشتراط البراءة على معنى الفصل 670 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على أنه " لا شيء على البائع من عيوب المبيع ومن عدم وجود الأوصاف المطلوبة فيه إذا صرح بذلك أو اشترط البراءة " على أن أحكام هذا الفصل لا تنطبق إذا كان البائع مدلسا حسب أحكام الفصل 673 من مجلة الالتزامات والعقود.

ونص الفصل 17 من القانون عدد 117 لسنة 1992 المؤرخ في 7 ديسمبر 1992 المتعلق بحماية المستهلك على أنه " يكون لاغيا كل اتفاق أو عقد يتعلق بعدم الضمان " كما أنه " يبقى حق الضمان قائما لفائدة المستهلك في صورة انتقال الملكية " .

وأخيرا كل شرط يرمي إلى الإغناء من المسؤولية لا عمل عليه طبق النصل التاسع من قانون 31 / 1 / 1994 والخاص بالمسؤولية والمراقبة الفنية في ميدان البناء وهو ينطبق على الباعث العقاري وكل شخص محترف يبيع مبنى بعد انجازه .

وتجدر الملاحظة إلى أن الفصل 95 الجديد من مجلة التأمين المنقح بالقانون عدد 10 لسنة 1994 المؤرخ في 31 جانفي 1994 أوجب على صاحب المنشأة " أن يؤمن مسؤولية كل المتدخلين المشار اليهم بالفصل الأول من القانون المتعلق بالمسؤولية والمراقبة الفنية في ميدان البناء بمقتضى عقد تأمين وحيد لكل حضيرة يبرم قبل افتتاحها مع مؤسسة التأمين " .

ونص الفصل الخامس من نفس القانون على أنه تسقط دعوى المسؤولية العشرية بمضي سنة كاملة من يوم ثبوت انهيار المنشأة أو ظهور تداعياها أو المس بمتانتها وأخيرا نص الفصل 9 من نفس القانون أن كل شرط مخالف لأحكام الفصول السابقة من شأنه إلغاء المسؤولية العشرية أو التخفيض منها يعد لاغيا قانونا .

405 - إلا أنه لا يمكن للبائع المدلس أن يتمسك بسقوط الدعوى بمرور الزمن حسب صريح الفصل 673 من مجلة الالتزامات والعقود الذي عرف البائع المدلس بأنه " من تحيل على المشتري في إخفاء العيوب عليه أو كان سببا فيها " وقد أكدت محكمة التعقيب في قرارها عدد 28352 المؤرخ في 16 جانفي 1991 أن البائع المدلس هو الذي يكون على علم بعيوب المبيع أو يخفي العيوب عن المشتري⁴²⁴ وكذلك القرار التعقيبي عدد 21677 المؤرخ في 10 أفريل 1991⁴²⁵ .

كما أقرت محكمة التعقيب نفس المبدأ في قرارها عدد 47576 المؤرخ في 25 مارس 1995 المشار إليه أعلاه موضحة " أن القانون اعتبر وجود قرينة علم التاجر والصانع بعيوب المبيع الذي يبيعه وأنه لا يمكن للباينة أن تجهل العيوب الحاصلة به إذ المفروض أن تقوم بمتابعة أشغال البناء التي عهدت بها للمقاول . وأن مسألة تقدير مظاهر التدليس من الأمور المادية الخاضعة من حيث تقديرها واستخلاصها لاجتهاد قاضي الموضوع " .

(424) نشرة محكمة التعقيب 1991 ، ص . 169 .

(425) نشرة محكمة التعقيب 1991 ص . 225 .

الفرع الثالث ضمان الاستحقاق

407 - عرّف المشرع ضمان الاستحقاق بالفصل 630 من مجلة الالتزامات والعقود بأنه ضمان "حوز المبيع والتصرف فيه بلا معارض".

واقترح بعض الفقهاء تسميته "ضمان الحوز الهادي" (La garantie de la possession paisible)⁴²⁶ ويقتضي هذا الضمان من البائع أن يحمي المشتري من كل "تشويش" صادر سواء عن البائع نفسه أو عن الغير.

المبحث الأول ضمان التعرض الشخصي

الفقرة الأولى

محتوى الضمان

408 - على البائع عدم القيام بأي عمل من شأنه أن يعكر الحوز

BEUDANT et LEREBOURS- PIGEONNIERE, T. XI par J. (426) BRETHE de la GRESSAYE, n. 183, p. 137 .

- C. HOCHART, La garantie d'Eviction dans la vente, pref. J. GHESTIN, L.G.D.J. 1993.

- F. COLLARD DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, op. cit. n. 253.

الهادئ للمشتري وانتفاعه بمشتراه وفي هذا المعنى نص الفصل 631 من مجلة الالتزامات والعقود على أن "ضمان الاستحقاق يقتضي أن البائع يكف عن كل فعل أو دعوى تؤول الى تشويش المشتري أو حرمانه من الفوائد التي له الحق أن يعول عليها نظرا لما أعد له المبيع والى الحالة التي عليها وقت البيع".

ويرى الفقه الحديث أن هناك ارتباطا كبيرا بين ضمان التعرض الشخصي والالتزام بالتسليم إذ ليس للبائع أن يسلم الشيء بيد ويسترجعه باليد الأخرى⁴²⁷.

وفعلا يمثل أساس ضمان التشويش الشخصي المحمول على كامل البائع في المبدأ الأصولي القائل بأن "من عليه الضمان لا يمكنه ارتكاب الحرمان" أو من يضمن لا حق له التعرض (qui doit garantir ne peut évincer) وأقرت محكمة التعقيب هذا الرأي في قرارها المؤرخ في 15 ديسمبر 1944⁴²⁸ كما أن هذا الضمان يندرج ضمن مبدأ تنفيذ الالتزامات مع كامل الأمانة المنصوص عليه بالفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود.

409 - ويشمل ضمان التشويش الشخصي جميع أصناف التعرض سواء كان ماديا أو قانونيا. وقد عبر المشرع عن النوع الأول بعبارة فعل وعن الصنف الثاني بمصطلح دعوى ومن أمثلة التعرض القانوني أن يدعي البائع بعد البيع حقا على المبيع سواء كان عينيا كحق الارتفاق أو الانتفاع أو شخصيا مثل الكراء إلا إذا احتفظ

F. COLLART DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, - (427) Contrats civils et commerciaux, op. cit. n. 253 .

(428) مجلة القضاء والتشريع 1960 ع. 9 و 10 - ص. 30.

البائع لنفسه بحق ما كان يبيع الرقبة ويبقى له حق الانتفاع. رغم أن محكمة التعقيب اعتبرت في قرارها عدد 11535 المؤرخ في 7 جانفي 1985⁴²⁹ أن مثل هذا البيع باطل لكن هذا الرأي غير سليم إذ لا وجود لأي نص قانوني يمنع مالك العقار من بيع الرقبة فحسب والاحتفاظ لنفسه بحق الانتفاع.

ويرى الشراح أن التشويش المادي يتمثل في قيام البائع بأي عمل مادي كأن يعمد بائع أصل تجاري إلى فتح محل تجاري بجانب المبيع لجلب الحرفاء إليه ومزاحمة المشتري الأمر الذي ينقص من قيمة الأصل التجاري المبيع⁴³⁰.

410 - ومن مظاهر التعرض المادي أن يعمد البائع إلى التفويت في المبيع مرة ثانية⁴³¹ ويبادر المشتري الثاني إلى ترسيم شرائه بالسجل العقاري قبل المشتري الأول. غير أنه في هذه الصورة يكون التعرض صادرا عن الغير وهو المشتري الثاني الذي سيسترد العقار من المشتري الأول استنادا إلى الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية ولكن يعتبر التعرض في نفس الوقت شخصا صادرا عن البائع نفسه ضرورة أن المشتري الثاني استمد حقه من البائع⁴³² وفي هذا المعنى أكدت محكمة التعقيب في قرارها عدد 12847 المؤرخ في 27 جانفي 1986* أن الفصل 630 - الفقرة الأولى من مجلة الالتزامات والعقود وإن حصرت ضمان الاستحقاق المحمول على البائع في حوز المبيع والتصرف فيه بلا معارض فإن النصوص القانونية الموالية قد أوضحت

(429) القضاء والشرع 1986 - ع - 2 - ص. 55.

(430) قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 7 جويلية 1962 - مجموعة أحكام النقض - سنة 12 - ع. 2 - ص. 114.

(431) B. GROSS et PH. BIHR, Contrats, Tome I, p. 208.

(432) الدكتور خميس خضر: العقود المدنية الكبرى، ص. 200.

بصورة أشمل مؤدى هذا الضمان وبينت أحكامه ويتضح منها أن ذلك الضمان لا ينحصر في تسليم المبيع للمشتري وعدم التشويش عليه أو التعرض له في تصرفه بل يتمثل أساسا في نقل الملكية وهو التزام لا يتحقق بالنسبة للعقارات المسجلة لدى إدارة الملكية العقارية إلا إذا أتم البائع من جهته ما يتوقف ترسيم شراء المشتري على اتمامه ذلك أن الغير لا يمكن معارضته بالحقوق الغير المرسمة حسب الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية⁴³³.

وتجدر الإشارة إلى أن في هذه القضية لما فوّت البائع في العقار لم يكن حتمه المنجر له من المالكة الأصلية مرسما بالسجل العقاري فتعذر على المشتري بدوره إدراج شرائه بإدارة الملكية العقارية لانعدام التسلسل وعمدت المالكة الأصلية إلى بيع نفس العقار مرة ثانية للغير وتولى هذا الأخير ترسيم شرائه بالسجل العقاري وبذلك تمكن من استرداد العين من المشتري الأول واعتبرت محكمة التعقيب أن البائع هو المتسبب في ذلك لأنه امتنع من القيام بما يجب عليه القيام به لضمان حقوق المشتري.

411 - ولتفادي ما قد يتعرض له المشتري من مشاكل أو شغب أوجب الفصل 16 من الأمر عدد 1330 المؤرخ في 26 أوت 1991 على الباعث العقاري أن يتكفل إثر امضاء العقد من طرف المشتري بتسجيل وإدراج البيع بالسجل العقاري باسم المشتري وإقامة رسم خاص مستقل لكل قطعة واحداث رسم عقاري في الأجزاء المشاعة المشتركة لكن مصاريف التحجير والترسيم وإقامة الرسم العقاري الجديد محمولة على المشتري.

(433) نشرة محكمة التعقيب 1986 ج. 1 ص. 253.

ومن ناحية أخرى فإن ضمان الاستحقاق عن التعرض الشخصي لا يمنع البائع من ممارسة حقوقه التي يستمدّها من عقد البيع فلا شيء يمنعه من اجراء عقلة على المبيع وطلب بيعه بالزاد لاستخلاص الثمن أو طلب إبطال البيع أو فسخه⁴³⁴.

الفقرة الثانية

نظام ضمان التعرض الشخصي

يتميز ضمان التعرض الشخصي بخصائص مضبوطة يمكن حصرها فيما يلي :

(1) سقوط الضمان بمرور الزمان

412 - من أدق المسائل التي يثيرها ضمان التشويش الشخصي معرفة ما إذا كان أديا أم يسقط بمرور الزمن ولهذا السؤال إرباط بمسألة أخرى تتعلق بوضعية البائع الذي بعد أن فوّت في المبيع يبقى واضعا يده عليه متصرفا فيه تصرف المالك في ملكه ويستمر على هذه الحالة مدة الحياة المكسبة الطويلة فهل يصير مالكا للعقار المبيع إذا كان غير مسجل بالتقادم المكسب أم أن واجب الضمان يمنعه من ذلك ؟ لقد أجابت محكمة التعقيب على هذا السؤال الهام في قرارها المبدئي عدد 11987 المؤرخ في 26 ماي 1975 بقولها "بالرجوع الى الفصل 631 من مجلة الالتزامات والعقود يتضح أنه أوجب على البائع أن

434) خميس خضر : العقود المدنية الكبرى - ص. 200.

يكف عن كل فعل يؤول الى تشويش المشتري أو يعكر عليه حيازة المبيع وعليه ضمان ما ينتج عن كل ذلك لكنه لم ينص على أبدية هذا الضمان ولم يخرجّه عن نطاق القواعد العامة المنطبقة على كل الالتزامات التي منها التمسك بالتقادم المكسب المنصوص عليه بالفصل 45 من مجلة الحقوق العينية عند توافر شروطه. وليس للمشتري أن يتمسك بالتزام الضمان المتولد عن عقد البيع لأن تمسكه هذا يتنافى مع مشروعية التقادم المكسب الذي هو قرينة قانونية قاطعة على كسب الملكية بوجه قانوني وإن المبدأ القائل بأن من يجب عليه الضمان لا يمكنه التعرض انما يحتج به عند عدم الدفع بالتقادم المكسب⁴³⁵.

ونستخلص من حيثيات هذا القرار أن محكمة التعقيب تعتبر ضمان التعرض الشخصي ليس أديا وهو يسقط بالتقادم المكسب باعتباره قرينة قانونية قاطعة لا يمكن دحضها ويؤدي هذا الاتجاه الى تمكين البائع من تملك المبيع من جديد بالحيازة المكسبة الطويلة رغم أنه فوت فيه للغير.

413 - ولم تنفرد محكمة التعقيب بهذا الرأي فقد أقره أيضا فقه القضاء المصري إذ صدر عن محكمة النقض قرار بتاريخ 8 ديسمبر 1948⁴³⁶ جاء فيه "البائع المشروعة ملكته اكتسب بعد ذلك ملكية المبيع بالتقادم الطويل فلا يحول ضمانه استحقاق المبيع دون احتجاجه بملكته في مواجهة الكافة ومنهم المشتري. ولا يمنع من ذلك كون ضمان الاستحقاق أدي لا يسقط الحق فيه مهما طال عليه الزمن لأن معنى هذا أنه إذا حصل التعرض من البائع للمشتري في أي وقت ولو بعد البيع بأكثر من خمس عشرة سنة يجب على البائع الضمان فإذا

435) نشرة محكمة التعقيب 1975 ، ج. 2 ، ص. 81.

436) مجموعة أحكام النقض - سنة 1 ع. 1 . رقم 19 ص. 69.

سكت المشتري عن هذا التعرض بعد وقوعه ومضى عليه وضع يد
البائع المدة الطويلة انقلب سببا مشروعا للملك لا يحول دونه ضمان
البائع*.

ونستنتج من هذا القرار أن فقه القضاء المصري يتفق مع فقه القضاء
التونسي فيما يتعلق بإمكانية تمسك البائع بالتقادم المكسب إذا توفرت
أركانه بعد البيع لكن يختلف معه في خصوص طبيعة الضمان
فمحكمة التعقيب لا تعتبره أبديا بينما محكمة النقض المصرية تقر
أبديته إلا إذا احتج البائع لمواجهته بالحيازة الطويلة المكسبة.

أما فقه القضاء الفرنسي فإنه استقر على أن ضمان التعرض
الشخصي أبدي لا يسقط بمرور الزمن⁴³⁷.

414 - وإذا كان الاتجاه الذي ذهبت إليه محكمة التعقيب يتماشى
مع خصائص قرينة الحيازة المكسبة الطويلة باعتبارها قاطعة⁴³⁸ ومقدمة
على الرسوم⁴³⁹ ودليلا قائما بذاته بصرف النظر عن التحقق من وجه
انجرار الحوز⁴⁴⁰ كما يتماشى مع الفصل 50 من مجلة الحقوق العينية
فإنه يبدو متعارضا مع المبدأ القانوني العام الوارد بالفصل 547 من
مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على أن "من سعى في نقض ما
تم من جهته فسيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه
صريح" كما يتجافى مع شروط الحيازة المكسبة الطويلة ومن أهمها
ركنها المعنوي إذ يجب أن يكون الحائز يتصرف في العقار "بصفة
مالك" وهذا منعدم في البائع الذي فقد هذه الصفة بمجرد إبرام عقد

(437) Civ, 3eme, 20 oct. 1981, Bull. civ. III. n. 168.

(438) القرار التعقيبي عدد 23 المؤرخ في 25 ماي 1959 - النشرة 1960 ص. 14.

(439) القرار التعقيبي عدد 6273 المؤرخ في 2 / 2 / 1971 - النشرة 1971، ص. 14.

(440) القرار التعقيبي عدد 7534 المؤرخ في 9 فيفري 1971 - النشرة 1971 ص. 23.

البيع وانتقال ملكية المبيع للمشتري. ومازال فقه القضاء مستقرا على
اعتبار التزام البائع بضمان التعرض الشخصي غير أبدي وينقضي
بالتقادم المستقط طبق الفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود.
وأكدت محكمة التعقيب هذا الاتجاه في قرارها عدد 46205 الصادر
في 19 ديسمبر 1995 (غير منشور).

(2) انتقال الالتزام بالضمان للخلف العام والخاص:

415 - تباينت الآراء حول مسألة مدى إمكانية انتقال الالتزام
بضمان التعرض الشخصي للخلف العام والخاص للبائع.

يرى شراح القانون الفرنسيين أن هذا الضمان ينتقل الى الخلف
العام للبائع⁴⁴¹ بينما يرى الفقه المصري عكس⁴⁴² ذلك وفي هذا المعنى
يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري "الملزم بضمان لتعرض هو البائع
هو الذي يقع منه التعرض الموجب للضمان ولا ينتقل هذا الالتزام الى
الخلف العام لأن الالتزام في القانون المصري لا ينتقل من المورث الى
الوارث بل يبقى في التركة فإذا باع شخص عينا مملوكة لوارثه ثم مات
فإن الوارث يستطيع أن يسترد العين من المشتري ولا يجوز للمشتري
أن يحتج عليه بأنه ملتزم بالضمان وراثته عن مورثه...". ويضيف إن
الالتزام يبقى في التركة وللمشتري الرجوع على التركة بالتعويض كما
أن الالتزام بالضمان لا ينتقل الى الخلف الخاص⁴⁴³.

(441) B. GROSS et PH. BIHR, Contrats, T.I p. 208 - 209.

(442) عبد المنعم البدرابي: عقد البيع في القانون المدني 1961 ص. 447

- الدكتور خميس خضر: العقود المدنية الكبرى = ص. 221.

- جميل الشرقاوي: شرح العقود المدنية: البيع والمقايضة، القاهرة 1975.

(443) الوسيط في شرح القانون المدني ج. 4، فقرة 332.

416 - ولم يتعرض المشرع التونسي لهذه المسألة ونعتقد أنه لا شيء يمنع من انتقال ضمان التعرض الشخصي القانوني للخلف العام استنادا الى أحكام الفصل 241 من مجلة الالتزامات والعقود الذي أقر مبدأ انسحاب الالتزامات على ورثة المتعاقدين وعلى من ترتب له حق منهم - وإن الالتزام بضمان التعرض محمول على البائع ويتنقل بعده الى خلفه العام لكن يصعب القول بانتقال الالتزام بضمان التعرض الشخصي المادي الى الخلف العام أو الخاص بحكم طبيعته .

(3) عدم قابلية الالتزام بالضمان للتجزئة

417 - أجمع جل الشراح تقريبا على أن واجب ضمان التعرض الشخصي غير قابل للتقسيم والتجزئة لأنه التزام بالامتناع عن عمل وهو مشاغبة المشتري في ملكيته لمشتراه والانتفاع الهادئ به .

ونتيجة لذلك فإنه في صورة تعدد البائعين فإنه في حالة صدور تعرض للمشتري يكون كل واحد من البائعين مطالبا بضمان كامل التعرض ولا جزء منه فحسب وضرب الأستاذ السنهوري مثلا لذلك قائلا " فلو كان شخصان يملكان دارا في الشيوع وباعاها معا التزم كل منهما نحو المشتري بضمان التعرض الصادر منه في كل الدار وليس في النصيب الذي باعه فحسب " 444 .

(4) الالتزام بضمان التعرض الشخصي يهم النظام العام

418 - لئن نص الفصل 642 من مجلة الالتزامات والعقود على أن

(444) الوسيط ج . 4 - فقرة 332 - 2 .

" للفريقين أن يتفقا على أن لا ضمان على البائع أصلا " فإن نفس هذا النص تضمن أنه لا عمل على شرط براءة البائع " إذا انبنى الإستهقاق على شيء من فعله هو بذاته أو إذا كان موجب الإستهقاق من غروره كبيعته لما هو لغيره أو لما يعلم سبب استحقاقه ولم يعرف به المشتري " .

ونستخلص من أحكام هذا الفصل أنها أمرة وأن كل بند تعاقدى يعفى البائع من ضمان تعرضه الشخصى باطل ولاعمل عليه خاصة إذا كان هذا التعرض ناتجا عن خطأ البائع وقد عبر عنه المشرع بعبارة " الغرور " والمقصود به التفرير الذي يقتضي التعمد وسوء النية وقد يتخذ ذلك عدة مظاهر ذكر المشرع أحدها على سبيل المثال وهو بيع ملك الغير ولا شك أن أساس أحكام هذا الفصل هو القاعدة الواردة بالفصل 244 الذي نص على أنه " لا يسوغ لعاقدا أن يشترط عدم الزامه بما ينتج من خطة الفاحش أو تعمده " .

المبحث الثاني

ضمان التعرض الصادر عن الغير

419 - يترتب أيضا ضمان البائع عندما يشاغب الغير المشتري ففي هذه الحالة يكون البائع ملزما بالتصدي للمشاغب والدفاع عن المشتري على أن المشرع أوجب أيضا على البائع ضمان التعرض الصادر عن الغير عندما يتمسك هذا الأخير بحقوق على المبيع لم يقع التصريح بها عند التعاقد وقد تعرض المشرع لضمان الاستحقاق والحقوق غير المذكورة في العقد بالفصلين 632 و 633 من مجلة الالتزامات والعقود ويتعين النظر في هذين العنصرين قبل بحث كيفية ممارسة الضمان وآثاره .

الفقرة الأولى

ضمان الإستهقاق في حد ذاته

إن ضمان الإستهقاق المحمول على كاهل البائع يقتضي صدور تعرض عن الغير ويستلزم توفر شروط معينة تتمثل في طبيعة هذا التعرض وإسناده للبائع ومصدره وحسن نية المشتري.

1) طبيعة التعرض الصادر عن الغير

420 - إن ميدان ضمان التعرض الصادر عن الغير أضيق من نطاق التعرض الشخصي ذلك أن البائع لا يضمن التعرض الصادر عن الغير إلا إذا كان مبنيًا على سبب قانوني فإذا استهدف المشتري إلى تشويش مادي بحث فإنه لا ضمان على البائع ومثال ذلك أن يختلس الغير الشيء المبيع من المشتري أو أن يعتمد الغير إلى الاستيلاء عنوة على جزء من المبيع دون أن يدعي أي حق عليه. ففي هذه الصورة على المشتري أن ينتصب وجده للدفاع عن مشتراه دون أن يقوم بالضمان على البائع. وفعلا نص الفصل 644 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه لا ضمان على البائع "إذا حصل التعدي من الغير على المشتري في تصرفه من دون أن يدعي ذلك الغير حقا في المبيع".

غير أن الفقهاء يرون أنه إذا كان التعرض المادي الصادر عن الغير قد وقع قبل تسلم المبيع وجب على البائع دفعه ولكن ليس على أساس التزامه بالضمان بل اعتمادا على التزامه بالتسليم⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ دكتور خميس خضر : العقود المدنية الكبرى - المرجع السابق ، ص. 335-336.

ولقد أشار الفقه الحديث إلى أن الحد الفاصل بين ضمان الإستهقاق وواجب التسليم قد يكون واهيا أحيانا⁴⁴⁶ وأن الأول هو امتداد للثاني⁴⁴⁷.

ولعل المشرع التونسي كان سباقا في هذا الاتجاه إذ تبناه ضمنا بالفصل 632 من مجلة الالتزامات والعقود أوجب على البائع ضمان استحقاق المبيع من يد المشتري في ثلاث صور هي في الحقيقة أقرب إلى واجب التسليم أكثر منها إلى ضمان الإستهقاق وهي :

"الأولى : إذا حيل بين المشتري وحوز المبيع في الكل أو البعض.

الثانية : إذا كان المبيع بيد الغير ولم يكن حوزة منه.

الثالثة : إذا أضطر المشتري لتحمل خسارة لافتكاك المبيع".

وواضح من أحكام هذا النص أن المشرع يعتبر التعرض متوفرا وضمان البائع قائما عندما لا يتمكن المشتري من حوز المبيع والتصرف فيه معتبرا ذلك مندرجا في باب ضمان الإستهقاق بينما الأمر مرتبط في الحقيقة بالالتزام بالتسليم وواجب تمكين المشتري من مشتراه وهذا يبرز التداخل بين التزامي ضمان الإستهقاق والتسليم الذي أشار إليه الفقهاء اليوم كما أسلفنا ويكاد ينفرد تشريعنا والتقنين المدني المغربي. (الفصل 534) بهذه الأحكام وهي متماشية مع أحدث النظريات القانونية الحديثة.

421 - والحقيقة أنه يصعب أحيانا التمييز بين واجب التسليم

⁴⁴⁶ F. COLLART, PH. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, op. cit. n. 254.

⁴⁴⁷ GHESTIN et DESCHÉ, La vente op. cit. n. 792.

و ضمان العيوب الخفية و ضمان الإستحقاق و ضمان كمية المبيع فهي مؤسسات ومفاهيم متداخلة يدق الفصل بينها لتشابكها ف ضمان الإستحقاق يقتضي أن يكون الشغب الذي تعرض له المشتري ناتجا عن حق للغير بينما العيوب الخفية تتمثل في عيب في الصفات المادية للشيء⁴⁴⁸ .

422 - ولقد اعتبرت محكمة الإستئناف بتونس في قرارها عدد 12869 المؤرخ في 9 مارس 1994 (غير منشور) أن النقص في المساحة يمثل عيبا خفيا تخضع الدعوى في شأنه لأحكام الفصل 672 من مجلة الإلتزامات والعقود لكن محكمة التعقيب نقضت هذا القرار بتاريخ 19 ديسمبر 1995 تحت عدد 46205 (غير منشور) معتبرة أن مطالبة المشتري بتمكين البائع من بقية مساحة المبيع الناقصة تندرج في نطاق واجب تسليم المبيع و ضمانه وتبنت محكمة الإستئناف بتونس التي تعهدت بالقضية بعد قرار النقص نفس هذا الرأي إذ أكدت في قرارها عدد 32585 بتاريخ 29 ماي 1996 (غير منشور) أن النقص في المساحة المتفق عليها لا يدخل تحت طائلة الفصل 629 وانما تحت طائلة الفصل 591 الذي اقتضى ضمان استحقاق المبيع.

لكن هذا الرأي منازع فيه ضرورة أن مجرد النقص في مساحة المبيع لا يشكل في كل الحالات ضمان الإستحقاق إلا إذا إدعى الغير حقا على ما نقص من المساحة أما إذا تبين وجود نقص طبيعي في المبيع كأن يقع بيع أرض مساحتها خمسمائة متر مربع ويتضح فيما بعد أن تلك القطعة لا تسمح إلا بأربعمائة متر مربع فقط فإن الأمر لا

PH. MALAURIE et L. AYNES, Les contrats spéciaux, n. (448 359.

يتعلق بضمان الإستحقاق بل مرتبط بالإلتزام بالتسليم وقد تعرض المشرع لحالات النقص في كمية المبيع أو مساحته بالفصول من 623 الى 629 من مجلة الإلتزامات والعقود.

423 - وبقطع النظر عن هذه الملاحظة فإن البائع لا يضمن إلا التعرض الصادر عن الغير والمبني على سبب قانوني ويتأتى ذلك عندما يدعي الغير حقا على الشيء المبيع وعادة ما يكون هذا الحق عينيا ومبدئيا يقتضي ضمان الإستحقاق أن يصبح حق ملكية المشتري محل منازعة وغالبا ما يحدث ذلك في البيوعات العقارية ولكن هذا الضمان معمول به أيضا في بيع المنقولات⁴⁴⁹ وأقر الفصل 41 من اتفاقية فيانا أن البائع ملزم بتسليم البضائع خالية من كل حق أو إدعاء الغير إلا إذا قبل المشتري قبول البضائع في هذه الظروف* لكن هذا الإلتزام يندرج في واجب التسليم المطابق.

ومبدئيا عندما يتحقق التعرض القانوني كليا يفقد المشتري ملكية المبيع.

ويرى بعض الشراح أن الحق الذي يدعيه الغير على المبيع قد يكون حقا شخصيا كحق المتسوغ فإذا تعرض هذا الأخير للمشتري في انتفاعه بالعين يصبح البائع ضامنا لهذا التعرض⁴⁵⁰ .

لكن حق المتسوغ باعتباره حقا شخصيا لا يجعل حق الملكية محل منازعة فالمتسوغ لا يمكنه أن يتمسك بإزاء المشتري بأي حق عيني حتى

M. A. COUDERT, La garantie d'éviction dans les ventes (449 commerciales, D. 1973 , chr. p. 113.

(450) دكتور خميس خضر : العقود المدنية الكبيرة ص. 236 .

- محمد حسن قاسم : الموجز في عقد البيع ص. 282 .

ولو تعلق الأمر بكراء سكني أو تجاري رغم أنه يمكن ترسيم الكراء بالسجل العقاري طبق أحكام الفصل 373 من مجلة الحقوق العينية .

424 - والرأي عندنا أن التسويغ الذي قد يدعيه الغير على المبيع قد يندرج ضمن الحقوق على المبيع التي لم يقع ذكرها عند التعاقد على معنى الفقرة الأخيرة من الفصل 633 من مجلة الالتزامات والعقود وهي حالات ولئن كانت ملحقمة بضمان الإستمحاق فإنها تختلف عنها كما سنراه في موضع لاحق . ولا يترتب ضمان البائع إلا إذا كان التعرض حاليا أي حصل فعلا وليس محتملا فقط أو كان في شكل تهديد بالقيام به إذ في هذه الصورة خول المشرع للمشتري حبس الثمن طبق الفصل 682 من مجلة الالتزامات والعقود .

425 - ومبدئيا يتحقق التعرض عندما يرفع الغير دعوى قضائية ضد المشتري موضوعها ادعاء حق على المبيع كأن يطلب الحكم باستحقاقه إياه حَتَّى ولو كان هذا الادعاء ظاهر البطلان غير أن التعرض ولئن يتحقق مبدئيا عن طريق التجاء الغير الى القضاء للمطالبة بالحق الذي يدعيه فيصبح المشتري مدعى عليه في مواجهة تلك الدعوى فإنه يمكن أن يحصل التعرض أيضا بطريق الدفع كأن يرفع المشتري دعوى قضائية ضد الغير الحائز للمبيع لمطالبته بتسليمه له فيواجه المطلوب ذلك الطلب ويدعي ملكيته للمبيع ففي هذه الحالة يتوفر التعرض ويترتب ضمان البائع⁴⁵¹ وفي هذا السياق يرى أحد الشراح أن التعرض " يشمل الحالات التي يكون فيها حرمان المشتري من المبيع وشيك الوقوع أو بعبارة أدق أن تكون أعمال التعرض

المؤدية للحرمان من المبيع قد بدأ تنفيذها وإن كان الحرمان من الانتفاع لم يتحقق⁴⁵² .

(2) إسناد التعرض للبائع :

426 - لا يكون البائع ملزما بالضمان إلا إذا ثبت أنه هو المتسبب فيه أي أنه كان نتيجة لخطئه أو تقصيره وهذه القاعدة مستمدة من روح الفصلين 644 و 645 من مجلة الالتزامات والعقود وفعلا أقر المشرع بالفصل الأول إعفاء البائع من الضمان إذا كان انتزاع المبيع بغصب أو قوة قاهرة أو بأمر الأمير مالم يكن مترتبا على فعل صدر من البائع كما أن الفصل الثاني (645) أشار الى انتفاء الضمان إذا استحق المبيع من المشتري بسبب غرور أو تفريط منه وفعلا اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها عدد 12847 المؤرخ في 27 جانفي 1936 أن البائع يتحمل ضمان الإستمحاق في قضية تمثلت وقائعها في أن شخصا اشترى عتار مسجلا لكن تعذر عليه ادراج شرائه بالسجل العقاري لأن البائع لم يسع الى ترسيم حقوقه المنجزة له من المالكة الأصلية الى أن بيع العتار مرة ثانية من طرف المالكة الأصلية وتولى المشتري الثاني إدراج شرائه بالسجل العقاري . وتمكن من استرداد العتار من المشتري الأول ورأت محكمة التعقيب وهي محقة في ذلك أن البائع ملزم بجبر الخسائر التي لحقت المشتري الأول على أساس ضمان الإستمحاق إذ أن المبيع استحق منه نتيجة لتقصير من البائع إذ أنه لم يرسم حقه بالسجل العقاري .

452 (حسام الأهواني : عقد البيع في القانون المدني الكويتي - جامعة الكويت 1989 ص. 550 .

451 (محمد حسن قاسم ، الموجز في عقد البيع ، ص. 284 .

أما إذا استحق المبيع من المشتري بتفريط منه فلا ضمان على البائع كما أسلفنا وخاصة في ثلاث حالات نص عليها الفصل 645 من مجلة الالتزامات والعقود وهي :

"أولها : إذا ابتدئت مدة الحوز قبل البيع وتوانى المشتري حتى تمت عليه أو ابتدأ البائع مدة حوز وفرط المشتري في اكمالها .

ثانيها : إذا وقع تسجيل في دفتر خيانة مضر بحقوق المشتري وكان له أن يعارض فيه ولم يفعل ذلك في الوقت اللازم .

ثالثها : إذا كان سبب الاستحقاق مبنيا على فعل من المشتري أو على سبب من ذاته " .

3) يجب أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا عن البيع

427 - لقد أقر المشرع هذا الشرط بالفصل 632 من مجلة الالتزامات والعقود الذي تضمن أنه على البائع ضمان استحقاق المبيع من يد المشتري لسبب موجود وقت البيع

ويرر الدكتور السنهوري هذا الشرط بأن "الحق الذي يدعي الغير ثبوته بعد البيع لا يحتج به على المشتري ويجب لتحقيق الضمان أن يكون الحق مما يحتج به على المشتري"⁴⁵⁸ .

غير أن البائع ملزم بالضمان حتى ولو كان الحق الذي يدعيه الغير لاحقا للبيع إذا استمد حقه من البائع نفسه فإذا عمد البائع الى

453 (الوسيط في شرح القانون المدني ، ج . 4 ، ص . 648 - 650 .

التفويت في نفس العقار مرتين وتمكن المشتري الثاني من ترسيم شرائه بالسجل العقاري قبل المشتري الأول وبذلك تمكن من الظفر بالمبيع فإن للمشتري الأول الحق في رفع دعوى ضمان الاستحقاق ضد البائع رغم أن تاريخ التعرض كان بعد البيع⁴⁵⁴ أما إذا اكتسب الغير حقه على المبيع بعد البيع من شخص آخر فإن البائع لا يضمن التعرض .

4) حسن نية المشتري :

428 - يرى بعض الشراح أن حسن نية المشتري هي نتيجة لشرط إسناد التعرض للبائع فالمشتري ليس جديرا بأية حماية إذا أقدم على الشراء وهو على بينة بإمكانية استحقاق المبيع منه أو وجود حقوق غير ظاهرة عليه وإن قبوله الشراء رغم ذلك يعني أنه قبل إبرام عقد مقامرة⁴⁵⁵ .

إلا أن شفا آخر من الفقهاء اعتبر أن سوء نية المشتري لا يزيل تماما الضمان إلا في صورة التحملات غير المصرح بها⁴⁵⁶ . وبالرجوع الى مجلة الالتزامات والعقود يتجلى أن المشرع لم يشترط صراحة حسن نية المشتري لكي يتمتع بضمان الاستحقاق لكن الصيغة التي جاء فيها الفصل 643 تفيد ضمنا العكس فقد جاء في هذا النص أنه "على

BEAUDANT et LEREBOURGS-PIGEONNIERE, T. XI par (454 J. BRETHE de la GRESSAYE , n. 191.

J. GHESTIN et DESCHE, La vente, n. 793.

F. COLLARD DUTILLEUL, PH. DELEBECQUE, Contrats (455 civils et commerciaux, op. cit. n. 256.

- PLANIOL et RIPERT, T X par J. HAMEL, n. 99 . (456

- B. GROSS, la notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, thèse - P. 136.

البائع رد الثمن أو حظه ولو مع علم المشتري للسبب المقتضي للإستحقاق أو للحقوق المترتبة على المبيع".

وإذا اعتمدنا الإستنتاج العكسي يمكن القول إنه إذا كان المشتري على علم بسبب الإستحقاق أو بوجود حقوق على المبيع فإنه لا حق له في جبر الخسارة أو المصاريف لكن يمكنه استرجاع الثمن أو طلب الحط منه. والحقيقة أن هذه القاعدة أقرها أيضا الفصل 642 الذي تضمن أن "أصل الثمن فلا بد من رده للمشتري كلا أو بعضا إن وقع الإستحقاق" كما أن أحكام هذا الفصل تذكرنا بما جاء بالفصل 576 من مجلة الإلتزامات والعقود الذي حرم مشتري ملك الغير من طلب التعويض إذا ثبت أنه كان على علم بأن البائع فضولي.

الفقرة الثانية

الضمان في صورة وجود حقوق غير مصرح بها

429 - أقرت الفقرة الأخيرة من الفصل 633 من مجلة الإلتزامات والعقود ضمان البائع "إذا وجد على المبيع حق غير ظاهر لملك آخر أو حقوق أخرى لم تذكر حين البيع".

وتجدر الملاحظة أن بعض التقنيات الأجنبية مثل القانون المدني الفرنسي (الفصل 1626) استعملت مصطلح "التحملات غير المصرح بها" (chargés non déclarées) ولا شك أن عبارة التحملات أوسع من الحقوق - وبقطع النظر عن هذه الملاحظة الإصطلاحية فإن وجود حقوق على المبيع لم يقع التنصيص عليها بالعقد هو بمثابة إستحقاق جزئي رغم أن هناك فرقا بين الحالتين وعلى كل فإن المشرع

كأنه يلحق بالإستحقاق الجزئي بوجود تلك الحقوق ويمكن تبرير إقرار ضمان البائع في هذه الحالة بكون تلك الحقوق تحد من استعمال المبيع⁴⁵⁷ فضلا على ارتباط هذا الضمان بواجب الإعلام المحمول على كاهل المتعاقدين بصفة عامة وعلى البائع بالخصوص إذ أنه ملزم بإعلام المشتري بكل البيانات المتعلقة بموضوع البيع حتى يكون على بينة مما هو مقدم على شرائه.

ويستلزم قيام ضمان البائع بعض الشروط كما أن له حدود.

1) شروط الضمان

430 - لقد تحدث المشرع بالفقرة الثانية من الفصل 633 من مجلة الإلتزامات والعقود عن وجود "حق غير ظاهر لملك آخر" على المبيع أو "حقوق أخرى لم تذكر حين البيع".

وتتضي الصيغة التي جاء فيها هذا النص بعض التوضيح والملاحظات. لقد قسم المشرع الحقوق غير المصرح بها عند التعاقد والموجبة للضمان الى صنفين :

- الصنف الأول :

431 - يشمل بالخصوص حقوق الإرتفاق كما عرفها الفصل 165 من مجلة الحقوق العينية باعتبارها مرتبة "على عقار لمنفعة عقار آخر

F. COLLART DUTILLEUL, PH. DELEBECQUE, Contrats (457 civils et commerciaux, n. 255.

433 - إن ضمان البائع في هذه الصورة ليس مطلقا بل محدودا إذ ينتفي بسبب طبيعة الحقوق الموجودة أو نظرا لعلم المشتري بها.

- الحالة الأولى : انقضاء الضمان بسبب طبيعة الحق

434 - لا ضمان على البائع وليس للمشتري الرجوع عليه " إذا كان الحق المرتب للملك آخر لازما وتابعا للملك طبيعة كحق المرور في أرض إذا أحاط بها ملك الغير من كل جهة... " (الفصل 634 من مجلة الالتزامات والعقود) ويؤخذ من أحكام هذا النص أن الضمان ينتفي إذ تبين أن الحق الذي اكتشف المشتري وجوده على المبيع بعد إبرام العقد ضروري وتابع لملك الغير بحكم طبيعته مثل حق المرور الذي نظم المشرع أحكامه بالفصول 177 و 178 و 179 من مجلة الحقوق العينية ويمكن تفسير عدم الضمان في مثل هذه الحالة بكون البائع غير مسؤول عن وجود هذا الحق الذي فرضته طبيعة الأشياء وأنه لا خطأ يسند إليه.

غير أن الأمر يكون خلاف ذلك إذا ضمن البائع للمشتري " أن لا حق للغير على المبيع " طبق ما جاء بالفصل 634 - ففي هذه الصورة يكون البائع ضامنا إذ أنه غلط المشتري وصرح بأمور لا أصل لها في الحقيقة فيتحمل تبعه ذلك.

- الحالة الثانية : انقضاء الضمان بسبب علم المشتري

435 - يرى جل الشراح أنه لا ضمان على البائع إذا ثبت

يملكه شخص غير مالك للعقار الأول⁴⁵⁸ غير أن وجود هذا الحق لا يكفي لقيام الضمان بل يجب أن يكون غير ظاهر ماديا فإذا ثبت أن حق الارتفاق الموظف على المبيع ظاهر للعيان ويتأتى ذلك بالخصوص إذا كان ناشئا عن طبيعة الأماكن على معنى الفصل 167 من مجلة الحقوق العينية فإنه لا ضمان على البائع.

- الصنف الثاني :

432 - يكون البائع ضامنا أيضا إذا وجدت على المبيع " حقوق أخرى ". ولئن لم يبين المشرع المقصود بها فإنها تشمل حقوق عينية أخرى مثل الرهن وحق الإنتفاع وحق الإستعمال وكذلك الحقوق الشخصية مثل الكراء رغم أنه لا يمثل تحملا عينيا⁴⁵⁹ ويمكن تبرير هذا الرأي بالحقوق الهامة التي أصبح يتمتع بها بعض المتسوغين وخاصة اكتساب حق الملكية التجارية طبق أحكام القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 أو الإنتفاع بحق البقاء المنصوص عليه بالقانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فيفري 1976 والنصوص المنقحة له. وقد اعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية في قرارها المؤرخ في 10 جوان 1962 " إن الكراء لا يمس من حق الملكية وأن وجوده لا يندرج في ضمان الإستحقاق بل في ضمان التحملات غير المصرح بها⁴⁶⁰ .

458) السيد عبد الله الهلالي : حقوق الارتفاق والدعوى الحوزية. مجلة القضاء والتشريع 1970، ص. 11.

- السيد التيجاني عبيد : دعوى الحوز والحيازة في حقوق الارتفاق . مجلة القضاء والتشريع 1990 ع. 6 ص. 7.

PH. MALAURIE et L. AYNES, les contrats spéciaux , op. (459 cit.

B. IV., n. 640.

أن المشتري كان على علم بوجود الحقوق على المبيع عند إبرام العقد⁴⁶¹.

ولئن لم يقر المشرع هذا الشرط صراحة فلإننا نستشفه من أحكام الفصل 633 من مجلة الالتزامات والعقود الذي اشترط أن يكون الحق الذي اكتشف وجوده على المبيع غير ظاهر ومن البديهي أنه إذا كان الحق ظاهرا فإنه لا ضمان على البائع لأن المفروض أن المشتري على علم بتلك الحقوق. كما أن الضمان يتنفي عندما يقع التنصيص على الحقوق بالعقد وبذلك يرتفع جهل المشتري إياها.

ويؤخذ مما تقدم أن علم المشتري بالحقوق يحول دون رجوعه على البائع بالضمان. ولكن كيف يقع إثبات هذا العلم؟ المفروض أنه على المشتري أن يكون فضوليا (Emptor debet esse CURIOSUS) أي أن يتثبت من صفات المبيع ووضعيته المادية والقانونية قبل التوقيع على عقد البيع.

لكن هذه الفكرة لا تعني أن المشتري محمول دائما على العلم بوجود حقوق على المبيع خاصة إذا تعلق الأمر بحقوق أو تحملات خفية.

ويمكن القول إن هذه المسألة خاضعة لأجتهاد محكمة الموضوع ويقع اثبات العلم بكل الوسائل.

إلا أنه، في بعض الحالات يكون الإثبات محددا وعلم المشتري حاصلا بحكم القانون فإذا كان المبيع عقارا مسجلا والحقوق أو

(461) J. GHESTIN, B. DESCHÉ, La vente, op. cit., n. 799.
PH. MALAURIE, L. AYNES, Contrats spéciaux, op. cit. n. 362.

التحملات الموظفة على العقار مرسمة بالسجل العقاري طبق الفصلين 305 و 373 من مجلة الحقوق العينية فإنه لا يمكن للمشتري الإدعاء بأنه كان يجهل تلك الحقوق على ترسيمها فمثل هذا الدفع لا يسمع رغم أن محكمة التعقيب الفرنسية اعتبرت في قرارها المؤرخ في 30 ديسمبر 1940 أن اشهار حق ارتفاق ولو كان غير ظاهر أو حق انتفاع بواسطة الإشهار العقاري لا يعني البائع من إعلام المشتري بذلك⁴⁶² بعله أن قواعد الإشهار العقاري ترمي مبدئيا إلى حماية المشتري من التصرفات الصادرة عن البائع ولا لحماية هذا الأخير من رجوع المشتري عليه بالضمان وأنه على البائع أن يعلم المشتري بالارتفاقات الخفية وليس على المشتري الاسترشاد في خصوص هذه المسألة.

ورغم أن فقه القضاء الفرنسي مستقر على هذا الاتجاه فإنه منازع فيه في نظرنا فالمفروض أن كل شخص بما في ذلك المشتري على علم بالتحملات والحقوق المدرجة بالسجل العقاري والأما الفائدة من الترسيم؟ ومن ناحية أخرى فإن الفقرة الثالثة من الفصل 377 ثالثا من مجلة الحقوق العينية أوجبت على محرري الصكوك والارتفاقات اشعار الأطراف بالحالة القانونية الواردة برسم الملكية.

أما إذا كان العقار غير مسجل فالمفروض أن المشتري ليس على علم بالحقوق الموجودة على المبيع إلا إذا كانت ظاهرة إذ في هذه الحالة يصبح المشتري على بينة منها خاصة إذا عاين المبيع ورضي به عند إبرام البيع وقد أقر فقه القضاء الفرنسي هذا الاتجاه⁴⁶³ وفي صورة

(462) D.C. 1941, 107, n. J. CHARBONNIER, J.C.P. 1941, II, 1622, n. E. BECQUE.

(463) Cass. 3e civ. 10 mars 1981 Gaz Pal. 1981. 2. panor. p. 272.

1) الضمان العارض

437 - تعرض المشرع لهذا الصنف من الضمان بالفصل 635 من مجلة الالتزامات والعقود ويؤخذ منه أن الضمان العارض يقتضي حصول تعرض صادر عن الغير يكون في شكل رفعه دعوى ضد المشتري لمنازعته في المبيع مدعيا استحقاقه اياه جزئيا أو كليا مدعما دعواه بالبيئة ففي هذه الحالة يتحقق طبعاً الاستحقاق ويترتب ضمانه على البائع.

وحماية لحقوق المشتري أوجب الفصل 635 على المحكمة اعلامه بأن مباشرة للخصام وحده دون ادخال البائع في الدعوى يجعله يفقد حقه في الرجوع عليه.

واعتبر فقه القضاء أن عدم قيام المحكمة بهذا الإعلام يجعل حكمها مستهدفاً للنقض وصدر في هذا المعنى قرار تعقيبي بتاريخ 25 فيفري 1932 تحت عدد 2041⁴⁶⁶ على أن الصيغة التي جاء فيها هذا الفصل ربما لا تفرض هذا التأويل الذي يبدو متعارفاً مع القاعدة الواردة بالفصل 545 من مجلة الالتزامات والعقود فضلاً على أن المشرع لم ينص صراحة على الزام المحكمة بالقيام بهذا الإجراء . وبقطع النظر عن هذه الملاحظة فإنه في صورة رفع دعوى من المشتري فلهذا الأخير الخيار بين أمرين :

- إما مواجهة الدعوى وحده بدون ادخال البائع فيها فيتصدى للخصام بوسائله الخاصة فإذا صدر حكم ضده واستحق منه المبيع فعلاً وآل الى خصمه المدعي فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان على

466) مجلة القضاء والتشريع 1960 ع . 9 و 10 ، ص . 23 .

وجود تحملات أو حقوق خفية أي التي لا تظهر بعلامات بارزة فإن الآراء اختلفت حول معرفة ما إذا كان على البائع التصريح بها أم لا عند التعاقد.

إن هذا الصنف من التحملات يشمل في الحقيقة الارتفاقات الإنفاقية والقانونية أو الإدارية.

ويرى الشراح⁴⁶⁴ وفقه القضاء أنه يتعين التمييز بين التحملات العادية والتحملات الاستثنائية . فالأولى لا ترتب الضمان حتى ولو لم يقع التصريح بها لأنها نتيجة منطقية لطبيعة أو وضع العقار أو لنظام الملكية⁴⁶⁵ وهذا الحل تبناه المشرع التونسي بالفصل 634 من مجلة الالتزامات والعقود كما سبقت الإشارة إليه وبذلك يتجلى أن تشريعنا كرس هذه القاعدة قبل أن يقره فقه القضاء الفرنسي .

أما إذا كانت التحملات استثنائية فعلى البائع الضمان إذا لم يصرح بها.

الفقرة الثالثة

ممارسة دعوى ضمان التعرض الصادر عن الغير

436 - إذا استحق المبيع للمشتري القيام على البائع إما بالضمان العارض (garantie incidente) أو بالضمان الأصلي (garantie principale) .

BLIN, Note sous cass. 1er civ. 21 fevrier 1956 J.C.P. 1956 II, (464) 9200.

Cass. 1er civ. 15 octobre 1963 . Gaz Pal. 1964 - 1 - 108 - D. (465) 715 . 1963 .

البائع ولقد استقر فقه القضاء التونسي على هذه القاعدة التي نص عليها الفصل 635 من مجلة الالتزامات والعقود وصدرت في هذا الاتجاه عدة قرارات تعقيبية منها القرار عدد 1118 المؤرخ في 24 ماي جويلية 1927⁴⁶⁷ والقرار التعقيبي عدد 6940 المؤرخ في 24 ماي 1949⁴⁶⁸ وأقر فقه القضاء أيضا أن المشتري ليس ملزما بادخال البائع في الدعوى ومن حقه مباشرة الخصام بنفسه وفي هذه الصورة يتحمل تبعه ذلك كما أسلفنا وصدرت عدة قرارات تعقيبية في هذا المعنى منها القرار التعقيبي عدد 10695 بتاريخ 4 فيفري 1958⁴⁶⁹ وكذلك القرار المؤرخ في 24 فيفري 1970⁴⁷⁰ والقرار المؤرخ في 26 أكتوبر 1971⁴⁷¹.

438 - وإما إدخال البائع في الدعوى المرفوعة ضده في هذه الصورة يكون قد مارس الضمان العارض ويتم الإدخال طبق الإجراءات الواردة بالفصلين 224 و 225 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية واعتبرت محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 18 جوان 1974 أنه لا يمكن للمشتري ادخال البائع في القضية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف⁴⁷². ولادخال البائع في الدعوى فوائد كبيرة إذ المفروض أنه ملم بالوضعية القانونية والمادية للمبيع وبالتالي فهو أقدر من المشتري على مواجهة دعوى الغير المشاغب ويمسك مبدئيا الحجج التي تدحض مزاعمه وبالتالي للمشتري

(467) مجلة القضاء والتشريع 19630، ع. 9 و 10، ص. 26.

(468) نفس المرجع، ص. 31.

(469) نفس المرجع أعلاه، ص. 33.

(470) مجلة القضاء والتشريع 1970، ع. 8، ص. 54.

(471) نشرة محكمة التعقيب 1971، ص. 95.

(472) نشرة محكمة التعقيب 1974 ج. 3، ص. 35.

مصلحة ثابتة في ادخال معاقده في النزاع خاصة وأن الإمسك عن ذلك يحرمه من حق الرجوع عليه إذا صدر حكم ضده كما أسلفنا.

غير أنه توجد حالة يمكن فيها للمشتري الرجوع بالضمان على البائع رغم عدم ادخاله في القضية وهي الصورة المنصوص عليها بالفصل 646 من مجلة الالتزامات والعقود وجاء فيه "إذا كان البائع غائبا غيبة ثابتة بحيث يتعذر إعلامه والتجأ المشتري الى الخصام لدفع القائم عليه بالاستحقاق فله الرجوع على البائع إذا خاصم واستحق منه المبيع".

وإذا تم ادخال البائع في الدعوى الموجهة ضد المشتري فإنه لا يخلو الحال من أمرين :

- إما أن يحكم بعدم سماع دعوى الغير ففي هذه الصورة يتحمل المدعي المصاريف القانونية وبالتالي لا ضمان على البائع نظرا لانتفاء الاستحقاق وبقاء المبيع بيد المشتري وعلى ملكه .

- وإما أن يحكم لصالح الدعوى ففي هذه الصورة يثبت حق الغير على المبيع ويتوفر الاستحقاق فيترتب ضمان البائع .

ونظرا لكون البائع أصبح طرفا في الدعوى فإن الحكم الصادر فيها ينسحب عليه ويحرز على قوة اتصال القضاء إزاءه عملا بأحكام الفصل 481 من مجلة الالتزامات والعقود.

غير أن هذه الحالة تثير عدة تساؤلات من أهمها معرفة ما إذا كان بإمكان المشتري أن يطلب إخراجهم من القضية وترك البائع يواجه الدعوى بمفرده .

(2) الضمان الأصلي

439 - عندما يستحق المبيع من المشتري جزئيا أو كليا أو في صورة ثبوت وجود حقوق غير ظاهرة على المبيع لم يقع التصريح بها في العقد يمكن للمشتري القيام بدعوى الضمان على البائع .

ومبدئيا يتوفر الاستحقاق المرتب لضمان البائع عندما يرفع الغير دعوى ضد المشتري يطالب فيها الحكم باستحقاقه للمبيع وتنتهي تلك الدعوى بصدور حكم لصالحه .

وإذا تعلق الأمر باكتشاف وجود حقوق على المبيع لم يصرح بها البائع عند التعاقد فإن هذا الأخير يتحمل الضمان ولو لم يرفع صاحب الحقوق دعوى في المطالبة بها⁴⁷⁵ .

إن دعوى ضمان الاستحقاق التي يقوم بها المشتري لا تقبل ولا يحكم لصالحها بصفة مطلقة كلما استصدر الغير حكما ضد المشتري تمكن بموجبه من استرداد المبيع وإثبات استحقاقه إياه .

440 - لا ضمان على البائع في حالتين :

- أولهما : إذا باشر المشتري الخصام بمفرده ولم يدخل البائع في النزاع ولم يعلمه به كما أسلفنا (الفصل 635 من مجلة الإلتزامات والعقود).

- ثانيهما : إذا ثبت أن الحكم الذي صدر ضد المشتري كان بسبب غروره أو تفريط منه حتى ولو قام بإعلام البائع بالنزاع كما يقتضيه

J. GHESTIN, B. DESCHE : La vente, op. cit. n. 815. (475)

ويرى بعض الشراح أن هذه الإمكانية جائزة⁴⁷³ غير أن هذا الرأي منازع فيه لأن المشتري هو المطلوب الأصلي في الدعوى وهو الحال محل البائع الذي يبقى دخیلا وبالتالي يصعب إخراجُه من النزاع الذي يهيمه بالدرجة الأولى .

وتوجد اشكالية أخرى تتمثل في معرفة مدى إمكانية قيام المشتري بدعوى معارضة لمطالبة البائع الواقع ادخاله في النزاع بالضمان .

ونرى أن هذا غير جائز لأن المشرع حدد على سبيل الحصر صور الدعوى المعارضة بالفصل 227 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية ولا نعتقد أن دعوى ضمان الاستحقاق تكون في شكل دعوى معارضة لأنها لا تعتبر ردا للدعوى الأصلية التي قام بها الغير والتي موضوعها طلب استحقاقه للمبيع وأخيرا من الصعب القيام بدعوى معارضة ضد الدخيل الذي ليس له صفة ومركز المدعى .

وبناء على ما تقدم فإنه إذا حكم لصالح الغير يتحقق التعرض وبإمكان المشتري الرجوع بالضمان على البائع في صلب دعوى أصلية .

وأخيرا فإن الرأي السائد لدى الشراح أن البائع هو الذي يتحمل مصاريف الدعوى باعتبار ذلك مندرجا في ضمان الاستحقاق⁴⁷⁴ . ونستشف هذا الحل بالفصل 636 من مجلة الإلتزامات والعقود (الفقرة الثالثة).

F. COLLART DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, (473)
Contrats civils et commerciaux, op. cit. n. 257.

J. GHESTIN et B. DESCHÉ, La vente, n. 825. (474)

الفصل 635 من مجلة الالتزامات والعقود. وحدد المشرع على سبيل الذكر لا الحصر بالفصل 645 من نفس المجلة ثلاث حالات مجسمة لتقصير المشتري في الدفاع عن حقوقه فيتحمل تبعة ذلك بحرمانه من الرجوع على البائع ومن ذلك عدم المعارضة في ترسيم بدفتر خانة مضر بحقوقه ولم يعارض فيه في الوقت المناسب أو يتراخى عن اكمال مدة الحوز التي ابتدأها البائع فلم يكملها حتى فقدت كل أثر قانوني ولا شك أن هذه القاعدة لا تنطبق إلا إذا كان المبيع عقارا غير مسجل إذ " ليس لأي كان أن يتمسك بالحوز مهما طال مدتة " في العقارات المسجلة (الفصل 307 من مجلة الحقوق العينية).

وأخيرا فإن دعوى الضمان تسقط بمرور 15 سنة طبق الفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود ضرورة أن المشرع لم يقر أجلا خاصا لسقوطها فينبغي الرجوع الى القاعدة العامة الواردة بهذا الفصل وتبنت محكمة التعقيب هذا الاتجاه في قرارها الحديث عدد 46205 الصادر في 19 ديسمبر 1995 والمشار اليه سابقا (غير منشور).

الفقرة الرابعة

آثار الضمان

441 - تختلف آثار الضمان باختلاف أهمية الإستهقاق الذي قد يكون كلياً أو جزئياً كما يمكن تعديل آثار الضمان بإدراج بنود اتفاقية خاصة به.

(1) الإستهقاق الكلي

442 - إذ استحق جميع المبيع واسترد كاملاً من المشتري فإن البيع يفسخ ويكون البائع ملزماً طبق الفصل 636 من مجلة الالتزامات والعقود بأن يرجع له الثمن وأجرة عقد البيع وتكاليفه والمقصود بها كل المصاريف التي انفقها المشتري والمرتبطة بالبيع مثل أجرة السمسرة ومعاليم تسجيل العقد الى غير ذلك من المصاريف، وبالإضافة الى ذلك على البائع أيضاً أن يؤدي للمشتري المصاريف القانونية التي انفقها عند رفعه لدعوى الضمان ضده وأخيراً يصبح البائع ملزماً أيضاً بأن يدفع للمشتري الخسائر التي لحقت به بسبب استحقاق المبيع من يده.

وأقر الفصل 637 م.أ.ع. حق المشتري في مطالبة البائع " بترجيع الثمن ولو ظهر تغيير في كامل المبيع المستحق أو في بعضه أو نقصت قيمته بفعل المشتري أو بتقصيره أو بحادث سماوي " .

إن هذه الأحكام مستمدة من الفصل 1631 من المجلة المدنية الفرنسية وقد تبدو هذه القاعدة غير منطقية إذ كيف نجيز للمشتري المطالبة بكامل الثمن حتى إذا تبين أن قيمة المبيع نقصت بقوة قاهرة أو بفعل أو تقصير المشتري ؟

لقد برّر بعض الشراح تلك القاعدة بأمرين أولهما أن المشتري الذي كان يعتقد أنه أصبح مالكا للمبيع من حقه أن يتصرف فيه كما يحلو له ويشاء وثانيهما أنه لاجود لأي سبب وجيه يمكن البائع من الإحتفاظ بجزء من الثمن⁴⁷⁶.

أما إذا ثبت أن البائع على سوء نية وقد عبّر المشرع عن ذلك بعبارة

B. GROSS, Ph. BIHR, Contrats, tome I, p. 214.

1991 تضمن أنه ينبغي الرجوع الى قيمة العقار المبيع في تاريخ صدور الحكم الصادر لفائدة الغير ولا تاريخ القيام⁴⁷⁹.

(2) الاستحقاق الجزئي

443 - لقد تعرض المشرع للإستحقاق الجزئي بالفصلين 640 و 641 من مجلة الإلتزامات والعقود ويؤخذ من أحكام هذين النصين أنه ينبغي التمييز بين حالتين :

- الحالة الأولى : الإستحقاق الجزئي المؤثر على المبيع

444 - إن صور ومظاهر الإستحقاق الجزئي ليست متساوية ولا تخضع لنفس النظام فهي تختلف باختلاف أهمية الجزء المستحق.

وفعلا إذا كان "الجزء المستحق له من الأهمية ما يورث عيبا بحيث لو علم المشتري ذلك لما اشترى" (الفصل 640) فإن المشتري يكون مخيرا بين طلب فسخ البيع وفي هذه الصورة يصبح الإستحقاق الجزئي بمثابة الإستحقاق الكلي إذ يسترد المشتري كامل الثمن وبين استرجاع قيمة الجزء المستحق وإبقاء بقية المبيع الذي لم يستحق.

لكن الصيغة التي جاء فيها الفصل 640 م.أ.ع. تشير بعض الصعوبات فيما يتعلق بمفهوم "أهمية الجزء المستحق" فهل يعتمد في تقدير تلك الأهمية معيارا موضوعيا يركز على قيمة الجزء المستحق أم

"إذا كان في البيع تغرير" بالفصل 638 من مجلة الإلتزامات والعقود⁴⁷⁷ فإنه ملزم أيضا بأن يؤدي للمشتري "كل ما صرفه ولو في التحسين والترف" ويمكن تفسير هذه القاعدة بكون المشتري لما انفق مصاريف عند ادخال تحسينات على مشتراه كان ذلك اعتقادا منه بأنه أصبح المالك الوحيد والحقيقي للمبيع وأن البائع هو المتسبب في استحقاقه منه فيتحمل تبعة ذلك خاصة وأنه على سوء نية فهو الذي أغربه وغالطه وجعله يطمئن اليه ويقتبل على بذل مصاريف التحسين والترف.

وزيادة في حماية المشتري "المغرور" وتشديدا على البائع سيء النية وتحميله المزيد من الضمان أقر الفصل 639 من مجلة الإلتزامات والعقود في صورة حصول زيادة في قيمة المبيع في تاريخ الإستحقاق اعتبار تلك الزيادة "في جملة الخسائر المطلوب بها البائع" وفي هذه الصورة فإن للمشتري الحق في استرجاع الثمن الذي دفعه وكذلك القيمة الزائدة في المبيع أي أنه يطالب البائع بأن يؤدي له قيمة المبيع في تاريخ الإستحقاق بقطع النظر عن الثمن المدفوع.

وتجدر الإشارة الى أن الفصل 639 من مجلة الإلتزامات والعقود مستمد من الفصل 1633 من المجلة المدنية الفرنسية.

واعتبر فقه القضاء الفرنسي أن تقدير القيمة الزائدة يتم اعتمادا على قيمة المبيع في تاريخ قيام الغير بالدعوى ضد المشتري للمطالبة باستحقاقه للمبيع وصدر في هذا الاتجاه قرار تعقيبي فرنسي بتاريخ 17 أكتوبر 1973⁴⁷⁸ إلا أنه صدر قرار تعقيبي حديث في 16 جانفي

(477) تضمن الفصل 638 في صيغته الفرنسية عبارة سوء النية (mauvaise foi).

Dalloz 1974, p. 556, note PH. MALAURIE

(478)

Dalloz 1992, p. 109, note F.X. TESTU.

(479)

مقياسا ذاتيا يقتضي الرجوع الى نية المشتري والوقوف على ما يعتبره هاما في نظره والغاية التي من أجلها أقدم على الشراء ؟ إن تحليل عبارات الفصل 640 م.أ.ع. يؤدي بنا الى القول بأنه ينبغي إعتداد المعيارين معا لأن المشرع تحدث في نفس الوقت عن الإستمحاق الذي "يورث عيبا" في المبيع وهذه الجملة تملّي اعتماد المعيار الموضوعي كما أنه أشار في نفس الوقت الى تأثير ذلك الإستمحاق على إرادة المشتري واتخاذ قرار الشراء فالجزء المستحق يكون هاما إذا ثبت بصفة قاطعة أن المشتري ما كان ليتعاقد مع البائع لو كان على علم به وعلى كل فإن هذه المسألة تبقى خاضعة لاجتهاد محكمة الموضوع.

- الحالة الثانية : الإستمحاق الجزئي غير المؤثر

445 - إذا تبين أن الجزء المستحق غير هام ولا يؤثر على قيمة المبيع واستغلاله فيما أعد له فإنه ليس للمشتري أن يطلب فسخ البيع وإنما يجوز له فقط المطالبة بحط الثمن بقدر قيمة الجزء المستحق.

وأعتبرت محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ فسي 6 ديسمبر 1923⁴⁸⁰ أنه لا يمكن فسخ البيع الا في صورة ما إذا كان النزاع يشمل كامل المبيع.

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ خول الفصل 641 من مجلة الإلتزامات والعقود للمشتري إذا كان المبيع منقولات الخيار بين طلب فسخ البيع واسترجاع الثمن وبين التمسك بباقي المبيع وطلب ما ناب

(480) مجلة القضاء والتشريع 1960 ، ع. 6 = ص. 69.

المستحق منه من الثمن " ومعنى ذلك أنه مخير بين الفسخ الكامل والفسخ الجزئي لكن توجد حالة يكون فيها المشتري ملزما بطلب الفسخ الكلي إذا كان في قسمة المبيع ضرر ولعل المشرع باقراره هذه القاعدة أراد حماية البائع .

(3) الضمان الإتفاقي

446 - تنص الفقرة الثانية من الفصل 630 من مجلة الإلتزامات والعقود على أن "البائع محمول على هذا الضمان ولو لم يشترط صراحة في العقد ولا تنفك عهده منه بثبوت شبهة له " .

يؤخذ من أحكام هذه الفقرة أن البائع ملزم بضمان الإستمحاق دون حاجة الى التنصيص على هذا الواجب صراحة بالعقد مادام الأمر يتعلق بالتزام قانوني مستمد من طبيعة ونظام البيع ولم يشترط المشرع سوء نية البائع ليتحمل الضمان فهو ملزم بالتعويض ولو كان على حسن نية وقد عبّر المشرع عن ذلك بعبارة "ثبوت شبهة له" وهي تعني حسن النية في هذا المقام بالذات ضرورة أن الصيغة الفرنسية لنفس الفصل تضمنت صراحة "La bonne foi du vendeur ne l'exonère par de cette obligation" غير أن إقرار هذا الضمان بحكم القانون لا يعني إقصاء الإرادة التعاقدية منه والحظر على الأطراف تعديل قواعد الضمان فالبيع هو عقد رضائي بالدرجة الأولى وبالتالي يجوز للمتعاقدين الإتفاق على مخالفة القواعد المتممة الواردة بمجلة الإلتزامات والعقود والمتعلقة بضمان الإستمحاق وهذا ما نص عليه الفصل 642 من مجلة الإلتزامات والعقود الذي جاء فيه أنه "للفريقين أن يتفقا على أن لا ضمان على البائع أصلا"

غير أن الاتفاقيات المتعلقة بضمان الإلتزام لا ينحصر موضوعها في إعفاء البائع من الضمان إذ قد يتفق الطرفان أيضا على الزيادة في الضمان أو على انقاصه ولا جدال أن مثل هذه الاتفاقيات تثير مسألة هامة تتمثل في آثارها فهل تقيد أطرافها بصفة مطلقة وكاملة أم أنها محدودة الأثر وهل تصبح في بعض الحالات بدون أي أثر فتتعدم جدواها وتصبح لاعمل عليها ؟ نجد أجوبة على هذه الأسئلة بالفصل 642 من مجلة الإلتزامات والعقود⁴⁸¹ وهو نص ثري ومتكامل ولكن تعوزه الدقة أحيانا ويحتاج الى بعض التوضيح . وإذا حللنا هذا النص الهام . نلاحظ أنه ولئن أقر امكانية الإلتفاق على إعفاء البائع من الضمان فإنه حد من آثار هذا الإعفاء كما أنه اقصى امكانية الإلتفاق على انعدام الضمان في بعض الحالات .

أ) مبدأ إمكانية إعفاء البائع من الضمان

447 - حول المشرع كما أسلفنا بالفصل 642 من مجلة الإلتزامات والعقود للمتعاقدين امكانية الإلتفاق على إعفاء البائع من كل ضمان ويجب أن يكون مثل هذا البند واضحا وصريحا وإذا دعت الحاجة الى تأويل البنود التعاقدية المتعلقة بالضمان فإنه ينبغي أن يكون التأويل ضيقا .

لكن الصيغة التي ورد فيها الفصل 642 م.أ.ع. تثير اشكالا يتعلق بمعرفة ما إذا كانت امكانية الإلتفاق على الإعفاء من الضمان مطلقة

(481) حاتم الرواتي : تحليل افصل 242 من مجلة الإلتزامات والعقود . مذكرة ليل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص كلية الحقوق بتونس 1991 .

وتشمل ضمان التعرض الصادر عن البائع والغير على حد سواء أم منحصرة في الحالة الثانية فقط ؟

يمكن القول إن الإعفاء من الضمان منحصر في التعرض الصادر عن الغير فقط إذ لا يجوز للبائع أن يتفصى من ضمان التعرض الذي قد يصدر عنه سواء كان ماديا أو قانونيا حتى في صورة الإلتفاق على ذلك والتنقيص عليه صراحة بكتب البيع .

ونستشف هذا الرأي من صريح عبارات الفقرة الأولى من الفصل 642 م.أ.ع. التي نصت على أنه " لا عمل على شرط براءة البائع إذا انبنى الإلتحاق على شيء من فعله هو بذاته " وفعلا استقر رأي الشراح على أنه لا يمكن للطرفين الإلتفاق على الغاء أو تنقيص، ضمان التعرض الشخصي إذ أن مثل هذا الإعفاء من شأنه أن يحرم المشتري من كل طمأنينة ويجعله تحت رحمة البائع فضلا على كونه يتعارض مع القاعدة الأصولية القائلة بأن من عليه الضمان ليس له الحرمان أو التعرض⁴⁸² وأقر فقه القضاء الفرنسي أن البائع يضمن التعرض الشخصي حتى ولو ثبت أنه لم يتصرف عن سوء نية وصدر في هذا المعنى قرار تعقيبي في 15 فيفري 1961⁴⁸³ .

وقد سبقت الإشارة الى أن الفصل 630 من مجلة الإلتزامات والعقود يوجب على البائع الضمان حتى ولو كان على حسن نية .

وبناء على ما تقدم فإن شرط براءة البائع لا يعمل به إلا بالنسبة لضمان التعرض الصادر عن الغير وأن البائع يضمن التعرض الصادر

H.L.J. MAZEAUD, Lecons de Droit civil, T. III, n. 973. (482)

Bull. civ. 1961 . I. p. 865. (483)

عنه شخصيا ولو تم الاتفاق على خلاف ذلك باعتبار أن واجب ضمان هذا التعرض أمر. ونجد نفس هذه القاعدة في القانون المصري (الفقرة الأولى من المادة 446 من التقنين المدني).

(ب) حدود آثار الإعفاء من الضمان

448 - إن البند التعاقدى القاضي باعفاء البائع من ضمان الاستحقاق الصادر عن الغير لا يعني الا اعفاءه "من تعويض الخسارة وأما أصل الثمن فلا بد من رده للمشتري كلا أو بعضا إن وقع الاستحقاق" حسب صريح أحكام الفصل 642. وفي نفس السياق تضمن الفصل 643 أنه "على البائع رد الثمن أو حظه ولو مع علم المشتري لسبب المقتضي للإستحقاق أو للحقوق المترتبة على المبيع".

ويؤخذ من هذين النصين أنه إذا استحق المبيع يكون البائع ملزما في كل الحالات بارجاع الثمن للمشتري حتى ولو ثبت أن هذا الأخير كان على علم مسبق بالسبب المقتضي للإستحقاق أي أنه بشماعة سيء النية.

ويتمثل أساس هذه القاعدة في أنه إذا استحق المبيع يفسخ البيع وفي هذه الصورة يعود الطرفان "الى ما كان عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما أن يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد" (الفصل 336 من مجلة الإلتزامات والعقود).

غير أن القانون المصري يقر عكس هذه القاعدة إذ أنه يترتب على شرط عدم الضمان أثره كاملا⁴⁸⁴ فيعفى البائع من كل عناصر التعويض

(484) محمد حسن قاسم ، الموجز في عقد البيع ، المرجع السابق ص. 304.

طبق المادة 446 من التقنين المدني ولا يلزم حتى برد قيمة المبيع وذلك في حالتين أولهما إذا كان المشتري على علم وقت إبرام البيع بسبب الاستحقاق وثانيهما أن يكون المشتري قد أخذ على نفسه تحمل المضار والمخاطر المحتملة أي اشترى على مسؤوليته⁴⁸⁵ وفي هذه الصورة ينقلب البيع الى شبه عقد مقامرة⁴⁸⁶.

(ج) عدم نفاذ الإعفاء من الضمان

449 - لكن أجاز المشرع للطرفين الاتفاق على عدم تحميل البائع ضمان الاستحقاق فإن هذه الامكانية ليست مطلقة إذ أن الفقرة الثانية من الفصل 642 من مجلة الإلتزامات والعقود نصت على أنه "لا عمل على شرط براءة البائع :

أولا : إذا انبنى الاستحقاق على شيء من فعله هو بذاته .

ثانيا : إذا كان موجب الاستحقاق من غروره كييعه لما هو لغيره أو لما يعلم سبب استحقاقه ولم يعرف به المشتري ففي الحالتين يلزمه تعويض الخسارة " .

إن الصيغة التي وردت فيها هذه الفترة تقتضي ابداء ملاحظة أساسية تتمثل في وجود بعض التداخل بين الصورتين المشار اليهما أعلاه أو على الأقل صعوبة في التمييز بينهما ويتجه تحليلهما للوقوف على وجاهة هذه الملاحظة.

(485) توفيق فرج ، عقد البيع والمقايضة ، ص. 398.
(486) B. GROSS, PH. BIHR, Contrats, T.I. p. 216.

1) الحالة الأولى : فعل البائع

450 - إذا استحق المبيع من المشتري نتيجة لفعل البائع "بذاته" فإنه يتحمل الضمان ويلزم بجبر الخسارة حتى في صورة ادراج بند تعاقدى يعفيه صراحة من الضمان.

ولعل من أهم الاشكاليات التي يطرحها تطبيق هذا النص تحديد المقصود بفعل البائع "هو بذاته".

بالرجوع إلى مشروع مجلة الالتزامات والعقود نلاحظ أن النص الاصلي للفصل 642 الذي كان يحمل رقم 614 كان ينص على بطلان اشتراط عدم الضمان أو الخد منه إذا انبنى الاستحقاق على فعل البائع بذاته "مثل توقيعه على اتفاق قبل البيع أو بعده أو إذا تعمد اخفاء حق الغير على المبيع" وقد لاحظ صانتيلانا أن هذا الفصل مستمد من الفقه الاسلامي مشيراً الى الخليل وكذلك من القانون الفرنسي (الفصل 1628 من المجلة المدنية) والقانون الابيطالي (الفصل 237).

وبقطع النظر عن مصدر هذا الفصل فإن واضعي مجلة الالتزامات والعقود تخلوا عن الصيغة الأولى وفضلوا في الصيغة النهائية التي جاء فيها الفصل 642 م.أ.ع. الاختصار على ذكر. "فعل البائع بذاته" دون ضرب مثل لذلك وكأنهم أرادوا عدم حصر مدلول تلك العبارة في مفهوم ضيق وكذلك للتمييز بين هذه الصورة والحالة الثانية المتعلقة بغرور البائع.

ويمكن القول إن المقصود بفعل البائع بذاته هو التعرض الشخصي سواء كان مادياً أو قانونياً وكنا أشرنا الى أن المشرع تحدث عن هذا

التعرض بالفصل 631 من مجلة الالتزامات والعقود وقد تبنى الشراح هذا التأويل⁴⁸⁷.

1) الحالة الثانية : غرور البائع

451 - إن عبارة الغرور الواردة بالفصل 642 تقتضي ابداء ملاحظة اصطلاحية ضرورة أن الصيغة الفرنسية لهذا النص تضمنت لفظة "le dol" وهي ترجمة لعبارة "تغريز" فما هو المقصود بالغرور وهل يختلف عن التغريز ؟

يقول ابن منظور⁴⁸⁸ "غرر يغره غراً وغروراً فهو مغرور وغرير خدعة واطعمه بالباطل". ويؤخذ من المعنى اللغوي للفظ الغرور أنه ينطوي على مفهوم الخدع والمغالطة حتى أن من معاني الغرور أيضاً الأباطيل. ورغم أن المعنى اللغوي للتغريز هو المخاطرة وتعرض النفس للهلاك فإن مدلوله الاصطلاحي لا يبتعد كثيراً عن المخادعة وللتغريز في عقد البيع بالذات مفهوم خاص في الفقه الاسلامي من ذلك أن المادة 164 من مجلة الاحكام العدلية نصت على أن "التغريز توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية".

وقد علق السيد علي حيدر على هذه المادة قائلاً : التغريز بمعنى الخداع... كأن يقول البائع للمشتري أن مالي يساوي كذا وهو لا يساوي ذلك...⁴⁸⁹.

أما عند المالكية فإن التغريز الفعلي يتمثل في "أن يفعل البائع فعلاً

(487) J. GHESTIN et B. DESCHÉ, la vente, op. cit., n. 841.

(488) لسان العرب - ج المجلد الثاني ص. 971.

(489) دور الاحكام شرح مجلة الاحكام، المجلد الأول، ص. 112.

في المبيع يظن به المشتري كمالا وليس كذلك⁴⁹⁰ وفي نفس هذا السياق نهى الرسول " صلى الله عليه وسلم " عن بيع الغرر وهو الذي يكون على غير عهدة وثقة وقال الأزهرى " يدخل في بيع الغرر البيوع المجهولة التي لا يحيط بكنهها المتبايعان حتى تكون معلومة⁴⁹¹ ومن أمثلة ذلك بيع السمك في الماء والطير في الهواء وقد اشار اليه المشرع بالفصل 571 من مجلة الالتزامات والعقود وحجره لاستحالة تسليم المبيع .

والرأي عندنا أن القاعدة الواردة بالفصل 642 من مجلة الالتزامات والعقود والقاضية بعدم العمل بشرط إعفاء البائع من الضمان تنزل في إطار الاحكام العامة للبيع في الفقه الاسلامي وخاصة عندما يصدر عن البائع تغرير بمعنى الخداع والمغالطة كما تستمد أساسها من بعض القواعد العامة للالتزامات .

وفعلا لم يحدد المشرع بالفصل 642 م.ا.ع. مدلول غرور البائع ولاحظنا أن هذا المصطلح يحمل في طياته معنى الخدعة وإخفاء بعض الحقائق .

ولقد ضرب المشرع على سبيل الذكر لا الحصر مثلين لتجسيم الغرور أولهما بيع ما لا يملك وثانيهما عدم اعلام المشتري بسبب الاستحقاق رغم أنه على بينة منه ومعنى ذلك أنه يمكن أن تكون للغرور مظاهر أخرى يصعب حصرها ولكنه يتمثل دائما في تصرفات عمدية ومضرة وعن سوء نية إذا لا يمكن أن نتصور غرور عن حسن نية بل إن قوامه المكر والخداع .

490) سعدى أبو جيب : القاموس الفقهي لغة واصطلاحا . نشر دار الفكر ، الطبعة الثانية ص 272 .

491) لسان العرب ، المرجع السابق ص . 971 .

وقد يتمثل هذا الغرور أو المكر في اتیان عمل ما مثل بيع نفس الشيء مرتين لشخصين مختلفين ويستوفي البيع الأول كل مقوماته الشكلية كأن يكون مسجلا بالقبضة المالية اذا كان المبيع عقارا غير مسجل فيصبح البيع الثاني باطلا لانعدام موضوعه فالبايع في مثل هذه الحالة يكون قد خادع المشتري الثاني فعليه الضمان وجبر الخسارة حتى ولو اشترط البراءة نتيجة للغرور الذي ارتكبه ونعتقد أن أساس هذه القاعدة هو الفصل 244 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على أنه " لا يسوغ لعاقده أن يشترط عدم الزامه بما ينتج من خطئه الفاحش أو تعمله " .

لكن الغرور قد يكتسي مظهرا سلبيا وهذا يذكرنا بالتغريير بالكتمان وقد أشار الى ذلك المشرع في المثال الثاني عندما تحدث عن عدم اعلام المشتري بسبب الاستحقاق ولاشك أن الأمر يتعلق في هذه الصورة بالكتمان المتعمد المبني على سوء النية ادراكا من البائع بأنه لو أعلم المشتري بالحقيقة لما تعاقد معه .

ولاشك أن أساس بطلان شرط الاعفاء من الضمان في هذه الصورة هو الاخلال بواجب الوفاء بالالتزام مع تمام الأمانة الوارد بالفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود والذي يمكن أن نستمد منه أيضا واجب الاعلام الذي يعتبره اليوم الفقه وفقه القضاء من أهم الالتزامات المحمولة على كاهل المتعاقدين وخاصة البائع⁴⁹² .

A BOUKORIN, L'obligation de renseignement et de Conseil (492 dans l'exécution des contrats, Dijon 1989.

M. FABRE - MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats , Essai d'une théorie, L.G.D.J. 1992 .

Y. PICOD, le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L. G. D. J. 1989.

الفصل الثالث

التزامات المشتري

إن عقد البيع باعتباره عقدا ملزما للجانبين يفرض على الطرفين التزامات متقابلة ومترابطة وفعلا فإن التزامات البائع المتمثلة في التسليم وضمنان الاستحقاق والعيوب تقابلها التزامات المشتري المتمثلة أساسا في دفع ثمن مع المصاريف وتسلم المبيع.

وتجسيدا لهذا الترابط نص الفصل 675 من مجلة الالتزامات والعقود على أن التزام المشتري منحصر في أمرين وهما دفع ثمن وقبض المبيع كما نص الفصل 605 من نفس المجلة على أن المشتري مطالب بدفع مصاريف نقل المبيع من محل تسليمه ومصاريف قبوله وأداء ثمنه... الخ.

الفرع الأول

الالتزام بدفع الثمن

نص الفصل 676 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه "على المشتري أن يؤدي الثمن في التاريخ وبالصورة المتفق عليها... الخ". إن النظر في هذه المسألة يقتضي البحث في عناصر أخرى تتمثل في زمان ومكان الدفع وحسب الثمن والضمانات الممنوحة للبائع.

غير أن الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود يتعلق بكيفية تنفيذ العقد رغم أن بعض الشراح يعتبر القاعدة التي تضمنها تهم تأويل وفهم مقاصد المتعاقدين في حين أن أحكام الفصل 642 تتعلق بضمان الاستحقاق وهو من آثار عقد البيع فضلا على أن الغرور الذي أشار إليه المشرع بالفصل 642 يذكرنا كما أسلفنا بعيوب الرضا وخاصة التعبير المنصوص عليه بالفصلين 56 و 57 من مجلة الالتزامات والعقود وهو يهم تكوين العقد ولا آثاره.

إن هذا المأخذ مردود ضرورة أن ضمان الاستحقاق في عقد البيع ليس منفصلا تماما عن إبرامه فالبائع الذي يعلم مسبقا سبب استحقاق المبيع ولم يعلم به المشتري عند التوقيع على العقد يكون قد غرر به ويترتب عن ذلك الضمان ولا يعني منه ولو اشترط البراءة باعتبار أن هذا الشرط باطل إذا أن الخطأ الفاحش يرتب دائما الضمان ولا يمكن اقصاؤه بالاتفاق طبق الفصل 244 من مجلة الالتزامات والعقود وقد اعتبر فقه القضاء الفرنسي أنه لا عمل على شرط الاعفاء من الضمان في صورة تغدير صادر عن البائع في قرار تعقيبي بتاريخ 21 جوان 1967⁴⁹³.

الفقرة الأولى

زمان الدفع

452 - مبدئياً يجب دفع الثمن في التاريخ المنصوص عليه بالعقد إذ يمكن للطرفين أن يدرجا بالكتب عدة بنود تتعلق بهذا العنصر مثل الدفع بالحاضر عند التسليم أو دفع الثمن مؤجلاً أو أقساطاً إلى غير ذلك من مختلف الكيفيات غير أن الفصل 677 من مجلة الالتزامات والعقود نص على أنه "إذا جرى العرف في محل بإداء الثمن مؤجلاً أو منجماً حمل المتعاقدان على إتباع العرف مالم يصرحاً بخلافه في العقد".

إلا أنه في بعض الحالات لا يتفق الطرفان صراحة على تاريخ دفع الثمن في هذه الصورة يجب تطبيق القواعد المكملّة التي تضمنها الفصل 676 من م.أ.ع. وقد ورد فيه أنه "عند السكوت على ذلك في العقد يعتبر البيع نقداً أو يلزم المشتري أداء الثمن عند تسلم المبيع ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري".

وفي هذه الحالة بإمكان المشتري الإمساك عن دفع الثمن إذا امتنع البائع من تسليم المبيع وذلك نظراً لترابط الإلتزامين المتقابلين المتمثلين في دفع الثمن وتسليم المبيع إلا إذا إتفق على خلاف ذلك على أن بعض الفقهاء يرون أنه بإمكان المحكمة أن تمنح مهلة للمشتري لدفع الثمن حتى ولو وقع إتفاق على أن يكون الدفع عند التسليم.

453 - لكن توجد حالة خاصة يكون فيها المشتري ملزماً بعدم أداء الثمن للبائع عند إبرام العقد وتتمثل في بيع الأصل التجاري إذ

تضمنت المجلة التجارية أحكاماً خاصة لحماية حقوق دائني بائع الأصل التجاري بالفصول من 191 إلى 204 - ويؤخذ منها أنه لا يجوز للمشتري أن يسلم للبائع الثمن قبل انقضاء أجل عشرين يوماً من تاريخ الاعلان عن البيع بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وفي صورة معارضة دائني البائع على دفع الثمن في هذا الأجل واستيفاء الاجراءات المنصوص عليها بالفصل 193 من المجلة التجارية يقع القيام باجراءات توزيع الثمن طبق الفصل 199 من نفس المجلة وإذا كانت المعارضة غير جدية ولا سند لها أو باطلة اجرائياً يمكن للبائع المطالبة استعجالياً بقبض الثمن طبق الفصل 203 من المجلة التجارية وتضمن الفصل 204 من نفس المجلة أحكاماً تتعلق بمسؤولية المشتري إزاء الغير في صورة دفعه الثمن للبائع قبل انقضاء أجل المعارضة-

الفقرة الثانية

مكان الدفع

454 - مبدئياً يمكن للطرفين أن يحددا في العقد مكان الدفع وعند سكوت الطرفين يتم الدفع في المكان الذي يقع فيه التسليم وعلى المشتري أن يدفع الثمن في المكان الذي يوجد به البائع.

ويتم الدفع بالصورة المتفق عليها وسواء نقداً أو بشيك على أنه إذا لم يتعرض المتعاقدان إلى ذلك فإنه ينبغي إعتبار البيع نقداً ومبدئياً يجب تحديد الثمن.

455 - قد يخشى المشتري أن لا يفي البائع بجميع الإلتزامات وقد يتوقع أن يترتب على ذلك ضمان هذا الأخير وقد يكون الضمان المتوقع ناشئا إما عن شغب أو عن عيوب خفية.

الحالة الأولى : حبس الثمن في صورة تعرض المشتري لشغب⁴⁹⁴

تعرض المشرع التونسي إلى هذه الوضعية في الفصل 682 من مجلة الإلتزامات والعقود وجاء فيه : "إذا حصل للمشتري تشويش في المبيع أو خاف وقوعه قريبا بمستند معتبر بموجب حق متقدم على البيع فإن للمشتري الحق أن يجبس الثمن " إن هذا الفصل قد تضمن في الحقيقة قاعدة الدفع بعدم التنفيذ وفي هذا الاتجاه يرى العلامة السنهاوري أن حق المشتري في حبس الثمن وإن ورد فيه نص خاص فإنه ليس إلا تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ موضحا أن التزام المشتري بدفع الثمن للبائع يقابله التزام هذا الأخير بنقل ملكية نافعة للمشتري فإذا وجدت أسباب جديدة يخشى معها أن لا يقوم البائع بتنفيذ التزامه كان يخشى صدور شغب عن الغير فإن الملكية لا تنتقل هادئة ويحق له في هذه الصورة أن يجبس الثمن عنده.

أما شروط ممارسة حق الحبس من طرف المشتري فيمكن حصرها فيما يلي :

494 Ajmi BEL HAJ HAMOUDA . Le droit de retention dans le cadre des obligations et des contrats. R.T.D. 1976 - 2 - pp. 46 - 77.

456 - ليس من الضروري أن يتحقق الشغب فعلا بل يكفي أن توجد أسباب جديدة يخشى معها وقوع الشغب وفعلا منح الفصل 682 من مجلة الإلتزامات والعقود للمشتري حق الحبس إذا حصل له تشويش في المبيع أو خاف وقوعه قريبا بمستند معتبر.

الشرط الثاني :

457 - يتمثل في عدم دفع الثمن من طرف المشتري عند حصول الشغب أو عندما توجد أسباب جديدة تدعو إلى خشية وقوع الشغب.

الشرط الثالث : عدم عرض ضمانات

يجب أن لا يكون البائع قد عرض على المشتري تأمينات و ضمانات كافية لأنه في الصورة المعاكسة يلزم المشتري بدفع الثمن.

الشرط الرابع : حسن نية المشتري

نصت الفقرة الأخيرة من 682 عقود والتزامات على أنه ليس للمشتري حبس الثمن إذا كان على علم من القيام بدعوى الاستحقاق. على أنه في بعض الحالات يحصل شغب في بعض المبيع في هذه الصورة ليس المشتري أن يجبس من الثمن إلا ما ينوب ذلك الجزء.

- آثار حق الحبس : إن حق الحبس يمارسه المشتري ويتمتع به الى أن يزيل البائع التشويش وذلك بمقتضى الفصل 682 المشار اليه اعلاه .

الحالة الثانية : حق الحبس في صورة وجود عيوب بالمبيع

458 - إن حق الحبس لا يقتصر على ضمان عيوب الإستحقاق بل أنه يشمل أيضا بقية العيوب في المبيع فإذا لم يدفع المشتري الثمن واطلع المشتري على عيب في المبيع فلمكانه أن يمارس حق الحبس بمقتضى الفصل 683 من مجلة العقود والالتزامات .

الفقرة الرابعة

الضمانات الممنوحة للبائع

إذا لم ينفذ المشتري التزامه الأساسي المتمثل في دفع الثمن فإنه يمكن للبائع أن يجبره على ذلك وقد منحه المشرع عدة طرق تمكنه من بلوغ هذه الغاية ولعل من أهمها حبس المبيع وحق الإسترداد وأخيرا طلب الفسخ .

459 - 1- حق حبس المبيع :

يمكن للبائع أن يمتنع من تسليم المبيع للمشتري إذا لم يدفع هذا الأخير الثمن فعلا نص الفصل 598 من مجلة الالتزامات والعقود أنه " ليس على البائع تسليم المبيع إذا تأخر المشتري عن دفع الثمن " .

ولقد أقر فقه القضاء الفرنسي أنه إذا تم دفع الثمن بمقتضى شيك فإنه للبائع أن يحبس المبيع الى أن يقع استخلاص مبلغ الشيك من البنك المسحوب عليه . وصدر في هذا الاتجاه قرار عن محكمة الإستئناف بباريس في 4 أفريل 1960⁴⁹⁵ .

ويقتضي حق الحبس توفر شروط معينة ليحدث آثاره :

أ) شروط ممارسة حق الحبس

يستلزم هذا الحق توفر شرطين :

الشرط الأول : الثمن مستحق الأداء

460 - يجب أن يكون الثمن مستحق الدفع فإذا لم يكن المشتري ملزما بدفع الثمن عند تسلم المبيع فإنه ليس للبائع أن يحبس المبيع وقد أقرت محكمة التعقيب التونسية هذا المبدأ في قرار لها صدر في 6 جوان 1927 وقد ورد فيه أن البائع الذي لم يعط أجلا لدفع الثمن له حق حجز المبيع إلى أن يقع دفعه اليه⁴⁹⁶ إلا أن التقنين الفرنسي أقر أنه بإمكان البائع أن يحبس المبيع حتى إذا لم يكن الثمن مستحقا وهذا في صورة الحكم بتفليس المشتري ذلك أن البائع قد تأكد من أن المشتري صار غير قادر على الإيفاء بالتزاماته ونجد تقريبا أحكاما مماثلة في الفصل 317 من مجلة الالتزامات والعقود وقد نص على أنه يسوغ

D. 1960. p. 140

S. 1960. p. 190

(495)

(496) مجلة القضاء والتشريع 1960 ، ع. 9 و 16 ص. 26.

(2) حق استرداد المبيع

463 - إن حق الاسترداد يفترض تسلم المشتري للمبيع وقد نص الفصل 681 من مجلة الالتزامات والعقود أنه إذا باع شخص منقولات نقدا وتأخر المشتري بدفع الثمن في وقته جاز للبائع أن يستردها من المشتري مادامت في حوزة.

وللبائع أيضا منع المشتري من بيع تلك المنقولات الى شخص آخر شريطة أن يطالب بها في ظرف خمسة عشر يوما من وقت تسليمها وخول نفس الفصل استردادها "ولو ادرجت في غير منقول ولو كان للغير حقوق على العقار المدرج فيه المبيع" على أن حق الاسترداد الذي منحه المشرع للبائع لا يمكن أن يمارس إلا إذا كان المبيع منقولا وقد أجمع جل الفقهاء على أن حق الاسترداد إنما هو امتداد لحق الحبس وحق الاسترداد يقتضي أيضا أن يكون العقد قد تضمن الدفع بالحاضر.

(3) حق الفسخ

464 - في صورة تأخير المشتري عن دفع الثمن يمكن للبائع غصبه على ذلك طبق الفصل 273 من مجلة الالتزامات والعقود كما يجوز له أيضا أن يطلب فسخ العقد غير أن فقه القضاء التونسي استقر على أن مجرد التأخير في دفع الثمن لا يوجب الفسخ إلا إذا تضمن العقد شرطا فاسخا يقضي بانفساخ العقد في صورة عدم الخلاص في الأجل المتفق عليه طبق الفصل 680 من مجلة الالتزامات والعقود والنصين 242 و 274 من نفس المجلة.

إجراء حق الحبس ولو في دين لم يحل في الصورتين الآتيتين "الأولى إذا توقف المدين عن أداء ما عليه لغرمائه أو حكم عليه بالإفلاس". الثانية : "إذا صدر الحكم بالحجز ولم يوجد للمدين كسب". ونجد أيضا نفس القاعدة في الفصل 555 من المجلة التجارية الذي أجاز للبائع "حبس البضائع لديه ولا يتعين تسليمها للمفلس أو التي لم ترسل بعد إليه أو الى شخص آخر لحسابه".

الشرط الثاني : عدم حوز المشتري للمبيع

461 - يجب أن لا يكون المشتري قد تسلم المبيع إلا أنه إذا أرسلت البضاعة للمشتري ولم تصل بعد إليه فإنه بإمكان البائع أن يعطي أوامر للنافل ليسترجع البضاعة وفي هذا السياق نص الفصل 556 من المجلة التجارية على أنه "يمكن للبائع أن يسترجع البضائع التي أرسلها الى المفلس لإجراء حق الحبس عليها مادامت لم تسلم الى مخازن المفلس أو الى مكان في تصرفه...".

(ب) آثار ممارسة حق حبس المبيع من طرف البائع :

462 - إن حق الحبس يستمر ما لم يف المشتري بالتزاماته ويرى بعض الفقهاء أنه لا يحق للمشتري أن يطالب البائع بتسليم بعض المبيع إذا دفع من الثمن ما يقابل هذا البعض وأما ثمرات المبيع أثناء مدة الحبس فإنها تبقى من حق المشتري لأن غلة المبيع تنتقل للمشتري من وقت تمام البيع وهذا الحق لا يتأثر بالحبس.

ومبدئيا تنقيد المحكمة بهذا الشرط الفاسخ عملا بمبدأ القوة الملزمة للعقد المنصوص عليه بالفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود.

وأقرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب في قرارها عدد 35530 الصادر في 29 فيفري 1996 أن الدائن مخير بين طلب الغصب أو الفسخ وليس ملزما بطلب الغصب قبل الفسخ. ومن ناحية أخرى لا يعارض الدائنون بالشرط الفاسخ فلا يمكن الحكم بالفسخ بعد صدور حكم قضى بتفليس المشتري وأخيرا يرى الشراح أن الفسخ القضائي يهم النظام العام فلا يمكن أن يلتزم البائع مسبقا بعدم القيام بدعوى الفسخ إذا لم يف المشتري بالتزاماته :

وعندما يحكم بالفسخ يرجع المشتري المبيع للبائع ويسترجع التسبقة التي دفعها للبائع على أنه تثار مسألة تعلق حقوق الغير بالمبيع إذا تم التفويت فيه قبل الحكم بالفسخ.

الفرع الثاني الالتزام بتسليم المبيع

أوجب الفصل 679 على المشتري أن " يتسلم المبيع في التاريخ والمكان المتفق عليهما في العقد " وإذا لم يقع التنصيص على ذلك فإن المشتري ملزم بأن يتسلم المبيع في الحال أي عند إبرام العقد مع مراعاة ما تقتضيه طبيعته. وإذا تضمن العقد أن التسليم يتم على أقساط فإن تأخر المشتري عن تسليم القسط الأول يعتبر قد تأخر عن جميعها طبق

الفصل 679 مدني وعندما يتمتع المشتري من تسلم المبيع يمكن للبائع جبره على ذلك أو طلب فسخ البيع⁴⁹⁷ :

إلا أنه يجب التمييز بين الامتناع من التسلم وعدم قبول المبيع بسبب عيوب موجودة به أو لفوات الوصف.

وحدد الفصل 4 من القانون عدد 9 لسنة 1994 المؤرخ في 31 جانفي 1994 والمتعلق بالمسؤولية والمراقبة الفنية في ميدان البناء كيفية الاستلام الذي يتم " بالتراضي بناء على طلب أحد الأطراف الأكثر حرصا ويكون ذلك كتابيا مع الاحتراز أو بدونه وفي حالة عدم الاتفاق يتم الاستلام عن طريق التحكيم أو التناضي " .

(JEROME HUET, Les principaux contrats , L.J.D.G. 1996 n. (497 11434)

فهرس أبجدي

(تحيل الأرقام إلى الفقرات ولا إلى الصفحات)

— أ —

- إبطال : 53 - 104 - 182 - 247 وما بعدها
- اتفاقية فيانا : 162 - 203 - 204 - 367 - 423
- أجل : 90
- إجازة : 179
- أجانب : 74
- احتجاج على الغير بالبيع : 283 - 359 - 364
- احتفاظ بالملكية : 338 وما بعدها
- اختراع : 308
- اختيار : 399
- ارتفاع : 431
- أرض فلاحية دولية : 257 - 258
- استحقاق : 407 وما بعدها
- استرداد : 353

- ب -

- بائع : 23
- بائع مدلس : 405 - 406
- بنة : 299
- باعث عقاري : 18 - 202 - 215 - 378 - 394 - 395 - 396 - 402 - 411
- براءة الاختراع : 308
- بطلان : 156 - 157
- بطاقة رمادية : 377
- بناء : 390 - 396 - 404 - 406
- بند الاحتفاظ بالملكية : 338 وما بعدها
- بنك مركزي : 262 وما بعدها
- بيع حزاف : 161 - 374
- بيع الخمر : 172
- بيع الخيار : 238 إلى 240
- بيع في مرض الموت : 24 إلى 70
- بيع ملك الغير : 174 إلى 191
- بيع الفضولي : 174 وما بعدها

- إستلام : 465
- إسقاط : 58 - 59 - 60
- التزام : 274 - 317 - 326
- اشهار : 297 - 330 - 362 - 363
- أولوية في الشراء : 71 إلى 118
- إعلام : 100
- أصل تجاري : 199
- افلاس : 351
- أعضاء بشرية : 169
- امتياز : 344
- المفعول المنشئ للتسجيل العقاري : 288 وما بعدها
- أممي : 272
- انتزاع : 303
- انتقال الملكية : 332 وما بعدها
- ايجار مالي : 14
- ايجاب : 91
- أوراق مالية : 310

- بيع ثمار على رؤوسها : 168 - 367

- بيع المقاطع : 14

- بيع املاك الاجانب : 252 وما بعدها

- بيع العربات : 311

- بيع الأصل التجاري : 231 - 306 - 307 - 376 - 453

- بورصة القيم المنقولة : 310

- ت -

- تأمين : 93 - 94 - 343 - 406

- تبعات : 366 - 367

- تدخل عقاري : 117

- ترسيم بالسجل العقاري : 287 إلى 305

- تسجيل بالقبضة المالية : 101 - 281 - 282 إلى 285

- تسليم المبيع : 368 وما بعدها

- توابع المبيع : 376

- تأخير : 389 وما بعدها

- تاجر : 71

- تجرية : (بيع بالتجربة 245)

- تحيل : 184

- تحرير عقد البيع : 265 وما بعدها

- ترسيم البيع بالسجل العقاري : 287 إلى 305

- تركة : 64 وما بعدها

- تسعيرة : 208

- تسلم : 465

- تسليم : 368 وما بعدها

- تسويق : 14 وما بعدها

- تشطيب : 300

- تشويش : 407 وما بعدها

- تعرض : 407 وما بعدها

- تعريف بالإمضاء : 101 - 272

- تغرير : 451 وما بعدها

- تفويت املاك الأجانب : 252 وما بعدها

- ث -

- ثمار : 376 وما بعدها

- ثمن : 88 وما بعدها 451 وما بعدها

- ج -

- جار : 125

- جباية محلية : 275

- جراية عمرية : 226 إلى 230

- جنازة : 60 وما بعدها

- ح -

- حافظ الملكية العقارية : 266

- حاكم : 157

- حكام : 154 - 157

- حبس : 383 - 384

- حبس الثمن : 455

- حبس المبيع : 459 إلى 462

- حجة رسمية : 272 وما بعدها

- حرفاء : 170

- حسن النية : 70 - 76 - 78 - 298 - 302 - 363 - 428

- حط من الثمن : 402

- حق الانتفاع : 87

- حق المرور : 434

- حق الحبس : 424

- حق غير ظاهر : 429

- حوت : 173

- حوز : 420 - 426 - 440 - 461

- حيازة مكسبة طويلة : 414

- خ -

- خبير : 159

- خزينة الدولة : 231

- خسارة : 406 - 403

- خصام : 437 - 438 - 440

- خطأ : 274

- خطر الصرف : 201

- خلف : 361 - 362

- د -

- دائن : 173 - 299
- دعوى ضمان الاستحقاق : 436 وما بعدها
- دعوى ضمان العيوب الخفية : 400 وما بعدها
- دعوى الاسترداد : 191
- دعوى الفسخ : 401
- دعوى الحلول : 96 وما بعدها 404
- دفتر خانة : 265
- دولة : 58
- دوائر المدخرات العقارية : 117

- ذ -

- ذوق : (بيع بالمذاق) 248 وما بعدها

- ر -

- رسم عقاري : 287 وما بعدها
- ريع : 382 وما بعدها
- رخصة رئيس الجمهورية : 259

- رخصة الولاية : 247 إلى 246

- رخصة وزير املاك الدولة : 247 وما بعدها

- رخصة الوزير الأول : 260

- رخصة البنك المركزي : 201 - 262

- رخصة وزير الاسكان والتجهيز : 261

- رضائية : 233 وما بعدها

- رقبة : 137 - 409

- رمادية : (بطاقة) 377

- رهن : 432

- ز -

- زبل : 172

- زور : 302

- زيادة (في المساحة) 372 وما بعدها

- س -

- سر مهني : 37

- سعر : 208 وما بعدها

- ص -

- صرف : 210 - 262

- صغير : 221

- صفقة عمومية : 216

- ض -

- ضمان اتفاقي : 446

- ضمان أصلي : 439

- ضمان العيوب الخفية : 391 وما بعدها

- ضمان عارض : 437

- ضمان فوات الوصف : 391 وما بعدها

- ضمان الاستحقاق : 407 وما بعدها

- ط -

- طائرات : 311

- طبيب : 37

- طير : 173 - 451

- سقوط الدعوى : 67

- سلم متغير : 201

- سمسار : 159

- سوق : 208 وما بعدها

- سوء نية : 442

- ش -

- شباك : 376

- شبهة : 446

- شحن (وظيفة الشحن) : 377

- شرط : 346 وما بعدها

- شرط فاسخ : 346

- شفعة : 119 وما بعدها

- شيء معين بذاته : 161 وما بعدها

- شياخ : 128 وما بعدها

- شغب : 419 وما بعدها

- شكلية البيع : 263 وما بعدها

- ع -

- عيب خفي : 391 وما بعدها 394

- عدل منفذ : 267

- عدل اشهاد : 267

- عربة : 311

- عرف : 383

- عرض مال : 129

- عقارات دولية فلاحية : 128

- عقار مسجل : 265 وما بعدها

- عقار غير مسجل : 264

- عقلة عقارية : 23 - 363 - 411

- علامات صناعية وتجارية : 309

- عقلة تحفظية : 331

- عقد موقوف : 50

- الرضائية : 233 وما بعدها

- الشكلية : 246 وما بعدها

- عمارة : 94

- غ -

- غبن : 220 إلى 225

- عزور : 418 - 426 - 451

- غش : 298 - 369

- غلة : 148 - 240 - 293 - 462

- غلط : 185

- غير : 70 - 236 - 360 - 363

- ف -

- فاتورة : 199 وما بعدها

- فسخ : 45 - 46 - 372

- فسخ البيع : 464

- فضولي : 50 - 178 - 179 - 181

- فروات الوصف : 397 وما بعدها

- فقه اسلامي : 25

- ق -

- قاصر : 220
- قرينة قانونية : 405
- قسمة : 128
- قضاة : 154
- قيد احتياطي : 330
- قيس : 384
- قيمي : 393
- القوة الإثباتية للترسيم : 300

- ك -

- كتب : 263 وما بعدها
- كنز : 376
- كيل : 393 - 397

- ك -

- لقب عائلي : 171

- م -

- مأمور عمومي : 272
- مبيع : 160 وما بعدها
- مثلى : 389 - 393
- مثنى : 160 وما بعدها
- محامي : 154 - 268 - 273
- محرر : 265 وما بعدها
- محاباة : 41 وما بعدها
- مدلس (بائع) : 405 وما بعدها
- مدين : 23
- مرض الموت : 24 إلى 37
- مرور الزمن : 404 وما بعدها
- مزاد علني : 127
- مساحة : 422
- مستهلك : 406
- مسؤولية محرري العقود : 274
- متسوغ : 363 - 423 - 424

- ن -

- نزاع : 437
- نظام عام : 418
- نقد : 199 وما بعدها
- نقل بضائع : 461 وما بعدها 367
- حبة : 11
- هلاك : 366 - 367
- هواء : 173

- و -

- وارث : 58
- والي : 114
- وزن : 393
- وصية : 60
- وعد بيع من الجانبين : 322 إلى 331
- وعد بيع من جانب واحد : 312 إلى 321
- وكيل : 175

- مشتري : 71

- مقال : 396

- مقطع : 14

- مفعول منشيء للترسيم : 288 وما بعدها

- معاوضة : 20

- مفلس : 23

- مقامرة : 226 وما بعدها

- ملك الدولة العام : 170

- ملك أجنبي : 74 - 252 وما بعدها

- ملكية تأمين : 343

- منافسة : 195 - 196 - 197 - 198

- مناطق عمومية سقوية : 115

- منقولات (بيع) : 306 وما بعدها

- مهندس : 396

- موت : 24 وما بعدها

- مقال : 15 وما بعدها

- موقوف : 50 وما بعدها

الفهرس

15	 فصل تمهيدي
15	I- تعريف البيع
16	II- تطوّر البيع
17	III- خصائص البيع
19	VI- مقارنة البيع بعقود أخرى شبيهة به
29	الباب الأوّل : أركان عقد البيع
31	الفصل الأوّل : أطراف عقد البيع
32	الفرع الأوّل : البائع
33	المبحث الأوّل : تقييد أهلية البيع : البيع في مرض الموت.
33	الفترة الأولى : مفهوم مرض الموت
33	أ) مفهوم مرض الموت في الفقه الاسلامي
35	ب) فقه القضاء التونسي ومفهوم مرض الموت
41	ج) إثبات مرض الموت

- وكالة عقارية للسكنى : 114
- وكالة عقارية صناعية : 114
- وكالة عقارية سياحية : 114
- وكالة الإصلاح الزراعي : 115
- وكالة التهذيب والتجديد العمراني : 116

42	الفقرة الثانية : المحاباة في البيع أثناء مرض الموت
42	أ) ضرورة توفر المحاباة
44	ب) مفهوم المحاباة

46	الفقرة الثالثة : حكم البيع في مرض الموت
46	أ) أساس أحكام البيع في مرض الموت
49	ب) جزاء البيع في مرض الموت
50	1- البيع في مرض الموت عقد موقوف
53	2- البيع في مرض الموت عقد باطل
54	3- نوع البطلان
55	4- مآل البيع في مرض الموت
61	5- دعوى إبطال البيع في مرض الموت
64	6- حقوق الغير والبيع في مرض الموت

المبحث الثاني : الحد من حرية اختيار المشتري

	الفقرة الأولى : حق الأولوية في الشراء للمتسوقين
66	والشاغلين عن حسن نية
67	أ) شروط الانتفاع بحق الأولوية في الشراء
	1- الشروط المتعلقة بالعقارات التي يتسلط عليها
67	حق الأولوية
	2- الشروط المتعلقة بالأشخاص المتفاعلين بحق
69	الأولوية في الشراء

73	ب) حالات الحرمان من حق الأولوية في الشراء
76	ج) إجراءات ممارسة حق الأولوية في الشراء
76	1- الإجراءات المحمولة على كاهل البائع
	2- الإجراءات المحمولة على كاهل المتفاعلين بحق
78	الأولوية في الشراء
81	د- جزاء حق الأولوية في الشراء
82	1- الحيلول La substitution
86	2- دعوى الفسخ

الفقرة الثانية : حق الأولوية في الشراء الممنوح للدولة وبعض

90	المؤسسات العمومية
90	1) حق الأولوية للدولة في العمليات العقارية ..
91	أ) ميدان حق الأولوية للدولة
92	ب) نتائج ممارسة الدولة لحق الأولوية
	2) حق الأولوية الممنوح لبعض المؤسسات
95	العمومية
95	أ) المؤسسات المتفاعلة بالأولوية في الشراء
	ب) جزاء حق الأولوية في الشراء الممنوح للمؤسسات
98	العمومية وللدولة

99	الفقرة الثالثة : الشفعة
102	أ) شروط الانتفاع بحق الشفعة
105	ب) إجراءات الشفعة

134 الفرع الثالث : ملكية البائع للشيء المبيع : بيع ملك الغير

134 الفقرة الأولى : تعريف بيع ملك الغير

أ) الشكل الأول لباع ملك الغير : بيع شخص ما لا

135 يملك

ب) الشكل الثاني لباع ملك الغير : البيع الصادر عن

135 وكيل خارج حدود الوكالة

ج) الشكل الثالث لباع ملك الغير : بيع نفس الشيء

135 مرتين

د) الشكل الرابع : بيع أكثر من المنايا المستحقة في

136 مشترك

136 الفقرة الثانية : جزاء بيع ملك الغير

138 أ) بيع ملك الغير عقد موقوف

143 ب) بيع ملك الغير عقد قابل للفسخ

144 ج) بيع ملك الغير عقد باطل

146 1) أساس البطلان

151 2) نوع البطلان

153 أ) آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

154 ب) آثار البيع إزاء المالك الحقيقي

157 الفصل الثالث : الثمن

158 الفرع الأول : تعيين الثمن

1- الإجراءات الواجب القيام بها قبل رفع

105 الدعوى

107 2- إجراءات رفع دعوى الشفعة

115 ج) آثار دعوى الشفعة

الفقرة الرابعة : الشفعة الخاصة لفائدة الدولة وبعض

118 المؤسسات العمومية

119 الفرع الثاني : المشتري

الفقرة الأولى : التحجير المسلط على ذوي الوظائف

119 القضائية

الفقرة الثانية : التحجير المسلط على الأشخاص المكلفين

121 بالبيع

123 الفصل الثاني : المبيع

123 الفرع الأول : تعيين المبيع

125 الفرع الثاني : وجود المبيع وقابلية التعامل فيه

125 الفقرة الأولى : بيع الأشياء الموجودة

126 الفقرة الثانية : بيع الشيء المستقبل

128 الفقرة الثالثة : قابلية المبيع للتعامل فيه

197	الفرع الأول : مبدأ الرضائية في البيع
198	الفقرة الأولى : مبدأ الرضائية والمتعاقدين
198	الفقرة الثانية : الرضائية والغير
199	الفرع الثاني : الشروط الاتفاقية المتعلقة بالرضا
199	الفقرة الأولى : بيع الخيار
200	(1) الطبيعة القانونية لبيع الخيار
200	(2) آثار بيع الخيار
201	الفقرة الثانية : البيع المعلق على قبول المشتري للمبيع
202	(1) البيع بشرط المذاق
203	(2) البيع بالتجربة
205	الفصل الثاني : الشكليات في عقد البيع
205	الفرع الأول : الشكليات في بيع العقارات
206	الفقرة الأولى : الرخص الإدارية
	(1) رخصة الوالي ووزير أملاك الدولة والشؤون
206	العقارية
217	(2) الرخص الإدارية في الأراضي الفلاحية
218	(3) الأراضي الفلاحية الدولية

159	الفقرة الأولى : الثمن المحدد
159	(1) مبدأ حرية الطرفين في تحديد الثمن
	(2) حدود حرية تحديد الثمن المأخوذة من قانون
160	المنافسة والأسعار
163	(3) كيفية تحديد الثمن
172	الفقرة الثانية : الثمن القابل للتعيين
173	أ) اعتماد سعر السوق
174	ب) اعتماد قائمة المزود
175	ج) اعتماد بند السلم المتغير
180	الفرع الثاني : يجب أن يكون الثمن حقيقيا
180	الفقرة الأولى : الثمن الصوري
181	الفقرة الثانية : الثمن التافه
182	أ) مفهوم تافه الثمن
184	ب) الغبن في البيع
189	ج) البيع مقابل جناية عمرية
193	د) اخفاء الثمن الحقيقي وإدارة الأداءات
195	الباب الثاني : تكوين عقد البيع
197	الفصل الأول : الرضائية في البيع

271 الفرع الأول : وعد البيع من جانب واحد

272 الفقرة الأولى : الطبيعة القانونية لوعد البيع من جانب واحد.

272 (1) وعد البيع من جانب واحد وعقد البيع

273 (2) وعد البيع من جانب واحد والوعد بالتفضيل.

(3) وعد البيع من جانب واحد وعرض البيع أي

274 الإيجاب

(4) وعد البيع من جانب واحد والإلتزام من طرف

275 واحد

276 (5) الوعد بالبيع من جانب واحد ومجرد الوعد..

277 الفقرة الثانية : آثار الوعد بالبيع من جانب واحد

277 (1) مدى تقيد الواعد بالتزامه

278 (2) موقف الموعود له

278 الفرع الثاني : وعد البيع من الجانبين

279 الفقرة الأولى : الطبيعة القانونية للوعد بالبيع من الجانبين ...

284 الفقرة الثانية : آثار الوعد بالبيع والشراء

الفقرة الثالثة : كيفية حماية الموعود له والحيلولة دون

التفويت في الشيء الموعود به للغير :

285 القيد الإحتياطي

220 (4) رخصة الوزير الأول

221 (5) رخصة وزير التجهيز والإسكان

221 (6) رخصة البنك المركزي

223 الفقرة الثانية : شكلية الكتب في بيع العقارات

226 (1) بيع العقارات غير المسجلة

(2) شكل وصيغة تحرير كتب بيع العقارات

227 المسجلة

242 (3) شكلية التسجيل بالقبضة المالية

246 الفقرة الثالثة : ترسيم عقد البيع بالسجل العقاري

246 (1) مفهوم المفعول المنشئ للترسيم

248 (2) آثار عقد البيع غير المرسم بين البائع والمشتري

251 (3) الطبيعة القانونية للترسيم بالسجل العقاري ..

252 (4) القيمة القانونية للبيع غير المرسم

254 (5) نتائج عدم الترسيم

254 أ) تزامم المشتريين

257 ب) حقوق الدائنين ومبدأ المفعول المنشئ للترسيم

259 ج) القوة الحجية للترسيم

266 الفقرة الرابعة : الشكليات في بيع المنقولات

271 الفصل الثالث : وعد البيع

الباب الثالث : آثار البيع 289

الفصل الأول : إنتقال الملكية والتبعات 291

الفرع الأول : انتقال الملكية 291

الفقرة الأولى : بيع المنقولات 292

الفقرة الثانية : بيع العقارات 293

(1) العقارات غير المسجلة 293

(2) بالنسبة للعقارات المسجلة 294

(3) مدى امكانية الإتفاق على تأجيل إنتقال 295

الملكية : بند الاحتفاظ بالملكية 295

(أ) هل يمكن استعمال الملكية كتأمين 301

(ب) الطبيعة القانونية لبند الاحتفاظ بالملكية 303

(ج) آثار بند الاحتفاظ بالملكية 307

(4) الإحتجاج بالبيع على الغير 311

(أ) مفهوم الغير 312

(ب) كيفية الإحتجاج على الغير بالبيع 318

الفرع الثاني : انتقال التبعات 319

الفقرة الأولى : ارتباط انتقال التبعات بالملكية 319

الفقرة الثانية : تأجيل انتقال التبعات 319

الفصل الثاني : التزامات البائع 321

الفرع الأول : الإلتزام بتسليم المبيع 321

الفقرة الأولى : موضوع التسليم 322

(1) تسليم الشيء المتفق عليه 322

(2) تسليم ثوابع المبيع 327

الفقرة الثانية : كيفية التسليم 332

(1) طرق التسليم 332

(2) زمان التسليم 333

(3) تحمل التبعات ومصاريف التسليم 334

(4) مكان التسليم 335

الفقرة الثالثة : جزاء الإخلال بواجب التسليم 335

الفرع الثاني : ضمان العيوب الخفية وفوات الوصف ... 337

الفقرة الأولى : مفهوم العيوب الموجبة للضمان 339

الفقرة الثانية : فوات الوصف 346

(1) مفهوم فوات الوصف 346

(2) مقارنة بين فوات الوصف والعيوب الخفية 348

الفقرة الثالثة : آثار ضمان العيوب الخفية وفوات الوصف .. 350

368 الفقرة الأولى : ضمان الاستحقاق في حد ذاته

368 (1) طبيعة التعرض الصادر عن الغير

373 (2) إسناد التعرض للبائع

(3) يجب أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا

374 عن البيع

375 (4) حسن نية المشتري

الفقرة الثانية : الضمان في صورة وجود حقوق غير مصرح

376 بها

377 (1) شروط الضمان

379 (2) حدود الضمان

الفقرة الثالثة : ممارسة دعوى ضمان التعرض الصادر عن

382 الغير

383 (1) الضمان العارض

387 (2) الضمان الأصلي

388 الفقرة الرابعة : آثار الضمان

389 (1) الاستحقاق الكلي

391 (2) الاستحقاق الجزئي

393 (3) الضمان الانتفاقي

394 أ) مبدأ إمكانية إعفاء البائع من الضمان

396 ب) حدود آثار الإعفاء من الضمان

351 (1) الإجراءات المحمولة على كاهل المشتري ...

351 (2) دعوى الضمان

352 أ) دعوى الفسخ

352 ب) دعوى الحط من الثمن

353 ج) دعوى تعويض الخسارة

355 د) أجل القيام بدعوى الضمان

357 هـ) إنتفاء الضمان

358 الفرع الثالث : ضمان الاستحقاق

358 المبحث الأول : ضمان التعرض الشخصي

358 الفقرة الأولى : محتوى الضمان

362 الفقرة الثانية : نظام ضمان التعرض الشخص

362 (1) سقوط الضمان بمرور الزمان

(2) انتقال الإلتزام بالضمان للخلف العام

365 والخاص

366 (3) عدم قابلية الإلتزام بالضمان للتجزئة

(4) الإلتزام بضمان التعرض الشخصي يهم النظام

366 العام

367 المبحث الثاني : ضمان التعرض الصادر عن الغير

ج) عدم نفاذ الإعفاء من الضمان 397

الفصل الثالث : التزامات المشتري 403

الفرع الأول : الإلتزام بدفع الثمن 403

الفقرة الأولى : زمان الدفع 404

الفقرة الثانية : مكان الدفع 405

الفقرة الثالثة : حبس الثمن 406

الفقرة الرابعة : الضمانات الممنوحة للبائع 408

1) حق حبس المبيع 408

أ) شروط ممارسة حق الحبس 409

ب) آثار ممارسة حق حبس المبيع من طرف البائع 410

2) حق استرداد المبيع 411

3) حق الفسخ 411

الفرع الثاني : الإلتزام بتسلم المبيع 412