

التَّقْوِيَةُ فِي مَلِكِ الْغَيْرِ

بصلم
الدكتور

أحمد بن طالب

دار الميزان للنشر: 2009

تقديم

بقلم الأستاذ

محمد كمال شرق الدين

يسعدني تقديم هذا الكتاب لكافة المهتمين بالأبحاث القانونية.

لقد أوفى هذا البحث المتكامل بما هو محمول على عمل الفقه عامة وعلى دراسات الدكتوراه خاصة وهو التقيّد بمنهجية علمية دقيقة لتقديم عناصر القانون الوضعي في شأن مسألة ما في بناء متّحد الأساس متجانس الأركان.

" التّهوية هي ملك الغير... "

للمسألة أصداء لا تخفى في ماضى الأبحاث وليس في ذلك غرابة، فالهضوع

هو في صميم ركيزتين من ركائز القانون المدني : العقد والملكية.

لم يخش الباحث ما سبقت كتابته في الموضوع ولا المكانة التي يتبوّؤها بل لعلّه قصد السعي في البحث فيه بوجه متجدّد لكونه واعيا بما يعد به الخيار من آفاق وما يعرضه من صعوبات. تناول البحث "التفويت" بمفهوم موسّع ليثقل، دون حجب، بكل نقل أو إنشاء إرادي وبمقابل لحقّ عيني على مال غير مملوك للطرفين زمن التفويت. وعلى هذا الأساس امتدّ النّظر إلى بيع ملك الغير ورهنه والمعاوضة به وكلّ ما فيه عوض به. فما حكم هذا التفويت ؟

ذكر الباحث بمعطى ثابت في هذا الشأن وهو الانقسام القديم المتجدّد حول الموضوع بين الجواز والمنع، بين الصحة والبطلان. ولم يخف على الباحث أنّ ثراء الاهتمامات والمواقف والقراءات السابقة انحصر، أساسا، في الجزاء المتصل بعقد البيع والحال أنّ المسألة المطروحة هي إحدى مسائل هذا العقد برمته. ومن ثمّ أمكن للمؤلّف حصر إشكالية البحث : هل يمكن، بالاقتصار على النّصوص الوضعيّة الخاصّة بتنظيم البيع، الوصول إلى حلّ مسألة جواز التفويت

طبعة أولى : سنة 2009

كثيرة السحب : 1000 نسخة

ت. د. م. ك. : ISBN: 978-9973-782-77-9



دار الميزان للنشر - صاحب النّشر : فيصل قاسم

حمّام سوسة : 98401829

في ملك الغير بوجه عام والإجابة عن كل المسائل المتصلة به في نسق نظري متكامل ومتناسك؟

للكشف عن الجواب المنشود ولتقديم نظرية عامة للتقويت في ملك الغير، اعتمد الباحث مقارنة داخلية لأنها تتطلب التركيز على ذات التقويت بين طرفيه وفي داخل نصه المباشر وتفرض استبعاد المالك الحقيقي من دائرة النظر ذلك أن المنع في حقه بديهي. كما أن هذه المقاربة تتطلب التركيز على تنظيم التقويت بمصادره الشكلية المباشرة دون الوقوع في تأثير المصادر المادية.

إن مقارنة البحث ومخططه بما استوجبه من توضيحات أصلية ومنهجية أفضيا إلى الجواب إيجابا عن إشكاليته المتعلقة بإمكانية بناء نظرية عامة للتقويت في ملك الغير، انطلاقا من تظافر العناصر المنطقية والضرورية لبنائها: فقد وجد الأساس وهو الضمان وصح الحكم وهو الصحة وتأكّد النفاذ بشرط الملكية سواء بالإجازة، أم باكتسابها لاحقا وتحقق الجزاء وهو الفسخ

بالتزامات نوعية متبادلة تختلف من تقويت إلى آخر، لكن فيه التزاما قارا وعماما هو التزام المفوت بضمان الاستحقاق الذي يستند إلى عنصر التنازل في الأثر العيني إذ المفوت ضامن لتنازله لأن الضامن لا يستحق فيلزم عندئذ بأن يجعل الاكتساب يتحقق عند المفوت له استكمالا لتحقيق الأثر العيني للتقويت باعتباره هو الغرض المقصود منه.

ومن هنا، واعتبارا لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوّره، يتضح أن بيع ملك الغير صحيح لأنه يرثب أثره الشخصي وعلى الأخص منه ضمان الاستحقاق، الذي يظهر كعلامة على صحة البيع، بل وأساس لها، لأنه إذا سأل سائل: لماذا جعل المشرع بيع ملك الغير صحيحا أوجب: لأنه ينشئ التزاما بالضمان استنادا إلى عنصر التنازل في نقل الملكية. ومعلوم أن العقد الذي ينشئ التزامات هو عقد صحيح بلا خلاف.

ثمّ واعتبارا كذلك لأن الأحكام تدور مع عللها أو أسبابها، فحيثما وجد

والتعويض وثبتت جملة الأحكام التفصيلية المتصلة بكل ذلك، فضلا عن القواعد العامة الموحدة.

فأمكن بتحليل داخلي للفصل 576 من مجلة الالتزامات والعقود وبالتشامم مع تنظيم البيع، الكشف عن التصور التشريعي للتفويت عامة وحقيقة بنائه القانوني. فتبين أن التفويت هو عقد على إنشاء أو نقل حق عيني يحدث نوعين من الآثار : عيني وشخصي. أما الأثر العيني وهو أثر قانوني لا شخصي فيتركب من تنازل واكتساب، تنازل من جهة المفوت يتم بمجرد العقد، واكتساب من جهة المفوت له يتزامن مع التنازل إن لم يشترط له القانون شرطا خاصا إضافيا أو كان الشرط المطلوب محققا عند التفويت. لكن إذا تأخر الشرط عن العقد كإفراز الشيء المثلي أو ترسيم الحق بإدارة الملكية العقارية فإن الاكتساب يتراخى حتى يكتمل الشرط. وأما الأثر الشخصي فينشأ منذ العقد ويتمثل

الأساس بمعنى العلة وجد الحكم، فإن التفويت على إطلاقه صحيح لأن أساس الضمان هو أساس عام يعم كل تفويت مطلقا، فما من تفويت إلا ويرتب الضمان.

وأمكن للباحث، على النحو المذكور، إقرار وجود نظرية عامة للتفويت في ملك الغير. إنه تفويت صحيح لكونه لا ينشئ أثره العيني إلا إذ تحقق شرط الملكية، وهو ما فرض بناء الاستدلال في مرحلتين متتاليتين الأولى لإثبات الصحة والثانية للنظر في مآل التفويت.

إن الوصول إلى بناء نظرية عامة للتفويت في ملك الغير لم يكن الثمرة الوحيدة التي جناها الباحث من مجهوداته بل كان بناؤه النظري مناسبة له، ومن ثمة لقرائه، لاكتشاف قيمة ضمان الاستحقاق كالتزام مركزي في تصور التفويت وتشبيته أهمية الفسخ كجزاء للعقد الصحيح وكذلك تأكيد أن بطلان

الالتزام هو أمر استثنائي لا ينبغي التسرع إليه. وصفوة القول إنّ البحث وفّر فرصة استكشاف جديد لأغوار نظرية الجزاء المدني بصورة عامّة.

وقد اقتضى العمل من المؤلّف جهدا كبيرا، فكان نتاجا غنيا بتحاليله قويا بمعلوماته متميزا بدقّة مراجعته. ومما ساعده على الوصول إلى غاياته العلميّة، أنّه من خيرة أساتذة الكلية، ذاع صيته منذ أول أعماله حول الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود وهو ما يزال ينفع طلبته بعلمه ويثري قراءه بكتاباته ويمتّع زملاءه بأرائه وملاحظاته، بذهن واع وإطلاع واسع ومنهجية منضبطة ثابتة.

يأتي هذا البحث ليعرّز هذه المسيرة ويؤكد هذه الخصال، وليعدّ بانتاجات قادمة نجدد فيها إن شاء الله اللقاء مع المؤلّف.

محمد كمال شرف الدين

استاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس

الإهداء

إلى روح والدي العزيز الذي وافاه الأجل قبل أن يرى هذا الكتاب إلى جوار من عنده أمر الكتاب... ولكلّ أجل كتاب،

إلى أمي وزوجتي وابني،

إلى إخوتي وكل من ساعد في هذا
الكتاب ...

إلى كل من يطلبه.

نصديبر

«ولا بدّ من استجماع الأصول ومن استيفاء الفروع ومن حسم كلّ خاطر، وقمع كلّ ناجم ومصرف كلّ هاجس ودفع كلّ شاغل حتّى تتمكّن من الحجّة... وتفضي إلى حقيقة الأمر. وإن كان لا بدّ من عوارض العجز ولواحق التّقصير، فالبرّ لها أجمل والضّرر علينا في ذلك أيسر».

تفسيرات

- تسطير النصوص والشواهد التشريعية، والفقهية أو تشخيصها هو عمل شخصي.

- نقل النصوص والشواهد الأعجمية إلى اللغة العربية هو ثمرة ترجمة شخصية.

- ذكر المراجع المكتوبة باللغة الفرنسية خاصة يستجيب لاختيار أن تذكر أول مرة بلغتها الأصلية ثم تترجم إلى العربية ويتواصل بعد ذلك ذكرها بلغة البحث. وإنما تميز عن المراجع العربية الأصلية بوضع علامة * أمامها إذا كان أصحابها عربا رفعا للالتباس.

مختصرات ورموز

مجلة الأحكام القانونية التونسية.	أ.ق.ت.:
الرائد الرسمي للجمهورية التونسية.	رائد رسمي:
صفحة.	ص:
نقطة /فقرة فرعية.	ف. /ف.ق.:
مجلة القضاء والتشريع.	ق.ت.:
مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة لمكمة التعقيب.	ق.د.م.:
مجلة الإجراءات الجزائية.	م.إ.ج.:
مجلة الأحوال الشخصية.	م.أ.ش.:
مجلة الالتزامات والعقود.	م.أ.ع.:
المجلة التجارية.	م.ت.:
مجلة التجارة البحرية.	م.ت.ب.:
مجلة التهيئة الترابية والتعمير.	م.ت.ت.ع.:
المجلة الجزائرية.	م.ج.:
مجلة الحقوق العينية.	م.ح.ع.:
مجلة الشركات التجارية.	م.ش.ت.:

مجلة الطيران المدني.	م.ط.م.:
المجلة القانونية التونسية.	م.ق.ت.:
مجلة معالم التسجيل والطلاب الجبائي.	م.م.ت.ط.م.:
مجلة المرافعات المدنية والتجارية.	م.م.م.ت.:
نشرية محكمة التعقيب (القسم المدني).	ن.:
نشرية محكمة التعقيب (القسم الجزائي).	ن./م.:
نشرية قرارات وأحكام المحكمة العقارية الصادرة في مادة المراجعة. هامش.	ن.م.ع.:
ندل هذه العلامة على أن المرجع الموضوعه أمامه هو مرجع مترجم.	ن.م.ع.:

♦ ♦ ♦

A.J.T:	Actualités juridiques tunisiennes.
Art.:	Article.
Cass.civ./crim.:	Cour de cassation (française), chambre civile / chambre criminelle.
Chr.:	Chronique.
Coll.:	Collection.
D.:	Dalloz.
Doctr.:	doctrine.
éd.:	édition.
G.P.:	Gazette du Palais.
Jurispr.:	Jurisprudence.
n°:	numéro.

المقدمة

Obs.:	Observations.
p./pp.:	Page / pages.
R.I.D.C.:	Revue internationale de droit comparé.
R.Sc.Crim.:	Revue de sciences criminelles.
R.T.D.:	Revue tunisienne de droit.
R.T.D.Civ.:	Revue trimestrielle de droit civil.
S.:	Sirey.
s.:	suyants/suyvantes.
Sem.Jur.:	Semaine juridique.
spéc.:	spécialement.

توهيد

1- إن تقسيم الحقوق المالية إلى شخصية وعينية¹ - وهو من أكبر تقسيمات القانون المدني² - يقابله اعتبار العقد والملكية ركيزتين أساسيتين للنظام القانوني عامة والمدني خاصة³. وإذا كان مجال العقد هو الالتزامات والحقوق الشخصية أساسا، فإنه أيضا وسيلة للسيطرة على الأموال والتحكم في الخيرات بإقامة علاقات عينية تنقل السيطرة على الأموال أو توزعها بين أعضاء المجتمع فرادى أو جماعات. ولذلك تجده في الآن نفسه مصدرا للالتزامات⁴ وسببا لاكتساب الحقوق العينية عامة وعلى رأسها حق الملكية⁵، هذا الحق الذي يعدّ التّدليل على أهميته ضربا من التّزيّد الفكري باعتباره عصب الحياة الاقتصادية

وأحد أهم عناصر الأمن والسلم الاجتماعي^٥، مما حدد اختيار الدولة جعله مبدأ

¹ انظر في هذا التقسيم: محمد العربي هاشم، محاضرات في القانون المدني التونسي لطلبة السنة الأولى حقوق، الكراس السادس، قانون الأموال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1989-1990، درس مرقون، ص 296 وما يليها. - محمد الزين، النظرية العامة للتزامات، 1- العقد، طبع مطبعة الوفاء، تونس، الطبعة الثانية، 1997، ف1، ص 17. - محمد كمال شرف الدين، قانون مدني: النظرية العامة، الأشخاص، إثبات الحقوق (معرفة القانون)، طبع المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، الطبعة الأولى 2002، ف 163، ص 173. - يوسف الكناني وفوزي بالكناني، الأموال، مركز النشر الجامعي، تونس 2003، ف 15 وما بعدها، ص 11 وما يليها.

² انظر:

Mohamed CHARFI, Introduction à l'étude du droit, Edition Cérès, Tunis, 3^{ème} éd. 1997, n°459, p.216.- Slaheddine MELLOULI, Droit civil, Introduction à l'étude du droit, Publications de l'Imprimerie Officielle de la République Tunisienne, Tunis 2000, n°544, p.168.

³ Jean CARBONNIER, Flexibe Droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J. Paris, 6ème éd., 1988, p.179.

⁴ الفصل الأول م.أ.ع.

⁵ الفصل 22 م.ج.ع.

⁶ انظر: محمد العربي هاشم، قانون الأموال، درس سابق، ص 312.

أساسياً لنظامها القانوني والاقتصادي أودعته أرقى مراتب ضمانها في الفصل 14 من الدستور: «حق الملكية مضمون ويمارس في حدود القانون»⁷.

وبعد اقتحام العقد مجال الحقوق العينية ممارسة من المتعاقد لسلاطة التصرف المتاحة له منطقاً وقانوناً بموجب حقه على الشيء⁸ وأكمل مظهر لها هو حق الملكية الذي يخول لصاحبه كل السلطات الممكنة على الشيء من استعمال واستغلال وتقويت، تخويلاً إقصائياً ينتج من صريح الفصل 17 م.ج.ع.: «حق الملكية هو الحق الذي يخول لصاحب الشيء وحده استعماله واستغلاله والتقويت فيه».

وتتضمن هذه الصبغة الإقصائية لحق الملكية معنيين متلازمين ومتكاملين يكاد صريحهما ينطلق عن إichاء شديد بالتالي لأنه إذا كان التقويت من حق المالك وحده فمعنى ذلك أنه لا يجوز لغيره، إذ الأصل أن يتم التقويت في الشيء

والإنكار. وهو ما يؤيده أن الأخلاق الدينية¹⁰ تنهى عن أكل الناس أموال بعضهم دون حق في قول الله تعالى مكرراً «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» الآية (البقرة: 188) وفي آية أخرى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» الآية (النساء: 29) وفي حديث الرسول ﷺ في خطبة حجة الوداع: «يا أيها الناس إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا... كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه»¹¹ حتى اعتبر حفظ الأموال وثباتها مقصداً أساسياً¹² من مقاصد الشريعة الإسلامية¹³. وهو كذلك في القانون الذي لا ينتظر من ضمانه الملكية

¹⁰ يشير هذا المصطلح إلى أوامر الخير ونواهي الشر التي تضمنتها تعاليم الإسلام اخذاً في الاعتبار لأمرين متلازمين هما أن الإسلام دين الفطرة كما يؤخذ من قوله تعالى في سورة الروم الآية 30: «فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقِيمُ وَلَكِنْ أَكْثَرُ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ» ومن الحديث

من المالك لا من غيره. ولا يرقى شك إلى بدهة هذا الاستنتاج نظرا لقوة حجته الذاتية المفروضة بمنطق أن «فاقد الشيء لا يعطيه» مما يضعه فوق التّليل⁹، ونظرا أيضا لردّ الفعل الفطري والعضوي إزاء من يفوت في ملك غيره بالصدّ

- **Christian GOYON**, Des effets des conventions et des actes de disposition ayant pour objet la chose d'autrui, thèse Toulouse, 1884, p.10. - **Louis de CHAISEMARTIN**, Des effets entre les parties des contrats portant disposition de la chose d'autrui, thèse Paris, 1936, p.7.

⁷ **M.L.Fadhel MOUSSA**, La construction et la propriété en Tunisie, R.T.D. 1986, pp.371 et s. spéc. pp.375-376.

⁸ **Frédéric ZENATI et Thierry REVET**, Les biens, Coll. Droit fondamental, P.U.F. Paris, 2ème éd., 1997, n°113, p.137.

⁹ جاء في كشّاف اصطلاحات الفنون أن البيهقي «في عرف العلماء يطلق على معان منها مرادف للضروري... ومنها المقدمات الأولية وهي ما يقتضيه العقل عند تصوّر الطرفين والنسبة من غير استعانتة بشيء... ومنها ما يثبت العقل بمجرد التفاته إليه من غير استعانتة بحسّ أو غيره تصوّرا كان أو تصديقا...» كشّاف اصطلاحات الفنون لمحمّد أعلى بن علي الثّهانوي، نشر دار صادر، بيروت، على طبعه كلكوتا لسنة 1861، غير مؤرّخ، المجلد الأوّل، باب الباء، فصل الهاء، لفظ البيهقي، ص 158.

الشريف: «كأنّ موبود يوند على الفطرة...» وأن الرسالة المحمدية هي ذات بعد أخلاقي عميق يعبر عنه الحديث الشريف: «بعثت لأتمم مكارم الأخلاق». - انظر: السّيد سابق، إسلامنا، دار الكتاب العربي، بيروت، غير مؤرّخ، ص 7. - علّال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الخامسة 1993، ص 191 وما يليها. - صبحي محمصاني، الدّعائم الخلقية للقوانين الشرعية، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية، 1979، ص 91 وما يليها، خاصة ص 100 وص 309 وما يليها. هذا وقد أفاض العميد ريبير في شرح هذا المصطلح (*La morale religieuse*) وضرورته للقانون الوضعي متطلقا من تعاليم المسيحية: - **Georges RIPERT**, La règle morale dans les obligations civiles, Paris, L.G.D.J., 4ème éd. 1949, n° 13 et s. pp.22 et s.; Les forces créatrices du droit, Paris, L.G.D.J., 1955, n°54 et s., p.135 et s.

¹¹ رواه مسلم والترمذي وابن ماجه والدرّامي وأحمد في مسنده بألفاظ مختلفة. انظر نصّه بلفظ المتن في صحيح مسلم بشرح النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الرابعة، ج 7، ص 182. وبألفاظ أخرى في السيرة النبوية لابن هاشم، بتحقيق وشرح مصطفى السّقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ شلبي، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 2001، ص 868.

¹² محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، الطبعة الثالثة، 1988، ص 175 وص 180.

¹³ تماشيا مع هذا المقصد يرى الفقيه المالكي عبد الباقي الزرقاني في «باب الشهادات» من شرحه لمختصر خليل (دار الفكر، بيروت، على طبعه محمد أفندي مصطفى، القاهرة 1899، ج 7، ص 166) أنه «ما من حقّ لادمي إلا والله فيه حقّ وهو أمره بإيصاله لمستحقّه ونهيه عن أكله بالباطل».

دستوريا إلا أن يردّ بالمثل.

2- وفعلا ففي نظرته الفردية لحق الملكية يبرز المالك إزاء التفويت في حقه في مظهرين متناقضين: مظهر المصوّت ومظهر المصوّت في ملكه. وهو جدير بالحماية في الحالتين، بالإباحة والمنع لتناقض الوضعين. الإباحة في المظهر الأول وهي تحصل من مجرد الفصل 17 م.ح.ع. وطابعه الإقصائي. ومقصودها هو تحويل المالك إنشاء حقوق عينية على ملكه أو نقله أي تسليط تصرفه على أعيان مخصصة لنقلها أو إيقالها، وليس مطلق حقه في إنشاء التزامات على عموم ذمته بعمل أو بعدمه¹⁴، ويستوي في ذلك أن يباشر التفويت بنفسه أو بواسطة نائب عنه

وقد صاغ مقرر لجنة وضع مجلة الالتزامات والعقود، دافيد سانتيلانا هذا الرأي في التoulنة التي قدم بها اللائحة الابتدائية للمجلة بما تعريبه: «ويرى الزرقاني وغيره في هذا الشأن أنه ليس من حق للإنسان إلا وكان فيه لله منابه وهذا المناب هو أمر الله بأن نعطي كل ذي حق حقه وأن لا نستولي على ملك الغير بدون وجه».

لأنّ «النّياية هي حلول إزادة الأصيل محلّ إرادة النّائب في الالتزام بما عقد النّائب»¹⁵ وهي سبيل مشروعة لتمثيل الغير¹⁶ بإلزامه أو قبول التزام له¹⁷ حسب مصادرها¹⁸ ويظهر فيها المالك في مظهره الأوّل ولو اختلّت نيابة النّائب أو خرج عنها.

أمّا المنع فهو حكم المظهر الثاني لأنّه نقيض الأوّل وتناقض العلة يوجب اختلاف الحكم. إذ يعتبر القانون التفويت في ملك الغير ضربا من «الاعتداء» على إرادة المالك وعلى ملكيته يتنافى مع حماية حق الملكية لأنّ التفويت دون رضا المالك فيه إرغام لإرادته وجبر له للتنازل عن ملكه ياباه صريح الفصل 20 م.ح.ع. «لا يجبر أحد على التنازل على ملكه إلا في الأحوال التي يقرّها القانون وفي

14 يعرف لهذين الصنفين ثالث يسمى «الالتزام بالإعطاء» (محمد الزين، العقد، ف 17، ص 28) ويشمل نقل الملكية أو إنشاء حق عيني، أي ما نقصده بالتفويت. ولهذا لم نذكره في المتن فضلا عن أنه محل انتقادات كثيرة تشكك حتى في وجوده أصلا. وسيأتي تفصيل ذلك لاحقا. لكننا نفضّل من ناحية اصطلاحية استعمال الالتزام بنقل الملكية أو بالحق العيني على كلمة «الالتزام بالإعطاء» لأنها كلمة ثقيلة في السمع وليست دقيقة في تبليغ المعنى لسببين على الأقل أولهما أنها ترجمة حرفية لكلمة *donner* الفرنسية وهي كلمة غير دقيقة باعتراف الفرنسيين أنفسهم لأن أصل الكلمة اللاتيني هو *dare* وتعني نقل الملكية وليس *donare* وتعني الهبة والإعطاء. وإذا كان في العربية ما يسمح بالتصحيح فهو أولى بالاعتبار. وثانيهما أن كلمة «إعطاء» ذات دلالة تبرّعية واضحة قد تلمس حقيقة معناها لأن العطاء ومشتقاته كلّها تقرب أكثر من معنى الهبة والتبرّع، والقانون ذاته يسمي الهبة في مواضع متفرقة «العطية» والحال أن المقصود في الالتزام بإعطاء هو الالتزام بنقل الملكية أساسا أو بأي حق عيني آخر. ولكل هذا يحسن تسمية الأشياء بأسمائها فنقول الالتزام بنقل الملكية، أو على سبيل التعميم الالتزام بالحق العيني. وتجب هنا ملاحظة إضافة كلمة الحق في التسمية المقترحة احترازا عن الخلط مع الالتزام العيني (*obligation propter rem*) وهو مصطلح مكرس وذو دلالة مختلفة تماما عن تصنيف الالتزامات الشخصية.

مقابل تعويض عادل» ويجرّمه الفصل 292 من المجلة الجزائية بتشبيهه بالتحيل

- 15 محمد الزين، العقد، ف 104، ص 100.
- 16 لهذا السبب وصفها الفقيه الألماني بوشتا «Puchta»، بأنها «فضاعة منطقيّة *monstruosité logique*» ذكره: جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، طبيعتها وأحكامها، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية 1968، ف 14، ص 21.
- 17 الأصل أن يلتزم الإنسان على نفسه لكن قد يحل محلّ غيره بموجب النيابة، وفي ذلك ينصّ الفصل 37 م.أ.ع.: «ليس لأحد إلزام غيره أو قبول التزام له إن لم يكن مأذونا في النيابة عنه بتوكيل منه أو بولاية حكمية».
- 18 أول مصدر للنيابة هو الإرادة من خلال الوكالة خصوصا (الفصول من 1104 إلى 1171 م.أ.ع.) ولكنها لا تختلط معها بالضرورة وقد ينفصلان: جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، ف 72، ص 115 وما يليها.

Guy FLATTET, Les Contrats pour le compte d'autrui, Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français, Paris, Sirey 1956, n°54 ; p70.

وبالإضافة إلى الإرادة، تكون النيابة قانونية كالولاية على القصر والتقديم على المحجورين (أمر 18 جويلية 1957 المتعلق بتنظيم تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم، رائد رسمي عدد 58 صادر في 19 جويلية 1957) أو قضائية كالحراسة القضائية والائتمان العدلي (الفصول 1043 إلى 1053 م.أ.ع. والقانون عدد 71 لسنة 1997 المؤرخ في 11 نوفمبر 1997، رائد رسمي عدد 91 صادر في 14 نوفمبر 1997، ص 2125).

ورصده بعقوبة السجن مدة خمسة أعوام مع الخطيئة «يشبهه بالتحيل ويعاقب بالعقوبات المقررة بالفصل السابق بيع أو رهن أو كراء ما لا حق لمرتكب ذلك في التصرف فيه...». ويصل القانون بالمنع إلى منتهاه حينما يضعه موضع المبدأ العام ويضمته نص الفصل 551 م.أ.ع.: «لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق». فلا يبقى ريب بعد هذا في «بداية» منع التقويت في ملك الغير.

3- غير أن القانون لم يجتزئ بهذا الإعلان المبدئي عن المنع وإنما تصدى للتقويت في ملك الغير بنصين مباشرين وصریحين تعلقا باثنين من أكبر التقويّات هما البيع والرهن. فنصّ في الفصل 576 م.أ.ع. على ما يلي:

«يجوز بيع ملك الغير:

أولاً - إذا أجازته المالك لربّه.

ولا يلبث المطلع على هذين النصين¹⁹ أن يفاجأ بإعلانهما «صحة التقويت وجوازه» نظرا لتعارضهما مع المنع السابق، مما يثير سؤالا حتميا عن حقيقة هذا التعارض؟ وإن كان إخضاعهما للشرط كافيا لمنعه؟ والحق أنه موجود ويعبر عن حلين مختلفين لمسألة التقويت في ملك الغير يتراوحان بين المنع والجواز، بين الصحة والبطلان. إذ يطلعننا تاريخ القانون والقانون المقارن على وجود اتجاهين مختلفين في التعامل مع هذا التقويت، فبعض التشريعات يجيزه والبعض الآخر

¹⁹ لا يوجد في التشريع المدني المتعلق بالعقود المسماة نص آخر في موضوع ملك الغير باستثناء فصل مشكوك في مضمونه يبدو أنه يحيل إلى الفصل 576 م.أ.ع. وهو الفصل 733 م.أ.ع. في باب الكراء، لكن تحقيق الأمر ينفيه. فقد جاء في الفصل 733 م.أ.ع. المذكور كما نشر في الرائد الرسمي التونسي بالمحق للعدد 100 الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1906 وبصفحة 34 ما يلي: «أحكام الفصول 572 و575 و578 و579 المتعلقة بالبيع يجري حكمها على كراء الأشياء». ولكن بعض الطباعات لمجلة الالتزامات والعقود تسرب فيها عوض الفصل 578 الفصل «576» خاصة أنه ورد في النص الفرنسي من طرفه الأول... وهو لا يزال كذلك حتى

ثانيا - أو صار المبيع ملكا للبائع لبعدها.

فإن لم يجزه المالك جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع وعلى البائع الخسارة إن لم يعلم المشتري وقت الشراء أنّ البائع فضولي وليس لهذا البائع أن يعارض ببطلان البيع بدعوى أنّه فضولي»^{18مكرر}.

وأضاف في الفصل 203 م.ج.ع. نصّه:

«يصحّ رهن ملك الغير إذا أجازه المالك أو صار المرهون ملكا للرّاهن».

^{18مكرر} تجب الإشارة إلى أنّه برغم إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود بموجب القانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 (رائد رسمي عدد 68 صادر في 26 أوت 2005، ص 2369) احتفظ الفصل 576 م.أ.ع بصياغته الأصلية لسنة 1906 عدا تغييرين اثنين أثبتا في المتن بين معقوفين حيث عوضت كلمة «رّبه» بكلمة «المالك» في المادة أولا من الفصل وحذفت كلمة «بعد» من المادة ثانيا -منه، علما أنّ هذه الصياغة الجديدة هي مجرد صياغة شكلية لا تأثير لها في الأصل، ولا يترتب عنها أي تغيير أو تنقيح لمضمون الفصل 576 م.أ.ع كما جاء بصريح الفصل الثاني من قانون 15 أوت 2005 المشار إليه.

حقيقة الإحالة وإن كانت موجودة فعلا أم لا؟ وإن لم يكن فهل غيابها مقصود؟ وهل تصحّ الإحالة إلى الفصل 578 م.أ.ع. حال أنّ الفصل 738 م.أ.ع. يكاد يستعيد مضمونه صراحة؟ وإن كان الفصل 578 م.أ.ع. هو المقصود حقيقة فكيف يفسر النصّ الفرنسي الذي ذكر الفصل 576 م.أ.ع.؟ خاصة أنّ اللأئحة الابتدائية لمجلة الالتزامات والعقود تضمنت فيما يقابل الفصل 733 إحالة إلى ما يقابل الفصل 576 م.أ.ع. الحالي لا الفصل 578 م.أ.ع. (أي الفصل 552 إلى الفصل 673)؟، وأيا كانت الأسئلة والمشكلات المثارة فهي في الغالب لا تهمّ الفصل 576 م.أ.ع. بل تتعلق بالفصل 578 م.أ.ع.، والذي يقطع بذلك هو أنّ النصّ القانوني النافذ هو المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عملا بأحكام الفصل 545 م.أ.ع. وبصريح القانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرخ في 5 جويلية 1993 (رائد رسمي عدد 50 صادر في 6 جويلية 1993، ص 931) والذي عوض أوامر 27 جانفي 1883 و8 سبتمبر 1955 و13 سبتمبر 1956. وما طبعت المطبعة الرسمية إلا كتب مستسخة من الرائد الرسمي فإنّ جام حولها شك فنصّ الرائد الرسمي محكم وببقي هذا النصّ ولو بأخطائه إن وجدت ولا يجوز تداركها إلا بإصلاح غلط، ينشر بدوره بالرائد الرسمي وهذا لم يحصل مع الفصل 733 م.أ.ع. (لكنّه حصل مع نصوص أخرى باللغتين العربية والفرنسية إلا أنّ أثره انقطع نظرا لضالة عدد النسخ التي طبع فيها). ثم إنّ القرائن المستمدة من النصّ الفرنسي ومن الأعمال التحضيرية لا تنهض أمام نصّ القانون نفسه الذي كان يوجب تعليق النصّ العربي على النصّ الفرنسي عند التعارض. ناهيك عن انعدام موجه منذ قانون 1993 الذي جعل من النصّ الفرنسي مجرد ترجمة بلغة أجنبية للنصّ العربي على سبيل الإعلام.

انظر في هذا الاتجاه: فوزي بالكفاني، تعليق على قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 641 بتاريخ 25 أفريل 1993، ق.ت. مارس 1994، ص 79.

يبطله -II- وهو ما يمهد لتدقيق إشكالية هذا البحث وضبط منهجيته -III-
لكن لا بدّ أولاً من تحديد مجاله -I-.

-I-

4- يتحدّد مجال البحث من خلال توضيح المقصود بالتفويت في ملك الغير. وهو أمر يلزمه الكثير من الدقّة والتركيز تحسباً للوقوع في فهم انطباعي²⁰ قد لا يختلف بشأنه رجل القانون عن الإنسان العادي ويعتبر من التفويت في ملك الغير كلّ عمل لا يكون موضوعه ملكاً للمفوّت أيّاً كان وجه التصرف ومهما كانت الشّروط المطلوبة والآثار المقصودة، باستثناء انتفاء الملكية في التصرفات المشروعة طبعا كالوكالة²¹. فيدخل فيه مثلاً الوكيل الذي يبيع الدار التي وكلّ على كرائها والوليّ الذي يفوّت في مال منظوره والمدين الذي يرهن عقارا متمهدا للدائن بأنّ قبول صاحبه واقع لا ريب فيه، والمدين الذي يرهن صابة

اشتراها في موسم البذر، والوارث الذي يبيع جزءاً من شركة والده المريض
والمشتري لعقار من أجنبي ويفوت فيه قبل الحصول على الترخيص الإداري...

والحق أنّ هذه الصّور كلّها ليست من ملك الغير لأنّها تحدث تشابكاً
وتداخلاً بين مؤسّسات قانونيّة مختلفة ومتميّزة عن بعضها²² وتتجاهل النصوص
الصّريحة المخصّصة لموضوع ملك الغير فتلبس مدلوله وتعنّم على منطقتة الحقّة،
والحال أنّها أدقّ وأوضح وهو ما يتبيّن بالتركيز على عنصري الموضوع / المفهوم

²⁰ **Henri de PAGE**, Traité élémentaire de droit civil belge, Tome 4, Les principaux
contrats (première partie) volume I (La vente) 4ème éd. Par **Anne**
MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Bruylant, Bruxelles 1997, n°33, p.74.

²¹ فالوكيل على البيع مثلاً يبيع ملك الموكل وهو ليس له، لكنّه مأذون في ذلك في إطار عقد هذا هو موضوعه
الطبيعي.

²² كالتّيابة والولاية والتعهد عن الغير والشّيء المستقبل والشركة المستقبلية والشروط... إلخ...

وهما التقويت أولاً، وملك الغير ثانياً.

5- التقويت هو ككل تصرف²³ قانوني²⁴ أي عمل إرادي²⁵ يهدف إما

²³ تطلق كلمة «تصرف» على معاني متعددة ومتنوعة إذ تستعمل في معنى التصرف القانوني عموماً (*L'acte juridique*) المقابل للواقعة القانونية (*Fait juridique*) كما في الفصلين 6 ف 2 و 11 م.ع. والفصول 156 و 157 و 158 و 160 و 162 و 163 و 165 م.أ.ش. وتستعمل أيضاً للدلالة على إدارة الشيء واستعماله كما في الفصل 164 م.أ.ش. والفصول 961 و 980 و 1056 و 1179 و 1180 و 1280 و 1282 و 1283 و 1284 و 1297 و 1460 م.ع. والفصول 58 و 148 و 158 م.ع. بل قد تستعمل في معنى الحوز جرياً على التعبير الشائع «الحوز والتصرف» كما في الفصلين 212 و 216 م.ع. وهي تطلق أخيراً على أعمال التقويت بالمعنى المثبت في المتن مثلما يتبين من الفصول 15 و 986 و 1064 م.ع. و 17 و 53 و 67 و 150 و 210 و 263 و 256 و 310 و 374 م.ع. وبهذا يتضح أن كلمة «التقويت» تمثل تخصيصاً لعموم كلمة «تصرف» بإطلاقها على معنى مخصوص كلما انصبّ التصرف على الملكية أو على حق عيني، وتقتضي الدقة استعمال اللفظ الخاص بدلاً عن العام.

²⁴ انتقد الأستاذ محمد كمال شرف الدين في درسه في قانون الأموال الموجه لطلبة السنة الأولى حقوق بكلية

إلى نقل ملكية شيء أو حق عيني آخر عليه أو إلى إنشاء هذا الحق²⁶. وهو²⁷ يختلف عن صنفين آخرين من التصرفات القانونية هما أعمال الحفظ²⁸ كالوديعة²⁹ وأعمال الإدارة³⁰ وأبرزها عقد

معيار التصرف: - نبيلة رسلان، العلاقات القانونية الثلاثية، طبع دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1986، ص 85 وما يليها.

- Nicole CATALA, La nature juridique du paiement, thèse Paris, L.G.D.J. 1961, n° 135, pp.25 et s.

²⁶ وفي نفس الاتجاه رغم استعمال كلمة «تصرف» في معنى «تقويت»: - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ج 8، حق الملكية، (1967) ف 299، و 305، ص 496 وص 501.

²⁷ يلاحظ أن هذا التعريف الشائع يغفل صورة إنهاء الحق العيني كالتنازل عنه مثلاً. وتفسير ذلك أنه يلحق بالتقويبات الناقلة للملكية فيشمله فرع النقل في التعريف. لكن الإنهاء ليس دائماً ناقلاً بل حقيقته أنه لا ينقل الملكية لأحد فهو إسقاط. وهو بهذا المعنى أجنبي عن إشكالية التقويت في ملك الغير لأن الإسقاطات لا

الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2001-2002 (درس مرقون، ف 108، ص 41) استعمال الفصل 17 م.ج.ج. لكلمة «تقويت» التي تقتصر على التصرف القانوني دون التصرف المادي حال أن هذا الأخير مشمول أيضا بالفصل 17 م.ج.ج. لأن سلطات المالك على ملكه تحتمل تغيير الشيء وإتلافه ماديا. ولئن كانت الدقة توجب تخصيص التقويت بالتصرف القانوني وتأييد الأستاذ محمد كمال شرف الدين فيما ذهب إليه، إلا أنه ربما جاز تفسير استعمال المشرع للكلمة من جهة ما يحتمله معناها اللغوي الذي يمكن أن يستوعب التصرف المادي لأن فوات الشيء يعني «ذهابه» و«تلفه»: جاء في لسان العرب «فاتي الأمر فوتا وفواتا: ذهب عنّي وفاته الشيء وأفاته إيّاه غيره...» - لسان العرب للعلامة أبي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، طبعة دار صادر، بيروت 1997. الطبعة الأولى مرتبة ومبوبة على الحرف الأول من الكلمة، المجلد الخامس، حرف الفاء، مادة «فوت»، ص 168. وكذا في القاموس المحيط، لمجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي، طبعة مصطفى بابي الحلبي، 1952، نشر دار الجيل، بيروت، الجزء الأول باب الفاء، فصل الفاء والقاف، ص 160. - وفي مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت 666هـ)، نشر مؤسسة النوري للطباعة والنشر، دمشق، غير مؤرخ، باب الفاء، مادة «فوت»، ص 513.

25 يعرف الفقه التصرف القانوني بكونه العمل الإرادي الذي يهدف إلى إحداث أثر قانوني معين. وجاء في الفصل الأول من مشروع تحويل المجلة المدنية الفرنسية: «التصرف القانوني هو تعبير عن الإرادة يهدف إلى إحداث أو تعديل أو إنهاء حق». وهو يقابل الواقعة القانونية التي هي حدث فعلي يرتب عليه القانون نتائج لا دخل للإرادة فيها. انظر: محمد الزين، ف 30، ص 35 - محمد الشريفي وعلي المزغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، تونس، 1995، ف 72، ص 71. ولزيد التفصيل واستعراض التعريفات المختلفة ومناقشتها وإبراز

تصني دون المال في ذمة أخرى وإنما وفقا عند خروجه من ذمة صاحبه، فلا يوجد فيها مضوت له يتأثر حقه بالتقويت، ولذلك فهي لاغية ولا موجب للخوض فيها فيصَحُّ التعريف المثبت في المتن دونها. انظر حول هذه المسألة عموما:

- Pierre RAYNAUD, La renonciation à un droit: sa nature et son domaine, R.T.D.Civ. 1936, p.763.

28 أعمال الحفظ هي «أعمال ضرورية وعاجلة تهدف إلى حماية الذمة المالية للشخص أو عنصر أو أكثر من العناصر المكوّنة لها دون أن يترتب عليها تعديل المركز القانوني لهذا الشخص، وتتميز بضالة نفقاتها بالنسبة لقيمة المال الذي تتم حمايته».

- محمد السعيد رشدي، أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص، رسالة دكتوراه، القاهرة 1983، ص 134. انظر تعريفات فقهية أخرى ص 90 - 131 - 133.

- Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, Cours de droit civil, Tome II, Les personnes - les incapacités, par Ph. Malaurie, CUJAS, Paris, 3ème éd. 1994/1995, n°521, p.214.

29 إن مقصد الحفظ لا يلتفت إلى ملكية المال بل ينصب على ذات الشيء وماديته. وعليه تجد المشرع يصرح بكلمات واضحة لا لبس فيها في الفصل 1000 م.ع. جواز الوديعة على ملك الغير: «لا يلزم لصحة الإيداع فيما بين المتعاقدين أن يكون المودع مالكا لما أودعه أو حائزا له بوجه قانوني!»

30 أعمال الإدارة هي تلك الأعمال التي يكون المقصود منها استغلال أو استثمار العناصر المادية المكوّنة للذمة المالية استغلالا عاديًا دون أن يترتب عليها إلزام الذمة في المستقبل ودون أن تغيّر من التخصيص الاقتصادي للعناصر المكوّنة لها. - محمد السعيد رشدي، أعمال التصرف...، ص 163.

الكراء³¹ ويعبر عن أقصى التدرج في خطورة أثر هذه الأعمال³² على الذمة المالية للشخص³³. وتقاس هذه الخطورة بالانعكاس الاقتصادي للتصرف على الذمة المالية أو بمعيار قانوني مستمد من تحليل التصرف انطلاقاً من طبيعته القانونية³⁴ بأن كان متعلقاً بحق عيني لنقله أو إنشائه وإلا فهو ليس من أعمال التفويت.

³¹ لا يقال إن الكراء إذا تجاوز مدة معينة انقلب إلى عقد تفويت، وتقدر هذه المدة بعامين أو بثلاثة حسب الأحوال في بلادنا كما يفهم من الفصل 15 م.ع. والفصل 373 م.ع. وأمر 4 جوان 1957 المتعلق بالعمليات العقارية (رائد رسمي عدد 45 صادر في جوان 1957، ص 885) والمتم بمرسوم 21 سبتمبر 1977 (المرسوم عدد 13 لسنة 1977 المؤرخ في 21 سبتمبر 1977، رائد رسمي عدد 63 صادر في 30 سبتمبر 1977، ص 2707) الذي أوجب رخصة الوالي في الكراء الذي فيه طرف أجنبي إذا تجاوزت مدة الكراء عامين، والقانون عدد 30 لسنة 1987 المؤرخ في 12 جوان 1987 المتعلق بالكراء الفلاحي (رائد رسمي عدد 43 صادر في 16 جوان 1987، ص 763). ففي هذه الأحوال وعلى فرض صحة تغير وصف الكراء، فإن هذا التغير يفضي له اعتبارات خاصة لحماية مصالح معينة كالقصر في الفصل 15 م.ع. والالتزام بالناتجة

وهذا هو الفهم المعتمد في التفويت الذي يلتزمه هذا البحث دون الفهم الاقتصادي³⁵ الذي تحتاجه أحكام الأهلية والولاية والنيابة³⁶، وهي ليست موضوع هذه الدراسة التي تتأثر بطبيعة التصرف في ذاته بقطع النظر عن أثره الاقتصادي على الذمة ودون التفات إلى القيمة المالية لهذه الأخيرة، وإنما لمكوناتها أي للأعيان باعتبارها محلاً مباشراً للتفويت³⁷.

6- ولئن كان من الشائع إطلاق كلمة التفويت على الأعمال الناقلة للملكية دون غيرها³⁸ فإنها تستعمل أيضاً لكل الحقوق العينية لأن النقل والإحالة قد يشملان كامل الملكية أو بعض أجزائها

³⁵ من بين التعريفات التي تركز على الاعتبار الاقتصادي في أعمال التفويت يمكن ذكر التعريف الذي اعتمده محمد السعيد رشدي، ص 167: «هي الأعمال التي يترتب عليها تعديل المركز المالي للشخص بصفة نهائية أو إلزامه بالنسبة للمستقبل مثل بيع عقار أو محل تجاري أو إنشاء رهن، والتي من شأنها أن تغير من تخصيص الاقتصادي للعناصر المكونة للذمة المالية مثل تغير النشاط الاقتصادي لمشروع من المشروعات».

³⁶ لذلك نجد الفقهاء ينبهون في هذا الخصوص إلى عدم الخلط بين أعمال التقويت ونقل الملكية أو أي حق عيني، فرغم تقاربهما الكبير لأن الثاني هو أهم مثال على الأول، لكنهما ينفصلان بدليل أنه من الأعمال النافذة للملكية ما يعتبر أحيانا من أعمال الإدارة كبيع الثمار أو من أعمال الحفظ كبيع ما يخشى فساده من وكيل (الفصل 1133 م.ع.) أو دائن مرتين مثلا (الفصل 235 م.ع.) كما أن من أعمال الإدارة ما قد يصبح تقويتا كالاقتراض والكراء لمدة تفوق ثلاثة أعوام (الفصل 15 م.ع.) باعتبار أنهما يتقلان الذمة بالنسبة إلى المستقبل.

انظر. محمد السعيد رشدي، أعمال التصرف وأعمال الإدارة...، ص 169 وما يليها. - مازو وشاباس، مدخل

لدراسة القانون، ف 2-261، ص 366.

- **Jean CARBONNIER**, Droit civil, 1/ Les personnes (personnalité, incapacités, personnes morales), P.U.F. Paris, Themis-Droit privé, 17ème éd. 2000, n°102, p.187.

³⁷ كاربونييه، الأشخاص، ف 102، ص 187.

³⁸ غالبا ما تستعمل كلمة تقويت للدلالة على نقل الملكية (Aliénation) وهذا المعنى تكاد تختص به مجلة معالم التسجيل والطابع الجبائي في فصولها 3 خامسا و 21 ثالثا و 28 و 29 ثالثا و 1.5 و 99 ثانيا، لكن نجده أيضا في مجلة الالتزامات والعقود في الفصول 986 ف 2 و 1285 و 1286 وفي مجلة الحقوق العينية، الفصول 59 و 100 و 365 ف 2 و 366 ف 2 و 373.

عن السجل العقاري في الفصل 373 م.ع. والمراقبة الإدارية للعمليات العقارية في أمر 4 جوان 1957، واستمرار الاستغلال الفلاحي في قانون الكراء الفلاحي، لكن لا ينتج عن طبيعة التصرف نفسه التي تبقى التصرف منشأ لحق شخصي لا لحق عيني ولو طال مدة الكراء. ومعلوم أن هذا البحث يتأثر بطبيعة التصرف قانونا ولا يقف عند وظيفته الاقتصادية. انظر في تحويل الكراء إلى عمل تقويت اقتصاديا: محمد السعيد رشدي، أعمال التصرف وأعمال الإدارة...، ص 191 وما يليها وخاصة ص 200. وفي كراء ملك الغير عموما: - فوزي بالكساني، تعليق سابق على قرار محكمة الاستئناف بتونس المؤرخ في 25 أفريل 1993. - المنذر الصيّد، كراء ملك الغير على ضوء مجلة الالتزامات والعقود التونسية، ق.ت. مارس 1990، ص 47.

³² محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، ف 166، ص 174.

³³ لذلك يصلح هذا التقسيم لمسائل الأهلية والولاية والنيابة لتحديد سلطات الولي أو النائب في إدارة مكاسب المنظور أو المحجور أو الأصيل، إذ القاعدة العامة في هذا الخصوص أن مدير كسب غيره يقتصر فيه على الإدارة والحفظ ويمنع عليه التقويت فيه. راجع الفصول 15 و 37 و 1120 م.ع.

وانظر لمزيد التفصيل:

- **Henri Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS**, Leçons de droit civil, Tome I, 1er volume, introduction à l'étude du droit, Paris, Montchrestien, 1991, 10ème éd. Par François Chabas, n°261-2, p.365.- **Béchir FERCHICHI**, La tutelle des pères et mères sur leurs enfants mineurs dans les droits tunisien et marocain comparés; thèse Tunis 1983, pp. 409 et s.

³⁴ انظر في عرض هذين النظريتين بوضوح: مالوري وأيناس، الأشخاص، ف 519، ص 212.

- **René VERDOT**, De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes d'administration et des actes de disposition, R.T.D.Civ. 1968, p.449.

كالاستعمال والانتفاع³⁹ وهو ما تشهد له مواضع كثيرة في التشريع⁴⁰ ولكنها تستعمل أيضا بصفة أخص للدلالة على التقويت بعوض⁴¹ وتقابلها كلمة التبرع⁴² لنقل الملكية أو الحق العيني دون مقابل⁴³. وينحصر البحث في هذا المعنى المخصوص⁴⁴ لأن من حسن الصنعة القانونية دقة المصطلح وصرفه إلى أخص معانيه.

³⁹ Jean CARBONNIER, Droit civil, Tome 3, Les biens: Monnaie, immeubles et meubles, Paris, P.U.F., 19ème éd., refondue 2000, n°25, p.109.- François LAURENT, Principes de droit civil français, Bruxelles, Bruylant-Paris, Librairie A.Marescq. Aîné, 5ème éd., 1893, Tome IV, n°304.

⁴⁰ لقد أثبت المشرع نفسه هذا الاستعمال في عديد النصوص القانونية منها خاصة الفصل 17 م.ح.ع. المشار إليه والفصول 69 و114 م.ح.ع. و1083 و1285 و1438 م.ع. التي من البين فيها أن التقويت يشمل كل الحقوق العينية، وكذلك بعض القوانين الخاصة بكتك المتعلقة «بالتقويت» في العقارات الدولية الفلاحية، وأخصها

ويسهل تبرير هذا الاختيار بسعة الانتشار العملي للمعاوضات واختلاف طبيعتها عن التبرعات. فالمعاوضات هي وسائل لتداول الأموال وتبادل الثروات وإقامة وتنظيم علاقات الإنتاج فهي باختصار أدوات النشاط الاقتصادي ولذلك فهي تتميز بمنطق الربح والمضاربة الذي يعكس تنازع المصالح بين أطرافها، خلافا للتبرعات التي تتميز بطابع شخصي واضح يظهر في انحصارها غالبا بين الأقارب فلا تتعدى المحيط الأسري⁴⁵ وفي قيامها على نية التبرع التي تترجم عن فكرة التفضل وحب الخير وابتغاء وجه البر والإحسان⁴⁶. ولكن أثرها خطير وهو إخراج مال عن الذمة بدون مقابل. ولذلك ترى المشرع ينتهج فيها خطين متوازيين فهو من جهة أثرها يبدي إزاءها كل التحوط لمساسها بثروة المتبرع ومن ورائه أفراد عائلته وحقوق الدائنين فيثقلها بشكليات جامدة ويحيطها بشروط دقيقة ويجيز حتى الرجوع فيها ولو بشروط. ولكنه من جهة نية التبرع تجده يتسامح في تفسير التزامات

المتبرع إزاء معاهدته لانه لم يأخذ منه شيئاً ويخفف من مسؤوليته تجاهه ويرفع عنه كلّ ضمان⁴⁸. وهذا ككله يعني في موضوع ملك الغير أنّ منع التبرّع أمر واضح لا غبار عليه لأنّ ثروة المتبرّع مهدّدة لو كان المال المتبرّع به فيها فما بالك به لغيرها، ولأنّ المتبرّع له لن يخسر شيئاً بخسارته الشيء الموهوب، بل لعلّ المنع هنا

⁴⁵ وهذا ما يفسّر تنظيم نموذجها الهيئة والوصية في مجلة الأحوال الشخصية (الفصول من 171 إلى 213).

⁴⁶ Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, Droit civil, Les successions, les libéralités, Paris, Cujas, 4ème éd., 1998, par Philippe Malaurie avec le concours de P.-J. Cloux et N. Gouzigou-Suhas, n°290, pp.161-162.

⁴⁷ الفصل 521 م.ع.

⁴⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 5، م 2، (1962)، الهيئة والشركة والقرض والدخل الدائم والصكح، ف 6، ص 20 والهامش.

- Jean CARBONNIER, Droit civil, Tome 4, Les obligations, Paris P.U.F., coll. Thémis (Droit privé), 21ème éd. Refondue, 1998, n° 15, p.50. -H.L. et J.MAZEAUD et François CHABAS, Leçons de droit civil, Tome II, 1er volume, Obligations, Théorie Générale, Paris, Montchrestien, 1991, 8ème éd., par François Chabas, n° 104, p.92.

الأمر العلي المؤرخ في 18 جوان 1918 المتعلق بالتصرف في أملاك الدولة العقارية الخاصة وتفويتها (رائد تونسني عـ76 عدد صادر في 21 سبتمبر 1918، ص1). انظر أيضا الأمر عدد 92 لسنة 1968 المؤرخ في 6 أفريل 1968 المتعلق بضبط كيفية المصادقة على عقود التصرف والتفويت في المكاسب والحقوق والديون الراجعة للدولة (رائد رسمي عـ5 عدد صادر في 9-12 أفريل 1968، ص 436) والأمر عـ2522 عدد لسنة 1994 المؤرخ في 16 ديسمبر 1994 المتعلق بتتقيح الأمر عـ1431 عدد لسنة 1990 المؤرخ في 8 سبتمبر 1990 المتعلق بكيفية التفويت في العقارات التابعة لملك الدولة الخاص (رائد رسمي عـ99 عدد صادر في 16 ديسمبر 1994، ص 2108).

⁴¹ راجع الشواهد المذكورة في الهامش السابق.

⁴² انظر على وجه الخصوص الفصل 1286 م.ع. وكذلك استعمال المشرع مصطلح أهلية التفويت (الفصل 1083 م.ع. مثلا) ليقابل به أهلية التبرّع كما في الفصل 1480 م.ع.

⁴³ من أمثله الهيئة (الفصول من 200 إلى 213 م.أ.ش.) والوصية (الفصول من 171 إلى 199 م.أ.ش.) وهما نموذجاه، والقرض (الفصول من 1081 إلى 1094 م.ع.).

⁴⁴ يحصل إذن في كلمة «تفويت» أنها تخصيص لكلمة التصرف القانوني لتطلق على ما تعلق منه بحق عيني لنقله أو إنشائه خاصة، وفي هذا الإطار إما تدلّ على كلّ تفويت مطلقا بعوض أو بدونه أو تختصّ بالعوض، وإما تدلّ على نقل أو إنشاء حقّ عيني أو تختصّ بنقل الملكية، فهي تخصيص قد يعمّ وقد يخصّص أكثر، وفي هذا البحث تعمّ من حيث الأثر فتشمل النقل والإنشاء، وتخصّص من حيث طبيعة الأثر فلا تهتمّ إلا بما فيه عوض.

أشد منه «بداهة» مما هو في المعاوضات حيث يصيب التقويت أكثر من حق وحيث صراع المصالح وبذل العوض يفرضان اهتماما خاصا بهذا التقويت مما يبرر الاقتصار عليه في هذا البحث.

7- ويسمح هذا التحديد بضبط المقصود بالتقويت وتدقيق ما يدخل فيه وما يخرج عنه. فيدخل فيه من ناحية كل التصرفات الناقلة للملكية بعوض كالبيع⁴⁹ والمعاوضة⁵⁰ والمفارسة⁵¹ والمساهمة بمناب عيني في شركة⁵² والصلح⁵³

⁴⁹ عرف الفصل 564 م.ع. البيع بأنه «عقد تنتقل به ملكية شيء أو حق من أحد المتعاقدين للآخر بثمن يلتزم به».

⁵⁰ الفصل 718 م.ع.؛ «المعاوضة عقد يسلم بموجبه كل من المتعاقدين للآخر على وجه الملكية شيئا منقولا أو غير منقول أو حقا مجردا سواء كان ذلك من نوع واحد أو من أنواع مختلفة».

⁵¹ الفصل 1416 م.ع.؛ «المفارسة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين للآخر بمبلغ من المال أو غير ذلك من المنفعة».

والتصيير بالدين⁵⁴ ويمكن أن تلحق بها بعض التبرعات التي يخالطها العوض كهبه العوض⁵⁵ والقرض⁵⁶ غيرها...⁵⁷ ومن ناحية أخرى التصرفات المنشئة لحق

⁵⁴ التصيير بالدين (و يقال في الشرق العربي الوفاء بمقابل) هو اتفاق بين الدائن والمدين على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن. انظر الفصول 341 و342 و254 م.ع. وفي استعمال «التصيير بالدين»، انظر الفصول: 165 و179 و1453 و1541 م.ع. ولزيد التعريف - السنهوري، الوسيط، ج 3، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، (1958)، ف 475، ص 798. - مازو وشاباس، الالتزامات، ف 889، ص 1001.

⁵⁵ الهبة هي أساسا تبرع أي تقويت بدون عوض، بل هي نموذج التبرعات مع الوصية. لكنه يجوز أن يشترط فيها عوض نقدا كان أو عملا فتسمى هبة العوض وتلحق عندئذ بالمعاوضات في بعض أحكامها. انظر الفصل 200 م.أ.ش.؛ «الهبة عقد بمقتضاه يملك شخص شخصا آخر مالا بدون عوض (فقرة أولى). ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين وتسمى هبة عوض» (فقرة ثانية). وانظر في العقد: السنهوري، الوسيط، ج 5، ف 4، ص 14-15.

المعارضة هي حسب الفصل 1410 م.أ.ع. ما «إذا كان موضوع الشركة اشجاراً منتمرة أو نحوها من ذوات الدخل وتكلفت الشريك العامل بغرسها في أرض شريكه على أن يكون له مناب شائع في الأرض والأشجار عند بلوغها إلى حدّ معلوم أو حدّ الإثمار...» ويوضح الفصل 1421 م.أ.ع. هذا الأثر بنصّه: «إذا أطلع الشجر أو بلغ الحدّ المتفق عليه صارت الأرض أو الشجر ملكاً شائعاً بين صاحب الأرض والعامل...».

57 من ذلك نذكر خاصّة تسمية مهر للزوجة وهي ركن في عقد الزواج (الفصل 3 ف 2 م.أ.ش.) وتدخل المهر في ملك الزوجة فهي تفويت ناقل بصريح الفصل 12 م.أ.ش. «كلّ ما كان مباحاً ومقومًا بالمال تصلح تسميته مهراً ويجب إلّا يكون تافهاً ولا حدّ لأكثره وهو ملك للمرأة تتصرّف فيه كيف شاءت». ولئن كان هذا العمل بعيداً كلّ البعد عن منطق المضاربة والربح المميز للمعاوضات بل هو في حقيقته «عطية محضة» إلّا أنّ الفقهاء ألقوه حكماً بها تمييزاً للتكاح عن الرّنا والمخادنة ومراعاة للمنفعة الرّاجعة إلى الزوجة، «فاصطبح التكاح في صورته الشرعيّة بصيغة العقود من أجل الإيجاب والقبول وصورة المهر... وما هو إلّا اصطباغ عارض» (محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلاميّة، ص 159) تفرضه حماية حق المرأة في المهر، وهو ما يحقّقه إلحاقه بالمعاوضات «ولهذا قالوا (الفقهاء المسلمون) أنّه من العبادات ولا حظوا أنّه لا بدّ في عقد الزواج من عوض هو المهر لقوله تعالى «أن تبتغوا بأموالكم» فهو من هذه الناحية من عقود المعاوضات «(حسن على الدّثون، النظرية العامّة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه مقدّمة لكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأوّل (القاهرة حالياً) 1946، طبع مطبعة نهضة مصر 1946، ص 57 - والتسطير في الشاهد لصاحبه). ويوجد لذلك صدى في الفصل 13 م.أ.ش. الذي يبيح للمرأة أن تمتنع عن الدخول حتّى يدفع لها المهر، وهذا منطق المبادلات لا التبرعات. انظر أيضاً: وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، 1989، ج 7، ص 280 و299.

52 المناب المقصود هو «المنقولات وغيرها من الحقوق» التي يذكرها الفصل 1255 م.أ.ع. وتنتقل ملكيته إلى الشركة على معنى الفصلين 1259 ف 3 م.أ.ع.: «ورأس مال الشركة ملك مشترك بين الشركاء بحيث يكون لكلّ منهم مناب شائع من رأس المال بقدر ما أتى به»، و 1265 م.أ.ع.: «إذا أتى الشريك بشيء معيّن بذاته وملّكه للشركة فعليّه ما على البائع من ضمان العيب الخفي والاستحقاق...». وقد أعادت مجلة الشركات التجاريّة حكم هذا النصّ في فصلها السادس، وهي تسمي المناب تارة بالمساهمة العينيّة (انظر مثلاً الفصول 100 و164 و166) وطورا الحصّة العينيّة (انظر مثلاً الفصول 88 و158 و167 و186)، بل هي تجمعهما أحيانا صلب نفس الفصل كما في الفصلين 173 و174. ولا يوجد فيها نصّ صريح في تملك الشركة لكنّه يفهم من عموم الفصول ويستنتج خاصّة من الفصل 6 المشار إليه ومن الفصلين 11 ف 2 و88 ف 2.

53 الصلح هو تصرّف مصرّح بالحقّ يبنّي على تنازل متبادل من المتصالحين رفعا للنزاع أو قطعاً للخصومة. لكنّه قد يقتصر بنقل ملكيّة شيء أو حقّ مثلما يستفاد من الفصل 1458 م.أ.ع. «...ويكون ذلك... بتسليم شيء من المال أو الحقّ». ومن الفصل 1466 م.أ.ع.: «إذا كان في ضمن الصلح ما من شأنه إحداث حقوق على أشياء قابلة للرهن العقاري...».

- حول الطّبيعة الكاشفة للصلح، انظر خاصّة:

- Roger MERLE, Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, thèse Toulouse, 1948. - Louis BOYER, La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif. Thèse Toulouse, Sirey, Paris 1949.

عيني كرهن المنقول أو العقار⁵⁸، وبصفة عامة كل تصرف يحدث هذا الأثر (أي نقل الملكية أو إنشاء حق عيني بعوض)⁵⁹ ولو كان غير مسمّى⁶⁰.

8- وفي المقابل يخرج عنه كل ما لا يحدث أثره المذكور وفيه أربعة أنواع تشمل إضافة إلى التبرعات وأعمال الحفظ والإدارة، انتزاع الملكية والالتزامات التي محورها التقويت.

9- أمّا انتزاع الملكية فالمقصود به هو البيع الجبري لمكاسب المدين وفقا لمجلة المرافعات المدنية والتجارية⁶¹ لا الانتزاع للمصلحة العامة⁶² الذي هو بطبيعته بعيد عن التقويت في ملك الغير لأنه ينصب على العقار في ذاته بصرف النظر عن مالكه وهو عمل من صلاحيات السلطة العامة. والبيع الجبري هو في حقيقته انتزاع للمصلحة الخاصة ولا تشمله كلمة التقويت لأنه ليس عملاً إرادياً من

المفوت⁶³ وإنما هو وسيلة خولها القانون للدائن ليجرد بها مدينه من مكاسبه

⁶³ ما يؤكد أن «البيع الجبري» لمكاسب المدين ليس في حقيقته بيعاً وإنما انتزاع هو أنه ليس عقداً يبرمه المدين بل هو عمل يتولاه الدائن (الفصل 425 م.م.ت.) ولا يتم إلا إذا أوقعته جهة التنفيذ، وهي دائرة العقارات العقارية (الفصل 427 م.م.ت.) أو عدل التنفيذ في المنقولات (الفصل 397 م.م.ت.)، ممّا يدل على غياب إرادة المدين فلا يعدّ هذا العمل تقويتاً. كما أنه أصبح بإمكان المدين أن يوقف إجراءات التثبيت إذا وفق في بيع رضائي للمال المعقول يقبله الدائنون أو يحقق لهم خلاص ديونهم (الفصلين 394 و 3 و 425 ف 1 و 2 م.م.ت. المضافين بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002، رائد رسمي عدد 65 صادر في 9 أوت 2002، ص 2020) وهو ما يتعارض مع الإجراءات المثبّعة التي لو كانت بيعاً حقاً لما كان لهذا البيع الرضائي أي معنى ولما أمكن إيقافها به. ثم إن هذا البيع يترتب عنه مفعول تطهيري للتأمينات وترسيمات الديون (الفصل 481 م.م.ت.) لا مثيل له في البيع الاختياري، وهو ما يقرّبه من الانتزاع للمصلحة العمومية (الفصل 2 من قانون 1976) ويؤكد انطواءه على فكرة الانتزاع التي تختلف جذرياً عن فكرة البيع باعتباره وسيلة اقتصادية لتداول الأموال والثروات، ولكنه ليس كالانتزاع للمصلحة العامة لأنه يحقق مصلحة خاصة هي مصلحة الدائن، ولأنه موجه ضد شخص معين هو المدين ولا يمكن أن يكون غيره عملاً بالفصل 192 م.ج.ع. ولذلك نصّ في شأنه الفصل 426 م.م.ت. أن البتة «لا تحيل إلى المبتت له حقوقاً عينية غير الحقوق

الراجعة للمعقول عنه» ومثل هذا النص لا حاجة له في الانتزاع للمصلحة العامة لأنه يتعلق بالعقار ذاته لا بمالكه، وفيه دليل إضافي على فكرة الانتزاع لأنه لو كان البيع الجبري تفويتا بحق لاكتفى فيه المشرع بالفصل 551 م.ع. وهو قاعدة عامة للقانون تجزيها عموميتها عن التكرار. ويدعم كل ذلك أن عدة مشاريع مقارنة تصف هذا البيع الجبري بنزع الملكية (انظر مثلا المادة 401 وما بعدها من قانون المرافعات المصري) أو بالانتزاع القهري *Expropriation forcée* (الفصل 2204 وما بعده من المجلة المدنية الفرنسية).

غير أن هذا التماثل بين البيع الجبري والبيع الاختياري ليس مطلقا لأنه خاص بالطبيعة دون الشكل (الكيفية) أي بالجوهر لا بالمظهر. فالبيع الجبري ليس بيعا من حيث طبيعته لأنه انتزاع، ولكنه كالبيع من حيث شكله بمعنى أن طريقة تحقيقه إجرائيا تتم على هيئة البيع بما يعنيه من نقل ملكية شيء في مقابل ثمن نقدي مما يسمح بتطبيق أحكام البيع فيما لا يتعارض مع التثبيت كتحميل المبتئ له التزامات المشتري خاصة أنه يتقدم للمزايدة مدفوعا أكثر برغبة الشراء) وإلزام المدين بتسليم المال وضمائه... وهذا ما يفسر أصلا الحديث عن «بيع جبري»، وتعليله أن البيع هو القالب الملائم لإطار المزايدة الرامية إلى الحصول على أرفع ثمن ممكن خلافا لمنطق الانتزاع الذي تخرج فيه الملكية مقابل «غرامة» لا ثمن. انظر خاصة: فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت 1969، ف 260 وما بعدها ص 487 وما يليها، انظر خاصة ف 266 ص 492. وقارب من: صلاح الدين الملولي، حول الطبيعة القانونية لمحضر التثبيت وإمكانية الطعن فيه، تعليق على قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 6355 المؤرخ في 24 مارس 1994، م.ق.ت. 1994، ص 280 - أحمد بن طالب، استحقاق المعقول، م.ق.ت. 1995، ص 85.

وربما جاز تفسير الحديث عن «بيع جبري» بتعليل آخر يستند إلى تصور مختلف لطبيعة البيع الجبري من أنه بيع

⁵⁸ الفصل 201 م.ع.: «الرهن عقد يخصص بموجبه المدين أو من يقوم مقامه شيئا منقولاً أو عقاراً أو حقاً مجرداً لضمان الوفاء بالتزام ويحول للدائن الحق في استيفاء دينه من ذلك الشيء قبل غيره من الدائنين إذا لم يوف له المدين بما عليه».

⁵⁹ كالإنزال والكردار مثلا، وهما عقدان منشئان لحقين عينيين هما الإنزال والكردار يرتبط بهما ثالث هو دخلهما (انظر الفصلين 954 و980 م.ع. والفصل 12 م.ع.)، لكن ذكر هذين العقدين لا يتعدى مجرد الإشارة لأن المشرع حجر إنشاءهما بموجب الفصل 191 م.ع. بداية من سنة 1965 وصفى ما كان منهما موجودا في العقارات الفلاحية بموجب القانون عدد 24 لسنة 1974 المؤرخ في 18 مارس 1974 (رائد رسمي عدد 21 صادر في 19 مارس 1974).

⁶⁰ يمكن ذكر الاتفاق المنشئ لحق الاستعمال أو لحق السكنى كما عناه الفصل 161 م.ع.: «حق الاستعمال أو حق السكنى يعين في السند المنشئ له...».

⁶¹ الجزء الثامن من هذه المجلة المخصص لوسائل التنفيذ: الفصول من 285 إلى 490. انظر خاصة الفصول 394 إلى 402 في بيع المنقولات والفصول 410 إلى 450 بالنسبة إلى العقارات.

⁶² انظر القانون عدد 85 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت 1976، المتعلق بتحويل التشريع المتعلق بالانتزاع للمصلحة العمومية، (رائد رسمي عدد 51 صادر في 13-17 أوت 1976، ص 2192) المنقح بالقانون عدد 26 لسنة 2003 المؤرخ في 14 أفريل 2003، رائد رسمي عدد 31 صادر في 18 أفريل 2003، ص 1143.

رغما عنه وبإشراف القضاء بعد وضعها تحت يد العدالة بعقلتها سعيا إلى تحويلها إلى ثمن يستخلص منه دينه⁶⁴.

10- وأما الالتزامات التي محورها التقويت فهي التزامات محلها إبرام التقويت نفسه وهي ثلاثة: الوعد بالتقويت والتعهد عن الغير بالتقويت والتعاقد في حق الغير. فالوعد بالتقويت⁶⁵ هو التزام بإبرام عقد التقويت أي أن أثره إلزام الواعد بإتمام العقد النهائي وهذا التزام بعمل⁶⁶ جائز تحمله بصرف النّظر عن ملكية الموعود به⁶⁷، لأنّ الواعد لا يرمي إلى التقويت في الشيء في عقد الوعد، بل إلى الالتزام بذلك في المستقبل، ولذلك هو في الحال غير ملزم بالتقويت⁶⁸، بل بعمل

حقيقة وإنما الجبرية فيه ليست وليدة فكرة الانتزاع بل فكرة الولاية الحكمية في إبرامه، بمعنى أن البيع الجبري هو بيع أصلا وهيئة إلا في طابعه الاختياري حيث يجبر فيه المدين على البيع بمقتضى نيابة جبرية منحها القانون للدائن وللقضاء لإبرام البيع، ومن ثمّ فتسميته بالبيع الجبري هي في واقع الأمر اختصار لتعبير «بيع

التقويت ويسأل فيه بالتعويض عند عدم العمل⁶⁹.

وأما التعهد عن المالك بالتقويت في ملكه⁷⁰ فيختلف عن التقويت نفسه لأنّ المتعهد وهو يعد معاقده بأن يجعل المالك يقبل التقويت في ملكه، لا يلتزم بأثار العقد الذي يتعهد فيه بل بالتزام خاصّ ومستقلّ هو الالتزام بالحصول على موافقة الغير على العقد⁷¹ وهو التزام بعمل ويتحقق نتيجة⁷² تقوم فيه مسؤولية المتعهد⁷³ إذا لم تتحقق موافقة المتعهد في حقه⁷⁴.

⁶⁹ قد يقترن الوعد بالبيع بشرط يعلّق عليه إبرام البيع النهائي يتمثل في حصول الواعد على ملكية الشيء الموعود به، فهذا ليس بيع ملك الغير مع ذلك لأنه لا يخرج عن كونه وعدا، وحتى إن نظر إليه من جهة الشرط فيكون تصرفا جائزا لعموم التصرف بهطلق الشرط.

⁷⁰ المستهوري، الوسيط، ج 4، م 1، البيع والمقايضة (1960)، ف 154، ص 272 - سمير كامل، شرط الملكية في الرهن العقاري، في موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية، الجزء الرابع والثمانون، الدار العربية

- **Ambroise COLIN et Henri CAPITANT**, Cours élémentaire de droit civil français, Tome II, 10ème éd., par **Léon JULLIOT de La MORANDIERE**, Dalloz, Paris, 1948, n° 865, p.576.

⁷¹ **Marc VARICEL**, Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort ?, Dalloz 1988, Chronique XVIII, pp. 123-130.

⁷² **محمد الزّين**، العقد، ف 463، ص 372؛ **السّنهوري**، الوسيط، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية (1964) ف 359، ص 558؛ نبيلة رسلان، العلاقات القانونية الثلاثية، ف 109، ص 194 وما يليها.

⁷³ **زهدي يكن**، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء السابع، القسم الثاني، في العقود المسماة، البيع، دار الثقافة، بيروت، الطبعة الأولى 1967، ف 68، ص 113-114. - **كميج حورية**، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر، 1983، ص 24 (رسالة مرفوعة).

- **François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE**, Droit civil, Les obligations, Dalloz, Paris - Delta, Beyrouth, 6ème éd., 1996, n° 484 et ss, pp.404 et s.

⁷⁴ لم تتطّم مجلة الالتزامات والعقود أحكام التعهّد في حق الغير، ولكنها تضمّنت نصّاً في باب الوكالة هو الفصل 1156 جاء فيه «إذا تصرّف الوكيل بلا وكالة أو تجاوز حدود وكالته لزمه غرم الخسارة لمن عاقده إن لم يتيسّر إتمام ما تعاقد عليه إلا إذا أعلمه بحقيقة الحال من أوّل الأمر أو ثبت أنّه كان عالماً بها، كل ذلك ما لم يتكفّل بإتمام العقد». وحكم هذا النصّ يمكن أن يعمم على كلّ صور التعهّد، فيلزم المتعهّد بالتعويض عند عدم قبول المتعهّد في حقّه، - انظر: **محمد الزّين**، العقد، ف 465، ص 373.

بتفويض جبري». ولعلّ مثال إحالة المؤسسة في إطار قانون إنقاذ المؤسسات المارّة بصعوبات اقتصادية مؤيد لهذا النّظر لأنّ بيع المؤسسة تغلب على إجراءاته المسعة التعاقدية أكثر من فكرة الانتزاع، ويتولاه وكيل قضائي (مراقب التّفيد) بإشراف القضاء (القاضي المراقب) وولاية المحكمة التي تبرم الإحالة. وهو يقبل الإبطال للتّعدي. انظر الفصول 47 و48 و48 مكرّر من القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرّخ في 17 أفريل 1995، (رائد رسمي عدد 33 صادر في 25 أفريل 1995، ص 792) المنقّح بالقانون عدد 79 لسنة 2003 المؤرّخ في 29 ديسمبر 2003، رائد رسمي عدد 104 صادر في 30 ديسمبر 2003، ص 3929.

وعلى كلّ، سواء اعتبر البيع الجبري انتزاعاً أم بيعاً بنيابة جبرية فهو في الحالتين ليس تفويتاً إرادياً ويخرج عن ميدان التّفويت في ملك الغير.

⁶⁴ انظر الفصول 192 م.ح.ع. و302 و309 و311 م.م.م.ت. مجتمعة.

⁶⁵ يعرف الفقه الوعد بالتعاقد عموماً بأنّه «عقد يقوم على إيجاب وقبول يلتزم فيه أحد الطرفين أو كلاهما بأن يبرم في المستقبل عقداً في الظروف وحسب الشّروط التي يبيّنها كتب الوعد»؛ **محمد الزّين**، العقد، ف 150، ص 126.

⁶⁶ راجع القرار التّعيني الصادر عن الدوائر المجتمعة عد 2082 عدد بتاريخ 30 جانفي 1976، مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة (ق.د.م) 1961-1962، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، تونس 1996، ص 417.

⁶⁷ لكن إذا أبرم التّفويت وكان الواعد / المفوّت غير مالك، اعتبر العقد عندئذ تفويتاً في ملك الغير.

⁶⁸ **Céline BEAUVAIS**, La vente de la chose d'autrui, mémoire de D.E.A. de droit privé, Paris I, sous la direction du professeur Jacques Ghestin, 1992-1993, p.19.

والتعهد في حق الغير يرتبط عادة بتعاقد في حق الغير أي «باتفاق يبرمه شخص باسم غيره وفي حقه ليلزمه نحو شخص المتعاقد معه دون أن تكون له صفة النائب»⁷⁵. وهذا التعاقد وإن كان تفويضا إذا تضمن بيعا أو رهنا أو غيرهما، إلا أن مرماه هو إلزام الغير استثناء من الفصل 37 م.ا.ع.، فيتم لذلك باسم المالك ويندرج في إطار نظرية النيابة ويمثل حالة نيابة بدون سلطة⁷⁶. وقد بين المشرع حكم هذه الوضعية في الفصول 40 و41 و42 م.ا.ع. التي ينتج منها أن هذا الضرب من التعاقد يصح بشرط تصديق الغير صراحة أو دلالة - فيعتبر كالوكالة السابقة - وإلا ينفك التزام المفوض له أي معاقد من التزم في حق غيره. ويختلف هذا الحكم عن التفويض في ملك الغير اختلافا جذريا من حيث أن هذا الأخير يتم باسم المفوض⁷⁷ لا باسم الغير⁷⁸، وأن التفويض يرمي إلى إحداث الأثر العيني في حين أن التعاقد في حق الغير يهدف إلى إلزام الغير أولا لأن المفوض يظهر فيه

النائب⁸⁰، فإن تجاوز النائب حدود سلطته أو تصرف بدونها لزمه العقد وقامت مسؤوليته طبقا لقواعد النيابة التي توجد أهمها في الوكالة⁸¹ مما يجعل لها أحكاما خاصة بها تعطىها استقلالية عن أحكام التفويض في ملك الغير فتوازيها ولا تكررهما. وبذلك لا يدخل في هذا البحث من التفويض إلا ما كان غير نيابي على عكس التفويض النيابي الذي يتعين إقصاؤه لأن مرمى النيابة هو إلزام الأصيل تجاه الغير وهو غير مرمى التفويض في ملك الغير⁸².

11- إن نسبة الملكية إلى الغير تعني وجود شيء مملوك للغير، وهو كل شيء يمكن أن يكون موضوع حق ملكية مقررة لفائدة شخص غير المفوض والمفوض له سواء كان ذلك الشيء منقولا أم عقارا. وعليه لا يعد من ملك الغير ويخرج من منطقة التفويض في ملك الغير ما ليس بمملوك وما ليس ملكا لأحد وما هو ملك لطرف في التفويض.

فما ليس بمملوك يعني الأشياء التي ليست بمال على معنى الفصل الأول م.ح.ع.
لكونها خارجة عن التعامل بطبيعتها⁸³ أو بحكم القانون⁸⁴.

⁸⁰ انظر الفصل 1105 م.ع. في باب الوكالة.

⁸¹ انظر في حكم تجاوز الوكيل حدود الوكالة أو التصرف بدونها خاصة الفصل 1122 م.ع. في علاقة الوكيل بالموكل والفصلين 1155 و1156 م.ع. في العلاقة مع الغير.

⁸² سعياً لمزيد الوضوح يفرض التفريق بين التفويت الثيابي والتفويت غير الثيابي تمييز ثلاثة أحوال للتفويت من زاوية الثيابية: - إما أن يتم التفويت باسم المالك ولمصلحته - وإما أن يتم باسم الموقوف باسم الموقوف ولمصلحته - وإما أن يتم باسم الموقوف لكن لمصلحة المالك: ففي الحالتين الأولى والثالثة يقضى لأنه تطبيق لنظرية الثيابية (التامة والناقصة)، وفي الحالة الثانية يشكل مادة الموضوع لأنه هو التفويت في ملك الغير الحقيقي.

⁸³ كالأشياء الشائعة بين الناس (*res communes*) مثل الهواء وأشعة الشمس... انظر: محمد كمال شرف الدين، الأموال، ف 6، ص 2.

⁸⁴ كالمخدرات (قانون عدد 52 لسنة 1992 مؤرخ في 18 ماي 1992، رائد رسمي عدد 33 صادر في 26 ماي 1992، ص 621) وجسد الإنسان وغيرها: يوسف الككناني وفوزي بالككناني، الأموال، ف 10، ص 9. - السنهوري، الوسيط، ج 8، 438 وما بعدها، ص 90 وما يليها.

بمظهر النائب لا الموقوف الأصلي ضرورة أن نظرية النيابة تقوم على تعاقد النائب باسم الأصل ولحسابه ويعلم المعاهد⁷⁹ أي الموقوف له، وتجاوز ولو بغير أهلية

⁷⁵ محمد الزين، العقد، ف 458، ص 368.

⁷⁶ محمد الزين، العقد، موضع سابق.

⁷⁷ سمير كامل، شرط الملكية في الرهن العقاري، ف 178، ص 263. - السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 154، ص 272.

- Pierre GUIHO, Les actes de disposition sur la chose d'autrui, R.T.D., Civ. 1954, pp.1 et s., n°3.

⁷⁸ قد يتم التفويت باسم الموقوف ولكن لا بعد تفويتاً في ملك الغير وذلك إذا تم لمصلحة المالك في إطار وكالة بالعمولة أو بالاسم المستعار أو شراء للغير (*déclaration de command*) وهي حالة نيابة ناقصة تظمها أحكام الوكالة وخاصة الفصل 1148 م.ع. - انظر: مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 667-668، ص 393-394.

⁷⁹ محمد الزين، العقد، ف 106، ص 100. - جمال مرسي بدر، الثيابية في التصرفات القانونية...، ف 137، ص 227.

وما ليس ملكاً لأحد يشمل الأشياء المباحة - غير الشائعة - والأشياء المعيّنة بالنوع. أمّا المباحات فهي الأشياء المنقولة⁸⁵ التي لا مالك لها وتملك بالاستيلاء⁸⁶

ويشير الملك العمومي صعوبة خاصة في هذا الإطار نظراً لمنع التفويت فيه بحكم القانون (الفصل 3 من الأمر العليّ المؤرخ في 24 سبتمبر 1885، رائد تونسي عدد 52 صادر في 1 أكتوبر 1885)، فهل ينفي ذلك مآلته؟ إنّ التقيّد بحرفيّة الفصل الأوّل يفرض الجواب بالإيجاب لأنّه شيء خارج عن التعامل قانوناً، لكنّ تسميته نفسها «بالملك» تستعصي على هذه النتيجة لأنّه منسوب إلى الملكيّة وهي من مقومات الماليّة مثلما يؤيدّه الفصل 16 م.ج.ع. الذي وصف الملك العمومي صراحةً بالمال «تخضع الأموال العامّة والخاصّة الرّاجعة للدولة وللجماعات المحليّة إلى القوانين الواردة في شأنها»، لكن إذا كان الملك العمومي مالا فهذا يوهن من تعريف الفصل الأوّل م.ج.ع. لأنّ من شأن التعريف أن يكون جامعاً مانعاً. ولا يبدو أنّ الملك العمومي من مشمولاته إذا اعتبر مالا، إلّا إذا فهم الفصل 16 م.ج.ع. على أنّه يخرج الأموال العامّة من نظر مجلّة الحقوق العينيّة برمتها بما فيها تعريفها فيكون مقصوراً عندئذٍ على الأموال الخاصّة. ويكون الملك العمومي في هذه الحالة مالا لكتّه مال عموميّ. ويؤيدّ جانب من الفقه وجهة النظر هذه (يوسف الكفاني وفوزي بالكفاني، الأموال، ف 8، ص 5) إذ يعتبر الملك العمومي مالا لكتّه غير قابل للتفويت فيه (زيناتي وريفيه، الأموال، ف 10-11، ص 26-27) ومنهم من يرى أنّه مهمّلك بدلاً، إضافته إلى التأمّة فقال: «المال التأمّميّ هو الذي يملكه المأمّمون...» (المرجع نفسه، ص 27).

وهي قبل الاستيلاء عليها ليست ملكاً لأحد فلا يتصور فيها أن تكون موضوع تعامل على ملك الغير. وأمّا الأشياء المعيّنة بالنوع⁸⁷ فهي الأشياء التي يتعامل فيها بتقديرها عدّاً أو وزناً أو قيساً أو كيلاً وهي في الأصل والغالب مثليّة⁸⁸ لها أشباه من جنسها تقوم مقام بعضها عند الوفاء⁸⁹ فيقال إنّها ليست ملكاً لأحد حكماً⁹⁰ وإنّها لا تهلك⁹¹ على معنى أنّ للملتزم بها أن يبرأ بأداء مثل ما التزم به سواء تمّ إفرازها أم لا⁹². لكنّ

تسليمها، لكنّه يستثني «ما كان على ملك صاحبه» منها. ولتلاحظ دفة هذا التعبير في الدلالة على أنّ الأصل في هذه الأشياء أنّها غير مملوكة لأحد. ولزيد تدقيق هذه الأشياء والفروق بين أفرادها، انظر: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينيّة الأصليّة، أسباب كسب الملكيّة والحقوق المشتقة من حقّ الملكيّة - دراسة موازنة بالمدونات العربيّة، نشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

الطبعة الثانية، 1996، ف 7 وما بعدها، ص 13 وما يليها.

⁸⁷ قيهو، أعمال التقويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 3، ص 3.

- **Mohamed Kamel CHARFEDDINE**, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, Tunis, C.E.R.P. 1993, n° 301, p254.

- **H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS**, Leçons de droit civil, T. III, 2^{ème} volume, Principaux contrats, Vente et échange, 7^{ème} éd. par **Michel de JUGLART**, Paris, Montchrestien 1987, n° 819 et 904, pp. 103 et 182.

⁸⁸ الشئ المعين بالثوع (*chose de genre*) لا يختلط ضرورة مع الشئ المثلثي (*chose fongible*) وإن كانا يلتقيان في غالب الأحيان:

Fabrice LEDUC, Le gage translatif de propriété, mythe ou réalité? R.T.D.Civ. 1995, p.307.

⁸⁹ السنهوري، الوسيط، ج 8، ف 39، ص 86 - محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، الطبعة الثانية 1952، الجزء الأول، ف 141-142، ص 186.

⁹⁰ *Les genres n'appartiennent à personne.*

⁹¹ «*Genera non pereunt*».

⁹² الإفراز (*L'individualisation*) هو تعيين الشئ وإفراده عن الأشياء التي تماثله أي «عزل المقدار المتعهد به عن بقية الصنف بحيث تكون له ذاتيته وذلك بصفة نهائية ولا رجوع فيها». عن مازو وشاباس، البيع والمعاوضة، ف 904 ص 183. - سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، نشر عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الرابعة 1980، ف 156، ص 271.

فيه مرتبطة بتخصيصه للنفع العام (حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف بالإسكندرية 1975، ف 11، ص 30-31)، ولعل ما يؤكد هذا النظر أن الملك العمومي قابل لأن يتحول إلى ملك خاص فيقبل التعامل، بل لأن يتعامل فيه بأسباب وقتية كالإشغال الوتقي واللزمة، بل وحتى لأن توظف عليه حقوق عينية كنوع خاص من الملكية أو الرهن (انظر خاصة الفصل 61 وما بعده من مجلة الموائى التجارية لسنة 1999 والفصل 49 وما بعده من قانون موائى الصيد البحري، القانون عدد 47 لسنة 2002 المؤرخ في 14 ماي 2002، رائد رسمي عدد 40 صادر في 17 ماي 2002، ص 1340).

وعلى كل فالهمم أن الملك العمومي لا يقبل التقويت فيه وهذا كاف لإخراجه من ميدان التقويت في ملك الغير.

⁸⁵ العقارات لا تدخل في هذا الصنف لأنه لا يسري عليها الاستيلاء، وإنما لها دائما مالك معروف هو إما صاحبها الأصلي أو الدولة إذا لم يعلم لها صاحب وكانت متروكة عملا بصريح الفصل 23 م.ج.ع. «العقارات التي لا مالك لها ملك للدولة». وملك الدولة خارج عن التعامل إذا كان عاما، أما إذا كان خاصا فيعد من ملك الغير إذا فوت فيه غيرها. (راجع في ملك الدولة الخاص، أمر 18 جوان 1918، رائد تونسسي، عدد 76 صادر في 21 سبتمبر 1918، ص 1).

⁸⁶ هذه الأشياء نوعان: الأشياء المتروكة (*res derelictae*) أي التي يتخلى عنها صاحبها بقصد التنازل عن ملكيتها حسب الفصل 24 م.ج.ع.، والأشياء التي لا مالك لها أصلا (*res nullius*) ومنها خاصة الأشياء المهملة والسائبة كالحوث في الماء والطير في الهواء ولذلك يبطل الفصل 571 م.ج.ع. بيعها لعدم القدرة على

الإفراز لازم لتأخذ حكم الأشياء المعيّنة بالذات⁹³، فتصلح أن تكون محلّ حقّ عيني⁹⁴ وإن كانت عندئذ في ملك غير المتعاقدين⁹⁵ عدّ التفويت فيها واقعا على ملك الغير⁹⁶.

12- وأما ما كان ملكا لطرف في التفويت فليس من ملك الغير. وتوضيحه أنّه بالنسبة إلى المفوت لو كان مالكا للشيء لتحقق الشرط الطبيعي المطلوب في التفويت ولما طرح أيّ إشكال⁹⁷. لكن يجب مع ذلك التنبية إلى أنّه يستوي في ملكيّة المفوت أن تكون بائنة أو مقيدة. إذ هي وإن افترض فيها بحسب الأصل أن

⁹³ الأشياء المعيّنة بالذات (*corps certains*) هي التي يقوم بها وصف خاص بحيث تقبل التمييز والتفريق عن غيرها، وقد يرجع الوصف إلى اختلاف الصفة... أو تفاوت أفرادها في القيمة... أو إلى اعتبار خاص... معمد علي مرهفة، شرح القانون المدني، ف 142، ص 187. وفي الغالب تكون هذه الأشياء قيمية أي لها قيمة في ذاتها ولا يوجد ما يعوّضها إلا التقود. وقد وردت هذه التسمية مثلا في الفصل 650 م.ع.

⁹⁴ لذلك يفهم كيف أنّ هذه الأشياء المعيّنة لا يشترط الأذن من الغير في بيعها أو في غيرها من التصرفات.

تكون بائنة إلا أنّها لا تخرج عن هذا الاعتبار لو كانت مقيدة بالشرط أو ببند عدم التفويت. فمن باع شيئا ملكه تحت شرط تعليلي أو فسخي، يكون قد باع ملكه ونقله بوصفه إلى المشتري، فيوجد أو يزول بحسب تحقق الشرط أو تخلفه⁹⁸. ومن كانت ملكيته مقيدة ببند منع التفويت⁹⁹ وفوت في الشيء لا يعتبر مفوتا في ملك غيره. فهذا البند هو اشتراط إرادي¹⁰⁰ أو قانوني¹⁰¹ يمنع بموجبه مكتسب ملكية شيء من التفويت فيه مدة معيّنة تحقيقا لمصلحة مشروعة لأحد طرفي التفويت أو لغيرهما¹⁰². وليس من شأن هذا البند أن ينفي ملكية المالك (المفوت له)، بل إن المفوت لو أحال الملكية إلى شخص آخر يكون قد تصرف في ملك غيره. وغاية ما هنالك أنّ المفوت له بتفويته في الشيء دون احترام البند يعدّ خارقا لمنع تعاقدي أو قانوني لا معتديا على ملك غيره. ويتربّب عنه إبطال التفويت المخالف أو فسخه وفسخ التفويت الأصلي أو إبقاؤه حسب الأحوال¹⁰³.

95 تستثنى النقود من هذا الفرض وتبقى خارجة عن الموضوع طبعاً لأنها الشيء المثلي المطلق بما أن أفرادها تماثل بعضها وهي تعوض كل شيء قيمياً كان أو مثلياً، (كاربوني، الأموال، ف 20، ص 84). وهي وإن كانت من حيث المبدأ تصلح أن تكون محل حق عيني بما أنها تصنف ضمن الأموال، إلا أن هذا الحق عليها يبدو منقوصاً بمفعول الصلاحيات الواسعة التي للدولة في هذه الأشياء بحكم سيادتها على عملتها الوطنية. (كاربوني، الأموال، ف 8، ص 37-38).

96 يجب توضيح أن إقصاء الأشياء المعينة بالنوع من دائرة البحث بهم عقد البيع بصفة خاصة والعقود غير العينية عموماً. أما في هبة المنقول وفي رهن المنقول وهما عقدان عينيان (الفصلين 204 ف 2 م.أ.ش. و 212 م.ح.ع.) فاشتراط التسليم لصحة العقد يقضي الأشياء المثلية لأن تسليمها لا يتيسر إلا بعد تعيينها وإفرازها أي بعد أن تصبح معينة بالذات. وكذا في هبة العقار ورهنه على فرض أنه يجوز الحديث عن أشياء مثلية في العقارات - وهو جائز خاصة في مادة التقسيم - فوجوب التعيين (الفصلين 204 ف 1 م.أ.ش. و 275 م.ح.ع.) ينفي الحديث عن عقار مثلي في هذين العقدين.

97 يجب التحذير من أنه في مادة الحقوق العينية يمكن أحياناً وصف ملكية المفوت بـ«ملك الغير» باعتبار أن الغير هنا هو من ليس له الحق على الشيء لأن العلاقة القانونية العينية تقوم بين شخص وشيء. وبالتالي فملك الغير قد يكون هو ملك المعاهد نفسه، وأحسن مثال عليه يتقدمه تعريف حق الانتفاع في الفصل 142 م.ح.ع.: «الانتفاع هو الحق في استعمال شيء على ملك الغير واستغلاله مثل مالكه لكن بشرط حفظ عينه».

98 السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 154، ص 273. وتجدر الملاحظة أن هذه الصورة تختلف عن البيع أو التقويت المعلق برمته على شرط الحصول على الملكية.

99 تجب ملاحظة أنه خلافاً للقانون المصري (المادتين 823 و 824) والقانون الفرنسي (الفصلين 900-1 و 900-2) المضافين بقانون 3 جويلية 1971 في باب التبرعات) فإن القانون التونسي لا ينظم بند منع التقويت في نص عام، بل يكتفي بإقرار مشروعيته ضمناً من خلال الإشارة إليه صراحة في الفصل 373 م.ح.ع. ودلالة في الفصل 584 م.أ.ع. ويورد له تطبيقات خاصة أهمها بند منع التقويت في عقار دولي فلاحي لمدة عشرين عاماً طبقاً للفصل 23-هـ) من القانون عدد 21 لسنة 1995، المؤرخ في 13 فيفري 1995 المتعلق بالعقارات الدولية الفلاحية، رائد رسمي عدد 15 صادر في 21 فيفري 1995، ص 367.

100 يوجد هذا البند في غالب الأحيان في التبرعات. وقد يوجد في المعاوضات. انظر: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت 1982، ف 94، ص 136.

101 راجع الهامش قبل السابق.

102 السنهوري، الوسيط، ج 8، ف 307، ص 504 - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ف 93، ص 133 - كاربوني، الأموال، رقم 30، ص 131.

103 راجع في هذه المسألة وفي النقاش الذي تثيره: السنهوري، الوسيط، ج 8، ف 321، ص 520 وما يليها.

وبالنسبة إلى المفوت له، وإن كانت ملكيته للشيء تعني أن المفوت يتعامل في «ملك غيره» إلا أن التفويت لا يعتبر مع ذلك منصبا على ملك الغير لأن الفصلين 576 م.أ.ع. / 203 م.ج.ع. لا يستوعبانه¹⁰⁴. فهذا الضرب من التفويت لا معنى له¹⁰⁵ نظرا للتناهي المنطقي بينه وبين أثر التفويت الأصلي الذي لا يتحقق - إذا كان نقل ملكية - لأن الانتقال يقتضي خروجاً من ذمة إلى أخرى والمال في هذا التفويت باق في الذمة نفسها! وإن تعلق بحق عيني أصلي آخر، فإن تجزئة الملكية لا تعقل في ذمة شخص له الملكية كلها كمن يُعطى حق ارتفاق على عقار يملكه¹⁰⁶ أو حق استعمال على عقاره، والحال أنه مقرر له باعتباره داخلاً في عموم صلاحيات المالك طبقاً للفصل 17 م.ج.ع.! وإن تعلق برهن كحق عيني تبعية¹⁰⁷، فالتأمين لا يوجد إذ لا يضاف إلى الدائن شيء زيادة على حقه في الضمان العام على مكاسب مدينه¹⁰⁸. ويؤول هذا التعذر المنطقي إلى استحالة قانونية مطلقة¹⁰⁹ على معنى

الفصلين 64 و67 م.أ.ع.

13- ومعنى هذا أن الغيرية تثبت لشخص ثالث غير طرفي التفويت، دون التفات إلى صفته، إذ قد يكون رشيداً أو قاصراً أو زوجاً أو محجوراً أو شريكاً أو وارثاً... وقد يكون شخصاً من القانون الخاص أو من القانون العام، بمن في ذلك الدولة نفسها... المهم في كل الأحوال أن يكون هذا الغير هو المالك للشيء ملكية خاصة دون طرفي التفويت.

14- إن التأمل في هذا التّفكيك لعبارات الموضوع وحوصلة ما أشمره من إقصاءات يسمح بتبيين الضوابط التي تمكن من حصر ميدان التفويت في ملك الغير وتدقيق مفهومه، خاصة بعد إضافة حصر التفويت في الزمن إذ من الضروري التنبية إلى أن تقدير غياب الملكية في التفويت يتم زمن التفويت نفسه وهو ما يوافقته الفصل 576 م.أ.ع. الذي يوجب تقدير حسن نية المشتري «وقت

- عبد الرحمان أحمد جمعة، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة، نشر دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الطبعة الأولى، 1998، ص 98 والمراجع المذكورة. وهذا الكتاب هو في الأصل رسالة دراسات عليا في القانون الخاص من جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط 82-1983، وعنوانها: بيع ملك الغير وفقا لأحكام قانون الالتزامات والعقود المغربي.

- René DEMOGUE, Traité des obligations en général, Tome II, Sources des obligations, Librairie Arthur Rousseau, Paris 1923, n° 765, p.576 - G.BAUDRY-LACANTINERIE et Léo SAIGNAT, Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange, Librairie de la société du Recueil J-B. Sirey et du journal du Palais, Paris, 3ème éd. 1908, n° 117, p.103.

110 يسمح معيار الزمن خاصة بإقصاء حالات التقويت من مالك أبطل عقد تملكه أو فسح، فيبدو كأنه فوت في ملك غيره لو أبقى ذلك التقويت لكن هذا التقويت لا يعد مع ذلك في ملك الغير لأن الفوت كان مالكا زمن التقويت ووقع تقويته صحيحا. والمشكل الذي تطرحه هذه الوضعية ليس هو التقويت في ملك الغير لمعرفة جوازه من عدمه، بل يتعلق بتنظيم آثار هذه الوضعية وبصفة خاصة الاسترداد (restitution) لمعرفة شروط تحققه وكيفية وإن كان التقويت في الشيء من المعاهد الذي أبطل عقده مانعا له أم لا وتأثير حسن نية الفوت له الثاني فيه... إلخ...

وبالنسبة إلى بند منع التقويت في عقار دولي فلاحق في الفصل 24 من قانون 13 فيفري 1995 يقضي ببطلان التقويت المخالف، والفصل 26 بسقوط الحق في التقويت الأول. ويضيف الفصل 27 تسليط عقوبات جزائية بالخطية والسجن على الفوت له المخالف.

104 لهذا أجاد واضعو مجلة الالتزامات والعقود عندما عوضوا تعبير «مالا يملكه البائع» في الفصل 673 من اللائحة الابتدائية ب«ملك الغير» في النص النهائي للفصل 576 م.ع. تحسبا من اعتبار ملك الفوت له من ملك الغير.

105 لاحظ الأستاذ مالوري في موسوعة دالوز، (كلمة «بيع» ف 196)، أن التقويت في مال الفوت له ربما كان له معنى أحيانا إذا قصد منه تدعيم ملكية غير محققة أو منقوصة. وأورد مثلا يتعلق بتصحيح تصرف مشوب بعيب بطلان، وهذا بحد ذاته من الأسباب التي تضعف تحفظ الأستاذ مالوري وتقوي جانب الحكم الوارد في المتن.

106 يتأكد هذا الشأن في مع طبيعة حق الارتفاق نفسه الذي هو بتعريفه في الفصل 165 م.ع.: «حق مرتب على عقار لمنفعة عقار آخر يملكه شخص غير مالك للعقار الأول». فالارتفاق يقتضي وجود عقارين للمالكين مختلفين وهو ما لا تحققه الفرضية المدروسة.

107 نور الدين بسرور، خصائص التأمينات العينية، في كتاب دراسات في قانون التأمينات، مؤلف جماعي لأساتذة من كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس بإشراف الأستاذ بشير المنوبي الفرشيشي، طبع المطبعة العصرية بتونس، الطبعة الثانية 2003، ص 51 وما يليها.

108 راجع الفصلين 192 و193 م.ع.

109 توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1985، ف 77، ص 121 و2.

ويجمع هذه المفاتيح يتّضح الفهم القانوني للتقويت في ملك الغير ويتيسّر تعريفه كما يلي: «هو كلّ نقل أو إنشاء إرادي وبمقابل لحقّ عيني على شيء غير مملوك للطرفين وقت التقويت». وعليه، كلّما دخل تقويت ما تحت هذا التعريف عدّ واقعا على ملك الغير¹¹¹ وشمله حكم الفصلين 576 م.أ.ع. إن كان بيعا و203 م.ج.ع. إن كان رهنا¹¹².

انظر في المسألة خاصة:

- **Alain ROULLER**, La maxime «Nemo plus juris...» en Droit civil français, Etude synthétique et critique, thèse Rennes, 1964, n° 206 et s, pp. 388 et s. - **Marie MALAURIE**, Les restitutions en droit civil, thèse Paris II, Cujas 1991.

¹¹¹ يحاول الفقهاء عموما جمع مختلف صور التقويت في ملك الغير بمناسبة دراسة العقود الخاصة، وخصوصا عقد البيع وذلك بواسطة معايير متنوعة لكنّها في مجملها قاصرة عن جمع كلّ الصّور كيفما تحصل من التعريف المنبث في المتن، انظر مثلا: - مالوري وأيناس، العقود الخاصة، ق 178 وما بعدها، ص 143 (انعدام ملكيّة البائع والنقل الفوري للملكيّة). - مالوري، موسوعة دالوز، كلمة البيع (انعدام ملكيّة البائع

المقدمة

وبهذا التّحديد يمكن إيضاح الموضوع في التاريخ وفي القانون المقارن.

لنفاذه، حتّى قيل إنّ التقويت في ملك الغير خاصّ بالعقارات لأنّ قاعدة الحوز في المنقول سند الملكيّة تستغرق صور التقويت في المنقول فلا تبقى مجالاً لنصوص ملك الغير (قيهو)، أعمال التقويت في ملك الغير، مقال سابق، ق 6، ص 6). ولئن كان في إطلاق هذا القول شيء من المبالغة لأنّ قاعدة الفصل 53 م.ج.ع. لا تعمل إلاّ بشروط معيّنة، إلاّ أنّه صحيح في دائرة عمل القاعدة إذا تحققت شروطها.

أما القاعدة غير المكتوبة فهي قاعدة «الغلط الشائع ينشئ الحق» المؤسسة لنظرية الملكيّة الظاهرة وهي قاعدة ممكنة لأنّ تطبيقها رهين بتبنيها قضائياً وهو ما يبدو حاصلاً بعد قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 27632 المؤرخ في 24 أفريل 1997 (ق.د.م. 96-1997، ص 97). وتفترض هذه النظرية صدور تقويت من مالك ظاهر كوارث في الظاهر لفاضة مفوّت له حسن النية يتصرّف تحت تأثير غلط شائع حول حقيقة سلطات المفوّت بحيث يستحيل على أيّ شخص في مكان المفوّت له أن يتفطن إلى حقيقة الأمر، فيستفيد المفوّت له من هذا الوضع (الغلط الشائع وحسن النية) ويكتسب الملكيّة قانوناً ومن لحظة التّصويت لأبّه دون

وبيع يحوز المالك دعوى الاسترداد. هيهو، أعمال التّفويت في ملك الغير، مقال سابق (التعاقد باسم البائع والشّيء معيّن بالذّات). - عبد الرّحمان أحمد جمعة، بيع ملك الغير، (بيع - مبيع معيّن بالذّات - عدم ملكيّة البائع للمبيع بتاريخ التعاقد - المقصود من البيع نقل الملكيّة في الحال). وأغلب الفقهاء لا يضعون هذه المعايير بل يعدّدون الحالات التي يرونها داخلة في دائرة التّفويت في ملك الغير والحالات التي تخرج عنها، من بينهم مثلاً: السّهوري، الوسيط، ج 4، ف 154، ص 272 وما يليها.

112 توجد في القانون قاعدتان إحداهما ثابتة لأنّها مكتوبة والأخرى ممكنة لأنّها غير مكتوبة تطلبان في فرضيهما تفويتاً صادراً عن غير مالك لكنهما تمنعان تطبيق الفصلين 576 م.ع. / 203 م.ع. عليه فتخرجان به عن منطقة التّفويت في ملك الغير، لأنهما تحسمان أمر التّفويت في المهد ولا تتركان مجالاً لطلب إجازة من مالك أو انتظار صبرورة المفوّت مالكا... أمّا القاعدة المكتوبة فهي قاعدة «الحوز في المنقول سند الملكيّة» المضمّنة بالفصل 53 م.ع. وهي تقترض وقوع تفويت في منقول ممّن لا يملكه لفائدة مفوّت له يتحوّز بالمنقول وهو حسن النّيّة لا يعلم عدم ملكيّة المفوّت فيكتسب الملكيّة قانوناً بمجرد حوزة المنقول ويعارض بها المالك الأصلي للمنقول الذي يفقد حقّه في استرداده من يد حائزه. ويدلّ هذا البسط على أنّ القاعدة تعمل بمعزل عن التّفويت الذي هو جزء من فرضها المركّب أيضاً من حوز وحسن نّيّة، وأنّ الملكيّة تكتسب للمفوّت له قانوناً بموجب الحوز لا بموجب عقد التّفويت، وأنّ إطار عمل القاعدة هو العلاقة بين المالك الحقيقي والمفوّت له (الحائز) فتحسم نزاعاً إيجابياً بينهما على الملكيّة بتغليب الحائز اعتباراً لحسن نيّته ولتقصد الأمن القانوني واستقرار التعامل، وتشكّل بذلك حداً لدعوى الاسترداد التي يربّيها حقّ الملكيّة للمالك الأصلي. بما يعني أنّها لم توضع من أجل التّفويت ولا تهتمّ بمشكّله في ذاته لتجيب عن جوارزه من عدمه أو تضع شروطاً

وبهذا يخرج التّفويت من مالك ظاهر كالنّفويت في منقول لحائز حسن النّيّة من منطقة التّفويت في ملك الغير. انظر لمزيد التحليل في قاعدة الفصل 53 م.ع.: - محمّد عبد الخالق عمر، التّطور التاريخي لحماية مكتسب المنقول حسن النّيّة، دراسة مقارنة في القانونين الإنجليزي والفرنسي، مجلّة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السّنة 38، العدد 3، سبتمبر 1969، ج 2، ص 602-664. - محمّد كامل مرسي، قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكيّة»، مجلّة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السّنة السّابعة، 1938، القسم الأوّل، ص 893-952.

وفي نظريّة الملكيّة الظّاهرة والغلط الشّائع:
- Etienne RENAULT, Les actes accomplis par le titulaire apparent d'un droit, thèse bordeaux, 1917. - Robert VOUIN, La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français, thèse Bordeaux, L.G.D.J. Paris 1939, n° 197 et s. pp. 363 et s.
- Henri MAZEAUD, La maxime «Error Communis facit jus», R.T.D.Civ. 1924, pp. 929 et s. - Evelyn LEROUX, Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945, R.T.D.Civ. 1974, p. 509.

II

15- تاريخياً يتجه الرجوع إلى موقف كل من القانون الروماني والفقهاء الإسلامي.

16- في روما كان يغلب على تنظيم عقود التقوية التفريق في آثارها بين الالتزامات الشخصية والحقوق العينية وبخاصة حق الملكية. فالأصل أن العقد لا يكفي لانتقال الملكية، بل يجب أن يلحق به عمل آخر يحقق هذا الأثر¹¹³ إذ يميز فقهاء الرومان بين سند الملكية وهو العقد كالبيع أو الهبة وطريقة نقل الملكية¹¹⁴. ويقتصر العقد على إنشاء الالتزامات، أما نقل الملكية فيتم بطريقة

ففي عقد البيع لا تؤثر ملكية المبيع للغير في انبرام العقد صحيحاً¹¹⁷ لأن هذا العقد لم يكن ناقلاً للملكية¹¹⁸ بذاته¹¹⁹ بل منشئاً لالتزام بتحويل المشتري بالمبيع. وبتنفيذ ذلك الالتزام فعلاً تنتقل الملكية إلى المشتري. وما دام الأمر كذلك فالعقد صحيح لإمكانية الالتزام بالتحويل ولأنه يلزم المشتري بدفع الثمن وإلا فالبايع يجبره بدعوى البيع¹²⁰، لكنه يبطل في صورتين هما: بيع شيء مملوك للمشتري نفسه وبيع شيء مسروق¹²¹.

أما الالتزام بالتحويل فينفذ بالتسليم الذي لا يحقق أثر نقل الملكية¹²² إذا

-Charles-Adrien AUDIBERT, Etude sur la nullité des actes de disposition entre viis qui ont pour objet la chose d'autrui, thèse Lyon, 1877, p.7. -Alfred TROLLEY, Des actes à non domino ou, de la chose d'autrui envisagée comme objet des actes juridiques en droit romain et en droit français, thèse Poitiers, 1872, p.5

117 جاء في القواعد والتقريرات الفروعية الملحقه لمدونة جستينيان، القاعدة 11، «لا شبهة في جواز بيع ملك الغير» مدونة جستينيان في الفقه الروماني (*Institutes*)، تعريب عبد العزيز فهمي، دار عالم الكتب، بيروت، غير مؤرخ، ص 391.

118 قوايون، آثار الاتفاقات، ص 31، لكن ليس معنى ذلك أن العقد لا ينقل الملكية أصلا، بل كما يقول المحشون الرومانيون إن نقل الملكية من طبيعته وليس من جوهره.

- **André GIFFARD et Robert VILLERS**, Droit romain et ancien droit français (Obligations), Précis Dalloz, Paris, 3ème éd., 1970, n°80-81, pp. 54-56.

119 تجب الإشارة إلى استثناء وجد منذ عهد الإمبراطور جستينيان ظهر فيه البيع ناقلا للملكية من نفسه ولا حاجة فيه إلى التسليم، وهو البيع الصادر إلى الكنائس والمؤسسات الخيرية. - انظر: عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، مرجع سابق، ص 345.

120 **Paul-Frédéric GIRARD**, Manuel élémentaire de droit romain, Strasbourg, Imprimerie Alsacienne, 7ème éd. 1923, p.596.

121 قوايون، آثار الاتفاقات...، ص 39.

- **Julien VRABIESCO**, De la vente de la chose d'autrui en droit romain, dans l'ancien droit français et dans le droit français actuel, thèse Paris, 1890, pp. 23 et 27.

122 وكذا كان الأمر مع الإشهاد والتنازل القضائي قبل جستينيان، وقد كان الإشهاد يرتب دعوى جنائية ترمي إلى تغريم البائع بضعف ثمن المبيع إذا استحق من يد المشتري، فهي دعوى في ضمان الاستحقاق تسمى (*actio auctoritatis*) - توفيق حسن فرج، القانون الروماني، نشر الدار الجامعية، بيروت 1985، ص 298.

مستقلة تكون إما إسهادا أو تنازلا قضائيا أو تسليما قبل أن يصبح التسليم هو الوسيلة الوحيدة لنقل الملكية في جميع العقود المفضية إلى هذا الأثر¹¹⁵. وتظهر فائدة هذا التفريق بصفة خاصة إذا كان محل العقد مملوكا للغير، إذ يعتبر العقد في هذه الحالة قائما وصحيحا فيما ينشئه من التزامات، لكنه بالمقابل لا يرتب أثره العيني ويمنع التصرف المتعلق بهذا الأثر من أن يحقق نتيجته إلا إذا رافقته بعض الوقائع الخاصة¹¹⁶.

113 عباس العبودي، تاريخ القانون، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 1994، ص 135.

114 يسمى سند الملكية: *titulus* وطريقة نقل الملكية *modus acquirendi*.

115 أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية والقانون الروماني، نشر الدار الجامعية، بيروت 1993، ص 458. - عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، دار المعارف بمصر، الطبعة الثانية 1959، ص 345.

116 دي شانز مارتان، في آثار العقود المتعلقة بملك الغير...، أطروحة سابقة، ص 7 و 16 - قوايون، آثار الاتفاقات...، ص 12 وما يليها.

تعلق بملك الغير¹²³. لكن إذا وجدت نية التملك المتبادلة بين الطرفين أمكن تدارك هذا القصور ويتملك المشتري بالمبيع في مواجهة البائع والغير دون المالك الحقيقي¹²⁴ الذي لا يخسر ملكيته لفائدة المشتري إلا بحصول التقادم المكسب في جانب هذا الأخير أو إذا أجاز البيع¹²⁵ وللمشتري المستحق منه المبيع أن يقوم على البائع بدعوى الضمان سواء في شكل دعوى الشراء أم في شكل دعوى اشتراط التعويض¹²⁶ وبها يحصل على ضعف الثمن¹²⁷. أما قبل الاستحقاق فليس له إلا طلب التعويض بشرط أن يكون حسن النية وأن يكون البائع سيء النية، أي عالما بكون المبيع مملوكا للغير لأن في ذلك مخالفة للالتزامه بتطهير الغش¹²⁸.

وبعكس ذلك، كانت الهبة بموض والمعاوضة¹²⁹ عقدين غير رسميين، لكنهما لا ينقلان الملكية. وهما بخلاف البيع، يهدقان أساسا إلى نقلها فيقعان باطلين إذا تعلقا بملك الغير¹³⁰، ولا يرتبان إلا دعاوى العقود غير المسماة¹³¹، مع

إمكانية الضمان ولو قبل حصول الاستحقاق¹³². ويلتقي معهما في هذا الحكم التصيير بالدين ولو أنه مشبهه بالبيع عدا في أثره الأساسي وهو نقل الملكية¹³³ لكنه يحقق أثره إما بحصول التقادم أو باستهلاك الشيء بحسن نية¹³⁴.

وفيما يتعلق بالتصرفات المنشئة لحقوق عينية غير الناقلة للملكية، اهتم الفقهاء خاصة بالرهن بوجهيه الحيازي وغير الحيازي¹³⁵ وعدوه باطلا من حيث إنشاؤه للتأمين العيني¹³⁶، لكنه يصح إذا أجازته المالك أو صار الرهن مالكا¹³⁷ أو المالك وارثا للدائن أو كان الرهن صادرا من مرتهن أو من صاحب حق أمفيتوز أو حق هواء¹³⁸. والرهن دائما صحيح في صورتيه باعتباره ملزما للمدين بتحويل الدائن أو بالتملك بالمرهون¹³⁹ ولو لم يشترط ذلك

دعوى عقدية في إيجاب معاقده على تنفيذ التزامه تسمى دعوى التنفيذ أو دعوى المقررات القولية: *actio praescriptis verbis* منشأه في الفقه الروماني القديم.

استرداد ما دفع بغير سبب للمعاقد الذي نفذ التزامه ولم يقابله التزام معاقده ويطلق عليها: *Condictio ob rem dati / Causa non secuta* ودعوى استعادة المدفوع لعدم المتلزم *Condictio proptem poenitentiam*، انظر: جيفار وفيتار، قانون الالتزامات الروماني، ص 134.

132 - مدونة جستينيان بتعريب عبد العزيز فهمي، ص 278.

133 قوايون، آثار الاتفاقات...، أطروحة سابقة، ص 62.

134 فراهيسكو، بيع ملك الغير...، ص 61. ويسمى التصيير بالدين: *Datio in solutum*.

135 فراهيسكو، بيع ملك الغير...، أطروحة سابقة، ص 64 وما يليها.

136 كان الرهن في بدايته تصرفاً ناقلاً للملكية (*fiducia*) ثم أصبح حيازياً (*pignus*) يبقى الملكية عند الراهن حتى طوره الحاكم الروماني وأوجد الرهن غير الحيازي (*hypotheca*)، راجع في هذا التطور: ماي، مبادئ القانون الروماني، ف 221، ص 498 وما يليها.

137 ترولي، التصرفات الصادرة عن غير مالك...، ف 11، ص 13. - قوايون، آثار الاتفاقات...، أطروحة سابقة، ص 68.

138 جاء في القواعد والتقريرات الفرعية الملحقة لمدونة جستينيان، القاعدة 17: «إذا رهننا مملوكة للغير ثم ملكتها، فلندائن عليك دعوى الرهن»، تعريب عبد العزيز فهمي، ص 391.

139 قوايون، آثار الاتفاقات...، أطروحة سابقة، ص 68 وما يليها.

139 ترولي، التصرفات الصادرة عن غير مالك...، أطروحة سابقة، ف 11، ص 13.

123 ولكنه بالمقابل يكسب المشتري صفة «واضع اليد» التي تمكنه من الانتفاع بحماية الأوامر الحوزية *(Les interdicts possessores)* وبالذعوى البوبليكانيّة (*actio publicienne*) باسترداد المبيع إذا خرج من يد المشتري لغير مالكه الحقيقي. انظر: عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ص 297 وص 377 وما يليها.

124 قوايون، آثار الاتفاقات...، ص 16، وهذه هي الملكية البريتورية المرتبطة بوضع اليد. راجع الهامش السابق، وانظر أيضا: ترولي، التصرفات الصادرة عن غير مالك...، ص 10.

125 عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ص 351 - قوايون، آثار الاتفاقات...، ص 16.

126 تسمى هذان الذعويان باللاتينية تباعا: *actio empti* و *actio ex stipulatu duplae*.

127 - **Gaston MAY**, *Éléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit*, Librairie du Recueil-Sirey, Paris, 15ème éd., 1925, n° 149 - 150, pp. 343 et s.

128 ماي، مبادئ القانون الروماني ف 149، ص 345 - جيفار وفيتار، قانون الالتزامات الروماني ف 83، ص 57.

129 تسمى هبة العوض *Donatio sub modo* وتسمى المعاوضة *Permutatio rerum*.

130 جيفار وفيتار، قانون الالتزامات الروماني، ص 130، والتعليل أصله للفقيه بديوس *Pedius*.

131 العقد غير المسمى هو العقد الملزم للجانبين الذي لا يدخل تحت إسم من الأسماء المعلومة ولا يكون ملزماً ومحتمياً بدعوى (أي مرثباً لجزاء) إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه فتتشأ له عندئذ

صراحة¹⁴⁰. وكالرهن، يتعدّر إنشاء الامقيتوز أو الهوا أو حقوق الارتفاق العينية أو الشخصية كالانتفاع والاستعمال¹⁴¹ على شيء مملوك للغير¹⁴².

17- وتسمح كلّ هذه المعطيات الإجمالية باستنتاج مبادئ عامّة عن التفويت في ملك الغير في القانون الروماني يمكن حوصلتها كما يلي:

1- إنّ عقد التفويت في ملك الغير ينطوي في الحقيقة على تصرفين: «تصرّف شخصي» يهّم الالتزامات و«تصرّف عيني» ينبرم تنفيذاً للتصرّف الأول ويهّم نقل أو إنشاء حقوق عينية.

2- إنّ هذا العقد صحيح في جانبه الشخصي لأنّه ينشئ دائماً التزامات أخصّها الالتزام بالضمان وأنّ التصرف العيني باطل لا يحقّق الأثر المقصود.

3- لكنّ هذا البطلان ليس قاطعاً بل يمكن تداركه بإجازة المالك الحقيقي أو

صيغت في شكل تفسيرات فقهية¹⁴⁶ منها: «فاقد الشيء لا يعطيه»¹⁴⁷ و«لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر ممّا لنفسه من الحقوق»¹⁴⁸.

5- إنّ البطلان يطال حتّى التصرف الشخصي إذا كان محلّ العقد مملوكاً للمفوت له¹⁴⁹، وبالمقابل يصحّ التصرف العيني (التسليم) دائماً إذا علّق بالشّرط بما فيه شرط الحصول على الملكية.

6- إنّ تصحيح بطلان التصرف العيني قاصر على التسليم ولا يشمل الإشهاد ولا التنازل القضائي لأنهما عملان شكليّان لفظيّان لا يتّمان إلاّ بألفاظ مخصوصة لا تتيسّر في ملك الغير¹⁵⁰.

7- إنّ التسليم تطوّر وأصبح عملاً مجرداً عن سببه أي ناقلاً للملكية بذاته ولو لم يستند إلى عقد صحيح، ولكنّه مع ذلك لا ينتج أثره إذا تسلّط على ملك

8- إن المالك الحقيقي خارج عن دائرة التّفويت في ملكه ولا يتأثر به إلا في الحدود التي يفقد فيها دعوى الاسترداد¹⁵².

وهكذا، يمكن فهم تصوّر القانون الروماني للتّفويت في ملك الغير، فهو

¹⁴⁶ أوديبار، دراسة في بطلان التّفويتات... أطروحة سابقة، ص 9. وقد أورد المرحوم عبد العزيز فهمي بعضها في ملحق ثان لتعريبه لمدونة جستنيان، ص 365 بعبارة: «لا يقرب أحدكم مال غيره»، و«لا يملك الإنسان أكثر مما ملك»، الأصلان 3 و72 من الأصول الفقهية العامة.

¹⁴⁷ *Nemo dat quod non habet.*

¹⁴⁸ *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.*

¹⁴⁹ ومنه أصل فقهي عام: «المملوك لا يملك»: الأصل 24 من الأصول الفقهية العامة الواردة في مدونة جستنيان بتعريب عبد العزيز فهمي، ص 367.

¹⁵⁰ أوديبار، دراسة في بطلان التّفويتات... أطروحة سابقة، ص 19 و ص 32.

¹⁵¹ عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ص 343 و 345. - جيرار، المبسوط في القانون الروماني، ص

¹⁵² 307. وقد كان التنازل القضائي والإشهاد شهدا نفس التطور قبل زوالهما؛ جيرار، نفس الموضوع.

وهي إجازة التّفويت والتّنادم وهلاك الشيء وصيرورة المالك وارثا للمفوت.

بالتّنادم¹⁴³، وهو لا يمنع من قيام وضع اليد والانتفاع بحماية الملكية البريتورية، حتى أن بعضهم وصفه بأنه بطلان نسبي¹⁴⁴. لكنّه قول سابق لأوانه لأن القانون الروماني لم يكن يعرف التّفريق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي¹⁴⁵.

4- إن بطلان «التصرف العيني» يستند إلى قواعد واعتبارات منطقيّة عامّة

¹⁴⁰ أوديبار، دراسة في بطلان التّفويتات... أطروحة سابقة، ص 16.

¹⁴¹ عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ص 384 وما يليها.

¹⁴² ترولي، التصرفات الصادرة عن غير مالك...، ف 9، ص 11.

¹⁴³ أو بأحوال أخرى متفرقة سبقت الإشارة إليها، راجع في تحليلها مجتمعة: أوديبار، دراسة في بطلان التّفويتات...، ص 17 وما يليها.

¹⁴⁴ أوديبار، دراسة في بطلان التّفويتات...، أطروحة سابقة، ص 11.

¹⁴⁵ عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ص 476.

عمل صحيح لأنه منشئ للالتزامات، والأثر العيني الذي من طبيعته يتم بتصرف ثان باطل لتعذره بمجرد التقويت، أي أن القانون الروماني وضع الصحة حيث توجد التزامات وأقر البطلان حيث ينعدم الأثر العيني لأن هذا التصرف ليست له قوة النفاذ من ذاته بل لا بد له من شروط أو وقائع مكملة ومدعمة. وهذا نظر واقعي فرضه المنحى الموضوعي والمادي للقانون الروماني، ما جعله يقسم التقويت إلى تصرفين اثنين شخصي وعيني، ويقر الصحة لأحدهما والبطلان للآخر بما يعني أن التعارض بين المنع والجواز وجد في القانون الروماني داخل نفس التقويت. ويفرض هذا التعايش ملاحظتين. الأولى أنه لا ينبغي له أن يخفي توجهها عاماً نحو تصحيح التقويت في ملك الغير بدليل صحة التصرف الشخصي وتوفير الأسباب المختلفة لتصحيح التصرف العيني، والثانية أن هذا التعايش ما كان له أن يوجد لو كان التقويت واحداً، فعندئذ إما صحة وإما بطلان. وهذا وجه آخر للتعارض

إصدار ذلك التصرف عدّ فضولياً¹⁵⁵ «وهو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي»¹⁵⁶. والقاعدة العامة في شأنه هي أنه «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره بلا إذنه»¹⁵⁷. وتطبيقاً لهذه القاعدة اعتبرت مجلة الأحكام العدلية - وهي تقنين للمذهب الحنفي - من يبيع مال غيره (المواد 378/377/365/111) أو يؤجره (المادة 447) أو يهبه (المادة 857) أو يقسمه (المادة 1126) أو يصالح عليه (المادة 1544) فضولياً. وكذا المستودع الذي يقرض مال الوديعة (المادة 793) والشريك الذي يبيع حصة شريكه (المادة 1086)¹⁵⁸ ورثبت على هذه الأعمال وقف نفاذ التصرف أي انعقاده موقوفاً على إجازة صاحب الشأن إن أجاز نفذ وإلا انفسخ¹⁵⁹، وهذا ما يعرف بالعقد الموقوف في الفقه الإسلامي¹⁶⁰. لكن هذا

¹⁵⁵ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت 1968 - 1972 - 1977 - 1982 - 1987 - 1992 - 1997 - 2002 - 2007 - 2012 - 2017 - 2022

18- خلافا للقانون الروماني، ينصهر التفويت في ملك الغير في الفقه الإسلامي¹⁵³ في إطار نظرية عامة بحق تعرف بتصرف الفضولي¹⁵⁴، ويختلف جزاؤها حسب المذاهب من وقف النفاذ إلى البطلان. فكلما باشر شخص عقداً أو تصرفاً قولياً بوجه عام، في شأن أو مال يرجع إلى غيره دون أن تكون له ولاية

¹⁵³ نكتفي في هذا الإطار بلمحة عابرة عن الفقه الإسلامي على أن نعود إليه بمزيد الاهتمام في موضعه نظراً لصلته الوثيقة بتحليل الموضوع. انظر لاحقاً ف 236 وما بعدها.

¹⁵⁴ صبيح محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية، 1972، ص 71.

- محمد جبر الألفي، الفضالة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، مقال في قسمين نشر الأول في السنة الثالثة (1979) العدد الثاني، ص 67-121. والقسم الثاني في السنة الرابعة (1980) العدد الثالث، ص 51-110. انظر القسم الأول، ص 80-81.

1906، ص 472. محمد مصطفى سلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1969، ص 540.

ويلاحظ أن تصرف الفضولي قد يتعلق بأفعال مادية كالقبض والغصب والإتلاف، لكن ذلك ليس من موضوع البحث. انظر: صبيح محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود...، ص 70.

- محمد جبر الألفي، الفضالة، القسم الأول، ص 83 وما يليها.

¹⁵⁶ المادة 112 من مجلة الأحكام العدلية، وانظر في تعريف الفضولي والفضالة: محمد جبر الألفي، الفضالة... القسم الأول، ص 75-78. وقد قيد بعض الفقهاء التصرفات المذكورة، بأن تكون صادرة باسم المالك الحقيقي، أما لو أبرمها الفضولي باسمه الخاص فإنه يصبح غاصباً لا فضولياً. لكن هذا القيد تضعف حدته أمام إخضاع التصرف في الحالتين لنظام الفضولي. - محمد جبر الألفي، الفضالة... القسم الأول، ص 111.

¹⁵⁷ المادة 96 من مجلة الأحكام العدلية.

¹⁵⁸ راجع كل هذه المواد مشروحة ومؤصلة حسب المصادر الفقهية الحنفية المأخوذة منها في: علي حيدر، درر الأحكام، شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، 1991 (في أربعة مجلدات).

¹⁵⁹ قارن بلفظ مرشد الحيران في المادة 393: «من باع ملك غيره لأخر بغير إذنه انعقد بيعه موقوفاً على إجازة المالك فإن إجازته نفذ والأبطل».

¹⁶⁰ عبد الرزاق حسن هرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 43.

الجزاء لم يكن محلّ اتفاق جميع الفقهاء بل انقسموا من تصرف الفضولي فريقين: فريقاً يعتبره صحيحاً منعقداً لكنّ نفاذه موقوف على الإجازة وهؤلاء هم الحنفيّة والمالكيّة أساساً. وفريقاً يراه باطلاً لا ينعقد ولا تصحّحه الإجازة وأشهرهم الظاهريّة والحنابلة. وهذا يعني أنّ الفقه الإسلامي المقارن عاش بدوره التعارض المشار إليه بين المنع والجواز والصحة والبطالان، بل إنّ هذا التعارض قد نجده في داخل المذهب الواحد كالمذهب الشافعي¹⁶¹.

ويدلّ هذا التباين بين المذاهب على وجود تراوح بين موقفي الصحة والبطالان، لكنّه تراوح مذهبيّ ناتج عن اختلاف حجج الفريقين¹⁶² وليس ناتجاً عن تصوّر التفويت كما في روما، بدليل أنّ كلّ المذاهب تقرّ بوحدة التفويت ولم يثبت أنّ أيّاً منها تبنّى تصوّر المزوج الروماني، ورغم هذا فمنها من قال بالصحة ومنها من قال بالبطالان. وينتج عن هذا أنّ نسبة الصحة أو البطلان إلى الفقه الإسلامي

التفويت في ملك الغير وبطلانه. ويمكن تقسيمها بهذا الصّد إلى اتجاهين متباينين، اتجاه أول يكرّس صحّة التفويت في ملك الغير من حيث المبدأ، واتجاه مخالف يضع حلاً مبدئياً في إبطال التفويت. ولكلا الاتجاهين تعديلات واستثناءات.

20- الاتجاه الأول يشمل التشريعات المدنيّة المقتنة للفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية ومن تأثّر بها. أمّا التشريعات المقتنة للفقه الإسلامي وبخاصّة المذهبيّ الحنفي والمالكي، فموقفهما واضح في تكريس نظريّة العقد الموقوف. ويمكن في هذا السّياق الإشارة إلى بعض هذه التشريعات التي يتزعمها القانون المدني العراقي باعتباره أقدمها إذ صدر سنة 1951¹⁶⁵. فقد وضّح في مادّتيه 135 و136 أسس ومعالّم نظريّة العقد الموقوف كقاعدة عامّة تنطبق على جميع التصرفات والتفويّات الصّادرة عن غير مالك¹⁶⁶. ثمّ تلاه القانون الأردني (1976) والكويتي

مؤسسته بالمتسبب المتبع . وإذا علم ان مذهب الصلحة اكثر سيوعا واستنارا من مذاهب البطلان، جاز الركون إلى موقفها خصوصا أن عديد التشاريع الوضعية المقننة للفقهاء الإسلامي اختارت العقد الموقوف فأيدت صحة التّفويت وهو ما يشهد له ويدعمه كثير الفقهاء المحدثين¹⁶⁴.

19- وهذا يعني أنّ الفقه الإسلامي كالقانون الروماني امتدّ أثرهما إلى التّشاريع الوضعية الحديثة التي يظهر فيها التّراوح بوضوح بين موقفي صحة

¹⁶¹ انظر على وجه الإجمال: عبد الرّازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 119 وما يليها.

¹⁶² ليس المقام لعرض هذه الحجج ومناقشتها، لكننا سنعود إليها باهتمام أكبر في الموضوع المناسب، انظر لاحقا، ف 241.

¹⁶³ ولا ينبع من طبيعة التّفويت التي تقود باعتبار العقد الموقوف إلى الصلحة كما سيأتي بيانه في موضعه، انظر لاحقا ف 239 وف 241.

¹⁶⁴ عبد الرّازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 50 وما يليها. - صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات...، ص 63 وما يليها. وانظر مزيدا من المراجع لاحقا ف 241 والهوامش.

(1980) والسّوداني (1984) والإماراتي (1985) واليميني (1992). ولكن هذه

¹⁶⁵ بموجب القانون رقم 4 لسنة 1951 المؤرخ في 4 حزيران (جوان) 1951.

¹⁶⁶ تنصّ المادّتان 135 و136 على ما يلي: - المادة 135: «1- من تصرّف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرّفه موقوفا على إجازة المالك. 2- فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلا ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر. 3- وإذا لم يجز المالك تصرّف الفضولي بطل التصرّف، وإذا كان العاقد الآخر قد أدّى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به. فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعدّ منه وكان العاقد الآخر قد أدّاه علما أنّه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه. 4- وإذا سلّم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعهدّ معه فهلك في يده بدون تعدّ منه فللمالك أن يضمّن قيمتها أيهما شاء. فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقّه في تضمين الآخر».

- المادة 136: «1- إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تمّ فيه العقد. ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة. 2- ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر. فإن لم يصدر في هذه المدة ما يدلّ على الرّغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا. 3- ويبدأ سريان المدة... وإذا كان سبب التوقّف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد».

القوانين لم تنهج كلاًها نهج القانون العراقي في تنظيم المسألة. فمنها من اختار نصاً عاماً مثله، ثم أردفه بنص في البيع كالقانون اليمني (المادتين 145 و 474 مدني) أو أضاف إليهما تفويطات أخرى كالقانون الأردني (المواد 171 إلى 175 بصفة عامة و 550 و 551 في البيع، و 559 في الهيئة و 1325 في الرهن التأميني)¹⁶⁷، ومنها من اهتم بالبيع بصفة خاصة كالقانون السوداني (المادة 3/227 مدني).

وأما القوانين الألمانية والمقصود بها القانون الألماني والقانون النمساوي ومعهما القانون السويسري¹⁶⁸ فيبنى اختيار الصحة فيها على تصور عام لعقود التفويت موروث ومتطور عن القانون الروماني، يقوم على التفريق بين إنشاء الالتزامات ونقل الملكية أو الحق العيني عموماً. ويبرز هذا التصور بصفة خاصة في عقد البيع الذي يتم على مرحلتين¹⁶⁹؛ مرحلة إلزامية تتفق فيها كل التشريع الألمانية يمثلها عقد البيع نفسه ويقتصر على إنشاء التزامات متبادلة (الفصل

ففي ألمانيا يتم إبرام عقد ثان تنتقل به الملكية يشار إليه في فقه القانون الألماني باسم «التصرف أو العقد العيني»¹⁷¹ مع وجوب تنفيذه فعلاً بمراعاة طبيعة المال فيحرر كتب للعقد الثاني في العقار ثم ينفذ بترسيمه في السجل العقاري حسب الفصلين 873 و 925 من المجلة المدنية، وفي المنقول يقع الشراضي على التسليم ثم يسلم فعلاً للمشتري وفقاً للفصل 929 مدني¹⁷². وعلى خلاف ذلك، تقتصر المرحلة العينية في القانونين السويسري (الفصلين 656 و 657 مدني) والنمساوي (الفصل 424 من المجلة المدنية العامة) على عمل تنفيذ عيني وهو الترسيم في العقارات والتسليم في المنقولات دون ضرورة لإبرام عقد عيني قبل التنفيذ.

وينتج عن هذا التصور المعروف بالتصرف المزدوج أو الثنائي في نقل الملكية¹⁷³ منطقياً صحة التفويت في ملك الغير على الأقل في جانبه الإلزامي، وهو ما عبرت عنه المجلة الألمانية في شكل قاعدة عامة تضمنتها الفصل 185: «التفويت في ملك الغير

منه وبتسليمه الشيء المسلّط عليه إن كان ذلك الحقّ يخوّل حياة شيء. ويلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه للبائع وبتسليم المبيع.

ويقابل هذا الفصل في القانون السويسري الفصل 184 من مجلة الالتزامات.

وتجب الملاحظة أنّ النصّ المعتمد للمجلة الألمانية هو نصّها المترجم إلى الفرنسية بواسطة رؤول دي لاقراسري:

- **Code civil allemand, suivi d'autres textes dans leur teneur au 1er janvier 1900, traduits et annotés par Raoul de la GRASSERIE, Paris, A. Pedone, Editeur, Librairie de la Cour d'appel et de l'ordre des avocats, 2ème éd., 1901.**

171 يجب التشبيه إلى عدم الخلط بين هذه التسمية في القانون الألماني وبين معناها المعروف عندنا حيث العقد العيني هو العقد الذي لا يتمّ إلا بتسليم الشيء محلّه إلى المعاهد الآخر، أمّا المقصود من هذا الاستعمال في ألمانيا فهو العقد الذي ينقل الحقّ العيني ويسمّى *Verfügungsgeschäft* ويقابل التصرف الإلزامي *Verpflichtungsgeschäft*.

172 سلاوي، دراسة نظرية الالتزام...، ف 5 ص 4، - فرانس، القانون الألماني الخاص، ف 613 و 644، ص 579 و 613.

173 أي أن نقل الملكية ليس ثمرة تصرف واحد بين الطرفين، بل هو نتيجة لتصرفين متتاليين أحدهما شخصي والآخر عيني، ويشار إلى التصرفين معا بالتسمية المذكورة في المتن أي التصرف المزدوج ويقابلها بالفرنسية *Le double acte dans le transfert de propriété*.

167 هذا هو اختيار المشرع الإماراتي أيضا في قانون المعاملات المدنية المطابق للقانون الأردني (المواد 213 إلى 217 بصفة عامة و 605 و 606 في البيع و 616 في الهبة و 1402 في الرهن التأميني). وللعلم فإنّ الرهن التأميني هو رهن غير حيازي يقابل الرهن العقاري عندنا، أمّا الرهن الحيازي فيكتفي في شأنه التشريعيان المذكوران باشتراط ملكية الراهن للمرهون لا غير (المادتين 1379 أردني و 1458 إماراتي).

168 المقصود في هذه القوانين هو المجلة المدنية الألمانية لسنة 1896 (التأخذة منذ سنة 1900) والمجلة المدنية العامة التمسوية لسنة 1810 والمجلة المدنية السويسرية لسنة 1907 ومجلة الالتزامات السويسرية لسنة 1911.

169 **Raymond SALEILLES**, Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand, Paris L.G.D.J. 1925, n° 2, p.3.

- **Michel PEDAMON**, Le contrat en droit allemand, Paris, L.G.D.J. Coll. Droit des affaires, 1993, p.18. - **Frédérique FERRAND**, Droit privé allemand, Précis Dalloz, Paris 1997, n° 613, pp. 578-579.

170 إنّ الفصل 433 هو أوّل فصل في باب البيع والمعاوضة، وقد تصدر الأحكام العامة لهذين العقدين ونصّه: «في عقد البيع، يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري وبتملكه به. ويلتزم بائع حقّ بتمكين المشتري

غير صاحب الحق صحيح إذا ارتضاه صاحبه...»¹⁷⁴. كما ينتج عن نفس التصور عدم احتواء المجلة الألمانية لنص على ملك الغير في باب العقود¹⁷⁵، ولكن توجد فيها نصوص خاصة في باب الأموال، أي متصلة بالعقد العيني إن تعلق بمنقول أو بعقار¹⁷⁶.

ومن القوانين التي تأثرت بالقانون الألماني نذكر على سبيل المثال القانون اليوناني الذي وضع حكما عاما في الفصل 239 من المجلة المدنية¹⁷⁷ نقله حرفيا عن الفصل 185 ألماني، ثم تبنت نظرية التصرف المزدوج في نقل الملكية في الفصل 1033 من نفس المجلة. وجعل من التقادم مدعما لحق الملكية خاصة في

¹⁷⁴ بقية الفصل هي «...ويصح التقويت أيضا إذا أجازها صاحب الحق أو اكتسب المفوت ملكية الشيء أو ورث صاحب الحق في نظام المسؤولية غير المحدودة عن ديون الشركة، وفي الحالتين الأخيرتين، إذا تعددت التقويبات في شيء واحد وهي متعارضة فيما بينها، فلا يترتب أثر إلا على السابقة منها». وقد ورد هذا الفصل في الكتاب الأم من مجلة المدونة الألمانية المضمومة في اللائحة التنفيذية للقانون رقم 1033 من مجلة القوانين رقم 1033 من سنة 1976.

الفصلين 1036 و1041 من المجلة المدنية، وصحح رهن منقول الغير في الفصل 1215 لكنه شدد في رهن عقار الغير إذ اعتبره باطلا دائما لا تصححه الإجازة ولا اكتساب الملكية من الرهن. وهو بهذا الحل يلتقي مع أنصار البطلان.

21- أما الاتجاه الثاني فيرى بطلان التقويت في ملك الغير، وهو اتجاه تصدره فرنسا والقوانين اللاتينية عموما ومن تأثر بها خاصة في البلاد العربية¹⁷⁸ وأولها القانون المصري. وأساس الحل في هذه القوانين هو النظرة الموحدة للعقد الناقل للملكية أو الحق العيني عموما. ويعتبر القانون الفرنسي رائدا لهذا التصور في القوانين الحديثة إذ قرّر في الفصل 1138 من المجلة المدنية أن «الالتزام بتسليم شيء يتم بمجرد تراضي الأطراف المتعاقدة»¹⁷⁹. وأكدّه في باب البيع (الفصل 1583) والهبه (الفصل 938). وكننتيجة لهذا التصور رأى واضعو المجلة الفرنسية أن العقد الذي محله مملوك للغير لا يمكن أن ينتج أثره العيني، وحيث لم يعد محالا، يتمسك التصرف بالشئ في ملك الغير بالتسليم العيني، وحيث

الإقرار ببطلانه¹⁸⁰. وهو ما ظهر أثره في البيع نفسه إذ نصّ الفصل 1599 مدني على أن «بيع ملك الغير باطل. ويمكن أن يترتب عنه غرم الضرر للمشتري إذا

¹⁷⁸ نستثنى من قوانين البلاد العربيّة المتأثرة بالقانون الفرنسي قانون الالتزامات والعقود المغربي الصّادر في 12 أوت 1913 وقانون الالتزامات والعقود الموريطاني الصّادر في 14 سبتمبر 1989 باعتبارهما ماخوذين عن القانون التّونسي بصفة مباشرة للأوّل وغير مباشرة للتّاني. فقد تضمّنا نفس نصوص القانون التّونسي تقريبا خاصّة في البيع (الفصل 485 مغربي والفصل 496 موريطاني يقابلان الفصل 576 م.ع.) وفي الرهن (الفصل 1173 مغربي والفصل 1103 موريطاني يقابلان الفصل 1535 م.ع. قديم الذي استقي منه الفصل 203 م.ع.). وبالتالي فتأثرهما بالموضوع يرجع أولا إلى القانون التّونسي قبل القانون الفرنسي.

¹⁷⁹ جاء الفصل 1138 فرنسي تحت القسم الثّاني (في الالتزام بنقل المملكيّة) من الباب الثّالث (في آثار الالتزامات) من العنوان الثّالث (في العقود وفي الالتزامات الاتّفاقية بوجه عام) من الكتاب الثّالث (في مختلف الوسائل التي تكتسب بها المملكيّة) من المجلّة المدنيّة.

¹⁸⁰ مازو وشاباس ودي جيقلار، البيع والمعارضة، ف 815، ص 99-100.

- Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, Cours de droit civil, les contrats spéciaux, Cujas, Paris, 11ème éd., 1998, p. 143.

العنوان السّادس «في الإذن وفي الإجازة» وهو يشمل الفصول من 182 إلى 185.

¹⁷⁵ على عكس ذلك، تضمّنت المجلّة التّساوية نصوصا في باب العقود تؤكد كلّها الصّحة: الفصل 456 في الرهن والفصل 945 في الهبة أمّا في البيع فالفصل 1054 يحيل إلى القواعد العامّة التي تضع مبدأ عاما في ضمان التّقويت في ملك الغير بعوض (الفصل 923). وفي باب الأموال، يمنع الفصل 366 من فوّت في شيء لا يملكه ثم أصبح مالكا من استرداده من يد المّفوّت له ويضع الفصلان 430 و440 الحل للتّقويت مرتين في نفس الشيء وهو الحوز في المنقول وأسقيّة التّرسيم في العقار.

¹⁷⁶ جاء في الفصول 932 و933 و934 و935 أنّ من اكتسب منقولا بحسن نية من غير مالكة صار مالكا له إلا إذا كان مسروقا أو ضائعا أو تمّ التّقويت فيه من حائز مباشر. وسحب الفصل 1207 هذا المبدأ على رهن المنقول وأشار إليه الفصل 1266 في باب السّمن. وفي العقارات أورد الفصل 900 صورة خاصّة لمن قيّد اسمه في السجّل العقاري غلطا وهو غير مالك، فإنّه يصبح مالكا للعقار إذا كان حسن النية وتحوز بالعقار مدّة ثلاثين عاما. ونجد في القانون السّويسري نفس الحلول في الفصل 714 بالنسبة إلى المنقولات والفصل 661 في العقارات، لكن باختصار المدّة إلى عشر سنوات.

¹⁷⁷ صدرت المجلّة المدنيّة الهلينيّة في 1 جويلية 1941 ودخلت حيّز التّفيد في 23 فيفري 1946 ونشير إلى أنّ المجلّة المعتمدة هي النسخة الفرنسيّة الصّادرة عن المعهد الفرنسي بأثينا:

Code civil hellénique, Traduction de l'institut hellénique de droit international et étranger, effectuée par Pierre MAMOULOPOLOS, avec une note introductive de Petros VALLINDAS, in Collection de l'Institut français d'Athènes (80) Série juridique, Athènes 1956.

كان يجهل أنّ المبيع مملوك للغير»¹⁸¹. ولم تتضمّن المجلّة المدنيّة نصّا آخر عن ملك الغير سوى الفصل 1704 في المعاوضة¹⁸². وقد قرّر فقه القضاء مؤيدا بفقهاء الشراح إبطال رهن ملك الغير لمخالفته لقاعدة التخصيص التي وضعها الفصل 2129 من المجلّة المدنيّة. وكانت نفس هذه المبادئ تقريبا موجودة في القانون الإيطالي القديم لسنة 1865¹⁸³ قبل تعديلها سنة 1942 في اتجاه الصّحة حيث أصبح يقرّر صّحة بيع ملك الغير في الفصولين 1478 و1479 من المجلّة المدنيّة ورهن ملك الغير في الفصل 2822 من نفس المجلّة.

ومن التّشاريح التي تأثرت بالقانون الفرنسي تجدر الإشارة بصفة خاصّة إلى القانون اللّبناني¹⁸⁴ وإلى التّقنين المدني المصري الجديد لسنة 1948¹⁸⁵ الذي جعل

¹⁸¹ Art. 1599: «La vente de la chose d'autrui est nulle; elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui».

¹⁸² لكن تجدر الإشارة إلى الفصل 114 الذي يحلّ تنازع شخصين على منقول باعتبار الحوز بحسن نية،

ليبيع ملك الغير قسما خاصا في باب «بعض أنواع البيوع» يحتوي على المواد 466 و467 و468¹⁸⁶ ونصّ فيها على قابليّة البيع للإبطال¹⁸⁷ ثمّ استعاد بعضا من هذا الحكم في الرّهن بموجب المادة 1033 المتعلّقة بالرّهن العقاري¹⁸⁸ والمنسحب حكمها على الرّهن الحيازي بموجب المادة 1098. وقد سار عدد من التّشاريح العربيّة المستوحاة أو المأخوذة من التّشريع المصري على التّهجّ نفسه¹⁸⁹، ومنها التّشريع السّوري لسنة 1949¹⁹⁰ والتّشريع اللّيبّي لسنة 1953¹⁹¹ والتّشريع الجزائري لسنة 1975¹⁹².

¹⁸⁶ المادة 466: «1- إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجّل العقد أو لم يسجّل.

2- وفي كلّ حال لا يسري هذا البيع في حقّ المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد».

والمادة 467: «1- إذا باع المالك، البيع من الغير، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجّل العقد أو لم يسجّل.»

وكذلك إلى الفصل 1021 ولكنه متعلق بالوصية وهي ليست من المعاوزات.

183 انظر الفصول 1125 و1459 و1977 من مجلة 1865 الموافقة تباعا للفصول 1138 و1599 و2129 من المجلة المدنية الفرنسية، علما أن الفصل الأخير تغير ترقيمه سنة 2006 ليصبح الفصل 2418. انظر لاحقا الهامش 774.

184 يظهر تأثر القانون اللبناني جليًا بالقانون الفرنسي نصًا ومضمونًا. فقد وضع نصًا لما وضع له القانون الفرنسي نصًا وأحجم عن ذلك حيث غاب النص الفرنسي، ومن ثم قرّر بطلان بيع ملك الغير في الفصل 385 من قانون الموجبات والعقود الصادر في 9 آذار (مارس)، تأسيا بالفصل 1599 الفرنسي، لكنه خالفه في بناء النص ومجمل عبارته المستوحاة من الفصل 485 من القانون المغربي المعتبر من مصادر المجلة اللبنانية، وفي ربط حق المشتري في التعويض بسوء نية البائع. كما أفرد المعاوضة بالفصل 503 موجبات وعقود مثل الفصل 1704 فرنسي، ولئن لم يتحجم الرهن في قانون الموجبات والعقود، فقد نظمه بقانونين خاصين هما المرسوم الاشتراعي رقم 46 بتاريخ 20 تشرين الأول (أكتوبر) 1932 المتعلق برهن المنقول والملحق بقانون الموجبات والعقود والقرار رقم 3339 بتاريخ 12 تشرين الثاني (نوفمبر) 1930 المتعلق بالملكية العقارية بالنسبة إلى الرهن العقاري الحيازي والتأمين العقاري (الرهن العقاري غير الحيازي). ولم يتضمن كلا القانونين نصًا صريحًا في رهن ملك الغير، لكن الفقه والقضاء في لبنان مجمعان على سحب حكم بيع ملك الغير على الرهن الحيازي للمنقول وللعقار، وعلى إبطال التأمين العقاري (الرهن العقاري) بطلانًا مطلقًا لمخالفته لمبدأ التخصيص باعتباره رهنًا لعقار مستقبل. انظر: حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، النكاح الجامعية، بيروت، الطبعة الثانية، 1985، ف 111، ص 162 وف 284، ص 405.

185 صدر هذا القانون في 16 جويلية 1948، ودخل حيز التنفيذ منذ 15 أكتوبر 1949.

2- وكذلك يتقلب العقد صحيحًا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد.

والمادة 468: «إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية».

187 تجدر الملاحظة أنه تم سحب هذا الحكم على الهبة مطلقًا بما فيها هبة العوض بموجب المادة 491 والتي تقابلها مواد مماثلة في تشريع عربية أخرى كالمادة 459 مدني سوري والمادة 480 مدني ليبي.

188 تنص المادة 1033 على ما يلي: «1- إذا كان الرهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحًا إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية. وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكًا للرهن. 2- ويقع باطلا رهن المال المستقبل».

189 انظر: أنور العمروسي، التعليق على القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 1983، ج 2، ص 284.

190 توافق المواد 434 و435 و436 في البيع المواد المصرية. أما الرهن فليس فيه نص عن ملك الغير لأن تنظيمه مأخوذ عن القانون اللبناني (رهن المنقول) والقرار رقم 3339 لسنة 1930 (الرهن العقاري). راجع الهامش 184 السابق، وكذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري المرفقة به.

191 المواد 455 و456 و457 في البيع و1036 في الرهن. وقد صدر التشريع الليبي في 28 نوفمبر 1953 وبدأ العمل به في مارس 1954 وشهد تعديلا كبيرا في 29 جوان 1972 اقتصر على نصوص الدين ولم يشمل مواد ملك الغير.

192 توافق المواد 397 و398 و399 من التشريع الجزائري في البيع المواد المصرية. أما في الرهن فالمادة 884 غير مطابقة حرفيًا للمادة 1033 مصري لأنها تكتفي باشتراط وجوب أن يكون الرهن مالكا وأهلا للتقويت.

-III-

22- إن جملة هذه المعطيات المستمدة من التشاريح المقارنة قديمها وحديثها، شرقيةا وغربيةا ترسخ لدى الباحث افتتاعا بأمرين أولهما التجاذب الواضح بين موقفَي الصحة والبطلان والذي مرده ربط المسألة بتصوّر معين لعقود التقويت؛ إما هي ثنائية مزدوجة فتميل إلى تصحيح التقويت إذا ورد على ملك الغير، أو هي أحادية وتغلب خيار البطلان. وثانيهما وهو نتيجة للأول أن موضوع التقويت في ملك الغير يطرح سؤالاً متكرراً حول حكمه أهو المنع أم الجواز¹⁹³؟

تتكمّل مدّة تملكه بالتقادم ويفوت فيه بأحد وجوه التقويت. وكذا من يبيع ملك شخص غائب أو شيئاً من ملك الدولة الخاص¹⁹⁵، وكالدولة نفسها تبيع مالا تعتقد أنه دخل في ملكها وهو بعد محلّ ملكية فردية خاصة¹⁹⁶ وكالملتزم بردّ الشيء إلى أصحابه في عقد من عقود المنفعة أو الردّ بصفة عامّة كالكراء والوديعة وعارية الاستعمال ورهن المنقول... ويفوت في الشيء، ومثله الخصم في نزاع استحقاقه يبيع موضوع النزاع ثم يتبين فيما بعد أنه ملك لخصمه ويحكم له به¹⁹⁷...

وهكذا تتعدّد الأمثلة وتتوّع¹⁹⁸ بل هي تزداد كما وأهميّة بما يضيفه إليها

¹⁹⁵ السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 154، ص 275 - وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 1987، ص 32.

¹⁹⁶

23- فمن الناحية العملية يتكرر السؤال عن المنع والجواز بتكرّر صور التفويت في ملك الغير. وهي ليست محدودة ولا نادرة، بل هي كثيرة الوقوع وشائعة جداً في الحياة العملية. كالزّوج يبيع ملك زوجته الخاص بها أو كلّ المال المشترك بينهما¹⁹⁴ والوارث يفوت في عين من أعيان الثّركة قبل تصفيتها أو قسمتها، والشريك في الشّيوع يبيع أكثر من منابه المشاع، والحائز لعقار لم

¹⁹³ الجواز هو نقض المنع ويعني الإمكان الخاص أو العام فيقال يجوز يعني يمكن ولا يمتنع، ويعني الجواز أيضا النفاذ وهو معنى في الإمكان سيأتي بيانه في تحليل الموضوع. انظر: الكشاف، باب الجيم، فصل الرّاء المعجمة، م 1، ص 207.

¹⁹⁴ راجع القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998، المتعلّق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين، رائد رسمي عدد 91 صادر في 13 نوفمبر 1998، ص 2284 وإصلاح غلط بالرّائد الرسمي عدد 95 الصادر في 27 نوفمبر 1995.

فهيما بعد أن لها وارثا. وتجدر الإشارة إلى أنّ الملكية العقارية بتونس مرّ بها ظرف تاريخي عزّز وقوع هذه الحالة وهو تأميم الأراضي الفلاحية بموجب قانون 12 ماي 1964 والذي أحال ما كان مملوكا منها للأجانب وللمعمرين السابقين إلى أملاك الدولة؛ وقد وضعت الدّولة آنذاك يدها على عديد العقارات التي تبين فيما بعد أنّ أصحابها الأجانب فوتوا فيها إلى مكتسبين تونسيين قبل صدور القانون ونشره، فيكون تفويت الدّولة فيها يعدّذ من قبيل التفويت في ملك الغير. انظر: الحبيب الشّطي، ملكية الأراضي الفلاحية بتونس، في دراسات في القانون العقاري للمؤلف، دار الميزان للنشر، سوسة، الطبعة الأولى، 1996، المجموعة الأولى، ص 77.

¹⁹⁷ يرد في كتابات بعض الفقهاء مثال المقدّم أو المصفي وكلّ مدير لكسب غيره بصفة عامّة يبيع أو يرهن شيئاً من الأموال التي هو مكلف بإدارتها على أنّها من ملكه الخاص (قيهو)، أعمال التفويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 3، ص 4. ولكنه مثال قابل للنقاش لاتصاله بنظرية الثّباية المستبعدة من دائرة التفويت في ملك الغير، حتّى إذا جاز قبوله فذلك لا يتيسّر إلا بالنسبة إلى المصفي ومن في حكمه من الثّابطين القضائيين انطلاقاً من التّمييز بين ذمهم وذمة من يمثّلونه. فإذا تصرفوا فيما يمتقدون أنّه ملكهم فهم فرضاً بعيدون عن مناط نيابتهم فلا يتجاوزون حدودها ولا يتصرفون دونها بل هم أصلاً يلزمون ذمّهم فيكون تصرفهم في ملك الغير إذا لم يكن في ملكهم فعلاً ولو كان ذلك الغير هو من يديرون كسبه. أمّا بالنسبة إلى الولي والمقدّم فيتعدّر سحب هذا التّعطيل عليهما لاتصال نيابتهما بأحكام الولاية على المحجورين وهي أحكام حمائية مرتبطة بالأهلية وتهم النظام العام لا يجوز الخروج عنها خشية مداورتها فلا يمكن أن تدخل في ميدان التفويت في ملك الغير. انظر لاحقاً ف 405 من هذا البحث.

¹⁹⁸ يلاحظ في أغلب هذه الأمثلة أنّ للمفوت علاقة ما إمّا بالمال (الحائز - المنتفع أو الملتزم بالرد...) أو بصاحبه

القانون الجنائي من حالات السرقة والتفويت في المسروق وهو من أوضح صور التفويت في ملك الغير¹⁹⁹. ويشكل تعدد حالات التفويت في ملك الغير دليلاً عملياً يؤكد فيه فقهاء القضاء على خطورة مثل هذا التصرف وعلى أهمية البحث فيه خصوصاً أنه غالباً ما يطرح بصفة بعدية فلا ينتبه إليه إلا بعد وقوعه مما يفسح المجال إلى تداخل مؤسسات وأحكام أخرى مع التفويت في ملك الغير تستدعي تمييزه عنها بالاستناد بالنظر في المطلوب فتتضاعف بذلك أهمية الموضوع

(الزوج - الوارث - الشريك...) وربما هذا ما جعل البعض يرى أن حالات بيع ملك الغير مثلاً «هي حالات نادرة قل أن تتحقق في العمل، وأن فرض بيع ملك الغير هو في الواقع من الفروض المدرسية التي يندر أن تقع في الواقع، فمن الصعب أن نتصور أن يعمد شخص قصداً إلى بيع شيء لا يملكه...» (مبد المنعم البدر اوي، عقد البيع في القانون المدني، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، القاهرة 1960، ف 392، ص 581 - دي باج ولبنز، البيع، ف 34 ص 77)، لكن النظر إلى الأمور بهذا الشكل هو نظر مبسّر لأنه يقف عند أول صورة تتطبع في الذهن ولا يتجاوزها وهي صورة الشخص الذي لا علاقة له أصلاً بالمال، ولا بصاحبه، وبفوت فيه

على الصعيد العلمي النظري.

24- ومن الناحية العلمية النظرية، يلاحظ أن التفويت في ملك الغير يتداخل مع مؤسسات ومفاهيم شبيهة يتجه تمييزه عنها كالتأيابة والشرط والملكية الظاهرة وقاعدة الحوز في المنقول سند الملكية... كما أنه يقع في تقاطع قانون الالتزامات وقانون الأموال²⁰⁰ لأنه في الآن نفسه مصدر للالتزامات وللحقوق العينية فيعود الاهتمام به إلى إلقاء مزيد من الضوء على العلاقة المذكورة وتوضيح الحدود الفاصلة ومناطق التداخل بين الميدانين لمعرفة مجال المنع أو الجواز هل هو الجانب الشخصي للتفويت أم جانبه العيني خاصة أن التفويت في ملك الغير هو نقطة تشابك وتنازع لمصالح متعارضة: مصلحة المالك الحقيقي في أن لا تهدر ملكيته من جهة ومصالح الطرفین في أن تتم الصفقة فيؤول الحق العيني إلى المفوت له، ويغتم المفوت نفعه بأخذ العوض²⁰¹.

وإذا كان المنع مسلماً به في الجانب العيني باعتبار قدسية حق الملكية

200 وللحقيقة فالأمر لا يقتصر على مادتي الالتزامات والأموال بل يمتد إلى ثالث فروع القانون المدني أي الأحوال الشخصية بالنسبة إلى «أشياء المعاوضات» كهبة العوض. وكذلك إلى مواد هذا القانون (المدني) التفصيلية من عقود خاصة وتأمينات وإشهار عقاري... أي أن كل القانون المدني معني بهذا البحث. بل ومع القانون الجزائي أيضاً. ومن المؤكد أن تأثير الموضوع يمتد إلى جملة فروع القانون التي تنظم معاملات مالية خاصة أو عامة كالقانون التجاري والقانون الإداري وغيرهما... لكننا نقتصر اختياراً على دراسة الموضوع في منبعه أي القانون المدني الذي يعم الفروع الأخرى بطبيعته باعتباره الشريعة العامة. ولا أدل على هذا من الفصل 597 من المجلة التجارية الذي يحيل في تنظيم العقود التجارية إلى أحكام مجلة الالتزامات والعقود في غياب نص خاص في المجلة التجارية. ومثله الفصل 710 م.ت. في إحالته إلى الأحكام العامة لرهن المنقول، وهي مسطرة بمجلة الحقوق العينية.

201 يلاحظ غالباً أن مصلحة المفوت لا يشار إليها وربما تعتبر مهدورة لأنه هو التسبب في هذه الوضعية المشككة فإني له أن يعتد أو يعتد له بمصلحة ما وهي - إن كانت - غير مشروعة! لكن هذا النظر محل نظر لأنه قد يكون المفوت حسن النية فتسقط كل لا مشروعية، كما أن وجود العوض في التفويت يوجب فرضاً تعارض المصالح ولو كان ذلك في أشباه المعاوضات التي يمكن أن تكون للمفوت فيها مصلحة معنوية تظهر في حصول قصد التفضل أو التبرع المعتبر فيها أصالة.

(هكذا دون مقدمات!) لكن حتى هذه الصورة شائعة إذ يكفي أن نتخيل وقوعها من سارق للشيء أو وقوعها على مال الغائب أو ملك الدولة كما تقدم... ولعلّه أفضل عند البعض الآخر وصف هذه الفرضية «بالكلاسيكية» (محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير...، ف 299، ص 253 - 254). ولو أن الأستاذ شرف الدين خلص إلى «ضيق ميدان هذه الفرضية» (ف 303، ص 256)، وهو استنتاج غير دقيق كما تقدم لولا أن قد يشفع له اقتضاره على الميدان العقاري المسجل على وجه الخصوص. ولكن حتى في هذا الميدان لا يقتصر التفويت في ملك الغير على العقارات غير المسجلة بل يشمل حتى العقارات المسجلة بافتراض مثلاً أن يقع التفويت في عقار مسجل من غير مالكه على أنه عقار غير مسجل، وهذا كثير الوقوع في التطبيق إذ يكفي فيه عدم الإشارة إلى وجود رسم عقاري ليعامل العقار كأنه غير مسجل. وعندئذ لا يمكن ترسيم هذا التفويت لعدم التسلسل (الفصل 392 م.ج.ع.) ولا بد من تدخل المالك الحقيقي (المرسوم) بإجازته ليتمكن قبول العملية أو أن تنتقل الملكية منه إلى المفوت. وهذا عين ما يقضي به الفصلان 576 م.ع. / 203 م.ج.ع. ويجزي في الإقناع بحقيقة هذه الفرضية أن المشرع نفسه تصورهما لهما جعل وجود حكيم عقاريين في تسجيل نفس العقار حالة من حالات المراجعة (الفصل 332 ف 1 - صورة رابعة م.ج.ع.)، ولا يمكن عقلاً أن يوجد الحكم الثاني إلا بافتراض انعدام الحكم الأول والتعامل مع العقار كأنه غير مسجل!

199 يلاحظ أن مثال التفويت في المسروق لا يرد في المطولات ولا في الدراسات التي خصصت للموضوع وربما كان هذا الوضع ناتجاً عن فصل القانون المدني عن القانون الجنائي أو عن استبعاد المنقولات من ميدان التفويت في ملك الغير، ربما بتأثير من قاعدة «الحوز في المنقول سند الملكية»، لكن هذه القاعدة مشروطة وما يخرج عن مجالها يقع ضرورة في ميدان ملك الغير.

الموجبة لصونه من الإهدار والاعتداء، فلا يترتب عن التفويت أي أثر يطلال الملكية في نظر المالك الحقيقي - وبهذا الفهم تؤخذ النصوص العامة في منع التفويت -، فإن الجانب الشخصي ممثلاً بالالتزامات التي ينشئها التفويت بين الطرفين يصبح هو محط الاهتمام فإن طاله المنع بطل التفويت ككله وإن ناله الجواز كان التفويت ممكناً في وجهه وغير ممكن في الوجه الآخر. فإن غلب عدم الإمكان بطل التفويت وإن قدّم الإمكان صحّ على أن يمتنع نفاذه العيني. ومعنى هذا أن التفويت في ملك الغير يمثل إطاراً ملائماً وضرورياً لبحث هذه العلاقة وتعميقها.

وتؤكد الكتابات والشروح الفقهية التي تطرقت إلى موضوع التفويت في ملك الغير وبخاصة إلى البيع هذه الأهمية العلمية من خلال تركيزها على جزاء البيع والبحث عن صحته أو بطلانه. كما تبرز ذات الأهمية من خلال تدفق الأسئلة

التشريعي له. ولهذا فإن الدراسات المذكورة باقتصارها على النظر في جزاء بيع ملك الغير حصرت نفسها في زاوية ضيقة لا تعكس كل جوانب الموضوع وأبعاده الحقيقية خاصة أن تناول مثل هذا الموضوع مرتبط بعدة تقنيات ومؤسّسات قانونية أخرى لم تتل حظها الكامل من التحليل في الدراسات المذكورة والحال أنها من مقدماته الضرورية والأساسية التي لا يمكن الاستغناء عنها رغم عدم وضوح موقف القانون منها في بعض الأحيان مما يوجب الفصل في أمرها تمهيداً لاستخدامها الصحيح، من ذلك نظرية المحلّ أو الفسخ أو العقد الموقوف أو نظرية الشرط أو التفريق بين صحة العقد ونفاذه، أو انتقال الملكية أو ضمان الاستحقاق... وهو ما يجعل التفسيرات المقترحة غير شافية والاستنتاجات غير مقنعة أحياناً.

وربما وجد اقتصار هذه الدراسات على بيع ملك الغير تبريره في أهمية الفصل

576 م.ا.ع. باعتباره النص المحوري الذي نظم المسألة، وسعي الشراح إلى إزالة الغموض الذي يبدو في بعض مواطن هذا النص. لكن الاكتفاء بالفصل 576 م.ا.ع. في ذاته يظل مع ذلك منقوصا إذا بقي معزولا عن حكم التقويات الأخرى مما يثير تساؤلا عن إمكانية تعميمه عليها أم اعتباره خاصا بعقد البيع، وهو ما لم تجب عنه الكتابات المذكورة إما لأنها تعتبر الفصل 576 م.ا.ع. خاصا فعلا

التقويت بمعنى «ما للعقد من وصف يرجع إلى ترتب آثاره عليه أو عدم ترتبها والتزام المتعاقدين به أو عدم التزامهما» فيقال إن حكم العقد أنه صحيح أو باطل أو أنه موقوف أو نافذ... (وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 1979، ص 57). وبهذا يستوعب حكم التقويت جزاءه الذي هو رد الفعل المستوجب عن مخالفة أمر أو نهي قانوني (شرعي):

(Philippe JESTAZ, La sanction ou l'inconnue du droit, D.S. 1986, chr. p. 197).
في حين أن الحكم يقتضي معرفة حقيقة الأمر أو النهي نفسه لأنه بتعريفه «إسناد أمر إلى آخر سلبا أو إيجابا...» (كشاف اصطلاحات الفنون، باب الحاء، فصل الميم، لفظ الحكم، م 1، ص 372) وهو ما ينبغي تحقيقه في التقويت في ملك الغير وبه يتحدد الجزاء من نفسه.

التي يطرحها بيع ملك الغير كالتساؤل عن تجريمه جزائيا وتأثيره على وجوده مدنيا، وعن الالتزامات أو الآثار التي يترتبها خاصة بين أطرافه، وعن نظام إجازته، وعن تأثير اكتساب البائع الملكية على صحته، وعن مدى التعويضات التي يحق للمشتري المطالبة بها...، وغيرها كثير. وتدل جملة هذه الأسئلة على أن التطرق إلى بيع ملك الغير يتجاوز مجرد التساؤل عن جزائه ويتعداه إلى حكمه²⁰² الذي يقتضي معرفة حقيقة أمره بين المنع والجواز والتصور

²⁰² يقصد بكلمة حكم التقويت موقع التقويت من الجواز والمنع الناتج عن مدى تقبل القانون الوضعي له وكيفية تنظيمه له بحيث يحدد ويشمل في الآن ذاته نظامه وآثاره. ويقرب هذا المعنى مما يعرف عند علماء الأصول والفقهاء بالحكم الوضعي وهو ما اقتضى وضع شيء سببا لشيء أو شرطا له أو مانعا منه أو صحيحا أو فاسدا أو عزيمة أو رخصة. وهذا الحكم الوضعي هو قسم في الحكم الشرعي يقابله الحكم التكليفي (أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت، غير مؤرخ، المجلد الأول، ج 1، كتاب الأحكام، ص 76 وما يليها)، وقد سمي «وضعيا» لأنه يقتضي وضع أمور ترتبط بالأخرى كالأسباب للمسببات والشروط للمشروطات (وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 1، ص 51 هـ 3). ومنه حكم

بالبيع أو لأنها تسلّم في قرارة نفسها بانسحاب حكمه على جميع التفويته التي تماثله دون أن تفضح عن رأيها صراحة. وفي الحالتين فإنّ حسن فهم حكم البيع لا يغني عن التعمّق في هذه المسألة بالنظر إلى كثرة الأسئلة المتفرّعة عنها كمعرفة إن كان الفصل 203 م.ج.ع. يكرّس نفس قاعدة الفصل 576 م.ا.ع. أم لا؟ وهل يتلاءم معه فعلا وهو الناصّ على الصحة خلافاً للفصل 576 م.ا.ع. الذي يقضي بالجواز ويتحدّث عن البطلان أيضاً؟ وإن كان كذلك، فهل يعني هذا أنّه ينبع مع الفصل 576 م.ا.ع. من فكرة واحدة؟ وما هي؟ ثمّ لماذا اكتفى المشرع بالفصلين 576 م.ا.ع. / 203 م.ج.ع. ولم يخصّ التفويته الأخرى بنصوص مشابهة؟ وهل يمثّل هذا الغياب دعوة إلى انطباق الفصل 576 م.ا.ع. عليها رغم ما لها من خصوصيات مميزة؟ وعلى فرض انسحاب الفصل 576 م.ا.ع. على باقي التفويته، فسيم يختلف عن التبرعات التي تخرج عن هذا البحث ضرورة أنّه لو ثبت الاختلاف لتأكّد الإقصاء؟

والتفسير والشمولية²⁰⁴. فالنظرية مجردة لأنها بناء ذهني يتمخض عن تأمل فكري في موضوع ما، وهي تفسر لأنها تهدف إلى تعريف المفاهيم وتقصي كنه ومضمون عناصر النظرية، وهي شاملة لأنها لا تتكوّن من أجزاء مستقلة ومتباينة بل هي كلّ متجانس ذو ميدان موحد يضمّ كلّ ما هو متشابه. وينطبق هذا التعريف بكلّ عناصره على وجه الخصوص على النظرية القانونية كيفما هي «عمل فقهي أساسي يهدف إلى الصياغة العلمية للقانون بإظهار المسائل التي تهيم على مادة ما، والأصناف التي تنظّمها، والمبادئ التي تحكم تطبيقها، والطبيعة القانونية للحقوق والمؤسسات، والتفسير العقلاني للقواعد القانونية»²⁰⁵. وتكتسي النظرية بهذا المعنى أهمية واضحة في البحث القانوني تتضاعف على قدر اتّساع ميدانها ومدى عموميّته، إذ تجدر الملاحظة أنّ دور الفقه كما وصفه ابهرنج يتمثّل في تحليل القانون وتحريمه منأداء²⁰⁶ ووصفه ابهرنج يتمثّل في تحليل القانون وتحريمه منأداء

204 قارن مع تعريف جان-لوي برجال الذي لاحظ في تعريفه للنظرية العامة للقانون أنها تدرس النظام القانوني في مجمله وأنها تقوم على الملاحظة والتفسير والتعريف ولا تغفل الجوانب الأساسية للمنهجية القانونية: «*En un mot, elle (la théorie générale du droit) étudie l'ordre juridique dans sa globalité, à travers son «pourquoi?» et son «comment?».* C'est une construction intellectuelle méthodique et organisée fondée sur l'observation et l'explication des divers systèmes juridiques et destinée à définir les grands axes de la construction et de l'application du droit. Son étude ne saurait négliger les aspects essentiels de la méthodologie juridique». Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 3ème éd. 1999, n°3, p. 3.

205 هذا التعريف مأخوذ من المعجم القانوني لجمعية هنري كايبتان:

«*Théorie juridique: Activité doctrinale fondamentale dont l'objectif est de contribuer à l'élaboration scientifique du Droit, en dégagant les questions qui dominent une matière, les catégories qui l'ordonnent, les principes qui en gouvernent l'application, la nature juridique des droits et des institutions, l'explication rationnelle des règles de Droit*», *Vocabulaire juridique* Dictionnaire de l'association Henri Capitant, publié sous la direction de Gérard CORNU, Paris, P.U.F. - Beyrouth, Delta, 5^{ème} éd. 1996, p. 807.

206 ورد ذلك في كتابه عن روح القانون الروماني، الجزء الثالث، ونورده هنا نقلا عن ديموغ في كتابه عن المفاهيم الأساسية للقانون الخاص:

25- إن هذه الأسئلة وغيرها مما تقدم ذكره تؤكد أن الموضوع لا يهم مجرد السؤال عن جزاء بيع ملك الغير، بل يتعلق بما هو أعم وأشمل أي نظرية التقويت في ملك الغير. وتعني النظرية مطلقا «مجموع الأفكار والمفاهيم المجردة والمنظمة والمنطبقة على ميدان مخصوص» وبصفة أخص يقصد بها من الناحية العلمية الصرفة «البناء الفكري المنهجي المنظم ذا الطابع الفرضي والتألفي»²⁰³. ويؤخذ من هذين التعريفين أن النظرية تقوم على ثلاث أفكار أساسية هي التجريد

203 هذان التعريفان مأخوذان ومترجمان عن معجم روبير الفرنسي، وأصلهما هو:

«*Théorie. I.1. Ensemble d'idées, de concepts abstraits, plus ou moins organisés, appliqué à un domaine particulier ... 2. Sc. construction intellectuelle méthodique et organisée, de caractère hypothétique (au moins en certaines de ses parties) et synthétique*», *Dictionnaire le nouveau Petit Robert*, éd. 1993, p. 2246.

في «جمع ما يمكن جمعه لتشابهه وتمييز الأشباه والتظائر وإرساء قواعد عامة ترتبط بها الحلول الخاصة»²⁰⁷. وقد أبرز ديموغ فائدة هذا العمل الفقهي²⁰⁸ خاصة في تحقيق الأمن القانوني بمعرفة قواعد عامة مضبوطة تجعل الحلول دائما معلومة وتوفر الإطار القانوني الذي يحكم معاملات الأفراد فلا يزيغون عنه²⁰⁹، وتنبه رجال التطبيق إلى ضرورة مراعاتها من جهة وفي تيسير التمكّن من علم القانون واستيعابه وحسن تطبيقه من جهة أخرى²¹⁰. فالسعي إلى صياغة نظريات عامة هو من صميم عمل الفقه خاصة إذا وجدت بوادر حلول متقاربة

- René DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau Editeur, 1911, pp.225 et s.

²⁰⁷ ديموغ، المفاهيم الأساسية، مرجع سابق، ص 226.

²⁰⁸ ديموغ، المفاهيم الأساسية، ص 213 وص 234-235. وانظر أيضا وبمزيد التحليل لدور الفقه في تونس

وعناصر دنيا لتوحيد الأحكام²¹¹. ومن أمثلة ذلك في القانون المقارن نظرية النيابة التي بناها الفقه الفرنسي على عقد الوكالة، وقسمة المشترك التي بنيت على قسمة التركات ونظرية الملكية الظاهرة التي انطلقت من الوارث الظاهر...²¹²

26- ولئن كان تعميم مثل هذه التصرفات والعقود وغيرها وجيها، فأوجه منها وأجدر بالتعميم عقد البيع الذي يعدّ ضريبا من التزويد التذكير بمكانته بين سائر العقود إذ هو نموذجها جميعا²¹³ فما بالك بالتقويات وهي بعض منها. وآيته أنه أكثر العقود تداولا وأكملها أحكاما وأحكمها نظاما وأدلها على تقدّم الصنعة القانونية التشريعية، بل ليكاد يعتبر لوحده نظرية عامة للالتزامات، وهو إن لم يكن كذلك فعلا ففيه على الأقل مقومات بناء هذه النظرية، بدليل أنه وفر المنطلق الأول لنظرية الالتزامات بدءا بالقانون الروماني²¹⁴ ومرورا بالفقه

الإسلامي ووضعه المميز عند الفقهاء المسلمين²¹⁵ حتى أن مجلة الأحكام العدلية لم تضع نظرية عامة بل عمدت إلى تقنين فروع الفقه الإسلامي مبتدئة بالبيع، وهذا ما سمح لبعضهم باقتراح وضع نظرية عامة للالتزامات في الفقه الإسلامي

211 جيني، العلم والصياغة (الفنية) في القانون الوضعي الخاص، مرجع سابق، ف 210، ص 142.

212 ديموغ، المفاهيم الأساسية، ص 231.

213 مالوري وأيناس، العقود الخاصة، ف 60، ص 53.

- Jacques GHESTIN et Bernard DESCHÉ, Traité de droit civil, la vente, Paris, L.G.D.J. éd. 1990, n°31, p. 30: «La vente est l'archétype des contrats».

214 خاصة في أعمال المحققين من مدرسة بولونيا الإيطالية على يد بارتول (القرن الثالث عشر) وشرّاح الحواشي في القرن السادس عشر.

215 يبرز ذلك خاصة من خلال اتساع نطاقه إذ هو يشمل ثلاثة عقود مميزة اليوم: البيع والمعاوضة والصرف، وكثرة الحالات إلى أحكام البيع، وكذلك من خلال إطلاقه على تعريفات مفاهيم ومؤسّسات أخرى، فأحالة الدين هي بيع الدين عند المالكية، والإجارة هي بيع المنفعة والإقالة هي بيع جديد،... انظر في ذلك مثلاً: مصطفى أحمد الزرقاء، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، دار القلم، الطبعة الأولى 1999، ف 6 وما بعدها ص 15 وما يليها.

خاصة:
- Nadhir BEN AMMOU, la doctrine tunisienne de droit privé de l'aube du XXè à la veille du XXIè siècle, in L'apport du XXème siècle au droit privé tunisien, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, coll. Forum des juristes, Volume VIII, Tunis 2000, pp. 65 et s. spéc. n° 34 et s. pp. 108 et s.

209 انظر أيضا:

François GENY, Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, Tome III, Elaboration technique du droit positif, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1921, n° 210, p. 142 et n° 213, p. 169.

210 ليلاحظ التشابه الكبير في هذا التحليل بين ديموغ والقراي الذي قال في مطلع حديثه عن القواعد الكلية: «والقسم الثاني قواعد كلية فقهية جلية كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى... وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف رونق الفقه ويعرف وتتضح مناهج الفتوى وتكشف... ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت... واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تنتهي وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناهها ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب. واجاب الشاسع البعيد وتقارب وحصل طلبته في أقرب الأزمان»، شهاب الدين القراي، أنوار البروق في أنواء الفروق المعروف بـ «الفروق»، نشر دار عالم الكتب، بيروت على طبعة دار إحياء الكتاب العربي بمصر سنة 1347هـ (1928م)، غير مؤرخ، المجلد الأول، ج 1، ص 2-3.

من خلال عقد البيع²¹⁶. ووصولاً إلى القوانين الحديثة التي تعجّ تشريعاتها بالإحالات إلى عقد البيع²¹⁷ ومطولات فقهاؤها في الالتزامات بالتركييز على «هذا العقد وجعله مادة مناسبة لتوفير الأمثلة التوضيحية للأحكام العامة»²¹⁸.

ولعلّه من قبيل زلّة القلم البالغة التّعبير أن يقسّم الفصل الثاني من أمر 15 ديسمبر 1906 المتعلّق بإدراج مجلّة الالتزامات والعقود²¹⁹ «هذه المجلّة إلى كتابين يحتوي الأوّل على الفصول من واحد إلى 717 وهو يتعلّق بالالتزامات ويحتوي الثاني على الفصول 718 إلى 1632 وهو يتعلّق بالعقود وبشبه العقود». والواقع أنّ الكتاب الأوّل يقف عند الفصل 563، وأنّ الفصول من 564 إلى 717 مخصّصة لعقد البيع لكنّها ألحقت عنفاً بالتصوّص العامة في الالتزامات. وفي ذلك أكثر من معنى ودلالة على منزلة هذا العقد على الأقلّ في لاوعي واضعي المجلّة أنفسهم. وهذا ما ييسّر مهمّة الخروج منه نحو النّظرية العامة. وقد أحسن الأستاذ فرانسوا

حاكم - ومن بعده الأستاذ هيسلر²²⁰ - التّعيب عن هذه الفكرة لمّا عنون

القانون المعاصر إلى البروز أساساً كإطار للنّظام القانوني لتبادل القيم أكثر منه اتّفاقاً على الثّمّن والمثمن²²²، بما يعني أنّ تنظيم البيع يتجاوز إطاره الخاصّ لينسحب على سائر المعاملات التي من جنسه.

27- ومن هذا المنطلق، واعتباراً لأنّ الفصل 576 م.ع. جزء لا يتجزّأ من تنظيم عقد البيع، وعلى هدي المعطيات السّابقة، يتّجه تدقيق اهتمام هذا البحث بالتّفكير في إمكانية بناء نظرية عامّة للتّقويت في ملك الغير على حكم الفصل 576 م.ع.١.

إنّ تعميق التّفكير في هذه الإمكانية يثبت وجاهتها خصوصاً أنّ المادة الدّنيا للنظرية المطلوبة متوفّرة في التشريع التّونسي من خلال وجود الفصل 203 م.ع. إلى جانب الفصل 576 م.ع. وإقرارهما معاً لصحّة التّقويت المبدئية، وارتباطهما بشرطين مشتركين هما إحاظة المالك وصيرورة المفوّض والكاملين. إنّ

الفصلين يتعلّقان بثلاثة عقود مختلفة: البيع ورهن المنقول والرهن العقاري. وكذلك من خلال قاعدة الفصل 551 م.أ.ع. وهي قاعدة عامّة للقانون ولو أنّها تهتمّ المالك أساساً.

وتفضي هذه البوادر إلى تحقيق وجود نظريّة عامّة للتفويت في ملك الغير قوامها الفصل 576 م.أ.ع. بحيث لا يكون حكمه خاصاً ببيع ملك الغير بل هو حكم عامّ يسري على كلّ تفويت في ملك الغير.

28- إنّ الوصول إلى هذه النتيجة يتطلّب اعتماد مقارنة خاصّة يفرضها نصّ الفصل 576 م.أ.ع.، وواقع الدّراسات التي تناولته وفقه القضاء المتّصل بها، وموقع

222 الأطروحة المذكورة، ص 835، وهذا هو النصّ الأصلي:

«Plus qu'un accord sur la chose et sur le prix, la vente finit par apparaître principalement en droit contemporain comme l'organisation du régime juridique d'un échange de valeurs».

أطروحته المقدّمة إلى جامعة تولوز: «من عقد البيع إلى قانون البيع: تأملات ذات صبغة عامّة في عقد خاص»²²¹. وخلص خاصّة إلى القول: «لقد انتهى البيع في

216 محمد سلامة، نظريّة العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع، أطروحة دكتوراه مقدّمة لدار الحديث الحسنيّة بالمغرب ومنشورة بإشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميّة بالمملكة المغربيّة، طبع مطبعة فضالة بالمحمديّة 1994.

217 إنّ توجد هذه الإحالات في العقود الخاصّة فهذا أمر متوقّع، لكنّ كثرتها لافتة للانتباه. وما يثير الاندهاش أكثر هو أنّ تحيل النظريّة العامّة نفسها إلى عقد البيع (انظر مثلاً الفصلين 215 و342 م.أ.ع.) أو أنّ تعمّم أحكامها خاصّة بالبيع (مثلاً: الفصلين 36 و129 - ثانياً م.أ.ع.).

218 يكفي إلقاء نظرة على الكتب الفقهيّة المؤلّفة في الالتزامات أو في العقود المسماة للتأكد من حقيقة هذه الملاحظة.

219 الرائد الرّسمي التونسي، ملحق للعدد 100 الصّادر في 15 ديسمبر 1906.

220 قيستان وديشي، عقد البيع، ف 13، ص 11.

221 François JACQUOT, Du contrat de vente au droit de la vente: Réflexions de théorie générale sur un contrat spécial, thèse Toulouse, 1988.

النظرية المقترحة من تنظيم العقود بصفة عامة. ولهذه المقاربة أبعاد ثلاثة.

أولاً: حصر البحث في ذات التفويت؛ إذ يلاحظ أن الدراسات التي تناولت بعض التفويطات في ملك الغير كالبيع والرهن... حاولت دائماً الإجابة عن أسئلة الموضوع في علاقته بمختلفتين: العلاقة بين طرفي التفويت وعلاقتها مع المالك الحقيقي. والحقيقة أن النظر في هذه العلاقة الثانية وإن كان يفيد في معرفة حقوق كل المتدخلين في التفويت، إلا أنه يقاوم من عمق الاهتمام به وقد يحجب توضيح بعض المقدمات الضرورية لفتح رموزه وفك غوامضه، خاصة أن أغلب الذين درسوا التفويت في ملك الغير استحضروا دائماً المالك الحقيقي واستكفوا أن يؤدي هذا العمل إلى تجريده من ملكيته لو أقرّوا بجوازه. وهذا نظر معيب لأن العقد هو شأن الأطراف ونصوص ملك الغير نفسها لا تتعرض إلى المالك الحقيقي ولا تذكره إلا عبر الإجازة²²³. فالأولى إذن نزع حجاب المالك الحقيقي من مجال

الغير تحديدا يرجع السبب فيه إلى غموض الفصل 576 م.ا.ع. الناتج خصوصا عن تضارب مصادره وتشعبها وغموض بعضها ذاتياً²²⁵ بحيث لا يمكن الاطمئنان إليها كلها. وكل ما كتب في الموضوع بحث عن حجته في تلك المصادر وحاول تغليب بعضها على الآخر. ولكن لم يقع تناول النص في إطاره التشريعي المباشر وتحليله على ضوء معطيات القانون المدني الوضعي الذي هو جزء منه. فالنص له جذوره فعلا ولم يأت من عدم لكن لا يجب إيلاء تلك الجذور أكثر مما يستحق حجمها الطبيعي ولا ينبغي التقوقع فيها وإلا كانت عامل جذب إلى الوراثة وتكليس للنص حال أنه منذ ولادته ينفصل عن جذوره ليحيا حياته الخاصة. بل يجب وضع تلك المصادر في إطارها التأويلي الصحيح وتوجيه النظر إلى الموضوع في إطار المنظومة الوضعية التي ينتمي إليها ويدور في فلكها. فهي محيطه الطبيعي وعالمه الآنبي والمباشر. وفي هذا وبهذا وحده يكشف عن التصور الصحيح الذي يحدّد حكم التفويت وتبذل نظرة القانونيين أنفسهم إليه على حقيقتها.

النظر، وإقصاء العلاقة بينه وبين الطرفين من دائرة الضوء، ومن ورائها تجنب النظرة «الشخصية» للموضوع، التي تتناولها من زاوية الأشخاص المعنيين به للبحث عن حماية ما لحقوق الأطراف وخاصة منهم المالك والمفوت له في هذا التقويت²²⁴. والتّركيز في المقابل على التقويت في حدّ ذاته أي اعتماد نظرة موضوعية تنفذ إلى داخل التقويت نفسه فتبرز قيمته الذاتية ومكانم الجواز فيه وتحصر الاهتمام في ذات التصرف، وما عداه نتيجة له أو تفرّع عنه.

ثانياً: التّركيز على دراسة الفصل 576 م.ع. وبقية النصوص المتصلة به في محيطها الوضعي، إذ يلاحظ أنّ الغموض الكبير الذي لقيته دراسات بيع ملك

²²³ لأنّ التقويت في حقه غير جائز إلا إذا جوزه هو بإرادته.

²²⁴ هذا ما يؤكّد إقصاء نظرية النيابة من هذا البحث لأنّ مرماها إقامة أو نفي علاقة قانونية بين الأصل والغير معاقد النائب أي بين المالك الحقيقي والمفوت له. وهذا بعيد عن حكم التقويت ومن ثمّ عن مقارنة الموضوع.

ثالثاً: محاولة إرساء هذه النظرية العامة للتقويت في ملك الغير في إطار ما أصبح يعرف اليوم بـ«النظرية العامة للعقود الخاصة»²²⁶ بحيث تمثّل دعامة لها وتقوم شاهداً عليها. وقد لاحظ الفقه المعاصر وجود هذه النظرية²²⁷ من خلال تضافر الأحكام المشتركة بين العقود الخاصة من صنف واحد أو من أصناف

²²⁵ **Mohamed Kamel CHARFEDDINE**, Esquisse sur la méthode normative dans le code des obligations et des contrats, R.I.D.C., 1999, n° 2, pp. 421 et s. spéc. P. 434.

²²⁶ **Philippe JESTAZ**, L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, in l'évolution contemporaine du droit des contrats, P.U.F., 1986, p. 117 spéc. p. 135. - **François COLLART-DUTILLEUL** et **Philippe DELEBECQUE**, Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz, Paris, 4ème éd. 1998, n° 9, pp. 11 à 13.

²²⁷ بدأ الاهتمام بهذه النظرية في النصف الثاني من القرن العشرين وخاصة في ريعه الأخير، ولكن يبدو أنّ العميد جيني كان أوّل من تنبأ بها منذ بداية القرن الماضي؛ جيني، العلم والصياغة (الفنية) في القانون الوضعي الخاص، مرجع سابق، ف 210، ص 145.

مقاربة، وأكد أنها تتعلق خاصة بمسائل التكييف والتصنيف ودراسة الالتزامات المشتركة لعدة أنواع من العقود²²⁸ كقواعد حماية المستهلك²²⁹ والأحكام العامة للبيع في مجلة الالتزامات والعقود التي تنطبق على كل أنواع البيوعات المدنية أو التجارية والعقارية أو المنقولة بمختلف أصنافها²³⁰ والكراء الذي تمثل أحكامه في مجلة الالتزامات والعقود نظاما عاما ترد إليه الأنظمة الخاصة، زيادة على الرهن الذي خصه المشرع في الفصول من 201 إلى 209 م.ج.ع بقواعد عامة تنطبق على كل أنواعه سواء داخل المجلة أم خارجها وسواء كانت حيازية أم غير حيازية... والقائمة تطول... والمقترح أن تكون نظرية التفويت في ملك الغير إحدى لبناتها.

على أن شمول هذه النظرية بتلك القائمة يفرض توضيح حقيقة موقعها من النظرية العامة للالتزامات. فالنظرية المقترحة ليست نظرية عامة للالتزامات لأنها

الالتزامات، ولا تقطع معها بل تعود إليها وقد تحيل إليها. وكل ما تقترحه هو تفسير عام وحكم عام للتفويت في ملك الغير انطلاقا من الفصل 576 م.ا.ع.

29- إن الانطلاق من الفصل 576 م.ا.ع. لبناء نظرية عامة للتفويت في ملك الغير يفرض مخطط هذا البحث. إذ يشير التمعن في نص هذا الفصل أنه تهيمن عليه فكرة الجواز وهي فكرة تعلنها عبارة طالعها: «يجوز بيع ملك الغير» الموافقة لمبدأ أن «الأصل في الأمور الصحة والمطابقة للقانون حتى يثبت خلافه»²³²، ويؤكد لها أن المالك الحقيقي لا يتضرر من التفويت الذي لا يغير شيئا من ملكه لأنه غير نافذ عينيا في حقه. وهذا أمر بديهي ومفروغ منه لكنه لا يمنع وجود علاقة عقدية تعبر عنها التزامات شخصية بين المتعاقدين. ومن هذا المنطلق يمثل الفصل 576 م.ا.ع. جوابا صريحا على التساؤل الأولي الذي شغل وما يزال كل التشريع القديم منها والحديث حول صحة التفويت أو بطلانه، واختيارا منحازا إلى الموقف المؤيد

لصحة التّفويت في ملك الغير، على عكس ما هو سائد في أغلب الكتابات
الفقهية التي تناولت الموضوع. ويمثّل هذا الموقف محورا أساسيا في بناء نظرية
التّفويت في ملك الغير لأنه يرسم الإطار الضّروري الذي يحدّد أحكامها،
وبتأكيده تقاس الإضافة العلمية المنتظرة منها، بما يعني أنّ أول مسألة تفرّض
النظرية المطلوبة تحقيقها هي صحة التّفويت في ملك الغير (الجزء الأوّل).

ثمّ إنّ فكرة الجواز توجّه جملة الأحكام المتعلقة بآثار التّفويت في ملك
الغير، والذي يلاحظ أنّه رغم صحته لا يرتّب آثار التّفويت الكاملة. فهو يرتّب
من جهة آثار العقد الصحيح بدليل الفسخ الذي يجره عدم تنفيذ التزام صحيح،
وحقّ المشتري حسن النية في التعويض، ولكنّه لا ينتج أثره الأساسي المقصود منه
وهو إكساب الحقّ العيني للمفوّت له. ممّا يفرض السّؤال عن كيفية تحقّق هذا

²³² الفصل 559 م.ع.

خاصه بالتفويّات، وإنما يندرج في إطار النظرية العامة للعقود الخاصة باعتبارها
محطة بين العقود الخاصة والنظرية العامة للالتزامات، تساعد على تقريب
العقود المتشابهة، وعلى فضّ بعض إشكالات تكييف العقود، وعلى توحيد
الحلول حيثما هي موحّدة، وعلى تقديم عناصر إجابة لإشكاليات خاصة بالعقود
الخاصة مسمّاة كانت أم غير مسمّاة... بحيث يتأخّر الطابع الاحتياطي للنظرية
العامة للالتزامات درجة وراء النظرية العامة للعقود الخاصة التي تصبح نظرية
احتياطية أولى²³¹. وهذا يعني أنّ نظرية التّفويت في ملك الغير لا تغيّر من نظرية

²²⁸ Denis TALLON, Préface à la thèse de Bernard Gross sur la notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, Paris, L.G.D.J. 1964.

²²⁹ كولار - دوتبول ودلباك، العقود المدنية والتجارية، ف 9، ص 12.

- Jérôme HUET, Les principaux contrats spéciaux, in traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J. - Beyrouth, Delta, 1996, n° 6, pp. 11-12.

²³⁰ مالوري وأيناس، العقود الخاصة، ف 2، ص 15.

²³¹ مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 6، ص 16.

الأثر في عقد منبن على الصحة، وعن الجزاء المقرر لفرضه أو لمخالفته. وهذا يعني أن التفويت في ملك الغير منقوض لأنه وإن كان صحيحا فهو غير نافذ، ولا بد من البحث في أيلولته إلى النفاذ أو عدمه. أي أن البحث في صحة التفويت يكون مقصورا إذا لم يشفع بالتظير في مآل التفويت بعد انبرامه. وهذا هو المحور الثاني الذي تركز عليه نظرية التفويت في ملك الغير ويمثل الوجه الثاني للإضافة المنتظرة منها (الجزء الثاني).

الجزء الأول: صحة التفويت في ملك الغير.

الجزء الثاني: مآل التفويت في ملك الغير.

الجزء الأول
صحة التفويت
في ملك الغير

30- تعني صحة التصرف مطلقا أنه استجمع أركانه واستكمل شروطه القانونية بحيث يكون مهيئا لكي ينتج آثاره²³³. والملاحظ في كل تصرف أن شروطه وأركانه ليست مجرد تجميع لوقائع أو عناصر اعتبارية متفرقة، بل هي نتاج لتصور تشريعي مسبق ومتناسق يحكم تلك العناصر ويفرض وجودها فتتبنى عليها صحته حتى ينعقد «على الوجه الصحيح» كما جاء بنص الفصل 242 م.ا.ع. ومعنى هذا أن صحة أي تصرف تتطلب تحقيق أمرين: إثبات وجود الأركان والشروط لا ينعقد منها شيء، ثم إبراز التصور التشريعي الكامن وراء هذه الأركان أي البحث في أساس هذا التصور بما يفسر تلك الأركان

وبجعلها هي دون غيرها المطلوبة وبالكيفية التي ترتبط فيها بآثار التصرف
ارتباطاً منطقيًا جدليًا.

وهذا ما ينبغي تحليله والتدليل عليه في عنوانين متتابعين، يخصص أولهما
لإقرار صحة التفويت (العنوان الأول)، ويركز ثانيهما على أساس هذه الصحة
انطلاقاً من التصور التشريعي المختار للتفويت (العنوان الثاني).

العنوان الأول: إقرار صحة التفويت في ملك الغير.

العنوان الثاني: أساس صحة التفويت في ملك الغير.

²³³ المعجم القانوني لجمعية هنري كاييتان، ص 835، تحت كلمة «Validité».

العنوان الأول

إقرار صحة التّفويت في ملك الغير

31- إن إقرار صحة التّفويت في ملك الغير ليس في حاجة لتعداد إيجابيه لشروطه لأن ذلك قد يغني عنه مجرد التذكير بالأصل العام في العقود من أنها صحيحة ومطابقة للقانون²³⁴، بل هو يستوجب على العكس إقامة الدليل على عدم بطلانه لأنّ البطلان هو نقيض الصحة وقرينها السالب الذي توجد بانتفائه وتنفي بوجوده. وكلّ من نفي صحة التّفويت في ملك الغير قدّم الدليل تلو الدليل على بطلانه. ومعنى هذا أنّ البحث في إقرار صحة التّفويت في ملك الغير هو في حقيقته بحث في البطلان بهدف إقصائه فيتّضح عكسيًا أنّ تكوين التّفويت مكتمل فهو صحيح.

والبطلان لغة هو التصياع والحسرات، يقال بطل الشيء يبطن بضم و يبطو
وبطلانا أي ذهب ضياعا وخسرا فهو باطل. وأبطله بمعناه (والباطل تقيض
الحق)²³⁵. واصطلاحا، هو «جزاء تخلف شروط صحة التصرفات القانونية يؤدي
إلى انعدام أثرها»²³⁶. وينتج هذا التعريف²³⁷ من العنوان السادس من الكتاب

²³⁴ انظر الفصل 559 م.ع.

²³⁵ كذا في لسان العرب، ج 1، ص 220، وفي القاموس المحيط، ج 3، ص 345 (فصل الباء، باب اللام).

²³⁶ محمد الزين، المقدم، ص 197.

- Jean CHEVALIER, Rapport général présenté aux journées de Turin (4-7 juin 1962) sur l'«inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques», in travaux de l'association Henri Capitant, T.XIV, 1961-1962, pp. 513 et s.
- Claude RENARD et M.E. VIEUJEAN, Rapport sur la nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge, ibidem, pp. 521 et s.

²³⁷ انظر في تعريفات أخرى ومناقشتها: أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقہ الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1987، ص 9 وما يليها. وقد اعتمد المؤلف (ص 13) التعريف الآتي: «البطلان هو وصف يلحق التصرف القانوني لعيب فيه يحرمه من آثاره».

الأول من مجلة الالتزامات والعقود التي وضعت في الفصول من 325 إلى 338 م.ع. نظرية عامة للبطلان قوامها التمييز بين «بطلان الالتزامات من أصلها وفسخها»²³⁸ وهو التعبير التشريعي عن التقسيم التقليدي للبطلان²³⁹ إلى مطلق

²³⁸ يبدو استعمال المشرع لهذه اللفظة منتقدا نظرا للخلط الذي تحدثه مع مفهوم الفسخ كجزء لعدم تنفيذ الالتزام، وربما أمكن تفسير موقفه بكون البطلان النسبي لا يمنع التصرف من التشكّل ومن النفاذ حتى يقع إبطاله، ومراعاة هذا المعنى تجعل التصرف في حكم المصحح حتى يبطل. مما يجيز فيه الحديث عن «فسخ» لأنه يقتضي بدءا تصرفا صحيحا. انظر بمزيد التفصيل لاحقا ف 157 و 158.

²³⁹ يشدّد في التعبير التشريعي سواء بـ «بطلان الالتزام من أصله» أم «قابليته للفسخ أو للإبطال» ملاحظتان هامتان، أولاهما أن التعبير الأول يهيئ القانون التونسي لتقبل فكرة الانعدام (*l'inexistence*) كمرادف للبطلان المطلق ويجعل من التفسير على أحكام مجلة الالتزامات والعقود استيعابها، إذ الالتزام الباطل من أصله هو التزام لا أصل له ولا جذور فهو لا يرتكز على شيء أي هو كالمعدوم أو في حكمه (يؤيد ذلك عدم إمكانية الإمضاء والتصديق وعدم تعرّض المجلة إلى وجوب حكم في البطلان بما يعني إمكانية التمسك بالبطلان اتفاقا أو مجرد ترك «الالتزام» خاصة إذا لم تكن له شبهة وجود يتجه القضاء عليها قضائيا (عبد

ونسبي²⁴⁰ مع ما يستتبعه²⁴¹ من تكريس لقاعدة أن لا بطلان بدون نصّ من خلال الفصلين 325 و 330 م.ع.²⁴² وحصر لحالات البطلان المطلق في غياب أحد أركان العقد الأساسية التي لا يكون له بها وجود (الرّضا والأهلية والمحلّ والسبب والشكّل إن اشترط) أو إذا حكم به بالقانون في صور خاصة²⁴³، وكذا لحالات البطلان النسبي في وجود عيب في الرّضا أو نقص في الأهلية²⁴⁴، ونفي

والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة 34، 1965، ج I، ص 293، انظر خاصة ف 6. ص 316 - مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)، إخراج جديد بتطوير في الترتيب والتبويب وزيادات، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى 1998، الجزء الثاني، الفصل 48 والنصل 51 وما بعده، ص 663 و 701 وما يليهما) والقانون التونسي يقبل تزواج الطبيعتين إذ هما لا تتنافيان (انظر في هذا الاتجاه الأستاذ محمد الشريفة (مدخل...، الطبعة الثالثة، ف 508، ص 232) الذي جمع بين النظريتين في حديثه عن البطلان المطلق فقال: «إن التصرف ينقصه عنصر خطير، أو شرط يهيم المصاحبة العامة»

«ici, il manque à l'acte un élément grave, une concerne l'intérêt général».

240 تجدر الملاحظة أن مشرّع مجلة الالتزامات والعقود استعمل أيضا كلمة البطلان المطلق في الفصل 66 ف. 2، وعبر عن البطلان النسبي بقابلية الإبطال في الفصل 338 ف. 2 وكذا في الفصل 43. وأن القوانين الحديثة تستعمل كلمة «البطلان المطلق» باضطراد من ذلك مثلا الفصل 377 مكرّر جديد م.ج.ع. والفصل الأول من القانون عدد 79 لسنة 1991 المؤرخ في 2 أوت 1991 والمتعلق بأولوية الدولة في العمليات العقارية الخاضعة لترخيص إداري (رائد رسمي عدد 56 صادر في 9-13 أوت 1991، ص 1171) والفصل 12 من القانون عدد 87 لسنة 1983 المؤرخ في 11 نوفمبر 1983 المتعلق بحماية الأراضي الفلاحية (رائد رسمي عدد 74 صادر في 15-18 نوفمبر 1983، ص 4014).

241 شوهالي، التقرير السابق. - مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 561 وما بعدها، ص 322 وما يليها.
- Georges DURRY, Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français, in travaux de l'association Henri Capitant, Journées de Turin, T. XIV, 1961-1962, pp. 611 et s. spéc. p. 615.

242 ترتبط قاعدة لا بطلان بدون نص وتتأسس في حقيقتها على قاعدة «أن الأصل في الأمور الصحة والمطابقة للقانون» والتي تضمنتها الفصل 559 م.ع. فلا يكون البطلان بالنتيجة إلا استثنائيا ومقيّدا ولذا وجد الفصلان 330/325 م.ع.

243 الفصل 325 م.ع.

244 الفصل 330 م.ع.

العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، تونس 2003، ف 362 وما بعدها، ص 360 وما يليها)، وتواتر الاستعمال القضائي للانعدام في معنى البطلان (مثلا: قرار تعقيبي عدد 1443 مؤرخ في 4 أبريل 1978، ن 78، I، 162؛ قرار تعقيبي عدد 2950 مؤرخ في 16 جوان 1981، ن. 81، II، 195؛ قرار تعقيبي عدد 3022 مؤرخ في 28 ماي 1981، ن 81، II، 82. قرار تعقيبي عدد 34638 مؤرخ في 8 فيفري 1995، ن. 95، 274). وبالتالي ينتهي أي داع للسعي إلى إيجاد مجال لهذه «الوضعية الثالثة» باعتبارها مضافة إلى البطلان مطلقه ونسبية وتتحصر نظرية البطلان في هذا التقسيم الثنائي.

وثانية الملاحظتين أن كلا التعبيرين المذكورين يترجمان عن الموقف الكلاسيكي من البطلان الذي يرى فيه وصفا للتصرف أو حالة يصطبغ بها. فالالتزام الباطل من أصله هو في وضع لا أصل له فيه أي في حالة ما لا أساس له، وكذا الالتزام القابل للفسخ فهو في وضع ما سيقع فسخه. ثم إن التحليل اللغوي لكلمة «الباطل» صرفا ونحو لا دلالة له على غير الصفة. فالصيغة الصرفية للكلمة هي أنها صفة مشبهة باسم الفاعل ووظيفتها النحوية: نعت. وكذا الأمر بالنسبة إلى عبارة «قابل للإبطال أو الفسخ» فهي صرفا اسم فاعل ونحو نعت ورد جملة تضمنت اسم فاعل قائم مقام الفعل فتقرأ هكذا: «التزام يقبل الفسخ أو الإبطال» وفعل القابلية يدل على التحمل والاستعداد لوقوع الأمر أي على وضع ما سيتسلط عليه الفعل وهو هنا الفسخ أو الإبطال (أحمد قبّش، الكامل في النحو والصرف والإعراب، دار الجيل، بيروت، الطبعة الثانية، 1974، ص 340 وص 184). ومعنى هذا أن البطلان وإن كان جزءا لغياب شروط تكوين التصرف فهو أيضا وصف له لا يحجبه (فيسستان، تكوين العقد، ف 748، ص 886 - أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود...، ص 13).

- جميل الشرفاوي، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني، دراسة في القانون المدني، مجلة القانون

التصديق أو الإمضاء عن البطلان المطلق²⁴⁵ وقصر البطلان النسبي على من قرّر لهم²⁴⁶ أو ورثتهم²⁴⁷ وجعله قابلاً للإمضاء والتصديق²⁴⁸ وللتقادم²⁴⁹. وتكريس الدفّع بالبطلان ونفي التقادم عنه²⁵⁰. وتدلّ جملة هذه العناصر بكلّ وضوح على تبني مجلة الالتزامات والعقود للتّظريّة التقليديّة للبطلان²⁵¹.

وبناء على ذلك فإنّ إقرار صحّة التقويت في ملك الغير يقتضي ردّ البطلان ونفيه عنه سواء في ذلك مطلقه (الباب الأوّل) ونسبيّه (الباب الثاني).

الباب الأوّل: نفي البطلان المطلق

تمهيد: حجم البطلان العامّة

32- «لقد لاح إذن أكثر امتثالا لطبيعة الأشياء ولا اعتبارات الأخلاق التزيهة إبطال التعهّد (بيع ملك الغير) كبيع». بهذه الكلمات عبّر قروني (Grenier)

عن موقف لجنته من الفصل 18 المتعلّق ببيع ملك الغير²⁵² والذي سيصبح فيما بعد الفصل 1599 من المجلة²⁵³. وكذلك جاء على لسان بورتاليس (Portalis) في شرحه لأسباب القانون المذكور: «إنّه مناف للعقل، ولكلّ المبادئ أن يستطيع طرفان التقويت في ملكيّة شخص ثالث دون علمه وهما على بيّنة من الأمر»²⁵⁴. ومثله فعل فور (Faure) لمّا وصف في تقريره عن نفس القانون الحديث عن «بيعين» لنفس الشّيء، أحدهما صادر عن مالكه الحقيقي والثاني عن غيره بالأمر «المحال أو غير المقبول عقلاً»²⁵⁵.

وقد انبنت على هذه النّظرة تحاليل ومواقف تؤسّس لبطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا في الفصل 1599 من المجلة المدنيّة الفرنسيّة، لم تلبث أن تسرّبت في القانون التّونسي عبر هذا الفصل المعدّد ضمن النّصوص المعتمدة في الفصل 576 م.ا.ع. الذي تبعت عباراته على التّفكير في اتجاه البطلان - فهو يقضي بأنّه

252 «Il a paru donc conforme à la nature des choses et aux vues saines de la morale, d'annuler l'engagement comme vente». Extrait du discours prononcé au corps législatif par le citoyen **Grenier**, orateur du Tribunal sur la loi relative à la vente, qui doit former le titre XI du livre III du code civil, in **Code civil ou Recueil des lois qui le composent, avec les discours - rapports et opinions, Imprimerie Mame, Angers, Tome IV, p.343.**

253 نص الفصل 1599 على ما ترجمته: «بيع ملك الغير باطل، ويمكن أن يترتب عنه غرم الضرر للمشتري إذا كان يجهل أن المبيع مملوك للغير»، وهو موافق في صياغته لنص الفصل 18 المذكور.

254 «Il est contre toute raison et tous les principes que deux parties puissent, avec connaissance de cause, disposer d'une propriété qui appartient à un tiers, à l'insu (sic) duquel elles traitent». Extrait de l'exposé des motifs au corps législatif par le citoyen **Portalis**, Recueil précité, p. 265.

255 انظر تقريره في نفس المرجع السابق، ص 305، وسيأتي ردّ خاص في الهامش 585 لاحقاً. والشاهد هو ترجمة

لكلمة (absurde) كيفما اعتمدها قاموس المصطلحات الحقوقية والتجارية، فرنسي-عربي، تأليف ممدوح حقي، مكتبة لبنان، الطبعة الثانية 1983، ص 2. وكذلك «المنهل» لسهيل إدريس وجبّور عيد النور. نشر دار الآداب ودار العلم للملايين، بيروت، الطبعة العاشرة، 1989، ص 8.

245 الفصل 329 م.ع.

246 الفصلين 330-331 م.ع.

247 الفصل 333 م.ع.

248 الفصلين 337-338 م.ع.

249 الفصول 330 و331 و332 و333 و334 م.ع.

250 الفصل 335 م.ع.

251 من هذا الرأي: محمد الزّين، العقد، ف 256، ص 210. - محمد الشّريف، المدخل لدراسة القانون،

الطبعة الثالثة، ف 507-509، ص 232-233؛ محمد الشّريف وعلي المزفتي، أحكام الحقوق، ف 91-

93، ص 82-84. - عبد المجيد الزّروقي، أحكام الغلط في مجلة الالتزامات والعقود، أطروحة سابقة، ف

281، ص 279.

- **Noureddine BESROUR**, Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel, thèse Tunis, Faculté de droit et des sciences politiques, 2001, n°20, p.16.

جواز البيع بالشرطين المذكورين، فإذا انتفيا وقع باطلا. ويؤكد آخر الفصل أوله وقد تضمن مصطلح البطلان صراحة: «وليس للبائع أن يعارض ببطلان البيع بدعوى أنه فضولي»، ويذكر هذا الاستعمال بأصل النص في المشروع الأولي لمجلة الالتزامات والعقود²⁵⁶ وهو الفصل 557 الذي تضمن ما يلي: «بيع ملك الغير باطل، لكن يمكن أن يصح إذا أجازهُ المالك الحقيقي أو صار مالكا للشيء قبل طلب فسخ العقد»²⁵⁷ وواضح مآتي هذا النص، أي الفصل 1599 المشار إليه من المجلة المدنية الفرنسية والفصل 1459 من المجلة المدنية الإيطالية لسنة 1865 الموافق له. ويدعم الفصل 576 م.ا.ع. الحالي موقعه في مجلة الالتزامات والعقود حيث ورد في الباب الأول من تنظيم عقد البيع، القسم الأول «في تعريف البيع وشروطه وأركانه».

ويحصل الانطباع نفسه بقراءة الفصل 203 م.ح.ع. الذي يصحح رهن ملك الغير

الشيء من الموافقة فلا عمل على الرهن»²⁶².

33- وعلى ضوء هذه الإشارات تبلورت مواقف قضائية وفقهية متبادي باعتبار التقويت في ملك الغير باطلا من أصله. من ذلك ما كتبه الأستاذ محمد كمال شرف الدين في أطروحته «لكن من بين كل هذه الآراء يمكن الإقرار بأن نظرية البطلان المطلق هي التي استهدفت إلى أقل الانتقادات خطورة، فهل نتعجب بعد ذلك أن نرى أغلب القرارات القضائية متجهة إليها»²⁶³.

وقد انحصر النقاش بصفة خاصة فيما يشكل مضمون التقويت أي ركن المحل أساسا ومعه ركن السبب. وتركزت الحجج المختلفة والأسس المقترحة على شرطي الإمكانية في المحل والمشروعية في كل من المحل والسبب²⁶⁴.

بشرطي الإجازة والتملك بما يوحي عكسياً بأنه لا يصح في غياب الشرطين أي يبطل. وهذا الفصل وارد بدوره في باب الأحكام العامة للرهن المخصصة لعقد الرهن في تعريفه²⁵⁸ وشروطه²⁵⁹ وآثاره²⁶⁰. وهو وريث الفصل 1535 القديم من مجلة الالتزامات والعقود²⁶¹ الذي كان ينص من بين ما جاء فيه «فإن امتنع رب

²⁵⁶ أما نص اللائحة الابتدائية وهو الفصل 673 فهو مطابق للصياغة الحالية للفصل 576 م.ع.

²⁵⁷ لقد كتب المشروع الأولي بالفرنسية ولم يعرّب خلافاً لللائحة الابتدائية، وهذا هو النص الأصلي للفصل 557: Art. 557: «La vente de la chose d'autrui est nulle. Elle peut toutefois devenir valable si le véritable propriétaire la ratifie, ou si le vendeur devient propriétaire de la chose avant qu'on ait demandé la résolution du contrat».

²⁵⁸ الفصل 201 م.ع.

²⁵⁹ الفصول 202 إلى 206 م.ع. أي بما فيها الفصل 203 م.ع.

²⁶⁰ الفصول 207 إلى 209 م.ع.

²⁶¹ لقد زال الفصل 1535 بموجب إلغاء المقالة (العنوان حالياً) الثالثة عشرة من مجلة الالتزامات والعقود المتعلقة بالرهن (الفصول 1532 إلى 1612) بالقانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12 فيفري 1965 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية.

²⁶² هذا هو نص الفصل 1535 م.ع. كاملاً:

«يصح رهن ما هو على ملك الغير في الصور الآتية:

أولها - إذا رضي صاحبه بذلك أو أجازته وإن كان على ذات المرهون حق للغير فيتوقف لزوم الرهن على موافقة ذلك الغير.

ثانيهما - إذا انتقل ملك المرهون للرهن بعد ذلك.

وفي الصورة الأولى، إذا لم يرض رب الشيء بالرهن إلا في قدر معين أو بشروط معينة فلا يصح الرهن إلا في ذلك القدر أو بتلك الشروط، فإن امتنع رب الشيء من الموافقة فلا عمل على الرهن».

²⁶³ محمد كمال شرف الدين: حقوق الغير... ❖، ف 325، ص 276، وهذا هو الأصل:

«Toutefois, de toutes ces opinions, il est possible de reconnaître que c'est la théorie de la nullité absolue qui est l'objet des critiques les moins graves. Faut-il s'étonner, dès lors, de constater que c'est en faveur de cette dernière thèse que s'est orientée la majorité des décisions judiciaires».

²⁶⁴ يشترط في محل الالتزام أن يكون مشروعاً ومعيناً وممكناً. أما السبب فلا بد أن يكون موجوداً وجائزاً،

راجع: - محمد الزين، العقد، ف 194 وما بعدها ص 164 وما يليها - مازو وشاباس، الالتزامات، ف 231 وما بعدها، ص 224 وما يليها - كاريونيني، الالتزامات، ف 54 وما بعدها ص 112 وما يليها - مالوري

وأيناس، الالتزامات، ف 485 وما بعدها، ص 283 وما يليها - ديموغ، الوسيط في الالتزامات، ف 743،

ص 525 وما يليها - فيستان، تكوين العقد، ف 509 وما بعدها، ص 567 وما يليها - الستهوري، الوسيط،

ج 1، ف 213 وما بعدها، ص 375 وما يليها.

ولئن وجد من يرى أن المشروعية تختلط بالإمكانية وما هي إلا تعبير آخر عن الإمكانية القانونية للمحل²⁶⁵ إلا أن وضوح العرض واحترام الاختيار التشريعي²⁶⁶ يقتضيان الفصل بينهما مع تسييق المشروعية تماشياً مع الترتيب التشريعي ومراعاة للتمشي المنطقي لأن الشيء إذا كان غير مشروع فلا حاجة أصلاً للنظر في إمكانيةه. لهذا وجبت مناقشة الحجج المستندة إلى هذين الشرطين تبعاً بدءاً بالمشروعية (القسم الأول) ووقوها عند الإمكانية (القسم الثاني).

القسم الأول: مشروعية التقويت في ملك الغير

34- تعني المشروعية المطابقة للقانون أي للقواعد القانونية الأمرة والمتعلقة بالنظام العام والأخلاق الحميدة²⁶⁷. وينتج هذا التعريف من الفصل 67 م.أ.ع. الذي جاء فيه: «الالتزام المبني على غير سبب²⁶⁸ أو على سبب غير جائز لا عمل عليه، والسبب غير الجائز عبارة عما يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام

تصرح القوانين بمنع التعاقد فيه يصح التعامل فيه»²⁶⁹. وقد حاول أنصار بطلان التقويت في ملك الغير إبراز عدم مشروعيتها من خلال التمسك بحجتين هامتين مستمدتين إحداهما من الفصل 551 م.أ.ع. في منع أن يفوت الشخص في أكثر مما له (الفرع الأول) والأخرى من النصوص الجنائية التي تجرم التقويت في ملك الغير²⁷⁰ (الفرع الثاني).

²⁶⁹ لا يوجد من حيث الأصل اختلاف في اللامشروعية بين المحل والسبب، ففي الحالتين، يبطل الالتزام لعدم التطابق مع القانون أو النظام العام أو الأخلاق الحميدة. وإنما يكمن في تقدير اللامشروعية، فهي في المحل موضوعية أي أن القانون هو الذي يقدرها وبمجرد وجودها يبطل الالتزام. أما في السبب فاللامشروعية ذاتية بمعنى أنه يجب التحقق من قصد الأطراف وهل أجهت إرادتهم إلى مخالفة القانون أم لا، مع ما يستتبع ذلك من خلاف في الاكتفاء بعلم الطرف «المخالف» بعدم المشروعية أو وجوب العلم المشترك بين المعنيين... انظر بمزيد التفصيل: هوفيت مايار، محل العقد، ص 235 وما يليها.

- Alex Weill, connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de

l'action en nullité, in Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 1165-1180.

²⁷⁰ تجدر الإشارة إلى أن اللامشروعية اتخذت عند بعض الفرنسيين في أواخر القرن التاسع عشر بعداً أخلاقياً يتمثل في أن واجب احترام الغير في شخصه وملكه يؤدي ضرورة إلى منع التقويت في ملك الغير. وقد كانت كلمات واضعي المجلة المدنية الفرنسية عن بيع ملك الغير سنداً معتبراً لهم ليؤسسوا بطلان التقويت بطلاناً مطلقاً، وفسروا ذلك بزعمهم أن البيع قد يسبب للمالك ضرراً لا يمكن تلافيه، وأنه لا يعدو أن يكون جنحة مدنية أو جزائية

(A. LELIGOIS, Etude sur la vente de la chose d'autrui, Revue critique de législation et de jurisprudence, Tome XXXV, 19^e année, 1869, pp. 16-27, spéc. n° 9, p. 24).

وأنه ينطوي على نية غصب ملك الغير عند من يريد التقويت حالاً في شيء وهو لا يملكه

(Daniel de FOLLEVILLE, Essai sur la vente de la chose d'autrui, Revue Pratique de Droit Français, Tome XXXII, 1871, pp. 501-547, spéc. n° 18, pp. 510-511*).

وأفترضوا في تحليلهم علم الطرفين (لوليغوا)، مقال سابق، موضع سابق - ديفولفيل، دراسة سابقة، الجزء الثالث، ف 111، ص 81-82) أو أحدهما (ديفولفيل، دراسة سابقة، الجزء الثالث، ف 91، ص 76) بحقيقة ملكية الغير محل التقويت، أما لو كانا يجهلان هذا المعطى فلا يمكن نعت تصرفهما باللااخلاقي (ولئما هو باطل مطلقاً لاعتبارات أخرى متعلقة بغياب المحل والغلط المانع واستحالة التنفيذ. (لوليغوا، ف 5، ص 20 - ديفولفيل، الجزء الثالث، ف 61، ص 35). لكن من الممكن نفي هذه المسحة اللااخلاقية عن التقويت في ملك الغير انطلاقاً من التذكير بالعلاقة القائمة بين القانون والأخلاق والتي تتخذ أشكالاً ثلاثة:

العام». وقد سبق للفصل 62 م.ا.ع. في باب المحل، أن نص على ما يلي: «لا يسوغ التعاقد إلا فيما يصح فيه التعامل من الأشياء والأعمال والحقوق المجردة فما لم

²⁶⁵ جميل الشرفاوي، طبيعة المحل والسبب... مقال سابق، ف 17، ص 360.

- Huguette MAYER, L'objet du contrat, thèse Bordeaux, 1968, p. 105.

²⁶⁶ يبدو هذا الاختيار جلياً في تنظيم محل الالتزام إذ خصص الفصل 62 م.ا.ع. لمشروعيته والفصل 63 م.ا.ع. للتعيين والفصول 64 و65 و66 م.ا.ع. للإمكانية، وكذلك في مادة السبب حيث ميز المشرع بين وجود السبب وجوازه (الفصل 67 م.ا.ع.).

²⁶⁷ جميل الشرفاوي، طبيعة المحل والسبب... مقال سابق، ف 17، ص 360.

²⁶⁸ انعدام السبب يبطل به الالتزام، ولم تركز عليه في الموضوع لأنه يفهم بمعنى موضوعي مجرد يلتقي مع المحل في المعاملات التي تشغل هذا البحث، ولذلك تمت الإشارة إلى أن مضمون التقويت يقوم أساساً على المحل. وأن ما يهتم في السبب هو مشروعيته وهي موضوع هذا الفرع من الدراسة. انظر في هذا الاتجاه: جميل الشرفاوي، طبيعة المحل والسبب، مقال سابق، ف 17، ص 362 - السهوري، الوسيط، ج 1، ف 293، ص 480. وقد قال خاصة «من أجل المشروعية وحدها قامت نظرية السبب أول ما قامت». ومن ثم فالرد على تأسيس البطلان المطلق على انعدام السبب يستغرقه الرد على المحل، علماً أن من الفقهاء من يلجأ إلى انعدام السبب لتأسيس البطلان في الفصل 576 م.ا.ع.: صلاح الدين المولوي، طرق التنفيذ، ص 112.

الفرع الأول: مبدأ الفصل 551 م.ا.ع.

35- ينصّ الفصل 551 م.ا.ع. على ما يلي: «لا يجوز لشخص أن يمنح غيره

التوافق أو التناهي أو الحياد (صلاح الدين الملولي، قانون مدني، مدخل لدراسة القانون ❖، ص 31 وما بعدها، ص 10 وما يليها). ولئن بدا لأول وهلة أن التفويت في ملك الغير يندرج في الحالة الثانية لأن المشرع أقرّ جواز بيع ملك الغير من الناحية القانونية الأمر الذي يتعارض مع منع هذا التصرف أخلاقياً، لكنّ النظر السديد يبيّن وجود توافق حقيقي بين المقتضيات الأخلاقية والأحكام القانونية من خلال إقرار المشرع مبدأ جواز التفويت مع تجريده من مفعوله العيني، ممّا ينتمي معه سلب المالك الحقيقي وقصر آثاره بين الطرفين بإحداث التزامات شخصية بينهما طبق الفصول 37 و204 و242 م.ا.ع. (في هذا الاتجاه يبار قيهور، أعمال التفويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 5، ص 5، - قوايون، آثار الاتفاقات وأعمال التفويت التي محلها ملك الغير... ص 142.

- أوديبار، دراسة في بطلان أعمال التفويت...، ص 169 - 170.

Ch. FORMEY de SAINT-LOUVENT, De l'aliénation de la chose d'autrui dans le droit civil français, thèse Caen, 1904, p. 21).

أكثر ممّا لنفسه من الحقوق»²⁷¹. وهو بهذه الصياغة يكاد يشكل أساساً قائماً بذاته لإبطال التفويت في ملك الغير، ممّا جعل فقه القضاء يعتمد في بعض قراراته مؤيداً في ذلك ببعض الشراح²⁷². وبهذا تشكّلت الحجّة التي يبيّن تحليلها (الفقرة الأولى) عدم وجاهتها المفضي إلى دحضها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تحليل حجّة الفصل 551 م.ا.ع.

36- يستوجب تحليل الحجّة بسط المبدأ (أ) وبيان وجه الاستدلال به (ب).

أ- بسط المبدأ:

37- تضمّن الفصل 551 م.ا.ع. قاعدة عامّة للقانون²⁷³ أي مبدأ

²⁷¹ يعبر هذا المبدأ عن الحكمة الرومانية التي صاغها الفقيه أوليبان في موسوعة جستينيان 50، 17، 54؛

Nemo plus juris transferre ad alium potest quam ipse habet.

Nemo plus commodi heredi suo relinquit quam ipse habet

- انظر:

- **Henri ROLAND et Laurent BOYER**, Adages du droit français, Litec, Paris, 4ème édition, 1999, n°259, pp. 506 et s.

272 انظر في البيع: عبد الله الأحمدى، قانون مدني، العقود الخاصة، البيع، طبع مطبعة الوفاء، تونس 1997.

ص 149، - شكري الشيخ، الغلط كعيب للرضا، مذكرة دراسات معمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1985-1986، ص 65. - محمود شمام، الترسيم بدفتر خاثة للأملاك العقارية وإمكانية إبطاله والتشطيب عليه. ق، ت. مارس 1986، ص 7 - 24، انظر خاصة ص 12. وفي الرهن: عبد المنعم عيود، مجلة الحقوق العينية المعلق عليها، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس 1998، التعليق على الفصل 203 م.ج.ع.، ص 278.

273

هذا الوصف مأخوذ من عنوان الفرع الذي جاء فيه الفصل 551 في مجلة الالتزامات والعقود، وقد ورد بدوره تحت باب ثان من العنوان الثامن من الكتاب الأول عنوانه: «في تفسير العقود وفي شيء من الأصول القانونية». ويشير هذا الوصف إلى القواعد الكلية المعروفة في الفقه الإسلامي، والتي عبر عنها مصطفى أحمد الزرقاء كما يلي: «هي أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها». ثم أضاف: «هي تمتاز بمزيد الإيجاز في صياغتها على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية، فتصاغ القاعدة بكلمتين أو ببضع كلمات من ألفاظ العموم». المدخل الفقهي العام، ج 2، الفصل 79، ص 965.

ثم إنه لا يفوت التذكير أيضا بالاختلاف المبدئي بين القانون والأخلاق من حيث الأهداف لأن القانون يرمي إلى تنظيم المجتمع وإقامة العدل فيه بينما تهدف الأخلاق إلى سمو الإنسان نحو الفضيلة والكمال الذاتي. زد أن مفهوم الأخلاق هو مفهوم نسبي متطور ومتغير في الزمان والمكان فإن سايره القانون زما فقد يتعد عنه زما آخر، كما أن النظرة إلى صلته بالقانون تتغير من مشرع إلى آخر تبعا لسلم القيم في كل مجتمع. فبطلان بيع ملك الغير يعكس حماية الملكية لكنه قد يتشاقى مع حماية حسن النية (ولذلك استثنى الفقهاء السابقون البيع بحسن نية) في حين أن جواز بيع ملك الغير يحمي مبدأ حسن النية لأن الأصل في الأمور الصحة ولا يسلب المالك الحقيقي شيئا لانعدام مفعوله العيني، ولا أدل على هذا من الفقه الإسلامي الذي هو قانون ديني أخلاقي ويحيز التقويت في ملك الغير! ومن هنا نخلص إلى وجوب استبعاد الحجّة المستمدة من الأخلاق لتأسيس لامشروعية التقويت في ملك الغير، وتركيز البحث في الحجج القانونية. انظر في العلاقة بين القانون والأخلاق: مالوري وأيناس، المدخل العام، ف 27، وما بعدها، ص 28 وما يليها. - مازو وشاباس، مدخل لدراسة القانون، ف 6 وما بعدها، ص 20 وما يليها.

* تبييه: تضمنت دراسة ديفولفيل المشار إليها خمسة أجزاء ونشرت في أربعة أعداد متوالية من المجلة المذكورة توزعت كما يلي:

- الجزء الأول والثاني: في العدد 32 لسنة 1871: ص 501 ← 547 (الفقرات من 1 إلى 50).

- الجزء الثالث: في العدد 33 لسنة 1872: ص 34 ← 91 (الفقرات من 51 إلى 124).

- الجزء الرابع: في العدد 34 لسنة 1872: ص 239 ← 268 (الفقرات من 125 إلى 140).

- الجزء الخامس: في العدد 35 لسنة 1873: ص 140 ← 178 (الفقرات من 141 إلى 177).

الفرع الأول: مبدأ الفصل 551 م.ا.ع.

35- ينص الفصل 551 م.ا.ع. على ما يلي: «لا يجوز لشخص أن يمنح غيره

التوافق أو الشايع أو الحياض (صلاح الدين الملولي، قانون مدني، مسخل لدراسة القانون، 31 وما بعدها، ص 10 وما يليها). ولئن بدا لأول وهلة أن التفويت في ملك الغير يندرج في الحالة الثانية لأن المشرع أقر جواز بيع ملك الغير من الناحية القانونية الأمر الذي يتعارض مع منع هذا التصرف أخلاقياً، لكن النظر السديد يبين وجود توافق حقيقي بين مقتضيات الأخلاقية والأحكام القانونية من خلال إقرار المشرع مبدأ جواز التفويت مع تجريده من مفعوله العيني، مما ينتهي معه سلب المالك الحقيقي وقصر آثاره بين الطرفين بإحداث التزامات شخصية بينهما طبق الفصول 37 و204 و242 م.ا.ع. (في هذا الاتجاه يبار هيهو، أعمال التفويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 5، ص 5 - هويون، آثار الاتفاقات وأعمال التفويت التي محلها ملك الغير... ص 142.

- أوديبار، دراسة في بطلان أعمال التفويت... ص 169 - 170.

Ch. FORMEY de SAINT-LOUVENT, De l'aliénation de la chose d'autrui dans le droit civil français, thèse Caen, 1904, p. 21).

أكثر مما لنفسه من الحقوق»²⁷¹. وهو بهذه الصياغة يكاد يشكل أساساً قائماً بذاته لإبطال التفويت في ملك الغير، مما جعل فقهاء القضاء يعتمدونه في بعض قراراته مؤيداً في ذلك ببعض الشراح²⁷². وبهذا تشكلت الحجّة التي يبين تحليلها (الفقرة الأولى) عدم وجاهتها المفضي إلى دحضها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تحليل حجّة الفصل 551 م.ا.ع.

36- يستوجب تحليل الحجّة بسط المبدأ (أ) وبيان وجه الاستدلال به (ب).

أ- بسط المبدأ:

37- تضمّن الفصل 551 م.ا.ع. قاعدة عامّة للقانون²⁷³ أي مبدأ

²⁷¹ يعبر هذا المبدأ عن الحكمة الرومانية التي صاغها الفقيه أوليبان في موسوعة جستينيان 50، 17، 54،

Nemo plus juris transferre ad alium potest quam ipse habet.

ويصاح أيضا بسلك مخصوص في مادة الموارث: «لا أحد يترك لوارثه أكثر مما كان له من الأموال»
Nemo plus commodi heredi suo relinquit quam ipse habet

- انظر:

- **Henri ROLAND et Laurent BOYER**, Adages du droit français, Litec, Paris, 4ème édition, 1999, n°259, pp. 506 et s.

272 انظر في البيع: عبد الله الأحمدى، قانون مدني، العقود الخاصة، البيع، طبع مطبعة الوفاء، تونس 1997،

ص 149، - شكري الشيخ، الغلط كعيب للرّضا، مذكرة دراسات معمّقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية

بتونس، 1985-1986، ص 65. - محمود شمّام، الترسيم بدفتر خانة للأموال العقارية وإمكانية إبطاله

والتشطيط عليه. ق، ت. مارس 1986، ص 7 - 24، انظر خاصة ص 12. وفي الرهن: عبد المنعم عبود، مجلة

الحقوق العينية الملق عليها، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس 1998، التعليق على الفصل 203

م.ج.ع.، ص 278.

273

هذا الوصف مأخوذ من عنوان الفرع الذي جاء فيه الفصل 551 في مجلة الالتزامات والعقود، وقد ورد بدوره

تحت باب ثان من العنوان الثامن من الكتاب الأول عنوانه: «في تفسير العقود وفي شيء من الأصول القانونية».

ويشير هذا الوصف إلى القواعد الكلية المعروفة في الفقه الإسلامي، والتي عبّر عنها مصطفى أحمد الزرقاء

كما يلي: «هي أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث

التي تدخل تحت موضوعها». ثم أضاف: «فهي تمتاز بمزيد الإيجاز في صياغتها على عموم معناها وسعة

استيعابه للفروع الجزئية، فتصاغ القاعدة بكلمتين أو بوضع كلمات من ألفاظ العموم». المدخل الفقهي العام،

ج 2، الفصل 79، ص 965.

ثم إنّه لا يفوت التذكير أيضا بالاختلاف المبدئي بين القانون والأخلاق من حيث الأهداف لأن القانون يرمي إلى تنظيم المجتمع وإقامة العدل فيه بينما تهدف الأخلاق إلى السمو بالإنسان نحو الفضيلة والكمال الدّاني. زد أن مفهوم الأخلاق هو مفهوم نسبي متطور ومتغير في الزّمان والمكان فإن سايره القانون زما فقد يتعد عنه زما آخر، كما أن النظرة إلى صلته بالقانون تتغير من مشرع إلى آخر تبعاً لسلم القيم في كل مجتمع. فبطلان بيع ملك الغير يعكس حماية الملكية لكنّه قد يتنافى مع حماية حسن النية (و لذلك استثنى الفقهاء السابقون البيع بحسن نية) في حين أنّ جواز بيع ملك الغير يحمي مبدأ حسن النية لأن الأصل في الأمور الصّحة ولا يسلب المالك الحقيقي شيئاً لانعدام مفعوله العيني، ولا أدل على هذا من الفقه الإسلامي الذي هو قانون ديني أخلاقي ويحيز التّفويت في ملك الغير! ومن هنا نخلص إلى وجوب استبعاد الحجّة المستمدة من الأخلاق لتأسيس لمشروعية التّفويت في ملك الغير، وتركيز البحث في الحجج القانونية. انظر في العلاقة بين القانون والأخلاق: مالوري وأيناس، المدخل العام، ف 27، وما بعدها، ص 28 وما يليها. - مازو وشاباس، مدخل لدراسة القانون، ف 6 وما بعدها، ص 20 وما يليها.

* تنبيه: تضمنت دراسة ديفولفيل المشار إليها خمسة أجزاء ونشرت في أربعة أعداد متوالية من المجلة المذكورة توزعت كما يلي:

- الجزء الأول والثاني: في العدد 32 لسنة 1871: ص 501 ← 547 (الفقرات من 1 إلى 50).

- الجزء الثالث: في العدد 33 لسنة 1872: ص 34 ← 91 (الفقرات من 51 إلى 124).

- الجزء الرابع: في العدد 34 لسنة 1872: ص 239 ← 268 (الفقرات من 125 إلى 140).

- الجزء الخامس: في العدد 35 لسنة 1873: ص 140 ← 178 (الفقرات من 141 إلى 177).

عاماً²⁷⁴ يعبر عن حقيقة بديهية²⁷⁵ وعقلية²⁷⁶ تستوعب حكماً و«قواعد» أخرى تعدّ من مكملاته الضرورية والمنطقية صيغت منذ القانون الروماني²⁷⁷ ومنها:

- فاقد الشيء لا يعطيه²⁷⁸

- فسخ حقّ المفوتّ يوجب فسخ حقّ المفوتّ له²⁷⁹، ومنه:

- ما بني على باطل فهو باطل²⁸⁰

- العدم لا أثر له أو: الباطل لا يرتّب أثراً²⁸¹

²⁷⁴ تذكر المبادئ العامة للقانون مادة بصيغة الجمع وهي عبارة عن قرارات توجيهية تستند إليها القواعد الفرعية التابعة لها أي التابعة والداخلة في جملة تطبيقاتها اللامتناهية.

انظر لمزيد التبسيط:

- Nadhir BEN AMMOU, Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, thèse Tunis, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1996, n° 905 et s., pp. 440 et s.

وتعمّق هذه «القواعد» قيمة الفصل 551 م.ا.ع. وتؤكد طبيعته المبدئية التي تسمو فوق القواعد القانونية الأخرى²⁸² وتوسّع دائرته فتتصوي تحته تطبيقات عديدة من بينها منع الشخص أن يبيع ملك غيره أو يرهنه، وإن فعل ذلك فبيعه أو رهنه باطلان لمخالفتهما للقانون، ووجه مخالفة القانون هو أنّ الفصل 551 م.ا.ع. لا يجيز أن يمنح الشخص غيره أكثر ممّا له من الحقوق، ومن باب أولى، إذا لم يكن للشخص حقّ أصلاً فلا يمكن له أن يحيله لأنّ فاقد الشيء لا يعطيه. وبما أنّ البائع مثلاً لا يملك المبيع فهو فاقد للشيء ولا يمكن أن يملكه للمشتري.

تبدو هذه الحقيقة البديهية أسمى حتّى من أن يبرهن عليها وتقود بذاتها إلى إبطال كلّ مفعول لمخالفتها، لأنّ مخالفتها لا تتصوّر عقلاً وهي في حكم المحال²⁸³. وبهذا المعنى اعتمدت محكمة التعقيب الفصل 551 م.ا.ع. لإبطال بيع ملك الغير.

38- صدر عن محكمة التعقيب قراران أولهما في 24 مارس 1987²⁸⁴ والثاني في 26 جانفي 1988²⁸⁵. يؤسسان بطلان التفويت في ملك الغير على الفصل 551 م.ا.ع.

وقد تمثلت وقائع القضية في القرار الأول في أن بلدية خنيس وعدت المرأة فطومة ببيعها دارا على ملكها. وقبل إتمام البيع النهائي عمدت المستفيدة إلى بيع العقار إلى عبد العزيز، فقامت البلدية بطلب إبطال هذا البيع واستحقاق العقار،

- Alain PIÉDELIÈVRE, Quelques réflexions sur la maxime «Quod nullum est, nullum producit effectum», in Mélanges Pierre Voirin, p. 638.

282 - نذير بن عمّو، سلطة رقابة محكمة التعقيب، ف 909، ص 442.

283 - آلان روبي، لا يجوز لشخص...، ص 35.

284 - قرار تعقيبي عدد 14194 مؤرخ في 24 مارس 1987، ن. 87، 348 - ق.ت. ماي 1989، ص 81.

285 - قرار تعقيبي عدد 15354 مؤرخ في 26 جانفي 1988، ق.ت. جوان 1990، ص 67.

وأنظره خاصة في ف 906 إلى 909 في الفرق بين المبادئ العامة والقواعد الكلية، ثم قارب من تعريف مصطفى الزرقاء السابق. وانظر أيضا: محمد الشرقي وعلي المزفتي، مدخل لدراسة القانون، ف 43 ص 41.

275 - آلان روبي، لا يجوز لشخص... أطروحة سابقة، ص 35.

276 - نذير بن عمّو، سلطة رقابة محكمة التعقيب، ف 911، ص 443، وهو يربطه بالإنصاف في موضع آخر ف 633 ص 291.

- Georges RIPERT, Les forces créatrices du droit, L.G.D.J. 1955, n° 135, p. 333.

277 - راجع مقدمة هذا البحث، ف 17، وانظر في شرح صلتها بمبدأ الفصل 551 م.ا.ع.، آلان روبي، لا يجوز لشخص...، ص 4 وما يليها.

278 - *Nemo dat quod non habet* وقد لاحظ الأستاذ روبي (ص 4) أن هذه الحكمة تعتبر تكرارا لمبدأ لا

يجوز للشخص أن يمنح غيره... وهي التي تثار بصفة خاصة في التفويت في ملك الغير - وقد ساق الأستاذ محمد كمال شرف الدين نفس الملاحظة: حقوق الغير...، ف 30، ص 280، هـ 143.

279 - *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* وقد وردت هذه القاعدة بترجمة حرفية ضمن

القواعد والتقريرات الفروعية الخاصة بعقد الهبة والملحقة بمدونة جستيبيان بتعريب عبد العزيز فهمي، ص 390، القاعدة 5: «سقوط حق الواهب يستتبع سقوط حق الموهوب له».

280 - انظر في ربط هذه القاعدة بالفصل 551 م.ا.ع.: قرار تعقيبي عدد 23971 مؤرخ في 23 جانفي 1992، ن. 92، 394.

281 - *Quod nullum est, nullum producit effectum*. انظر في هذه «الحكمة»:

فحكم لفائدتها ابتدائياً واستثنائياً. وتأييد هذا الاتجاه لدى محكمة التعقيب التي تبنت حيثيات القرار الاستثنائي لتعميل قرارها. وقد جاء فيها بالخصوص: «وحيث أن الوعد بالبيع لا ينجز عنه انتقال ملكية العقار إلى الموعد له، وبالتالي يكون قيام المرأة فطومة الموعد لها بالتفويت في العقار يتنافى مع أحكام الفصل 551 م.ا.ع. الذي ينص على أنه: لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق».

أما في القرار الثاني فتبين الوقائع أن المدعو حمدة باع عقارا لثلاثة مشترين، لكن أختيه ادعتا أنه باع مناهما المنجر لهما بموجب حكم قسمة وطلبتا من محكمة ناحية باجة إبطال البيع، فقضت لهما نهائياً بذلك²⁸⁶. وفي مطلب التعقيب ركز الطاعنون بالخصوص على إساءة تطبيق الفصل 551 م.ا.ع. لما قبلت محكمة الناحية إبطال العقد بطلب من غير عاقديه والحال أن لا صفة

دامغة لا تقبل الدحض لأنه يستمد قوته من البداهة أي من أقوى أساس ممكن²⁸⁸. فهو يعتبر حقيقة مسلمة²⁸⁹ لا تؤول مخالفتها إلا إلى الوقوع في التناقض. ومن ثم فهي تفرض نفسها على القاضي ليطبّقها بمجرد توفر شروطها، وعلى الفقه ليعتدّ بها، بل حتى على المشرع نفسه الذي لا يمكنه منافاتها ولا تقرير أي استثناء عليها. والقول بخلاف ذلك ليس إلا تعبيراً عن المحال عقلاً²⁹⁰ «ومبرراً لعدم العمل بالقوانين المخالفة للمبدأ لأن العقل البشري لا يمكنه قبول النتائج الغريبة التي قد تترتب عن هذه القوانين»²⁹¹.

39- وعليه فالمنطق يفرض اعتماد هذا النص وإبطال كل مفعول لخرقه. وهذا ما أقرته محكمة التعقيب في قراراتها المشار إليهما فيكون موقفها مبرراً خاصة أن دلائل من التشريع تنهض لها. فالفصل 551 م.ا.ع. حوى قاعدة قانونية ولئن كانت عامة، فهي واجبة التطبيق خصوصاً أن الفصل 535 م.ا.ع. يخول

- **Noureddine GHAZOUANI**, Réflexions sur la sanction de la vente de la chose d'autrui, R.T.D. 1987, pp. 119 et s., spéc. p. 120, note 6. - **Souad YOUSSEF** née **BABAÏ**, La possibilité de l'objet de l'obligation, mémoire de D.E.A. de droit privé, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1991, p. 167.

²⁸⁸الآن رويي، لا يجوز لشخص...، ص 35. - رولان وبوايي، قواعد القانون الفرنسي، ف 259، ص 507.

²⁸⁹ Axiome.

²⁹⁰أورد هذه النتائج الآن رويي، لا يجوز لشخص...، ص 36-37 أخذًا عن إتيان رينو في أطروحته عن

التصرفات الصادرة من صاحب حق ظاهر، أطروحة سابقة، ص 12 وما يليها.

²⁹¹ريبير، القوى الخلافة للقانون، مرجع سابق، ف 135، ص 332.

²⁹²يؤيد هذا التحليل الأستاذ سمير عبد السيد تناغو الذي يرى أن المبادئ العامة المصاغة في نصوص تشريعية

تتغير طبيعتها وتصبح قواعد قانونية وضعية تستمد قوتها من إرادة المشرع وواجبة التطبيق بهذا المعنى. وينسجم

رأيه هذا مع موقفه من المبادئ العامة للقانون إذ يميزها عن القواعد العامة للقانون التي يعتبرها قواعد فنية

تدخل تحتها عدة قواعد فرعية تطبيقية لها، أما الأولى فهي فلسفية تستمد قوتها من الفكرة العامة للوجود

وتسمو على كل القواعد ويعرفها كما يلي: «المبادئ العامة للقانون هي الأفكار التي تصدر عن الفكرة

العامة للوجود أو عن التصور العام للكون والحياة في مجتمع معين والتي تؤدي إلى استنباط مجموعة القواعد

للغير في ذلك، والقضاء هكذا لصالح الدعوى مخالف للفصل 551 م.ا.ع. لكن

محكمة التعقيب لم تجارهم في طعنهم ونفت كل مخالفة للفصل 551 م.ا.ع. «بل

العكس هو الصحيح لأن كل من يرى أن عقدا ما قد أضر بحقوقه له أن يقوم

بطلب إبطاله» (هكذا!) ولذلك فإن البائع ببيعه مناب أخته يجعل «الحكم

المطعون فيه لما قضى بالإبطال قد أحسن تطبيق الفصل المذكور (551 م.ا.ع.)

وجاء معللاً بما فيه الكفاية».

وتبئى هذه الكلمات عن أمرين هما: أن مخالفة الفصل 551 م.ا.ع. توجب

البطلان وأن التعليل به «فيه الكفاية». ولذلك يرد هذا الفصل في الاستدلال على

بطلان بيع ملك الغير في أعمال الفقه²⁸⁷ ويمثل تطبيق المبدأ في نظر البعض «حجة

²⁸⁶كان ذلك ممكنا قبل تنقيح مجلة المرافعات المدنية والتجارية في 1 سبتمبر 1986، حيث كان الفصل 39

منها ينص على أن الحكم الصادر عن محكمة الناحية يكون نهائياً في حدود مبلغ خمسمائة دينار (500د).

²⁸⁷انظر: محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير...، ف 310، ص 360، هـ 143.

م.أ.ع. يصف ما تقرّر بالكتاب الأوّل من مجلّة الالتزامات والعقود أي «بالخمسمائة والاثنتين والستين فصلا المتقدمة» ومنها الفصل 551 م.أ.ع. «بالأحكام» وظاهر القصد من ذلك القواعد الناصّة على حلول لوقائع معيّنة²⁹³ كما أنّ مراعاته ضروريّة إذ لم يتضمّن استثناء ولا إمكانية للاستثناء²⁹⁴ لأنّ قاعدته لم تقترن بدليل على ذلك مثلما يظهر في الفصل 558 م.أ.ع. مثلا الذي يضع «الأصل في الإنسان الاستقامة وسلامة النية حتّى يثبت خلاف ذلك» وكذا الفصول 559 و560 و561 و562 م.أ.ع.، فلو كانت إرادة المشرّع متّجهة إلى إمكانية الاستثناء لأجازها صراحة. ولهذا فمخالفة الفصل 551 م.أ.ع. غير جائزة لا محالة أي هي باطلة، لأنّ عدم الجواز نفي للجواز أي منع له، والمنع يقتضي النهي عن الممنوع²⁹⁵ وكلّ خروج عن النهي لا ينظر إليه ويكون باطلا لا أثر له عملا بصريح الفصل 539 م.أ.ع.: «إذا صرّح القانون بالنهي عن شيء معيّن كان إتيانه باطلا لا ينسب عليه شيء».

البداهة. لكنّ لا يجب الحذر من هذه البديهيّات التي تلجم عن التّمحيص والبحث النقدي²⁹⁶، والحال أنّ أعمالها في هذا الصّدّد بيّنة وهن الانطباع الأوّل 15

الفقرة الثانية: دحض حجة الفصل 551 م.أ.ع.

41- من يتأمّل التحليل السّابق يتبيّن له أنّ حجة الفصل 551 م.أ.ع. بنيت على مقدمتين مرجوحتين هما أنّه قاعدة واجبة التطبيق على التفويت في ملك الغير (أ) وأنّ جزاءها هو بطلان التفويت (ب).

أ- وجاهة تطبيق الفصل 551 م.أ.ع.:

42- بعيدا عن مناقشة طبيعة المبادئ العامّة للقانون وإن كانت أفكارا فلسفيّة²⁹⁷ أو حكما وأمثالا تاريخيّة²⁹⁸ أو تعبيرا عن مبادئ القانون الطّبيعي بصياغة مختصرة²⁹⁹ أو مجرد مقولات تصويريّة للواقع كما هو³⁰⁰. فبكلّ هذه الاعتبار³⁰¹ يسقط تطبيق الفصل 551 م.أ.ع. لأنّه ليس قاعدة قانونيّة بالمعنى

القانونيّة الوضعيّة التي تنظّم سلوك الأشخاص في هذا المجتمع». راجع كتابه: النظرية العامّة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ف 79، ص 246-248 وف 81، ص 253 وما يليها.

²⁹³ الأحكام جمع حكم، ومن معانيه عند الأصوليين النص المتضمن خطاب الشارع وهو المعنى المقصود في المتن. انظر: وحيد الدّين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص 57. - الكشاف، باب الحاء، م 1، ص 379 ومنه تعريف الأمدى للحكم: «الحكم خطاب الشارع لفائدة شرعيّة» (الكشاف، موضع سابق، ص 377).

²⁹⁴ هذا رأي الأستاذ الفرنسي موران الذي يعتبر أنّ المبدأ مطلق لا استثناء عليه أبداً. أشار إليه آلان روبي، لا يجوز لشخص...، ص 40.

- **G. MORIN**, La sécurité des acquéreurs de bonne foi et les droits du véritable propriétaire dans les transactions immobilières, Etude critique du code civil et des projets de réforme, thèse Paris, 1902, p. 49.

²⁹⁵ محمّد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الكتب العلميّة، بيروت، الطبعّة الأولى، 1994، تحقيق أحمد عبد السلام، ص 165. - أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، كتاب الأحكام، بحث الصحة والبطالان، ج 1، ص 218.

²⁹⁶ **Bruno PETIT**, L'évidence, R.T.D.Civ., 1986, pp. 485 et s.

²⁹⁷ سمير عبد السيّد تناغوا، النظرية العامّة للقانون، ف 79، ص 246.

²⁹⁸ ريبير، القوى الخلافة للقانون، ف 194، ص 330.

²⁹⁹ سمير تناغوا، النظرية العامّة للقانون، ف 79، ص 246.

- **Giorgio del VECCHIO**, Les principes généraux du droit, in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný, Tome II, Librairie Edouard Duchemin, Paris - Topos Verlag AG, Vaduz, Liechtenstein, 1977, pp. 69 et s. spéc. p. 77 et s.

³⁰⁰ آلان روبي، لا يجوز لشخص...، ص 41. ومعنى ذلك أنّ المبدأ العام هو تعبير يصف الواقع كما هو: ففي

الواقع عند وجود نزاع بين شخصين حول ملكيّة شيء فإنّ الملكيّة تؤول إلى المالك الحقيقي على حساب زاعمها الذي يكون استمدّ الشيء من شخص آخر، فيعبّر عن هذه الوضعيّة بمقولة «لا يجوز لشخص أن يمنح غيره...» لا أكثر من ذلك.

³⁰¹ انظر في تصنيف المبادئ العامّة للقانون انطلافاً من هذه الاعتبارات وغيرها:

- **Jean BOULANGER**, Principes généraux du droit et droit positif, in Mélanges Georges Ripert, Paris, L.G.D.J. 1950, Tome I, pp. 51 et s. spéc. n°8 et s., pp. 57 et s.

الدقيق³⁰². ولو أنه من الثابت مع ذلك، من وجهة فنيّة أن مبدأ الفصل 551 م.ا.ع. هو قاعدة عامّة للقانون تعتبر جزءاً من القانون الوضعي³⁰³ واجب الاحترام والتطبيق بهذا المعنى. إلا أن مفترضين للتطبيق اعتلاً في عمل القضاء المنتقد وهما: انطباق النص وميدانه. أي أن المشكل المعروض لا يقع حله على أساس نصّ معيّن إلا إذا دلّت عليه قواعد التّأويل (1) ودخل المشكل في فرضه فشمله ميدانه (2).

1- مخالفة قواعد التّأويل:

43- لئن أجاز الفصل 535 م.ا.ع. العمل بقواعد القانون العامّة، فقد ذكر ذلك على سبيل الاحتياط لغياب نصّ صريح أو تعدّد القياس³⁰⁴. أمّا إذا وجد نصّ خاصّ فلا سبيل إلى تطبيق هذه القواعد العامّة³⁰⁵. وكذلك إذا وجد نصّ خاصّ وأمكن القياس عليه، وبالرجوع إلى قرار محكمة التّعقيب المشار إليهما والمؤرّخين تباعا في 24 مارس 1987 و26 جانفي 1988 يمكن الوقوف بكلّ

سهولة على هذا الخلل المنهجي فيهما ضرورة أنه كان عليهما تطبيق الفصل 576 م.ا.ع. وهو النصّ المباشر في بيع ملك الغير³⁰⁶ دون الفصل 551 م.ا.ع. وإلا فقد خرقا الفصل 576 م.ا.ع. ولا يجدي في موقفهما التعلّل بنصّ الفصل 563 م.ا.ع. لأنّ عبارة «أحكام» لا تقتصر على الحلول الخاصّة، بل تشمل أيضا «الأحكام الكليّة» إذ القاعدة الكليّة هي «حكم كلّ أغلبي ينطبق على معظم جزئياته»³⁰⁷. ومن ثمّ فإنّ وجود نصّ خاصّ يمنع منهجياً الرجوع إلى المبدأ العامّ ولو لتطبيقه مع النصّ الخاصّ³⁰⁸ لأنّ فيه تزيّدا قد يحدث ارتباكاً في فهم النصّ الخاصّ أو تشكيكا في أحقيّة تطبيقه.

44- وربما أمكن تفسير مخالفة قواعد التّأويل المشار إليها بتبنيّ فهم خاصّ لعموميّة قاعدة الفصل 551 م.ا.ع. لا يميّزها عن عموميّة القاعدة القانونيّة بصفة عامّة³⁰⁹. والحال أنّ عموميّة المبدأ تظهر في دخول عدّة قواعد فرعيّة تحته فهو

كالقاعدة بالنسبة إلى تلك القواعد، على خلاف عمومية القاعدة القانونية التي تعني أنها موجهة إلى جميع المكلفين وأن الوقائع التي يتكوّن منها فرضها تقضي إلى تطبيقها كلّما تحققت³¹⁰. فعمومية المبدأ متأثية من استيعابه لعدة قواعد فرعية تطبيقية، ومن ثمّ فدوره في البداية تفسيري فقهي ليقرب إلى

³⁰⁶ انظر في هذا الاتجاه، نذير بن عمّو، سلطة رقابة محكمة التعقيب، الأطروحة، ف 919، ص 448 -

عزّ الدين العرفاوي، قواعد تأويل القانون المكتوبة...، أطروحة سابقة، ص 345.

³⁰⁷ سليم رستم باز اللبّاني، شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة 1986، ص 17 -

مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، فصل 79، ص 965. وهما يثبتان تعريفا منسوبا للحموي في شرحه على الأشباه والنظائر لابن نجيم.

³⁰⁸ عزّ الدين العرفاوي، قواعد تأويل القانون المكتوبة...، أطروحة سابقة، ص 374 - جورجو دلفاكيو،

المبادئ العامة للقانون، مقال سابق، ص 82.

³⁰⁹ نذير بن عمّو، الأطروحة، ف 919، ص 448.

³¹⁰ جان بولانجي، المبادئ العامة للقانون الوضعي، مقال سابق، ف 5، ص 55.

³⁰² يشبه هذا الكلام ما قاله الأستاذان محمّد الشّريفي وعلي المزغني بشأن بعض قواعد التأويل في مجلة الالتزامات والعقود كالفصول 541 و556 و557 م.ع. من أنها موجهة إلى الفقه بالمعنى الإسلامي وإلى المشرع وغير موجهة إلى القاضي (مدخل لدراسة القانون، ف 761-764، ص 477-479). وهذا يوافق أيضا ما نقله الأستاذ مصطفى الزرقاء (المدخل الفقهي العام، ج 2، فصل 79، ص 967) من «أن تلك القواعد الصكّية على ما لها من قيمة واعتبار هي كثيرة المستثنيات فهي دساتير للتفقيه لا نصوص للقضاء»، لكنّ هذا القول لا يعبر عن كلّ الحقيقة في مجلة الالتزامات والعقود التي جعلت من هذه القواعد مصدرا احتياطيا للقانون في الفصل 535 م.ع.

³⁰³ نذير بن عمّو، سلطة رقابة محكمة التعقيب، ف 916، ص 446.

- Ezzeddine ARFAOUI, Les règles écrites d'interprétation de la loi, Essai d'une méthode officielle d'interprétation des lois, thèse Tunis, Faculté de droit et des sciences politiques, 2000, p. 344.

³⁰⁴ محمّد الشّريفي وعلي المزغني، مدخل لدراسة القانون، ف 44، ص 41.

³⁰⁵ عزّ الدين العرفاوي، قواعد تأويل القانون المكتوبة...، أطروحة سابقة، ص 371 وما يليها وخاصة ص

375. ولهذا السبب فإنّ مجلة الأحكام العدلية «لم تسوّغ أن يقتصر القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى شيء من هذه القواعد الصكّية فقط دون نصّ آخر خاص أو عام يشمل بعمومه الحادثة المقضي فيها». انظر

مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج 2، فصل 79، ص 967.

الأذهان فهم تلك القواعد الفروعية وحسن العمل بها. لكن إذا طبّق على نزاع معين أصبح قاعدة قانونية مخصوصة كبقية فروعها. وهذا الأمر ليس مرفوضاً بل إن الفصل 535 م.ع. يوجب على القاضي بصفة احتياطية، ومعنى هذا أن وجود المبدأ العام لا يؤثر في حد ذاته في القانون الوضعي إلا إذا طبقه القاضي³¹¹، فعندئذ يستلهم منه قاعدة مخصوصة يقض بها نزاعاً معيناً ويصوغها على أن تصبح واحدة من تطبيقاته³¹². لكن أليس لمعتراض أن يقول لها أن محكمة التعقيب طبقت قاعدة الفصل 551 م.ع. في قرارها المشار إليهما، فصاغت منه قاعدة فرعية توجب بطلان التقويت في ملك الغير؟ لكن - وبغض النظر عن الخلل التأويلي السابق - هل السؤال المطروح عن بطلان التقويت في ملك الغير يدخل فعلاً في ميدان الفصل 551 م.ع.؟

الأصلي ولا حق للخلف فيه لأن سلفه ليس له الحق فيه³¹⁴، وهذا يعني أن النزاع الذي يفترضه مبدأ الفصل 551 م.ع. هو نزاع بين المفقوت له والغير الذي يدعي أن الحق أو جزءاً منه له³¹⁵. وبعبارة أخرى، فافتراض انتقال الحقوق، والتفريق في التقويت بين طرفيه والغير يقود إلى وجود علاقتين قانونيتين مختلفتين: علاقة بين المفقوت والمفقوت له، وعلاقة بين الغير والمفقوت له. وهذه العلاقة الثانية هي التي تكوّن ميدان الفصل 551 م.ع. بامتياز بدليل أن اللجوء إلى قاعدة الفصل 551 م.ع. يكون في حالات وجود نزاع حول حق عيني (الملكية خاصة) بين شخصين إما خلفين لنفس الشخص أو أحدهما خلف له والآخر أجنبي عنهما³¹⁶. أمّا العلاقة بين المفقوت والمفقوت له فصلتها بالنص تستوجب توضيحاً باعتبارها علاقة ثنائية الأبعاد إذ فيها بعد عيني ممثّل بالأثر العيني للتقويت وبعد شخصي ممثّل بالالتزامات التي ينشؤها³¹⁷. وإن كان البعد العيني في صميم قاعدة الفصل 551

45- تؤدّي قراءة الفصل 551 م.ا.ع. إلى ملاحظة أن المفوت ينقل إلى المفوت له نفس الحق الذي له، فهي تفرض وجود حق قابل للإحالة، ووقوع تلك الإحالة في حدود الحق الذي للمفوت لا أكثر - حتى أن قاعدة الفصل 551 م.ا.ع. تؤسس في نظر البعض³¹³ لمبدأ انتقال الحقوق وضبط حدود الخلافة بحيث لا يتلقى الخلف عن سلفه إلا ما له من حق. ونتيجة هذا أنه في صورة ما إذا نوزع الخلف فيما تلقاه من حق فليس له أن يعتد إلا بما كان لسلفه، وما زاد على ذلك يبقى لصاحبه

³¹¹ نذير بن عمّو، سلطة رقابة محكمة التعقيب، أطروحة سابقة، ف 922، ص 456.

³¹² Monia KARI, Note à propos d'un texte ambigu: L'article 535 du C.O.C., R.T.D. 1992, p. 203 et ss. Spéc. pp. 234-235.

³¹³ رولان وبوايي، قواعد القانون الفرنسي، ف 259، ص 507.

- Georges RIPERT et Jean BOULANGER, Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol, Tome II, Obligations, Droits réels principaux, Paris, L.G.D.J., 1956, n° 2418, p. 845.

³¹⁴ يعتبر الفصل 551 م.ا.ع. هكذا تعبيراً عن مبدأ حفظ الحق - فوق عند الخلف بل ينتقل إليه كما عند السلف (رولان وبوايي، قواعد القانون الفرنسي، ف 259، ص 507). وهذا هو المعنى الذي أثبتته فقه قضاء محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 12 نوفمبر 1996 (قرار تعقيبي عدد 44625 مؤرخ في 12 نوفمبر 1996، ن 96، II، 390) إذ منعت على مشتري مناب مشاع من عقار لم يقسم بعد أن يختص بجزء مفرز من ذلك العقار تطبيقاً للفصل 71 م.ح.ع. لأن بقاء الشيوع يتنافى مع الإفراز الذي لا يحصل إلا بالقسمة، والقول بخلافه يمنح المشتري أكثر مما للبائع على خلاف الفصل 551 م.ا.ع. كما سبق للمحكمة الابتدائية بالمهدية أن توخّت نفس هذا المنهج في تطبيقها للفصل 474 م.ا.ع.: إذ منعت على المشتري إثبات عكس الكتب إلا بكتب إعمالاً للفصل 474 م.ا.ع. وقالت إن هذا المنع يجري على البائع وكذلك على المشتري منه الذي لا يتلقى أكثر مما للبائع من حقوق طبقاً للفصل 551 م.ا.ع.: (حكم استحقاقى ابتدائي عدد 142 مؤرخ في 17 أبريل 1961، ق.ت. أكتوبر 1961، ص 77).

³¹⁵ الآن رويي، لا يجوز لشخص...، أطروحة سابقة، ص 44.

³¹⁶ الآن رويي، لا يجوز لشخص...، أطروحة سابقة، ص 42، ص 448 وما يليها.

³¹⁷ سيأتي شرح هذين البعدين لاحقاً في بحث أساس صحة النفويت، ف 312 وما بعدها.

م.أ.ع. فإن البعد الشخصي لا يهّم النص ولا يتأثر به إلا عرضاً³¹⁸. وتحليل ذلك أن الفصل 551 م.أ.ع. يهتم بالمالك الحقيقي ويهدف إلى حمايته³¹⁹. فمبدأ لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما له من الحقوق يمثل دعامة لحق الملكية وضمانه له في يد صاحبه إذ يمنع أن تؤخذ ملكية شخص رغماً عنه، ولا يمكن إجبار أحد على التنازل عن ملكه³²⁰. ولحسبته لا يمنع الشخص أن يلتزم عن نفسه أو يعد بعمل شيء في مستطاعه. ويفهم من هذا المبدأ العام أن من نتيجته أنه لا يمكن بأيّة حال التأثير على ملكية الغير وأخذها منه دون موافقته وأحرى بعمل غيره ولذلك فتطبيقاته تصبّ كلها في هذا الاتجاه إذ يجب أن تقود إلى نفي كل قاعدة أو حكم من شأنه أن ينزع عن شخص ملكه بموجب تفويت صادر عن شخص آخر. فهذا ما لا يمكن منطقاً وبداهة وقانوناً.

يمنع حدوثه عند المفوت له، بل يمنع حتى تصور نزاع بينهما بهذا الخصوص إذ لا يعقل أن يقوم المفوت له على المفوت ليطالبه بأكثر مما له، لأنّ فاقد الشيء لا يعطيه، وإنما يتصور بينهما نزاع في صحة أو بطلان التفويت من جهة الالتزامات التي يربتها، وهذه علاقة خارجة عن الميدان المباشر للفصل 551 م.أ.ع. لأنّ لها نصوصاً خاصة بها تحكمها كالفصل 576 م.أ.ع. في البيع والفصل 203 م.ج.ع. في الرهن، أو في حال غيابها قواعد النظرية العامة للالتزامات، خاصة فيما يتعلق بركن المحل³²³. ويتأكد هذا التحديد بالنظر في استثناءات المبدأ التي تصبّ كلها في اكتساب المفوت له حقاً أكثر من سلفه، أي بمواجهة المالك الحقيقي والاحتجاج به عليه كما في نظرية الوارث الظاهر والحوز في المنقول وقواعد الإشهار العقاري...³²⁴. ففي كلّ هذه الأحوال يكتسب المفوت له حقاً لم يكن لسلفه ويعارض به صاحبه الأصلي، بصرف النظر عن شرعية العلاقة بينه وبين

المفوت وصحة التفويت المؤطر لها من عدمها³²³. وقد سارت محكمة التعقيب في هذا الاتجاه³²⁶ لما أقرت حكّام الأصل على عدم تطبيق الفصل 551 م.ا.ع. على نزاع أحد طرفيه شريك في الشّيوع بادر بعقلة مناب شريكه وبيعه اقتضاء لدين له عليه وقد رسا المزااد على الشّريك الدّائن، لكن تبين أنّ المدين سبق منه التفويت بالبيع في منابه لمشتري لم يرسم شراءه، ورغم تمسك المشتري بالفصل 551 م.ا.ع. لأنّ الشّريك الدّائن اكتسب بالتبّيت ما لم يكن للشّريك المدين، إلا أنّ حكّام الأصل رفضوا دعواه لأنّه لا يمكنه الاحتجاج بحقه على المبتت له لعدم ترسيم شرائه تطبيقا للفصل 305 م.ح.ع.

³²³ نسجل هذا مبدئيًا قبل مناقشته هو الآخر في موضعه، ف 94 وما بعدها.

³²⁴ رولان وبوايي، قواعد القانون الفرنسي، ف 259، ص 507 وما يليها.

³²⁵ ولو أنّها ليست عديمة التأثير فيها مطلقًا. انظر الهامش 1297 اللاحق في باب نفاذ التفويت.

³²⁶ قرار تعقيبي عدد 4521 مؤرخ في 12 جانفي 1982، ن 82، 1، 95.

يفرض نفسه حتّى على المشرّع³²¹. فيظهر هكذا أنّ مشكلة الفصل 551 م.ا.ع. تفترض دائماً وجود غير هو صاحب الحقّ موضوع التفويت، أي أنّ ميدانه يفتح دائماً على الغير ويستوجب علاقة تنازعية حول هذا الحقّ، بين المالك الحقيقيّ والمفوت له³²². أمّا بين الطرفين، فإنّ تعلق الفصل 551 م.ا.ع. بالأثر العيني للتفويت

³¹⁸ فيهو، أعمال التفويت في ملك الغير... مقال سابق، ف 5، ص 5. - آلان رويي، لا يجوز لشخص...، أطروحة سابقة، ص 45.

³¹⁹ آلان رويي، لا يجوز لشخص...، أطروحة سابقة، ص 44.

³²⁰ انظر الفصل 20 م.ح.ع.

³²¹ آلان رويي، لا يجوز لشخص... ص 40. أمّا الإطلاق في معنى منح الاستثناء بخصوص صحة التفويت في حدّ ذاتها فلا يمكن القبول به بحال بدليل الفصلين 576 م.ا.ع. / 203 م.ح.ع. اللذين استعملتا عبارتي «يجوز» و«يصح»، ولو كان الأمر كذلك فعلاً لكان هذان النصان تعبيراً عن شطحة من المشرّع ودليلاً على هرطقة لا غبار عليها!

³²² آلان رويي، لا يجوز لشخص...، ص 455.

47- وهكذا تبقى مسألة صحة التفويت بين الطرفين خارجة عن ميدان الفصل 551 م.ا.ع. ويتأكد بالتالي النقد الموجه إلى الفقه وفقه القضاء اللذين أقمهما فيه. لكن قد يتمسك أنصار هذا الاتجاه - وقد فعلوا لا شعورياً - بالصيغة العامة للفصل 551 م.ا.ع. وغايته الحمائية تجاه المالك الحقيقي والتي لها بالضرورة مفعول انعكاسي يظهر في بطلان التفويت لأنه «لا يجوز» بتعبير الفصل 551 م.ا.ع. فعلى فرض دخول مسألة الصحة في ميدان هذا النص، هل يسوغ الاستدلال به في هذا المعنى، أي في تحديد جزاء التفويت؟

ب- تحقيق جزاء الفصل 551 م.ا.ع.:

48- لاحظ الأستاذ نذير بن عمّو أنّ الفصل 551 م.ا.ع. لم يحدّد شكل ولا شروط انتقال الحق، ولم يبيّن الجزاء الدقيق المرتبط به³²⁷. وهذا نظر صحيح، لأنّ الفصل 551 م.ا.ع. باعتباره يتضمّن مبدأ عاماً فهو يستعمل ألفاظ العموم،

نافذ، إذ الجواز لغة هو السير والنفاذ، جاء في لسان العرب: «جزت الطريق وجاز الموضوع... وجازه: سار فيه وسلّكه وأجازه خلفه وقطعه وأجازه أنفذه... وأجاز له البيع: أمضاه وأجاز رأيه وجوّزه: أنفذه. وأجاز أمره يجيزه إذا أمضاه وجعله جائزاً»³³¹. وكذا في القاموس المحيط³³² وبه يعرف النفاذ فيقال: «النفاذ هو الجواز»³³³. والنفاذ اصطلاحاً هو «ترتب الأثر على التصرف كالمملك مثلاً على البيع»³³⁴.

وحاصل هذا أنّه إذا كان الجواز في العقود خاصّة يعني نفاذها، فإنّ منع الجواز يعني منع النفاذ. ويؤدّي تطبيق تعبير «لا يجوز» في الفصل 551 م.ا.ع. على التفويت إلى منع نفاذه، فالتفويت الذي لا يجوز هو التفويت الذي لا ينفذ، أي لا يتصل به أثر المقصود قانوناً. وحيث أنّ «الصحة هي كون الفعل بحيث يترتب عليه الأثر المطلوب منه»³³⁵. فإنّ أنصار البطلان في الفصل 551 م.ا.ع. لاحظوا

ولفظ العموم في اصطلاح الأصوليين هو «اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد»³²⁸. ومن هذه الألفاظ في الفصل 551 م.ا.ع. لفظ «الجواز» الوارد في عبارة «لا يجوز». فقد حقق صاحب الكشاف أن «الجواز بالفتح هو قد يطلق على الإمكان الخاص وقد يطلق على الإمكان العام، يقال يجوز أي لا يمنع»³²⁹ فيدخل تحته عدة معان منها الشرعي ومنها العقلي³³⁰، ويدخل فيها على الإجمال الإباحة في الأفعال والنفاذ في العقود. فعندما يقال تصرف جائز يعني أنه

³³¹ لسان العرب، مادة جواز، الجزء الأول، ص 486.

³³² القاموس المحيط، فصل الجيم، باب الزاي، الجزء الثاني، ص 176.

³³³ لسان العرب، مادة نفذ، الجزء السادس، ص 228.

³³⁴ الكشاف، باب النون، فصل الذال المعجمة، المجلد الثالث، ص 1382.

³³⁵ الشاطبي، الموافقات، الجزء الأول، ص 216. - الكشاف، باب الصاد، فصل الحاء المهملة، لفظ الصحة، المجلد الثاني، ص 815.

³³⁶ الكشاف، موضع سابق.

³³⁷ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1993، بتحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، ص 76.

ولفظ العموم في اصطلاح الأصوليين هو «اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد»³²⁸. ومن هذه الألفاظ في الفصل 551 م.ا.ع. لفظ «الجواز» الوارد في عبارة «لا يجوز». فقد حقق صاحب الكشاف أن «الجواز بالفتح هو قد يطلق على الإمكان الخاص وقد يطلق على الإمكان العام، يقال يجوز أي لا يمنع»³²⁹ فيدخل تحته عدة معان منها الشرعي ومنها العقلي³³⁰، ويدخل فيها على الإجمال الإباحة في الأفعال والنفاذ في العقود. فعندما يقال تصرف جائز يعني أنه

³²⁷ نذير بن عمّو، سلطة رقابة محكمة التعقيب، الأطروحة، ف 919، ص 448.

³²⁸ الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 169 - وأورد الجرجاني نفس التعريف تقريبا تحت كلمة «العام» فقال:

«لفظ وضع وضعا واحدا بكثير غير محصور مستغرق جميع ما يصلح له». الشريف علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 1988، ص 145.

³²⁹ الكشاف، باب الجيم، فصل الزاء المعجمة، المجلد الأول، ص 207.

³³⁰ الكشاف، موضع سابق. - القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، تأليف سعدي أبو جيب، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية 1988، ص 73.

49- دون الدخول في بحث النهي والمنع وارتباطهما بالبطلان والفساد فربما بدا ذلك بحثا عقيما بالنظر إلى صراحة الفصل 539 م.ا.ع. في نفي كل أثر عن مخالفة النهي القانوني الصريح³³⁸ فإن بعض الاعتبارات ترفض هذا الربط بين الفصل 551 م.ا.ع. والبطلان (1) اللهم إذا كان المقصود من البطلان شيئا آخر غير المعنى القانوني الدقيق (2).

1- رفض الربط بين الفصل 551 م.ا.ع. والبطلان بالمعنى الدقيق:

50- يوجد سببان على الأقل لرفض الربط بين الفصل 551 م.ا.ع. والبطلان بالمعنى الدقيق:

51- أولا: إن عمومية الفصل 551 م.ا.ع. تستوعب في تطبيقاتها صور الأفعال المادية والوقائع القانونية ولا تقتصر على التصرفات القانونية. فكما يمنع التفويت في أكثر مما للمفوت، يمنع أيضا أن يكسب شخص بواقعة قانونية

دفع بالأستاذ مصطفى الزرقاء³⁴¹ إلى التعليق على قاعدة «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن»³⁴² بقوله: «يتضح من ذلك أن عدم الجواز المعبر به في هذه القاعدة يفسر بمعنيين مختلفين بحسب كون التصرف فعليا أو قوليا: ففي حالة التصرف الفعلي دون إذن المالك يفسر عدم الجواز بمعنى المنع الموجب للضمان - وفي حالة التصرف القولي يفسر عدم الجواز بمعنى عدم النفاذ».

52- ثانيا: إن تخريج عدم الجواز على أنه بطلان يؤدي إلى تعارض وتناقض مع قواعد قانونية أخرى. إذ لا يفوت أن غاية مبدأ الفصل 551 م.ا.ع. هي حماية المالك أو صاحب الحق الأصلي. فالقول ببطلان التفويت تحقيقا لهذه الغاية من شأنه أن يعدم التفويت أصلا ويهدر بالتالي حق المفوت له حسن النية. ولو استبقت مجلة الالتزامات والعقود قاعدة الفصل 657 من اللائحة الابتدائية القاضية بأن «القاعدة التي لا يجوز الانحراف عنها هي سلامة النية والوفاء بالعهد» لظهر

أكثر من سلفه، من ذلك أن الوارث ليس له إلا ما ترك الهالك لا أكثر³³⁹.
فواقعة الوفاة هنا لا يمكن بحال أن تملك الخلف أكثر مما كان للمورث.
فكيف السبيل إلى «إبطال» هذه الواقعة والحال أن البطلان مقصور على
التصرفات القانونية؛ وحتى في إطار التصرفات القانونية، فقد مرّ من تطبيقات
القاعدة المرتبطة بفكرة الخلافة، وهي فكرة محورية فيه، ما لا وجه حتى
لمجرد الإشارة إلى صحته من بطلانه³⁴⁰، وعليها تقاس أغلب التطبيقات. وهذا ما

³⁴¹ مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج 2، فصل 81، ص 1041.

³⁴² المادة 96 من مجلة الأحكام العدلية.

³⁴³ نذير بن عمّو، سلطة رقابة محكمة التعقيب، الأطروحة، ف 915، ص 445.

³⁴⁴ انظر مثلا من تطبيقات مجلة الالتزامات والعقود ما جاء في أبواب الإثراء بدون سبب (الفصل 81) والدعوى
البوليائية (الفصل 306 ف1) والبطلان النسبي (الفصل 336) والإقالة (الفصل 419). ومن تطبيقات مجلة
الحقوق العينية ما أورده الفصول 36 و37 في الالتصاق و44 في الحوز و46 في التّقدم المكسب و305 ف2
في القوة الثبوتية للتّرسيم بالسجل العقاري...

أكثر من سلفه، من ذلك أن الوارث ليس له إلا ما ترك الهالك لا أكثر³³⁹.
فواقعة الوفاة هنا لا يمكن بحال أن تملك الخلف أكثر مما كان للمورث.
فكيف السبيل إلى «إبطال» هذه الواقعة والحال أن البطلان مقصور على
التصرفات القانونية؛ وحتى في إطار التصرفات القانونية، فقد مرّ من تطبيقات
القاعدة المرتبطة بفكرة الخلافة، وهي فكرة محورية فيه، ما لا وجه حتى
لمجرد الإشارة إلى صحته من بطلانه³⁴⁰، وعليها تقاس أغلب التطبيقات. وهذا ما

³³⁸ لمن يريد التّفصيل في هذا الموضوع فليرجع إلى مباحث النهي والنّواهي في كتب الأصوليين كإرشاد الفحول
للشّوكاني، ص 165 وما يليها، والمستصفي للغزالي، ص 202 وما يليها، والموافقات للشّاطبي، ج 3، ص
90 وما يليها.

³³⁹ راجع معاني مبدأ لا يجوز لشخص...و تطبيقاتها على الميراث تحديدا، وهو اكتساب ملكية بموجب واقعة
قانونية هي واقعة الوفاة؛ سابقا ف 37 وهـ 271.
³⁴⁰ راجع الهامش 314 السابق.

له والمفوت، فإبطال هذه العلاقة أيضا فيه تزيّد على غاية الفصل 551 م.ا.ع. وإهدار لحقّ المفوت له وهو بحاجة إلى حماية تتمّ له لو أقرتّ صحة التفويت ودليله ما يوجبه الفصل 576 م.ا.ع. من تمكين المشتري حسن النية من التعويض. فلا بدّ إذن من تقريب الوضعين، عملا بقاعدة الفصل 557 م.ا.ع. الذي يوجب البدء بالتوفيق بين المنفعتين العامّة والخاصّة قبل تغليب الأولى. ويمكن القول في موضعنا إنّ المنفعة العامّة يمثلها الفصل 551 م.ا.ع. لتعلّقه بحقّ الملكية وحماية المالك الحقيقي، والمنفعة الخاصّة هي منفعة المشتري أو المفوت له عموماً³⁴⁵. فهل من جزاء يجسّد هذا التوفيق؟ الجواب بنعم وهو عدم الاحتجاج الذي يمنع انصراف أثر العقد إلى الغير بحيث لا يمكن أن يعارضه به أو يحتجّ به عليه، ودون أن يؤكّر ذلك على صحّة العقد بين طرفيه³⁴⁶.

فالتفويت بالنسبة إلى المالك الحقيقي كأنه غير موجود وهو في حكم

الاحتجاج به على المالك الأصلي³⁴⁹. فالمسألة إذن في الفصل 551 م.ا.ع. هي مسألة احتجاج لا صحّة. والمطلوب في منطلق هذا النصّ هو منع كلّ أثر للتفويت تجاه المالك الأصلي دون إبطاله بين طرفيه. المهمّ في منطقه أنّ الأثر العيني لا يحدث وإذا كان من الممكن فنياً أن يوجد التفويت صحيحاً من غير أن يحدث أثره العيني، فهذا وضع لا يتعارض مع الفصل 551 م.ا.ع. ولا تنتفي معه قوّة مبدئه. ولذلك فالتعبير بالبطلان عن هذه الوضعيّة لا يستساغ اللهمّ إلا إذا قصد به معنى غير معناه الدقيق واتّخذ مرادفا لعدم النفاذ ليطلق على عدم الجواز بمعنى عامّ ويبقى له معناه الخاصّ الواجب إقصاؤه من نطاق الفصل 551 م.ا.ع.، فعندئذ يمكن تفهّم موقف مستعمليه. فهل تنهض لهم الحجّة في هذا الاتجاه؟

2- جواز الربط بين الفصل 551 م.ا.ع. والبطلان بمعنى عامّ.

53- يمكن التفكير في الإيجاب لكن دون إقرار أنصار البطلان على هذا

العدم، والعلاقة بين طريقتي التقييد فائمه وصحتها ممكنة. ومعنى هذا ان صحة التقييد تهم الطرفين ولا تعني ولا تؤدي بآية حال إلى سلب المالك لأن العقد لا يسبب نفعاً ولا ضرراً للغير طبقاً للفصل 240 م.ع.³⁴⁷ ولا وجه لتضرر صاحب الحق الأصلي من هذه العلاقة أبداً³⁴⁸ وهذا هو مقتضى الفصل 551 م.ع. الحقيقي، فهو يمنع أن تتأثر ملكية الغير بتقييد لم يكن طرفاً فيه، لأن المشكل الحقيقي فيه يتعلق بوجود الحق عند الموفوت حتى يستطيع الموفوت له

الاستعمال انطلاقاً من التركيز على نتيجة البطلان وهي إعدام أثر التصرف. فهذه النتيجة ليست خاصة بالبطلان وحده، بل تلتقي معه فيها الجزاءات المدنية الأخرى المقررة للتصرفات القانونية³⁵⁰. إذ أن غاية عدم الاحتجاج هي منع سريان آثار العقد تجاه الغير، ونتيجة الفسخ زوال العقد ومحو آثاره لعدم تنفيذه³⁵¹ وهي نفس نتيجة الرجوع في التصرف كالرجوع في الهبة مثلاً...³⁵². ففي كل هذه الأحوال يحرم التصرف القانوني من إنتاج أثره رغم الفروقات الكبيرة بين كل هذه الجزاءات واختلاف نظمها القانونية. ولذلك سوى جايبو في أطروحته

³⁴⁹ الآن روبي، لا يجوز لشخص... أطروحة سابقة، ص 373.

³⁵⁰ جميل الشرفاوي، نظرية التصرف في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، طبعة 1956، ص 54 نقلاً عن: أحمد شكري السبأهي، نظرية بطلان العقود...، ص 13.

³⁵¹ لا نخوض هنا في رجعية الفسخ والبطلان من عدمها، بل يكفي إثبات أنهما يزيلان أثر التصرف.

³⁵² ويقال نفس الشيء في تنويعات البطلان من بطلان نسبي وبطلان مؤخر أو إلغاء (Caducité) وأنواع الفسخ من فسخ قضائي واتفاقي (إقالة - شرط فسخي) وقانوني (انفساخ)...

³⁴⁵ لذلك يقرّ الفقه والقضاء في فرنسا جزاء البطلان النسبي على بيع ملك الغير لتعلقه بحماية مصلحة خاصة وهي مصلحة المشتري.

³⁴⁶ محمد الزين، العقد، ف 244، ص 201، وهو يسمى عدم الاحتجاج «عدم النفاذ».

³⁴⁷ ولهذا رفضت محكمة الاستئناف بتونس طلب المالك على الشياخ إبطال البيع الصادر من شريكه فيما زاد على مناباته: استئناف تونس عدد 11223 مؤرخ في 19 جانفي 1994، غير منشور.

³⁴⁸ كولان وكابيتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 866، ص 577.

الشهيرة³⁵³ بين عدم الاحتجاج والبطالان والفسخ واعتبره بطلانا جزئياً لأنه بطلان في حق الغير إذا كان سببه أصلياً، وفسخاً جزئياً إذا كان السبب لاحقاً للعقد كما في حالة البيع الثاني³⁵⁴. «فإذا سلمنا بوجهة نظره في تصور طبيعة البطلان واعتباره جزاء يوجه إلى الآثار فإنه مما يتفق تماماً مع هذا المنطق أن نعتبر أي صورة من صور تخلف الآثار نتيجة لمخالفة استلزام قانوني نوعاً من البطلان»³⁵⁵. ولئن كان هذا المزج منتقداً لأنه لا يحدد للبطلان معنى دقيقاً ولا يكشف عن طبيعته الحقيقية ولا يفيد بالتالي في تمييزه عن غيره من النظم³⁵⁶ بل هو يؤدي إلى الخلط بينها وهي متغايرة، إلا أن تركيزه على فصل الأثر عن التصرف قد يشفع له في التعبير بالبطلان خاصة أن له شواهد ومؤيدات من التشريع نفسه، إذ تستعمل بعض النصوص لفظ البطلان لوصف عدم الاحتجاج. ألم ترد أحكام الدعوى البوليانية في الفقرة الأولى من الفصل 306 م.ا.ع. تحت قسم عنوانه: «في

التجارية³⁵⁸ وكذلك على جزاء التقوية في معقول وهو حسب الفصل 309 م.م.ت. «باطل ولا عمل عليه إزاء الدائنين»³⁵⁹.

54- وينتج عن هذه الملاحظة أن كلمة البطلان يمكن أن تطلق في معنى عام يتجاوز معناها الفني الدقيق وتشمل عدم الاحتجاج وعدم النفاذ عموماً³⁶⁰. يؤيد ذلك أن استعمالها في الفصل 539 م.ا.ع. لا يمكن أن يكون إلا بهذا المعنى. فهذا الفصل يرتب البطلان على إتيان «الشيء» المنهي عنه. ولفظة الشيء من ألفاظ العموم لا تقتصر على التقويات والتصرفات عموماً، بل تدخل تحتها الأفعال والوقائع المادية أيضاً. ولا يمكن أن يشملها «بطلان» إذن إلا إذا قصد منه نفي كل أثر عن تلك الأفعال أو الوقائع، أي أن القانون لا يلحق الأثر القانوني بسببه وهو الواقعة بل يعرّبها عن كل قيمة ويجعلها مجرد حدث مادي لا أثر له. وهذا ما يؤكد طبيعة قاعدة الفصل 539 م.ا.ع. وكونها من العمومية

بحيث لا يمكن تطبيقها دون مراعاة القواعد الفنية لنظرية البطلان³⁶¹.

فيتبين إذن أنّ البطلان كما يعني الجزاء المترتب عن عدم استكمال التصرف القانوني لأركانه وشروطه - وهذا هو معناه الفني الدقيق - فهو يعني

³⁵⁸ في هذا الاتجاه، فقه القضاء المصري كما أورده عبد الحميد الشورابي، الإفلاس، منشأة المعارف،

الإسكندرية، 1995، ص 234-235 وص 508.

- **Georges RIPERT et René ROBLLOT**, Traité de droit commercial, Tome 2, 16ème éd., par Philippe DELBECQUE et Michel GERMAIN Paris, L.G.D.J., 2000, n° 3108, p. 1027.

³⁵⁹ انظر في هذا الاتجاه: فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون اللبناني، ف 194 وما بعدها، ص 375 وما

يلها.

³⁶⁰ نور الدين بسرور، جزاء قواعد تكوين العقد وإبقاء العلاقة التعاقدية ♦، أطروحة سابقة، ف 56 وما

بعدها، ص 62 وما يليها. انظر خاصة ف 59 والمراجع المذكورة بهوامشها، ص 66-68.

³⁶¹ نور الدين بسرور، جزاء قواعد تكوين العقد... ♦، أطروحة سابقة ف 137، ص 174.

قيام الدائن بإبطال عقود مدينه وبالحلول محله فيما له على الغير»، والحال أن جزء هذه الدعوى هو عدم الاحتجاج بالتفويت على الدائنين³⁵⁷ ويمكن إبداء نفس الملاحظة على حكم أعمال التفويت الصادرة من المفلس في فترة الرية وعدم معارضة دائنيه بها طبق الفصول 462 و463 و464 و465 من المجلة

³⁵³ **René JAPIOT**, Des nullités en matière d'actes juridiques, thèse Dijon, Arthur Rousseau, Paris 1909.

³⁵⁴ نقلا عن آلان روبي، لا يجوز لشخص... ص 448-449 - وعن أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان

العقود...، ص 18.

³⁵⁵ السباعي، نظرية بطلان العقود...، ص 18.

³⁵⁶ الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف...، الأطروحة، ص 54. - جورج دوري، تقرير سابق لجمعية هنري

كايبتان، ص 611 وما يليها.

³⁵⁷ صلاح الدين الملولي، تعليق على قرار مدني حول دعوى طعن الدائن في عقود مدينه (قرار عدد 773 مؤرخ في

30 جانفي 1986 صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير). ق.ت. أكتوبر 1987، ص 19.

أيضا تجوزاً³⁶² عدم نفاذ التصرف مطلقا المرادف لعدم جوازه - وهذا هو البطلان بالمعنى الأعم³⁶³. ولكن يحسن تجنباً للخلط قصر البطلان على المعنى الفني، واستعمال «عدم النفاذ» للدلالة على المعنى العام الناتج عن عدم الجواز³⁶⁴.

55- وهكذا يتحصص أن الفصل 551 م.ا.ع. لم يضع جزاء دقيقا للتفويت في ملك الغير وأن تعبيره بعدم الجواز يطلب عدم نفاذ التفويت المعبر عنه تجوزاً «بالبطلان» والحقيقة أنه ليس كذلك بالمعنى الدقيق. وأكثر من هذا، فمسألة صحة التفويت بين طرفيه لا تدخل في ميدان الفصل 551 م.ا.ع. لأن فيه جانبا شخصيا لا يهتم به. وإن كان لا بد من جزاء فيجب النظر فيه من جهة الأثر العيني الذي لا يتحقق خاصة إزاء المالك الأصلي وتكون المسألة إذن متعلقة بالاحتجاج لا بالصحة. وبهذا تستبعد حجة الفصل 551 م.ا.ع. من الاستدلال على بطلان التفويت في ملك الغير.

البطلان بالتفوي لأن النص الجنائي في صفهم، فهل هو كذلك فعلا؟

الفرع الثاني: تجريم التفويت في ملك الغير

57- إن اللامشروعية الناتجة عن تجريم التفويت هي لا مشروعية مردودة يتعين دحضها (الفقرة الثانية) بعد التعرف على مدلولها (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: مداول اللامشروعية

58- الجريمة هي كل فعل أو امتناع غير مشروع صادر عن إرادة جنائية ويقرر له القانون عقوبة أو تديبير أمن³⁶⁵ ولا يكون إلا بنص³⁶⁶. ومن ثم يعدّ التجريم استثناء لمبدأ الإباحة ودليلا على عدم مشروعية الفعل المجرّم بما يعكس في نظر رأي سائد لا مشروعيته مدنياً فيبطل إذا كان تصرفاً قانونياً ومنه التفويت في ملك الغير³⁶⁷ الذي يتبين بالرجوع إلى باب الاعتداء على الملك في المجلة الجزائرية³⁶⁸ أنه أخذ نصيبه من التجريم تقريبا في إطار نصف أقسام هذا

³⁶⁵ - Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR, et Bernard BOULOC, Droit pénal général, Précis Dalloz, 17ème éd. Paris 2000, n° 94, p. 94.

³⁶⁶ الفصل 13 من الدستور والفصل 1 م.ج.

³⁶⁷ انظر في البيع: محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير...، ف 303، ص 256 وف 323، ص 274 -

عبد الله الأحمدى، البيع، ف 188، ص 150. - محمد الصالح العياري، ليس لما يرسم بسجل الملكية العقارية حصانة لا ترفع في كل الحالات، مذكرة منشورة في كتاب مذكرات وبحوث قانونية لنفس المؤلف، نشر وتوزيع مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله، الطبعة الأولى، 1987، ص 70-75. وفي الزهن: عبد المنعم عبود، في تعليقه على مجلة الحقوق العينية تحت الفصل 203، ص 278.

وقد سار أنصار البطلان في فرنسا في نفس الاتجاه - انظر في البيع: لوليفوا، دراسة في بيع ملك الغير، مقال سابقا، ف 9، ص 24، هـ 1. وفي الزهن:

- Ch. AUBRY et Ch. RAU, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, Tome 3, 6ème éd., par Etienne BARTIN, Paris, 1938, § 266, p. 367.

³⁶⁸ هو الباب الثاني من الجزء الثاني في الاعتداء على الناس» من الكتاب الثاني في جرائم مختلفة والعقاب عليها»، من المجلة الجزائرية ويتضمن الفصول من 225 إلى 312. وقد أعيد تنظيم هذا الباب كسائر أبواب وأحكام المجلة مع تغيير تسميتها من «المجلة الجنائية» إلى «المجلة الجزائية» وذلك بموجب القانون عدد 46 لسنة 2005 المؤرخ في 6 جوان 2005 (رائد رسمي عدد 48 صادر في 17 جوان 2005، ص 1412).

³⁶² انظر في هذا الاتجاه أحد معاني كلمة «بطلان» حسب معجم جمعية هنري كابيتان:

- Nullité: 3 Par ellipse, L'imperfection même de l'acte (couvrir une nullité), l'état de l'acte vicié.

³⁶³ قارب من أحد تعريفات الجرجاني لكلمة الباطل: «ما لا يعتد به ولا يفيد شيئا»: التعريفات، ص 42. وقد

يعم معنى البطلان ليستعمل في غير محل الجواز والنفاذ. ففي التشريع المدني أن التجديد - وهو سبب لانقضاء الالتزامات - يبطل العقد القديم حسب الفصل 367 م.ع. والحال أن الفصل 359 م.ع. يشترط للتجديد أن يكون العقد القديم صحيحا كالعقد الجديد، فلا وجه عندئذ للحديث عن أي بطلان إلا في غير معناه الاصطلاحي الدقيق، وهو ما قصده المشرع في الفصل 367 حين أراد الإشارة إلى انقضاء العقد القديم وقد عبر عن ذلك بدقة في الفصل 357 م.ع.

³⁶⁴ انظر لمزيد التعليل:

- Luis DIEZ-PICAZO, Rapport sur l'inefficacité de l'acte juridique selon le droit espagnol, in Travaux de l'association Henri Capitant, Journées de Turin, 1961-1962, Tome XIV, pp. 598-610.

- M. ALLARA, Rapport italien aux journées de Turin, op. cit., pp. 631-637, spéc. p. 633.

أيضا تجوزاً³⁶² عدم نفاذ التصرف مطلقا المرادف لعدم جوازه - وهذا هو البطلان بالمعنى الأعم³⁶³. ولكن يحسن تجنباً للخلط قصر البطلان على المعنى الفني، واستعمال «عدم النفاذ» للدلالة على المعنى العام الناتج عن عدم الجواز³⁶⁴.

55- وهكذا يتحصص أن الفصل 551 م.ا.ع. لم يضع جزاء دقيقا للتفويت في ملك الغير وأن تعبيره بعدم الجواز يطلب عدم نفاذ التفويت المعبر عنه تجوزاً «البطلان» والحقيقة أنه ليس كذلك بالمعنى الدقيق. وأكثر من هذا، فمسألة صحة التفويت بين طرفيه لا تدخل في ميدان الفصل 551 م.ا.ع. لأن فيه جانبا شخصيا لا يهتم به. وإن كان لا بد من جزاء فيجب النظر فيه من جهة الأثر العيني الذي لا يتحقق خاصة إزاء المالك الأصلي وتكون المسألة إذن متعلقة بالاحتجاج لا بالصحة. وبهذا تستبعد حجة الفصل 551 م.ا.ع. من الاستدلال على بطلان التفويت في ملك الغير.

البطلان بالنفي لأن النص الجنائي في صفهم، فهل هو كذلك فعلا؟

الفرع الثاني: تجريم التفويت في ملك الغير

57- إن اللامشروعية الناتجة عن تجريم التفويت هي لا مشروعية مردودة يتعين دحضها (الفقرة الثانية) بعد التعرف على مدلولها (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: مدلول اللامشروعية

58- الجريمة هي كل فعل أو امتناع غير مشروع صادر عن إرادة جنائية ويقرر له القانون عقوبة أو تديبير أمن³⁶⁵ ولا يكون إلا بنص³⁶⁶. ومن ثم يعدّ التجريم استثناء لمبدأ الإباحة ودليلا على عدم مشروعية الفعل المجرّم بما يعكس في نظر رأي سائد. لا مشروعيته مدنيا فيبطل إذا كان تصرفا قانونيا ومنه التفويت في ملك الغير³⁶⁷ الذي يتبين بالرجوع إلى باب الاعتداء على الملك في المجلة الجزائرية³⁶⁸ أنه أخذ نصيبه من التجريم تقريبا في إطار نصف أقسام هذا

³⁶⁵ - Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR, et Bernard BOULOC, Droit pénal général, Précis Dalloz, 17ème éd. Paris 2000, n° 94, p. 94.

³⁶⁶ الفصل 13 من الدستور والفصل 1 م.ج.

³⁶⁷ انظر في البيع: محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير...، ف 303، ص 256 وف 323، ص 274 -

عبد الله الأحمدى، البيع، ف 188، ص 150. - محمد الصالح العياري، ليس لما يرسم بسجل الملكية العقارية حصانة لا ترفع في كل الحالات، مذكرة منشورة في كتاب مذكرات وبحوث قانونية لنفس المؤلف، نشر وتوزيع مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله، الطبعة الأولى، 1987، ص 70-75. وفي الرهن: عبد المنعم عبود، في تعليقه على مجلة الحقوق العينية تحت الفصل 203، ص 278.

وقد سار أنصار البطلان في فرنسا في نفس الاتجاه - انظر في البيع: لوليفوا، دراسة في بيع ملك الغير، مقال سابقا، ف 9، ص 24، هـ. وفي الرهن:

- Ch. AUBRY et Ch. RAU, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, Tome 3, 6ème éd., par Etienne BARTIN, Paris, 1938, § 266, p. 367.

³⁶⁸ هو الباب الثاني من الجزء الثاني في الاعتداء على الناس» من الكتاب الثاني في جرائم مختلفة والعقاب عليها»، من المجلة الجزائرية ويتضمن الفصول من 225 إلى 312. وقد أعيد تنظيم هذا الباب كسائر أبواب وأحكام المجلة مع تغيير تسميتها من «المجلة الجنائية» إلى «المجلة الجزائرية» وذلك بموجب القانون عدد 46 لسنة 2005 المؤرخ في 6 جوان 2005 (رائد رسمي عدد 48 صادر في 17 جوان 2005، ص 1412).

³⁶² انظر في هذا الاتجاه أحد معاني كلمة «بطلان» حسب معجم جمعية هنري كابيتان:

- Nullité: 3 Par ellipse, L'imperfection même de l'acte (couvrir une nullité), l'état de l'acte vicié.

³⁶³ قارب من أحد تعريفات الجرجاني لكلمة الباطل: «ما لا يعتد به ولا يفيد شيئا»: التعريفات، ص 42. وقد

يعم معنى البطلان ليستعمل في غير محل الجواز والنفاذ. ففي التشريع المدني أن التجديد - وهو سبب لانقضاء الالتزامات - يبطل العقد القديم حسب الفصل 367 م.ع. والحال أن الفصل 359 م.ع. يشترط للتجديد أن يكون العقد القديم صحيحا كالعقد الجديد، فلا وجه عندئذ للحديث عن أي بطلان إلا في غير معناه الاصطلاحي الدقيق، وهو ما قصده المشرع في الفصل 367 حين أراد الإشارة إلى انقضاء العقد القديم وقد عبر عن ذلك بدقة في الفصل 357 م.ع.

³⁶⁴ انظر لمزيد التحايل:

- Luis DIEZ-PICAZO, Rapport sur l'inefficacité de l'acte juridique selon le droit espagnol, in Travaux de l'association Henri Capitant, Journées de Turin, 1961-1962, Tome XIV, pp. 598-610.

- M. ALLARA, Rapport italien aux journées de Turin, op. cit., pp. 631-637, spéc. p. 633.

الباب³⁶⁹ المخصّص لجرائم الأموال³⁷⁰ وهي شبه التحيل أساسا (أ) ثمّ خيانة الأمانة (ب) والاستيلاء على مشترك قبل القسمة (ج).

أ- جريمة شبه التحيل:

59- جرّم المشرّع شبه التحيل في الفصل 292 م.ج. (1) وفي نصوص خاصة (2).

1- شبه التحيل في الفصل 292 م.ج.:

60- ينصّ الفصل 292 م.ج. على ما يلي:

«يشبه بالتحيل ويعاقب بالعقوبات المقرّرة بالفصل المتقدّم:

أولا: بيع أو رهن أو توثيق أو كراء ما لا حق لمرتكب ذلك في التصرف فيه.

ثانيا: بيع أو رهن أو إكراء ما سبق بيعه أو رهنه أو إكراؤه أو تسليمه بالفعل

توثقة».

أسمتها محكمة التعقيب في أحد قراراتها «جنحة بيع ما لا يملك»³⁷¹.

والملاحظ في هذا النصّ أنّه يجرّم ما يعرف في فرنسا «بالتصرف التبادلي»³⁷² وهو جنحة مدنيّة تتمثّل في بيع أو رهن شيء سبق بيعه أو رهنه مع إخفاء ذلك أو افتعال أكاذيب لنفيه³⁷³ وهو مجرّم جزائيا على أساس الفصلين 313-1 و313-4 من المجلّة الجنائيّة الفرنسيّة بعد تحويرها في 22 جويلية 1992 والمقابلين للفصلين القديمين 405 و408 المتعلقين تباعا بالتحيل وبالخيانة.

وقد استند القائلون ببطلان التفويت بطلانا مطلقا إلى الفصل 292 م.ج.³⁷⁴ ورأوا فيه حجّتهم الدامغة حتّى أنّ بعضهم كتب³⁷⁵: «فمن البديهي أنّ بيع ما سبق بيعه يستتبع المواخذة الجزائيّة، فلا يستقيم إذن في تصوّر البداهة أن توقع عقوبة

فمن لا يملك الشيء يعدّ فاقدًا لحق التصرف فيه ويعدّ تفويته فيه بأنواع
التفويطات المعدّة في الفقرة الأولى من الفصل 292 م.ج. جريمة يعاقب عليها
بعقوبات الفصل 291 - وهو النص المرجعي في جريمة التحيل - أي خمس سنوات
سجنا وخطية قدرها ألفان وأربعمائة دينار. وكذلك من يبيع أو يرهن مثلًا شيئًا
سبق خروجه من ملكه ببيع. ففي الفرضين يفوت المجرم فيما لا يملك. ولذلك

369

تتوزع الجرائم المشار إليها في المتن على ثلاثة أقسام من أصل سبعة أقسام يتكوّن منها الباب المخصّص
للاعتداء على الملك، فالتحيل يدخل في القسم الرابع المخصّص للتحيل وغيره من أنواع الخداع وخيانة الأمانة في
القسم الخامس المتعلّق بالخيانة والاستيلاءات الباطلة والسرقعة يشملها القسم الثاني في السرقات وغيرها ممّا
هو مشبّه بها.

370

جرائم الأموال هي التي تنال بالاعتداء أو تهديد بالخطر الحقوق ذات القيمة المالية، فهي تمسّ التنظيم
القانوني للمعاملات والأموال وتؤدي إلى استيلاءات تضرّ النظام الاقتصادي ككلّ: محمود نجيب حسني،
جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، 1984،
ف 1، ص 5.

372
قرار تعميمي جرائي عدد 51480 موزع في 27 ماي 1991، ن 7 ج. 1991، 22.
الترجمة مأخوذة من قاموس المصطلحات الحقوقية والتجارية (فرنسي - عربي) لممدوح حقي. وكذلك من
المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية (فرنسي - عربي / عربي - فرنسي) لفريد
فهمي وأحمد زكي بدوي ويوسف شلالا، مكتبة لبنان، الطبعة الثانية، 1988. وتجدر الإشارة
أن كلمة *Stellionat* تعني حرفيًا الخديعة والتدليس وهي مأخوذة من اللاتينية *Stellionatus*
المشتقة بدورها من *Stellis* وتعني: العظاينة (السحلية) ذات اللون المتغيّر وهي بالفرنسية:
(*Lézard de couleur changeante*).

373

هذا التعريف مترجم عن المعجم القانوني لجمعية هنري كايبتان وأصله:

«*Stellionat: Délit civil consistant à vendre ou hypothéquer à une personne, au
moyen d'affirmations mensongères ou de réticences, un bien qu'on avait déjà
vendu ou hypothéqué à une autre personne.*»

ويلاحظ أنّ بعض التعريفات الأخرى تتحمّ بيع ملك الغير أو رهنه في تعريف التصرف التدليسي، من بينها تعريف
معجم روبيير الفرنسي (ص 2143):

«*Stellionat: Dr. Fraude consistant à vendre ou hypothéquer un immeuble dont on
sait n'être pas propriétaire ou à présenter comme libre un bien hypothéqué, ou
encore à déclarer des hypothèques moindres que celle dont le bien est chargé.*»

وأنظر: الفريد ترولي، في التصرفات الصادرة من غير مالك...، أطروحة سابقة، ف 162، ص 174.

374

راجع الهامش 367 السابق.

375

محمد الصالح العياري، ليس لما يرسم بسجل الملكية العقارية حصانة...، مقال سابق، ص 71.

من أجل جريمة ما وتضفي هذه العقوبة في الآن ذاته صبغة الشرعية على حياة موضوع الجريمة أو ما تحصل منها. فهذا التناقض البين هو الذي يؤدي إليه العقاب من أجل بيع ما سبق بيعه... وهذا يعني أن البيع الثاني لا عمل عليه ولا نفوذ له لانباته على التزام باطل من أصله لا يترتب عليه أي أثر... فالقانون إذن قد نصّ على بطلان بيع ما سبق بيعه في ما جاء بالفصل 292 من المجلة الجزائية... ولا يخفى أن تجريم عمل ما أبلغ دلالة من التصريح ببطلانه». ويبدو هذا الرأي مرتكزا ضمنيا على الفصل 539 م.ا.ع. الذي يبطل مخالفة النهي القانوني ممثلا بالنص الجزائي، بما يجعل الالتزام مكوّنا ضرورة من محلّ لا مشروع أو مبنيا على سبب غير جائز يبطل به الالتزام مطلقا على معنى الفصول 62 و67 و325 م.ا.ع.³⁷⁶

61- وتجب الإشارة إلى أن تجريم شبه التحيل على معنى الفصل 292 م.ج. لا

فقد جرم الفصل 719 م.ت.³⁸⁰ تعمد الدائن المرتهن لسندات رهنها للغير أو تعمد شخص رهن سندات يعلم أنّها مملوكة لغيره مع عدم حصوله على موافقته، وذلك بنفس الصور والعقوبات المنصوص عليها بالفصل 292 م.ج. ومثله قرّر الفصل 13 من أمر الوران الخاني حيث نصّ بالخصوص على معاقبة المقترض الذي «يجعل ورائنا على أشياء لا يملكها أو أعطيت ضمانا أو رهنا في دين آخر»، وهو يفترض وجود عقد قرض لتمويل مشروع خاني، وشيء مملوك للغير أو مرهون في دين آخر ثمّ تعمد المقترض رهن هذا الشيء بصفة تحايلية قصد الاستحواذ على المال موضوع القرض.³⁸¹

وهذا ما يلحظ أيضا في الفصل الأول من أمر 27 جوان 1935³⁸² حيث تتطلب الجريمة توفر أركان أولوية تتمثل في وجود عقار موضوع عقد أو عقود مغارسة، ثمّ صدور بيع أو رهن متسلط على نفس العقار، ولا تقوم إلا بامتناع البائع أو

يقتصر على هذا النص وحده، بل يشمل نصوصاً أخرى خاصة.

2- شبه التحجيل في النصوص الخاصة:

62- إن النصوص الخاصة في تجريم شبه التحجيل متعددة نذكر منها الفصل 719 م.ت. والفصل 13 من أمر 10 جانفي 1928 المتعلق بالوران الخاني³⁷⁷ والفصل الأول من أمر 27 جوان 1935 في حفظ حقوق المغارسين³⁷⁸ والفصل 14 من أمر 17 ديسمبر 1942 المتعلق بالوران الصناعي³⁷⁹.

³⁷⁶ في هذا الاتجاه: عبد المنعم عبود، في تعليقه على مجلة الحقوق العينية تحت الفصل 203 م.ج.ع.، ص 279، وكذلك: حكم ابتدائي (الكاف) عدد 5216 مؤرخ في 27 مارس 2000، غير منشور.
³⁷⁷ رائد رسمي عدد 9 صادر في 1 فيفري 1928، ص 6.
³⁷⁸ رائد رسمي عدد 53 صادر في 2 جويلية 1935.
³⁷⁹ رائد رسمي عدد 156 صادر في 17 ديسمبر 1942.

الراهن عن إعلام معاقده (الغير) بوجود تلك العقود أي عقود المغارسة. وكذلك

³⁸⁰ الفصل 719 م.ت: «يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها بالفصل 292 من القانون الجنائي على حسب الصّور المقررة به صاحب الرهن أو مالكه إذا عمداً إلى رهن سندات سبق رهنها يعلم أنها ملك لغيره وبدون موافقة مالكها أو إذا عارض عن سوء قصد في مباشرة الحقوق التي للأجنبي الماسك للرهن أو الحقوق التي للدائن المرتهن».

³⁸¹ هذا نص الفصل 13 من أمر 10 جانفي 1928: «كلّ مقترض يصدر منه إعلام كاذب أو يجعل ورائنا على أشياء لا يملكها أو أعطيت ضماناً أو رهناً في دين آخر وكلّ مقترض يختلس أو يفرط أو يتلف طوعاً منه ضمان ربّ دينه للإضرار به يقع تتبّعاً جنائياً ويتهم بالاحتيال والخيانة حسب مقتضيات الأحوال وتثاله العقوبات المبينة بالفصول 405 (م.ج.) و406 (301 م.ج.) و408 (297 م.ج.) من القانون الجنائي وينطبق الفصل 463 من القانون الجنائي (53 م.ج.) على المخالفات التي بهذا القانون». ويلاحظ أنّ هذا النص يجرم أيضاً الاختلاس والتفريط والإتلاف المادّي لحلّ الوران، وهذا فرع لا يهمّ بحث الموضوع.

³⁸² ينصّ الفصل الأول من أمر 27 جوان 1935 ما يلي: «يعتبر كتجليل ويعاقب بالعقوبات المنصوص عليها بالفصل 405 من المجلة الجنائية الفرنسية و291 من المجلة الجنائية التونسية بيع أو رهن عقار وقعت في شأنه عقود مغارسة إذا أنكف البائع عمداً أو الراهن من إعلام الغير بوجود تلك العقود» وتبدو عبارة هذا النص أكثر وضوحاً من الفصل 292 م.ج. في التعبير عن جنحة التصرف التديسّي.

في الفصل 14 من أمر الوران الصناعي³⁸³ الذي يجرم تكوين وثيقة على نتائج سبق توثيقها من قبل دون إعلام صاحب الدين. وتفترض هذه الجريمة وجود نتائج مملوكة للمقترض ومرهونة لفائدة دائن معين ثم تعمد المقترض رهنها ثانية وامتناعه من إعلام الدائن المرتهن الجديد. والجريمة في هذين النصين هي من جرائم الامتناع لا تقوم من إبرام الرهن أو البيع بل من الامتناع العمدي عن إعلام الغير مخادعة له لابتزاز أمواله.

63- ويستنتج من جملة النصوص المتقدمة أنّ ما يجمع بينها هو تعلق بعضها بجرائم إيجابية تتكوّن من فعل معين كإعلام كاذب أو رهن ثانية أو رهن ما لا يملك، وبعضها الآخر بجرائم سلبية تقوم من الامتناع عن فعل معين (الإعلام) عند إبرام رهن أو بيع، لكن في الحالتين لا يشترط لقيام الركن المادي للجريمة استعمال اسم مدلس أو صفة غير صحيحة أو حيل أو خزعبلات على معنى

ب- جريمة خيانة المؤتمن:

64- يعاقب الفصل 297 م.ج. من أجل الخيانة بثلاثة أعوام سجنًا وبخطيئة قدرها مائتان وأربعون دينارًا كلّ من تسلّم شيئًا بمقتضى عقد من عقود الأمانة واختلسه أو أتلفه أو حاول ذلك قصد الإضرار بصاحبه أو بحائزّه أو بالمتصرّف فيه. وعقود الأمانة المقصودة هي الوديعة والكرأ والوكالة والثؤفة والإعارة والعمل المعين بأجر أو بدونه. أمّا الشّيء موضوع الجريمة فهو منقول يتمثل في سندات أو سلع أو نقود أو رقع أو تواصل أو مكاتيب تتضمن التزامًا أو إبراء أو قاضية بهما. والفعل المجرّم هو الاختلاس أو الإتلاف. ويعني الاختلاس كلّ فعل يباشر به المدعى عليه سلطات على الشّيء لا تدخل إلا في سلطات المالك³⁸⁴ ويقصد بالإتلاف إمّا الإتلاف المادي وهو إدخال تعديل على الكيان المادي للشّيء أو إهلاكه، وإمّا الإتلاف القانوني وهو التّبديد أي التّفويت في الشّيء³⁸⁵. ويلاحظ أنّ العقاب يرفع إلى عشر سنوات سجنًا إذا كان المجرّم نائبًا قانونيًا أو

³⁸⁴ كمن يؤتمن على قطعة قماش فيصنع منها رداء لنفسه أو على سند فيطالب لنفسه بالحق المثبت فيه، انظر: محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال...، ف 457، ص 418.

³⁸⁵ محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال...، ف 458-459، ص 419، ويلاحظ أن التشريعين اللبناني (مادتين 671/670 عقوبات) والمصري (مادة 341 عقوبات) يميزان بين نوعي الإلتلاف فيقصران لفظ الإلتلاف على الإلتلاف المادي ويسميان الإلتلاف القانوني بالشديد. أما بالفرنسية فالإلتلاف يقابله *détournement* والإلتلاف بنوعيه يقابله *dissipation*.

³⁸⁶ يحسن إيراد نص الفصل 297 م.ج. بعد إعادة صياغته سنة 2005 تحرياً للدقة:

«يعاقب بالسجن مدة ثلاثة أعوام وبخطبة قدرها مائتان وأربعون ديناراً كل من يختلس أو يتلف أو يتلف سندات أو نقوداً أو سلعاً أو رقاعاً أو وصولات أو غير ذلك من المكاتب المتضمنة للالتزام أو إبراء أو قاضية بهما لم تسلم له إلا على وجه الكراء أو الوديعة أو الوكالة أو الوثيقة أو الإعارة أو لأجل عمل معين بأجر أو بدونه بشرط ترجيعها أو إحضارها أو استعمالها في أمر معين قاصداً بذلك الإضرار بأربابها أو المتصرفين فيها أو من هي بأيديهم. ويكون العقاب بالسجن مدة عشرة أعوام إذا كان الجاني وكيلاً أو مستخدماً أو خادماً أو أجير يومه لصاحب الشيء المختلس أو ولياً أو وصياً أو ناظراً أو مقدماً أو مؤتمناً أو متصرفاً قضائياً أو مديراً لوقف أو مستخدماً به»

الفصل 291 م.ج. بما يفهم منه أن تشبيه الجرائم المذكورة بالتحيل لا يهّم أركان الجريمة وإنما يتمثل في توصل الجاني في الحالتين إلى ابتزاز مال الغير باطلا باستعمال الحيلة. فالنشاط الإجرامي والاستيلاء المترتب عنه هو المستهدف بالعقاب لا إبرام البيع أو الرهن ولو تعلّق بملك الغير، ويعاقب الاستيلاء المذكور بعقوبات التحيل لأنه يشبهه. أما لو أشبه جريمة أخرى كالخيانة مثلاً فيعاقب بعقوباتها. وهذا ما تقرره النصوص الخاصة فعلاً، مما يوجب الانتقال إلى هذه الجريمة.

³⁸³ ينص الفصل 14 من أمر 17 ديسمبر 1942 على ما يلي: «كلّ مقترض يرتكب الإعلام بغير الواقع أو كون توثقة على نتائج كانت وثقت من قبل بدون إعلام صاحب الدين الجديد وكلّ مقترض أو صاحب مستودع يرتكب عمداً اختلاس أو تفريط أو إلتلاف ضمان دائنه يقع تتبّعه جنائياً بتهمة الاختلاس، وخيانة المؤتمن بحسب الظروف وتقاله العقوبات المنصوص عليها بالفصول 405 و406 و408 من القانون الجنائي الفرنسي أو بالفصول 291-301 و297 من القانون الجنائي التونسي». ويلاحظ في هذا النص أنه تعرض في جانب منه إلى الاختلاس والتفريط والإلتلاف المادي، وهذا تجريم خارج عن الموضوع.

بناء على هذا النص، يعتبر من تسلّم سلعا على وجه الوديعة أو بموجب وكالة وفوت فيها ببيع أو هبة مثلا خائنا للأمانة. وكذلك الدائن المرتهن الذي تسلّم المرهون وفوت فيه. ففي الحالتين يلاحظ أنّ التفويت مُنصبّ على ملك الغير فتتكوّن منه جريمة تفضي ضرورة إلى إبطال ذلك التفويت لأنه يعدّ نوعا من الاستيلاء على ملك الغير والفصل 297 م.ج. جاء في قسم خامس عنوانه «في الخيانة والاستيلاءات غير المشروعة».

65- وقد سحب المشرّع التجريم نفسه على أصناف من التأمينات غير الحيازية على المنقول يبقى فيها الشيء عند المدين ولا يخرج إلى حوز الدائن حتّى إذا فوت فيه المدين عدّ مرتكبا لجنحة الخيانة. وتمّ له ذلك إمّا بالإحالة على الفصل 297 م.ج. كما في الفصل 8 من أمر 7 نوفمبر 1935³⁸⁷ المتعلّق بالبيع الموجّل للسيّارات والجرّرات³⁸⁸. وإمّا بسنّ عقوبات خاصّة لتجريم نفس الأفعال

392 المناجم بسحب الفصل 11 المشار إليه على الرهن الذي ينظّمه. وتقرب هذه العقوبة الخاصة من عقوبة جريمة الاستيلاء على مشترك قبل القسمة.

ج - جريمة الاستيلاء على مشترك قبل القسمة:

66- تضمّن الفصل 277 م.ج. تجريما خاصا للاستيلاء أو التصرف تعديا في شيء مشترك قبل قسمته. وهو وارد في القسم الثاني من باب الاعتداء على الملك وعنوانه «في السرقات وغيرها ممّا هو مشبّه بها» ونصّه: «يعاقب بالسجن مدّة ستة أشهر وبخطية تساوي ربع قيمة ما يحكمم بترجيعه أحد الورثة أو الذي يدّعي استحقاقا في ميراث ويستولي خيانة منه قبل القسمة على الميراث كلّه أو بعضه. ويعاقب بمثل العقاب المذكور المشار في الملك أو الشريك في غيره الذي يتصرّف تعديا منه في الأشياء المشتركة فيها أو في مال الشركة».

ويدخل التفويت في ملك الغير إلى هذا النص من خلال حالته الثانية المتعلقة

بالشرك من اشتراك تعدياً على حقوق شركائه. ويخضع التجريم فيه وجود حالة اشتراك في الملك أو في غيره، أي وجود شيوع سواء في الملكية أم في حق عيني آخر، أو وجود شركة تجارية أو مدنية³⁹³، وتصرف الشريك في المال المشترك حال قيام حالة الاشتراك تصرفاً يمثل تعدياً على حقوق بقية شركائه. وهذا يعني أنّ جريمة الفصل 277 م.ج. تقوم في وجهها الثاني من وجود حالة اشتراك وتصرف في الشيء المشترك وقصد جنائي وضرر. ويفترض الاشتراك قيام حالة شيوع³⁹⁴ لم تنقض بالقسمة أو وجود شركة صحيحة لم تتحل، ويفترض التصرف التفويت في المشترك كله أو بعضه، على اختلاف بين الشيوخ

³⁹² فصل منقح بموجب الأمر المؤرخ في 9 فيفري 1956، رائد رسمي صادر في 14 فيفري 1956، ص 305.

³⁹³ يذكر استعمال الفصل 277 م.ج. للاشتراك بتقسيم مجلة الالتزامات والعقود لمقالتها التاسعة في الشركة إلى شركة الملك (الشيوخ) وشركة العقد (الشركة): الفصل 1226 م.ج.

³⁹⁴ إذا كان مصدر الشيوخ تعاقدياً فيجب أن يكون صحيحاً: قرار تعقيبي عدد 9753 مؤرخ في 22 فيفري 1972، ذكره بلقاسم القروي الشابي في تعليقه على المجلة الجنائية تحت الفصل 277، نشر المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 1992، ص 196.

ومثاله الفصل 11 من أمر 11 أفريل 1935 المتعلق بالرهن الفلاحي³⁸⁹ الذي وضع عقوبة بالسجن لمدة شهرين على الأقلّ وعممين على الأكثر وبخطية لا يمكن أن تتجاوز ربع المبالغ المحكوم بإرجاعها، مع إمكانية تطبيق الفصل 53 م.ج.³⁹⁰ وقد اكتفى الفصل 16 الجديد من أمر 1 أكتوبر 1940³⁹¹ في رهن منتوجات

³⁸⁷ رائد رسمي عدد 95 صادر في 26 نوفمبر 1935، ص 8.

³⁸⁸ هذا هو نص الفصل 8 كيفما نصح بأمر 10 فيفري 1955 (رائد رسمي عدد 13 صادر في 15 فيفري 1955، ص 323): «كل من يتصرف بطريقة التفويت الاختياري أو الرهن في عربة أو آلة مرسومة بدفتر الأشغال العامة قبل خلاص البائع أو مقترض المال أو ورثتهما تماماً فإنه يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها بالفصل 408 من المجلة الجنائية الفرنسية والفصل 297 من المجلة الجنائية التونسية».

³⁸⁹ رائد رسمي عدد 31 صادر 16 أفريل 1935، ص 3.

³⁹⁰ الفصل 12 من نفس الأمر.

³⁹¹ رائد رسمي عدد 124 صادر في 15 أكتوبر 1940، ص 7.

والشركة، ففي الشبوع لا يجرم التفويت إلا إذا تجاوز منابات الشريك أو شمل كل المال الشائع باعتبار جواز التفويت في المناب طبق الفصل 59 م.ح.ع. وأما في الشركة فإن كانت لها الشخصية المعنوية فإن ما يناله التفويت يمثل اعتداء على حق الغير بالضرورة³⁹⁵، وإن لم تكن فالوضع يشبه الشبوع. ويعني القصد الجنائي نية الاستيلاء على ثمرة التصرف من الجاني على حساب شريكه³⁹⁶ وهو ما يمثل اختلاسا لمال الشريك مكوّنا للضرر الذي يلحقه من صنيع شريكه الجاني. ومعنى هذا أن التفويت في ملك الغير يمكن أن يدخله التجريم على أساس الفصل 277 م.ج. إذا فوت شريك على الشبوع³⁹⁷ في المال المشاع أو في أكثر من مناباته واستولى على محل التفويت تعدياً منه على حقوق الشركاء³⁹⁸. وكذلك إذا فوت شريك في شركة تجارية مثلاً، من غير أن يكون من مسيرها في بعض مكاسب الشركة أو في كلها للغير.

67- إن ما يلاحظ في جريمة الفصل 277 م.ج. أنها مشبهة بالسرقعة لقربها من

التفويت في ملك الغير المائل في ضرره الكبير على التعامل وعلى حق الملكية³⁹⁹. فلا يسعه إلا الإصداع بعدم مشروعيته⁴⁰⁰ المفضية إلى إبطاله بطلانا مطلقا وإزالة كل مفعول له حتى لا تكون للجريمة آثار مدنيّة شرعيّة وهي فعل منهي عنه. لكن هل يستقيم هذا الرأي حقاً؟ وهل يشكل النص الجنائي حجة فعلا على بطلان التفويت في ملك الغير؟ يبدو الجواب بالنفي هو الأصوب إذ تبين دراسة النصوص المذكورة ضعف تأثيرها في بطلان التفويت فلا تقوم بمثلها الحجة ويتجه بالتالي دحضها.

الفقرة الثانية: دحض الأمشروعية

68- إن النظر الدقيق في النصوص المحتج بها وخاصة في الفصل 292 م.ج. على ضوء العلاقة بين القانون الجنائي والقانون المدني يخلص ضرورة إلى أن القول ببطلان التفويت في ملك الغير هو استنتاج سطحي ومتسرع. ذلك أن هذه

المجرّم أصالة على أساس التّحيّل لانطوائه على فكرته، قد ينطوي أيضا على فكرة الخيانة أو السرقة فيجرّم على أساس نصوص تدخله أو تشبّهه بهذين الجريمتين. وربّ مقتصد تكفيه هذه الملاحظة الشّكلية لاستنتاج مدى خطورة

399 يمكن تأكيد هذه الملاحظة أيضا بسياسة العقاب المتوخّاة بشأن جريمتي التّحيّل والخيانة إذ يقرّر الفصل 302 م.ج. إمكانية تطبيق العقوبات التّكميلية المنصوص عليها بالفصل 5 من المجلّة على هذين الجريمتين.

400 محمّد كمال شرف الدّين، حقوق الغير...، ف 320، ص 271.

401 عبد العزيز العوّادي وإسماعيل بن صالح، شرح القانون الجنائي التّونسي، القسم العام، طبع الشركة التّونسيّة لفنون الرّسم، تونس 1962، الجزء الأوّل، ص 10 وما يليها. - عبد العظيم مرسي وزير، المركز القانوني لحائز المنقول المتحصّل من جرائم الأموال، دراسة تحليليّة تأصيليّة في ضوء العلاقة بين القانون الجنائي والقانون المدني، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 1987، ف 71، ص 211،

- Gaston STEFANI, Préface à Quelques aspects de l'autonomie de droit pénal, Etudes de droit criminel sous la direction de G. Stefani, Dalloz, Paris, 1956, pp. II et V. - Robert VOUIN, Justice criminelle et autonomie du droit pénal, Dalloz, 1947, Chr. P.81. - M. VASSEUR, Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines, Rev. Sc.crim. 1951, pp. 1 et ss. Spéc. pp. 4-7. - Anne-Marie FRENISY, Des effets attachés par les juridictions répressives aux actes nuls au regard du droit civil et du droit commercial, thèse Paris, 1959, pp. 66 et s. - Mohamed Saâd KHALIFA, Les sanctions de l'imperfection de l'acte juridique, Essai d'une théorie générale en droit civil français et égyptien, Thèse Toulouse, 1988, pp. 325 et s.

395 قرار تعقيبي عدد 9422 مؤرّخ في 15 أوت 1984، ن / ج 85، I، 195.

396 قرار تعقيبي عدد 2421 مؤرّخ في 30 أكتوبر 1978، ن / ج 79، II، 81. - قرار تعقيبي عدد 17084 مؤرّخ في 28 ماي 1986، ن / ج 87، I، 220.

397 محمّد كمال شرف الدّين، حقوق الغير...، ف 311، ص 263.

398 أكّدت محكمة التّعقيب انطباق هذا النّص - دون الفصل 292 م.ج. - على التصرّف في المال المشترك:

- قرار دائرة التّعقيب عدد 1194 مؤرّخ في 13 أفريل 1933 (مكيّة محرّكة مشتركة مع الغير). - قرار

دائرة التّعقيب عدد 1242 مؤرّخ في 11 جويلية 1933 (مناب من حيازة زيتون) ق.ت. جانفي - ماي 1963،

ص 127. - قراران أوردهما المرحوم محمّد الطّاهر السّنوسي في تعليقه على المجلّة الجنائيّة تحت الفصل

277، نشر دار بوسلامة للطباعة والنّشر والتّوزيع، الطّبعة الرّابعة، تونس 1976، ص 286.

تعني أن للقانون الجنائي قواعده ومفاهيمه الخاصة التي لا ترتبط بالضرورة بفروع القانون الأخرى وتستقل عنها⁴⁰²، اعتبارا لوظيفته المحددة وهي حماية مصالح المجتمع والتي تفرض سعيه إلى تحقيقها بطريقة وأسلوب خاصين⁴⁰³ يبرزان استقلاله⁴⁰⁴، دون أن ينفي ذلك طبيعته الجزائية ولا صبغته التبعية لا لفروع القانون الأخرى كما هي بل لمنظومة القيم العليا التي تحدد وتشدّ مصالح

⁴⁰² تشكّلت هذه الفكرة بمواجهة الفكرة التقليدية التي تختزلها قولة بورتلوس «إن القوانين الجنائية ليست نوعا خاصا من القوانين بقدر ما هي جزء على مخالفة القوانين الأخرى» أي أن القانون الجنائي هو قانون جزائي واحتياطي؛ جزائي لأنه يحمي الحقوق المقررة في فروع القانون الأخرى، واحتياطي لأنه لا يضمن الحق قبل نشأته ولا يتدخل إلا عند نقص الجزاءات الأخرى (أن ماري فرينزي، الآثار التي تتركها المحاكم الجزئية على العقود الباطلة، أطروحة سابقة، ص 65. - ستيفاني، التوطئة السابقة، ص II. - هوان، القضاء الجزائي واستقلال القانون الجنائي، مقال سابق، ص 81. - عبد العظيم مرسي وزير، المركز القانوني لحائز المنقول...، ف 71، ص 211).

المجتمع الأساسية المطلوب حمايتها⁴⁰⁵. ومن ثمّ يعتبر استقلال القانون الجنائي أمرا واقعا ثابتا⁴⁰⁶ لا يعدو القول به في الحقيقة «سوى معاينة لواقع ونتيجة حتمية أدّى إليها اتّباع الأسلوب المميّز لهذا القانون»⁴⁰⁷.

ولئن تجلّى هذا الاستقلال في ميادين مختلفة⁴⁰⁸ فإنّه في جرائم الأموال أجلى

⁴⁰⁵ أثبتت الأبحاث الحديثة أن فكرة استقلال القانون الجنائي لا تتنافى مع فكرة تبعيته وطبيعته الجزائية. فالقانون الجنائي حمائي جزائي لأنه يحمي الحقوق، لكنّه مستقلّ أولا لأنه لا يحمي الحقوق التي تقرّها القوانين الأخرى فحسب بل وكذلك الحقوق التي يقرّها هو نفسه، وثانيا لأنه هو الذي يضع دائما شروط التجريم وتطبيق العقوبات لا القوانين الأخرى. وهو أيضا قانون تابع واحتياطي لا لأنه لا يتدخل إلا عند نقص الحماية في القوانين الأخرى، فهذا حاصل غالبا، ولكن لأنه يخدم مصالح المجتمع الأساسية فهو ليس تابعا للقوانين الأخرى باعتبارها كذلك، بل هو تابع لمنظومة القيم العليا التي تحدد وتشدّ تلك المصالح، فهو بالنهاية يهدف، كما القوانين الأخرى، إلى سيادة القانون وتحقيق العدالة. انظر بمزيد التفصيل: أن-ماري

فهرينيزي، الآثار التي ترتبها المحاكم الرجعية على العقود الباطلة... أطروحة سابقة، ص 65 وما يليها. -
 عبد العزيز العوادي، مقال سابق، ص 15.

- **R. LEGROS**, *Essai sur l'autonomie du droit pénal*, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1956, pp. 5 et s.

406 تجب الملاحظة في هذا السياق أن استقلال القانون الجنائي ليس مطلقا أو أنه ينفي كل تقاض مع القوانين الأخرى وعلى رأسها القانون المدني بل هذا التفاعل موجود ويتخذ أحيانا شكل التبعية الواضحة بما يشكل حدا للاستقلال بدليل امرين هامين: - المسألة الأولى (الفصل 132 م.إ.ج.) والدعوى المدنية المرفوعة مع الدعوى العمومية (الفصل 8 ف. 2 م.إ.ج.): عبد العظيم مرسي وزير، المركز القانوني لحائز المنقول... ف 87، ص 269.

407 عبد العزيز العوادي، تأثير بطلان العقد... مقال سابق، ص 11.

408 انظر في المسألة عموما كتاب «بعض مظاهر استقلال القانون الجنائي» المشار إليه تحت إشراف الأستاذ ستيفاني، ومن الأمثلة المذكورة اعتبار جريمة إصدار شيك بدون رصيد في شيك باطل في نظر القانون التجاري، ومواخذه تاجر من أجل التسبب في الإفلاس حال أنه لم يصدر بشأنه حكم تقييد وعقاب وارث وكيل من أجل خيانة مؤتمن والحال أن الوكالة تنتهي بوفاة الوكيل وكذا مواخذه وكيل أو مكتر من أجل الخيانة لاستيلائه على الشيء والحال أنه يمارس عليه حق الحبس، ومواخذه زوج مومس في ظل الفصل 334-3 القديم من المجلة الجنائية الفرنسية من أجل التمتع من الخناء في حين يلزمه الفصل 215 من المجلة المدنية بواجب المساكنة... وقد أورد الأستاذ فاسور في مقاله السابق عن آثار العقود الباطلة... أمثلة أخرى من بينها اعتبار جريمة الارتشاء قائمة ولو أن صفة الموظف العمومي باطلة لعدم شرعية التسمية أو كذلك مواخذه شخص من أجل هضم جانب موظف عمومي حال أن المعتدى عليه ليست له هذه الصفة في نظر القانون الإداري...

من 11. كل يعرض حسب هذه النظرية أن يفرز القانون الجنائي عقابا على اعتداء لا يعتبر كذلك بنظر القانون المدني أو على حق غير موجود أو مبني على عقد باطل إذ الباطل لا أثر له ولا وجود فلا يتكوّن منه حق حتى يتوجد الاعتداء عليه ويتصور عقابه

(D.BASTIAN, Note sous Cass. Crim. 9 octobre 1940, J.C.P. 1941, n° 1647).

وقد كان من نتيجة هذا التصور أن تثار فائدة رجال القانون المدني في فرنسا على محكمة التعقيب التي قرّرت عقاب شخص من أجل سرقة طوابع بريدية اشتراها ثم تسلّمها قبل أن يدفع ثمنها،

(cass. crim. 4 juin 1915 (Arrêt Garrêt), S. 1918-19, I, p.225, note Roux/D. 1921, I, p. 57, note Nast).

فاعتبرت تسلّمه إياها هكذا اختلاسا، والحال أن نصوص القانون المدني (الفصلين 1138 و 1583 من المجلة المدنية الفرنسية) تعتبره مالكا وتخوله تسلّم المبيع قبل دفع الثمن الذي هو التزام في الذمة، فالعقاب من أجل السرقة لا يجد له أي مبرر منطقي. انظر لاحقا ف 87 و 91.

403 عبد العزيز العوادي، تأثير العقود الباطلة أو غير الشرعية في القانون الجنائي، ق.ت. مارس 1979، ص 9-32، خاصة ص 11.

404 يميز بعض الفقهاء بين استقلال القانون الجنائي وذاتيته ويحصره في حالات التعارض مع القانون المدني أو فروع القانون الأخرى، أما الذاتية فهي عنوان تميز حتمي بحكم وجوده أصلا ضمن الفروع القانونية عموما. ولكن هذه النظرة تعزل حالات التعارض عن السياق العام الذي يحكم القانون الجنائي وهو الذي يفسر ذاتيته واستقلاله في الآن نفسه، ولذا فأغلب الفقهاء لا يقرّون هذا التمييز.

- **Jean-Louis GOUTAL**, *L'autonomie du droit pénal, reflux et métamorphoses*, *Rev. Sc. Crim.*, 1980, pp. 917-941, voir n° 4-5, p. 912.

بالنظر إلى كثرة مظاهره في هذا الميدان. ويعدّ التفويت في ملك الغير واحداً من أهمّ مظاهر الاستقلال هذه، ممّا يقيم حاجزاً بين تجريمه والاستدلال على بطلانه لأنّ هذا التّجريم خصوصاً في الفصل 292 م.ج. لا يستهدفه لذاته بل يستهدف سلوكاً إجرامياً مختلفاً عنه. وهذا ما تبيّنه تباعاً عناصر التّجريم (أ) والسياسة المثبّعة فيه (ب).

أ- عناصر التّجريم:

69- إنّ أوّل ما يشدّد في قراءة الفصل 292 م.ج. - باعتباره النّص الأصلي في الموضوع - هو صيغته التّشبيهيّة: «يشبّه بالتحيّل». وتدلّ هذه الصّيغة على وجود جريمتين مستقلّتين: التّحيّل وشبه التّحيّل، تشتركان في قيام الجاني بنشاط إجرامي تحيّل قصد الاستيلاء باطلاً على مال الغير. ويفهم من هذا التّشبيه أنّ الجريمتين قصديتان تتحدان في ركنهما المعنوي، لكنّهما تختلفان في مكوّنات

الجريمة عند من لم يتصرّف بدافع هذا القصد. والقصد الجنائي في مادّة التحيّل هو قصد مركّب من قصد عامّ وقصد خاصّ⁴¹⁰. فالقصد العامّ يتكوّن من علم وإرادة: أي علم الجاني بأنّه يرتكب خداعاً ليقوع المجني عليه في الغلط الذي يحمله على التّسليم ومن ذلك علمه بأنّه يتصرّف فيما لا حقّ له في التّصرّف فيه، وإرادة ارتكاب الفعل وتحقيق النتيجة الجرميّة⁴¹¹. أمّا القصد الخاصّ فهو نيّة الاستيلاء على المال الذي يتسلّمه المتحيّل أي «نيّة التملك» بمباشرة مظاهر السيطرة التي ينطوي عليها حقّ الملكيّة والعزم على عدم ردّ الشّيء⁴¹². ويقابل هذا القصد الإجرامي في القانون المدني سوء النّيّة⁴¹³. وينتج عن هذا التّعريف إذن أن لا يؤخذ إلاّ المفوت «سوء النّيّة» وفق المعنى الجنائي. أمّا إذا كان حسن النّيّة فلا جريمة. وحسن النّيّة هنا لا يقوم من مجرد عدم العلم بانتفاء حقّ التصرّف عند المفوت بل يجب أيضاً أن تتعدم عنده إرادة الجريمة ونيّة الاستيلاء. فقد

يكون على اسم الجاني وليس الشيء ويرسده تاي...
الثاني، أو أنه سبق منه بيع الشيء فأعاد بيعه ظاناً أن الشرط الفسخي في البيع
الأول تحقق وعادت إليه الملكية...⁴¹⁴. وقد أكدت محكمة التعقيب انتفاء
الجريمة بانعدام القصد الجنائي سواء في حالة بيع ملك الغير⁴¹⁵ أم كراء ما سبق

الركن المادي لكلّ منهما⁴⁰⁹. ولا يستقيم إبطال التفويت باعتباره جريمة إلا إذا
اجتمعت فيه عناصر هذين الركنين. أمّا إذا انتفت كلّها أو بعضها فلا جريمة
وبالتالي فلا حجة. وهذا ما تؤكدّه نظرة بسيطة في العناصر المذكورة لكلا
الركنين المعنوي (1) والمادي (2).

1- الركن المعنوي:

70- إن اشتراط القصد الجنائي فيمن يرتكب أفعال الفصل 292 م.ج. ينفي

410 محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال...، ف 311، ص 282.
411 تسمي محكمة التعقيب هذه الإرادة في بعض قراراتها «نية الخديعة» - قرار تعقيبي جزائي عدد 926 مؤرخ
في 29 نوفمبر 1930، ق.ت. جانفي - ماي 1963، ص 72.
412 محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال...، ف 312-313، ص 283-285.
413 يلاحظ أن محكمة التعقيب استخدمت هذا المصطلح حتى في المادة الجزائية: - قرار تعقيبي عدد 17084
مؤرخ في 28 ماي 1986، ن / ج 87، I، 220. - قرار تعقيبي عدد 33220 مؤرخ في 24 أكتوبر 1991، ن
/ ج 91، I، 97 - قرار تعقيبي عدد 29808 مؤرخ في 23 أبريل 1991، ن / ج 91، I، 163.
414 قرار تعقيبي عدد 879 مؤرخ في 16 جانفي 1932، المجلة الجنائية بتعليق السنوسي، ص 306.
415 قرار تعقيبي عدد 926 مؤرخ في 29 نوفمبر 1930، ق.ت. جانفي - ماي 1963، ص 72.

409 قرار تعقيبي عدد 826 مؤرخ في 26 نوفمبر 1930، ق.ت. جانفي - ماي 1963، وقد جاء فيه: «إن الجنحة
التي جاء بها الفصل 292 من القانون الجنائي لا توجد إلا إذا كان لمرتكبها نية جنائية». أيضا: قرار تعقيبي
عدد 6904 مؤرخ في 13 ماي 1970، ن. 70، 167.
- وفي جنحة التحيل بصفة عامة انظر مثلا: - قرار تعقيبي جزائي عدد 13809 مؤرخ في 15 جانفي 1986،
ن / ج 87، I، 241. - قرار تعقيبي جزائي عدد 29808 مؤرخ في 23 أبريل 1991، ن / ج 91، I، 163.
- قرار تعقيبي جزائي عدد 46625 مؤرخ في 16 جوان 1993، ن / ج 93، 137.

كراؤه⁴¹⁶ أو بيعه⁴¹⁷. ومعنى هذا أن البائع أو الرأهن الذي لا يعلم أنه يبيع يرهن ملك غيره، أو يعلم ذلك لكنه لا يقصد التحيل، لا يعتبر مجرماً. فكيف يمكن إبطال تقويته على أساس نص غير منطبق؟! ولا يقال إنه إذا لم يتيسر إبطال التقويت في حالة حسن النية، فهو باطل في حالة سوء النية التي ينطبق عليها النص الجنائي، لأن القانون المدني لم يفرق بين الحالتين، ولا تضيق حيزاً لم يفرق المشرع⁴¹⁸. ويصدق نفس التحليل على جريمتي الخيانة والسرقعة إذا خيانة إلا إذا كان المتهم «قاصداً بذلك الإضرار بأربابها» على حدّ عبارة الفصل 297 م.ج.⁴¹⁹ ولا تقوم جريمة الفصل 277 م.ج. إلا إذا تصرف الشريك «تعدياً منافعاً في الأشياء المشتركة»⁴²⁰. ففي غياب هذا القصد تنتفي الجريمة ويتعدّر تطبيق النص الجنائي بما في ذلك الاستدلال به.

ثم إن النّظر في الرّكن المادّي في الفصل 292 م.ج. يعزّز هذا الاستنتاج ويزيد رسوخاً.

التي يعدّها في فقرتيه. وهذا وحده كاف إذ لا حاجة لفعل الخداع العام من استعمال اسم مدلس أو صفة غير صحيحة أو اللجوء إلى الحيل والخزعبلات... فالمشرع يرى في تصرفات الفصل 292 م.ج. وسيلة احتيالية في حدّ ذاتها تغني عن تعزيزها بالأكاذيب أو بصفة مغلوطة... ويكفي أن يثبت أن المتهم قد تصرف بخلافاً للفصل 292 م.ج.⁴²². وبهذا يظهر أن الفصل 292 م.ج. يمثل ضلعاً في الركن المادّي للتحيل يقوم مقام فعل الخداع، ولكنه لا يغني عن توفر الضلعين الآخرين. وينقسم فعل الخداع في الفصل 292 م.ج. إلى صورتين: التصرف فيما لا حق لمرتكب ذلك في التصرف فيه (أولاً) والتصرف فيما سبق التصرف فيه (ثانياً). ورغم أن التصرفات المقصودة ينظمها القانون المدني إلا أن تعدادها في الفصل 292 م.ج. لا يستجيب لمنطقه فيها، بل هي نابعة من منطق مغاير مستقل عنه.

أولاً: التصرف فيما لا حق لمرتكب ذلك في التصرف فيه:

71- إن الركن المادي لجريمة التحيل بصفة عامة ثلاثي الأضلاع يتركب من فعل الخداع (1.2). وتسليم المال وعلاقة سببية بينهما (2.2)⁴²¹.

1.2 - فعل الخداع:

72- يتمثل فعل الخداع في الفصل 292 م.ج. في إبرام تصرف من التصرفات

⁴¹⁶ قرار تعقيبي عدد 6904 مؤرخ في 13 ماي 1970، ن / ج 70، 167.

⁴¹⁷ قرار تعقيبي عدد 826 بتاريخ 29 نوفمبر 1930، ق.ت. جانفي - ماي 1963، ص 86؛ قرار تعقيبي جزائي

عدد 1784 مؤرخ في 19 جانفي 2001، ق.ت. جويلية 2001، ص 159.

⁴¹⁸ الفصل 534 م.أ.ع.

⁴¹⁹ رضا خماسم، المجلة الجنائية، القانون الجنائي التونسي تشريعا وفقها وقضاء، منشورات المطبعة الرسمية

للجمهورية التونسية، 1998، ص 307.

⁴²⁰ قرار تعقيبي جزائي عدد 2412 مؤرخ في 30 أكتوبر 1978، ق.ت. جوان 1979، ص 101.

⁴²¹ قرار تعقيبي عدد 3077 مؤرخ في 15 أبريل 1964، ن/ج 64، I، 78.

73- في هذه الصورة الأولى يشترط أن لا يكون للفاعل حق التصرف في

محل التصرف ويخصّ المشرع حالة «الأحباس». ولكنه لا يقول ما لا يملك أو ملك غيره. وربما جاز أولا استبعاد ملك الغير من نطاق هذه الفقرة انطلاقا من قراءة

طسيقة للنص تعتمد عبارة «وخصوصا الأحباس»، التي هي في هذا الفصل

المذكورة على سبيل التخصيص كمثال لانعدام حق التصرف. وتخصيص المثال

دليل على مناط عموم الحديث لأنّ الخاص لا يكون إلا من جنس العام. فإذا

كانت الأحباس خارجة عن التعامل وغير قابلة للتفويت⁴²³ وهي تخصيص لتعبير

422

انظر في هذا الاتجاه: محمد مصطفى القلي، النصب بطريقة التصرف في عقار أو منقول، مجلة القانون

والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد الخامس، السنة الثامنة، 1938، ص 825-844.

⁴²³ قرار تعقيبي عدد 5183 - غير مؤرخ - ق.ت. جانفي 1959، ص 45 - قرار تعقيبي عدد 2509 مؤرخ في

19 ماي 1981، ن. 81، II، 38.

- إبراهيم عيد الباقي، شرح أحكام تصفية الأحباس، طبع الشركة التونسية لفنون الرسم، تونس 1958، ص

«ما لا حق لمرتكب ذلك في التصرف فيه»، فإن هذا التعبير يكون متعلقاً بالأشياء غير القابلة للتفويت بصفة عامة، أي الأشياء التي تمنع القوانين التعامل فيها حسب عبارة الفصل 62 م.ا.ع.، ومثالها الملك العام⁴²⁴ والمال العقول⁴²⁵. ولو صحّ هذا التحليل⁴²⁶، لخرج ملك الغير أصلاً عن الفصل 292 م.ج. ولا داعي حتى للحديث عنه لأن ملك الغير ليس شيئاً خارجاً عن التعامل⁴²⁷.

لكن هذه القراءة قابلة للانتقاد لأنها تضيق النص، ومبدأ التأويل الضيق للنص الجنائي لا يقتضي التضييق في النص بل يطلب الوقوف عند عبارته والتقيّد بحرفيته. ويتيسر بذلك اعتبار انعدام الملكية عند المتصرف شكلاً من أشكال انعدام «حق التصرف» لأن هذا الحق لا يقره القانون إلا للمالك أو لنائبه، فمن انعدمت عنده هذه الصفة يعدّ مرتكباً لجريمة شبه التحليل على معنى الفصل 292 م.ج. ولكنه ليس هو كلّ المقصود في الفصل 292 م.ج. فموضوع جريمة النهب

المقصود هو «ملك التصرف» لا ملك شيء، فهذا جائز وكاف للتدليل على أنّ ملك الغير ليس مقصوداً بذاته في الفصل 292 م.ج. ولم يجعل هذا الفصل خصيصاً له بل باعتباره إحدى الحالات التي قد يشملها، ومن المعلوم أنّ التفويت في مال غير قابل للتفويت باطل مطلقاً على معنى الفصلين 62 و325 م.ا.ع. وملك الغير هو خلافه فيكون متوقعاً أن يكون له جزاء آخر رغم أنّ النص الجنائي يوحدّهما.

ويؤكد التأمل في الفقرة الثانية هذا التّظن.

ثانياً: التصرف فيما سبق التصرف فيه:

74- تعاقب الفقرة الثانية من الفصل 292 م.ج. بيع أو رهن أو كراء ما سبق بيعه أو رهنه أو كراؤه أو تسليمه بالفعل توثقة. وتثير هذه الفقرة سؤالاً أولياً

مثلاً بأنها «بيع ما لا يملك» أو «بيع ملك الغير»⁴²⁸ لا يستقيم اللهم إلا إذا كان

15 وص 85 - ومنشور كاتب الدولة للعدلية عدد 1375 بتاريخ 29 جويلية 1957، منشور في الكتاب ص 97.
- J. ABRIBAT, Essai sur les contrats de quasi-alienation et de location perpétuelle
auxquels l'institution du habous a donné naissance, Imprimerie générale J. Picard
et cie, Tunis, 1901, pp. 4 et s.

424 من اللأفت للانتباه أن من القرارات التي عبّرت فيها محكمة التعقيب عن جريمة الفصل 292 م.ع.
«جريمة بيع ملك الغير»، قرار تعلّقت الوقائع فيه ببيع أرض من الملك العام (ملك مجلس الولاية): قرار تعقيبي
عدد 65032 مؤرّخ في 1 نوفمبر 1995، ن/ج 95، 118.

425 بهذا الفهم يعدّ الفصل 292 م.ج. مدعماً لجزاء الفصل 309 م.م.م.ت. ومكمّلاً للفصل 278 م.ج. المتعلّق
بالتفريط المادّي في معقول. انظر في هذا الاتجاه: قرار دائرة التعقيب عدد 1032 المؤرّخ في 7 جوان 1931،
المجلة الجنائية بتعليق محمد الطاهر السنوسي، ص 287.

426 انظر في هذا الاتجاه: قرار تعقيبي عدد 911 مؤرّخ في 25 جويلية 1931: «إنّ الفصل 292 لا يحجر على
الإنسان تسويغ ما لا يملك بل تسويغ ما لم يكن له الحقّ في التصرف فيه...»، ق.ت. جانفي - ماي 1963، 98.

427 راجع سابقاً، مقدمة هذا البحث، ف 11.
428 راجع قرار تعقيبي عدد 65032 مؤرّخ في 1 نوفمبر 1995. ن/ج 95، 118 (مشار إليه سابقاً).

حول معرفه إن كانت الجريمة تقوم ضرورة من إبرام نفس التصرف مرتين أم
تقوم من إبرام تصرفين ولو مختلفين؟ وأياً كان الجواب فإنّ الفقرة المذكورة لا
تقوم حجّة على بطلان التّفويت في ملك الغير.

75- فحسب الفهم الأوّل لا ترتكب جريمة شبه التحيل إلا من البيع ثانية أو
الرهن ثانية أو الكراء ثانية. ويكفي وجود الرهن ضمن هذه القائمة لنفي
البطلان على أساس التجريم نظراً لجواز الرهن الثاني في مجلّة الحقوق العينية⁴²⁹
فمن يرهّن عقاراً أو منقولاً سبق رهنه لا يبرم تصرفاً باطلاً⁴³⁰، بل تصرفه
صحيح تماماً وإلا فما معنى حقّ الأفضلية في الرهن وترتيب الدائنين المرتهنين

429 انظر خاصّة الفصل 258 م.ج.ع. في رهن المنقول: «من رهن شيئاً فله أن يوظّف عليه رهناً آخر من رتبة
ثانية...».

430 يسري هذا الحكم أيضاً على حالة الفصل 13 من قانون الويران الخاني.

لنفس المال منقولاً أو عقاراً⁴³¹؛

وحتى في الصورة الشائعة والمتداولة كثيرا، أي بيع ما سبق بيعه⁴³²، فإن محكمة التعقيب رفضت في قرار لها صادر بتاريخ 14 فيفري 1991⁴³³ تأسيس البطلان على الفصل 292 م.ج. مستبعدة تطبيقه فأسقطت حجته بقولها: «وحيث أنّ الفصل 292 من المجلة الجنائية لئن نصّ على عقاب من باع ما سبق له بيعه فإن ذلك الفصل لم يتعرّض إلى أيّ البيعين الأوّل والثاني يجب اعتباره وإلغاء ما عداه وذلك اعتباراً إلى أنّ هذا الأمر تكلفت بتنظيمه نصوص مجلة الالتزامات والعقود مما يجب استبعاد هذا الفصل من التطبيق في مثل هذا النزاع خاصة وأنّ البيع الثاني هو سبب جوهري في وجود الجريمة وليس ثمرة لها أي أنّ وجوده سابق لوجودها فلا يمكن إبطاله باعتباره نتيجة لها». وليلاحظ وضوح هذه الحيثية في التعبير عن استقلال القانون الجنائي عن القانون المدني، والنظر إلى

التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي المترتب مباشرة عن الجريمة، ولا تمتد إلى إبطال التصرفات القانونية، عدا بعض الحالات الاستثنائية التي خول فيها المشرع للقاضي الجزائي بموجب نصوص خاصة وصرحة إبطال بعض التصرفات كما في مادة الزواج⁴³⁵. وهي استثناءات تؤكد مبدأ أن لا نظر للقاضي الجزائي في بطلان العقود. وهو ما أقرته محكمة التعقيب في قرارها المشار إليه مؤيدة فقهها السابق بفرعيه المدني⁴³⁶ والجزائي⁴³⁷، وكذلك قضاء محاكم الأصل⁴³⁸.

76- أما حسب الفهم الثاني، فترتكب جريمة شبه التحيل من إبرام أحد التصرفات التي يعدّها ثانياً حال سبق إتيان تصرف آخر مما ورد ذكره أولاً، أي أنّ الجريمة ترتكب من بيع ما سبق بيعه أو رهنه أو كراؤه، ورهن ما سبق بيعه أو رهنه أو كراؤه، وكراء ما سبق بيعه أو رهنه أو كراؤه. وهذا الفهم أشمل من الفهم السابق ويستوعبه. وتدعمه عدة حجج منها أولاً نصّ الفقرة الثانية

البطلان شأن مدني لا يستدلّ على وجوده أو نفيه بالنصّ الجنائي⁴³⁴.

ويجد هذا التحليل سنده القانوني في الفصل 7 م.إ.ج. الذي ينصّ في فقرته الأولى على أن «الدعوى المدنية من حقّ كلّ من لحقه شخصياً ضرر نشأ مباشرة عن الجريمة»، أي أنّ الدعوى المدنية هي دعوى مسؤوليّة تتحصر في طلب

⁴³¹ راجع مجلّة الحقوق العينية: الفصول 201 والفصول 253 و258 إلى 261 في رهن النقول والفصلين 279/278 في الرهن العقاري؛ وانظر بصفة عامّة: حاتم المحمدي، حقّ الأفضليّة في التأمينات العينية، بحث منشور في كتاب دراسات في قانون التأمينات، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، الطبعة الثانية، تونس 2003، ص 375-418.

⁴³² انظر لاحقاً، ف 120 وما بعدها.

⁴³³ قرار تعقيبي عدد 29199 مؤرّخ في 14 فيفري 1991، غير منشور.

⁴³⁴ أن-ماري فرينيزي، الآثار التي ترتبها المحاكم الرّجعية على العقود الباطلة... أطروحة سابقة، ص 58-61؛ محمد سعد خليفة، جزاء عدم تمام التصرف القانوني...، أطروحة سابقة، ص 345.

من الفصل 292 م.ج. نفسه الذي أضاف في آخره تسليم الشيء وثيقة، وليس له ما يقابله في التصرفات المعادة بما يفهم منه تجريم تسليم شيء توثيقة حال سبق بيعه أو رهنه أو كراؤه، وثانياً هاجس المشرّع الذي جرّم في 21 جوان 1935 بيع أو رهن عقار سبقت مغارسته، وثالثاً فقه القضاء الذي يعاقب من أكرى محلاً

⁴³⁵ انظر الفصل 21 ف 2 م.أ.ش. في بطلان التّزوّج بثنائية والفصل 36 ف 2 من قانون الحالة المدنية في إبطال الرّواج على خلاف الصنّيع القانونيّة والمنقّحين كلاهما في 20 فيفري 1964 حسب المرسومين عدد 1 و2 المصادق عليهما بالقانونين عدد 1 و2 المؤرّخين في 21 أفريل 1964.

⁴³⁶ قرار تعقيبي عدد 5715 مؤرّخ في 24 مارس 1982، ن. 82، II، 274 - قرار تعقيبي عدد 7748 مؤرّخ في 21 مارس 1983، ن. 83، I، 222 / ق.ت. ماي 1984، 79.

⁴³⁷ قرار تعقيبي عدد 5390 مؤرّخ في 12 جوان 1982، ن.ج. 82، 221.

⁴³⁸ انظر مثلاً: حكم ابتدائي مدني، تونس عدد 27651 مؤرّخ في 15 أفريل 1978، ق.ت. جوان 1978، ص 131.

سبق بيعه⁴³⁹.

وعلى هذا الفهم فإن ملك الغير غير مقصود بالتجريم إذ لو كان كذلك حقاً لما كان مفهوماً إلا في حالة خروج الملك ببيع إذ يعدّ بيع أو رهن أو كراء ما سبق بيعه تصرفات واقعة على ملك الغير فعلاً. أما بيع ما سبق كراؤه أو رهنه فليس بيعاً لملك الغير، بل البائع فيهما يبيع ملكه الخاص، ومع ذلك قد يعدّ مرتكباً لجريمة الفصل 292 م.ج. لو كان قصده التحيّل على معاقده وتحققت بقية الشروط. ثم إن هذه التصرفات ليست باطلة بل هي صحيحة وصحتها لا تشوبها شائبة. فمن يرهّن عقاراً «لا يعدم حقه في بيعه» كما ينصّ الفصل 230 م.ج. وكذا من يرهّن عقاراً إذ من شروط حقّ التتبع انتقال ملكية العقار من الراهن إلى الغير «واضع اليد»⁴⁴⁰. فكيف يعتبر باطلاً مثل هذا التفويت؟ ومن يبيع أو يرهّن عقاراً سبق كراؤه، لا يفعل سوى ممارسة سلطات المالك على ملكه، وما

77- وهكذا تؤكد هذه القراءة للفقرة الثانية من الفصل 292 م.ج. أن هاجس المشرع متوجه إلى تجريم شبه التحيّل بغضّ النظر عن التصرفات المبرمة التي لا تعتبر سوى وسائل تحيلية مكوّنة لفعل الخداع في تلك الجريمة، وبغضّ النظر أيضاً عن تعلقها بملك المتحيّل أو بغيره، بما يعني أن التجريم لا يستهدف التفويت فلا يحتجّ به على بطلانه. وتعمّ هذه الخلاصة على ضلعي الركن المادي الآخرين أي الاستيلاء والعلاقة السببية بينه وبين فعل الخداع.

2.2- الاستيلاء والعلاقة السببية:

78- إن الاستيلاء أو محاولته ضروريّتان لقيام الجريمة ولا يكفي مجرد التصرف خلافاً للفصل 292 م.ج.. ويرتبط الاستيلاء بفكرة الضّرر عند المجني عليه، إذ أن هذا الاستيلاء يتمّ إثر تسليم الشيء من المجني عليه تحت تأثير غلط في حقيقة التصرف، وهذه هي العلاقة السببية، لأنّ الغلط هو حلقة الوصل بين

الفصل 798 م.أ.ع. إلا دليل على جوازه وهو الذي يلزم مشتري العقار المكري «باحترام» الكراء السابق إذا كان ثابت التاريخ ومبرما بحسن نية⁴⁴¹. وتصح نفس الملاحظات على أمر 27 جوان 1935 في حماية المغارسي من البيع أو الرهن الذي يبرمه مالك الأرض⁴⁴².

⁴³⁹ قرار تعقيبي عدد 826 مؤرخ في 29 نوفمبر 1930، ق.ت. جانفي - ماي، ص 86.

⁴⁴⁰ انظر حاتم بن عبد الحميد الرواتي، إشهار الرهن العقاري، بحث منشور في كتاب «دراسات في قانون التأمينات» مؤلف جماعي لأساتذة من كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، مرجع سابق، ص 245-353، انظر خاصة ص 343 وما يليها.

⁴⁴¹ ينص الفصل 798 م.أ.ع. على ما يلي: «خروج الملك من يد مالكه طوعا أو كرها لا يفسخ الكراء وإنما يحل الملك الجديد محل الملك القديم فيما له وما عليه من الحقوق في الكراء المذكور إن كان عقده خاليا من التبدليس وله تاريخ ثابت سابق على تاريخ التقويت».

⁴⁴² ومع هذا، رأت محكمة التعقيب في قرار غريب عدد 010515.99 مؤرخ في 6 جوان 2000 (ق.ت. ديسمبر 2000، ص 29) معاقبة المالك الذي باع الأرض المسلمة على وجه المغارسة لا على أساس أمر 27 جوان 1935

الخداع والتسليم⁴⁴³ فيتضرر منه. ولهذا إذا لم يقع استيلاء⁴⁴⁴ أو لم يلحق المصوت له ضرر لأن «الاختلاس» لم يتم⁴⁴⁵ أو لأنه لم يقع في غلط وكان عالما حقيقة الأمر⁴⁴⁶ فلا تقوم جنحة الفصل 292 م.ج.، لكن ربما قامت محاولة

الذي لم يشر في أي طور من أطوار المحاكمة، وإنما على أساس الفصل 292 ف 2 باعتبار أن المغارسة هي ضرب من التوثقة تشملها جملة «أو تسليمها بالفعل توثقة»!

⁴⁴³ محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال...، ف 295، ص 266.

⁴⁴⁴ قرار تعقيبي عدد 826 مؤرخ في 29 نوفمبر 1930، ق.ت. جانفي - ماي 1963، ص 86.

- قرار تعقيبي عدد 14935 مؤرخ في 26 مارس 1986، ن/ج 87، I، 243.

⁴⁴⁵ قرار تعقيبي عدد 7605 مؤرخ في 21 ديسمبر 1970، ق.ت. جويلية 1971 ص 59: «وحيث يستفاد من

الفصلين 291-292 المشار إليهما أن أهم ركن لتكوين جريمة التحيل هو اختلاس أو محاولة اختلاس الكل أو البعض من ثروة الغير... وحيث أن جريمة بيع ما سبق بيعه مرتبطة ماديا... بما يستفيد به من الأموال المقبوضة بطريقة التحيل... وقد أثبتت المحكمة الاستثنائية أن المعقب ضده لم يقبض الثمن المعروض عليه من المشتري الأولى... وحيث أن هذا التعليل قانوني...».

⁴⁴⁶ قرار تعقيبي عدد 879 مؤرخ في 16 جانفي 1932، المجلة الجنائية بتعليق محمد الطاهر السنوسي، ص

306. وانظر أيضا: محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال...، ف 278، ص 249.

التحييل⁴⁴⁷ أو جريمة أخرى⁴⁴⁸. ففي هذه الظروف لا ينطبق الفصل 292 م.ج. وبالتالي فلا دليل على البطلان. وعطفاً على الركن المعنوي⁴⁴⁹ فيما يتصل بالتفويت في ملك الغير يتبين أن الفصل 292 م.ج. يعاقب المفوت الذي يعلم عدم تملكه للشيء ويتصرف بقصد الاستيلاء على مال المفوت له الذي لا يعلم حقيقة الأمر. أي أن الفصل 292 م.ج. يتعلق بصورة المفوت له كالمشتري مثلاً حسن النية لأنه واقع في غلط أو هو ضحية تدليس المفوت، فقد يكون من مصلحته طلب «إبطال» هذا التفويت. لكن هذا البطلان - إن جاز - سيكون نسبياً لا مطلقاً، وأساسه في عيوب الرضا لا في ملك الغير، فضلاً عن أن الفصل 576 م.أ.ع. في غنى عنه بما أنه يخول للمشتري طلب الفسخ صراحة مع إضافة التعويض، فيبقى التفويت في ملك الغير هكذا خارجاً عن دائرة البطلان.

إلا أن هذه الإشارة إلى التدليس ليست قليلة الفائدة في التدليل على حقيقة السياسة الجنائية في الفصل 292 م.ج.

تحديد الحق المعتدى عليه والجدير بالحماية من جهة (1) واختلاف غاياته عن القانون المدني من جهة أخرى (2)، وإبراز كيميائية التفاعل مع القانون المدني لتدعيم جزاءاته من جهة ثالثة (3).

1- تحديد الحق المهمي:

80- إن خروج ملك الغير عن التجريم يدلّ عليه عدم الالتفات إلى هذا الغير كمتضرر في شبه التحييل (1.1) والتّركيز بدله على النشاط الإجرامي في جريمة الخيانة (2.1).

1.1- الحق المهمي في جريمة شبه التحييل:

81- تهدف جرائم الأموال بصفة عامة إلى حماية الملكية⁴⁵⁰ من الاعتداءات المادية والقانونية، سواء كانت الجريمة سرقة أم خيانة أم تحيلاً، أي أن المشرع يعاقب كل من يعتدي على «ملك غيره» بالشطط والظلمة والتجاوز للقانون.

79- تتلخص هذه السياسة في الفلسفة الحمائية للقانون الجنائي من خلال

⁴⁴⁷ إن عقاب المحاولة جنائياً يتنافى مع مقتضيات القانون المدني في تكوين العقود، فلا توجد في هذا القانون «محاولة عقد»، فإما عقد أو لا عقد. وقد تذكر المحاولة «بمشروع العقد»، فهذا لا يعتد به وليست له قوة الزامية؛ الفصل 25 م.ع.

⁴⁴⁸ كجريمة التديليس أو خيانة المؤتمن والمشاركة فيهما. (قرار تعقيبي عدد 11329 مؤرخ في 8 جانفي 1975، ن / ج 75، I، 19). فإذا كان الطرفان يعلمان حقيقة الأمر واتجهت إرادتهما إلى سلب الغير ماله، فهذا اتفاق جنائي على ارتكاب فعل ضار ولا يعتبر تصرفاً في ملك الغير، ومن الجائز إبطال هذا العمل لعدم جواز سبب الالتزام فيه على معنى الفصل 67 م.ع. لكن لا على أساس أنه تعلق بملك الغير بل لأنه تعلق بجريمة. فالسبب مصدره في الجريمة لا في التفويت، ويعتبر هذا الفعل مدنياً جنحة ترتب مسؤولية مرتكبها التفصيرية تجاه المتضرر، وليست بأية حال تفويتاً في ملك الغير، الذي يبقى هكذا خارجاً عن كل فعل جنائي؛ انظر في هذا الاتجاه: أن-ماري فرينيزي، الآثار التي ترتبها المحاكم الجزئية عن العقود الباطلة... أطروحة سابقة، ص 63.

⁴⁴⁹ راجع سابقاً، ف 70.

الجنائي. والمقصود بهذا في جريمة شبه التحيل هو المال المستولى عليه باطلاً مثل ثمن البيع أو ثمن الكراء أو مبلغ القرض. ويعود هذا المال غالباً للمتعاقد أي المشتري أو المكتري أو المقرض المرتهن فيكون عادة هو المتضرر من شبه التحيل باعتباره المستهدف من النشاط الإجرامي للفاعل الذي يريد أن يسلبه ماله. ومن ثم فالحق المحمي ليس «ملكية الغير» بالمعنى المدني، بل مال المتعاقد أو المصوّت له. ولهذا فالفصل 292 م.ج. لا يعاقب التفويت في ملك الغير لذاته لأنه ليس جريمة في ذاته وإنما يعاقب التحيل⁴⁵¹ أي السلوك الانحرافي للمصوّت الذي يستغل «ملك الغير» أو ما لا حق له في التصرف فيه ليوقع بالمصوّت له وهو يعلم أنه لن ينال

450

محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال...، ف 14، ص 23 وف 246، ص 215.

⁴⁵¹ H. DONNEDIEU de VABRES, Note sous crim. 15 décembre 1943, D. 1945, Juris., p. 131.

شيئاً لأن تفويته لا يمكن أن يؤثر في مركز المالك الحقيقي⁴⁵²، ويتسلم منه أموالاً بطريقة غير مشروعة بنية الاستيلاء عليها⁴⁵³.

لكن قد يكون المتضرر في جريمة شبه التحيل طرفاً ثالثاً، كالمشتري الأول في صورة حصول تواطؤ بين البائع ومشتري ثان على إبرام بيع يحرم المشتري الأول من ملكية المبيع ويمكن البائع من الاستيلاء باطلاً على الثمن. ففي هذه الصورة يعاقب المتعاقد البائع كفاعل أصلي لجريمة شبه التحيل ويعاقب المشتري الثاني كشريك له طبق الفصل 32 م.ج. ومع هذا يبقى الحق المحمي واحداً ويتمثل في مال المتعاقد المستولى عليه والذي يحق للمتضرر المطالبة به في شكل تعويض على معنى الفصل 7 م.إ.ج. ولا يتمثل في ملكية المبيع التي تخرج عن نطاق الحماية الجزائية وتبقى مسألة مدنية صرفة يؤكد أنها في المثال المذكور لا تعتبر ملكية الغير مستهدفة بل مال المتعاقد الأول لأنه لا يمكن حرمان المشتري الأول من ملكيته فعلاً إلا إذا استطاع المشتري الثاني أن يثبت ملكيته له.

يكون بإمكان المشتري الأول استرجاع ملكية المبيع كنتيجة للطعن في عقد البيع الثاني إما على أساس التواطؤ الموجب لعدم الاحتجاج أو المفسد للسبب عملاً بقاعدة أن الغش يفسد كل شيء⁴⁵⁶. وإما على أساس إعلان الصورية إذا كان هذا البيع يخفي نقضاً للعقد الأول من جانب البائع. وفي الحالتين لا يستند الأساس على نصوص ملك الغير، وإنما على قواعد عامة تجري على كل التصرفات، فإن داخلت تفويتاً في ملك الغير فلا تدوب فيه بل تبقى لها طبيعتها المؤثرة بذاتها، وإن أدت إلى إبطال فهي سببه لا ملك الغير، فضلاً عن أن هذه القواعد لا تقود كلها إلى الإبطال الذي يقتصر عليه التواطؤ، وفي جانب منه دون الصورية. بما يعني وجوب تحييد ملك الغير في الوضعين لأنه إذا أمكن اعتبار البطلان فيه على أساس التواطؤ فكيف به سبباً له في الصورية والحال أنه واحد في الحالتين؟

82- وأبلغ دليل على ما سبق أنه لو كانت ملكية الغير هي المقصودة فعلا بالحماية لما اقتصر الفصل 292 م.ج. على التصرفات التي ذكرها (البيع والرهن والكرء) والحال أن قائمة أعمال التّفويت أوسع بكثير⁴⁵⁷، ولما كان مفهوما تجريم الكراء - وهو ليس من أعمال التّفويت - وعدم عقاب إنشاء حق الانتفاع وهو أخطر من الكراء لأنه منشئ لحق عيني، ولما وجد تفسير لغياب الهبة لولا

الفرق بينهما في درجة الفشل عند اقرار الفعل فهو في الجريمة المستحيلة تام بمعنى أنه ليس بوسع أي كان تحقيق ذلك الهدف فعليا أو قانونيا، وهو في الجريمة الخائبة محتمل بمعنى أنه كان بالإمكان تحقيقه لولا الظرف الذي منعه. وتقع المواخذه في الحالتين إن كان لها وجه على أساس المحاولة طبق الفصل 59 م.ج. ومعنى هذا أنه في مثالنا إذ أبرم البيع الثاني قبل ترسيم البيع الأول فهي جريمة خائبة وإن أبرم بعده فهي مستحيلة. انظر: ستيفاني ولوفاسور وبولوك، القانون الجنائي العام، ف 242 وما بعدها، ص 219 وما يليها.

- Jean LARGUIER, La tentative d'escroquerie impossible, obs. sous Cass.crim. 7 janvier 1980, in Chronique de jurisprudence à la R.S.C.Crim. 1981, p. 365.

456 راجع الهامش 448 السابق.

457 راجع مقدمة هذا البحث، ف 5 وما بعدها.

الأسبقية في إظهار حقه بترسيم أو نحوه حسب الأحوال تطبيقا لقواعد الاحتجاج فيعد في نظر القانون المدني هو المالك لا المشتري الأول⁴⁵⁴ بما يعني أن الاستيلاء تسلط على مال المفوت له لا على ملك الغير⁴⁵⁵. وما يؤكد مدنيا أيضا أنه قد

452 فلا يقبل منه حتى القيام بالحق الشخصي لأنه ليس متضررا، ولا يصيبه من هذه الجريمة أي ضرر.

453 محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال...، ف 15، ص 24؛ ويؤدي هذا الفهم منطقيا إلى إقصاء المالك الحقيقي عن كل صلة مع الفصل 292 م.ج.، فلا يتضرر منه ولا شأن له به، وحتى الإجازة التي قد تصدر عنه لا يلتفت إليها ولا تعد من أسباب الإباحة لأن القانون الجنائي قد يلتفت أحيانا إلى رضا المجني عليه، لكنّه لا يقيم وزنا لغير الجاني والضحية وهو وضع المالك الحقيقي في هذا الإطار.

454 انظر تفصيل كل هذا لاحقا، ف 123 و124.

455 أما لو كان المشتري الأول هو من بادر بالترسيم فلا يسلبه الشراء الثاني شيئا ولا يكون للتواطؤ عندئذ أي معنى سوى اعتباره مشاركة في جريمة خائبة أو مستحيلة حسب الأحوال يمكن أن يعاقب فاعلها دون أن يترتب عليها أي ضرر. ومعلوم أن الجريمة الخائبة والمستحيلة كلاهما جريمة غير مثمرة تستكمل أركانها وتستنفذ كل النشاط الإجرامي الذي بوسع الجاني لكنّها لا تحقق نتيقتها لأسباب خارجة عن إرادة الجاني وإنما يكمن

أنها تبرع ولا تسلب الموهوب له شيئاً. وعملاً بمبدأ التآويل الضيق للنص الجنائي، يجب الوقوف عند الأعمال التي عدّها دون غيرها⁴⁵⁸ ولو كانت أخطر منها⁴⁵⁹.

83- فيبدو هكذا أنّ غاية المشرع هي إحباط هذه التصرفات بالذات نظراً لكثرة شيوعها وتداولها في التطبيق بما يحمل المتحيّلين على اللجوء إليها أكثر أو ربّما دون غيرها، وينتج عن هذا أنّ ملك الغير يبقى خارج منطلق الفصل 292 م.ج. فيسقط الاستدلال به على بطلان التفويت لانعدام العلاقة الأصلية بين الميدانين، وأنّ دخول التفويت في ملك الغير في الفصل 292 م.ج. لا يعني أنّه هو موضوع الجريمة، بل باعتباره وسيلة يلجأ إليها المتحيّل للاستيلاء على مال المفوت له. ولذا يحسن الحديث في الفصل 292 م.ج. عن التحيّل بطريق التفويت في ملك الغير، لا عن جريمة التفويت في ملك الغير⁴⁶⁰.

وهذا ممّا يتماشى مع ردع النشاط الإجرامي أكثر من حماية ملك الغير،

2.1- الحق المحمي في جريمة الخيانة:

84- إنّ الغير هو المتضرر في جريمة الخيانة، لأنّ المؤمن بتبديده للمال الذي تسلّمه وأثمن عليه يكون معتدياً على ملك من أثمنه وهو «الغير» نفسه في التفويت في ملك الغير. ومع هذا فأثر جريمة الخيانة في بطلان هذا التفويت ضعيف لأنها تتكوّن في الغالب من أفعال مادية لا قانونية⁴⁶¹ ولأنّها خاصّة بالمنقولات دون العقارات⁴⁶²، وهي في المنقول تعتبر المثال التقليدي لتطبيق قاعدة الفصل 53 م.ج.ع. «الحوز في المنقول سند الملكية» وهذه القاعدة تصحّح التفويت لا تبطله⁴⁶³. ثمّ إنّ اشتراط نية التملك عند الجاني - وهو القصد الجنائي الخاصّ المعبر عنه بقصد الإضرار في الفصل 297 م.ج. - يجعل من جريمة الخيانة متّجهة إلى عقاب فعل الخيانة أكثر من الانصراف إلى حماية الملكية مباشرة، بدليل أنّ إرجاع المال إلى صاحبه لا ينفي الجريمة⁴⁶⁴ وأنّ بطلان عقد الأمانة لا يمنع دائماً من قيام الجريمة⁴⁶⁵.

وهذا بحد ذاته مظهر آخر من مظاهر استقلال القانون الجنائي تبرزه غاياته من التجريم.

2- غايات التجريم:

85- يظهر استقلال القانون الجنائي من خلال غاياته التي لا تلتقي ضرورة

458 من ذلك لا يمكن مواخذة من باع شيئاً سبق منه أن وعد الغير ببيعه إياه لأن النص يعاقب من باع ما سبق بيعه لا من باع ما سبق الوعد ببيعه؛ قرار تعقيبي عدد 1190 مؤرخ في 9 مارس 1930، ق.ت. جانفي - ماي 1963، ص 131.

459 لذلك لا يمكن أن يقبل من محكمة التعقيب أن تسحب حكم الفصل 292 م.ج. على عقود أخرى كما سبق لدائرة التمييز أن فعلت - قبل أمر 27 جوان 1935 - إذ أوكلت الفصل 292 م.ج. تأويلاً توسعياً - لا واسعاً - بشكل فاضح لتفهم فيه عقد المغارسة بطريق القياس وقالت: «إن المغارسة ليست من العقود التي حجّرها الفصل 292 من القانون الجنائي الذي تعرّض للبيع والرهن والتسويغ ولكن المغارسة يتكوّن منها تفويت في الملكية أشدّ خطارة من التسويغ وبذلك فلا سبب يمكن معه الرّعم بأن المشرّع لم يرد التّعريض لعقد المغارسة (هكذا)» انظر قرار دائرة التمييز عدد 459 المؤرخ في 28 ديسمبر 1931، ق.ت. جانفي - ماي 1963، ص 93.

460 يذكّر هذا الوصف بعنوان مقال الأستاذ القللي المشار إليه سابقاً؛ وانظر أيضاً: نصرت منلاحيدر، بيع العقار أكثر من مرة هل يشكل جرم الاحتيال في حال تسجيل البيع الأول في السجل العقاري، مجلة المحامون الصادرة عن نقابة المحامين السورية، السنة الأربعون، العدد الثاني، شباط (فيفري) 1975، ص 59-63، خاصة ص 61.

461 راجع سابقاً، ف 64.

462 رضا خمّام، القانون الجنائي... ص 307. لكن يمكن العقاب في العقارات على أساس الفصل 292 م.ج. وهذا يرجع بنا إلى جريمة التحيل.

463 راجع الهامش 112 في المقدمة وانظر الهامش 1297 اللاحق.

464 قرار تعقيبي عدد 5915 مؤرخ في 2 أفريل 1969، ن 69، 125، رضا خمّام، القانون الجنائي التونسي، ص 307-308.

465 قرار تعقيبي عدد 11940 مؤرخ في 14 جانفي 1976، ن/ج 76، ا. 85.

مع أهداف القانون المدني⁴⁶⁶، بدليل أن تلك الغايات قد تتنوع وتتعدد في الجريمة الواحدة أو الأفعال الواحدة (1.2)، وقد تجمع متفرقات مدنية (2.2) كما أن ارتباطها بالوظيفة الرجزية يصرفها عن صحة أو بطلان العقود (3.2).

1.2- تنوع الغايات مع وحدة الجريمة والأفعال،

86- لا تتخذ الغايات الجزائية شكلا واحدا دائما بل قد تتنوع في إطار الجريمة الواحدة أو الأفعال الواحدة. ففي مثال التحيل يلاحظ عديد الفقهاء خاصة في فرنسا أنه ليس مقصورا في الحقيقة على حماية الملكية بل أصبح أيضا وسيلة لحماية التعاقد وحرية الإرادة في العقود⁴⁶⁷. وحتى فيما يتعلق بالملكية منهم من يرى أن الجريمة تحمي الحوز أكثر من الملكية لأنها تعاقب التحوز اللامشروع بالشيء بما أن الملكية لا يمكن بحال أن تنتقل إلا برضا صاحبها، فهي خارجة عن هذا النطاق⁴⁶⁸. وبالرجوع إلى النصوص الخاصة المشار إليها سابقا في مادة

يسائر الظروف الخاصة والاعتبارات الواقعية التي لا يهم في شأنها تنويع التجريم واختلاف أسسه بقدر ما تهتم حماية المصالح العامة للمجتمع.

2.2- جمع متفرقات مدنية في التجريم؛

87- إن جمع متفرقات مدنية في التجريم الجنائي ليس إلا تأكيدا لهذا الاستقلال. فالتفويت في الأعباس باطل مدنياً بعكس بيع مال مرهون أو مكري، فلا يمكن أن يكون للنص الجنائي هكذا دور في تصحيح أو إبطال التفويت، وهذا يؤكد أن البطلان والصحة شأن مدني لا جنائي. والقول بخلافه يوقع في تناقضات لا معنى لها ويحرّف قواعد القانون المدني دون تفسير.

فلو كان التجريم دليلا على البطلان فعلا لوجب القول به في الفصل 298 م.ج. وهو الذي «يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر وبخطية قدرها اثنان وسبعون دينارا كل من تسلّم مالا على وجه التسبقة لأجل العمل باتفاق ويمتتع دون موجب

من العمل بما وقع به الاتفاق أو من إرجاع ما قبضه سلفاً». وهذا منتهى التناقض لأنّ عدم تنفيذ الالتزام المعتبر خيانة على معنى هذا الفصل⁴⁷³ يعرّض العقد مدنياً للفسخ من المعاهد الآخر مع إمكانية طلب التعويض طبق الفصل 273 م.ا.ع. وهذا يفترض عقداً صحيحاً بلا خلاف! ولا يكون للقول ببطلانه عندئذ من معنى غير إبطال التعامل المدني عموماً.

ولو كان كذلك أيضاً، لوجب إبطال البيع لعدم دفع الثمن بالنتيجة لمؤاخذة المشتري الذي «يختلس» المبيع ولما يدفع ثمنه⁴⁷⁴. إذ يجب القول عندئذ أنه حتى لا يرتكب المشتري جريمة السرقة عليه أن يدفع الثمن قبل تسلّم البضاعة، وإن لم

⁴⁷³ أنظر لمزيد التفصيل: محمد عيد الغريب، تدخّل قانون العقوبات في مجال تنفيذ العقود المدنية، نشر مكتبة غريب، القاهرة، الطبعة الأولى 1988.
⁴⁷⁴ راجع قرار «غارّي» (Garrêt) الفرنسي المشار إليه سابقاً، هـ 402.

الرهن والامتياز مثلاً⁴⁶⁶ يتضح أنها تجرّم نفس الأفعال مرّة على أساس الخيانة⁴⁷⁰ ومرّة على أساس التحيّل والخيانة حسب الأحوال⁴⁷¹ وثالثة على أساس نصّ خاص⁴⁷². وما هذا إلا دليل على عدم تقيّد المشرّع بقواعد منطقيّة جامدة وأتفه

⁴⁶⁶ نور الدين بسرور، جزاء قواعد تكوين العقد...، الأطروحة، ف 80، ص 94 - عبد العزيز العوّادي وإسماعيل بن صالح، القانون الجنائي التونسي، مرجع سابق، ص 11.

⁴⁶⁷ محمد سعد خليفة، جزاء عدم تمام التصرف القانوني، أطروحة سابقة، ص 390 وما يليها.
- Reynald OTTENHOF, Le droit pénal et la formation du contrat civil, thèse Rennes 1968, L.G.D.J. Paris 1970, n° 44, p. 47.

⁴⁶⁸ Jacques LEAUTE, Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial, Mélanges offerts à Léon Julliot de La Morandière, pp. 243-252, spéc. pp. 246-247.

⁴⁶⁹ راجع سابقاً، ف 62 و 65.
⁴⁷⁰ أمر 7 نوفمبر 1935 في البيع الموجّل للسيّارات والجرّرات.
⁴⁷¹ أمر 10 جانفي 1928 في الوران الخاني وأمر 17 ديسمبر 1942 في الوران الصنّاعي.
⁴⁷² أمر 11 أفريل 1935 في الرهن الفلاحي وأمر 1 أكتوبر 1940 في رهن منتوجات المناجم.

يفعل فهو مجرم، وبما أن الجريمة عمل غير مشروع فما يترتب عنها باطل أي عكسيًا حتى يصح التصرف لا بد من تجنب الفعل الإجرامي وهو عدم دفع الثمن، فيصبح دفع الثمن بذلك شرطًا لصحة البيع لا أثر له، خلافا لما هو معروف في القانون المدني (الفصلين 675/584 م.ع.)؛ وواضح ما في هذا التحليل من مجافاة صارخة للقانون المدني لا يمكن إلا أن تعزز إبعاد القانون الجنائي عن تنظيم العلاقات الخاصة في شروطها وآثارها، وإخراج صحة العقود أو بطلانها من مسأله⁴⁷⁵.

وهذا تعبير آخر عن استقلال القانون الجنائي لا يفهم بغير سعيه إلى فرض سلوك معين على الأفراد من أجل مطابقته للنموذج الاجتماعي⁴⁷⁶ وحماية لمصالح عامة. وهو ما يبرز في الآن ذاته وظيفته الرجزية.

ردع المتسبب فيه⁴⁷⁷. ويتبين هكذا أن الوظيفة الرجزية للقانون الجنائي تختلف عن الجزاء المدني الموجه إلى خلل في التصرف القانوني أو الإخلال بالتزام⁴⁷⁸. وتعبّر عن اختلاف التصور للعلاقات الاجتماعية المالية بين القانون الجنائي والقانون المدني، فالأول يهدف إلى فرض سلوك معين يردع من يخالفه، والثاني يتسم بالحياد في تنظيمه للعلاقات التعاقدية (المعاملات المالية تحديدا) إذ يراها علاقات بين ذمم قائمة على المساواة والحرية وحسن النية⁴⁷⁹. ويكون من نتيجة هذا أن جزاء التصرف القانوني يهّم القانون المدني، ولا يهّم القانون الجنائي إلا بقدر ما يتكوّن منه فعل إجرامي، بصرف النظر عن صحته من بطلانه. وقد تقدّم أن بطلان العقد لا يحول دون وقوع هذا الفعل، فكذلك لا يكون وقوع هذا الفعل دليلا على بطلان العقد، بل ربّما دلّ على العكس إذ أن اختلاف تصور القانون الجنائي عن القانون المدني لا ينفي تفاعله معه وتدخّله لتدعيم

88- تملي الوظيفة الزجرية للقانون الجنائي قواعد منطوية على القهر والإكراه لردع المنحرفين، توجب أن يتجه اهتمام القاضي الجزائي في مادة التحيل إلى معاقبة فعل التحيل وفي الخيانة إلى مقاومة سلوك الخيانة، ولا يعنيه هكذا إن كان التصرف صحيحا أم باطلا بل ما يهّمه هو وقوع الفعل الذي ينم عن هذا السلوك، وهذا الفعل قد يحصل من عقد صحيح وقد يحصل من عقد باطل، أي أنّ بطلان العقد لا يحول دون وقوع هذا الفعل لأنّ العقد ولو كان باطلا توجد له صورة في الواقع تجعله يظهر في مظهر العقد الصحيح الذي يرتب أثره «وينفذ» وهذا الوضع الظاهر هو وضع مقلق على النطاق الجنائي ولا بدّ من

475 رينالد أوتتهوف، القانون الجنائي وتكوين العقد... ف 5، ص 9.

476 محمد عيد الغريب، الحماية الجنائية للنظام العام في العقود المدنية في القانونين المصري والفرنسي، طبع مطبعة المدني، المؤسسة السعودية بمصر، 1987، ص 11.

3- تدعيم الجزاء المدني:

89- يفرز تفاعل القانون الجنائي والقانون المدني فيما يتعلّق بجزاء التّفويت أنّ هذا الجزاء شأن مدني لا يحدّده القانون الجنائي (2.3) بل الأصل أنّه يتدخّل ليقوّي القانون المدني ويكمل قصوره الناتج عن صحّة التّفويت (1.3).

1.3- تجريم استعمال التّفويت. يفترض في الأصل صحته:

90- لقد استخدمت نظرية استقلال القانون الجنائي في مادّة التصرفات

477 لقد كان الأستاذ ميشال فاسور من السّباقيين إلى تحليل نظرية الوضع الظاهر في القانون الجنائي وأسّس عليها استقلاله عن القانون المدني، راجع مقاله عن آثار العقود الباطلة... في مجلّة العلوم الجنائية 1951، ص 1 وما يليها. - انظر أيضا: عبد العزيز العوّادي، تأثير العقود الباطلة... مقال سابق، ص 21. - آن-ماري فرينيزي، الآثار التي تتركها المحاكم الزجرية... أطروحة سابقة، ص 61.

478 ستيفاني، نوطنة سابقة، ص VII.

479 رينالد أوتتهوف، القانون الجنائي وتكوين العقد، ف 11، ص 13.

القانونية لتفسير تطبيق النص الجزائي على عقد باطل إذ المفروض أن العقد الباطل مدنيا لا يمكن أن يكون له أثر في القانون الجزائي⁴⁸⁰. لكن لما طبق القاضي الجزائي العقوبة في حالات عقود باطلة لوحظ التناقض وبرزت نظرية الاستقلال. وتم اللجوء إلى نظرية الوضع الظاهر لتبريرها وتأسيسها. ومعنى هذا أن هذه النظرية لم يتمسك بها إزاء عقود صحيحة، بل المفترض أن تكون كذلك حتى تنتج «أثرا» يعاقب على فعله. ويلتقي هذا التقديم مع نظرية تبعية القانون الجنائي للقانون المدني، وهي نظرية لا تتنافى مع استقلال القانون الجنائي كما تقدم⁴⁸¹ بل تكمله وتنصهر فيه. ومن مقتضيات هذه النظرية أن تكون السياسة الجنائية في جرائم الأموال هي سياسة «سد الثغرات»⁴⁸² أي التدخل لزجر المتحيلين الذين يستغلون ثغرات القانون المدني فيتلاعبون بتقنياته ومؤسساته ويحرفونها عن مواضعها بغية تحقيق أرباح غير مشروعة⁴⁸³. «فالبعد

91- وبهذا يقوي العقاب الجنائي الجزاء المدني قانونيا وواقعيا بافتراض الصحة في الحالتين.

أما قانونيا، وفي جريمة التحيل مثلا، فمن المفروض أن ينفي بطلان التصرف الجريمة لا أن يقيمها نظرا لانقضاء الضرر لأن ضحية التحيل في عقد باطل ليس ضحية في الحقيقة لأن الباطل لا أثر له وبالتالي فهو لم يخسر ما دفعه ويمكنه استرداده. وهنا، لا يضيف القانون الجنائي شيئا، بل قد لا يكون منطقيًا لأنه سيعاقب الجاني على أخذه شيئا لم يأخذه قانونا وهو واجب الرد بموجب البطلان وربما يمكنه نظريًا التمسك ببطلان العقد وانتفاء الجريمة، لكن بإقصاء هذا البطلان والقول بصحة العقد، يحرم الجاني من أمله، بل يجبر على التزامات أخرى ينتجها العقد لم يكن مستعدا لها ولا متوقعا أنه سيتحملها فعلا لأن نيته كانت قاصرة على ابتزاز ضحيته، فيكون البطلان أحسن وضع

يتماشي معه. أمّا لو وقع إلزامه بما يرثبه التّفويت من التزامات وأجبر على ذلك قهرياً أو على دفع التّعويض بموجب عنصر المسؤولية في الالتزام فعندئذ ينقلب سحره عليه ويحقيق به مكروه ويتعزّز عقابه جزائياً «بعقاب» مدني. وينسجم هذا التّحليل تماماً مع الفصل 576 م.ا.ع. الذي يصحّح البيع ويمنع على البائع أن يعارض بالبطلان.

وأما واقعياً فإنّ قصور الحماية المدنيّة الناتج أحياناً عن صحّة التصرّف يمكن أن يبرّر تدخّل القاضي الجزائي خلافاً لما توجهه مدنيّاً. ففي مثال السرقة السّابق عوقب مشتري الطّوابع لأنّه أخذ «البضاعة» قبل دفع ثمنها، أي كان عليه حسب هذا القضاء أن يدفع الثّمّن فوراً. وهذا سلوك لا يفرضه القانون المدني لكنّ القضاء الجزائيّ قد يراه من حيث الواقع هو السلوك القويم حماية للبائع، لأنّ مشتري الطّوابع البريديّة إذا لم يؤدّ ثمنها حالاً فقد لا يفعل لاحقاً، ويبقى الدائن على أملّه وتشوّفه للخلاص من مدين قد لا يخرج من ضيق إلّا

الزّجري فيه يجعله يعاقب نيّة إجراميّة عند شخص معيّن لا نيّة مقدّرة بصفة موضوعيّة ومجرّدة. وكلّما ثبت السلوك الانحرافي وقامت بقيّة عناصر الجريمة أوقع القاضي عقوبة القانون الجنائيّ حتّى ولو استطاع الجاني أن يؤمّن لنفسه حماية القانون المدني أو التجاري⁴⁸⁴. وهذا يفترض أن يكون العقد صحيحاً لأنّ المشرّع وعياً منه بأنّ التصرّف ينتج أثره، فإنّه يتوقّى الوقوع فيه بمعاقبة من تسوّّل له نفسه القيام بتلك الأعمال.

480 ميشال فاسور، آثار العقود الباطلة...، مقال سابق، ص 2.

481 راجع سابقاً، ف 68.

482 التّعبير لمحمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال...، ف 6، ص 14.

483 رينالد أوتنهوف، القانون الجنائيّ وتكوين العقد...، ف 220، ص 193 - ستيفاني، توطئة سابقة، ص II.

- ناست، تعليق سابق على قرار 4 جوان 1915، ص 58. (قرار قاري).

484 ستيفاني، توطئة سابقة، ص VII.

لعسر، فتضيع هكذا حقوقه تحت أنظار قانون مدني يعتبر الملكية منتقلة إلى المشتري ولا يقدم حماية ناجعة للبائع! وقد يبدو هذا البسط إجمالياً وغير دقيق خصوصاً أن البائع له ضمانات عديدة لاستخلاص الثمن⁴⁸⁵ إلا أنه أحياناً صحيح ويستجيب لظرفيات بعض القضايا، وهذا كاف للتدليل على صحة التصرف حال وجود عقاب جزائي وهي صحة لا تنفي تطبيق جزاءات مدنية تلتقي مع ذلك العقاب، ومنها ما يدخل في تلك الضمانات كدعوى الفسخ⁴⁸⁶.

2.3- استقلال القانون الجنائي يفرض حياده عن الجزاء المدني؛

92- إن بلورة استقلال القانون الجنائي في مادة جزاء التصرف القانوني، تفيد أنه لا يفترض صحته مطلقاً ولا ينفىها مطلقاً، وهو بالتبعية لا يؤدي إلى البطلان حتماً، بل يعني وجوده أن التصرف المقصود فيه خلل يجب إماماً تداركه أو إزالته، سواء بالبطلان أم بغيره من الجزاءات وفق ما تقضي به قواعد القانون

هذه النصوص صراحة الاتفاقات والعقود المبرمة خلافاً لمقتضياتها وتعززها بعقوبات جزائية⁴⁹⁰.

لذلك فما يحاول أنصار بطلان التفويت في ملك الغير الوصول إليه من خلال النص الجنائي لا ينسجم مع التحاليل السابقة ويؤدي إلى انزلاق خطير للتعامل المدني في دائرة القانون الجنائي لا يكون من نتيجته إلا بطلان هذا التعامل فلا يبقى أمام المشتغل بالقانون المدني عندئذ إلا أن يطوي كتبه ويقرأ صحيفة القانون الجنائي! والحال أن «الاستتجاد» بالقانون الجنائي ينبغي أن يكون استثنائياً لأن «زرع وسائل جزائية في معاملات من القانون الخاص هو أمر خطير كإفحام جسم أجنبي لا يستطيع التأقلم»⁴⁹¹.

وربما نتج تمسكهم بالبطلان عن ربط مفرط قد يصل إلى الحتمية بين أحكام النظام العام وبطلان التصرف القانوني. فوجود نص جنائي في مسألة

معيّنة يجعلها متعلّقة بالنّظام العام⁴⁹²، ما في هذا شك. لكنّه لا يعني أنّ جزاءها هو البطلان المطلق أو البطلان أصلاً⁴⁹³، إذ غالباً ما تقضي المحاكم بمنح

490 انظر الفصل 79 م.ت.ت.د. والفصل 27 من قانون العقارات الدّولية الفلاحية والفصل 14 من قانون حماية الأراضي الفلاحية كيفما نقّح بالقانون عدد 104 لسنة 96 المؤرّخ في 25 نوفمبر 1996 (رائد رسمي عدد 96 صادر في 29 نوفمبر 1996).

491 **Roger PERROT**, Note sous civ. lère des 19 et 22 mars 1955, D. 1955, p. 537: «Il est toujours dangereux de vouloir greffer des mesures à caractère pénal sur des rapports de droit privé, car c'est introduire un corps étranger qui ne parvient pas à s'assimiler. Le contrat qui est un équilibre entre des forces économiques concurrentes et également respectables n'a pas été conçu pour servir de support à des moyens de répression».

492 رغم مرونة مفهوم النّظام العام وتوّعه وتغيّره، إلا أنه يمكن ضبط محتواه على سبيل الإجمال باعتباره يشمل مجموع الرّكائز الأساسيّة للجماعة والدّعائم التي يقوم عليها كيان المجتمع بحيث لا يتصوّر بقاؤه سليماً من دونها، فتدخل فيه القواعد الجزائيّة والحريّات العامّة والأسس الاقتصاديّة ونظام الأسرة وحالة الأشخاص من أهلية وحالة مدنيّة... انظر: محمد الشّريفي وعلي المزغني، المدخل 107-108، ص 75.

493 قيسستان، تكوين العقد، ف 724، ص 861.

المدني⁴⁸⁷. ويتأكّد ذلك بملاحظة تدخّل المشرّع أحياناً بنصّ خاصّ إذا أراد إيقاع البطلان كما فعل في الفصل 78 من مجلّة التّهيئة الترابية والتّعمير والفصل 24 ف 1 من قانون 13 فيفري 1995 المتعلّق بالعقارات الدّولية الفلاحية⁴⁸⁸ والفصل 12 من قانون 11 نوفمبر 1983 المتعلّق بحماية الأراضي الفلاحية⁴⁸⁹ وغيرها... حيث تبطل

485 انظر: أحمد بن طالب، الثّمّن في عقد البيع، مجلّة الأحداث القانونيّة التونسيّة، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، عدد 12، 1998، ص 5 وما يليها.

486 انظر: أحمد بن طالب، الثّمّن في عقد البيع، مقال سابق، ص 29-31.

487 محمد سعد خليفة، جزاء عدم تمام التصرف القانوني، أطروحة سابقة، ص 327.

488 قانون عدد 21 لسنة 1995 مؤرّخ في 13 فيفري 1995 يتعلّق بالعقارات الدّولية الفلاحية (رائد رسمي عدد 15 صادر في 21 فيفري 1995) منقّح ومتّمّم بالقانون عدد 48 لسنة 1996 المؤرّخ في 10 جوان 1996 (رائد رسمي عدد 49 صادر في 18 جوان 1996).

489 قانون عدد 87 لسنة 1983 مؤرّخ في 11 نوفمبر 1983، يتعلّق بحماية الأراضي الفلاحية (رائد رسمي عدد 74 صادر في 15 - 18 نوفمبر 1983).

تعويض للمتضرر أو بفسخ العقد مع التعويض كما في عقود الشغل⁴⁹⁴.



93- وهكذا، يتبين أنّ الاستدلال بالنص الجنائي على بطلان التفويت في ملك الغير هو استدلال غير وجيه أوّلاً لأنّ التفويت ليس هو المستهدف لذاته من التجريم في النصوص المدروسة وثانياً لأنّ البطلان ليس رديفاً حتمياً للتجريم الجزائي وثالثاً لأنّ استقلال القانون الجنائي ينأى به عن تنظيم التصرف القانوني وتحديد جزائه المدني. وبهذا تستبعد حجّة النصّ الجنائي، ومن ورائها لامشروعية التفويت. لكن هل يعني ذلك ردّ إمكانيته أيضاً؟

القسم الثاني: إمكانية التفويت في ملك الغير

94- المحلّ الممكن هو المحلّ الذي يستطاع الالتزام والوفاء به عند التعاقد أو

بعد⁴⁹⁵، إذ لا التزام بمستحيل، ولذلك «بطل» العقد إذا كان على شيء أو عمل

الفقرة الأولى: بسط التحليل النظري

96- يهدف البيع وكلّ تفويت عموماً إلى نقل الملكية أو إنشاء الحقّ العيني، وهذا ما ورد به تعريف البيع نفسه في الفصل 564 م.أ.ع. من أنّه «عقد تنتقل به ملكية شيء أو حقّ من أحد المتعاقدين إلى الآخر بثمن يلتزم به» وما أكّده الفصل 583 م.أ.ع. بوضعه لمبدأ الانتقال الفوري للملكية «إذا تمّ البيع بتراضي الطرفين انتقلت ملكية المشتري للمشتري».

وفي ظلّ هذه المعطيات لا يمكن تصوّر انتقال الملكية من شخص إلى آخر إذا كان المحيل غير مالك. فالبائع، إذا كان لا يملك المبيع يستحيل عليه نقل ملكيته إلى المشتري، لأنّ «فاقد الشيء لا يعطيه»⁴⁹⁶. ومن هنا يتبين أنّ من شروط صحة التفويت أن يكون الموفّ مالمكاً لمحلّ التفويت، ويعدّ هذا الاشتراط نتيجة طبيعية⁴⁹⁷ ومنطقية⁴⁹⁸ لإقرار مبدأ الرضاية في نقل الملكية كيفما صاغه الفصل 583 م.أ.ع. المعتمد عنه بالانتقال الفوري للملكية⁴⁹⁹. أمّا أنّ التفويت

غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون» حسب عبارة الفصل 64 م.ا.ع. وقد رأى بعض الفقه وفقه القضاء أنّ التّفويت في ملك الغير يغيّب عنه هذا الشرط بما يوقعه تحت طائلة الفصل 64 م.ا.ع. باعتباره تصرفاً مستحيلاً. وأسّسوا رأيهم الذي يتّجه الرّدّ عليه على تحليل نظري (الفرع الأوّل) مدعوم باجتهد قضائي (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: التّحليل النظري لاستحالة المحلّ

95- يسمح بسط التّحليل (الفقرة الأولى) بتفنيده (الفقرة الثّانية).

494 انظر في نقد هذا الرّيبط بالنسبة إلى الرّهن العقاري، حاتم بن عبد الحميد الرّواتبي، إشهار الرّهن العقاري، بحث سابق، ص 274.
495 أنور سلطان، مصادر الالتزام، الموجز في النّظرية العامّة للالتزام، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللّبناني، دار النهضة العربيّة، بيروت 1983، ف 144، ص 126 - السّنهوري، الوسيط، ج 1، ف 215، ص 376.

الملكيّة فوراً وفيّ الحين بمجرد تراضي الطّرفين على العقد. ولذلك فمن البديهي أن لا تنتقل الملكيّة إلّا إذا كان البائع مالكا للمبيع⁵⁰⁰. ومن ثمّ اعتبار الملكيّة شرطا لصحّة البيع والتّفويت عموماً⁵⁰¹، وهذا ما يدعمه موقع الفصل 576 م.ا.ع.

⁴⁹⁶ Joanna SCHMIDT-SZALEWSKY, Droit des contrats, in Jurisprudence française, [5], Litec, Paris 1989, n° 150-152, p. 165.

⁴⁹⁷ Ch. BEUDANT, Cours de droit civil français, seconde édition publiée par Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, Paris - Librairie Arthur Rousseau, 1938, Tome XI, La vente et le louage de choses, par Jean Brethe de la Gressaye, n° 17-20, pp. 8 et s.

⁴⁹⁸ دي باج ولبنز، العقود الخاصّة، ف 30، ص 66. - ديفولفيل، بيع ملك الغير...، دراسة سابقة، الجزء الأوّل، ف 4 وما بعدها، ص 502 وما يليها.

⁴⁹⁹ يعرف هذا المبدأ في الفرنسيّة بـ: *Le transfert solo consensu de la propriété*

⁵⁰⁰ هوضيت مايار، محلّ العقد، أطروحة سابقة، ص 107.

⁵⁰¹ Louis JOSSERAND, Cours de droit positif français, Tome II, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 2è éd. 1933, n° 1041, p. 544.

عن بيع ملك الغير حيث ورد في باب شروط البيع وأركانه، وهو يدخل تحديدا ضمن ركن المحل وتدقيقا في شرط الإمكانية، إذ يستحيل على البائع قانونا أن ينقل ما لا يملك عملا بالفصل 64 م.ا.ع. ووجه الاستحالة هنا أنه لا يمكنه أن يملك غيره ما لا يملكه هو نفسه طبقا لقاعدة الفصل 551 م.ا.ع. التي تنفي جواز هذه العملية أي «إمكانيتها» وهو ما يعني استحالتها⁵⁰². وما دام المحل من أركان العقد حسب الفصل 2 م.ا.ع. فإن غيابه أو انتفاء شروطه يؤول إلى البطلان المطلق عملا بصريح الفصل 325 م.ا.ع.⁵⁰³

97- ويتدعم هذا النظر أيضا بالقانون المقارن إذ يلاحظ ارتباط بطلان بيع ملك الغير بمبدأ الانتقال الرضائي للملكية⁵⁰⁴. فالتشريعات التي وضعت مبدأ عاما أو خاصا بالبيع في انتقال الملكية بمجرد العقد كالتشريع الفرنسي في الفصلين 1138 و1583⁵⁰⁵ من المجلة المدنية والتشريع الإيطالي القديم في الفصل

1125 من المجلة المدنية، أقرت بطلان البيع بنصوص صريحة (الفصل 1599 فرنسي والفصل 1459 إيطالي قديم)، وهذا يعني أنه لولا طبيعة البيع الناقلة للملكية لما أقر بطلانه إذ يستحيل تحقيق هذه النتيجة بانعدام ملكية البائع للمبيع⁵⁰⁶. ويتأكد ذلك بأمرين وهما وجود بيوعات لا تنتقل فيها الملكية بمجرد العقد فيصح فيها بيع ملك الغير كبيع الأشياء المثلية أو البيع بتأجيل انتقال الملكية⁵⁰⁷ وتبني التشريعات الرافضة لمبدأ الانتقال الرضائي للملكية لصحة بيع ملك الغير كالتشريع الألماني⁵⁰⁸. وكل هذا يجعل من الملكية شرطا لا يقوم البيع دونه، ولا وجه للإمكانية القانونية للبيع في غيابه.

يبدو هذا التحليل مغريا بالإقناع لوضوحه الظاهري ولتماسكه المنطقي، فهل يصمد أمام التقدير؟

98- يتلخص التحليل السابق في اعتبار نقل الملكية شرطا للبيع بحيث يستحيل تحققه إذا لم يكن البائع مالكا. ولا يتيسر مثل هذا الكلام إلا إذا انبنى على المفترضات الثلاثة الآتية التي لا يمكن التسليم بها وهي: التداخل بين محل العقد ومحل الالتزام (أ) وجعل نقل الملكية ركنا لا أثرا للبيع (ب) والإقرار

débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

- **Art. 1583:** *Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.*

506 لقد أحسن الفقيه الفرنسي برات دي لافراساي التعبير عن هذه الفكرة لما لاحظ في شأن الفصل 1599 أنه نتج عن تغيير في النظرة الاقتصادية والقانونية للبيع، حيث لم يكن ناقلا للملكية وأصبح كذلك، فكان صحيحا وأمسى باطلا. (في بيدان، ج XI، ف 93، ص 64).

507 مازو وشاباس ودي جيفلار، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، ف 815، ص 100.

508 ستيفاني، ص 157.

502 يتجه التذكير بتعريف التهانوي للجواز من أنه يعني «الإمكان»: الكشاف، باب الجيم، فصل الرء المعجمة، ج 1، ص 208.

503 انظر في هذا البسط عموما: محمود شمام، الترسيم بدفتر خانة، مقال سابق، ص 12-13. - سعاد يوسف باباي، إمكانية محل الالتزام، مذكرة سابقة، ص 165 وما يليها - حورية كميح، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، رسالة سابقة، ص 47 وما يليها - عبد الرحمان أحمد جمعة، بيع ملك الغير، مرجع سابق، ص 124 وما يليها.

504 **Gaston STEFANI**, La vente de l'immeuble d'autrui en droit égyptien, Revue Al Qanoun Wal Iqtisad, Université du Caire, 1938, n° 3, pp. 144-173, sp. p. 157.

505 ينص هذان الفصلان تباعا على ما ترجمته: الفصل 1138: «الالتزام بتسليم شيء يتم بمجرد تراضي الأطراف المتعاقدين. ويصبح الدائن بموجب ذلك مالكا والشيء في ضمانه منذ اللحظة التي صار فيها واجب التسليم ولو لم يقع القبض، إلا إذا ماطل المدين في التسليم ففي هذه الحالة يبقى الشيء في ضمانه»، والفصل 1583: «يتم البيع وتنتقل الملكية قانونا إلى المشتري إزاء البائع بمجرد تراضي الجانبين على المبيع والثمن ولو لم يسلم المبيع أو يدفع الثمن». وأصلهما الفرنسي هو:

- **Art. 1138:** *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.*

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le

باستحالة المحل⁵⁰⁹ بصفة مطلقة (ج)⁵¹⁰.

أ- التداخل بين محل العقد ومحل الالتزام:

99- بتعريف كلا المفهومين (1) تتضح حقيقة التداخل بينهما (2).

1- تعريف المفهومين:

100- يدلّ تذبذب الاستعمالات التشريعية وحتى الفقهية لمفهوم المحلّ على غياب الدقة الكافية في تحديد دلالاته الحقّة. فتارة تتحدّث نصوص عن محلّ العقد كالفصل 2 م.ا.ع. «أركان العقد الذي يترتّب عليه تعميم الذمّة هي: ...ثالثاً - أن يكون المقصود من العقد مالا معيّناً يجوز التعاقد عليه». والفصل 64 م.ا.ع. «يبطل العقد إذا كان على شيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون». وطورا عن الالتزام كالفصل 66 م.ا.ع.: «قد يكون المقصود من الالتزام شيئاً مستقبلاً...» والفصل 325 م.ا.ع.: «يبطل الالتزام من أصله في

لا يقتصر على العقد بل يتعدّد حسب مصادر الالتزامات الأخرى المذكورة بالفصل الأوّل م.ا.ع. كالجنحة وشبهها... أمّا إن كان محلاً للعقد فكيف تفسّر النصوص المتحدّثة عن محلّ الالتزام؟ ثمّ كيف التفريق عندئذ بين محلّ العقد وآثاره؟ فيحصل للمحلّ إذن مدلولان مختلفان يتعلّقان إمّا بالالتزام أو بالعقد: فأيهما يصحّ أن يكون متعلّقاً للمحلّ؟ وهل يجوز أن يكونا متعلّقين لعالق واحد؟⁵¹³

101- بالرجوع إلى كتابات الفقهاء حول الموضوع يخلص شبه توافق حول التعريفين الآتيين:

⁵¹³ نسجّل وجود متعلّق ثالث، ومن ثمّ مدلول ثالث للمحلّ - وهو التصرف القانوني مأخوذاً بمعنى الإرادة، أي أنّ

كما أنّ هذه المسألة لا تهمّ إلاّ الالتزامات العقدية ولذلك أبيح السؤال: هل المحلّ شرط في الالتزام أم في العقد⁵¹¹؟ فإن كان في الالتزام فهذا يعني أنّ محلّ العقد الواحد يمكن أن يتعدّد بتعدّد الالتزامات التي ينشئها⁵¹². وأنّ محلّ الالتزام

المحلّ لا يتعلق بالالتزام ولا بالعقد بل بالإرادة. وهذا رأي دافع عنه الأستاذ جميل الشرفاوي في مقاله السابق فاعتبر المحلّ عنصراً ذاتياً لا موضوعياً، وعرفه (ف 10 ص 339) بأنه «تمثّل تحقيق الأمر القانوني المقصود من التصرف أي تصوّر الالتزام الذي يهدف إليه المتصرف مع سائر الآثار المرتبطة به» وذاتيته متأثية من أنّ الإرادة هي جوهر التصرف القانوني، فهو الإرادة نفسها، ولذلك فهو دائماً عمل انفرادي ولو كان عقداً لأنّ العقد هو «ربط بين إرادتين أو عدة إرادات لإحداث آثار قانونية والربط بين الإرادات لا يمكن أن يكون هو الإرادات نفسها» (ف 7، ص 319-321). ولذلك أدغمه في السبب فأصبح شرطاً واحداً سماه «السبب» وقدمه كما يلي (ف 11، ص 342-343): «إنّ النظر من قرب إلى كلّ منهما بعد اعتبار كلّ منهما عنصراً في الإرادة، يحمل على تصوّر الاختلاط بينهما، ذلك أنّه ليس من الممكن أن يفصل في الإرادة الواحدة بين القصد إلى تحقيق نتيجة معينة والغاية من تحقيق هذه النتيجة، أي لا يتصور الفصل في نفس الإرادة بين القصد إلى المحلّ والقصد إلى السبب... ويمكن أن نعبّر عن المحلّ والسبب معاً بأنهما موضوع الإرادة (أو موضوع التصرف القانوني) أو بأنهما غاية الإرادة (أو التصرف) وإن كانت تسميتهما معاً غاية التصرف أقرب إلى إبراز الخاصية الذاتية لمضمون الإرادة. ولذلك نختار تسمية مضمون الإرادة بغايتها، ونستقي لهذه الغاية تسمية «السبب» باعتبارها تسمية فقهية مستقرة اتخذها التشريع وأصبحت اصطلاحاً للدلالة على غاية التصرف».

لكننا نترك هذا الرأي جانباً لأنّه ليس شائعاً وهو باعتراف صاحبه لم يقل به إلاّ قليل من الفقهاء (ف 4، ص 299). ولعلّه مع ذلك رأي جدير بالعناية وحرّي بطريق الصواب خاصة أنّ له سنداً من التشريع كاستعمال مجلة الالتزامات والعقود لكلمة «المقصود من العقد» في الفصل 2. و«المقصود من الالتزام» في الفصل 66، ولكلمة «التعاقد» في الفصل 2 وفي عنوانه باب المحلّ. وهذا عين ما ذكره الأستاذ الشرفاوي. لكنّ التعمّق في هذا الموضوع ليس من شأن هذا البحث.

509 واضح من هذا الكلام أنّه يتعلّق بالاستحالة القانونية (بالممكن قانوناً حسب الفصل 64 م.ع.). أمّا الاستحالة الطبيعية فهي مقصاة بذاتها من هذا البحث لأنّ عدم وجود الشيء يمنع الحديث عن ملكيته ونسبتها لواحد من الأفراد، والخوض في ملك الغير يفترض ضرورة وجود الشيء مادياً.

510 في الرد بصفة خاصة على الفصل 551 م.ع. راجع سابقاً، بحث المشروعية، ف 41 وما بعدها.

511 أو التصرف القانوني عموماً ومنه التقويت، وإنما نتحدّث عن العقد في المتن تماشياً مع الاستعمال التشريعي وتحاليل الفقهاء المخصّصة للموضوع.

512 كولان وكابيتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 80، ص 56.

E. GAUDEMONT, théorie générale des obligations, par M. Debois et J. Gaudement, réimpression de l'édition publiée en 1937, Paris, Sirey 1965, p. 89.

- محلّ الالتزام هو الأداء المتعهد به وهو تمليك «شيء» أو عمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء ما بحسب نوع الالتزام⁵¹⁴. وبهذا التحديد يتضاعف محلّ الالتزام بوجود محلّ آخر للأداء هو «الشيء» الذي سيملك أو يمتنع عنه، فيصبح للالتزام محلّ مباشر هو الأداء ومحلّ غير مباشر هو الشيء⁵¹⁵. لكنّ هذا التفريق ينتفي بصفة خاصّة في الالتزام بنقل الملكية⁵¹⁶ إذ يعتبر هو نفسه محلّ الالتزام لأنّ الحقّ العيني المترتب عن الالتزام لا معنى له إلا بالشيء موضوعه فيختلط به⁵¹⁷. فالالتزام البائع في عقد البيع هو التزام بالتّمليك محلّه نقل ملكيّة المبيع إلى المشتري أي أداء التّمليك نفسه ومحلّ هذا التّمليك هو الشيء المبيع فيكون هذا الشيء محللاً للالتزام مباشرة، حتّى أنّ الفقهاء غالباً ما يقسمون دراسة محلّ الالتزام في النظريّة العامّة إلى قسمين⁵¹⁸: «الأشياء» بالنسبة إلى الالتزام بنقل الملكية و«الأفعال» بالنسبة إلى الالتزامات بعمل وبالامتناع عن عمل⁵¹⁹.

على سبيل التجوّز في التعبير⁵²⁰ أو جريان العادة بذلك⁵²¹. فعندما يقال إنّ محلّ البيع هو الشيء المبيع فهذا تجوّز على محلّ التزام البائع الذي هو المبيع باعتباره محللاً لأداء التّمليك. وبالمثل إذا قيل إنّ الثمن هو محلّ عقد البيع فذلك لأنّه محلّ لالتزام المشتري بدفع الثمن⁵²².

وثانيهما هو الغرض أو المقصود من التعاقد وهو الأثر أو جملة الآثار التي يرتبها⁵²³، فالعقد ليس له في الحقيقة محلّ بالمعنى الدقيق والقانوني للكلمة وإنّما له آثار⁵²⁴ تتمثّل بالالتزامات التي ينشئها ويكوّن مجموعها العمليّة القانونيّة التي يقصد الأطراف تحقيقها أو المصلحة التي يهدف الاتفاق إلى تسويتها⁵²⁵، وهذه العمليّة واحدة في كلّ أنواع العقود، فهي في البيع نقل الملكية، وفي الرهن إنشاء حقّ الرهن، وفي الكراء نقل المنفعة... وهكذا...⁵²⁶.

بالتأمل في هذين التعريفين، يلاحظ أنّ محلّ العقد والتفويت في ملك الغير...

يختلط بمحل الالتزام في معنى ويستقل عنه في آخر. فما حقيقة التداخل بينهما.

2- حقيقة التداخل بين المفهومين:

102- يتبين من التعريفين السابقين أن لب المسألة يكمن في المعنى المسند

520 كاريونيني، الالتزامات، ف 54، ص 113 - كولان وكابيتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 80، ص 56.

- فيستان، تكوين العقد... ف 510، ص 567.

«En visant l'objet du contrat, les rédacteurs du code civil ont entendu désigner, par une ellipse traditionnelle et commode, l'objet des obligations créées par le contrat».

521 السّهوري، الوسيط، ج 2، ف 68، ص 170، وف 243، ص 375.

522 قودميه، النظرية العامة للالتزامات، ص 89.

523 ديكارس، الوجيز، ف 66، ص 40 - جوسران، ج 2، ف 112، ص 58.

524 كاريونيني، الالتزامات، ف 54، ص 113 - فيستان، تكوين العقد، ف 510، ص 567 - الشرفاوي،

مقال سابق، فقرة 16، ص 312.

525 بيدان ولافارد، ج 8، ف 165 - فيستان، تكوين العقد، ف 512، ص 569.

526 جوسران، ج 2، ف 112، ص 58 - بيدان ولافارد، ج 8، ف 185.

ومحل العقد يؤخذ بمعنيين: أولهما محل الالتزام بالتعريف السابق وذلك

514 كاريونيني، الالتزامات، ف 54، ص 113 - محمد الزين، العقد...، ف 195، ص 164.

515 انظر:

- Ch. BEUDANT, Cours de droit civil français, seconde édition, publiée par Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, Paris, Librairie Arthur Rousseau, Tome VIII, 1936, Les contrats et les obligations par Gaston LAGARDE, n° 187. - René DEKKERS, Précis de droit civil belge, Tome 2, Les obligations, la preuve, les contrats, les sûretés, Bruxelles, Ets. Emile Bruylant, 1955, n° 66, p. 40.

516 وكذا في الالتزام بالتسليم وفي الالتزام بالرّد وهما من الالتزامات بعمل، انظر: كاريونيني، الالتزامات،

موضع سابق.

517 قودميه، النظرية العامة للالتزامات، ص 89.

518 G. BAUDRY - LACANTINERIE et L. BARDE, Traité théorique et pratique de droit civil, les obligations, Tome 2, Librairie de la société du recueil J-B Sirey et du journal du Palais, Paris, 3ème éd., 1908, n° 61, p. 41.

519 ثبت هذا التحليل هنا مجازة للتحاليل السائدة المبنية على التقسيم الثلاثي للالتزامات وعلى أن الالتزام بنقل

الملكية أو بالحق العيني عموما هو أحدها، ولو أن هناك دلائل كثيرة تشكك في وجود هذا الالتزام وفيها ما

ينفيه أصلا من تصنيف الالتزامات. - انظر لاحقا، ف 280 وما بعدها.

لمحلّ العقد وأنّ كلّ تداخل محتمل يتأثى من مزج معنييه.

فبالمعنى الأوّل، يمتزج محلّ العقد - والتصرّف عموماً - بمحلّ الالتزام بحيث لا يصحّ التصرف إلا إذا «صحّ» محلّ الالتزام الناشئ عنه. وهذا تحليل مستقيم يتّجه قبوله خصوصاً أنّ الفقه - ورغم النقاشات التي درج عليها بهذا الصّدّد في إطار الالتزامات بصفة عامّة⁵²⁷ - يثبته بالنسبة إلى التقويت إذ يعتبر «محلّ العقد هو خلاصة محلات الالتزامات الناشئة عنه والمتمحورة حول الالتزام الأساسي»⁵²⁸ ويضرب المثل دائماً بالالتزام بنقل الملكية. وبالتالي يكون محلّ التقويت هو ذلك «الشيء» لأنّه محلّ الالتزامات التي يرتبها، ويبطل التقويت إذا استحال «الشيء» لأنّه لا التزام بمستحيل. ومعنى هذا أنّ الحديث عن محلّ العقد باعتباره محلّ الالتزام المترتب عنه أمر مستساغ لا تشريب عليه إذ لا يلتزم إلا بما وقع التعاقد عليه وما وقع التعاقد عليه هو ما يلتزم به وهو محلّ الالتزام⁵²⁹.

محلّه المعتر ركنا له، وإلا انعدم أي داع للتفريق بين تكوين العقد وتنفيذه⁵³⁰، وبالتالي تخصيص كلّ مرحلة من هذين المرحلتين بجزء مميّز؛ البطلان للتكوين والفسخ للتنفيذ⁵³¹ وتلاشت كلّ فائدة للحديث حتّى عن مجرد محلّ العقد بموازاة محلّ الالتزام. والحال أنّ هذا المحلّ موجود باعتباره الغرض من العقد، لكنّه فنياً يمثّل أثراً للعقد لا ركناً له⁵³². وعليه فاستتكار أن يوجد بيع والبايع غير مالك ليس إلاّ تعبيراً عن خلط بين غرض العقد وأركانه في حين أنّ التعبير الفئني عن غرض العقد يكون بأثره لا بشروطه. وهذا ما يؤكّده النّظر في مكانة نقل الملكية من عقد البيع.

ب- نقل الملكية أثر للبيع وليس ركناً له:

103- توحى الصبغة الفوريّة لعقد البيع باستحالة تصوّره إن لم يحقق نقل

والحال أنه تفريق جوهري وأساسي في تصوّر العقود وتنظيمها، وهو مكرس تشريعياً بوضوح في تنظيم العقود الخاصة إذ يكفي تتبع نسق وترتيب الفصول المخصصة لكل عقد ليتبين أن أوائل الفصول تتعلق دائماً بشروط العقد أي بتكوينه والأخيرة تهتم آثاره وكذلك انقضاءه إن كان زمنياً من عقود المدة (الكراء - الوكالة). وأبرز نموذج على هذا التخطيط يقدمه كالعادة عقد البيع حيث قسّمه المشرع إلى ثلاثة أبواب: الأول في البيع مطلقاً وفيه قسمان لتعريف البيع وشروطه وأركانها وفيما يجب لتمام البيع، والباب الثاني فيما يترتب على البيع والباب الثالث في بعض من أنواع البيع. لكن لا تجب مع ذلك المبالغة في هذا التفريق لأنه لا معنى للعقد إلا بآثاره وخاصة أثره النوعي، والبطلان هو إعدام لذلك الأثر بحيث إذا كان مستحيلاً مسبقاً كان قبول التعاقد فيه لغوا وضرباً من العيب، وفي هذا يتحد التكوين والآثار. أمّا إذا قامت بوادر وجود ولو طفيفة للأثر فلا بدّ عندئذ من الرجوع إلى إبراز فكرة الأثر في العقد المستقل عن التكوين ولو تزامناً.

ولمزيد التحليل انظر: كاريني، الالتزامات، ف 13، ص 41-43.

- **Nicolas RONTCHEVSKY**, L'effet de l'obligation, Paris. Economica, 1997, n° 1 et 2, pp. 1-3 et les notes.

يمكن بناء على هذه الإشارة ملاحظة عدم الدقة فيما ذهب إليه الإخوة مازو من ضرورة التفريق بين محل الالتزام ومحل العقد باعتباره العملية المقصودة منه وترتيب جزاء البطلان المطلق لكلا المفهومين بما يجعل التفريق والحال هذه عقيماً ومصدراً لغموض وتعقيد لا طائل من ورائه. وقد سبق للفقهاء أن انتقد ذلك: فيستان، تكوين العقد، ف 512، ص 568.

532 مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 485، ص 283.

أما الحديث عن محل العقد باعتباره الغرض المقصود منه - وهو المعنى الثاني له - وجعله ركناً فيه فهذا ما لا يمكن القبول به لأن أثر العقد غير تكوينه، وهو مرحلة لاحقة للتكوين بحيث إذا صحّ العقد وجدت وإن بطل انتفت. ولا يمكن لهذا أن يكون العقد باطلاً لانقضاء محله بمعنى أثره، بل يبطل لغياب

527 انظر في بسط هذه النقاشات: جميل الشرفاوي، مقال سابق، ف 6، ص 312 - فيستان، تكوين العقد، ف 509 وما بعدها، ص 567 وما يليها.

528 هوفيت مايار، محل العقد، أطروحة سابقة، ص 46:

«L'objet du contrat est une synthèse des objets des obligations centrée sur l'objet de l'obligation principale».

- انظر في نفس المعنى: فيستان، تكوين العقد، ف 513، ص 569 - مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 485، ص 283 - ريبير ويولانجي، ج 2، ف 241، ص 99.

529 ولذلك يقول ديموغ (الوسيط في الالتزامات بوجه عام، ف 747، ص 544) إن إطلاق المحل على العقد أو على الالتزام لا يختلف كثيراً (cela importe peu).

الملكيّة. وهذه النظرة السطحيّة للفوريّة توقع في اللبس الذي يجعل نقل الملكية ركنا في البيع. والحقيقة عكس هذا تماما. فنقل الملكية الفوري ليس من جوهر عقد البيع⁵³³ بدليل إمكان تأجيله ووجود بيوعات لا تنتقل فيها الملكية إلا بعد فترة من إبرام عقد البيع لارتباطها بأحداث ووقائع أخرى كالإفراز مثلا بالنسبة إلى بيع الأشياء المثليّة⁵³⁴، وهذه بيوعات صحيحة بلا خلاف. وبالتالي فلا يتوقّف وجود البيع على نقل الملكية ولو تزامن حصولهما، إذ القول بأن الملكية تنتقل فور إبرام العقد يعني أنها تتحقّق وتنفذ في نفس الزّمن الذي ينعقد فيه العقد وبمجرد «ولادتها»، ولكن لا يعني أن تحقّقها هو شرط للبيع ذاته⁵³⁵ تماما كما لا يصحّ القول بتوقّف السبب على نتيجته، بل النتيجة هي التي تترتّب على سببها.

104- وعليه فانتقال الملكية في حد ذاته أثر (لأنه نتيجة) للبيع لا شرط له⁵³⁶. ولهذا دلائل كثيرة. فقد نظمت مجلة الالتزامات والعقود نقل الملكية في

الأوّل المشار إليه «شروطه وأركانه»، فإذا اكتملت شروط البيع انتقلت الملكية، فلا يمكن هكذا أن يكون هذا الانتقال ركنا وهو المعتبر نتيجة في الفصل 583 م.ا.ع.

كما يلاحظ أنّ الفصل 583 م.ا.ع. مسبوق في هذا المعنى بالفصل 564 م.ا.ع. وهو نص هام جداً لأنه يتعلّق بتعريف البيع، وقد جاء فيه «البيع عقد تنتقل به ملكيّة شيء أو حق...» أي أنّ البيع وهو عقد، سبب لنقل ملكيّة الشيء أو الحق، لأنّ نقل الملكية في الفصل 564 م.ا.ع. اقترن بحرف الباء (به)، وهو حرف جرّ من معانيه السببيّة⁵³⁸. وما دام البيع سببا، فلا بدّ له من نتيجة، وهي انتقال الملكية، وما الأثر إلا نتيجة لسبب ما⁵³⁹، فالعلاقة إذن بين البيع ونقل الملكية، هي علاقة سبب بنتيجة، مصدر بأثر، وليست علاقة شروط ولا أركان. ويعرّز الفصل 22 م.ح.ع. هذا التحليل بتعداده العقد ضمن «أسباب اكتساب الملكية».

105- هكذا يتبين أن نقل الملكية ليس ركنا للبيع ولا شرطاً لمحلّه، بل هو أثر لهذا العقد. وهنا، قد يردّ أنصار الرأى المنتقد توضيحاً لموقفهم ودفاعاً عنه قائلين إنهم لم يقصدوا جعل نقل الملكية شرطاً للبيع، بل ملكية البائع للمبيع هي الشرط في نظرهم، وهناك فرق بين الأمرين. إن هذا الردّ صحيح كونه يميّز بحق بين الملكية في ذاتها وانتقالها الذي هو أثر للعقد، لكنّ سداده من حيث أصل الفكرة يتوقّف على كون استحالة

بتقديم محمود السعدي، نشر الشركة التونسية للتوزيع بتونس، والشركة الوطنية للنشر والتوزيع بالجزائر، الطبعة الثالثة، ديسمبر 1982، ص 222) أفضل تعريف يمكن إثباته في هذا المقام: «تمّ يتمّ تماماً وتاماً الشيء»: كملت أجزاءه فهو تامّ». 538 بهاء الدين عبد الله بن عقيل العقيلي الهمداني المصري المعروف بابن عقيل (698 - 769 هـ): شرح على الفية ابن مالك (600 - 672 هـ). تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، الجزء الثاني، ص 19 - 21. 539 نيكولا رونتشفسكي، آثار الالتزام، مرجع سابق، ف 4، ص 6.

«باب نان» عنوانه «فيما يترتب على البيع» بضمن الفصل 583 وما بعده، ولم يرد ذكره في الباب الأوّل المتعلّق «بتعريف البيع وشروطه وأركانه». كما أنّ الفصل 583 م.ا.ع. نفسه المتعلّق بمبدأ الانتقال الرضائي والفوري للملكية وضع هذا المبدأ بالعبارات التالية: «إذا تمّ البيع بتراضي الطرفين انتقلت ملكية المشتري للمشتري» فحسب هذا الفصل انتقال الملكية هو نتيجة لتتمام البيع. وتتمام البيع يعني «اكتمال أجزائه»⁵³⁷. وأجزاؤه هي عناصره أي كما جاء في عنوان الباب

533 جوسران، ج 2، ف 1042، ص 544، - مازو وشاهس ودي جيفلار، البيع والمعاوضة، ف 816، ص 101.
534 سيأتي تحليل هذا الأثر في ذاته وتأجيله لاحقاً، ف 279 وما بعدها.
535 ستيفاني، بيع عقار الغير...، مقال سابق، ص 159.
536 عبد المنعم البدرأوي، عقد البيع، مرجع سابق، ف 286، ص 416.
537 جاء في المعجم الوسيط، (باب الناء، ص 88) «تمّ تمّاً وتاماً: كملّ»، وذكر صاحب الكشاف أنّ التام هو ضد الناقص (ج 1، ص 161) واكتفى صاحب اللسان بالإشارة إلى أنّ تمام الشيء: ما يتمّ به (ج 4، ص 85). وقد استنبط القاموس الجديد للطلاب، (تأليف علي بن هادية ويلحسن البليش والجيلاني بن الحاج يحي

النقل هي استحالة مطلقة. وهذا مفترض مردود.

ج- استحالة المهل نسبية لا مطلقة:

106- يلاحظ أن اشتراط ملكية البائع للمبيع لصحة البيع، هو شرط مستتج وليس صريحا، إذ لم يرد به أي نص. وأركان البيع كأركان أي عقد آخر وردت بالفصل 2 م.أ.ع. مع مراعاة خصوصيات كل عقد. وفي هذه الخصوصيات لا يوجد شرط أن يكون البائع مالكا. لكنه استتج من بطلان بيع ملك الغير عند القائلين به. فما دام بيع ملك الغير باطلا، وبيع ملك البائع جائزا، فالخلل يكمن في غياب الملكية في الصورة الأولى ووجودها في الثانية، ومن هنا استنتاج أن ملكية البائع شرط للبيع حتى يحقق أثره وهو نقل الملكية.

لكن هذا التحليل لا يصح إلا إذا كانت الاستحالة أصلية⁵⁴⁰ ومطلقة. وهذا غير ثابت. ذلك أن الاستحالة المطلقة هي استحالة عامة تسري على الكافة

وقد حاول بعض الفقهاء تغيير مفهوم الاستحالة لإعطائها مسحة موضوعية مأخوذة من الظروف والملابسات المحيطة بالمدين، وغير مربوطة بشمولها للكافة⁵⁴³. لكن هذا الفهم يتناسى أن بيع ملك الغير يجوز بإجازة المالك الحقيقي. فلئن تعذر على المدين نقل ملكية ما لا يملكه، فإنه يوجد على الأقل شخص يستطيع أن يفعل ذلك وهو المالك الحقيقي⁵⁴⁴.

وفي هذا السياق أيضا قصر بعض الفقهاء الفرنسيين الاستحالة على الصورة التي يكون المقصود فيها نقل ملكية شيء معين في الحال لأنه «منطقيًا»⁵⁴⁵ لا يؤدي انبناء بطلان بيع ملك الغير في الفصل 1599 من المجلة المدنية على النقل الفوري للملكية كيفما اقتضاه الفصل 1138 من نفس المجلة إلا إلى استحالة هذه الصورة. لكن تخصيصها بفرغ ميدان بيع ملك الغير من محتواه، وهو الذي يقوم

بالأساس على هذا التحديد، ويخالف الإجماع الفقهي والقضائي في فرنسا على اعتبار بطلان الفصل 1599 بطلانا نسبياً لا مطلقاً. ولا يفوت تسجيل أن مثل هذه المحاولات تمت في ظلّ نصوص تقول بالبطلان (أي الفصل 1599 فرنسي والمادة 466 مصري). فما أغنى نصوصاً في الصّحة عنها وهي حال التشريع التونسي⁵⁴⁶!

107- فيتبيّن هكذا أنّ استحالة التّفويت في ملك الغير هي استحالة

543 سليمان مرقس، عقد البيع، ف 305، ص 529.

544 إسماعيل غانم، مذكرات غير مطبوعة في البيع، ذكره السّهوري في الوسيط، ج 4، ف 155، ص 277، هـ 1.

545 فيستان، تكوين العقد، ف 538، ص 620.

546 علّق المرحوم السّهوري على المادة 466 المذكورة بقوله «... ومن ثمّ فبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه نسبةً... لولا ورود نصّ يجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال (م 466 من القانون المدني الجديد) لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ»، الوسيط، ج 1، ف 219، ص 384، هـ 1.

بحيث لا يستطيع أيّ شخص مطلقاً أن ينفذ الالتزام الذي لم يمكن للمدين تنفيذه⁵⁴¹، فإذا وجد من يمكنه تنفيذ هذا الالتزام، كانت الاستحالة نسبية يصحّ بها العقد. وهذا هو بالضبط وضع بيع ملك الغير إذ يمكن للبائع الحصول على الملكية ونقلها إلى المشتري⁵⁴². إلّا ينصّ الفصل 576 م.ا.ع. على جواز بيع ملك الغير «إذا صار المبيع ملكاً للبائع»⁵ وتصحّ نفس الملاحظة على رهن ملك الغير في الفصل 203 م.ج.ع. وعلى التّفويت في ملك الغير عموماً.

540 الاستحالة الأصلية هي السابقة أو المزامنة للعقد، أمّا الاستحالة الطارئة على تكوين العقد فلا تؤدي إلى بطلانه، بل إلى فسخه أو انقضاخه وتطبيق نظرية تحمل الشّعة في العقود الملزمة للجانبين (انظر الفصل 345 وما بعده م.ا.ع.)، جميل الشرفاوي، طبيعة المحلّ والسبب...، مقال سابق، ف 14، ص 351، هـ 17.

541 فيستان، تكوين العقد، ف 537، ص 619 - انور سلطان، مصدر الالتزام، ف 144، ص 126.

542 مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعوضة، ف 816، ص 101. - فيهو، أعمال التّفويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 16، ص 12. - السّهوري، الوسيط، ج 4، ف 155، ص 277.

نسبية⁵⁴⁷ لا مطلقة⁵⁴⁸، وبهذا تندحر كل مفترضات التحليل النظري لاستحالة التفويت مما يوجب إقرار إمكانيته النظرية⁵⁴⁹، فهل يتجه إقرارها قضائياً أيضاً؟

الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي

108- اعتمد فقه القضاء التحليل النظري السابق وطبقه في صور مختلفة

⁵⁴⁷ من المفيد الإشارة إلى أن الاستحالة هي دائماً نسبية في رأي الأستاذ جميل الشرقاوي المتروك اختياراً، فني رأيه أن المحل في بعده العميق هو عنصر ذهني في التصرف، أي هو تمثّل الشيء (représentation). ويجب أن يجد هذا التمثّل صداه في الواقع من خلال الشيء نفسه، أي أن هذا التمثّل (المسمى «المقصود» في الفصل 2 م.أ.ع.) لا يعتدّ به إلا إذا وافقه القانون باحترام الشروط المستوجبة في مادته، أي في الشيء المتعلق به. فني البيع، محلّ التصرف هو نقل ملكية الشيء أي هو التصوّر الذهني عند كلا المتعاقدين أن ملكية الشيء ستخرج من ذمة البائع إلى ذمة المشتري، أي أن تتجسد في ذهن كليهما هذه العملية لأنها هي محلّ التصرف، ولكن هذا التجسد يكون عقيباً ومفرغاً من كلّ معنى وفائدة إذا كان الشيء المراد تشريكه ذمماً

للتفويت في ملك الغير. وتميّز بتركيزه على فكرة محورية ما انفك يبرزها في كلّ قراراته وأحكامه إن صراحة أو ضمناً وهي أنّ انعدام ملكية المفوّت سبب لبطلان التفويت. ويسمح استقراء جملة القرارات الصادرة في هذا الاتجاه بملاحظة التّسوية في سرد الحجج والتّسوص التي تخدم هذه الفكرة دون التقيّد بتحليل واحد في الصّورة الواحدة. بل ما يقال في بيع مال شائع يقال في البيع مرتين، وفي هذا تثار حجة تحسبها خاصّة به وإذا بك تجدها في التفويت في مال محبّس...، وهكذا تتشابه الحجج وتتغاير دون تبويب حاسم. غير أنّ هذا التّشكّك في التّأسيس يقابله ترتيب في الردّ يقوم على انتقادات عامّة توجّه إلى انعدام ملكية المفوّت في فقه القضاء (الفقرة الأولى) وردود إضافية يستوجبها هذا الأساس في صور خاصّة (الفقرة الثانية).

109- أبطل فقه القضاء التقويت في ملك الغير اعتمادا على انعدام الملكية سواء في حد ذاته (أ) أم تأسيسا على اللامشروعية (ب).

أ- انعدام الملكية في حد ذاته:

110- قد يكون هذا الانعدام بديهيًا عند محكمة التعقيب إلى درجة الاكتفاء بالتأسيس عليه هو ذاته دون إسناده إلى أي نص قانوني، كما فعلت في قرار لها⁵⁵⁰ طرح فيه المشكل حول حق البائع في غلة المبيع المتمثل في جزء من وقف استرده من المشتري إثر إبطال البيع، وذلك على أساس الفصل 660 م.ع. الوارد في باب ضمان عيوب المبيع. فردت بتأييد حكّام الأصل الذين رفضوا هذا الطلب وأشارت إلى «أن الفصل 660 م.ع. لا ينطبق إلا في صورة طلب الفسخ من أحد الطرفين المتعاقدين. أمّا في صورة الحال فقد صدر حكم بإبطال البيع لتعلق

⁵⁵⁰ قرار تعقيبي عدد 4326 مؤرخ في 21 جويلية 1966، ق.ت. ديسمبر 1966، ص 68.

مستعصيا على ذلك لمانع قانوني بأن كان غير مشروع. وعلى هذا، فانعدام وجود المحل أصلا هو فرض خيالي، غير متوقّع، والاستحالة إن وجدت فهي دائما قانونية لا طبيعية ونسبية لا مطلقة إلا إن اختلطت بعدم المشروعية أي إذا وجد نص يمنع التعاقد في أمر معين أو في شيء معين، وهو الشرط الوحيد «السبب» باعتباره المحل والسبب معا في نظر الأستاذ الشرفاوي. وفي هذا الرأي، فالتقويت في ملك الغير صحيح بالضرورة لأن استحالاته دائما نسبية. انظر المقال السابق، ف 14، ص 351 وما يليها.

⁵⁴⁸ لذلك تخرج حالة التقويت في ملك المفوت له لأنها هي الحالة الوحيدة لاستحالة التقويت في غير ملك المفوت استحالة مطلقة، راجع مقدّمة البحث، ف 12.

⁵⁴⁹ يتّجه في هذا الإطار استكمال التحليل بالردّ على الحجّة المأخوذة من موقع الفصل 576 م.ع. (راجع سابقا ف 32) للتدليل على بطلان البيع لاستحالة المحلّ. فهذه الحجّة ليست وجيهة ولا قاطعة بل هي في الحقيقة دليل ضدّ المتمسك بها باعتبار أنها لا يمكن أن تكون أصلية وإنما تكملية تدعيمية لحجج أخرى وقد تقدّم فيها، وأنّ النصّ بمضمونه لا بموقعه، وفي مضمونه جواز وفسخ أي إمكانية للبيع لا استحالة (ويسمح هذا الردّ بإبداء ملاحظتين حول موقع النصّ أولهما أنّه يمكن تفهّمه باعتبار ارتباطه بمحلّ البيع ومن المعقول أن يتخذ موقعه ضمن الأركان، وهذا موقع شكلي منهجي. أمّا من حيث الأصل، وهذه ثانية الملاحظتين، فقد تضمّن النصّ تأكيدا لإمكانية الالتزام تتناهر مع استحالاته وتفضي إلى صحته، بما تفهم منه رغبة تشريعية في تأكيد صحة البيع ونفي بطلانه المستمدّ من استحالة محله. وهو ما يوجب إقرار جزاء الفسخ وقد اعتمده المشرّع، ويؤدّي إلى نقل النقاش من تكوين البيع إلى آثاره مع ما يستتبعه من جدارة نقل النصّ برمته إلى باب الآثار، وهو ما لم يفعله المشرّع وكان أولى به على ما سيأتي بيانه لاحقا. انظر خاصة ف345.

موضوعه بملك الغير الذي هو الوقف»، وفي قرار آخر⁵⁵¹ تتلخص وقائع القضية فيه في أن وارثين لأرض عن أبيهم انجرت له بالشراء من بيت المال⁵⁵² قاموا في إبطال بيع صادر عن البلدية موضوعه جزء من تلك الأرض للغير. فحكم لهم بذلك، وأيدت محكمة التعقيب هذا الحكم ملاحظة فقط، أن البلدية لا تملك ما باعته ورفضت طعن المشتري كونه مثيرا لمسائل واقعية تعلقت بإثبات ملكية البلدية للأرض.

وفي قرار ثالث⁵⁵³ حام فيه المشكل حول استحقاق مصاريف ومنشآت أحدثها مشتر لأرض رفعت يده عنها من مشتر آخر صدر لفائدته حكم عقاري بالتسجيل، فكان القضاء إيجابيا عملا بالفصل 36 م.ع. وإذا بمحكمة التعقيب تتريد على هذا الفصل - كأنه غير كاف - وتقول إن المنشآت ليست ملكا لصاحب الأرض الأصلي الذي باعها للمشتري الثاني، فلا يشملها البيع

أساسه لناقشته. وإن كانت البداية هي الأساس، فقد تقدم رفضها في بحث اللامشروعية.

ب- انعدام الملكية المؤسس على اللامشروعية:

112- جنحت محكمة التعقيب في قرارات أخرى إلى اعتبار انعدام ملكية الموقوف حالة استحالة قانونية حسب الفصل 64 م.ع. فردته إلى أساس يختلط باللامشروعية (1)، وهذا موقف منتقد (2).

1- موقف محكمة التعقيب:

113- في 19 ماي 1981 أصدرت محكمة التعقيب قرارا⁵⁵⁴ بليغ العبارة في تبني التحليل الفقهي لاستحالة المحل واعتبار الملكية شرطا للتقويت. فقد اشترى المدعو سالم قطعة أرض سنة 1963 كانت جزءا من حيس سبقت تصفيته سنة 1960. ولما نازعه المسمى إبراهيم مدعيا سبقه، ثبت أنها سنة 1953 أمرت ببيعها

111- يكفي للردّ على مثل هذا الموقف ملاحظة خلوه من الأساس لأنّ شرط انعدام ملكيّة المفوت لم يرد به نصّ صريح، بل هو مستنتج فلا بدّ من إبراز

⁵⁵¹ قرار تعقيبي عدد 1297 مؤرّخ في 13 ديسمبر 1977، ن 77، II، 205.

⁵⁵² بيت المال هو مؤسسة قائمة بذاتها وقع تنظيمها في 1 نوفمبر 1842 يتولّاها مسؤول يسمّى آغا بيت المال وهو في الغالب نفس رئيس جمعيّة الأوقاف. وهو مؤسسة شبيهة بإدارة خيريّة كانت تصرف مداخيلها قبل تنظيمها في القيام بمصالح الناس والمشاريع العامّة. ثمّ أصبحت تخصّص جميع دخلها رسدا على إعانة العلم وتحصيله بجامع الزيتونة، لأداء رواتب علمائه ونظّاره والقيّمين عليه وتجهيز دفن الغرباء. وكانت نظارته موكولة لأربعة مشائخ هم شيخا الإسلام المالكي والحنفي والقاضيان المالكي والحنفي ينظرون في حفظ بيت المال ومراقبة التصرف فيه وضبط دخله وخرجه ومباشرة أمور التّيمين به. وكانت مداخيله منحصرة في المناب الرّاجع له من الثّركات حسب قواعد الإرث والعقارات التي يشتريها بفاضل موازنته كلّ خمس سنوات. وفي 30 مارس 1957 صدر أمر بتصفيته تبعاً لإلغاء الأحباس العامّة في 31 ماي 1956، وضمّ أملاكه لأملاك الدولة. انظر إبراهيم عبد الباقي، شرح أحكام تصفية الأحباس، مرجع سابق، ص 44 وما يليها.

⁵⁵³ قرار تعقيبي عدد 3022 مؤرّخ في 28 ماي 1981، ن 81، II، 82.

وقفا، قام في استحقاقها فحكم له بذلك. ولكي تؤيد محكمة التّعقيب هذا الحكم قالت: «حيث اقتضى الفصل 571 م.ع. أن ما لا يمكن تسليمه للمشتري بناء على طبيعته أو حاله لا يجوز بيعه واقتضى الفصل 64 من نفس المجلّة أنّ العقد يبطل إذا كان على شيء غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون، وحيث يؤخذ من ذلك أن من الأركان الأساسيّة لصحّة عقود البيع أن يكون البائع مالكا لما يبيعه. وحيث اقتضى الفصل 325 من نفس المجلّة أنّ «ليس للالتزام الباطل من أصله عمل... وحيث تأسيسا على ذلك فإنّ القرار لمّا ركّز قضاءه على اعتبار عقد الطاعن باطلا من أصله وفقا لأحكام الفصل 325 مدني يكون قد حالفه التّوفيق...».

ما يلاحظ في هذا القرار أنّ محكمة التّعقيب بالإضافة إلى فصل 64 م.ع.

⁵⁵⁴ قرار تعقيبي عدد 2509 مؤرّخ في 19 ماي 1981، ن 81، II، 38.

-وقد سبق الردّ عليه- اعتمدت على الفصل 571 م.ا.ع. المتضمّن نصّه أنّ «ما لا يمكن تسليمه للمشتري بناء على طبعه أو حاله كالحوت في الماء والطير في الهواء والحيوان الشّارد لا يجوز بيعه». ويعتبر نصّ الفصل في حدّ ذاته ردّاً على المتمسّك به إذ لا أقلّ من تسجيل أنّه يتعلّق باستحالة طبيعيّة محلّ الالتزام لا معنى لها في مادّة التقويت في ملك الغير⁵⁵⁵.

كما يلاحظ أنّ القرار تعلّق بوقف، ومعلوم أنّ الأحباس لا يجوز التقويت فيها، إذ هي خارجة عن التّعامل من هذه النّاحية ويشملها حكم الفصل 62 م.ا.ع. فأحكامها في نظريّة ملك الغير يسمح بانزلاق هذا الأخير إلى مجال اللامشروعيّة وقد سبق نفي هذا الشرط عن ملك الغير باعتباره محلاً للتقويت⁵⁵⁶. لكن ما تجب إضافته هنا هو استبعاد الخلط بين اللامشروعيّة واستحالة المحلّ القانونيّة أي عدم التّمييز بين الفصلين 62 و64 م.ا.ع. خصوصاً أنّ فقه القضاء يقع فيه حتّى

2- نقد الموقف من اللامشروعيّة:

114- توجد حجّتان عامتان على الأقلّ (1.2) وثالثة خاصّة بالرهن (2.2) تفصل كلّها بين ملك الغير واللامشروعيّة.

1.2- الميّتان العامتان:

115- أولاً: إنّ ملك الغير هو ملك موجود في ذمّة الغير ولا يوجد في ذمّة المفوّت، وهذا هو وجه الاستحالة القانونيّة فيه. غير أنّ لهذه الاستحالة وجهاً آخر يتعلّق باللامشروعيّة لأنّ الشّيء الخارج عن التّعامل هو شيء يستحيل التّعاقد فيه قانوناً. وهذان وجهان مختلفان للاستحالة، لأنّ ملك الغير خارج عن ذمّة المفوّت وحده بعكس الشّيء الذي لا يقبل التّعامل، فهو كالخارج عن كلّ الذمم⁵⁵⁸، ولأنّ الذمّة تختلف عن التّعامل إذ هي وعاء للأشياء التي يتعامل فيها، فإذا صرّح القانون بمنع التّعامل في شيء معيّن فلا يعني أنّه أخرج من الذمّة وبالعكس إذا

لم يكن الشيء في ذمة شخص لا يعني أنه لا يمكن التعامل فيه. وملك الغير هو شيء خارج عن ذمة المفوت. وكذلك فاستحالة ملك الغير هي دائما استحالة نسبية بعكس الاستحالة الناتجة عن اللامشروعية، وهي أيضا استحالة خاصة بمعنى أن ملك الغير هو شيء قابل للتعامل فيه في ذمة صاحبه ولا يقبل ذلك من غيره خلافا للامشروعية التي هي استحالة عامة.

بناء عليه لا يجوز الحديث أصلا عن ملك الغير إذا كان الشيء غير قابل للتعامل فيه⁵⁵⁹. وهذا ما يفسر وجود نصين مستقلين لكل من اللامشروعية والاستحالة أي الفصلين 62 و64 م.ا.ع.، وأسبقية الأول على الثاني. وقد سارت محكمة التعقيب في هذا الاتجاه وأحسن تطبيق الفصل 62 م.ا.ع. لما استبعدته

⁵⁵⁸ جوانا شميدت - سالفسكي، قانون العقود...، 146، ص 160.

⁵⁵⁹ E. COLMET de SANTERRE, Cours analytique de code civil de A.M. DEMANTE (continuation depuis l'article 980). Librairie Plon, Paris 1887, 2ème éd., Tome VII, n° 28, p. 50.

في مادة الكراء إذ يذهب بعض حكام الموضوع إلى بطلان كراء نفس المحل ثانية لأنه كراء ملك الغير على أساس الفصل 62 م.ا.ع. وتؤيدهم محكمة التعقيب⁵⁵⁷ في مذهبهم فترفض مطلب التعقيب المؤسس على أحد المطاعن الناعية على حكام الأصل تطبيقهم الفصل المذكور على مثل هذا النزاع، ولا تتجشم حتى عناء الرد عليه بل تختم قرارها «بصرف النظر عن المستند القانوني الذي اعتمده (أي محكمة الموضوع)». والحقيقة أن هذا الموقف مردود.

⁵⁵⁵ انظر في هذا الاتجاه: قرار استثنائي مدني صادر عن محكمة الاستئناف بسوسة عدد 284 مؤرخ في 16 فيفري 1961، ق.ت. جويلية 1963، ص 48.

⁵⁵⁶ راجع سابقا، ف 11 و73.

⁵⁵⁷ قرار تعقيبي (دوائر مجتمعة) عدد 775 مؤرخ في 18 فيفري 1983، ن 85، I، 268 / مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة 1961-1992، ص 512. مع تعليق للأستاذ فوزي بالكفاني، منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بسوسة، العدد الأول، جوان 1997، ص 103.

من تأسيس بطلان الكراء الثاني، فائلة «إن الفصل 62... إنما ورد لبيان ما يجب توفره في التعاقد عليه وأن مناط تطبيقه خاص بذات التعاقد عليه الذي هو المكري... وحيث أنه متى كان المكري هو من الأشياء التي يجوز التعامل فيها فإن عقد تسويغه يعتبر مستوفيا لركن التعاقد عليه... وحينئذ فالحكم بإبطاله... تطبيقا للفصل 62 يعد حكما قائما على أساس غير صحيح قانونا»⁵⁶⁰.

116- ثانيا: إن إقحام الشيء الخارج عن التعامل في دائرة ملك الغير يؤول إلى تشويه صحة التفويت في ملك الغير لأنه إما أن يؤدي إلى إبطاله، وهذا يتعارض مع الاستحالة النسبية لهذا التفويت، أو إلى إقرار صحته وفي ذلك خرق سافر للفصل 62 م.ع.

والحقيقة أن الأحباس أو الملك العام أو الأراضي الاشتراكية... كلها أشياء خارجة عن التعامل وغير قابلة للتفويت، فإذا خولف هذا المنع، وقع التفويت

نظرا لكونها وجوبية ومقدمة عليه. ذلك أن التفويت الذي يتعلق بملك الغير ويقوم به في نفس الوقت سبب مستقل للإبطال يتطلب أعمال هذا السبب ويجب إبطاله عملا بالقاعدة الأصولية الواردة بالفصل 546 م.ع. «إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع»⁵⁶¹ فإذا اجتمع في التصرف الواحد سببان متناقضان متعارضان أحدهما يوجب البطلان والآخر يفرض الصحة قدم الأول لأن المنع أولى في الاعتبار، فعند تعارض الأسباب يقدم المانع. وينتج عن هذا أن ملك الغير ليس شيئا غير قابل للتعامل فيه بما يؤدي إلى وجوب التمييز بينهما⁵⁶². وهذا ما تؤيده أحكام الرهن.

2.2- الحجة الخاصة بالرهن:

117- إن اعتبار ملك الغير شيئا خارجا عن التعامل يتعارض مع الأحكام العامة للرهن كيفما صاغتها الفصول من 201 إلى 209 م.ع.، وبصفة خاصة

الفصلان 205 و 203 م.ح.ع.. فقد نصّ الفصل 205 م.ح.ع على أنّ «ما جاز بيعه جاز رهنه». ولو أعطي لهذا النصّ المعنى الأوّلي الذي قد يتبادر إلى الذهن لأغنى عن عديد الفصول المنظّمة للرهن، لأنّه سيعتبر نصّاً يتضمّن إحالة عامّة إلى أحكام البيع المتعلقة بشروط هذا العقد والحال أنّ مثل هذه الإحالة غير ذات فائدة لأنّ المشرّع نظّم عديد الأحكام المتعلقة بشروط الرهن بصفة خاصّة في مادّة الرهن⁵⁶³. فتكون الإحالة العامّة عندئذ مجرد تكرار لا يقع في مثله المشرّع. وعلى هذا، لا بدّ أن يقتصر فهم الفصل 205 م.ح.ع على ربط المرهون بالبيع، أي باشتراط أن يكون المرهون جائزاً ببيعته لأنّ الرهن تأمين عيني معدّ لكي ينتهي

⁵⁶¹ انظر في تطبيق هذه القاعدة مثلاً: حكم ابتدائي صادر عن محكمة تونس عدد 70382، غير مؤرخ، ق.ت. جانفي 1960، ص 61.

⁵⁶² ينسحب هذا الردّ أيضاً على قرار 21 جويلية 1966، المشار إليه سابقاً في الهامش 550.

⁵⁶³ انظر الفصل 202 م.ح.ع. في رهن الحقّ المشروط والفصل 204 م.ح.ع. في حالات الأهلية الخاصّة في البيع (المال المتنازع فيه...).

باطلاً لخرق الفصل 62 م.ا.ع. ولو أنّ المفوّت قد فوّت «فيما لا يملك» لكن لا يجب النّظر إلى هذا الاعتبار وإلا حصل الخلط المرفوض. ذلك أنّ ملك الغير لا يضيف شيئاً بهذا الصّد. ولا يقال إنّ هذا التّفويت باطل وقد تعلق بملك الغير فينتج عنه أنّ التّفويت في ملك الغير باطل، بل الأصحّ أن يقال إنّ التّفويت باطل لأنّه تعلق بملك غير قابل للتّفويت فيه لا لأنّه تعلق بملك الغير. ويكون وضع التّفويت هنا كوضعه كلّما قام به سبب آخر للإبطال كما إذا انعدمت فيه شكلية الصّحة (الكتب مثلاً في بيع عقاري حسب الفصل 581 م.ا.ع. أو في رهن عقاري: الفصل 275 م.ح.ع.)، فيقع التّفويت باطلاً لانعدام الشّكلية لا لأنّه تعلق بملك الغير. ومعنى هذا أنّ اعتبار ملك الغير في تناول صّحة التّفويت يقتضي غياب كلّ أسباب الإبطال لأنّها تجبّه وتطمس حقيقته، وقد تجرّه إليها وهو ليس منها

⁵⁶⁰ قرار تعقيبي عدد 8551 مؤرخ في 27 جويلية 1972، ق.ت. فيفري-مارس 1973، ص 42 (وقد انتهى هذا القرار إلى الدوائر المجتمعة التي أصدرت قرار 18 فيفري 1983 المشار إليه سابقاً، م.557).

ببيع إذا لم يؤدّ المدين دينه. فإذا لم يكن جائزا بيع المال مسبقا تعدّر رهنه لانتهاء معنى التأمين فيه. وهذا ما يؤكّده نصّ الفصل 205 م.ج.ع. نفسه باللغة الفرنسية:

«*Tout ce qui peut être valablement vendu peut être objet de nantissement.*»

فالفصل 205 م.ج.ع. يتعلّق بمحلّ الرهن ويشترط فيه أن يكون جائزا ببيعه، أي أن يكون قابلا للتفويت. ولا يزيد عن هذا المعنى⁵⁶⁴. وبناء عليه لا يمكن رهن الحوت في الماء ولا الطير في الهواء ولا الحيوان الشارد ولا المعدوم لأنّه لا يمكن بيعها... ولا يمكن رهن الملك العامّ لأنّه لا يجوز بيعه ولا الأحباس كذلك... فكلّ ما خرج عن التّعامل لا يباع ولا يرهن، وكلّ هذا لا يدخل فيه ملك الغير لأنّ المشرّع أفردّه بنصّ خاصّ هو الفصل 203 م.ج.ع. فلو كان شيئا غير قابل للتّعامل فيه لما وجد أيّ داع لذلك لأنّ حكم الفصل 205 م.ج.ع. يشملّه لكنّ

أ- التفويت في نفس الشيء مرتين:

119- يتطلّب الردّ على البطلان بعد عرضه (1) إبراز صورة التفويت مرتين على حقيقتها (2) ووضعها في إطارها الصّحيح (3).

1- عرض الموقف القضائي:

120- شكّلت صورة التفويت مرتين في نفس الشيء مسرّحا خاصّة لبلورة نظريّة بطلان التفويت لاستحالة المحلّ. وتعدّ هذه الصّورة ضربا من التفويت في ملك الغير وتجد لها رواجا كبيرا في عقد البيع. فلو أنّ زيدا باع عقاره مثلا لعمر، لصار هذا الأخير هو المالك بموجب الفصل 583 م.أ.ع. وعليه إذا أعاد زيد بيع نفس العقار لبكر فإنّه يكون لا محالة بائعا لملك غيره، لأنّه لم يعد مالكا بموجب البيع الأوّل لعمر. وقد صدرت عدّة قرارات تعقيبيّة تعتبر البيع الثاني باطلا بطلانا مطلقا لفقدانه لركن المحلّ. من بينها القرار عدد 1979 المؤرّخ في

تخصيصه بفصل مستقل دليل على استقلاله عن دائرة الفصل 205 م.ج.ع. بما ينتج معه أن ملك الغير ليس شيئاً خارجاً عن التعامل، وأن كل جمع بينهما ليس إلا ضرباً من الخلط يجب تجنبه. وبالتالي يخلص أن اللامشروعية لا شأن لها بملك الغير وأن انعدام الملكية المؤسس عليها لا يستقيم أساساً لبطلان التفويت في ملك الغير. وكذا في بعض الصور الخاصة حيث تنهض حجج إضافية تردّ البطلان وتدعم صحة التفويت.

الفقرة الثانية: انعدام ملكية المفوت في الصور الخاصة

118- تتحصر هذه الصور في التفويت في نفس الشيء مرتين (أ) وفي التفويت في المال الشائع (ب).

564 انظر في هذا الاتجاه:

- Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Précis Dalloz, Paris 2ème éd., 1995, n° 290, p. 269.

27 فيفري 1979⁵⁶⁵ الذي خالف محكمة الاستئناف قضاءها بعدم إبطال البيع الثاني «حال أنه كان من حسن السداد وراشد الاتجاه إلا تفضل أن شراء المعقب عليه لا يمكن أخذه بعين الاعتبار في صورة الحال لانعقاده فاقداً للمحل الذي هو أحد الأركان الأساسية لتولّد العقود الوارد بها الفصل 2 م.ا.ع.». والقرار عدد 1597 المؤرخ في 20 نوفمبر 1979⁵⁶⁶ الذي جاء فيه بالخصوص «أن الالتزام الصادر من المعقب عليه للطاعة كان خالياً من أحد أركانه وهو المحل الذي سبق التفويت فيه بالبيع للمعقب عليها مما يصبح معه المعقب عليه المذكور مفوتاً بالبيع للطاعة في عقار خرج عن ملكيته ومبرماً معها لعقد بيع فاقد المحل وهو بيع باطل لخلوه عن أحد أركانه طبقاً لأحكام الفصلين 325/2 م.ا.ع.»⁵⁶⁷.

565 ن. 1. 79. 109.

566 ن. II. 79. 101.

567

صدر عن محكمة الاستئناف بصفافس قرار استند في حيثياته إلى القرارين السابقين: قرار استئناف عدد 6215 مؤرخ في 8 أبريل 1982، ق.ت. أبريل 1983، ص 126 - وفي نفس الاتجاه: حكم ابتدائي صادر عن

وكذا في 19 ماي 1986⁵⁶⁸ و3 جانفي 1995⁵⁶⁹. وبنفس هذه الكلمات تقريبا انتهت محكمة التعقيب إلى أن البيع الثاني «فاقد الوجود»⁵⁷⁰، أو أنه «لم يتوجد بصفة قانونية إذ أنه حرر بخط اليد بدون تضمين رخصة الولاية وبصدوره عن غير المالكين للمبيع وبدون إذن منهم»⁵⁷¹ ونقضت قرارا استثنائيا أهمل الرد على الدفع الذي تمسكت به الطاعنة من أن البيع الثاني «هو عقد فاسد وباطل لأنه مسلط على غير ذي موضوع... وأن البائع لم يكن يملك العقار موضوع التداعي وقت تعاقدها... وهذا أمر يجعل ذلك العقد غير موجود أصلا ولا موضوع له واقعا...»⁵⁷².

ويلاحظ في هذا السياق أن محكمة التعقيب تكتفي أحيانا بذكر البطلان صراحة لكن دون تحليل الأساس⁵⁷³ وأحيانا لا تشير حتى إلى البطلان، بل تستعمل عبارات أخرى في الدلالة على نفس المقصود من نوع «لا حق للموكل في

من غير مالك وتضيف وجوب مراعاة سوء نية المشتري⁵⁷⁶ لأن حسن نيته يجعله في منأى عن إبطال الترسيم⁵⁷⁷.

وتجدر الإشارة من جهة أخرى إلى مدى تشييع محكمة التعقيب بهذا التحليل المرتكز على نظرية المحل المفضية إلى البطلان إلى درجة أنها تطبقه بدوائرها المجتمعة في مادة الكراء، رغم الاختلاف البين بين البيع المعدّ تفويتا والكراء المنتج لحق شخصي⁵⁷⁸. ولعلّ عدم التلاؤم بين الكراءين هو الذي يفسر لجوء محكمة التعقيب إلى تحليل التفويت مرتين وبدل في الآن نفسه على خصوصية مثل هذا التصرف.

2- حقيقة صورة التفويت مرتين:

121- إن «البساطة» التي تقدّم بها هذه الصورة عادة على أنها من صور

كما يلاحظ أنها تضاعف هذا التعليل في العقارات المسجلة بمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 305 م.ح.ع. ونصّها «وابطال الترسيم لا يمكن بأي حال أن يعارض به الغير الذي يكون حسن النية»⁵⁷⁵ فتقرر بطلان البيع الثاني لصدوره

محكمة تونس عدد 68174 مؤرخ في 20 ماي 1989، غير منشور. لكن نصه يقرأ في مذكرة سعاد يوسف باباي عن إمكانية محل الالتزام (الملحق ص 10).

⁵⁶⁸ قرار تعقيبي عدد 13253 مؤرخ في 19 ماي 1986، ق.ت. ديسمبر 1987، ص 57.

⁵⁶⁹ قرار تعقيبي عدد 34478 مؤرخ في 3 جانفي 1995، ن. 95، 453.

⁵⁷⁰ قرار تعقيبي عدد 2556 مؤرخ في 13 مارس 1979، ن. 79، I، 130.

⁵⁷¹ قرار تعقيبي عدد 1443 مؤرخ في 4 أبريل 1978، ن. 78، I، 162.

⁵⁷² قرار تعقيبي عدد 1442 مؤرخ في 20 ماي 1975، ن. 75، II، 65.

⁵⁷³ قرار تعقيبي عدد 15178 مؤرخ في 9 مارس 1988، ن. 88، 350.

⁵⁷⁴ قرار تعقيبي عدد 1416 مؤرخ في 8 ديسمبر 1977، ن. 77، II، 203.

⁵⁷⁵ هذه هي الصياغة الأصلية للفصل 305 ف 2 م.ح.ع. وقد تغيرت بتتقيح 4 ماي 1992 فأصبحت: «وابطال

الترسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية واعتمادا على الترسيمات الواردة بالسجل». إلا أن هذا النص الجديد لم يدخل بعد كلياً حيز التنفيذ. - انظر لمزيد التفصيل لاحقا، ف 314 والهامش 1107.

⁵⁷⁶ قرار تعقيبي عدد 17623 مؤرخ في 14 جانفي 1988، ن. 88، 253. - قرار تعقيبي عدد 56988 مؤرخ في 20 ماي 1997، ن. 97، II، 75.

⁵⁷⁷ قرار تعقيبي عدد 58 مؤرخ في 9 جوان 1975، ن. 75، II، 114. - قرار تعقيبي عدد 6236 مؤرخ في 30 نوفمبر 1982، ن. 82، IV، 279.

⁵⁷⁸ قرار تعقيبي (دوائر مجتمعة) عدد 775 مؤرخ في 18 فيفري 1983، ن. 85، I، 268. / مجموعة قدم.

1962 - 1991، ص 512. (قرار مشار إليه سابقا ف 113، هامش 557). وقد جاء في هذا القرار بالخصوص: «أن عقد التسويغ الثاني الذي أبرمته المكربة... دون سبق التحلل من رباط العقد الأول... يكون عديم النفاذ بالنسبة لها غير قائم على موضوع بمدلوله القانوني الواردة به الفصول 726 و 727 و 739 م.ع.... وباعتماد هذا الواقع فإن الشركة تصرفت في حق لا تملكه عند الإيجار وتعاقبت بموضوع غير متوفر لديها لتجده بيد معاقبتها الأولى صاحبة التصرف والاستغلال لاستمرار فاعليته ونفاذ عقدها قانونا وهو مسبق في الاعتماد والحجية... وهو ما دعا محكمة الموضوع للتصريح بإبطال اعتماده ومفعوله بالنسبة لها».

في نفس الاتجاه: - قرار تعقيبي عدد 5367 مؤرخ في 11 جوان 1981، ن. 81، II، 163. - قرار تعقيبي عدد 35531 مؤرخ في 15 فيفري 1995، ن. 95، 143.

التفويت في ملك الغير⁵⁷⁹ لا ينبغي أن تحجب بعض الالتباسات التي يتجدها رفعها والفروق التي يجب توضيحها بدقة في النقاط الخمس التالية:

أولاً: تفترض صورة التفويت مرتين التنازل وعدم التلازم بين التفويتين. وهذا لا يتحقق إلا في الأعمال الناقلة للملكية أو المنشئة لحق عيني أصلي كبيع نفس الشيء مرتين أو المعاوضة به أو إنشاء حق الانتفاع عليه مرتين. أما في الحق العيني الثبني (الرهن) فالمسألة غير واردة إطلاقاً من حيث معرفة الإمكانية من عدمها نظراً إلى جواز هذه العملية صراحة، بل إن الطاقة الائتمانية للشيء تكمن عند صاحبه في أنه يمكنه الاستفادة به قدر المستطاع تجاه دائنين متعددين. بما يعني أن رهن الشيء مرتين فأزيد هو تصرف أكثر من طبيعي. وما وجود حق الأفضلية كأثر للرهن بما يفرضه من ترتيب الدائنين إلا دليل قاطع عليه⁵⁸⁰.

ثانياً: يفترض في التفويتين أن يكونا خاليين من كل خلل أو عيب آخر ما

الأخر. والأمر بالمثل بين مشترلعقار بحجة كتابية ثابتة التاريخ ومدعي شراء نفس العقار بعقد شفاهي خلافاً للفصل 581 م.ا.ع.⁵⁸³.

وكذلك إذا طعن في أحد التفويتين بالتواطؤ، فلا يلتفت إلى كونه صادراً من المالك أو من غيره، بل المطلوب هو نفي مفعوله إزاء المفقوت له المتضرر، سواء كان بالإبطال أم بعدم الاحتجاج⁵⁸⁴، لا فرق. المهم أن التفويت في هذه الظروف لا ينظر إليه كتفويت في ملك الغير.

ثالثاً: يفترض في التفويتين أيضاً أن يكونا صادرين عن نفس المفقوت لشخصين مختلفين. وعليه إذا وجد تفويتان في نفس الشيء من مفوتين مختلفين (أو ج) لشخصين مختلفين (ب ود) فلا يمكن اعتبارهما من قبيل التفويت مرتين، بل يدخل ما كان صادراً منهما عن غير مالك في الصورة الكلاسيكية للتفويت في ملك الغير⁵⁸⁵. على أن افتراض اتحاد المفقوت لا يتنافى مع وجود مفوت

عدا كونهما صادرين عن نفس المالك. فإذا كان بأحدهما عيب بطلان انتفى الحديث عن وجود تفويتين، بل هناك في الحقيقة تفويت واحد، والآخر باطل. وبالتالي فلا إشكال. وهذا ما درج عليه فقه القضاء لحسم النزاع لفائدة مشتري العقار ضد خصمه الذي لم يحصل على الرخصة الإدارية (رخصة الولاية مثلا)⁵⁸¹ إذ البيع الذي لم ترد فيه الرخصة هو بيع باطل⁵⁸² «لا وجود له» في مواجهة البيع

⁵⁷⁹ انظر مثلا: الأستاذ محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير...، ف 310، ص 260.

⁵⁸⁰ كان المشكل مطروحا في بدايات الرهن في القانون الروماني حيث لم يكن الرهن ممكنا إلا بعد انقضاء الرهن الأول. ثم تطوّر القانون وأصبح ذلك ممكنا. انظر في المسألة:

- **Mahmoud ELSAKKA**, Du principe Prior tempore Potior jure en droit romain classique. Revue AlQanoun Wal Iqtisad, Université du Caire, 1967, XXXVIIème année, pp. 181-216, voir p. 181.

⁵⁸¹ قرار تعقيبي عدد 6977 مؤرخ في 23 نوفمبر 1982، ن 82، IV، 268. - قرار تعقيبي عدد 15531 مؤرخ في 20 نوفمبر 1986، ن 86، II، 60. - قرار تعقيبي عدد 34638 مؤرخ في 8 فيفري 1995، ن 95، 274.

⁵⁸² راجع الفصلين 1 و2 من أمر 4 جوان 1957 المتعلق بالعمليات العقارية (رائد رسمي عدد 45 صادر في 4

جوان 1957) المنقح والمتّم بعدة نصوص لاحقة أهمها المرسوم عدد 77 المؤرخ في 21 سبتمبر 1977 (رائد رسمي عدد 63 صادر في 30 سبتمبر 1977، ص 2707) والذي أعفى التونسيين من الرخصة وأبقى اشتراطها إذا كان في العملية طرف أجنبي باستثناء الفرنسيين والإيطاليين إذا كانوا بائعين لعقارات مبنية أو مكتسبة قبل 1 جانفي 1956، وذلك عملا بقانوني المصادقة على تبادل الرسائل بين الحكومتين التونسية والفرنسية عدد 104 لسنة 1998 المؤرخ في 18 ديسمبر 1998 (رائد رسمي عدد 102 صادر في 22 ديسمبر 1998، ص 2511) والحكومتين التونسية والإيطالية عدد 5 لسنة 2000 المؤرخ في 24 جانفي 2000 (رائد رسمي عدد 8 صادر في 28 جانفي 2000، ص 1450).

⁵⁸³ قارب من: قرار تعقيبي عدد 4121 مؤرخ في 21 أكتوبر 1981، ن 81، III، 291. - قرار تعقيبي عدد 43911 مؤرخ في 22 أكتوبر 1996، ن 96، I، 89.

⁵⁸⁴ صلاح الدين الملولي، تعليق على قرار مدني، حول دعوى طعن الدائن في عقود مدنيه، تعليق سابق، مرجع سابق، ص 19 وما يليها.

⁵⁸⁵ يمكن هكذا الرد على تعجب الفقيه «فور» المشار إليه سابقا في أول بحث البطلان المطلق (ف 32) بنفي الاستحالة العقلية التي ذهب إليها في تصور بيعين لذات الشيء من بائعين مختلفين، إذ على العكس، فهذا التصور ممكن والبيع الثاني موجود لا على أنه بيع ملك البائع بل على أنه بيع ملك المشتري من البائع الأول عملا بنقل الملكية الفوري. فعندما يبيع زيد شيئا لعمرو ويبيع بكر نفس الشيء للزيد، فإن بكرا لم يبيع في الحقيقة ملك زيد بل ملك عمرو. وهذه هي فرضية ملك الغير بامتياز، وقد غابت عن ذهن «فور» لأنه تصور أن بكرا باع ملك زيد، وهذا مستحيل فعلا منطقيا لأن الشيء لا يوجد في ذمتين مختلفتين في نفس الوقت.

ثان تربطه مع المالك علاقة وكالة أو خلافة، بل إن عديد الحالات المعروضة في التطبيق تدخل في هذا الإطار. إذ غالباً ما يكون التفويت الأول صادراً عن المالك والتفويت الثاني عن وكيله، وبما أن ما يتممه الوكيل يلزم الموكل⁵⁸⁶ فكان التفويت الثاني أبرمه المالك نفسه⁵⁸⁷ وهذا هو التفويت مرتين⁵⁸⁸ وقد يصدر التفويتان عن وكيلين مختلفين لنفس المالك⁵⁸⁹. ويحصل أيضاً أن يصدر التفويت الثاني عن وارث المفوت الأول، فعملاً بالفصل 241 م.ا.ع. وبموجب انتقال الضمان إلى الوارث⁵⁹⁰ يعتبر التفويت الذي أبرمه المورث كأنه مبرم من الوارث فإذا فوت فيه بعد ذلك يكون مفوتاً في نفس الشيء مرتين⁵⁹¹.

رابعاً: إن التفويت مرتين لا يتخذ دوماً الشكل الاختياري، بل قد يتفق أن يكون أحد التفويتين حكماً قضائياً ويقع هذا غالباً في مادة الوعد بالبيع عندما يفوت الواعد في الشيء الموعود به إلى غير الموعود له، ثم يقوم هذا الأخير في

الأول⁵⁹². ويمكن أيضاً في منطلق قواعد الاحتجاج أن يكون مع التفويت بيع جبيري لمال البائع باعتباره مديناً معقولاً عنه⁵⁹³.

خامساً: إن إشكالية التفويت مرتين تطرح بنفس الكيفية سواء كان الشيء عقاراً أم منقولاً، ولو أن فقه القضاء المنشور يكاد ينحصر في العقارات، باستثناء قرارين صادرين تباعاً في 9 جوان 1970⁵⁹⁴

⁵⁹² قرار تعقيبي عدد 1442 مؤرخ في 20 ماي 1975، ن. 75، II، 65. - قرار تعقيبي عدد 1597 مؤرخ في 20 نوفمبر 1979، ن. 79، II، 101. - قرار تعقيبي عدد 15178 مؤرخ في 9 مارس 1988، ن. 88، 350. (قرارات مذكورة سابقاً)، وتجب الإشارة إلى أن عرض المنورة في المتن جاء مبسّطاً لضرب المثال بقدر ما يفي بالمقصود، لكن الحقيقة أن صورة التفويت في الموعود به وعلاقتها بملك الغير تقتضي تقديمها أوفى إذ يجب التفريق بين فرضيتين: حصول التفويت قبل إتمام البيع النهائي ووقوعه بعده. فإن تمّ التفويت بعد إتمام البيع

إنمام البيع النهائي ويتحصل على حكم نهائي قاض بذلك باعتباره قائماً مقام البيع. فتتحقق بهذا فرضية التقويت مرتين بوضع هذا الحكم بموازاة البيع

586 انظر الفصلين 1149 و1153 م.إ.ع.

587 في هذا الاتجاه: قرار تعقيبي عدد 1443 مؤرخ في 4 أبريل 1978، ن 78، 162 مشار إليه سابقاً - قرار استثنائي (سوسة) عدد 284 مؤرخ في 16 فيفري 1961، ق.ت. جويلية 1963، 650/48.

588 عادة ما تثار في النزاع مسألة عزل الوكيل وانتهاء وكالته حتى يؤول الحق إلى مكتسبه من المالك الأصلي. وهي مسألة هامة ومصيرية في تحديد فرضية ملك الغير المطروحة لا في إخراجه منها، إذ لو ثبت انتهاء الوكالة، فإن التقويت الصادر عن الوكيل يدخل عندئذ في صورة تجاوز الوكالة ولا يعد من التقويت مرتين.

589 قرار تعقيبي عدد 1416 مؤرخ في 8 ديسمبر 1977، ن 77، II، 203.

590 انظر لاحقاً، ف 503 و504.

591 انظر مثلاً: قرار تعقيبي عدد 5869 مؤرخ في 14 أبريل 1948، ق.ت. جانفي 1962، ص 37 - قرار

تعقيبي عدد 2556 مؤرخ في 13 مارس 1979، ن 79، I، 130، مشار إليه سابقاً. - قرار تعقيبي عدد 17623 مؤرخ في 14 جانفي 1988، ن 88، 253، مشار إليه سابقاً،

انظر مزيداً من النقاش لهذه الصورة بالذات وإمكانية حل مخالف فيها: سليمان مرقس، عقد البيع، ف 175، ص 309.

النهائي، فهذه صورة التقويت مرتين. أما إذا حصل قبله فالمسألة تأخذ وجهاً آخر يتعلق بإمكانية إلزام الواعد. بإتمام البيع النهائي ووجود استحالة قانونية للتفويض على معنى الفصلين 273 و275 م.إ.ع. إذ أن الواعد لما فوت في الموعود به إلى الغير فوت في ملكه لأن الوعد لا ينقل الملكية (قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 12082 مؤرخ في 30 جانفي 1976. ق.ت. فيفري 1976، ص 37). وتعلق حق الغير أي المشتري بالموعود يمنع إتمام البيع النهائي وإلا كان بيعاً إجبارياً ملك الغير، وهذا هو الموقف الغالب في فقه القضاء (قرار تعقيبي عدد 20128 مؤرخ في 17 جانفي 1989، ق.ت. جوان 1991، ص 57. - قرار تعقيبي عدد 6644 مؤرخ في 25 جانفي 1982. - قرار تعقيبي عدد 44274 مؤرخ في 29 أكتوبر 1996، ن 96، I، 431. - قرار تعقيبي عدد 32771 مؤرخ في 20 أوت 1992، م.ق.ت. 1995، ص 213، مع تعليق للأستاذ عبد المجيد عبودة). باستثناء حالة التواطؤ (قرار تعقيبي عدد 11524 مؤرخ في 8 أبريل 1976، ن 76، I، 174) لكن انظر عكس هذا: قرار تعقيبي عدد 3306 مؤرخ في 10 ديسمبر 1981، ن 81، IV، 218 (أثار الفصل 345 م.إ.ع. ولو أنه يبدو مستنداً إلى وجود صورية تبرر قضاءه). - قرار تعقيبي عدد 6807 مؤرخ في جانفي 1983، ن 83، I، 67. - قرار تعقيبي عدد 8461 مؤرخ في 7 جويلية 1983، ن 83، II، 267. فإذا صدر الحكم بناء على الرأي المخالف، أو صدر في ظل الرأي الغالب باعتبار عدم إثارته أمام المحكمة، فإن صورة التقويت مرتين تطرح من جديد.

593 قرار تعقيبي عدد 28578 مؤرخ في 27 جانفي 1993، ن 93، 195.

انظر: أحمد بن طالب، استحقاق العقول، م.ق.ت. 1995، ص 85. انظر خاصة ص 103 وما يليها.

594 قرار تعقيبي عدد 5799 مؤرخ في 9 جوان 1978، ق.ت. جوان 1971، ص 67.

و18 أكتوبر 1984⁵⁹⁵ لكنهما لا يفيدان كثيرا لأن المشكل طرح فيهما في إطار مغاير باعتبارهما يتعلقان بمنقول مالا. ففسي قضية القرار الأول، باع شخص أرضا بها أشجار مثمرة لمشتريين ثم باع الثمار بعد ذلك لمشترا آخر، وقد أصبحت بعد قلعها منقولات وكانت في البيع الأول عقارا عملا بالفصل 7 م.ح.ع.⁵⁹⁶ وقد حكم بصحة بيع الثمار لأن بيع الأرض لم يسجل طبق الفصل 581 م.ع. أما في القرار الثاني فقد جاء في الوقائع أن ديوان الأراضي الدولية باع لمؤسسات بن قمر غابة من أشجار الكالتوس بضيعة المحطة بنفزة قصد قلعها والاتجار فيها بعد تصييرها حطبا. وبعد القلع باع الديوان الحطب للغير أي باعه منقولا بعد أن باعه عقارا⁵⁹⁷. ولم تطرح في القرار صحة هذا التفويت من عدمها، بل ألزم الديوان بالخسارة لأنه لم يحصل على رخصة القلع والبيع من إدارة الغابات مما

عاقبة المشتري، عن دفع المبيع حتى هفتت فيه الديمان للغيب⁵⁹⁸

1.3- التفويت مرتين أو تفويت في ملك الغير:

123- هل من يبيع ثانية ما سبق له بيعه يبيع ملك غيره فعلا؟

يجيب فقهاء القضاء بالإيجاب مؤكداً في بعض القرارات السابقة بعبارة صريحة أن البيع مرتين هو بيع ملك الغير⁵⁹⁹ فإن كان الأمر كذلك فالمفروض تطبيق الفصل 576 م.ع. إلا إذا وجدت نصوص أخص منه تنطبق على التفويت في ملك الغير. والصحيح أن التفويت مرتين هو صورة خاصة فعلا وأن الفصل 576 م.ع. ينطبق عليها، لكن بطريقة خصوصية لأنه مرتبط بنصوص أخرى تسبقه وتحدد وجهة تطبيقه. وهذا هو وجه الخصوصية في صورة التفويت مرتين، حيث تطرح فيه إشكالية التفويت في ملك الغير بتدرج بعد الخروج من دائرة مبدأ «الأول في الزمن هو الأقوى في الحق».

وتحليل ذلك أن اكتساب حقين من طبيعة واحدة ومن نفس الشخص يخلق

وضعا تصادمياً يتنافى فيه الحقان إذ لا يمكن أن يوجد في نفس الوقت عند شخصين مختلفين فهذا يآباه المنطق السليم ونظريتنا الدّمة الماليّة والحقّ العيني، ولا مناص إذا من تقديم أحد الحقّين على الآخر والاحتكام إلى قاعدة في الغرض. ولم ير الفكر القانوني أفضل من الرّمن معياراً لتحديد أيّولة الحقّ إلى صاحبه فجاء بقاعدة أن «الأول في الرّمن هو الأقوى في الحقّ» وكرّسها منذ القانون الروماني⁶⁰⁰ والفقّه

⁵⁹⁹ راجع: قرار تعقيبي عدد 15178 مؤرّخ في 9 مارس 1988، ن 88، 350 - قرار تعقيبي عدد 34478 مؤرّخ في 3 جانفي 1995، ن 95، 453 - قرار استثنائي (صفاقس) عدد 6215 مؤرّخ في 8 أفريل 1982، ق.ت. أفريل 1983، ص 126. - حكم عقاري في المراجعة عدد 454 مؤرّخ في 4 ديسمبر 2001، ق.ت. جوان 2002، ص 255.

⁶⁰⁰ راجع في ذلك: محمود السّقا، مبدأ «الأول في الرّمن هو الأقوى في الحقّ» في القانون الروماني ❖، مقال سابق في مجلة القانون والاقتصاد لسنة 1967، ص 181 وما يليها.

ويسمح هذا التّدقيق بوضع مسألة التّفويت مرّتين في إطارها الصّحيح.

3- وضع المسألة في إطارها الصّحيح:

122- إنّ أهمّ ما يلاحظ في قضاء البطلان المنتقد هو تأسيسه على الفصل 64 م.إ.ع. وغياب النّص الخاصّ بملك الغير أي الفصل 576 م.إ.ع. فيفرض سؤال نفسه عندئذ عن حقيقة انتماء صورة التّفويت مرّتين إلى ميدان التّفويت في ملك الغير؟ ويبينّ الجواب بالإيجاب (1.3) أنّ هذا التّفويت صحيح (2.3).

⁵⁹⁵ قرار تعقيبي عدد 9554 مؤرّخ في 18 أكتوبر 1984، ن. 84، II، 322.

⁵⁹⁶ الفصل 7 م.إ.ع.: «الصّابة على سوقها والثّمار في أصولها هي أيضا من العقارات، فإذا جدّت صارت من المنقولات ولو لم تنقل».

⁵⁹⁷ الفصل 8 م.إ.ع.: «حطب الأشجار لا يصير منقولا إلا بالنّسبة إلى ما وقع قطعه».

⁵⁹⁸ وقع تأسيس هذا الحكم على الفصلين 243 و592 م.إ.ع. والفصل 65 من القانون عدد 60 المؤرّخ في 20 أوت 1968.

الإسلامي⁶⁰¹ وشاعت وانطبقت في عديد الميادين حتى أصبحت مبدأ عاماً يستتج من كثرة تلك التطبيقات أو يرتبط بمبدأ أن «لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق»⁶⁰² المكرس في الفصل 551 م.ا.ع. واعتباراً لكون التفويض هو سبب اكتساب الحقين، فلا بد من تداخل أحكام الاحتجاج بالعقد إزاء الغير⁶⁰³ إذ يعتبر كلا المتنازعين على الحق في هذا السياق غيراً في مواجهة بعضهما⁶⁰⁴ ولا يحتج أحدهما بعقده وبالتالي بحقه المنجر له منه إلا إذا سبق بإعلام الغير بالوسيلة القانونية نظراً لارتباط الاحتجاج بالإشهار. ومن ثم يتضح مناط الزمن في المبدأ المذكور وهو الإشهار⁶⁰⁵ أي أن الجواب عن سؤال «زمن ماذا؟» في مبدأ «الأول في الزمن...» يكون: هو زمن الإشهار. وإنما يختلف مناط هذا الإشهار ويتنوع حسب الميادين والحالات، وهو في الحقوق العينية الأصلية بصفة

خاصة⁶⁰⁶ يقوم على تفريق بين العقارات والمنقولات. ففي العقارات يشترط التاريخ الثابت الذي يكون بالتسجيل في العقارات المسجلة عملاً بالفصل 305 م.ح.ع. «كل حق لا يعارض به الغير إلا بتسجيله بإدارة الملكية العقارية وابتداء من تاريخ ذلك التسجيل»⁶⁰⁷ وبالتسجيل في قبضة المالك بالتسوية إلى العقارات غير المسجلة طبقاً للفصل 581 م.ا.ع. «...ولا يجوز الاحتجاج بالعقد المذكور على الغير إلا إذا سجل في قبضة المالك...»⁶⁰⁸. أما في المنقولات فالأولوية للحوز عملاً بنص الفصل 489 م.ا.ع. «إذا تساوى الطرفان في الشبهة فالقول قول الحائز إذا كانت شبهته قائمة عند ابتداء حوزة ولو كان بتاريخ حجته متأخراً عن حجة خصمه»⁶⁰⁹. وفي غياب الحوز، يصار إلى الحجّة الأسبق بتاريخ ثابت على معنى الفصل 490 م.ا.ع.؛ «إذا لم يكن هناك حوز وتساوت الحجّتان قضى بالحجّة الأقدم تاريخاً. وإذا كان لأحد الخصمين حجة غير ثابتة التاريخ رجّحت الحجّة التي لها تاريخ

606 في الرهن العقاري يكون الإشهار في العقارات المسجلة بالتسجيل وفي العقارات غير المسجلة بالتسجيل على الرهن فوق رسم الملكية لدى عدلين حسب الفصلين 278 و 279 م.ج.ع. وفي رهن المنقول يتم بتحرير كتب في الرهن على معنى الفصل 214 م.ج.ع. فضلا عن التحوُّز بالمنقول (الفصل 212 م.ج.ع.) أو الإعلام به (الفصل 258 م.ج.ع.). وأمّا في الحقوق الشخصية فتكفي الإشارة خاصة إلى الفصل 207 م.ج.ع. في إحالة الدين والذي يعتد بتعريف المدين بالإحالة، وإلى الفصل 842 م.ج.ع. في الإجارة على الخدمة أو على الصنّع والذي يقدم من وقعت له الإجازة أولا.

607 حافظ الفصل 305 م.ج.ع. على نفس الحلّ حتى في صياغته الجديدة في ظلّ المفعول المنشئ للتسجيل: «كلّ حقّ عيني لا يتكوّن إلا بتسجيله بإدارة الملكية العقارية وابتداء من تاريخ ذلك التسجيل».

608 قد تعتمد «تواريخ ثابتة» أخرى تعويضية لغياب أحد التاريخين المذكورين، فقد يكون التسجيل نفسه في العقارات المسجلة، وقد يكون تاريخ الحجّة الرسمية أو تاريخ التعريف بإمضاء الأطراف أو تاريخ تضمين الرخصة الإدارية... أو غير ذلك، لكنّ المهمّ أنّ الحلّ المبدئي هو ما أشير إليه في المتن. انظر بصفة عامّة في التواريخ الأخرى الممكنة: محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير...، ف 470 وما بعدها، ص 388 وما يليها والهوامش (تواريخ مذكورة في مادة الشفعة ولكنها تسحب أيضا على التفويت مرتين).

609 يرتبط هذا الحلّ بقرينة «الحوز في المنقول سند الملكية» المكرّسة بالفصل السابق أي 488 م.ج.ع. وهو مأخوذ عن الفصل 1141 من المجلّة المدنية الفرنسية. انظر: مارك بيّو، الاحتجاج بالعقود التي محلّها حقوق عينية، مقال سابق، ف 22 وما بعدها، ص 204 وما يليها.

601 يستدلّ في هذا الصدد بالحديث الشريف الذي رواه الخمسة عن سمرة عن النبي ﷺ: قال «أيما امرأة زوجها وليّان فهي للأول منهما - وأيما رجل باع بيعا من رجلين فهو للأول منهما». وقيد عمر بن الخطاب هذا الحلّ في التكاثر بالدخول والقاعدة منطبقة في الكراء أيضا. انظر نصّ الحديث في: محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيّد الأخيار، شرح منقّى الأخبار (لابن تيمية الجد)، دار الجيل، بيروت، ودار الحديث، القاهرة، 1938، ج 5، ص 155. وانظر في القاعدة عموما: أحمد بن يحيى الوائلي (ت 914 هـ / 1508 م)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام عبد الله مالك، دراسة وتحقيق الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار الحكمة، طرابلس، الطبعة الثانية، 1997، ص 114 - 115. (قاعدة 63).

602 الآن رويي، لا يجوز لشخص... أطروحة سابقة، ص 4.

603 Marc BILLIAU, L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel, Rapport français, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges. Sous la direction de Marcel Fontaine et Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J. 1992, pp. 191 et s.

604 محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير...، ف 339، ص 290.

605 José DUCLOS, L'opposabilité, Essai d'une théorie générale, thèse Paris, L.G.D.J. 1984, n° 47 et s., p. 71 et s. - Georges VIRASSAMY, La connaissance et l'opposabilité, Rapport français, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, précité, pp. 132-151, spéc. n° 19 et s., pp. 139 et s.

ثابت»⁶¹⁰.

124- وقد طبقّ فقه القضاء هذه القواعد خاصة في المادة العقارية في أكثر من قرار، حيث أقرت محكمة التعقيب بالملكيّة لمن سبق من المشتريين بإجراء الترسيم بإدارة الملكيّة العقارية⁶¹¹ أو التّسجيل في القباضة⁶¹². وبصرف النظر عن تذبذب فقه القضاء في التّطبيق السّليم لنصوص التّاريخ الثّابت والاحتجاج، فإنّ الوقوف عند مجرد تطبيقه لمبدأ الأسبقية في الزّمن يفرض الخروج بالنتيجة الآتية: وهي أنّ التقويت مرّتين هو صورة للتّقويت في ملك الغير مركّبة من نزاعين متعاقبين: نزاع احتجاج بالعقد وبالحقّ العيني الناتج عنه على الغير يتحدّد فيه من المفوّت لهما يفوز بالحقّ العيني، وبعد الفراغ منه يتبيّن المفوّت له «المحروم» باعتباره كان طرفاً في تقويت في ملك الغير، فيرجع على المفوّت، وبهذا يبرز النّزاع الثّاني، أي نزاع ملك الغير. وتتبني على هذه النتيجة سلسلة من

الاستنتاجات الفرعيّة أهمّها إطلاقاً أنّ التقويت في ملك الغير صحيح.

2.3- التقويت مرّتين هو تقويت صحيح:

125- تستند صحّة التقويت مرّتين إلى كون نزاع الاحتجاج الأوّل يفترض ضرورة عقوداً صحيحة لا باطلة⁶¹³. ولا يقال بفصل النّزاعين عن بعضهما لأنّ الاكتفاء بنزاع الاحتجاج عندئذ يكون وقوفاً في منتصف الطّريق، كما لا يتّجه بعد النظر في مسألة الاحتجاج «إبطال» التقويت غير المحتجّ به لأنّ في ذلك تناقضاً يجعل التقويت صحيحاً وباطلاً في الآن نفسه، وهو ما يؤخذ على محكمة التعقيب التي تذكره أحياناً في حيثيات متزيّدة كما في قرار 14 فيفري 1991⁶¹⁴ و4 جويلية 1994⁶¹⁵. وبهذا تتشكّل حجّة إضافية تدحض استحالة التقويت في ملك الغير وتؤول إلى توجيه نقد أصلي وتأويلي في نفس الوقت لفقه القضاء على تطبيقه الفصل 64 م.ا.ع. دون نصوص الاحتجاج

581 م. ا. ع. 3057 م. ح. ع. 1) والفصل 576 م. ا. ع. الخاص ببيع ملك الغير - وبالنفويت
 عموماً - ولو أنّ موقف فقه القضاء قد يفسّر برغبة القضاء في «الانتصار»
 للمشتري المجرد من وسيلة الاحتجاج لأنّ الواقع أو الإنصاف في صفه إذ غالباً - إن
 لم يكن دائماً - ما يكون هو المدعي في دعوى البطلان. وقد يكون المشتري
 الآخر متواطئاً ولا بيّنة على ذلك⁶¹⁶ فيجد القضاة في نظرية المحلّ مستتداً وغطاءً
 قانونيّاً «مقنعاً» لإبطال البيع الثاني. ويتجنّبون إثارة الفصل 576 م. ا. ع. والدخول
 إلى «مناهته» التي قد تحملهم على مناقشات وتحاليل تقودهم إلى صحّة البيع وهم
 عنها راغبون! لكنّ هذا التفسير لا يمكن أن ينقلب تبريراً، بل يتخذ دليلاً آخر
 على أنّ الرجوع إلى نظرية المحلّ في ظلّ قواعد الاحتجاج ليس إلاّ خرقاً لهذه

613

مازو وشاباس، الالتزامات، ف 295-2، ص 280.

614

قرار تعقيبي عدد 22199 مؤرخ في 14 فيفري 1991، غير منشور (مشار إليه سابقاً، ف 75).

615

قرار تعقيبي عدد 40646 مؤرخ في 4 جويلية 1994، ن 94، 173.

616

لأنه لو ثبت ذلك لبطل البيع لعدم مشروعية السبب أو لصريح بعدم الاحتجاج به لأنّ الفسّ يفسد كلّ شيء.

610 في معرفة التاريخ الثابت يراجع الفصلان 444 و445 م. ا. ع. في الحجج الرسميّة والفصل 450 في الحجج
 الخطيّة. وتجدر الإشارة إلى أنّ عبارة الفصلين 489 و490 لا تحصرهما في المنقول ولو أنّ ارتباطهما بالفصل
 488 يفضي إلى ذلك، غير أنّ انطباقهما على العقارات يثار بالخصوص في نزاعات استحقاقية تعارض فيها
 حجج وحوز، وهذا موضوع آخر.

611 قرار تعقيبي عدد 27651 مؤرخ في 15 أفريل 1978، ق.ت. جوان 1978، ص 131. - قرار تعقيبي عدد
 5715 مؤرخ في 24 مارس 1982، ن 82، II، 274. - قرار تعقيبي عدد 7464 مؤرخ في 4 جانفي 1983،
 ن 83، I، 193. - قرار تعقيبي عدد 7235 مؤرخ في 13 جانفي 1983، ق.ت. أفريل 1983، ص 105/ن
 83، 180. - قرار تعقيبي عدد 7554 مؤرخ في 29 مارس 1983، ن 83، I، 228. - قرار تعقيبي عدد
 40646 مؤرخ في 4 جويلية 1994، ن 94، 173.

612 قرار تعقيبي عدد 62/385 مؤرخ في 8 نوفمبر 1960، ن 60، 60. - قرار تعقيبي عدد 1089 مؤرخ في 27
 مارس 1962، ن 62، 26. - قرار تعقيبي عدد 588 مؤرخ في 31 أكتوبر 1978، ن 78، II، 130. - قرار
 تعقيبي عدد 7748 مؤرخ في 21 مارس 1983، ن 83، I، 222/ق.ت. ماي 1984، 79. - قرار تعقيبي عدد
 9742 مؤرخ في 19 أفريل 1984، ن 84، I، 246. - قرار تعقيبي عدد 28237 مؤرخ في 26 ماي 1992،
 ن 92، 423. - قرار تعقيبي عدد 43594 مؤرخ في 15 أكتوبر 1996، ن 96، I، 293. - قرار تعقيبي
 عدد 44244 مؤرخ في 29 أكتوبر 1996، ن 96، I، 296.

القواعد، وأن القول ببطلان التفويت ليس إلا مداورة لصحته وحجة ضمنية على اندراج الفصل 576 م.أ.ع. في سياق الصحة لا البطلان⁶¹⁷.

وشبيه بهذا التحليل موقف محكمة التعقيب من التفويت في المال الشائع.

ب- التفويت في المال الشائع:

126- إن قضاء البطلان فيما يتعلق بالمال الشائع (1) هو قضاء منتقد (2).

1- عرض قضاء البطلان،

127- أقرت محكمة التعقيب في أكثر من مناسبة ببطلان التفويت في المال الشائع فيما زاد على منابيات المفوت، معتبرة أن الشريك له مناب شائع، ويبيح له الفصل 59 م.ج.ع. «بيع منابه وإحالاته ورهنه والتفويت فيه بعبوض أو بدونه إلا إذا كان حقه مختصاً بذاته». فإذا كان منابه الربيع مثلاً، وباع أو رهن ثلث المال الشائع فإنه فيما زاد (أي نصف السدس) قد فوت فيما لا يملك، وهو تفويت

إن البائع لم يكن يستحق إلا بعض الأسهم من الكامل أصبح من المتحتم الإبطال في خصوص الجزء الذي اتضح أن البائع لا يستحقه. فالإبطال هنا متأت من عدم ملكية البائع لما زاد على منابه، ومن ثم كان البطلان جزئياً، لأن البائع مالك في حدود منابه، فبيعه صحيح، وغير مالك فيما زاد فبيعه باطل لانتهاء شرط الملكية.

وتقر المحكمة نفس هذا البطلان لكن بأساس غير واضح. ففي قضية شفعة تسلطت على منابيات تبين فيما بعد أن بعضها منازع فيه بين البائع وبقية الشركاء، ولمعرفة إن كان علم الشفيع بهذا الواقع يسقط حقه في الشفعة أم لا⁶²⁰، ذكرت محكمة التعقيب⁶²¹ في سياق تعليقه للرد على السؤال المطروح بقاعدة «أن البيوعات الفاسدة لا شفعة فيها إلا بعد الحكم بصحتها» مشيرة إلى أن «البيع في قرار الحال كان غير واضح في بقية المنايات وغير محدد لمقدار ما ثبتت صحته منه». فلا يفهم

إن كان التنازع في المنابات أم عدم تحديد مقدارها هو المؤدي إلى الإبطال. المهم أنه يفهم ضمناً وضرورة من خلال إثارة القاعدة المذكورة أن المحكمة تعتبر أن بيع ما يزيد عن المنابات التي يملكها الشريك باطل.

وفي نزاع مغاير نسبياً أفادت وقائعها أن امرأة قامت في حقها وفي حق أبنائها باستحقاق دار وأرض ملاصقة لها ضد شخص استولى عليهما، فرد هذا الأخير بأنه اشترى العقارين وتداخل شخص ثالث ليبدلي بكتب شراء لجزء من الدار من أحد ورثة زوج المدعية وهو واحد من المستحقين دون وقوع مصادقة بقيّة الورثة، وتأييداً لحكام الأصل في قضائهم باستحقاق المدعية لعقاري النزاع، بينت محكمة التعقيب⁶²² أن شراء المدعى عليه الأصلي باطل لوقوعه بكتب لا يفيد

⁶²⁰ في القرار حكم بصحة الشفعة.

⁶²¹ قرار تعقيبي عدد 814 مؤرخ في 24 جويلية 1961، ن. 61، 81.

⁶²² قرار تعقيبي عدد 3675 مؤرخ في 2 فيفري 1982، ن. 1، 82، 265.

باطل، تقول محكمة التعقيب⁶¹⁸ في شأنه ما يلي: «على مقتضى القانون التونسي يمكن للشريك المالك على الشئاع بيع منابه لا الجملة وإن بيعا كهذا الذي هو عبارة عن بيع ملك الغير لا يصح إلا في بيع مناب البائع ما عدا الصورتين المنصوص عليهما بالفصل 576 من المجلة المدنية» وتضيف⁶¹⁹: «إن البيع لا يكون حجة على الغير إلا متى أثبت المشتري ملكية البائع للمبيع»، وعليه فإنه لما ثبت

⁶¹⁷ تجب الإشارة إلى أن خرق قواعد الاحتجاج يظهر أيضا بالنسبة إلى العقارات المسجلة من خلال تطبيق الفقرة الثانية من الفصل 305 م.ح.ع. لفض نزاع احتجاج بين مكتسبين لنفس الحق، والحال أنها مخصصة للقوة الثبوتية للترسيم إزاء الغير حسن النية، وهي تنطبق أساسا عند إبطال الترسيم أو التسطيب عليه، فتحمي الغير الذي تلقى الحق بحسن نية من صاحب الترسيم الباطل. وهذا مختلف عن تحديد أي من المتنازعين على حق متلقى من نفس السلف تكون له الأولوية. انظر في هذه المسألة خاصة: محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير...، ف 168 وما بعدها، ص 141 وما يليها.

⁶¹⁸ قرار تعقيبي عدد 3139 مؤرخ في 28 فيفري 1939، ق.ت. نوفمبر - ديسمبر 1960، 651/29.

⁶¹⁹ قرار تعقيبي عدد 182 مؤرخ في 13 جويلية 1960، ق.ت. أكتوبر 1960، 38.

الإيجاب والقبول (هكذا) ولخلوه من الرخصة الإدارية، وأن شراء الدخيل باطل أيضا من أصله لأنه بيع الفضولي لملك الغير بدون مصادقة منه على ذلك، ولم يحتو الكتب على ما يدل على أن الورثة وكلوا «البائع» دون بقية المالكين ويبدو من هذا التعليل المؤسس ضمناً على الفصل 576 م.ا.ع. أن المحكمة تبطل البيع لأنه صادر من غير مالك، وغاب فيه شرط مصادقة المالك، أي أن بيع الشريك لمنابات غيره هو بيع لما لا يملك، وهو باطل لانقضاء الملكية⁶²³.

128- يستشف من هذه القرارات أنها تسعى إلى ربط مصير العقد بتحقيق أو غياب الملكية. فالملكية فيها شرط للتفويت وبغيابها يختل مقوم العقد. وبما أن انقضاءها في حالة المال الشائع جزئي فإن البطلان يكون كذلك. ويمكن ربط هذا الاستنتاج بنظرية المحل وشرط الإمكانية فيه، باعتبار أن الفصل 59 م.ج.ع. سح التفويت في المناب المشاع، وضمناً لا يبيح إلا ذلك. فكل تفويت لا يحترم

المذكورة⁶²⁵ وحضور الفصل 576 م.ا.ع. في مقابل ذلك إن تصريحاً أو تلميحاً لغياب شرطيه بما يؤول إلى ملاحظة ربط محكمة التعقيب للتفويت في المال الشائع بالتفويت في ملك الغير. ويمثل هذا الربط أول خطوة للرد على هذا الموقف.

2- دحض الموقف القضائي:

129- ينبغي التأكيد أولاً أن التفويت في المال الشائع هو فعلاً تفويت في ملك الغير (1.2). ثم النظر في الحجج المضادة للبطلان (2.2).

1.2- صفة التفويت في المال الشائع بملك الغير:

130- يطلق التعبير بالتفويت في المال الشائع على وجه التعميم ليشمل فرضيات عديدة ومختلفة رغم دلالتها الخاصة على واحدة منها. وتستنتج هذه الفرضيات من تقريب الفصلين 59 و56 م.ج.ع. في تعريف الشئوع. فحسب الفصل 59 م.ج.ع.: «لكل من الشركاء بيع منابه وإحالتة ورهنه والتفويت فيه بعهض، أو

بدونه إلا إذا كان حقه مختصاً بذاته». وما دام المناب المذكور مناباً ذهنياً غير مفرز كما يقول الفصل 56 م.ج.ع. في تعريفه للشّيع: «الشّيع هو اشتراك شخصين فأكثر في ملكية عين أو حقّ عيني غير مفرزة حصّة كلّ منهم» أمكن استنتاج الفرضيات الآتية:

- (1) - الشريك يفوت في كامل منابه المشاع.
- (2) - الشريك يفوت في أكثر من منابه المشاع.

⁶²⁵ لكن تنجّه الإشارة إلى قرار تعقيبي لم تذكر فيه المحكمة نصّ الفصل 59 لكنّها اعتمدته بالضرورة لرفض دعوى المشتري القائم في تمكينه من عقار محدّد ومفرز من المال المشاع معتبرة أنّ «ذلك يتعارض مع الملكية المشاعة» فيستتج من رأيها أنّ التمكن لا يقبل في المال الشائع إلا إذا كان البيع لمنابات مشاعة، فما هو مشاع لا يباع إلا مشاعاً وإن بيع مفرزاً فهو غير ممكن. وهذا ما يفهم أيضاً من الفصل 59 م.ج.ع.: قرار تعقيبي عدد 595 مؤرّخ في 24 ماي 1977، ن. 77، I، 298. وفي نفس الاتجاه لكن مع التأسيس على الفصل 551 م.ج.ع. إذ لا يمكن إجبار الشريك البائع على تسليم أكثر من مناباته: قرار تعقيبي عدد 44625 مؤرّخ في 12 نوفمبر 1996، ن. 96، II، 390.

فيه المفوت حدود مناباته يعتبر مخالفاً للفصل 59 م.ج.ع. وتعدّ هذه المخالفة خروجاً عن الممكن. وهذا هو بالضبط مناط الفصل 64 م.ج.ع. الذي يبطل العقد إذا كان على محلّ غير ممكن قانوناً، وعدم الإمكانية القانونية هنا يبيتها الفصل 59 م.ج.ع. في أنّه لا يجوز التصرف إلا في حدود المناب الشائع، لا غير.

وبهذا التحليل، يمكن توضيح ما تكلّمنا عليه القضاة في الإفصاح عنه تأسيساً لموقفه في البطلان⁶²⁴، دون أن تفوت ملاحظة غياب الإشارة إلى الفصل 59 م.ج.ع. في القرارات

⁶²³ يبدو أنّ محكمة الاستئناف بتونس تبنت نفس التحليل في قضية طرح فيها النزاع حول جواز استحقاق أصول زيتون دون الأرض المغروسة فيها وقد سبق لأحد الخصمين أن باع الأرض المغروسة قبل حسمه أصول الزيتون فلاحظت محكمة الاستئناف من تلقاء نفسها أنّه ما دامت الرّياتين بقيت مشاعة فإنّ الخصيمة البائعة لا يمكنها أن تبيع أكثر ممّا تملك: قرار عدد 51876 مؤرّخ في 9 جانفي 1986، غير منشور.

⁶²⁴ محمّد كمال شرف الدين، حقوق الغير...، ف. 331، ص. 280 وهـ. 201.

(3) - الشريك يفوت في مناب مشاع من جزء مفرز من المال الشائع.

(4) - الشريك يفوت في جزء مفرز من المال الشائع.

(5) - الشريك يفوت في كل المال المشاع.

وإذا علم أن الشبوع هو وضع زائل حسب الفصلين 70 و 71 م.ج.ع. يزول خاصة بالقسمة التي لها أثر كاشف لحق المتقاسم حسب الفصل 123 م.ج.ع.⁶²⁶، وأن التفويت في المشترك لا يتم إلا بإجماع الشركاء طبق الفصل 68 - أولاً م.ج.ع.، ثم أضيف كل ذلك إلى الفرضيات المستنتجة من الفصل 59 م.ج.ع.، لتبين بوضوح اختلال التفويت في بعضها بما يستدعي التفكير في فض إشكالاته⁶²⁷.

131- ورغم أن الفرق بين الفرضيات المذكورة لا تظهر أهميته بصفة ملحة إلا لتحديد نظام التفويت والنتائج المترتبة عنه⁶²⁸ إلا أن دوره غير هيّن في باب

- أما الفرضية الثانية فمن الدارج اعتبارها تفويتا في ملك الغير⁶²⁹. وهذا يقتضي مسبقا تكييف حق الشريك في المال الشائع بأنه حق ملكية حتى يعتبر الشريك المفوت متصرفا في ملك غيره خاصة أن الشريك مالك معه، وبهذا المعنى فهو يفوت في ملكه وفي ملك غيره في آن واحد. ورغم وجود نظريات مختلفة في تحديد طبيعة حق الشريك سواء في إطار حق الملكية أم خارجه⁶³⁰، فإن التكييف الصحيح والسائد يرى أن حق الشريك هو حق ملكية يرد على الشيء الشائع ويمثل بمناب ذهني في هذا الشيء يحدد مدى الانتفاع بالمشترك. ذلك أن ملكية الشيء الشائع يتعدد فيها المالكون ويتحد فيها المال (ولو تكون من مكاسب عديدة)، فتتقسم الملكيات ولا ينقسم الشيء ماديا وينصب حق الشريك على كل المال الشائع ولكنه لا يستأثر بكل منافعه بل ينتفع في حدود منابه

صحة وبطلان التفويت لأنه يساعد على إبراز كيف تتضمن كل فرضية تفويتا في ملك الغير.

- فالفرضيتان الأولى والثالثة لا تطرحان إشكالا خاصا في معرفة تعلقهما بملك الغير من عدمه إذ الشريك فيهما يفوت فيما يملك بالضبط وهو منابه المشاع سواء في كل المال أم في بعضه وهذا ما يخوله صريح الفصل 59 م.ج.ع.

629 سليمان مرفس، عقد البيع، ف 287، ص 508.

- **Albert WAHL**, note sous tribunal de l'empire (Allemagne) 20 mars 1894, S. 1895, IV, 25 - **Gérard CORNU**, Observation à la R.T.D. Civ. (Contrats spéciaux) 1967, p185. - **Claude GIVERDON**, chronique de jurisprudence à la R.T.D. Civ. (Propriété et droits réels), 1976, p. 371.

630 من النظريات التي تخرج حق الشريك عن حق الملكية نذكر تلك التي تراه حقا شخصيا في اقتسام منافع الشيء إلى حين القسمة، أو حقا عينيا من نوع خاص أو حقا احتماليا أو مشروطا أو قابلية للفوز بحق خاص - ومن النظريات التي تدخله في الملكية من جزئ الملكية أي ملكية الشيء نفسه ومن يراها واحدة لكن محلها هو المناب الذهني... كما وجدت في الفقه الحديث نظرية ثنائية لحق الشريك تجعله مكونا من حق على العين يمنح الشريك استعمال الشيء والانتفاع به، وحق في مناب يخوله قابلية الحصول على مناب مفرز: أي حق حال وحق احتمالي.

انظر في مختلف هذه النظريات والنتائج التي تقود إليها: - حسن كبيرة، تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية،

العددان 1 - 2، السنة الثانية عشرة (1962 - 1963) ص 1 - 76. انظر خاصة ف 4، ص 9 وما يليها.

- **Patrice JOURDAIN**, Les actes de disposition sur la chose indivise (condition juridique des actes irréguliers pendant l'indivision), R.T.D.Civ. 1987, pp. 498-531, sp. N° 6 et ss.

626 ينص الفصل 123 م.ج.ع. على ما يلي: «يعتبر كل من المتقاسمين مالكا للحصة التي آلت إليه أو لما حصل له من بيع الصنقة منذ أن كان مالكا من أول الشبوع وأنه لم يملك غيرها من بقية الحصص» انظر في تحليله وفي المفعول الكاشف للقسمة بصفة عامة: محمد سعيد، القسمة العقارية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2002، ص 276 وما يليها.

627 ألفريد ترولي، في التصرفات الصادرة عن غير مالك... أطروحة سابقة، ف 163 وما بعدها، ص 175 وما يليها.

628 سنعود إلى ذلك لاحقا في مواضع متفرقة من الجزء الثاني.

المعنوي⁶³¹. ويمكن التعبير بكلام آخر عن هذه الطبيعة بتأكيد أن حق الشريك هو حق ملكية لكن نطاقه مزدوج: نطاق مادي يرد على كل المال الشائع ونطاق معنوي ينحصر في حدود مناب الشريك. وهذا هو موقف المشرع التونسي⁶³² حيث نظم الشئوع في الكتاب الأول من مجلة الحقوق العينية في جزء ثان من العنوان الثاني المتعلق بحق الملكية، ثم عرفه في الفصل 56 م.ح.ع. بقوله «الشئوع هو اشتراك شخصين فأكثر في ملكية عين أو حق عيني...».

وينبني على هذه الطبيعة أن الشريك الذي يفوت في أكثر من منابه يفوت في ملك غيره فيما زاد على مناباته⁶³³. وجدير بالذكر في هذا السياق أن أكثر من خرج عن التكييف الصحيح لحق الشريك إنما كان همّه مداورة بطلان التفويت في ملك الغير لأن التسليم بأن حق الشريك هو حق ملكية معناه أن الشريك الذي يتجاوز منابه يفوت في ملك غيره، فيقع بيعه مثلا باطلا تطبيقا للفصل 1599

شائع في المال الذي باعه يجوز له بيعه، ولكن لبقية شركائه منابات أيضا يكون معتديا عليها ببيع المال مفرزا⁶³⁵. وبالتالي يمكن اعتبارها تفويتا في ملك الغير من هذه الزاوية. وأما بعد القسمة، فقد يقع هذا المال في نصيب الشريك المفوت فيتدعم التفويت، وقد يقع في نصيب غيره، ويكون هكذا بمثابة التفويت في ملك الغير⁶³⁶ وكل ذلك نتيجة المفعول الكاشف للقسمة.

- وفي الفرضية الأخيرة، يظهر التفويت في ملك الغير بوضوح لأن المال الشائع كله ليس محل ملكية فردية خالصة للشريك، بل هو ملك مشاع يشترك فيه مالكون آخرون، وهذا كاف لاعتباره من ملك الغير⁶³⁷ خصوصا أن مخالفته للفصل 68 - أولا م.ح.ع. جلية بما أن التفويت حصل دون إجماع الشركاء⁶³⁸.

وهكذا تتضح صلة فرضيات التفويت في المال الشائع بملك الغير، فيسهل

2.2- المجمع المضادة:

132- يكفي للردّ على إبطال التفويت في المال الشائع التذكير بالحجج السابقة لأنها صالحة لكل ضرب من التفويت في ملك الغير. ويجدر التذكير

635 عبد المنعم فرج الصدّة، الحقوق العينية الأصلية، ف 124 ص 179. - دي باج ولبنيز، العقود الخاصة، ف 36، ص 84.

636 تتنوع هذه الصورة أحيانا باقترانها بشرط تعلقي أي تعليق التفويت على وقوع المال في نصيب الشريك المفوت، أو بتعهد عن الغير أي بقبول بقية الشركاء التفويت. والتفويت في الحالتين صحيح لكنّه ليس من باب التفويت في ملك الغير. انظر في هذا الاتجاه:

- **Pierre GODÉ**, in, Jurisclasseur civil, Notarial repertoire, Vente, fascicule M, art. 1599, mis à jour par **Raymond LE GUIDE**, 11, 1990, n° 37-38.

637 دي باج ولبنيز، مرجع وموضع سابقين.

638 فرايبيسكو، في بيع ملك الغير...، أطروحة سابقة، ص 157. - فودي ولفويداك، تعليق سابق، مرجع سابق، ف 39.

- **Jean CARBONNIER**, Observations à la R.T.D.Civ. (Contrats spéciaux), 1956, p. 146.

النظر في طبيعة حق الشريك لإعطائه تكييفاً مختلفاً يقود إلى صحة التصرف وعدم الاحتجاج به⁶³⁴. وتؤكد هذه الملاحظة صحة التحليل السابق لحق الشريك وصحة التفويت نفسه!

- أما الفرضية الرابعة فتتعلق بملك الغير من وجهين: قبل القسمة وبعدها. فقبل القسمة تشبه التفويت فيما زاد على منابات الشريك لأن الشريك له مناب

631 عبد المنعم فرج الصدّة، الحقوق العينية الأصلية، ف 111، ص 160.

- **Michel DAGOT**, L'hypothèque de l'immeuble indivis après la loi du 31 décembre 1976, J.C.P. 1980, éd. G. n°11.

632 محمد سعيد، القسمة العقارية، أطروحة سابقة، ص 16.

633 **Code civil annoté**, par Ed. **FUZIER-HERMAN**, Nouvelle édition refondue et mise à jour sous la direction de Louis Josserand, Tome V (Art. 1387 à 1707), Paris, Sirey 1940, n° 16 et s. spéc. n° 19, 21 et 22, p. 535.

634 انظر في هذا الاتجاه: فورمي دي سان لوفان، التفويت في ملك الغير، أطروحة سابقة، ص 52 وما يليها.

خاصة بنسبية استحالة التفويت على فرض وجود هذه الاستحالة من القراءة العكسية للفصل 59 م.ح.ع. بدليل الفصلين 576 م.ا.ع./203 م.ح.ع. اللذين يجيزان التفويت في ملك الغير عند توفر شرطيها.

133- وإضافة إلى هذا، يحسن تدعيم موقف الصحة بفقهاء قضاء واضح في أن التفويت في المال الشائع هو تفويت في ملك الغير وأنه تفويت صحيح. وهذا ما أقرته محكمة التعقيب في قرار صادر في 2 جويلية 1968⁶³⁹ لما رأيت أن بيع الشريك لأكثر من مناباته هو بيع غير نافذ في حق المستحقين الآخرين فيما اتضح أنه راجع لهم وأن محكمة الموضوع التي اعتبرت فسخ البيع فيما زاد على المنابات أحسنت تطبيق القانون إذ «تعين اعتبار أن المقصود بالفسخ في ذلك هو عدم نفاذ هذا البيع فيما اتضح أنه راجع للمستحقين...»⁶⁴⁰ وفي قرار آخر صدر سنة 1985⁶⁴¹ طبقت المحكمة الفصل 576 م.ا.ع. على بيع منابات مشاعة في جزء

وهذا فعلا قضاء واضح وصريح في صحة التفويت في المال الشائع باعتباره تفويتا في ملك الغير، ويعزز ما سبقه من حجج على نسبية استحالة التفويت بما يكفي لردّ البطلان المطلق عنه.



134- وهكذا تتظاهر كل الردود لدحض كل أسس البطلان الممكنة سواء اتصلت بمشروعيتها أم بإمكانيتها. إلا أن تفنيذ البطلان المطلق لا يعني نفي البطلان مطلقا، لأن له فرعا ثانيا يبقى واردا إذا لم ينف بدوره، وهو البطلان النسبي.

الباب الثاني: نفي البطلان النسبي

135- يبيّن الإطلاع على الفصلين 576 م.ا.ع./203 م.ح.ع. أنهما تضمنا من نظام البطلان النسبي عناصر ومؤشرات ملحة في الدلالة عليه.

فقد سمح الفصل 576 م.ا.ع. للمشتري بطلب فسخ البيع وهذه هي الكلمة المستعملة للبطلان النسبي في مجلة الالتزامات والعقود⁶⁴³، وجعله مقصورا عليه بمنع البائع من المعارضة به وهذا ما يذكر بالدفع بالبطلان كيفما نظم بالفصل 335 م.ا.ع.⁶⁴⁴ كما سمح بإمكانية تلافي هذا «البطلان» بإجازة المالك أو بصيرورة البائع مالكا، وهو في هذا يشترك مع الفصل 203 م.ج.ع. الذي يتميز باستعماله للفظ «يصحح» عوض «يجوز» بما يعني أن العقد لا يصح إذا لم يتدعم بإجازة أو بملكية، أي أنه يقبل الإبطال، وهذا هو البطلان النسبي.

⁶⁴³ تكرر استعمال هذه اللفظة في العنوان السادس من الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود «في بطلان الالتزامات وفسخها» وفي عنوان الباب الثاني من هذا العنوان «في فسخ الالتزام» وفي الفصول 330 و333 و334 و336 و337 من هذا الباب.

⁶⁴⁴ نص الفصل 335 م.ا.ع. على ما يلي: «يجوز لمن طوّل بالوفاء بالعقد أن يحتج ببطلانه في جميع الأحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدعوى، ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدة المعيّنة بالفصل 330 والفصل 331 والفصل 332 والفصل 333 والفصل 334».

معين من المال الشائع (دكاكين) وقالت رادة على سوء تطبيق الفصل 576 م.ا.ع.: «وحيث يؤخذ من صريح عبارات هذا النص (أي الفصل 576) أن مجال تطبيقه لا يتعدى صورة تسلط المبيع على شيء مملوك لغير البائع، وأنه متى حصل ذلك فليس من الضروري أن يحمل العقد في طبيّاته بذور البطلان بل إن انعقاد البيع جائز... على أنه حتى عند افتراض انطباق هذا النص على الواقع المستخلص من الأوراق فإنّ القيام بطلب الفسخ... لا الإبطال إنما يحصل من المشتري الذي تضررت حقوقه»⁶⁴².

⁶³⁹ قرار تعقيبي عدد 5261 مؤرخ في 2 جويلية 1968، ن 68، 58.

⁶⁴⁰ في نفس الاتجاه: قرار تعقيبي عدد 43231 مؤرخ في 15 اكتوبر 1996، ن 96، I، 375.

⁶⁴¹ قرار تعقيبي عدد 11257 مؤرخ في 22 افريل 1985، ن 85، I، 152، م.ق.ت. 1988، ص 61، مع تعليق للأستاذ علي الجلولي.

⁶⁴² سنعود إلى هذا القرار وسابقه بمزيد التفصيل والتحليل في أساس العقد الموقوف، ف 260 وما بعدها.

وتعبّر جملة هذه العناصر عن الجزاء المتفق مع نصوص القانون المقارن ذات الصلة بالفصل 576 م.ا.ع. تأثيرا وتأثرا. إذ يوجد شبه إجماع على أنّ الفصل 1599 من المجلة المدنية الفرنسية هو نصّ يضع بطلانا نسبياً⁶⁴⁵. ويرى بعض الشراح في المغرب أنّ الفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود المأخوذ نصّه من الفصل 576 م.ا.ع. يتضمّن بطلانا نسبياً⁶⁴⁶، وكذا في المادة 385 من قانون الموجبات والعقود اللبناني. وتسير في هذا الاتجاه تشريعات أخرى كالشريع المصري⁶⁴⁷ والشريع الجزائري⁶⁴⁸.

136- لكنّ هذا الميل إلى البطلان النسبي من خلال نظامه أعىى الشراح والفقهاء في تأسيسه فاختلفت آراؤهم وتفرقت كلمتهم بما يقدم لناهضيتهم مطاعن تردّد هذا الجزاء. وقد انقسموا فيما اقترحوه من أساس شيعتين كبيرتين⁶⁴⁹ استندت إحداهما إلى أحكام الغلط في العقود (القسم الأول)

ووقفت الثانية عند نصّ الفصلين 576 م.ا.ع./203 م.ح.ع. أي أنها تمسّكت بالنصّ الخاصّ (القسم الثاني).

دعائمه الطبيعية والحال أنّ ضمان الاستحقاق يهّم تنفيذ البيع لا تكوينه والأولى جعله أساسا للفسخ لا للبطلان. وبهذا الاعتبار سنعود إليه لاحقا في موضعه الصحيح، ف 317؛ وما بعدها. لذلك اقترح بعض الشراح الرجوع إلى نظرية المحلّ مع اعتبار البطلان نسبياً تماشيا مع فقه القضاء الفرنسي (هوغيت مايار، محلّ العقد، ص 108، هـ 19)، لكنّ هذا التأسيس مردود لأنّ البطلان النسبي مقصور على الرضا والأهلية ولا يتعدى إلى المحلّ ولا إلى السبب.

كما يمكن أن يتّجه التفكير إلى أحكام الأهلية لاعتبار بيع ملك الغير حالة من حالات الحجر الخاصّ على معنى الفصل 6 فقرة أخيرة م.ا.ع.: «للأشخاص الآتي بيانهم أهلية مقيدة: ..وكذلك كلّ من يمنع عليه القانون عقدا من العقود». فيقال إنّ البائع وكلّ مفوتّ عموما يمنع عليه القانون بيع ملك غيره أو التفويت فيه. ومعلوم أنّ الفصل 6 م.ا.ع. معدود في قائمة البطلان النسبي المنصوص عليها بالفصل 330 م.ا.ع. لكنّ هذا المقترح يتعارض مع القواعد العامة في الأهلية والحجر حيث أنّ الحجر يصيب الشّخص في ماله لا في مال غيره وأنّ المنع فيه يرجع إلى سبب في شخص المحجور (سبب ذاتي) لا في المحلّ الذي يتعامل فيه (سبب موضوعي) ودليله في الفصل 6 م.ا.ع. نفسه «كلّ من يمنع عليه القانون...» ولأنّ كان كلّ منع في القانون حجرا سواء تعلّق

بالشخص أم بالمحل أم بالسبب أم بأي باب آخر من أبواب العقود أو غيرها، ولتكان الفصلان 62 م.ع. و1 م.ع. نصين في الحجر وهذا ما لا يخطر على بال، وما يتعارض مع الفصل 6 م.ع. الذي يحصر الحجر في بعض العقود ويرفض تعميمه حتى لا يصدم مبدأ الفصل 3 م.ع. في جعل الأهلية أصلا والحجر استثناء. ومن ثم، فلو فرضنا جدلا أن البيع هو أحد العقود المقصودة في الفصل 6 م.ع. لأن فيه نصا، فكيف السبيل إلى تأسيس البطلان في باقي التثنيات؟ ثم إنه في البيع نفسه لا يستقيم أن يكون الحجر أساسا لبطلانه لأنه إذا كان البائع هو الممتنع فلم لا يكون المشتري أيضا والحال أنه أولى بالمنع لأنه الأجدر بالحماية، أم أنه لا يجوز بيع ملك الغير ويجوز شراؤه؟ وإذا افترضنا الحجر في الجانبين فلا مساع للتعاقد أصلا لأنه سيقود عندئذ إلى بطلان مطلق وهذا مخالف للفصلين 6 و330 م.ع. فضلا عن أن الفصل 576 م.ع. ابتعد بموقعه عن أحكام الأهلية في البيع التي تنتهي عند الفصل 570 م.ع. لتبدأ أحكام المحل التي ينتمي إليها الفصل 576 م.ع. فملك الغير إذن هو من متعلقات ركن المحل ولا شأن له بالأهلية، مما يوجب استبعاد الحجر من تأسيس حكم الثبوت في ملك الغير. وما يزيد هذا الاستنتاج إقناعا أن الفقهاء الذين تعرضوا إلى هذا الأساس، وهم قلة، لم يفعلوا إلا ليدحضوه بل ويقصوا حتى التذكير فيه في طوابع مباحثهم عن تأسيس بطلان بيع ملك الغير وحتى من أوحى منهم بإمكانية التذكير في الحجر كبلانيول وريبير هامل (ج 10، ف 43-44، ص 36) الذين تناولوا بيع ملك الغير تحت قسم الأهلية في عقد البيع، توصلوا في التحليل إلى أساس مغاير وهو الضمان كما تقدم، مما يدل على أن الحديث عن أساس الحجر لا يعدو أن يكون ومضة خاطر لا تليث أن تزول بقليل من التفحص الدقيق بدليل كل ما تقدم ذكره. انظر في هذا الاتجاه: ستيفاني، بيع عقار الغير في القانون المدني المصري، مقال سابق، ص 153. - جوسران، ج 2، ف 1029، ص 539.

Roger HOUIN, Les incapacités, R.T.D.Civ., 1947, pp. 383 et s. P. 388.

645 Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, Traité pratique de droit civil français, Tome X ; Contrats civils, avec le concours de Joseph HAMEL (Vente), Paris, L.G.D.J. 1932, n° 45, p. 39.

646 أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود، ص 102.

647 عبد الرزاق السنهوري، ج 4، ف 152 وما بعدها، ص 269 وما يليها.

648 حورية كميح، بيع ملك الغير في القانون الجزائري، رسالة سابقة، ص 54 وما يليها.

649 من الأسس الأخرى التي اقترحت نذكر خاصة ضمان الاستحقاق المسبق الذي مثل أحد أبرز الأسس التي ذهب إليها الفقه الفرنسي في تأويله للفصل 1599 من المجلة المدنية (بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 45، ص 39. - ريبير وبولانجي، ج 3، التأمينات العينية والعقود المدنية، ف 1031، ص 444. - بيدان ويرات دي لافراساي، ج 11، ف 104. - بودري لكانتينري وسينيا، البيع والمعاوضة، ف 119، ص 105). وجانب من الفقه البلجيكي:

(Michèle VANWIJCK-ALEXANDRE, Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme, les droits belge et français face à «l'anticipatory breach» de la common law, Préface de Simone David-Constant, thèse Liège, 1982, n° 158 et s. pp. 348 et s.).

وقد حاولوا تبريره بأن المشتري يمكنه أن يستيق وقوع الاستحقاق الفعلي ويقوم في البطلان وتلك هي قيمة الفصل 1599 فرنسي في نظرهم. وواضح ما في هذا الأساس من اصطناع لأنه تبريري لحل قائم (البطلان) بغير

القسم الأول: الغلط

137- إن الغلط كأساس للبطلان النسبي لا يحتاج تقديمًا كبيرًا (الفقرة الأولى) خصوصًا أن مأخذه متكاثفة وبعضها يفرض نفسه فرضًا (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تقديم أساس الغلط

138- الغلط هو تصوّر خلاف الواقع⁶⁵⁰ أو هو «كل تصوّر لا يطابق الواقع بشرط أن يكون ذلك غير معلوم ممن وقع في غلط»⁶⁵¹ وهو يعتبر عيبًا في الرضا يؤدي إلى إبطال العقد بطلانًا نسبيًا⁶⁵².

ولهذا السبب، لجأ إليه عدّة فقهاء فرنسيين لتفسير بطلان الفصل 1599 من المجلة المدنية فأروا في بطلان بيع ملك الغير تطبيقًا خاصًا للفصل 1110 من نفس المجلة المتعلق بالغلط⁶⁵³، وقالوا إن المشتري بشرائه شيئًا غير مملوك للبائع يكون

قد وقع في غلط في صفة جوهرية في المبيع وهي كونه مملوكًا للبائع⁶⁵⁴، أو في صفة جوهرية للبائع وهي كونه مالكا للمبيع⁶⁵⁵. ويصلح هذا التأسيس عند أنصار البطلان في الفصلين 576 م.ا.ع./203 م.ح.ع. باعتبار أن الفصل 576 م.ا.ع. يتحدث عن «فسخ» البيع ويمكن منه المشتري وهو ضحية الغلط، وهذا عين ما ذكره الفصل 330 م.ا.ع. لما اعتبر عيوب الفصل 43 م.ا.ع. موجبة «فسخ الالتزام» ومن بين هذه العيوب يوجد «الغلط» وهو غلط مزدوج في صفة جوهرية في الشيء طبق الفصل 45 م.ا.ع.⁶⁵⁶ وفي صفة جوهرية في البائع حسب الفصل 46 م.ا.ع.⁶⁵⁷. وربما كان الفصل 203 م.ح.ع. أقرب إلى هذا المنطق بما أنه يستخدم تعبير الصحة، «يصح»، ويتعلق بعقد ملزم لجانب واحد لا مجال فيه للفسخ لعدم التنفيذ فيكون البطلان النسبي أنسب حل لهذا النص. غير أن ازدواجية نوع الغلط المشار إليها ليست عاملاً مؤيداً للتأسيس عليه بقدر ما هي دليل على ضعفه.

139- إن ما تقدم من تأسيس البطلان التّسبي على غلط العاقد يدعو إلى توجيه مأخذين رئيسيين يتعلّق أولهما بالاضطراب في تحديد طبيعة الغلط

654 - مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعاوضة، ف 816، ص 101. - كولان وكابيتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 868، ص 579.

655 - مازو وشاباس ودي جيفلار، نفس المرجع والموضع. - كولان وكابيتان ودي لامورنديار، نفس المرجع والموضع.

- جوسران، ج 2، ف 1043-1045، ص 545-547. - فرايون، في الأعمال والاتفاقات... أطروحة سابقة، ص 146.

- Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, Précis de droit civil, Tome 2, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 6ème éd., 1897, n° 742, p. 467.

656 الفصل 45 م.ع.: «الغلط في نفس الشيء يكون موجبا للفسخ لغلط في ذات العقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد».

657 الفصل 46 م.ع.: «الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته لا يكون موجبا للفسخ إلا إذا كانت ذات المتعاقد معه أو صفته من الأسباب الموجبة للرّضى بالعقد».

650 انظر: محمد الزّين، العقد، ف 158، ص 134. - شكري الشّيح، الغلط كعيب للرّضا، مذكرة سابقة. ص 2 وما يليها. - مازو وشاباس، الالتزامات، ف 161، ص 149. - فيستان، تكوين العقد، ف 368، ص 402.

651 عبد الودود يحيى، نظرية الغلط في القانون المدني الألماني، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة التاسعة والثلاثون، العدد الثاني، جوان 1970، ص 397-494.

وفائدة هذا التعريف أنه يتّسع لحالة عدم العلم أي الجهل بواقعة معينة ماضية أو حاضرة أو مستقبلية، وهو أصلح لأن يتماشى مع القانون التّونسي الذي يشير إلى «الجهل» في بعض فصول الغلط في مجلة الالتزامات والعقود: انظر الفصلين 44 و 48 م.ع. ولزيد التحليل والتّقاش وتدقيق العلاقة بين الغلط والجهل: عبد المجيد الزّروقي، أحكام الغلط في مجلة الالتزامات والعقود، أطروحة سابقة، ف 17 وما بعدها، ص 33 وما يليها.

652 انظر الفصلين 43 و 330 م.ع. وكذلك: عبد المجيد الزّروقي، أحكام الغلط في مجلة الالتزامات والعقود، أطروحة سابقة، ف 325 وما بعدها، ص 327 وما يليها.

653 هذا نصّ الفصل 1110 من المجلة المدنية الفرنسيّة:

Art. 1110: «L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention».

المقصود (أ) ويظهر ثانيهما في التعارض مع أحكام التقويت في ملك الغير (ب).

أ- اضطراب طبيعة الغلط:

140- إن أول مأخذ يستمد من تحديد نوع الغلط الموجب للبطلان. فقد تقدم أنه غلط في صفة جوهرية إما في الشيء أو في الشخص. وهذا التراوح في حد ذاته دليل على ضعف هذا الأساس⁶⁵⁸، فهو أساس افتراضي تبريري لا يبدو أن المشرع قصده حقيقة، وإذا لا يجد المتمسكون به سبيلا قوية لتقديمه بإقناع تراهم يضطربون بين التوعين، حتى وجد من أنصار الغلط أنفسهم من حصره في الشخص دون الشيء⁶⁵⁹ لأن صفة الشيء الجوهرية مهما اتسعت لا يمكنها أن تستوعب صفة الملكية عند البائع⁶⁶⁰ ووصف الشيء هو ما يهيم ذاته وجنسه ونوعه، والملكية ليست من هذا في شيء⁶⁶¹.

141- ثم إن حصر الغلط في الشخص بدوره منتقد لأن من يتعاقد مع شخص

ضرورياً أن تثبت صفة الملكية للمتعاقد وقت العقد. وإذا لم تنتقل الملكية لاحقاً، يقال إن العقد لم ينفذ ويفسخ لا يبطل نسبياً، وهذا ما يقوله الفصل 576 م.ا.ع. صراحة بما يجعل المشتري في غنى عن دعوى البطلان النسبي بما أنه يتمتع بدعوى الفسخ. هذا فضلاً عن أن الغلط في الشخص يؤدي حسب الفصل 46 م.ا.ع. إلى البطلان «إذا كانت ذات المتعاقد معه أو صفته من الأسباب الموجبة للرضى بالعقد». وهذا يتحقق عادة في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، ومعلوم أن المعاوزات ليست منها⁶⁶³. وحتى الحالة التي أثيرت بجديّة في هذا النوع من التعامل لم تقبلها غالبية الفقه والقضاء وهي صفة اليسار في المدين، فإذا تعاقد شخص مع مدين معسر، وتقطن إلى ذلك فيما بعد وتمسك بوقوعه في غلط في صفة جوهرية في معاقده، فإن زعمه هذا لا يقبل منه من حيث المبدأ، وإن وجد من يقبله فهم قلّة لا تكون اتجاهها ثابتاً⁶⁶⁴. وبالتالي لا تدعم التأسيس على الغلط خصوصاً أن

ب- تعارض الغلط مع أحكام التقييد في ملك الغير:

142- بقراءة الفصل 576 م.ع. يتبين أن تنظيمه لحق الطعن في التقييد لا يتفق مع أساس الغلط إذ هو يمنح المشتري سيء النية حق طلب «الفسخ» (1) ويمنع على المفوت طلب الإبطال (2).

1- المفوت له سيء النية يطلب «الفسخ»

143- يخول الفصل 576 م.ع. - وكذا الفصل 1599 فرنسي - للمشتري حسن النية طلب التعويض. وهو ما يعني عكسياً أن المشتري سيء النية لا حق له في التعويض، لكن لا يعني المساس بحقه أصلاً في القيام «بالفسخ» أي أن

663 محمد الزين، العقد، ف 164، ص 138. - فرايبسكو، بيع ملك الغير... أطروحة سابقة، ص 91.

664 فيستان، تكوين العقد، ف 414، ص 448. - عبد الودود يحيى، نظرية الغلط... مقال سابق، ف 23، ص 435.

في عقد ناقل للملكية لا يحمل على أنه يتعاقد مع مالك بالضرورة بدليل شرطي الفصلين 576 م.ع./203 م.ح.ع. والغلط كغيره من شروط الصحة يقدر وقت العقد لا بعده، خلافاً لطروء الشرطين المشار إليهما، لكن لو انعدم كل أمل في نفاذ العقد لاحقاً حين إبرامه⁶⁶² لا يمكن الاعتداد بالغلط لتفسير إرادة المفوت له وجعلها سبباً للبطلان. إلا أن هذا الفرض لا يتلاءم مع الإرادة الحقيقية للأطراف، إذ ليس

658 انظر:

Ch. AUBRY et Ch. RAU, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ, 5ème éd. Par G. Rau, Ch. Falcimaigne et M. Gault, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1907, Tome 5, § 351, p. 48, note 44.

659 جوسران، ج 2، ف 1045، ص 546. - بودري لكانتيري، الوجيز، ف 742، ص 467.

660 شارل - أدريان أوديبار، دراسة في بطلان أعمال التقييد بين الأحياء... أطروحة سابقة، ص 124. - جوليان

فرايبسكو، في بيع ملك الغير... أطروحة سابقة، ص 91.

661 كوليو دي سانتير، درس تحليلي للمجلة المدنية...، ف 28 مكرّر، ف 7، ص 54.

662 كوليو دي سانتير، مرجع وموضع سابقين.

المشتري سيء النية كالمشتري حسن النية يحق له طلب فسخ البيع وإنما يحرمه سوء نيته من طلب التعويض فحسب. فكيف لهذا المشتري سيء النية، أي الذي يعلم عدم ملكية البائع للمبيع، أن يدعي أنه وقع في غلط؟ وهذا يعني أن الغلط لا يصلح لتأسيس بطلان التقويت في ملك الغير⁶⁶⁵.

غير أن القائلين بالغلط اعترضوا على هذا المآخذ بقولهم إن حالة المشتري سيء النية تخرج بطبيعتها من دائرة الفصلين 1599 فرنسي و576 م.أ.ع. لأنها «فرضية لا تتحقق» في إطار الإبطال⁶⁶⁶ إذ لا يتصور أن المشتري الذي يعلم قد قصد فعلا الحصول على الملكية في الحال، وهو شرط الحديث عن التقويت في ملك الغير، بل يكون قد عقد عقدا صحيحا يلتزم فيه البائع بالحصول على الملكية لا بنقلها فعلا⁶⁶⁷.

لكن هذا الاعتراض مردود لأسباب ثلاثة. فهو أولا يقر صحة التقويت في

طائفة المآخذ المتقدم خاصة أنه يحصره من جهة المفوت له ويمنعه على المفوت.

2- المفوت ليس له طلب الإبطال:

144- إن التأسيس على الغلط يتعارض مع الفقرة الأخيرة من الفصل 576 م.أ.ع. إذ لو كان الغلط فعلا هو أساس البطلان لكان متصورا أن البائع يقع فيه أيضا فيبيع شيئا لا يملكه دون علم منه بذلك، ثم لما يتفطن لحقيقة الواقع يتمسك بغلطه ويطلب إبطال البيع. لكن هذا التصور مردود بصريح الفصل 576 م.أ.ع. الذي يمنع على البائع «أن يعارض ببطلان البيع بدعوى أنه فضولي» أي بدعوى أنه باع ملك غيره، ولو أن هذا التعبير «بالفضولي» ليس فيه تفریق بين البائع العالم والبائع غير العالم بعدم ملكيته للمبيع، إلا أنه يشمل صورة الجهل ويقصدها. ولما كان الأصل هو افتراض عدم العلم لأن حسن النية هو الأصل في الإنسان حسب الفصل 558 م.أ.ع. أمكن تبين مدى إقصاء الغلط من دائرة

145- هنا ينبثق سؤال عن بقية التفويطات من غير البيع والتي ليس فيها نصّ خاصّ بما فيها الرهن حيث لم يرد في الفصل 203 م.ح.ع. ما يقابل الفقرة الأخيرة من الفصل 576 م.ا.ع.: فهل يمنع على المفوّت التمسك «بغلطه» على غرار البائع؟

يفرض الجواب بالإيجاب نفسه لأنّ منهج التّأويل يقضي إمّا بتطبيق الفصل 576 م.ا.ع. بطريق القياس أو الفصلين 45 و46 م.ا.ع. على أساس الرجوع إلى القواعد العامّة. وفي الحاليتين، لا يمكن للمفوّت أن يدّعي وقوعه في غلط لإبطال البيع. فإن كان على أساس الفصل 576 م.ا.ع. فالمنع واضح. لكنّ القياس عليه قد تقدح فيه طبيعته الاستثنائية إذ لا يقاس على نصّ استثنائيّ أو مقيّد أو مانع

668 في هذا الاتجاه أيضا القانون الألماني والفقهاء السويسري:

- Guy STANISLAS, Le droit de résolution dans le contrat de vente, sanction de l'inexécution des obligations contractuelles, étude de droit suisse, thèse Genève (thèse n° 630), Librairie de l'Université, Georg et Cie S. A. 1979, pp. 230-231.

ملك الغير ولو في بعض الصّور وهذا يحسب على أنصار البطلان. وهو ثانيا، يجزّ إلى تقسيمات وفروق لم يضعها النصّ ممّا يعدّ مخالفة واضحة لقاعدة التّأويل التي تمنع التّفريق حيث لم يفرّق المشرّع، إذ أنّ مجازاة هذا الرّأي توجب التّمييز بين أربع صور: المشتري لا يعلم والبائع يعلم - المشتري يعلم والبائع لا يعلم - المشتري والبائع لا يعلمان - المشتري والبائع يعلمان، وحصر البطلان في الصّورتين الأولى والثالثة، وكل هذا لا يقول به الفصلان 576 م.ا.ع./203 م.ح.ع. ثم هو ثالثا يعود إلى نقطة الانطلاق في تحديد نوع الغلط المقصود فيقع تحت

665 شكري الشيخ، الغلط كعيب للرّضا، مذكرة سابقة، ص 65 - السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 155، ص 277 - ههيو، أعمال التفويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 18، ص 13 - ستيفاني، بيع عقار الغير... مقال سابق، ص 153 - أوبري ورو، ج 5، فقرة 351، ص 48، هـ 44 - بلانيول وريبير وهامل، ج 3، ف 1031، ص 444 - سيلين بوفي، بيع ملك الغير، مذكرة سابقة، ص 8.

666 جوسران، ج 2، ف 1043، ص 546.

667 مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعاوضة، فقرات 816 - 818 - 822، ص 102 - 105.

عملا بالفصل 540 م.ا.ع.⁶⁶⁹، وإذا تعدّر القياس، زال المانع أمام قبول غلط المفوت. لكنّ هذا القدر ليس دامغا لأنه يتعلّق بفرع من حكم لا بالحكم كلّه والقول به يؤدي إلى تجزئة الفصل 576 م.ا.ع. الذي يكون وحدة متماسكة، فضلا عن خلوه من البعد العملي بما أنّ النتيجة حاصلة بالقواعد العامة.

أمّا إن كان على أساس هذه القواعد، فيستفاد من الفصلين 45 و46 م.ا.ع. أنّ الغلط المعتدّ به هو الذي يذهب ضحيته المعاهد سواء في صفة في الشيء موجبة للتعاقد أم في ذات أو صفة المعاهد الآخر. والفرض المطروح لا يدخل في أي من هذين الصورتين لأنّ صفة الملكية في الشيء إن كانت موجبة للتعاقد، فذلك للمشتري لا للبائع أي للمفوت له لا للمفوت، وغياب صفة الملكية في المعاهد يقدر في التعاقد معه لا في التعاقد نفسه، أي أنّ البائع لا يمكنه أن يدعي أنّه وقع في غلط في ذات نفسه، بل يجب أن يكون الغلط الذي يدعيه حاصلا في ذات أو صفة المشتري، والحال أنّ الملكة مطلوبة في البائع لا في المشتري، فلا يمكنه

جهله لما له من الحق، فيقول إنّه لمّا تعاقد كان يجهل أن ليس له حقّ الملكية ويعتقد نفسه مالكا، لكن تبين له قانونا أنّه ليس مالكا فيطلب الإبطال. وذلك أولا لأنّ الفصل 44 م.ا.ع. يتعلّق بالغلط في القانون وهو «توهم أحد المتعاقدين أنّ القانون ينصّ على قاعدة معيّنة في حين أنّه ينصّ في الواقع على خلافها»⁶⁷² وصورة الحال ليست منها بل هي صورة غلط في الواقع⁶⁷³، وثانيا لأنّ هذا الغلط على فرض قبوله فإنّه ينقصه شرط العذر فيه بالجهل لأنّ المفروض أنّ البائع مالك وإنّه يتحرّى ويتثبت من صفته تلك قبل التقويت، فهو محمول على معرفة نفسه ولا يغتفر له ادّعاؤه أنّه غير مالك لطلب بطلان التقويت.

146- وهكذا يتضح أن لا وجه للحديث عن «الغلط» في التقويت في ملك الغير، وأن لا سبيل تبعا لذلك لاعتباره باطلا نسبيا، اللهم إلا بالوقوف عند نصوص التقويت نفسها.

القسم الثاني: النص الخاص

147- يقود تحليل الفصلين 576 م.أ.ع. 203 م.ح.ع. إلى نفي أن يكون النص الخاص أساساً للبطلان فحجته لا تقوم (الفرع الأول) والحاجة إليه معدومة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نفي حجة النص الخاص

148- تقوم حجة النص الخاص على عناصر (الفقرة الأولى) مردودة (الفقرة الثانية).

- ثانياً: إذا كان ممأ يعذر فيه بالجهل.

672 محمد الزين، ف 165، ص 139. - شكري الشيخ، الغلط كعيب للرضا، مذكرة سابقة، ص 50 وما يليها، وخاصة ص 65 حيث يساند نفس الرأي المشروح في المتن.

673 هناك من فقهاء القانون الألماني من يرى عكس ذلك، انظر: عبد الودود يحيى، نظرية الغلط في القانون الألماني، مقال سابق، ف 29، ص 450.

زعم الغلط فيها وإلا لانفتحت بذلك ذريعة للتحلل من الثبوت والتفصي من تبعاته والتزاماته، ولا رتد ما أراده المشرع في باب تنفيذ العقد إلى ميدان تكوينه ضرورة أن الفصل 547 م.أ.ع. يمنع على العاقد أن يسعى في نقض «ما تم من جهته» فلو سمح للمفوت أن يتمسك بالغلط في صفته هو نفسه لأمكن له مداورة هذه القاعدة لأنه سيبيّن أن العقد لم يتم من جهته بحكم وقوعه في الغلط، ويتمكّن هكذا من نقض ما التزم به⁶⁷⁰!

ولا ينهض للبائع أو للمفوت عموماً الاستناد إلى الفصل 44 م.أ.ع.⁶⁷¹ ليدعي

669 الفصل 540 م.أ.ع.: «ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة».

670 خلافاً لهذا، يرى الأستاذ سمير تناغو أنه بإمكان البائع طلب البطلان لوقوعه في «غلط جوهرى»: سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1973، ف 92، ص 387.

671 ينص الفصل 44 م.أ.ع. على ما يلي: «العقد المبني على جهل عاقده لما له من الحق يجوز فيه الفسخ في حالتين: - أولاً: إذا كان هو السبب الوحيد أو السبب الأصلي في التعاقد.

الفقرة الأولى: عناصر المحجة

149- لما أعيى فقهاء فرنسا ومصر الحجة في ربط بطلان بيع ملك الغير ربطا مقنعا بمختلف أسسه في النظرية العامة للالتزامات، لجؤوا إلى تأسيس البطلان على نفس نص الفصلين 1599 فرنسي و466 مصري، وقالوا إن البطلان يجد أساسه في نص الفصل المتعلق ببيع ملك الغير نفسه⁶⁷⁴، فهو «نص منسئ للبطلان لا كاشف عنه»⁶⁷⁵ والبطلان النسبي لا ينحصر في حالات نقص الأهلية أو عيوب الرضا فحسب، بل قد تنشئه نصوص خاصة، ومثالها، الفصلان 1599 فرنسي و466 مصري. وقد أشار الأستاذ أحمد شكري السباعي إلى هذا التحليل لما ذكر الفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود المغربي كمثال «للإبطال» أي بطلان نسبي بنص خاص⁶⁷⁶. وتوحي هذه الإشارة بإمكانية اعتماد نفس التحليل في قانوننا باعتبار أن الفصل 485 ما هو إلا نسخة للفصل 576 م.ا.ع.

ترجمته «وكذلك في الصور الأخرى التي يحددها القانون»⁶⁷⁷ بمعنى أن البطلان النسبي لا يقف عند نقص الأهلية وعيوب الرضا، أي مخالفة الفصول 8 و43 و58 و61 فحسب، بل يشمل أيضا حالات أخرى ينص عليها القانون. ويسهل هكذا أن تعتبر حالتنا الفصلين 576 م.ا.ع. 203/ م.ح.ع. صورتين أخريين حددهما القانون لبطلان العقد بطلانا نسبيا.

ولا يعترض على هذه الحجة بغيابها من النص العربي لأن هذا الغياب لا يفسر بغير السهو الواضح بدليل أن اللائحة الابتدائية لمجلة الالتزامات والعقود تضمنت مقابل النص الفرنسي الحالي حرفيا وذلك في فصلها 377 في صيغته الفرنسية والعربية أيضا، فيكون سقوط هذا الجزء من الفصل 330 م.ا.ع. في تحويره العربي مجرد سهو تشريعي تداركه النص الفرنسي، وإلا كيف يفسر وجود الجزء المذكور في هذا النص خاصة أنه كانت له نفس القوة الإلزامية التي

وفعلا، توجد دعامتان لهذه الإمكانية: واحدة نصية والأخرى قضائية.

أ- الدعامة النصية:

150- تؤخذ هذه الدعامة من الفصل 330 م.ا.ع. الذي يعدد حالات البطلان النسبي ويحشر بينها في تحريره الفرنسي - وهو التحرير الأصلي للمجلة - ما

⁶⁷⁴ بلانسيول وريبيروهاميل، ج 10، ف 48، ص 43 - لوران، ج 24، ف 102، ص 108 - السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 158، ص 282.

⁶⁷⁵ العبارة للسنهوري، الوسيط، ج 4، ف 158، ص 283.

⁶⁷⁶ السباعي، نظرية بطلان العقود... ص 295. لكن تجب ملاحظة أن كلام الأستاذ السباعي ليس دقيقا ويعتريه شيء من الغموض والتذبذب، ذلك أنه سبق في صفحة 102 من كتابه أن تعرض إلى بيع ملك الغير ضمن حالات الغلط وقال إن كلمة «الفسخ» في الفصل تحمل على أنها «إبطال» أي بطلان نسبي، ثم أعاد ذكر بيع ملك الغير كحالة من حالات الغلط في صفحة 297. وفي إطار النص الخاص تعرض إلى ملك الغير مرة أخرى على اعتبار أن كلمة «الفسخ» تعني دائما «الإبطال». لكن لاح له في صلب التحليل (ص 296) أن المشرع المغربي استعمل هذه الكلمة في معناها الأصلي وهو الفسخ لعدم التنفيذ (هكذا...).

للنص العربي عملا بامر 27 جانفي 1883 - وهذا الاحتمال تقويه دعامة قضائية للبطلان النسبي.

ب- الدعامة القضائية:

151- تتمثل هذه الدعامة في القرار التعقيبي المؤرخ في 17 جانفي 1995⁶⁷⁹ والذي أول لأول مرة عبارات الفصل 576 م.ا.ع. على أنها تشير إلى البطلان النسبي، إذ تبرز أوراق القضية فيه أن جماعة (أخوين وزوجة أحدهما) اشتروا بحجج متعددة على الرؤوس مؤرخة في 9 مارس 1985 العقار الذي تملكه والدة الأخوين، وبعد وفاتها، قاموا على وارث آخر (ثالث الإخوة) في طلب قسمة ذلك العقار فعارضهم باستحقاقه لكامل العقار موضوع الطلب بموجب الشراء من

⁶⁷⁷ «...et dans les autres cas déterminés par la loi».

⁶⁷⁸ رائد رسمي صادر في 8 فيفري 1883، ص 1.

⁶⁷⁹ قرار تعقيبي عدد 41956 مؤرخ في 17 جانفي 1995، ن 95، 456.

المورثة بتاريخ 7 ديسمبر 1984. وقد قبلت معارضته أمام حكام الأصل بالمنستير فقضوا ابتدائياً واستئنافياً بعدم سماع دعوى القسمة لأن البيوع الصادرة في 9 مارس 1985 هي بيوع باطلة لصدورها عن غير مالك طبق الفصل 576 م.ا.ع. وفي طعنهم بالتعقيب تمسك الطاعنون (المدعون في الأصل) بأن آخاهم المطعون ضده اشترى معهم الثلث من العقار في 9 مارس 1985، فإبطال حجج الباقيين وإبقاء حجته فيه تناقض، وأن حضوره إبرام الحجج وسكوته على تصريح البائعة بأن العقار المبيع هو على ملكها الخاص لا يشاركها فيه أحد، فيه دليل على إقراره بملكيته والدته لما باعته، وعلى فرض أنه من أملاكه هو فسكوته يدل على إجازته للبيع بما يجعله ماضياً في حقه عملاً بصريح الفصل 576 م.ا.ع.

وقد لقي هذا المطعن كل القبول من محكمة التعقيب التي استعادته لحسابها بتعبيرها الخاص لتعيب على محكمة الموضوع اعتمادها الجزئي

يطلب «الفسخ» والمالك «يجيز» البيع أو الرهن والبائع «لا يعارض بالبطلان». وهذه العناصر كلها من البطلان النسبي. لكن تفكيكها يبين نفي علاقتها بالفصلين 576 م.ا.ع. 203/ م.ح.ع.

الفقرة الثانية: ردّ الحجّة

152- تنقسم العناصر المأخوذة من البطلان النسبي والمتّجه ردّها إلى صنفين منها ما يتّصل بتصوّره (أ) ومنها ما يتعلّق بنظامه (ب).

أ- تصوّر البطلان النسبي:

153- ينهض تصوّر البطلان النسبي خاصة على تعداد محدّد لحالاته يصعب معه أن يكون الفصل 330 م.ا.ع. دعامة لإمكانية البطلان بنصّ خاصّ (1). كما يقوم على تمثّل معيّن لطبيعة العقد القابل للإبطال واختيار تسميته التشريعية (2).

والسطحي لأحكام الفصل 576 م.إ.ع. «دون تعمق في مقتضياته وما قررته تلك الأحكام من إمكانية بيع ملك الغير إذا أجازته ربه أو صار المبيع ملكا للبائع بعد، وأنه في صورة عدم إجازة المالك يحق للمشتري فسخ البيع ومعنى ذلك أنه عقد فاسد لكن لا يوجب البطلان بحكم القانون إذ القضاء به يتوقف على الطلب فهو بطلان نسبي».

تبين هذه الحيثية أن محكمة التعقيب تقرّ بشيئين هما: أن بطلان الفصل 576 م.إ.ع. يستند على الفصل نفسه فأساسه هو النص الخاص، وأن هذا البطلان نسبي لا مطلق. وبعد إقصاء البطلان المطلق هكذا اتجاها سليما بدليل ما تضمنه الفصلان 576 م.إ.ع. / 203 م.ج.ع. من أدلة نفي لهذا البطلان «فالبطلان» في الفصل 576 م.إ.ع. يمنع على البائع فلا يثيره إلا المشتري، خلافا للبطلان المطلق الذي يتمسك به كل من له مصلحة. وهو بطلان يقبل الإجازة عكس الفصل 329 م.إ.ع. الذي يمنع ذلك في البطلان المطلق. وفي المقابل، تعتبر هذه الأدلة عبارات ناطقة بالبطلان النسبي فالرهن «يصح» والبيع «يجوز» والمشتري

154- لا يمكن للمتمسك بحجة النص الخاص كأساس للبطلان النسبي إلا أن يستند إلى الفصل 330 م.إ.ع. في تحريره الفرنسي الذي يسمح بقابلية الإبطال «في الصور الأخرى التي يحددها القانون»، ويعزو غياب شبه الجملة هذه في النص العربي إلى مجرد سهو تشريعي، ويرفض الاعتراض عليه بعلّة أن مشروع المجلة تضمن هذه الجملة في نصيه العربي والفرنسي معا. لكن هذا التفسير ليس مقنعا ويتجه رفضه لعدة أسباب:

أولا: إن القيمة القانونية للنص الفرنسي لا تتعدى النشر «بلغة أخرى وذلك على سبيل الإعلام فحسب» عملا بالفصل الأول ف 2 من قانون 5 جويلية 1993⁶⁸⁰ أي أنه ليست لها صبغة النفاذ الرسمية التي للنص العربي، والذي لم يتضمن الجملة المذكورة. وحتى إن قيل بوجود الرجوع إلى تشريع نفاذ القوانين السابق

⁶⁸⁰ هو القانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرخ في 5 جويلية 1993، رائد رسمي عدد 50 صادر في 6 جويلية 1993، ص 931.

باعتبار تقدّم الفصل 330 م.ا.ع. على قانون 1993 ، فقد كان النصّ العربي هو المنطبق إمّا لأنّه النصّ الوحيد المعمول به لدى المحاكم التونسيّة مستقلاً عن النصّ الفرنسي الذي كانت تطبّقه المحاكم الأوروبيّة⁶⁸¹ وإمّا لأنّه هو النصّ المغلّب عند التعارض⁶⁸². لكن قد يعترض بأنّ اللّجوء إلى النصّ الفرنسي يبقى ممكناً لا على سبيل التّطبيق أو التّغليب بل على سبيل الاستئناس والاسترشاد خصوصاً أنّه أولى بترجمة «مراد واضح القانون»⁶⁸³. فيردّ أنّ ذلك صحيح على وجه العموم⁶⁸⁴، لكنّه ضعيف أمام دليل يصرّفه. وهو موجود في موضعين. أولهما الفصل 576 م.ا.ع. بالذات الذي يتحدّث في تحريره الفرنسي عن *résolution* لا عن *rescision* فلا يمكن أن تشمله صور الفصل 330 م.ا.ع. على فرض قبولها. وثانيهما يتضمّنه السّبب الثّاني.

ثانياً: إنّ الاعتداد بالنصّ الفرنسي للفصل 330 م.ا.ع. يفضي إلى الإقرار بوجود

الحذف لأنّ ذكر الفصل 60 ليس مستساغاً من حيث المبدأ بما أنّه يمنع البطلان بسبب الفين، ولا يتصوّر أن يطال السّهو جزئيين متباعدين من نفس الفصل! فالأقرب إلى الظنّ إذن أن لا وجه للبطلان النّسبي خارج الفصول الأربعة المحدّدة في الفصل 330 م.ا.ع. وأنّ هذا الحلّ مقصود.

ثالثاً: إنّ الحذف المقصود هو الأصوب في منطق الفصل 330 م.ا.ع. بحكم تبنيّ مجلة الالتزامات والعقود للنظريّة التّقليديّة في البطلان⁶⁸⁵ وهي النظريّة التي تحصر حالات البطلان ولا تقبل التوسّع فيها. وكذلك بحكم تنصيب الفصل 325 م.ا.ع. على بطلان الالتزام من أصله «إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معيّنة». فلو أبقيت الجملة المردودة في الفصل 330 م.ا.ع. لانفتح بذلك باب للتأويل لمعرفة إن كان من المتّجه ربط البطلان بالفصل 325 م.ا.ع. أم بالفصل 330 م.ا.ع. وهذا نوع من النقاش تتحاشاه النظريّة التّقليديّة لأنّه مبعث عدم استقرار

وتذبذب، وعامل زعزعة لأسس نظرية أرادها المشرع واضحة متينة متماسكة. ولا يشك في متانة هذه النظرية اختيار تسمية غير دقيقة للبطلان النسبي ولا أن طبيعة العقد القابل للإبطال تقرّبه من العقد الصحيح.

2- طبيعة العقد القابل للإبطال وتسميته التشريعية:

155- يسمح تفكيك هذين العنصرين (1.2) باستيعادهما (2.2).

1.2- تفكيك عنصري الطبيعة والتسمية:

156- إنَّ العقد القابل للإبطال ليس عقدا باطلا من أصله، بل هو قابل للإبطال، أي أن له وجودا يجعله كالعقد الصحيح حتى يحكم بإبطاله فيلحق عندئذ بالعقد الباطل من أصله ويصبح كأنه لم يكن⁶⁸⁶. وهذا ما يفسّر إمكانية تصحيح هذا البطلان بإمضاء أو تصديق كما يقول الفصل 337 م.ا.ع.

⁶⁸⁵ راجع سابقا، ف 31.

⁶⁸⁶ السنهوري، الوسيط، ج 1، ف 300، ص 491.

سهو في النص العربي. ومثل هذا التفسير لا يصار إليه إلا عندما تتسدّد السبيل أمام كلّ تفسير آخر، لأنه في مدرسة الشرح على المتون، وهي مذهب المشرع التونسي في التأويل حسب الفصل 532 م.ا.ع. ينزّه المشرع مبدئيا عن السهو ويفترض فيه الوعي والقصد إلى ما يفعل. ولذلك يفترض في الفصل 330 م.ا.ع. أن حذف الجملة المناقشة مقصود وليس نتيجة سهو. وهذا أقرب احتمال إلى الصواب بدليل أن النص الفرنسي يعدّد ضمن فصول حالات البطلان النسبي الفصل 60 في حين أن النص العربي لا يذكره، ففي النص الفرنسي خمسة فصول هي 8 و43 و58 و60 و61. وفي النص العربي أربعة: 8 و43 و58 و61. وهو ما يقوّي احتمال القصد إلى

⁶⁸¹ الفصل 2 من امر 27 جانفي 1883.

⁶⁸² الفصل 2 من امر 8 سبتمبر 1955 (رائد رسمي عدد 72 صادر في 9 سبتمبر 1955، ص 1832).

- صلاح الدين الملولي، مدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ف 489، ص 148-149 متنا وحاشية.

⁶⁸³ محمد الشريفي، المدخل... ف 268 وما بعدها، ص 141-143.

⁶⁸⁴ وسيأتي بيانه واعتماده فعلا لاحقا، ف 158.

وهذا الوجود الذي يمكن من تصحيحه بتلافي عيب بطلانه، هو الذي يفسر استعمال كلمات «التصريح» و«الجواز» عند الحديث عن بطلان التقويت في ملك الغير. فكلمة «يجوز» في بيع ملك الغير تفيد الإمكان، والإمكان له وجود يتطابق مع عقد قابل للإبطال. وأبلغ من ذلك قول الفصل 203 م.ج.ع.: «يصح رهن ملك الغير»، على معنى أن الرهن يتدعم، فهو موجود قابل للإبطال، لكن حصول أحد الشرطين المذكورين بالفصل يدعّمه ويمنع إبطاله فيصحّحه. وإلى هذا المعنى يشير أيضا الفصل 260 م.ج.ع. في آثار رهن المنقول بين الدائنين إذ ينصّ على ما يلي «الرهن المسلم توثقة في التزام مستقبل أو محتمل أو معلق على أجل أو شرط تكون رتبته من يوم إتمامه بتسليم المرهون طبقا للعقد ولو لم يتحقق الالتزام إلا بعد ذلك التاريخ. ويجري هذا الحكم على الرهن المعلق على أجل أو شرط وعلى رهن مال الغير إن صحّ». فزهن ملك الغير تتكوّن مرتبته بين سائر الرهون يوم تسليم المنقول إلى الدائنين أو غيره⁶⁸⁷ لكن يشترط أن يكون الرهن

حتى يفسخ، ولعلّ ما يدعم هذا التقريب بين النظامين أن العقد في كلتا الحالتين نافذ، أي ينتج آثاره حتى ينحل⁶⁸⁹ وأن حق طلب «الفسخ» مخوّل لأحد المتعاقدين، وهو دائما معروف مسبقا، فهو الدائن في الفسخ لعدم التنفيذ⁶⁹⁰ وضحية عيب الرضا أو نقص الأهلية في البطلان النسبي حسب الفصل 330 م.ا.ع. كما أن الفسخ والبطلان النسبي يقبلان كلاهما التّقدم⁶⁹¹ ويحفظان حقوق الغير حسن النية على مقتضى القواعد الخاصة بالعقود الخاصة وذلك طبق الفصلين 273 ف 3 م.ا.ع.⁶⁹² و336 م.ا.ع.⁶⁹³.

لكلّ هذا فإن استعمال المشرّع كلمة «الفسخ» للدلالة على البطلان النسبي ليس مستهجنا، بل له ما يفسّره وقد بيّره. وعليه تكون كلمة «الفسخ» في الفصل 576 م.ا.ع. دالة على البطلان النسبي وتعزّز دلالة كلمتي «يجوز» و«يصحّ» على توافق طبيعة هذا البطلان مع التقويت في ملك الغير بما يجعله عقدا قابلا للإبطال.

لكن هذا الاستنتاج معيب في الحقيقة بما يوجب استبعاد عنصرى النقاش.

2.2- استبعاد عنصرى الطبيعة والتسمية:

157- إن استنتاج دلالة هذين العنصرين على البطلان النسبي فعلا هو استنتاج معيب من عدة أوجه ويتسم بالتسرع والسطحية ويوقع في الخلط. وبيانه أن التقريب بين نظامى الفسخ لعدم التنفيذ والبطلان النسبي ما هو إلا تقريب ظاهري ولا يعدو أن يكون وهما عقليا مأخوذا بنظرة سطحية إلى واقع العقد القابل للإبطال من أنه كالصحيح قبل إبطاله. لكن هذه النظرة تتناسى

⁶⁸⁹ السنهوري، ج 1، ف 300، ص 491.

⁶⁹⁰ الفصل 273 م.ع. «إذا حلّ الأجل وتأخر المدين عن الوفاء فللذائن الحق أن يغصب المدين...».

⁶⁹¹ الفصل 402 م.ع. بالنسبة إلى الفسخ والفصول 330 إلى 334 م.ع. بالنسبة إلى البطلان النسبي.

⁶⁹² «وتجري في الماطلة القواعد المقررة بالفصول المتعلقة بالعقود الخاصة».

⁶⁹³ «...وأما الحقوق التي اكتسبها الغير قانونا بغير تدليس فتجري عليها الأحكام الخاصة المتعلقة بالعقود الخاصة».

تحقق ذلك لاحقا - وهذا هو الفرض المنطقي لرهن ملك الغير - بإجازة من المالك أو صيرورة الرهن مالكا. وهذا الحكم يتماشى مع عقد قابل للإبطال يكون في وضع قد يصح فيه وقد يبطل.

وربما هذا ما يفسر استعمال المشرع كلمة «الفسخ» للتعبير عن البطلان النسبي في مجلة الالتزامات والعقود، لأن الفسخ يفترض عقدا صحيحا باعتباره جزاء يؤدي إلى حلّ عقد ملزم للجانبين عند عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه، عملا بالفصل 273 م.ع.⁶⁸⁸ وافترض الصحة يسمح بتقريب البطلان النسبي من الفسخ لعدم التنفيذ بما يبرر استعمال ذلك المصطلح لأن العقد القابل للإبطال هو - إن شئنا - عقد «صحيح» حتى يبطل كالعقد القابل للفسخ الذي هو صحيح

⁶⁸⁷ انظر الفصل 212 م.ع.

⁶⁸⁸ السباعي، نظرية بطلان العقود، ص 103.

الفروقات الأصلية والجوهريّة التي تباعد بين النظامين وتجعل منهما جزأين مختلفين. فالبطلان النسبي يترتب عن وجود عيب أصلي في العقد في الأهلية أو في الرضا بخلاف الفسخ الذي ينتج عن عدم تنفيذ العقد أي عن خلل طارئ على العقد بعد تكوينه⁶⁹⁴ وتلحق به مسؤولية تعاقدية قائمة على فكرة الخطأ⁶⁹⁵ ولا شيء من هذا في البطلان النسبي. ثم إن الفسخ لا يجري إلا في العقود الملزمة للجانبين ويتكامل مع نظرية تحمل الشبهة على معنى الفصول من 345 إلى 348 م.ا.ع.، على عكس البطلان النسبي الذي يهّم كلّ العقود ولا مجال فيه لتحمل الشبهة. كما أن الفسخ يقبل منح المدين آجالاً على وجه الفضل طبق الفصل 137 م.ا.ع. باعتبار تعلقه بالتنفيذ، ويمتنع الحكم به إذا تمّ عرض الوفاء، وهو ما يقبله البطلان النسبي. وإن كان كلا الجزأين ينقرضان بالتقادم إلا أن احتسابه وآجاله تختلف فالفسخ يخضع للتقادم العادي بخمس عشرة سنة حسب الفصل 402 م.ا.ع. والبطلان النسبي يتقادم بسنة واحدة عملاً بالفصل 330

حسب الفصل 273 م.ا.ع.، و(*rescision*) وتعني البطلان النسبي. وفي هذا المضمار يستحسن اللجوء إلى النص الفرنسي بل يصبح أمراً ضرورياً يفرضه حسن تأويل القانون لأن المصطلح العربي يجمع بين نظامين متغايرين، وخشية الوقوع في اللبس والخلط يتّجه الرجوع إلى النص الفرنسي الذي يساعد على ضبط مراد واضع القانون باختياره أحد مصطلحين مختلفين. وعلى هذا، فالوقوف عند كلمة «فسخ» العربية ونسبتها إلى البطلان النسبي - كما بدا لمحكمة التعقيب في قرارها المشار إليه في 17 جانفي 1995 - دون الرجوع والاستعانة بالنص الفرنسي، فيه قصور في التأويل. ولو تمّ ذلك في الفصل 576 م.ا.ع. لتبين أن تحريره الفرنسي يشير إلى *résolution* وهي «الفسخ» لعدم التنفيذ. ويكون هو المعنى الأول في الاعتبار، خاصة إذا علمنا أن عديد النصوص في باب تنفيذ البيع وغيره من العقود - تتحدث عن «فسخ» فهل تحمل هي أيضا على البطلان

السببي والحال أن تحريرها الفرنسي يستعمل مصطلح (résolution)⁶⁹⁸ وأن
المشرع لم يكتف بكلمة «فسخ» للإشارة إلى البطلان النسبي، بل أشار إليه
أيضا بالقابلية للإبطال فقال في الفصل 338 م.ع. «الالتزام القابل للإبطال».
وهذا يعني أن كلمة الفسخ يجب أن تقود مبدئياً إلى الفصل 273 م.ع. إلا إذا
ظهر دليل قاطع على أنها تحيل إلى البطلان النسبي. وهذا قليل إن لم يكن نادراً.

159- وإذ يتبين هكذا أن الفسخ لا يتصل بالبطلان بل بالتنفيذ، يتيسر
تخريج كلمتي «يصح» و«يجوز» على معنى النفاذ لا «التصحیح» ويمكن
إبعادهما عن منطقة تكوين العقد ليدخلا في تنفيذه. ودليله عقلاً ولغة أن الجواز
في كلمة «يجوز» يعني النفاذ ولا يمكن أن يبنى على غير الصحة، وأن

⁶⁹⁸ انظر على سبيل الذكر في البيع الفصول 624 و625 و629 و640 و641 و655 و657 و660، وفي
الكراء الفصول 749 و751 و802، وفي التوكيل الفصل 1168 وفي الشركة الفصول 1323 و1393
و1435.

158- ونظراً إلى خطورة هذه الفروقات، فإن استعمال كلمة «الفسخ»
للدلالة على البطلان النسبي ليس اختياراً موقفاً⁶⁹⁷. بل الأوفق استعمال كلمتين
مختلفتين تكوّنان مصطلحين متغايرين على غرار النص الفرنسي لمجلى
الالتزامات والعقود الذي يميّز بين (résolution) وتعني الفسخ لعدم التنفيذ

⁶⁹⁴ انظر في ذلك أطروحة الأستاذ محمد المنصف الشافعي حول ماطلة المدين بالفرنسية:

Mohamed Moncef CHAFFAI, La demeure du débiteur dans l'exécution du
contrat en droit civil, thèse Tunis, Faculté de droit et des sciences politiques et
économiques, 1984, pp. 106 et 181 et s.

⁶⁹⁵ محمد الزين، العقد، ف 353 وما بعدها، ص 286 وما يليها.

⁶⁹⁶ راجع في هذا الاتجاه وعلى وجه الإجمال: فيستان، تكوين العقد، ف 402، ص 436-437.

⁶⁹⁷ ولو أن المشرع ربط الفسخ «بالالتزام» في البطلان النسبي، و«بالعقد» في الفسخ لعدم التنفيذ. لكن هذا غير
كاف لأن البطلان يتسلط بدوره على العقد من طريق الالتزام تأكيداً لربط المصدر بالأثر.

التصحيح في لفظ «يصح» يعني أنّ الرهن يرتب أثره لأنّ الصحة هي كون العقد تامّ الأركان بحيث يحقق أثره، وهي تقدر عند التكوّن لا بعده، إذ لا يمكن أن يصحّ ما هو صحيح، بل ينفذ ما هو صحيح، فإنّما أنّه صحيح وينفذ أو أنّه غير صحيح ويبطل. أمّا أن يكون صحيحا ويصحّ فهذا غير ممكن عقلا. وعليه فالشعبير بلفظ «يصح» لا يحيل ضرورة إلى نقيضه أي «لا يبطل» وإنّما يقصد أيضا «ينفذ» وهو المقصود في الفصل 203 م.ح.ع. بدليل شيئين أحدهما الإجازة وهي إنفاذ لا تصحيح إذ العقد لا يصحّ بالإجازة بل يصحّ بالإمضاء أو التصديق، وإنّما الإجازة تنفذه⁶⁹⁹ فإذا قيل يصحّ الرهن بالإجازة كان معناه ينفذ بها. وثانيهما الفصل 260 م.ح.ع. المشار إليه الذي هو نصّ في النفاذ لأنّه يتعلّق بحقّ الأفضليّة كأثر للرهن، فلا يبنى على غير الصحة خاصّة أنّه سوى في حكم واحد الرهن المؤجّل والرهن المشروط ورهن ملك الغير، ومعلوم أنّ الصورتين الأوليين تتعلّقان

خلاف البطلان المطلق. ففي حين يقصي الفصل 329 م.ا.ع. العمل على «إمضاء الالتزام الباطل من أصله أو التصديق عليه»⁷⁰⁰ يقرّ الفصلان 337 و338 م.ا.ع. العكس تماما في البطلان النسبي ويقبلان «إمضاء الالتزام القابل للفسخ قانونا أو التصديق عليه».

والملاحظ في الفصل 576 م.ا.ع. أنّه يقبل تصحيح العقد بإجازة المالك ويربط طلب الفسخ بانعدام هذه الإجازة⁷⁰¹ أي أنّ البيع يبطل في غياب تصحيحه بالإجازة، فالإجازة تمنع إبطاله بإزالة عيب الإبطال فيه وهو انعدام ملكيّة البائع للمبيع. ويتماشى هذا التّقديم مع منطق وجزاء البطلان النسبي، لكن يلاحظ أيضا أنّ الفصل 576 م.ا.ع. وكذلك الفصل 203 م.ح.ع. لم يستعملا كلمتي الإمضاء ولا التصديق، فهل الإجازة هي إمضاء أو تصديق؟ إن كانت كذلك فعلا، فاحتمال البطلان النسبي يقوى، وإلا تكن فاستبعاده أولى.

الجواب بالإيجاب له ثلاث حجج أولها: أن الفصل 8 م.ا.ع. استعملها في باب
نقص الأهلية، والحال أن الفصل المذكور هو أحد حالات البطلان النسبي حسب
الفصل 330 م.ا.ع. وثانيتهما أن المقابل الفرنسي لكلمة «الإجازة» هو
«ratification» وهو نفس المقابل لكلمة التصديق في الفصل 329 م.ا.ع. وفي
الفصلين 337 و338 م.ا.ع. بما يعني أن كلمتي الإجازة والتصديق مترادفتان. أمّا
الحجة الثالثة فتؤخذ من منع الترادف والتكرار في الفصل 329 م.ا.ع. وكذلك
في الفصلين 337 و338 م.ا.ع. إذ لا بد أن يكون للتصديق معنى مغاير للإمضاء

700 في هذا الاتجاه: - قرار تعقيبي عدد 2509 مؤرخ في 19 ماي 1981، ن. 81، II، 38. - قرار تعقيبي عدد
17015 مؤرخ في 2 جانفي 1989، ق.ت. أفريل 1990، 67. - قرار تعقيبي عدد 15531 مؤرخ في 20 نوفمبر
1986، ن. 86، II، 60. - قرار استثنائي في صفاقس، عدد 6291 مؤرخ في 3 جوان 1982، ق.ت. جانفي
1983، 136. - حكم استثنائي من ابتدائية تونس، عدد 31569 مؤرخ في 1 نوفمبر 1996، ق.ت. جوان
1997، 151.
701 نور الدين الغزواني، خواطر حول بيع ملك الغير، مقال سابق، ص 134.

برهن صحيح بل حارفاً، مما يفهم منه أن رهن ملك الغير يسببهما وأن
مشكلته في نفاذه لا في صحته المرتبطة بتكوينه. وبهذا يتضح أن تصوّر البطلان
لا يتلاءم مع التقويت في ملك الغير. وكذلك نظامه.

ب- نظام البطلان النسبي:

160- تتمحور العناصر المأخوذة من نظام البطلان النسبي خاصة حول
إمكانية الإجازة (1) والدفع بالبطلان (2).

1- إجازة العقد القابل للإبطال:

161- يتجه رفض الحجة المأخوذة من الإجازة (2.1) بعد عرضها (1.1).

1.1- عرض حجة الإجازة:

162- من أخصّ مميّزات البطلان النسبي قابليته للتصديق والإمضاء على

699 انظر الفقرة 164 الموالية.

والأ لكان استعماله زائدا. وبما أن تصحيح العقد موكول أساسا لعاقديه وهو ما يرمز إليه الإمضاء⁷⁰² فإن التصديق يكون خاصا بالغير الذي قد يوجب القانون تدخله في صحة العقد ومنه المالك الحقيقي في الفصل 576 م.اع. وبذلك يتصل دور الإجازة بصحة التفويت من عدمها وتكون في علاقة بجزاء البطلان. لكن هذه الحجج غير مقنعة ويتجه رفضها.

2.1- رفض مجلة الإجازة:

163- إن الربط بين الإجازة والبطلان النسبي هو ربط واه لسببين على الأقل أحدهما موضوعي (أولا) والآخر اصطلاحيا (ثانيا).

أولا- السبب الموضوعي:

164- من حيث الموضوع (المعنى) يختلف مفهوم الإجازة عن مفهوم الإمضاء

الإجازة عن منطقة البطلان⁷⁰⁵

ثانيا: السبب الاصطلاحي:

165- يلاحظ التشعب الاصطلاحي وتداخل المعاني في هذه المادة بما يبعث على الاضطراب ويوجب الانصراف عن الوقوف عند المصطلحات والتركيز في المقابل على المعاني والدلالات الحقيقية للكلمات التي تتبدل استعمالها كثيرا، وذلك قصد معرفة مدلولها الدقيق الذي يطمأن إليه والذي قد يتغير في إطار نفس الميدان. وتصح هذه الملاحظة على نسختي مجلة الالتزامات والعقود العربية والفرنسية.

فالإجازة لغة هي الإمضاء والإنفاذ⁷⁰⁶ والإمضاء هو الإنفاذ والإجازة يقال

أمضى الحكم والأمر: أنفذه، وأمضى البيع: أجازته. وفي الحديث الشريف «ليس

في المصوّل 329 و337 و338 م.ا.ع. احتلافًا بيننا إذ يدلّ الإمضاء على العمل القانوني الصّادر من جانب واحد وهو المعاهد المحمي بدعوى البطلان، والذي يزول به حقّ هذا المتعاقد في طلب الإبطال ويستقرّ به العقد نهائيًا مصححًا غير قابل للإبطال وذلك بأثر رجعي إلى وقت نشوء العقد الوارد عليه الإمضاء⁷⁰³. في حين أنّ الإجازة في الفصلين 576 م.ا.ع./203 م.ج.ع. تصدر عن المالك الحقيقي أي عن غير بالنسبة إلى العقد، وتهدف إلى جعل العقد ساريًا في حقه⁷⁰⁴. وبهذا تباعد

وربّما ظهرت معاني هذه الكلمات مترادفة لغة، إلا أنّها اصطلاحًا غير ذلك. فالإجازة بالمعنى السّابق في الفصلين 576 م.ا.ع./203 م.ج.ع.⁷⁰⁹، استعملت في الفصل 8 م.ا.ع. في معنى مختلف إذ تدلّ فيه على إمضاء الوليّ لتصرف القاصر أو

702 الترجمة الفرنسية للإمضاء في هذا المعنى هي *La confirmation*. انظر بصفة عامّة: Gérard COUTURIER, La confirmation des actes nuls, thèse Paris, 1969, L.G.D.J. 1972.

703 السنهوري، الوسيط، ج 1، ف 316-318، ص 515. وللإشارة فالإمضاء في مصر يطلق عليه «الإجازة» - كاريونيني، الالتزامات، ف 105، ص 197. - فيسستان، ف 816 وما بعدها، ص 963 وما يليها.

704 السنهوري، الوسيط، ج 1، ف 316، ص 516، هـ 2، وهو يعرف «الإقرار» المقابل «للإجازة» عندنا.

705

وهو ما يفسّر ملاحظة المرحوم السنهوري شذوذ بيع ملك الغير في القانون المصري الذي نصّ على أنّ الإجازة (بمعنى الإمضاء) تصدر من المالك الحقيقي مع أنّه لا يملك التمسك بالبطلان، الوسيط، ج 1، ف 317، ص 516، هـ 3.

706 انظر: المعجم الوسيط، حرف الجيم، مادّة (جاز)، ج 1، ص 146.

707 المعجم الوسيط، حرف الميم، مادّة (مضى)، ج 2، ص 875.

708 المعجم الوسيط، حرف الصاد، مادّة (صدق)، ج 1، ص 510.

709 سيأتي تحليل هذا المعنى لاحقًا بمزيد التفصيل في باب نفاذ التقويت، ف 398 وما بعدها.

المحجور عموماً. وهي تقوم مقام الإذن المطلوب لإجراء التصرف وتحقيق مشاركة السولي في ذلك التصرف، وقد وردت بالفرنسية بتعبير *approbation* لا *ratification*. ثم وردت بتعبير آخر هو *autorisation* لتدل على الإذن القضائي المعطى للقاصر في الفصل 12 م.ا.ع.، وعلى الترخيص الإداري الممنوح لأصحاب الأماكن المضرة بالصحة والمزعجة والذي لا يمنع المجاورين من حق القيام في رفع المضرة المنبئة من هذه الأماكن طبقاً للفصل 99 م.ا.ع. وما أبعد هذه المعاني عن معنى الإجازة في التفويت في ملك الغير. لكن ربما اشتركت كل هذه المعاني عن كون الإجازة صادرة فيها دائماً عن غير، وحينئذ يلاحظ أنه عندما يتعد الغير لا يتعد المصطلح بالضرورة بل يتغير أحياناً بشكل غير مفهوم. فالمفروض أن الموكل يمكنه أن ينفذ تجاوز الوكيل حدود وكالته بواسطة «إجازة»، وإذا بالمشرع يتحدث في الفصل 1155 م.ا.ع. عن إمضاء كمقابل لنفس العبارة

الجمهورية وفقاً للفصل 6 فقرة أخيرة من أمر 18 جويلية 1957 المتعلق بتنظيم تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم⁷¹¹.

ثم إن كلمة *ratification* الفرنسية المقابلة للإمضاء في الفصل 1155 م.ا.ع. لم تقابلها في الفصل 329 م.ا.ع. بل جعلت مقابلاً لكلمة التصديق، واتخذت كلمة *confirmation* تعبيراً عن الإمضاء. وهذا يبعث على التفكير في أن كلمة *ratification* لا تحمل نفس المدلول في كل الأحوال. وفعلاً، يتجه جانب كبير من الفقهاء في فرنسا إلى اعتبار كلمة *ratification* مرادفة لكلمة *confirmation* في الفصل 1338 من المجلة المدنية، رغم أن لها دلالتها الخاصة المختلفة عن دلالة *confirmation*⁷¹². وبإسقاط هذا التفسير على الفصول 329 و337 و338 م.ا.ع. باعتبار تأثرها بالفصل 1338 فرنسي يتبين أن الكلمتين الفرنسيتين مترادفتان في بعض النصوص. ولعل هذا ما حمله المشرع عند صياغة

والواقع أنّ لكلمة إمضاء هذه استعمالات عديدة ومتنوّعة. فهي تعني التوقيع على كتب قانوني حسب قواعد الإثبات⁷¹⁰ (*signature*) وهي تعني إنفاذ التصرف وجعله ساريا في حقّ من أمضاه بدون أثر رجعي تجاه الغير (*ratification*) كما في الوكالة (الفصل 1155 م.ا.ع.) والفضالة (الفصل 1194 م.ا.ع.) وقبض الدين (الفصل 250 م.ا.ع.) وتدلّ أيضا على الإبقاء على العقود واختيار التعاقد أصلا (*Le maintien du contrat*) في إطار اشتراط الخيار بين إنفاذ العقد وفسخه طبق الفصول 121 و124 و125 م.ا.ع.، وقد تكرّر هذا الدالّ في بيع الخيار في الفصول 701 و703 و706 و707 م.ا.ع. وفي استحقاق المكري حسب الفصل 801 م.ا.ع. كما ورد استعمال كلمة الإمضاء في الفصل 1251 م.ا.ع. في معنى المصادقة (*approbation*) على حسابات الوليّ من طرف وكيل

⁷¹⁰ انظر الفصول 1285/1041/620/469/468/460/459/458/453/448 م.ا.ع.

النص العربي لمجلة الالتزامات والعقود على نجنب كلمة الإجازة واستعمال كلمة التصديق! وهو ما يعني أنّ كلمة «الإجازة» في الفصل 576 م.ا.ع. تختلف عن التصديق وأولى عن الإمضاء فهي ليست مرادفة لهما وتبقى أجنبيّة عنهما. وينبغي على ما سبق أنّ الصلّة بين الإجازة ونظام البطلان النسبي هي صلة موهومة وأوهى من أن تقوم حجّة على تكريس الفصلين 576 م.ا.ع./203 م.ح.ع. لهذا الجزاء. ويتأكّد هذا النفي بالنظر في الدّفْع بالبطلان.

2- الدّفْع بالبطلان:

166- يمكن تعريف الدّفْع بالبطلان بأنّه «الحقّ المخوّل لمن طوّلِب بالوفاء

⁷¹¹ رائد رسمي عدد 58، صادر في 19 جويلية 1957، ص 1163.

⁷¹² أورد المعجم القانوني لجمعية هنري كايبتان معنيين لكلمة *ratification* في القانون المدني، ثانيهما أنّها تستعمل أحيانا كمرادف للإمضاء *confirmation* ومثاله الفصل 1338 من المجلة المدنية.

بعقد في رد دعوى الوفاء بإثارة عيب في تكوين ذلك العقد فيمتنع تنفيذه»⁷¹³ ويستند هذا التعريف إلى الفصل 335 م.ا.ع.⁷¹⁴ ويفهم منه أن الدّفع بالبطلان يفترض وجود عقد معيب في صحته وقيام أحد المتعاقدين بدعوى في تنفيذه وتمسك المطلوب بالعيب الموجب لإبطال العقد فيترتب عن ذلك نزع «قوة النّفاذ»⁷¹⁵ عن العقد ومنع تنفيذه.

بتزليل هذا التعريف على آخر الفصل 576 م.ا.ع. يتبين أنه يستوعبه، فالبائع مطالب بتنفيذ العقد من المشتري فيدفع ببطلان البيع لردّ هذه الدّعوى متمسكا بعدم ملكيته للمبيع أي بكونه فضولياً، وهذا هو عيب العقد. لكنّ النصّ يحرّمه من ذلك. ولا يمنع حرمان البائع من هذا الدّفع من تصوّر وجوده بما يفسّر الإشارة التشريعية إليه ولو على سبيل النّفي وهو ما يؤيد إدراج عيب البيع في الفصل 576 م.ا.ع. في باب التّكوين ويستدعي جزاء البطلان⁷¹⁶!

حرّمه منه المشرع بنصّ صريح. لكن هذا يفترض أن الدّفع بالبطلان جائز في البطلان المطلق، وواقع التشريع غير ذلك، وهذه هي الثانية.

فغالب الظنّ بالتشريع المدني أنه لا يخصّ إلا الدّفع بالبطلان النسبي. وهو ما تقويه ثلاثة أدلة:

أولاً: إنّ الفصل 335 م.ا.ع. ورد في باب «فسخ الالتزام» أي البطلان النسبي علماً بأنّ نصوص البطلان المطلق تقف عند الفصل 329 م.ا.ع. ولم ترد فيها ولو إشارة إلى الدّفع بالبطلان.

ثانياً: إنّ أهمّ فائدة للدّفع بالبطلان تكمن في دوامه وعدم خضوعه لأجال التّقدم القصيرة التي تخضع لها دعوى البطلان⁷¹⁷ وبما أنّ هذه الدّعوى تتقضي بمرور عام واحد وعلى أقصى تقدير بخمسة عشر عاماً - كان من الوجيه تجاوز هذه المدة في الدّفع. وفي هذا تكمن فائدته. ولذلك نلاحظ كيف خصّص المشرع

الفصول المصنوعة في تقادم البطلان فصلا فصلا في الفقرة الثانية من الفصل 335 م.ع. وهي كلاً متعلقة بدعوى البطلان النسبي، ولا أثر فيها للبطلان المطلق. ولا يوجد أي نص صريح سواء في باب البطلان أم في باب التقادم يقضي بتقادم دعوى البطلان المطلق، بما يبعث على استنتاج عدم خضوع هذه الدعوى للتقادم⁷¹⁸. فإن كان كذلك، انتفت الفائدة من الدّفع لأنّه لن يضيف شيئاً.

⁷¹⁷ تيري وسيملار ولوكيت، الالتزامات، ف 392، ص 325. - ميشال ستورك، الدّفع بالبطلان...، مقال سابق، ص 68.

⁷¹⁸ هذه المسألة محلّ خلاف فقهي وقضائي ولو أنّ الفقه الحديث في فرنسا يميل في عمومته إلى قبول التقادم (مازو وشاباس، الالتزامات، ف 316، ص 298. - مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 566، ص 327). إلا أنّ حجج المعارضين مازالت قائمة (انظر فيها: مازو وشاباس، مرجع وموضع سابقين والهامش) ويبدو أنّها الغالبة في تونس فقها وقضاء (محمد الزّين، العقد، ف 292-294، ص 231 وما يليها، انظر خاصّة هـ 37 ص 233 - والقرار التّعقيبي عدد 56816 المؤرّخ في 11 مارس 1997، ن 97، II، 300). رغم قيمة الرّأي العاكس القائل بالتقادم (نور الدّين بسرور، جزاء قواعد تكوين العقد...، أطروحة سابقة، ف 217 وما بعدها، ص 324 وما يليها).

الفصل 576 م.ع. وذلك من خلال نقيضتين اثنتين. الأولى أنّ القائم بالدّفع ليس له القيام به إلا إذا كان بإمكانه أن يقوم بدعوى أصلية فيما يدفع به حسب الفصل 335 م.ع. وليس للبائع مثل هذه الدّعوى في بيع ملك الغير، وإن كان من دعوى فهي للمشتري وهي في الفسخ لا في البطلان. اللهم إلا إذا تعلق الأمر ببطلان مطلق فيقال إنّ البائع يمكنه القيام بالدّعوى فيكون له الدّفع ولذلك

⁷¹³ انظر: Michel STORCK, L'exception de nullité en droit privé, Dalloz 1987, p. 67.

⁷¹⁴ الفصل 335 م.ع.: «يجوز لمن طوّل بالوفاء بالعقد أن يحتجّ ببطلانه في جميع الأحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدّعوى ولا يسقط حقّه في ذلك بمرور المدة المعيّنة بالفصل 330 والفصل 331 والفصل 332 والفصل 333 والفصل 334».

⁷¹⁵ العبارة مترجمة عن الأستاذ ميشال ستورك من مقاله السابق عن الدّفع بالبطلان، ص 67 وأصلها هو: «force exécutoire».

⁷¹⁶ تقدّم الردّ على حجة موقع النصّ في البطلان المطلق (الهامش 549) وسياتي لاحقاً تحديد موقعه الصّحيح، ف 345.

ثالثاً: إن الأثر المقصود من الدّفع بالبطلان هو منع تنفيذ العقد، دون المرور إلى التصريح ببطلانه. وقد ألحّ الفقه كثيراً على هذه النتيجة حتى لا يفهم أن الدّفع بالبطلان هو ممارسة للبطلان بطريق الدّفع بل هو وسيلة بيد المعاهد المدعى عليه لينزع عن العقد مكنة تنفيذه⁷¹⁹. وهذا الأثر في تعارض واضح مع البطلان المطلق ولا يتلاءم معه، لأنّ هذا البطلان غالباً ما يهّم النظام العام ويثيره حتى القاضي من تلقاء نفسه⁷²⁰، وهو ما لا يذكره الفصل 335 م.ا.ع. لأنّه متوقّف على الطّلب.

ثمّ إنّ القاضي الذي يدلى إليه بعقد مشوب بعيب بطلان مطلق لا يتصور أن ينتظر حتى يدفع أمامه بذلك العيب، بل يثيره من تلقاء نفسه، وأكثر من ذلك يصرّح ببطلان العقد. ومعنى هذا أنّ البطلان المطلق كيفما نظّمته مجلّة الالتزامات والعقود لا يقبل الدّفع بالبطلان الذي جاء به الفصل 335 م.ا.ع. فهو

حجّة أخرى على البطلان وتنتمي معها الحاجة إلى نصّ في مثل هذا الجزاء.

الفرع الثاني: نفي الحاجة إلى النصّ الخاصّ

168- إنّ انتفاء الحاجة إلى نصّ خاصّ ينشئ بطلان التقويت في ملك الغير يبرّره أنّ مثل هذا النصّ لا فائدة منه (الفقرة الأولى) ولا فاعليّة له (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نصّ عديم الفائدة

169- تتعدم الفائدة من النصّ الخاصّ لما يتبيّن قصوره عن استيعاب وتفسير مسائل من نظام التقويت في ملك الغير (أ) أو عندما تتضح مخالفته لأصول الالتزامات (ب).

أ- نصّ قاصر:

170- بقراءة الفصل 576 م.ا.ع. مع افتراض أنّه نصّ في البطلان وقوفاً عند

استعمال هذه الكلمة في الفقرة الأخيرة، يجد الباحث نفسه مشغولاً بمسألة لا يجد لها تفسيراً مقنعاً ولا صحيحاً في نظرية البطلان النسبي وهي التعويض الممنوح للمشتري. ويتجه التفكير في إطار البطلان إلى اعتباره تطبيقاً لنظرية الخطأ في تكوين العقد. وهي النظرية التي صاغها الفقيه الألماني إيهرنج⁷²³ وتفترض أن يوجد عقد باطل - والأصل أنه لا ينشئ أثراً ولا تترتب عليه مسؤولية - تسبب في بطلانه أحد المتعاقدين الذي يعلم ذلك فإن المعاهد الآخر إذا كان حسن النية وتضرر من البطلان، فمن حقه أن يطلب التعويض بناء على مسؤولية تعاقدية قائمة على خطأ المعاهد الآخر في إيجاد مظهر كاذب انخدع به

⁷²³ **Rudolf Von JHERING**, De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites, œuvres choisies, Trad. De Meulnaère, Paris 1893, T.2, pp. 1-100.

خاص بالبطلان النسبي⁷²². لكن لا يفهم من هذا أن الدفع بالبطلان المطلق غير جائز أصلاً، بل العكس هو الصحيح باعتبار أن هذا البطلان من حق كل من له مصلحة ويمارس طبق قواعد الإجراءات أي بطريق الدعوى أو بواسطة الدفع، وتجيز هذه القواعد حسب الفصل 28 م.م.م.ت. القيام بدعوى معارضة لردّ الدعوى الأصلية، ويكون من أثر هذا الدفع لا عرقلة تنفيذ العقد بل طلب إبطاله أيضاً⁷²².

وهكذا يظهر انقطاع الصلة بين الدفع بالبطلان والفصل 576 م.ا.ع. فتتنفي

⁷¹⁹ ميشال ستورك، مقال سابق، ص 71 وما يليها.

⁷²⁰ قرار استئنائي تونس عدد 6291 مؤرخ في 3 جوان 1982، ق.ت. جانفي 1983، 136.

⁷²¹ في هذا الاتجاه: قرار تعقيبي مدني عدد 2950 مؤرخ في 16 جوان 1981، ن. 81، II، 185.

⁷²² انظر أيضاً الفصول 226 و227 و228 م.م.م.ت. ومقال الأستاذ صلاح الدين المولوي بالفرنسية حول الدعوى المعارضة:

- **Slaheddine MELLOULI**, La demande reconventionnelle, R.T.D. 1981, p. 11.

المتعاقد المتضرر⁷²⁴.

ولئن أغرت هذه النظرية شقاً من فقهاء فرنسا في بداية القرن العشرين ليفسروا على أساسها التعويض الممنوح للمشتري في الفصل 1599 من المجلة المدنية⁷²⁵، فإن أغلب الفقهاء اليوم يكادون يجمعون على انتقادها وعلى اعتبار أن العقد الباطل لا يرتب مسؤولية وأن كل ضرر قد يتسبب فيه لا يكون تعويضه إلا على أساس المسؤولية التقصيرية⁷²⁶. ومع ذلك فلا مانع من مزيد الاطمئنان إلى رفض هذه النظرية بالنظر الدقيق في الفصل 576 م.ا.ع. خصوصاً أن تاريخ صدوره يتزامن مع شهرة القانون المدني الألماني وانتشاره. ولا يكون هذا إلا على أساس الفصل 65 م.ا.ع. أو الفصل 576 م.ا.ع. نفسه.

أما الفصل 65 م.ا.ع. فتنص فقرته الأولى على ما يلي: «من كان يعلم حين العقد عدم إمكان العقود عليه أو كان من حقه أن يعلمه فعليه تعويض الخسارة

حسنها خلافاً للفصل 65 م.ا.ع. الذي لا يحمل أية مسؤولية على المعاهد حسن النية⁷²⁸.

وأما على أساس الفصل 576 م.ا.ع. نفسه، فقد سبقت الإشارة أن بعض الفقهاء الفرنسيين أغرتهم نظرية الخطأ في تكوين العقد فاعتبروا الفصل 1599 من المجلة المدنية تطبيقاً لها وربما كان لهم العذر في ذلك لأن نصهم يقضي ببطلان بيع ملك الغير ونظرية الخطأ في تكوين العقد هي نظرية تلائم بين البطلان والتعويض فوجدوا فيها ضالتهم، وما كانوا ليفعلوا لو وجدوا نصاً في غير البطلان⁷²⁹. وهي حال نصنا الذي أقر الفسخ وهو الجزء الذي يتماشى تماماً مع منح تعويض للمشتري⁷³⁰. فلا فائدة والحالة تلك في البحث عن تفسيرات ضعيفة أو اللجوء إلى نظريات منتقدة. ويتبين بالتالي فراغ البطلان من كل

ب- نص مخالف لأصول الالتزامات:

171- لا يمكن لنص في البطلان إلا أن يكون متعارضاً مع أصل الصحة في العقود (1) فضلاً عن عدة أحكام خاصة لا يمكن أن تتلاءم معه (2).

1- الأصل في العقود الصحة:

172- إن القانون المدني وجد أصلاً لتنظيم التعامل بين الأفراد وتنظيم العلاقات الاجتماعية عموماً. فهو -بشيء من التجوُّز- «قانون المجتمع». وهو قانون للبناء والتنظيم وليس تبعياً ولا جزائياً ولا زجرياً، ولهذا فهو يبني قواعده

728 قد يستقيم هذا التحليل مع التشريع اللبناني الذي لا يوجب تعويضاً للمشتري إلا إذا كان حسن النية والبائع سيء النية (انظر المادة 385 من قانون الموجبات والعقود اللبناني).

729 في هذا المعنى: دي باج ولبنز، البيع، ف 32، ص 72.

730 سيأتي بيان ذلك لاحقاً في الجزء الثاني من هذا البحث، ف 711 وما بعدها.

للطرف الآخر. ولا تلزمه الخسارة إذا كان هذا الأخير عالماً بما ذكر أو كان من حقه أن يعلمه...». وقد ورد هذا النص مكملاً للفصل 64 م.ا.ع. ومدعماً لجزاء البطلان المطلق المترتب عن استحالة محل الالتزام. وتكفي هذه الملاحظة لإبعاد الفصل 65 م.ا.ع. عن الفصل 576 م.ا.ع. لأنه نص في البطلان المطلق لا النسبي، وقد تقدم دحض هذا البطلان⁷²⁷، ثم هو مرتبط باستحالة محل الالتزام، وقد سبق الرد على هذا الأساس فضلاً عن عدم تلاؤمه الداخلي مع نظام الفصل 576 م.ا.ع. الذي لا يفرق في البائع - المفوت عموماً - بين ما إذا كان سيء النية أو

724 انظر بسط هذه النظرية في: السنهوري، نظرية العقد، ف 587، ص 622 وما يليها.

725 سلاي، دراسة في النظرية العامة للالتزامات حسب المشروع الأول للمجلة الألمانية، ف 161، ص 176.

- فويميه، نظرية الالتزامات، ص 199، والمراجع المذكورة في الهامش.

726 محمد الزين، العقد، ف 305، ص 243 والمراجع المذكورة في هامش 16.

727 راجع سابقاً، الباب الأول من هذا العنوان، ف 32 وما بعدها.

بافتراض أصول ومرتكزات ينبنى عليها مجتمع سليم. وتبعاً لذلك فهو يفترض في مادة الالتزامات والتصرفات القانونية خصوصاً أن تجري هذه الالتزامات بين أشخاص ذوي أهلية كاملة يخولهم القانون التعامل على أساسها إذ الأصل الأهلية وعدمها استثناء (الفصل 3 م.ا.ع.) وأنهم متآخون متعاونون لا توجد فروق تميّزهم (الفصل 4 م.ا.ع.) وأن كلامهم صحيح صادر عن إرادة متبصرة لا لغو فيه ولا هزل إلا إذا ظهر هزله فيكون مجرداً لا يترتب عليه التزام (الفصل 18 م.ا.ع.) وأنهم مجبولون على الاستقامة وحسن النية إذ لا يعقل أن تؤسس ونشرع لمجتمع أفراد متحيلون أفأكون أكلوا أموال بعضهم (الفصل 558 م.ا.ع.) وأن ذمهم بريئة غير عامرة لبعضهم إلا إذا ثبت ذلك بوجه قانوني (الفصل 560 م.ا.ع.)، فلا يتصور هكذا إلا أن تكون هذه التصرفات صحيحة سليمة من العيب ومطابقة للقانون (الفصل 559 م.ا.ع.)⁷³¹.

(أعمال الفضولي) بقوله «أضف إلى ذلك أن هذا النظر القاسي (البطلان) نظري محض لا يوافق حاجيات الناس من الناحية العملية، فهو بمنعه صاحب الحق من إجازة عمل الفضولي ويرفضه إحياء العقود على هذا الوجه يورث المشقة والحرَج، ويقضي على روح السرعة والتيسير والمرونة والمواخاة، التي تستوجبها جميعاً المعاملات اليومية العديدة»⁷³⁴.

فأين من يرى بطلان التقويت في ملك الغير من كل هذا لا شك أنه مخالف له خاصة أن الفصلين 576 م.ا.ع./203 م.ح.ع. انطلقا من الصحة (يجوز بيع ملك الغير.../ يصح رهن ملك الغير) فالأولى ردهما إلى الأصل لا حملهما إلى الاستثناء لا سيما أن الفصل 576 م.ا.ع. يدعم هذا التوجه دعماً بإقراره جزاء الفسخ المنبني ضرورة على عقد صحيح.

174- إنَّ في التشريع دلائل أكيدة على جواز التَّقويت في ملك الغير سواء من خلال الإقرار ببعض النتائج التي لا يرتبها إلا العقد الصَّحيح أم من خلال الافتراض الضمني لجواز التَّقويت. وتكفي الإشارة في هذا السياق على سبيل المثال⁷³⁵ إلى ثلاثة فصول هي: 642 و645 م.ا.ع. و211 م.ح.ع.

1-2- الفصل 642 م.ا.ع.

175- إنَّ هذا الفصل الوارد في باب ضمان الاستحقاق في البيع (الفصول 631 إلى 645 م.ا.ع.) يذكر صراحة صورة بيع ملك الغير كإحدى حالات منع بند الإعفاء من الضمان، أي أن بيع ملك الغير هو صورة موجبة للضمان كلياً، وقد جاء في آخر النَّص: «ولا عمل على شرط براءة البائع:

⁷³⁴ صبيحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود...، ج 1، ص 64.
⁷³⁵ في الجزء الثاني من هذا البحث أمثلة أخرى عديدة ومتفرقة، انظرها في مواضعها.

173- وينتج عن كلِّ هذا أن التصرفات القانونية هي مبدئياً صحيحة بحسب الأصل، ويجب النَّظر إليها كذلك إلا إذا اتَّضح خللها وظهر بطلانها. ومعنى هذا أن البطلان يجب أن يكون استثنائياً وإيقاعه محدوداً. والفقهاء المعاصرون على هذا النَّهج، فمنهم من يري أن «البطلان شرّاً لا بدّ منه»⁷³²، ينبغي التَّقليل من حالاته وأن مساوئته عديدة ويحدث اضطراباً كبيراً يعسر على القانون التحكم فيه ومن الأفضل تعويضه بجزاءات أخرى كالتعويض. ومنهم من يدعو القاضي إلى عدم التَّوسع في صور البطلان والنَّظر في تلاؤمه مع المحيط الذي سيطبَّق فيه «إذ من الأفضل القبول بجواز التصرف كأهون الشرّين أو البحث عن جزاء آخر»⁷³³، وفيهم من يعلِّق على بطلان التَّقويت في ملك الغير

⁷³¹ صانغيلانا، توطئة اللائحة الابتدائية لمجلة الالتزامات والعقود، ف III، ص IV.

⁷³² مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 539، ص 311.

⁷³³ رونار وفيوجان، التقرير البلجيكي عن انعدام التصرفات القانونية وبطلانها وقابليتها للإبطال في إطار أعمال جمعية هنري كابتان، أيام طورينو 1961-1962، ج XIV، ص 540.

ثانياً: إذا كان موجب الاستحقاق من غروره كبيعه لما هو لغيره...»⁷³⁶ ،
ومعلوم أنّ ضمان الاستحقاق هو التزام ناشئ عن عقد البيع بصريح الفصل 591
م.ا.ع. الوارد تحت قسم «فيما يجب على البائع» ونصّه: «البائع ملزوم بأمرين وهما
تسليم المبيع وضمّانه»، وأنّ مثل هذا الالتزام وغيره لا ينشأ إلا عن عقد صحيح.

2.2- الفصل 645 م.ا.ع.:

176- حسب الفصل 645 م.ا.ع. ليس للمشتري أن يقوم على البائع بالضمان
إذا استحقّ منه المبيع بسبب «غروره أو تفريطه» كما إذا «ابتدأ البائع مدّة حوز
وفرط المشتري في إكمالها»، أي أنّ هذا النص يفترض صورة بيع صادر من حائز
لم تكتمل بعد مدّة حوزة، أي لم يصبح مالكا بعد، فهو حين البيع ليس
مالكا وبيع ملك غيره، ثمّ أهمل المشتري إكمال مدّة الحوز حتى قام عليه المالك
الحقيقي واستحقّ منه المبيع فلا ضمان على البائع عندئذ. ويفهم من هذا النصّ

عدم اكتساب حقّ الرهن أنّ الرهن غير نافذ لا أنّه باطل. وهذا ما كان يقضي به
الفصل 1551 م.ا.ع. القديم بنصّه على أنّه: «إذا تسلّم الدائن شيئاً منقولاً أو جملة
منقولات على وجه الرهن ممن لا يملك ذلك لا يمضي الرهن وإن كان الدائن على
غرّة». أي أنّ الفصل 211 م.ج.ع. عبر بكلمات مختلفة عن نفس المضمون وهو عدم
مضاء الرهن الذي يعني عدم نفاذه المنهني ضرورة على عقد صحيح.

178- وهكذا فمثل هذه النصوص لا يتماشى إلا مع تفويت صحيح في
مبدئه وهي تقوم دليلاً على صحته، ممّا يؤكّد عدم الحاجة إلى نصّ البطلان
تماماً مثلما يتأكّد عدم فاعليته.

الفقرة الثانية: نصّ عديم الفاعلية

179- تقاس فاعلية النصّ وجدواه بمقدار ما يرتبط بنتائجه ربطاً منطقيّاً
وايجابياً. وفي هذا السياق، يشيّن أنّ نصّ البطلان في عهد الأعراف إنّما كان

هكذا أنه يفترض جواز بيع ملك الغير لا بطلانه إذ لو كان باطلا لكانت النتيجة استرداد ما دفع بغير حق لا منع الضمان، وأكثر من ذلك فهو يجعل الخطأ في جانب المشتري المتقاعس لا في جانب الحائز البائع لملك غيره.

3-2- الفصل 211 م.م.م.:

177- جاء في هذا الفصل أنه «إذا تسلّم الدائن على وجه الرهن شيئاً منقولاً أو جملة منقولات ممن لا يملك ذلك فإنه لا يكتسب حق الرهن على تلك الأشياء ولو كان على حسن نية» وواضح من هذا النص المخصّص لفرضية رهن منقول مملوك للغير أنه لم يرتّب جزاء البطلان على الرهن بل عدم اكتساب حق الرهن⁷³⁷، فلو كان البطلان هو الجزاء المطلوب لذكر صراحة، إذ لا بطلان بدون نص. ويفيد

⁷³⁶ انظر في تحليل هذا النص: حاتم بن عبد الحميد الرواتب، تحليل الفصل 642 من مجلة الالتزامات والعقود، مذكرة دراسات معمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1990-1991.
⁷³⁷ الفرق كبير بين الجزأين. انظر لاحقاً، ف 393.

وغير مرغوبة (أ) لا تنتج عن نظام الفسخ الذي يفضله في المقارنة (ب) وهو ما تدعّمه إرادة إقصاء البطلان في آخر الفصل 576 م.ا.ع. (ج).

أ- النتائج غير المرغوبة لنص البطلان:

180- إن اعتبار الفصلين 576 م.ا.ع./203 م.ح.ع. نصين في البطلان يؤدي إلى نتائج غير متوقّعة ومرفوضة تظهر خاصّة في المصلحة المحميّة (1) والائتمان (2).

1- المصلحة المحميّة:

181- من جهة المصلحة المحميّة، يلاحظ أنه لو تعلّق الأمر ببطلان لكانت الدعوى من حق المفوّت له، ولكنّه قد لا يستخدمها في سبيل حماية نفسه من فعل المفوّت بقدر ما يكون أحياناً للتّملّص من شراء أو اكتساب غير مرغوب اقتصادياً، أو ندم عليه لاحقاً لسبب من الأسباب الخاصّة به. فعوض أن تكون دعوى البطلان هادفة إلى حماية المشتري تصبح وسيلة بيده للتحكّم في مصير صفقة غير مشجّعة اقتصادياً. وتزداد خطورة هذه النتيجة عندما يتحصّل البائع أو

المفوت على الملكية لاحقا وتقبل دعوى البطلان⁷³⁸.

كما لاحظ بعض الفقهاء أنّ من المسائل الهامة في نظام البطلان باعتباره جزاء لشروط تكوين العقد والتي لا تحظى باهتمام خاص مسألة تحديد المدعى عليه في دعوى البطلان. وتسليط الضوء من هذه الزاوية قد يكون مفيدا في منح دعوى البطلان أصلا⁷³⁹. إذ المفروض أنّ البطلان يثار ضدّ من يتمسك أو يمكنه أن يتمسك بالعقد المراد إبطاله، وهذا ليس ثابتا بل عكسه هو الوارد في منطلق التفويت في ملك الغير. ذلك أنّه لو اعتبر التفويت باطلا لسمح للمفوت له بأن يرفع هذه الدعوى على المفوت، أي أنّ المفوت هو المدعى عليه والحال أنّه ليس هو من يتمسك بالعقد المراد إبطاله بل ربّما كان هو أول المنادين للتخلّص من ورطة قد لا تجد طريقها إلى الحلّ إلا بصعوبة كبيرة أو بمصاريف باهظة أو لأنها تمثّل

وربّما فتح بابا للمتحيّلين حتّى يحصلوا على قروض مقابل رهون ملك الغير ثمّ يطلبون إبطالها عندما يطالبون بمبلغ الدين⁷⁴¹. ولا يكفي مجرد منعهم من ذلك وجعل البطلان نسبيا بيد الدائن، فهذا لا يفسّر شيئا إذ من المتوقّع أن لا يطلبه ليحرم نفسه بنفسه من إمكانية قد تتحقّق فتقوي ضمانه. وهذا ما تؤيّد قاعدة الفصل 547 م.أ.ع. القاضية بأنّ «من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه» باعتبارها تفرض التزاما قائما «تمّ» من جهة صاحبه فتمنعه من التخلّص منه، ولا يكون الالتزام قائما وملزما وهو باطل. بل يجب أن يكون صحيحا، بما يعني أنّ المرتهن ملزم بالرهن ولا يمكنه التفتي منه.

والملاحظ أنّ ضرر البطلان لا يقف عند الدائن بل يشمل المدين أيضا ومن ورائه عمليات التداين، بدليل أنّ المدين الذي يقدّم ضمانا على ملك الغير أملا تحقّق أحد شرطيه في القريب ويعرض الأمر على الدائن فيرفضه خشية البطلان

ولا يفرضه، لا يجد محيصاً عن القعود عن النشاط أو يعمد إلى مشاريع صغيرة قد لا تكون لها الجدوى أو المردودية المرجوة. ثم إن ترك البطلان بيد الدائن أو المشتري في البيع بدعوى حمايته هو حلّ هش وقد يفرغ من محتواه إذ يكفي الطرف المعني عندئذ أن يصادق على العقد فيمتنع إبطاله بصفة نهائية! ولا يبقى من سبيل للتخلّ منه إلا فسخه! أليس من الأجدر والأفضل إذن إقرار صحته وجعل جزائه في الفسخ مباشرة!⁷⁴⁰

ب- أفضلية الفسخ على البطلان:

183- تظهر أفضلية الفسخ على البطلان عند مقارنته به (1) حتى أنه شكّل مطلباً فقهياً إزاء نصوص في البطلان (2).

⁷⁴¹ انظر:

Gaston CHANTAUD, Les sûretés réelles sur la chose d'autrui, thèse Paris, Librairie Marescq Ainé, 1900, p. 97.

صممه حاسرة، فالأولى إذن أن يكون المفوت هو الذي يطلب البطلان لأن المفوت له هو الذي سيتمسك بالعقد! لكنّ المشرّع منع عليه هذا القيام في الفصل 576 م.ا.ع.⁷⁴⁰، ولم يمنح للمشتري دعوى الإبطال بل دعوى الفسخ، وهو أوفق حتى لا يقع في هذه النتيجة.

2- الائتمان:

182- أمّا من جهة الائتمان، وهذه نتيجة تهّم الرهن بصفة خاصّة، فالملاحظ أنّ بطلان الرهن يحرم الدائن من ضمان كان يمكن أن يعوّل عليه وينتظر تحقّق الملكية فيه، لكنّ إبطاله يقصي هذا الأمل فتتعرقل حركة الائتمان.

⁷³⁸ فيهو، أعمال الثفويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 18، ص 13.

⁷³⁹ رونار وهيوجان، التقرير البلجيكي حول انعدام التصرفات القانونية وبطلانها وقابليتها للإبطال في إطار جمعية هنري كابينان، أيام طورينو 1961-1962، ج XIV، ص 551.

⁷⁴⁰ انظر في تطبيق هذا المنع: - قرار تعقيبي عدد 37969 مؤرّخ في 8 نوفمبر 1994، ن 94، 461. - قرار تعقيبي عدد 38183 مؤرّخ في 5 ديسمبر 1995، ن 95، 322.

1- مقارنة الفسخ بالبطان:

184- لاحظ بعض الفقه أن المقارنة بين نظامي الفسخ والبطان في موضوع ملك الغير ترجح كفة الفسخ. فهذا الأخير يتقادم بخمس عشرة سنة (الفصل 402 م.ا.ع.) خلافاً للبطان النسبي الذي يتقادم بسنة واحدة (الفصل 330 م.ا.ع.)، ويمنح الدائن تعويضاً (الفصل 273 م.ا.ع.) بخلاف البطان، والحكم بالفسخ ليس آلياً، بل يخضع لسلطة القاضي لتقدير عدم التنفيذ واستحالته من عدمها بعكس البطان النسبي - وكذا المطلق - الذي يصرح به بمجرد ثبوت سببه، بل إن الفسخ المشروط باستحالة التنفيذ، لا يتسنى الحكم به إلا إذا تأكدت هذه الاستحالة، ولا يقضى به مادام الوفاء ممكناً، وهو ما تعبّر عنه القولة المعروفة «لا فسخ إلا بعد الغصب» انسجاماً مع نص الفصل 273 ف 1 م.ا.ع.: «إذا حلّ الأجل وتأخر المدين عن الوفاء فللدائن الحق أن يغصب المدين على الوفاء إن كان ممكناً وإلا فسخ العقد مع أداء ما أتى به من ذلك من الغرض إن كان

جزاء عقد صحيح⁷⁴⁴، ويعبر عن رغبة المشرع في تصحيح التفويت في ملك الغير عموماً بما أنه كررها في الفصل 203 م.ح.ع. ويحقق ما تمناه فقهاء عديدون في بلدان تقضي نصوصها ببطان التفويت كما في فرنسا ومصر، حيث يأسف عدّة فقهاء أن يتبنّى نصّ الفصل 1599 من المجلة المدنية جزاء البطان⁷⁴⁵. فأجمعوا كلمتهم تقريباً على إضفاء الطبيعة النسبية على هذا البطان ومعهم فقه القضاء الذي سعى إلى تخفيف غلواء البطان المطلق وتكريس بعض النتائج الضرورية كجعل البطان بيد المشتري ومنعه عن البائع وتصحيح العقد باكتساب الملكية لاحقاً أو بإجازة المالك⁷⁴⁶... وهم يعتقدون أن مثل هذه النتائج لا تترتب باقتناع ووضوح إلا عن عقد صحيح جزاؤه الفسخ⁷⁴⁷. ولذلك يقول الفقهاء كولان وكابيتان ودي لامورنديار «كلّ هذه الحلول تفسّر بشكل رائع في نظام دعوى الفسخ»⁷⁴⁸.

ومن ثم شكّل الفسخ مطلباً فقهياً إزاء الفصل 1599 من المجلة المدنية

الفرنسية وما يماثله في تشاريح مشابهة.

2- الفسخ مطلب فقهي إزاء نصوص في البطلان:

185- لقد كان كولان وكابيتان ودي لامورنديار في التعبير عن الفسخ أطف من غيرهم ممن بلغ به تناقض نتائج البطلان واضطرابها المنطقي حدًا

⁷⁴⁴ نور الدين الغزواني، خواطر حول جزاء بيع ملك الغير، مقال سابق، ص 139.

⁷⁴⁵ نقل الأستاذ سمير عبد السيد تناغو عن الفقيه الفرنسي بوفنوار قوله في كتابه «الملكية والعقد»، طبعة 1924، ص 516. إن بطلان الفصل 1599 لهو واحدة من أكثر المسائل التي حوتها المجلة المدنية فموضبا.

- Samir TANAGHO, L'hypothèque des biens à venir, R.T.D.Civ., 1970, pp. 441-477, spéc. p. 462, note 116.

⁷⁴⁶ سيلين بوفسي، بيع ملك الغير، مذكرة سابقة، ص 2.

⁷⁴⁷ لوران، مبادئ القانون المدني الفرنسي، ج 24، ف 102، ص 108. - دي باج ولبنيز، البيع، ف 15، ص 38. وقد قرّب هذان الفقيهان بسبب ذلك بين ما يسمّيانه «البيع الروماني» الصحيح و«البيع الحديث» الباطل.

⁷⁴⁸ كولان وكابيتان ودي مورنديار، ج 2، ف 869، ص 580، وأصل الكلمة هو:

«Toutes ces solutions s'expliquent à merveille dans le système de l'action en résolution».

الحالتين»⁷⁴². فإذا تحقّق أحد شرطي التّفويت في ملك الغير أنتج العقد أثره بصفة آليّة خلافا للبطلان النسبي الذي قد يحكم به حال تحقّق شرط انتقال الملكية ونشأة الحقّ العيني⁷⁴³.

يدلّ كلّ هذا على استجابة نظام الفسخ أكثر من غيره لمقتضيات الاستقرار التعاقدية والإبقاء على العقود والمحافظة عليها احتراماً لقوتها الملزمة وصونا لها من التّهاون والانحلال اليسير. فإذا كانت هذه هي حال الفسخ فلا أقلّ من تضمين الفصل 576 م.أ.ع. على اختياره وهو الذي مكّن المشتري صراحة من طلبه «فإن لم يجزه المالك جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع».

والفصل 576 م.أ.ع. بهذا الاختيار يؤكّد صحّة بيع ملك الغير لأنّ الفسخ هو

⁷⁴² انظر تحليل هذه القاعدة في الجزء الثاني من هذا البحث، لاحقا ف 591 وما بعدها.

⁷⁴³ فورمي دي سان لوفان، أطروحة سابقة في التّفويت في ملك الغير، ص 24.

دفعه إلى أن ينسب إلى واضعي المجلة المدنية الغلط في تحرير الفصل 1599 وهو ما عبّر عنه بالحرف الواحد الفقيه ديموغ⁷⁴⁹ وكذلك الأستاذ كوليه دي سانتير الذي رأى أنّ واضعي المجلة أرادوا تمكين المشتري من دعوى فسخ البيع، ولكنهم أساءوا التعبير فاستعملوا كلمة «بطلان» وهم يقصدون بها «الفسخ» ولو لم يفعلوا لكان النظام الذي أقرّوه في كامل الانسجام والتوافق المنطقي⁷⁵⁰.

وقد عدّد بعضهم جماعة من الفقهاء السابقين قالوا بدورهم بالفسخ في الفصل 1599 كديرانتون ولارومبيار وبريا سانبري ولأبي⁷⁵¹، لكنّ هذا التّأويل في تعارض صارخ مع النّص حتّى أنّ الفقيه البلجيكي «لوران» المعروف بحدّة قلمه وشدّة انتقاداته استتطف على المشرّع مثل هذا الخطأ واستبعد أن ينحطّ في عدم الدقّة إلى هذه الدرّجة، وآثر نظام البطلان النسبي لأنّه أهون الشّرور

الثلاثة: الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي، علماً أنّه - أي لوران - من أنصار نظريّة الانعدام⁷⁵²

التقويت، ومثله الفقه المصري الذي يلاحظ بعض رموزه أنّ القواعد العامّة لا تؤول لغير الفسخ⁷⁵³ وأنّه لولا نصّ الموادّ 466 و467 و468 وقبلها المادّتين 264 و333 من القانون المدني الأهلي والمختلط لما كان شكّ في الفسخ. وفي هذا الصّدّد يقول السّنهوري «ونحن نذهب إلى أنّ بطلان بيع ملك الغير هو بطلان نسبيّ، ولكنّا لا نلتمس سبب هذا البطلان في القواعد العامّة، بل نبنيه على نصّ تشريعي هو المادّتان 333/264، فهذا النّص قد خلق البطلان وأنشأه، وليس هو مقرّراً للبطلان بالتّطبيق للقواعد العامّة، فإنّ هذه القواعد لا تؤدّي إلّا إلى جعل بيع ملك الغير قابلاً للفسخ، ولو لم يوجد النّص التشريعي المشار إليه لما كان هذا البيع باطلاً، بل اقتصر الأمر فيه على الفسخ»⁷⁵⁴.

إنّ تحليلاً كهذا لا يحتاج أيّ تعليق في دلالته على الصّحّة المبدئيّة والمنطقيّة للتقويت في ملك الغير، والتي لا يمكن الخروج عنها إلّا بنصّ صريح في

وتعكس مثل هذه التّحاليل التّململ الذي يسود الفقه في فرنسا حيال بطلان

749
انظر:

René DEMOGUE, Des Droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance, R.T.D.Civ., 1905, pp. 723-791, spéc. p. 743: «Ce texte (Art. 1599) est le résultat d'une méprise législative»; «...Il y a eu là un mirage».

750
كوليه دي سانتير، درس تحليلي للمجلة المدنية، ج 7، ف 28 مكرّر، فف VI، ص 55.

751
Duranton, Larombière, Berriat Saint-Prix et Labbé ذكرهم أوديبار في أطروحته حول

بطلان التّقويت بين الأحياء لتصرّفات محلّها مملوك للغير... ص 120، هـ 1. وأضاف إليهم في مقاله السابق عن أعمال التّقويت في ملك الغير (ف 51 ص 33 هـ 109) الأستاذ لاريفيار صاحب أطروحة دكتوراه من جامعة باريس عن الضمان في انتقال الحقوق:

- **LARIVIERE**, Essai d'une théorie générale de la garantie en matière de transfert de droit, thèse Paris, 1944, n° 91, (dactylographiée).

752
ومع ذلك فقد قادت النزاهة العلميّة الفقيه لوران إلى التّساؤل عند تحليله لنتائج ضمان الاستحقاق عن وجاهة الإقرار بجزء الفسخ في بيع ملك الغير، (ج 24، ف 264 ص 263) لكنّه تراجع تحت وطأة الفصل 1599 واكتفى بالإحالة إلى شروحه السابقة المتعلّقة به وهو ما يدلّ على أنّه لولا نصّ الفصل 1599 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة لكان لوران نفسه من أنصار الفسخ!

البطلان، ولو أنّه غير منطقي ولا يوجد أيّ مبرّر عقلي يقبله⁷⁵⁵. لكنّ ضرورة احترام التّشريع تفرض هذا الخروج. لذلك يشكّل الفسخ مطلباً فقهيّاً في ظلّ تشايع البطلان، ونفهم عندئذ لماذا اختتم الإخوة مازو بحثهم في بيع ملك الغير بالدّعوة إلى الرّجوع إلى حلّ القانون الرّوماني القاضي بصحّة البيع، و«هو الحلّ الأكثر صحّة وبساطة»⁷⁵⁶!

753
حلمي بهجت بدوي، بطلان بيع ملك الغير، علّة هذا البطلان وحكمه بعد صدور قانون التّسجيل، مجلّة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السّنة الأولى، العدد الرابع، جوان 1931، ص 588-610. انظر خاصّة ص 589.

754
السّهوري، نظريّة العقد، مرجع سابق، ف 530، ص 611، هـ 2.

755
ديموغ، الحقوق الاحتماليّة، مقال سابق، ص 738 و743 و745.

756
مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعاوضة، ف 824، ص 105. والأصل هو:

«Ne serait-il pas plus simple et plus exact de reprendre la solution du droit romain et de l'ancien droit, en revenant à la validité de la vente de la chose d'autrui?».

186- هكذا يتبين إذن أنّ الصّحة هي الأصل، لأنّ القواعد العامّة تفرضها والمنطق السّليم يسندها فيجعل الفصلين 576 م.ا.ع./203 م.ح.ع. تعبيراً صادقاً وواضحا عنها. وقد أحسنت محكمة التّعقيب التّعبير عن هذه الحقيقة لما قالت في حيثية واحد من أهمّ قراراتها⁷⁵⁷ قاصدة ببيع ملك الغير «إنّ هذه العقود كانت مستوفية لأركانها القانونيّة ولا وجود لنصّ قانوني يقتضي إبطالها بل إنّ نصّ الفصل 576 م.ا.ع. المشار إليه يقتضي عدم نفاذها بالنسبة للمالك فقط لا إبطالها في حدّ ذاتها»⁷⁵⁸.

فكيف يراد بعد كلّ هذا للتفويت في ملك الغير أن يكون باطلاً وكيف يراد تأسيس هذا البطلان على الفصلين 576 م.ا.ع./203 م.ح.ع. لا يمكن منطقاً وقانوناً مجازاة هذا الرأى الذي قد لا يبقى له من دليل إلا استعمال كلمة البطلان في آخر الفصل 576 م.ا.ع. ولا يكتمل إقصاء البطلان فعلاً إلا بتفسير

1- استعمال عقوي:

188- تظهر عقويّة الاستعمال من خلال افتراض أنّ المشرّع لما اختار نظام الفسخ ما كان له أن يتعرّض إلى البطلان أصلاً ولو بالإشارة. ولما فعل - وهو الذي لا يتناقض - فلا مفرّ من احتمال أن واضعي المجلّة انتابهم شيء من السّهو جعلهم يثبتون الفقرة الأخيرة من الفصل 576 م.ا.ع. ولو انتبهوا لأمسكوا. وتسنّد هذا التفسير احتمالات ثلاثة مأخوذة من الأعمال التحضيرية للمجلّة، وتحديدًا من الفصلين 557 من المشروع الأوّلي و673 من اللائحة الابتدائيّة:

1.1- الاحتمال الأوّل: (النص الإيطالي)

189- إنّ الفقرة الأخيرة مأخوذة حرفياً عن الفقرة الأخيرة من الفصل 1459 من المجلّة المدنيّة الإيطاليّة لسنة 1865. فهذا النصّ يتفق في فقرتيه الأولى والثانية مع الفصل 1599 فرنسي، لكنّه يتميّز عنه بهذه الفقرة، والفصل 673 من

ج- إقصاء البطلان في آخر الفصل 576 م.ا.م.:

187- كيف يفسر استعمال المشرع لكلمة البطلان في الفصل 576 م.ا.ع. حال أنه أقر فيه جزاء الفسخ، وبين النظامين تعارض كبير؟

رغم صعوبة الاستدلال المباشر والصريح من التشريع أو من مصادره المادية على هذا الاستعمال، فإن التخمين يقود إلى عدة تفسيرات ممكنة يمكن تقسيمها إلى اتجاهين، اتجاها يستند إلى السهو التشريعي فيعتبر الاستعمال المناقش عفويًا (1)، واتجاها مخالف ينطلق من استبعاد السهو ويثبت أن الاستعمال مقصود (2).

⁷⁵⁷ قرار تعقيبي عدد 4327 مؤرخ في 8 نوفمبر 1966، ق.ت. فيفري 1967، 30.

⁷⁵⁸ انظر تحليل هذا القرار ونقده لاحقًا في بحث العقد الموقوف، ف 261 وما بعدها.

اللائحة أخذ هذه الفقرة برمتها، وهي فقرة مفهومة ومنظرة في منطق النص الإيطالي الذي يقرّ بأكمله جزاء البطلان، لكنّها لا تتلاءم مع نظام الفسخ. ويبدو أن المشرع لم يتفطن إلى ذلك فترك الإشارة إلى البطلان وكان أولى به حذفها. ولا يقال إنه استبقاها فعلا للدلالة على البطلان بعلّة أن كلمة الفسخ نفسها مأخوذة في معنى البطلان، فهذا تقريب مردود وقد سبق استبعاده⁷⁵⁹.

2.1- الاحتمال الثاني: (نقد النص الفرنسي)

190- إن المشروع الأولي لمجلة الالتزامات والعقود تبنى في الفصل 557 الجلّ الفرنسي المعتمد في الفصل 1599 من المجلة المدنية بإبطال البيع بطلانا نسبيًا والمدعم فقها وقضاء بإمكانية تصحيحه في الحالات المعروفة. لكن يبدو أن واضعي المجلة وعلى رأسهم مقرر لجنة إعدادها دافيد صانتيلانا استفادوا من

⁷⁵⁹ راجع سابقا، ف 157 وما بعدها.

الانتقادات التي وجهت للفصل 1599 فرنسي ولجزاء البطلان عموماً، فتأثروا بها وفضلوا الفسخ على البطلان فأقرّوه منذ اللائحة الابتدائية في الفصل 673 م.ا.ع.، وغيروا طالع النص ليعبروا بوضوح عن صحة البيع لا عن بطلانه وجعل الفسخ جزءاً منطقياً له، لكن فاتهم التعارض الذي يحدثه الإبقاء على الفقرة الأخيرة فسهبوا عن حذفها. ومن هنا جاء النص متضمناً في الآن نفسه لجزاعي الفسخ والبطلان.

لكن هذا الاحتمال ضعيف لأنه من غير المؤكد أن واضعي المجلة اطلعوا على الانتقادات المشار إليها، ولأن الفصل 557 من المشروع الأولي أشار بذاته إلى الفسخ فضلاً عن استبعاد السهو في مثل هذه الفرضية التي مفادها أن واضع النص لم يقرأه كاملاً بل اكتفى بتغيير أوله ووسطه ولم ينظر إلى آخره!

3.1- الاحتمال الثالث: (الفقه الإسلامي)

191- إن الفصل 673 من اللائحة الابتدائية لا يتفق مع الحلين الفرنسي أو

الأشياء المثلية⁷⁶⁰. وكذلك لأنه يفترض أصلاً أن الفصل 576 م.ا.ع. كرس فعلاً نظرية العقد الموقوف وهذا غير ثابت⁷⁶¹.

192- وبالجملة فالتفسيرات السابقة مردودة كلها لأنها تخمينية وضعيفة الحجّة والأدهى لأنها تخمن في نسبة السهو إلى المشرع. والأولى نسبة القصد إليه. وهو ما يبرزه الاتجاه الثاني.

2- استعمال قصدي:

193- لو كانت الفقرة الأخيرة من الفصل 576 م.ا.ع. متعلقة بدفع بالبطلان لعدّ استعمال البطلان مقصوداً للدلالة على هذا الدفع، لكن تقدّم ردّ هذه الإمكانية.

ومع ذلك فالرّاجح أن الكلام على البطلان مقصود في آخر النصّ بنية

الإيطالي بل يتماشى مع نظرية العقد الموقوف المستمدة من الفقه الإسلامي بدليل استعماله لكلمة «فساد» في آخره وهي مصطلح فقهي يعبر عن البطلان - أو نوع منه عند الأحناف - . وعند صياغة النص النهائي للفصل 576 م.إ.ع. الذي تضمن تقريرا حرفيا نص الفصل 673، يحتمل أن يكون واضعو المجلة قد تفتنوا إلى أن كلمة «فساد» التي تتماشى مع سياق لفصل 576 م.إ.ع. في الفقه الإسلامي لا أثر لها في بقية نصوص المجلة، فعوضوها بكلمة «بطلان» ولم يدركوا أن هذه الكلمة الجديدة لا تتلاءم مع جزاء الفسخ الذي أقره أصالة في الفصل 576 م.إ.ع. لكن مثل هذا الاحتمال فقير الحجة لأنه يركز على نسبة كلمة «فساد» إلى العقد الموقوف، وهذا غير صحيح لأن العقد الموقوف في الفقه هو من العقود الصحيحة لا الفاسدة ولأن مجلة الالتزامات والعقود استعملت تعبير الفساد في موضع آخر في البيع لا علاقة له بالعقد الموقوف وهو الفصل 624 م.إ.ع. في تسليم

إقصائه أو على الأقل للتعبير به عن عدم النفاذ العيني المفضي إلى إقصائه أيضا.
194- فالإقصاء يعني أن المشرع وضع الفقرة الأخيرة في الفصل 576 م.إ.ع. عمدا ليعبر عن رغبة أكيدة في إقصاء البطلان من دائرة الفصل 576 م.إ.ع. واجتثاث كل جذوره من بيع ملك الغير، ومن ورائه كل تقويت في ملك الغير بصفة عامة. وتظهر هذه الرغبة بالنظر إلى الفقرة الأخيرة في ذاتها أي بالوقوف عندها وكأنها نص قائم بذاته ودون ربطها بأي حكم أو أساس آخر، إذ أنها تعني أن لا وجه لإبطال البيع بأية حال تجاوبا مع صحته وتأكيدا لها. وهذا

760 الفصل 624 م.إ.ع.: «المعدودات المتفاوتة في القيمة إذا سُمي ثمنها للجملة من غير تفصيل إن وجدت زائدة أو ناقصة فسد البيع. (فقرة أولى). وإن فصل الثمن فإن وجدت زائدة فسد البيع وإن وجدت ناقصة فالخيار للمشتري إن شاء فسخ وإن شاء أخذ الموجود بثمنه (فقرة ثانية)».
كما وردت كلمة الفساد في موضعين آخرين يعيدان عن العقد الموقوف أيضا وهما الفصلان 147 م.إ.ع. في الأجل و1473 م.إ.ع. في الصلح.
761 سيأتي تحليله لاحقا، ف 248 وما بعدها.

واضح سواء من خلال شخص المدعي أم من خلال سبب البطلان.

فإذا كان المالك خارجاً عن الفصل 576 م.أ.ع. لأن العقد لا يسري في حقه، والمشتري له دعوى الفسخ، فلم يبق إلا البائع! لكن النص منع عليه هذه الدعوى.

ثم إن النص نفى كل سبب للبطلان برغم صياغته المقصورة ظاهرياً على سبب واحد وهو كون البائع فضولياً، إذ لو عمل القياس بمفهوم المخالفة لقبل إن البائع لا يمكنه طلب البطلان بدعوى أنه فضولي لكن يمكنه طلبه بدعوى شيء آخر. ولكن ما هو هذا الشيء الآخر؟ إنه لا شيء! وهذه حالة لانعدام جدوى القياس بمفهوم المخالفة⁷⁶²، باعتبار أن الأسباب (الأسس) الأخرى الممكنة منتفية كما سبق بيانه، فلا يبقى إلا النص الخاص نفسه على أساس أن البائع فضولي - أي بائع ملك غيره - وقد نفاه النص فنفي به كل وجه ممكن لإبطال البيع.

البطلان لأنه باقتضاره على الجانب العيني للتقويت يستبعد البطلان من جانبه الشخصي، بما يتجه معه القول إن الفقرة الأخيرة من الفصل 576 م.أ.ع. وضعت قصداً لتطويق الطوق حول إقصاء البطلان من جذوره في بيع ملك الغير⁷⁶⁴. وتزداد وجاهة هذا التخريج وضوحاً لو أمكن وضع الفقرة الأخيرة في سياق الفصل 576 م.أ.ع. كاملاً وربطها بالأساس الذي تقوم عليه صحة التقويت فذلك أقوى وأولى في الاعتبار. فهل إليه من سبيل⁷⁶⁵؟

وبهذا، فلا وجود لهذه الدعوى التي لا مدع يقوم بها ولا أساس تستند عليه،
فمن أين سيؤتى بها؟

195- أما لو أريد بكلمة البطلان في آخر النص عدم النفاذ العيني فهذا
وارد على تقدير أن البطلان قد يراد به عدم النفاذ بصفة عامة⁷⁶³ فيقال إن صحة
البيع لا تعني أنه يحقق أثره العيني المقصود. وقد أراد المشرع التعبير عن هذه
النتيجة المسماة عدم النفاذ بالبطلان من جهة دلالته على نفي الأثر، دون أن يغير
ذلك من صحة العقد المبدئية والتي يجب أن تمنع البائع من التفصي من نتائجها
بذريعة أن الأثر العيني لم يتحقق. لكن الدقة القانونية تعارض هذا الاستعمال.
وهو على كل حال ليس أفضل حالا من سابقه في استبعاد القصد إلى إقصاء

762 انظر: Eric AGOSTINI, L'argument à contrario, D.- S. 1978, chr. XXX, p. 149.
763 راجع سابقا، ف 54.

764 في التحاليل اللاحقة حجج أخرى ضد البطلان ستأتي في إبانها. انظرها في مواضعها، ومنها خامسة الهوامش
883 و 994 و 1228.
765 لا نريد أن نستبق التحليل عند هذا الحد، لكن انظر الجواب بالإيجاب لاحقا في الفقرة 349.

خلاصة العنوان الأول

196- يتضح من التحاليل السابقة أنّ التقويت في ملك الغير ليس باطلا، ولا مكان في نظرية التصرف القانوني لإبطاله بأيّة حال، لا مطلقا ولا نسبيا. وأنّ هذا التصرف يبني على الصحة سواء كان بيعا أم رهنا أم معاوضة... وللمفوت له فيه الفسخ بالنسبة إلى البيع بصريح الفصل 576 م.أ.ع.

وبهذا تتأكد صحة التقويت في ملك الغير ويتيسر إقرارها كمعطى ثابت في نظرية التقويت في ملك الغير. هنا ينجم سؤال هامّ وخطير عن مدلول هذه الصحة وأساسها إذ تمّ إلى حدّ الآن اعتماد تحليل النفي لردّ مختلف الأسس التي تؤدي إلى البطلان، ولا بدّ في محاولة لبناء نظرية عامّة، من المرور إلى تحليل الإثبات لإبراز كيف أنّ التقويت صحيح وأنّ أساسه لا يؤدي إلى غير ذلك.

العنوان الثاني

أساس صحة التقويت في ملك الغير

197- إنّ البحث في أساس صحة التقويت في ملك الغير هو بحث في تدعيم هذا الاختيار التشريعي وتعليقه. فالمدّعين من خلال إبراز التصوّر التشريعي لوضع مسألة التقويت في ملك الغير في إطار الصحة لا البطلان. ولكنّ هذا التصوّر لا بدّ له من وسائل فنيّة تعبّر عنه وتدلّ عليه، ومن هنا وجب التعليل أي تحديد هذه الدلائل والعناصر الفنيّة المعبرة عن خيار الصحة بحيث تقود معرفتها من نفسها وتلقائيا إلى صحة التقويت، وتشكّل جوابا مباشرا عن سؤال سائل: لماذا اعتبر المشرع التقويت في ملك الغير صحيحا؟ وهذا هو ما يسمّى بأساس صحة التقويت في ملك الغير.

ونظرا لارتباط هذا الأساس بعناصر ووسائل فنيّة فإنّ البحث عنه لا يخرج عن نظريّة التصرف القانوني بصفة عامّة، وهي تحوي جملة من الأسس الممكنة حاول البعض اقتراحها لكنّ دراستها تبين أنّها مردودة (الباب الأوّل) وأنّ الأساس الصّحيح كامن في طبيعة التّفويت نفسه (الباب الثّاني).

الباب الأوّل: الأسس المستمّدة من نظريّة التصرف القانوني

198- إنّ التّفكير في تأسيس صحّة التّفويت في ملك الغير على الأحكام العامّة للتصرف القانوني متيسّر بالرجوع إلى بعض عناصر وتقنيات هذه النظريّة في مجلّة الالتزامات والعقود (القسم الأوّل)، لكن هناك من ابتعد عن هذه النظريّة وبحث عن أساس خاصّ بالتّفويت في ملك الغير استمّده من نظريّة التصرف القانوني في الفقه الإسلاميّ وتحديدا نظريّة العقد الموقوف (القسم الثّاني).

القسم الأول: الأسس المستمدة من نظرية التصرف

القانوني في مجلة الالتزامات والعقود

199- يمثل اعتبار التقويت في ملك الغير جائزا بشرط إجازة المالك أو صيرورة المفوت مالكا وإلا جاز فسخه، مقدّمة ضرورية لتحديد أساس صحة التقويت. إذ تتركّب هذه المقدّمة من مفترضين هما أن جواز التقويت مشروط بالإجازة أو صيرورة المفوت مالكا، وأن انتفاء أحد هذين الشرطين يترتب جزاء الفسخ. ومن هنا، يمكن للمتمسك بالأحكام العامة أن يؤسّس صحة التقويت في ملك الغير إمّا على أحكام الشرط باعتباره وصفا للالتزام (الفرع الثاني) أو على نظرية تحوّل العقد الباطل باعتباره فرعا من نظرية الجزاء تفسّر الفسخ (الفرع الثالث). لكن قبل هذا، يتبيّن من مقدّمة صحة التقويت في ملك الغير كما تقدّمت صياغتها أن اتّصال شرطي جواز التقويت بانعقاده ليس فوريا بل

التقويت، لكنّه قد يوجد في هذه الذمّة لاحقا بموجب تملكه أو إجازة المالك، أي أن وجود الشيء سيتمّ بعد التقويت وفي وقت متأخر عنه بما يعني أنّه عند التقويت يعتبر زمن وجود الشيء في ذمّة المفوت مستقبلا، ومن هنا يظهر أن إمكانية التقويت في ملك الغير تقوم على احتمال وجود الشيء في ذمّة المفوت في المستقبل ممّا يجعل التقويت في ملك الغير ما هو في حقيقته إلا تعاقد على شيء مستقبل. وفي هذا يقول الأستاذ سمير تناغو: «ولذلك فإنّ التكييف الصحيح لبيع ملك الغير أنّه بيع لمال مستقبل. فملك الغير هو مال حاضر في ذمّة صاحبه مستقبل بالنسبة لغيره»⁷⁶⁶ وهو تعاقد صحيح مطلقا تطبيقا للفقرة الأولى من الفصل 66 م.أ.ع.: «يجوز أن يكون المقصود من الالتزام شيئا مستقبلا وغير محقق عدا ما استثنى في القانون».

بهذا يكون الفصل 66 م.أ.ع. وهو نصّ من النظرية العامة للتصرف القانوني

يتراخى في الزمن بما يعني أن التّفويت في ملك الغير هو عمل متّجه للمستقبل ويمكن بالتّالي لمن يركّز نظره على هذه النّقطة أن يرى في التّفويت في ملك الغير نوعاً من التّعامل في شيء مستقبل (الفرع الأوّل).

الفرع الأوّل: التّعامل في شيء مستقبل

200- يمهّد عرض الأساس (الفقرة الأولى) لدحضه (الفقرة الثّانية).

الفقرة الأولى: عرض الأساس

201- يقوم هذا الأساس على ملاحظة أنّ ملك الغير ليس حالاً في ذمّة المفوّت فهو مستقبل (أ) ولهذه الملاحظة مؤيّدات (ب).

أ- الملاحظة:

202- إنّ محلّ التّفويت في ملك الغير ممكن وجائز. ويؤخذ من الفصلين 576 م.أ.ع./203 م.ج.ع. أنّ جواز التّفويت يتحقّق بإجازة المالك أو بصيرورة الشّيء ملكاً للمفوّت، وهو ما يفيد أنّ الشّيء المفوّت فيه غير موجود في ذمّة المفوّت زمن

هو الأساس المفسر لصحة التّفويت في ملك الغير⁷⁶⁷. وينتج عن كونه نصّاً عامّاً أنّ الفصلين 576 م.أ.ع./203 م.ج.ع. ما هما إلّا تطبيق خاصّ له. وهو ما تؤكّده عبارتهما ذاتها إذ صدر كلا الفصلين تملك المفوّت بالشّيء بفعل «صار»: «أو صار المبيع ملكاً للبائع» «أو صار المرهون ملكاً للرّاهن» وهذا الفعل هو من أفعال التّحويل لأنّ الصّيرورة تحوّل، ويعبّر عن الانتقال من حال إلى حال⁷⁶⁸ أي أنّ الحال الجديدة لم تكن فهي مستقبل بالنّسبة إلى الحال الأولى، وانفرد الفصل 576 م.أ.ع. في صياغته الأصليّة بإضافة ظرف الزّمان المبهم «بعُد»⁷⁶⁹ تأكيداً للدّلالة على الزّمن المستقبل.

766

سمير عبد السيّد تناغو، عقد البيع، ف 92، ص 383.

767

علي الجلّولي، تعليق على الفرار التعقيبي الصادر في 24 أبريل 1985، م.ق.ت. 1988، ص 68.

768

المعجم الوسيط، حرف الصاد مادة (صار)، ج 1، ص 531.

769

راجع الهامش 18 مكرّر السّابق، وانظر: المعجم الوسيط، حرف الباء، مادة (بعُد)، ج 1، ص 63.

كما أن التعبير عن الصحة والجواز تم في الحالتين باستعمال صيغة المضارع «يجوز» «يصح» التي تفيد الحال والاستقبال. ثم إن عمومية الفصل 66 م.ع. تعني أن كل تفويت آخر في ملك الغير بمعاوضة مثلا أو بهبة عوض أو بغيرهما، يصح مباشرة على أساسه باعتباره تفويتا في شيء مستقبل.

وبناء على هذا الأساس يتيسر تصحيح التعامل في ملك الغير وخصوصا ممن يتوقع الحصول على الملكية فيفوت فيها قبل الأوان، وأبلغ مثال على ذلك يقدمه الوعد بالبيع إذ أن الموعود له بشراء شيء لا يعد مالكا له بعد لأن الوعد لا ينقل الملكية⁷⁷⁰، فإذا عمد إلى التفويت فيه قبل إبرام البيع النهائي فإنه يكون مفوتا في الملكية التي يتوقع الحصول عليها بالبيع النهائي، أي في شيء مستقبل، وهو في نفس الوقت يفوت في ملك الواعد أي في ملك غيره. وبما أن الفصل 66 م.ع. يجيز التفويت في الشيء المستقبل، فإن تفويت المستفيد من الوعد صحيح ولو أنه في نفس

القضاء لإبطال رهن عقار الغير. إذ على خلاف البيع لم تتضمن المجلة المدنية الفرنسية نصا في رهن ملك الغير. ولكن فقه القضاء خاصة منذ قراري 24 ماي 1892 و13 نوفمبر 1912⁷⁷² ومعه الفقه⁷⁷³ استندا إلى الفصلين 2129 و2130 لإبطال الرهن بطلانا مطلقا، بعلة أن رهن ملك الغير يندم فيه التخصيص والتعيين خلافا للفصل 2129، وأنه رهن عقار مستقبل يبطل بصريح الفصل 2130⁷⁷⁴. واعتبر الفقهاء أن الأموال المستقبلية هي الأموال التي ليس للراهن عليها حق حال وقت الرهن ويحتمل أن توجد في المستقبل أو أن تكون الآن حاضرة في ذمة أخرى وستؤول إلى ذمة الراهن وهذا هو ملك الغير. وبذلك أوجد الفقهاء أساسا نصيا لإبطال الرهن وبررروه باعتبارات عامة ترجع إلى حماية الائتمان الذي هو من النظام العام⁷⁷⁵.

وقد اتبع بعض الفقهاء المصريين نفس التحليل بالنسبة إلى المادة 2/1033 من

القانون المدني الموافقة في حكمها للفصل 2130 الفرنسي: «يقع باطلا رهن المال

- Jacques MESTRE, Emmanuel PUTMAN et Marc BILLIAU, Droit spécial des sûretés réelles, in Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J. 1995 - Beyrouth, Delta, 1997, n° 1280, p. 639, note 249.

⁷⁷² Cass. Civ., 1ère 24 mai 1892 (arrêt Veuve Daudy), D.P. 1892, 1, 327 / S. 1892, 1, 289. - Cass. Civ. 13 novembre 1912, D.P. 1913. 1, 433, note De Loynes / S. 1914, 1, 150.

⁷⁷³ فاستون شانغو، التأمينات العينية على ملك الغير، أطروحة سابقة، ص 16 وما يليها. - بودري لكانتيني، الوجيز، ج 2، ف 1580، ص 942 - ريبير وبولانجي، ج 3، ف 504، ص 190.

- Alain FOURNIER, Hypothèque conventionnelle, in Répertoire de droit civil, Encyclopédie juridique, Dalloz, 2ème éd., 1995, n° 31.

⁷⁷⁴ هذا هو النص الأصلي للفقرة الأولى من الفصل 2130 الفرنسي:

Art. 2130: «Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués».

وتجدر الإشارة إلى أنه بموجب المرسوم الفرنسي عدد 346 لسنة 2006 المؤرخ في 23 مارس 2006 المتعلق بالتأمينات تغيير ترقيم الفصل 2130 ووزعت فقرته على فصلين جديدين هما الفصل 2419 للفقرة الأولى والفصل 2420 الفقرة الثانية. أما الفصل 2129 فأصبح الفصل 2418.

⁷⁷⁵ ماستر وبوتمان ويو، قانون التأمينات العينية الخاصة، ف 1279، ص 638.

الوقت يموت في ملك غيره. مما يدل على الترابط والتلازم الموجود بين التقويت في ملك الغير والتعامل في شيء مستقبلي ويقوي صحة تأسيس هذا على ذلك.

ب- المؤبدات:

203- تتمثل المؤبدات خاصة في تطبيق التلازم المشار إليه على الرهن

العقاري من ناحية (1) وفي اتساع ميدان الفصل 66 م.ع. من ناحية ثانية (2).

1- رهن عقار الغير هو رهن مال مستقبلي:

204- لقد سجل الفقه هذا الترابط⁷⁷¹ ولجأ إليه خاصة في فرنسا بمعينة

⁷⁷⁰ قرار تعقيبي صادر عن الدوائر المجتمعة، عدد 12082 مؤرخ في 30 جانفي 1976، مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة، 1992-1961، ص 417.

⁷⁷¹ شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، طبع المطبعة العالمية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1955، ف 118 وما بعدها، ص 107 وما يليها، انظر خاصة ف 121، ص 111. - سمير تافو، رهن الأموال المستقبلة، مقال سابق، ف 6، ص 445 وف 20، ص 462.

المستقبل» وقالوا إن المال المستقبل ما هو إلا مال مملوك للغير يشملته حكم الفقرة الأولى من المادة 1033 نفسها والاختلاف بينهما أن المال المستقبل في الفقرة الثانية هو شيء غير معين بالذات⁷⁷⁶. ومعلوم أن الفقرة الأولى مخصصة لرهن ملك الغير وتقضي بقبليته للإبطال⁷⁷⁷.

ورغم أن هذا التأسيس تم في اتجاه البطلان نظرا إلى وجود نصين صريحين في الغرض (أي الفصل 2130 فرنسي والمادة 2/1033 مصري) إلا أنه دليل واضح على التزام بين المال المستقبل وملك الغير. ولولا أولوية النص الخاص لطبق الفقه والقضاء النص العام في كل من مصر وفرنسا ولكان من نتيجته تصحيح الرهن لأن الفصل 1130 فرنسي والمادة 131 مصري يوافقان الفصل 66 م.ع. ويجيزان الالتزام بشيء مستقبل.

تدعم هذه الملاحظة تبني نفس التأسيس في القانون التونسي واعتبار الفصل

الشيء الذي ليس له وجود مادي عند التعاقد وسيوجد في المستقبل كسيارة ستصنع أو بناء سيشيد. ومن نتيجة هذا الفهم أن ينحصر الفصل 66 م.ع. في الالتزام بنقل الملكية لأنه هو الذي محله أشياء مادية دون العمل أو عدمه وهو محل الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل. وهذا ما يباه أنصار التلازم بين ملك الغير والشيء المستقبل ويستدلون على رأيهم أولا بعمومية عبارة «الالتزام» في الفصل 66 م.ع. فلا وجه لتقييدها بنقل الملكية، وثانيا وخاصة بالاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من الفصل 66 م.ع. نفسه ونصها «لكن لا يسوغ التسليم في ميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه أو على شيء من جزئياته ولو برضى المورث فالتعاقد فيما ذكر باطل مطلقا». وتتعلق هذه الفقرة بما يعرف بالتعاقد على شركة مستقبلية، حيث أن هذه الشركة ومكوناتها مستقبلية باعتبارها حقا للوارث لا باعتبارها شيئا لم توجد مادته بعد، فهي في الأصل تتكوّن من أموال موجودة ماديا وحاضرة عند التعاقد، لكنها لا تمحل في ذمة المورث إلا بعد موت المورث.

66 م.ا.ع. هو الأساس الصحيح لصحة التفويت في ملك الغير.

2- اتساع ميدان الفصل 66 م.ا.ع.:

205- قد يؤيد أنصار هذا التأسيس قولهم برد الانطباع الأول الذي قد يحصل من قراءة الفصل 66 م.ا.ع. من أنه خاص بالأشياء المادية باعتبارها محلاً للالتزام بالحق العيني (بنقل الملكية) ومناداتهم يجعله منسعا للحقوق المستقبلية عموماً⁷⁷⁸. إذ أول ما يتبادر إلى الذهن هو أن المقصود بالشيء المستقبل في الفصل 66 م.ا.ع. هو

⁷⁷⁶ عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، دار النشر للجامعات المصرية، 1954، ص 302 - محمد كامل مرسى، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية، المطبعة العالمية، القاهرة، الطبعة الثالثة 1951، ف 54 وما بعدها، ص 81 وما يليها.

⁷⁷⁷ السنهوري، الوسيط، ج 10، التأمينات العينية والشخصية (1970)، ف 135 وما بعدها، ص 297 وما يليها.

⁷⁷⁸ سعاد يوسف باباي، إمكانية محل الالتزام، مذكرة سابقة، ص 56.

وستوجد بل وقد توجد في ذمته في المستقبل عند وفاة المورث. فالوارث إذن يتصرف في ملك المورث أي في ملك غيره وهو في الآن نفسه يتصرف في شيء مستقبل. وهذا أبلغ دليل على أن الفصل 66 م.ا.ع. لا ينحصر في الأشياء المادية وأنه يستوعب ملك الغير فيصلح عندئذ أساساً للتفويت فيه.

فهل هذا الدليل بليغ فعلاً حتى يصمد أمام النقد؟ لا يبدو ذلك لأن الأساس كله داخض.

الفقرة الثانية: دحض الأساس

206- يجدر البدء بملاحظة أنه إذا كان المقصود بالتأسيس على الفصل 66 م.ا.ع. هو إيجاد أساس شكلي أي مستند قانوني لصحة التفويت في ملك الغير، فهذا عمل قد لا يكون مجدداً إذ يكفي الوقوف عند عبارات الفصلين 576 م.ا.ع./203 م.ح.ع. لتأسيس صحة البيع والرهن مباشرة وباقي التفويتات

بطريق القياس. أما لو قصد البحث عن الأساس الفكري الذي يفسر الصحة وهذا ما يرمي إليه البحث - فإن ما تقدم في عرض الأساس قابل للنقاش والتفنيد لأنه يقوم على ترابط غير مقنع بين الشيء المستقبل وملك الغير في الفصل 66 م.ا.ع. وهذا الرّبط، على فرض التسليم به أضعف من أن يؤسس لصحة التفويت بوجه عام (أ). ثم إن مزيد التأمّل في الفصل 66 م.ا.ع. يبرز دلائل كثيرة تتظاfer لاستبعاد أن يكون هذا الفصل متعلقاً أصلاً بالحقوق التي ستكسب في المستقبل (ب).

أ- نفي الرّبط بين ملك الغير والفصل 66 م.ا.ع.

207- على فرض التسليم بصحة الرّبط بين ملك الغير والشيء المستقبلي في الفصل 66 م.ا.ع.، فهذا لا يكفي لتأسيس صحة التفويت في ملك الغير مطلقاً، وذلك لأنه لا يستوعب كل صور التفويت في ملك الغير (1). كما أن مؤيداته من

جهتين على الأقل:

- فهو يفترض ضرورة أن يقع التفويت بعلم المتعاقدين، وهذا فيه تضيق لنطاق التفويت في ملك الغير الذي يمكن بل الغالب فيه أن يتمّ بغير علم المتعاقدين أو أحدهما.

- وهو يفترض أيضاً أن يتحقّق أثر العقد في المستقبل «بتحقّق الشيء» أي باكتسابه من قبل المفوّت ودخوله في ذمّته مستقبلاً. وهذا يوافق شرط صيرورة المفوّت مالكا في التفويت في ملك الغير، لكنّه يترك جانبا الشرط الثاني المتعلّق بإجازة المالك إذ في هذه الحالة يدخل الشيء مباشرة في ذمّة المفوّت له من المالك الحقيقي ولا يمرّ عبر ذمّة المفوّت. فكيف يتقرّر إلحاقها بالشيء المستقبلي لا سبيل إلى ذلك إلا إذا قيل إنّ التعاقد تمّ بعلم الطرفين اللذين قصدا ربط العقد

كريب بين الماس المستعمل ورهن ملك الغير (2) والتعاقد على شركة مستقبلية (3) هي مؤيدات ضعيفة.

1- الفصل 66 م.ا.ع. لا يستوعب كل صور التفويت في ملك الغير؛

208- إذا جاز اعتبار ملك الغير شيئاً مستقبلاً، فالتفويت فيه يستوجب ضرورة افتراض اتجاه نية المتعاقدين إليه، أي إلى التعامل في شيء مستقبل، إذ التعامل في شيء مستقبل لا يكون عفويًا أو عن غير بصيرة، بل يجب أن يكون مقصوداً عملاً بصريح عبارة الفصل 66 م.ا.ع. نفسه «يجوز أن يكون المقصود من الالتزام شيئاً مستقبلاً...». أمّا لو كان غير مقصود ودخل الشيء فيما بعد في ذمة المفوت، أي تحقق وجوده، فالعقد لا يصح ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لانتهاء محله أو لوجود غلط مانع⁷⁷⁹. وهذا يتعارض مع أحكام التفويت في ملك الغير من

⁷⁷⁹ محمد الزين، العقد، ف 215، ص 176.

بالإجازه في المستقبل فيرد بان هذا هو الدليل الواضح على خروج هذا الفرض من الفصل 66 م.ا.ع. لأنه يمثل تعاقداً في حق الغير يشمل حكم الفصل 40 وما بعده من م.ا.ع. ولا شأن له بالشيء المستقبل ولا حتى بملك الغير⁷⁸⁰.

وينتج عن هذا التعارض أنّ ملك الغير لا يختلط بالضرورة مع الشيء المستقبل وتبقى منطقة منه خارجة عن الفصل 66 م.ا.ع. لا يبررها. ولو تمّ اعتماده لأدى ذلك حتماً إلى تجزئة الفصلين 576 م.ا.ع. / 203 م.ح.ع. وإلى تفتيت وحدة التصور الذي يحكم التفويت في ملك الغير. وبالتالي يفسد هذا الأساس لتصوره عن استيعاب كل صور التفويت في ملك الغير.

ويتجه تأييد هذا الاستنتاج من خلال تنفيذ التقريب الموهوم بين ملك الغير ورهن الأموال المستقبلية.

⁷⁸⁰ راجع سابقاً، المقدمة، ف 10.

2- رهن ملك الغير ليس رهنا لهال مستقبلي:

209- بالنسبة إلى رهن المال المستقبلي الذي يقع باطلا في كل من مصر وفرنسا حسب الفصلين 1033 مصري و2130 (2419 جديد) فرنسي والذي اعتمده جانب من الفقه والقضاء هناك لإبطال رهن ملك الغير⁷⁸¹، فإنّ علّة البطلان فيه لا ترجع في الحقيقة إلى عدم ملكيّة الرّاهن للمرهون، بل تكمن في انعدام التّخصيص أو التّعيين. إذ يشترط الفصلان 2129 (2418 جديد) فرنسي و2/1035 مصري (الموافقان للفصل 275 م.ا.ع.) أن يقع تعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا يميّزه عن غيره من العقارات المملوكة للرّاهن ويحصر حقّ الدّائن فيه تجاه بقيّة الدّائنين، ويترتّب عن هذا الشّروط (شروط التّعيين)⁷⁸² منع الرّهن المرسل الذي يستعمله الدّائن على أيّ عقار آخر من عقارات المدين غير العقار المرهون حقيقة وكذلك منع الرّهن العامّ وهو الرّهن المسلّط على جميع عقارات المدين الحاضرة والمستقبليّة⁷⁸³. ولذلك وباعتبار العقار المستقبلي غير معيّن وخشية الرّجوع

ورغم الانتقادات التي وجّهت إلى منع رهن العقار المستقبلي⁷⁸⁶ ووجود محاولات تنادي بتصحيحه⁷⁸⁷، إلا أنّها لم تغيّر من علته الحقيقية وهي كونه ناتجا عن عدم التّعيين لا عن غياب الملكيّة، ممّا من شأنه أن يبعد الرّيط بين ملك الغير والمال المستقبلي⁷⁸⁸. وسيان في هذا الرهن والتعاقد على تركة مستقبلية.

⁷⁸⁶ سمير تشاغو، رهن الأموال المستقبلية، ف 19 وما بعدها، ص 460 وما يليها. - ماستر وبوتمان وبيو، قانون التأمينات العينية الخاص، ف 1292، ص 648.

⁷⁸⁷ سمير تشاغو، رهن الأموال المستقبلية، مقال سابق، موضع سابق. - ديموغ، الحقوق الاحتمالية، مقال سابق، ص 747 وما يليها. - شانغو، التأمينات العينية على ملك الغير، أطروحة سابقة، ص 51 وما بعدها. ولا بدّ هنا من تسجيل سداد موقف التشريع التونسي الذي أحجم عن وضع نصّ في إبطال رهن العقار المستقبلي، واكتفى باشتراط التّعيين صراحة في الفصل 275 م.ج.ع. ممّا ينتج عنه تصحيح رهن العقار المستقبلي بشرط التّعيين وإلا فهو باطل لمخالفته لصريح الفصل 275 م.ج.ع. وبهذا يناهض المشروع التونسي عن مظنة الخلط بين

إلى الرهن العام الذي كان سائداً في عهود ما قبل الثورة الفرنسية أقرت المجلة المدنية منع رهن العقار المستقبلي⁷⁸⁴ وكذا فعل القانون المصري⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ يجدر التذكير باختلاف الوضع نسبياً بين فرنسا ومصر من حيث أنه في فرنسا لا يوجد أي نص في رهن ملك الغير، خلافاً لمصر حيث أفرد المشرع رهن ملك الغير بحكم خاص تضمنته نفس المادة 1033 المخصصة لرهن المال المستقبلي أيضاً!

⁷⁸² ويسمى أيضاً مبدأ التعيين أو التخصص (*Le principe de spécialité*).

- راجع في شرح هذا الشرط وتطبيقاته: السنهوري، الوسيط، ج 10، ف 156 وما بعدها، ص 348 وما يليها - مالوري وأيناس، التأمينات والإشهار العقاري، ف 662، ص 269.

⁷⁸³ حاتم بن عبد الحميد الرواتب، إشهار الرهن العقاري، بحث سابق، ص 317 وما يليها.

⁷⁸⁴ سمير قناغو، رهن الأموال المستقبلية، مقال سابق، ف 19، ص 460-461. - ماستر ويوتمان ويو، قانون التأمينات العينية الخاص، ف 1292، ص 648.

⁷⁸⁵ السنهوري، الوسيط، ج 10، ف 139، ص 308. - سمير كامل، شرط الملكية في الرهن العقاري مرجع سابق، ف 267، ص 361. - شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية 1959، ف 52، ص 159-160.

رهن العقار المستقبلي ورهن ملك الغير الذي وضع له نصاً صريحاً هو طبعاً الفصل 203 م.ح.ع.، ويتجاوز ما وقع فيه نظراؤه من مآزق ضيقت التعامل على الأفراد حتى تخبط الفقه جراًهما في إيجاد المخارج المتنعة لتصحيح التصرف، وتدخل المشرع نفسه لوضع استثناءات ذات بال على مبدأ المتع.

⁷⁸⁸ يلاحظ أن الأستاذ سمير قناغو عندما ربط ملك الغير بالمال المستقبلي إنما كان همه انتقاد الفصل 2130 فرنسي وبيان كيف أن رهن المال المستقبلي صحيح، بدليل أنه لو كان فعلاً يعتبر رهن ملك الغير نوعاً من رهن المال المستقبلي لأجبر على الإقرار ببطلانه لأن النص واضح. لكنه انطلق من التسليم بصحة رهن ملك الغير والثبوت في ملك الغير عموماً بالاعتماد على آراء الفقهاء وخاصة ديموغ وفيهيو، وهذا تعميم يتعارض مع صريح النصوص الفرنسية (1599 في البيع و1021 في الوصية و943 في الهبة) وربما أمكن للبعض تبرير الربط بعبارات الفصل 2130 نفسه. إذ تجيز فقرته الثانية (المكوّنة للفصل 2420 جديد) على سبيل الاستثناء «رهن الأموال التي سيكتسبها فيما بعد» (*Les biens qu'il acquerra par la suite*)، لكن هذا التبرير ليس مقنعاً لأن الفصل 2130 بهذا الحكم يعد أحد النصوص الضعيفة التي حوتها المجلة المدنية لأنه ينطلق من خلط بين مفهوم الالتزام والحق العيني. فالرهن العقاري حق عيني يضمن الوفاء بالالتزام وليس هو عنصر المسؤولية في الالتزام، بل ذلك هو الضمان العام (انظر الفصلين 2284 فرنسي (2092 قديم) و192 م.ح.ع.) الذي يصح الحديث فيه عن الاستقبال لأن الضمان العام باعتباره مسلطاً على جميع مكاسب المدين فهو يخول للدائن الحق في التنفيذ على تلك المكاسب الحاضرة والمستقبلية. والمقصود بذلك لا أنه يصح ضرب عقلة على مال لم يوجد بعد، بل إنه عند نشأة الدين لا يقتصر الحق في التنفيذ على ما في النمة من أموال في ذلك التاريخ بل يشمل أيضاً ما قد يدخل فيها لاحقاً وحتى زمن التنفيذ. ويتعبّر آخر، فإن الاستقبال ينظر إليه عند نشأة الدين لا وقت التنفيذ. أما عند التنفيذ فلا ينسحب حق الضمان العام إلا على المكاسب الموجودة في تاريخ التنفيذ ولا يتصور أبداً أن

3- التناقد على تركة مستقبلان ليس تعاملاً في شيء مستقبل:

210- إنَّ منع التَّعاقد على تركة مستقبلية - وهو معروف منذ القانون الروماني⁷⁸⁹ لا شأن له بملك الغير ولا حتَّى بالشَّيء المستقبل، بل هو ناتج عن عدم مشروعية المحل⁷⁹⁰، ويعدّ حالة من حالات اللامشروعية كما عرّفها الفصل 66 م.أ.ع. لأنّه يتأسّس في الحقيقة على اعتبارات أخلاقية وفنية ترجع في جوهرها إلى قانون المواريث⁷⁹¹. وقد حاول الفقه إجمال هذه الاعتبارات في ثلاثة على وجه الخصوص⁷⁹²:

حيث يلاحظ أنّ مثل هذا التَّعاقد ينمّي الشَّعور بتمني الوفاة والتَّرعيب في التَّعجيل بمنية المورث وقد يشجّع على قتله⁷⁹³. وهو يدفع على التَّكالب ويحضّ

يمتدّ التنفيذ إلى خارج الذمّة، وبهذا يتقبّل الحديث عن الاستقبال ويستتباع فهمه، ومعنى هذا أنّ الاستقبال المشار إليه في الفصل 2130 فرنسي هو الاستقبال الذي في الضمان العام وليس الاستقبال الذي في العقود

على تقوية حبّ المال والجشع في معاملة المورث على حساب الجانب العاطفي والإنساني الذي يفرضه المحيط الأسري⁷⁹⁴. كما أنّه يتعارض مع حرية الإيضاء ومبدأ الرجوع في الوصية واعتبار الإرث سبباً قانونياً للتمكّك.

لذلك كان لا بدّ من تطبيق خاصّ للفصل 66 م.أ.ع. في باب الهبة. وهو ما فعله المشرّع في الفصل 205 م.أ.ش. بمنعه هبة الأموال المستقبلية، نظراً إلى أنّ التسليم في ميراث في منطلق الفصل 66 م.أ.ع. هو تنازل عنه لفائدة شخص آخر غالباً ما يكون أحد الورثة. وما دام المستفيد من التنازل معيّنًا اعتبر هبة⁷⁹⁵. وهذا هو مقتضى الفصل 205 م.أ.ش. ثمّ إنّه لو أجزت هبة الأموال المستقبلية لأدّت إلى تقييد حرية المورث في الإيضاء والرجوع في الوصية لأنّ مبدأ الهبة عدم الرجوع فيها⁷⁹⁶ بخلاف الوصية⁷⁹⁷. ولو أجزت أيضاً لكان من شأنها أن تحرّف قواعد الميراث التي هي من النظام العامّ بتحويل المورث تغييرها تعاقدياً وربما التدخّل في تعيين الورثة من

كـمـجـلـاً لـلـتـزام، وبيـكـون تـرجـمـة لـنـظـريـة الـذـمـة المـاليـة وخصـوصـاً لـطـابعـها الـمتـغيـر وما يـلـازمـها مـن حـريـة المـديـن في التـصرّف في مـكـاسبـه إذ تـقتـضي هـذه الحـريـة أن يـخـرج المـديـن مـن ذمّـته ما يـشـاء وأن يـدخـل فـيـها ما يـشـاء مـن الأـموال. وتـبعـاً لـذـلك فـالـتـفـيـذ يـنـحـصر فـيـما وـجـد في تـاريـخـه مـن مـكـاسب، فإن لم تـكـن هـذه المـكـاسب مـوجـودـة وـقـت النـيـن ووجـدت فـيـما بـعد، اعتـبرت مـستـقبـلـة بالنـسـبة إـلى تـاريـخـه (أي النـيـن) ومـن هـنا الحـديث عـن الأـموال الحـاضـرة والمـستـقبـلـة المـكوّـنـة للـضـمـان العـامّ. وهـذا تـصـوّر يـعيـد تـامـاً عـن الـارتـباط بـملك الغـير، وأبـعد مـنـه عـن تـداوـل الأـموال المـستـقبـلـة إذـا فـهـمـت بـمعـنى الأـشـياء المـاديـة كـما سـيـتـبيـن لـاحـقـاً.

راجـع في تـحـلـيل الخـلط بـيـن مـفـهـوم الـالتـزام والرّهن العـقـاري: سـمـير تـشاو، رهن الأـموال المـستـقبـلـة، مقال سـابـق، ف 22 وما بـعـدها، ص 465 وما يـليـها. وانظـر في تـحـلـيل الضّـمـان العـامّ: فـارمـس سـاسـين كـريـاج، قـانـون مـدني، التّأمـينات العـينيـة، بيـروت، طـبع لـحـسـاب المـؤلّف، الطّـبـعة الأوـلى، 1995، ص 8 وما يـليـها.

789 مـحمّد الرّيـن، العـقد، ف 216، ص 177.

790 هـوفـيـت مـايـار، مـحلّ العـقد، أطـروحة سـابـقة، ص 110، هـ25.

791 تـتـضـاعف هـذه الـاعتـبارـات بـأخـرى دـينيـة بـحـكم اسـتـمـداد قـانـون المـوارـيـث مـن الشّـريـعة الإـسـلامـيـة.

792 عـبـد الرّزّاق السّـعـيـدي، مـنع التّـعـاقـد عـلى التّـركـة المـستـقبـلـة، ق.ت. جـويلـية 1970، ص 21.

- عـبـد الرّزّاق السّـنـهـوري، نظـريـة العـقد، ف 456، ص 474 وما يـليـها. - مـالـوري وأنـاس، المـوارـيـث والتـبرّعات، ف 563، ص 316-317.

- Ibrahim NAJJAR, Actes à titre gratuit, Dalloz - Delta, 1999, p. 234, n° 5.

793 كان هـذا الـاعتـبار يـسمّى فيّ القـانـون الرّومـاني بـ«تمّـي الموت» (Votum mortis).

خـلـال اتّـفـاقـات غـريـبـة عـن قـانـونـنا كـالـذي يـعـرف فيّ فرنـسا مثـلاً بـالتّـعيـن التّـعـاقـدي للـوارث و هو الـاتّـفـاق الـذي يـتمّ فيّ إـطـار زـواج ويـحـيل بـه الوـاهـب إـلى المـوهـوب لـه مـالا أو أـموالاً يـأخـذها مـن تـركـته⁷⁹⁸. فـمـثـل هـذا الـاتّـفـاق يـجـهـله القـانـون التّونـسي و هو ما يـؤكّـده إـبـطـال هـبة الأـموال المـستـقبـلـة فيّ الفـصـل 205 م.أ.ش.

هـكـذا يـتـبيـن أنّ مـنع التّـعـاقـد عـلى تـركـة مـستـقبـلـة يـجـد تـفسـيرـه فيّ قـانـون

794 كان الرّومان يـطـلقـون عـبارـة «عـهد الغـريـان» (pactum corvinium) عـلى هـذا الـاعتـبار كـنايـة عـن تـشـبـيه الـورثة المـتـعـاقـديـن أو المـستـفـيـديـن مـن التّـعـاقـد بـالغـريـان الـتي تـنـقـض عـلى الجـثـث تـهـشـها.

795 البـشـير زـهـرة، الإـرث المـوظّف عـلـيـه دـين وعـلاـقة الـورثة بـدائـني التّـركـة، ق.ت. مـاي 1969، ص 7.

796 الفـصـل 209 م.أ.ش.

797 الفـصـل 177 م.أ.ش.

798 يـعـرف بـالـفرنـسيـة بـ: L'institution contractuelle، انظـر: مـالـوري وأيـناس، المـوارـيـث والتـبرّعات، ف 750 وما بـعـدها، ص 349 وما يـليـها.

الموارث وفي الأخلاق، أي هو ممنوع نظرا للامشروعية الواضحة⁷⁹⁹ لا كونه متعلقًا بشيء مستقبل⁸⁰⁰. وعليه يمكن القول إن التعاقد على تركة مستقبلية لم يقنن في موضعه الصحيح لأنه ليس في الحقيقة استثناء على جواز التعامل في شيء مستقبل بل هو حالة لامشروعية كان أولى بحسن الصناعة التشريعية أن يخرجها من الفصل 66 م.إ.ع. ويفرد مادته بفصل مستقل مباشرة بعد الفصل 62 م.إ.ع. كأن يكون الفصل 62 مكررا م.إ.ع. مثلا.

وتقود هذه اللامشروعية إلى الفصل بين الشركة المستقبلية وملك الغير الذي تقدم نفي لامشروعية التفويت فيه⁸⁰¹، بالإضافة إلى أن التعاقد في تركة مستقبلية باطل «ولو برضى المورث» وهو ما يتعارض بصفة صارخة مع أحكام التفويت في ملك الغير الذي من أول شروط جوازه إجازة المالك!

211- بهذا يتضح أن الربط بين ملك الغير والشركة المستقبلية ورهن الأموال

المستقبل في هذا الفصل من شأنه أن يزيد هذا الانقسام عمقا.

ب- المقصود بالشيء المستقبل في الفصل 66 م.إ.ع.:

212- تبين فيما تقدم نفي الصلة بين ملك الغير والفصل 66 م.إ.ع. على فرض التسليم بأن هذا الفصل يتسع لملك الغير، وما ذاك إلا باعتباره يشمل الحقوق المستقبلية أي الحقوق التي ستكتسب في المستقبل، وهو ما يسمّى بالوجود القانوني للشيء، أي أن التحليل السابق بني على مسلمة أن مفهوم الشيء المستقبل في الفصل 66 م.إ.ع. يستوعب الحق المستقبل وهو الحق غير الموجود في الذمة وسيوجد فيها لاحقا. لكن لو ثبت أن هذا المفهوم لا يشمل الحق المستقبل وإنما هو قاصر على الأشياء المادية أي التي ستوجد مادتها في المستقبل لانتفى بذلك كل ربط محتمل بين ملك الغير والفصل 66 م.إ.ع.

يبدو فعلا أن هناك دلائل في التشريع ترجح هذا الفهم. إذ يسجل غير ما فقيه

المستقبل ما هو إلا ربط ظاهري وهمي لا حقيقة له ويَبْجَه نفيه، وبالتالي نفي الصلّة بين ملك الغير والفصل 66 م.ا.ع.⁸⁰². ولعلّ التأمّل في تحديد المقصود بالشّيء

⁷⁹⁹ فرج القصير، أحكام الموارث في القانون التّونسي، دار الميزان للنشر، سوسة، تونس، الطبعة الثّانية، 2001، ف 163، ص 85.

⁸⁰⁰ لذلك فإنّ قسمة المورث على معنى الفصل 180 م.أ.ش. صحيحة جائزة لا تشوبها اللامشروعية لأنّها تتمّ بوصيّة وهي بطبيعتها تصرف مضاف لما بعد الموت أي تصرف للمستقبل ثمّ هي مشروطة بمطابقة المناب الشرعي في الإرث، وهو ما يؤكّد أنّ الهاجس الأساسي هو احترام الإرث لا أنّ التصرف تمّ على شيء مستقبل.
⁸⁰¹ راجع سابقا، بحث مشروعية التّقويت، ف 34 وما بعدها.

⁸⁰² جدير بالملاحظة أنّ إلقاء نظرة مقارنة على هذه المسألة بين كلّ من الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي لا تزيد الانفصال المشار إليه في المتن إلّا وضوحا. ذلك أنّ التعامل في شيء مستقبل جائز في القانون الفرنسي حسب الفصل 1130 بينما يبطل بيع ملك الغير طبق الفصل 1599. وعلى العكس تماما، يوجد توجّه عامّ في الفقه الإسلامي لإبطال التّعامل في شيء مستقبل باعتباره شيئا معدوما نظرا إلى الغرر الذي في العقد، في حين يصحّ التّقويت في ملك الغير باعتباره تصرف الفضولي ولم ير فيه الفقهاء شيئا من الغرر ولا درسوه في مباحثه وهذا التّعاكس بين القانونين يدلّ على أنّ الأساس الذي يحكم التّقويت في ملك الغير ليس هو التّعامل في شيء مستقبل.

وعلى رأسهم العميد كاريونيني⁸⁰³ أنّ المقصود بالشّيء المستقبل هو الأشياء الماديّة التي ليس لها وجود ماديّ حين العقد وستوجد في المستقبل، كسيّارة ستصنع أو بناء سيشرع في إنجازه أو صابة مازالت على سوقها ولم تتضج...⁸⁰⁴ ويعدّ شيئا مستقبلا أيضا الدّين المستقبل⁸⁰⁵ تلاؤما مع مقتضيات الفصلين 1483 م.ا.ع. و206

⁸⁰³ كاريونيني، الالتزامات، ف 55، ص 114.

⁸⁰⁴ سمير كامل، شرط الملكية في الرهن العقاري، مرجع سابق، ف 267، ص 361، وذكر من رأيه كلا من شفيق شحاتة وأحمد سلامة وليبيب شنب. - محمد زهرة، العقار بحسب المأل، مجلّة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 2، جوان 1986، ص 133-199 (الجزء الأوّل) والعدد 3، سبتمبر 1986، ص 185-221 (الجزء الثّاني). انظر ف 33 من الجزء الأوّل، ص 192-193.

- Elisabeth BROCHARD, Le retard dans le transfert de propriété, thèse Paris II, 1987, n° 62 et s., pp. 62 et s.

⁸⁰⁵ كاريونيني، مرجع سابق، موضع سابق.

م.ح.ع اللذين يجيزان ضمان دين مستقبل بكفالة⁸⁰⁶ أو رهن⁸⁰⁷. وتؤكد الفقرة الأولى من الفصل 66 م.ا.ع. - بعد إقصاء الفقرة الثانية لعلاقتها باللامشروعية لا بالاستقبال - هذا الفهم سواء في مبدئها (1) أم في استثناءاتها (2).

1- مبدأ الفصل 66 م.ا.ع.:

213- ثلاث حجج في الفقرة الأولى من الفصل 66 م.ا.ع. تدلّ على اقتصاره على الأشياء المادية:

أولاً: يلاحظ في عبارات الفقرة الأولى من الفصل 66 م.ا.ع. أنها مقتصرة على «الشيء» المستقبل، ولم تذكر الحقّ ولا العمل على غرار الفصلين 62 و64 م.ا.ع. فلو كان في مقصود الفصل 66 م.ا.ع. التعميم فعلاً لذكرهما أيضاً. فصحيح أنّ كلمة «شيء» لغة هي اسم يراد به العموم فيطلق «لكلّ ما يصحّ أن يعلم أو يحكم عليه أو به موجوداً كان أو معدوماً محالاً كان أو ممكناً»⁸⁰⁸ وتدّل على

العينية. وحملها على هذا المعنى أصوب لأنّ المشرع توخّى أسلوب التفصيل في فصول محلّ الالتزام فميّز بين الشيء والحقّ والعمل، فدّل ذلك على تخصيص كلمة الشيء بالمعنى المادي ولو كان مراده غيره لأطلق استعمال كلمة الشيء في الفصول كلّها.

ثانياً: إنّ نفس الفقرة نعتت الشيء المستقبل «بغير المحقّق» ولم تقل غير محقّق الوقوع لأنّ ذلك في الأعمال والحوادث المستقبلية التي قد تقع، أمّا الأشياء المادية فقد تتحقّق بتشكّل صورتها مادياً وقد لا تتحقّق.

ثالثاً: إنّ الفصل 66 م.ا.ع. ما هو في الحقيقة إلاّ تخصيص لعموم الفصل 64 م.ا.ع. في شرط إمكانية المحل⁸¹¹، باعتبار أنّ محلّ الالتزام قد يكون عملاً في الالتزام بعمل أو بامتناع عن عمل، وقد يكون شيئاً في الالتزام بالحقّ العيني. فلو كان المقصود بالشيء في الفصل 66 م.ا.ع. العمل، لعدّ ذلك تنديداً من الأشياء

وتكرارا لشرط الإمكانية لأن العمل والامتثال عنه يتحققان بالضرورة في المستقبل⁸¹². وهذه بدهة لا تحتاج نصا يصرح بها ولا تحتل تشكيكا كالذي كان معبرا عنه بحرف «قد» في الصياغة الأصلية للنص والذي يفيد الشك والاحتمال إذا دخل على الفعل المضارع «قد يكون المقصود من الالتزام...». ولكن الأمر مختلف في الالتزام بالحق العيني وفيه تظهر فائدة الفصل 66 م.ا.ع. لأن انعدام الشيء وقت العقد يتنافى مبدئيا مع إمكانية المحل لأنه مانع من وجود الحق العيني، فلا بد والحالة تلك من نص يجيز هذا التعامل إذا كان من المنتظر وجود هذا الشيء في المستقبل وإرجاء الحق العيني إلى تاريخ هذا الوجود. ومن ثم تظهر

811

محمد الزين، العقد، ف 212 و214، ص 175-176. وينتج التخصيص عنده في تقدير زمن الاستحالة، خصوصا أن الأمثلة التي ضربها والتعريف الذي اعتمده تتعلق كلها بأشياء مادية.

812

محمد زهرة، العقار بحسب المال؛ مقال سابق، الجزء الثاني، ف 61، ص 209. - سمير تباغو، رهن الأموال المستقبلية، ف 6، ص 446.

«ما يتصور ويخبر عنه»⁸⁰⁹ وهي على هذا العموم يدخل فيها الأشياء المادية والحقوق المجردة والأعمال. لكنها قد تقتصر على «الثابت المتقرر في الخارج... أو الكائن في الأعيان»⁸¹⁰ ومنه الموجودات الحسية أي الأشياء المادية التي تصلح أن تكون محلا لحقوق عينية على معنى الفصلين الأول والثاني من مجلة الحقوق

806

ينص الفصل 1483 م.ا.ع. على ما يلي «تجوز الكفالة في عقد معلق على شرط مشكوك الوقوع كضمان الدرك أو مستقبل أو غير معين بشرط إمكان التعيين بعد ذلك كقوله ما يثبت لك على فلان بالقضاء فعلي وفي هذه الصور يكون التزام الكفيل بقدر ما يثبت على المكفول».

807

الفصل 206 م.ح.ع.: «يجوز أن يكون الرهن ضمنا لاعتماد مفتوح أو لمجرد فتح حساب جار أو لدين مستقبل أو محتمل أو معلق على شرط على أن يحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي يمكن أن ينتهي إليه هذا الدين».

808

الكشاف، باب الشئ المعجمة، فصل الألف، لفظ الشيء، المجلد الثاني، ص 729.

809

المعجم الوسيط، حرف الشين، مادة (شاء)، ج 1، ص 502.

810

الكشاف، مرجع سابق، موضع سابق.

أهمية الفصل 66 م.ا.ع. في تيسير التعامل على الأفراد ورفع الضيق عنهم.

ويلاحظ في هذا السياق أنّ جانباً من الفقه الفرنسي عند تحديدهم لمعنى الشيء في الفصل 1130 مدني يبدأون بذكر الشيء المادي ثم يضيفون أنه يجب حمل الكلمة على معنى واسع يستوعب الحقوق⁸¹³. وربما كان هذا الموقف راجعاً إلى رغبتهم في توسيع التعامل بإيجاد أساس نصي للتعامل في حقوق مستقبلية نظراً لغياب مقابل للفصل 64 م.ا.ع. في المجلة المدنية الفرنسية⁸¹⁴، إضافة إلى أنّ الأمثلة التي يقصدها الفقه من وراء التوسّع تتعلق كلّها تقريباً بديون مالية. وهذه داخلة في الشيء المستقبل كما سبق لأنها محلّ التزام بالحق العيني. ثم إنّ النظر في استثناءات الفصل 66 م.ا.ع. يؤيد ما سبق.

2- استثناءات الفصل 66 م.ا.ع.:

214- لقد ورد أهم استثناءين في البيع والهبة في الفصلين 574 م.ا.ع. و205

أما الفصل 205 م.أ.ش. فيضع قاعدة منطقيّة في إبطال هبة المال المستقبل لأنّ الهبة عقد عيني لا يتمّ إلاّ بتسليم الموهوب حسب الفصل 201 م.أ.ش. وهذا الركن متعدّد إذا لم يكن الشيء موجوداً وقت العقد⁸¹⁶. ويظهر هنا أنّ منع الفصل 205 م.أ.ش. له مرميان إذا أضفنا إليه ما تقدّم من هبة الشركة المستقبلية، وهو ما قد يفسّر استعمال الفصل 205 م.أ.ش. كلمة «الأموال» لا «الأشياء» لأنّ المال أعمّ من الشيء إذ يشمل الحقّ أيضاً⁸¹⁷، وهذا تأكيد آخر على اقتضار كلمة الشيء على الأشياء المادية في مقصود الفصل 66 م.ا.ع. ولو استعمل هذا النصّ كلمة مال عوض شيء لكان أدعى إلى ربط العلاقة مع ملك الغير، لكنّه لم يفعل. وبذلك يتأكّد خروج ملك الغير عن الفصل 66 م.ا.ع.، بل وخروج الحقّ المستقبل عنه أيضاً.

215- وربّ عائب على هذا التخرّيج تضيقه للفصل 66 م.ا.ع. وتشديده على

التعامل، لكن ليس له من عيبه إلا الوهم لأن الفصل 64 م.ا.ع. هو النص العام الذي يتسع لكل تعامل ممكن وما الفصل 66 م.ا.ع. إلا تخصيص له في الأشياء المادية، ثم إن كان من ربط بين التفويت في ملك الغير وأحد نصوص المحل فالأولى ربطه بالفصل 64 م.ا.ع. لأنه تعامل ممكن قانونا، وعبره هو يدخل التفويت في حق مستقبل⁸¹⁸ أي أن التفويت في حق مستقبل هو تفويت في ملك الغير وليس العكس لأن من يفوت في حق مستقبل قانونا، يفوت في مال مستقبل بالنسبة إلى ذمته، ولكنّه زمن التعاقد موجود وحال في ذمة أخرى هي ذمة الغير، أي مملوك للغير. وما اسم هذا العقد إن لم يكن التفويت في ملك الغير؟ يدعم ذلك أن الفصلين 576 م.ا.ع./203 م.ح.ع. لا يميزان بين علم المتعاقدين أو

⁸¹⁶ ماستر، رهن المنقولات المستقبلية، مقال سابق، ف 12، ص 144.

⁸¹⁷ محمد كمال شرف الدين، قانون الأموال، درس سابق، ص 1.

⁸¹⁸ ماسترو وبونمان وببؤ، قانون التأمينات العينية الخاص، ف 1280، ص 639.

م.ا.ع. نصيب الفصل 574 م.ا.ع.، «بيع المعدوم باطل كثمره لم تبرز أو ما في حصوله شك كزرع لم ينبت أو حمل في بطن أمه. وإنما يجوز بيع الغلة المتعلقة بأصولها وغيرها من النتائج البارزة ولو قبل التضج».

وواضح تعلق هذا النص بالأشياء المادية، وهو يحد ذاته دليل بين على اختلاف ملك الغير عن الشيء المستقبل لأن له نصا مغايرا لنص ملك الغير، وما دام الفصل 574 م.ا.ع. هو المرتبط بالفصل 66 م.ا.ع. فمعنى هذا أن الفصل 576 م.ا.ع. خارج عنه.

⁸¹³ انظر على سبيل المثال: تيري وسيملار ولوكيت، الالتزامات، ف 264، ص 221.

⁸¹⁴ انظر في هذا الاتجاه محاولة الأستاذ ماستر في رهن المنقولات المستقبلية:

- Jacques MESTRE, Le gage de choses futures, D.S. 1982, Chr., p. 141-146.

⁸¹⁵ انظر أيضا في هذا النص الهامش 1052 اللاحق، وفي تحليله بالنسبة إلى عقار يصدد البناء:

- Abdelwaheb REBAI, La vente d'immeuble à construire en droit tunisien, thèse Paris XII, L.G.D.J. 2003, n° 541 et s., pp. 312 et s.

أحدهما أو جهلها الأمر. والفرض في المال المستقبلي أنه تفويت في ملك الغير بعلم المتعاقدين⁸¹⁹، فضلا عن أن الاستقبال في الفصل 66 م.ا.ع. يتحدد بصنفة موضوعية أي بالنظر إلى الشيء ذاته باعتباره مستقبلا ولا بالنظر إلى شخص المتعاقد، فالشيء المستقبلي هو الشيء غير الموجود لا الشيء غير المملوك⁸²⁰.

وهكذا، يتبين أن الفصل 66 م.ا.ع. يتعلق بأشياء مادية لا غير، وأن ملك الغير لا شأن له بالفصل 66 م.ا.ع. وأن العلاقة بين ملك الغير والمال المستقبلي تقوم - إن قامت - في اتجاه إلحاق التفويت في مال مستقبلي بالتفويت في ملك الغير وليس العكس.

216- وبهذا تتسع دائرة ملك الغير ويتأكد امتداد ميدانه عمليا خصوصا أن التعامل في حقوق مستقبلية كثير الوقوع في العمل، وهو يتم غالبا في صيغة ناجزة ولو أن أثره منتظر تحققه في المستقبل⁸²¹ بخلاف التصرف الشرطي الذي هو

تصرف متجه للمستقبل من جهة التعليق بالشرط⁸²². فإن كان الفصل 66 م.ا.ع. لا يصلح أساسا لصحة التفويت في ملك الغير، فهل تصلح له أحكام الشرط؟

الفرع الثاني: أحكام الشرط

217- إن دواعي التفكير في هذا الأساس (الفقرة الأولى) لا تحجب عيوبه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دواعي التأسيس على أحكام الشرط

218- الشرط هو بتعريف الفصل 116 م.ا.ع.: «تصريح بمراد المتعاقدين وبموجبه يعلق وجود الالتزام أو انقضاؤه بأمر مستقبل غير متحقق الوجود»⁸²³ وهو وصف في الالتزام يمكن التفكير في تأسيس صحة التفويت في ملك الغير عليه⁸²⁴ (ب) بعد تحديد مناط العلاقة بينهما (أ).

219- يتحدّد مناط هذه العلاقة من خلال التفريق بين التفويت المعلق على شرط والتفويت في الملكية المشروطة. وما يهمّ البحث هو الحالة الأولى. أمّا

822 السنهوري، الوسيط، ج 3، ف 3، ص 7، هـ 1.

823 راجع في تعريف الشرط بصفة عامة: - محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، نشر عالم الكتب، القاهرة، 1981، ص 18 وما يليها.

824 تجب ملاحظة وجود إجماع فقهي في فرنسا وفي مصر على إقصاء الشرط في مقدمات الموضوع وإخراجه من ميدان التفويت في ملك الغير. وهذا مفهوم ببساطة لأن النصوص التي يدرسها الفقهاء هناك تقضي ببطلان التفويت (الفصل 1599 مدني فرنسي/الفصل 466 مدني مصري...) حال أن التفويت المشروط هو عمل صحيح فلا يلتقيان ولا داعي حتى لمجرد التفكير في ربط الميدانين. لكن الأمر يختلف بالنسبة إلى تشريع يقرّ صحة التفويت في ملك الغير كالتشريع التونسي، فوجب لذلك تناول الموضوع ودراسته بشكل خاص.

انظر من الفقهاء الذين يقصون أحكام الشرط على سبيل المثال: السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 154، ص 272. - رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة، في عقدي البيع والمقايضة، بيروت، الدار الجامعية، 1990، ص 126. - مالوري وأيناس، العقود الخاصة، ف 184، ص 146.

بهذا يتيسر الرد على مثال الوعد بالبيع السابق الاستدلال به في أول بحث هذا الأساس (ف 202) والحقيقة أن فرضية التفويت في مثال الوعد بالبيع ليست هيئة لأنّ الحلّ فيها يتحدّد بحسب صورة التعاقد واتّجاه الإرادة. إذ قد يقصد من التفويت إحالة الوعد (إحالة دين أو عقد) إذا وقع العقد على صفة الموعود له ويشترط عندئذ إعلام الواعد أو قبوله (الفصل 205 م.ع.)، وقد يقصد تعليق التفويت على شرط الحصول على الملكية، فهو تفويت شرطي، وقد يقصد أيضا التفويت في ملك الغير يعلم الطرفين، وكذا إذا أخفى الموعود له صفة... وككلّ هذا بصرف النظر عن طبيعة الوعد إن كان ملزما للجانبين أم لجانب واحد. لكن في رأي من يرى أن العقد النهائي في الوعد من جانب واحد يبرم بمجرد رفع خيار، فإن الصور المذكورة كلّها لا تطرح أصلا لأنّ تفويت الموعود له في الشيء هو رفع للخيار بصفة ضمنية يتحقّق به العقد النهائي ويكون الموعود له مفوتاً في ملكه (ماستر ويوتمان وييو، قانون التأمينات العينية الخاص، ف 1280، ص 639، هـ 248. - السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 31 ص 65). أمّا من يرى أن رفع الخيار وحده لا يغني عن إتمام العقد النهائي، فعليه أن يتعرّض إلى مختلف الصور السابقة. وعلى كلّ، يتبين فيما يمكن أن يعدّ تفويتاً في حق مستقبل بالنسبة إلى الموعود له، أنه تفويت في ملك الغير.

820 محمد زهرة، العقار بحسب المال، الجزء الأول، ف 33، ص 193.

821 سمير تناغو، رهن الأموال المستقبلية، مقال سابق، ف 13، ص 454. - ديموغ، الحقوق الاحتمالية، مقال سابق، ص 725.

الحالة الثانية فهي خارجة عن الموضوع لأنها ليست من ميدان ملك الغير أصلاً، باعتبارها تتفرع إلى فرضيتين، كل واحدة منها يصدر فيها التقويت عن مالك، فهي لا تتعلق بملك الغير.

الفرضية الأولى يوجد فيها مالسك لشيء تحت شرط تعليقى أو فاسخ كمشتري العقار على شرط حصول البائع على عقد عمل بالخارج أو مشتري الأرض على شرط صلوحيتها للبناء حسب مثال التهيئة العمرانية، فإذا فوت المشتري في العقار يعد مفوتاً في ملكه. وما دامت ملكيته موصوفة فهو ينقلها بنفس الوصف إلى المفوت له لأنه لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق (الفصل 551 م.ع.)، فتوجد الملكية عند المفوت له أو تزول بحسب تحقق الشرط أو تخلفه. وإلى هذا المعنى أشار الفصل 202 م.ع. في باب الرهن بنصه «من ليس له على الشيء إلا حق قابل للفسخ أو الإبطال أو معلق على شرط

شيء غير مملوك لأحدهما. فيعتبران على ضوء الفصل 116 م.ع. المشار إليه طرفين في تقويت شرطي يوجد شرطه في الفصلين 576 م.ع./203 م.ع.، وهو إما إجازة المالك أو صيرورة المفوت مالكا.

ب- كيانية التأسيس على الشرط

220- على ضوء العلاقة السابقة يتيسر هذا الربط إما اعتدادا بالمصدر القانوني للشرط، أي بإمكانية أن يكون القانون مصدرا مباشرا للشرط، وهو ما يقول به بعض الفقهاء⁸²⁷ أو على الأقل بناء على إرادة المتعاقدين الضمنية⁸²⁸. واعتبارا لجواز التعليق بالشرط مطلقا، جاز تأسيس صفة التقويت في ملك الغير على أحكام الشرط فيظهر أن الفصلين 576 م.ع./203 م.ع. ما هما إلا تطبيق خاص لنظرية الشرط، وأن كل تقويت في ملك الغير يقع بالضرورة صحيحا لأنه معلق على شرط فإنه نسأله: هل يمكن بالتالي أن يكون الشرط

فرضه لنسيء لا يكون إلا بالشرط أو الفسخ نفسه».

وفي الفرضية الثانية يوجد ملتزم بالتفويت، وهو على الأصح ملتزم تحت شرط فاسخ⁸²⁵ فيبقى مالكا ويعتبر التفويت الصادر منه صادرا عن مالك، ويشمله حكم الفصل 134 م.ا.ع.⁸²⁶

أما الحالة التي تتصل بملك الغير فالفرض فيها أن الطرفين يبرمان تفويتا في

⁸²⁵ السهوري، الوسيط، ج 3، ف 31، ص 42.

⁸²⁶ ينص الفصل 134 م.ا.ع. على ما يلي: «ليس لمن التزم بشيء على شرط تعليق أن يجري قبل حصوله أي عمل يمنع الدائن أو يصعب عليه ممارسة حقوقه عند إتمام الشرط. فإذا تم شرط التعليق بطل ما أجراه الملتزم في أثناء المدة مما من شأنه أن يضر بالدائن وذلك دون إخلال بالحقوق الحاصلة بطريقها للغير عن حسن نية».

وقاعدة هذا الفصل تجري على الالتزامات الواقعة على شرط الفسخ في حق الأعمال التي يجريها من كانت حقوقه مفسوخة بحدوث الشرط وذلك دون إخلال بالحقوق الحاصلة بطريقها للغير عن حسن نية».

ويؤكد هذا التأسيس عاملان على وجه الخصوص أحدهما يؤخذ من ملاءمة الفصلين 576 م.ا.ع./203 م.ح.ع. لأصول الشرط (1) ويستمد الآخر من الأثر الفوري للشرط (2).

1- ملاءمة شروط التفويت لأصول الشرط:

221- إن شرط اكتساب الملكية - أو إجازة المالك - هو شرط جائز لا يتعارض مع أي أصل من أصول الشرط، فلا هو بالمستحيل ولا بالمتعارض مع القانون أو الأخلاق (الفصل 117 م.ا.ع.) ولا هو بالمقيد لحق أي من المتعاقدين (الفصل 118 م.ا.ع.) ولا هو بالمتناهي مع مقتضى العقد بل غايته هي تحقيق هذا

⁸²⁷

جان دوبلا، شرح مجلة الالتزامات والعقود التونسية، تحرير محمد المالح، طبعة أولى، تونس 1948،

الجزء الأول، ص 141.

⁸²⁸

جان دوبلا، شرح مجلة الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص 142.

المقتضى (الفصل 119 م.ا.ع.). ثم هو شرط مفيد وليس لغوا لا فائدة فيه (الفصل 120 م.ا.ع.).

2- الأثر الفوري للشرط

222- يتوقف الاستدلال بهذا العامل على توضيحه وتأكيده وجوده مسبقا. إذ من السائد أنّ الشرط كوصف للالتزام له أثر رجعي ويكاد يعتبر من أوليات القانون الإصدار بهذه الحقيقة حتى لتذكر أحيانا على أنها مسلمة⁸²⁹. ومن المعروف أيضا أنّ من أبرز حجج استبعاد أن يكون القانون مصدرا للشرط كما في الوصية والشفعة والميراث هو أنّ هذه الوضعيات مشروطة قانونا بحوادث مستقبلية تتحقق دون أثر رجعي فلا يمكن اعتبارها شرطا⁸³⁰. لكن الأمر خلاف ذلك لو يتبين من التحليل عكس ما هو السائد وأنّ الشرط ليس له أثر رجعي، إذ يتعرّز عندئذ الربط بين الوضعيات القانونية وأحكام الشرط، ويتأكد إلحاق

التشريع في هذه المسألة إلى اتجاهين، اتّجاه يقول بالرجعية وآخر ينفىها. وكلاهما يصوغ القاعدة في شكل مبدأ ثم يقرّر عليه استثناءات أهمها ذلك المستمد من اتفاق المتعاقدين. فالتشريع الفرنسي أقرّ رجعية الشرط في الفصل 1179 من المجلة المدنية بنصه: «لتحقق الشرط أثر رجعي إلى اليوم الذي أبرم فيه الالتزام»⁸³¹. وسارت على نهجه القوانين اللاتينية والقانون المصري⁸³². أمّا القانون الألماني والتقنينات الجرمانية عموما فقد أقرّت المبدأ العكسي، حيث جاء في الفصل 158 من المجلة المدنية الألمانية أنّ الشرط ينتج أثره بصفة فورية إلا إذا اتفق الطرفان على أن يكون له مفعول رجعي⁸³³.

أمّا القانون التونسي فقد اتّخذ نهجا فريدا إذ وضع فكرة الأثر الرجعي للشرط وقيدتها باتفاق المتعاقدين أو بطبيعة الالتزام، فلم يضع مبدأ الرجعية واستثنى عليه، ولم يضع مبدأ عدم الرجعية واستثنى عليه، بل أقرّ رجعية

المصليين 5/6 م.أ.ع. 2037 م.ج.ع. بالفصل 116 وما بعده م.أ.ع. وهو ما يفرض التساؤل عن أثر الشرط في القانون التونسي، هل هو رجعي أم لا؟

الجواب في الفصل 133 م.أ.ع. ونصّه: «إذا حصل الشرط استند عمله إلى يوم الالتزام إن تبين من اتفاق المتعاقدين أو من نوع الالتزام ما يدل على أن المراد من الشرط عمله من ذلك اليوم».

أول ما يشد الانتباه في هذا النص هو صيغته الشرطية في وضع أثر «الاستناد» أي الرجعية. وهذا الأسلوب غير مألوف في التشريعات المقارنة، إذ تنقسم

مقيدة، مشروطة بأحد أمرين. وينتج عن هذا الأسلوب في منطق البحث عن المبدأ والاستثناء، أنه إذا لم يتوفر أحد شرطي الفصل 133 م.أ.ع. فإن الشرط يتحقق بأثر فوري ولا يكون له مفعول رجعي، أي أنه إذا لم يتفق المتعاقدان على الرجعية ولم يكن من طبيعة الالتزام أن يكون رجعيًا، فإن الشرط لا يكون له مفعول رجعي. وهو ما يبيح القول دون وجل ولا تثريب أن المبدأ في عمل الشرط في القانون التونسي هو عدم الرجعية لا الرجعية⁸³⁴.

⁸³¹ هذا نص الفصل 1179 فرنسي:

Art. 1179: «La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté...».

⁸³² انظر في ذلك: محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي، ... من 440.

⁸³³ محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي، ص 441.

⁸³⁴ نسجل هنا باستغراب ما ذكره الأستاذ محمد شتا أبو سعد في رسالته عن الشرط بالصفحة 441 في شأن القانون التونسي من أنه «كان واضعاً في حديثه عن الأثر الرجعي للشرط في نطاق العقد (هكذا) حيث قضى الفصل 133 من مجلة العقود والالتزامات بأن للشرط أثراً رجعيًا ما لم يتبين من اتفاق المتعاقدين أو من

⁸²⁹ انظر مثلاً: محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير...، ف 66، ص 57.

⁸³⁰ تحليل الأمثلة المذكورة في المتن أن الوصية تعتبر تصرفاً قانونياً معلقاً بحكم القانون على شرط أن يعيش الموصي له بعد موت الموصي، وأن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة معلق على إعلان رغبته في ذلك وأن حق الورثة معلق على شرط وفاة المورث قبلهم. انظر: عيد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 3، ف 24، ص 34 - تيري وسيملار ولوكيت، الالتزامات، ف 1122، ص 547 وه 1.

223- ويتأكد هذا المبدأ بالحجج والمبررات التالية:

أولاً: إن الفصل 144 م.أ.ع. سوى بين الأجل والشروط في الحكم بنصه: «عمل أجل التوقيف كعمل شرط التوقيف وعمل أجل الفسخ كعمل شرط الفسخ». ومعلوم أن الأجل ليس له مفعول رجعي بطبيعته⁸³⁵ وتعتبر هذه الإشارة إحدى أهم نقاط الاختلاف بين الشرط والأجل في الأنظمة القائلة بالأثر الرجعي للشرط⁸³⁶، فلو كان الشرط رجعياً في مبدئه لما تيسر الإلحاق الموماً إليه في الفصل 144 م.أ.ع.

ثانياً: إن المسحة الموضوعية التي تصطبغ بها عديد الأحكام في مجلة الالتزامات والعقود⁸³⁷ تحت تأثير الفقه الإسلامي⁸³⁸ والقوانين الجرمانية (ألمانيا وسويسرا) تنطلق من نظرة واقعية ومادية للأمر تريد أن يكون الحق محققاً وبصفة نهائية لأول وهلة⁸³⁹. وهذه النظرة لا محالة تؤدي إلى نبذ فكرة الرجعية

من حيث المبدأ، خاصة أن المذهب الذي يقر الرجعية لم يجد له من أساس مقبول إلا النية المحتملة للمتعاقدين⁸⁴⁰ بعد أن ثبت فساد أو قصور الأسس الأخرى الممكنة⁸⁴¹. وواضح ما في هذا التأسيس من نزعة ذاتية وتركيز ربما مبالغ فيه على إرادة المتعاقدين. وبالتأمل في الفصل 133 م.أ.ع. يتضح منحاه الواقعي في النظر إلى إرادة المتعاقدين. فهو لم يرق بها إلى حد صياغة المبدأ، بل راعى الواقع أولاً فجعل الأصل عدم الرجعية، ثم لم يهمل الإرادة، فأولاهها عين الاعتبار إن هي اتجهت إلى الرجعية. وهذا اتجاه أوفق في الصنعة القانونية وأكثر احتراماً للمبادئ والتصاقاً بالمنطق القانوني⁸⁴².

ثالثاً: إن مذهب الأثر الرجعي واجه انتقادات شديدة وعنيفة أحياناً⁸⁴³ من بينها أساساً خطره على الائتمان وعلى حقوق الغير خاصة المكتسبة عن حسن

840 السنهوري، الوسيط، ج 3، ف 42، ص 65. والواقع أن هذا الأساس سهل الانتقاد أيضا لأن تفسير النية المفترضة للمتعاقدين يمكن أن يكون في اتجاه عدم الرجعية بما أنهما يعلمان مسبقا وجود المانع الذي وضعاه شرطا فاضطرا إلى التأخير، ولو كانا متأكدين من الواقعة الشرطية لجعلا اتفاقهما ناجزا (السنهوري، ج 3، ص 65، هـ 3). ولذلك اقترح بعضهم أساسا آخر يكمن في اعتبار الشرط وصفا للتراضي لا للالتزام فيكون الأثر الرجعي نتيجة طبيعية لهذا التكييف (محمد شتا أبو سعد، الشرط كالوصف للتراضي... ص 465 - 466). لكن هذا التأسيس ليس أوفر حظا من سابقه لأنه يقوم بدوره على التفسير ولا مهرب له عندئذ من مواجهة التفسير المخالف!

841 وهي نظرية الافتراض القانوني وقاعدة أن لا يجوز للشخص أن يمنح لغيره أكثر مما لنفسه من الحقوق، والوجود السابق للعقد، راجع في كل ذلك: محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي... ص 452 وما يليها.

842 يؤيد المنحى الموضوعي للفصل 133 م.ع. أنه احتفظ بنصه الأصلي في اللائحة الابتدائية وهو الفصل 152 الذي يعج أسفله وهامشه بالإحالات إلى الفقه الإسلامي والقانون الألماني والقانون السويسري والقانون الروماني، وكل هذه القوانين تنبذ رجعية الشرط، بالإضافة إلى أن نص الفصل 152 معدّل عن نص الفصل 115 من المشروع الأولي والذي كان مجرد نسخ للفصلين 1179 فرنسي و1170 إيطالي قديم، المكرّسين للرجعية.

843 أنظر في جملة هذه الانتقادات: محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي... ص 446 وما يليها.

نوع الالتزام (يقصد طبيعته) ما يدلّ على أن المراد من الشرط عمله من ذلك اليوم». وفي هذا تحريف للفصل بتعويض حرف الشرط «إن» بأداة الاستثناء «ما لم»! وقد تكرر هذا الموقف في كتابه الثاني الذي اقتطفه من رسالته مع شيء من التوسع عن الأثر الرجعي للشرط إذ أعاد نفس الكلام بالصفحة 25، والأغرب من ذلك أنه قرأ النص المغربي قراءة سليمة وتعرّض له في سياق الحديث عن التقنيات الجرمائية وقد استثناء تقريبا من سائر التشريعات العربية، ولكن فاتته في كل هذا أن الفصل 124 من قانون الالتزامات والعقود المغربي مأخوذ حرفيا عن الفصل 133 تونسي، وما يصحّ على هذا يصدق على ذلك!

835 السنهوري، الوسيط، ج 3، ف 63، ص 97. - كاريوني، الالتزامات، ف 61، ص 211.

836 تيري وسيميلار ولوكيست، الالتزامات، ف 1102، ص 888. - السنهوري، الوسيط، ج 3، ف 79، ص 131-132.

837 راجع في ذلك: محمد الزين، العقد، ف 13، ص 26 وما بعدها.

- Mohamed BAGBAG, De la déclaration de volonté, source d'obligation dans le code des obligations et des contrats, Thèse Tunis, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, 1994, passim.

838 محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات العربية، نشر مكتبة دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 1996، ص 55 وما يليها.

839 كاريوني، الالتزامات، ف 137، ص 260.

نية إذ يؤدي إلى زوالها⁸⁴⁴، بعكس مذهب عدم الرجعية الذي يحفظ تلك الحقوق⁸⁴⁵، وهذا عين ما أقره الفصل 134 م.ا.ع. في فقرتيه الثانية والثالثة بالنسبة إلى نوعي الشرط⁸⁴⁶.

رابعا: قد يوجه اعتراض على فكرة عدم الرجعية بالقول إن قيدي الفصل 133 م.ا.ع. يستوعبان في الحقيقة مختلف الصور الممكنة فكأن المشرع أراد توضيح مقصوده وتحليل الأثر الرجعي الذي ينتج إما عن إرادة المتعاقدين أو عن طبيعة الالتزام، أي أنه كان بإمكان المشرع الاكتفاء بطالع الفصل 133 م.ا.ع. وإقرار الأثر الرجعي للشرط، لكنه أضاف القيدين المذكورين لشرح وتحليل هذا الأثر، وهذا تزيد منه يمكن الاستغناء عنه دون تغيير المبدأ وهو الرجعية. وأولى من هذا الاعتراض اعتراض آخر يفيد أن هذين القيدين ما هما إلا استثناءان من مبدأ الرجعية، خصوصا بالنسبة إلى نوع الالتزام، إذ لا يوجد

والتزيد، والاعتراض الثاني يحرف النص وقد سبق تفنيده⁸⁴⁸. بقي أنه ليس صحيحا أن القيدين المذكورين يستوعبان مختلف الصور الممكنة بدليل وجود استثناءات في مذهب الرجعية. وإذا بقيت صورة واحدة على الأقل، فهي كافية لكي يشملها المبدأ⁸⁴⁹. ثم إنه يمكن أن توجد التزامات لا تتلاءم إلا مع شرط ذي أثر رجعي، وأوضح مثال على ذلك يقدمه الفصل 260 م.ح.ع. حيث يجعل رتبة الرهن محققة من يوم تمامه «بتسليم المرهون طبقا للعقد ولو لم يتحقق الالتزام إلا بعد ذلك التاريخ». ويعني هذا أن الرهن يستثنى من عدم الرجعية، الذي يبقى هو المبدأ في مادة الشرط طبقا للفصل 133 م.ا.ع.

ويتفق هذا التحليل مع ملاحظة وفرة الاستثناءات على مبدأ الرجعية عند القائلين به⁸⁵⁰ وتساؤل بعضهم⁸⁵¹ عن وجاهة الإبقاء عليه وإن لم يكن من الأفضل العدول عنه⁸⁵².

التزام من طبيعته ان يكون الشرط فيه رجعياً، بل العكس هو الذي قد يوجد كالاتزام الناتج عن عقد زمني⁸⁴⁷.

ويسهل ردّ هذين الاعتراضين بملاحظة أنّهما يتأوّلان نصّاً واضحاً لا يحتمل ما يتّجهان إليه. فالاعتراض الأوّل يخالف قواعد التّأويل لمّا ينسب إلى المشرّع اللغو

⁸⁴⁴ صحيح أنّ قواعد الإشهار العقاري تخفّف من حدة هذا النّقد، لكنّ الفكرة من حيث المبدأ تبقى غير ملائمة.

⁸⁴⁵ كاريونيني، الالتزامات، ف 137، ص 260.

⁸⁴⁶ قد يقال إنّ استثناء الحقوق المكتسبة عن حسن نية يعني أنّ بقية الحقوق تزول وهذا تطبيق للأثر الرجعي، فيردّ أنّ زوال الحقوق الأخرى ليس مقرراً على إطلاقه إذ تبقى الحقوق الشخصيّة وأعمال الإدارة، وأنّ ما يسقط يسقط من وقت تحقّق الشرط لا قبله، فلا يكون الشرط إلّا كالأجل (الفاسخ) في هذه الحالة، وهو ما يؤكّده الفصل 144 م.ع. كما تقدّم. انظر نفس التّحليل عن القانون الألماني: السّهوري، الوسيط، ج 3، ص 61، هـ.1.

⁸⁴⁷ محمّد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي...، ص 473.

224- وهكذا يتبيّن أنّ عدم رجعيّة الشرط يمثل الفكرة المبدئيّة في القانون

⁸⁴⁸ انظر سابقاً، ف 222 وهـ 834.

⁸⁴⁹ لا يضرّ المبدأ ضيق ميدانه لأنّه تعبير عن اختيار تشريعي في المقام الأوّل، ولو أنّه في الغالب من الأحوال يتسع المبدأ لأكثر الحالات الدّاخلية فيه ولا يشدّ عنه إلّا القليل.

⁸⁵⁰ من بين من عدّد هذه الاستثناءات نذكر خاصّة: أنور سلطان، أحكام الالتزام الموجز في النظريّة العامّة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربيّة، بيروت، 1974، ف 215، ص 227 وما يليها.

⁸⁵¹ كاريونيني، الالتزامات، ف 63، ص 251 - مازو وشاباس، الالتزامات، ف 1044، ص 1109.

⁸⁵² - تيري وسيملار ولوكيت، ف 1139، ص 913.
من المفيد الإشارة إلى أنّ لجنة تحويل المجلة المدنيّة الفرنسيّة أقرّت في مناقشاتها لسنة 1946، فكرة عدم الرجعيّة،

Travaux de la commission de réforme du code civil, Année 1945-1946, Sirey,
Paris, pp. 40 et s.

التونسي⁸⁵³، ولو أنّ ذلك لا ينفى عمل الشرط بأثر رجعي عند وجود الاتفاق أو حسب طبيعة الالتزام، ولكن المهم هو تسجيل المبدأ لأنه هو الذي يعكس الاختيار التشريعي ويدلّ على التصور العام الذي يحكم قانون الالتزامات المدني⁸⁵⁴.

وما دام الشرط غير رجعي فإنّ حجة التقريب بينه وبين التفويت في ملك الغير أضحّت قائمة، والتأسيس عليه بالتالي واردا. لكن هل تكفي هذه الحجة، هي وما سبقها لتقنع بوجاهة هذا التأسيس، أم أنّها قاصرة في الحقيقة عن إخفاء عيوبه؟

الفقرة الثانية: عيوب التأسيس على أحكام الشرط

225- إنّ هذا التأسيس معيب ولا يصلح أن يعتمد لجواز التفويت في ملك الغير. وهو ما يتبيّن من خلال تناول صورتين جواز التفويت في ملك الغير حسب الفصلين 576 م.أ.ع./203 م.ج.ع. أي إجازة المالك (أ) وصيرورة المفوت مالكا (ب).

الاعتبار⁸⁵⁶ - ولا يقال إنّ نصوص التعاقد في حق الغير نفسها تجعل من تصديق الغير شرطا في العقد جريا على عبارة الفصل 40 م.أ.ع. الذي تضمّن في طالعها: «يصحّ التعاقد في حق الغير على شرط تصديقه» وأنّ أحكام الشرط تقبل هذه الصّورة في الفصل 128 م.أ.ع. القاضي بإمكانية توقيف الالتزام على «مشاركة الغير»، وذلك للاختلاف البين بين المؤسّستين إذ أنّ الشرط يعمل بين المتعاقدين ويوجد به الالتزام أو ينقض بين طرفيه، في حين أنّ العقد في حق الغير إن وقع تصديقه من الغير ترتبط فيه العلاقة بين المتعاقد والغير ولا يكون المتعاقد في حق غيره إلا كنائب اكتسب صفته تلك لاحقا بمفعول التصديق⁸⁵⁷.

ب- صيرورة المفوت مالكا:

227- بالنسبة إلى صيرورة المفوت مالكا، يقتضيه الفصلان 576 م.أ.ع. و

226- بالنسبة إلى إجازة المالك لا يمكن أصلاً اعتبارها وصفاً «يتغير به الالتزام»⁸⁵⁵ لأنه لو صحّ ذلك لدخل التفويت في أحكام التعاقد في حق الغير على معنى الفصول 40 و 41 و 42 م.أ.ع. ومكان هذه المسألة في نظرية النيابة في التعاقد لا في أوصاف الالتزام - وهي تخرج بدورها عن دائرة ملك الغير بهذا

⁸⁵³ انظر في نتائج هذا المبدأ عرضاً موجزاً وشافياً للمرحوم السنهوري في الوسيط، ج 3، ص 63، هـ 3.

⁸⁵⁴ قد لا توجد فروق عملية كبيرة بين مذهبي الرجعية ومنكريها وذلك بمفعول الاستثناءات المتقابلة من الشقين، (السنهوري، الوسيط، ج 3، ف 42، ص 66. - تيري وسيملار ولوكيت، الالتزامات، ف 1139، ص 913، هـ 5)، ولكن هذا لا ينفي وجوب تثبيت المبدأ المختار، لأن اختيار أحد الاتجاهين ليس أمراً اعتبارياً، بل هو يندرج في سياق تصوّر عام معين للالتزام.

⁸⁵⁵ هذه هي تسمية العنوان المخصّص لأوصاف الالتزام في م.أ.ع.، وهو العنوان الثالث من الكتاب الأول ويشمل الفصول من 116 إلى 198 المتعلقة بالشروط والأجل وخيار التعيين والتضامن السلبي والإيجابي وقابلية الالتزام للقسمة وعدمها.

طبيعة الشرط مسبقاً، هل هو فاسخ أم تليقي⁸⁵⁸. ومع هذا فالأفضل التعرّض إلى نسوعي الشرط وردّهما⁸⁵⁹ تبعاً، الفاسخ أولاً (1) ثمّ التليقي (2).

1- الشرط الفاسخ:

228- لو قيل إنّ صيرورة المفوت مالكا - أو بالأحرى عدم صيرورته

⁸⁵⁶ راجع مقدّمة هذا البحث، ف 10.

⁸⁵⁷ راجع الفصل 41 م.أ.ع.

⁸⁵⁸ راجع في هذا التمييز: أنور سلطان، أحكام الالتزام، ف 194، ص 202 وما يليها.

⁸⁵⁹ يتّجه هذا الرّد الثاني خصوصاً إذا جارينا الرّأي القائل بأنّ الالتزام المقترن بشرط فاسخ يتضمّن في الوقت نفسه شرطاً تليقياً لفائدة المعاهد الآخر: السنهوري، ج 3، أوصاف الالتزام، ف 20، ص 30. - أنور سلطان، أحكام الالتزام، ف 194، ص 203. - تيري وسيملار ولوكيت، الالتزامات، ف 1137، ص 912.

مالكاً⁸⁶⁰ - تمثل شرطاً فاسخاً⁸⁶¹ في بيع ملك الغير أو رهنه لأدى ذلك إلى

⁸⁶⁰ من الواضح أن الشرط لا يمكن أن يتمثل في صيرورة البائع مالكا، والأل لكان منافيا لمقتضى العقد فيقع باطلا ويبطال به العقد طبق الفصل 119 م.ع. لأن ما ينقص العقد في الفصل 576 م.ع. هو ملكية البائع للمبيع فلو علق فسخ البيع على اكتساب هذه الملكية لكان معنى ذلك أن البيع يفسخ إذا كان البائع مالكا وهذا هو بالضبط نقيض المقصود من العقد. وربما كانت هذه الملاحظة كافية لوحدها لدحض فكرة الشرط الفاسخ من أسبابها. كما أنه من الواضح أن شرط عدم صيرورة البائع مالكا غير معقول إذا كان البائع مالكا فعلا، لأن لا إشكال عندئذ والشرط لا فائدة فيه (الفصل 120 م.ع.). لكن قد تكون للشرط فائدة في صورة التفويت في شيء مشكوك في ملكيته كبيع المتنازع فيه فيقال إنه بيع معلق على شرط فاسخ هو الحكم بعدم ملكية البائع.

⁸⁶¹ هذا هو المصطلح التشريعي كما ورد في الفصل 130 م.ع. وقد استعمل المشرع أيضا عبارة «شرط الفسخ» في الفصلين 134 ف 3 و 144 م.ع.

ويجب التنبية إلى عدم الخلط بين الشرط الفاسخ وما يعرف بـ «الشرط الفسخي» المنظم بالفصل 274 م.ع. والذي هو في حقيقته «بند فسخي». ذلك أن استعمالات كلمة «الشرط» عديدة، إذ بالإضافة إلى وصف الالتزام

إكمال نقص الفصل 576 م.ع. في تحديد جزاء التفويت في هذه الحالة⁸⁶². وحجة هذا القول أن الفصل 576 م.ع. بين الجزاء عند عدم إجازة المالك البيع، ولم يتعرض إلى الفرضية الثانية أي صيرورة البائع مالكا، فيكون الجزاء عندئذ هو الفسخ أيضا كنتيجة لعمل الشرط الفاسخ.

إلا أن هذه المزية الظاهرية لا يمكن أن تحجب غرابة هذا التأسيس وخوره المنطقي بالنظر إلى تظافر نقائضه التي ليس أقلها أن العقد المقترن بشرط فاسخ ينتج كل آثاره وينفذ كما لو كان ناجزا حتى يتحقق الشرط أو يتخلف⁸⁶³ أي أن البيع بشرط فاسخ هو عقد صحيح نافذ يستحق فيه الثمن وينقل الملكية إلى المشتري. ولا يخفى أن هذا ما ينقص بيع ملك الغير، إذ لو كانت هذه حاله لانتفت مشكلته من أساسها. ومعنى هذا أن اللجوء إلى الشرط الفاسخ لا فائدة فيه.

الذي ندرسه، تستعمل للإشارة إلى أركان الالتزام أي شروط صحته، وكذلك في معنى البنود العقدية (*clauses ou stipulations contractuelles*) وهي أجزاء من الاتفاق تكوّن مجموعة ما يتضمّنه العقد من أحكام منظمة للعلاقة بين الطرفين كالشروط الجزائي وبنود المنع من التّفويت وبنود الاحتفاظ بالملكيّة والبنود التقديّة... (أنور سلطان، أحكام الالتزام، ف 193، ص 201. - محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي...، ص 19 وما يليها). ففي حين أنّ الشرط الفاسخ هو تصريح إرادي بالضرورة ويكمن جوهره في أنّه أمر عارض يمثل حادثة مستقبلية غير محقّقة الوقوع فهو وصف للالتزام وينتج أثره بصفة آليّة، نجد أنّ البند الفسخي ينتج عن اتفاق قد يكون ضمنياً حسب بعض النظريّات في العقود الملزمة للجانبين (الفقه الفرنسي انطلاقاً من الفصل 1184 من المجلّة المدنيّة وكذلك حكم ابتدائي، تونس عدد 69777 مؤرّخ في 28 جانفي 1959، ق.ت. أفريل 1959، 60) وهو مرتبط بعمل المدين إن لم ينفذ التزامه بفسخ العقد، فهو تنظيم اتّفاقي لجزاء عدم تنفيذ الالتزام ويعتبر استثناء من وجوب الفسخ القضائي (قارب الفصلين 274 و273 فقرة 5 م.ع.) ولو أنّ له طابعا آلياً مؤكداً قضائياً يشبه الشرط الفاسخ. (قرار تعقيبي عدد 133 مؤرّخ في 9 ديسمبر 1976، ن 76، 171. - قرار تعقيبي عدد 858 مؤرّخ في 22 مارس 1979، ن 79، 1، 147. - قرار تعقيبي عدد 11728 مؤرّخ في 1 جوان 1976، ن 76، II، 102).

انظر في نفس الاتجاه: السّنهوري، ج 3، ص 28، هـ 3. - مازو وشاباس، البيع والمعاوضة، ف 1010 وما بعده، ص 350 وما يليها، الالتزامات، ف 1039، ص 1106.

فالمبحث عن أساس الجواز في الفصل 576 م.ع. يتمّ بالإحالة إلى أحكام الشرط الفاسخ ولا علاقة له بالبند الفسخي خصوصاً أنّ الفصل 576 م.ع. يقرّ الفسخ الناتج عن «طلب المشتري» أي الفسخ القضائي المختلف عن البند الفسخي.

ثمّ إنّ من نتائج الشرط الفاسخ ما لا ينسجم مع أحكام التّفويت في ملك الغير، إذ من المقرّر في الشرط الفاسخ أنّ تحقّقه ينهي الالتزام فتزول الحقوق العينيّة التي قد تكون وظّفت على الشّيء من المفوّت له عملاً بالفصل 134 ف 3 م.ع. وعليه، لو فوّت المالك تحت شرط فاسخ في الشّيء أثناء قيام الشرط ثمّ تحقّق الشرط، فإنّ الملكيّة تعود إلى معاقده، ويكون كمن فوّت في ملك غيره⁸⁶⁴. ولو اعتبر الفصل 576 م.ع. مؤسساً على شرط فاسخ لوجب القول إنّ هذا التّفويت منعقد بدوره على شرط فاسخ هو عدم صيرورة المشتري نفسه (أي المفوّت له) مالكا، ولتحثّم التأكّد

⁸⁶² وكذا سكوت الفصل 203 م.ع. بالنسبة إلى هذا الفرع منه.

⁸⁶³ راجع الفصل 130 م.ع. وانظر: السّنهوري، ج 3، ف 32-33، ص 43 وما بعدها. - مازو وشاباس،

الالتزامات، ف 1037-1038، ص 1105.

⁸⁶⁴ محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي...، ص 437.

من تحقق إحدى صورتي الفصل 576 م.ا.ع.⁸⁶⁵، والحال أن الفصل 134 ف 3 م.ا.ع. يعارض هذا الحل ويقضي بزوال التقويت لا ببقائه مشروطاً. أي أن الفسخ تبعاً لشرط فاسخ يؤول إلى فسخ التصرفات التي انبنت عليه لأن من له حق مقترن بشرط فاسخ ينقله بنفس الشرط عملاً بقاعدة أنه لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق (الفصل 551 م.ا.ع.)، ومعنى هذا أن الفسخ في الفصل 576 م.ا.ع. يستجيب لمنطق آخر غير الذي يحكم الشرط الفاسخ، وأن نصوص ملك الغير تختلف بالتالي عن نصوص الشرط، وهذا ما أحسن المشرع توضيحه في مادة الرهن حيث خصص لرهن ملك الغير الفصل 203 م.ج.ع. وقضى بالفصل 202 م.ج.ع. قبله أن «من ليس له على الشيء إلا حق قابل للفسخ... فرهنه للشيء لا يكون إلا...» الفسخ نفسه». ومعلوم أن الفصل 202 ليس هو الفصل 203 م.ج.ع.!

ويوفر الفصل 134 ف 3 م.ا.ع. دليلاً على التناظر بين أحكام الشرط والفصل 576 م.ا.ع. مستمداً من وظيفة حسن النية في النصين. فحسب الفصل 134 م.ا.ع.

2- الشرط التعليلي،

229- لو اعتبرت صيرورة البائع مالكا شرطاً تعليلياً⁸⁶⁶ لكان ذلك أدق في احترام عبارة الفصل 576 م.ا.ع. لكونه لا ينأى عن النقد والدحض لأسباب ثلاثة: أولاً: إن حادثة تملك البائع للمبيع في الفصل 576 م.ا.ع. هي حادثة قانونية المصدر لأن الفصل نفسه هو الذي اشترطها، وهذا مخالف للفصل 116 م.ا.ع. المحدد لماهية الشرط من أنها «تصريح بمراد المتعاقدين» أي أن الشرط كوصف للالتزام لا مصدر له إلا الإرادة والإرادة وحدها، ولا يكون قانونياً⁸⁶⁷.

وعلى فرض قبول اعتبار صيرورة البائع مالكا شرطاً تعليلياً للبيع، فهو لا يتسنى إلا بناء على إرادة مفترضة للمتعاقدين، انطلاقاً من تفسير تلك الإرادة تفسيراً ينبني على افتراض وجودها واتجاهها إلى المعنى المحتمل، ولكنّه لا يحرفها ولا يعارض وجهتها المخالفة إن ثبتت⁸⁶⁸. وانطلاقاً من هنا فإن التفسير في

معنى الشرط يفترض علم المتعاقدين بأن المبيع مملوك للغير حتى يتصور أنهما علّقا البيع على شرط تملكه. لكن إذا جهل أحدهما هذا الأمر أو كانا يجهلانه معا، فعلا م سيرتكز التفسير المزعوم؟ وعن آية إرادة مفترضة سيتحدث وهي التي لا وجود لها أصلا لجهلها بحقيقة الوضع؟

866 هذه هي التسمية المكرّسة في الفصل 134 م.ع. وترادفها أيضا عبارة «شرط التوقيف» المستعملة في الفصل 144 م.ع. ويشار إلى أن المصطلح الشائع في الشرق العربي هو «الشرط الواقف».

867 احتدم النقاش في الفقه حول معرفة ما إذا كان يمكن تعليق الوقائع القانونية بالشرط وحول وجود شروط قانونية المصدر. ولكن الرأي الراجح يقصر الشرط على التصرفات القانونية ويحصر مصدره في الإرادة وحدها. راجع في هذا النقاش: السنهوري، الوسيط، ج 3، ف 24، ص 34-35. - محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي... ص 227 وما يليها. - تيري وسيمار ولوكيت، الالتزامات، ف 1122، ص 901، هـ 1.

868 انظر:

Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN et Marc BILLIAU, Les effets du contrat, in Traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, 2ème éd., Paris, L.G.D.J. 1995- Beyrouth, Delta 1996, n° 22 et s. pp. 23 et s. spéc. n° 34, p. 39.

يزول ما أجراه الملتزم على الشيء في مدة الشرط «دون إخلال بالحقوق الحاصلة بطريقها للغير عن حسن نية»، أي أن الحقوق المكتسبة عن حسن نية تبقى محفوظة ولا تتأثر بزوال التصرفات المبرمة أثناء قيام الشرط، فيكون حسن النية هكذا مانعا من الفسخ واستثناء من مفعول الشرط الفاسخ الأصلي. ولكن لا شيء من هذا يتحقق في الفصل 576 م.ع.، حيث أن حسن نية المشتري لا ينجيه من استحقاق الشيء من يده لفائدة مالكه الحقيقي، بدليل أن الفصل 576 م.ع. أباح له طلب التعويض إضافة إلى الفسخ. أي أن حسن نية المشتري يخوله الحق في التعويض، لكنّه لا يحفظ له حقه العيني بمواجهة المالك، بخلاف ما تقدّم في الفصل 134 فقرة 3 م.ع..

865 وقد تطول القائمة لو أن مكتسب الملكية من المذوّت له فوّت فيها بدوره إلى غيره وهكذا... فتتعدّ الفرضية أكثر وتتأكد عدم جدوى الربط مع أحكام الشرط.

كما أنّ هذا التفسير يقود - احتراماً لإرادة المتعاقدين - إلى قصر الشرط على صيرورة البائع مالكا، والحال أنّ الفصل 576 م.ا.ع. يجيز البيع أيضا إذا آجازه المالك. وهو ما يدلّ على قصور هذا التأسيس، وبالتالي عدم جدواه.

ثانياً: إنّ التعليق بالشرط لا يمكن أن يتضمّن عنصراً جوهرياً من عناصر الالتزام⁸⁶⁹ سواء كان ركناً فيه أم حتّى أثره المميّز⁸⁷⁰. وعليه إن كان من شأن البيع والتقويت عموماً - أن ينقل الملكية، فلا يمكن أن تجعل تلك الملكية نفسها شرطاً في العقد. ولذلك يرى بعض الفقه أن البيع إذا علّق على شرط الحصول على الملكية، لم يعد بيعاً بالمعنى الحقيقي بل ينقلب عقداً غير مسمّى⁸⁷¹ فيخرج عن منطقة بيع ملك الغير فضلاً عن أن يكون أساساً له. وهذا ما يؤيده انعدام الفائدة من هذا الشرط - خلافاً لما تقدّم في تأسيسه⁸⁷² - لأن قولك إنني أبيعك بشرط أن أصبح مالكا معناه أنّك ستنتقل الملكية عندما

مالكاً إذا أتيح له فلا يتحقّق الأثر العيني⁸⁷³. ولا يعقل والحالة هذه أن يستند الفصل 576 م.ا.ع. إلى أساس باطل!

وهكذا يتبيّن من هذا التحليل أنّ أحكام الشرط لا تصلح أن تكون أساساً لجواز التقويت في ملك الغير⁸⁷⁴. فينبغي تحويل البحث في اتجاه آخر. وربما كان من الأولى التركيز على جزاء التقويت وتحديدنا على تحوّل العقد الباطل كإحدى مسائله.

الفرع الثالث: تحوّل العقد الباطل

230- إنّ تقديمنا بسيطاً لهذا الأساس (الفقرة الأولى) كفيل برفضه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تقديم الأساس

231 سعى بعض الفقهاء إلى الاعتماد على هذا الأساس (أ) بتحليل قد يصلح تنزيله على الفصل 576 م.ا.ع. (ب).

أ- الأساس في الفقه:

232- ينصّ الفصل 328 م.ا.ع. على ما يلي: «إذا بطل الالتزام وكانت به من الشّروط ما يصحّ به التزام آخر جرت عليه القواعد المقرّرة لهذا الالتزام». ويفهم من هذا النّص المتأثر خاصّة بالقانون الألماني⁸⁷⁵ أنّه كرّس ما يعرف بنظريّة تحوّل العقد الباطل التي يستفاد منها أنّه عند وجود عقد باطل لكنّ فيه عناصر يتكوّن منها عقد آخر، تستمرّ العلاقة بين الطرفين على أساس هذا العقد الثّاني، أي أنّ «تحوّل العقد هو عبارة عن تغيير في وصف العقد من شأنه أن يرتب

⁸⁷³ مالوري وأيناس، العقود الخاصّة، ف 184، ص 146، هـ 17.

⁸⁷⁴ من هذا الرّأي: شفيق شعاعة، النّظريّة العامّة للتأمين العيني، ف 101، ص 93.

⁸⁷⁵ راجع الفصلين 374 و375 من اللائحة الابتدائية لمجلة الالتزامات والعقود وقد تأثرا بالخصوص بالفصلين 140/139 من المجلة المدنيّة الألمانيّة.

تتملك بها. وهذا بديهيّ إذ لا ينقل المملكيّة من لا يملكها. وبالتالي فوجود الشّروط أو عدمه سواء، ومن ثمّ لغوه وعدم فائدته المبطله له وحده دون الالتزام عملا بالفصل 120 م.ا.ع.

ثالثا: إنّ ربط مصير العقد بصيرورة البائع مالكا قد يجعل من الشّروط في الحقيقة شرطا إراديا يبطل وبه يبطل العقد على معنى الفصل 121 ف 1 م.ا.ع. باعتبار أنّه يؤدّي إلى تحكّم البائع في مصير العقد، وقد يمتنع من أن يصبح

⁸⁶⁹ السّهوري، الوسيط، ج 3، ف 15-16، ص 24 (المتن والهوامش).

⁸⁷⁰ مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 1105، ص 671.

⁸⁷¹ السّهوري، الوسيط، ج 4، ف 154، ص 272. - عبد المنعم البدر اوي، عقد البيع، ف 390، ص 578.

- لوران، ج 24، ف 106، ص 113.

⁸⁷² راجع سابقا، ف 221.

له جميع آثاره بالرغم من البطلان الذي لحقه عندما كان على وصفه الأصلي⁸⁷⁶.

وتظهر إذن بكل وضوح أهمية هذه التقنية في المحافظة على الرابطة العقدية⁸⁷⁷ وإنقاذ الأوضاع الاقتصادية من الانحلال⁸⁷⁸. ومن أهم تطبيقاتها تحويل الكمبيالة الباطلة إلى اعتراف بالدين⁸⁷⁹ والكفالة الباطلة إلى وعد بالكفالة والقرض الباطل إلى اعتراف بالدين⁸⁸⁰... ولم لا يكون التفويت في ملك الغير أحد هذه التطبيقات؟ إلا يمكن القول إن بيع ملك الغير هو عقد باطل أصلا ولكنه بنظرية تحول العقد ينقلب صحيحا قابلا للفسخ؟!

لقد لقي هذا السؤال جوابا إيجابيا خصوصا عند الأستاذ سليمان مرقس الذي تميز عن سائر الفقهاء لما اعتمد هذه النظرية في تحليله للمواد 466 و467 و468 من القانون المدني المصري في بيع ملك الغير - وهي المواد التي تجمع

المحتملة إلى هذا العقد لاستحالة نقل الملكية فورا⁸⁸¹. ومن ثم يصح الحديث عن فسخ البيع بجوار الإقرار ببطلانه. وهو ما يقرب من الفصل 576 م.ا.ع. الذي يشير إلى البطلان مع إقراره بجزء الفسخ.

ب - الأساس في الفصل 576 م.ا.ع.:

233- بتنزيل هذا التحليل على الفصل 576 م.ا.ع. يبدو ظاهريا مغريا وسهل التقبل لأنه توفيقى إلى حد كبير. فالتفويت في ملك الغير باطل باعتبار وصفه الطبيعي الأصلي (بيع، هبة بعوض، رهن...) وهو باطل بطلانا مطلقا لغياب ركن المحل حسب الفصلين 2 و325 م.ا.ع. لكته يصح و«يستمر بصورة عقد خاص»⁸⁸² أي بصورة عقد غير مسمى يتمثل أثره في التزام المفوت بالتحصيل على الملكية أو إجازة المالك لترتيب أثر العقد الأول، وعند عدم تنفيذ هذا الالتزام فالجزاء هو الفسخ. وهكذا تفسر هذه النظرية حديث الفصل 576 م.ا.ع. عن البطلان

والفسخ في نفس الوقت⁸⁸³، وعندئذ يفهم الفصل 576 م.أ.ع. على أن البطلان جزء للعقد الأصلي أي لعقد البيع لاستحالة محلّه، والفسخ للالتزام المترتب عن تحوّل العقد إلى عقد غير مسمّى. وربما تعزّز اللجوء إلى هذه النظريّة في الفصل 576 م.أ.ع. بسلامتها من النّقد الذي وجّه إليها في مصر حيث تشترط المادّة 144 من القانون المدني المصري أن تكون إرادة الأطراف متّجهة إلى العقد الثّاني الذي

881 سليمان مرقس، عقد البيع، ف 305، ص 529 وما يليها والهامش.

882 التعبير مأخوذ من الفصل 327 م.أ.ع.

883 لو حملت كلمة الفسخ على معنى البطلان النسبي، وهذا وارد حسب بعض الآراء، فذلك يعني أن العقد يتحوّل من عقد باطل مطلقاً إلى عقد باطلاً نسبياً له وجود. لكنّ هذه الصّورة غير مطروحة في قانوننا لأنّ الفصل 328 م.أ.ع. وقد ورد في باب البطلان المطلق ينقل الالتزام إلى التزام صحيح مستوفي الأركان. كما أن نقله إلى بطلان نسبيّ ليس إلا عمليّة جوفاء لأنّه يعني ببساطة أن العقد في أصله قابل للإبطال من البداية دون عناء اللّجوء إلى تحوّل العقد الباطل وهذا دليل إضافي على أنّ الفصل 576 م.أ.ع. لم يستعمل كلمة الفسخ في معنى البطلان النسبي كما تقدّم. انظر في التحوّل من بطلان مطلق إلى بطلان نسبي: آلان كوريه، المفهوم القانوني لتحوّل العقد الباطل، مقال سابق، ف 6، ص 223.

البطلان وآثار العقد الصّحيح - ليقول إنّ بيع ملك الغير هو تصرف باطل بحسب الأصل لاستحالة المحلّ باعتباره ناقلاً للملكيّة، ولكن بتطبيق المادّة 144 مدني مصري - الموافقة للفصل 328 م.أ.ع. - يتحوّل هذا البيع الباطل إلى بيع منشئ للالتزامات، أي بيع صحيح بناء على افتراض تشريعي في توجّه نيّة الطّرفين

876 محمّد الرّين، العقد، ف 314، ص 248.

877 نور الدّين بسرور، جزاء قواعد تكوين العقد... أطروحة سابقة، ف 281 وما بعدها، ص 430 وما يليها.

878 - تيري وسيملار ولوكيت، الالتزامات، ف 397، ص 331.

انظر:

Alain COURET, La notion juridique de conversion, in Mélanges offerts à Pierre Vigreux, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse I, 1981, Tome I, pp. 219-260, n° 12 et s.

879 محمّد الرّين، مرجع سابق، موضع سابق.

880 تيري وسيملار ولوكيت، مرجع سابق، موضع سابق.

تحول إليه العقد الباطل⁸⁸⁴ مما اضطرّ الأستاذ مرقس إلى الإقرار بوجاهة هذا التقد والاعتراف بأن رأيه فيه تحريف لنظرية تحول العقد، بالتجاوز عن إرادة المتعاقدين، لكنّه نسب ذلك إلى المشرّع وحمله على التطبيق التشريعي الخاصّ وقال موضّحاً رأيه «لا ننكر أنّ ما نقول به... لا يتفق كلّ الاتّفاق مع نظرية التحول المعروفة، ولكننا نقول إنّ النصوص المتعلّقة ببيع ملك الغير تفسّر على أساس تطبيق المشرّع نظرية التحول تطبيقاً تشريعياً على هذا البيع. ومن المعلوم أنّ المشرّع يملك عندما يطبق بنفسه نظرية معيّنة على حالة بذاتها أن يتجاوز عن بعض الشّروط التي تتطلّبها هذه النظرية العامة أو أن يعدّل بعض الشّيء في الآثار التي قررتها هذه النظرية»⁸⁸⁵.

لكنّ القانون التّونسي لم يكرّس هذا الشّروط ولم يشر إليه الفصل 328 م.أ.ع.⁸⁸⁶ وهو ما قد يؤيد أنصار هذه النظرية. ومع ذلك فهي نظرية مرفوضة.

ومتناقض مع الفصل 576 م.أ.ع. ذاته الذي يوجب تسليط جزاء الفسخ على «البيع» نفسه أي على العقد الأصلي وليس في فرضه أي مكان لعقد ثانٍ!

أمّا إذا قيل إنّ نظرية تحول العقد الباطل لا ترمي إلى خلق عقد ثانٍ بدل العقد الأوّل، بل هي تحتفظ بعقد واحد مع تغيير وصفه، فهذا يظهر اصطناع القول وقلة فائدته، لأنّ هذا الكلام يقتضي تغيير وصف العقد من عقد ناقل للملكية بذاته إلى عقد منشئ لالتزام بنقلها، والعقد باطل بالوصف الأوّل صحيح بوصفه الثاني. وإن حصل أن انتقلت الملكية فيه فلا تعود إلى العقد الأوّل بل يقال إنّ العقد الواحد دوماً أنتج أثره.

والردّ على هذا الكلام أنّه يحدث ازدواجية في التصوّر التشريعي للبيع وللعقد الناقل للملكية عموماً: فإمّا أن المشرّع أخذ بالعقد الناقل، وإمّا أنّه أخذ بالعقد

234- من الواضح أنّ نظريّة تحوّل العقد الباطل هي نظريّة غير ذات فائدة في منطلق الفصل 576 م.ا.ع. وغريبة عن التّقويت في ملك الغير عموماً لأنها تفترض في منطلقها عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً لغياب المحلّ، وهذا غير صحيح وقد سبق تفيده. ثمّ إنّ تطبيقها يؤوّل إلى تسليط جزاء الفسخ على عدم تنفيذ الالتزام في العقد الثاني المنشئ للالتزامات. فيبقى العقد الأصلي على بطلانه ويفسخ الثاني. لكن ماذا عند تحقّق الالتزام في هذا العقد الثاني غير المسمّى؟ سيقال إنّ العقد نقل الملكية، وهذا هو أثر العقد الأصلي نفسه أي أنّ تنفيذ العقد الثاني يعيد الحياة إلى العقد الأوّل الذي من المفروض أنّه باطل أصلاً وهذا مخالف للفصل 329 م.ا.ع. من ناحية،

884 السّهوري، الوسيط، ج 4، ف 156، ص 280.
885 سليمان مرّقس، عقد البيع، ف 305، ص 531.
886 نور الدّين بسرور، جزاء قواعد تكوين العقد...، أطروحة سابقة، ف 324، ص 478.

المنشئ للالتزام بنقل الملكية، أمّا أن يكون أخذ بهما معاً في نفس الفرض، فهذا بعيد عن التّصور ولا يمكن أن توجد نصوص تجارّيه. والفرض المقصود هو إمّا التّقويت على الإطلاق ولا بدّ له من تصوّر واحد، أو التّقويت في ملك الغير خصوصاً ولا يوجد دليل واحد على أنّ المشرّع اعتمد تصوّراً معيّناً للتّقويت ثم خرج عنه إلى تصوّر آخر في ملك الغير⁸⁸⁷، خصوصاً أنّ المشرّع لم يعتمد على غرار نظيره المصري إلى تنظيم بيع ملك الغير ضمن صور خاصّة للبيع⁸⁸⁸. وينتج ممّا تقدّم استبعاد العلاقة بين الفصلين 576 م.ا.ع. / 203 م.ح.ع. والفصل 328 م.ا.ع. ومن ورائها نظريّة تحوّل العقد الباطل عن تأسيس صحّة التّقويت في ملك الغير.



235- يخلص من كلّ ما سبق أنّ الأسس التي تقدّمها نظريّة التصرف

887 انظر في التّصوّر التشريعي للتّقويت لاحقاً، ف 278 وما بعدها.
888 لعلّ هذا ما شجّع الأستاذ سليمان مرّقس على إطلاق نظريّته!

القانوني لا تصلح كلاً لتفسير صحة التفويت في ملك الغير أي ما كان مجال تدخلها: محل التفويت أم أوصافه أم جزاؤه. ولعلّ خيبة الأمل هذه في النظرية العامة لمجلة الالتزامات والعقود هي التي دفعت البعض إلى الرجوع إلى مصادرها المادية وتحديداً إلى الفقه الإسلامي للبحث في أحكام التصرف القانوني فيه، فتمّ الوقوف عند العقد الموقوف.

القسم الثاني: الأساس المستمد من نظرية التصرف

القانوني في الفقه الإسلامي: العقد الموقوف

236- إن معرفة صحة الربط بين الفصلين 576 م.ع. 2037 م.ح.ع. ونظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وبالتالي صلوحية هذه النظرية لتكون أساساً لصحة التفويت في ملك الغير، تتطلب دراسة خاصة لحقيقة تكريسها التشريعي في الفصلين المذكورين (الفرع الثاني). ولكن هذه الدراسة تتوقف بدورها على

شرعاً⁸⁹⁰. ويرمز في الآن ذاته إلى وقف النفاذ باعتباره الجزاء المقرر لهذا التصرف. ويبيّن تحليل هذا التعريف أنّ العقد الموقوف هو من أقسام العقد الصحيح (أ) وينبغي عليه أن تصرف الفضولي هو عقد موقوف صحيح (ب).

أ- العقد الموقوف هو من أقسام العقد الصحيح:

239- يقتضي تحليل التعريف السابق بيان أن شروط العقود وجزائها عند الفقهاء متعددة ومتدرّجة من الانعقاد والصحة إلى النفاذ فاللّزوم⁸⁹¹. ويقابل كلّ نوع من الشروط تصنيف للعقد بحسب توفرها أو غيابها. فالعقد منعقد أو صحيح (وهما مرتبة واحدة عند الجمهور غير الحنفيّة)⁸⁹² إذا توفّرت أركانها وشروط صحته، وإلاّ كان باطلاً أو فاسداً. وهو نافذ أو غير نافذ أي موقوف إذا وجدت أو غابت شروط النفاذ⁸⁹³، وهو أخيراً لازم أو غير لازم (ويقال أيضاً جائز) فيما يتعلّق بشروط اللّزوم⁸⁹⁴. ويعني التدرّج في الشروط أنّه لا ينظر في نفاذ العقد إلاّ

معرفة مسبقة بأحكام هذه النظرية كما هي في الفقه الإسلامي باعتبارها
جزاء للتقويت في ملك الغير (الفرع الأول).

الفرع الأول: بسط نظرية العقد الموقوف

237- تتركب نظرية العقد الموقوف من عناصر (الفقرة الثانية) تؤيد صحته
(الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: صحة العقد الموقوف

238- العقد الموقوف هو الوصف الذي يطلقه الفقه الإسلامي على التقويت في
ملك الغير باعتباره من باب تصرف الفضولي بوجه عام⁸⁸⁹. وهو «التصرف المشروع
بأصله ووصفه الذي يتوقف ترتب أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها

⁸⁸⁹ راجع مقدمة هذا البحث، ف 18.

⁸⁹⁰ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 43. وقد ذكر المؤلف
عدة تعريفات أخرى وناقشها قبل أن يتبنى التعريف المثبت في المتن.

⁸⁹¹ محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، المؤسسة الوطنية
للكتاب، الجزائر، 1988، ص 13.

⁸⁹² انظر:

Chafik CHEHATA, Le système des nullités en droit musulman hanéfite et en droit
comparé, Revue Al-Ulum Al-Qanuniya wal-iqtisadiya, Université du Caire, T. 5
(1963), n°12, p. 2, n°7.

⁸⁹³ انظر المادة 106 من مجلة الأحكام العدلية: «البيع المنعقد هو البيع المنعقد على الوجه المذكور وينقسم إلى
صحيح وفاسد ونافذ وموقوف».

⁸⁹⁴ العقد اللازم هو العقد الصحيح النافذ الذي لا يقبل الفسخ، أي لا يستطيع أحد عاقديه الرجوع فيه دون
رضا الطرف الآخر. ويكون كذلك إما بطبيعته فلا يقبل الفسخ أبداً أو بإتفاق المتعاقدين كالزواج والخلع أو
يفسخ بإرادتهما معا كالبيع والإجازة وإما لانتقاء الخيار فيه. وعكس هذا العقد غير اللازم، أي الذي يملك
أحد العاقدين أو كلاهما الرجوع فيه دون توقف على رضا الطرف الآخر، والعقد على هذا النحو إما غير لازم
بطبيعته لأحد الطرفين دون الآخر كالدائن في الرهن والكفالة، فيرجع فيه وحده دون الراهن أو الكفيل،
أو غير لازم لكليهما فيرجع فيه أيهما شاء كالإيداع والإعارة والوكالة والشركة والمضاربة والهبية (عند
الأحناف خصوصاً) والوصية، أو هو لازم لكن ثبت فيه خيار وذلك غالباً في المعاضات المالية. والخيار هو أن

بعد تحقق أركانه وشروط صحته، فإن وجدت شروط النفاذ وثبتت، نظر إلى اللزوم. أي أن العقد النافذ أو الموقوف والعقد اللازم أو غير اللازم هما قسمان في العقد الصحيح⁸⁹⁵.

والعقد الصحيح فقها هو ما توافرت فيه أركانه وشروط صحته ولم يتصل به وصف يخرج من المشروعية أي هو العقد الذي وجد عاقده وصيغته (الإيجاب والقبول) ومحلّه، ولم يقترن به ضرر أو جهالة أو تأقيت... أو غيرها من الأوصاف المفسدة للعقود⁸⁹⁶. ولذلك قال الحنفية إنه العقد المشروع بأصله ووصفه⁸⁹⁷ فيترتب عليه الأثر المطلوب منه⁸⁹⁸ وبعبكسه يكون العقد الباطل أي الذي فيه خلل في صيغته أو محلّه أو عاقده أو وصفه⁸⁹⁹ فهو العقد غير المشروع بأصله ووصفه⁹⁰⁰.

يكون لأحد العاقدين أو لكليهما حق إمضاء العقد أو فسخه كخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب...

انظر في كل هذا: - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث، دار

فإذا صحّ العقد، نظر إلى نفاذه أي إلى ثبوت حكمه الأصلي والالتزامات منذ انعقاده، بمعنى نشوء آثار العقد الخاصة ونتائج المترتبة عليه بموجب انعقاده⁹⁰¹ ويسمى العقد في هذه الحالة نافذاً. لكن يشترط لذلك أن يكون صادراً ممن له الأهلية وولاية إصداره سواء كانت أصلية كعقد الرشد في ماله أم نيابية كعقد الولي أو الوصي للفاصر أو الوكيل للموكل⁹⁰². فإن نقصت الأهلية أو تخلفت الولاية كان العقد موقوفاً أي متوقف النفاذ فيتراخى حكمه إلى حين إجازته ممن يملك إجازته شرعاً⁹⁰³.

فالباطل والفاصد سواء وهو مذهب الجمهور في كل العقود حيث لا تمييز بين البطلان والفاصد كقاعدة عامة، لكن توجد عندهم تطبيقات وخاصة عند المالكية يثبتون فيها هذا التفريق (محمد الحسيني حنفي، نظرية البطلان في العقود في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثامنة، ج 1، ص 10).

1960، ص 180 وما بعدها، انظر خاصة ص 194). ويرجع أصل الخلاف بين الحنفية والجمهور إلى فهم النهي الشرعي وتدرجه، فمن وقف عند مجرد النهي لم يميز بين البطلان والفساد، وهم الجمهور، ومن ميز في النص بين ما يهّم الأصل وما يتعلّق بالوصف فرّق بين البطلان والفساد، وهذا مذهب الأحناف (محمد الحسيني حنفي، نفس المقال، ص 191)، وتظهر فائدة هذا التمييز في أنّ العقد الباطل لا أثر له لأنه غير منعقد، أمّا العقد الفاسد فيثبت أثره بالقبض (السنهوري، مصادر الحق، ج 4، ص 168 وما بعدها). فالبيع الفاسد ينقل الملكية إلى المشتري إذا قبض، ولو أنّ الأستاذ شفيق شحاتة (نظام البطلان في الفقه الحنفي)، مقال سابق، ف 15، ص 5 وما يليها) بيّن أنّ هذه القاعدة جعلت لحماية الغير أي أنّها تنطبق إذا فوت المشتري في المبيع، فيعتبر بموجب حيلة فقهية أنّه تملك بالمبيع حتى ينقله إلى مالكه الجديد، أما بين الطرفين فلا أثر للقبض في العقد ولا يمنح المشتري أي حق في الاستعمال أو الانتفاع بالمبيع وللبائع استرداده ويبقى واجب الفسخ إلاّ مانع من تقويت أو هلاك. وقد أحال الأستاذ شحاتة فيما تقدّم إلى إعلام من فقهاء الحنفية كالقدوري في مختصره وخاصة علاء الدين الكاساني صاحب البدائع، وعلّق السنهوري على ذلك بأنّ الملك في عقد فاسد «يصبح ملكاً عجيباً» (مصادر الحق، ج 4، ص 169) انظر لمزيد التّفصيل: شرح علي حيدر، على المادتين 371 و372 من مجلة الأحكام العدلية. - محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، ص 27 وما يليها.

- Yves LINANT DE BELLEFONDS, Traité de droit musulman comparé, éd. Mouton et Cie, Paris-La Haye, 1965, Tome I, n° 65 et s., p. 61 et s.

901 وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلامي، وأدلّته، ج 4، ص 232.

902 مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص 556.

903 ويلاحظ هكذا أنّ العقد الموقوف قسم في العقد الصحيح بدليل أنّه يفيد الملك دون قبض كالصحيح.

النّهضة العربيّة، القاهرة 1957، ج 4، ص 216 وما يليها. - محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص 557 وص 594 وما يليهما.

895 السنهوري، مصادر الحق، ج 4، ص 134. - محمد مصطفى شلبي، المدخل...، ص 556.

896 وتختلف هذه الأوصاف والشروط باختلاف العقود، والأمثلة المذكورة في المتن تهّم عقد البيع خاصة: بدران

أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي...، ص 482. - وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج 4، ص 228 وص 234، ه 1.

897 وهذا ما نصّت عليه المادة 108 من مجلة الأحكام العدلية.

898 Mohamed El-ALFY, Les contrats valides et les contrats nuls en droit musulman, Revue Al-Hoquq Wal- Charia, Université du Koweit, T. 4, (1980), n° 2, pp. 3-10.

899 بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، ص 482.

900 فرّق الحنفية في العقد غير الصحيح بين العقد الباطل الذي يرجع الخلل فيه إلى أصل العقد (العاقد والصيغة والمحلّ) والفساد وهو ما كان خلله في وصفه لا في أصله. فالفساد هو الذي وجد أصله وتحقّق معناه وتوجّه القصد إليه لكن اقترن بوصف منهي عنه شرعاً، كالغرر والتوقيت والشروط الفاسد... السنهوري، مصادر الحق، ج 4، ص 157) ولا يثبت هذا التّفريق إلاّ في المعاملات أي في العقود الناقلة للملكية والعقود المالية التي توجب التزامات متقابلة (بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، ص 484)، أمّا في بقية العقود

240- ويكون العقد موقوفاً في حالات كثيرة⁹⁰⁴ يمكن إجمالها في صور ثلاث⁹⁰⁵:

- التصرف الصادر من ناقص الأهلية ومن في حكمه ويشمل تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر وكذا السفه والذم الغفلة.
- التصرف الصادر عن الغير دون أن تكون له ولاية التصرف ويدخل فيه تصرف الفضولي⁹⁰⁶ وتصرف الوكيل فيما تجاوز الوكالة والمرتب.
- التصرف فيما تعلق به حق الغير ويشمل تصرف الموصي بأكثر من ثلث ماله لأجنبي أو لوarith وتصرف المريض مرض موت وتصرف المدين بدين مستغرق وبيع العين المرهونة والتصرف في الحصّة الشائعة بالخلط والاختلاط قبل القسمة⁹⁰⁷.

على أن أهم صورة على الإطلاق بل الصّورة المثلى للعقد الموقوف هي تصرف الفضولي⁹⁰⁸.

ب- تصرف الفضولي هو عقد موقوف صحيح؛

241- لم يكن القول بوقف تصرف الفضولي على الإجازة محلّ اتفاق جميع الفقهاء، بل انقسم هؤلاء إلى فريقين. أحدهما يرى أن تصرف الفضولي باطل لا ينعقد ولا أثر للإجازة فيه وهم الظاهرية والحنابلة في رواية عنهم والشافعية في رأي من المذهب الجديد والشيعة الإمامية (الجعفرية) والزيدية والإباضية في أحد القولين عنهم. ويرى الآخرون أن التصرف صحيح منعقد موقوف النفاذ على الإجازة، وهؤلاء هم المالكية والحنفية والحنابلة في رواية ثانية والشافعية في المذهب القديم ورأي في الجديد وكذلك الشيعة الزيدية والإمامية والإباضية في القول الثاني عنهم⁹⁰⁹.

محمد علي مدكور، تصرفات الفضولي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة مقدمة لنيل درجة العالمية «الدكتوراه» في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة، 1991، ص 145.

904 أحصى بعضهم هذه الحالات فقال هي ثمانية وثلاثون وقيل هي ست وأربعون. وواقع الأمر أنها أقل من ذلك بكثير، لكن ارتفاع العدد يفسر بكون بعض الفقهاء يحشرون ضمن حالات العقد الموقوف صوراً «موقوفة» الاعتقاد أو اللزوم فيكون العقد فيها غير صحيح أو غير لازم لكنه لا يكون موقوفاً لأن الأمر لا يهيم التنفيذ ويرجع ذلك إلى عدم دقة المصطلحات المستعملة وتساهل بعض الفقهاء في إطلاقها حتى الخلط بينها كالوقف والنفاذ واللزوم والفساد. - راجع: عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 86. - محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة 25 (1955) عدد 1-2، ص 109-202. انظر خاصة ف 23 وما بعدها، ص 122 وما يليها.

905 هذا التقديم هو للأستاذ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 94-97.

906 ويعتبر من قبيل تصرف الفضولي بيع ما سبق بيعه ويثبت للأسبق. انظر: محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، ف 323، ص 133.

907 حاول فقهاء آخرون جمع حالات العقد الموقوف بطريقة مغايرة، فردّها المرحوم السنهوري إلى سببين: نقص الأهلية ويقابل الصورة الأولى التي في المتن ونقص المحل ويشمل الصورتين الأخريين (مصادر الحق، ج 4، ص 194)، وجمعا الأستاذ محمد زكي عبد البر في صنفين: تصرفات في مال الغير تشمل انعدام الولاية أو

تجاوز حدودها وتصرفات في مال النفس تهم نقص الأهلية وتعلق حق الغير بموضوع العقد. (العقد الموقوف... مقال سابق، ف 28، ص 128-129). ويستنتج من ذلك أن شروط النفاذ ثلاثة هي الملك والولاية وحق الغير (انظر المادة 365 من مجلة الأحكام العدلية والمادتين 182 و261 من مرشد الحيران) وأن مدار نفاذ العقد ووقفه هو «سلامة التصرف» وجوداً وعدماً (فني حسون طه، القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الثانية، 1978، العدد الثاني، ص 145-212. انظر خاصة ص 147 وص 153)، أو «تعلق حق الغير بالعقد» على ما ذهب إليه مجلة الأحكام العدلية في المادة 113 (مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج 1، فصل 8/38 ص 505).

908 محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، ف 30، ص 129. - شفيق شحاتة، نظام البطلان في الفقه الحنفي، ف 20، ص 7. - فني حسون طه، القانون المدني الكويتي...، ص 154.

909 محمد علي مدكور، تصرفات الفضولي، ص 145. وقد ذكر أيضاً أن الصحابة أنفسهم لم يكونوا على إجماع تام في هذه المسألة، فعمربن الخطاب يرى بطلان تصرف الفضولي، بعكس ابن عمر وابن عباس وأبي مسعود وأبي هريرة الذين يقرّون الصحة ووقف النفاذ (ص 135) ثم أورد آراء فردية لغير أصحاب المذاهب منها من يناصر البطلان كأبي ثور وابن المنذر ومنها من يؤيد العقد الموقوف كإبن أبي ليلى وإسحاق بن راهويه (ص 145).

لكل من الفريقين أدلة مختلفة من الكتاب والسنة والقياس والمعقول أبرزها خاصة بالنسبة إلى القائلين بالبطلان قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ (الأنعام، 164) أي أن الشخص لا تكتسب لغيره بل لنفسه، وحديث حكيم بن حزام الذي قال: «قلت يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيع منه، ثم أبتاعه من السوق فقال: لا تبع ما ليس عندك»⁹¹⁰. فالفضولي يتصرف فيما ليس عنده وهو منهي عنه في الحديث.

أما القائلون بالصحة فقد ناقشوا أدلة معارضتهم⁹¹¹ واستندوا خاصة إلى عموم آيات تحليل البيع والتجارة والحث على التعاون: ﴿وَاحِلٌ لِلَّهِ الْبَيْعُ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (البقرة، 275) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (النساء، 29) ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ (المائدة، 7)، وكذلك إلى حديث عروة البارقي «أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري به له شاة (أو أضحية) فاشتري به شاتين فباع

الشاة الثانية وفضولي لما باعها وقد أجازته الرسول ﷺ على فعله. كما أن القياس على وصية المدين المفلس الموقوفة على إجازة الغرماء يقود إلى وقف تصرف الفضولي لتعلق حق الغير بالتصرف في الحاليتين. ثم إن رعاية المصالح تقتضي الصحة اعتبارا لعمل الفضولي ولكونه عاقلا فلا يهدر كلامه أو تصرفه خصوصا أن الضرر منتف بوقف النفاذ حتى يجيزه المالك وهو لا يفعل إلا لمصلحة يرتضيها. ويؤيد كل هذا الدليل العقلي إذ أن تصرف الفضولي صادر من أهله في محله فاقتضى الصحة، لكن مانعا يحول دون نفاذه فيتوقف على زواله، وذلك برضا المالك.

وتبدو هكذا حجج الرأي الثاني راجحة أمام أدلة الفريق الأول وهذا ما يميل إليه أكثر الفقهاء المحدثين⁹¹³، وعلى هذا الرأي الرجح يكون تصرف

⁹¹³ لا يتسع المقام لاستعراض كل الحجج ومناقشتها، ولمزيد التفصيل يرجع من المحدثين: - محمد علي،

إحداهما بدينار وجاءه بشاة ودينار، فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه»⁹¹². فدل ذلك على صحة التصرف لأن عروة فضولي لما اشترى

⁹¹⁰ رواه الخمسة وابن حبان في صحيحه وقال الترمذي حسن صحيح. انظر في تخريج هذا الحديث: محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار (لابن تيمية الجدة)، دار الجيل، بيروت، ودار الحديث، القاهرة، 1938، ج 5، ص 155. وقد ورد قول الرسول ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك» في نص حديث آخر أورده الشوكاني في نفس الموضوع: «عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك».

⁹¹¹ من ذلك خاصة أنهم بينوا أن حديث حكيم بن حزام لا يهّم بيع ما لا يملكه البائع بل بيع ما لا يقدر على تسليمه، فالتّهي في الحديث إذن للفرر لا لعدم الملكية. وهذا ما يؤيده الأستاذ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج 7، البيع، ف 59، ص 103، هـ 3.

⁹¹² رواه أحمد والبخاري وأبو داود وأخرجه الترمذي وابن ماجة والدارقطني، انظر: الشوكاني، نيل الأوطار، ج 5، ص 270 (في باب الوكالة). - الحافظ بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، تحقيق عصام الدين الصّبابطي، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى 1991، ص 183 (حديث رقم 770). وللحديث رواية أخرى عن حكيم بن حزام صاحب الحديث الأول، ذكرها الشوكاني في نفس الموضوع.

مدكور، تصرفات الفضولي...، ص 133 وما يليها. - عبد الرّازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 50 وما يليها، - صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات...، ص 63 وما يليها. ومن فقهاء المذاهب يراجع بالخصوص:

❖ في الفقه الحنفي: - الكاساني، (علاء الدين أبو بكر بن مسعود الملقب بملك العلماء، ت 587 هـ): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1996، ج 5، ص 219-227.

- ابن الهمام (محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيّوآسي السكندري، ت 861 هـ): فتح القدير للعاجز الفقير، دار إحياء التراث العربي ودار الكتب العلمية، بيروت، ج 6، ص 188 وما بعدها. - محمد أمين ابن عابدين، ردّ المحتار على الدرّ المختار (المعروف بحاشية ابن عابدين)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1987، ج 4، ص 134 وما يليها.

❖ في الفقه المالكي: - عبد الباقي الزرقاني، شرح على مختصر خليل، مرجع سابق، ج 5، ص 19، وما يليها. - محمد عرفة الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير لمختصر خليل للإمام أحمد الدردير (منشور بهامشه)، دار الفكر، ج 3، ص 12 وما بعدها. - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار قهرمان للنشر والتوزيع، استانبول، 1985، ج 2، ص 143-144. - شهاب الدين القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج 3، ص 239، (الفرق 185).

❖ في الفقه الشافعي: - الشربيني (شمس الدين محمد بن الخطيب)، مفتي المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج

الفضولي منعقدا صحيحا موقوف النفاذ على إجازة صاحب الشأن. والملاحظ أن الفقهاء أفاضوا في تحليل هذا الرأي في باب البيع واكتفوا بالإحالة إليه في العقود الأخرى عدا بعض الاستثناءات⁹¹⁴ والتفاصيل الخلافية وهو ما يؤيد القول بوجود نظرية عامة لتصرف الفضولي في الفقه الإسلامي⁹¹⁵.

الفقرة الثانية: عناصر نظرية العقد الموقوف

242- تظهر عناصر هذه النظرية فيما يشترط لتوقف النفاذ (أ) وفي حكم التصرف الموقوف (ب).

أ- شروط توقف النفاذ:

243- لا يكفي أن لا توجد ولاية أو يتعلق حق الغير بالتصرف حتى يوقف نفاذه، بل لا بد:

أولا: أن تتوفر في التصرف شروط وجوده الشرعي إذ الوقف لا يرد إلا على

حق المشتري، وذلك جريا على منع تعاقد الشخص مع نفسه⁹¹⁷.

ثانيا: أن يخلو العقد من اشتراط الفضولي الخيار للمالك لأن العقد يصبح معلقا لا موقوفا⁹¹⁸.

ثالثا: أن يوجد مجيز للتصرف عند وقوعه، فمن يبيع ملكا لمجنون لا ولي له لا ينعقد عقده أصلا لغياب من يملك إصداره.

رابعا: ألا يجد العقد نفاذا على العاقد نفسه، فمن يشتري شيئا لنفسه (باسمه الشخصي) يريد لغيره ينعقد شراؤه صحيحا نافذا ولا يتوقف على إجازة ذلك الغير.

ب- حكم العقد الموقوف:

244- يرتبط حكم العقد الموقوف بالإجازة التي تفصل بين حالتين: حالة التوقف (1) وحالة النفاذ أو الزوال (2).

عقد منعقد صحيح لا على عقد باطل أو فاسد⁹¹⁶. ومثاله خاصة بطلان تصرف الفضولي إذا تولى طريق العقد أي إذا كان فضولياً في حق البائع وفضولياً في

(للثووي)، نشر دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، 1997، الجزء الثاني، ص 21 وما يليها.

❖ في الفقه الحنبلي: - ابن قدامة المقدسي، المغني (على مختصر الخرقي)، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1981، ج 4، ص 227. - شمس الدين بن مفلح، كتاب الفروع، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 1967، ج 4، ص 36 وما يليها.

⁹¹⁴ تذكر منها مثلاً ما يهّم البيع نفسه إذ اعتبر بعض الحنفية أن بيع الفضولي لا يكون موقوفاً إلا إذا أضاف البائع العقد إلى الغير أي قال إنه يبيع في حق غيره، أمّا لو أضاف العقد إلى نفسه، وقع باطلاً لغياب المحل. لكن هذا الرأي مرجوح في المذهب نفسه. ونذكر كذلك الوصية التي يراها أكثر الفقهاء باطلة لا موقوفة وهم جمهور الحنفية والحنابلة والظاهرية وبعض المالكية وراي في الشافعية، لكن آخرين أي بقية المالكية ومحمداً من الحنفية وأكثر الشافعية يقررون الوقف، وتبدو حججهم أكثر إقناعاً: محمد علي علي مدكور، تصرفات الفضولي، ص 294 وما يليها. - محمد جبر الألفي، الفضالة...، ج 1، ص 107 وما يليها.

⁹¹⁵ يؤيده أيضاً أن الأستاذ عبد الرزاق حسن فرج عنوان أطروحته: «نظرية العقد الموقوف».

⁹¹⁶ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 104. - شفيق شحاتة، نظام البطلان في الفقه الحنفي، ف 27، ص 11. - محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، ف 20، ص 120.

245- تبرز حالة التوقف في الفترة السابقة عن الإجازة، وهي تعني أن العقد لا يرتب أثره المقصود، ففي البيع مثلاً لا تنتقل الملكية للمشتري ولا يلزم بدفع الثمن⁹¹⁹. وتبني على ذلك الآثار التالية:

أولاً: يمكن للمشتري أو معاهد الفضولي عموماً فسخ العقد تحرراً عن لزومه له، بل للفضولي نفسه عند الحنفية فسخ العقد⁹²⁰ بخلاف المالكية الذين

⁹¹⁷ محمد جبر الألفي، الفضالة، الفصل الأول، ص 79.

⁹¹⁸ انظر في تحليل هذه الشروط، عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 104 وما يليها. - محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، ف 31، ص 130 وما يليها. - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، ص 474-475. - محمد مصطفى شلبي، المدخل، ص 543-544.

⁹¹⁹ السنهوري، مصادر الحق، ج 4، ص 201. - غني حسون طه، القانون المدني الكويتي...، ص 167.

⁹²⁰ لكن ذلك مقيد بكون حقوق العقد ترجع إلى الفضولي عند الإجازة لأنه بالإجازة يصبح وكيلًا، أمّا لو كانت حقوق العقد ترجع مباشرة إلى الغير الذي يملك الإجازة كما في الزواج، فليس للفضولي الفسخ لأنه بالإجازة يكون مجرد سفير معبر عن إرادة المجير. - محمد مصطفى شلبي، المدخل، ص 546. - عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 180 وما يليها. - محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، ف 20، ص 121.

الحنفية الذين يعتبرون الإجازة حقاً لصيقاً بشخص المورث فلا يورث ويبطل العقد⁹²⁸.

2- نفاذ العقد أو زواله:

246- يحصل النفاذ أو الزوال بوقوع الإجازة أو رفضها. «والإجازة هي تصرف شرعي في العقد بالإبقاء توجب نفاذه وترتب حكمه عليه»⁹²⁹. وتكون صريحة أو ضمنية⁹³⁰ ولم يضبط جمهور الفقهاء مدةً لصدورها إلا المالكية فقالوا إن حضور المالك مجلس العقد وسكوته يعتبر إجازة، أما إذا بلغ إلى علمه وكان غائبا وسكت العام عد ذلك إجازة⁹³¹. ويشترط لصحتها قيام العاقدين وقت صدور التصرف وكذا قيام المجيز⁹³² ووجود محل العقد ليثبت فيه حكمه ووجود العوض في المعاوضة⁹³³، فإن فقد أحد هذه العناصر بطل العقد ولم تمكن إجازته⁹³⁴.

يعتبرون العقد لازماً للفضولي⁹²¹ وللمشتري إذا ارتضاه⁹²²، فليس لهما فسخه. وهذا مفهوم في مذهبهم لأنهم قيّدوا الإجازة بمدة محددة.

ثانياً: إذا هلك الشيء محل العقد بيد الفضولي بطل العقد، وإن كان سلمه إلى المشتري فضمانه على الفضولي أو على معاقده بالخيار بالنسبة إلى المالك، أي أنه يطالب أيهما شاء بقيمة الشيء وفقاً لقواعد الغصب وتضمنين ذي اليد⁹²³.

ثالثاً: إذا اكتسب الفضولي ملكية المبيع، فإن العقد يبطل عند الحنفية⁹²⁴ عملاً بقاعدة عندهم «إذا طرأ ملك باتّ على ملك موقوف أبطله»⁹²⁵، لكن للفضولي أن ينقل الملكية إلى المشتري بعقد مبدئ⁹²⁶ وأما عند المالكية فالعقد ينفذ باستثناء ما إذا اكتسب الفضولي الملكية بالميراث لأنه ينتقل إليه ما كان لمورثه وهو حقه في أن يجيز أو لا يجيز⁹²⁷.

رابعاً: إذا مات المجيز قبل الإجازة انتقلت إلى الوارث لأنها حق يورث إلا إذا

- 921 جاء في شرح الرُّزْقاني، ج 5، ص 19 وما يلي: «(ووقف مرهون... وملك غير على رضاه ولو علم المشتري) بأنه فضولي وهو لازم من جهته منحلّ من جهة المالك فله إجازته... وله رده».
- 922 عبد الرّازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 181.
- 923 عبد الرّازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 184 وما يليها. - محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، ف 47 وما بعدها، ص 147-148. غني حسّون طه، القانون المدني الكويتي...، ص 195.
- 924 وكذا عند الشافعية والحنابلة؛ محمد جبر الألفي، الفضالة، ص 72.
- 925 تصلح هذه القاعدة فيما لو باع المالك الحقيقي ملكه لشخص غير الذي باعه الفضولي، فالملكية تؤول إلى المشتري من المالك الحقيقي لأن ملكه باتّ يتفوق على المشتري من الفضولي الذي له ملك موقوف. أمّا فيما بين الفضولي ومعاقده فهي غير مقنعة وللصنعة فيها أثر كبير على حساب التعامل والحاجات العملية. - انظر: السنهوري، مصادر الحق، ج 4، ص 308-309. - محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي...، ص 97. - عبد الرّازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 308.
- 926 محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، ف 32، ص 131. وهو يستدرك فيوضح أنّه في صورة صيرورة الفضولي مالكا بسبب سابق على تصرفه فإنّه بالإجازة أو بالضمان فيما لو كان غاصبا يكون مالكا من يوم الغصب مثلا وهو سابق على البيع فيصبح بيعه عندئذ صادرا من مالك فيصح.
- 927 عبد الرّازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 190.

- 928 عبد الرّازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 192. وقد استثنى الحنفية القسمة استحسانا لغلبة معنى الحساب على معنى المبادلة والمعاوضة.
- 929 عبد الرّازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 201.
- 930 صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات، ص 76. - غني حسّون طه، القانون المدني الكويتي... ص 152 هـ 13. وقد أشار الأستاذ محمصاني إلى مستثنيات من الإجازة ترجع إلى الدلالة (وهي الإجازة الضمنية) وأخرى إلى الاضطرار، فالضرورة تبيح التصرف أحيانا كمن يبيع حصّة شريكه الغائب ويؤدّي دينا على غائب، ص 78.
- 931 صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات، ص 73.
- 932 المجيز هو من يملك التصرف الموقوف وهو المالك أو وليّه أو وكيله. ويلحق به المشتري الأوّل في البيع مرتين لكن اختلف في القبض هل يشترط لصحة الإجازة أم لا، انظر محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، ف 32، ص 133. - غني حسّون طه، القانون المدني الكويتي، ص 152.
- 933 انظر المادة 378 من مجلة الأحكام العدلية، وشرح علي حيدر عليها، درر الحكام، ص 403.
- 934 السنهوري، مصادر الحق، ج 4، ص 209. - محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، ف 53، ص 152.

وحكم الإجازة أنّها إن وقعت أنفذت العقد⁹³⁵ وأخرجته من سباته لينتج كلّ آثاره، وينقلب الفضولي وكيلا إذ «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة» فيتحمّل حقوق العقد إذا أضافه إلى نفسه، أمّا إذا أضافه إلى المالك فالحقوق عليه. لكنّ حكم العقد يثبت للمالك في الحالتين. فإن كان بيعا نقل الملكية إلى المشتري واستحقّ المالك الثمن (وهذا حكم العقد). أمّا التسليم وقبض الثمن والخصام بالغيب... فهذه حقوق العقد وهي على الوكيل إن أضاف العقد إلى نفسه⁹³⁶. ويثبت حكم العقد مستندا إلى وقت صدوره أي أنّ للإجازة فيه أثرا رجعيّا إلى تاريخ العقد⁹³⁷.

لكن إذا ردّ المالك التصرف أي رفض الإجازة فينفسخ العقد وكأّنه لم يكن ولا تمكن إجازته بعد ذلك لأنّ الساقط لا يعود⁹³⁸.

247- الخلاصة أنّ العقد الموقوف هو عقد صحيح، وأنّه جزاء التقويت في

التقويت متأثرا بهذا الفقه خصوصا أنّه يعدّ أحد مصادره المادية في المادة المدنية⁹³⁹. فهل يستقيم هذا الافتراض؟

الفرع الثاني: اعتماد نظرية العقد الموقوف

248- هل تأثر المشرع التونسي فعلا بالفقه الإسلامي في تنظيمه للتقويت في ملك الغير فاعتمد نظريته في العقد الموقوف؟ وهل يعتبر العقد الموقوف حقيقة أساسا لصحة التقويت في ملك الغير؟

لقد سعى بعض شرّاح القانون بمناسبة تعرّضهم إلى بيع ملك الغير⁹⁴⁰ إلى الجواب بالإيجاب انطلاقا خاصّة من الفصل 576 م.ع. فاستمدوا منه أدلة عزّزوها بحجج أخرى تنتصر لرأيهم. لكنّ الفحص الدقيق لهذا الرأي يقيم الحجّة على مؤيدي العقد الموقوف لأنّ أدلّتهم مرجوحة سواء كانت نصيّة (الفقرة الأولى) أم فقهيّة (الفقرة الثّانية).

الفقرة الأولى: الأدلة النصية

249- يعتبر الأستاذ محمد الزين من أبرز الذين رأوا التقارب بين العقد الموقوف وبيع ملك الغير فقال: «ولئن لم يستعمل المشرع التونسي كما قلنا عبارة العقد الموقوف بصفة صريحة، فقد أقرها ضمناً في العديد من الحالات نذكر منها على سبيل المثال الفصل 576 م.إ.ع. المتعلق ببيع ملك الغير»⁹⁴¹. لكن الأستاذ نور الدين الغزواني⁹⁴² كان أشد منه جزمًا وهو الذي «لا شكّ عنده أنّ محرري

939

محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، ف 148، ص 155.

940

يلاحظ بدءاً أنّ التحاليل اللاحقة في العقد الموقوف مرتكزة بالخصوص على بيع ملك الغير والفصل 576 م.إ.ع.

لكنها تصدق تماماً على الرهن الذي لا يوفّر نصّه (الفصل 203 م.إ.ع) مادة غزيرة في الغرض كالفصل 576 م.إ.ع.

941

محمد الزين، العقد، ف 248، ص 203.

942

نور الدين الغزواني، خواطر حول جزاء بيع ملك الغير، مقال سابق، ص 146. انظر أيضاً ص 148

وص 154. وأصل الشاهد هو:

«Il est hors de doute maintenant qu'en écartant délibérément le droit français, les

935 إذا تعدّد العقد، أي إذا سلّم الفضولي المال إلى المشتري وباعه هذا الأخير بدوره وتداولته الأيدي موقوفاً فإنه لا ينفذ إلا العقد الذي يجيزه المالك خاصة لأن الملك فيه سيكون بائناً ولأن الفضولي بتسليمه المبيع يكون غاصباً والغصب لا يزيل الملك. أمّا إذا تعدّدت التصرفات متنوّعة كبيع من الفضولي وإجارة من آخر هيئبت الأقوى، وهو البيع في هذا المثال. انظر: محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، ف 45-46 ص 146-147.

- السّهوري، مصادر الحق، ج 4، ص 204.

936 السّهوري، مصادر الحق، ج 4، ص 211. - محمد جبر الألفي، الفضالة، ج 2، ص 90 وما يليها.

937

عبد الرّازق حسن هرج، نظرية العقد الموقوف، ص 230 وما يليها. لكن توجد صور يكون فيها حكم الإجازة مقتصرًا على وقت صدورها، أي ليس لها اثر رجعي كطلب الشفعة في بيع الفضولي أو تصرف المشتري من الفضولي... نفس المرجع والموضع.

938

راجع المادتين 51 و378 من مجلة الأحكام العدلية. - انظر أيضاً: صيحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات، ص 74. ويلاحظ أنّ مصطلحات الفقهاء غير دقيقة بهذا الخصوص، فهم يستعملون البطلان والفسخ في نفس المعنى عند عدم الإجازة، وهو معنى الفسخ لأنّ العقد الموقوف انعقد صحيحاً فلا محلّ للقول ببطلانه. - محمد جبر الألفي، الفضالة، ج 2، ص 96 وما يليها.

مجلة الالتزامات والعقود أقصوا القانون الفرنسي بمحض اختيارهم وانحازوا إلى الفقه الإسلامي في الفصل 576 م.ا.ع.، وكذلك رأى الأستاذ نور الدين بسرور⁹⁴³ وقد استند جميعهم ومن أيدهم⁹⁴⁴ في تدعيم موقفهم خاصة إلى نصّ الفصل 576 م.ا.ع.⁹⁴⁵ فاستخرجوا منه أدلة لفظية يتّجه عرضها (أ) قبل الردّ عليها (ب).

أ- عرض الأدلة:

250- تكمن هذه الأدلة بالخصوص في عبارات الفصل 576 م.ا.ع. التي تكاد تنطق جميعها بانتمائه إلى نظرية العقد الموقوف، إذ أن كلمات كالإجازة والبطالان والفسخ (1) وخصوصا الفضولي (2) هي مصطلحات العقد الموقوف عند الفقهاء.

1- كلمات الإجازة والبطالان والفسخ:

أنّه ينتظر الإجازة⁹⁴⁶. فمرحلة ما قبل الإجازة تقدّم العقد في حكم الباطل فتبعث على التّفكير أنّ البائع يطلب بطلان البيع. والعقد الموقوف أيضا هو من أقسام العقد الصّحيح، لذلك فإنّ عدم إجازته من المالك يخوّل المشتري فسخ البيع «فإن لم يجزه المالك جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع»⁹⁴⁷، والعقد الموقوف هو أخيرا العقد الذي يصدر من فضولي.

2- كلمة «فضولي»:

252- تعدّ كلمة «فضولي» أهمّ دلائل الفصل 576 م.ا.ع. على الإطلاق نظرا إلى مكانتها المركزيّة في نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي بما أن بيع ملك الغير في هذا الفقه ما هو إلا «بيع الفضولي»، الذي خصّته مجلة الأحكام العدليّة بأحد نصوص التعريفات وهو الفصل 111 وجاء فيه «البيع الموقوف هو بيع

يُعنق به حق الغير كبيع المصولي». ومن المتير أن هذا الفصل ورد ذكره في هامش الفصل 673 من اللائحة الابتدائية لمجلة الالتزامات والعقود، وأن مؤيدي العقد الموقوف في الفصل 576 م.ا.ع.⁹⁴⁸ وجامعي الحجّة له⁹⁴⁹ استوقفتم كلمة «فضولي» بصفة خاصة.

ولا غرو، فالكلمة جديرة فعلا بالاهتمام خصوصا أنها تكررت مرتين في نفس الفصل وأن هناك حجّتين على الأقلّ تدعمان قوّتها الدلالية تكمن أولاهما في اختلاف الفصل 576 م.ا.ع. عن أحكام الفضالة (1.2) وتستمدّ ثانيتهما من وضع الكلمة في نصّ الفصل 576 م.ا.ع. (2.2).

⁹⁴⁶ شفيق شعاعة، النظرية العامة للالتزام في الفقه الحنفي، مرجع سابق، ص 138.

⁹⁴⁷ نور الدين الغزواني، خواطر حول جزاء بيع ملك الغير، مقال سابق، ص 149.

⁹⁴⁸ نور الدين الغزواني، خواطر حول جزاء بيع ملك الغير، مقال سابق، ص 152.

⁹⁴⁹ محمّد كمال شرف الدين، حقوق الغير... ف 319، ص 270 - فتحي الورتاني، العقد الموقوف، مذكرة

سابقة، ص 69 وما يليها. - سعد يوسف باباي، إمكانية محلّ الالتزام، مذكرة سابقة، ص 190.

251 - العقد الموقوف هو العقد الذي لا ينفذ إلا بإجازة صاحب الشأن، والعقد الموقوف هو العقد الذي لا ينتج أي أثر قبل الإجازة، فهو «كالباطل» لولا

rédateurs du C.O.C. ont illustré dans l'article 576 leur parti pris pour le droit musulman».

⁹⁴³ نور الدين بسرور، جزاء قواعد تكوين العقد...، أطروحة سابقة، ف 25 و 87، ص 23 و 100. وتجدر الإشارة أنه خلافا للأساتذة المذكورين، كان الأستاذ صلاح الدين الملولي أكثر تحفظا، إذ اكتفى بذكر أن حكم بيع ملك الغير مستوحى من الفقه الإسلامي وذلك في معرض سرده لأمثلة عن تأثير الفقه الإسلامي في مجلة الالتزامات والعقود: مدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ف 475، ص 144.

⁹⁴⁴ فتحي الورتاني، العقد الموقوف في القانون المدني، مذكرة دراسات معمّقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1990-1991، ص 67-70. - سعد يوسف باباي، إمكانية محلّ الالتزام، مذكرة سابقة، ص 188 وما يليها. - الأجد المسعي، بيع ملك الغير، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، الفوج العاشر، 1998-1999، ص 135 وما يليها، لكنّه يقصر هذا الأساس على بيع المال الشائع دون بيع ملك الغير في إطار الملكية المفضرة والذي يؤسسه على التزام الضمان، وكلاهما في الفصل 576 م.ا.ع. وفي هذا مطعن الرأى الذي لا وجه له في التفرّيق الذي اعتمده ولا في تجزئة أساس الفصل 576 م.ا.ع.

⁹⁴⁵ من هذا الرأى أيضا في القانون المغربي في تعليقه على نصّ الفصل 485 المستمدّ من الفصل 576 م.ا.ع.: الأستاذ إدريس الضحّاك، بيع ملك الغير في القانون المغربي، مجلة القضاء والقانون المغربية، تصدر عن وزارة العدل بالمغرب، السنة السادسة، مايو - يوليو 1963 (الأعداد 59-60-61) ص 419.

1.2- اختلاف الفصل 576 م.أ.ع. عن أحكام الفضالة:

253- لا يمكن أن تدل كلمة «فضولي» في الفصل 576 م.أ.ع. على الفضالة كيفما نظمتها مجلة الالتزامات والعقود في الفصول من 1179 إلى 1194، على اعتبار أن أول ما يتبادر إلى الذهن هو ربط الألفاظ والمصطلحات بتنظيمها التشريعي خصوصا إذا كانت في نفس المجلة. لكن هذا الخاطر سرعان ما يتلاشى بالنسبة إلى كلمة «فضولي» نظرا إلى تعارض الفصل 576 م.أ.ع. مع أهم أحكام الفضالة بتعريفها كتدخل في شؤون الغير بقصد إسداء خدمة له⁹⁵⁰، إذ البيع عقد والفضالة شبه عقد⁹⁵¹ والفضالة مصدر لنيابة قانونية⁹⁵² والفصل 576 م.أ.ع. لا نيابة فيه. والبيع عمل تفويت والفضالة تتعلق بأعمال الحفظ والإدارة⁹⁵³،

⁹⁵⁰ هوثوش هاملية، الفضالة في القانون، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة 1988.

ص 17-18. - مالوري وأبناسو، الالتزامات، ف 904، ص 537.

ولا تمتد إلى التفويت إلا إذا أوجبت إليه ضرورة حفظ أو إدارة، وهذا غير كاف لتقريب الفضالة من الفصل 576 م.أ.ع.⁹⁵⁴ كما أن الفضالة تشترط في الفضولي أن يتدخل بتلقائية وغييرية⁹⁵⁵ وأن يكون تدخله نافعا لصاحب الحق (رب العمل)⁹⁵⁶ وكل هذا لا يشترطه الفصل 576 م.أ.ع. ولذلك نجد الفقهاء اليوم

التفويت كالتزام بالاستمرار في العمل المشروع فيه وإعلام رب العمل (الفصل 1180 م.أ.ع.) وبذل عناية الشخص العادي (الفصل 1181 م.أ.ع.) والالتزام بمحاسبة رب العمل ورد ما أخذه بسبب الفضالة عند انتهائها، تماما كالوكيل (الفصل 1182 م.أ.ع.).

⁹⁵⁴ «الضرورة هي الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه». أحمد الزرقان، شرح القواعد الفقهية، ص 209، تحت القاعدة الحادية والثلاثين (المادة 32 من مجلة الأحكام العدلية).

وإذا بلغت من الخطورة حدا لا يترك مجالا للاختيار ولا لأي تأخير بما يوجب تدخلا سريعا أصبحت تأكدا باعتبارها ضرورة عاجلة وملحة أو الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا فهو خطر حال.

- Paul-Albert PAGEAUD, Un aspect de la sécurité juridique: L'acte conservatoire comme acte nécessaire, thèse Poitiers, 1941, n° 202, p. 103-104. - Michel VASSEUR, Urgence et droit civil, R.T.D.Civ. 1954, pp. 405-437, spéc. n° 1, p. 407.

951 انظر عنوان الباب الذي أدرجت فيه الفضالة: وهو الباب الرابع من عنوان الوكالة في شبه العقود المنزلة منزلة الوكالة».

952 الفضالة مصدر لنيابة قانونية تامة إذا تصرف الفضولي باسم رب العمل وناقصة إذا لم يفصح عنه. (مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 915، ص 543) فتترتب عنها نتائج النيابة التي محورها إلزام الأصيل بما تممه النائب ومن ثم يلتزم رب العمل بتنفيذ ما التزم به الفضولي في تعهداته الشخصية (الفصل 1185 م.ع.) وتعويضه عن الأضرار التي لحقت له (الفصل 1185 م.ع.) وتعويضه عن المصاريف الضرورية والنافعة وفوائدها (الفصل 1188 م.ع.) وفي هذا فهي مشبهة فعلا بالوكالة. وإنما تتميز عنها باشتراط أن تتم بغير إذن رب العمل. ويضيف الفصل 1179 م.ع. اشتراط تمامها في مغبه أو بدون علمه تمييزاً لها عن التعاقد في حق الغير الذي يشملته حكم الفصل 42 م.ع. وهذان شرطان في رب العمل يضاف إليهما ثالث يتمثل في عدم اعتراضه على العمل حتى لا تنتفي الفضالة أصلاً (انظر الفصول 1183 و1187 و1190 م.ع.) باستثناء حالات الفصل 1184 م.ع.. انظر في جملة هذه الشروط: مازو وشاباس، الالتزامات، ف 672-674، ص 819-820.

953 انظر الفصل 1185 ف 2 م.ع.: «وأعمال الفضولي تحمل على السداد كيفما كان مآلها إذا كان الشروع فيها على وجه لائق بمقتضى الحال وحسن الإدارة» ويتأكد حصر أعمال الفضالة في ميدان الحفظ والإدارة فضلاً عن نص الفصل 1185 م.ع. بحجتين أخريين تؤخذ الأولى من الشبه القائم بين الفضالة والوكالة (انظر خاصة عنوان الباب المنظم للفضالة والفصول 1179 و1181 و1182 و1194 م.ع.) فإذا كان الوكيل المفوض يقتصر على الإدارة ولا يمكنه الثبوت فيما بالك بمن تدخل في شؤون غيره ونصب نفسه نائباً أحياناً. أما الحجّة الثانية فمستمدة من طبيعة التزامات الفضولي التي تتلاءم مع إدارة مال أو ذمة للغير وتستعصي على

ومن ثم إذا أوجبت ظروف كهذه إلى إبرام تفويت على سبيل الحفظ أو الإدارة كبيع منتوجات يخشى فسادها أمكن شموله بميدان الفضالة. لكن هذا الإلحاق استثنائي وبالتالي فهو غير كاف لاعتبار الفضولي في الفصل 576 م.ع. هو فضولي الفصول 1179 إلى 1194 م.ع. لأن من شأنه التضييق دون مبرر في ميدان الفصل 576 م.ع.، وأن يخلق اضطراباً داخل النص نفسه وهو الذي يقبل الإجازة في عمل الفضولي، والحال أن الفضالة الحقيقية حسب جانب كبير من الفقه هي الفضالة الملزمة دون إجازة (مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 909، ص 539 - تيري وسيملار ولوكيت، ف 958، ص 779. - هتوش فاطمة، الفضالة، ص 560).

955 التلقائية هي أن يكون تدخل الفضولي غير واجب قانوناً أو اتفاقاً أو قضاءً، فلا يعد فضولياً من كان تدخله تنفيذاً للالتزام تعاقدي أو قانوني أو لإذن قضائي. أما الغيرية وتسمى أيضاً نيبة الفضالة فتعني نيبة العمل والتدخل لمصلحة الغير بصرف النظر عن أي تحديد مسبق لهذا الغير أو معرفة الفضولي له من عدمها إذ تصح الفضالة مع التدخل النافع للغير مطلقاً ولو لم يكن معروفاً مسبقاً للفضولي. ويترتب عن هذا خاصة أنه لو كان المتدخل ظاهراً أنه يتدخل لنفسه لا لغيره، فلا يعد فضولياً، وله أن يرجع على المستفيد من تدخله طبقاً لقواعد الإثراء بدون سبب. انظر بمزيد التفصيل: هتوش فاطمة، الفضالة في القانون، أطروحة سابقة، ص 120 وما يليها. - مازو وشاباس، الالتزامات، ف 675، ص 820. وانظر في الإثراء: زين العابدين جعيط، مبدأ الإثراء بدون سبب في القانون التونسي والقوانين الأخرى، ق.ت. أبريل 1961، ص 5-14.

956 انظر الفصل 1185 م.ع.: «إذا تصرف الفضولي بما فيه منفعة لصاحب الحق...» ويضيف فقه القضاء اشتراط الضرورة أو التأكد، (قرار تعقيبي عدد 2838 مؤرخ في 19 ماي 1981، ن 81، II، 40). لكن إطلاق هذا الشرط على الفضالة يبدو منتقداً في قانوننا لأن النصوص لا تشترطه وإن أشارت إلى الضرورة فباعتبارها فرضية

يفرّقون بين «الفضالة القانونية» و«الفضالة الفقهيّة» أي الفضالة بالمفهوم الإسلامي والتي هي أوسع نطاقاً من نظيرتها القانونية⁹⁵⁷. وعليه، لا بدّ من صرف كلمة «فضولي» في الفصل 576 م.ا.ع. عن معناها القانوني، فلا يبقى خيار لباحث عندئذ إلا إقرار دلالتها الإسلامية، وهي المفضية إلى العقد الموقوف مثلما يؤكّده وضع الكلمة في نصّ الفصل 576 م.ا.ع.

2.2- وضع كلمة «فضولي» في نصّ الفصل 576 م.ا.ع.:

254- يلاحظ أنّ كلمة «فضولي» لم ترد بالنصّ الفرنسي للفصل 576 م.ا.ع. ولا في أيّ من نصوص الأعمال التحضيرية لمجلة الالتزامات والعقود بما فيها النصّ العربي للفصل 673 من اللائحة الابتدائية⁹⁵⁸، وهو ما يعني أنها أضيفت فيما بعد في النصّ النهائي للمجلة، فهي إذن من عمل لجنة توجيه النظر الشرعي المكوّنة من علماء تونسيين مالكيين وحنفيين تولّوا فحص لائحة مجلة

الالتزامات والعقود ومناقشتها على ضوء الفقه الإسلامي لجعلها ملائمة لأحكامه⁹⁵⁹. ويكون هكذا من المحتمل جداً أنّ هذه اللّجنة قصدت إدراج تلك الكلمة صلب نصّ الفصل 576 م.ا.ع. حتّى توضح حقيقة الاختيار التشريعي المعتمد على الفقه الإسلامي، وتبرز تبنيّ الفصل 576 م.ا.ع. لنظريّة العقد الموقوف. وهو ما يؤيّد أنّ النصّ الفرنسي لم يتحوّر ولم توضع فيه كلمة مقابلة لكلمة «فضولي» كـ «*foudhouli*» مثلاً، بما ينتج عنه أنّ كلمة «فضولي» هي كلمة فقهية خالصة، وأنّ من أقحمها في المجلّة هم علماء مسلمون متشبعون بالفقه الإسلامي، فلا دلالة لها والحالة هذه إلا ما أريد بها فقها أي بيع الفضولي المعتبر عقداً موقوفاً.

ويتربّب عن إقرار المعنى الفقهي لكلمة «فضولي» تطبيق نظام العقد الموقوف

في الفصل 576 م.ع. وهذا ما لا يمكن التسليم به ويوجب الرد على الأدلة السابقة.

ب- الرد على الأدلة:

255- قد يكون زائدا رد أدلة الفصل 576 م.ع. برمتها بحجة الاختلاف الفقهي في صحة العقد الموقوف ووجود مذاهب تعتبره باطلا فلا يمكن تأسيس نص في الصحة عليه. ووجه الزيادة هنا أن مجلة الالتزامات والعقود اعتمدت في الفصل 576 م.ع. على المذهبين الحنفي والمالكي وهما يقرآن صحة التقيوت، فلا تأثير للمذاهب الأخرى عندئذ ولو كانت قائمة بالصحة ناهيك عن البطلان.

ومع ذلك، وبالتأمل في الفصل 576 م.ع. على ضوء المذهبين المذكورين، يتبين أن من أحكامه ما يتعارض مع العقد الموقوف (1) بالإضافة إلى نفي دلالة أهم كلمة في النص وهي كلمة «فضولي» (2).

⁹⁵⁹ انظر في تركيبية هذه اللجنة وعملها وحقيقة دورها ودرجة مساهمتها في بلورة مجلة الالتزامات والعقود، أحمد ادريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط 1996، ص 177 وما يليها.

الضمانة... أو بالفصل 1181 ف 2 م.ع.: « وإذا كان تدخله لدفع مضرة معتبرة متوقعة... لكنه يصبح مطلوباً فعلاً إذا تعلق الأمر بمدفأة فضالة إلى عمل تقويت. انظر في نقد شرط الضرورة في القرار السابق:

Youssef KNANI, Chronique de jurisprudence: Contrats et quasi-contrats, R.T.D. 1984, pp. 647-649.

وفي نفس الاتجاه في المغرب وفرنسا: هتوش فاطمة، في تحليلها لفصول قانون الالتزامات والعقود المغربي (الأطروحة السابقة، ص 235 وما يليها). والفقيه الفرنسي «بو» في أطروحته عن الفضالة: ذكرته هتوش فاطمة.

- Roger BOUT, La gestion d'affaires en droit français contemporain, thèse, L.G.D.J. 1972, pp. 380-381.

وانظر في وجوب اشتراط الضرورة أو التأكد:

- Philippe JESTAZ, L'urgence et les principes classiques de droit civil, thèse Paris, L.G.D.J., 1968, pp. 104 et 233 et s. - Roger PALLARD, L'exception de nécessité en droit civil, thèse Poitiers, 1935, p. 24.

⁹⁵⁷ محمد جبر الألفي، الفضالة... مقال سابق، ج 1، ص 51-52، والتعبير بالفضالة القانونية والفضالة الفقهية

له. - هني حسون طه، القانون المدني الكويتي... مقال سابق، ص 164. - علي الجلولي، تعليق على قرار

تعقيبي عدد 11257 مؤرخ في 22 أبريل 1985، م.ق.ت. 1988، ص 61-78. انظر خاصة ص 69 هـ 14.

⁹⁵⁸ يجدر التذكير بأن النصوص المقصودة هي: الفصلان 557 و558 من المشروع الأولي، والفصل 673 من اللائحة الابتدائية.

1- التعارض مع العقد الموقوف؛

256- تشدّ الانتباه خاصّة مسألتان، أولاهما تتعلّق بجواز البيع باكتساب الملكية لاحقاً، إذ من المقررّ عند الحنفية أنّ اكتساب الملكية لاحقاً من الفضولي يفسخ العقد تطبيقاً لقاعدة طرؤ الملك الباتّ عندهم⁹⁶⁰. فالحكم هنا جارٍ على مذهب المالكية الذين ينفذون العقد في هذه الحالة ولكنهم يستثنون اكتساب الملكية بالميراث، في حين أنّ الفصل 576 م.أ.ع. عامّ لم يخصّص سبباً دون آخر⁹⁶¹.

والمسألة الثانية مأخوذة من منع الفصل 576 م.أ.ع. البائع من «أن يعارض ببطلان البيع بدعوى أنّه فضولي». وهذا مختلف تماماً عن حكم الفضولي في الفقه الإسلامي حيث يجوز له فسخ البيع مثله مثل المشتري. لكن قد يعترض بأنّ المشرّع اختار مرةً أخرى المذهب المالكي الذي يتفق حكمه مع الفصل 576 م.أ.ع. في منع الفضولي من فسخ البيع. فيردّ بأنّ هذا الحلّ في منطلق الملكية يقتضي

الوضعي الواضح الذي لا لبس في فهمه حتّى يرجع إلى المصادر المادية للمجّة لتحديده⁹⁶⁵. ومن ثمّ يجب الوقوف عند هذا المعنى ولا يمكن الخروج عنه إلى معنى آخر إلاّ إذا لم يقد شيئاً أو تصادم مع سياق وضعه بحيث تنفسي دلالتة. ومعنى هذا أنّ احترام قواعد التّأويل يفرض التّفكير في دائرة القانون الوضعي والتقيّد بمنظومته قبل أيّ خروج أو تجاوز.

وهنا يقوم اعتراض جديّ يتعلّق بكلمة «فضولي» التي سبق نفي دلالتها القانونية بما يتيح في نظر مؤيديها ردها إلى أصلها الفقهي الإسلامي. فكيف الردّ عليها؟

2- الردّ على كلمة «فضولي»؛

257- إنّ الاعتراض بالدلالة الفقهية لكلمة «فضولي» هو اعتراض مردود مع التّسليم بالأصل الإسلامي للكلمة، فهذا قول صحيح لا شكّ فيه⁹⁶⁶. ولكنّه لا

يؤدي إلى إنزال نظام العقد الموقوف في الفصل 576 م.أ.ع.، نظراً إلى تعارضهما المشار إليه. فلو كان فضولي الفصل 576 م.أ.ع. هو فضولي العقد الموقوف لأمكنه الفسخ ولما نفذ بيعه عند وفاة المالك وإرث الشيء عنه. فالأصح إذن أن استعمال كلمة «فضولي» في الفصل 576 م.أ.ع. كان من باب الاستعارة اللفظية لا الأصلية، أي استخدام اللفظ دون المضمون. فكلمة «فضولي» تعني ببساطة، (و بمعزل عن سياق العقد الموقوف الذي ترد فيه عند الفقهاء) بائع ملك الغير، بدليل المادة 111 من مجلة الأحكام العدلية. وهذا بالضبط ما أراد المشرع قوله،

⁹⁶⁵ قد يقال إن الفسخ ليس كالبطلان في وضوح المعنى، فيجاء بأن ذلك ليس مسوغاً للخروج عن المعنى الوضعي للكلمة فهي كما هو معلوم مستعملة في المجلة للبطلان النسبي كما لعدم التنفيذ. وحسن التأويل يقتضي إسنادها أحد المعنيين لا الخروج عنهما إلى معنى آخر. وقد تقدم ذلك في بحث البطلان بنص خاص، (راجع سابقاً، ف 155 وما بعدها). فضلاً عن أن الخروج لا يضيف شيئاً كما سيأتي في موضع لاحق، ف 273 وما بعدها.

⁹⁶⁶ محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير، ف 320، ص 271.

سبباً لها توجب التمسك واستمرار إجرائه، وهو ما لم يفعله الفصل 576 م.أ.ع. ويدل هذا الاختلاف في النظام على نفي الدلالة الفقهية لألفاظ الفصل 576 م.أ.ع. بما فيها كلمة «فضولي» ضرورة أنه من الواجب على الباحث والمؤول منهجياً أن ينزل الألفاظ والمصطلحات في إطارها التشريعي الذي وردت فيه وخصوصاً إذا كان هذا الإطار تقنياً⁹⁶³، وهو المتميز ضرورة بالتنظيم المنهجي والإنسجام⁹⁶⁴.

وعليه فلا يسوغ الاحتجاج بدلالة كلمة الفسخ مثلاً أو كلمة البطلان على العقد الموقوف لأنهما كلمتان من أهم مصطلحات المجلة ولهما معناهما القانوني

⁹⁶⁰ راجع سابقاً، ف 245.

⁹⁶¹ انظر مزيداً من التفصيل لاحقاً في بحث نفاذ التقويت، ف 498 وما بعدها، وخاصة ف 500.

⁹⁶² هذه المدة هي عام في غياب المالك.

⁹⁶³ السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 52.

⁹⁶⁴ محمد كمال شرف الدين، لمحة عن منهجية التقنين المعتمدة في وضع مجلة الالتزامات والعقود، مقال سابق، ف 1، ص 422 وف 31، ص 434.

أي أنه استخدم كلمة فضولي اختصاراً لتعبير «بائع ملك غيره» أو «بائع شيء مملوك للغير» بحيث لو حذفت الكلمة وعوّضت بالتعبير الذي أفادته لما تغير شيء في معنى النص ولا في سياقه ولا حتى في أساسه.

وتدعم هذا التّخريج دلائل عديدة أولها غياب هذه الكلمة عن النصّ الفرنسي للفصل 576 م.أ.ع.، حيث لم يستعمل مقابلها القانوني (*gérant d'affaires*) ولا مقابلها الفقهي (*foudhouli*) بل أشار إلى كون «المبيع ملكاً للغير» (*la chose était à autrui*) فلو كان قصده إثبات الدلالة الفقهية كاملة لأوضحه في النصّ الفرنسي أيضاً. ولعلّ هذا ما يفسّر موقف المشرع المغربي - وهو الذي نقل مجلة الالتزامات والعقود مع بعض التحويلات الطفيفة - حيث حذف كلمة «فضولي» وعوّضها بدلالاتها كما هي في النصّ الفرنسي إذ جاء في الفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود: «زيادة عن ذلك يلتزم البائع بالتعويض إذا كان المشتري يجهل عند البيع أنّ الشيء مملوك للغير. ولا يجوز إطلاقاً للبائع

الكلمة تعني البطلان وكفى - والبطلان المطلق تحديداً لعدم تعيين المحلّ - ومن نفس القبيل يمكن ذكر ما ورد في الفصل 572 ف 2 م.أ.ع. «وما كان على ملك صاحبه ولم يكن في قبضته...» ويقصد في حوزة، وفي الفصل 664 م.أ.ع. «طلب إرش... أداء إرش» ويقصد التعويض... إلخ...

وبتنزيل كلمة «فضولي» في هذا السياق يتبيّن أنّها عارية عن دلالتها التي تفيدها منظومتها الفقهية وإلّا تقتصر على معناها الأول، الذي لا يرمز إلى الفضالة القانونية ولا إلى الفضالة الفقهية، بل إلى المتصرف في ملك غيره. وبالتالي فهي ذات مدلول خاصّ بالفصل 576 م.أ.ع. نفسه وتعني فيه «بائع ملك غيره» لا غير. ولا تعدو هكذا أن تكون كلمة محايدة لا يمكن الاستدلال بها على اختيار الفقه الإسلامي إلا إذا عزّزها دليل فقهي إضافي. فهل يوجد هذا الدليل؟

أن يتمسك ببطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير».

ثم إن استعمال ألفاظ وتراكيب وحتى مصطلحات فقهية لا يعني بالضرورة أن المشرع يتبنى محتواها الأصلي والنظم التي تعبر عنها لأن ذلك يقتضي نقلها إلى منظومة مماثلة تحتل الشّحنات المعنوية والدلالية لتلك الألفاظ لا وضعها في منظومة مغايرة أو مختلفة، فعندئذ يبقى الهيكل وتتغير المادة، يبقى اللفظ وتختلف الدلالة. ومثل هذا كثير في مجلة الالتزامات والعقود. فقد جاء في الفصل 589 م.ا.ع. مثلا أن من يبيع أمتعة مسافرة بحرا «فبيعه موقوف على وصول المركب» فأين هذا النص من العقد الموقوف والحال أنه يفيد تأجيل انتقال ملكية هذه البضائع حتى وصولها إلى المشتري! وجاء في الفصل 624 م.ا.ع. أن زيادة أو نقصان المعدودات المسمى ثمنها للجمله يفسد البيع وكذا إن فصل ثمنها ووجدت زائدة. فالفعل لا يرمز هنا إلى الفساد كجزاء مستقل عند الحنفية، إذ لا الإطار ولا المثال يسمحان بهذا المعنى بل

250 يبين نتائجها في الكتابات المخصصة للعقد الموقوف وجود أدلة اجتهادية على تكريس هذه النظرية ينسب بعضها إلى فقه القضاء (أ) والباقي إلى فقه الشرايح (ب).

أ- فقه القضاء:

259- لقد تواتر في كتابات دارسي العقد الموقوف ومؤيديه⁹⁶⁷ ذكر قرارين من فقه قضاء محكمة التعقيب يعتقد أنهما يكرسان هذا الأساس في بيع ملك الغير، لكن تحليلهما (1) يبين سقوط الدليل المستمدّ منهما (2).

⁹⁶⁷ نور الدين الغزواني، خواطر حول جزاء بيع ملك الغير، مقال سابق، ص 147. - نذير بن عمرو، سلطة رقابة محكمة التعقيب، أطروحة سابقة، ف 889، ص 426. - نور الدين بسرور، جزاء قواعد تكوين العقد...، أطروحة سابقة، ف 89، ص 102. - فتحي الورتاني، العقد الموقوف، مذكرة سابقة، ص 70. - سعاد يوسف باباي، إمكانية محل الالتزام، مذكرة سابقة، ص 191.

1- عرض الدليل القضائي:

260- ورد هذا الدليل في قرارين تعقيبيين صدر أولهما في 8 نوفمبر 1966 (1.1) والآخر في 22 أبريل 1985 (2.1).

1.1- قرار 8 نوفمبر 1966⁹⁶⁸؛

261- تمثلت وقائع القضية في هذا القرار في قيام مصفّي وقف على شاغل لعقار الوقف دون صفة طالبا إخراجه فعارض المدعى عليه بكونه مالكا للعقار بموجب الشراء من شخص كان قد اشتراه بدوره من زوجته المستحقة في الوقف. ولما تبين للمصفّي أنّ الزوجة البائعة غير مستحقة في واقع الأمر نظرا إلى إقصائها بموجب قرار لجنة تصفية الأعباس طلب فسخ البيع المبرم منها لزوجها والبيع من هذا الأخير للشاغل المطلوب إخراجه. فقضى له ابتدائيا واستثنائيا من محكمتي تونس. وأيدت محكمة التعقيب هذه النتيجة لكن بتعليل مغاير أبرزته في قرار

الحقيقي، وقالت بالخصوص: «وحيث أن القاعدة القانونية في بيع ما لا يملك لا تقتضي بطلان بيعه وإنما تقتضي عدم نفاذه بالنسبة للمالك ضرورة أنه لو أجاز له المالك أو صار المبيع ملكا 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 أنّ عقد البيع يبقى منتجا لآثاره القانونية بين عاقيه».

2.1- قرار 22 أبريل 1985⁹⁷⁰؛

262- تتلخص الوقائع في هذا القرار في قيام بعض الشركاء على الشياخ ببيع مناباتهم من العقارات المشتركة (أربعة من عشرة دكاكين كائنة بمنزل تميم) للمشتري الصادق بموجب ثلاث حجج عادلة. فطلب بقية الشركاء إبطال هذه البيوعات لتعلقها بمناباتهم مفترزة قبل القسمة على أساس الفصلين 58 و59

م.ج.ع. وقضي لهم بما طلبوا من حكام الموضوع بقرمبالية في الطور الابتدائي وتونس في الطور الاستثنائي، لكن على أساس آخر وهو الفصل 576 م.ا.ع. باعتبار أن البيوعات المذكورة تسلطت على ملك الغير!

لكن هذا القضاء لم يجد تجاوبا من محكمة التعقيب التي قرّرت -عن صواب- نقضه أولا لأن البيع خلافا لما ادّعه الخصوم تسلط على منابات مشاعة لا مفرزة فوقع جائزا لشموله بحكم الفصل 59 م.ج.ع. الذي يبيح لكل شريك التفويت في منابه الشائع، وثانيا لأن الفصل 576 م.ا.ع. لا ينطبق تماشيا مع الردّ الأول بما أن الشركاء البائعين فوتوا فيما يملكون. وحتى على افتراض انطباق الفصل 576 م.ا.ع. فهو يخول المشتري وحده «طلب الفسخ لا الإبطال»... وليس للمالك الحقيقي شأن بعقد لا ينجرّ منه ضرر ولا نفع بل هو ليس نافذا في حقّه

⁹⁷⁰ قرار تعقيبي عدد 11257 مؤرخ في 22 أبريل 1985، ن 85، 1، 152 / م.ق.ت. 1988، ص 61، مع تعليق للأستاذ علي الجلولي.

968 قرار تعقيبي عدد 4327 مؤرخ في 8 نوفمبر 1966، ق.ت. فيفري 1967، ص 30.

وكان هذا كافيا لتحديد قرارها وتبريره. لكنّها تجاوزت للنظر فيما زاد، أي إبطال البيع. وقرّرت بخصوصه النقض بدون إحالة ممّا من شأنه أن يزيد القرار أهمية. وقد علّلت موقفها بأن «المصفي لا حق له في نقض عقد ليس هو أحد أطرافه»، وأن القضية في الخروج لعدم الصّفة لا تحتاج لإبطال البيع⁹⁶⁹ وأن الفصل 576 م.ا.ع. لا يقضي بإبطال البيع بل يعتبره غير نافذ في حق المالك

⁹⁶⁹ جاء في القرار تعبيرا عن هذه الحيثية: «كان على محكمة الاستئناف المطعون في قرارها متى تبين لها أن البائعة خيرة غير مالكة وأن العقار تمخض لاستحقاقه المبيّن به أن تقتصر على إخراج المطلوب باعتبار أن لا وجود لصفة صحيحة تبرّر إشغاله له ويتجنّب الحكم بإبطال عقود البيع التي يستند إليها الطالب».

أصلا. وقد تسنى لمحكمة التعقيب صياغة ردّها هذا انطلاقا من نصّ الفصل 576 م.ا.ع. واستتجها منه ما يلي: «وحيث يؤخذ من صريح عبارات هذا النصّ أنّ مجال تطبيقه لا يتعدّى صورة تسلّط البيع على شيء مملوك لغير البائع وأنه متى حصل ذلك فليس من الضروري أن يحمل العقد في طبيّته بذور البطلان بل أنّ انعقاد البيع جائز وأثر العقد في حقّ المتعاقدين قائم إلا أنّ نفاذه بالنسبة للمالك الحقيقي موقوف على الإجازة فمتى تعدّر الحصول عليها أصبح من حقّ المشتري وحده المطالبة بالفسخ مع غرم الخسارة».

إنّ قراءة أولى لهذه الحيثيّة وكذلك لمثلتها المقترفة من قرار 1966 تبرز مدى تعبيرهما عن العقد الموقوف في بيع ملك الغير. ففي الحيثيّتين يعتبر البيع جائزا لا باطلا. وهو غير نافذ في حقّ المالك، «وتتوقف آثاره» وهو «موقوف على الإجازة»

الطرفين وأنّ العقد ينشئ أثره بينهما، فهي تقول في قرار 1966 «ومعنى هذا أنّ عقد البيع يبقى منتجا لآثاره القانونيّة بين عاقديه» وتضيف في قرار 1985 «بل إنّ انعقاد البيع جائز وأثره في حقّ المتعاقدين قائم». فأين هذا من العقد الموقوف وهو الذي يقف نفاذه مطلقا إزاء الغير وبين الطرفين أيضا بل إنّ هذه النقطة هي بالضبط فيصل التفرقة بين العقد الموقوف وعدم الاحتجاج المسمّى كذلك عدم السريان⁹⁷¹. ومحكمة التعقيب تميّز بينهما بوضوح ولا يمكن نسبة العكس إليها لأنّ في ذلك خلطا ينزّها عنه كلامها في قراراتها المذكورين⁹⁷²، وتحريفا أكيدا إمّا لرأي المحكمة أو لتعريف العقد الموقوف⁹⁷³.

والحقّ أنّ موقف محكمة التعقيب هذا جدير بالتأييد لأنّه يضع مسألة بيع ملك الغير والتقويت عموما - في إطارها الصّحيح وهو صحة التقويت بين الطرفين وعدم الاحتجاج به على المالك الحقيقي الذي يبقى خارجا عنه لا شأن له به. وتبرز ميزته خصوصا في تصريحه بأنّ العقد ملزم لعاقديه ونشأه التزامات

بينهما⁹⁷⁴، وهو بهذا يصيب هدفين في آن واحد إذ هو من جهة يوافق اتجاهها قضائياً سليماً تبلور خاصّة في باب التفويت في المال الشائع ويعتبره تصرفاً صحيحاً ملزماً بين الطرفين ولكنه غير نافذ في حق الشركاء الآخرين فيما زاد

⁹⁷¹ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 45.

⁹⁷² تجدر الإشارة أنّ السيّد سعاد يوسف باباي تطلّنت إلى الشافعي الموجود بين رأي محكمة التعقيب ونظرية العقد الموقوف، فقالت في محاولة لدرء الخلط المشار إليه إنّ كلام المحكمة يتماشى مع العقد الموقوف في المذهب المالكي وفيه أنّ «بيع فضولي لازم من جهة الفضولي ومن جهة المشتري، منحل من جهة المالك» (إمكانية محل الالتزام)، مذكّرة سابقة، ص 190-191، ولكن هذه المحاولة ليست مقنعة لأنّ العقد اللازم هو العقد الذي لا يمكن فسخه وليس العقد الذي ينتج التزامات بين المتعاقدين أراجع الهامش 894 السابق.

⁹⁷³ نذير بن عمّو، سلطة رقابة محكمة التعقيب، الأطروحة، ف 889، ص 427.

⁹⁷⁴ هذه الالتزامات هي الالتزامات النوعية التي ينشئها كل تفويت حسب طبيعته، انظر أيضاً لاحقاً، فقرات 278 و314 و316.

من المالك حتى يبعد في حقه وإلا جاز للمشتري طلب الفسخ. ويمكن فعلاً أن توحى هذه العبارات لقارئها من نظرة أولى بكونها تلخيصاً لنظرية العقد الموقوف وهو العقد غير النافذ حتى ترد عليه الإجازة، بل لتكاد تمثل عرضاً أميناً له بما أنّها استعملت تقريباً كل مصطلحاته الفقهية بما فيها وقف النفاذ نفسه (تتوقّف-موقوف).

لكنّ هذا الإحياء يقف عند القراءة الأولى لأنّ شيئاً من التركيز في كلام محكمة التعقيب كفيل بتبديده.

2- سقوط الدليل القضائي:

263- يظهر من الحيثيات المقتطفة أنّ وقف النفاذ الذي تشير إليه لا يهمّ إلاّ المالك الحقيقي لا طرّف العقد، أي أنّ المحكمة تتحدّث عن وقف النفاذ تجاه الغير، والمرادف لعدم الاحتجاج! وهذا واضح في كلام محكمة التعقيب من قرار 1966 «وإنّما تقتضي عدم نفاذه بالنسبة للمالك» «تتوقّف آثاره بالنسبة للمالك» ومن قرار 1985 «إلاّ أنّ نفاذه بالنسبة للمالك الحقيقي موقوف على الإجازة». وأوضح من ذلك حرص المحكمة على تأكيد أنّ وقف النفاذ لا يهمّ

على المنايات الرّاجعة للمفوّت⁹⁷⁵ وهو من جهة أخرى يقصي نظريّة العقد الموقوف من محيط الفصل 576 م.ا.ع. والتّفويت في ملك الغير عموماً. ويؤكد هذا الإقصاء حقيقة أنّ فقه القضاء لم يكرّس هذه النّظريّة في التّفويت في ملك الغير البتّة. ولا يوجد ولو قرار تعقيبي واحد منشور في هذا الاتجاه⁹⁷⁶. وبذلك يسقط الدليل القضائي. فهل في الفقه دليل آخر؟

ب- فقه الشّراء:

264- إنّ الرّأي الفقهي الدّاعم للعقد الموقوف هو رأي قابل للنّقد (2) رغم وجاهة بعض حججه (1).

1- حجج الرّأي القمّي:

265- يرتكز الرّأي الفقهي على أربع حجج، إشتين عامّتين (1.1) وأخريين خاصّتين بالتّفويت في ملك الغير (2.1).

أولاً: تأثر التّشريع الوضعي بالفقه الإسلامي:

267- يمكن لمؤيدي العقد الموقوف أن ينطلقوا من الفكرة العامّة السّائدة عن تأثر التّشريع الوضعي بالفقه الإسلامي بوجه عام⁹⁷⁷ ممّا يرجّح احتمال تأثره بنظريّته في العقد الموقوف خصوصاً. إذ لا يخفى أنّ الفقه الإسلامي كان أحد أهمّ المصادر الماديّة لمجّلة الالتزامات والعقود التي يمثّل تقنينها خير مثال على النّزعة التّوفيقية بين القوانين الأوروبيّة والفقه الإسلامي⁹⁷⁸. ولا ننسى أنّ اللّجنة التي كلّفت بوضعها طلب منها أن تعدّ مجّلة على منوال القانون الفرنسي وتتفق مع الفقه الإسلامي وعوائد البلاد التّونسيّة⁹⁷⁹ حتّى قال مقرّرها إنّه ليس في هذه المجّلة أيّ حكم يتعارض مع الفقه الإسلامي⁹⁸⁰ ويظهر أثر هذا التّوجّه خصوصاً في تبني نظريّة العقد الموقوف من خلال واحدة من أهمّ تطبيقاته ونعني تصرّفات المريض مرض الموت سواء بالبيع (الفصل 565 م.ا.ع.) أو بالتّفويت (الفصل 566 م.ا.ع.)

266- تتعلق هذان الحجَّتان بتأثر التشريع الوضعي بالفقه الإسلامي (أولاً) وبأفضليَّة العقد الموقوف على البطلان النَّسبي (ثانياً).

354 و355 م.ا.ع.) أم بالكفالة (الفصل 1481 م.ا.ع.)⁹⁸¹. وواصلت مجلَّة الأحوال الشخصيّة في نفس النَّهج - وهي مأخوذة من الفقه الإسلامي - واعتمدت وقف النَّفّاذ في تصرفات المحجورين⁹⁸². ويدعم هذا التوجّه أفضليَّة العقد الموقوف على نظيره الغربي أي البطلان النَّسبي.

⁹⁷⁵ راجع خاصّة: - قرار تعقيبي عدد 5261 مؤرَّخ في 2 جويلية 1968، ن 58، 68 - قرار تعقيبي عدد 43231 مؤرَّخ في 15 أكتوبر 1996، ن 96، I، 375.

⁹⁷⁶ يجدر التّشبيه إلى أن العقد الموقوف ليس غريباً كلياً عن فقه القضاء، وإن لم يطبِّقه في التّفويت في ملك الغير. فقد لجأ إليه في مواضع أخرى ولو كانت منتقدة. من ذلك أن محكمة الاستئناف بتونس (قرار عدد 17323 مؤرَّخ في 23 نوفمبر 1993، غير منشور) طبّقته في بيع تمّ تحت بند عدم التّفويت المدرج لفائدة البلدية، فرأت المحكمة، خلافاً للمحكمة الابتدائيّة، أن هذا البيع ليس باطلاً وإنما هو صحيح وموقوف على إجازة البلدية وقالت ما نصّه «وحيث رغم إدخال البلدية في القضية فإنّ هذه الأخيرة لم تطلب الحكم بإبطال العقد ولكن ترفض البيع الصّادر من المستأنف وبذلك فإنّ العقد المراد إبطاله انعقد صحيحاً لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصّحّة ولكن ينقصه أحد عناصر النَّفّاذ وفي صورة الحال فإنّه موقوف على إجازة البلدية فإنّ أجازة نفذ وإن رفضت البلدية إجازته انعدم» لا أوضح من هذه الكلمات في التّعبير الحريفي عن العقد الموقوف، وتكفي مقارنة بسيطة بينها وبين كلام محكمة التّعقيب في قراره 1966 و1985 ليظهر الفرق.

⁹⁷⁷ انظر في هذا الاتجاه خاصّة: محمود شَمّام، الفقه الإسلامي وتأثيره في التشريع الوضعي، ق.ت. جانفي 1977، ص 13-14. - محمود شَمّام، بعض ما دوّن من تشريع مرجعه أحكام الشريعة الإسلاميّة بالبلاد التونسيّة، ق.ت. جوان 1985، ص 7-58.

⁹⁷⁸ أحمد ادريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي، ص 147 وص 331 وما يليهما.

⁹⁷⁹ راجع توطئة صانتيلانا للاثحة مجلّة الالتزامات والعقود، ف I - ص I.

⁹⁸⁰ صانتيلانا، التوطئة، ف V، ص XII.

⁹⁸¹ محمّد الزّين، العقد، ف 248، ص 203.

⁹⁸² الكتاب العاشر، الفصول من 153 إلى 170 م.أ.ش.

ثانياً: أفضلية العقد الموقوف:

268- إنَّ المشرع وهو يختار أفضل الحلول وأعدلها لا بدَّ أنَّه خيَّر العقد الموقوف نظراً لرجحانه على الحلِّ الفرنسي واللاتيني عموماً إذ تبرز المقارنة بين وقف التَّفَادٍ والبطلان النَّسبي باعتبارهما جزأين للتَّقويت في ملك الغير رجحان الحلِّ الفقهي على نظيره الفرنسي⁹⁸³. ذلك أنَّ العقد الموقوف غير نافذ حتَّى تلحقه الإجازة خلافاً للعقد القابل للإبطال الذي هو نافذ منتج لأثره حتَّى يبطل، كما أنَّ العقد الموقوف يهَمُّ الطَّرفين والمالك الحقيقي على السَّواء، أمَّا في نظام البطلان النَّسبي فلا بدَّ من إقرار عدم نفاذ العقد تجاه المالك الحقيقي حتَّى يملك الإجازة. وواضح أنَّ عدم التَّفَادٍ أفضل لأنَّه يجنَّب تعقيدات وصعوبات البطلان النَّسبي⁹⁸⁴.

ولعلَّ هذا ما حدا بالأستاذ شفيق شحاتة إلى إقرار نظرية العقد الموقوف في

قيهو تحليلاً مماثلاً في مقاله عن أعمال التقويت في ملك الغير⁹⁸⁷.

2.1- المِجْتَانِ الفاصتان:

269- تؤخذ هذان الحجتان من موقع الفصل 576 م.ا.ع. وأصله في الأعمال التحضيرية (أولاً) ومن الاقتضاب الشديد الذي يميِّز الفصل 203 م.ج.ع. (ثانياً).

أولاً: موقع الفصل 576 م.ا.ع. وأصله في الأعمال التحضيرية:

270- بالإضافة إلى عبارات الفصل 576 م.ا.ع. المتقدِّم عرضها ونقاشها⁹⁸⁸، يتبيَّن من خلال موقعه أنَّه ورد ضمن كوكبة من النصوص ذات الجذور الإسلامية الواضحة بما يحمل على الاعتقاد أنَّه منها، كالفصل 565 م.ا.ع. في مرض الموت والفصل 571 م.ا.ع. في بيع غير مقدور التسليم والفصل 574 م.ا.ع. في بيع المعدوم والفصل 575 م.ا.ع. في بيع ما حجر الشرع ببيعته...

مواد بيع ملك الغير في القانون المصري رغم تنصيصها على البطلان النسبي،
وعبر عن رأيه بقوله خاصة «على أن الرأي الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع
غير نافذ في حق المالك. وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم
الأثر فيما بين المتعاقدين. وليس ذلك معناه أن العقد باطل مطلقا أو نسبيا،
فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقدا موقوفا. والعقد الموقوف يتوقف أثره على
الإقرار الصادر من المالك فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة
إلى المالك وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدم الأثر كما كان»⁹⁸⁵ ثم سحب
كلامه على رهن ملك الغير أيضا⁹⁸⁶. ومن المدهش أن يتبنى الأستاذ الفرنسي

⁹⁸³ السنهوري، مصادر الحق، ج 4، ص 304 وما يليها. - غني حسون طه، القانون المدني الكويتي، مقال

سابق، ف 69-70، ص 195-197.

⁹⁸⁴ راجع سابقا، ف 152 وما بعدها وخاصة ف 168 وما بعدها.

⁹⁸⁵ شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، ف 91، ص 84.

⁹⁸⁶ شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، ف 92، ص 85 وما يليها.

ويؤكد هذا الطن بالرجوع إلى أصل لفصل 576 م.أ.ع. في اللائحة الابتدائية
لمجلة الالتزامات والعقود حيث الإحالات العديدة في هامش الفصل 673 إلى الفقه
الإسلامي وتحديدًا إلى الفقه المالكي ممثلاً بخليل والزرقاني وابن سلمون
والتاودي وابن عاصم وإلى الفقه الحنفي كما جاء في شرح الحموي على ابن
نجيم وفي مرشد الحيران والدر المختار ومجلة الأحكام العدلية⁹⁸⁹. وما يؤيد هذا
التوجه أن محرر الفصل 673 المذكور واللائحة الابتدائية برمتها، دافيد
صانتيلا، ألف كتابا لاحقا لوضع مجلة الالتزامات والعقود بسط فيه
«مؤسّسات الفقه الإسلامي المالكي مقارنة بالمذهب الشافعي» وتعرض فيه لبيع
ملك الغير فقال فيه بالوقف كما جاء في الفصل 673! وهذا يفيد أنه كان

⁹⁸⁷ فهو، أعمال التقويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 9 وما بعدها، ص 7 وما يليها.

⁹⁸⁸ راجع سابقا، ف 250 وما بعدها.

⁹⁸⁹ في الهامش أيضا إشارة مرسلّة إلى الشافعي في مسألة الإجازة الضمنية.

متشعباً بنفس الموقف عند وضع المجلة⁹⁹⁰.

ثانياً: اقتضاب الفصل 203 م.ح.ع. الشدّيد:

271- اكتفى هذا الفصل بإعلان صحّة رهن ملك الغير إذا أجازته المالك أو صار المرهون ملكاً للرّاهن. ومثل هذا الحكم المبدئيّ يذكّر بموقف الفقه الإسلامي المالك على وجه الخصوص ويبيّث على الاعتقاد أنّ سكوت المشرّع عن تبيان نظام الرّهن في غياب الشّرطين المذكورين كما فعل في البيع، إنّما يفسّر باعتماده الحلّ الفقهي ممّا يوجب الرّجوع إليه لإكمال بقية النظام القانوني للتقويت، خصوصاً أنّ للفقه الإسلامي حضوراً أكيدا ومتميّزاً في قانون التأمينات العينية⁹⁹¹. لكنّ هذه الحجّة كسابقاتها لا تتأى بالرأي الفقهي عن النّقد والدّحض.

2- نقد الرأي القمي:

272- على الرّغم من وجهة بعض حجج العقد الموقوف مطلقاً⁹⁹² إلاّ أنّه

لكنّ هذا المنحى العامّ في التّأثير لم يشمل كلّ مسائل القانون المدني، وقول صانتيلا أنّ ما قرّرتّه لجنة وضع مجلة الالتزامات والعقود لا يتعارض مع الفقه الإسلامي لا يعني أنّها أخذت كلّ شيء من الفقه الإسلامي وإلاّ لكانت المجلة مجردة تدوين للفقه الإسلامي في شكل فصول قانونيّة كما فعلت مجلة الأحكام العدليّة أو مرشد الحيران أو لائحة الشّيخ جعيط. وشتان بين الاقتباس المباشر وعدم التّعاض!

ولئن كان خارجاً عن نطاق هذا البحث التصدي لهذه التّزعة في حدّ ذاتها وعلى عمومها إلاّ أنّ تحقيق وجودها في مسألة التقويت في ملك الغير هو مسلك ضروري لتأسيس صحّة التقويت. وتبيّن المعطيات المتوفّرة في التّشريع الوضعي غياب تأثير الفقه الإسلامي في التقويت في ملك الغير. وتنهض هذه المعطيات بالخصوص على إبراز سلبيّات العقد الموقوف من جهة (1.2)، واختلاف تصوّر

العقد الموقوف والجزاء المدني من جهة ثانية (2.2).

1.2- سلبيات العقد الموقوف:

273- يلاحظ بدءاً أنّ ما تقدّم من مفاضلة بين العقد الموقوف وبين جزاء البطلان النسبي يقوم في الحقيقة على مغالطة أوليّة، لأنّ المطروح في الفصل 576 م.ا.ع. ليس مقارنة العقد الموقوف بالعقد القابل للإبطال، فهذه مقارنة لا داعي لها لانتفاء الموجب بعد دحض البطلان النسبي؛ ثمّ إنّّه صحيح أنّ العقد الموقوف يفضل البطلان النسبي⁹⁹⁴، ويعبّر عن مرحلة متقدّمة من تطوّر الفكر القانوني⁹⁹⁵، لكنّ ذلك لا يخفي سلبياته ونقائصه الملحوظة في نظامه القانوني والتي منها عدم دقّة مصطلحات الجزاء فيه حيث يستوي فيه البطلان والفسخ، وغياب أجل لإجازته وقاعدة طروء الملك الباتّ عند الحنفيّة وغياب الحلّ عند

⁹⁹⁴ هذه حجة إضافية على ردّ البطلان النسبي؛

⁹⁹⁵ السنهوري، مصادر الحق، ج 4، ص 307.

يتّجه ردّها برمتها انطلاقاً من ردّ تعميم مسألة تأثير الفقه الإسلامي في القانون الوضعي. فما من أحد ينكر هذا التّأثير أو ينفي وجود الفقه الإسلامي ضمن المصادر الماديّة للقانون المدني التونسي، بما فيه قانون الأحوال الشّخصيّة⁹⁹³.

⁹⁹⁰ كتاب باللغة الإيطالية عبارة عن جمع لمحاضرات القاها المؤلّف على طلبة كليّة الحقوق بجامعة روما في إطار درس الفقه الإسلامي على مدى عشر سنوات من 1912 إلى 1923، انظر:

- David SANTILLANA, Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita. Pubblicazioni dell'Istituto per l'Oriente. Roma, 1938, volume II, Libro VIII, § 5, pp. 115-116.

⁹⁹¹ راجع في هذا الاتجاه، أحمد بن طالب، لحة عن التأمينات في الفقه الإسلامي، بحث منشور في كتاب «دراسات في قانون التأمينات»، مرجع سابق، ص 177-244.

⁹⁹² من هذه الحجج ما لا يستقيم منهجياً كراي الأستاذ شفيق شحاتة الذي انبرى أغلب الأساتذة والشراح المصريين للردّ عليه خاصة بحجّة أنّ الرجوع إلى الشريعة الإسلامية مقيد بغياب الحلّ الوضعي؛ انظر مثلاً:

السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 157، ص 282، - سليمان مرقس، عقد البيع، ف 303، ص 526.

⁹⁹³ Mohamed Moncef BOUGUERRA, Le juge tunisien et le droit du statut personnel, A.J.T. n°14, 2000, p. 7-181, spéc. p. 92 et s.

المالكية في صورة عدم تحقق الملكية، والتشدد في شروط الإجازة...⁹⁹⁶ ويدل هذا على أن العقد الموقوف وما يوجبه من وقف النفاذ ليس في واقع الأمر جزءا متكاملا للتصرف بقدر ما هو تنظيم أو رصد لحالة واقعية، إذ يمثل بالنسبة إلى الفقهاء المسلمين حلاً بسيطاً اهتموا إليه سيرا على النهج الواقعي المميز لفقهم⁹⁹⁷ لما لاحظوا أن من يفوت في ملك غيره هو شخص تنقصه الولاية على المال لكنه ليس محجورا - إذ لو كان كذلك لدخل في نظام الولاية على المحجورين - فقررروا إبقاء الأمور على ما هي عليه، أي ترك التصرف كما هو موقوفاً: فهو صحيح لأنه منعقد، لكنه لا يربط أثراً ولا يضار به المالك الذي له الأمر بالإجازة، لأن الولاية له وحده، فقيل إن العقد موقوف على الإجازة، وأقر الحنفية قاعدة طروء الملك البات.

وهذا ما يفسر النقائص المشار إليها، ويدل على أن العقد الموقوف ليس الحل

كل الشروط لأنتج العقد أثره بالضرورة وهو المعبر عنه فقها بنفاذ العقد أي ثبوت حكمه وتحقق مقتضاه والتزاماته⁹⁹⁸، وبناء عليه تتدرج شروط العقد في مراتب أربع تتضد جميعها في كتلة واحدة تبدأ من الانعقاد فالصحة ثم النفاذ واللتزم، بحيث إذا تحققت شروط مرتبة يمر إلى التي تليها حتى إذا استكملت جميع المراتب ثبت أثر العقد النهائي وترتبت التزاماته وامتتع الرجوع فيه⁹⁹⁹. ولذلك لا يعرف الفقه الإسلامي الفسخ لعدم التنفيذ، إذ لا وجود لهذه المرحلة في تصوّره للعقد¹⁰⁰⁰. ومن ثمّ أمكن إدراج مرتبة النفاذ فيه والوقف الناتج عن غياب شروطه ووجد العقد الموقوف مجالا ملائما للبروز والتطبيق¹⁰⁰¹. فأين هذا التصور من القانون الوضعي التونسي ومن مجلة الالتزامات والعقود تحديدا وهي التي يكفي

998

حكم العقد هو أثره التومي الأصلي كنفل الملكية في البيع وهو يتحقق بتقدير الشرع بمجرد انعقاد البيع صحيحا، ومقتضى العقد هو الالتزامات التي يستلزمها العقد ذاته ونظمها الشرع آثارا للعقد المنشئ: لها كتسليم

الأمثل، ويعدل التمسك بأفضليته. فالمشرع وهو يختار أفضل الحلول فعلا لم يختار البطلان النسبي ولم يختار العقد الموقوف أيضا بدليل غياب مفترض ضروري له يتمثل في اتحاد تصوّره للعقد مع الفقه الإسلامي.

2.2- اختلاف تصوّر العقد الموقوف والجزاء المدني:

274- إن إقرار العقد الموقوف يفترض مسبقا تصوّرا للعقد كما في الفقه الإسلامي إذ لم يتسنّ للفقهاء أن يبتدعوا هذه النظرية - ولو أنّهم انطلقوا فيها من الواقع - إلا في إطار تصوّرهم العام للعقد وجزءاته. ويقوم هذا التصوّر على وحدة العقد وتدرّج شروطه ومن ثمّ جزاءاته. فالفقه الإسلامي لا يميّز بين تكوين العقد وتنفيذه وإنما يدمجها في وحدة منطقيّة يعبر عنها بشروط العقد بحيث لو تحققت

996 غنيّ حسّون مله، القانون المدني الكويتي، ... مقال سابق، ف 71-74، ص 197-198.

997 محمّد مصطفى شليبي، المدخل في التعريف الفقه الإسلامي، ص 119.

4، ص 232. - مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج 1، فصل 39، ص 513 وما يليها.
999 توجب الدقة القول إن أثر العقد يتحقّق باستكمال المراتب الثلاث الأولى، وإنّما جعل اللزوم لتدعيمها بمنع الرجوع في العقد على اعتبار أنّ عدم اللزوم يعني تمكين العاقدين أو أحدهما من فسخ العقد. فهو، أي اللزوم لا ينفصل عن المراتب الأخرى السابقة، ولذلك يسوغ جمعه معها ورفع مراتب الشروط إلى أربع. - راجع الهامش السابق وما ورد فيه من مراجع.

1000 السنهوري، مصادر الحق، ج 6 ص 205 وص 232 وخاصة ص 248. ويفسّر الفقيه الكبير هذا الوضع بغياب ارتباط الالتزامات وتقابلها في العقود الملزمة للجانبين في الفقه الإسلامي، فضلا عن أنّ نظرية الخيارات استوعبت أكثر مجالات الفسخ. ومع ذلك يوجد في الفقه استثناءان يجوز فيهما الفسخ. وهما استثناءان يؤكّدان القاعدة. انظرهما في ص 249 وما يليها. وخلافا لما تقدّم ركّز الأستاذ حسن علي الدّنون على الخيارات ليقرّ بوجود الفسخ في الفقه الإسلامي، وهذا كلام لا شك فيه لكنّه لا ينمّ عن تصوّر الفسخ لعدم التّشبيذ كما نقصده في المتن، ويدخل في مبحث لزوم العقد كما هو معلوم. والأستاذ الدّنون نفسه يقرّ بذلك فيلقتي مع رأي السنهوري أخيرا. انظر رأيه في رسالته: النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مرجع سابق، ص 32 وما يليها وص 236 وخاصة ص 252 وما يليها.

1001 محمّد سلامة، نظرية العقد، ... ص 89 وما يليها.

إلقاء نظرة بسيطة عليها ليتبين تبيّنها للنموذج الغربي في تصوّر العقد¹⁹.

275- فعلا، فهذه المجلّة تميّز بوضوح خاصّة في كتابها الأوّل بين تكوين العقد وتنفيذه¹⁰⁰² وتجعل لكلّ مرحلة جزءا خاصا: البطلان للتكوين والفسخ للتنفيذ. وقد جاء تنظيم التكوين في الباب الأوّل من العنوان الثاني (الفصول من 2 إلى 70)، وجزاؤه في العنوان السادس المتعلّق ببطلان الالتزامات وفسخها (الفصول من 325 إلى 338). أمّا التنفيذ فقد خصّص له العنوان الخامس كلّه (الفصول من 240 إلى 324) وفيه الفسخ والتعويض (الفصل 273 خاصّة). ويقابل هذه المرحلة عند الفقهاء شروط التّفاذ واللّزوم. أمّا المرحلة الأولى فتجمع الانعقاد والصحة. ومعنى هذا أنّ الفقه الحديث يستعيز بنظرة ثنائيّة للعقد عن النظرة التّوحيديّة له ويقسم إلى مرحلتين ما كان الفقهاء يجمعونه في كتلة واحدة. ولذلك ينتظر إلاّ تتفق الجزاءات تماما بين الفقهاء، حيث تنصبّ كلّها في الفقه

ويسمّى الصّيغة أو الإيجاب والقبول، وحيث الأهليّة والمحلّ شرطان لصحة العقد¹⁰⁰⁵.

هذا ما يفسّر غياب العقد الموقوف عن النّظريّة العامّة للجزاء المدني في مجلّة الالتزامات والعقود. وهو غياب منطقي ومبرّر نظرا لغياب مفترضاته، إذ لا يمكن الحديث عن عقد موقوف في نظام يرفض تدرّج شروط العقد ويميّز بين التّكوين والتنفيذ ويعتمد الفسخ لعدم التنفيذ. ويحقّ القول إنّ في وجود هذا الجزء الأخير دليلا واضحا على الابتعاد عن العقد الموقوف لأنّه هو بديله المتلائم مع التّصوّر الحديث لمرحلتين العقد، ويحقّق عين دوره في الفقه الإسلامي.

276- هكذا يستبعد اعتماد العقد الموقوف في المواضع المكرّس فيها فقها فيسهل عندئذ ردّ التّفكير فيه في مرض الموت إذ فضلا عن غيابه من النّظريّة العامّة، فهو غائب عن اطّاه المباشرة. أمّا أحكام الأمانة التي تنصّ على

ميادينه عند الفقهاء إلى جانب الفضولي، وقد كرسّت مجلّة الالتزامات والعقود بكلّ وضوح جزاء البطلان المطلق لانعدام الأهلية والنسبي لتقييدها¹⁰⁰⁶ وهو نفس توجه مجلّة الأحوال الشخصية خاصّة في فصولها 156 و162 و163 م.أ.ش.¹⁰⁰⁷

ولنفس هذه الأسباب يستتج غياب العقد الموقوف عن التقويت في ملك الغير. ويقدم الفصل 576 م.أ.ع. سببا إضافيا لهذا الإقصاء يتمثل في التعويض الذي لا يتصور في العقد الموقوف وهو العقد الذي لا ينتج أي أثر مطلقا، فهو في سببات

¹⁰⁰⁵ محمد مصطفى شليبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 418.

¹⁰⁰⁶ ألفة الفرشيشي، الحجر على الرشد، مذكرة دراسات معمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم

السياسية بتونس، 1992-1993، ص 179 وما يليها.

¹⁰⁰⁷ ألفة الفرشيشي، الحجر على الرشد، مذكرة سابقة، ص 183 وما يليها.

الإسلامي على الشروط مهما اختلفت أسماؤها من بطلان وفساد وفسخ¹⁰⁰³، أمّا في الفقه الحديث فاستقلال المرحلتين ولو ذهنياً¹⁰⁰⁴ يستتبع استقلال الجزاء واختلاف نظامه القانوني بين البطلان والفسخ. ثم إن شروط العقد في مرحلة التكوين لم تدرج في المجلّة بنفس التقديم المعروفة به عند الفقهاء، إذ جمعها الفصل 2 م.أ.ع. وجعل لها جميعا نفس القيمة القانونية بما يوجب ترتب البطلان المطلق على تخلف أي واحد منها حسب الفصل 325 م.أ.ع. ولا فرق في الإشارة إليها بالأركان أو بشروط الصحة. والحال أن الوضع مغاير لبسط الفقه الإسلامي - الحنفي بالخصوص - حيث الرضاء والسبب شرط واحد هو الركن

¹⁰⁰² راجع سابقا، ف 102 و158.

¹⁰⁰³ صحيح أن استعمال الفسخ عند الفقهاء يغلب على شروط اللزوم دون بقية الشروط التي لها البطلان والفساد، ولكنهم يستعملونها كذلك في انحلال العقد الموقوف. وعلى كل، فهذا الفسخ يندرج في المقارنة مع نظرية البطلان لا نظرية الفسخ لعدم التنفيذ. راجع: السهوري، مصادر الحق، ج 4، ص 293.

¹⁰⁰⁴ عمليا قد يتحدان بل قد لا يتطّن إليهما خاصّة في العقود الفورية.

حتى يستفيق فلا ضرر منه يعوّض عنه¹⁰⁰⁸ خلافا لنظام الفسخ الذي يتماشى مع التعويض عند عدم التنفيذ حسب الفصل 273 م.أ.ع.

ويفضي هذا الاستنتاج إلى ردّ الحجّة الفقهيّة، فتضاف إلى ما سبقها من حجج على اعتماد العقد الموقوف في التفويت في ملك الغير. وبذلك يرتدّ هذا الأساس الذي لم يعتمد التّشريع صراحة لا في النظريّة العامّة ولا في النصوص الخاصّة، ويصعب أن يتقبّله ضمناً لغياب مقوماته ولا يوجد فقه قضاء يكرّسه.



277- بردّ العقد الموقوف يتأكّد قصور النظريّة العامّة للتصرف القانوني عن تقديم أساس يفسّر صحّة التفويت في ملك الغير. ويتوجّب تبعاً لذلك، التّركيز على التفويت في حدّ ذاته وحصر التّفكير في طبيعته الخاصّة.

والبحث عن صحّة التفويت في طبيعته يستدعي التّركيز على جانبه الشّخصي حيث يظهر أثرها من خلال الالتزامات التي ينشئها التفويت، لأنّ العقد الذي ينشئ التزامات هو عقد صحيح. وأخصّ هذه الالتزامات في مادّة ملك الغير هو التزام المفوّت بأن يجعل التفويت يحدث أثره العيني والمفوّت له متمتّعاً به. فالبايع عليه أن يعمل على تملك المشتري بالمبيع وعمل كلّ ما يجب في سبيل ذلك لأنّ انتقال المملكيّة هو الأثر المقصود من البيع، وقد جعل التزام البائع بالتسليم لتجسيده مادياً، والتزامه بالضمان لتأييده مادياً في العيوب وقانوناً في الاستحقاق. ومن هنا ينحصر مجال التأسيس باعتبار الجانب القانوني للأثار في انتقال المملكيّة وضمان الاستحقاق.

ومراعاة للجانب الشّخصي للتفويت فإنّ الأساس الصّحيح للتفويت في ملك

278- يبنني تصوّر المشرّع للتفويت عموماً على محور أصلي تدور حوله آثار مصاحبة ومكمّلة. فالمحور الأصلي هو انتقال الملكية أو اكتساب الحقّ العيني بصفة عامّة، لأنّه هو الغرض المقصود من التفويت وهو أثره النوعي والمميّز، أمّا الآثار المصاحبة فتختلف من تفويت إلى آخر حسب طبيعته إن كان عقداً تبادلياً كما في البيع أو ملزماً لجانب واحد كما في الرهن العقاري. ونموذج هذا التصرّف في البيع حيث يعدّ انتقال الملكية الأثر العيني والرئيسي للعقد تتركز حوله التزامات متبادلة على كلّ من البائع (التسليم والضمان)¹⁰⁰⁹ والمشتري (دفع الثمن وتسليم المبيع)¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁸ غنيّ حسون طه، القانون المدني الكويتي، مقال سابق، ف 65، ص 193.

¹⁰⁰⁹ الفصل 591 م.ع.

¹⁰¹⁰ الفصل 675 م.ع.

السيّري يسكن في ضمان المسحوق (المسمّ التاني) إذ يبين التحليل فصور انتقال الملكية عنه ولو أنّ صلته بالأساس الصّحيح ليست منعدمة باعتبار استناد الضمان نفسه إليه (القسم الأوّل).

القسم الأوّل: انتقال الملكية

279- يخرج المطلّع على التطوّر التاريخي لانتقال الملكية الرضائي في القانون الفرنسي¹⁰¹¹ بعبارة هامّة تصلح مقدّمة ضروريّة لهذا البحث¹⁰¹²، وهي أنّ بيع ملك الغير في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم كان صحيحاً لأنّه لم يكن ناقلاً للملكيّة، وأنّه انقلب منطقياً إلى البطلان لما تغيّر الوضع مع المجلّة المدنيّة وأصبح البيع ناقلاً للملكيّة. وهو ما يفضي إلى استنتاج حتمي عن علاقة

¹⁰¹¹

يسمّى هذا الانتقال بالفرنسيّة: *Le transfert solo consensu de la propriété*.

¹⁰¹²

انظر عرضاً مبسطاً لهذا التطوّر في: مازو وشاباس، الأموال، ف 1613 وما بعدها، ص 346 وما يليها.

- السّهوري، الوسيط، ج 4، ف 229 وما بعدها، ص 407 وما يليها. وانظر أيضاً لاحقاً ف 302.

التأثر بين حكم بيع ملك الغير وانتقال الملكية: فصي تشريع يكرّس الانتقال الرضائي للملكية تنتقل الملكية قانونا بمجرد العقد فيقال إنّ انتقال الملكية هو أثر قانوني للعقد ، ويكون بيع ملك الغير باطلا كما في القانون الفرنسي وكلّ من تأثر به¹⁰¹³. أمّا في تشريع لا يجعل للعقد نفوذ نقل الملكية وإنما يدخله في دائرة التزامات البائع، فيبيع ملك الغير صحيح مثلما كان في روما وفي القانون الفرنسي القديم ومن هو متأثر بهما اليوم كالقوانين الجرمانية خاصة¹⁰¹⁴. إذ من المتفق عليه أنّ العقد المنشئ لالتزامات هو عقد صحيح بلا خلاف.

بهذا تظهر كيفية التأسيس على انتقال الملكية باعتبار أنّ طبيعته هي المحددة لتصور حكم التفويت في ملك الغير: فإمّا انتقال رضائي أي أثر قانوني والتفويت باطل أو هو التزام على كاهل المفوّت والتفويت صحيح¹⁰¹⁵. أمّا أن يكون انتقال الملكية رضائياً والتفويت صحيحاً في آن واحد فهذا متساف مع

الفرع الأول: انتقال الملكية أثر قانوني وليس التزاما

280- ربّما كان الالتزام بنقل الملكية أو بالحقّ العيني عموما من أشدّ مسائل القانون المدني صعوبة نظرا لكثرة الاختلاف فيه وتعدد نفاثته والدّاعين إلى حذفه من التقسيم الثلاثي للالتزامات (عمل - امتناع عن عمل - نقل الملكية)¹⁰¹⁶. ودون الخوض في هذا الاختلاف ولا في إثبات الالتزام بالحقّ العيني مطلقا أو نفيه، فإنّ ضرورة البحث تفرض التّحديد المسبق لطبيعة الأثر العيني في التفويت. وبالتأمّل في أحكام البيع على وجه الخصوص يتبيّن وجود دوافع جدية ترجّح أن يكون انتقال الملكية أثرا قانونيا لا التزاما يتحمّله البائع وذلك انطلاقا من حجج أصلية (الفقرة الأولى) تعززها حجج تدعيمية مأخوذة من الشكّيك والردّ على حجج المتمسّكين بأنّه التزام (الفقرة الثانية).

281- تؤخذ هذه الحجج بعضها من نصوص مجلة الالتزامات والعقود (أ) وبعضها من المقارنة مع تشاريح أخرى (ب).

ويبين تحقيق موقف القانون التونسي من هذه المسألة أنه من صف هذا الاستنتاج الثالث، وهو ما يفرض عرض حقيقة نظرته لانتقال الملكية من أنه أثر قانوني لا التزام (الفرع الأول) قبل تفسير كيف أن هذه النظرة لا تتعارض مع صحة التفويت المبدئية (الفرع الثاني).

1016 راجع في هذا الموضوع بالإضافة إلى المطولات في الالتزامات والعقود المسماة:

- خليفة الخروبي، نقل الملكية في عقد البيع، اثرام التزام؟ المجلة القانونية التونسية، 1999، ص 11-25.
- باسكال بلوك، الالتزام بنقل الملكية في البيع، مقال سابق، مرجع سابق، - جيروم هوييه، في مختلف أنواع الالتزامات... مقال سابق، مرجع سابق.

- Corinne SAINT-ALARY HOUIN, Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière, in Mélanges Pierre Raynaud, Dalloz, Sirey, Paris 1985, pp. 733-761 ; - Jacques GHESTIN, Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, D. 1989, Chr., pp. 1 et s. spéc. n° 13 ; - Denis TALLON, Le suprenant réveil de l'obligation de donner, D. 1992, Chr., p. 67 et s. spéc. n° 3 ; - Muriel FABRE-MAGNAN, Le mythe de l'obligation de donner, R.T.D.Civ., 1996, pp. 85-107 ; - Pascal ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, R.T.D.Civ. 1999, pp. 771-810 ; - Naoki KANAYAMA, Donner et garantir - un siècle après ou une autre histoire, Etudes offertes à Jacques Ghestin, L.G.D.J., Paris 2001, pp. 473-478.

1013 راجع مقدمة هذا البحث، ف 21.

1014 راجع مقدمة هذا البحث، ف 20. وكذلك دي باج ولبنز، البيع، ف 15، ص 37 وف 30-31، ص 65 وما يليها.

1015 ستيفاني، بيع عقار الغير في القانون المصري، مقال سابق، ص 156-157.

- Pascale BLOCH, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, R.T.D.Civ. 1988, pp. 673 et s, spéc. n° 54, p. 695 et la note n° 108. - Jérôme HUET, Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée, in Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle, L.G.D.J. Paris 2001, pp. 425-435, spéc. n° 7, p. 432.

أ- نصوص مجلة الالتزامات والعقود:

282- إن أول ما يشدّ قارئ عنوان البيع في مجلة الالتزامات والعقود، وكذا العقود الناقلة كلّها، هو غياب أي ذكر لالتزام بنقل الملكية. فقد عدّد الفصل 591 م.إ.ع. التزامات البائع بنصّه «البائع ملزوم بأمرين وهما تسليم المبيع وضمانه» ولم يجعل نقل الملكية ثالثهما. وقد تصدّر هذا الفصل القسم الثاني المعنون «فيما يجب على البائع» من الباب الثاني من عنوان البيع وعنوانه «فيما يترتّب على البيع». والملاحظ فيه أنّه فصل بين التسليم ونقل الملكية، وقد كانا يختلطان في روما حيث انتقال الملكية مادي، أما وقد أصبح ذهنيًا مجردًا فإنّ التسليم هو المجرّد لمادّية الانتقال وهو التزام فلا موجب عندئذٍ لاعتبار نقل ملكية بدوره التزامًا، ممّا يعني أنّ الالتزام بالتسليم يفترض منطقيًا انتقالًا قانونيًا للملكية لا التزامًا بنقلها¹⁰¹⁷. يؤيد ذلك أنّ المشرّع لم يغفل عن تنظيم انتقال الملكية بل خصّص له قسمًا مستقلًا عن واجبات البائع وسبقه عليه: وهو القسم الأوّل من الباب الثاني

آليًا تدلّ عليه صيغة الماضي في فعل «انتقلت» التي تفيد المضاء والانتضاء. وحيث لم يرد ذكر لالتزام ما بهذا الأثر كان ذلك بحكم القانون، أي أنّ ربط الأثر بشرطه لم يتمّ عبر إلزام البائع به بل تمّ من نفس القانون وبقوّته، ولو كان القصد هو إلزام البائع به لتغيّر نصّ الفصل 583 م.إ.ع. بما فحواه «إذا تمّ البيع بتراضي الطرفين التزم البائع بنقل ملكية المشتري للمشتري»¹ ويؤيد هذا التحليل دليلان نصيّان أولهما يؤخذ من الصياغة الفرنسية للفصل 583 م.إ.ع. التي عبّرت بوضوح عن حكم القانون في ترتيب أثر نقل الملكية «*L'acheteur acquiert de plein droit la propriété de la chose vendue*»

وثانيهما - وهو أهمّ - يستمدّ من تعريف البيع أصلا كيفما وضعه الفصل 564 م.إ.ع. «البيع عقد تنتقل به ملكية شيء أو حقّ من أحد المتعاقدين للآخر بثمن يلتزم به». فقد تقدّمت الإشارة إلى أنّ الفصل 564 م.إ.ع. دليل على أنّ انتقال

الملكيه اثر لبيع وليس ركنا له باعتبارها يجعل العمء سببا لنقل الملكيه اعتمادا على معنى السببيه المستفاد من حرف الجر «به». ونعود إلى ذات الفصل لتأكيد أن هذا الأثر هو أثر قانوني وليس التزاما. بدليل أن ذات السببيه تمت بين البيع نفسه ونقل الملكيه ولم تتم عبر إلزام البائع بذلك، ويؤيده أن الفصل 564 م.ا.ع. جعل انتقال الملكيه مقابلا لالتزام المشتري بدفع الثمن إذ يلاحظ انتفاء الالتزام في فرع انتقال الملكيه «عقد تنتقل به» مقابل الحديث عنه في فرع الثمن «بثمن يلتزم به». فلو كان انتقال الملكيه التزاما لأثبتته النص صراحة كما فعل مع الثمن، أو كما فعل المشرع المصري في المادة 418 من التقنين المدني حيث عرف البيع بأنه «عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكيه شيء...».

ب- الحجم المقارنه:

283- تتأكد الحجج النصيه المذكورة بمجرد مقارنة شكلية بين نصوصنا

¹⁰¹⁹ راجع سابقا، ف 104.

المشار إليه وعنوانه «في أحكام عامه» تضمنت الفصول من 583 إلى 590 م.ا.ع. وأولها ذكرا هو طبعا الفصل 583 م.ا.ع. المتعلق بنقل الملكيه الرضائي¹⁰¹⁸.

ويتضح من تحليل عبارات هذا النص أن نقل الملكيه فيه هو أثر فوري وآلي لعقد البيع لا يصلح أن يكون التزاما على كاهل البائع، لأنه «إذا تم البيع بتراضي الطرفين انتقلت ملكيه المشتري للمشتري». فالجملة الشرطيه التي تركب منها الفصل 583 م.ا.ع. تفيد تلازم الشرط وجوابه تلازما يجعل الجواب أثرا لما قبله، ثم إن هذا الأثر يرتبط بشرطه ارتباطا

¹⁰¹⁷ انظر في هذا الاتجاه: قرار تعقيبي عدد 5672 مؤرخ في 17 مارس 1981، ن 81، 1، 117. وكذلك قرار تعقيبي عدد 5733 مؤرخ في 25 جوان 1968، ق.ت. ماي 1969، ص 23 (بصفة ضمنية).

¹⁰¹⁸ يوجد في مجله الالتزامات والعقود نمن ثان يكرس صراحة انتقال الملكيه الرضائي لكنه متعلق بعقد القرض، وهو الفصل 1086 ونصته: «يدخل القرض في ملك المقترض من وقت تمام العقد بتراضي الطرفين ولو قبل تسلمه».

ونصوص تشاريع تقرّ الالتزام بنقل الملكية كالتشريع الفرنسي والتشريع المصري. ففي مصر، وإضافة إلى المادة 418 في تعريف البيع، تعدّد المادة 428 من القانون المدني التزامات البائع وتجعلها أربعة أولها الالتزام بنقل الملكية ثمّ الالتزام بالتسليم وضمن الاستحقاق والتعرض ثمّ ضمان العيوب، وتنظّم المواد من 204 إلى 207 الالتزام بنقل الملكية بوجه عام. أمّا في فرنسا فتشير الفصول 711 و1101 و1106 و1126 و1136 و1582 من المجلّة المدنيّة صراحة إلى الالتزام بنقل الملكية، بل إنّ المجلّة خصّصت له قسماً مستقلاً في باب تنفيذ الالتزامات (الفصول 1136 إلى 1141) يقابله قسم آخر للالتزام بعمل وبالامتناع عن عمل (الفصول 1142 إلى 1145). وعلى هذا الأساس مال بعض الفقهاء إلى صعوبة إنكار هذا الالتزام دون محو النصوص المذكورة في المجلّة وذلك رغم تسليمهم بوجاهة حجج نفيه¹⁰²⁰.

أداؤه¹⁰²¹، فاعتبار نقل الملكية أثراً قانونياً لا التزاماً يعني عن الإشارة إليه في باب الوفاء بالالتزام لأنّ تحقق هذا الأثر ليس محلّ التزام بل يتمّ بحكم القانون، وبالتالي فلا حاجة لمعرفة شروط أدائه الصّحيح من عدمه، بل يجب معرفة شروط تحقّقه قانوناً¹⁰²²، وهذا ممّا ينسجم مع الأثر القانوني لا مع الالتزام¹⁰²³.

وتدرج هذه الحجّة في إطار أعمّ هو نظام الالتزام الذي تستمدّ منه حجج أخرى تدعيمية للأدلة السابقة.

الفقرة الثانية: المجرّد التّدعيمية

285- لاحظ المتمسّكون بالطبيعة الإلزامية لنقل الملكية أنّ هذا النّقل ليس فورياً دائماً، بل توجد حالات يتأجّل فيها، وهذا التّأجيل في حدّ ذاته دليل على وجود الالتزام بنقل الملكية (ب)، كما أنّه في الوضع الأصلي حيث يكون النّقل فورياً، فهو ليس عائقاً أمام وجود الالتزام (أ) والحقيقة أنّ هذين التّقريرين

أ- الفورية ووجود الالتزام:

286- إن من مقتضى الفصل 583 م.ا.ع. أو الفصل 1583 مدني فرنسي أن

1021 Art. 1238: «Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement, et capable de l'aliéner».

1022

سيأتي بحث هذه الشروط لاحقاً، ف 305 وما بعدها.

1023

يجدر التنبيه إلى الانتقادات الشديدة التي لقيها الفصل 1238 فرنسي لاشتراطه ما لا يتفق إلا مع الإلتزام بنقل الملكية وهو التزم مشكوك في وجوده، ولا فراغه محتوى ما يشترطه بتصحيح الأداء عند استهلاك الشيء بحسن نية (الفصل 1238 ف 2) وكذلك لتجاهله لطبيعة الأداء من أنه عمل «ضروري» مفروض على المدين فلا مصلحة له ولا للدائن في إبطاله بدعوى أن المدين غير مالك لما أداه أو أنه غير أهل للتفويت! وهذا ما يفسر المديح الذي لقيه المشرع الإيطالي عندما حذف في سنة 1942 الفصل 1240 القديم الذي كان موافقاً للفصل 1238 فرنسي، واكتفى في الفصل 1191 الجديد بنص يشبه في محتواه الفصل 253 م.ا.ع. راجع في كل هذا: نيكول كاتالا، الطبيعة القانونية للأداء، أطروحة سابقة، ف 59 وما بعدها، ص 118 وما يليها. - لوران، ج 17، ف 493، ص 486.

وواضح أن مثل هذا السند لالتزام بنقل الملكية عائب في القانون التونسي حيث لا يوجد أي نص مشابه للتصوص المذكورة، وخاصة في الكتاب الأول في النظرية العامة للالتزامات، إذ لم يرد في باب تنفيذ الالتزامات ما يقابل الفصول الفرنسية (من 1136 إلى 1141) أو المصرية (من 204 إلى 207). وإنما اقتصر المشرع في باب «عدم الوفاء بالالتزامات وما يترتب على ذلك» على الإلتزام بعمل والالتزام بامتناع عن عمل فذكرهما صراحة في الفصلين 275 و276 م.ا.ع.

284- يتفق هذا التوجه مع تنظيم باب «الوفاء بالالتزامات» الذي لم يتضمن نصاً مماثلاً للفصل 1238 من المجلة المدنية الفرنسية، وهو الفصل الذي يوجب أن يكون المدين أهلاً للتفويت ومالكاً للشيء الذي أداه حتى يصح

1020

جيروم هوييه، في مختلف أنواع الالتزامات... مقال سابق، ف 2، ص 427. - باسكال بلوك، الإلتزام بنقل الملكية في البيع، مقال سابق، ف 10، ص 678.

تنتقل الملكية فوراً حين العقد، وهو ما يلتقي مع اعتبار نقل الملكية أثراً قانونياً يحققه العقد من نفسه بقوة القانون. ومع هذا يلاحظ المتمسكون بالعكس أن مثل هذين النصين ليس عائقاً أمام إقرار الطبيعة الإلزامية لنقل الملكية إذ يكفي أن يقال إن البيع أنشأ التزاماً نفذ فوراً¹⁰²⁴، أي أن المانع من وجود الالتزام منعدم. وإنما عدم التمييز بين وجود الأثر وزمنه هو الذي أوقع في اللبس المفضي إلى القول بأن نقل الملكية أثر قانوني وليس التزاماً¹⁰²⁵. ويدعم هذا التحليل أن زمن انتقال الملكية لا يهمل النظام العام¹⁰²⁶ وأنه قد يتأجل إلى ما بعد العقد، وهذا دليل على أن الفورية تحصل من التنفيذ الفوري للالتزام بنقل الملكية.

وقد لاحظ عديد الفقهاء عن حق أن مثل هذا التحليل مصطنع ولا فائدة فيه¹⁰²⁷ لأنه تبريري وتلفيقي بما أنه يحاول أن يوفق بين انتقال الملكية الرضائي والالتزام بنقل الملكية، والحال أنه أثر ذهني مجرد وليس محسوساً حتى يكون مجرد التمام¹⁰²⁸، ثم هو يتحقق بصفة الآلة متناهية ثمزجاً للأحكام التفويضية

الالتزامات بعمل - أو بامتناع عن عمل - ولا شأن له بالالتزام بنقل الملكية «على فرض وجوده»¹⁰³⁰. فما هذا الالتزام الذي لا ينفذ جبرياً ويتحقق من نفسه ولا يد للملتزم فيه؟¹⁰³¹ وهل يوجد التزام لا مجال لعدم تنفيذه أبداً¹⁰³²؟ وما هذا الالتزام الذي ليس فيه عنصر المسؤولية؟ فالالتزام هو مديونية ومسؤولية والمسؤولية هي جزاء المديونية وضماتها¹⁰³³، فإذا كان انتقال الملكية دائماً آلياً وقانونياً يحصل بمجرد تمام العقد، فإن عنصر المسؤولية لن يتحقق أبداً، وحتى المديونية ستوجد وتنقضي سريعاً في لمح البصر، أليس من الأصح عندئذ القول بالطبيعة القانونية لانتقال الملكية¹⁰³⁴ عوض التمسك باعتباره التزاماً ليس فيه ما يربطه بمفهوم الالتزام أصلاً؟ ثم إن عدم قابلية مثل هذا «الالتزام» للتنفيذ الجبري يجعله خارج تأثير القوة القاهرة وخارج ميدان المسؤولية العقدية لأن «المدين» لا دخل له فيه¹⁰³⁵، فكيف يتصور التزام ليس فيه كل هذا؟

في الحقيقة، يصعب ذلك إن لم يكن مستحيلاً. والأولى عندئذ اعتبار
الطبيعة القانونية لانتقال الملكية سواء تم فور العقد أم تأجل بعده.

1030 في هذا الاتجاه: أطروحة عبد الله كوماتي بالفرنسية:

Abdallah COMATY, Du mode d'exécution forcée des obligations et des
obligations de donner et de faire, thèse Toulouse, 1975, pp. 3 et 46.

1031 موريال فابر-مانيان، أسطورة الالتزام بنقل الملكية: مقال سابق، ف 9، ص 91.

1032 فيستان، خواطر حول بند الاحتفاظ بالملكية...، مقال سابق، ف 13. - كولار-دوتبول ودلباك، العقود
المدنية التجارية، ف 200، ص 165.

1033 راجع الفصلين 273 م.ع. و192 م.ع.

1034 بودري لكانتيني، الوجيز في القانون المدني، ج 1، ف 1362، ص 734. - باسكال أنسال، القوة
الإلزامية والمحتوى الإلزامي للعقد، مقال سابق، ص 783.

- **Marcel PLANIOL et Georges RIPERT**, Traité pratique de droit civil français, Tome
3, Biens, par **Maurice PICARD**, Paris L.G.D.J. 1952, n° 618 et s., pp. 596 et s.

1035 عبد الله كوماتي، في طريقة التنفيذ الجبري... أطروحة سابقة، ص 54-55.

الجبري¹⁰²⁹، أي إلى غضب المدين على الوفاء به، فالتنفيذ الجبري لا يهّم إلا

1024 السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 234، ص 412. - مازو وشاباس، الالتزامات، ف 934 ص 1031.

- ستيفاني، بيع عقار الغير...، مقال سابق، مرجع سابق، ص 159. - نيكول كاتالا، الطبيعة القانونية
للأداء، أطروحة سابقة، ف 37، ص 87. - موريال فابر-مانيان، أسطورة الالتزام بنقل الملكية، مقال
سابق، ف 5، ص 89.

1025 ستيفاني، بيع عقار الغير...، مقال سابق، ص 158.

1026 مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمفاوضة، ف 911 ص 195. - فيهو، أعمال التوثيق في ملك الغير،
مقال سابق، ف 14، ص 11.

1027 كورين سانت-الاري هوان، خواطر حول تأجيل انتقال الملكية، مقال سابق، مرجع سابق،
ف 25، ص 747. - باسكال بلوك، الالتزام بنقل الملكية، مقال سابق، ف 11، ص 678.

1028 موريال فابر-مانيان، أسطورة الالتزام بنقل الملكية، مقال سابق، ف 5، ص 89.

1029 باسكال بلوك، الالتزام بنقل الملكية في البيع...، مقال سابق، ف 12، ص 678. - موريال فابر-
مانيان، أسطورة الالتزام بنقل الملكية، مقال سابق، ف 5، ص 89. - ديموغ، الوسيط في الالتزامات بوجه
عام ف 59، ص 76.

ب- تأجيل انتقال الملكية:

287- وقف بعضهم¹⁰³⁶ عند هذا التأجيل ورأوا فيه دليلاً كافياً على وجود التزام بنقل الملكية إذ لو كان انتقال الملكية الفوري أثراً قانونياً آلياً حقاً لما تأجل، لكن الأمر مختلف لأن أساسه يرجع إلى إرادة الأطراف التي لها أن تؤجل أو تتجز نقل الملكية¹⁰³⁷، فإذا أجلته نشأ التزام على البائع بتحقيقه، إذ لا يمكن الإقرار بتكوين العقد وبعدم تحقق أثره النوعي دون أن يكون على الأقل منشئاً للالتزام بتحقيق ذلك الأثر. وهو ما يقيم الدليل على أن انتقال الملكية هو التزام يتحمّله البائع وليس أثراً قانونياً للعقد.

لكن هذا الدليل مرجوح ومن الممكن نفيه (2) بعد إبراز كيفية تأجيل انتقال الملكية (1).

1- كيفية تأجيل انتقال الملكية:

الأشياء المعينة بالنوع (1.1) وبيع الأشياء المستقبلية (2.1)، وإما إلى الاتفاق¹⁰⁴¹ ومنه خاصة بند الاحتفاظ بالملكية (3.1)¹⁰⁴².

1.1- الأشياء المعينة بالنوع:

289- يجوز بيع الأشياء المعينة بالنوع استناداً إلى صريح الفصل 63 م.أ.ع. الذي يشترط لصحة العقد أن يكون «المعقود عليه معيناً ولو بالنوع». ولا يمكن تصور انتقال ملكية هذه الأشياء بمجرد التعاقد عليها، بل يجب أن يقع إفرازها أي تعيينها في ذاتها فلا تختلط مع غيرها وتنتقطع مثليتها¹⁰⁴³. وتفسير ذلك أن الملكية حق عيني، والحق العيني لا يمكن أن يمارس على صور ذهنية أو مسميات معنوية كالقمح والسكر والزيت... بل ينصب بتعريفه - وهو سلطة على

¹⁰⁴¹ كورين سانت أاري هوان، خواطر حول تأجيل انتقال الملكية، مقال سابق، ف 23، ص 745.

¹⁰⁴² ينتج عن هذا أن الانتقال الفوري يتطلب بكون المبيع شيئاً معيناً بالذات وبغاية التمييز عن غيره من الأشياء.

288- إن عقد البيع ليس دائماً عقداً فورياً¹⁰³⁸ لأن أثره الأصلي لا يتحقق بصفة فورية وحينية في جميع الأحوال بل قد يتأجل إلى حين تحقق وقائع أو شروط لاحقة¹⁰³⁹، تعود إما إلى طبيعة المال¹⁰⁴⁰ وذلك خاصة في صورتين هما بيع

¹⁰³⁶ باسكال بلوك، الالتزام بنقل الملكية في البيع، مقال سابق، ف 74، ص 702. - جيروم هوييه، في مختلف أنواع الالتزامات، ... مقال سابق، ف 2، ص 427. - عبد الله كوماتي، في طريقة التنفيذ الجبري...، أطروحة سابقة، ص 63-64.

¹⁰³⁷ حسب ريبيريولانجي (الجزء 2، ف 2462، ص 864) يعد الانتقال الرضائي للملكية التعبير المتأخر والأكثر وضوحاً عن سلطان الإرادة:

«*Il est l'affirmation la plus éclatante du principe de l'autonomie de la volonté.*»
¹⁰³⁸ كورين سانت آري هوان، خواطر حول تأجيل انتقال الملكية، مقال سابق، ف 20، ص 743.

¹⁰³⁹ نيكول كاتالا، الطبيعة القانونية للأداء، أطروحة سابقة، ف 389، ص 89. - مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمفاوضة، ف 902 وما بعدها، ص 182 وما يليها.

¹⁰⁴⁰ نيكول كاتالا، الطبيعة القانونية للأداء، مرجع وموضع سابقين.

انتقال الملكية. السهوي، الوسيط، ج 4، ف 236، ص 417.

¹⁰⁴³ «الإفراز *L'individualisation* هو تعيين الشيء وإفراده عن الأشياء التي تماثله بحيث تكون له ذاتيته وذلك بصفة نهائية ولا رجوع فيها» (سليمان مرهس، عقد البيع، ف 156، ص 271): ويشترط فيه عادة أن يكون معبراً عن إرادة الطرفين وأن يتم بحضورهما أو بموافقتهما. ويمكن مراعاة العرف فيه. وهو مسألة واقعية خاضعة لاجتهاد حكام الموضوع، ويختلف عن التسليم الذي يليه ولا يختلط به وإن رافقه عملياً خاصة في البيوعات التجارية.

والملاحظ أن مجلة التجارة البحرية تعرضت إلى الإفراز في الفصل 228 عند تنظيم البيوعات البحرية وسمته «التمييز» *La spécialisation*. ثم عرفته كما يلي (ف 4 و 5): «وفيما يتعلق بالأشياء المعينة بالنوع فلا يتم تسليمها إلا بعد التمييز.

والتمييز أو التطبيق هو العملية التي تتمثل في فرز تلك الأشياء من مجموع شامل توصلًا لانطباق ما وقع فرزه على الأشياء المباعة والمعيّنة بالنوع».

انظر في شروطه وكيفية:

- François GORÉ, Le transfert de propriété dans les ventes de choses de genre, Dalloz, 1954, II, Chr. Pp. 175-180.

وانظر في دوره في تحويل الشيء المعين بالنوع إلى شيء مثلي (الدور الإجرائي) وإلى إثبات مادية الشيء فيصبح موضوع حق عيني (الدور الإثباتي):

- Pierre JAUBERT, Deux notions du droit des biens: La consomptibilité et la fongibilité, R.T.D.Civ. 1945, pp. 75 et s. spéc. pp. 85-86.

شيء - على شيء معين ومحدد، وشرط هذا التعيين والتحديد في الأشياء المعينة بالنوع هو الإفراز¹⁰⁴⁴. وعليه فلا تنتقل ملكية المبيع المعين بالنوع وقت العقد وإنما تنتقل عند الإفراز¹⁰⁴⁵. ولئن كان هذا الحكم منطقيًا متفقًا مع الذوق السليم ومستمدًا من طبيعة الأشياء، فإن في التشريع ما يقدم له سندًا ممكنًا يضي عليه صبغة القانونيّة، ونعني الفصلين 582 و586 م.ع. فهذان النصان ليسا صريحين في تأخير انتقال الملكية إلى الإفراز، لكنهما يفيدان هذا الحكم بصفة ضمنيّة وضروريّة، باعتبار أنّ الفصل 582 م.ع. يتعلّق بتمام البيع جزافًا فينصّ «إذا وقع البيع جزافًا فإنّ العقد يتمّ بتراضي المتعاقدين بالثمن والمثمن وبقيّة الشّروط التي اتفقوا عليها ولو لم يحصل كيل ولا وزن ولا عدّ.

والبيع جزافًا هو بيع جملة أشياء بثمن واحد، وفي هذه الحالة لا يعتبر عدّها أو وزنها أو قيسها إلاّ لتقدير ثمن جميعها». فالبيع جزافًا وكما جاء في تعريف

بمفهوم المخالفة أنّ العمليّات المذكورة لازمة في هذا البيع الأخير لنقل الملكية أصلا لا لتقدير الثمن، وبالتالي يصحّ الاعتماد على الفصل 582 م.ع. باستعمال القياس العكسي لإقرار تأخّر انتقال الملكية في بيع الأشياء المعينة بالنوع إلى حين الإفراز.

أما الفصل 586 م.ع. فيتعلّق بتحمّل تبعه هلاك المبيع المعين بالنوع¹⁰⁴⁷ وهو ما يسمّيه المشرّع في مجلّة الالتزامات والعقود «ضمان المبيع»¹⁰⁴⁸. فمن المقررّ حسب قاعدة الفصل 585 م.ع. المترتبة عن العمل بنقل الملكية الرضائي أنّه من وقت تمام البيع «يصير المبيع في ضمان المشتري ولو قبل تسلّمه إيّاه ما لم يكن في ذلك ما ينافي العقد». أي أنّ هلاك المبيع يتحمّله المشتري كنتيجة لكونه أصبح مالكا تطبيقًا للقولة المعروفة «هالك الشيء على مالكه»¹⁰⁴⁹. وتعدّ هذه القاعدة أخطر نتيجة على الإطلاق لمبدأ الانتقال الرضائي للملكية. ويترتب عنها تلازم مبدئي بين

انتقال الملكية وتبعية الهلاك، قد ينفصل أحيانا فتنتقل الملكية ويبقى ضمان

1047 يقصد بتبعية هلاك المبيع معرفة من من البائع أو المشتري يتحمل خطر هلاك المبيع أو تعيبه بفعل أمر طارئ أو قوة قاهرة في الفترة الفاصلة بين إبرام العقد والتسليم، أما لو هلك المبيع قبل البيع بطل العقد لاستحالة محله ولو هلك بعد التسليم تحمّله المشتري لأنه الحائز للملكه.

- Soliman MORCOS, La théorie des risques en droit français et en droit égyptien comparés, Revue Al Qanoun Wal Iqtisad, Université du Caire, 1936, pp. 322 et s., spéc. p. 322.

1048 يلاحظ تنوع استعمال كلمة «ضمان» في مجلة الالتزامات والعقود، وهو أمر يحتاج إلى كثير من الانتباه خشية الالتباس والوقوع في الخلط، فهي تعني أولا المسؤولية المدنية وبهذا المعنى استعملت خاصة في باب «الالتزامات الناشئة من الجرح وما ينزل منزلتها» (الفصول من 82 إلى 115) وهي تعني ضمان الاستحقاق وضمان العيوب كالتزامين يترتبان عن البيع وشبهه من العقود الأخرى (خاصة الفصول من 630 إلى 674) وهي تقصد أيضا تبعية هلاك المبيع كما تقدم في المتن وفي الهامش السابق (الفصول من 585 إلى 590). ويلاحظ أن الفصل 554 م.ع. وضع قاعدة عامة تقتضي بـ «الخراج بالضمان» وهي لعموميتها تستغرق معنيي المسؤولية - الموضوعية خصوصا - وتبعية الهلاك، كما تدل كلمة الضمان على الكفالة كتأمين شخصي (مثلا الفصول 210 و1482 و1488 و1492 و1500) أو على التأمين مطلقا أو الوثيقة أو كل وسيلة تعزز حظوظ استخلاص الدين كما في الفصلين 149 و172 م.ع.

1049 «res perit domino».

المحصول الموجود بمخازن البائع، أي أنه يتسلط على شيء معين بصفة إجمالية تجعله في حكم الشيء المعين بالذات¹⁰⁴⁶، فيكون انتقال الملكية فيه فوراً عملاً بمبدأ الانتقال الرضائي للملكية، وهذا ما يقرره الفصل 582 م.ع. بالضبط مؤكداً أن عمليات الكيل والوزن والعدّ والقيس - وهي الأعمال الضرورية للإفراز - لا تأثير لها في انتقال الملكية وإنما تعتبر لاحتمال التمن. وما دام البيع جزافاً هو نقيض أو مقابل بيع الأشياء المعينة بالتنوع، جاز الاستنتاج

1044 من نافلة القول إن الأشياء المعينة بالتنوع هي قبل إفرازها غير مملوكة لأحد، وهي بهذا المعنى خارجة عن الموضوع أصلاً.

1045 مازو وشاباس ودي جيغلار، البيع والمعاوضة، ف 903، ص 182. - السنهوري، الوسيط، ف 245، ص 427. - سليمان مرقس، عقد البيع، مرجع وموضع سابقين،

- François GORÉ, Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer, R.T.D.Civ., 1947, p. 161.

1046 مازو وشاباس ودي جيغلار، البيع والمعاوضة، ف 907، ص 185.

الهلاك، أمّا الأصل فهو التّلازم فإمّا أن ينتقلا معا أو يبقيا معا. وبقراءة الفصل 586 م.ا.ع. على ضوء هذا التّلازم يتبيّن من نصّه «إذا وقع البيع بالكيل أو بالوزن أو بالعدّ أو بالوصف أو بشرط التجربة أو على شرط ذوق طعم المبيع فإنّ الأشياء المباعة تبقى في ضمان البائع وإن صارت بيد المشتري ما لم يقع كيلها أو وزنها أو عدّها أو تجربتها أو ذوق طعمها أو اختبارها وقبولها من المشتري أو من نائبه»، أنّ ضمان هلاك الأشياء المثلية يتأجّل إلى حين الإفراز والقبول بما يوحي أنّ انتقال الملكية نفسه مؤجّل نظرا إلى التّلازم المشار إليه، وإنّما أضاف الفصل 586 م.ا.ع. قبول المشتري ولم يكتف بالإفراز وذلك بقصد إثبات الإفراز نفسه ونبت تفرّد البائع بإجرائه ودرء المنازعات بين البائع والمشتري حول حصوله من عدمه، ولأنّ في الضمان تحميلا لتبعة ومجلبة لضرر من الإنصاف إشراك المشتري فيه حتّى يعرف ماذا ينتظره¹⁰⁵⁰. ويؤيد هذا التّحليل ربطه بالفصل 582 م.ا.ع. السابق.

لعموم الفصل 66 م.ا.ع. وعلى فرض الصحة، فالملكية يتأجّل انتقالها. وترجع العلة أيضا إلى طبيعة الأشياء ومفهوم الحقّ العيني. ذلك أنّ الشيء غير موجود وقت التّعاقّد فلا يتصور أن يكون في هذا التاريخ موضوع حقّ عيني لأنّ هذا الحقّ بتعريفه يفترض وجود الشيء موضوعه حتّى يتسلّط عليه ويستطيع صاحبه ممارسة سيطرته عليه، وعليه فإنّ هذا الحقّ يتأجّل إلى حين وجود الشيء فعلا في المستقبل ولا يمكن أن يوجد قبله، وبالتالي فانّ انتقال ملكية الشيء المستقبل يتأجّل إلى حين تحقّقه¹⁰⁵³ ولا يتمّ فور العقد¹⁰⁵⁴. ويتبع ذلك أن يتأجّل انتقال تبعه الهلاك أيضا¹⁰⁵⁵، وهو ما يقرّره المشرّع صراحة بالنسبة إلى صورة خاصة من صور بيع الشيء المستقبل وهي بيع الثمار على رؤوس أشجارها، إذ يقرّر في الفصل 590 م.ا.ع. تأخير ضمان المبيع إلى حين نضج الثمار: «إذا بيعت أثمار على أشجارها أو بقول أو مقائلي قبل جدّها أو زرع قبل حصده فإنّ ضمانها يكون

وهكذا يتبين أن انتقال ملكية المبيع المعين بالنوع يتم قانوناً عند إفراز المبيع
لا بمجرد إبرام العقد¹⁰⁵¹. وهذا هو نفس حكم بيع الأشياء المستقبلية.

2.1- الأشياء المستقبلية:

290- بعد تجاوز النقاش المتعلق بجواز بيع الأشياء المستقبلية أصلاً وإن لم
يكن باطلاً على أساس الفصل 574 م.إ.ع. باعتباره بيعاً معدوماً¹⁰⁵² أم جائزاً

¹⁰⁵⁰ فرانسوا فوري، انتقال الملكية في بيع الأشياء المعينة بالنوع، مقال سابق، ص 177.

¹⁰⁵¹ لمزيد التفصيل والتوسع في بيع الأشياء المعينة بالنوع عموماً، انظر: إليزابيت بروشار، تأجيل انتقال
الملكية، أطروحة سابقة، ص 130 وما يليها.

¹⁰⁵² ينص الفصل 574 م.إ.ع. على ما يلي: «بيع المعدوم باطل ككثرة 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». ولئن كان
ظاهر النص مانعاً لبيع الأشياء المستقبلية إلا أن قراءة قصديّة وتطورية لمحتواه تبين أنه ليس في تعارض مطلق مع
صحة هذا البيع، وبيانه أن أساس الفصل 574 م.إ.ع. ليس في عدم أي في انتفاء وجود الشيء، بل هو في الغرر أي
في احتمال الوجود من عدمه، فكلما قوي احتمال الوجود ونقصت نسبة الشك صح التصرف، والعكس
بالعكس. ولذلك احتوى الفصل 574 م.إ.ع. فقرتين كأنهما تعلنان مبدأ واستثناء الحال - على ضوء الغرر -

3.1- بند الاحتفاظ بالملكية:

291- يدرج هذا البند عادة في البيع بالتقسيط ويتأجل بمقتضاه انتقال

أثماً حالتان مختلفتان يختلف حكمهما بحسب درجة الغرر. ثم إن الأمثلة والصّور المذكورة في النص متعلّقة
بوساطة فلاحي وتتماشى مع مجتمع ريفي. لكن لو نزل النص في إطار مجتمع صناعي حديث - وعلى ضوء فكرة
الغرر دائماً - فلا مناص من أن يستوعب كل مظاهر التعامل المدنيّة كبيع الآلات ستصنع أو بناءات ستشيّد،
وحاجة الناس إلى هذه المعاملات يضيق بها نص كهذا لو اعتبر فيه عدم لا الغرر. انظر في هذا الاتجاه: عبد
الوهاب الرّياحي، بيع العقار بصدد البناء، أطروحة سابقة، ف 541 وما بعدها، ص 312 وما يليها.

¹⁰⁵³ تحقّق الشيء هو وجوده واكتمال صورته ومادته، ويسمّى بالفرنسيّة *L'achèvement*.

¹⁰⁵⁴ مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعاوضة، ف 909، ص 186.

- كولار - دوتبول ودلبالك، العقود المدنيّة والتجاريّة، ف 124-188، ص 107-158.

¹⁰⁵⁵ انظر:

Fernand de VISSCHER, La vente de choses futures et la théorie du risque
Contractuel, Bruxelles-Berlin Goemaeri, PuttKammer et Mühlbrecht - Paris,
Arthur Rousseau, 1914, pp. 9, 70 et s. et spéc. 126 et s.

ملكيّة المبيع إلى المشتري إلى حين دفع آخر قسط من الثمن¹⁰⁵⁶. فيقال إنّ البائع يحتفظ بالملكيّة رغم وقوع التسليم وذلك ضماناً لاستخلاص ثمن البيع¹⁰⁵⁷. ويصرف النّظر عن الجدل الكبير الذي أثاره هذا البند حول صحّته والاحتجاج به وخاصة طبيعته القانونيّة¹⁰⁵⁸، فالمهم أنّ مفعوله - إن صحّ - هو تأجيل انتقال الملكيّة حتى دفع آخر قسط من الثمن، وذلك بموجب رضائيّة انتقال الملكيّة نفسها التي تسمح لإرادة الأطراف أن تعدّل فوريّة انتقال الملكيّة وهي ليست من النّظام العامّ بما أنّها متعلّقة بزمن الانتقال لا بالانتقال ذاته¹⁰⁵⁹، وهو ما تجيزه النّصوص صراحة حيث يبيح الفصلان 584 و585 م.ا.ع. تغيير النّتائج الأساسيّة لانتقال الملكيّة الرضائي «باتفاقات مخالفة»، ويتعلّق الأمر بالحقّ في إحالة التقويت في المبيع وإحالة الثمن وضمن المبيع كما أنّ المشرّع أقرّ أثر بند الاحتفاظ بالملكيّة صراحة في أمر 7 نوفمبر 1935 المتعلّق بالبيع المؤجّل للسيّارات

2- نفي دلالة التّأجيل على الالتزام:

292- إنّ القول بظهور الالتزام بنقل الملكيّة من خلال حالات التّأجيل هو قول لا فائدة فيه ولا يفي بحقائق الأمور بل قد يعكسها أحياناً. وذلك سواء في التّأجيل الطّبيعي (1.2) أم في التّأجيل الاتّفاقي (2.2).

1.2- النّفي في حالات التّأجيل الطّبيعيّة:

293- في هذه الحالات يبرز للوجود التزام بعمل يتحمّله البائع لا يختلط بنقل الملكيّة ولا بالتزامه بالتسليم¹⁰⁶¹. فبني بيع الأشياء المعيّنة بالنوع يكون مطلوباً بالإفراز، وفي بيع شيء مستقبل يلتزم بصنعه أو بنائه أي بتحقيقه، وهذه كلّها أعمال تصنّف تحت الالتزام بعمل. ولا فائدة، بل لا يصحّ اعتبارها التزاماً بنقل الملكيّة، لأنّ هذا الأثر يتحقّق آلياً بمجرد الإفراز أو وجود الشيء المستقبل، أي بمجرد تنفيذ الالتزام بعمل¹⁰⁶². فأين مكان الالتزام بنقل الملكيّة هنا؟ اللهمّ إلاّ

إذا قلنا إنه يوجد وينقضي في لحظة تحقق العمل المطلوب¹⁰⁶³، وهذا منتهى الصنعة والمزايدة النظرية!

ومع ذلك هناك من لاحظ أنه من الأفضل الإقرار بوجود إلزام بنقل الملكية حتى يتيسر التنفيذ الجبري لأن الاكتفاء بالالتزام بعمل يؤدي إلى استحالة غصب المدين عليه¹⁰⁶⁴ عملاً بمبدأ منع التنفيذ على الذات¹⁰⁶⁵. لكن هذا القول مردود عليه بما تقدم بيانه من منع التنفيذ الجبري في نقل الملكية، وبأن منع التنفيذ على الذات لا

1061

موريل فابر - مانينان، أسطورة الالتزام بنقل الملكية، مقال سابق، ف 8، ص 90-91. - جيروم هوييه، في مختلف أنواع الالتزامات، مقال سابق، ف 2، ص 427.

- كولار-دوتيوول ودلبالك، العقود المدنية والتجارية، ف 200، ص 166.

1062

موريل فابر - مانينان، مقال سابق، ف 8-9، ص 91.

1063

عبد الله كوماتي، في طريقة التنفيذ الجبري، أطروحة سابقة، ص 63-64.

1064

باسكال بلوك، الالتزام بنقل الملكية في البيع، مقال سابق، ف 74-75، ص 702.

1065

هذا المبدأ تعبر عنه قولة لاتينية: *Nemo cogi potest praecise ad factum*.

بهذا يتضح كيف يمكن أن يتأجل انتقال الملكية سواء في الصور الطبيعية أم في الصور الاتفاقية. فهل في هذا التأجيل دليل على نفي الطبيعة القانونية لهذا الأثر وإقرار بطابعه الإلزامي؟ يبدو الجواب بالنفي أصوب.

1056

فيستان، خواطر حول بند الاحتفاظ بالملكية، مقال سابق، مرجع سابق.

1057

أحمد بن طالب، الثمن في عقد البيع، مقال سابق، ص 26.

1058

لقد تعددت اقتراحات تحديد طبيعة بند الاحتفاظ بالملكية فقيل هو شرط تعليلي أو شرط فسخي، وقيل هو أجل تعليلي أو أجل فسخي، وهناك من قال إن البيع الذي فيه مثل هذا البند هو عقد ابتدائي ملزم للجانبين... انظر خاصة: فيستان، خواطر حول بند الاحتفاظ بالملكية، مقال سابق. - مازو وشاباس ودي

جيفلار، البيع والمعاوضة، ف 2-208 والمراجع المذكورة به 12 ص 210.

1059

مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعاوضة، ف 902، ص 182.

1060

رائد رسمي عدد 95 صادر في 26 نوفمبر 1935، وقد نصح هذا الأمر ثلاث مرّات بأوامر 18 ماي 1950

(رائد رسمي عدد 41 صادر في 23 ماي 1950) و10 فيفري 1955 (رائد رسمي عدد 13 صادر في 15

فيفري 1955) و8 ديسمبر 1955 (رائد رسمي عدد 99 صادر في 13 ديسمبر 1955).

يمنع التنفيذ الجبري مطلقاً، بل يمنع استعمال الإكراه البدني على شخص المدين، أما إذا أمكن تنفيذ الالتزام دون توقّف على شخصه وكذا إذا أمكن تفيذه من غيره فمن الممكن عندئذ تنفيذ الالتزام بعمل جبرياً¹⁰⁶⁶، وهذا هو منطوق الفصل 275 م.ع.¹⁰⁶⁷ لأن الأصل في تنفيذ الالتزامات أن يكون عينياً والغصب يتّجه إليه أولاً وإلا فالتعويض¹⁰⁶⁸. وربما كان الأفضل في هذا الخصوص التمييز بين العقود الناقلة للملكية والعقود الواردة على العمل. فالأولى تقبل التنفيذ الجبري دائماً لجميع الالتزامات الناشئة عنها والثانية لا تقبل ذلك من حيث المبدأ¹⁰⁶⁹.

2.2- النفي في صور التأجيل الإتقافي:

294- يحصل في هذه الصور أمر طريف يتنافى مع فكرة الالتزام في نقل الملكية، وهو أن التأجيل معلق «بعمل» الدائن بالالتزام لا المدين به¹⁰⁷⁰، باعتبار أن الملكية تتأجل حتى دفع الثمن من الدائن، إن دفع انتقلت إليه الملكية وإن لم

سائر التفويتات- ليس التزاما يتحمّله المفوت¹⁰⁷¹ بل هو أثر آلي قانوني. ويبقى دائماً كذلك ولو في حالات التأجيل، كما أنّ طبيعته الآلية والتلقائية تبقى هي نفسها، لكنّها في حالات التأجيل ترتبط بالوقائع المؤجلة لا بالعقد نفسه. وبهذا تتأكّد وجاهة الإصداع بحقيقة أن انتقال الملكية في البيع -والحقّ العيني عموماً في سائر التفويتات- هو أثر قانوني وليس التزاما يتحمّله المفوت. لكنّ مثل هذه الحقيقة ليس من شأنه تيسير الأمور بالنسبة إلى التفويت في ملك الغير لأنه يتنافى مع إلحاق أي التزام بهذا الأثر القانوني -والمقصود التزام بالتّملك- ومن ثمّ يتعارض مع صحة التفويت ويمنع التأسيس لها. فهل يصحّ مثل هذا الاستنتاج؟ يبدو النفي أصحّ لأن انتقال الملكية رغم كونه أثراً قانونياً لا يتعارض مع صحة التفويت في ملك الغير.

الفرع الثاني: انتقال الملكية لا يتعارض مع صحة التفويت

يدفع بقيت عند البائع، فإن قيل إن انتقال الملكية هو التزام فإن الدائن هو الذي يتحكم في هذا الالتزام وليس المدين، وهذا أمر غير مألوف، بل هو يفرغ فكرة الالتزام من محتواها ويصعب معه إقرارها في نقل الملكية.



295- هكذا يخلص أن انتقال الملكية في البيع -والحق العيني عموماً في

296- يعني انتقال الملكية الرضائي أن عقد البيع ينقل الملكية من ذاته، أي أن له قوة إحداث هذا الأثر لوحده. وإنما نعت بالرضائي لأن العقد نفسه يتم بتراضي المتعاقدين، وهو ما أجمله الفصل 583 م.ا.ع. بنصه: «إذا تم البيع بتراضي الطرفين، انتقلت ملكية المشتري للمشتري».

ويامعان النظر في هذا الفصل يتبين أنه ينطوي في الحقيقة على أربع قواعد

1071 يوافق هذا التحليل موقف الفقه الإسلامي بناء على نظرية فيه تعرف بـ«جعلية آثار العقد» وهي أن الآثار تترتب على العقد بجعل من الشارع وأن دور العاقد مقصور على تكوين العقد. وللجعلية معنى واسع يفيد أن «الشارع جعل لكل عقد آثاراً خاصة به تتحقق به الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشائه». ومعنى ضيق هو «أن الشارع يربط الحكم الأصلي للتصرف وينفذه في الوقت نفسه، فني عقد البيع مثلاً تنتقل ملكية المبيع بمجرد العقد إلى المشتري وتنتقل ملكية الثمن إلى البائع، والتأقل لها هو الشارع لا العاقد» وأول فائدة تترتب عن هذا المعنى الضيق أن الملكية تنتقل بمجرد العقد فاستغنى الفقه بذلك عن التزام البائع بنقل الملكية. انظر بمزيد التفصيل في هذا الموضوع الأستاذ وحيد الدين سوار في أطروحته للدكتوراه عن «التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ف 598 وما بعدها، ص 577 وما يليها. انظر خاصة ف 611 ص 588.

1066 محمد المنصف الشافعي، مماثلة المدين، أطروحة سابقة، ص 231، وما يليها.

1067 ينص الفصل 275 م.ا.ع. على ما يلي: «إذا التزم أحد بعمل شيء طولب بالخسارة عند عدم العمل فإن كان الالتزام لا يتوقف إتمامه على ذات الملتزم جاز للملتزم له أن يجريه بواسطة غيره من مال المدين بغير أن يتجاوز القدر اللازم للتفويض، فإن تجاوز مائة دينار لزم الدائن استئذان الحاكم».

1068 الفصل 273 م.ا.ع.

1069 موريال فابر- مانيان، أسطورة الالتزام بنقل الملكية، مقال سابق، ف 15، ص 95. وهي تقابل بصفة أدق بين عقود التملك وعقود إسداء الخدمات (services).

1070 كورين سانت آاري هوان، خواطر حول الانتقال المؤجل للملكية العقارية، مقال سابق، ف 26، ص 747. -موريال فابر- مانيان، أسطورة الالتزام بنقل الملكية، مقال سابق، ف 8، ص 91.

متظافرة تقابلها أربع خصائص مميزة يكون مجموعها مبدأ الانتقال الرضائي للملكية، ويمكن تفصيلها كما يلي: وهي أنه في البيع:

- تنتقل الملكية بتمام العقد، فالانتقال آلي.
- تنتقل الملكية بتمام العقد بالرضا، فالانتقال رضائي.
- تنتقل الملكية بمجرد تمام العقد، فالانتقال مجرد أو ذهني.
- تنتقل الملكية فور تمام العقد، فالانتقال فوري.

وتندمج هذه القواعد في بعضها بحيث تعبر عن فكرة واحدة هي أن البيع ينقل الملكية. ولذلك تصلح كل الخصائص للتعبير عن المبدأ نفسه ويكثر استعمالها في هذا المعنى ولو أن أكثرها شيوعاً هو الانتقال الرضائي¹⁰⁷²، الذي يعني أن الملكية تنتقل بتراضي الجانبين انسجاماً مع الفصل 580 م.ع.¹⁰⁷³

والملاحظ أن كل واحدة من هذه القواعد منفردة لا تهم النظام العام وبحوزة أن

المنشودة، إذ يتبين أن للموضوع علاقة خاصة بخصيصتين أساسيتين من بين الأربع السابقة وهما الفورية والآلية¹⁰⁷⁴، وكلاهما تفسر عدم التعارض ولو أن التركيز على الآلية (الفقرة الثانية) أدق وأعمق من الوقوف عند الفورية (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: الفورية لا تمنع صفة التفويت

297- متى تبين أن الفورية لا تهم النظام العام وأنه يمكن تأجيل انتقال الملكية إلى ما بعد انعقاد البيع¹⁰⁷⁵ أمكن التفكير في اعتبار ملكية المبيع للغير حالة من حالات التأجيل. وتحليل ذلك أنه إذا لم يؤدّ عدم انتقال الملكية إلى بطلان التفويت، وهذا أمر مرفوض لأن انتقال الملكية أثر للعقد وليس شرطاً لصحته¹⁰⁷⁶ فلا بدّ من التركيز على الأثر نفسه والنظر في «فعله» في العقد على هذا المستوى ولا الرجوع به إلى مرحلة التكوين، وعندئذ يلاحظ أن انتقال الملكية وتحقق الأثر العيني عموماً معلق بإجازة المالك أو باكتساب الملكية

ترد عليها استثناءات قانونية أو اتفاقية، بخلاف المبدأ الذي يعبر عنه مجموعها، وهو أن العقد ينقل الملكية فهو من النظام العام إذ لا يجوز الاتفاق على أن البيع لا ينقل الملكية أبداً، وإلا تغير وصف العقد.

إن الباحث عن رفع التناقض بين صحة التقيوت في ملك الغير وكونه لا ينقل الملكية ليجد في تفصيل القواعد المتقدمة وعدم تعلقها بالنظام العام ضالته

¹⁰⁷² مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعاوضة، ف 899، ص 180.

¹⁰⁷³ يقرر الفصل 580 م.ع. أن العقد نفسه يتم بتراضي المتعاقدين أي أن الرضا كاف لتكوين العقد وبالتالي لإنتاج أثره. هذا عن الانتقال الرضائي، أما الانتقال المجرد فيقصد به أن الاتفاق وحده يكفي لإحداث هذا الأثر دون حاجة إلى تسليم الشيء مادياً إلى المشتري، فهو يتم بصورة ذهنية مجردة لا مادية محسوسة وهو المعنى الذي يؤكدّه الفصل 584 م.ع. «إذا تمّ البيع جاز للمشتري أن يفوت المبيع ولو قبل استلامه...»، ويعني الانتقال الفوري أن العقد ينقل الملكية حال تمامه ولا يوجد فاصل زمني بين العقد وأثره. وأخيراً يعني الانتقال الآلي أن العقد سبب لنقل الملكية أي أن بينهما علاقة سببية مباشرة تجعل القانون يرتب الأثر على العقد آلياً. ريبير بولانجي، ج 3، طبعة 1958، ف 1386، ص 469.

¹⁰⁷⁴

تحسن الإشارة بالنسبة إلى خصيصتي الرضائية والذهنية وإن كانتا لا تصلحان مباشرة لتفسير ما نحن بصدده، أنهما ليستا مطلقتين وقد تغيبان على سبيل الاستثناء، لكن مع تفاوت بينهما. فالرضائية تضمنت في الميدان العقاري أمام ظهور قوَى للشككية سواء في البيع نفسه (الفصل 581 م.ع.) أم في الرهن (الفصل 275 م.ع.) أم في الهبة (الفصل 204 م.أ.ش.)، بل إن الفصل 377 مكرر جديد م.ع. عمم الشككية على كل العقود والاتفاقات المتعلقة بعقارات مسجلة، وكذلك فيما يتعلق بالسفن حيث أصبح الفصل 16 جديد من مجلة التجارة البحرية كيفما نفع بالقانون عدد 3 لسنة 2004 المؤرخ في 20 جانفي 2004 (رائد رسمي عدد 6 صادر في 20 جانفي 2004، ص 115) يعمم الشككية على كل عمل تنتقل به ملكية السفينة. وهي تضعف أيضاً بالنسبة إلى بعض العمليات الخاصة بالطائرات كالبيع (الفصل 581 م.ع.) والرهن (الفصل 25 م.ط.م). أما الذهنية، فغني عن البيان أنها لا تهم العقود العينية القائمة أصلاً على عكسها كالهبة ورهن المنقول. لكن في العقود الرضائية قد يتخلف حضورها المبدئي بمفعول اتفاق مخالف للأطراف يربط انتقال الملكية بتسليم الشيء إلى المفوت له.

¹⁰⁷⁵

إن الزمن المرجعي في التأجيل يرسم دائماً بتاريخ العقد، فإذا استغرق تكوين العقد زمناً ممتداً لطول المفاوضات مثلاً فلا تأجيل لأن العقد لم يتكوّن أصلاً، وإذا أجل انتقال الملكية عن انعقاد العقد فإنه يتم بحصول واقعة التأجيل ولا يتأجل بعدها.

¹⁰⁷⁶

راجع سابقاً، ف 103 وما بعدها.

لاحقا. فإذا حصل ذلك، انتقلت الملكية من نفسها إلى المشتري وتحقق الأثر المقصود. وهذا يعني أن انتقال الملكية تأجل إلى ما بعد العقد، شأنه شأن أي بيع آخر يتأجل فيه انتقال للملكية كبيع الأشياء المثلية حيث يتأجل الانتقال إلى حين الإفراز، وبيع الأشياء المستقبلية حتى توجد والبيع مع الاحتفاظ بالملكية حتى يدفع آخر قسط من الثمن... وكذلك بيع ملك الغير حيث يتراخى انتقال الملكية إلى حين إجازة المالك أو صيرورة البائع مالكا. فما المانع من قبول التأجيل في ملك الغير بعد قبوله في الحالات الأخرى¹⁰⁷⁷؟ وإذا انتفى المانع، كان بالإمكان رفع التعارض بين انتقال الملكية القانوني وصحة التقويت في ملك الغير إذ سيعتبر العقد صحيحا لاستكمال أركانه وشروطه لكن الملكية فيه لا تنتقل فور إبرامه بل تتأجل إلى حين الإجازة أو صيرورة البائع مالكا.

298- يبدو هذا التفسير مبدئيا مقبولا ويسمح فعلا بتجاوز التعارض. لكن

مقنع وحقيقي لا تكفيه الفورية بل عليه النظر في الآلية.

الفقرة الثانية: الآلية تفسر عدم التعارض

299- ترتبط الآلية بفكرة السببية وتعبّر عنها. فالانتقال الآلي يعني أن القانون يرتب الأثر على العقد بصفة آلية أي دون واسطة بحيث يكون الأثر نتيجة مباشرة لسببه والعقد سببا لنقل الملكية. ويتيسر التفسير المطلوب بالنظر في حقيقة آلية انتقال الملكية وذلك بتحليل هذا الأثر في ذاته (أ) قبل تأكيده في التصوص القانونية (ب).

أ- تحليل انتقال الملكية في ذاته:

300- يبين بسط المسألة (1) ثنائية انتقال الملكية المتلائمة مع صحة التقويت (2).

301- يتجه بسط المسألة انطلاقاً من التذكير بالتطور التاريخي لانتقال الملكية (1.1) باعتباره يحدّد الإطار المنطقي الذي تفهم فيه الآلية (2.1).

1.1- التطور التاريخي لانتقال الملكية:

302- لقد كان عقد البيع في القانون الروماني¹⁰⁷⁹ منشئاً لالتزامات

¹⁰⁷⁹ عقد البيع هو من العقود الرضائية في روما وهو رابع الإجارة والشركة والوكالة. وقد ظهر في نهاية العصر الجمهوري في فترة يرجح أن تكون بين سنتي 130 و100 ق.م. وقد كان قبلها عبارة عن مقايضة أي بيعاً فورياً بثمن معجل تنتقل فيه الملكية ويدفع فيه الثمن في نفس الوقت وكان يسمى «الإشهاد» *mancipatio* الذي أصبح فيما بعد طريقة لنقل الملكية في البيع، وهو عملية رسمية تتم بالسبيكة والميزان *per aes et libram* تتمثل في حضور الناقل والمكتسب في مجلس العقد ومعهما خمسة شهود وحامل الميزان *Libripens* ويجب إحضار الميزان *Libra* وسبيكة من البرونز *aes* والمال المراد نقله إن كان منقولاً أو ما يرمز إليه إن كان عقاراً. وتتم الإجراءات بأن يقبض المكتسب على المال الذي يريد اقتنائه ثم يعلن في عبارة رسمية أنه ملكه طبقاً لقانون الرومان وأنه اشتراه بالثمن المقدر في الميزان ثم يضرب الميزان بقطعة البرونز، إشارة إلى وزن الثمن ويسلمها إلى الناقل الذي لا يقول شيئاً. والملاحظ أنه بعد ظهور النقود الفضية في سنة 268 ق.م. أصبح الإشهاد بيعاً صورياً لا يدفع فيه الثمن فعلاً بل يرمز إليه بالسبيكة.

عيبه أنه ليس تفسيراً حقيقياً بقدر ما هو ملاحظة ورصد لوضع قائم، انطلاقاً من أن التأجيل يفترض فيه التحقيق أي أن تكون واقعة التأجيل معلومة ومحققة الوقوع بالإضافة إلى القصد في التأجيل الاتفاقي¹⁰⁷⁸. وبالتالي لا يعدّ أجلاً تأخراً أمر ما عن ميعاده الأصلي، لأنّ كلّ فعل وكلّ حركة إلّا وتتمّ في الزمن! وعليه فإنّ تأخر انتقال الملكية حتى الإفراز في الأشياء المثلية أو تحقق الشيء في الأشياء المستقبلية ليس في الحقيقة ثمرة تأجيل بقدر ما هو نتيجة وضع طبيعي فرضته الضرورة. وتصحّ نفس الملاحظة على ملك الغير، لكن مع اختلاف في مصدر الضرورة فيه حيث لا يرجع إلى الطبيعة، بل إلى المنطق والقانون.

وهكذا يستنتج أنّ الفورية لا تمنع صحة التفويت بحق. وأنها قد تكون كافية عند من يغنيه رصد ظواهر الأمور. لكنّ الباحث المجدد في طلب تفسير

¹⁰⁷⁷ في هذا الاتجاه، نور الدين بسرور، جزاء قواعد تكوين العقد...، الأطروحة، ف 88، ص 101.

¹⁰⁷⁸ وفي هذا يختلف الأجل عن الشرط: السنهوري، الوسيط، ج 3، ف 49، ص 78.

شخصية فحسب¹⁰⁸⁰ وقاصرا عن نقل الملكية الذي يحصل بوقائع متعددة لاحقة هي إما الإشهاد أو التنازل القضائي أو التسليم¹⁰⁸¹ حتى اختزلها جستينيان في التسليم¹⁰⁸²، وذلك تنفيذاً لالتزام البائع بنقل حيازة هادئة

راجع بمزيد التفصيل: جيرار، المبسوط في القانون الروماني، ص 562 وما يليها.

- Vincenzo ARANGIO-RUIZ, Le contrat de vente en droit romain, Revue Al Qanoun Wal Iqtisad, 7ème année, 1938, II, pp. 191 à 226 et 361 à 410.

¹⁰⁸⁰ تتمثل هذه الالتزامات بالإضافة إلى الالتزام بالتحويل المذكور في المتن، في التزام البائع بضمان الاستحقاق

والعيوب ويتطهر الغش/التدليس. وهذا ناتج عن نص شهير لبول في الموسوعة (1.4.19. بداية):

«Venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo».

لكن الأستاذ جيرار يرى أن التطهير من التدليس هو التزام عام في جميع العقود وأن الالتزام الآخر الواقع على

كاهل البائع هو حفظ المبيع إلى حين تسليمه، المبسوط، ص 573، هـ 1.

- أرنجويريز، مقال سابق، ص 377.

¹⁰⁸¹ تقدم تعريف الإشهاد في الهامش قبل السابق، أما التسليم (*traditio*) فهو طريق غير رسمي لنقل الملكية

تتمثل في تسليم الشيء ومناولة الشيء إلى المعاهد يدا بيد. وأما التنازل القضائي

للمشتري¹⁰⁸³. ثم فرض تطور التعامل الانتقال من التسليم (أو القبض) الفعلي المادي إلى التسليم الحكمي الاعتباري بطرق متعددة¹⁰⁸⁴. وكانت تلك نقطة

الزراعية المقررة لصالحها والأرقاء ودواب الحمل والجر، وأموال غير نفيسة (*res nec mancipi*) وتشمل غير ذلك من الأموال.

- ملكية أجنبية (*pérégrine*): تخضع لقانون المدينة التي ينتمي إليها الأجنبي أو لقانون الشعوب (*jus gentium*) وقد زالت هذه الملكية بعد دستور الامبراطور أنطونين كراكلا الذي منح الجنسية الرومانية لجميع سكان الامبراطورية (212م).

- ملكية إقليمية (*provenciale*): تشمل أراضي الأقاليم التي لسكانها حق التصرف فيها والانتفاع بها.

- ملكية بريتورية (*prétorienne*): هي التي لا تعترف بها نصوص القانون المدني وإنما يحميها البريتور بدعوى ودفع أنشائها خصيصاً للغرض استناداً إلى مبادئ العدالة وقانون الشعوب. وتتحوّل إلى ملكية رومانية إذا وقعت على مال نفيس تم تسليمه وتعزز بحصول التقادم.

وتبعاً لما تقدم فإن طريقة نقل الملكية تختلف إذ يخصص الإشهاد والتنازل القضائي لنقل الملكية الرومانية للأشياء النفيسة، ويستخدم التسليم للأشياء غير النفيسة ولبقية أنواع الملكية. وقد استمر هذا الوضع حتى

يتمسك في حقه بغيره. في حين أن المالك الروماني لا يملك الحق في الرجوع على المشتري إذا كان له ملكة في الشيء الذي تم بيعه. *in jure cessio* فهو يقوم على افتراض دعوى استرداد وهمية (لذلك يقال له أيضا الدعوى الصورية) حيث يحضر الطرفان إلى مجلس القضاء أمام البريتور المدني ومعهما الشيء المراد نقله فيقول المكتسب أنه يسترد ملكه لهذا الشيء طبقا للقانون فيوجه الحاكم السؤال إلى الناقل باعتباره مدعى عليه صورياً إن كان لديه اعتراض، فإن سكت صدق الحاكم على هذا الإقرار وأصبح المكتسب مالكا للشيء.

انظر: عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ص 286 وص 337 وما يليهما - عباس العبودي، تاريخ القانون، مرجع سابق، ص 154 وما يليها. - محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الرابعة، 1961، ص 260 وما يليها، وهو يسمي الإشهاد «طريقة القبض باليد» أسوة بالمعنى اللغوي لكلمة *mancipatio* المشتقة من كلمتي (القبض) *capere* و(اليد) *manu*. لكن يلاحظ أنها سميت إشهاداً في إشارة إلى حضور الشهود الخمسة للعملية.

1082 من المفيد الإشارة إلى أن للملكية في القانون الروماني قبل جستينيان - الذي ختم بعهدته (من 527 إلى 565 م) عصر الإمبراطورية السفلى - صوراً متعددة. إذ يتبين من قانون الألواح الإثني عشر (450 ق.م) الذي يؤرخ لعصر القانون القديم (من قيام الجمهورية 539 ق.م. إلى سنة 130 ق.م) ولشيء من العصر الملكي قبله (أي من تأسيس روما 754 ق.م. إلى قيام الجمهورية) وكذلك من كتاب النظم لفسابوس 190 م (*Institutes de Gaius*) الشاهد الوحيد تقريباً على العصر العلمي (من 130 ق.م. إلى 284 م): أن الملكية تنقسم إلى:

- ملكية رومانية (*dominium ex jure quiritium*): وهي من نظم القانون المدني (*jus civile*) تفترض أن يكون المالك رومانياً والمال رومانياً ومكتسباً بطريق روماني. وتتنقسم الأموال التي تكون موضوع هذه الملكية إلى أموال نفيسة (*res mancipi*) تشمل حصراً العقارات الإيطالية من أراضٍ ومبانٍ وحقوق الارتفاق

الوحيدة لنقل الملكية.

1083 لكن بشرط أن يدفع المشتري الثمن أولاً أو يوجد اتفاق على تأجيل الثمن، أي أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا دفع الثمن وتحوز بالمبيع، (عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ص 344).

والملاحظ أن بعض المختصين أو المهتمين بتاريخ القانون عامة وبالقانون الروماني خاصة خاضوا كثيراً في تحديد طبيعة التزامات البائع الناشئة عن عقد البيع وقالوا إنه ينشئ فعلاً التزاماً بنقل الملكية منطلقين من نصوص مختلفة ومتفرقة وربما بدت أحياناً متضاربة لفقهاء الرومان خاصة ما جاء منها في الموسوعة ونظم فسابوس، لكن الرأي السائد أن الالتزام الأصلي للبائع لم يكن بنقل الملكية بل بنقل حيازة هادئة للمشتري. انظر من يرى أن الالتزام «بنقل الملكية»:

- Paul FIETTA, Des caractères et des effets de la vente de la chose d'autrui, thèse Nancy, 1888, pp. 19-21.

وانظر في الرد على هذا الرأي وتحليل المسألة، خاصة: أرنجيو رويز، عقد البيع في القانون الروماني، مقال سابق، ص 374-375. - جيرار، المبسط في القانون الروماني، ص 577 وما يليها.

1084 منها: القبض باليد الطولى (*Traditio quodam modo manu longa*) في الأراضي الشاسعة حيث يكفي أن يبين البائع من مكان مرتفع حدود أرضه للمشتري. والقبض باليد القصيرة (*traditio brevi manu*) في صورة البيع لحائز سابق للمال بوجه عرضي فينقلب إلى الملكية كالمكتري والمستودع... وقبض الرسوم والحجج (*traditio per cartam/instrumenti*) ووضع اليد بالإنابة (*le constitut possessoire*) وهو أن يستمر البائع على حوزة للمبيع لكن بصفة حائز عرضي بوجه من وجوه ذلك كالكرء أو الانتفاع أو غيره... (انظر خاصة: مازو وشاباس، الأموال، ف 1614، ص 347).

البداية لتطور جديد شهده القانون الفرنسي القديم حيث استمر العقد غير ناقل للملكية، والقبض لازماً لانتقال الملكية. لكن تعود الناس على القبض الصوري جعلهم يكتفون بوضع اليد بالإناابة ولو لمدة قصيرة، ويكتفون في البيع أن القبض تم لكي تنتقل الملكية¹⁰⁸⁵، ومن هنا ما يعرف ببند التخلي والتملك¹⁰⁸⁶. ثم تواتر اعتياد الناس هذا البند حتى أصبح مألوفاً والاستغناء عنه ممكناً، وهو ما فعلته المجلة المدنية حيث قررت أن البيع ينقل الملكية من ذاته في الفصل 1583 بل والالتزام بنقل الملكية عموماً في الفصل 1138، فأصبح البيع ناقلاً للملكية وهو الذي يتم بمجرد التراضي فجاء مبدأ الانتقال الرضائي للملكية.

ينتج مما تقدم أن انتقال الملكية تدرج من أثر لواقعة شكلية أخصها التسليم تمثل تنفيذ الالتزام بتحويل المشتري، إلى أثر للقبض الضمني ثم إلى نتيجة لبند

مساره الصحيح.

فالمتمثل في القوانين المقارنة يجدها منقسمة في مسألة السببية هذه قسمين: قسم يقرها ويجعل للعقد وحده قوة إنشاء أثره، وهذا شق القانون الفرنسي والقوانين اللاتينية ومن تأثر بها عموماً. وقسم يفصل بين العقد ونقل الملكية ويشترط لهذا الأثر تصرفاً ثانياً يسمى التصرف العيني هو الذي تنتقل به الملكية، أما التصرف الأول فيقتصر على إنشاء الالتزامات الشخصية. ويطلق على هذا الفصل نظرية «التصرف المزدوج» لنقل الملكية ورائدها القانون الألماني والقوانين الجرمانية¹⁰⁸⁸ وينبني على هذا التصور الثاني صحة التفويت في ملك الغير على غرار ما كان معهوداً في القانون الروماني.

أما في التصور الأحادي - وهو تصور المشرع التونسي من خلال الفصل 583

م.ع.ا. - حيث الالتزامات والحقوق العينية تنشأ من عقد واحد فتؤسس بصحة التفويت

التحلي والتملك حتى أنتهى أثرها مباشرة للعقد نفسه. أي أن تاريخ نقل الملكية هو تاريخ اختزال متواصل للواسطة بينه وبين العقد حتى أتحد به. وفي هذا الاتحاد تكمن النظرة الأحادية للتقويت¹⁰⁸⁷، والتي تمثل الإطار المنطقي لفهم الآلية.

2.1- الإطار المنطقي للآلية:

303- تمثل وحدة التقويت الإطار المنطقي والضروري لعمل الآلية. ولا يمكن فهمها خارجة خشية اللبس أو المغالطة الفكرية التي قد تتحرف بالتحليل عن

1085 *Vendit et tradidit.*

1086 *Clause de dessaisine-saisine/clause de devest-vest.*

- انظر في تحليل هذا البند وفي عرض مفصل لموقف القانون الفرنسي القديم: جوليان فراببيسكو، في بيع ملك الغير، أطروحة سابقة، ص 75 وما يليها، - فوابون، في آثار الاتفاقات وأعمال التقويت المتعلقة بملك الغير، أطروحة سابقة، ص 111 وما يليها.

1087 على العكس من هذا، لم يعرف الفقه الإسلامي هذا التصور ولم يكن في حاجة إليه، وذلك تحت تأثير نظرية جعلية الآثار فيه. راجع: وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ف 611، ص 589.

ليس بسهولة التصرف المزدوج، ولكنه ليس مستعصيا منطقيًا. بل اللامنطق هو في الرّبط الحتمي بين النظرة الأحادية والبطلان، بدليل أنه حتى في التصرف المزدوج إذا لم يكن مفهوما من العقد أنه سينقل الملكية بموجب التصرف الثاني كان العقد باطلا¹⁰⁸⁹ وأنه لو كان انعدام الملكية عند المفوت هو الذي يفسر البطلان لوجب ضرورة تقرير البطلان أيضا إذا كان المشتري معسرا بحيث لا يمكنه دفع الثمن فكيف تقبل صحة البيع مع أن المشتري لا يملك الثمن الذي سيدفعه ولا نقبلها إذا كان البائع لا يملك الشيء المبيع وقت العقد¹⁰⁹⁰.

304- ومع التسليم بالنظرة الأحادية للتقويت، تتجه ملاحظة أنها منصبية

1088 راجع سابقا، ف 20، وانظر لاحقا، 315.

1089 حلمي بهجت بدوي، بطلان بيع ملك الغير، ... مقال سابق، ص 600.

1090 حلمي بهجت بدوي، مرجع وموضع سابقين.

على التصرف نفسه وتوحد بينه وبين أثره، لكن هل هي كذلك في الأثر ذاته؟ إن في هذا السؤال مكن الحلّ وبيت القصيد. فالتفسير المطلوب يمرّ عبر تدقيق المقصود بالأحادية في التفويت. وهي تعني أن العقد سبب لنقل الملكية ولا تعني أن نقل الملكية هو أثر موحد، بما يوجب ضرورة استنتاج ثنائية الأثر في إطار وحدة التفويت.

2- ثنائية انتقال الملكية:

305- بالتركيز في هذا الأثر من داخله يتبين حقيقة أنه أثر مركّب لا بسيط، وهو يتكوّن من عمليتين متتاليتين: تنازل واكتساب (أو تخلّ وتملك)¹⁰⁹¹. وإن وجود هذين العنصرين في انتقال الملكية مطلقا (1.2) يظهر بصفة أوضح في التفويت في ملك الغير (2.2).

1.2- التنازل واكتساب في الانتقال مطلقا:

عندما وضع انتقال الملكية بمجرد العقد لم يكن قصده القطع مع بند التخلي والتملك، وإنما افتراض وجوده ضمناً بدليل حديثه عن التزام بتسليم شيء بما يحويه من إحياء بفكرة القبض الضمني التي كانت سائدة في القانون الفرنسي القديم، وكذلك الفصل 1184 من المجلة المدنية في تأسيس الفسخ في العقود الملزمة للجانبين على بند فسخي ضمني فيكون بند التخلي والتملك مشترطاً ضمناً لنقل الملكية أو فسخ العقد في صورة تعذره.

قد يبدو هذا التحليل ذكياً ومقنعاً، لكنّ تعميمه خارج حدوده الأصلية غير متيسر، لأنه -وبصرف النظر عن صحته أو خطئه- لصيق بالواقع الفرنسي ووهي للمسار التاريخي الذي عرفته نصوصه بما يجعله يفترض وجود هذا البند برغم انعدام ذكره في نفس الواقع. لهذا، فالنظر الأدق والأصحّ يكون في تجاوز الافتراضات والتركيز على تحليل ذهني ومنطقي لانتقال الملكية من شأنه أن

306- يذهب بعض الفقهاء في تبرير البطلان النسبي في فرنسا - أي الصحة المبدئية المؤقتة للتصرف - وبناء على ثنائية انتقال الملكية إلى القول باستمرار بند التخلي والتملك لكن بصفة ضمنية¹⁰⁹² ، فالفصل 1583 من المجلة المدنية

¹⁰⁹¹ فهو ، أعمال التقويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 15 ص 11. - فوايون، آثار الاتفاقات وأعمال التقويت، أطروحة سابقة، ص 26. - زناتي وريفيه، الأموال، ف 119 وما بعدها، ص 149 وما يليها.
- André BRETON, Théorie générale de la renonciation aux droits réels, R.T.D.Civ. 1928, pp. 261-364, spéc. n° 26-29, pp. 295 et s. - Christian ATIAS, Droit civil, Les biens, Litec, 4ème éd. Paris 1999, n° 218 et s., pp. 239 et s.
وقد سبق للأستاذ أتياس تبني هذا التحليل في أطروحته للدكتوراه من جامعة بواتيي سنة 1974، حول النقل الرضائي للملكية العقارية، ص 685،

-Christian ATIAS, Le transfert conventionnel de propriété immobilière, Thèse Poitiers, 1974.

¹⁰⁹² بودري لكانتينري، الوجيز، ف 1362، ص 734. - ستيفاني، بيع عقار الغير،... مقال سابق، ص 147.
- سليمان مرقس، نظرية تحمل التبعة، مقال سابق، ص 338 وما يليها.

يصدق على نصوصنا ويعطيها حق معناها. ويبرز هذا التحليل أن انتقال الملكية هو أثر مركب من تنازل واكتساب، فالبايع يتنازل عن الملكية والمشتري يكتسب نفس هذه الملكية. ويكفي العقد لتنازل البائع إذ هو بموجب التعاقد يعبر عن إرادته في التنازل عن الملكية لفائدة المشتري ويلزم تبعاً لذلك بأن لا يطالب بتلك الملكية مستقبلاً وبأن لا يستعيدها، وهذا التزام يستفرقه مدلول الالتزام بالضمان¹⁰⁹³. أما الاكتساب من المشتري فقد يكفي فيه العقد وقد لا يكفي إذ قد يتدخل القانون أحياناً نتيجة لطبيعة المال موضوع العقد أو مراعاة

¹⁰⁹³ سيأتي تحليل الالتزام بالضمان لاحقاً، ف 317 وما بعدها. ويجدر التنبية هنا إلى أهمية ربط التنازل بالضمان، لأنه ليس تنازلاً إسقاطياً وإلا لكان من نتيجته أن الملكية تخرج من البائع بقطع النظر عن اكتسابها من المشتري، فإن لم يكتسبها في الحين بقيت دون مالك ويصبح العقد سبباً لتملك أصلي لا بالخلافة. وهذا غير صحيح.

لاتفاق الأطراف أو اعتبارا لظروف خاصة بالمعاملة¹⁰⁹⁴، ويضيف شروطا أخرى يتحقق بها الاكتساب، أي أن التنازل والاكتساب ليسا في تلازم حتمي بحيث لا ينفصلان. بل هما متلازمان أحيانا ومنفصلان أحيانا أخرى، المهم أن انتقال الملكية لا يتحقق إلا بهما معا.

307- ومن ثم فلا يتصور أبدا أن عنصري انتقال الملكية متلاصقان دائما وإلا لكان من قبيل الخطأ أو التجوؤز على الأقل تسمية بيع الأشياء المثلية بيعا ومثلها بيع الأشياء المستقبلية، ولوجب اعتبارهما عقدين غير مسميين أو إطلاق تسمية أخرى عليهما. والحال أن هذا غير صحيح بالمرّة، ولم يشك أحد في اعتبار الاتفاق على بيع أشياء مثلية بيعا حقيقيا، وكذا بالنسبة إلى الأشياء المستقبلية. فصي هذين المثالين يتحقق التنازل بموجب العقد وحده، لكن الاكتساب لا يكتفي بذلك، بل يقتضي الإفراز أو تحقق الشيء. وتعتبر الملكية منتقلة في الصورتين بموجب

واكتساب، وإن كان هو نفسه كافيا للتنازل، فإن الضلع الثاني قد يحتاج تدخلًا من القانون لإضافة شروط أخرى. ولا تنتقل الملكية تماما إلا إذا تحققت هذه الشروط. وإذاك تنتقل آليا.

بهذا تتضح حقيقة الآلية في انتقال الملكية. فالآلية مرتبطة بتحقق الأثر كاملا وهو لا يتحقق إلا بتمام ضلعيه. فإذا لم يتم الاكتساب فلا يجوز الحديث عن انتقال الملكية، وإن تمت شروطه اكتمل عنصرا الانتقال وتحقق آليا.

وبهذا أيضا يجوز القول إن انتقال الملكية دائما آلي لأنه بمجرد تحقق شروط الاكتساب يتحقق الأثر كلة¹⁰⁹⁵. ولكن قد يصح وصف هذه الآلية بغير المباشرة مقارنة مع الآلية التي تدل عليها عبارة الفصل 583 م.ع. المبدئية والتي يمكن وصفها بالمباشرة نظرا لانعدام شروط إضافية فيها. لكن لا ينبغي لهذه العبارة أن تحجب ثنائية انتقال الملكية ولا إمكانية الانفصال بين عنصريها، إذا ما اقتضى

القانون ذلك بوضعه لشروط إضافية. وهذه هي حال التفويت في ملك الغير.

2.2- التنازل والاكْتساب في التفويت في ملك الغير:

308- لئن كان الأصل أن هذين العنصرين يتلازمان حسبما يفترضه نصّ الفصل 538 م.ع. فتظهر الآلية كاملة بل وكلّ الخصائص الأخرى معها، بحيث يتمّ التنازل والاكْتساب في عملية ذهنيّة مجردة لا تستغرق لحظة زمنيّة واحدة، إلاّ أن ذلك لا يخفي ثنائيّة الانتقال وأنّ ميدان هذه الآلية المباشرة محدود بما يخرج عنه من الصّور التي تستوجب شروطاً أخرى. وإنّ من هذه الشّروط شرط الملكية نفسها إذا تعلّق الأمر ببيع ملك الغير.

فعلى ضوء التّحليل السّابق، يظهر أنّ بيع ملك الغير على غرار بيع الأشياء المثليّة أو بيع الأشياء المستقبلية¹⁰⁹⁶، هو بيع لا تنتقل فيه الملكية لأنّ المشتري

¹⁰⁹⁵ عبد الله كوماتي، في طريقة التّفيز الجبري، ...، أطروحة سابقة، ص 60-61.

¹⁰⁹⁶ أو كذلك بيع العقار المسجّل في ظلّ مبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم كما سيأتي، ف 314 وما بعدها.

العقد لا بموجب الإفراز أو تحقّق الشّيء. فهذان شرطان لتحقّق أحد ضلعي انتقال الملكية وهو الاكْتساب وليس سببين مستقلّين لاكْتساب الملكية وإلاّ لوجبت إضافتهما إلى قائمة الفصل 22 م.ع. فنقول: «تكتسب الملكية بالعقد والميراث... والإفراز وتحقّق الشّيء!» وهذا غير وارد إطلاقاً. وهذا يعني أنّ العقد هو السّبب الأصلي لنقل الملكية وأنّه لا يعتبر محققاً لهذا الأثر إلاّ إذا تحقّق ضلعا من تنازل

1094

يصدق هذا التّحليل تماماً على عقد المساهمة بحصّة عينيّة في شركة في طور التأسيس حيث يقضي الفصل 4 ف 1 م.ش.ت. أنّ الشخصية المعنوية للشركة لا تنشأ إلاّ بتسليمها بالسجّل التجاري، وكذا حكم الفصلين 103 ف 1 في الشركات ذات المسؤولية المحدودة و176 ف أخيرة في الشركات خفية الاسم. وينبغي على هذا أنّ ملكيّة الحصّة العينيّة لا تنتقل إلى الشركة فور إبرامها وتقديرها وحتى تحريرها طبق الفصلين 97 و166 م.ش.ت. بل عند ترسيمها بالسجّل التجاري. فيكون التنازل حاصلًا بمجرد العقد والاكْتساب «مؤجلاً» إلى حين التّرسيم بالسجّل التجاري. انظر في هذا الاتجاه:

- Philippe MERLE, Droit commercial, sociétés commerciales, Précis Dalloz, 5ème éd. 1996, n° 31, p. 41. - Maurice COZIAN et Alain VIANDIER, Droit des sociétés. Paris Litec, 2ème éd. 1997, n° 166, p. 64.

ينقصه شرط لاكتسابها وهو ملكية البائع للمبيع. فكما الإفراز وتحقق الشيء والترسيم، تعتبر ملكية المفوت شرطا لاكتساب الملكية من المفوت له وبالتالي لانتقال الملكية برمتها. ولكنها ليست شرطا للتنازل، فهو يحصل دائما بمجرد العقد لأنه موضوع التزام شخصي لا مانع من التزامه ويستوعبه الضمان، وهذا هو عنوان صحته ودليل نفي التعارض بين انتقال الملكية وصحة التفويت لأن العقد يرتب دائما عنصر التنازل فيصح بهذا المعنى، أما الاكتساب فلا بد فيه من الملكية - أو بقية الشروط حسب الحالات - ولذلك نرى الفصلين 576 م.أ.ع. 203/ م.ح.ع. يشترطان صيرورة المفوت مالكا لكي يتحقق أثرهما العيني.

309- بهذا يتبين أن بيع ملك الغير - والتفويت في ملك الغير عامة - هو صورة من الصور التي تبرز فيها ثنائية انتقال الملكية وينفصل فيها الاكتساب عن التنازل¹⁰⁹⁷. فيلتقي مع بيع الأشياء المثلية وبيع الأشياء المستقبلية وبيع العقار

عليها إذ أن الثنائية التي يبرزها التفويت في ملك الغير تتسجم تمام الانسجام مع كون الانتقال أثرا قانونيا لأن عنصر الاكتساب يتكفل به القانون خاصة عندما يتطلب له شروطا تفصله عن التنازل، وإن حال التفويت في ملك الغير في هذا لهي نفس حال بيع الأشياء المثلية أو العقار المسجل... وهذا ما يتجه تأكيده بإبراز دعائمه ودلائله في النصوص القانونية.

ب- تأكيد تحليل انتقال الملكية في النصوص:

310- يجد التحليل الثنائي لانتقال الملكية أثرا أصليا واصطلاحيا في نص القانون ذاته مثلما يتبين من مقارنة الفصلين 22/20 م.ح.ع. (1)، ومن النصوص القاضية بالتفريق بين الأثر الشخصي والأثر العيني لعقود التفويت (2).

1- مقارنة الفصلين 22/20 م.ح.ع.

311- يوجب الفصل 20 م.ح.ع. أن «لا يجبر أحد على التنازل على ملكه إلا

في الأحوال التي يقررها القانون وفي مقابل تعويض عادل». ويحدد الفصل 22 م.ج.ع. أسباب اكتساب الملكية وأولها: «العقد». وهذا يعني أن التنازل عن الملكية لا يكون جبرياً وأن كل إحالة ينبغي أن تكون إرادية، أي أن الملكية لا تخرج من ذمة شخص فتحال إلى غيره إلا بإرادته ومحض اختياره - عدا ما استثناه القانون - وأخص ما تبرز فيه هذه الإرادة هو عقود التفويت، فإن خرجت الملكية في هذه العقود بتنازل اختياري، فلكي يكتسبها من فوت له فيها، ومن هنا نص الفصل 22 م.ج.ع.: «تكتسب الملكية بالعقد» والمقصود الملكية التي تنازل عنها صاحبها لفائدة المالك الجديد الذي يخلفه فيها¹⁰⁹⁹. وما دام المقتوت له لا يمكنه اكتساب هذه الملكية عنوة من مالكها الأصلي، فلا بد أن يتنازل

¹⁰⁹⁹ لذلك يعد العقد سبباً لاكتساب الملكية بالخلافة لا ابتداء. انظر في تفصيل أسباب اكتساب الملكية وتقديم مختلف أنواعها:
- Gaston STÉFANI, L'acquisition de la propriété en droit égyptien, Cours de droit comparé, Les cours de droit, (Doctorat) Paris, 1956-1957, pp. 3 et s.

المسجل وبصمة عامه كل الصور التي «يتأجل» فيها انتقال الملكية¹⁰⁹⁷. ويتبني مثل هذا التحليل يبدو التعارض بين انتقال الملكية وصحة التفويت في ملك الغير وهماً ومحض خيال. وأن الطبيعة القانونية لهذا الانتقال لا تمنع صحة التفويت فحسب، بل على العكس، تتسع لها وتتقبلها. وأكثر، تجعلها دليلاً

¹⁰⁹⁷ يقرب من هذا التحليل كثيراً ما لاحظته أساتذة في قيمة بيدان ولريور - بيجونيار وبرات دي لاغريسي (ج 11، ف 19، ص 14) من أن البيع ليس دائماً ناقلاً للملكية بذاته، لكنه يهدف إلى هذا النقل دائماً ويحتوي على بذرته. وإن كان من العادي أن ينقلها إلا أنه أحياناً لا يكفي كما في الأشياء المثلية أو المستقبلية فتكفي بذرته حتى يتحقق! ومثل هذا الكلام يدل على أن هؤلاء الفقهاء تطلنوا إلى وجود هذه «البذرة» لكنهم لم يحدوها ويعبروا عن حقيقتها. ولعل التنازل المشروح في المتن يكون هو البذرة المشار إليها!
¹⁰⁹⁸ بذلك يخلص القول في الآلية أنها غير مباشرة كلما احتاج انتقال الملكية شرطاً إضافياً للعقد كالإفراز أو تحقق الشيء أو الترسيم أو الملكية نفسها في بيع ملك الغير، وأنها مباشرة كلما كان العقد كافياً ولم يطلب الانتقال شرطاً آخر تفرضه طبيعة المال أو الأثناق. ويسهل بهذا تحديد ميدان الآلية المباشرة التي يوجبها نص الفصل 583 م.ا.ع. المبدئي فيكون هو: بيع الشيء المنقول المعين بالذات أو العقار غير المسجل الحال والمملوك للبائع.

عنها وهو ما يحققه عقد التفويت. ولا تعتبر الملكية مستقرّة في ذمّة المفوّت له إلا بتحقيق هذين الأمرين معا: التنازل والاكْتساب، وبما أنّ الانتقال يعني التحوّل وهو يقتضي الخروج من ذمّة والدخول في أخرى كان لزاما أن يتضمّن المعنيين التنازل والاكْتساب، بما يعني أنّ انتقال الملكية في عقود التفويت ما هو إلا أثر مركّب من العنصرين المذكورين.

وإذا كان التنازل يكفي فيه العقد لأنّه وليد إرادة المالك فإنّ الاكْتساب هو أثر قانوني يحدّده القانون وقد يكتفي فيه بالعقد وقد يطلب له شروطا أخرى كالإفراز والملكيّة. وهذا هو المعنى الذي يفهم من الفصل 564 م.ا.ع. عندما عرّف البيع فقرن أثره ببناء الوسيلة/السببيّة ولم يقرنه بالعقد مباشرة فنصّ «البيع عقد تنتقل به ملكيّة شيء أو حق...». ولم يقل «البيع عقد ينقل ملكيّة شيء أو حق...» لأنّ نقل الملكية ليس أثرا عقديا خالصا بل هو أثر قانوني للعقد وما ذلك إلا لأنّ فيه عنصر الاكْتساب الذي هو عنصر قانوني. والقانون قد يكفبه العقد

وهذا هو المعنى الذي نجده أيضا في الفصل 211 م.ح.ع. باعتباره يقوم على تفريق هام جدّا بين العقد والحقّ أو ما يعرف أيضا بالأثر الشخصي والأثر العيني للعقد¹¹⁰¹.

2- التفريق بين الأثر الشخصي والأثر العيني لعقود التفويت:

312- يلتقي هذا التفريق مع التحليل الثنائي لانتقال الملكية، وله أكثر من دليل في القانون ويقوم هو ذاته دليلا على صفة التفويت في ملك الغير وعلى نفي تعارضها مع عدم تحقّق الانتقال أو الأثر العيني عموما. ومن بين أبرز أدلّة هذا التفريق يجب ذكر الفصل 211 م.ح.ع. المشار إليه (1.2) والمفعول المنشئ للتّرسيم في العقارات المسجّلة (2.2).

1.2- الفصل 211 م.ح.ع.:

313- جاء بهذا الفصل، وما يليه: «إذا تمّ البيع...»

منقولاً أو جملة منقولات ممن لا يملك ذلك فإنه لا يكتسب حقّ الرهن على تلك الأشياء ولو كان على حسن نية». أي أنّ الجزاء المترتب عن عدم ملكية الراهن للمرهون ليس هو بطلان الرهن وإنما عدم اكتساب المرتهن لحقّ الرهن، بما يعني أنّه لو أصبح الراهن مالكا للمنقول لاكتسب المرتهن حقّ الرهن عليه وهذا عين ما يقرّره الفصل 203 م.ح.ع. وينتج عنه أنّ الملكية هي شرط لاكتساب حقّ الرهن، أي الحقّ العيني المترتب عن عقد الرهن، وليست شرطا لصحة الرهن، والمقرّرة بعد بالفصل 203 م.ح.ع. فهي إذا شرط للحقّ وليست شرطا للعقد. وهذا يعني أنّ العقد الصادر عن غير مالك ليس باطلا وإن كان لا

1101

كريستيان أتياش، الأموال، مرجع سابق، ف 183 وما بعدها، ص 214 وما يليها. - علي الجلولي، تعليق على القرار التقييبي عدد 11257 المؤرخ في 22 أفريل 1985، م.ق.ت. 1988، ص 71.
- معمد زهرة، العقار بحسب المال، مقال سابق، ج 1، ص 83 و ج 2، ف 52، ص 210-211.

إذا لم تكن حاجة لشرط إضافي بأن كان الشيء عقارا غير مسجّل أو منقولاً معيّناً بالذات مملوكا للبائع وخاليا عن الوصف المؤجّل من شرط أو أجل. أمّا إذا كان غير ذلك وجبت إضافة ما ينقص ومنه الملكية في بيع ملك الغير¹¹⁰⁰.

1100

لو جاز حمل مصطلح العقد التام على معنى العقد النافذ لقام الفصل 583 م.ع. نفسه دليلا على التحليل المذكور في المتن. وهذا وارد بناء على التمشّي الآتي: العقد التام هو العقد المستكمل لأركانه وشروطه أي الذي اكتملت أجزاؤه حتى يحدث أثره والعقد النافذ هو العقد القابل لكي ينتج أثره، فبين التمام والنفاذ علاقة عضوية تصل بهما حدّ الترادف، وهنا يلاحظ في عبارة الفصل 583 م.ع. وهو نصّ في النفاذ لأنه يتعلّق بآثار العقد أنها تشير إلى تمام العقد وتربط بينه وبين أثره ربطا آليا تخلّته جملة اعتراضية عن تراضي الجانبين فقالت «إذا تمّ العقد - بتراضي الطرفين - انتقلت ملكية المشتري للمشتري»، فجملة بتراضي الطرفين جملة زائدة في تركيب الفصل 583 م.ع. الذي يكفي فيه القول «إذا تمّ العقد انتقلت ملكية المشتري للمشتري». وإمّا أشار المشرّع إلى التراضي لأنه المبدأ في تمام العقد حسب الفصل 580 م.ع. ولكنه مبدأ لا يستغرق كلّ الحالات. ويحذف هذه الجملة بكون الربط مباشرا بين التمام والأثر، فإذا سأل سائل كيف أو بم يتمّ العقد، أجب بأنه يتمّ أصلا بالتراضي، ولكنه قد يستوجب شروطا أو أمورا أخرى كالإفراز أو الترسيم أو الملكية كذلك لا «يتمّ» إلاّ بها والمعنى أنه لا ينفذ إلاّ بها لأنها شروط نفاذ في الحقيقة باعتبارها لا تهتمّ تكوين العقد بل أثره.

«يكسب» الحق العيني¹¹⁰². ومن هنا يوافق الفصل 211 م.ح.ع. التفريق الشائع بين الأثر الشخصي والأثر العيني في عقود التفويت، والذي تظهر فائدته خاصة عند التفويت في ملك الغير حيث لا ينتج التفويت أثره العيني لتعدّر الاكتساب لكونه ينتج أثره الشخصي الممثل بالالتزامات¹¹⁰³ التي يبررها وجود الشاغل¹¹⁰⁴ باعتباره موجبا لالتزام بالضمان¹¹⁰⁵.

¹¹⁰² إن عنصر الشاغل وإن كان مميزا لانتقال الملكية، لكنه قد لا يبدو غريبا مع ذلك عن الرهن بدليل وجوب التسليم في الفصل 211 م.ح.ع. نفسه والفصل 215 م.ح.ع. والتسليم يقتضي «التخلّي» أي الشاغل، كما أن الرهن معدّ لكي ينتهي ببيع فيه الانتقال وبالتالي الشاغل وهو ما يوافق المثل العامي الدارج عندنا في تونس «أطع من تخدم وبع ما ترهن» (اللي تخدمو طيمو واللي ترهنو بيعو)؛ ثم إن صحة عقد الرهن تظهر في الالتزامات التي ينشئها على معنى الفصل 207 م.ح.ع. ويمكن تبريرها بفكرة الشاغل كما سيأتي في القسم الموالي، ف 368 وما بعدها.

¹¹⁰³ سيأتي تحليل ذلك لاحقا، ف 341 وما بعدها.

ويستوحى هذا التفريق من مجرد وجود مجلّتين قانونيتين لتنظيم كلا الأثرين: مجلّة الالتزامات والعقود للأثر الشخصي ومجلّة الحقوق العينية للأثر العيني، وما يستتبعه ذلك من وجود ازدواجية في نصوص مصادر أو أسباب كلا النوعين من الحقوق: الفصل الأول م.ح.ع. للحقوق الشخصية والفصل 22 م.ح.ع. للحقوق العينية، والعقد مذكور فيهما معا فيكون منشئا لنوعين من الآثار. لكن أهم الأدلة وأوضحها إطلاقا يؤخذ من المفعول المنشئ للتسييم في مادة العقارات المسجّلة.

2.2- المفعول المنشئ للتسييم؛

314- يعني المفعول المنشئ للتسييم أن الحق العيني على عقار مسجّل لا يتكوّن إلا بتسييمه بإدارة الملكية العقارية¹¹⁰⁶ عملا بنصّ الفصل 305 ف 1 م.ح.ع. جديد «كلّ حقّ عيني لا يتكوّن إلا بتسييمه بإدارة الملكية العقارية

موجود في الضمان وهو التزام، بذرته مزروعة في انتقال الملكية، وبذلك يبقى انتقال الملكية أثرا قانونيًا ويتحول تحليل الالتزام إلى ضمان الاستحقاق.

1106 محمد كمال شرف الدين، المفعول المنشئ للترسيم في قوانين 4 ماي 1992، م.ق.ت. 1993، قسم باللغة العربية، ص 99-134.

1107 أدرج هذا المبدأ لأول مرة في مجلة الحقوق الغينية سنة 1992 بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 (رأى رسمي عدد 29 بتاريخ 12 ماي 1992) لكن أجل دخوله حيز التنفيذ بصفة كلية مرتين لمدة ثلاث سنوات الأولى بقانون 1992 نفسه والثانية بالقانون عدد 37 لسنة 1995 المؤرخ في 24 أبريل 1995 (رأى رسمي عدد 33 صادر في 25 أبريل 1995) ثم بصفة جزئية بداية من القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرخ في 20 أبريل 1998 (رأى رسمي عدد 32 صادر في 21 أبريل 1998) حيث أصبح نافذا على الرسوم المحدثة في العقارات المسجلة بعد تاريخه، والقانون عدد 91 لسنة 2000 المؤرخ في 31 أكتوبر 2000 (رأى رسمي عدد 88 صادر في 3 نوفمبر 2000) والذي منحه أيضا على الرسوم المحيطة طبقا لإجراءات القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أبريل 2001 (رأى رسمي عدد 30 صادر في 13 أبريل 2001).

انظر بمزيد التفصيل: محمد كمال شرف الدين، إصلاح نظام الإشهار العقاري من خلال قوانين سنتي 2000 و2001، في جديد النخبين والترسيم، أعمال ملتقى ماي 2001، نظمته الجمعية التونسية للقانون العقاري حول الجديد في السجل العقاري بالتعاون مع مؤسسة هانس زيدل، تونس 2002، ص 9-17. - أحمد بن

1104 إن عدم الرّبط بين الأثر الشّخصي وعنصر الشّازل في انتقال الملكية قد يؤوّل إلى فصل أثر الانتقال عن العقد وجعله منتقلا بسبب مستقلّ، والحال أنّ سبب النّقل هو العقد نفسه دائما وإن تعدّدت شروط الاكتساب وتوسّعت. وهذا ما يقع فيه من يرى أنّ الثّائنية الرّومانية استمرت في العقد الحديث (جماعة بند الثّغلي والثّمليك - وكذلك فوايسون في أطروحاته السابقة، ص 26 وما يليها، الذي يرى أنّ العقد التّافل للملكية يحتوي على عنصرين: اتفاق على النّقل وقبض ضمني. والانتقال يحصل في الأصل والغالب بالقبض الضّمني، وأحيانا في حالات التّأجيل بالقبض الحقيقي). وهذا كلام يشبه القانون الرّوماني. ولكنّه بتعديل طفيف يربطه بالأثر لا بالعقد نفسه يصحّ ويكون أكثر إقناعا لأنّ القول به على علاته يجعل سبب النّقل هو القبض وليس العقد، وهذا غير صحيح. ولذلك ففائدة الشّازل في الملكية تظهر في حصر التّحليل في صلب العقد واحترام آحاديته وتجنّب الإصطدام بتعداد أسباب اكتساب الملكية حصريّا في الفصل 22 م.ح.ع.

1105 سيأتي بحث ذلك في القسم الموالي، ف 317 وما بعدها وخاصة ف 333. وعسى هذا التّحليل الثّائني لنقل الملكية أن تظهر له فائدة أخرى تتمثل في تخفيف التّذبذب الفكري في مسألة الالتزام بنقل الملكية. فأغلب الفقهاء يقرّون بأدلة نفيه، لكنّ بعضهم يتمسك بالالتزام مع ذلك. وقد يفسّر موقفهم بأنهم إذا أنكروا الزامية انتقال الملكية يعودون فيتحيلون العقد دونه فيستكروونه لأنّ هذا معناه أنّ لا شيء يربط البائع فسيكون في حلّ من العقد! ولكنّهم إذا رجعوا إلى الالتزام اصطدموا بعوائقه حتّى أنّ بعضهم وصفه بالأسطورة (mythe) (موريال فابر-مانهان في مقالها السابق) أو بالغمز (énigme) (كولار-دوتويل ودلبالك، العقود المدنية والتجارية، ف 200، ص 165) وفي هذا تكمن فائدة التّحليل الثّائني، هلو أقرّوا بعنصر الشّازل في انتقال الملكية لوجدوا الأساس لتعهد البائع ولجعلوا جزاءه في ضمان الاستحقاق بحيث أنّ ما يبحثون عنه

يجب ترسيمها حتى تتكوّن الحقوق التي تتضمنها ثم يقرّر الجزاء المنجرّ عن عدم التّرسيم بنصّه في فقرته الرابعة: «ويترتب عن عدم إشهار الأمور الواردة بالفقرتين المذكورتين أنّ الحقوق العينية الواردة بها لا تكون حجة فيما بين المعنّيين بالأمر أنفسهم ولا يترتب عن تلك الأمور غير المرسّمة سوى الالتزامات الشخصية». ومن هنا الوضوح في بروز التفرقة بين الأثر العيني والأثر الشخصي¹¹⁰⁸. فالعقد أو الصكّ غير المرسّم ليس باطلا - أي أنّ التّرسيم ليس شرطا لصحة التصرف - وإنما هو لا ينتج أثره العيني في مقابل تحقيق أثره الشخصي. ومعنى هذا أنّ عقد البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري إذا لم يرسم، لكنّه لا يبطل بموجب ذلك، بل ينشئ أثره الشخصي أي الالتزامات المقرّره له كعقد خاصّ أن ينشئها¹¹⁰⁹.

315- ربّما أوحى مثل هذا البسط أنّ المشرّع بإقراره المفعول المنشئ للتّرسيم

قد تنبّى نظريّة القانون الألمانيّ في التصرف، المندرجة تحت التّرسيم¹¹¹⁰.

ذلك إذ أنّ القانون الألماني يفترض وجود عقدين: عقد شخصي وآخر عيني¹¹¹² ينفذ بالتّرسيم¹¹¹³ أي أنّ التّرسيم هو تنفيذ لعقد ثان¹¹¹⁴، وليس في مجلة الحقوق العينية شيء من هذا، بل ما يرسم هو العقد (أي الصكّ المثبت له) نفسه حسب الفصل 373 م.ح.ع. كما أنّ العقد الثاني في القانون الألماني هو عقد مجرد عن العقد الشخصي، فلا تؤثر فيه عيوبه¹¹¹⁵ ويستقلّ بشروطه الخاصة التي تصحّحه بمعزل عن العقد الإلزامي وينتج مفعوله حال تنفيذه¹¹¹⁶. والأمر مختلف أيضا في تونس حيث يمكن إبطال التّرسيم على أساس الفصلين 305 ف 2 و 361

السجل العقاري أو أودعت عنده أو سلّم صاحب الحقّ للطرف الآخر إذنا بالتّرسيم طبقا لأحكام السجل العقاري. - الفصل 925: «إنّ الاتفاق بين المفوّت والمفوّت له الواجب لنقل ملكيّة العقار حسب الفصل 873، يجب التصريح به في مكتب السجل العقاري من الطرفين، ويشترط حضورهما معا في نفس الوقت. وكلّ

- إحالة معلقة على شرط أو مضافة إلى أجل تعد باطلة».
- ¹¹¹² فريدريك فرّاند، القانون الألماني الخاص، مرجع سابق، ف 613، ص 578 - سلاي، دراسة نظريّة الالتزام من خلال المشروع الأوّل للمجلة المدنيّة للإمبراطوريّة الألمانيّة، مرجع سابق، ف 5، ص 4.
- ¹¹¹³ هذا التصوّر خاصّ بالمقارنات لأنّه في المنقولات لا يبرم عقد ثان بل يسلم المنقول مباشرة وهو ما يؤخذ من الفصل 929 من المجلة المدنيّة: «تنتقل ملكيّة المنقول باتفاق المالك والمفوت له على الانتقال وبتسليم المنقول إلى المفوت له، وإذا كان الشّيء في حوزة المفوت له فإنّ الاتفاق وحده يكفي لنقل الملكيّة».
- ¹¹¹⁴ لاحظ بعض الفقهاء أنّ هذا التصرف ثلاثي في الحقيقة لأنّ التصرف العيني ثنائي بدوره باعتباره مركباً من عقد عيني ناقل للملكيّة وعقد عيني آخر ناقل للثمن إضافة طبعاً إلى العقد الإلزامي، ومنهم من ينتقد هذا الوضع ويدعو إلى حذف العقد العيني والاكتفاء بعمل التنفيذ العيني أسوة بالقانونين السويسري والنمساوي حيث التصرف مزدوج حقاً. انظر في ذلك: فرّاند، القانون الألماني الخاص، ف 639 و646 ص 608 و615 متناً وهوامش، وهي تعتمد خاصّة على الفقيه الألماني لارنز **Larenz**.
- **Henri de PAGE**, L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé, Bruxelles, Ed. Emile Bruylant, 1957, p. 200.
- ¹¹¹⁵ إلّا إذا كان العيب مشتركاً كتنقص الأهليّة مثلاً: فرّاند، القانون الألماني الخاص، ف 613.
- ¹¹¹⁶ هنري دي باج، الالتزام المجرد، مرجع سابق، ص 199 و41 وما يليها. - سلاي، دراسة نظريّة الالتزام، مرجع سابق، موضع سابق.
- **Yan THOMAS**, Une invention de la romanistique allemande: L'acte de transfert abstrait, Revue Droits: Revue française de théorie juridique, n° 7, L'acte juridique, 1988, pp. 37 et s.

العقد منشئاً للالتزامات والتّرسيم ناقلاً للحقّ العيني ¹¹¹¹. ولكن الحقيقة غير

- طالب، الجديد في التّرسيم بالسجل العقاري من خلال قوانين 2000-2001، في نفس المرجع، ص 21-47.
- ¹¹⁰⁸ محمد كمال شرف الدين، المفعول المنشئ للتّرسيم، مقال سابق، ف 29 وما بعدها، ص 125 وما يليها.
- خليفة الخروبي، نقل الملكيّة في عقد البيع...، مقال سابق، ص 19 وما يليها.
- ¹¹⁰⁹ انظر:

Gaston STÉFANI, le rôle de la convention dans le transfert de la propriété immobilière en droit égyptien, Revue Al Qanoun Wal Iqtisad, Université du Caire, 16ème année, 1946, n° 3, p. 87 et s. spéc. p. 109.

- ¹¹¹⁰ يرى السّنهوري ربّما متأثراً بالقانون الألماني أنّ العمل بنظام السجل العيني - كما عندنا في تونس - يفترض وجود عقدين واحد شخصي والآخر عيني هو الذي يقع تسجيله وينقل الملكيّة (الوسيط، ج 4، ف 285، ص 529 والهامش). لكنّ هذا النّظر قابل للنقاش كما سيأتي في بتمية التحليل في المتن.
- ¹¹¹¹ عبّرت المجلة المدنيّة الألمانيّة عن هذا التصوّر بوضوح في فصليهما 873 و925 وهذا نصّهما:

- الفصل 879: «لا تنتقل ملكيّة عقار ولا يمكن انتقاله بحق ولا نقل ذلك الحقّ نفسه إلّا باتفاق بين صاحب الحقّ والطرف الآخر على هذا الانتقال وترسيمه بالسجل العقاري، إلّا إذا نصّ القانون على بطلان ذلك. ولا يلزم الاتفاق الطرفين قبل ترسيمه إلّا إذا حرّرت تصريحاتهما في حجة رسمية أو قضائيّة أو تلقّاهما مأمور

م.ج.ع. إمّا لعدم شرعيّته أو لبطلان الحقّ موضوعه¹¹¹⁷ أي أنّ الانتقال يجد دائماً سببه في «العقد الشّخصي»¹¹¹⁸ وما ذلك إلا نتيجة للنظرة الأحاديّة لعقد التفويت في قانوننا. وينتج عن ذلك أنّ التفريق المشار إليه يجب أن ينظر إليه في إطار هذه الأحاديّة، فيتيسّر عندئذ اعتبار العقد صحيحاً لأنّه منشئ للالتزامات لكنّه لا ينقل الملكيّة لأنّ القانون اشترط بالإضافة إلى العقد القيام بالتّرسيم¹¹¹⁹. وبردّ هذا التفريق نفسه إلى ثنائيّة انتقال الملكيّة يمكن القول إنّ التّرسيم هو شرط لاكتساب الملكيّة من المشتري، أمّا التنازل فيتحقق بمجرد العقد وتدلّ عليه نشأة الالتزامات الشّخصيّة التي تجد تبريرها فيه¹¹²⁰.

¹¹¹⁷ أحمد بن طالب، التّشيطب على التّرسيم بالسّجل العقاري، م.ق.ت. 1996، ص 73-118.

¹¹¹⁸ من هذه النّاحية يشبه التفويت - إذا كان لا بدّ من تشبيهه - نظريته السّويسري والنمساوي حيث هو تصرف مسبق رغم ازدهار التصرّف. انظر: بيكولا كاتالو، الطّبعة القانونيّة للأداء، أطروحة دكتوراه، ص 111.

316- إنّ ما قيل عن البيع غير المرسم يقال عن بيع ملك الغير. فهو عقد لا ينقل الملكيّة لتخلّفها عند البائع فلا يستطيع المشتري اكتسابها، لكنّه بالمقابل ينشئ التزامات شخصيّة فيقع صحيحاً استناداً إلى عنصر التنازل في انتقال الملكيّة والذي يحققه مجرد العقد¹¹²¹. وإن كان هذا العنصر يقصي التّعارض بين صفة التفويت وكون الأثر العيني أثراً قانونياً لا شخصياً، إلاّ أنّه لا يعبر عن الفكرة الحقيقيّة الكامنة وراء صفة التفويت، بل يمثّل بادرة للتعرف عليها والبادرة الأولى لوجودها. وتوجد هذه الفكرة في الجانب الشّخصي للتفويت. ولا يهتمّ في هذا الجانب التعرف على جملة الالتزامات التي يحويها لأنها تختلف من تفويت إلى آخر وهي على كلّ حال الالتزامات النوعيّة التي ينتجها كلّ تفويت حسب طبيعته، وإنّما يهتمّ تحديد الالتزام الذي تكمن فيه بحقّ الفكرة المؤسّسة لصحة التفويت في ملك الغير. وهو الالتزام بضمان الاستحقاق.

1120 إن ربط الالتزامات الشخصية الناتجة عن العقد بعنصر التنازل في انتقال الملكية تظهر بصفة خاصة في الجواب عن سؤال طالما شغل الشراخ في تونس حول طبيعة البيع غير المرسم وإن كان بالفعل بيعا أم يفقد طبيعته، وما هي الالتزامات الشخصية المترتبة عن العقد... إذ بفضل التحليل الثنائي لانتقال الملكية وبموجب تحقق التنازل بالعقد، يتمتع البائع عن المطالبة بالملكية واستعادتها فيلزم تبعا لذلك بالضمان ويسبقه التسليم لأن الضمان تأكيد له، وتقوم في المقابل التزامات المشتري لأن لها سببا في التزامات البائع وهذا يدل على أن العقد ينشئ التزاماته الطبيعية فيحفظ بطبيعته المميزة ولا يفقدها ويبقى البيع بيعا والمعاوضة معاوضة والهيئة هبة وهكذا... غاية ما هنالك أن اكتساب الملكية أو الحق العيني من المفوت له متوقف على إتمام الترسيم دون الجانب الشخصي. ويؤيد هذا النظر استخدام الفقرة الرابعة من الفصل 373 م.ج.ج. لصيغة التعريف في الإشارة إلى الأثر الشخصي: «ولا يترتب عن تلك الأمور غير المرسمة سوى الالتزامات الشخصية» بما يعني أن الالتزامات معلومة مسبقا وهي الالتزامات التي يرتبها كل عقد خاص حسب طبيعته.

وبهذا يتيسر الرد على استبعاد أن ينشئ البيع ضمان الاستحقاق والعيوب والتسليم ويلزم المشتري بدفع الثمن نظرا لأنها التزامات مرتبطة بالأثر الجوهرى الذي لم يتحقق وهو نقل الملكية (محمّد كمال شرف الدين، المفعول المنشئ للترسيم، مقال سابق، ص 127 وما يليها). فلو أقررنا بأن شيئا منه تحقق وهو التنازل لأمكن ربط كل ما تقدم به دون وجل ولا تريب خصوصا أن الأستاذ محمّد كمال شرف الدين يعدد ضمن ما يراه «التزامات خصوصية لإنصاف الأطراف المتعاقدة فحسب» «إلزام البائع بعدم القيام بتصرف مناف للالتزام

الصادر عنه أي بعدم الثبوت ثانيا في العقار». وهذا هو بالضبط معنى التنازل في نقل الملكية ومضمون ضمان الفعل الشخصي للبائع!

وبهذا يتبين أن ربط الملكية بالترسيم في العقار المسجل لم يحرف قواعد البيع وليس بدعا في تنظيم الثبوتات بصفة عامة، بل على العكس يستطيع أن ينسجم مع النظرة الأحادية لها إذ هو لا يشترط بالضرورة ازدواجية التصرف، وأكثر من ذلك، يقدم دليلا على تقريب الأثر الشخصي عن الأثر العيني في صلب نفس التصرف.

- انظر في هذا الاتجاه: خليفة الخروبي، نقل الملكية في عقد البيع... مقال سابق، ص 20 وما يليها.

1121 من فوائد هذا التحليل أيضا أنه يفسر عدم التعارض دون تغيير طبيعة البيع، فالبيع هو نفسه سواء تعلق بملك البائع أم بملك الغير. وهو ما من شأنه أن يحفظ وحدة التصور ويعكس سداد الاختيار التشريعي في عدم إفراد البيع بتصوّر خاص على غرار ما فعله المشرع المصري مثلا لما اعتبر بيع ملك الغير نوعا خاصا من أنواع البيع كبيع الوفاء وبيع الثركات والبيع في مرض الموت وأفرده بالمواد من 466 إلى 468. حتى أن بعض الفقهاء اعتبره صحيحا على ذلك الأساس وجعله عقدا منشئا لالتزام بالتسليم على الملكية وليس ناقلا للملكية كما في البيع العادي (سليمان مرقس، عقد البيع، ف 305، ص 530 وهو يفسر ذلك بنظرية تحوّل العقد الباطل كما تقدم). فما أجانا إلى مثل هذا الاصطناع غير المقنع حتى نحلل البيع تحليلا معينا ثم إذا تسلط على ملك الغير تتغير نظرتنا إليه ونقول إنه صورة خاصة! ما الداعي إلى هذا التغيير والحال أن العقد هو نفسه؟ ليس أفضل أن نجعل للعقد موضوعا واحدا وغرضا واحدا في جميع الحالات بما فيها بيع ملك الغير وتكون صحته حاصلة بطبيعة الأمور؟ بل. وهذه ثمرة التحليل الثنائي لنقل الملكية.

القسم الثاني: ضمان الاستحقاق

317- يبين البحث في ضمان الاستحقاق في عقد البيع (الفصول من 631 إلى 647 م.أ.ع.) صلوحيته الكاملة لتأسيس صحة التفويت في ملك الغير لأنه لا يقتصر على تفسير صحة بيع ملك الغير بل يتعداه إلى سائر التفويتات. مما يؤكد الدور الريادي لعقد البيع وفعاليتها في بناء نظرية عامة للتفويت في ملك الغير. وهو ما يكفي فيه إثبات هذا الضمان في تلك التفويتات. وبناء عليه يتجه البدء بتحليل أساس الضمان في عقد البيع (الفرع الأول) على أن يعقبه تعميمه على بقية التفويتات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحليل الأساس في عقد البيع

318- يتطلب تحليل أساس الضمان تحديد صورته (الفقرة الثانية) على ضوء مفهوم ضمان الاستحقاق في حد ذاته (الفقرة الأولى).

ويتخذ الاستحقاق في معنى الدرك إذا أضيف إلى الضمان، فالاستحقاق يعني: الاستيجاب: يقال استحقه أي استوجبه «وإذا اشترى رجل داراً من رجل فادعاه رجل آخر وأقام بيته عادلة على دعواه وحكم له الحاكم ببينته فقد استحقها على المشتري أي ملكها عليه وأخرجها الحاكم من يد المشتري إلى يد من استحقها ورجع المشتري على البائع بالثمن الذي أداه إليه»¹¹²⁴.

ويلاحظ في هذا التعريف أنه موافق للمعنى الفقهي لضمان الاستحقاق بل إن أكثر المعاجم اللغوية تسير على إثبات هذا المعنى عند شرحها لكلمة الضمان بعد إضافتها إلى كلمة الدرك ونقل إضافتها إلى الاستحقاق¹¹²⁵. والتعريف الأكثر تداولاً عند الفقهاء وفي المعاجم والقواميس هو المأخوذ عن عبارة الجرجاني مع شيء من التصرف بالتغيير أو بالزيادة إذ جاء في تعريفاته¹¹²⁶: «ضمان الدرك هو رد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع بأن يقول تكفلت بما يدرك في هذا المبيع»¹¹²⁷.

الفقرة الأولى: مفهوم ضمان الاستحقاق

319- يتحدّد مفهوم ضمان الاستحقاق بتعريفه (أ) وتوضيح غايته (ب).

أ- تعريف الضمان:

320- يقدّم تعريف الضمان بصفة عامّة (1) لمعناه القانوني بوجه خاصّ (2).

1- تعريف الضمان بصفة عامّة:

321- ضمان الاستحقاق لغة هو مفهوم مركّب من كلمتين. ويعني الضمان الالتزام والكفالة. يقال: ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا: كفل به¹¹²² ويضاف عادة إلى الدرك وهو اللحق من التبعة ومنه ضمان الدرك في عهدة البيع¹¹²³.

¹¹²² لسان العرب، باب الضاد، مادة «ضمن» ج 4، ص 139. - القاموس المحيط، باب النون، فصل الضاد، ج 4، ص 245.

¹¹²³ لسان العرب، باب الدال، مادة «درك» ج 2، ص 378.

لكن بتعبير مختلف منها قول الأستاذ مصطفى الزرقاء: «ضمان الدرك هو التزام سلامة المبيع ممّا يمكن أن يلحقه أو يدركه من حقوق لغير البائع في عينه، وتحمل التبعة عند ظهور حقّ فيه لأحد»¹¹²⁸.

ويقرب هذا التعريف من المفهوم القانوني لضمان الاستحقاق.

2- تعريف الضمان قانوناً:

322- ينقسم الضمان إلى قسمين هما ضمان الفعل الشخصي وضمان فعل

¹¹²⁴ لسان العرب، باب الحاء، مادة «حقق» ج 2، ص 123-124.

¹¹²⁵ ويشيع عند الشافعية إضافتها إلى العهدة: فيقال ضمان العهدة: القاموس الفقهي، ص 225.

¹¹²⁶ التعريفات، ص 138.

¹¹²⁷ الكشاف، باب الضاد، فصل النون، م 2، ص 895. - القاموس الفقهي، ص 225. - المعجم الوسيط،

ج 1، ص 544.

¹¹²⁸ مصطفى أحمد الزرقاء، عقد البيع، ف 114، ص 125.

الغير. ويتيسر تعريفه بتوضيح الفعل الموجب له والمسمى الشغب (1.2) ومنه الاستحقاق الذي ببيان معناه (2.2) تتضح حقيقة الضمان (3.2).

1.2- «الفعل» الموجب للضمان (الشغب)؛

323- يؤخذ من الفصل 630 م.ا.ع. الذي يحصر التزام البائع في أمرين أولهما «حوز المبيع والتصرف فيه بلا معارض وهو ضمان الاستحقاق» أن ضمان الاستحقاق يعني تعهد البائع للمشتري بتمكينه من ملكية المبيع وحيازته الهادئة وذلك بمنع أو صدّ كلّ فعل أو دعوى أو شغب صادر عن البائع أو عن الغير ومن شأنه أن يؤدي إلى جرمان المشتري من المبيع أو من فوائده أو يشوش عليه حيازته الهادئة له¹¹²⁹.

وينبني هذا التعريف على تفريقتين متكاملتين بين ضمان الفعل الشخصي وضمنان فعل الغير من جهة، والشغب المادي والشغب القانوني من جهة أخرى¹¹³⁰.

هذا الضمان بالقولة المعروفة «الضامن لا يستحق» أو «المطلوب بالضمان لا يرتكب الحرمان»¹¹³³ وهي قاعدة تظهر بصفة خاصة في الدّفع الأصلي الذي تتيحه للمشتري لردّ دعوى البائع عليه والمسمى «الدّفع بالضمان» وهو من إجراءات ضمان الفعل الشخصي التي تحوم كلّها حول إزالة تعرّض البائع أو إلزامه بالتعويض عن التّعذر¹¹³⁴.

أمّا ضمان فعل الغير فيتطلب التصدي لادّعاء الغير حقاً على المبيع معارضا لحقّ المشتري وسابقا للبيع أو منسوبا إلى البائع ومن شأنه أن يؤوّل إلى استحقاقه من يد المشتري لولا دفاع البائع¹¹³⁵ الذي إن فشل فعليه ردّ الثمن والتعويض¹¹³⁶. ومن هنا يفهم أنّ ضمان فعل الغير أضيّق من ضمان الفعل الشخصي من حيث أنّه يقتصر على الشغب القانوني دون الشغب المادي الذي لا يضمّنه البائع¹¹³⁷ ومن حيث أنّ التعويض فيه جزاء للاستحقاق.

324- إنَّ الاستحقاق هو بالأساس مفهوم لصيق بضمان فعل الغير. وله فيه معنى ضيق دقيق ومعنى واسع. ففي معناه الضيق يعني الاستحقاق الحرمان من

فضمان الفعل الشخصي يقتضي من البائع أن يمتنع عن استرداد المبيع من يد المشتري وأن يكفَّ عن كلِّ شغب ماديٍّ أو قانونيٍّ ضدَّ انتفاع المشتري بمشترائه¹¹³¹. والشغب القانوني هو كلُّ تعرُّض مؤسَّس على حقِّ معارض لحقِّ المشتري كالملكية أو الرهن أو حتى حقِّ شخصي كالكرام. أمَّا الشغب الماديُّ فهو كلُّ تشويش فعلي لا يستند إلى حقِّ على المبيع كافتكك المبيع عنوة أو منع المشتري من الدخول إلى العين أو إدخال تغيير مادي عليها...¹¹³². ويعبَّر عن

¹¹²⁹ أويري ورو، ج 5، ف 355، ص 76. - كولار-دوتبول ودلباك، العقود المدنية والتجارية، ف 247، ص 201. - كولان وكابيتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 892، ص 597. - جوسران، ج 2، ف 1093، ص 572.

¹¹³⁰ فيستان وديشي، عقد البيع، ف 789، ص 859.

¹¹³¹ الفصل 631 م.ع.

¹¹³² عبد الحق صافي، عقد البيع، دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الخاصة، طبع مطبعة التّجّاح الجديدة، الدّار البيضاء، 1998، ص 348. - سليمان مرفس، عقد البيع، ف 202، ص 372.

-حاتم بن عبد الحميد الرواتب، تحليل الفصل 642 م.ع، مذكرة سابقة، ص 79.

¹¹³³ يمكن أن يقال أيضاً تعبيرا عن هذه القاعدة «المطلوب بالضمان لا يمكنه الاسترداد» أو «الاسترداد والضمان لا يجتمعان»، وتعرف بالفرنسية «*Qui doit garantie ne peut évincer*» وباللاتينية: «*Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*».

- انظر: ريبير ويولانجي، ج 3، ف 1475، ص 493.

¹¹³⁴ بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 91، ص 85. - السّهوري، الوسيط، ج 4، ف 335، ص 636.

¹¹³⁵ السّهوري، الوسيط، ج 4، ف 337 وما بعدها، ص 640 وما يليها. - ريبير ويولانجي، ج 3، ف 1480، ص 494.

¹¹³⁶ الفصل 636 م.ع.

¹¹³⁷ انظر الفصل 644، ف 3 م.ع.: «لا ضمان على البائع في الصور الآتية:».

- ثالثها: إذا حصل التعدي من الغير على المشتري في تصرفه من دون أن يذمي ذلك الغير حقا في المبيع.

الحق بموجب حكم قضائي أي صدور حكم قضائي لفائدة الغير بصحة دعواه على المبيع وتمكينه من استرداده من يد المشتري ونزع حوزة عنه فهو حرمان حقيقي وتأم من المبيع يمكن وصفه بالاستحقاق الفعلي¹¹³⁸ وإلى هذا المعنى ترمز الصورة الأولى من الفصل 632 م.أ.ع.: «على البائع ضمان استحقاق المبيع من يد المشتري لسبب موجود وقت البيع وفيه ثلاث صور: الأولى - إذا حيل بين المشتري وحوز المبيع في الكل أو البعض».

وفي معنى أوسع يشمل الاستحقاق أيضا بصريح الفصل 632 م.أ.ع. في صورتيه الثانية والثالثة دعوى المشتري الفاشلة على الغير للتحوز بالمبيع منه¹¹³⁹ واضطرار المشتري لتحمل خسارة لا فتكالك المبيع¹¹⁴⁰ ويضيف الفقهاء اكتساب المشتري للملكية المبيع بسبب مستقل عن البيع كالإرث من المالك الحقيقي¹¹⁴¹. كما يعتبر من قبيل الاستحقاق بصفة خاصة ضمان التعملات والحقوق غير المصرح بها على معنى الفصل 633 ف 2 م.أ.ع. حيث يلحقها المشاع بالاستحقاق. الحذو¹¹⁴²

ضمانها بمجرد اكتشافها ولو دون حكم أو حتى دعوى من الغير¹¹⁴³. ويمكن تسمية هذا الاستحقاق في معناه الواسع بالاستحقاق الحكمي.

على أن أهم ما يلاحظ في لفظ الاستحقاق أن التصاقه بضمان فعل الغير يجعله يعبر عن معنى خاص بهذا الفرع من الضمان، وهو معنى تقابله مجلة الالتزامات والعقود بمعنى أعم تدل فيه على الالتزام ككله بفرعيه الشخصي وفعل الغير، وبكل شروطهما. وتحليله أن الاستحقاق في فعل الغير بمعنييه الضيق والواسع هو خسارة الحق الناتجة عن تعرض الغير وليس هو التعرض نفسه في هذا المعنى، لكن باعتبار الالتزام يتحرك منذ بدء الشغب فإن المجلة لا تميز بين المصطلحين وتسميهما معا «استحقاقا» وتجمعهما في الإضافة إلى كلمة الضمان للتعبير عن «ضمان الاستحقاق» مطلقا بما فيه الفعل الشخصي في الفصل 631 م.أ.ع. والحال أن ما يصدر عن البائع هو شغب يجب كفه وليس استحقاقا بالمعنى الدقيق¹¹⁴⁴.

325- وعليه يحصل في كلمة الاستحقاق بمعناها العام أنها تدلّ على كلّ ما يؤدي إلى تحريك التزام الضمان بدءاً من أول بوادر الشغب وصولاً حتى صدور حكم لفائدة الغير¹¹⁴⁵، فتشمل الشغب والاستحقاق بالمعنى الخاصّ معاً. وتكون تسمية التزام البائع بضمان الاستحقاق من باب إطلاق الخاصّ على العامّ لغلبته وقوّة دلّالته لأنّ أكثر ما يظهر الضمان هو عند الاستحقاق فعلاً. وتسمح هذه الملاحظة حول معنى الاستحقاق بتحديد حقيقة الضمان.

من المبيع، وقد كانت تاريخياً في فرنسا داخلة ضمن ضمان العيوب؛ يراجع: حاتم الروائي، تحليل الفصل 642 م.ع. مذكرة سابقة، ص 81 وما يليها. - السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 325، ص 621. - دي باج ولينز، البيع، ف 162، ص 237 وما يليها. - لوران، ج 24، ف 265 وما بعدها، ص 263 وما يليها.¹¹⁴³ هستان وديشي، البيع، ف 796، ص 864.¹¹⁴⁴ لذلك يسمّى ضمان الاستحقاق في مصر «ضمان التعرّض والاستحقاق» انطلاقاً من نصوص القانون المدني وخاصة المادتين 439 و440. وهذه تسمية دقيقة تحفظ للاستحقاق معناه الخاصّ.¹¹⁴⁵ دي باج ولينز، البيع، ف 145، ص 218. - ديكارس، الوجيز...، ج 2، ف 809، ص 477.

1138 هذا هو المعنى الأصلي لكلمة «استحقاق» في القانون الروماني حيث تدلّ كلمة *e-victus* المشتقة من فعل *e-vincere* على خسارة الحقّ قضائياً:
«*evincere est vincendo in judicio aliquid auferre*»: *l'eviction est une défaite en justice, une perte d'un droit par suite d'un jugement.*
انظر في ذلك: ريبير وبولانجي، ج 3، ف 1489، ص 497. - دي باج ولينز، البيع، ف 145، ص 218. - ديكارس، الوجيز في القانون المدني البلجيكي، ج 2، ف 809، ص 477، ه 1.¹¹³⁹ كولان وكابيتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 897، ص 601. - ريبير وبولانجي، ج 3، ف 1490، ص 497. - سليمان مرقس، البيع، ف 208، ص 385.¹¹⁴⁰ مثال ذلك أن يؤدي المشتري دين دائن مرتين لفك الرهن عن عقاره: كولان وكابيتان ودي لامورنديار، مرجع وموضع سابقين. - بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 100، ص 96. - توفيق حسن فرج، عقد البيع، ف 175، ص 298. - سليمان مرقس، عقد البيع، ف 208، ص 284.¹¹⁴¹ بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 100، ص 96. - أويري ورو، ج 5، فقرة 355، ص 84. - ريبير وبولانجي، ج 3، ف 1490، ص 497. - ديكارس، الوجيز، ج 2، ف 816، ص 481.¹¹⁴² تعتبر هذه الصّورة حالة استحقاق جزئي من جهة أن الحقّ غير الظاهر كارتفاق أو كراء لم يصرّح به، من شأنه أن يحدّ من سلطات المشتري على المبيع، فهو افتكاك جزء من صلاحيات المالك يضاهاى استحقاق جزء

3.2- حقيقة الضمان:

326- إن الضمان بالمعنى العام المذكور هو التزام ثلاثي المحتوى يتركب من امتناع ودفاع وتعويض¹¹⁴⁶ : فهو امتناع في الفعل الشخصي ودفاع ضد دعوى الغير وتعويض عند الإخلال أو الفشل فيهما¹¹⁴⁷. واعتبارا لهذه التركيبة يمكن وصف الضمان بهذا المعنى بالشمول لمقابلته بمعنى حصري له يقصره على فرع التعويض. إذ ترد في عدة تعريفات للضمان أنه «المسؤولية المالية المنجزة عن استحقاق المبيع من يد المشتري»¹¹⁴⁸ أو «التزام البائع بتعويض المشتري عند استحقاق المبيع من يده»¹¹⁴⁹. والحال أنه أشمل من مجرد التعويض الذي هو فرع فيه، أو بتعبير أدق جزاء الإخلال به¹¹⁵⁰. وعليه فاستعمال الضمان للتعبير عنه هو استعمال حصري لهذا المصطلح من شأنه أن يطمس مفهومه الشامل ويحدث اللبس في الأذهان حول حقيقته. وربما كان من الأفضل التمييز تماشيا مع الأستاذ سليمان مرقس بين الضمان الأصلي المتعلق بالامتناع والدفاع والضمان الجزائي المتعلق

الخلط بينه وبين المسؤولية العقدية¹¹⁵²، فيعتقد أن الضمان ما هو إلا مسؤولية عقدية عامة أو خاصة والحال أنه التزم أشمل. وإن جازت المقارنة بينه وبين المسؤولية فهي ممكنة في فرعه الجزائي، بل إن التقريب بينهما وارد رغم الاختلافات¹¹⁵³ إلى درجة أن الضمان الجزائي يستلهم من النظرية العامة للمسؤولية العقدية ويحيل إليها¹¹⁵⁴. أما الضمان الأصلي فليس مسؤولية بل هو يمثل عنصر المديونية في التزام الضمان ككل. ولذلك لا يمكن حصر الضمان في المسؤولية دون المساس بوحدة الالتزام وشموليته. وهو في هذا المفهوم ينطلق من فكرة خصوصية تختلف عن المسؤولية التي هي جزاء لعدم تنفيذ التزام تعاقدي مطلقا، بينما الضمان هو دعامة لتنفيذ العقد نفسه ويهدف إلى تحقيق مقصود العقد أصلا¹¹⁵⁵. وفي هذه الفكرة تكمن غايته¹¹⁵⁶.

ومع ذلك فلا يجب التركيز كثيرا على هذا المفهوم الحصري للضمان خشية

1146 في هذا المعنى:

Bernard GROSS, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, thèse Nancy, L.G.D.J. Paris, 1964, n° 101, p. 100.

1147 أوبري ورو، ج 5، ف 355 ص 76 وما يليها. - جوسران، ج 2، ف 1097 وما بعدها، ص 575 وما يليها،

- فروس، مفهوم التزام الضمان، ف 4-5، ص 13-14. - دي باج ولينز، البيع، ف 144، ص 217.

1148 حاتم الروائبي، تحليل الفصل 642 م.ع. ص 3. - في ستانيسلاس، حق الفسخ في عقد البيع، أطروحة سابقة، ص 195.

1149 انظر في هذا التعريف وغيره ونقاشها: فروس، مفهوم التزام الضمان، ف 85 وما بعدها، ص 86 وما يليها.

1150 كولان وكابيتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 906، ص 607. - فروس، مفهوم التزام الضمان، ف 237 وما بعدها، ص 230 وما يليها.

1151 سليمان مرقس، عقد البيع، ف 206، ص 378. - السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 335، ص 637.

1152 تستبعد المسؤولية التقصيرية طبيعياً من المقارنة لأن الضمان هو التزام تعاقدي.

1153 من أهم الاختلافات بين الضمان الجزائي والمسؤولية أن هذه الأخيرة تقوم أساساً على فكرة الخطأ الواجب الإثبات أو المفترض وتعوض في الضرر المتوقع ويقدر فيها التعويض باجتهاد المحكمة في حين أن الضمان موضوعي لا يقوم على الخطأ وآلي يتحرك بمجرد سببه ويقع تقدير التعويض فيه وفق ضوابط وعناصر محددة قانوناً. انظر في نقاش مختلف أوجه المسألة عموماً: فروس، مفهوم التزام الضمان، ف 85 وما بعدها، ص 86 وما يليها. - وانظر لاحقاً، باب تعويض الخسارة في نهاية هذا البحث، ف 711 وما بعدها.

1154 فروس، مفهوم التزام الضمان. ف 237، ص 230.

1155 فروس، مفهوم التزام الضمان، ف 104-105، ص 101 وما يليها.

1156 تجدر ملاحظة أن هذا التحليل خاص بالتقويت الاختياري ولا ينسحب على «البيع الجبري» مما يؤكد

إقصاءه من ميدان التقويت في ملك الغير (راجع الهامش 63 في المقدمة). إذ من المتعارف عليه أن البيع الجبري

يرتب ضمان الاستحقاق ولا يرتب ضمان العيوب عملاً بالفصل 674 م.ع. (فيسستان وديشي، البيع، ف 806،

ص 869)، والمقصود بضمنان الاستحقاق الضمان الجزائي دون الضمان الأصلي باعتبار أن هذا «البيع» هو في

حقيقته انتزاع تغيب فيه إرادة التقويت من «البائع» بل ليس فيه بائع بالمعنى الحقيقي للكلمة، وإنما أكسب

المدين هذه الصفة فسراً حتى يتوفر الإطار الشكلي للملائم والغطاء القانوني المناسب لخروج الملكية من

المدين للمبتئ له في مقابل ثمن الثبوت. (قارب من كولان وكابيتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 898، ص

601)، وبالتالي فلا يتصور في إطار كهذا أن يلتزم المدين بالتزام أصلي بالدفاع عن المبتئ له أو السعي في

توفير الملكية له إذا تسلط الثبوت على غير ملكه! لكن لا يقبل من جهة أخرى أن يتحمل المبتئ له استحقاق

ب- غاية الضمان:

327- تدلّ التركيبة الثلاثية لعناصر الضمان على اتساع مداه وقابلية محتواه للتمطّط. وهو ما يؤيدّه ارتباط هذا الالتزام أساسا بانتقال الملكية باعتباره الأثر العيني والنوعي لعقد البيع. وهذا الارتباط المؤكّد فقها (1) تقرّه محكمة التعقيب خاصّة في قرار لها بتاريخ 27 جانفي 1986 (2).

1- التحليل الفقهي:

328- إن ربط الضمان بالتسليم لا ينفذ ربطه بالملكيّة بل هو جزء منها (1.1) تؤيدّه الطليعة القانونية لانتقال الملكية من أنّه أثر قانوني لا التزام (2.1).

1.1- ربط الضمان بالتسليم، هو جزء من ربطه بانتقال الملكية:

329- جرى عدّة فقهاء على ربط ضمان الاستحقاق بالالتزام بالبيع بتسليم

المبيع واعتباره امتدادا له، استنادا إلى أنّ القانون يحدّد غاية الضمان في «ضمان حيازة هادئة للمبيع» ويقولون إنّه لا معنى لإلزام البائع بتسليم المبيع أي ينقل الحيازة المادية للمشتري، ثمّ قبول التشويش عليه فيما بعد إمّا من البائع نفسه أو من الغير. فالحيازة الهادئة هي مواصلة ضرورية للتسليم ويجب ضمانها¹¹⁵⁷. ثمّ إنهم يلاحظون أنّ الضمان ذا الجذور الرومانية كان مستوجبا في عقد غير ناقل للملكيّة بل ملزم بتحويل المشتري حيازة هادئة، أمّا وقد صار العقد ناقلا للملكيّة فإمّا أن يزول الضمان أو أن يبقى على وظيفة ماديّة مرتبطة بالحيازة وهو ما يحقّقه التسليم فيبقى امتدادا له¹¹⁵⁸. كما أنّ الضمان يفترض وقوع التسليم، لأنّه لم يتمّ فالبايع يبقى مطلوبا به ويسأل على أساس قواعده لا على أحكام الضمان.

ولئن كان هذا البسط صحيحا إلا أنّه لا يعكس كلّ الحقيقة. فصحيح أنّ

الضمان يهدف حسب الفصل 630 م.أ.ع. إلى «ضمان حوز المبيع والتصرف فيه بلا معارض» وأن من موجبات الضمان الشخصي على الأقل وقوع شغب مادي وهو ما يصيب المشتري في حوزة المادي للمبيع وكذلك صور الاستحقاق الجزئي المبنية على حقوق معارضة لحوز المشتري، وأن المشتري لا يدخل في حيازة المبيع إلا بموجب التسليم الذي يعرفه الفصل 592 م.أ.ع. بنصه «يتم التسليم إذا تخلى البائع عن المبيع وصدر منه أو من نائبه إذن للمشتري في تسلّم المبيع ومكّن المشتري من حوزة بلا مانع».

لكن لا يجب أن يغيب عن الذهن أن فيما تقدّم تأكيدا للملكية نفسها، إذ التسليم لم يستوجب أصلا إلا لأن العقد ينقل الملكية، وارتباطه بالجانب المادي

1157 كولار - دوتيوول ودلهاك، العقود المدنية والتجارية، ف 248، ص 201. - مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع

والمعاوضة، ف 952، ص 275.

1158 مازو وشاباس ودي جيفلار، مرجع وموضع سابقين.

العين من يده وهو الذي دفع ثمنها في مقابلها. فلا بد له أن يستردّه. ومن هنا ألزم المدين بالضمان على سبيل التعويض للمبتئ له حتى لا يستفيد دون وجه من الثمن الذي استعمل في أداء دينه إزاء دائئيه. وهذا ما يحققه الضمان الجزائي ولا حاجة فيه لضمان أصلي. بل قد يصحّ التقدّم خطوة أخرى ونفي الضمان الجزائي نفسه بحجة أن أساس ردّ الثمن في هذه الظروف هو قواعد الإثراء بدون سبب أو دفع ما لا يستحقّ أكثر من الضمان (قارب من هذا المعنى: جوسران، ج 2، ف 1115، ص 585). ولعلّ هذا ما يفسّر الحرج الكبير الذي يبديه أكثر الفقهاء إزاء الحديث عن ضمان الاستحقاق في البيع الجبري (مثلا: لوران، ج 24، ف 226، ص 226.

- بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 103، ص 100). إذ يقرّونه على تفريق عملي مفاده أن المبتئ له يرجع على الدائئين لأنهم ميسورون وقد قبضوا منه الثمن فعلا، وهؤلاء يرجعون على المدين فيما بعد ليطالبوه بالدئين. وهذا منطوق الإثراء ولا الضمان. وحتى إن قام المبتئ له على المدين مباشرة، فذلك لا تحريكا لالتزام بالضمان، بل على وجه المقاصة الافتراضية في استرداد ما دفع للدائئين على سبيل الخلاص، أي أن المبتئ له يأخذ من المدين ما كان سيأخذه من الدائئين قبل رجوعهم على المدين ليؤدّي لهم ما دفعوه، فالقيام عليه رأسا يختصر هذه المسألة ويحقق نوعا من المقاصة الحكمية. وربما تأيد هذا التّخريج بالنظر في محتوى التعويض الذي يصعب أن يتلاءم مع كلّ عناصر الضمان الجزائي كما سيأتي تفصيلها لاحقا (ف 713 وما بعدها، وفي معنى قريب: جوسران، ف 1115، ص 585).

وعلى كلّ سواء أقرّ الضمان الجزائي أم نفي من «البيع الجبري»، فإنّ الضمان الأصلي منعدم فيه. ومن ثمّ ينتفي الأساس القانوني لتصحيحه عند تسلّطه على ملك الغير، فيقع باطلا قانونا على ما سيأتي شرحه لاحقا في الهامش 1236.

للملكية¹¹⁵⁹ يجعله يمكن المشتري من مباشرة سلطات المالك على الشيء، وعلى الأخص الاستعمال والاستغلال¹¹⁶⁰. وهذه صلاحيات لا يمكن أن يمارسها إلا من كان حائزا للشيء بنفسه أو بواسطة ولا يكفي فيها مجرد الإقرار بالملكية للمالك، فكان لا بد للضمان أن ينصب على حماية «تصرف المشتري في المبيع بلا معارض» على حدّ عبارة الفصل 630 م.ا.ع.

330- على أن الأهم قبل ذلك أن الضمان يحمي مبدأ الملكية أي تملك المشتري بالمبيع أصلا¹¹⁶¹. وبيانه أن انتفاع المشتري بالمبيع لا معنى له إذا حرم أصلا من الملكية، وهو المعنى الأول للاستحقاق. فإذا ثبت ملكية المبيع للغير وحرم منها المشتري فسيحرم ضرورة من بقية الصلاحيات التي توفرها له الملكية، إذ الملكية كما هي استعمال واستغلال هي أيضا تفويت حسب الفصل 17 م.ح.ع. أي أنها رتبة وانتفاع. وإن كانت تخوّل للمشتري الانتفاع فذلك

2.1- ربط الضمان بانتقال الملكية كأثر قانوني:

331- يتأكد هذا الربط بالرجوع إلى الطبيعة القانونية لانتقال الملكية الذي لو كان التزاما شخصيا لعدّ الضمان فرعاً له ولاعتبر عندئذ زائداً ومجرد ترديد للقواعد العامة لا يحتاج كلّ هذا التثظيم الخاص به¹¹⁶²، لكنّه أثر قانوني، فوجب «ضمانه» في الجانب الشخصي لعقد البيع أي ربط تحققه بالالتزام شخصي يتحمّله البائع، فكان الالتزام بضمان الاستحقاق.

وتفسير هذا الربط أن عقد البيع لا ينقل الملكية دائماً بمجرد وجوده، إذ لو كان كذلك لما احتيج إلى الضمان أصلاً ولما كان مفهوماً تنظيمه في المجلة¹¹⁶³. فإذا تأخر الانتقال لتخلّف بعض الشروط القانونية الإضافية (الإفراز- الترسيم...) كان لزاماً الإبقاء على تعهد البائع بموجب البيع بمساءلته عند عدم الانتقال، وهو ما يحققه ضمان الاستحقاق¹¹⁶⁴. ومعنى هذا أن تصوّر المشرع لعقد

يتعلق بالرّقبة ذاتها، ولا معنى للضّمان عندئذ إذا انصرف إلى الانتفاع والرّقبة غير مضمونة بما يعني أنّ الضّمان ينصبّ على الملكية التامة. وهو الفهم الذي أشار إليه الفصل 630 م.ا.ع. نفسه في مرمى الضّمان عندما فصل تصرف المشتري في المبيع عن «حوز المبيع» بما يسمح بحمل العبارة على المعنيين المادّي والقانوني فتشمل إلى جانب الحوز المادّي الملكية ذاتها.

وبالتالي فكلّ الحقيقة أنّ الضّمان يرتبط بانتقال الملكية أصلا ولا يقتصر على التسليم. وهذا ما توكّده طبيعة انتقال الملكية.

1159 فرّوس، مفهوم التزام الضّمان...، ف 83، ص 84 - ريبير وبولانجي، ج 3، ف 1479، ص 494.
1160 قرار تعقيبي عدد 5672 مؤرّخ في 17 مارس 1981، ن 81، I، 117: «إن تسليم المبيع للمشتري هو وليد انتقال ملكيّة الحقّ العيني أو ذات الشيء، إليه بمقتضى العقد فتكون الغاية من التسليم حينئذ ماثلة في انتقال المنفعة فقط...»
1161 مالوري وأيناس، العقود الخاصّة، ف 349، ص 227.

المبيع هو أن ينقل الملكية قانونا وأن يلزم البائع بضمانها، فإن انتقلت فلا إشكال، وإن لم تنتقل تحرك التزام البائع بالضّمان. فالضّمان كأنه جزء انتقال الملكية، أي الجزء المترتب عن الإخلال به، ولهذا «فالبائع محمول على هذا الضّمان ولو لم يشترط صراحة في العقد ولا تنفك عهده منه بثبوت شبهة له» حسب الفصل 630 م.ا.ع. فقرة أخيرة. فيبدو الضّمان هكذا كأنه الوجه الآخر لانتقال الملكية¹¹⁶⁵ أو كأنه وانتقال الملكية شيء واحد¹¹⁶⁶، حتى قيل إنّ

1162 السّهوري، الوسيط، ج 4، ف 325، ص 618.
- Pierre-Yves GAUTIER, Note sous Cass. Civ. 1ère 27 mai 1986, Dalloz, Sirey 1987, Jurisprudence, pp. 210 et s. spéc. n° 11, p. 212.
1163 بول فياتا، في خصائص وآثار بيع ملك الغير، أطروحة سابقة، ص 69 - فوّتي، تعليق سابق، ف 9-10، والهامش 6، ص 212.
1164 لوران، ج 24، ف 209، ص 205.
1165 كولان وكابيتان ودي مورنديار، ج 2، ف 893، ص 597.
1166 حلمي بهجت بدوي، بطلان بيع ملك الغير، مقال سابق، ص 606.

«الضمان هو من جوهر عقد البيع»¹¹⁶⁷.

332- لئن بدا مثل هذا القول منطويا على شيء من المبالغة إلا أنه ليس عاريا عن الحقيقة بل له منها جانب أكيد. إذ أنه من عادة الفقهاء وصف الضمان بكونه التزاما فرعيا أو تابعا وليس التزاما أصليا وذلك لعلّة مزدوجة هي أنّ الضمان لا يؤثر في تكييف البيع وأنه يمكن استبعاده باتفاق مخالف¹¹⁶⁸، فيقال إنّ الضمان هو من طبيعة البيع وليس من جوهره. وهذا وصف صحيح على الإجمال لأنّ الضمان جزاء لانتقال الملكية ومن شأن الجزاء أن يكون تابعا¹¹⁶⁹ لكن لا يجب أخذه على إطلاقه خشية الوقوع في المغالطة، لأنه إذا أمكن تعديل الضمان اتفاقيا بالزيادة أو بالتقصان فذلك لا يمسّ بأصل الضمان الذي يبقى موجودا، وحتى إذا أمكن الإغفاء من الضمان أصلا حسب الفصل 642 م.ا.ع. فهذا الإغفاء لا يهّم الفعل الشخصي للبائع الذي يبقى قائما دائما، وحتى في فعل

أصليا بما أنه يجوز استبعاده أصلا ويبقى البيع بيعا¹¹⁷³. وبناء عليه، وحيث لا يمكن بآية حال أن ينزع الضمان عن البيع وغاية ما يجوز استبعاده يقتصر على التعويض في الضمان الجزائي، فإنه لا يتصور تشريعا استبعاد فكرة الضمان من البيع، ففي هذا الحدّ يعتبر الضمان من النظام العام¹¹⁷⁴ ويمكن ربطه بجوهر البيع¹¹⁷⁵. وإن لم يكن الضمان مقصودا لذاته من البيع فلا يكتيفه إذ لا يقال إنّ البيع هو عقد موجب للضمان بل هو عملية ناقلة للملكية في مقابل ثمن (وهذان عنصرا تكييفه) إلا أنه ملازم لانتقال الملكية بحيث يمثّل جزاءه الضروريّ وجزءه المتمم لذاته والمتمدّ في الجانب الإلزامي (الشخصي) للعقد، باعتبار أن انتقال الملكية أثر قانوني والضمان التزام، فيلتصق به ويتحد إلى درجة أنه كما لا يجوز استبعاد انتقال الملكية من البيع فلا يجوز استبعاد الضمان أيضا، فالضمان هو مولود انتقال الملكية الساهر على تأمينه.

الغير فلا ينصرف الاتفاق إلا إلى تعويض الخسارة¹¹⁷⁰ لا إلى «أصل الضمان» أي الثمن فهو واجب الرد دائما وفي كل الأحوال بقطع النظر عن اشتراطه من عدمه وعن حسن أو سوء نية الأطراف¹¹⁷¹ ولا وجه بحال إلى الاتفاق مقدما على عدم شموله بالضمان وإلا انقلب البيع إلى عقد غرر، وهو ممنوع في قانوننا خلافا لفرنسا مثلا¹¹⁷² حيث يجوز من هذه الناحية فعلا نفي أن يكون الضمان التزاما

¹¹⁶⁷ لوران، ج 24، ف 253، ص 251. - ويذكر دي باج ولبنيز (البيع، ص 219، هـ 2) قرارات لفقهاء القضاء البلجيكي في هذا الاتجاه.

¹¹⁶⁸ فرّوس، مفهوم التزام الضمان، ف 44-46، ص 47-48. - عبد الحق صالح، عقد البيع...، ص 344.

- حاتم الروائبي، تحليل الفصل 642 م.ع. مذكّرة سابقة، ص 19.

¹¹⁶⁹ فرّوس، مفهوم التزام الضمان، ف 45، ص 48.

¹¹⁷⁰ الفصل 642، ف 2 م.ع.

¹¹⁷¹ الفصل 643 م.ع.

¹¹⁷² الفصل 1629 من المجلة المدنية الفرنسية.

333- في هذا الإطار يتنزّل التحليل الشّائي لانتقال الملكية من أنّه تنازل واكتساب لأنّ منه ينبع الالتزام بالضمان. فالاكتساب يتكفّل به القانون إذا تحققت شروطه والتنازل يتمّ بمجرد العقد ويعني أنّ البائع يتخلّى عن ملكية المبيع لأنّ المشتري سيكتسبها، فلا يطالب بها ولا يستردها ولا يعتبر نفسه قد استبقاها فيما إذا لم تنتقل عند العقد. وهذا ما يكون النّواة الأولى للالتزام بالضمان¹¹⁷⁶. إذ

¹¹⁷³ هناك من الفقهاء من يخرج هذا البيع عن وصف البيع وينتصر لفكرة أنّ الضمان من جوهر العقد؛ لوران، مرجع وموضع سابقين.

¹¹⁷⁴ قارن بضمان العيوب الخفية الذي يجوز الاتفاق على نفيه تماما، فهو ليس من النظام العامّ (الفصل 670 م.ع.).

¹¹⁷⁵ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، ف 216، ص 383.

¹¹⁷⁶ في الحقيقة تظهر فكرة التنازل في التزامي البائع المميزين أي التسليم والضمان. وهي تبرّر الجانب السلبي فيهما؛ فالتنازل يحمل معنى التخلّي والامتناع، ولذلك ففي التسليم يتخلّى البائع عن المبيع (الفصل 592 والفصل 593 أولا). ولا يمانع المشتري في تسلّمه أو تحوّزه بالمبيع (الفصول 592 - 593 - 594 م.ع.) وفي ضمان الفعل الشخصي يكفّ عن كلّ تشويش يشاغب المشتري (الفصل 631 م.ع.). وهو ما يجعل التّصور

الضمان امتناع أولًا. ثم هو دفاع أيضا إذا قام مستحق إذ يجب ردّ دعواه لضمان اكتساب المشتري للملكية لأنّ البائع يتعهد قانونا بأنّ الملكية تنتقل فعلا إلى المشتري. وهذا هو المعنى الذي يجب أن يفهم من الصيغة المألوفة في عقود البيع: «أحال فلان بوصفه بائعا/باع فلان ونقل مع كلّ الضمانات القانونية والفعليّة إلى المشتري، الذي قيل، جميع عقاره...». فمثل هذه الصيغة تبرز فكرة التنازل وعلاقتها بالضمان: البائع ينقل ويحيل أي يتنازل عن ملكية الشيء للمشتري ولا يكسبه إياها ضرورة، فهذا يتوقّف على حكم القانون إذا تحققت الشروط المطلوبة. وما دام متنازلا عن ملكيته فهو يلتزم باحترام تعهده وإلا فيسأل عن ذلك، وهذا هو الضمان. وهو ما يتفق مع كون الضمان مستوجبا قانونا ولا يتأثر بحسن نية البائع أو سوءها¹¹⁷⁷.

إنّ الرّيبط بين انتقال الملكية والضمان لهو أعمق من مجرد ريبط أثرين لعقد

ملزما بالضمان إذن يعني أنّه مطلوب بتحقيق نتيجة العقد¹¹⁸¹ أي نقل الملكية¹¹⁸². وهذا ما أحسنت محكمة التّعقيب فهمه والإشارة إليه تصرّحا وتلميحا في واحد من أهمّ قراراتها في مادة البيع مؤرّخ في 27 جانفي 1986.

¹¹⁸¹ بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 88، ص 82.

¹¹⁸² يترتب عن تحديد غاية الضمان في التفويت نتيجة في غاية الأهمية تتمثل في تأكيد تمييز التفويت في ملك الغير عن التعهد في حق الغير، وتبديد الانطباع الأول من أنّ التعهد وهو يعد بالحصول على موافقة المالك على العقد يظهر وكأنه المفوت يضمن الحصول على إجازة المالك الحقيقي وهو مطلوب بتحقيق هذه النتيجة ويسأل بالتعويض عند عدم العمل في الحالتين. ولكن الحقيقة مختلفة لاختلاف محل الالتزام ومرماه ونظامه. فالتعهد يلتزم بالحصول على موافقة المالك على التعاقد مع المشتري مع بقائه هو أجنبيا عن العقد ولا يكتسب صفة طرف فيه فلا يلتزم بالتزامات العقد المقترح. يلتزم بالتزامه الخاص من تلقاؤه من الغير. فلا يلتزم بالتزامه الخاص

وأحد، بل هو ركيزة العقد برمته وتحليله أن انتقال الملكية هو الأثر التوعوي للبيع موضوع العقد نفسه أي الغرض المقصود منه، وربط الضمان به يعني الالتزام بتحقيق مقصود العقد أصلاً¹¹⁷⁸: أي التعهد بتحقيق نتيجة البيع تماشياً مع القاعدة العامة في احترام العهود وتحمل الالتزامات¹¹⁷⁹، لأن «من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه»¹¹⁸⁰، وكون البائع

التشريعي متماسكاً ويؤكد صحة التحليل الثنائي لنقل الملكية وفائدته.

¹¹⁷⁷ ويتربط عنه أيضاً انتقال الضمان إلى المشتريين الموالين لأن تحلي البائع الموجب للضمان لا يختلف فيه إن كان المستوجب له هو المشتري الأصلي أو من اشترى منه: أوبري ورو، ج 5، ف 355، ص 89، هـ 26. - جوسران، ج 2، ف 1107، ص 579.

¹¹⁷⁸ في ستانيسلاس، حق الفسخ في عقد البيع، أطروحة سابقة، ص 234، وهو يلتقي في تحليله مع فقهاء القانون الألماني، ويشير أنهم يؤسسون هذا الالتزام على فكرة الأمن القانوني، ص 217. - انظر أيضاً: فروس، مفهوم التزام الضمان، ف 1، ص 1.

¹¹⁷⁹ الفصل 242 م.ع.

¹¹⁸⁰ الفصل 547 م.ع.

يلتزم بنتيجة العقد نفسها لأنه طرف فيه وهو يقدم نفسه على أنه المالك عكس التعهد الذي لا ينكر ملكية الغير بل يقرها ولذلك يسأل عن عدم العقد إذا لم يوافق المالك. ولا يعتبر عدم التعاقد في حق المشتري استحقاها بل خرقاً من التعهد لالتزامه، وهو يسأل تجاه مشتر عالم بحقيقته الوضع وينتظر موافقة المالك عكس المفوت الذي يسأل عن أثر العقد لا عنه أصلاً، فعدم الإجازة يمنع اكتساب المشتري الملكية ويعدّ استحقاها للمبيع من يده، كما أنه لا يسأل بالتعويض إذا كان المشتري عالماً بملكية الغير عملاً بصريح الفصل 576 م.ع. وهذا شاهد كاف على ابتعاد التعهد عن التقويت في ملك الغير لا تزيده أحكام الفصل 576 م.ع. إلا رسوخاً وثباتاً بالنظر إلى أن التقويت لا ينفذ بإجازة المالك فحسب بل بصيرورة المفوت مالكا أيضاً وليس للبائع أن يعارض بالبطلان وليس في النص أجل لورود الإجازة. وهذه أحكام لا موقع لها في نظرية التعهد عن الغير لأنه التزام بالحصول على موافقة المالك فحسب وهو التزام صحيح لا غبار عليه فلا محل فيه للحديث عن أي بطلان يعارض به التعهد، كما أنه يفترض مدة لموافقة المالك الحقيقي تقدر في الغالب بخمسة عشر يوماً على أساس الفصل 40 م.ع. إذا ارتبط التعهد بتعاقد في حق الغير.

انظر في هذا الاتجاه: محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس 1991، ص 64. - شارل - أدريال أوديبار، دراسة في بطلان أعمال التقويت... أطروحة سابقة، ص 248 وما يليها. - كولييه دي سانتير، ج 7، ف 28 مكرّر، ف XVI، ص 59-60. - مارك هاريسال، التعهد عن الغير، مقال سابق، ص 126، هامش 37. - نبيلة رسلان، العلاقات القانونية الثلاثية، ص 184 والهامش وص 189.

Michel LE GALCHER-BARON, L'obligation de garantie, obstacle à une action en nullité pour incapacité, R.T.D. Civ. 1959, p. 257-274, spéc. n° 9, p. 265.

2- قرار 27 جانفي 1986¹¹⁸³؛

334- أكدت محكمة التعقيب في هذا القرار في عبارة مبدئية وإن كانت لا تخلو من الاضطراب والانتقاد، لكنها واضحة في تبليغ المقصود، «إن الفصل 630 فقرة 1 م.اع. وإن حصرت ضمان الاستحقاق المحمول على البائع في حوز المبيع والتصرف فيه بلا مانع، فإن النصوص القانونية الموالية قد أوضحت بصورة أشمل مؤدى هذا الضمان وبيئت 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...».

ولفهم هذه الحيثية وإعطاء القرار قيمته الحققة يحسن تقديم ملخص له (1.2) ثم التركيز على ما أبداه من خصوصيات في العقارات المسجلة (2.2).

1.2- ملخص القرار:

فضلا عن وجود تحريف للوقائع وهضم لحقوق الدفاع.

وبهذا انحصر المشكل في معرفة إن كان ما تعرض له المشتري يمثل استحقاقا يضمنه البائع أم لا وهذا يتوقف على تحديد معنى الاستحقاق مطلقا؟ وهل البيع ثنائية هو من حالاته أم لا؟ وهل للضمان خصوصية في العقارات المسجلة؟

عن هذه الأسئلة الفرعية أجابت محكمة التعقيب بالإيجاب انطلاقا من ربطها للضمان بانتقال الملكية. فالاستحقاق له معنى واسع لأنه لا يقف عند التسليم بل يتجاوزه إلى الملكية نفسها، وهو ما تقدم شرحه، ولذلك يعتبر من حالاته وجود بيع ثان ينجح صاحبه في الاحتجاج على المشتري الأول فيستحق منه المبيع ويضمنه البائع لأنه منسوب إليه فلا يلتفت فيه إلى شرط أن يكون سابقا على عقد البيع «لسبب موجود وقت البيع» على حد عبارة الفصل 632 م.اع.¹¹⁸⁶.

ويتأكد هذا الفهم الواسع بما تضيفه العقارات المسجلة من خصوصيات.

336- أبرز القرار اثنتين منها هما كفيّة الاستحقاق (أولاً) والتّرسيم (ثانياً).

أولاً: كفيّة الاستحقاق:

337- تمّ استحقاق المبيع من يد المشتري بناء على حكم حوزي لا استحقاق. ولو كان في غير العقارات المسجلة لما قام الضّمان أصلاً لأنّ ذلك يعدّ شغبا مادياً لا يضمنه البائع عملاً بالفصل 645 - ثالثاً م.ا.ع. ولكنّه في العقارات المسجلة يكون بمثابة الاستحقاق ضرورة أنّ دعوى كفّ الشغب عن الانتفاع بعقار مسجّل على معنى الفصل 307 م.ج.ع. هي دعوى مؤسّسة في الحقيقة على الإدلاء بشهادة ملكيّة أي هي مؤسّسة على الاستحقاق، فهي دعوى لحماية المالك لا لحماية الحائز¹¹⁸⁷. وعليه فبين مشتريين أحدهما مرسم والآخر غير

¹¹⁸⁶ السّهوري، الوسيط، ج 4، ف 330، ص 628.

¹¹⁸⁷ انظر في تحليل هذه الفكرة مقال الأستاذ محمّد المنصف الشّافعي بالفرنسيّة:

سليمان) باعته إلى المدعو عبد المجيد الذي باعه بدوره إلى خليفة، ثمّ عمدت المالكة إلى بيع نفس مناباتها إلى الهاشمي الذي بادر بترسيم شرائه ثمّ نجح في استصدار حكم حوزي ضدّ خليفة¹¹⁸⁴. فقام هذا الأخير لدى محكمة ناحية قرنبالية ضدّ بائعه عبد المجيد طالبا فسخ البيع وردّ الثّمّن والتّعويض. فقضى لصالحه بحكم نهائي كان محلّ طعن بالتّعقيب من البائع الذي حاول التّفصّي من واجب الضّمان بطلب التّقض والإحالة بناء على أنّه وقع منه تحويز المشتري بالمبيع (وقد تصرّف فيه دون مشاغب مدّة تسع سنوات) وأنّ الاستحقاق سببه لاحق لعقد البيع فلا يطلب به، وأنّ دعوى ضمان الاستحقاق لا تتصوّر قانوناً في العقارات المسجلة (هكذا)¹¹⁸⁵

¹¹⁸³ قرار تعقيبي عدد 12847 مؤرّخ في 27 جانفي 1986، ن 86، I، 253.

¹¹⁸⁴ لا يوضّح القرار طبيعة الحكم الحوزي، لكن يبدو أنّه بالخروج لعدم الصّفة استناداً إلى الفصل 307 م.ج.ع.

¹¹⁸⁵ من المثير أنّه سبق لفقّه القضاء أن أقرّ هذه الملاحظة: استئناف صفاقس ع 261 عدد مؤرّخ في 23 جويلية

1959، ق.ت. ماي 1960، ص 59.

مرسّم لكنّه متحوّز بالعقار يكفي المشتري الأوّل أن يرفع عليه دعوى في الخروج من عقار مسجّل لعدم الصّفة على أساس الفصل 307 م.ج.ع. عوض مقاضاته استحقاقياً. وهذا ناتج عن مبدأي المفعول الحفظي للتّرسيم وألويّة الحقّ المرسّم بإدارة المملكيّة العقاريّة عملاً بالفصلين 361 و305 ف 1 م.ج.ع.¹¹⁸⁸

ثانياً: التّرسيم:

338- إنّ التّرسيم هو إجراء ضروري لحماية الحقّ وحفظه، ويتوقّف إتمامه على شروط وشكليّات بينها أنّه لا يقبل إلاّ إذا كان الحقّ المطلوب ترسيمه مستمداً من المالك المرسّم عملاً بالفصل 392 م.ج.ع. وهو ما يعرف بمبدأ التسلسل¹¹⁸⁹. وفي قضية الحال لم يتمّ التّرسيم لفائدة المشتري خليفة لأنّ من باعه (عبد المجيد) غير مرسّم، فلا يمكن إذن أن ينتقل الحقّ من المالكة الأصليّة إلى خليفة إلاّ بعد إدراج شراء عبد المجيد. وهذا ما أرادت محكمة التّعقيب إبرازه بقولها مواصلة لما سبق «إنّ الضّمان لا ينحصر في التسليم... بل يتمثّل أساساً في

المملكيّة العقاريّة إلاّ إذا أتمّ البائع من جهته ما يتوقّف شراء المشتري على إتمامه...». واعتبرت تبعاً لذلك عدم ترسيم البائع بيعه حتّى يتسنى ترسيم شراء المشتري منه إلى أن يبيع المبيع للغير ورسم واستحقّه «لا يعفي البائع من مسؤوليّة الضّمان¹¹⁹¹ الملقاة على عاتقه ما دام عدم مبادرته بترسيم شرائه كان هو السّبب المشار للاستحقاق».

والملاحظ في القرار أنّ محكمة التّعقيب تحمّل البائع تبعه الاستحقاق لأنّه «لم يسع في ترسيم حقوقه المنجّرة له من المالكة الأصليّة» أي أنّها تحمّله التزاماً بالسّعي في التّرسيم وتوكّده بقولها إنّ الاستحقاق كان السّبب فيه «هو امتناع البائع عن القيام بما كان يجب عليه القيام به ضماناً لحقوقه وحقوق المشتري منه»، وهذه عبارة لا أوضح منها في تبني فهم واسع لضمان الاستحقاق يتّسع لكلّ ما من شأنه أن يحقق نقل المملكيّة ومنه التزام إيجابي بإتمام التّرسيم.

339- ولئن كان هذا التحليل منطبقاً في تاريخ القرار - أي سنة 1986 - على العقارات المسجلة من جهة مبدأ التسلسل كما سبق، إلا أن فائدته القصوى تظهر اليوم بعد تبني المفعول المنشئ للتسجيل حيث ينطبق تماماً على وضعية البيع غير المرسم الذي لا ينقل الملكية للمشتري فيلزم فيه البائع بعدم عرقلة التسجيل والمساعدة في إنجازه وحتى السعي فيه، وكل ذلك بموجب التزامه بضمان الاستحقاق¹¹⁹². وهذا ما يؤكد الصبغة المبدئية لقرار محكمة التعقيب¹¹⁹³ رغم

المطعن أيضاً فإن محكمة الموضوع قد اعتبرت أن خروج الحوز عن المعقب ضده بموجب أسبقية التسجيل يستلزم ضمان الاستحقاق تطبيقاً لأحكام الفصلين 630 و636 من مجلة الالتزامات وهو ما يتفق مع مجموعة الأحكام الواردة في باب ضمان الاستحقاق.

1191 لا يبدو أن محكمة التعقيب تخلط بين مفهومي الضمان والمسؤولية لما بينهما من فوارق، ويرجع من السياق أنها قصدت بكلمة المسؤولية معنى العهدة أو الواجب أي التزام الضمان نفسه. وعلى كل فالدقة تفرض عدم الجمع بين المفهومين كما جاء في الحيثية المشار إليها إلا إذا أريد بالمسؤولية التعويض المترتب عن الضمان وهو ما لا يوحي به سياق الحيثية وما يحسن تجنّبه هو أيضاً.

1192 قد يتداخل مع ضمان الاستحقاق الالتزام بالتسليم في خصوص التسجيل. إذ يوجب الفصلان 603 و613 م.ع. على البائع تسليم توابع المبيع ومنها الحجج والرُسوم. ولكن ذلك لا يقصي ضمان الاستحقاق ولا يوهن

نقل الملكية وهو التزام¹¹⁹⁰ لا يتحقق بالنسبة للعقارات المسجلة لدى إدارة

- Mohamed Moncef CHAFFAI, L'action en cessation du trouble apporté à la jouissance d'un immeuble immatriculé (art. 307 al. 2 C.D.R.). A.J.T., n° 3, 1990-1, pp. 23-78.

مع الإشارة إلى أن فقه قضاء محكمة التعقيب غزير في هذا الاتجاه وهو ثابت خاصة على أن دعوى الفصل 307 م.ع. هي غير الدعوى الحوزية العادية المنظمة بالفصول 51 وما بعده م.م.ت.

انظر على سبيل المثال: - قرار تعقيبي (دوائر مجتمعة) عدد 11428 مؤرخ في 13 ديسمبر 1985، ن 85، I، 245. - قرار تعقيبي عدد 15243 مؤرخ في 7 أبريل 1986، ن 86، I، 68. - قرار تعقيبي عدد 30145 مؤرخ في 18 جانفي 1993، ن 93، 243.

1188 انظر في تحليل هذين المبدأين: محمد كمال شرف الدين، التطور التاريخي للنظام العقاري التونسي: التسجيل والإشهار (1885-1985)، ق.ت. نوفمبر 1987، ص 21-62. انظر خاصة ف 35 وما بعدها، ص 48 وما يليها.

1189 انظر: محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير...، ف 157، ص 133.

1190 قد يؤخذ على محكمة التعقيب أنها تعتبر انتقال الملكية التزاماً. لكن يبدو أنها لا تقصده، وأن كلمة التزام تعود في الجملة على «الضمان»: أي أن الضمان هو التزام لا يتحقق بالنسبة إلى العقارات المسجلة... ودليل ذلك أنها كررت موقفها في الرد على المطعن الثاني بالإشارة الصريحة إلى الضمان «حيث خلافاً لما جاء بهذا

الهنات المشار إليها في الهوامش السابقة.

340- يخلص هكذا من هذا القرار ومما سبقه من تحليل أن ضمان الاستحقاق هو التزام يرتبط بانتقال الملكية - فهو مؤيد الضروري والحتمي - وأنه التزام ذو محتوى واسع فيشمل مثلاً في العقارات المسجلة السعي في إنجاز الترسيم. ويبرز هذا الاستنتاج تميز الضمان بخصوصيتين أساسيتين هما أنه التزام موضوعي وهو التزام بتحقيق نتيجة¹¹⁹⁴. والموضوعية تتجلى فيه بمعاني مختلفة إذ هو مرتبط بموضوع العقد بمعنى غرضه أي انتقال الملكية، وهو واجب على

القرار في شيء لأن مقتضيات السعي في الترسيم أشمل من صورة تسليم حجة أو رسم موجودين (مثلاً إمضاء كاتب تكميلي، تعريف بالإمضاء، القيام بإقرار أو المصادقة على بيع مناب مشاع... الخ... فهذه صور لا يستوعبها الفصلان 603 و613). كما أنه لا مانع حتى في هذه الصورة من تعدد السبل أمام المشتري للوصول إلى حقه. وعلى كل يزداد قرار 1986 وجاهة إذا ما قورن بتذبذب فقه القضاء بخصوص ما يسمى بتسليم التوابع الإدارية، حيث تارة يلحقه بالالتزام بالتسليم على أساس الفصلين 603 و613 م.أ.ع. (قرار تعقيبي عدد

البائع ولو لم يشترط صراحة، وهو قائم ولو في غياب أي خطأ ينسب إلى البائع (الفصل 630 م.أ.ع.)¹¹⁹⁵. وهذا ما يجعله رامياً إلى تحقيق نتيجة أي نتيجة العقد وهي انتقال الملكية.

وإن التزاماً كهذا ليُتسع من نفسه بكل يسر وتلقائية ليتقبل بيع ملك الغير وليكون أساساً طبيعياً لصحته.

الفقرة الثانية: صورة الضمان كأساس لصفة التقويت

341- يتيح مفهوم ضمان الاستحقاق كما تقدم بسطه ربط الصلة بينه وبين ملك الغير، إذ أن غايته المتمثلة في تأمين انتقال الملكية ومحتواه الواسع المتقبل لكل ما يحقق تلك الغاية هما بالضبط ما يفترضه بيع ملك الغير وتحتاجه صحته¹¹⁹⁶. وبهذا يبدأ تشكّل صورة الأساس التي تظهر خاصة في إلزام بائع ملك غيره بتحقيق ما بشرطه القانون ليكتسب المشتري الملكية من ناقلاً

يتطلب العرض والتحليل (ب) بعد تعزيزه بما يقدمه تنظيم ضمان الاستحقاق من شواهد عليه (أ).

أ- شواهد الأساس:

342- إن المطلع على باب ضمان الاستحقاق في مجلة الالتزامات والعقود تستوقفه شواهد عديدة على علاقته ببيع ملك الغير وهي كلها تصب في اتجاه صحته. وأول هذه الشواهد مطلقا يقدمه ضمان فعل الغير. أي ضمان الاستحقاق الصادر عن الغير وأهم صورته صدور حكم قضائي بثبوت ملكية الغير للمبيع

1195 جيروم هوييه، أهم العقود الخاصة، ف 11280، ص 224 - كولار-دوتبول ودلباك، العقود المدنية والتجارية، ف 252-253، ص 203.

1196 في هذا الاتجاه، لكن باقتصار غير مفهوم على الملكية المفترزة مع تخصيص الملكية المشاعة كأساس العقد الموقوف، مما جعل الفصل 576 م.ع. مستندا على أساسين مختلفين في وقت واحد؛ الأمجد المسعي، بيع ملك الغير، رسالة سابقة، ص 68 وما يليها.

9555 مؤرخ في 29 جويلية 1974، ن 74، III، 125) وطورا يؤسسه على الفصل 243 م.ع. (قرار تعقيبي عدد 9554 مؤرخ في 18 أكتوبر 1984، ن 84، II، 322) وطورا آخر يخرج من نطاق الالتزامات أصلا ويعتبره أمرا شكلياً تفرضه أحكام السجل العقاري خارجا عن الائتاق (قرار تعقيبي مؤرخ في 31 جانفي 1956، ق.ت. نوفمبر - ديسمبر 1960، ص 33 (عدد 53). - استئناف الكاف عدد 3508 مؤرخ في 4 فيفري 1989، ق.ت. فيفري 1990، ص 95. / م.ق.ت. 91، 167. - قرار تعقيبي عدد 55176 مؤرخ في 21 أكتوبر 1998، ن 98، II، 305).

1193 ينبغي تسجيل الصيغة المبدئية للقرار بصرف النظر عن الحل الظري للمشكل المعروف والذي قد ينتقد باعتبار أن تحميل البائع الضمان فيه تجاهل لسلوك المشتري الذي عليه هو أولاً أن يسعى في الترسيم وإن حصل استحقاق فبسبب تقاعسه وهو ما يعفي البائع من الضمان على أساس الفصل 645 م.ع. ومع ذلك فيبدو من حيثيات القرار أن المحكمة واعية بهذه المسألة بدليل أنها كررت نسبة سبب الاستحقاق إلى البائع ثلاث مرات في القرار، فضلا عن أن قيمة القرار ليست في هذه النتيجة بل في الربط أصلا بين الترسيم وضمن الاستحقاق واعتبار الترسيم من مستلزمات نقل الملكية الموجبة للضمان عند الاستحقاق.

1194 ويضيف الأستاذ فروس (مفهوم التزام الضمان، ف 53، ص 55) أنه التزام مستمر أي قابل لأن يتحرك كلما حدث شغب يوجب تطبيقه، وهذه خاصية بالغة الأهمية تظهر فائدتها في أسباب نفاذ التقويت بصفة خاصة كما سيأتي بيانه لاحقا في الجزء الثاني من هذا البحث. وقد لاحظ الأستاذ سليمان مرقس (عقد البيع، ف 206، ص 378، بتصرف) أن هذه الخاصية تهم الضمان الأصلي دون الضمان الجزائي (التعويض) الذي «لا يتجدد تنفيذه واستحقاقه بتجدد الزمن مدة معينة أو غير معينة».

فيستحقه من يد المشتري فيرجع هذا الأخير على البائع بالضمان. وهذا يعني أنّ البائع حين البيع لم يكن مالكا للمبيع، أي أنه باع ملك غيره. وهذا يعني أيضا أنّ الضمان لم يستوجب إلا لأنّ البيع تسلط على ملك الغير أي أنّ مفترض ضمان الاستحقاق هو وجود بيع لملك الغير. ويكفي التذكير هنا بأنّ الضمان أول ما وجد تاريخياً كان في روما كجزاء لبيع ملك الغير نظرا لجوازه كما هو معلوم¹¹⁹⁷.

343- وهذا ما يؤكد بالضببط الفصل 645 م.ا.ع. في الإعفاء من ضمان الاستحقاق إذ يتبين من نصّه أنّ البائع يعفى من الضمان ويتحمل المشتري لوحده تبعه الاستحقاق إذا كان هو السبب فيه بغروره أو تضريته، ومن ذلك صور نقف عند الشتين منها «أولها - إذا ابتدئت مدة الحوز قبل البيع وتوانى المشتري حتى تمت عليه أو ابتدأ البائع مدة حوز وفرط المشتري في إكمالها. ثانيها - إذا وقع تسجيل عقاري مضر بحقوق المشتري وكان له أن يعارض فيه ولم يفعل ذلك في المقتضى الأزلي»¹¹⁹⁸ مفهوم من هذا النص أنّ المشتري لا يتحمل تبعه الاستحقاق

ملك غيره.

344- ولئن كان هذا الافتراض مفهوماً ضمناً في الفصل 645 م.ا.ع.، فإنّه ورد صريحاً في الفصل 642 م.ا.ع. المتعلق ببند الإعفاء من الضمان حيث يبطل هذا البند في حالة الفعل الشخصي للبائع وكذلك غروره «كبيعه لما هو لغيره»... فبيع ملك الغير هكذا هو صورة لضمان الاستحقاق لا يترتب عنها بطلان البيع بل بطلان جزئي لبند الإعفاء من الضمان والتزام كامل بالضمان، مما يجعل الفصل 642 م.ا.ع. مزدوج الدلالة في بيع ملك الغير على كونه مفترضا للضمان أولاً وعلى صحته ثانياً¹¹⁹⁹.

345- ومن الشواهد أيضاً أنّ بند الإعفاء من الضمان لا يتعلق إلا بتعويض الخسارة. أمّا أصل الثمن فلا بدّ دائماً من رده إلى المشتري إن وقع الاستحقاق¹²⁰⁰ ولو كان المشتري سيء النية عملاً بالفصل 643 م.ا.ع. القاضي بأنّه «على كل الأجنبي

التّمن أو حطّه ولو مع علم المشتري للسّبب المقتضي للاستحقاق أو للحقوق المترتبة على المبيع». وهذا الحكم في تناغم تامّ مع الفصل 576 م.ع. الذي يمكّن المشتري دائماً من الفسخ فيستردّ التّمن على أساس ذلك بصرف النّظر عن حسن نيّته أو سوءها، لكنّه لا يستحقّ التّعويض إلا إذا كان حسن النيّة، خلافاً للبائع المطالب

الحكم ناتج عن الصّبغة الباتّة لحكم التّسجيل التي تمنع كلّ رجوع على العقار ولا تبيح إلا الدّعوى الشخصية. وسنعود إلى هذا لاحقاً في باب تعويض الخسارة من الجزء الثّاني، ف 790 و 791. انظر عموماً حول الفصل 337 م.ع. والصّبغة الباتّة لحكم التّسجيل العقاري: البشير الفرشيشي، الضّرر في نطاق القانون العقاري، مداخلة في ملتقى مائويّة التّسجيل العقاري بتونس، المنظّم بسوسة أيّام 9-10-11 أفريل 1987 نشر. كليّة الحقوق والعلوم الاقتصاديّة والسياسيّة بسوسة، المطبعة الرّسمية للجمهورية التّونسيّة، 1992، ص 133-162. مبروك بنموسى، الآثار القانونيّة لطلب التّسجيل، في: القضاء الابتدائي، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد السّابع، تونس 1999، ص 391-475.

¹¹⁹⁹ حاتم الرّواتبي، تحليل الفصل 642 م.ع.، مذكرة سابقة، ص 157.

¹²⁰⁰ الفصل 642، ف 2 م.ع.

المشترى إنكساراً. ويذهب من هذين الصّورين المتعلمين ببائع عقار غير مسجل أن الفرضيّة المطروحة فيهما تتصل ببائع ملك الغير في الحاليتين. ففي الأولى أهمل المشتري إكمال مدّة الحوز حتّى استحقّ منه المبيع، أي حتّى قام المالك الحقيقي قبل انقضاء مدّة التّقادم المكسب واستحقّ المبيع، ومعنى هذا أنّ البائع لم يكن مالكا بل كان حائزاً لم تكتمل مدّة حوزة فهو حائز ملك غيره وبالتالي بائع ملك غيره. أمّا في الصّورة الثّانية فالمشتري لم يعارض في التّسجيل العقاري لفائدة شخص آخر، وهذا يفترض أحد أمرين، أحدهما فيه بيع ملك الغير. لأنّه إمّا أنّ الغير الصّادر لفائدته حكم بالتّسجيل هو غير مالك ونجح في التّسجيل بحجّة مزوّرة أو بتواطؤ أو بحجّة ناقصة لم تلق معارضة أو بغير ذلك من الأسباب، وهذا وارد لكنّه ليس من ملك الغير¹¹⁹⁸، وإمّا أنّه مالك فعلاً وهذا يعني أنّ البائع باع

¹¹⁹⁷ دي باج ولينز، البيع، ف 30، ص 66.

¹¹⁹⁸ إنّ منع المشتري من الرجوع بالضّمان ليس معناه منعه من كلّ رجوع، بل له القيام بالدّعوى الشخصية المقرّرة بالفصل 337 جديد م.ع. على المستفيد من التّسجيل، أو القيام على البائع في الإثراء بدون سبب. وهذا

بالتعويض دون فرق بين ما إذا كان حسن النية أو سيئها. وهو ما يوافق الفصل 630 م.ا.ع. في تحميل البائع واجب الضمان ولو كانت له شبهة. والملاحظ في الفصل 643 م.ا.ع. أن أصله في المشروع الأولي لمجلة الالتزامات والعقود لم يرد في نص خاص ولا في باب الضمان، بل تضمنه الفصل 558 المتعلق هو والفصل 557 ببيع ملك الغير؛ أليس هذا برهانا ساطعا على شدة الصلة بين الضمان وبيع ملك الغير؟ بلى، خصوصا أن من التشاريح الحديثة من يؤيد هذا المنحى فعلا كالتشريع الإيطالي الجديد الذي خص ببيع ملك الغير بالفصلين 1478 و1479 من المجلة المدنية في باب ضمان الاستحقاق من التزامات البائع¹²⁰¹ وإن في الصلة المذكورة بين الضمان وبيع ملك الغير أساس صحته.

ب- عرض الأسان:

346- إن كان بيع ملك الغير مفترضا لضمّان الاستحقاق فذاك وجه للصلة

إذا باع شخص عقارا لا يملكه، ثم اكتسب ملكيته لاحقا بإرث أو شراء، ولو لم يكن مطلوبا بالضمان لجاز له أن يطلب استحقاق هذا المبيع من يد المشتري الذي لم تنتقل إليه ملكيته أصلا لأن البيع تعلق بملك الغير. لكن الضمان يمنع عليه ذلك لأن الضامن لا يستحق¹²⁰²، وهو ما يوجب الحكم بعكس المطلوب أي بجعل الملكية تنتقل إلى المشتري عند اكتسابها من البائع عوض استحقاقها من هذا الأخير. وهذا هو حرفيا حكم الفصل 576 م.ا.ع. الذي يجيز بيع ملك الغير «إذا صار المبيع ملكا للبائع» مما يعني أن شرط الملكية المستوجب لنفاذ بيع ملك الغير لا يتأسس نظريا إلا على ضمان الاستحقاق.

349- ومن جهة إبطال البيع لاسترداد المبيع فإن الفقرة الأخيرة من الفصل

576 م.ا.ع. تمنع على البائع المعارضة ببطلان البيع بدعوى أنه فضولي. وهذا النهي مؤسس على الضمان لأن إباحته تنفي الضمان أصلا وتزج عنه كل معنى في

عقد البيع¹²⁰³. ذلك أنه من المتعارف عليه أن الشغب الصادر من البائع فعلياً كان أو قانونياً لا يعتبر منه ممارسته لحقوق عادية أقرها له القانون وحماها في جانبه. ومنها حقه في مناقشة وإزالة بيع مختل لسبب من الأسباب الموجبة للبطلان أو للفسخ، فله أن يرفع دعوى في إبطال البيع لعيب في الرضا مثلاً أو لنقص في الأهلية أو لغياب شكلية قانونية... كما له أن يطلب فسخ البيع لعدم دفع الثمن مثلاً¹²⁰⁴. وكنتيجة لذلك ينحل العقد ويسترد البائع المبيع ولا ضمان لأن الضمان لا ينشأ إلا في عقد صحيح. لكن هناك سببا واحدا يستثنى مما تقدم ويعتبر

¹²⁰² جيروم هوييه، أهم العقود الخاصة، ف 11284، ص 227 - مالوري وأيناس، العقود الخاصة، ف 352، ص 229 - السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 330، ص 629 - مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعاوضة، ف 956، ص 278.

¹²⁰³ جيروم هوييه، أهم العقود الخاصة، ف 11284، ص 227 - مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعاوضة، ف 956، ص 278 - لوران، ج 24، ف 210، ص 207.

¹²⁰⁴ مالوري وأيناس، العقود الخاصة، ف 352-354، ص 229-230.

التي بينهما، لكنه دليل خاصة على أن الوجه الأهم يتمثل في كون الضمان أساساً لصحة البيع. وإنه كذلك بفرعيه المتعلقين بالفعل الشخصي (1) وبفعل الغير خاصة (2).

1- الفعل الشخصي:

347- في الفرع المتعلق بالفعل الشخصي يقتضي ضمان الاستحقاق امتناع البائع عن المطالبة باستحقاق المبيع سواء لتملكه به بعد البيع أم نتيجة لطلب إبطاله. وهذا عين ما يقرره الفصل 576 م.إ.ع. مما يعني أنه مؤسس ضرورة على الضمان.

348- فمن جهة المطالبة باسترداد المبيع إثر تملكه بعد البيع، فإنه لولا الضمان لأمكن لبائع ملك الغير أن يستحقه لو أصبح مالكا له فيما بعد. فمثلا

¹²⁰¹ هذا هو الموقع الحقيقي الذي يجدر بالفصل 576 م.إ.ع.

التمسك به حقاً غير عادي وهو طلب بطلان البيع بدعوى أن المبيع مملوك للغير. والعلّة فيه أن هذه «الدعوى» تتعارض تماماً مع ضمان الاستحقاق الذي وجد أصلاً لهذه الحالة بالذات، ومن ثمّ تعتبر إثارة هذا السبب تحديداً تعرضاً موجهاً للضمان لأنّ الضامن لا يستحقّ إذ لو أمكن إبطال البيع لكون المبيع ملكاً للغير لانتفى بذلك كلّ موجب للضمان الذي يفترض عقداً صحيحاً، ولاستطاع البائع التفصّي من التزام لا يظهر معناه الحقيقي إلاّ في بيع ملك الغير¹²⁰⁵، إذ الضمان والبطلان يتنافيان. فإمّا بطلان ولا ضمان أو ضمان ولا بطلان¹²⁰⁶. وما دام البيع ينشئ الالتزام بالضمان، فلا بدّ من إقصاء البطلان¹²⁰⁷. وهذا ما تقوله الفقرة الأخيرة من الفصل 576 م.أ.ع. حرفياً: «وليس للبائع أن يعارض ببطلان البيع بدعوى أنّه فضولي». وبه يتيسر تفسير وجود هذه الفقرة في آخر الفصل 576 م.أ.ع.، كاستعمالها لكلمة «البطلان» إذ يتبيّن أنّه مقصود بنية إقصائه أصلاً من بيع ملك الغير لأنّه لا يجتمع مع الضمان¹²⁰⁸.

يكمن الجواب في وجود التزام يتفرّع عن الضمان يلزم البائع بجعل المشتري يكتسب الملكية. وآية هذا الالتزام ثلاثية: إذ هو مبثوث في ثنايا الضمان فيستفاد من طبيعته (1.2) وهو معتمد نصاً وقضاء (2.2) ومقدر ضرورة في الفصل 576 م.أ.ع. (3.2).

1.2- الالتزام بجعل المشتري يكتسب الملكية توجبه طبيعة الضمان:

351- يتّجه البدء بتدقيق السؤال السابق من زاوية العلاقة بين ضمان فعل الغير والاستحقاق (أولاً) حتّى يتسنى استخلاص الالتزام الذي يؤكّده محتوى الضمان (ثانياً).

أولاً: العلاقة بين ضمان فعل الغير والاستحقاق:

352- إنّ التزام البائع بضمان فعل الغير يقتضي الوقوف إلى جانب المشتري للدفاع عنه ضدّ دعوى الغير¹²⁰⁹. فإن نجح فيها، وإلاّ يفسخ البيع ويطالب بردّ

التمن والتعويض لحصول الاستحقاق. وهذا يعني أن ضمان فعل الغير يفترض أساسا وقوع أمرين: تعرّض في شكل ادعاء من الغير¹²¹⁰ وحكم بالاستحقاق. ولذلك دأب الفقهاء على استنتاج منع الضمان عند وجود خشية أو تهديد بالاستحقاق، فلا بدّ من وقوع الاستحقاق فعلا¹²¹¹. وانطلاقا من هنا، يطرح السؤال المطلوب عن حقّ مشتري ملك الغير في الضمان قبل الاستحقاق: هل يطالب بانتظار أن ترفع عليه دعوى من المالك الحقيقي حتى يحصل الاستحقاق أم يمكنه «التحرّك» قبل ذلك؟ وإن فعل، إلاّ يعتبر مخالفاً بشرط الاستحقاق وقائما على أساس شبهة أو خشية استحقاق غير موجبة للضمان؟ وعندئذ كيف

¹²⁰⁹ قرار تعقيبي عدد 1443 مؤرّخ في 4 أبريل 1978، ن 78، I، 162.

¹²¹⁰ قد يكون الادعاء من المشتري كما في صورة الفصل 632 - ثانيا م.ع. (القيام على الغير في تسلّم المبيع) ولكنه مرتبط أساسا بالتسليم. أمّا في الملكية فالأغلب والعادي أن يكون الادعاء من الغير نفسه.

¹²¹¹ مالوري وأيناس، العقود الخاصة، ف 356، ص 231 - لوران، ج 24، ف 218، ص 219 - جوسران، ج 2، ف 1097، ص 575.

هكذا فالضمان في فرعه الشّخصي هو جزء من أساس الفصل 576 م.ع. الذي يوجد جزؤه الأهمّ في فرعه المتّصل بفعل الغير.

2- فعل الغير:

350- يفرض ارتباط ضمان فعل الغير بالاستحقاق السؤال عن حقّ المشتري قبل حصوله إذا ثبت له أنّ المبيع مملوك للغير؟

¹²⁰⁵ استئناف سوسة عدد 284 مؤرّخ في 16 فيفري 1961، ق.ت. جويلية 1963، ص 48.

¹²⁰⁶ قرار تعقيبي عدد 4326 مؤرّخ في 21 جويلية 1966، ق.ت. ديسمبر 1966، ص 68.

¹²⁰⁷ لوفالشي بارون، التزام الضمان مانع لدعوى البطلان المؤسّس على غياب الأهلية، مقال سابق، ف 8 وما بعدها، ص 264 وما يليها.

¹²⁰⁸ هكذا إذن يمكن ربط الفقرة الأخيرة من الفصل 576 م.ع. بالأساس الذي يقوم عليه برمته، فيتدعم الجواب عن الاستفسار المعبر عنه في آخر بحث إقرار الصّحة (راجع سابقا، ف 195): وهو أنّ المشرّع قصد فعلا استعمال كلمة البطلان في نصّ يقرّ الفسخ، وذلك حتى يقصي كلّ وجه للبطلان تأكيدا لصّحة البيع القائمة على أساس الضمان.

يمكن بناء صحة البيع على أساس لا يتحقق مفترضه أصلاً؟

353- لو طُبِق الاستنتاج المشار إليه حرفياً لحرم المشتري فعلاً من الضمان لانعدام حكم بالاستحقاق. وهو ما لاحظه بعض الفقهاء في فرنسا ومصر لينتقدوا تأسيس «إبطال» بيع ملك الغير على أحكام الضمان بالقول إن الضمان يقتضي حصول الاستحقاق فعلاً والحال أن الفصل 1599 فرنسي يسمح بالقيام قبل ذلك فلا يمكن أن يكون أساسه في الضمان¹²¹². ولكن هذا النظر مبتور لأنه يعكس النظرة الرومانية الضيقة التي كانت تحصر الضمان في صورة وجود حكم ضد المشتري، والحال أن الضمان تطور ومفهوم الاستحقاق توسع وأصبح أكثر مرونة. وأن الفقهاء الذين يقصون شبهة الاستحقاق إنما يشترطون وجود شغب من الغير أي أن تكون دعواه من الجدية والخطورة بحيث تستدعي فعلاً تدخل البائع. فهم في الحقيقة يكتفون بوقوع الشغب لكنهم يشترطون أن

«حماية المشتري من كل تشويش» أو شغب قانوني صادر عن الغير والوقوف إلى جانبه لصد ذلك التعرض ومنع استحقاق المبيع من يد المشتري فعلاً. ففي كل هذا يتحرك الالتزام بالضمان لوقوع تشويش أو تعرض، بل إن الاستحقاق نفسه أوسع من أن يقتصر على صدور حكم قضائي لفائدة الغير يفتك به المبيع من المشتري، فهذا هو الاستحقاق في صورته المثلى والتامة وهي أضيقت صورة له (الاستحقاق الفعلي)، وإنما يشمل ما يلحقه به القانون في صريح الفصل 632 م.أ.ع. في صورتيه الثانية والثالثة وغيرهما... أي الاستحقاق الحكمي. وقد تبنته مجلة الالتزامات والعقود¹²¹⁶.

وبالتالي فالضمان يوجد قبل صدور حكم وبمجرد وجود شغب قانوني من الغير، بل وحتى قبل وجود هذا الشغب على اعتبار تحمّل البائع بالالتزام بجعل المشتري يكتسب ملكية المبيع، وهو الالتزام الذي يؤكد محتوي الضمان.

354- إن محتوى ضمان الاستحقاق ليتسع فعلاً بكل ما فيه لالتزام البائع بجعل المشتري يكتسب الملكية لأنه إذا كانت الغاية من الضمان هي حماية الملكية وتأمين انتقالها إلى المشتري، كان من الضروري إلزام البائع به سواء وجد شغب أم لم يوجد إذ لا معنى للضمان منطقيًا إذا كان بمقدور البائع أن يتملص من البيع بعلة أن لا وجود لتعرض. أليس هذا دفعا شبيها بالمعارضة ببطلان البيع والحال أنها ممنوعة في الفصل 576 م.ا.ع. ١٩. فكذلك يجب أن يكون الدفع بعدم الشغب. إذ الأولى بالبائع عوض التفكير في الدفع بالبطلان أو بعدم الشغب أن يسعى في إزالة هذا الخطر وذلك بتحقيق أحد شرطي الفصل 576 م.ا.ع. لأنه بأحدهما يكتسب المشتري الملكية ويزول كل استحقاق. وهذا ما يؤيده المحتوى الواسع للاستحقاق والذي هو من المرونة بحيث يشمل حالات سابقة عن الشغب أو

1216 راجع سابقاً، ف 324.

يكون أمام القضاء تعبيراً عن جديته ولا يستوجبون الحكم إلا لإلزام البائع بالتعويض لأن صدور الحكم ضد المشتري دليل على أن البائع فشل في الدفاع¹²¹³. أضف أن هؤلاء الفقهاء يفكرون في إطار نصوص تقضي ببطلان بيع ملك الغير، فالضمان قبل الاستحقاق بالمعنى الضيق لا يطرح عندهم بنفس الحدة التي يفرضها اختيار الصحة، كما هي حال الفصل 576 م.ا.ع.¹²¹⁴.

ثم إن ربط الضمان بحصول الاستحقاق فعلاً لا يهّم في الحقيقة كل فروع الضمان، بل يقتصر على فرعه الثالث فحسب وهو التعويض. أي أن الاستحقاق هو شرط للضمان الجزائي لا للضمان الأصلي¹²¹⁵ الذي مبدؤه في فعل الغير

1212 انظر مثلاً: فرّوس، مفهوم التزام الضمان، ف 71، ص 72 وف 341، ص 324.

1213 مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعاوضة، ف 958، ص 280.

1214 ومع ذلك فمنهم من ذهب في فرنسا إلى تأسيس بطلان الفصل 1599 على ضمان استحقاق مسبق، راجع

سابقاً، الهامش 649.

1215 راجع سابقاً، ف 323 و326.

ليس فيها شغب مثار من الغير كحالة الحقوق غير الظاهرة أو الحقوق التي لم تذكر حين البيع¹²¹⁷ أو حالة تعذر تسلّم المبيع من الغير¹²¹⁸ أو تحمل خسارة كبيرة لتسلّم المبيع¹²¹⁹ أو غيرها¹²²⁰.

355- ثم إن اتساع الضمان يظهر أيضا فيما يشمله من التزامات أخرى متفرعة عنه وتعدّ من مستلزماته أو من توابعه الضرورية. ومن بينها الالتزام بتسهيل إتمام الترسيم في العقار المسجل كما أقرته محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 27 جانفي 1986¹²²¹، أو كذلك الالتزام بإعلام المشتري بالحقوق المترتبة على المبيع كيفما يفهم من الفصلين 633 و642 م.أ.ع.¹²²² ويسهل ربط هذين الالتزامين بالضمان على أساس الفصل 243 م.أ.ع. القاضي أنه «يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة. ولا يلزم ما صرح به فقط، بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته» وكذلك الفصل 246 م.أ.ع. الذي ينصّ على «... لأنّ لم ترد عبارة هذا الالتزام صريحة في أحكام الضمان، فقد تضمّنها نصّ ملحق بها هو الفصل 682 م.أ.ع. (أولا) واعتمدها محكمة التعقيب في أحد قراراتها (ثانيا).

قانونا أو عرفا أو إنصافا. وعلى هذا الأساس فالضمان لا يقف بوجه خاص عند نصّ الفصلين 631 و632 م.أ.ع. في الفعل الشخصي وفعل الغير وما يوجبانه من امتناع ودفاع، بل يشمل أيضا ما هو من مستلزماته الضرورية. ومنها قانونا الالتزام بتسهيل الترسيم لأنه يستشفّ من قواعد الإشهار العقاري، وواجب الإعلام حسب نصّ الفصلين 633 و642 م.أ.ع. وكذلك يعدّ من مستلزماته أيضا واجب التّحصيل على الملكية أو إجازة المالك حتّى يكتسب المشتري الملكية في بيع ملك الغير. وبهذا تفرض طبيعة الضمان هذا الواجب، خاصة أنّ اعتماده مؤكّد نصّا وقضاء.

2.2- الالتزام بجعل المشتري يكتسب الملكية معتمده نصّا وقضاء:

356- لأنّ لم ترد عبارة هذا الالتزام صريحة في أحكام الضمان، فقد تضمّنها نصّ ملحق بها هو الفصل 682 م.أ.ع. (أولا) واعتمدها محكمة التعقيب في أحد قراراتها (ثانيا).

357- ورد الفصل 682 م.أ.ع. في باب التزامات المشتري ونص على ما يلي: «إذا حصل للمشتري شغب في المبيع أو خاف وقوعه قريبا بسند معتبر بموجب حق متقدم على البيع فإن للمشتري الحق أن يحبس الثمن إلى أن يزيل البائع الشغب، لكن للبائع أن يلزم المشتري بدفع الثمن على أن يعطي كفالة أو توثقة أخرى في ترجيع الثمن ومصاريف العقد للمشتري إذا استحق المبيع...»¹²²³

إن هذا النص صريح في تخويل المشتري حسن النية الحق في الامتناع عن دفع الثمن «بحبسه»¹²²⁴ إذا تعرض لتشويش يؤدي إلى الاستحقاق أو لاحتمال قوي

¹²²³ بقية النص هي «... وإذا حصل الشغب في بعض المبيع فليس للمشتري أن يحبس من الثمن إلا ما ينوب ذلك الجزء وليس على البائع من التوثقة إلا ما ينوب ذلك الجزء أيضا. لكن ليس للمشتري حبس الثمن إذا التزم بأدائه ولو مع وقوع الشغب وكذلك إذا كان على علم من القيام بدعوى الاستحقاق».

¹²²⁴ نضع كلمة «الحبس» هنا بين ظفرين لأن دلالتها على التأمين العيني المعروف في مجلة الالتزامات والعقود

المتضمن 240 م.أ.ع. الذي يكتفئ بنصه «ليس له حد أن يقوم بحق تاج من الالتزام ما لم يثبت أنه قد وفى من جهته أو عرض أن يوفى بما أوجبه عليه ذلك الالتزام بمقتضى شروطه أو بمقتضى القانون أو العرف».

فحسب هذين النصين، لا يقتصر في تحديد الالتزامات الإرادية على ما صرح به أي ما التزم به أصالة في العقد، بل يدخل فيها أيضا ما يترتب عليها حسب طبيعتها أي ما هو من تواعها الضرورية حسبما تقتضيه طبيعتها الخاصة، إمّا

1217 الفصل 633 م.أ.ع.

1218 الفصل 632 م.أ.ع. - الصورة الثانية.

1219 الفصل 633 م.أ.ع. - الصورة الثالثة.

1220 انظر أيضا: كولان وكابيتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 897، ص 600. - جوسران، ج 2، ف 1102، ص 577.

1221 قرار مشار إليه سابق، ف 334 وما بعدها.

1222 انظر في هذا الالتزام، برنارد فروس، مفهوم التزام الضمان، ف 203 وما بعدها، ص 195 وما يليها. - حاتم الرواتب، تحليل الفصل 642 م.أ.ع.، مذكرة سابقة، ص 158 وما يليها.

لوقوعه. وهذا يفترض أنّ البيع تعلّق بملك الغير واكتشف المشتري هذا الأمر سواء إثر دعوى من الغير أم من غير دعوى. فيحقّ له في الحالتين حبس الثمن إلى أن يزيل البائع الشغب، على اعتبار أنّ البائع ملزم بذلك، إذ لا يمكن الانتظار حتى حصول الاستحقاق من الغير كما لا يمكن الانتظار إلى ما لا نهاية¹²²⁵ ولا ترك الأمور لمحض اختيار البائع أو المالك¹²²⁶. فلا بدّ من التزام ودليله امتناع الدائن نفسه من تسليم الشيء أو رده للمدين حتى يؤدي هذا الأخير ما عليه وذلك سواء على وجه الحبس أم الدفّع بعدم التنفيذ¹²²⁷. وفي صورة الفصل 682 م.ع. الدائن هو المشتري لأنه «يحبس» ما هو مدين به وهو الثمن - بما يعني أنّ البيع صحيح بالضرورة لأنه أنشأ الالتزام بدفع الثمن¹²²⁸ في مقابل إزالة الشوش من البائع الذي هو مدينه، فيكون ذلك محلّ إلزامه. وما دام الأمر يتعلّق باستحقاق، وفيه التزام فهو يتّصل بالالتزام الضمان، وهذا يعني أنّ الضمان مستوجب عند

في الفصل 635 م.ع. بل هو لا يفترض ضرورة وجود دعوى أو تعرّض من الغير ويمكن أن يتحرّك لدرء كلّ خطر يصيب المشتري في ملكيته أو حيازته¹²³⁰. ومنطقيًا يختلف محتوى الدفاع قبل الشغب عنه بعد الشوش. فإن كان بعد الشغب يتمثل في صدّ دعوى الغير، فإنّه قبل ذلك يستوجب منعه، وأفضل وسيلة هي الحصول على الملكية ليكتسبها المشتري أو الحصول على إجازة المالك، فيزول كلّ خطر للاستحقاق. ومن هنا الحديث عن التزام البائع بجعل المشتري يكتسب ملكية المبيع¹²³¹. وهو الالتزام الذي أشارت إليه محكمة التعقيب في قرار لها صادر في 19 أفريل 1982.

ثانيا - قرار 19 أفريل 1982¹²³²:

358- هو قرار برفض مطلب التعقيب المرفوع في قضية تنفيذ وقائعها أنّ بلدية قرطاج فوتت في أرض لمشتريين، سالم وبياديس، بعد أن حصلت على قرار برفع

تحتجير البناء من مصلحة الآثار. وأتضح فيما بعد أن جزءاً من الأرض ليس على ملك البلدية فأتصلت بمالكه الحقيقي (شركة النزل الصفاقسية) قصد تملكها بذلك الجزء. وهو ما تمّ فعلاً على أساس وعد بيع بين الطرفين يعقبه بيع نهائيّ، لكنّ الشركة المالكة نكلت في وعدها فقامت عليها البلدية طالبة إلزامها بإتمام البيع النهائي وإلا فاعتبار الحكم قائماً مقام البيع. فاستجاب لها

1230 فرّوس، مفهوم التزام الضمان، ف 232 وف 234، ص 224.

1231 بول فياتا، خصائص وأثار بيع ملك الغير، مرجع وموضع سابقين. - فيهو، أعمال التّفويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 31 وما بعدها، ص 21 وما يليها، وهو يتحدّث عن التزام باكتساب الملكية من البائع لنقلها إلى المشتري:

L'obligation d'acquérir la chose pour la transmettre à l'acquéreur.

وهذه تسمية تهمل الإجازة خلافاً للأستاذ فياتا الذي يسمّي الالتزام كاملاً بالفرنسية وباللاتينية:

L'obligation de procurer la propriété à l'acheteur / L'obligation de faire en sorte ut res detur emptori.

1232 قرار تعقيبي عدد 6950 مؤرّخ في 19 أفريل 1982، ن 82، II، 304.

وتسوغ التسعّب، وهذا معروف وسجد إزالته التسويش فيه مظهر الدّفاع عن المشتري. ولكنّه يعني أيضاً أنّ الضّمان مستوجب حتّى قبل الشّغب بل عند وجود احتمال شغب، ويوجب على البائع إزالة التّشويش التي تتخذ عندئذ منحى الدّفاع المسبق عن المشتري¹²²⁹. والدّفاع في الضّمان هو التزام لا يقتصر على مظهره الحكمي

(الفصول من 309 إلى 324) ليست ثابتة وهي تقرب أكثر للدفع بعدم التّفيد، وهو ما يتطلّب نقاشاً ليس هذا مقامه وسنعود إليه لاحقاً في الجزء الثاني من هذا البحث (ف 659 وما بعدها). لكنّ المهمّ أن نسجّل عدم تأثيره على دلالة الفصل 682 م.ع. المبحوث فيها الآن كما سيأتي بيانه في المتن.

1225 بول فياتا، خصائص وأثار بيع ملك الغير، أطروحة سابقة، ص 68.

1226 فيهو، أعمال التّفويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 31، ص 22.

1227 راجع الهامش 1224 السابق.

1228 تضاف هذه الملاحظة إلى سلسلة الحجج الدّالة على أقرار صحّة التّفويت في ملك الغير ونفي بطلانه (الباب الأوّل من هذا الجزء الأوّل) وتقوم دليلاً على صحّة وجاهة التّفريق بين الأثر الشّخصي والأثر العيني للبيع ولتعود التّفويت عموماً.

1229 فيهو، أعمال التّفويت في ملك الغير... مقال سابق، ف 48، ص 32. - بلانيول وريبير وهامل، ج 10،

ف 45، ص 39. - والفهاء المذكورين في الهامش 649 السابق.

حكّام الأصل بتونس ابتدائياً واستثنافياً ممّا حدا بالشركة المالكة إلى الطّعن بالتّعقيب متمسّكة بالخصوص بخرق الفصل 19 م.م.م.ت. بعلّة أنّ البلدية لا صفة لها ولا مصلحة في منازعة الشركة المالكة لأنها مجرد واسطة متدخلّة لفائدة أحد المشتريين¹²³³.

لكنّ محكمة التعقيب لم تؤيد هذا المآخذ معتبرة أنّ البلدية لم تتداع بموجب النّيابة عن المشتري بل باسمها الخاصّ، وذلك بدافع التزامها تجاهه. وقالت معلّلة رفضها: «حيث اتّضح... أنّ قيام المعقب عليها (البلدية) بالدعوى لا بموجب النّيابة عن السيّد سالم... خدمة لمصلحته بل بموجب أنّها متعهدة وفوتت له بالفعل جانباً من أرضها كان من ضمنها المساحة موضوع الطّعن وبذلك فهي مسؤولة له بموجب الضّمان وبناء عليه فإنّ المعقب عليها عندما تتصدّى للخصومة فذلك للوفاء بالتزامها إزاء معاقدها...»

ويفهم من مضمون هذه الحيثيّة أنّ محكمة التعقيب تلزم بائع ملك غيره

ومعلوم أنّ الفسخ يفترض وجود التزام صحيح لم يقع تنفيذه، وأنّ المالك الحقيقي ليس طرفاً في البيع فلا توجد صلة على أساس هذا العقد بينه وبين المشتري، بل علاقته مع البائع. ولذلك فتأثير عدم الإجازة على فسخ البيع لا بدّ أن يظهر فيه دور ما للبائع، وهو ما يمثله الالتزام الذي يفترضه الفسخ، بما يعني أنّ البائع يتحمّل التّحصيل على الإجازة، وهذا ما توحى به عبارة الفصل 576 م.ا.ع. ذاتها ويعززها الفصل 273 م.ا.ع. فعبارة «فإن لم يجزه المالك جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع...» توحى كأنه يجب طلب إجازة المالك حتّى ينفذ البيع، وهذا الطّلب لا يمكن أن يكون شأن من يطلب الفسخ بل من يقام ضده بالفسخ وهو البائع. ودليل ذلك في الفصل 273 م.ا.ع. الذي يضع قاعدة أولويّة التنفيذ العيني والمعتبر عنها أيضاً بقاعدة أن «لا فسخ إلا بعد الغصب»¹²³⁴ مثلما يفهم من فقرته الأولى «إذا حلّ الأجل وتأخّر المدين عن الوفاء، فللدائن الحقّ أن يغصب المدين على الوفاء إن كان ممكناً وإلاّ

فسخ العقد مع أداء ما تسبب عن ذلك من الخسارة في كلتا الحالتين». فإن كان المشتري لا يحصل على الفسخ إلا بعد غصب المدين على الوفاء إن كان ممكنا، فهذا يعني ضرورة وجود التزام لم يمكن غصب المدين عليه وهو التزام بوجوب الحصول على الإجازة لأنّ الفصل 576 م.ا.ع. ربط بينها وبين الفسخ، بل هو في الحقيقة يمتد إلى صيرورة البائع مالكا لأنّ الفصل 576 م.ا.ع. اشترطه إلى جانب الإجازة باعتبارهما موجبين لاكتساب المشتري للملكية¹²³⁵.



360- بهذا التحليل يتأكد أنّ الضمان يحتمل التزام البائع بجعل المشتري يكتسب ملكية المبيع فيتضح الجواب عن السؤال السابق وتبين صورة الضمان أساسا لصحة بيع ملك الغير. فالجواب هو أنّ للمشتري قبل مشاغبته من المالك

¹²³⁴ انظر لاحقا الجزء الثاني من هذا البحث، ف 591 وما بعدها.
¹²³⁵ راجع القرار التعقيبي المشار إليه سابقا والمؤرخ في 19 أبريل 1982.

بالسعي في الحصول على الملكية، وتؤسس الالتزام على الضمان. فقيام البلدية على الشركة المالكة بإتمام البيع النهائي هو سعي في الحصول على الملكية حتى يتحقق شرط صيرورة البائع مالكا حسب الفصل 576 م.ا.ع. وهذا يخولها الصفة في القيام إذ هي ليست نائبة عن المشتري، ويخولها المصلحة أيضا لأنها متعهدة للمشتري فتصديها للخصومة هو «وفاء منها لالتزامها إزاء معاقدها»، أي أنّ بيع ملك الغير يفرض على البائع أن يخاصم في الحصول على الملكية ولو في غياب شغب من المالك وذلك على أساس الضمان. وهو ما يعني أنّ الالتزام بجعل المشتري يكتسب الملكية مقدر ضرورة في الفصل 576 م.ا.ع.

3.2- الالتزام بجعل المشتري يكتسب الملكية مقدر في الفصل 576 م.ا.ع.:

359- يخول هذا النص للمشتري فسخ البيع إن لم يجزه المالك الحقيقي.

¹²³³ أثارت الطاعة مأخذا آخر لا يهم البحث يتعلّق بعدم الاتفاق على الثمن على أساس الفصل 580 م.ا.ع.

الحقيقي أن يطلب إلزام البائع بجعله يكتسب الملكية أي بتحقيق أحد شرطي الفصل 576 م.أ.ع. وإلا فسُخَّ البيع مع التعويض إن كان حسن النية، وصورة الأساس أن الضمان يفسر حكم الفصل 576 م.أ.ع. سواء في ذلك فرعه الشخصي القاضي بامتناع البائع عن معارضة اكتساب المشتري للملكية المبيع، أم فرعه «الغيري» الرامي إلى تحقيق أحد شرطي الفصل 576 م.أ.ع. حتى يكتسب المشتري الملكية¹²³⁶ ويستتبق قيام المالك الحقيقي باستحقاق

¹²³⁶ هكذا يتجلى اختلاف البيع الجبري عن هذا المنطق بما يوجب بطلانه عند تسلطه على ملك الغير لانتفاء الضمان الأصلي فيه على نحو ما تقدم شرحه في الهامش 1156 السابق. ولهذا البطلان مؤيدات عديدة من قانون التنفيذ الجبري الذي تعلق أحكامه بالنظام العام منها أن التثبيت هو عمل تنفيذ يتم على مراحل إجرائية دقيقة ومضبوطة أهمها إطلاقاً أنه يسبق بعقولة وهي باطللة إن تسلطت على ملك الغير باعتبارها ممارسة للحق في التنفيذ الذي لا ينسبط إلا على «مكاسب المدين» لا على مكاسب غيره عملاً بالفصل 192 م.خ.ع. (صلاح الدين المولوي، وسائل التنفيذ، ص 65. - أحمد بن طالب، استحقاق المعقول، مقال سابق، 86) فلو أن هذا المبدأ لا يقبل أن ينفذ في ملك الغير، فهو تجريد للمال وتعطيل له عن الأبطال.

المبيع¹²³⁷.

وما يزيد هذا التصوير صلاية وإقناعاً أنه ليس خاصاً بعقد البيع، بل هو قابل للتعميم على جميع التقويات.

الفهم الثاني: تهميم الأساس على سائر التقويات

361- تقدم أن البيع هو نموذج العقود ويصلح لنظرية عامة للتقويت في ملك الغير قوامها الفصل 576 م.أ.ع. وإن المتأمل في تنظيم عامة عقود التقويت ترسخ لديه قناعة بأحقيّة هذا التوجّه نظراً إلى صحّة الأساس الذي يقوم عليه وهو ضمان الاستحقاق. ذلك أنّ كلّ التقويات بعوض يترتب عليها هذا الضمان (الفقرة الأولى) وهي لا تشترك فيه مع البيع فحسب بل تحيل إليه وتعمّم أحكامه. وما يزيد هذه القناعة تأكيداً هو غياب الضمان في التبرعات فتقع باطللة إذا وردت على ملك الغير (الفقرة الثانية).

362- لاحظ عدة فقهاء أن أحكام ضمان الاستحقاق في عقد البيع لا تقتصر على هذا العقد لوحده بل هي تهم كل عقود التقيوت بعوض، وأن مكانها الطبيعي هو القواعد العامة للالتزامات لا تنظيم عقد خاص¹²³⁸. وهذا ما أتجه إليه المشروع الأول للمجلة المدنية الألمانية. لكن النص النهائي للمجلة عدل عنه تحت تأثير الثقل التاريخي للالتزام بالضمان الذي نشأ مع البيع وتطور معه، وكذلك دقة تنظيم هذا العقد التي تكون منقوصة لو حذف منها قسم

ولا يقبل أن يتسلط هذا الأثر على شيء غير مملوك للمدين، وفيها معنى «العقوبة» التي لا تكون إلا فردية تصيب «المتنب» لا غيره، ثم هي وضع للمال تحت يد العدالة (الفصل 309 م.م.ت.) ولا يسوغ أن يطلب من العدالة أن تشرف على مال غير الذي يجب قانونا التقيوت عليه. ومن المعلوم إجرائيا أن بطلان أي عمل إجرائي يستتبع حتما بطلان الأعمال التي تليه والمرتبطة به إذا كان لازما لها أو من مكوثاتها الضرورية وهذه هي حال التقيوت الذي لا يتم بمعزل عن العقلة (فتححي والي)، نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1959، ف 382-383، ص 675 وما يليها). كما أن التقيوت قانونا هو عمل تنفيذ يتم بمحضر يصاغ في شكل حكم ولا يقبل إلا البطلان (الفصل 427 م.م.ت.) وهو ما يعني أن تقيوت ملك الغير باطل تامشيا مع غياب الضمان فيه، وينبغي على هذا خاصة أن موافقة المالك على التقيوت لا تعتبر إجازة بل هي بيع جديد، وأن اكتساب المدين الملكية لاحقا لا يصحح التقيوت ولا يغني عن إعادته من جديد لأن منطلقه الإجرائي باطل ولأنه انتزاع يتم بأمر القضاء الذي لا يعقل أن يحشر في نقاش صحة وبطلان اللهم إلا إذا قيل إن البطلان المقصود نسبي باعتبار أن الانتزاع يتم للمصلحة الخاصة، وهذا ما يصعب القبول به نظرا للاعتبارات المتقدمة ولغلبة المعنى الإجرائي على التقيوت. (في هذا الاتجاه لكن بتعليق متذبذب أقحم فيه الفصل 490 م.ع. في غير محله: قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 85357 المؤرخ في 18 أبريل 1990. غير منشور. انظره في ملحق مذكرة السيدة سعاد يوسف باباي عن إمكانية محل الالتزام، ص 1-9). وهكذا يؤكد كل ما تقدم أن «البيع الجبري» خارج فعلا عن ميدان التقيوت في ملك الغير لخضوعه لمنطق مختلف عن منطق التقيوت لأنه في الحقيقة انتزاع وليس تقيوتا (راجع الهامش 63 في مقدمة هذا البحث). كما يؤكد أن الضمان هو فعلا أساس صحة التقيوت لأن غيابها يجزئ البطلان.

¹²³⁷ غني عن التوضيح أن الفرع المتصل بفعل الغير لا يقف عند الدفاع المسبق بل هو أولا يقتضي الدفاع اللاحق لوقوع الشغب، وإنما أثبت الفرع السابق في المتن لأنه هو الذي يفسر حكم الفصل 576 م.ع. وسنعود إلى هذا الدفاع بوجهيه لاحقا في نظام التقيوت.

¹²³⁸ السنهوري، الوسيط، ج 1، ف 404، ص 619 والهامش 2، وج 4، ف 326، ص 622. - كولان وكابيتان ودي مورنديار، ج 2، ف 892، ص 597. - بلانيول وريبيروهامل، ج 10، ف 88، ص 82. - بيدان وبرات دي لافريسي، ج 11، ف 187.

الضمان، فاختار تنظيم هذا الالتزام في باب البيع (الفصول من 434 إلى 444) على أن يقع تعميمه على سائر المعاوضات بنص خاص وهو الفصل 445¹²³⁹. والملاحظ في هذا التنظيم أنه لم يفرد في قسم مستقل بل ورد تحت قسم الأحكام العامة للبيع ومباشرة بعد تعريفه في الفصل 433 حتى أن الفصل 445 في تعميمه للضمان بدأ قائمته بالفصل 433 نفسه مما يدل على مدى الترابط المنطقي والضروري بين الضمان ونقل الملكية أو إنشاء الحق العيني عموماً¹²⁴⁰. كما يلاحظ أن هذا التوجه ليس حكراً على القانون الألماني، بل اتبعه غيره ممن تأثر به كالقانون اليوناني مثلاً¹²⁴¹.

ولم يكن هذا مذهب المشرع التونسي الذي أثر تنظيم الضمان في عقد البيع وسحبه على سائر المعاوضات بنصوص خاصة منها ما هو صريح في إنشاء الضمان أو في الإحالة إلى البيع (أ) ومنها ما يحتاج إلى تحليل خاص ونقصد

1- تعداد النصوص:

364- يوجد معظم النصوص بمجلة الالتزامات والعقود التي نظمت أكثر العقود الخاصة ومنها - علاوة على البيع - ستة تقويات أفردت بفصول صريحة في سحب ضمان البيع عليها¹²⁴² وهذه التقويات هي المعاوضة والإنزال والقرض والشركة والصالح والتصيير بالدين.

ففي المعاوضة، وهي أكثر العقود شبيهاً بالبيع، لم يكتف المشرع بالفصل 724 م.ا.ع. ليطبّق عليها ببساطة كل أحكام البيع «أحكام البيع تجري على المعاوضة بحسب ما يقتضيه نوع هذا العقد» بل اختار أن ينص صراحة على ضمان الاستحقاق في الفصل 722 م.ا.ع. بنصه «على كل من المتعاضين للآخر ما على البائع من ضمان العيوب وضمن الاستحقاق». وفي الإنزال نص الفصل 959

أ- النصوص العريضة:

363- تتوزع هذه النصوص أساسا على ثلاث مجالات قانونية هي مجلة الالتزامات والعقود ومجلة الشركات التجارية ومجلة الأحوال الشخصية. ويؤكد تعدادها (1) مكانة الضمان المتميزة في التقويت بعوض (2).

¹²³⁹ ينص الفصل 445 من المجلة المدنية الألمانية على ما يلي: «أحكام الفصول 433 إلى 444 تنطبق على التصرفات الأخرى الموجبة للتقويت في شيء أو تخصيصه بعوض».

¹²⁴⁰ حلمي بهجت بدوي، بطلان بيع ملك الغير، مقال سابق، ص 607-608.

¹²⁴¹ انظر الفصل 514 من المجلة المدنية الهلينية الذي يضع مبدأ الضمان مباشرة تحت الفصل 513 المتعلق بتعريف البيع، ثم الفصل 520 الذي يعمم أحكام الضمان على كل التقويات بعوض. والملاحظ أن هذه المجلة تشير إلى ضمان الاستحقاق بتسمية ضمان العيوب القانونية.

تجب الإشارة إلى أن مجلة الالتزامات والعقود تضمنت ثلاثة مواضع أخرى في الضمان خارج البيع هي: إحالة الدين (الفصول 213 و214 و215 م.ع.) والكراء (الفصل 748 م.ع. وما بعده) وعارية الاستعمال (الفصلين 1077 و1078 م.ع.)، ولم تسحب أحكام البيع إلا الإحالة (الفصل 215 م.ع.) والكراء (الفصلين 750 و751 م.ع.) وهو ما يرفع مواطن الضمان في المجلة إلى عشرة إذا أضفنا إليها البيع طبعاً. وهذا عدد ضخم في الدلالة على قوته وجدارته والبيع بالنظرية العامة. وإنما لم تذكر النصوص المشار إليها في المتن لخروجها عن الموضوع نظراً لأسباب مختلفة. فالفصل 215 م.ع. يتعلق بإحالة حقوق شخصية لا عينية وبالتالي لا يهتم التقويت، وكذا الفصلين 750 و1077 م.ع. لأن مقتضى عقدي الكراء والعارية هو تمكين المكتري أو المستعير من منفعة الشيء لا ملكيته، وبنسبته حقوقاً شخصية لا تتعارض مع ملك الغير، ولو أن الضمان فيهما لا يتحقق بنفس الكيفية ولا يهدف إلى نفس الغاية. فهو في الكراء يضمن للمكتري منفعة الشيء ويؤخذ نظامه من البيع الذي يتضمن جانب المنفعة في علاقته بالحوز الهادئ للمبيع كامتداد للالتزام بالتسليم، أما في العارية وهي أساساً عقد مجاني (الفصل 1060 م.ع.) وتحتاج أهلية التبرع (الفصل 1056 م.ع.) فالضمان فيها هو ضمان التبرعات المفروض أن لا يوجد ضمان، ولكنه ورد مع ذلك في الفصل 1077 م.ع. لأنه في حقيقته مسؤولية يؤخذ بها المعير العالم بعدم ملكيته للشيء أو لسبب استحقاقه (الفصل 1078 م.ع.) أي أنه يعلم إمكانية حرمان المستعير من المنفعة التي كان يعول عليها فيؤخذ بعلمه هذا. فكأن الضمان هو عقوبة له على سوء نيته، والعقوبة فيها جانب وقائي يمثل الغاية البعيدة للفصلين 1077 و1078 م.ع. وهي منع تساهل الناس بالعارية فيعيرون أملاك غيرهم ويتلاعبون بمصالحهم ومصالح المستعيرين، فتكون المسؤولية المذكورة رادعاً لهم عن هذه الممارسات.

م.ا.ع. على أن «ما تقرّر في ضمان البائع يجري على ضمان المنزل»¹²⁴³ ومثله فعل الفصل 1089 م.ا.ع. في القرض حيث فرض «على المقرض ضمان العيوب الخفية والاستحقاق حسبما قرّر في البيع»¹²⁴⁴. أمّا في الشركة فقد اقتضى الفصل 1265 ف 1 م.ا.ع. ما يلي «إذا أتى الشريك بشيء معيّن بذاته وملّكه للشركة فعليه ما على البائع من ضمان العيب الخفي والاستحقاق» واستعادت مجلة الشركات التجارية نفس الحكم في فصلها السادس الذي تضمّن أن «كلّ شريك مدين للشركة بمساهمته ويمكن للشركة مطالبته بغرامات عن كلّ تأخير في الوفاء بمساهمته.

وإذا كانت مساهمته عينا، فإن المساهم ضامن لفائدة الشركة بنفس

الشروط المحمّولة على البائع»¹²⁴⁵.

أمّا في الصّحّ فقد أوجب الفصل 1468 ف 1 م.ا.ع. صراحة «على كلّ من المتصالحين درك ما يسلمه للأخر بموجب الصّحّ فإن استحقّ الشيء المسّام لأحد المتصالحين بموجب الصّحّ أو وجد به عيب ساغ القيام بفسخ الصّحّ كلّه أو بعضه أو بالأرش حسبما تقرّر في باب البيع...».

وختام القائمة في التّصيير بالدين وهو كثير الشّبه بعقد البيع إن لم يكن نوعاً منه إذ أنّ جانباً كبيراً من الفقه يرى أنّ التّصيير بالدين أو الوفاء بمقابل هو عمل مركّب من تجديد وبيع؛ ففيه معنى التّجديد بما أنّه ينهي الالتزام الأصلي ويبدله بالترام جديد وفيه معنى البيع لأنّ فيه نقل ملكيّة شيء في مقابل ثمن مدفوع مسبقاً وهو الدين الذي وفي به المدين¹²⁴⁶. المهّم أنّ الفصل 342 م.ا.ع. يوجب في هذه الحالة أنّه «إذا أدى المدين لدائته شيئاً أو ديناً له على الغير أو حقاً مجرداً فعليه ما

1247
ينطبق هذا الحكم على الكردار أيضاً لأنه ليس سوى نوع من الإنزال لا يختلف عنه إلا في تغير معينه، وقد نظمته المشرع في الفصول 980 و982 م.إ.ع. انظر الفصل 980 م.إ.ع.: «الكردار أو الإنزال بمعين قابل للتغير هو عقد يحيل بمقتضاه إلى الأبد صاحب عقار أنقاض ذلك العقار للتغير ولورثته من بعده ولا يحتفظ المحيل نفسه إلا بالرقبة مع التزام المحال له بدفع معين أداء أبدي. ويتصرف صاحب الكردار في العقار المحال له تصرف المالك في ملكه نظير المستنزل على شرط دفعه معين الأداء».

1245
انظر لمزيد التفصيل: فيليب مارل، الشركات التجارية، مرجع سابق، ف 31، ص 40 - كوزيان وفيلديبي، قانون الشركات، مرجع سابق، ف 166، ص 64.

- Georges RIPERT, René ROBLOT et Michel GERMAIN, Traité de droit commercial, Tome 1, Volume 2. Les sociétés commerciales, 18ème éd., Paris, L.G.D.J. 2002 - Beyrouth, Delta 2003, n° 1056-53, p. 37.

1246
السّهوري، الوسيط، ج 3، ف 180، ص 805.

1247
لتلاحظ طرافة هذا التعبير ودقته في الإشارة إلى ضمان الاستحقاق، وهو يقيم الحجة من جديد على ارتباط الضمان بانتقال الملكية لأن المقصود بعدم كفاية الحجة هو نقص الدليل أو انعدامه على ملكية المفوت للشئ حتى إذا قام قائم يدعي ملكيته وأدلى بحجته كانت راجحة فاستحقه لعدم كفاية حجة المفوت! وفي هذا التعبير إحياء يوجب الدفاع وقابلية كبيرة للالتزام بجعل المفوت مالكا. ويلاحظ أن المشرع استخدم هذا التعبير مرة واحدة في النص العربي في الفصل 342 م.إ.ع.، لكنّه كرّره مرتين في النص الفرنسي واحدة في الفصل 342 م.إ.ع. نفسه (*l'insuffisance du titre*) وأخرى في الفصل 722 م.إ.ع. المتعلق بالمعاوضة.

1244
يجدر التنبه إلى خصوصية الغاية من الضمان في القرض انطلاقاً من تحديد الالتزام المميز له وطبيعة انتقال الملكية فيه. فالالتزام الرئيس والتوحي في القرض هو التزام بالرد وهو واجب يتحمّله المقرض أي المفوت له لا المفوت خلافاً للشائع في عقود الثموت، وذلك مرتبط بانتقال الملكية فيه الذي هو انتقال ضروري أي أثر فرضته الضرورة وليس هو المقصود الأصلي من العقد لأنه يتعلّق بأشياء مثلية قابلة للاستهلاك لا يمكن ردها بعد استهلاكها فكان لا بد من إقرار تملكها من المقرض حتى يتيسر التعامل، ولذلك فالقرض يصنّف عادة ضمن عقود الخدمة أو المنفعة لا ضمن العقود الناقلة للملكية. وهنا تتجلى خصوصية الغاية من الضمان وهي كونه لا يهدف إلى حماية الملكية المنتقلة إلى المقرض بقدر ما يرمي إلى إعفاء المقرض من ردّ القرض، لأنه إذا استحقّ الشئ من يد المقرض طرح السؤال عن مدى التزامه بالردّ والجواب بدهاء أنه يعفى من ذلك لأنه بوقوع الاسترداد من المالك الحقيقي فكانه وفي بالتزامه بردّ الشئ. فالضمان إذن هو إعفاء من الالتزام أكثر منه حماية للملكية (ومع ذلك، فهذه الخصوصية لا تفي بوجود الرّيبط بين الضمان والملكية ولو كان ضئيلاً، ولا تظهر فائدتها إلا في تحليل نظام الضمان وافتراس الصور الممكنة من استحقاق قبل الاستهلاك أو بعده واستهلاك بحسن نية أو بسوء نية... وهذا بحث آخر لأنه من متعلقات قاعدة الحوز في المنقول سند الملكية، وهي خارجة عن موضوع هذا البحث.

365- أمّا خارج مجلّة الالتزامات والعقود، وبالإضافة إلى الفصل 6 م.ش.ت. المتقدم ذكره، فإنّ مجلّة الأحوال الشخصية ترتب ضمان الاستحقاق على هبة العوض وذلك في فصلها 207 م.أ.ش. الذي جاء فيه «لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض. وفي الحالة الأولى يقدر للموهوب له تعويض عادل عمّا أصابه من الضرر وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض، كلّ هذا ما لم يتفق على غيره.

وإذا استحق الشيء الموهوب حلّ الموهوب له محلّ الواهب فيما له من حقوق ودعاوى».

والملاحظ أنّ هذا الفصل لم يشر صراحة إلى أحكام البيع ولكن لا شيء يمنع من انطباقها على هبة العوض بحكم القياس (فكلاهما تفويت بعوض)

بالدين¹²⁵¹. فإذا وجد تفويت بعوض وجد الضمان، وإن وجد الضمان فهو كضمان البيع.

367- وينتج عن هذا أنّه إذا تعلق أيّ تفويت بمملوك للغير، نظر إليه كما ينظر إلى البيع وعومل بما يعامل به. وهذا يعني أنّه إذا كان أحد العوضين في المعاوضة أو كلاهما مملوكا للغير، أو إذا صالح أحد الفريقين بشيء لا يملكه أو قدّم إلى الشركة مساهمة عينية بعقار لا يملكه أو أقرض غيره منقولا معينا على أنّه مثليّ والتزم المقترض برده وهو مملوك للغير أو إذا وهب شيئاً لا يملكه نظير تحمّل الموهوب له بنفقات دراسة ابنه في الخارج، فإنّ التفويت في كلّ هذه الأحوال يتعلّق بملك الغير فيتحرّك التزام المصوّت بضمان الاستحقاق الذي يلزمه - كما في البيع - بجعل المصوّت له يكتسب الملكية حتّى يزول خطر الاستحقاق ويتحقّق أثر التفويت.

وينبغي على هذا الاستنتاج أن كل هذه التفويطات لم تبطل كونها تعلقت بملك الغير، بل وقعت صحيحة لأنها منشئة لالتزام بضمان الاستحقاق على المصوّت. كما أن أغلب هذه التفويطات هي عقود ناقلة للملكية. فهل الأمر كذلك بالنسبة إلى الأعمال المنشئة لحقوق عينية ومنها الرهن خصوصاً؟

ب- الفصل 207 م.م.ع. في الرهن؛

368- هل يرثب الرهن عقاريًا كان أم على منقول التزامًا بالضمان؟

1251 انتقال الملكية هو أثر ضروري في القرض كما تقدّم شرحه في الهامش 1244 السابق. أمّا في التصيير بالدين فانتقال الملكية مقصود لكن لا باعتباره الأثر الأصلي المطلوب على سبيل تداول الثروات كما في الأعمال الناقلة للملكية عادة، بل بالتبعية للأثر المهم في العملية وهو الوفاء بالدين، لأن التصيير بالدين هو شكل من أشكال الوفاء بالالتزام. ولهذا فموقعه الطبيعي هو أحكام انقضاء الالتزامات وتنظيم الأداء خصوصاً، وهو ما جعل الفقهاء يذهبون في تكييفه على البيع لغياب باب له في العقود الخاصة (انظر الفصول 340 إلى 344 م.ا.ع.).

وبموجب كونها تمتل نظرية عامة يكفي للرجوع إليها أن يوجد نص في الضمان دون تصريح بذلك، فضلاً عن كثرة الإحالات الصريحة السابقة¹²⁴⁸.

وتؤكد هذه الملاحظة مكانة ضمان البيع في المعاوزات عموماً.

2- مكانة ضمان البيع في المعاوزات عموماً؛

366- إن سحب ضمان البيع على سائر التفويطات بعوض يؤكد قيمة هذا الالتزام وصحة ارتباطه بالأثر العيني لهذه الأعمال خصوصاً أن المشرع تميّز بحرصه على تسجيل الأثر العيني قبل الضمان، وذلك سواء في نصوص التعريف¹²⁴⁹ أم في نصوص مستقلة¹²⁵⁰ وسواء كان هو الأثر الأصلي المقصود من العقد أم أثراً ضرورياً كما في القرض والتصيير

1248 أوديبيار، دراسة في بطلان أعمال التفويت، أطروحة سابقة، ص 228 وما يليها، خاصة ص 235-236.

1249 يتعلق الأمر بالمعوضة (الفصل 718) والإنزال (الفصل 954) والتصيير بالدين (الفصل 341).

1250 يهتم الأمر بالقرض (الفصل 1086) والشركة (الفصل 1265) والصّح (الفصل 1467).

لا يجد الجواب عن هذا السؤال سنداً صريحاً في الأحكام الخاصة برهن المنقول¹²⁵² ولا في الأحكام المتعلقة بالرهن العقاري¹²⁵³. ولكن الأحكام العامة المشتركة بينهما تضمنت نصاً يتعلق بالرهن ومنه يستشف الجواب المطلوب وهو الفصل 207 م.ح.ع. الذي يوجب في عبارة ناهية مانعة: «ليس للرهن أن يفعل بالمرهون ما ينقص قيمته بالنسبة لما كان عليه وقت العقد ولا ما يمنع المرتهن من إجراء الحقوق الناشئة له من الرهن».

ويفترض تحليل هذا النص التساؤل عن وجود الضمان (1) وعن مداه (2).

1- وجود الضمان:

369- تبين قراءة أولى لظاهر الفصل 207 م.ح.ع. أن الرهن ملزم بأن يتمتع عن إنقاص قيمة المرهون وعن إعاقة الدائن عن ممارسة حقوقه، وهذا المنع مزدوج ينبني عليه التزام بالمحافظة على قيمة المرهون وبالامتناع عن معارضة

أما عدم منع المرتهن من ممارسة حقوقه فالنظر فيه إلى الحقوق الناشئة عن الرهن وهي على الأخص كما جاءت في مجلة الحقوق العينية حق الأفضلية وحق التبعية في الرهن العقاري¹²⁵⁵، وكذا في رهن المنقول¹²⁵⁶ مع الحق في حبس المرهون¹²⁵⁷ والحق في بيعه¹²⁵⁸. ويقتضي التزام الرهن عدم التعرض للمرتهن بأي فعل أو تصرف يعوقه عن إجراء حقه أو يتنافى معه، كأن يحاول استرداد المنقول من حوز المرتهن خلسة¹²⁵⁹ أو يسعى في تسجيل عقاري يترتب عنه تطهير العقار من الرهن أو يرهن ديناً ثم يسقطه على مدينه¹²⁶⁰. فهذه كلها أفعال تتعارض مع حقوق المرتهن ومن شأنها أن تمنعه من ممارسة الرهن ولذلك يمنع الفصل 207 م.ح.ع. على الرهن إتيانها. وهنا يتجسد التوقف لطرح سؤال يبدو ملحاً: إلا يذكر منع التعرض هذا بضمان تعرض البائع؟ إلا يوجد شبه ممكن بين وجوب الامتناع عن معارضة المرتهن وضممان الفعل الشخصي للبائع؟

فالمحافظة على المرهون تقتضي من الرّاهن أن لا يفعل ما يضرّ بالمرهون بحيث ينقص قيمته عمّا كانت عليه حين العقد. وتظهر فائدة هذا الالتزام خاصّة في الرّهن العقاري وفي الرّهن غير الحيّازي للمنقول حيث يبقى المرهون في حوز الرّاهن يتصرّف فيه تصرّف المالك في ملكه، فيحدّ تصرّفه ذلك بحق المرتهن فلا يسوغ له الإنقاص منه سواء بفعل ماديّ كهدمه أو هدم محتوياته أو قلع أشجاره أم بفعل قانوني كبيع العقارات الحكميّة التي فيه أو بعض مكوّناته التي هي منقولات مآلاً¹²⁵⁴.

¹²⁵² الفصول 210 إلى 269 م.ح.ع.

¹²⁵³ الفصول 270 إلى 302 م.ح.ع.

¹²⁵⁴ شمس الدّين الوكيل، نظريّة التأمينات في القانون المدني، ف 70 وما بعدها، ص 228 وما يليها.
- سيميلار ودلياك، التأمينات، ف 384 وما بعدها، ص 331 وما يليها.

370- يكاد الجواب بالإيجاب يفرض نفسه، ففي كليهما امتناع، وكلاهما يهدف إلى حماية الأثر العيني المنجرّ عن العقد: الملكية في البيع وحقّ الرّهن في الرّهن وهو ما يشير إليه الفصل 207 م.ح.ع.: «حقوقه التّاشئة من الرّهن». كما أنّ أكبر نتيجة لضمان الفعل الشّخصي في البيع تظهر في منع البائع من تملك المبيع أو استرداده من المشتري إذا أصبح مالكا له فيما بعد،

¹²⁵⁵ انظر خاصّة الفصلين 201 و278 في الأفضليّة والفصلين 270 و280 وما بعده في حقّ التتبع.

¹²⁵⁶ انظر خاصّة الفصلين 201 و258 وما بعده في الأفضليّة والفصلين 231 و262 في حقّ التتبع.

¹²⁵⁷ انظر خاصّة الفصلين 228 و232 م.ح.ع.

¹²⁵⁸ القسم الرابع في تنظيم رهن المنقول، الفصول 247 إلى 257 م.ح.ع.

¹²⁵⁹ علاوة على المنع المدني، يكوّن هذا الفعل الرّكن المادّي لجريمة التّقليط في مرهون المعاقب عليها بالفصل 279 من المجلّة الجزائيّة.

¹²⁶⁰ هذا المثال مأخوذ من رهن الدّيون، ولا صلة له بمفهوم التّقويت الذي ندرسه لكته بليغ في تأدية المعنى المقصود من الفصل 207 م.ح.ع. وقد كان المشرّع يذكره صراحة في الفصل 1542 م.ح.ع. الذي عوضه الفصل 207 م.ح.ع.

فهذا دليل على أنه باع ملك غيره، والفصل 576 م.ا.ع. يوجب عندئذ أن تنتقل الملكية إلى المشتري. وإن هذه النتيجة لمحققة في الفصل 203 م.ح.ع. فإذا صار المرهون ملكا للرّاهن «صح» رهن ملك الغير أي نفذ وتحقق أثره العيني¹²⁶¹. أي أنه إذا تعلّق الرّهن بملك الغير وأصبح الرّاهن مالكا بعد فليس له أن يدّعي استحقاقه خاليا من الرّهن، بل يتدعم عندئذ حق المرتهن لأنّ عقده ينفذ، ولأنّ قبول هذا الادعاء من الرّاهن يؤدي حتما إلى منع المرتهن من إجراء حقوقه الناشئة له من الرّهن، إذ ما هي هذه الحقوق التي سيجريها لو أن تملك الرّاهن للمرهون لاحقا يطهره من الرّهن! وهذا يدلّ على أنّ الفصل 207 م.ح.ع. فيه التزام بضمان الفعل الشخصي¹²⁶². ويوجب ثبوت هذا الفرع من الضمان النّظر في مداه.

1.2- ضمان الفعل الشخصي أم ضمان فعل الغير أيضا؟

372- جوابا عن هذا السؤال يجدر التّبيه إلى غياب الاختلاف المبدئي بين نوعي الضمان: ضمان الفعل الشخصي وضمان فعل الغير. فالضمان هو الضمان ويتحمّله المفوّت في الحالتين. وإنّما الاختلاف بينهما يرجع إلى مصدر الشّغب أهو المفوّت أم غيره. وتظهر فائدة هذا الاختلاف خاصّة إجرائيا حيث يتميّز الرجوع بالضمان في فعل الغير بشروط خاصّة وإجراءات دقيقة لا يتطلّبها الفعل الشخصي. أمّا في الأصل فالضمان واحد. وينتج عن هذا التّبيه أنّ الفصل 207 م.ح.ع. بتحميله الرّاهن واجب الضمان لا يمكن أن يكون مقصوده إقصاء ضمان فعل الغير على معنى أنه إذا تعرّض الغير للمرتهن فلا ضمان على الرّاهن لأنّه ليس هو الذي منعه من إجراء حقوقه المنجّرة من الرّهن! فمثل هذا الاستنتاج مستبعد ولا معنى له. ولكن قد يكون مقصوده عدم الإحالة إلى الأحكام الإجرائيّة الخاصّة بفعل

371- يتضح مدى الضمان من طرح سؤالين يفرضهما ثبوت ضمان الفعل الشخصي في الفصل 207 م.ج.ع. وهما: إذا كان في الفصل 207 م.ج.ع. ضمان الفعل الشخصي فهل فيه ضمان فعل الغير؟ (1.2) وهل الضمان فيه هو فرع مستقل إلى جانب المحافظة على قيمة المرهون أن أنه يستغرق الفصل 207 م.ج.ع. برمته بحيث يجعله تعبيراً عن التزام واحد هو الالتزام بالضمان؟ (2.2).

1261 راجع سابقاً، ف 159.

1262 يتفق التشريع المصري والتشريعات المستلهمة منه مع هذه النتيجة لكن بنصوص صريحة في إنشاء ما تسميه بالالتزام «بضمان سلامة الرهن»، من ذلك المادة 1047 من القانون المدني المصري والمادتان 1296 و1136 من القانون المدني العراقي... انظر بمزيد التحليل: - السنهوري، الوسيط، ج 10، ف 170، ص 386 وما يليها. - شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، ف 142، ص 125. - شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات...، ف 72، ص 229 وما يليها. - عادل سيد فهميم: نظرية التأمين العيني في التقنين المدني العراقي، محاضرات مطبوعة على نفقة جمعية صندوق المساعدات والتسليف لطلاب جامعة البصرة 1968-1969، ص 202 وما يليها.

الغيري في البيع نظراً لسعده تصور وجود نزاع بين الغير والمرتهن كما يتصور في البيع وتحليل ذلك أن ادعاء الغير الاستحقاق لا يوجه ضد مرتته بل يوجه ضد مالك وهو الرهن، وهذا يفترض أن مشاغبة الغير لا يتعرض لها المرتهن مباشرة فلا يجد سبيلاً لمطالبة الرهن بضمان فعل الغير. لكن إذا نجح الغير في دعواه واستحق المرهون فسيستحقه من يد الرهن، الذي سيحرم منه المرتهن فيعارضه هذا الأخير بالتزامه بالضمان فنعود إلى ضمان الفعل الشخصي!

373- ولئن كان هذا التصور صحيحاً إلا أنه جزئي باعتبارها يتماشى مع الرهن غير الحيازي عقارياً كان أم على منقول أكثر من رهن المنقول العادي الذي يقوم على الحيازة فيتصور فيه نزاع بين الغير والمرتهن. كما أنه يتعلق أساساً بالملكية والحال أن الاستحقاق يتأتى من ادعاء أي حق عيني آخر كالانتفاع أو الارتفاق. ووجود الشغب في مثل هذه الصور من شأنه أن يمنع المرتهن من ممارسة حقوقه وهو منع منسوب إلى الرهن في جميع الحالات لأنه هو المتسبب في الرهن فيضمنه. ووجه الضمان أنه إذا كان ادعاء الغير منصباً

على الملكية فعلى الرّاهن أولاً محاولة إزالة هذا الشّعب حتّى يحفظ للمرتهن حقه وإلا سئل عن ذلك¹²⁶³. وهذا يعني أنّ الرّاهن مطلوب بالضّمان مهما كان مصدر الشّعب لأنّه ينسب إليه دائماً وأنّ من مشمولات ضمانه أن يسعى في إزالة الشّعب وهو ما يلتقي مع الالتزام بجعل المرتهن يكتسب حقّ الرّهن قياساً على جعل المشتري يكتسب ملكية المبيع.

2.2- مماثلة وضمان أم ضمان فحسب؟

374- يميل الجواب عن هذا السؤال الثاني إلى التوحيد واعتبار الفصل 207 م.ح.ع. ككله منشئاً للالتزام بالضّمان. فرغم ظاهر النصّ الذي يجعل الضّمان فرعاً معطوفاً على المحافظة على قيمة المرهون بما يوحي أنّ الرّاهن يلتزم بالتزامين، إلاّ أنّ النّظر العميق للفصل 207 م.ح.ع. يبيّن احتواءه على التزام واحد بالضّمان. وهذا الالتزام له فرعان أو مظهران أحدهما في تمكين المرتهن من ممارسة حقوقه وقد

المرهون¹²⁶⁵

375- بهذه الكيفية يمكن القول إنّ الفصل 207 م.ح.ع. يتعلّق بالالتزام بالضّمان: ضمان استحقاق الرّهن أو «ضمان حقّ الرّهن». ولهذا الضّمان وجهان في قيام الرّهن وفي ممارسته: فقيام الرّهن يقتضي وجوده ووجود قيمته ومن هنا على الرّاهن أن لا ينقص قيمة الرّهن ولا يعدم الرّهن ككله، فإن فعل اعتبر متسبباً في استحقاق الرّهن وسئل عنه على أساس الفصل 207 م.ح.ع..

أما ممارسة الرّهن فتفترض غياب العراقيل التي تحول دون الدائن وتحقيق رهنه. ومن ثمّ يمنع على الرّاهن إحداث هذه العراقيل أو التّسبب فيها أو تركها. فكأنّ الفصل 207 م.ح.ع. بصياغته المعتمدة يوضّح التزام الرّاهن بضمان حقّ الرّهن، وكانّ حقيقته هي قوله: «على الرّاهن ضمان حقّ الرهن، فليس له أن يفعل بالمرهون ما ينقص قيمته بالنّسبة لما كان عليه وقت العقد، وليس له أن

تقدّم شرحه، والثاني هو في المحافظة على قيمة المرهون. وبيانه أن الإنقاص من قيمة المرهون هو ضرب من حرمان المفوت له من الفوائد التي يحقّ له أن يعوّل عليها حسب العقد، وهذا أخصّ ما يقوم عليه ضمان الفعل الشخصي في جميع عقود التقويت¹²⁶⁴ ومن أهداف ضمان الاستحقاق مطلقا. ثم إن الغاية الأولى للضمان هي حماية الملكية والأثر العيني عموما، وبما أن حقّ الرهن يتعلّق أساسا بقيمة العين فإن الإبقاء على تلك القيمة هو إبقاء على الرهن نفسه، أي أن المحافظة على القيمة يقتضيها وجود الرهن في حدّ ذاته. ومن ثمّ يلتقي الرهن مع البيع حيث يجب في الحالتين حماية الأثر العيني المترتب عن العقد: الملكية في ذاتها وفي منافعها، والرهن في ذاته وفي قيمته. ويُستحقّ المبيع إذا حرم المشتري من الملكية أو من منافعها، وكذلك يستحقّ الرهن إذا حرم المرتهن من حقّ الرهن أو من قيمة

¹²⁶³ السنهوري، مرجع وموضع سابقين. - عادل سيّد فهميم، مرجع سابق، ص 207.
¹²⁶⁴ راجع الفصل 631 م.ع.

يفعل ما يمنع المرتهن من إجراء الحقوق الناشئة له من الرهن» وكلّ مخالفة لهذا الفصل تؤوّل إلى المساس بحقّ الرهن فتعييه أو تهلكه.

376- وتبعا لذلك فإنّ جزاء الضمان غير المعلن عنه في الفصل 207 م.ع. يتّجه البحث عنه أولا في أحكام هلاك الرهن كيفما جاءت في الفصل 209 م.ع. بالنسبة إلى الرهن مطلقا وفي الفصول 224 و225 و234 م.ع. خاصّة في رهن المنقول والفصل 276 م.ع. بالنسبة إلى الرهن العقاري. وهذه فصول تنصّ على جزاءين بالخصوص هما حلول أجل الدين والحلول العيني اتّفاقا بتعويض الرهن أو قانونا بانتقال الرهن على التعويض. ودون الخوض في تفاصيل هذين الجزاءين وغيرهما¹²⁶⁶ يكفي القول هنا إنهما يردّان إلى الجزاء الأصلي المقرّر في

¹²⁶⁵ شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، ف 126، ص 142.
¹²⁶⁶ سيأتي تحليل ذلك لاحقا في الجزء الثاني من هذا البحث، ف 673 وما بعدها.

البيع (الفسخ والتعويض) ولكن بخصوصية في التطبيق وهذا أمر مفهوم ومتوقع لأنه يعبر عن خصوصية الرهن باعتباره ليس عقدا ناقلًا للملكية وأنه عقد تبعية. وهو ما يؤكد وجود مبدأ الضمان في الرهن. وبوجوده يتيسر تأسيس صحة رهن ملك الغير على غرار ما تقدم في البيع وسائر التقويات الأخرى.

377- بهذا يخلص القول في المعاوضات أنها ترتب كلها ضمان الاستحقاق وأنها على هذا الأساس صحيحة إذا تعلقت بملك الغير. وعلى النقيض من ذلك، لا يترتب عن التبرعات التزام بالضمان، فتبطل عكسيًا إذا كان موضوعها مملوكًا للغير.

الفقرة الثانية: انعدام الضمان في التبرعات

378- يوجد تأكيد تشريعي عام وتوجه فقهي غالب لنفي الضمان من التبرعات. فقد ورد في مجلة الالتزامات والعقود في موضعين صريحين أن لاضمان

أي التزام¹²⁶⁹. كما أن المتبرع وهو ينوي التبرع ينقل الشيء على علته إلى المتبرع له بعيوبه ومخاطره فيصيب المتبرع له ما كان سيصيب المتبرع لو بقي الشيء عنده¹²⁷⁰. لذلك ينص الفصل 207 م.أ.ش. أن حقوق الواهب ودعاواه تنتقل إلى الموهوب له عند استحقاق الشيء الموهوب.

379- هذا الحكم العام في غياب الضمان يلتقي معه مبدأ عام في بطلان التبرع بملك الغير، ويعتبر محله مستحيلًا قانونًا لعدم وجوده في الذمة وللاأخلاقيته إذ لا يمكن إجبار المتبرع على أن يعوض المتبرع له الشيء المستحق منه، أو أن يسعى في تحصيله له، فمثل هذا الالتزام تأباه النفوس الشريفة والأخلاق الحسنة والآداب الفاضلة، خلافا للمعاوضات التي يغلب فيها معنى العوض فتتكفي الاعتبارات الأخلاقية ولا تمنع في مثل هذا الالتزام. وبناء على هذا قد لا توجد حاجة إلى نص خاص في التبرع بملك الغير إذا وجد نص في

الضمان، وبالعكس لأن الصحة هي صنو الضمان فتقوم بوجوده وتغيب بغيابه فيكون بطلان. وهذا هو المعنى المحقق في التبرعات والذي يتبين خصوصا من تحليل نموذجيها وتعني بهما الوصية (أ) والهبة (ب).

أ- بطلان الوصية بملك الغير:

380- يتجه عرض هذا الحكم (1) قبل تعليله (2).

1- عرض الحكم:

381- جاء في الفصل 186 م.أ.ش. ما يلي: «الموصى به يجب أن يكون موجودا عند الوصية في ملك الموصي إن كان معينا بالذات»، وواضح أن هذا النص يوجب أن يكون الموصى به مملوكا للموصي وقت الوصية، أي هو يشترط الملكية والزمنية. فإذا اختل أحدهما كانت الوصية خارقة للفصل 186 م.أ.ش.

¹²⁶⁹ إبراهيم النجار، التصرفات بدون عوض، مرجع سابق، ف 578، ص 152.

¹²⁷⁰ مالوري وأيناس، الموارث والتبرعات، ف 450، ص 222.

فيما لا عوض فيه، أولهما الفصل 213 ف 2 في إحالة الدين: «ومن أحال شيئا مما ذكر بلا عوض فلا ضمان عليه ولو في وجود الدين أو الحق المحال وإنما عليه ضمان ما يترتب عن تغريبه». وثانيهما الفصل 342 في التصيير بالدين «وهذا الحكم (أي الضمان) لا يجري على ما كان من قبيل التبرعات ونحوها مما ليس فيه عوض».

ويتفق أكثر الفقهاء على هذا الحكم¹²⁶⁷ ويعللونه أساسا بغياب العوض¹²⁶⁸، فالمتبرع له لا يخسر شيئا إذا استحق منه الشيء وهو الذي لم يتحمل في المقابل

¹²⁶⁷ برنارد فروس، مفهوم الالتزام بالضمان... ف 135 وما بعدها، ص 129 وما يليها، خاصة ف 138 والمراجع

التي في الهامش 66 - كولان وكابيتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 892، ص 597.

¹²⁶⁸ يلحظ هذا التعليل عند الفقهاء المسلمين أيضا: فمثلا، جاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل في باب الوقف قوله في تعليل بطلان وقف الفضولي (ج 7 ص 95): «واحترز بمملوك من وقف الفضولي فإنه غير صحيح ولو أجاز المالك لخروجه على غير عوض بخلاف بيعه فصحيح لخروجه على عوض».

ووقعت بالتالي باطلا. وهذا البطلان مطلق لانعدام المحل وبالأدق لاستحالة القانونيّة باعتبار عدم وجوده في ذمّة الموصي عند الوصيّة. والاستحالة هنا مطلقة لا يمكن تداركها بمفعول الزمنيّة، إذ لو سمح الفصل 186 م.أ.ش. بوجود الموصى به يوم الوفاة، لأمكن الانتظار إلى ذلك التاريخ ولوجد فاصل تصحّ فيه الوصيّة فتكون كالموقوفة على الملك حتّى يوم الوفاة. لكنّ المشرّع منع هذه الإمكانية، تماشياً مع تعريف الوصيّة نفسها من أنّها «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت»¹²⁷¹ فهي تمليك أي لا تنشئ التزاماً بالتّمليك بل التصريح بها يفضي إلى التّمليك قانوناً¹²⁷² وهي تمليك مضاف أي مؤجّل إلى ما بعد الوفاة، بما يعني أنّها تتعدّد باثّة من تاريخها - إلا إذا رجع فيها الموصي طبعاً - وإنّما يثبت حكمها عند الوفاة. ولهذا فإنّ شروطها تقدّر في تاريخ الإيصاء، ومن بينها ملكيّة الموصى به. فإذا غابت في ذلك التاريخ وقعت الوصيّة باطلا لا تصحّحها إجازة ولا ملكيّة

لاحقة¹²⁷³. وهذا الحكم مطابق للفقهاء الإسلامي¹²⁷⁴ الذي لا يقبل الوقف في الوصيّة بملك الغير لأنّ الملك فيها ليس شرط نفاذ بل شرط صحة¹²⁷⁵. وعليه تبطل الوصيّة إذا صدرت من فضولي ولو أجازها المالك الحقيقي. فإجازته تعتبر منه تبرّعاً مبتدأً فإن سلّم الشّيء قبل وفاته فهي هبة مبتدأة، وإن توفيّ قبل التسليم فهي وصيّة¹²⁷⁶.

2- تعليل الحكم:

382 - يتيسّر تعليل بطلان الوصيّة بانتفاء الضمان منها باعتبارها تبرّعاً، وهو ما يوجبه الفصل 185 م.أ.ش. صراحةً بنصّه «إذا هلك الموصى به المعين أو استحقّ

1272 خلافاً لذلك، كانت الوصية في القانون الروماني، بعد جستينيان، تصرفاً ناقلاً للملكية ومنشئاً للالتزامات على كاهل الورثة وتسمى الوصية الإلزامية (*Legatum per damnationem*). وكانت قبل ذلك تنقسم إلى أربعة أنواع تدخل فيها أيضاً الوصية بمال الوارث (*Sinendi modo*) والوصية التمليلية (*per vindicationem*) والوصية للوارث بمال التركة (*per proreptionem*). ثم تطورت الوصية وأصبحت تؤوّل عند الشك على أنها إلزامية حتى أصبحت مع جستينيان هي النوع الوحيد. وبعد أن كان النوعان الأخيران باطلين دائماً إذا تعلقا بملك الغير والنوع الثاني صحيحاً دائماً، أصبحت الوصية الإلزامية صحيحة إذا تعلقت بملك الغير على معنى أنها تلزم الوارث بتسليم الموصى به إلى الموصى له ولو أدى الأمر إلى اقتضائه لتحقيق هذه النتيجة. ويفسر هذا الحكم بالاحترام الشديد والاعتبار الكبير الذي يقيمه القانون الروماني لإرادة الموصي. فيشترط عندئذ لصحة الوصية أن يكون الموصى عالماً بأنه يوصي بملك غيره. أما لو جهل ذلك وقعت وصيته باطلة والجهل مفترض وعلى الموصى له إثبات علم الموصي. لكن إذا كان الموصى به ملكاً للموصى له فالوصية دائماً باطلة بصرف النظر عن علم الموصي أو جهله.

- راجع في ذلك: جيرار، الميسط في القانون الروماني، ص 845 وما يليها. - ماي، مبادئ القانون الروماني، ف 235، ص 543 وما يليها. - فوايون، آثار الاتفاقات...، ص 88 وما يليها.

وقد كان القانون الفرنسي القديم يعرف نفس الحلول:

- Jacques NALTET, Du legs de la chose d'autrui, thèse Paris, 1922, pp. 9 et s.

1274 يلحظ أن أحكام الوصية يحويها الكتاب الحادي عشر الملحق بمجلة الأحوال الشخصية بموجب القانون عدد 77 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959. وهي مستمدة من الفقه الإسلامي الحنفي والمالكي بالخصوص. ويظهر من خلال صياغة فصولها تأثر واضعها لفظاً وأسلوباً بلائحة الأحكام الشرعية للشيخ عبد العزيز جعيط (طبع مطبعة الإرادة، تونس، غير مؤرخ، الجزء الأول، قسم أحكام الأحوال الشخصية) ويقانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 المؤرخ في 24 جوان 1946. وهذا واضح خاصة في الفصل 186 م.أ.ش. المنقول حرفياً عن الفقرة 3 من المادة 10 من قانون الوصية المصري، والمطابق حكمه للمادة 1127 مالكي من لائحة الشيخ جعيط، لا تصح الوصية من مستغرق الذمة ولا من غير مالك. - انظر أيضاً: محمود شمام، الوصية بين الفقه والقانون، دار النجاح للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، غير مؤرخ - يوسف بن يوسف، الموارث الشرعية والوصية، ص 355 وما يليها. - وانظر في شرح القانون المصري، محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دراسة مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988.

1275 راجع بمزيد التفصيل: محمد علي مذكور، تصرفات الفضولي، ص 165 وص 294 وما يليها. - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، ف 88، ص 99. - أحمد إبراهيم، التزام التبذعات، بحث مسلسل منشور على ست حلقات في مجلة القانون والاقتصاد بجامعة القاهرة، السنة الثانية، 1932، عدد 5، ص 605-642/ والسنة الثالثة 1933، عدد 1، ص 51-73/ عدد 2 ص 224-245/ عدد 5 ص 495-555/ عدد 6 ص 647-708/ عدد 7، ص 961-1061. انظر خاصة الحلقة الرابعة، ف 120، ص 537.

1276 محمد علي مذكور، تصرفات الفضولي، ص 301.

فلا شيء للموصى له وإذا هلك بعضه أو استحقَّ أخذ الموصى له ما بقي منه»¹²⁷⁷ فإذا كان محل الوصية مملوكا للغير واستحقَّ صاحبه من يد الموصى له، فلا رجوع لهذا الأخير على الموصي أو على ورثته لأن الوصية لا تلزم الموصي بضمان الاستحقاق فهي باطلة ولا يترتب عليها شيء. وتؤيد هذا التعليل حجتان مأخوذتان أولاهما من طبيعة الوصية (1.2) وثانيتها من نظام انتقال الأملاك بالإرث (2.2).

1.2- طبيعة الوصية:

383- الوصية هي تصرف قابل للرجوع فيه بصريح الفصل 177 م.أ.ش. فالموصي يملك الرجوع في الوصية متى شاء، وهو ما يتنافى مع تصور وجود ضمان الفعل الشخصي، وكذلك مع عدم تحميل الموصي أي التزام تجاه الموصى له، إذ الوصية تمليك وليست سببا منشئا لالتزامات بما أن الموصي يمكنه أن يرجع فيها. ومن ثم لا يمكن إلزامه بالحصول على الملكية أو على إجازة المالك الحقيقي إذا تعلقت وصيته بملك الغير، بل تكون الوصية باطلة وكفى. لكن إذا رغب الموصي

الأموال والحقوق الصافية عن الالتزامات التي تخرج من تركته المتوفى. فإن كان الشيء الموصى به مملوكا لغير المتوفى تعذر إخراجه من تركته اللهم إلا إذا ألزم الورثة باكتسابه ونقله إلى الموصى له. وهو ما يفترض أحد أمرين: إما أن يكون الموصي ملزما بذلك وهذا غير صحيح أو أن تحمل وصيته على أنه ألزم الورثة بالالتزام المذكور وهذا غير ممكن لأن فيه خرقا سافرا للفصل 37 م.أ.ع. كما أن نظام الإرث يمعنه لأنه لا ينقل إلا الحقوق¹²⁷⁹. ولهذا فلا وجه لتصحيح الوصية بملك الغير ولا مناص من التسليم ببطلانها نظرا إلى كونها تبرعا لا يترتب عنه ضمان الاستحقاق.

ويسري هذا الحكم على الهبة.

ب- بطلان هبة ملك الغير:

385- إن تأكيد نفي الضمان في الهبة (1) لا يستقيم إلا بالرد على

بمحض إرادته أن يحقق وصيته وسعى في الحصول على الملكية، فذاك شأنه الخاص ولا يسع أحدا إرغامه عليه. غير أنه لا يمنع بطلان الوصية الأولى بملك الغير. وبتعدّد إلزام الموصي يتعدّد إلزام ورثته، وهذه الحجّة الثانية.

2.2- نظام انتقال الأملاك بالإرث:

384- إنّ نظام انتقال الأملاك بالإرث في القانون التونسي هو النظام الإسلامي المعروف بنظام الإرث العيني أو في الأموال¹²⁷⁸. وفيه لا يتلقّى الورثة إلاّ

¹²⁷⁷ يوافق هذا النصّ المادتين 1159 و1160 حنفي من لائحة الشيخ جعيط.

¹²⁷⁸ انظر في بسط هذا النظام دروس الأستاذ بشير الفرشيشي في الموارث لطلبة السنة الثالثة حقوق بالفرنسية:

- **Béchir FERCHICHI**, Le droit successoral en Tunisie, Cours semestriel à l'intention des étudiants de 3ème année de droit privé, Faculté de droit et des sciences économiques et politiques de Tunis, 1980-1981, p. 15 et p. 133 et s. Cours polycopié.

وللإشارة فإنّ هذا النظام يقابله نظام الإرث الشخصي (succession aux personnes) ومن خصائصه أنه يعتبر الوارث امتدادا لشخص المورث وأنه يقرّ نقل الحقوق والالتزامات إليه ويجعل الوارث مسؤولا عن ديون

المورث ولو استغرقت تركته فيتحمّلها من ماله الخاص... وأبرز ممثل لهذا النظام هو القانون الروماني، وقد تأثرت به القوانين اللاتينية الحديثة وأخصها القانون الفرنسي الذي يميّز بإقراره حقّ الخيار للوارث حتّى لا يتقل عليه عبء تحمل التزامات من ماله الخاص.

- انظر أيضا لمزيد التفصيل والتعرّف على نظم إرثية أخرى مزدوجة كالتنظيم الجرمانية والأثفوسكسونية: - مالوري وأيناس، الموارث والتبرعات، ف 15 وما بعدها ص 27 وما يليها. - مازو، الموارث والتبرعات، ف 661 وما بعدها، ص 5 وما يليها.

¹²⁷⁹ استنادا على نظام الإرث الشّخصي وجواز إلزام الوارث فيه، يسعى بعض الفقهاء في فرنسا إلى إيجاد منفذ

لتصحيح الوصية بملك الغير ورغم أنّ الفصل 1021 من المجلّة المدنية وضع حداً لتفريق القانون القديم بين حالتي العلم والغلط في الوصية بملك الغير وأبطل الوصية في الحالتين، فإنّ الفقهاء يحصرون ذلك في الوصية الناقلة للملكية، ويستثنون الوصية الملزمة للوارث والتي تسمّى تحميلا للوارث (charge) فهي صحيحة ولو تعلقت بملك الغير: - فوايون، آثار الاتفاقات... ص 230 وما يليها. - فورمي دي سان لوهان، في التفويت في

ملك الغير... ص 74 و97 وما يليهما. - نالتيه، في الوصية بملك الغير، أطروحة سابقة، ص 18 وما يليها.

ويظهر التفريق المشار إليه بوضوح في أطروحة للدكتوراه حول الوصية بملك الغير من جامعة ران:

- **Paul LEGROS**, Du legs de la chose d'autrui, thèse Rennes 1933, spèc. pp. 29 et 65.

1- تأكيد نفي الضمان في الهبة،

386- يذكر طالع الفصل 207 م.أ.ش. بمبدأ غياب الضمان في الهبة باعتبارها تبرعا: «لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب». ومثل هذا النص كاف مبدئيا لتدارك انعدام نص في بطلان هبة ملك الغير. فهذه الهبة باطلة¹²⁸⁰ لأنه لا يمكن إجبار الواهب فيها على التخصيل على ملكية الشيء ونقله إلى الموهوب له أو السعي في الحصول على إجازة المالك الحقيقي باعتبار لا أخلاقية هذا الإلزام. فيكون محل الهبة هنا مستحيلا قانونا واستحالته مطلقة. لكن الفصل 207 م.أ.ش. لا يقف عند المبدأ وإنما يقتر عليه استثناءين أحدهما يتعلق بهبة العوض - وهذا مفهوم للحاقه بالمعاوضات وقد سبق تحليله - وثانيهما يخص تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق، وهذا في الهبة العادية التبرعية! فهل الاستثناء بهم فعلا ضمان الاستحقاق؟ وإن كان كذلك فكيف نقصي صحة

يتمثل في إخفاء سبب الاستحقاق¹²⁸². وينتج عنه تعويض عادل عن الضرر يقدر على أساس القواعد العامة وتحديدًا الفصل 107 م.أ.ع. فأين هذا من ضمان الاستحقاق الذي يتميز خصوصا بطابعه الموضوعي الذي لا يقوم على الخطأ، وطابعه الآلي الذي يتحرك من نفسه دون اشتراط صريح ومحتواه الثلاثي الواسع من امتناع ودفاع وتعويض.

إن كل هذه الاختلافات تبعد حالة التعمد في الفصل 207 م.أ.ش. عن منطق الضمان. وهي في الحقيقة جزءا لسلوك الواهب المشين الذي يعلم أن الشيء مملوك للغير وسيستحق من يد الموهوب له ومع ذلك يهبه إياه في هبة باطلة! فكأنه يستخف بالموهوب له، بما يفترض أن هذا الأخير غير عالم من جهته بسبب الاستحقاق وإلا لما كان مفهومًا أن يستحق تعويضا. ويتيسر هكذا ربط هذا التحليل بالفصلين 64 و65 م.أ.ع. واعتبار صورة التعمد في الفصل 207 م.أ.ش. كما

387- بقراءة الفصل 207 م.أ.ش. يتبين أن الأمر لا يتعلق بالضمان حقيقة وإنما بحالة من حالات المسؤولية المدنية الموجبة للتعويض: «لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهيئة بعوض. وفي الحالة الأولى يقدر للموهوب له تعويض عادل عما أصابه من الضرر...». ويتضح من هذه العبارات أنها تطبيق للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ذات الأركان الثلاثة: فعل ضارّ وضرر وعلاقة سببية بينهما¹²⁸¹. وحالة الفصل 207 م.أ.ش. هي صورة مسؤولية شخصية قائمة على خطأ عمدي

¹²⁸⁰ في هذا الاتجاه قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 97204 المؤرخ في 20 ماي 2003، غير منشور.

¹²⁸¹ في هذا الاتجاه: أوبري ورو وإسمان، ج 1، فقرة 705.

خاصاً للفصل 65 م.أ.ع. وهو الذي ينص «من كان يعلم حين العقد عدم إمكان العقود عليه أو كان من حقه أن يعلمه فعليه تعويض الخسارة للطرف الآخر. ولا تلزمه الخسارة إذا كان هذا الأخير عالماً بما ذكر أو كان من حقه أن يعلمه».

388- هكذا فالهيئة العادية ليس فيها ضمان استحقاق ولو في حالة التعمد وإلا لوجب التفريق بين الهيئة مع التعمد وتكون صحيحة إن تعلقت بملك الغير لأن فيها الضمان والهيئة بحسن نية وتقع باطللة لأن ليس فيها ضمان! وهذا تفريق لا

¹²⁸²

يتفق هذا الحل مع القانون الروماني الذي لا يمنح للموهوب له المستحق منه الشيء إلا دعوى الغش (*actio doli*) على الواهب سية النية لأن الهيئة تبرع ولا وجه للضمان فيها. ولكن مع التبيه إلى فرق هام وهو أن الهيئة في روما كانت صحيحة وتمكن إجازتها من المالك الحقيقي لأن الرومان تصوروا منذ أن أصبحت عقداً خاصاً ناقلاً للملكية على أن تتعقد في شكل تعهد بالتسليم (*Promissio*) تخول الموهوب له إلزام الواهب بتسليم الموهوب، وهذا التعهد صحيح. وقد كانت الهيئة قبل ذلك محض اتفاق مجرد (*pacte*) لا يربط دعوى ولا ينشئ التزاماً. انظر: ماي، مبادئ القانون الروماني، ف 169-170، ص 380 وما يليها - فوايون، آثار الاتفاقات...، ص 80 وما يليها.