

أساس له، فتبقى حالة التعمد صورة مسؤولية والضمان بعيدا عن الهبة.

لكن هذا الاستنتاج لا يخلو من اعتراض.

2- الرد على الاعتراض بوجود الضمان:

389- قد يعترض على استنتاج غياب الضمان بمأخذين يتعلّق أولهما بضرورة وجود ضمان الفعل الشخصي في الهبة (1.2) ويستمدّ ثانيهما من إمكانية الشرط المخالف لعدم الضمان في الفصل 207 م.أ.ش. (2.2).

1.2- ضمان الفعل الشخصي:

390- يفيد المأخذ الأول أنّه لا يعقل أن لا يلتزم الواهب بضمان فعله الشخصي<sup>1283</sup> إذ لا يمكنه استحقاق الشيء الموهوب من يد الموهوب له. وهذا صحيح، لكن لا على سبيل الضمان بل على أساس قاعدة احترام المهود والتي لها في الهبة حدة خاصة تستمدّها من قاعدة منع الرجوع في الهبة كيفما صيغت

الموهوب فلا يحقّ له الرجوع على أساسه. وهذا الأساس كاف لكي يغني عن ضمان الفعل الشخصي في الهبة<sup>1285</sup> اللهم إلا إذا قصد بالضمان المسؤولية عن الخطأ أو التدليس المرتكب من الواهب<sup>1286</sup>، فذلك مفهوم لكنه ليس هو الضمان الحقيقي.

وخلافا لهذا المأخذ، يبدو الاتفاق على الضمان أقوى لاستتاده إلى نصّ صريح.

2.2- الاتفاق على الضمان:

391- صورة هذا المأخذ الثاني أنّه يمكن للطرفين على أساس ما قضى به الفصل 207 م.أ.ش. في آخر فقرته الأولى من أن «كلّ هذا ما لم يتفق على غيره» أن يتفقا على تحميل الواهب التزاما بضمان الاستحقاق. ويمكن هكذا أن يوجد الضمان في هبة عادية وفي غير عوض. والردّ على هذا أنّه قد يقبل على أساس إرادة الواهب الالتزام بمحض اختياره ولا شيء يمنعه بل القانون يجيزه

في الفصل 209 م.أ.ش.: «إذا اشترط الواهب أنه يرجع في هبته إن شاء فالهبة صحيحة والشّروط باطل»<sup>1284</sup>. فكلّ فعل من الواهب يؤدي إلى الرجوع في الهبة في غير الأحوال المنصوص عليها صراحة في الفصل 210 م.أ.ش. لا يقبل منه، وليس من هذه الأحوال (أي الجحود والعجز عن الإنفاق وولادة الولد) استحقاق الشيء

<sup>1283</sup> زيبيروبولانجي، ج 3، ف 1477، ص 494. - مالوري وأيناس، الموارث والتبرعات، ف 450، ص 222.

<sup>1284</sup> يعبر عن هذه القاعدة بالقولة الفرنسيّة المعروفة (*Donner et retenir ne vaut*) أي لا حبس مع العطاء.

وهي مكرّسة خصوصا في الفصل 894 من المجلة المدنيّة الفرنسيّة. انظر في تطبيقاتها واستثناءاتها:

**Martine d'HERAIL de BRISSIS**, L'adage «donner et retenir ne vaut», sa valeur actuelle, thèse Bordeaux I, 1982.

ويلحظ أنّ عدم قابليّة الرجوع في الهبة هو السّمة المميّزة لها عند جمهور الفقهاء المسلمين ما عدا الحنفيّة، انظر:

- أحمد إبراهيم إبراهيم، التزام التبرعات، مقال سابق، الحلقة الثّانية، ص 51-73. - سمير أورفلي،

الرجوع والموانع في الهبة بين الشريعة والقانون، ق.ت. نوفمبر 1984، ص 48، وقد سبق نشره بمجلة

«المحامون» التي تصدر عن نقابة المحامين بسوريا، العدد الثّاني عشر، كانون الأوّل (ديسمبر) 1983، ص

1325-1349.

صراحة. فإن وجد فلا إشكال، وإن تعلقت الهبة بمملوك للغير، كان على الواهب ضمان الاستحقاق كما في المعاوضات وأمكن إلزامه بالحصول على الملكيّة لنقلها إلى الموهوب له أو الحصول على إجازة المالك الحقيقي. وشبهة الأخلاق مستبعدة هنا لأنّ الواهب لن يلزم ضدّ إرادته بل على أساسها. ومع ذلك فالأرجح استبعاد الضّمان حتّى في هذه الحالة أيضا لأنّه إمّا أن يكون محتوى الاتفاق هو إقرار مبدأ التعويض لا غير ونبقى في إطار المسؤولية، أو تكون للواهب مصلحة من وراء هذا الشرط فتدخل شبهة العوض على الهبة فتبرّر الضّمان فيها.

**392- الخلاصة** إذن أن لا ضمان في الهبة العاديّة، وأنّها تقع باطلّة إن كان

<sup>1285</sup> في هذا الاتجاه، برنارد فرّوس، الالتزام بالضّمان، ف 139، ص 131-132.

<sup>1286</sup> في هذا الاتجاه، مازو، الموارث والتبرعات، ف 1494، ص 633. - إبراهيم النجار، التصرفات بدون عوض، ف 578، ص 152.

محلها مملوكا للغير<sup>1287</sup>. وعطفا لها على الوصية، يتضح أن لا ضمان في التبرعات عموما، وأنها باطلة تبعا لذلك. فتتأكد بهذا عكسيا صحة الاستناد إلى ضمان الاستحقاق لتأسيس صحة التفويت في ملك الغير بعوض.

ربما جاز لقائل بصحة هبة ملك الغير أن يستند في قوله إلى التسليم لا إلى الضمان، وذلك اعتمادا على نص الفصل 203 م.أ.ش. «إذا لم يتم التسليم كان للموهوب له أن يطالب به» إذ يبدو من ظاهر هذا النص أن التسليم هو التزام في عقد الهبة كما هو في البيع خصوصا أن الفصل 202 م.أ.ش. يحيل إلى قواعد تسليم المبيع، وأن من التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي وخاصة القانون المصري - باعتباره من المصادر المادية لكتاب الهبة في مجلة الأحوال الشخصية - من يعتبر التسليم التزاما في الهبة وليس ركنا فيها. وينتج عن هذا أن الهبة صحيحة دون تسليم، فيصح أن يهب الواهب ملك غيره على أن يتحصّل عليه فيما بعد وينقله إلى

### خلاصة العنوان الثاني

393- يبيّن التحليل السابق أنّ صحة التفويت في ملك الغير هي نتاج لتصور تشريعي معيّن لعمل التفويت نفسه وليست مجرد تطبيق من تطبيقات القواعد العامة للتصرفات القانونية.

فنظرية التصرف القانوني وفيما يتعلق بتكوينه تحديدا أثبتت قصورها عن تفسير صحة التفويت في ملك الغير وتأسيسها. وتجلّى ذلك عبر عدد من عناصرها الأساسية ذات العلاقة الممكنة مع ملك الغير. فلا نظرية المحلّ فيها أسعفت بالتفسير المقنع من خلال التعامل في شيء مستقبل ولا أوصاف الالتزام عبر أحكام الشرط ولا نظرية جزاء التكوّن من خلال تحوّل العقد الباطل أو العقد الموقوف المستعار من الفقه الإسلامي. ولذلك وجب التركيز في طبيعة التفويت

نفسه والبحث عن بنائه التشريعي في هيكلته ومحتواه وربط شروطه بآثاره. فأتضح أنّ كلّ تقويت اأكملت أركانها ينتج آثاره وأنّ علامة كلّ تقويت صحيح هي إنشاؤه للالتزامات وأنّ ميزة التّفويت أنّه ينشئ نوعين من الآثار: عيني وشخصي، وإن كان التّفويت في ملك الغير لا ينشئ الأثر العيني إلاّ أنّه لا يمانع في وجود الآثار الشخصية بل إنّ ثنائية الأثر العيني في التّفويتات الناقلة للملكية خصوصا من تنازل واكتساب تعدّ التّفويت ليكون منتجا ضرورة للالتزام بضمان الاستحقاق.

وفي هذا الالتزام يكمن أساس صحّة التّفويت في ملك الغير بما أنّه يلزم المفوّت بالسعي في الحصول على الملكية أو على إجازة المالك الحقيقي، ويوجب تحقّق الأثر العيني إذا اكتسب المفوّت الملكية ويمنع عليه طلب إبطال التّفويت بدعوى أنّه مملوك للغير.

الموهوب له عند التّسليم (وهذا تصوّر الهيئة الرومانية). ولكنّ هذا القول مردود لأنّه منبني على قراءة متسرّعة للفصل 203 م.أ.ش. تغفل أنّ الهيئة عقد عيني بصريح الفصل 201 م.أ.ش. «تتمّ الهيئة بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له. والهيئة باطلة إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل التّسليم وإن اجتهد الموهوب له في طلبه» وبالنظر إلى موقعه في المجلّة حيث ورد هو والفصل 203 م.أ.ش. نفسه تحت الباب الثاني المتعلّق ب«أركان الهيئة» لا تحت الباب الثالث في «ما يترتّب على الهيئة». وهذا ما قرّره محكمة التّعقيب أيضا (تعقيب عدد 5147 مؤرّخ في 21 ديسمبر 1981، ن 81، IV، 269 - تعقيب عدد 4869 مؤرّخ في 29 ديسمبر 1981، ن 81، IV، 312 - تعقيب عدد 46802 مؤرّخ في 20 نوفمبر 1997، ن 97، II، 297) وما دامت الهيئة كذلك فإنّ التّسليم ركن فيها وليس التّزاما يتحمّله الواهب (محمّد كمال شرف الدين، قانون الأموال، درس مرقون، ف 132، ص 48). وهو نفس موقف الفقه الإسلامي حيث لا تتمّ الهيئة إلاّ بالقبض. وبهذا يسقط أساس التّسليم. واستكمالا للفائدة يحسن توضيح حقيقة الفصل 203 م.أ.ش. وهي أنّه من ضار قاعدة منع الرجوع في الهيئة إذ لا يصحّ حبس الموهوب فلا حبس مع العطاء وبالتالي فإنّ الواهب الذي لا يسلم الشيء عند انعقاد الهيئة بالتراضي والشكّل (الفصل 204 م.أ.ش.) يبدو كأنّه متردّد أو راجع في هبته وهو ممنوع حسب الفصل 209 م.أ.ش.، فكان بذلك من حقّ الموهوب له أن يجبره على التّسليم منعا له من احتباس الموهوب. والفصل 203 م.أ.ش. إذن هو تطبيق خاصّ للفصل 209 م.أ.ش. وليس دليلا على أنّ التّسايم هو التّزام ناشئ عن عقد الهيئة. كما أنّ عدم اشتراط الفورية في التّسليم فيه تخفّف من المشرّع في هذا الرّكن وتوسعة على الناس حتّى لا يبطل العقد بمجرد عدم التّسليم الفوري. وتعدّ هذه التّوسعة رخصة لا يسوغ تحريفها عن مقصودها فتجعل أساسا للالتزام لم يردده المشرّع.

## خاتمة الجزء الأول

394- يوجب كل ما تقدم من تحليل الخلاص إلى نتيجة أساسية، هي أنّ التفويت في ملك الغير بعوض هو تفويت صحيح. وقد أمكن الوصول إلى هذه النتيجة:

- أولاً بالوقوف عند مفترضات عامة عديدة استوجبها الموضوع وليست خاصة بالتفويت في ملك الغير وحده بل تهّم مجمل التفويتات أو التصرفات القانونية بوجه أعمّ، ولكنها من ضرورات البحث في موضوع ملك الغير كنظرية البطلان واستقلال القانون الجنائي ورجعية الشرط والعقد الموقوف والشئ المستقبل وانتقال الملكية.

- وثانياً من خلال اعتماد تحليل المقابلة بين السكان، والأركان التي...

أما التّفي فقد تركّز على نقض البطلان ودحض كلّ حججه وأساسه  
الممكنة. فتبيّن أن لا وجه لإبطال التّفويت في ملك الغير بعوض لا مطلقاً ولا  
نسبيّاً، لأنّ هذا التّفويت هو عمل مشروع أي أنّ له محلاً وسبباً مشروعين لا  
تعيّبهما القواعد العامّة للقانون ولا التّجريم الجنائي، وهو أيضاً عمل ممكن  
بمعنى أنّ محله ممكن طبيعياً وقانوناً فلا يمكن إبطاله مطلقاً لاستحالة محله.  
كما لا يمكن إبطاله نسبيّاً على أساس عيب الغلط ولا على أساس النّص  
الخاصّ بملك الغير أي الفصلين 576 م.ا.ع. / 203 م.ح.ع. وهذا يفيد أنّ التّفويت  
مكتمل الأركان فهو صحيح. لكنّه يبقى مع ذلك غير قابل لأن يحقق أثره  
العيني. فكيف تفسّر هذه الصّحة؟

ومن هنا توجّب استكمال التّحليل بإقامة الدليل إيجاباً على صحّة التّفويت  
وإبراز أساسها الذي تستند إليه. وكان على الباحث سلوك سبيلين في ذلك:  
النظرية العامّة لتكوين التصرف القانوني وطبيعة التّفويت بصفة خاصّة. وأفرز

التحليل قصور النظرية العامة سواء الوضعية (الشيء المستقبل - الشرط - تحويل العقد الباطل) أم المستعارة من الفقه الإسلامي (العقد الموقوف)، وبالعكس سداد الارتكاز على طبيعة التفويت المستمدة من تصور المشرع لعمل التفويت من أنه قائم على أثر نوعي قانوني وهو الأثر العيني، يسنده أثر شخصي يتمثل بالتزامات يتحملها المفوت وأخصتها الالتزام بضمان الاستحقاق الذي يعكس الاختيار التشريعي في مادة التفويت. ويقوم هذا الاختيار على اعتبار الأثر العيني أثراً قانونياً يتحقق من نفسه وجعل ضمانه على المفوت. وللأثر العيني شروط إن استكملها عند العقد تحقق فوراً (التعيين - الترسيم - الملكية...) وإلا فعلى التراخي حتى تتم ومنها ملكية المفوت. وحينئذ يظهر الالتزام بالضمان ويتحرك ليوقع الأثر العيني المقصود.

## مآل التّفويت في ملك الغير

ضرورة أن الضمان هو التزام عامّ في كلّ تفويت بعوض، حتّى ليجوز القول إنّها أصبحت من المعطيات الثابتة لنظرية التّفويت بصفة عامّة. وإنّ هذه الملاحظة لهي الحجّة البالغة على رجحان بناء نظرية عامّة للتّفويت في ملك الغير، يمكن البدء بتعداد أولى لبناتها وهي أنّ كلّ تفويت في ملك الغير بعوض هو تفويت صحيح وأنّ كلّ تفويت بعوض يلزم المقوّم بضمان الاستحقاق، وأنّ هذا الضمان هو أساس صحة التّفويت.

واعتباراً لأنّ قوام كلّ نظرية هو أساسها فلا بدّ أن يبرز أثره في أحكامها المنظّمة لها والتي تعتبر المقياس الحقيقي لسلامة النظرية. وهذا ما يشهد به فعلاً نظام التّفويت في ملك الغير الذي يركّز على فكرة الضمان، ويمكن الوقوف عليه من خلال مآل التّفويت.



396- لمّا تبين في إطار الجزء الأول من هذا البحث أنّ فكرة الضمان تجعل التفويت في ملك الغير صحيحا باعتباره منشأ لالتزامات شخصية، فقد تأكّد أيضا أنّ التفويت لا ينتج أثره العيني حال أنّه هو مقصوده الأصلي وأنّ فكرة ضمان الاستحقاق نفسها قائمة من أجل تحقيقه أصلا. وفي هذا يبرز دور الضمان في تحديد مصير التفويت خصوصا فيما يتعلّق بأثره العيني، فإنّما أن يتوصّل إليه فيقال إنّ التفويت نضد فيتفد الضمان معه عينيا ولا يحتاج إلى تحريكه. وإما أن لا يتحقّق المقصود فيزول العقد ويتحرّك الضمان.

ولقد يشيع أنّ من أهمّ مسائل التّفويت في ملك الغير معرفة مصير العقد في  
الفترة الفاصلة بين وجوده وتحقق أثره العيني ووضعيّة المصوّت له أثناءها<sup>1288</sup>.  
والحقيقة أنّه في نظريّة الضّمان لا تكون لهذه الفترة أهميّة خاصّة لأنّها مستغرقة  
فيما هو أهمّ منها وتعني الوقوف على نهاية التّفويت والتي بها يسهل حسم  
صعوبات الفترة المعنية<sup>1289</sup>، فمنطق الضّمان إذن يدور مع الاستحقاق وجودا  
وعدما وهما الوجهان المحتومان لمآل التّفويت. فإنّ عدم تنفيذ (العنوان الأوّل) وإن  
وجود فزوال للتّفويت (العنوان الثّاني).

**العنوان الأوّل: نفاذ التّفويت في ملك الغير.**

**العنوان الثّاني: زوال التّفويت في ملك الغير.**

<sup>1288</sup> نذير بن عمّو، سلامة رقابة محكمة التّعقيب، أطروحة سابقة، ف 889، ص 426.

<sup>1289</sup> حلمي بهجت بدوي، بطلان بيع ملك الغير، مقال سابق، ص 603.

## العنوان الأول نفاذ التفويت في ملك الغير

397- النفاذ لغة الجواز والمضاء<sup>1290</sup>، يقال نفذ أي جاز ومضى وسلك، ورجل نافذ أي مطاع وأمر نافذ أي ماض وطريق نافذ أي سالك ليس بمسدود وفيه منفذ للقوم أي مجاز<sup>1291</sup>. أما اصطلاحاً فالنفاذ خاص بالعقود ومعناه أن العقد منتج نتائج المترتبة عليه شرعاً منذ انعقاده<sup>1292</sup>. وهذا هو النفاذ بوجه عام أي اتصال آثار العقد بانعقاده، ويشمل كل أنواع الآثار شخصية كانت أم عينية. ولذلك يبدو مرادفاً للصحة في الالتزامات، سواء في العقود ذات الأثر الشخصي أم في الجانب الشخصي من عقود التفويت لأن هذا الجانب حاصل دائماً بموجب العقد وحده<sup>1293</sup>. لكونه ينفصل عنها فيما يتعلق بالأثر العيني لهذه العقود - وتلك

سيره أعمال التوقييت - بما ان القانون يضع أحيانا شروطا إضافية لتحقيق هذا الأثر وأولها شرط الملكية بحيث يكون التوقييت في ملك الغير غير نافذ حتى

1290

لسان العرب، مادة «نفذ»، ج 6، ص 229 - المعجم الوسيط، مادة «نفذ» ج 2، ص 939.

1291

راجع أيضا التعريفات المشار إليها في تحقيق كلمة «الجواز» في الجزء الأول من هذا البحث ف 48.

1292

مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، الفصل 2/38، ص 498.

1293

ذكر التهانوي في الكشاف، (باب النون، فصل الدال المعجمة، المجلد الثالث، ص 1382) أخذنا عن كتاب «التلويح»، «وفي التلويح النافذ أعم من اللازم والمنعقد أعم من النافذ ولا يظهر فرق بين الصحيح والنافذ» ولكن هذا القول لا يعم على كل آثار العقد وإنما يخص أولا حقوق العقد أي الالتزامات المترتبة عليه أما حكم العقد وهو أثره النوعي المميز كانتقال الملكية في البيع فالتفاد فيه غير الصحة بدليل بيع الفضولي واختلاف شروط التفاد عن الصحة، ولذلك فالكلام المشار إليه يحمل على الوضع العادي الذي ينتج فيه العقد كل آثاره بمجرد انعقاده. انظر في التفريق بين حكم العقد وحقوقه: مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، الفصل 5/39، ص 516. وللإفادة فإن كتاب التلويح المذكور هو كتاب في أصول الفقه لسعد الدين التفتازاني الشافعي المتوفى سنة 793هـ/1390 م وعنوانه الكامل «التلويح في كشف حقائق التقيح» يشرح فيه صاحبه كتابا آخر في الأصول هو كتاب «تتقيح الأصول» لصدر الشريعة الأصغر الحنفي المتوفى سنة 747هـ/1346 م.

يستكمل شرطه الناقص. ويعني نفاذه تبعاً لذلك تحقق أثره العيني أو كما يقول الفقهاء المسلمون ترتب حكمه عليه. ولعلّ تعريف التّهانوي للنفاذ أقرب إلى هذا التصوير إذ قال «النفاذ هو ترتب الأثر على التصرف كالمملك مثلاً في البيع»<sup>1294</sup> فالنفاذ هكذا يعني المضي وهو مرادف للجواز<sup>1295</sup> ويفترض صحة التصرف مثلما يدلّ عليه تعريف المعجم الوسيط «جاز العقد وغيره نفذ ومضى على الصحة»<sup>1296</sup>.

وعليه فإنّ التقويت في ملك الغير الصحيح غير نافذ عينياً نظراً لغياب الملكية عند المفوت، وهو ما يجعل المفوت له عرضة لاستحقاق الشيء من يده من المالك الحقيقي طالما لم يتحقق الأثر العيني، لكنّه في المقابل ينأى نهائياً عن هذا الخطر إذا نفذ التقويت وتحقق الأثر العيني في جانب المفوت له. وبما أنّ ما ينقص التقويت ليحدث أثره العيني أصالة هو ملكية المفوت فإنّه إذا وجدت هذه الملكية يزول المانع أمام النفاذ ويتحقق الأثر العيني. ومنطقياً توجد هذه الملكية بطريقتين: إمّا

### الباب الأول: الإجازة

398- الإجازة لغة هي إمضاء التصرف وإنفاذه<sup>1298</sup> أي جعله

إلى وجوب تمييزه عن وضعيات مشابهة يتحقق فيها الأثر المقصود من التقويت عند المفوت له لكن من طريق آخر يجدر تفريقه عن النفاذ خشية الخلط بينهما. ونقصد بصفة خاصة الحوز المكسب بحسن نية سواء في العقار بمفعول الفصل 46 م.ج.ع. أم في المنقول على أساس الفصل 53 م.ج.ع. والفرض في الحالتين أنّ المفوت له يتعامل مع غير مالك ويتحوّز منه بالشيء، لكن بحسن نية وبموجب سند صحيح، فيكسبه القانون ملكيته إذا مرت على حوزة عشر سنوات في العقار - وهو ما يفترض أنّ التقادم أتممه المفوت له لأنّه بدأه أصالة أو أكمله عن مفوت حسن النية بدوره - أو فور الحوز في المنقول. ومن ثمّ يجد المفوت له نفسه في ذات الوضعية التي تحصل له لو تحقق شرط الملكية! فهل هذا كاف لاعتبار الحوز المكسب سبباً لنفاذ التقويت؟ الجواب لا، لعدّة أسباب. أحدها أنّ الحوز المكسب بفرعيه العقاري والمنقول هو سبب قانوني للتملك أي أنّ التملك به يتم بمفعول القانون لا بسبب التقويت فهو يدخل إلى قائمة الفصل 22 م.ج.ع. من باب التقادم لا من باب العقد الذي هو مدخل التقويت، وثانيهما أنّه غير مذكور في نصّ التقويت في ملك الغير للسبب المشار إليه أولاً. ثمّ إنّ الحوز المكسب يطرح في العلاقة بين المفوت له والمالك الحقيقي لا بينه وبين المفوت، أي أنّ الحوز ينظر إليه كمانع أو حدّ لدعوى الاستحقاق لا كسبب لنفاذ التقويت. كما أنّ مفهوم تقويت في ملك الغير في

أن يوافق المالك على التّفويت في ملكه أو أن يصبح المفوت مالكا لأن التّفويت التّافذ هو في أصله عمل ثنائي بين مفوت ومفوت له. ووجود مالك حقيقي إلى جانب الطّرفين يدلّ على انفصال المالك عن المفوت بما يعني أنّ هذا الأخير غير مالك ويجعل التّفويت متعلّقا بملك الغير. لكنّ الأمر يختلف إذا اجتمعت صفتا المالك والمفوت فإذّاك يزول الانفصال وينفذ التّفويت. وهذا عين ما يقرّره الفصلان 576 م.ع. و203 م.ج.ع. صراحة حيث يربطان نفاذ التّفويت في ملك الغير بإجازة المالك (الباب الأوّل) أو بصيرورة المفوت مالكا<sup>1297</sup> (الباب الثّاني).

<sup>1294</sup> الكشاف، باب التّون، فصل الدّال المعجمة، المجلّد الثّالث، ص 1382.

<sup>1295</sup> راجع الهامش 1291 السّابق، وانظر أيضا: وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، مرجع سابق، ج 4، ص 139، ه. ا.

<sup>1296</sup> المعجم الوسيط، مادّة «جاز»، الجزء الأوّل، ص 146 - وهو مأخوذ عن تعريف «المصباح المنير» للمقري كما أثبتته عبد الرّازق حسن فرج في نظريّة العقد الموقوف، ص 202.

<sup>1297</sup> إن الرّبط المنطقي بين نفاذ التّفويت وتحقّق شرطه النّاقص من جهة المفوت أو المالك يؤدّي منطقيّا وضرورة

الحوز المكسب بحسن نيّة لا يعني أنّه سبب لنفاذه لأنّه لم يوجد من أجله، بل وجد من أجل حماية الحائز حسن النيّة، أي أنّ الحوز المكسب شرع من أجل شخص ينظر إليه بوصفه حائزا حسن النيّة لا باعتباره متعاقدًا في تّفويت في ملك الغير، بما يعني أنّ التّفويت لا ينظر إليه كتصرّف قانوني يراد إنفاذه بل كواقعة يستفيد الحائز من تحقّقها. وهذا ما يترجم عنه اعتبار التّفويت شرطا من شروط نظريّة الحوز المكسب، بل هو ليس شرطا مستقلاّ وإنّما يدخل عبر شرط السّند الصّحيح الذي يشمل أيضا التبرعات والتّفويت من مالك بسند قابل للإبطال أو أبطل أو فسخ... وهذه ليست وضعيات تّفويت في ملك الغير.

غير أنّ استبعاد الحوز المكسب بحسن نيّة من نفاذ التّفويت في ملك الغير لا يعني انعدام كلّ أثر له على التّفويت نفسه، بل على العكس. إذ يؤدّي تحقّق التّقادم العشري أو حوز المنقول - بفرض تراخيه طبعًا عن التّفويت لتأخّر التسليم مثلا أو لتعلّقه بشيء مسروق أو ضائع لم تمرّ ثلاث سنوات على سرقة أو ضياعه طبقا للفصل 54 م.ج.ع. - إلى منع المفوت له من أن يطلب إزالة التّفويت بفسخ أو بغيره لانقضاء مصلحته فيه، ولا دعوى حيث لا مصلحة. وفي هذا يلتقي الحوز المكسب مع نفاذ التّفويت، لكنّه يبقى مختلفا عنه لاختلاف علّة منع الرّوأل في الحالتين. فالنّفاذ يمنع الرّوأل لأنّه يحقّق أثر العقد، والحوز المكسب يمنع الرّوأل لأنّه ينفي المصلحة في القيام مع بقاء العقد ناقصا. على أنّ منع زوال العقد عموما وفسخه خصوصا لصيق بفكرة السّند الصّحيح التي تدخل في مفهومها وجود تّفويت في ملك الغير يستفيد منه الحائز في اكتساب الملكيّة فيتعدّر عليه الرّجوع فيه حتّى لا يحرم نفسه من أحد شروط الاكتساب. لكن لو كان اكتسابه الملكيّة مستقلاّ تماما عن التّفويت ولا يكون سندا صحيحا بحيث لا يدخل التّفويت في فرضه، فإنّ التّفويت يزول ويبقى المفوت له على حقّه في طلب فسخه. انظر لاحقا، ف 611.

<sup>1298</sup> راجع الهوامش السّابقة، من 1290 إلى 1296.

نافذا<sup>1299</sup>. واصطلاحاً عند الفقهاء المسلمين «تصرف شرعي في العقد بالإبقاء توجب نفاذه وترتب حكمه عليه إما مستندا إلى وقت وجوده أو مقتصرًا على حال صدورها»<sup>1300</sup>.

أما قانوننا فيفهم من الفصلين 576 م.ع./203 م.ج.ع. أنها تصرف انفرادي يصدر عن المالك وينفذ به التقويت أي ينتج أثره العيني. وهذا التعريف الأولي يميز الإجازة عن استعمالات أخرى لها ويبيّن اختلافها عن مصطلحين قريبين هما الإمضاء والتّصديق.

**399-** فقد ورد استعمال الإجازة في الفصلين 8 و12 م.ع. في باب الأهلية<sup>1301</sup> وتعني في أولهما إمضاء الولي لتصرف القاصر أو المحجور عموماً وتقوم مقام الإذن المطلوب لإجراء التصرف وتحقق مشاركة الولي في ذلك التصرف وهو نفس المعنى المستعمل في مجلة الأحوال الشخصية في باب الحجر على القصر<sup>1302</sup>

جزاء البطلان<sup>1307</sup> بصريح مجلة الالتزامات والعقود<sup>1308</sup>

كما ورد للإجازة استعمال آخر في مجلة الأحوال الشخصية في باب الوصية<sup>1309</sup> وتخص التصرف الصادر عن الورثة بإمضاء وصية مورثهم لو ارتث أو لغيره فيما زاد على الثلث. ولئن اقتربت هذه الإجازة من إجازة الفصلين 576 م.ع./203 م.ج.ع. باعتبارها صادرة عن غير تعلق حقه بالتصرف واجتماعها معها عند الفقهاء المسلمين في نظرية العقد الموقوف، إلا أنها تختلف عنها أصلياً في أن الحق الذي تعلق بها هو حق في الإرث لا حق ملكية لأن الموصي مالك فلا تدخل هذه الإجازة بحال تحت نظرية التقويت في ملك الغير. فإجازة الورثة تحمي حقاً في التملك بالإرث، أما إجازة المالك الحقيقي فتنفذ عقداً وهي ممارسة لحق الملكية. فضلاً عن أن ابتعاد التقويت في ملك الغير عن العقد الموقوف وتعلق إجازة الورثة بتبرع من شأنهما أن يعمّقا الفوارق بين الإجازتين.

400- ولئن كانت الإجازة إمضاء للتقويت أي إنفاذا له إلا أنها تختلف تماما عن مفهوم الإمضاء بمعناه المكرّس في نظرية البطلان في مجلة الالتزامات والعقود والواردة به الفصول 329 و337 و338 م.ا.ع. وهو يعني «التصرف القانوني الصادر من جانب واحد يتخلّى بموجبه شخص عن حقه في طلب البطلان»<sup>1310</sup>، فالإمضاء هنا يفترض عقدا قابلا للإبطال ويصدر من العاقد المحمي بالبطلان ويهدف إلى إزالة البطلان<sup>1311</sup>. ولا يوجد إلا عكس هذا تماما في الإجازة، إذ هي

<sup>1307</sup> الفة الفرشيشي، الحجر على الرشد، مذكرة سابقة، ص 182 وما يليها.

<sup>1308</sup> لعل هذا الاتجاه أصوب لأنه يتماشى مع وحدة تصور الجزاء المدني لصحة التصرفات القانونية. لكن لعله من الأصح ربط الإجازة بالتصديق في الفصلين 337 و338 م.ا.ع. لا بالإمضاء لأن التصديق يصدر عن الغير وصورته في العقد القابل للإبطال أن يصدر عن الولي في حق منظوره.

<sup>1309</sup> الفصول 179 و187 و190 م.أ.ش.

<sup>1310</sup> محمد الزين، العقد، ف 282، ص 225.

<sup>1311</sup> كاريونيني، الالتزامات، ف 105، ص 197. - كوتيريبي، إمضاء التصرفات الباطلة، ف 2 وما بعدها، ص 2 وما يليها.

أو على الرشد<sup>1303</sup>. أما في الفصل 12 م.ا.ع. فهي تعني الإذن القضائي المعطى للقاصر<sup>1304</sup>. وفي حين ردّ بعض الشراح هذا المعنى في مجلة الأحوال الشخصية إلى نظرية العقد الموقوف<sup>1305</sup> رأى البعض الآخر أنّ الإجازة هنا مرادفة لإمضاء العقد القابل للإبطال<sup>1306</sup> باعتبار أنّ الأهلية هي من شروط صحة العقود يترتب عنها

<sup>1299</sup> عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، مرجع سابق، ص 202.

<sup>1300</sup> عبد الرزاق حسن فرج، مرجع وموضع سابقين.

<sup>1301</sup> استعملت الإجازة كذلك في الفصل 99 من نفس المجلة للإشارة إلى ترخيص إقامة أماكن مزعجة أو مضرة بالصحة.

<sup>1302</sup> الفصل 156 م.أ.ش.

<sup>1303</sup> الفصلين 162 و165 م.أ.ش. وانظر في الموضوع عموما: الفة الفرشيشي، الحجر على الرشد، مذكرة دراسات معمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1993.

<sup>1304</sup> راجع سابقا الجزء الأول من هذا البحث، ف 165.

<sup>1305</sup> فتحي الورتاني، العقد الموقوف، مذكرة سابقة، ص 21 وما يليها وص 162.

<sup>1306</sup> محمد الزين، العقد، ف 282، ص 225.



تفترض عقدا صحيحا لا بطلان فيه وتصدر من غير العاقدين أي المالك الحقيقي، وتهدف إلى إنفاذ العقد<sup>1312</sup>.

كما تختلف الإجازة عن التصديق الذي استعمل مرادفا للإمضاء في فصول البطلان المشار إليها<sup>1313</sup>، واستعمل في معنى خاص به أورده الفصول 40 و41 و42 م.ع. يرتبط بتعاقد في حق الغير، وهو «تصرف صادر عن شخص أجنبي عن العقد يرتضي بمقتضاه أن تجري أحكامه عليه من وقت انعقاده»<sup>1314</sup>. ويفترض هذا التصرف وجود نيابة في التعاقد أي أنه يتم باسم الغير الذي يجري العقد في حقه ويعلم المعاهد، ليعتبر كالتوكيل<sup>1315</sup>، وفي هذا يكمن فيصل التفريق بينه وبين الإجازة التي تفترض غياب فكرة النيابة أصلا عن التفويت في ملك الغير<sup>1316</sup>.

والنيابة التي تتحقق بالتصديق لغياب السلطة عند المعاهد في البدء، تحتاج أيضا تدخل الأصيل إذا كانت للنائب سلطة سابقة لكنه تجاوزها أو خرج

حاصل هذه المقارنات الأولى إذن أن الإجازة في الأهلية تلحق بالإمضاء، والإمضاء كما التصديق يتعلقان بالبطلان أحيانا وبالنيابة أحيانا أخرى. وهذان الميدانان أجنبيان عن التفويت في ملك الغير فلا هو بالباطل ولا هو يفترض علاقة نيابية. ومن هنا يتصور أن تكون للإجازة أحكام مميزة تستقل عن المفاهيم القريبة منها خاصة فيما يتعلق بأثارها (القسم الثاني) دون أن يمنع ذلك التقاءها معها في بعض شروطها (القسم الأول).

### القسم الأول: شروط الإجازة

401- للإجازة شروط أصلية (الفرع الأول) وأخرى شكلية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الشروط الأصلية

402- باعتبار الإجازة تصريحا بالإرادة فهي تخضع في صحتها للشب وطل

العامّة المستوجبة في التصرفات القانونيّة من أهليّة ورضا ومحلّ وسبب. ولا يتطلّب البحث النّظر في كلّ هذه الشّروط، بل يتّجه التّركيز على ما هو خصوصيّ في الإجازة وهو يتعلّق بالمالك المميز (الفقرة الأولى) وبمضمونها (الفقرة الثّانية).

### الفقرة الأولى: المالك المميز

403- تصدر الإجازة عن المالك أو وكيله المأذون في ذلك إذنا صريحا<sup>1318</sup> ويشترط في المالك عموما أن تكون له أهليّة التّفويت وأن لا يكون محجورا عليه لسبب من الأسباب التي تمنع عليه التّفويت. ومن بين هذه الأسباب يتّجه الوقوف عند اثنين منها يشيران نقاشا خاصّا في التّفويت في ملك الغير ويتعلّقان أحدهما بالمالك القاصر (أ) والثّاني بالمالك المريض مرض موت (ب).

<sup>1318</sup> عملا بالفصل 1120 م.ع.

عنها، أو لم تكن له أصلا سلطة ونصّب نفسه نائبا بصفة تلقائيّة وهو الفضولي. وهذا التدخّل يشير إليه المشرّع «بالإمضاء» في الفصول 250 و1155 و1194 و1203 م.ع. وهو موافق لمعنى التّصديق السّابق<sup>1317</sup>.

<sup>1312</sup> راجع في بقيّة استعمالات لفظ «الإمضاء» في مجلّة الالتزامات والعقود واختلافها جميعا عن الإجازة،

سابقا، الجزء الأوّل من هذا البحث، ف 165.

<sup>1313</sup> وكذلك في الفصول 354 (مصادقة) و568 و1453 م.ع.

<sup>1314</sup> محمّد الزّين، مرجع وموضع سابقين، مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 563، ص 325. - جوسران، ج 2،

ف 345، ص 176.

<sup>1315</sup> الفصل 41 م.ع.

<sup>1316</sup> فيهو، أعمال التّفويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 27، ص 19.

<sup>1317</sup> يلاحظ هكذا أن التّوافق بين مصطلحي الإمضاء والتّصديق بلغ حدّ التّرادف والتّلازم عند المشرّع،

فالتّصديق الحق بالإمضاء في الإبطال، والإمضاء الحق بالتّصديق في الثّياية. وتفرض دقّة المصطلح وحسن

الصّناعة التّشريعيّة توحيد الاختيار والاستعمال، تجاوزا لوضع الاضطراب الذي عليه المجلّة الآن. ولعلّه من

الأفضل لمنّح أن يقتصر على التّصديق في باب البطلان، ويعمّم الإمضاء على صور الثّياية.

أ- المالك قاصر<sup>1319</sup>

404- إذا فوت أحد في مال تبين فيما بعد أنه ملك لقاصر، فهل يمكن إجازة تفويته؟

الجواب بالإيجاب مفروغ منه لأن القاصر غير في هذا التفويت ولا يمتنع كونه قاصرا أن يكون مالكا، وبصفته هذه يمكن أن يُسأل الإجازة، لكن مع وجوب مراعاة أحكام الولاية على أموال القصر، وهي تفرض في هذا الخصوص أن يتولى الإجازة ولي القاصر بترخيص القاضي. ذلك أن الإجازة تعتبر من أعمال التفويت التي يشملها الفصل 15 م.ع. فلا يسوغ للولي أن يبرمها بنفسه بل يلزمه فيها إذن خاص من قاضي التقادير، ولا يعطى هذا الإذن إلا للضرورة أو للمصلحة الواضحة للقاصر<sup>1320</sup>.

405- لكن لنفرض أن المفوت كان هو الولي نفسه: أي أنه فوت في المال

باسمه الخاص لا يكون نائبا فيعتبر تصرفه من قبيل التفويت في ملك الغير، فهذا تنظير على الوكيل يصعب إقراره بالنظر إلى عموم عبارة الفصل 15 م.ع. الذي لا يفرق بين ولي تصرف باسمه الخاص وولي تصرف في حق منظوره. ففي منطلق هذا النص العبرة بمحل التصرف وهو مال القاصر، بقطع النظر عن وجه التصرف، كما أن التفريق المشار إليه لا يتلاءم مع الرقابة القانونية والقضائية المفروضة على أعمال الأولياء والمقدمين طبقا للفصل 18 جويلية 1957 وهي التي يصعب معها أن يتصرف الولي في مال لمنظوره على أنه له نظرا لإحصاء تلك المكاسب ووجوب المحاسبة عليها. ثم هو قد يفتح ذريعة أمام المقدمين لادعاء قصدهم التفويت في أملاكهم الخاصة للتملص من واجب الحصول على الإذن القضائي هيبتدون أموال منظوريهم ويفوت القصد من الولاية وتهدر حقوق القصر، والحال أن الإذن في منطلق الفصل 15 م.ع. لا يكون إلا سابقا على التصرف ولا يتصور أن يكون لاحقا تأكيدا لحماية القصر التي هي من النظام

العامّ وتشديداً للرقابة على أعمال الأولياء<sup>1322</sup>. ولذلك فالتفويت الواقع من الوليّ دون إذن يقع قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر الذي يملك إمضاءه بعد رشده، وإلاّ فله الحقّ في إبطاله<sup>1323</sup>. ولا يعتبر هذا الإمضاء إجازة لتفويت في ملك الغير بل إمضاء لعقد قابل للإبطال، ممّا يؤكّد أن الفرضيّة المدروسة ليست من قبيل التفويت في ملك الغير<sup>1324</sup>.

على أنّه ملك خالص له لا لمنظوره، وأنّضح فيما بعد أنّ المال للقاصر، فكيف ستطلب إجازة القاصر باعتباره المالك الحقيقي والحال أنّ الإجازة يملكها الوليّ نفسه بإذن القاضي؟

لا يطرح هذا السؤال في الحقيقة إلاّ إذا اعتبر التفويت المشار إليه داخلاً في ميدان التفويت في ملك الغير. والحقّ أنّه ليس كذلك<sup>1321</sup>، ممّا يفتي السؤال برمته. وإقصاء هذه الفرضيّة من ملك الغير تبرّره اعتبارات عدّة منها أنّ الولاية نيابة، والنيابة تختلف عن ملك الغير - وحتى على فرض أنّ الوليّ عندما يتصرّف

<sup>1319</sup> يلاحظ أنّ السؤال يتعلّق بالمحجور عليهم بصفة عامّة، ولكننا نقتصر في اللّفتن على القاصر كمثال مميّز للنقاش.

<sup>1320</sup> البشير زهرة، التصرّف في أموال القاصر من طرف الأب والأمّ، ق.ت. ماي 1988، ص 7-16.

<sup>1321</sup> في هذا الاتجاه: ميشال لوفالسي بارون، التزام الضمان مانع لدعوى البطلان للنقص في الأهلية، مقال سابق، ف 8، ص 264.

<sup>1322</sup> انظر عموماً في إجراءات التفويت في مال القاصر وخاصةً بالبيع: بشير الفرشيشي، ولاية الأب والأمّ على أبنائهما القصر في القانون التونسي والمغربي المقارن، أطروحة سابقة، ص 421 وما يليها وخاصةً ص 442.

- عبد الحقّ صالح، عقد البيع...، مرجع سابق، ص 215 وما يليها.

<sup>1323</sup> في هذا الاتجاه: - قرار تعقيبي عدد 11624 مؤرّخ في 25 ماي 1976، ن 76، II، 88. - قرار تعقيبي عدد 2950 مؤرّخ في 16 جوان 1981، ن 81، II، 185.

<sup>1324</sup> لو اعتبرت الفرضيّة المذكورة داخلة في ميدان ملك الغير لفرضت التّفكير في مخرج لهذه الصّعوبة دون الحياد عن الفصل 15 ج.ع. أي بمراعاة التّفويت بين صحّة التفويت وضرورة الإجازة من ناحية، ووجوب الترخيص القضائي السابق من ناحية أخرى. وانطلاقاً من أنّ المفوت في منطلق التفويت في ملك الغير يختلف عن المالك الحقيقي، فلا يعقل أن يتولّى الإجازة الوليّ نفسه لأنّه إمّا مالك أو مفوت، وما دام لا بدّ من ولاية على

وبهذا يتحصص أن التفويض في مال القاصر من وليه يخضع لأحكام الولاية مباشرة ولا يعد تفويضا في ملك الغير، بخلاف ما إذا صدر عن شخص آخر غير الولي، فهو تفويض في ملك الغير وتجاوز إجازته من الولي لكن لا تصح إلا بإذن القاضي طبقا للفصل 15 م.ا.ع.

فما هو الشأن بالنسبة إلى مرض الموت؟

ب- المالك مريض مرض الموت:

406- هل تصح الإجازة الصادرة في مرض الموت؟

مسوغ هذا السؤال أن مرض الموت هو من حالات الحجر الخاص لمصلحة الغير والتي يمنع فيها المريض من التصرف حماية لورثته<sup>1325</sup>. ذلك أن مرض الموت هو «المرض الخفيف الذي يقعد صاحبه عن القيام بشؤونه ولا تطول مدته ويتصل به

الموت»<sup>1326</sup>. وهو مؤسسة إسلامية تعد من تطبيقات العقد الموقوف، لأن التصرف فيها موقوف على إجازة الورثة إن أجازوه نفذ وإلا بطل<sup>1327</sup>. وأساس وقف النفاذ فيه هو تعلق حق الورثة بتركة مورثهم منذ مرضه<sup>1328</sup> وتطبيق أحكام الوصية على تصرفات المريض. وقد كرس واضعو مجلة الالتزامات والعقود هذه المؤسسة في ثلاثة من التصرفات التي نظموها وهي: البيع (الفصل 565) وإسقاط الدين (الفصلين 354 و355) والكفالة (الفصل 1481). وأضافت مجلة الأحوال الشخصية الهبة في الفصل 206 واعتبرتها وصية. وتقوم أحكام هذه التصوص المستقاة من الفقه الإسلامي إجمالا على تفريق أساسي بين التصرف لوarith ولا يصح إلا بإجازة الورثة، والتصرف لغير وارث ويجوز في حدود ثلث التركة، وفيما زاد يحتاج إجازة الورثة<sup>1329</sup>. فهل تخضع إجازة التفويض في ملك الغير لنفس الأحكام؟

407- يتوقف الجواب بالإيجاب على أحد أمرين: إما أن مؤسّسة مرض الموت تمثّل نظريّة عامّة فتكون الإجازة من متعلقاتها الطبيعيّة، أو أن تكيّف الإجازة على أحد التصرفات المشمولة بها فتأخذ حكمه.

1326 قرار تعقيبي عدد 49760 مؤرخ في 24 فيفري 1998، ن 98، II، 141. ويلاحظ أنّ تعريف مرض الموت ورد في قرارات تعقيبيّة عديدة بالفاظ مختلفة مع التّركيز على عناصر متفرقة فيه. وهي كلّها تستلهم التّعريف الفقهي لمرض الموت خاصّة كما جاء في المادّة 1595 من مجلة الأحكام العدليّة. وإنّما أثبتنا التّعريف الذي في المتن نظرا لاقتضابه وشموله وحدائته.

1327 عبد الرّازق حسن فرج، نظريّة العقد الموقوف، ص 96.

1328 انظر في هذا الاتجاه، قرار تعقيبي عدد 54771 مؤرخ في 25 مارس 1998، ن 98، II، 149.

1329 يمكن الرجوع في تفصيل هذه الأحكام إلى عدّة مؤلّفات نخصّ بالذّكر منها اثرين هامّين:

- Youssef KNANI, La protection juridique du malade, Réflexions sur la politique législative tunisienne, thèse Paris II, 1980, p. 74 et s.

- معمد كمال شرف الدين، حقوق الغير...، مرجع سابق، ف 267 وما بعدها، ص 224 وما يليها.

- وانظر كذلك، ألفة الفرشيشي، الحجر على الرشد، مذكرة سابقة، ص 60 وما يليها. - فتحي الورتاني، العقد الموقوف، مذكرة سابقة، ص 70 وما يليها.

القاصر، والقاضي يعطي الإذن للولي ولا يباشر التصرف بنفسه (قرار تعقيبي عدد 51023 مؤرخ في 23 فيفري 1998، ن 98، II، 24). كان لا بدّ من طرف ثالث بين القاصر ووليّه لا يكون سوى مقدّم خصوصي يُعيّنه قاضي التّقادم ويعطيه الإذن لإجازة التّفويت بعد التّحقّق من ضرورة تلك الإجازة أو أنّها تحقّق مصلحة واضحة للقاصر، ويمكن التّفكير في تأسيس هذا الحلّ على الفقرة الثّانية من الفصل 7 من أمر 18 جويلية 1957 المتعلّق بتنظيم تسمية المقدّمين ومراقبة تصرفاتهم (رائد رسمي عدد 58 صادر في 19 جويلية 1957، ص 1163) ونصّها «كما ينظر (قاضي التّقادم) في كلّ خلاف في شأن المصادقة على حساب المقدّم والوصي وكلّ الدعاوى التي ترمي إلى تعويضهما وذلك بطلب ممنّ بهمه الأمر». والتّعويض قد يكون دائما كما في حالات الفصل 20 من نفس الأمر أو وقتيا لعمل مخصوص، وهي حالة المقدّم الخصوصي. ويجوز الاستئناس في هذا الاتجاه بالحلّ الصريح الوارد في باب الصلح (الفصل 1460 ف 2 م.ع.ع) أم في باب القسمة (الفصل 118 م.ع.ع). كلّ هذا على اعتبار أنّ القاصر ما زال تحت قيد الحجر، أمّا إذا بلغ رشده، فيجوز له إجازة التّفويت في ملكه من وليّه كما من غيره تطبيقا للفصل 157 م.أ.ش. لكنّ هذا المخرج على تماسكه المنطقي، يبدو وليد صنعة دقيقة تصل حدّ التكلّف والتّعقيد لأنّها لم تستطع التخلّص من الفصل 15 م.ع.ع. وكلّ ما فعلته أنّها نقلت الإذن القضائي من التّفويت إلى الإجازة بعد أن اختلفت «مقدّما خصوصا» لا يوجد له أساس قانوني واضح. وهذا في الحقيقة تمطيط للمشكل لا حلّ له، وسببه هو اعتبار الفرضيّة داخلّة في ميدان التّفويت في ملك الغير، والحال أنّها ليست كذلك كما تقدّم في المتن.

1325 ألفة الفرشيشي، الحجر على الرشد، مذكرة سابقة، ص 59-60.

أما عن النظرية العامة فيصعب الإصداع بها. والعلة أنه خلافاً للفقهاء الإسلامي لم يعمم المشرع حكم تصرف المريض مرض موت بل أقره في مواضع مخصوصة. ورغم تعدد هذه المواضع فهي لا تصلح لنظرية عامة لأنها ذات طبيعة استثنائية من الأصل العام وهو صحة العقود وأهلية الإلزام والالتزام<sup>1330</sup>، باعتبار أن مرض الموت يؤدي إلى المنع من التصرف ويوجب الإبطال. وما ورد على خلاف الأصل لا يقاس عليه ولا يجوز تعميمه. وهذا ما يؤيده الفصل 6 م.ع. الذي وإن وضع قاعدة عامة في الحجر على من يمنع عليه القانون التعاقد إلا أنه لم يطلقه على جميع العقود وإنما حصره في حدود «عقد من العقود» أي أن الحجر لا يكون إلا مخصوصاً ومحدوداً في نطاق العقود الممنوعة لا يتعداها<sup>1331</sup>. ولا يمكن بالتالي استنتاج مبدأ عام في الحجر لمرض الموت مهما تكاثرت تطبيقاته.

وأما عن التكييف فيمكن تصور نوعين فيه: عام وخاص. فالتكييف العام

**408-** يبدو هذا النظر أصح على أن يقتصر على إطراره أي مرض الموت بالنظر إلى أن التكييف ينطلق من أثر الإجازة ويأخذ في الاعتبار موقف الورثة منه. وبيانه أن الإجازة تنفذ التفويت فتجعله يحقق أثره العيني وهو خروج الملك من ذمة المالك إلى المشتري، فهي عندئذ في نظر الورثة كأنها التفويت نفسه، فلا فرق بين أن يخرج المورث المال من ذمته ببيع أو بإجازة ببيع تحدث نفس الأثر. وعليه يجوز للورثة أن يطعنوا في هذه الإجازة على أنها بيع إذا انصبت على بيع وظهرت فيه المحاباة إن كان لوارث أو خرج من ثلث الشركة إن كان لغير وارث عملاً بالفصل 565 م.ع. وكذلك بالنسبة إلى إجازة الهبة. ولا يعترض على هذا التكييف بكونه يتنافى مع قواعد التأويل من حيث توسيعه لنصوص استثنائية، وذلك لسببين على الأقل أولهما أن العقود تأخذ أوصافها أساساً من آثارها الرئيسية وثانيهما أن القول بخلافه يضعف حماية الورثة ويقدم ذريعة لمداورة المنع القانوني فيفقدون جزءاً من

التركة بعلّة أن التصرف كان إجازة وليس بيعا أو هبة<sup>1</sup>.

تتمّة لهذا التّكليف يتّجه التّشبيه إلى أنّه لا يقتصر على البيع والهبة، بل يمتدّ أيضا إلى المعاوضة والرّهن. أمّا المعاوضة فعلى أساس الفصل 724 م.ع. الذي يسحب أحكام البيع جملة واحدة على المعاوضة بما فيها قاعدة الفصل 565 م.ع. وأمّا الرّهن فعلى أساس الفصل 1481 م.ع. باعتبار أنّ رهن ملك الغير المجاز هو كفالة عينيّة، والكفالة العينيّة كالكفالة الشّخصيّة في خصوص الشّروط العامّة ومنها حكم مرض الموت<sup>1333</sup>، فتقع الإجازة صحيحة في حدود ثلث التّركة وفيما زاد تحتاج إجازة الورثة.

**409-** وهكذا فإنّ إجازة التّفويت في ملك الغير صحيحة ولو صدرت في مرض الموت، إلاّ إذا تعلّقت ببيع أو هبة أو معاوضة أو رهن. ويبرّر هذا الحلّ

<sup>1333</sup> ليليا بوسنّة، الكفالة العينيّة، مذكرة دراسات معمّقة في القانون الخاصّ، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1996-1997، ص 96.

هو الذي يضي على الإجازة وصفا عاماّ يلحقها بأحد التصرفات المشمولة بمرض الموت مهما كان التّفويت الذي تنصّب عليه. كأن يقال مثلا: إنّ الإجازة بيع أو هي إسقاط، فتكون كذلك ولو تعلّقت برهن أو هبة أو بممارسة أو بأيّ تفويت آخر. وهذا التّكليف مستعص في الإجازة لأنّها تصرف من جانب واحد فلا يصحّ وصفها بالبيع وهي تصرف بعوض فلا يمكن اعتبارها إسقاطا ولا هبة.

وأما التّكليف الخاصّ فهو أن تأخذ الإجازة حكم التصرف الذي تنصّب عليه، فإن تعلّقت ببيع فهي بيع وإن تعلّقت بهبة فهي هبة، وهكذا... ولا يسوغ عندئذ إلحاقها بمرض الموت إلاّ في هذين العملين<sup>1332</sup> أمّا في سائر المعاوضات فتصحّ ولو كانت في مرض موت.

<sup>1330</sup> راجع الفصلين 559 و3 م.ع.

<sup>1331</sup> راجع سابقا، الهامش 649.

<sup>1332</sup> باعتبار خروج الإسقاط والكفالة عن الموضوع أصلا.



الطابع الاستثنائي لمؤسسة مرض الموت ولأحكام الحجر عموماً، فضلاً عن خطورة الإجازة على ذمة المالك باعتبارها تخرج المال من ذمته وتمنع الاستحقاق. وتحدد ذات الخطورة مضمون الإجازة.

#### الفقرة الثانية: مضمون الإجازة

410- انطلاقاً من فكرة ضمان الاستحقاق يمكن تحديد مقصود الإجازة (أ) وفض الصعوبات التي قد تثيرها إذا كانت مقيدة (ب).

#### أ- مقصود الإجازة:

411- الإجازة هي تصريح يراد به إنفاذ تقويت في ملك الغير، فيجب أن يكون في التعبير عنها ما يفيد إحداث هذا القصد وتوجه النية إليه، لكن دون التقيد بشروط الفصل 337 م.أ.ع. القاضية بوجود أن يتضمن إمضاء الالتزام «مضمونه مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب

هي خاضعة في الحقيقة لضابط عام يجعل مضمونها متأثراً بمقصودها انطلاقاً من فكرة ضمان الاستحقاق، لأن غاية الإجازة هي إنفاذ العقد بإزالة خطر الاستحقاق.

وتفريعا على ذلك، يمكن القول بعدم نفاذ الإجازة إذا كان من شأنها أن تأتي بخطر استحقاق جديد<sup>1335</sup>. ويعتبر هذا الحل من العناصر القارة لنظام إجازة التقويت في ملك الغير في فرنسا أقرته محكمة التعقيب منذ 30 ديسمبر 1872<sup>1336</sup> في وقائع أجاز فيها مالك الرقبة بيع كامل العقار المبرم من قبل المنتفع، والحال أنه متزوج تحت نظام الاشتراك بما يعني أن إجازته ستسبب في شمول عقاره بالرهن القانوني للزوجة ويمكنها بذلك استحقاقه من يد المشتري. فيكون هذا الأخير محققاً في طلب فسخ البيع ولو عرض المالك تخليص العقار من الرهن. ويحظى هذا الحل بتأييد عامة الفقه هناك<sup>1337</sup>. ولا يوجد مانع من اعتباره في تمسكنا به.

هذا الإطار يطرح السؤال حول الإجازة المقيّدة: ألا تعتبر محدثة لسبب استحقاق جديد فلا تجوز؟

### ب- الإجازة المقيّدة:

413- تكون الإجازة مقيّدة إذا كانت جزئية (1) أو مشروطة (2).

#### 1- الإجازة الجزئية:

414- تحصل الإجازة الجزئية عندما يقبل المالك إجازة الثفويت في جزء من

1335

يجب التّشبيه إلى اختلاف هذه الوضعيّة عن الصّورة التي يجيز فيها المالك الثفويت وقد سبق منه توظيف تحمل أو حق على المال، والتي تطرح في إطار الأثر الرجعي للإجازة، انظر لاحقاً، ف 474.

1336 Req. 30 décembre 1872, D. 1873, 1. 437/S. 1873, 1. 125.

1337

كولان وكابيتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 869، ص 580. - بلانيول وريبيروهامل، ج 10، ف 50، ص 46-47، هـ 9. - ريبير ويولانجي، ج 3، ف 1305، ص 445. - هيو، أعمال الثفويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 28، ص 20. ونلاحظ أنّ هذا الفقيه يصل إلى نفس الحلّ لكن بتحليل مغاير نسبياً يركّز على طبيعة الإجازة وكيفية إحداثها الأثر العيني، انظر لاحقاً، ف 444 وما بعدها.

للمسوخ» لاختلاف الإجازة عن الإمضاء<sup>1334</sup>. وتفسير ذلك أنّ المعاهد في الإمضاء يواجه عقدا قابلا للإبطال لعيب في الرضا أو في الأهلية، أي أنّ الإرادة ذاتها المعبر عنها في العقد معيبة، وهي نفس الإرادة التي يراد لها أن تتجاوز عيبها وتستمر سليمة في العقد، فيكون من المنطقيّ جداً أن يطلب من هذه الإرادة أن تكون واضحة في المرّة الثانية بما يكفي لمعرفة أنّها تفتنت لعيبها وأنّها تعني الالتزام نفسه الذي صدرت فيه وتريد تداركه وتلافيه. أمّا في الإجازة فلا شيء من هذا إذ المالك يعرض عليه عقد صحيح نافذ شخصياً، لا يحتاج لإرادته حتّى ينفذ عينياً، وإرادته هذه لا عيب يشوبها، بل المطلوب هو الحصول عليها هي ذاتها. وبالتالي فلا تقيّد بشروط كالتالي في الفصل 337 م.ا.ع.

412- ومع هذا، فالإجازة ليست خلوا من كلّ شرط يحدّد مضمونها، بل

1334

انظر في تحليل هذه الشّروط: كوتيري، إمضاء التصرفات الباطلة، ف 19 وما بعدها، ص 15 وما يليها.

غير أن هذا الاستنتاج فيه شيء من الشطط لأن الشرط ليس خاصاً بالاتفاقات بل هو وصف يتغير به الالتزام سواء نتج عن اتفاق أم عن إرادة منفردة. فيمكن إذن أن يصدر عن ملتزم بإرادة منفردة، ومن ثم لا ينطبق عليه حكم الفصل 31 م.إ. الخاص بالعقود لأنه يتعلق بقبول الإيجاب، ثم إن التعليق بالشرط لا يعد استحقاقاً من المالك ضرورة أن تصرّحه يلزمه عند تحقق الشرط. وعليه فالإجازة المعلقة بالشرط هي إجازة صحيحة ويمكن أن ينفذ بها التقوية بشرطه أن لا تفرض على الموقوف له انتظاراً غير مستطاع وأن تستجيب لقواعد الشرط كيفما أقرتها مجلة الالتزامات والعقود في الفصول من 116 إلى 135 وأهمها أن لا يكون الشرط مستحيلاً أو منافياً للنظام العام أو للأخلاق الحميدة أو لقتضى العقد أو متوقفاً على محض إرادة الملتزم، فعندئذ يبطل الشرط وتبطل به الإجازة<sup>1339</sup>.

ويتبين هكذا أن الإجازة المشروطة لا تخرج عن القواعد العامة. كما يتضح أن الشرط الأصلية بصفة عامة ترد في مجملها إلى القواعد العامة للتصريحات الإرادية. وتصح هذه الملاحظة على الشرط الشككية أيضاً.

### الفرد الثاني: الشرط الشككية

416- تفرض الإجازة كككل تصريح انفرادي، التأكيد من وجود مسألتين شككيتين فيها تتصلان بصيغتها (الفقرة الأولى) وبالإعلام بها (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: صيغة الإجازة

417- يراد بصيغة التصرف ككل ما يتحقق به وجوده في الخارج وتتشكل به صورته المحسوسة أي ككل ما يحصل به التعبير عن الإرادة وإظهارها إلى الواقع الخارجي. وفي هذا الإطار تدور صيغة الإجازة بين معاني أربعة: فقد تكون

<sup>1339</sup> انظر خاصة الفصول 117 و118 و119 و121 م.إ.

المال مثلا مع الاحتفاظ بالباقي في ملكه أو عندما يتعدّد المالكون كشركاء في الشيوخ في صورة بيع كلّ المال الشائع ولا يجيز جميعهم التقويت، فيستاءل إن كان هذا استحقاقا يتنافى مع الإجازة؟

يتحدّد الجواب بمعرفة نسبة عموم الإجازة مقارنة بما وقعت إجازته وذلك تأسيسا على الفصل 640 م.ع. المتعلق بضمان الاستحقاق الجزئي، ويكون النّظر هنا إلى أهميّة الجزء الواقعة فيه الإجازة وموقف المشتري، فإن كان الجزء المستحقّ هاما كان للمشتري الحقّ في فسخ البيع وتعتبر الإجازة عندئذ مرفوضة، أمّا إن كان الجزء المستحقّ يسيرا فلا حقّ له إلاّ في تنقيص الثّمن وتكون الإجازة عندئذ عاملة.<sup>1338</sup>

## 2- الإجازة المشروطة:

**415-** لا تعتبر الإجازة المشروطة عن إرادة مجردة في إنفاذ العقد وإنما تعلّقه بتحقيق حادثة مستقبلية غير محقّقة الوقوع، مما يترّيب عنه تأخّر النّفاذ بما يضرّ بمصلحة الفوت له ويجعله محقّا في التخلّص من هذه الإجازة واعتبارها كأنّها مرفوضة. وقد يؤيد موقفه ذلك أنّ تعليق الإجازة بالشّروط لا يترّيب عنه إنفاذ التقويت القائم بل يستوجب إبرام عقد جديد لأن الشّروط هو تصريح بمراد المتعاقدين فيحتاج قبولا من الفوت له، فإمّا أن لا يصدر هذا القبول وتسقط الإجازة أو أن يصدر ويعتبر التقويت معادا من جديد، ولا يكون نفاذه عندئذ ناتجا عن إجازته، بل عن العقد الجديد. ويجد هذا التّخريج سنده في الفصل 31 م.ع. القاضي بأنّ «الجواب الموقوف على شرط أو قيد يعتبر رفضا للإيجاب مصحوبا بإيجاب آخر». ومعنى هذا أنّ الإجازة لا تكون عاملة إلاّ إذا كانت بسيطة مجردة عن الشّروط. وإلاّ اعتبرت رفضا للإجازة لا ينفذ به التقويت.

<sup>1338</sup> سنعود بهزبد التّحليل لهذه الأحكام لاحقا في بحث فسخ التقويت، ف 680 وما بعدها.

وهي الوسائل المشترطة لإثبات التصرفات القانونية (الكتابة خصوصا) 1346 دون تأثير على صحتها فلا يترتب عن غيابها البطلان 1347، ولا تتعارض مع الرضائية ولا يشملها تعريف الشكالية السابق 1348. والشكالية بهذا الفهم تعدّ استثناء من مبدأ الرضائية فلا تكون إلا بنص يؤوّل تأويلا ضيقا عملا بالفصل 540 م.ع.

ومن هذا المنطلق يلاحظ غياب نصّ خاصّ بشكل الإجازة ممّا يوجب حملها على المبدأ وهو الرضائية فتعدّ صحيحة بالتعبير عنها في أيّ قالب كان وبأيّ طريقة كانت دون التقيّد بشكالية معينة. غير أنّ هذا الاستنتاج يمثل في الحقيقة تقريرا مبدئيا يتجه لدقيقته وتعديله على ضوء محلّ التقويم الذي قد يكون منقولا (1) أو عقارا مسجّلا (3) أو عقارا غير مسجّل (2).

1- إجازة التقويم في منقول:

419- في المنقولات ينطبق المبدأ المذكور تمام الانطباق إذ يعدّ التعامل في المنقول الميدان الخصب للرضائية، حيث لا يشترط القانون - كقاعدة عامة - آية

1346

يفرض القانون إثبات الالتزام بالكتابة بصفة عامة إذا تجاوزت قيمته ألف دينار (الفصل 473 جديد م.ع) وفي صور مخصوصة بنصوص خاصة ولو قلت القيمة عن ذلك المقدار (الفصل 423 م.ع). ويصحّ أن يكون التصرف شفاهيا فهو موجود قانونا، لكنّ إثباته أمام القضاء يتعسّر إذا لم يكن فيه كتاب، إلا إذا أمكنت الاستعاضة عنه بوسيلة كاملة للإثبات وهي الإقرار أو اليمين الحاسمة. بل يمكن إثباته حتى بالشهادة إذا ثبت استحالة الحصول على كتاب، غير أنّ هذا الحكم يبدو خاصا بالفصل 473 م.ع، دون الفصل 423 م.ع. الذي توحى صياغته «كان بها ولا بدّ لإثبات الالتزام» رفض الوسائل الأخرى ولو كانت كاملة، فيقرب الكتب عندئذ من شكليات الصحة. انظر بهزبد التفصيل: معمد كمال شرف الدين، قانون مدني، ف 271-270، ص 278.

1347 Jacques FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in Le droit privé au milieu du XXème siècle, études offertes à Georges Ripert, Paris, L.G.D.J. 1950, p. 93 et s.

1348

قد توجد في التصرف القانوني شكليات إظهارية ترمي إلى الاحتجاج به إزاء الغير وهي بدورها لا تتعارض مع الرضائية التي تهّم تكوين التصرف لا الاحتجاج به. انظر فيها وفي شكليات أخرى تضاهيها ولا تتعارض الرضائية: كاربونمي، الالتزامات، ف 92، ص 175 وما يليها.

رضائية أو شكليّة (أ)، كما قد تكون صريحة أو ضمنية (ب).

#### أ- الإجازة بين الرضاية والشكالية:

418- لئن كان الأصل في العقود هو الرضاية بما تعنيه من حرية العقدين في اختيار شكل العقد وطريقة التعبير عنه دون أن يترتب بطلان عن اختيارهما<sup>1340</sup> فإن التصريحات الأحادية خصوصا المتلقاة منها تتميز بميل نحو الشكالية<sup>1341</sup> حتى لتكاد تكون من طبيعتها<sup>1342</sup>. غير أن هذه الشكالية هي ما يمكن وصفه بشكالية الحد الأدنى أي الاعتداد بأوضح وأدق ما يمكن من التعبير والوسائل الخارجية لإظهار إرادة الالتزام وإعلام المتزم له بها. ولئن اختلف في حدّ الشكالية في التصريحات الإرادية عموما هل هو وجوب إفراغ الإرادة في شكل معين<sup>1343</sup> أم هو اشتراط أي شكل مع التصريح، مهما كانت طبيعته<sup>1344</sup> فإن المآثور في الفقه - وهو يقف عند حدّ الوسط- أن الشكالية تنتج من اشتراط القانون شكالية معينة تضاف إلى الرضا وترتب عن غيابها البطلان بحيث تكون كالمشروط الخامس لصحة العقود<sup>1345</sup>. كما أن الفقه يميز بين شكليات الصحة أي المشترطة لصحة التصرفات كما تقدم وشكليات الإثبات

<sup>1340</sup> يثبت هذا الأصل من الفصول 2 و23 و242 م.ع. انظر: محمد الزين، العقد، ف 38 وما بعدها،

ص 43 وما يليها.

<sup>1341</sup> كوتيري، إمعان التصرفات الباطلة، ف 36، ص 25.

<sup>1342</sup> Mohamed BAG, Le formalisme en droit privé tunisien, naissance ou réminiscence, in L'apport du XXème siècle au droit privé tunisien, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Collection Forum des juristes, Volume VIII, 2000, p. 139-184, spéc. n° 21, pp. 157-158.

<sup>1343</sup> (هذا هو رأي فقهاء ألمانيا بالخصوص) وحيد الدين سرور، التعبير عن الإرادة، ف 173، ص 167 والهامش.

<sup>1344</sup> محمد بفتح، الشكالية في القانون الخاص، مقال سابق، ف 7، ص 147 وف 29، ص 164 وما يليها.

<sup>1345</sup> كاربوني، الالتزامات، ف 89، ص 172. وللإشارة فإن الفصل 2 م.ع. تضمن أربعة شروط عامة لصحة العقود.

والعقارات<sup>1351</sup> فهي تأخذ حكم العقارات<sup>1352</sup> باستثناء رهن السفن، فهو توثيق رضائي لأن مجلة التجارة البحرية لم تشترط فيه الكتابة واكتفى فصلها 78 بالتذكير أن الرهن «لا ينشأ إلا بعقد» أي باتفاق، ولذلك يجري على السفينة في حالة الرهن ما تقدم بسطه في المنقولات العادية، وهو يشبه العقارات غير المسجلة.

## 2- إجازة التوثيق في عقار غير مسجل،

420- في العقارات غير المسجلة يختلف الأمر نسبياً عن المنقولات، إذ لا يوجد نص في شكل الإجازة لكن في المقابل يوجد توجه عام وغالب نحو شكلية التوثيق نفسه<sup>1353</sup> مما يوجب طرح السؤال عن مدى تأثير هذا التوجه في الإجازة إلا تأخذ حكم التوثيق الذي ترد عليه؟

فالبيع العقاري هو عقد شكلي عملاً بالفصل 581 م.ع.؛ «إذا كان موضوع البيع عقاراً أو حقوقاً عقارية أو غيرها مما يمكن رهنه يجب أن يكون بيعها كتابة بحجة ثابتة التاريخ قانوناً...»<sup>1354</sup> وكذلك المعاوضة عملاً بصريح الفصل 719 م.ع. بإحاطته إلى الفصل 581 م.ع. والصلح طبقاً للفصل 1466 م.ع. «إذا

1351

توصف هذه المنقولات بالمسجلة لأن لها سجلات خاصة بها وتعتبر فيها وتشتهر العمليات القانونية المتعلقة بها، وهي لا تخضع لقاعدة الفصل 53 م.ع.؛ انظر بالنسبة إلى السفن المنقول من 23 إلى 41 م.ت.ب. وبالنسبة إلى العقارات، المنقول من 3 إلى 17 م.ط.م. الصادر بموجب القانون عدد 58 المؤرخ في 29 جوان 1999، رآه رسمي عدد 54 صادر في 6 جويلية 1999.

1352

أحمد بن طالب، تحليل الفصل 581 م.ع.، مذكرة دراسات معمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1990، ص 43 وما يليها.

1353

يلاحظ أن النصوص التي سنتذكر تتعلق على سواء بعقارات مسجلة وغير مسجلة، لكن العقارات المسجلة تفرّد بأحكام خاصة تفتي عن مناقشة هذه النصوص، فيكون بحثها مقصوراً على العقارات المسجلة.

1354

نفتح هذا الفصل بموجب القانون عدد 47 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992، رآه رسمي عدد 29 صادر في 12 ماي 1992، ص 549.

شكائية خاصة لصحة التعامل في المنقول<sup>1349</sup>، بل على العكس، تمنح مجلة الالتزامات والعقود بالتصوُّص الخاصَّة المذكورة بمبدأ الرِّضائية ونموذجها الفصل 580 م.إ.ع. في البيع «إذا وقع من المتعاقدين ما يدلُّ على الرِّضا بالبيع والتَّفقا على الثَّمن والثَّمن وبقية شروط العقد انعقد البيع بينهما» وكذا الفصل 719 م.إ.ع. في المعاوضة والفصل 1086 م.إ.ع. في القرض والفصل 1466 م.إ.ع. عكسيًا في الصِّلح ولا شك في انطباق هذه التَّصوص أصالة على المنقولات بدليل أنَّ الاستثناءات التي تقرُّها نفس هذه التَّصوص وغيرها لا تسري إلا على العقارات. ويتربُّب عن هذا أنَّه إذا فوَّت أحد في منقول مملوك لغيره وقع التقويت صحيحًا بمجرد تبادل الرِّضا عملاً بالأصل العام، فإذا أراد المالك إجازة هذا التصرف كان له ذلك رضائيًا عملاً بنفس الأصل، فلا يطالب باحترام شكل معين، إذ ما يهمُّ هو الاعتداد بإرادته بصفة واضحة لا لبس فيها، والمرجع فيه إلى القواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية<sup>1350</sup>.

ولئن استثنى القانون تقويتين في المنقول فاشترط فيهما شكائية التَّسليم وهما الرِّهن حسب الفصل 212 م.إ.ع. والهيئة اليدوية (الفصل 204 ف 2 م.إ.ش.) فهما عقدان عينيَّان لا يصحَّان إلا بتَّسليم موضوعهما، إلا أنَّ إجازتهما تبقى رضائية لأنه لن يطلب من المالك أن يسلم المنقول من جديد إلى الفوَّت له باعتباره موجوداً عنده أو عند غير مؤتمن طبق الفصل 212 فقرة 2 م.إ.ع.

لكن يشدُّ عن هذا التحليل ما يعرف بالمنقولات المسجَّلة، وهي أساساً المسنَّ

<sup>1349</sup> لا يقال إنَّ الفصل 53 م.إ.ع. يضع شرطاً شكائياً لصحة التعامل في المنقول من خلال إلزامه المتعاقدين بالتَّسليم، فهذا غير صحيح لأنَّ الفصل 53 م.إ.ع. لا يتعلَّق بصحة العقد بل بِنفاذه وهو أساساً لا يهمُّ الطرفين وإنما يهمُّ العلاقة بين المالك الحقيقي والفوَّت له، أي علاقة غير بنجر.

<sup>1350</sup> انظر في بسط هذه القواعد: محمد الشَّرِيح، مدخل لدراسة القانون، ص 645 وما بعدها، ص 246 وما يليها. - صلاح الدين اللؤلؤي، قانون مدني، مدخل لدراسة القانون، ص 754 وما بعدها، ص 229 وما يليها. - محمد ككمال شرف الدين، قانون مدني، ف 269 وما بعدها، ص 275 وما يليها.



إلحاق بعضها بالآخر. أمّا إن كان ذلك على أساس توازي الصيغ والشكليات، فهذا مبدأ مزعوم لم نرد به قاعدة عامة، وإنما ورد في بعض تطبيقات متناثرة يصعب أن يتكوّن منها مبدأ في مادة استثنائية<sup>1358</sup>. كما يلاحظ وجود قواعد معاكسة تماماً منها خاصة قاعدة الفصل 1113 م.ع. التي تجيز أن يكون «التوكيل بصيغة غير الصيغة الواجبة قانوناً في العقد المقصود من التوكيل». ثمّ إن مبدأ «الفرع يتبع الأصل» لا يمكن تطبيقه على الإجازة لأنها ليست فرعاً ولا التوثيق أصلاً بل كلاهما تصرف مستقل قائم بذاته، وارتباطهما لا ينفي استقلالهما كما سبق. أمّا تحليل طبيعة الإجازة من أنها رضا بالعقد ففيه تحريف لعملية التوثيق في ملك الغير كلها، لأن الإجازة تستصبح عندئذ قبولاً لإيجاب صادر من الموثّق له، فيذوب بذلك التوثيق الأصلي كلّه ويصبح مجرد إيجاب، وتذوب الإجازة كتصرف أحادي مستقل لتصبح قبولاً في عقد، وهذا منتهى التحريف، لذلك لا وجه لإلحاق الإجازة بحكم التوثيق في العقار، ويبقى لها استقلالها الذي يرجع بها إلى أصل الرضائية.

**422-** غير أن عدم اشتراط الكتابة لصحة الإجازة لا يمنع وجوبها للإثبات عملاً بالفصل 424 م.ع. ونصّه: «إذا عين القانون الكتابة صورة لإثبات عقد حملت على أنها معينة أيضاً لإثبات جميع التغيرات التي تحدث فيه»<sup>1359</sup>، فاشتراط الكتب لصحة التوثيق في العقار يحمل أيضاً على إثباته لأنّ من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل<sup>1360</sup> وعليه فكأنّ تغيير في هذا الكتب يجب أن يقع بكتب، ولا يخفى أنّ في الإجازة تغييراً للكتب لأنها على الأقل تأتي بشخص

1358

من ذلك مثلاً: الفصل 1163 ف 2 م.ع. في عزل الوكيل «إذا عين القانون كيفية مخصوصة للتوكيل

كان عزله بها أيضاً، والفصل 59 م.ش.ت. في شركة المناوضة: «عزل الوكيل بنفس الطريقة التي وقعت بها تسميته...».

1359

يمكن اعتبار هذا الحكم مثلاً آخر لتوازي الصيغ والشكليات يضاف إلى ما تقدّم في الهامش السابق، الفصل 550 م.ع.

1360

كان من ضمن الصلح ما من شأنه إحداث حقوق على أشياء قابلة للرهن العقاري أو تحويل حقوق على ما ذكر أو تغييرها فلا يكون الصلح إلا كتابياً...»<sup>1355</sup> والمفارقة حسب الفصل 1416 م.أ.ع. ف 2 «عقد المغارسة يحزر فيه رسم صحيح». وأوضح من كل ذلك الرهن العقاري إذ ينص الفصل 275 م.أ.ع. «لا يصح الرهن العقاري إلا بكتب يعين به ذات العقار المرهون ومبلغ الدين» وكذا الهبة عملاً بالفصل 204 م.أ.ش. «لا تصح الهبة إلا بحجة رسمية...»<sup>1356</sup>.

وهكذا فالمتوقع أمام هذا الدفق الشكلي<sup>1357</sup> إلا تبقى الإجازة خارجة عن تأثيره بحكم ارتباطها بالتقويت، بل والتصاقها به إلى حد أن تأخذ حكمه فتكون شكلية بدورها. وفعلاً قد يبدو هذا التوقع حقيقة عند البعض تأسيساً على «مبدأ توازي الصيغ والشكليات» وعلى «مبدأ الفرع يتبع الأصل»، وانطلاقاً من تحليل الإجازة على أنها موافقة على التقويت أي تعبير عن الرضا بالتقويت فتلتصق به وتعتبر جزءاً منه بحيث يكون شمولها بشكله أمراً طبيعياً.

**421- الحقيقة أن هذا النظر معيب في ذاته وفي أسسه كلها باعتبار أن الارتباط بين التصرفات القانونية لا ينبغي استقلالها عن بعضها ولا يفرض بالتالي**

<sup>1355</sup> فقرة مضافة إلى الفصل 1416 بموجب أمر 13 سبتمبر 1934. انظر في تاويل فقه القضاء لهذا النص وكونه يشترط الحجة الرسمية أم لا: محمد كمال شرف الدين، ملاحظات حول القرار التقييني عدد 32238 المؤرخ في 10 ماي 1994، م.ق.ت. 1996، ص 373.

<sup>1356</sup> نفتح هذا الفصل بموجب القانون عدد 48 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992، راند رسمي عدد 29 صادر في 12 ماي 1992، ص 549.

<sup>1357</sup> يلاحظ غياب حكم خاص بشكل المساهمة في شركة بصنة عامة سواء في مجلة الالتزامات والعقود أم في مجلة الشركات التجارية باستثناء المساهمة بعقار مسجل والتي أحال في شأنها الفصل 3 م.ش.ت. إلى «التشريع الجاري به العمل» أي مجلة الحقوق العينية كما سيأتي بيانه. وعليه فالمساهمة رضائية ولو تعلقت بعقار، عملاً بالمبدأ العام، ولا يمكن قياسها على البيع إذ لا قياس في الاستثناءات عملاً بالفصل 540 م.أ.ع. ولو أن غياب الشكل هنا يخفف منه وجوب تقويم الناب وتقييده على مقتضى قانون الشركات (الفصل 1258 م.أ.ع. والفصلين 173/100 م.ش.ت.).

424- فحسب الفصل 377 مكرّر جديد م.ح.ع.<sup>1363</sup> يجب «تحرير الصكوك والاتفاقات الخاضعة للرّسيم بالسجل العقاري» من طرف أشخاص مؤهلين للعرض هم حافظ الملكية العقارية والمديرون الجهويون وأعاون إدارة الملكية العقارية المكلفون بذلك، وعدول الإشهاد، والمحامون غير المتمرّنين<sup>1364</sup>، و«تعتبر الصكوك والاتفاقات المحرّرة من غير من ذكر باطلة بطلاناً مطلقاً». ويفهم من عموم هذا النصّ أنه يشمل الإجازة باعتبارها صكاً خاضعاً للرّسيم على معنى الفصل 377 مكرّر م.ح.ع.، ووجه خضوعها للرّسيم أنّها، حسب الفصل 373 جديد م.ح.ع.، تتعلق بنقل حقّ عيني إذ يترتب عليها خروج الملك من المالك وانتقاله إلى الموثّق له. فالإجازة هكذا ليست في حاجة إلى مناقشة شكليّة كلّ توثيق على حدة كما في العقار غير المسجّل، ولما هي شكليّة على مقتضى نصّ عامّ يشملها بل ويشمل معها التوثيق نفسه، باستثناء ما إذا كان التوثيق صادراً عن الدّولة أو عن الجماعات المحليّة<sup>1365</sup>.

كما يفهم من نفس النصّ أنّ التحرير مستوجب لصحة التوثيق وذلك انطلاقاً من الجزء المخصّص لغيابه وهو البطلان المطلق<sup>1366</sup>. وقد أعاد المشرّع

<sup>1363</sup> أضيف هذا الفصل بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرّخ في 4 ماي 1992 (رائد رسمي عدد 29 صادر في 12 ماي 1992، ص 548) ثمّ نُقح بالقانون عدد 84 لسنة 1992 المؤرّخ في 6 أوت 1992 (رائد رسمي عدد 52 صادر في 7 أوت 1992، ص 994).

<sup>1364</sup> يوصف هذا التعبير الذي يختصّ به أشخاص معيّنون في الفقه بـ «التحرير المعتمد» (الحبيب الشطي، الصكوك بين محرّرها وتحريرها، في دراسات في القانون العقاري (المجموعة الأولى)، دار الميزان، تونس، 1996، ص 153 وما يليها، أو «التحرير المخصّص» (أحمد بن طالب، تقيح الفصل 581 م.ع. في محيط الإصلاح العقاري، أقتد، عدد 9، 1995، ص 43-61).

<sup>1365</sup> يشار أن الفصل 377 مكرّر م.ح.ع. تضمن استثناءات أخرى على التحرير المخصّص، لكنّها تهمّ تصرفات معيّنة سواء صدرت عن أشخاص معيّنين أم بصفة عامة، والاستثناء الوحيد الذي يهمّ جميع تصرفات الشخص بما فيها الإجازة هو استثناء الدّولة والجماعات المحليّة كما ذكر في المتن.

<sup>1366</sup> انظر في ملاحظات نقديّة لهذا الجزء: أحمد بن طالب، تقيح الفصل 581 م.ع. في محيط الإصلاح العقاري، مقال سابق، مرجع سابق.

جديد هو المالك الحقيقي، وليس المفوت فوجب أن تكون كتابة<sup>1361</sup>. ولا يقال مثل هذا في العقارات المسجلة التي تتصل فيها الشكالية حقيقة بصحة التصرف.

### 3- إجازة التقويت في عقار مسجل:

**423-** إذا كانت شكالية الإجازة لا تتجاوز مستوى الإثبات في العقارات غير المسجلة، فإنها في العقارات المسجلة ترقى إلى درجة الصحة<sup>1362</sup> والنفاذ وذلك بموجب التتقيقات الجديدة المدخلة على نصوص مجلة الحقوق العينية منذ 4 ماي 1992، والتي مستت بالخصوص نصين في الغرض هما الفصل 377 مكرر جديد والفصل 305 جديد. ويضع هذان النصان شكليتين عامتين متكاملتين أحدهما لصحة التقويت في العقار المسجل وهي الكتابة والأخرى لنفاذه وهي الترسيم، بما يجعل من العقارات المسجلة ميدان الشكالية بامتياز فتكون على طرف نقيض من المنقولات التي تسودها الرضائية.

**1361** يلاحظ أن المشرع وضع هذا الحل في شكل قاعدة عامة في جميع التقويبات المتعلقة بالطائرات - وهي من

المنقولات المسجلة - فنص في الفصل 10 ف 3 م.ط.م على أن «لا تثبت إحالة الملكية إلا بكتب» فكل إحالة يأتي وجه كان لا تثبت إلا بكتب، وتعد الإجازة من بينها لأنه يتربط عليها خروج الملك من المالك الحقيقي وانتقاله إلى المفوت له، ويشمل هذا الحكم رهن الطائرة، لكن لا على أساس الفصل 10 المذكور وإنما على أساس الفصل 424 م.إ.ع. لأن الرهن هو عقد شكلي كالرهن العقاري عملاً بصريح الفصل 25 م.ط.م «لا يصح الرهن إلا بكتب والأعد باطلا، ويجب أن يبين كل عنصر من العناصر التي وُظف عليها الرهن». والأمر بالمثل بالنسبة إلى بيع الطائرة والصلح عليها طبقاً للفصلين 581 و1466 م.إ.ع. لأن الطائرة هي شيء قابل للرهن العقاري».

**1362** هذا هو الحل بالنسبة إلى السفن منذ 1962، تاريخ صدور مجلة التجارة البحرية، وخاصة بعد قانون 20 جانفي 2004 الذي رسخ الشكالية في الفصل 16 بنصه الجديد: «يجب أن يتم بكتب محرر لدى السلطة البحرية المختصة كل عمل تنتقل به كامل ملكية سفينة تونسية أو أنصبه مشاعة منها (الفقرة الأولى). كل نقل للملكية سفينة تونسية بالبلاد التونسية خلافاً لأحكام الفقرة الأولى من هذا الفصل يكون باطلاً ولا عمل عليه (فقرة ثانية)». لكن هذا الحكم لا يشمل رهن السفينة الذي لا يشترط فيه القانون شكالية للصحة وإنما يكتب بالأكبرياته «لا ينشأ إلا بعقد» (الفصل 78 م.ت.ب) والأصل في العقد أن يكون رضائياً.

بعد نفاذ قانون 20 أفريل 1998 وفي العقارات ذات الرسوم المحيئة طبقا لقانون 10 أفريل 2001<sup>1372</sup>، وغير مطلوب عكسيًا في العقارات المسجلة سابقا ولم تحين رسومها حتى يتم تحيينها، وعندئذ يعتمد المفعول المنشئ على ككل العقارات المسجلة<sup>1373</sup>. غير أن هذا التفریق ليس ببالغ الأثر على نفاذ الإجازة باعتبارها تصرفًا أحاديًا موجهًا بالضرورة إلى الغير لا بدّ فيه من الترسيم، لأنه سواء كان للترسيم مفعول منشئ أم مفعول احتجاجي فالغير معنيّ به في الحالتين، ولا يواجه إلاّ به.

**426-** والخلاصة في صيغة الإجازة أنها ليست بالشككية الخالصة ولا بالرضائية المحضة، بل هي تتوزّع بينهما تبعًا لطبيعة محلّ التقويت، فهي رضائية في المنقول وشككية في العقار المسجل ورضائية مع ضرورة الإثبات في العقار غير المسجل.

وسواء كانت رضائية أم شككية، فالإجازة يمكن أن تكون صريحة أو ضمنية.

#### 4 - الإجازة بين الصراحة والضمنية:

**427-** الأصل في ككل تعبير عن الإرادة أن يكون صريحًا. لكن يمكن أن يكون ضمنيًا. ولا تشذ الإجازة عن هذا الاعتبار، فيمكن أن لا يعبر عنها بصيغتها أو بلفظها، ولكنها تستنتج من أحوال وملابسات متعدّدة لا تترك مجالًا للشك في حقيقة توجّه الإرادة إليها<sup>1374</sup>، كأن يسلم المالك المنقول المبيع إلى

<sup>1372</sup> راجع الهامش 1107 السابق في الجزء الأول من هذا البحث.

<sup>1373</sup> راجع بعزید التفصيل: محمد كمال شرف الدين، إصلاح نظام الإشهار العقاري، مقال سابق، مرجع

سابق، ص 17. - أحمد بن طالب، الجديد في الترسيم، ... مقال سابق، ص 47.

<sup>1374</sup> تجب الملاحظة أن الطابع الشككي للإجازة لا يمنع أن تكون ضمنية شرطًا أن تستنتج من كتب أو من الشككية المطلوبة قانونًا.

التذكير به في خصوص المساهمة بعقار مسجل في شركة.<sup>1367</sup>

ويلاحظ أنّ شكاية الإجازة لا تقف عند مجرد التحرير المخصص، بل يجب أن تتضمن جملة من البيانات يعدّها الفصلان 377 جديد و377 ثالثاً جديد م.ج.ع.<sup>1368</sup> منها ما يتعلق بهوية الأطراف ومنها ما يتصل بالعقار موضوع التقوية ومنها ما يهم محرر الصك<sup>1369</sup>.

**425-** أما الفصل 305 م.ج.ع. المتعلق بالمفعول المنشئ للترسيم<sup>1370</sup> فيوجب ترسيم الإجازة ليتكوّن الحق العيني المترتب عنها. أي أنّه شرط لنفاذها لا لوجودها أو صحتها. فمثلاً إذا فوت مالك مرسّم على الشياخ في أكثر من مناباته المشاعة، فإنّ بقية شركائه يمكنهم إجازة التقوية شرط أن يقع ذلك كتابة بحجة يحررها أحد المحررين المعتمدين قانوناً، ولا تكون هذه الإجازة نافذة إلا إذا رسمت، أي أنّها قبل ترسيمها لا تؤثر في حقوق الشركاء وتمنع احتجاج المفوت له عليهم بحق له في تلك المنابات على أساس التقوية الواقع إليه. على أنّ هذا الشرط لا يهمّ حالياً كلّ العقارات المسجلة، وإنما بعضها فقط لأنه مؤجل في البعض الآخر<sup>1371</sup>، فهو مطلوب في العقارات المحدثة رسوماً تنفيذياً للتسجيل

<sup>1367</sup> وذلك بموجب الفصل 3-1 م.ش.ت: «يكون عقد الشركة عمداً شركة المحامسة بكتب خطّي أو بحجة رسمية. وإذا كانت من بين المساهمات حصص عينيّة تتعلق بعقار مسجل يجب أن يحرر طبقاً للتشريع الجاري به العمل والأعد باطلاً».

<sup>1368</sup> نصح هنان الفصلان بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001 المرخ في 17 أبريل 2001، راند رسمي عدد 31 صادر في 17 أبريل 2001، ص 992.

<sup>1369</sup> راجع في هذه البيانات وفي محتوى الصك عامة: قبل تنقيح 2001: العيب الشطوي، المصكوك بين محررها وتحريرها، مقال سابق، وبعد تنقيح 2001: أحمد بن طالع، الجديد في الترسيم بالسجل العقاري من خلال قوانين 2000-2001، مقال سابق، مرجع سابق.

<sup>1370</sup> راجع سابقاً، بحث انتقال الملكية في الجزء الأول، ف 314 وما بعدها.

<sup>1371</sup> ينتج عن ذلك وضعية طريقة تتمثل في انطباق الفصل 305 م.ج.ع. وكلّ فصول المفعول المنشئ للترسيم بصيغتها الحالية والجديدة، لأنّ النصوص الجديدة لم تلغ القديمة إلا جزئياً وأبقت على نفاذها في الجزء الباقي.

المزيد منها بقدر ما هو لتمهيد الجواب عن الإجازة بالسكوت.

## 2- الإجازة بالسكوت:

429- هل يمكن استنتاج الإجازة من سكوت المالك؟

ربما اتجه التفسير أول الأمر إلى الفصل 42 م.إ.ع. باعتباره نصاً عاماً ينطبق على كل تعبير عن الإرادة ونصه: «يعدّ السكوت رضاً أو تصديقا من شخص إذا وقع التصرف في حقوقه بمحضرة أو أعلم به على الصورة المطلوبة ولم يعارض بشيء ولم يكن له في سكوته عذر معتبر». وهو نص يعتدّ بالسكوت الملابس<sup>1381</sup> في التصريح بالإرادة وهو السكوت الذي تحفّ به ظروف وملابسات توجب الاعتراض بالكلام أي التعبير عن عدم الرضا، فيعدّ السكوت عندئذ تعبيراً عكسياً يستنتج منه الرضا والقبول<sup>1382</sup>.

ولكنّ هذا الاتجاه لا يستقيم بالنسبة إلى إجازة التفويت في ملك الغير لأنها ليست رضاً بالعقد ولا تصديقا على عقد في حق الغير. وعلى فرض عموم عبارتي الرضا والتصديق لتشمل كل صور التصريح بالإرادة، فإنّ الفصل 42 م.إ.ع. لا يمكن أن يمتدّ إلى الإجازة لأنّ فيها معنى التنازل عن حقّ الملكية للمفوت له، والفصل 522 م.إ.ع. لا يقبل بالسكوت فيما فيه تنازل «لا يتسامح فيما فيه التنازل عن حقّ بل ينحصر المقصود فيما يقتضيه صريح عبارته بغير أن يتوسّع فيها بالشرح، وما كان في معناه ريب لا ينبني عليه التنازل». كما أنّ الفصل 42 م.إ.ع. نفسه لا يعمل على السكوت إذا كان للمساكت عذر معتبر في سكوته. ويمكن القول إنّ المالك لا يشمل هذا الفصل لأنّ له دائما عذرا معتبرا وهو

1381

يسمى هذا السكوت بالفرنسية (*Le silence circonstancié*): انظر فيه: معتمد الرّين، العقدي، ف 135، ص 119، وف 469، ص 375.

1382

يوافق هذا التحليل القاعدة الفقهية الكلية «لا يُنسب إلى ساكت قول، ولكنّ السكوت في معرض الحاجة بيان»، المادة 67 من مجلة الأحكام العدلية.

المشتري، أو يقبض منه الثمن. وهي في هذا تلتقي مع الإمضاء<sup>1375</sup> والتصديق<sup>1376</sup>. ويمهّد تقديم المزيد من الأمثلة الخاصة على الإجازة الضمنية (1) لمعرفة إن كان من الممكن استنتاجها من سكوت المالك (2) أو من حالة ضرورة (3).

#### 1- أمثلة عن الإجازة الضمنية:

**428-** من الأمثلة التي يوقرها فقه القضاء المقارن، يمكن ذكر صورة المالك الذي وقع على عقد البيع الصادر من زوجته بصفته كفيلاً متضامناً معها والحال أنّ المبيع ملكه هو ولم يعارض في دعوى صحة التعاقد المرفوعة عليه من المشتري، فاستنتجت محكمة النقض المصرية من ذلك وجود إجازة ضمنية للمبيع لا لبس فيها<sup>1377</sup>. ومثلها فعلت محكمة التعقيب الفرنسية لما اعتبرت التوكيل المعطى من الزوجة لنفس الوكيل الذي باع كامل العقار المشترك بتوكيل سابق من الزوج، إجازة منها للبيع<sup>1378</sup>. كما استنتجت وجود الإجازة من قيام المالك على المشتري في إلزامه بتنفيذ البيع الذي أبرمه معه شخص آخر<sup>1379</sup>.

ويمكن تصوّر إجازة ضمنية في تقويت في مال شائع، تحصل من قبول الشريك الذي فوّت في جزء من منابه بمناب أقل في القسمة وأخذ معدّل عن الفرق. أو كذلك إذا تمت قسمة المشترك في شكل صلح بين الشركاء<sup>1380</sup>، فإن المشاركة في الصلح والالتزام به يتضمّن إجازة أكيدة لأعمال الشريك المتصالح معه إذا كان قد باع مناب شريكه، فالصلح معه يفيد إجازة التقويت الصادر منه.

وهكذا يمكن أن تتعدّد أمثلة الإجازة الضمنية، وليس المقام لاستعراض

<sup>1375</sup> انظر الفصل 338 م.إ.ع.

<sup>1376</sup> راجع الفصلين 41 و1194 م.إ.ع.

<sup>1377</sup> نقض مدني مؤرخ في 30 أفريل 1950، أورده سليمان مرقس، عقد البيع، ف 296، ص 518، هـ 3.

<sup>1378</sup> Req. 20 février 1855, D. 1855.1.135 / S. 1855.1.590.

<sup>1379</sup> Cass. Civ. 26 juillet 1926, D.H. 1926. 434 / S. 1926, 1. 302.

<sup>1380</sup> انظر في هذا الشكل: محمد سعيد، القسمة العقارية، أطروحة سابقة، ص 42 وما يليها.



بوصفه ربّ العمل، وتقوم الصلّة بينه وبين الدائن معاهد الفضولي مباشرة بما يسمح لهذا الأخير بالتّقييد على المرهون ضده هو لأنّه هو المطلوب له بالدين، ويتمّ التّقييد بالأفضليّة على سائر دائني ربّ العمل. وكلّ هذه نتائج لفكرة الثّابة التي مصدرها في الفضالة، بما يعني أنّ الضّرورة لا تعدّ إجازة ضمنيّة وليست ظرفاً تستتبع منه هذه الإجازة وإنّما هي مسوّغ استثنائيّ لتطبيق الفضالة على أعمال تقويت تفرض الضّرورة إلحاقها بأعمال الحفظ أو الإرادة.<sup>1385</sup>

ولهذا تلحق الضّرورة بالسكوت في نفي كونهما ظرفين لاستنتاج إجازة ضمنيّة، بما ينتج معه التّشدّد في صور هذه الإجازة خصوصاً أنّه من الواجب إضافة إلى صيغتها الإعلام بها.

#### الفقرة الثانية: الإعلام بالإجازة

431- مسألان في الإعلام تشدّان الاهتمام: وجوبه (أ) وزمّنه (ب).

#### أ- وجوبية الإعلام:

432- هل يجب إعلام المفوّت له بالإجازة أم لا؟ أي هلاً تحدثت الإجازة أثرها القانوني إلا إذا بلغت إلى علم المفوّت له أم يكفي صدورها من المالك الحقيقي حتّى تلزمه ولو لم يعلم بها المفوّت له؟

في غياب حكم خاصّ في التقويت في ملك الغير، يتّجه الرّجوع إلى القواعد

1385

يدلّ على هذا أنّ أكثر الأمثلة التي يذكرها الفقهاء وقد استوجوها من فقه القضاء الفرنسي متعلّقة بتقويت في منقولات يسهل إخطاؤها وتقلّتها وهي بعد مكتسحة بقاعدة الحوز في المنقول سند الملكية، كبيع أشياء يخشى فسادها، وبيع قطع من البقر خشية إصابته بمرض خطير يبيع أسهم في البورصة... في مقابل ندرة أمثلة التقويت العقاري التي تكاد تقتصر إضافة إلى مثال الرهن في المثل على بيع الزوج جزءاً من درطة المرأة لإصلاح الباقي، وإبرام معاوضة في ظروف خاصّة جداً متّصلة بالتّظيم العقاري. - باجو، عمل الحفظ كعمل ضروري، أطروحة سابقة، ف 404، ص 167. - مازو وشاباس، الالتزامات، ف 684، ص 824. - مارتى وويتو، الالتزامات، ف 340، ص 304.

مجرد كونه مالكا فحماية حق الملكية تتنافى مع إحالته من شخص إلى آخر بناء على سكوته ولو كان ملائسا.

وبهذا يرجح جواب النفي عن سؤال الإجازة بالسكوت، فهل هو حفظ الإجازة الضرورية أيضا؟

### 3- الإجازة الغروية:

**430-** إذا فوت شخص في ملك غيره بدافع ضرورة أو تأكد فهل يقبل تقويته ويعمد نافذا دون حاجة لطلب إجازة صريحة من المالك باعتبار أن هذه الإجازة حاصلة قانونا بحكم الضرورة؟ والمثال يوضح الحال، فلنفرض أن جارا انبرى في مغيب جاره لإصلاح منزله المنذر بالانهدام نتيجة حريق أو فيضان مياه الأمطار، واضطرّ حيال تأكد الموقف أن يقتصر مالا مقابل رهن على العقار المراد ترميمه<sup>1383</sup>. فهل يعتبر هذا الرهن العقاري نافذا قانونا بموجب إجازة ضرورية تغني عن سؤالها صراحة من المالك؟ وهل حالة الضرورة هي من الملايسات التي تستنتج منها إجازة ضمنية؟

قد يبدو الجواب بالإيجاب مفروغا منه، لكنّه حتما متسرع لأن نفاذ الرهن المحقق فعلا في المثال المذكور لا يعني أنّه ناتج عن إجازة تقويت في ملك الغير، وإنما يردّ في الحقيقة إلى إطار مختلف عنه وهو الفضالة مع ما تغنيه من نيابة وكلاهما أجنبي عن التقويت في ملك الغير، ففي المثال المذكور اجتمعت كل شروط الفضالة وخاصة منها التلقائية والغيرية والنفعية وكذلك التأكد لتعلق الأمر بتقويت<sup>1384</sup>. ويعني اجتماع كل هذه العناصر أن يجد الجار صاحب المنزل نفسه ملزما بما تممه جاره المفوت وعلى الأخصّ بدين القرض والرهن الضامن له، فيتحمّل بالتزامات الفصل 1185 م.أ.ع. وكلّ ما ترتبه الفضالة في حقّه من أحكام

<sup>1383</sup> هذا المثال مستوحى من: هوش فاطمة، الفضالة، أطروحة سابقة، ص 30-31.

<sup>1384</sup> راجع في شروط الفضالة سابقا، ف 253 والمراجع المذكورة في الهامش.

مركزي في نسق نظامه الذي يفترض المرور بمراحل متعاقبة تبدأ بظهوره من المتزم وصدوره نحو المستفيد ثم وصوله إلى هذا الأخير وعلمه به<sup>1390</sup> أي أن إعلام الإرادة يفترض تحديد وجهة إنقاؤه<sup>1391</sup> بتوجيهه إلى شخص معين قانوناً ثم إعلامه به بحيث «يكون علم هذا الشخص بالتعبير جزءاً منه لا يتم وجوده الشرعي إلا به ولا يتسنى للتعبير أن تقدر آثاره إلا بوجود هذا الجزء المتمم»<sup>1392</sup>. وهذا هو تصوّر التصريح المتلقى وهو الأصل حسب الفصل 22 م.أ.ع. وخلافه التصريح الملقى الذي يقف عادة عند الإصدار أي عند مرحلة الظهور والصدور<sup>1393</sup> ومثاله

الواقعة، انظر هذا التقرير بمزيد التفصيل في: وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ف 88-89، ص 76-77.

<sup>1390</sup> سعاد يوسف باباي، التصرف القانوني من جانب واحد مصدر مستقل للالتزام في القانون الخاص، أطروحة سلبية، ف 303 وما بعدها، ص 499 وما يليها.

<sup>1391</sup> ركن الأستاذ محمد بفسق على مسألة «الوجهة» هذه فأسس عليها التقرير الذي نرى عليه أطروحته بين التصريح المحدد الوجهة والتصريح غير المحدد الوجهة، وفصله على التمييز بين التصريح المتلقى والتصريح غير المتلقى «لأنه تعبير محايد لا يبرر عن موقف مسبق بالوقوف من جهة المتزم له» (أطروحة، ص 113 وما يليها - خاصة ص 115-116)، ولعل هذا ما ينسّر تحاشيه الحديث عن الإعلام بالتصريح بالإرادة وحديثه في المقابل عن ضرورة وصول التصريح إلى المستفيد إذا كان محدّد الوجهة ووجب إشهاره إذا لم يكن محدّد الوجهة (الأطروحة، ص 242 وما يليها). وبإسثناء مسألة الإعلام، قد لا يوجد فرق كبير بين تقسيم الأستاذ بفسق وتقسيم السن خاصة أن توجيه الإعلام له دور هامّ في التقرير، بين التصريح المتلقى والتصريح الملقى، انظر الهامش 1397 للأحق.

<sup>1392</sup> وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ف 84، ص 72.

<sup>1393</sup> لا ينهم من هذا البسط أن الإعلام خاص بالتصريح المتلقى، بل يمكن أن يوجد في التصريح الملقى، وإنما الفرق في وجوبته في التصريح المتلقى وعدمها في التصريح الملقى والمقصود هو الإعلام الكامل الذي يحصل معه العلم للمستفيد، لا مجرد إظهار الإرادة وإصدارها. ولذلك لاحظ الفقه أن ما يميز التصريح المتلقى أمران أساسيان هما نية التوجيه أي توجيه الإرادة إلى شخص معين، والموجه إليه وهو الذي يجب أن يوجه إليه التصريح قانوناً ويتلقاه بهذا الاعتبار حين يعلم به. ويطلب غياب هذين الميزين في التصريح الملقى إذا هو لا يحمل نية إيصال التصريح إلى المستفيد، وأما فيه إرادة الالتزام عموماً نحو من يهّمه الأمر، كما ليس فيه موجه إليه محدّد قانوناً يجب أن يصل إليه التصريح ولما هو شخص يختاره المتزم بحرية، انظر: وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ف 97 ص 88 وف 100، ص 90.

العامّة التي تضمنت حلاً مبدئياً لهذه المسألة أجملة الفصل 22 م.إ.ع. بنصّه: «إذا كان الالتزام من طرف واحد لزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للملتزم له». ويفهم من هذا النصّ أنّ المبدأ في التصريح بالإرادة أنّه لا يلزم صاحبه إلاّ ببلوغه إلى علم المستفيد منه<sup>1386</sup>، فيقال إنه تصريح تلقى أي واجب الإعلام به وحصول العلم فيه للمستفيد<sup>1387</sup>، خلافاً للتصريح الملحق الذي يعدّ استثناءً في منطق هذا النصّ، وهو التصريح الذي يلزم صاحبه بمجرد ظهوره وصدوره عنه دون حاجة إلى علم المستفيد<sup>1388</sup>.

وتتخلل ضرورة الإعلام في التصريح بالإرادة<sup>1389</sup> عموماً على أنّها عنصر

1386  
انظر:

- **Souad YOUSSEF BABAI**, L'acte juridique unilatéral source autonome d'obligation en droit privé, thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, n° 396, p. 517 et n° 397, p. 519.

1387 يخالف الأستاذ محمد بلقاسم هذا الفهم ويعتبر أنّ الفصل 22 م.إ.ع. يكرس نظريّة وصول التصريح إلى المستفيد، ولا بلوغ العلم له به حقيقة. وهذا رأي فيه خروج عن ظاهريّة النصّ لا يتسع المقام ولا الموضوع لمناقشته.

فانظر النص:

- **Mohamed BAG BAG**, La déclaration de volonté, source d'obligation dans le code des obligations et des contrats (Essai d'une théorie générale), thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1994, pp. 242 et s. spéc. pp. 244-246.

1388 هذا الاستعمال الاصطلاحي مستعار من الأستاذ وحيد السنين سوار الذي يميّز بين التعبير

التلقيني ويعني به التصريح واجب التلقي في علم الملتزم له ويتطابقه في الفرنسيّة مصطلح

(*La déclaration réceptice*) والتعبير الملحق وهو التصريح الذي يكفي إقائه من الملتزم دون وجوب

تلقينه في علم المستفيد ويقابله في الفرنسيّة (*La déclaration non réceptice*): انظر أطروحته المشورة

2.

حول التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص 87 هـ، ص 75 هـ.

1389 يجب التّشبيه إلى أنّ الأمر هنا يتعلق بإعلام الإرادة (*La notification de volonté*) لا بإعلام الواقعة أو

التصريح القانوني (*La notification d'un fait ou d'un acte juridique*) والذي يسمّيه الأستاذ

وحيد الدين سوار «الإيدان»، إذ هو لا يتضمنّ الإعلام بإرادة الالتزام، بل يكفي إعلان حدود واقعة مادية

كإيدان البائع المشتري أنّه خلّى بينه وبين المبيع (الفصل 592 م.إ.ع.) وإيدان الوكيل بوهبة موكله (الفصل

1168 م.إ.ع.) وإيدان الملتقط بمخوره على القطعة... أو إعلان تصرف قانوني كإعلام المدين بإحالة الدين

(الفصل 205 م.إ.ع.) أو إعلام الشفيع بوقوع البيع (الفصل 115 م.إ.ع.)، فهنا ينصبّ الإعلام على واقعة

التصرف الذي تمّ، فهو إيدان وغير إيدان، وهكذا أنّ البحث في إعلام الإجازة يشمله إعلام الإرادة لا إيدان

ينشئ وضعاً جديداً<sup>1398</sup>، بل هي تحافظ على الوضع القائم كما هو دون تغيير. فهي إذن من صنف التنازلات الإقرارية لا التنازلات التعديلية<sup>1399</sup>. وما يميّز التنازل الإقراري أنه في غير حاجة إلى الإعلام كالتنازل عن التنازل والإمضاء<sup>1400</sup>.

وثاني الاعتبارين أن معنى التنازل الذي في الإجازة لا يشمل الطعن في العقد فحسب بل ينصرف أيضاً إلى دعوى الاستحقاق لأن المالك بإجازته يتنازل عن حقه في المطالبة باستحقاق الشيء من يد الموث له، أي أن تنازله إسقاطي<sup>1401</sup> وما دام كذلك فلا حاجة له لإبلاغ تصريحه إلى أي كان، فمن يتنازل لا يسأل عن مصير ما تنازل عنه، والأصل أن اشتراط الإعلام في التصريحات الأحادية الجانب بهم التصريحات التي تعلن شيئاً أو تتضمن إذناً قانونياً لشخص ما أو تلك التي تمس مباشرة حقوق الغير، وهو ما يعني أن التصرفات الإسقاطية لا تدخل فيها ومنها الإجازة فتكون تصرفاً ملغى<sup>1402</sup>.

وينتج عما سبق أن الإجازة تنفذ التوثيق في ملك الغير ولو بغير علم الموث

<sup>1398</sup>

تعرف هذه القاعدة باللاتينية «*Confirmatio nihil dat novi*»، انظر، رولان ويواي، قواعد القانون الفرنسي، ص 103، القاعدة 56.

<sup>1399</sup>

يقال بالفرنسية: «*Renoncations confirmatives et non modificatives*». ومن بين من تمسك بهذا التصنيف وأسس عليه عدم ضرورة الإعلام التقية الفرنسي دورما في أطروحته عن إعلام الإرادة ودور الإعلام في تكوين التصرفات القانونية:

- **Mircea DURMA**, La notification de volomé, rôle de la notification dans la formation des actes juridiques, thèse Paris, Sirey, 1930, n° 258, p. 277 et n° 261, p. 279.

ذكره كوتيري في أمضاء التصرفات الباطلة، أطروحة سابقة، ف 42، ص 30-29.

<sup>1400</sup>

دورما، إعلام الإرادة، أطروحة سابقة، موضع سابق.

<sup>1401</sup>

يسمى بالفرنسية: «*Renonciation abdicative*».

<sup>1402</sup>

كوتيري، أمضاء التصرفات الباطلة، ف 43، ص 30.

- **Jacques MARTIN de La MOUTTE**, L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, thèse Toulouse, L.G.D.J., 1951, p. 184.

الوصية والوعد بالجعل<sup>1394</sup>. ويفصل التفرقة بينهما يعود عادة إلى المشرع<sup>1395</sup> أي أن القانون هو الذي يحدد متى يكون التصريح متلقى ومتى يكون ملقى فحسب<sup>1396</sup> وهو الذي يجب أن يسأل في كل حالة عن طبيعتها. وقد اختار المشرع أن يجعل من التصريح المتلقى مبدأ، فيجب حمل كل تصريح على أنه كذلك حتى يثبت خلافه من النصوص الخاصة بتصريحات خاصة<sup>1397</sup>. وهكذا نصل إلى تدقيق السؤال بالنسبة إلى الإجازة: فهل يشملها حكم المبدأ فتكون متلقاة؟ (2) أم هناك ما يخرجها عن الفصل 22 م.إ.ع. ويجعلها من بين استثناءاته؟ (1).

#### 1- الإجازة لتصريح ملقى:

433- في إجابة أولى عن هذا السؤال نطلق بعض الفقهاء في فرنسا من الجمع بين الإجازة والإمضاء صلب نص واحد في المجلة المدنية (الفصل 1338) الموافق للفصلين 337 و338 م.إ.ع. وسعوا إلى التظهير بينهما وتبين أن الإجازة هي عمل ملقى، واستندوا في ذلك إلى اعتبارين. أولهما أن الإجازة كما الإمضاء، تحمل معنى التنازل إذ بموجبها يتنازل المالك عن حقه في الطعن في التقويت بعدم الاحتجاج، وهي لا تغير شيئاً من العمل المجاز تطبيقاً لقاعدة «أن الإمضاء لا

<sup>1394</sup> سعاد يوسف باباي، التصرف من جانب واحد...، أطروحة سابقة، ف 398 وما بعدها، ص 519 وما

ليها.

<sup>1395</sup> سعاد يوسف باباي، التصرف من جانب واحد...، أطروحة سابقة، ف 394، ص 515 - وحيد الدين

سوار، التعبير عن الإرادة...، ف 84، ص 73. وقد اقترح الفقه عدّة معايير أخرى، انظرها في أطروحة سعاد

يوسف باباي، التصرف من جانب واحد...، ف 392 وما بعدها، ص 512 وما يليها.

<sup>1396</sup> سعاد يوسف باباي، التصرف من جانب واحد...، أطروحة سابقة، موضع سابق.

<sup>1397</sup> لا يوافق الأستاذ محمد بقيق هذا الطرح لأنه يرى أن المشرع يميز بين نوعين من التصريحات الإرادية لكل

منهما نظامه الخاص، ولا توجد بينهما علاقة مبدأ واستثناء. فإما أن يكون التصريح محدد الوجهة أو أن لا

يكون كذلك. ولكل نظامه، لكن ما هو معيار التفرقة بينهما والحال أن الأستاذ بقيق نفسه يقر بصعوبة

حصره وتحديده؟ (الأطروحة، ص 113) وعلى كل، فالإجازة في نظره لا يمكن أن تكون إلا محددة

الوجهة، فيكون نظامها موازياً للتصريح المتلقى، إلا في مسألة العلم كما تقدم.

تصريح متلقى.

**436-** ويسهل تأييد هذا الاستنتاج تشريعياً ومنطقياً. فالطابع المتلقى للإجازة يستمد صحته من قوة النص الصريح وهو الفصل 22 م.ع. الذي يوجب الإعلام دون أي تقييد بين أنواع التصريحات فلا وجه أمام عموم عبارته للتقريب<sup>1407</sup>. كما لا وجه أمام طبيعته المبدئية للاستثناء عليه إلا إذا ثبت قطعياً خروج التصرف عن دائرته إما بنص صريح أو بطبيعة التصرف كالإسقاطات المحضة التي لا يخاطب فيها المالك أحداً بل يكتفي بإعلان رغبته في إسقاط حقه ومثاله ترك المنقول حسب الفصل 24 م.ع.، ولا شيء من هذا في الإجازة.

ولهذا الحل المبدئي مبررات عديدة أهمها أن حرمة حق الملكية وإحاطته بالحماية القانونية الفائقة تمنعان التساهل في إخراجه من ذمة صاحبه إلا إذا تنازل عنه باختياره أو قضى القانون بذلك في أحوال استثنائية<sup>1408</sup> وذلك خشية التلاعب بأموال الغير أو فتح الدرائع أمام الاعتداء عليها. وأنه مما يتفق مع هذا التوجه أن تكون الإجازة عملاً متلقى لا ملقى لأنه في مزيد الإحاطة بالتصريف وبشكائياته تحقيقاً لمزيد من الحماية خصوصاً أن أصول تفسير العقود تمنع التسامح فيما فيه التنازل عن حق<sup>1409</sup> وكذلك تفسير ما كان فيه عوض<sup>1410</sup> وهذان المعطيان ملحوظان في الإجازة. ثم إن الإجازة تنفذ التقويت أي تنقل الملكية إلى المفوت له، ومعنى هذا أن لها مستفيداً محدداً مسبقاً يجب أن يتوجه إليه التصريح بالإرادة، فتكون هكذا تصريحاً متلقى بلا مرأى.

**437-** ويترتب عن كل هذا، أنه لا يكفي أن تصدر الإجازة عن المالك، بل

1407 الفصل 534 م.ع.

1408 الفصل 20 م.ع.

1409 الفصل 522 م.ع.

1410 الفصل 523 م.ع.

له<sup>1403</sup>، بل بمجرد صدورها والتعبير عنها من المالك. كما أن هذه الإجازة عامة إذا أعلم بها المفوت دون المفوت له. فمثلاً لو سأل البائع المالك أن يجيز البيع وأجاب المالك بالإيجاب دون أن يوجه خطابه إلى المشتري، لم يمنع ذلك نفاذ البيع وانتقال الملكية إلى المشتري. ويستتبع ذلك أن ما بهم في الإجازة هو وجودها لا العلم بها، مما يطرح مسألة إثباتها، وهذا يتم بجميع الوسائل باعتبار أن الإجازة في نظر المفوت له تعتبر واقعة قانونية وفي نظر الغير هي وقائع قانونية تثبت بجميع الوسائل<sup>1404</sup>.

434- ولئن كانت هذه النتائج متماشية مع المنحى العام في تصحيح المقنود واستقرار التعامل، إلا أنها تتجافى مع حرمة الملكية وحماية المالك الحقيقي، ناهيك أنها قائمة على اعتبارات مردودة مما يجعل الإجازة في الحقيقة تصريحا متلفي.

## 2- الإجازة نصريه وتلفي:

435- إن التمييز بين التنازل الإقراري والتنازل التمديلي هو تصنيف غير مقنع وينطلق من مسلمة أن الإجازة لا تضيف شيئاً جديداً للعقد المجاز، وهذا غير صحيح على إطلاقه<sup>1405</sup>. أما التعلل بأن الإجازة تصرف إسقاطي فهو تعلل غير صحيح لأن الإجازة وإن كانت تحمل معنى الإسقاط فيما يتعلق بجانب سريان العقد في حق المالك أي من جهة الطعن في العقد، إلا أنها ليست كذلك من جهة نقل الملكية إلى المشتري إذ هي لازمة حتى يحصل هذا الأثر، أي أن الإجازة هي تصرف ناقل لا إسقاطي<sup>1406</sup> توجب أن يعلم بها المفوت له، ومن هنا فالإجازة

<sup>1403</sup> في هذا الاتجاه: تعليق فوزيار - هرمان على المجلة المدنية الفرنسية، مرجع سابق، ج 5، الفصل 1599.

ف 77، ص 539.

<sup>1404</sup> كوتيري، إضاء التصرفات الباطلة، ف 44 وما بعدها، خاصة ف 47، ص 33.

<sup>1405</sup> كوتيري، إضاء التصرفات الباطلة، ف 42، ص 30.

<sup>1406</sup> راجع ما تقدم في بحث انتقال الملكية من أن التنازل في نقل الملكية هو تنازل ناقل لا إسقاطي. هـ. 1093.



له في عدم الاعتداد بالإجازة، أي إلى أي حد يجوز للمفوت له أن يقبل الإجازة، ويعدّه يكون في حلّ منها؟ والجواب تحدّده طبيعة الدّعوى المخوّلة للمفوت له للطعن في التّوثيق على أنّه في ملك الغير. وقد استند القضاء<sup>1413</sup> والفقه<sup>1414</sup> في فرنسا إلى هذا المعيار لتحديد زمن الإجازة فاشتراط نفاذها ورودها قبل رفع دعوى الإبطال لأنّ جزء البيع هو البطلان التّسبي، وهذه دعوى لا تخوّل للقاضي سلطة تقديرية، بل تقيده بالتصريح بالبطلان إن ثبت لديه سببه<sup>1415</sup>. وعلى خلاف ذلك إذا كانت الدّعوى في الفسخ كما في الفصل 576 م.إ.ع. فللقاضي سلطة تقديرية لا تنتهي إلا بصدور الحكم، وإلى ذلك الحدّ يمكن أن ترد الإجازة فتنفذ التّوثيق<sup>1416</sup>.

**440-** ويتميز الرّهن بخصوصية في هذا السّياق مردّها ارتباطه بالتّنفيد الجبري على المرهون إذ من المعلوم أنّ العقلة باطلة إذا تسلّطت على مال الغير<sup>1417</sup>، فإذا لم يكن الرّاهن هو المالك، وحلّ الأجل ويادر الدائن بالتّنفيد على المرهون، ثمّ طرأت الإجازة فهل من شأنها أن تفضد الرّهن والحال أنّ أعمال التّنفيد باطلة كونها لم تشمل مال المدين، أم لا يعتدّ بها لأنّها وردت متأخّرة عن زمنها، وزمنها عندئذ هو كامل الفترة السّابقة عن البدء في التّنفيد أي قبل توجيه

1413 - Req. 20 février 1855, D. 1855. I. 135/S. 1855. I. 590. - Req. 30 décembre 1870, D. 1870. I. 127/S. 1870. I. 145. - Cass. Civ. 26 juillet 1926, D.H. 1926. 434 / S.

1414 بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 50، ص 46-47. - بوري لكاتيتري، الوجيز، ج 2، ف 743-4.

1415 ف 468. - مالوري في موسوعة دالوز كلمة «بيع» (الأركان)، ف 217، ص 14. - ريبير وبولانجي، ج 3، ف 1300، ص 443.

1416 فيهوب، أعمال التّوثيق في ملك الغير، مقال سابق، ف 25، ص 18. - فوزنار - هرمان في تعليقه على المجلة المدنية الفرنسية، ج 5، الفصل 1599، ف 83، ص 539.

1417 فيهوب، أعمال التّوثيق في ملك الغير، موضع سابق.

راجع الهامش 1236 السابق.

يجب إعلام المفوت له بها، ويجب أن يحصل لهذا الأخير العلم بمضمونها لا بمجرد وقوعها. وبناء عليه، فما لم تبلغ إلى علم المستفيد يجوز للمالك الرجوع فيها، لأن ذلك هو شرط جواز الإجازة ومنع الرجوع فيها معها<sup>1411</sup>. كما أن الإجازة الصادرة نحو البائع دون المشتري لا عمل عليها لأن أثر الإجازة يتحقق في ذمة هذا الأخير فهو المعنى المباشر بها ولا مناص من علمه<sup>1412</sup>.

ويبلغ الإجازة إلى علم المفوت له تكتمل عناصرها ويتحقق نفاذها. لكن يبقى سؤال عن الغاية الزمنية التي يقف عندها الإعلام.

#### ب- زمن الإعلام:

**438-** إن السؤال عن زمن الإعلام هو في حقيقته سؤال عن الإجازة نفسها باعتبارها عملاً متلقياً لا يتم إلا بالإعلام. ولهذا السؤال وجهان أحدهما يتعلق بالإجازة نفسها (1) والآخر بالجواب عن طلبها (2).

#### 1- زمن صدور الإجازة:

**439-** يتجه البحث في هذا الوجه عن الزمن الذي ينبغي أن تصدر الإجازة خلاله حتى إذا صدرت بعده فلا يعتد بها؟

في غياب جواب مباشر في القانون، يتجه تحديد الزمن على ضوء المقصود بعدم الاعتداد بالإجازة، وهو حق المفوت له في أن يعتبر الإجازة كأنها لم تصدر ولا تلزمه وأن شرط نفاذ التقويت لم يتحقق. والسؤال هنا، متى ينتهي حق المفوت

<sup>1411</sup> سعاد يوسف باباي، التصرف القانوني من جانب واحد، أطروحة سابقة، ف 411 وما بعدها، ص 536 وما يليها، انظر خاصة ف 413، ص 539.

<sup>1412</sup> هذا هو الحل أيضاً في الفقه الإسلامي، وفيه أن «اختيار المالك لإجازة العقد هو تعبير متلقى بخلاف ما إذا أراد رفعه أي عدم إجازته، فيكون تعبيراً ملقى لأنه امتناع عن عقد لا الزام فيه أو لأن عقدهما لا وجود له في حق المالك إذ لا ولاية لهما عليه». انظر: وحيد الدين سوار، التعمير عن الإرادة... أطروحة سابقة، ف 159، ص 148. والتعليل مأخوذ عن أكمل الدين الألبرتي في شرح الغاية على الهداية، الكمال بن الهمام في فتح القدير وكلاهما حقيقيان.

136 من القانون المدني<sup>1421</sup>. ولكن يمكن الاستئناس بالأحكام العامة فينتجه تفريق صورتين: إما أن يحدّد السائل أجلاً للجواب فيكون هو المدة المقرّرة للإجازة، أو أن لا يبيّن أجلاً فتحتسب عندئذ «مدة معقولة». وتستلهم هذه المدة خاصّة من الفصول 34 و122 و269 م.ع.<sup>1422</sup> وتعتبر مسألة واقعية<sup>1423</sup> خاضعة لاجتهاد حكام الأصل وتختلف من حالة إلى أخرى<sup>1424</sup>.

442- وتتضاف مسألة المدة هذه إلى سابقتها من المسائل للدلالة على خضوع شروط الإجازة بوجه عام للأحكام العامة للتصريحات الإرادية. وعدم ابتعادها بذلك عن شبيبتها الإمضاء والتصديق، رغم استقلالها ببعض الخصوصيات. ويلاحظ هذا التقارب أيضاً في آثار الإجازة، لكنّ حيّزه أضيّق منه في الشّروط، لأنّه بما تنتجه الإجازة من آثار يظهر تميّزها كتصرّف خاصّ.

### القسم الثاني: آثار الإجازة

443- إن الأثر الأصلي والنوعي المنسوب بالإجازة حسب الفصلين 576 م.ع./203 م.ع. هو إنفاذ التقويت أي جعله يحدث أثره العيني. فالملكيّة تنتقل إلى المشتري وحق الرهن يكتسب للمرتهن وحق الانتفاع ينشأ للمنتفع... وهكذا في كل تقويت. وإذ يتحقق هذا الأثر يستكمل التقويت في ملك الغير آثاره كتقويت

1421

تجب ملاحظة أنّ القانون المراهي يؤلّ السكوت طيلة مدة الثلاثة أشهر على أنّه إجازة لا رفض.

1422

الفصل 34 م.ع.: «من صدر منه إيجاب بهراسلة بلا تحديد أجل بقي ملزوماً إلى الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرّح بخلافه في الكتابة».

والفصل 122 م.ع.: «إذا لم يبيّن أجل في الصورة المتقدمة (خيار النقد) فإنّ لكلّ من المتعاقدين إلزام الآخر

بالتصريح بما استقرّ عليه رأيه في مدة معقولة».

والفصل 269 ف1 م.ع.:

«ويعدّ المدين مماتلاً بمضنيّ الأجل المبيّن في العقد فإذا لم يبيّن أجل فلا يعدّ المدين مماتلاً إلا بعد أن يسأله الدائن أو نائبه القانوني بوجه صريح خلاص ما عليه ويذكر في السؤال ما يأتي:

أولاً - أنّه يطلب من المدين الوفاء بما التزم به في مدة معقولة...».

1423 انظر أيضاً الفصول 137 و154 و286 و870 و875 و1092 م.ع.

1424

مصمّد المنصف الشافعي، مماتلة المدين...، أطروحة سابقة، ص 48.

محضر العقلة<sup>9</sup>

لا يبدو أن الأمر كذلك، بل الأولى أن تكون الإجازة صحيحة وعاملة نظراً لضرورة الفصل بين الرهن والعقلة. فالإجازة صحيحة وتنفذ الرهن لأنها طرأت في زمنها الذي لا ينتهي إلا بصدور حكم في فسخ الرهن نفسه. أما العقلة فهي باطلة لتسلطها على شيء غير مملوك للرهن، ويجب بعد نفاذ الرهن أن تعاد من جديد. ولا يقال إن قبول الإجازة يجب أن ينسحب على العقلة فيصححها وذلك أولاً لأن بطلان العقلة هو بطلان إجرائي يتميز بآثره الرجعي النسبي أي الذي يقف عند آخر عمل صحيح<sup>1418</sup> وثانياً، لاختلاف إجراءات التنفيذ في الحالتين لأنه بالإجازة ينقلب التنفيذ ضد كفيل عيني ولا يستمر ضد مدين أصلي، وشكليات التنفيذ ليست نفسها<sup>1419</sup> فلا يمكن والحالة تلك الاستمرار على أعمال التنفيذ، بل لا بد من إعادتها من جديد.

وأما الوجه الثاني لزمن الإجازة فيتعلق بعمدة الجواب عن طلبها.

## 2- مدة الجواب عن طلب الإجازة:

**441-** إذا سئل المالك الإجازة سواء من البائع وهو الغالب أم من المفقوت له، فما هي المدة التي قد يستغرقها جوابه، والتي يمكن خلالها انتظار صدور الإجازة وبمضيها تعتبر الإجازة مرفوضة<sup>1420</sup>؟

لا يوجد تحديد مسبق لمدة معينة كما في التعاقد في حق الغير حيث قرر الفصل 40 م.أ.ع. مدة خمسة عشر يوماً للتصديق، أو كما اتجهت إلى ذلك بعض التشريعات المقارنة كالتشريع العراقي الذي عين مدة ثلاثة أشهر للإجازة في المادة

<sup>1418</sup> انظر الفصل 438 ف 2 م.م.ت. وكذلك: فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق،

ف 378، ص 669.

<sup>1419</sup> انظر: فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون اللبناني، ف 180 وما بعدها، ص 352 وما يليها.

<sup>1420</sup> لا يمكن طبعاً تأويل السكوت خلال المدة المقررة إجازة لعدم جوازها به، كما تقدم.

### الفقرة الأولى: المفوت هو البائع (المفوت الأصلي)

445- ينبني هذا الرأي (أ) على اعتبارات منقذة (ب).

#### أ- الرأي:

446- لاحظ بعض الشراح أن الإجازة تزيل خطر الاستحقاق وأنها صادرة من غير الطرفين، واستتجوا أن الإجازة لا أثر لها في تغيير مركز الأطراف فيبقى البائع بائعا والمشتري مشتريا والمالك غيرا. وخروج الملكية من هذا الأخير إلى المشتري لا يكسبه صفة البائع ولا يكون سندا له لينضم إلى التقوية بل يبقى خارجا عنه كما كان قبل الإجازة<sup>1426</sup>. ويتج عن ذلك أن التزامات التقوية تبقى بين الطرفين الأصليين إزاء بعضهما، فالبايع يبقى ملزما بالضمان وبالتسليم والمشتري يدفع الثمن وبسليم المبيع، وإن تعرض المشتري لأي استحقاق خصوصا ما كان متسببا فيه المالك قبل الإجازة، فإنه يرجع به على البائع لا على المالك الحقيقي، وإن دفع الثمن إلى البائع كان دفعه صحيحا ومبررا لانتفاء العلاقة بينه وبين المالك<sup>1427</sup>.

#### 447-

إن هذا الرأي يستند أولا وأساسا إلى تحليل طبيعة الإجازة وورصد معنى التنازل فيها، وهو تنازل مزدوج ينصرف إلى الملكية وإلى العقد. إذ الإجازة هي تنازل عن دعوى استرداد الملكية وهي تتنازل عن التمسك بعدم الاحتجاج بالعقد على المالك، وتحليله أن التقوية في ملك الغير لا تأثير له على المالك الحقيقي إذ هو ليس سندا يفقده الملكية، ولا هو تصرف يحتج به عليه أو يلزمه في شيء، أي أن حقه قائم دائما في حماية ملكيته واستردادها خاصة إذا تحوّر

1426

رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالنها،

مصر، الطبعة الرابعة، ص 60-61 والمراجع المذكورة في الهامش - حورية كميح، بيع ملك الغير... ص

150. - فيهيو، أعمال التقوية في ملك الغير، مقال سابق، ف 27، ص 19.

1427

الستهوري، الوسيط، ج 4، ف 166، ص 298-299، والمراجع المذكورة في الهامش السابق.

عادي صادر عن مالك لا يختلف عنه في شيء لأن التقويت في ملك الغير هو تصرف منتج لكافة آثاره الشخصيّة ولا ينقصه إلا الأثر العملي الذي يلحق بالإجازة.

ولا يعني تحليل آثار الإجازة الوقوف عند الأثر العملي في حد ذاته، فذلك أثر نوعي مميّز لكل تقويت حسب طبيعته، بل يعني توجيه البحث نحو دور الإجازة في تحقيق هذا الأثر. ويظهر هذا الدور في مسألتين بالفتي الأهميّة تتعلق أولاهما بتحديد الطرف المفوت (الفرع الأول) وثانيتهما بضبط زمن نفاذ التقويت (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: أثر الإجازة في تحديد المفوت

444- يفرض اكتساب المفوت له للحق العملي بموجب الإجازة السؤال التالي: ممن يكتسب هذا الحق<sup>1425</sup>: أمن المالك أم من المفوت الأصلي (البائع)؟ وإن كان من المالك فما تأثير ذلك على أطراف التقويت؟ أي من سيكون المفوت الذي يستثمر العلاقة بينه وبين المفوت له: هل سيكون هو المالك، وعلى أي أساس، وماذا سيكون مصير المفوت الأصلي عندئذ؟ أم سيبقى هو المفوت الأصلي وحينئذ كيف يفسر خروج الملكية من المالك الحقيقي، وما وجه الاختلاف بين الإجازة واكتساب المفوت للملكية لاحقاً؟

بالتمعّن في معطيات المسألة وفي الشروح الفقهية المتعلقة بها يتبين أنّها مسألة خلافية. لكنّها لا تمنع من ترجيح حلول المالك محلّ المفوت (الفقرة الثانية) ليكون هو الطرف المقابل للمفوت له عوض المفوت الأصلي (الفقرة الأولى).

1425

يجب التّبيه إلى أنّ لهذا السؤال وجهاً آخر يطرح به في المطولات والمراجع العامّة عن أثر الإجازة بالنّسبة إلى المالك الحقيقي ومدى تأثيرها على حقوقه وتحميله التزامات؟ لكنّ السؤال بهذه الكيفيّة لا يشغل هذا البحث المقصّر على التقويت في حدّ ذاته بين طرفيه. وإن رجع الخوض في صفة المالك باعتباره طرفاً في التقويت فنذلك استجابة لخطّ البحث وتقيّداً بإشكاليّته، لا رغبة في تحديد حقوق المالك في حدّ ذاتها وهي خارجة عن مقاربة الموضوع.

## ب- البقء:

448- إن آسانوء استمؤرار العلاقة بوء النفوء له والنفوء الأصلي لوءت مقنعة لأنها مبنوءة على مقدمات قابوء للمناقشة (1) آاصة أن دلائل آؤرى على أن المالك الؤقوء لا يمكن أن بوءى آؤرج التؤبوء قنءؤها وهوء مستمءة من الصؤعوباء التؤسوءوءة الؤوء بقع فوءها الرؤء المنقء (2).

## 1- مناقشة المقدمات:

449- انبؤى الرؤء المنقء على وؤوب موافقة الؤمع وعلى معنى التؤازل فوء الإؤارة، وؤلا المقءمءوء مرءوءوءان.

فمن ؤهه اشؤراط موافقة الؤمع آؤى بوضم المالك إلى العقء فهذا اشؤراط لا أساس له وفوءه آؤرف لطفوءة الإؤارة، إذ لا وؤؤء نص قانونى وؤؤب الؤلول بالؤفاق ثلاثى اللهم إلا إذا اعتبوءت الإؤارة ؤءءءاء وهوء لوءت كؤذلك لأنها لا ؤهءى التؤزام بل هوء ؤنفض عقءاء. وؤى وسائل انؤقال الالتزاماء ؤم بالؤفاؤاء ؤائوءة ولا ؤؤطلب إمضاءء ثلاثوءة<sup>1433</sup> فؤسلا عن أن فوء القانون أمؤلة على «ؤلولاء، لا انؤفاق فوءها ولو ؤائوءا كؤءعوى الشؤفة وألوءوء الشؤراء...<sup>1434</sup>. ؤم إن هذا الاشؤراط وؤؤل إلى آؤرف الإؤارة لأنه يفرض لها أن ؤؤكون عقءاء ؤءءءاء والؤال أنها ؤءؤل على عقء قائم، ولا مانع قانونا من الانؤضمام إلى عقء وؤؤوب بارءاءة منفرءة<sup>1435</sup>.

وأما الوؤوف عند معنى التؤازل فوء الإؤارة للؤول بأن المالك بوءى آؤبوءا عن العقء وبقؤصر على إنفءاه بوء طرفوءه الأصوءوء، فوءه قؤصر نظء لأن معنى

1433

رآؤع الفصول 204 و205 م.آ.ع. بالؤسبوءة إلى إؤالة الؤءن، والفصل 224 م.آ.ع. فوء الؤلول مؤل الؤائن والفصل 231 م.آ.ع. فوء الؤوءة.

1434

انظء بالؤقؤصول مءمء كؤمال شؤرف الؤءن، آؤوق العوبر...، ف 404 وما بعءها، ص 334 وما بوءها.

1435

سوءاءى شؤء ذلك فوء الفرع الوالى، ف 458 وما بعءها.

المشتري بالمبيع، ولا يعارض بالعقد لأنه غير عنه لا يحتج به عليه. فإذا أجاز التقويت، تحقق عكس ذلك، أي أنه لن يطالب باسترداد ملكيته لأن إجازته تعني قبول انتقال الملكية إلى المشتري، فهو بالإجازة تنازل عن دعوى الاسترداد<sup>1428</sup>، كما أنه لن يهتمك بعدم الاحتجاج عليه بالتقويت لأنه بالإجازة أقر بوجود هذا التقويت وتنازل عن الدفع بعدم الاحتجاج.

وفي كلا المعنيين لا ينقلب المالك طرفاً في التقويت لأن التنازل عن الاسترداد هو من آثار الحق العيني أي العلاقة مع الشيء ولا شأن له بالدخول في عقد قائم أو جديد، والتنازل عن عدم الاحتجاج هو إقرار بوجود العقد حتى يحتج به عليه وليس دخولا فيه ليتحمل بالتزاماته ويكتسب حقوقه<sup>1429</sup>. ومن المعلوم أن الاحتجاج بالعقد هو بطبيعته موجّه إلى الغير لا إلى الأطراف، وهو ما يؤيده الفصل 240 م.ع. الذي يحصر القوة الملزمة للعقد بين طرفيه ولا يمدّها إلى غيرهما. ومن الصّور التي يقبلها القانون في هذا السياق أن يقع اتفاق خاص بين المالك والبائع والمشتري حتى يدخل في التقويت<sup>1430</sup> والألا إجازة لوحدها لا تكفي لأنه لا يمكن إرغام المشتري على قبول بائع جديد (نعني المالك) عوض البائع الأصلي<sup>1431</sup> والحال أن مثل هذا الاتفاق يحتاج رضا الجميع لأن فيه طولاً لشخص محل آخر<sup>1432</sup>.

لكن أليس في اشتراط هذا الاتفاق شيء من المغالاة من شأنها أن تفتح ثغرة لنقد هذا الرأي؟ بلى، وهذا بيانه.

<sup>1428</sup> لوران، ج 24، ف 120، ص 123.

<sup>1429</sup> رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير، ص 61 - أوبيار، دراسة في بطلان أعمال التقويت...

أطروحة سابقة، ص 283.

<sup>1430</sup> رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير، ص 60-61.

<sup>1431</sup> حورية كميح، بيع ملك الغير، ص 151.

<sup>1432</sup> فوهو، أعمال التقويت، مقال سابق، ف 27، ص 19. - حورية كميح، مرجع وموضع سابقين.



للعوض أصلاً ولطبيعة التقويت بل وللتقويت ذاته لأنه ما الفرق بين أن يتبرع المالك حال وجود تقويت في ملكه أو عند عدم وجوده، وإن ألزم فسيقدمه للبائع لأنه هو معاقده لا المالك، فتكون الإجازة تبرعاً حياله هو، وما على المالك حينئذ إلا مطابئة البائع بالتّمن على أساس الإثراء بدون سبب، وفي الحالتين لا يكون القصد من الإجازة الحصول على عوض من الفتوت له والحال أنها متجهة إليه أساساً، وأنه لا يفهم منها أصلاً أن تكون تبرعاً بل هي تقويت يرتبط بطبيعة التقويت الأصلي الذي ترد عليه.

451- كما أنّ نفي العوض عن الإجازة يقصرها على إنقاذ التقويت بين طرفيه الأصليين دونما تغيير على حقوق المالك، وجعلها بذلك شبيهة بالترخيص الإداري المستوجب في العمليات القانونية. فمندا ما يجب القانون ترخيص الإدارة في عقد ما<sup>1436</sup>، فإنّ هذا العقد لا يتم إلا بإذن الإدارة، ولكن ترخيصها ذلك لا يجعلها طرفاً فيه وتبقى دائماً أجنبية عنه. وكذلك المالك الذي يجيز التقويت في ملكه فهو ينفذه بين طرفيه دون أن يضمّ هو إليهما!

لا شك أنّ هذا التشبيه طريف لكنّه غريب أيضاً لأنه يخفي فارقاً هاماً بين الغيرين: فالإدارة غير مراقب والمجيز غير مالك. وهذا في حدّ ذاته كثير لأنه يفرض على الإدارة الحياد على عكس المجيز الذي تجعل منه ملكيته ذا شأن ومصالحة.

452- ولعلّ هذا ما يفسّر ضعف الدقّة القانونية عند بعض الشراح من أنصار هذا الرأي، فمنهم من يلزم المشتري بدفع التّمن دون أن يذكر الدائن به أهو

1436

مثاله رخصة الولاية المستوجبة لصحة العمليات العقارية التي فيها طرف أجنبي عملاً بأمر 4 جوان 1957 (رائد رسمي عدد 45 صادر في 4 جوان 1957) وكيفما نفع بالتصّوص للأحقّة وخاصة بالرسوم عدد 13 لسنة 1977 المؤرخ في 21 سبتمبر 1977 المصادق عليه بالقانون عدد 64 لسنة 1977 المؤرخ في 26 أكتوبر 1977 (رائد رسمي عدد 63 صادر في 30 سبتمبر 1977 ورائد رسمي عدد 70 صادر في 28 أكتوبر 1970).

التنازل لا يتنافى مع الحلول في العقد باعتبار تلازمه مع التزام الضمان. فالمالك إذ يجيز العقد فهو يتنازل عن استرداد ملكه وعن اعتبار العقد غير سار في حقه، وهو ضامن لذلك. وإذا اعتبر منضمًا إلى التقويت فسيشمله التزام الضمان الذي يمنع عليه استرداد ملكه والتمسك بعدم الاحتجاج بالعقد! وهكذا فالحلول أولى من بقائه أجنبيًا عن التقويت، خاصة أنه أفضل في فض الصعوبات التفسيرية التي يطرحها الرأي المنتقد.

## 2- العمومات التفسيرية:

**450-** إن ترك المالك خارج التقويت يطرح صعوبات تفسيرية يعسر فهمها بإقناع ويؤدي إلى نتائج غير مستساغة إن لم تكن غريبة. فإذا اعتبر البائع الأصلي هو المفوت بعد الإجازة، فكيف يفسر خروج الملكية من المالك الحقيقي ودخولها في ذمة المفوت له؟ وإن كان الانتقال مباشرًا فما هي صلته بالتقويت الأصلي عندئذ والحال أن الإجازة مطلوبة أصلاً لتفقد التقويت نفسه طبقاً لنص الفصلين 576 م.أ.ع. / 203 م.ع.؟

حقاً، إن لم يكن من مفعول الإجازة انضمام المالك إلى التقويت - وبه يفسر الانتقال بكل يسر على أساس العقد والفصل 22 م.ع. - فيما أن الإجازة تنقل الملكية إلى المفوت ومنه تنتقل إلى المفوت له أو أنها تكسب المشتري الملكية بقطع النظر عن العقد الأصلي. وكلتا الفرضيتين مردودتان، فالفرضية الأولى غير واردة لأنها ببساطة تعني أن الإجازة هي حالة من حالات اكتساب المفوت الملكية لاحقاً ويستوعبها الشرط الثاني في الفصلين 576 م.أ.ع. / 203 م.ع.، والحال أنها شرط مستقل!

أما الفرضية الثانية فتوجب التساؤل عن طبيعة هذا الانتقال: هل هو بعوض أم بدونه؟ ويفرض العرض السابق القول عن غير صواب بالطبيعة التبرعية للإجازة لأنه إما أن يلزم المشتري بدفع الثمن أو لا يلزم به. فإن لم يلزم ففي ذلك نفي

عند إرادة المالك في الحلول (2).

### 1- «الإجازة الأهقة كأوكالة السابقة»:

455- طبقت مجلة الالتزامات والعقود هذه القاعدة في موضعين اثنين هما الفصل 41 م.ع. في التعاقد في حق الغير والفصل 1194 م.ع. في الفضالة، وذلك بتسمية التصديق والإمضاء لا الإجازة. وهي في الحالتين تقترض وجود نيابة، مما يقصبيها عن التفويت في ملك الغير<sup>1440</sup>. ولئن كان هذا واضحا في الفصل 41 م.ع. فإنه في الفصل 1194 م.ع. أقل وضوحا لأنه يحتمل عدم النيابة مما يوجب النقاش.

456- ينص الفصل المذكور على ما يلي: «إذا أمضى صاحب الأمر فعل الفضولي إمضاء صريحا أو بالدلالة فإن ما يترتب للجانبين وعليهما يجري على حكم الوكالة منذ ابتداء التصرف وأما بالنسبة إلى الغير فإن إمضاءه لا يعتبر إلا من تاريخه».

فهذا النص يجعل من الفضالة وكالة، وهو بعموم عبارته يسري على الفضالة الحقيقية وكذلك خاصة على الفضالة غير الحقيقية<sup>1442</sup>، أي التي لم تتحقق كامل شروطها<sup>1443</sup> كنية الفضالة والعمل النافع وكون التدخّل من أعمال الإدارة لا من أعمال التفويت...<sup>1444</sup>. ولعلّ انطباق النص على الفضولي غير الحقيقي مؤيد لمّ حكمه إلى الموت في ملك الغير الذي وصفه الفصل 576 م.ع.

<sup>1440</sup> فيهو، أعمال التفويت في ملك الغير، مقال سابق، موضع سابق.

<sup>1441</sup> راجع مقدّمة هذا البحث، ف 10.

<sup>1442</sup> المستهوري، الوسيط، ج 1، ف 875، ص 1243.

<sup>1443</sup> يرى العديد من الفقهاء أنّ فائدة الفصل 1194 م.ع. لا تظهر إلا في الفضالة غير الحقيقية لأن الفضالة الحقيقية ملازمة بطبيعتها دون حاجة لإمضاء من صاحب الشأن عملا بالفصل 1185 م.ع. انظر مثلا: مالوري

وأيناس، الالتزامات، ف 909، ص 535. - ملازو وشلباس ودي جيلار، الالتزامات، ف 692، ص 827.

<sup>1444</sup> راجع في شروط الفضالة سابقا، ف 253.

البائع أم المالك<sup>1437</sup>، ومنهم من كان أكثر وضوحاً كالأستاذ رمضان أبو السعود الذي كتب<sup>1438</sup> «إن الإقرار (يقصد الإجازة) لا يجعل المالك طرفاً في عقد البيع... وإنما يجعله مستفيداً من هذا العقد أو بعبارة أدق مستفيداً من مركز البائع في هذا العقد، وهذا هو مفهوم السريان في حق المالك الحقيقي، فيستطيع أن يطالب المشتري بالثمن وسائر حقوق البائع الأخرى وذلك بعد أن ينقل هذا الإقرار ملكية المبيع إلى المشتري»؛ إن مثل هذا الكلام ليس إلا دليلاً ضد الرأي المنتقد لأنه يقوم على ضبابية في تعريف الاحتجاج تتزلق به إلى المفعول النسبي للعقد. إذ ما الفرق والحالة هذه بين أن يبئى المالك خارج العقد أو أن يضم إليه علماً أنه يحق له المطالبة بحقوق العقد في الحالتين (لهذا من الأفضل الإصداغ بحقيقة انضمام المالك إلى التقويت عوض بقائه أجنبياً عنه فيكون هو المفوت الحقيقي.

#### الفقرة الثانية: المفوت هو المالك الحقيقي

453- إن اعتبار المالك هو المفوت يعني الإقرار بانضمامه إلى التقويت وحلوله محل المفوت الأصلي. فعلى أي أساس يتم هذا الحلول (أ) وما هي نتائجه (ب).

#### أ- أساس حلول المالك في التقويت:

454- من المألوف في هذا السياق أن يقع ربط الإجازة بالوكالة من خلال الحكمة المعروفة «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»<sup>1439</sup> (1). لكن تطبيق هذه القاعدة على التقويت في ملك الغير قابل للنقاش. فينتج استبعادها والوقوف

<sup>1437</sup> السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 166، ص 299 - ويشار إلى أن هذا الفقيه الكبير أعرب ضمناً عن شيء من التردد حين شرح في المتن الرأي المنتقد ثم ختمه بهامش في الصفحة 299 بسط فيه الرأي المخالف، بل وتبسط فيه عندما أراه بملاحظات إضافية وسنعود إليها في الفرع الموالي.

<sup>1438</sup> رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة، في عقدي البيع والتأجير «دراسة مقارنة في القانونين المصري والبناني»، منشورات الدار الجامعية، سلسلة المكتبة القانونية، بيروت، الطبعة الأولى، 1990، ص 142.

<sup>1439</sup> فهو، أعمال التقويت في ملك الغير، مقال سابق، موضع سابق.

فيحاسب الفضولي ربّ العمل كوكيل بالتّمن وبما قبضه وبالرسوم إن أمضاها... إلى غير ذلك ممّا توجبه قواعد الوكالة<sup>1449</sup>. أمّا العلاقة بين المالك والموت له فالمرجع في قيامها إلى وجود نيابة من عددها، وهو ما سبق إقصاؤه.

**457-** ومعنى هذا أنّ قاعدة «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة» لا تنفيد في تفسير حلول المالك في التقويت ولا في تحديد أطراف التقويت في ملك الغير أصلاً لأنّ مفترضا ومرمّاها أجنبيان عنه. فهي تفترض وجود نيابة، وترمي إلى تنظيم العلاقة بين المالك والموت، وكلاهما خارج عن التقويت، وهو ما يؤكّد استبعاد هذه المحكمة، خصوصا أنّه من الممكن الوقوف في تفسير الحلول عند إرادة المالك.

## 2- إرادة الحلول:

**458-** يقرّ العديد من الشراخ بحلول المالك محلّ الموت في التقويت لكتهم لا يفسّرون رأيهم، ربّما لأنهم يسلمون بالأمر<sup>1450</sup>، والحال أنّ التفسير أفضل، ويمكن طلبه في إرادة المالك. ويبيانه أنّ المالك لا يمكن أن يبقى خارج التقويت بل يجب أن يضمّ إليه، وانضمامه لا يفسّر بالنيابة، فلا مناص من النظر في إرادته ذاتها والاعتداد بها لوحدها لأنّها ببساطة إرادة المالك. وهي الإرادة الضّرورية واللازمة لتحقق الأثر العيني لأنّها تمثّل أحد عنصريه. أليس الأثر العيني ثنائي التركيب يتكوّن من تنازل واكتساب. فإذا كان الاكتساب يتحقق من جهة الموت له، فلا بدّ من تنازل حتّى يكتمل معه الانتقال، والتنازل المطلوب ليس هو تنازل الموت لأنّه ليس مالكا، بل تنازل المالك الحقيقي، ممّا

1448

سليمان مرهس، عقد البيع، ص 296، ص 519.

1449

راجع خاصّة الفصل 1131 وما بعده م.ع. وعلى الأخصّ الفصل 1136 م.ع.

1450

- عبد الرّحمان جمعة، بيع ملك الغير، ص 241 والمراجع المذكورة في الهامش.

بيع ملك الغير، ص 60. - خميس خضّر، العقود المدنيّة الكبيرة، البيع والثّامين والإيجار، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، الطبعة الثّانية، 1984، ص 278.

بأنه «فضولي» والحال أنه ليس كذلك، لأن من أعدمته عنده نية الفضالة ليس فضوليًا فتقلب الإجازة (الإمضاء) عمله وكالة، ومن لم يكن تدخله نافعًا للغير لا تلحقه صفة الفضولي ولكن الإجازة تجعله وكيلًا. فكذا ذلك من يفوت في ملك غيره لا يعدّ فضوليًا، لكن الإجازة تضيف عليه صفة الوكيل. وبهذا يقرب من مركز الفضولي غير الحقيقي<sup>1445</sup> خصوصًا أنه من المثير أن يلتقي معه تحديدًا في مسألة الإجازة بما أن الفصل 576 م.ع. وصفه «بالفضولي» بمناسبة عدم الإجازة، والفصل 1194 م.ع. اعتبره وكيلًا عند الإجازة، فكان الفصل 1194 م.ع. مكمل للفصل 576 م.ع. ليبين حكمه في صورة الإجازة بعد أن ذكر هو نفسه الحلّ عند عدم الإجازة.

ورغم ذلك، وبصرف النظر عن ضعف التقريب أصلاً بين المفوت في ملك الغير وفضولي الفصل 1194 م.ع. فإن هذا الفصل لا يصلح لتفسير انضمام المالك إلى التقويت لأن الوكالة فيه إما أن تكون نيابية أو غير نيابية. فإن كانت نيابية فهي مقصاة من الموضوع، وإن لم تكن نيابية فهي أبعد من أن تقيم علاقة بين المالك والمفوت له ناهيك أنها تفترض العكس تماماً أي أنها تبقى المالك أجنبيًا عن التقويت الذي يوجد بين طرفيه الأصليين، فهي أصلح لتفسير بقاء المالك خارجاً عن التقويت لا انضمامه إليه.

ثم إن الاحتكام إلى قواعد الوكالة في الفصل 1194 م.ع. لا يهّم العلاقة بين المالك الحقيقي والمفوت له (معاهد الفضولي) بل يهدف إلى تنظيم الصلة بين المالك والفضولي<sup>1447</sup> (المفوت) مما يفيد خاصة في إجراء الحساب بينهما<sup>1448</sup>

<sup>1445</sup> عبد النعم البدرابي، عقد البيع، ف 401، ص 590.

<sup>1446</sup> رمضان أبو السعود، في عقدي البيع والمقايضة...، ص 142. - وراجع سابقاً ف 253 وخاصة الهامشين

953 و954.

<sup>1447</sup> السّهوري، الوسيط، ج 1، ف 875، ص 1244.

بتوفر موجباتها القانونية حسبما أشار إلى ذلك الفصل 103 م.ع.ع.».

ما المانع عندئذ من تشبيه الإجازة بها واعتبارها واحدة من صور الحلول المتناثرة، التي يحلّ فيها المالك محلّ المفوت قانوناً وبموجب إرادته وحدها؟ وتكون هكذا كالكراء من حيث حلول المالك محلّ المالك القديم، أو كشفعة مظلوية لأنّ المالك لا يحلّ فيها محلّ المشتري بل محلّ المفوت (لا يبدو أنّ هناك مانعاً مبدئياً لهذا التشبيه، خصوصاً أنّ ثنائية التنازل والاكستساب في الأثر العيني تقود إليه).

**460-** لكنّ مراعاة هذه الثنائية في تأسيس الحلول تفرّض ملاحظة غياب الطابع الإقصائي فيه إذ المفروض في الحلول أن يغيب الشخص المحلول محلّه ويعمّض بأخر<sup>1456</sup>، فهو بطبيعته إقصائي. لكنّه في الإجازة وباعتبار قيامه على التنازل، فإنّه يستقي البائع إلى جانب المالك لأنّه أعرب عن تنازل هو الآخر يجعله متحملاً بالاتزامات الشخصية مع المالك، وهذا له تأثيره البالغ على نتائج الحلول.

#### ب- نتائج حلول المالك في التقويت:

**461-** إنّ حلول المالك في العقد يضعه في مركز المفوت ويكون هو الطرف المقابل للمفوت له. وبذلك يتحمّل بواجبات العقد وينتفع بحقوقه، حسب طبيعته. ففي البيع مثلاً يكون المالك كأنّه هو البائع فيلتزم بالتزاماته كلّها ويطالب بحقوقه، فله أن يلزم المشتري بتسليم المبيع إن لم يتسلمه بعد، وأن يطالبه بالتأمّن إن لم يكن دفعه إلى البائع، أو بالباقي إن دفع بعضه. وتبرأ<sup>1457</sup> ذمّة المشتري بما دفعه وما على المالك عندئذ إلا الرجوع به على البائع على أساس الفصل 1194 م.ع. وفي المقابل، يلزم المالك بالتسليم إن لم يتمّ بعد، وبضمان العيوب، ويسأل

<sup>1456</sup> انظر المعجم القانوني لجمعية هنري كايوتان في تعريب كلمة (Substitution).

<sup>1457</sup> سليمان مرهس، عقد البيع، موضع سابق - البدرأوي، عقد البيع، موضع سابق.

يعني أن الأثر العيني يتحقق بوجوده<sup>1451</sup> وما دام هذا التنازل مؤسساً على إرادته كمالك عملاً بالفصل 20 م.ج.ع. كان ذلك دليلاً على أن انضمامه إلى العقد يتم بالإرادة ذاتها. وفي هذا المعنى يجب فهم ما كتبه الأستاذ سليمان مرقس<sup>1452</sup> في آثار الإجازة مؤولاً «الإقرار» على أنه رغبة في الحصول في العقد «إن إقرار المالك بعد اعتماداً منه لما قام به البائع، فيترتب عليه التزام المالك... وتقوم بينه وبين المشتري علاقة مباشرة»<sup>1453</sup>.

**459-** ويلتقي هذا الفهم مع وجود صور مختلفة ومتناثرة يبيح فيها القانون لشخص أن يحل محل شخص آخر خارج كل نيابة، ومن بينها نذكر خاصة الشفعة<sup>1454</sup> وانتقال المكسرى. فالشفعة هي حسب الفصل 103 م.ج.ع. «حلول الشريك محل المشتري في التملك بمبيع شريكه»، وانتقال المكسرى ينص فيه الفصل 798 م.ع. «خروج الملك من يد مالكه طوعاً أو كرها لا يفسخ الكراء وإنما يحل المالك الجديد محل القديم فيما له وعليه من الحقوق...». ولعل الشفعة هي أقرب إلى التصوير المطلوب إذ فيها يتم الحصول قانوناً لكن بناء على رغبة وإرادة من الشفيع، وهو ما أقرته محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة في 7 جانفي 1992<sup>1455</sup> قائلة «إن الشفعة وإن كانت سبباً من أسباب اكتساب الملكية يستطيع بواسطتها الشفيع اكتساب الملكية بإرادة منفردة إلا أن ذلك مشروط

<sup>1451</sup> لعل هذا ما يفسر تسليم البيض بانضمامه إلى العقد دون تبليغ؛

<sup>1452</sup> سليمان مرقس، عقد البيع، ف 296، ص 519.

<sup>1453</sup> في نفس الاتجاه، أوديار، دراسة في بطلان أعمال التقويت...، أطروحة سابقة، ص 283.

<sup>1454</sup> تعتبر الشفعة أهم صورة «الحق الحلول» (*Le droit de substitution*) الذي يشمل أيضاً حالات الأولوية

في الشراء. انظر في ذلك، محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير...، ف 404 وما بعدها، ص 334 وما يليها.

<sup>1455</sup> قرار تعقيبي عدد 10488 مؤرخ في 7 جانفي 1992، م.ق.ت. 1992، ص 135 مع ملاحظات للأستاذ

محمد كمال شرف الدين.



بتوفر موجباتها القانونية حسبما أشار إلى ذلك الفصل 103 م.ع.ع.

ما المانع عندئذ من تشبيه الإجازة بها واعتبارها واحدة من صور الحلول المتأثرة، التي يحل فيها المالك محل الموقوف قانوناً وبموجب إرادته وحدها؟ وتكون هكذا كالكراء من حيث حلول المالك محل المالك القديم، أو كشفعة مقلوبة لأن المالك لا يحل فيها محل المشتري بل محل الموقوف (لا يبدو أن هناك مانعاً مبدئياً لهذا التشبيه، خصوصاً أن ثنائية التنازل والاكتمال في الأثر العيني تقود إليه.

**460-** لكنّ مراعاة هذه الثنائية في تأسيس الحلول تفرض ملاحظة غياب الطابع الإقصائي فيه إذ المفروض في الحلول أن يغيب الشخص المحلول محلّه ويعوّض بآخر<sup>1456</sup>، فهو بطبيعته إقصائي. لكنّه في الإجازة وباعتبار قيامه على التنازل، فإنه يستقي الباع إلى جانب المالك لأنه أعرب عن تنازل هو الآخر يجعله متحملاً بالالتزامات الشخصية مع المالك، وهذا له تأثيره البالغ على نتائج الحلول.

#### ٦- نتائج حلول المالك في التفويت:

**461-** إن حلول المالك في العقد يضعه في مركز الموقوف ويكون هو الطرف المقابل للمفوت له. وبذلك يتحمل بواجبات العقد وينتفع بحقوقه، حسب طبيعته. ففي البيع مثلاً يكون المالك كأنه هو الباع فيلتزم بالتزاماته كلها ويطالب بحقوقه، فله أن يلزم المشتري بتسليم المبيع إن لم يتسلمه بعد، وأن يطالبه بالتأمين إن لم يكن دفعه إلى الباع، أو بالباقي إن دفع بعضه. وثبراً<sup>1457</sup> ذمّة المشتري بما دفعه وما على المالك عندئذ إلا الرجوع به على الباع على أساس الفصل 1194 م.ع. وفي المقابل، يلزم المالك بالتسليم إن لم يتم بعد، وبضممان العيوب، ويسأل

1456

انظر المعجم القانوني لجمعية هنري كايبتان في تعريف كلمة (Substitution).

1457

سليمان مرقي، عقد البيع، موضع سابق - البدروي، عقد البيع، موضع سابق.

يعني أنّ الأثر العيني يتحقق بوجوده<sup>1451</sup> وما دام هذا التنازل مؤسساً على إرادته كمالك عملاً بالفصل 20 م.ج.ع. كان ذلك دليلاً على أنّ انضمامه إلى العقد يتمّ بالإرادة ذاتها. وفي هذا المعنى يجب فهم ما كتبه الأستاذ سليمان مرقس<sup>1452</sup> في آثار الإجازة مؤوّلاً «الإقرار» على أنّه رغبة في الحلول في العقد «إنّ إقرار المالك يعدّ اعتماداً منه لما قام به البائع، فيترتب عليه التزام المالك... وتقوم بينه وبين المشتري علاقة مباشرة»<sup>1453</sup>.

**459-** ويلتقي هذا الفهم مع وجود صور مختلفة ومتناثرة يبيح فيها القانون لشخص أن يحلّ محلّ شخص آخر خارج ككلّ نيابة، ومن بينها نذكر خاصّة الشفّعة<sup>1454</sup> وانتقال المكري. فالشفّعة هي حسب الفصل 103 م.ج.ع. «حلول الشريك محلّ المشتري في التملك بمبيع شريكه»، وانتقال المكري ينصّ فيه الفصل 798 م.ع.: «خروج الملك من يد مالكة طوعاً أو كرها لا يفسخ الكراء وإنما يحلّ المالك الجديد محلّ القديم فيما له وعليه من الحقوق...». ولعلّ الشفّعة هي أقرب إلى التّصوير المطلوب إذ فيها يتمّ الحلول قانوناً لكن بناء على رغبة وإرادة من الشّفيع، وهو ما أقرّته محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة في 7 جانفي 1992-1455 قائلة «إنّ الشفّعة وإن كانت سبباً من أسباب اكتساب الملكية يستطيع بواسطتها الشّفيع اكتساب الملكية بإرادة منفردة إلا أنّ ذلك مشروط

<sup>1451</sup> لعلّ هذا ما يفسّر تسليم البعض بانضمامه إلى العقد دون تحليل

<sup>1452</sup> سليمان مرقس، عقد البيع، ف 296، ص 519.

<sup>1453</sup> في نفس الاتجاه، أديبار، دراسة في بطلان أعمال التقويت... أطروحة سابقة، ص 283.

<sup>1454</sup> تعتبر الشفّعة أهم صورة «الحقّ الحلول» (*Le droit de substitution*) الذي يشمل أيضاً حالات الأولوية في الشراء، انظر في ذلك: محمّد كمال شرف الدّين، حقوق الغير...، ف 404 وما بعدها، ص 334 وما يليها.

<sup>1455</sup> قرار تعقيبي عدد 10488 مؤرّخ في 7 جانفي 1992، موقوت، 1992، ص 135 مع ملاحظات للأستاذ محمّد كمال شرف الدّين.

التفويض على المرهون من الدائن المرتهن يقع ضده هو لا ضد المدين أو الرأهن الأصلي، وأن الزائد عن الدين من ثمن المرهون يرجع إليه هو لا إلى الرأهن الأصلي، وأن رد المنقول المرهون عند الوفاء من المدين يقع إليه هو لا إلى الرأهن الأصلي...<sup>1463</sup> وهكذا فكل ما يربته الرهن من حقوق للرأهن ترجع للمالك وكل ما يحمله إياه من التزامات تقع عليه بمعنة الرأهن الأصلي الذي لا تبرأ ذمته خاصة من التزام الضمان لا بتفنيده كاملا من المالك، والأطوب به خاصة فيها سبق أن رتبته المالك من حقوق قبل الإجازة، وأما حقوق الدائن المنجزة من الرهن فيرتبط إجراؤها على المرهون بتحديد زمن نفاذ الرهن.

### الفهم الثاني: زمن نفاذ التقويت بالإجازة

464- يكمن نفاذ التقويت في تحقق الأثر العملي بالإجازة. فمتى يتحقق هذا الأثر: هل من تاريخ الإجازة أم من تاريخ التقويت الأصلي؟ وإذا كان التقويت ينفذ من تاريخه فهذا يعني أن للإجازة أثرا رجعيا، وإن صح ذلك فهل يعارض به المالك الحقيقي أم أن الملكية لا تخرج عنه إلا فور إجازته؟ على سبيل المقارنة، يلاحظ أن كل التصرفات المشابهة للإجازة كالإمضاء والتصديق<sup>1464</sup> تقوم على تفريق أساسي بين الأطراف والغير: فتنفتح أثرها من تاريخ العقد بين الطرفين، أي هي رجعية بينهما، ومن تاريخها هي إزاء الغير، فهي فورية إزاءهم<sup>1465</sup>. وفي هذا تتفق الفصول 41 م.ع. في التصديق على العقد في حق الغير و338 م.ع. في إمضاء العقد القابل للإبطال و1194 م.ع. في إمضاء تصرف الفضولي. فهل تخضع

<sup>1463</sup> انظر في آثار الكفالة المبنية بصفة عامة: ليليا بوسنة، الكفالة المبنية، مذكرة سابقة.

- Joseph SOULIÉ, Essai sur la nature juridique et les effets du cautionnement réel sous la forme hypothécaire, thèse Toulouse, 1913.

<sup>1464</sup> ربما جازت تسمية هذه التصرفات بالتصرفات التصديقية أو الإقرارية؟

<sup>1465</sup> انظر مثلا بالنسبة إلى إمضاء التصرفات الباطلة: كوتوريبي، إمضاء التصرفات الباطلة، أطروحة سابقة،

ج 62 وما بعدها، ص 45 وما يليها. - فوميه، النظرية العامة للإلتزامات، ص 145 وما يليها. - جوسران، ج

2، ف 358، ص 181-182.

خاصة عن ضمان فعله الشخصى لأن تنازله يتعارض مع بقاءه مالكا واستحقاقه الشيء فيما بعد، وكنتيجه لذلك يمنع عليه التقويت في البيع للغير بعد الإجازة وإلا كان مفوتاً في ملك غيره!

**462-** أما إذا سبق من المالك أن رتب حقاً على المبيع قبل الإجازة، كان البائع هو المسؤول عنه إزاء المشتري<sup>1458</sup> وهو ما يعني أن البائع يبقى ملزماً إلى جانب المالك<sup>1459</sup> على أساس الضمان المستند إلى تنازله عند إبرام عقد البيع. ويؤدي هذا الوضع إلى تحميل الجانب الشخصى للتقويت لمدين بحيث تبرأ ذمتهما بتفويض أحدهما الالتزام. وكلّ إخلال من المالك يتحمّله معه البائع. وللمشتري أن يطالبهما معاً كمدنيين متضامنين وذلك تأسيساً على طبيعة المعاملة<sup>1460</sup>. إلا نصّ الفصل 174 م.ع. أن «التضامن بين المدينين لا يحمل عليهم بالظنّ وإنما يثبت بصريح العقد أو القانون أو بكونه من ضروريات القضية»؛<sup>1461</sup>

**463-** وإن هذا الوضع المميز للبيع ولسائر الأعمال الناقلة للملكية، يلحظ ببسر أكبر في الرهن الذي يحتمل بتعريفه أن يحضر فيه طرف ثالث إلى جانب الدائن والمدين وهو الكفيل العيني أو معبر الرهن<sup>1461</sup>، أي التضامن لمدين غير برهن عقاري أو على منقول<sup>1462</sup>. وعليه فإجازة رهن ملك الغير تقلب العقد إلى كفالة عينية فيصبح المالك هو الرأهن عوض الرأهن الأصلي. وينتج عن ذلك أن

<sup>1458</sup> السطهوري، الوسيط، ج 4، ف 166، ص 298 - معبر تلافو، عقد البيع، ف 92، ص 389.

<sup>1459</sup> سليمان مرقس، عقد البيع، ف 296، ص 520.

<sup>1460</sup> السطهوري، الوسيط، ج 4، ص 299 في الهامش. ويلاحظ أنه يتحدث عن تضامن لا عن تضامن لأن طبيعة

المعاملة ليست من مصادر التضامن في القانون المصري (المادة 279 من القانون المدني).

<sup>1461</sup> معبر الرهن هو الكفيل العيني في رهن المنقول؛ انظر الفصول 228 و230 و236 و247 و248

و251 و253 م.ع.

<sup>1462</sup> تقصي بطبيعة الحال الغير المؤتمن في رهن المنقول وهو شخص ثالث يسلم إليه الرهنون بدلاً عن الدائن فيحوزة نيابة عنه، وهو ليس طرفاً في الرهن؛ انظر في شأنه خاصة الفصول 212 و222 و223 م.ع.

معها، فيقال إن للتصرف أثراً رجعياً. وإن الإجازة في نظر المفت له لمي من هذا القبيل، فهو لا يصبح مالكا من تاريخها فحسب، بل يعتبر مالكا منذ زمن التقويد، وهذا ما أقرته محكمة التعقيب بوجه صريح في قرارها المؤرخ في 8 نوفمبر 1966<sup>1468</sup> فقالت «وحيث أن القاعدة القانونية في بيع ما لا يملك لا تقتضي بطلان بيعه وإنما تقتضي عدم نفاذه بالنسبة للمالك ضرورة أنه لو أجازته المالك... لجاز البيع من تاريخه» وهذه حقيقة تطلب التبرير (أ) قبل إبراز فوائدها (ب).

#### أ- تبرير الرجعية:

467- يتفق عدة فقهاء على أن الإجازة في بيع ملك الغير تنقل الملكية إلى المشتري بصفة رجعية من تاريخ البيع<sup>1469</sup> دون أن يعللوا رأيهم في الغالب، خلافاً للفقيه الفرنسي ديموغ الذي نبغ في مقاله المعروف عن الحقوق الاحتمالية بفكرة فريدة تقدم الرجعية بصفة عامة وفي الشرط بصفة خاصة على أنها ضمان: «أو توفقة معداً لغرض مخصوص... فهي ترمي إلى تقوية التزام بإنشاء أو نقل حق عيني بجعل تاريخ نشأته في العقد لا في تحقق الشرط»<sup>1470</sup>. وأساسها النظري

وتجب الإشارة أن الأستاذ جيمو-مرلان في مقال له عن الرجعية في التصرفات القانونية بالجهة الثالثة للقانون المدني حصر هذا المصطلح في نحو الآثار الماضية دون إثباتها إذ عرف الرجعية كما يلي: «هي تتعلق بوضعية صحيحة أو باطلة في أصلها لتحوها أو نحو آثارها إزاء بعض الأشخاص وذلك في الماضي لا في المستقبل فحسب» (القال، ف 6، ص 275). وهو متأثر في ذلك برجعية القانون التي من شأنها إلغاء القانون القديم (القال، ف 1-2، ص 271-272). وربما اعتبر أن إثبات الآثار الماضية يفسر بالفعال المكاشف لا بالرجعية. ومهما يكن، فإن البحث ينظر إلى الرجعية بالمعنى الواسع كما ورد في معجمي جمعياً هنري كايبتان ودالوز وكما يسبر عليه عامة الفقه، وهو الذي يحتمل الإثبات والزوال معاً.

- Roger JAMBU-MERLIN, Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques, R.T.D.Civ. 1948, pp. 271-299.

<sup>1468</sup> قرار تعقيبي عدد 4327 مؤرخ في 8 نوفمبر 1966، قيت. فيفري 1967، ص 30، قرار مشار إليه سابقاً.

<sup>1469</sup> المستهوري، الوسيط، ج 4، ف 166، ص 298 - رمضان أبو السعود، في عقدي البيع والمقايضة،

ص 141. - عبد الرحمان جمعة، بيع ملك الغير، ص 240 - توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، ف 80، ص 127.

<sup>1470</sup> ديموغ، الحقوق الاحتمالية... مقال سابق، ص 249. وهذا النص الأصلي لفكرته:

الإجازة لنفس المنطق؟

**465-** يقطع النظر عن الأسس التي يقوم عليها الحلّ في الفصول المذكورة، فإنّ التحليل يقود إلى حلّ مشابه في الإجازة لو اعتبر الأطراف في نفس المراكز التي هم عليها في التصرفات الأخرى. لكنّ تفرّد الإجازة في إحلال المالك في التقويت وإخراج المفوت من الأثر العيني لا يتلاءم مع تفريق الطرفين والغير باعتبارهما يفرض إقصاء المفوت الأصلي لأنّ الإجازة تكسب الحقّ العيني للمفوت له مباشرة من ذمّة المالك دون مرور بدمّة المفوت، الذي يبقى مطلوباً بالضمان خاصة، فيزول ما رتبته من تصرفات وتحملات لكونها لم تصدر عن مالك، فإنّ رهن الشيء مثلاً وباعه فإجازة البيع دون الرهن تنقل المكيّة إلى المشتري خاصة من الرهن<sup>1466</sup>. ويبقى بعد ذلك الطرفان الآخران في التقويت فينبجّه النظر في زمن النفاذ بالنسبة إلى كلّ منهما على حدة مع اعتبار حقوق الغير المنجزة في آن واحد بدءاً بالمفوت له (الفقرة الأولى) وختماً بالمالك (الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى: زمن النفاذ بالنسبة إلى المفوت له

**466-** الأصل في كلّ تصرف أن ينتج آثاره من تاريخه فلا يعتدّ إلاّ بمسئتيه ولا يلتفت إلى الماضي. لكنّ اعتبارات مختلفة تعود في مجملها إلى استقرار التعامل تفرض الارتداد بآثار التصرف إلى الماضي لإثباتها أو لحومها<sup>1467</sup> يتعارض

<sup>1466</sup> إنّ الزمن بدوره تقويت قائم الذات يحتاج إجازة فإن لم ترد يزل. لكن إذا أجاز المالك التقويتين معاً فالأرجح أن ينفذ الرهن ويكون للمشتري الحق في فسخ البيع لأنّ الإجازة بالنسبة إليه أتت بسبب استحقاق جديد وهذا مخالف لشروطها. راجع سابقاً، ف 412 وانظر في زوال التقويت غير التأفد لاحقاً، ف 585 وما بعدها وفي زوال الرهن خاصة ف 670 وما بعدها.

<sup>1467</sup> المعجم القانوني لجمعية هنري كايبيان، كلمة «Rétroactivité» وكذلك معجم دالوز للمصطلحات القانونية بإشراف الأستاذين فيليان وفانسان.

- **Lexique de termes juridiques**, de Raymond GUILLEN et Jean VINCENT, Dalloz 1993, 9ème édition, sous la direction de Serge Guinchard et Gabriel Montagnier.

متنازلاً بإرادته تجاه المفوت له منذ التفويت<sup>1475</sup>. وقد كرس المشرع هذا الاختيار بنص صريح في رهن المنقول هو الفصل 260 م.ج.ع. المحدد لتاريخ أفضلية الرهن والذي يعد من أهم فوائد الرجعية.

#### ب - فوائد الرجعية:

469- لا يتطلب الأمر استعراض كل النتائج المترتبة عن رجعية اكتساب الملكية بقدر ما يقتضي الوقوف على أهمها وهو يشمل إضافة إلى الفصل 260 م.ج.ع. المذكور (1) مسألتين مآل تصرفات المفوت له السابقة على الإجازة (2) ونماء المال محل التفويت<sup>1476</sup> (3).

#### 1- أفضلية الرهن:

470- ينص الفصل 260 م.ج.ع. على ما يلي: «الرهن المسلم توثقة في التزام مستقبل أو محتمل أو معلق على أجل أو شرط تكون ترتيبه من يوم إتمامه بتسليم المرهون طبقاً للعقد ولو لم يتحقق الالتزام إلا بعد ذلك التاريخ.

ويجري هذا الحكم على الرهن المعلق على أجل أو شرط وعلى رهن ملك الغير إن صح».

هذا النص صريح في تحديد زمن أفضلية الرهن، أي الأثر الجوهري لاكتساب حق الرهن من المرتهن، إذ ربطه بالتسليم الذي يسبق الإجازة في فرض رهن ملك الغير<sup>1477</sup>، بما يعني أن الإجازة جعلت الرهن نافذا قبل صدورها. على أن هذا الحل واجب التعديل بما تفرضه مراعاة الفصل 214 م.ج.ع. لأن الأفضلية لا نهم الطرفين بل الدائنين الآخرين، وهم غير، والفصل 214 م.ج.ع. يوجب تحرير

<sup>1475</sup> فهو، أعمال التفويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 29، ص 20.

<sup>1476</sup> يتصد بنماء المال كل ما يخله من ضار ومنتجات وكذلك كل ما يتصلق به طبقاً للفصل 19 م.ج.ع. المشار

إليه.  
<sup>1477</sup> والأ كان الرهن باطلا لانعدام ركن التسليم فيه، لأنه عقد عيني.

يُكمن في استقرار وأمن المعاملات لأن عدم مراعاة الرجعية أحيانا يخرق العدالة ويهدر حقوقا مكتسبة وأوضاعا مستقرة دون مسوغ مقنع<sup>1471</sup>. ثم سحب كلامه هذا على كل ما رآه حقوقا احتمالية بما فيها ملك الغير<sup>1472</sup>. وهذا نظر سديد لقي تأييد الفقه لاحقا<sup>1473</sup> وينطبق حقيقة وتما على تحديد زمن النفاذ من جهة المفوت له، إذ يكفي أن نتصور أن المشتري قبض ثمار المبيع قبل الإجازة، فإن لم يكن لهذه الإجازة أثر رجعي فسيطالب بمحاسبة المالك عمّا قبضه والحال أنه تعاقد على أن تكون له آثار البيع في تاريخه. فالأثر الرجعي هكدا يضمن له ما قبضه ويدعم له حقه ويقوّي عنده صفة المالك لأن جني ثمار الشيء هو من صلاحيات المالك عملا بالفصل 19 م.ج.ع.<sup>1474</sup>

**468-** وتبدو الرجعية في حق المفوت له تعبيرا عن حقيقة فنية ناتجة عن الأثر الأصلي للإجازة وهو انضمام المالك إلى التقويت، لأن الانضمام يتم في عقد قائم وهو ليس عقدا جديدا، فمن الطبيعي إذن أن يمضيه من تاريخه لا بتاريخ جديد. وهذا ما يمكن تأييده بالرجوع إلى فكرة التنازل في الأثر العيني، لأن المالك بإجازته ينضم إلى تنازل المفوت المعبر عنه يوم التقويت فيلحق بالاكتساب في ذلك التاريخ. كما أن التنازل يتأسس عليه الضمان فمن المفروض أن يسحب على كامل التقويت باستثناء مانع قانوني، فلا بأس حينئذ من اعتبار المالك

«La rétroactivité se justifie comme une sûreté destinée à un emploi spécial... La rétroactivité est destinée à fortifier une obligation de constituer ou de transférer un droit réel en lui assignant comme date de naissance le contrat et non l'évènement de la condition».

<sup>1471</sup> ديموغ، الحقوق الاحتمالية...، ص 248.

<sup>1472</sup> ديموغ، الحقوق الاحتمالية...، ص 259 وما يليها وخاصة ص 265 وما يليها.

<sup>1473</sup> روجي جمبو-مرلان، الرجعية في التصرفات القانونية، مقال سابق، ف 17-18، ص 285 والهامش وف 29 ص 299.

<sup>1474</sup> ينص الفصل 19 م.ج.ع. على ما يلي: «مالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وفيما التصق به ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك».



للمالك التي تقتض السيطرة على الشيء بنفسه أو بواسطة<sup>1481</sup>. فإذا كان المشتري متحوزاً بالمبيع فالقاعدة منطبقة تماماً، والملكيّة تظهر كاملة منذ البيع، مما يدعم رجعيّة النفاذ. والأمر بالمثل في رهن المنقول عملاً بصريح الفصل 227 م.ح.ع.<sup>1482</sup>.

لكن إذا لم يكن متحوزاً وبقي الشيء في سيطرة المالك حتى الإجازة، فهل يكون نماء المبيع من حق المشتري دائماً أم يفقده لصالح المالك؟ إن الأثر الرجعي المطلق يفرض الإيجاب لكتّه يصطدم في هذه الحالة بصلاحيّات المالك الحقيقي قبل الإجازة والتي تجعل الثمار من نصيبه طبق الفصل 19 م.ح.ع. فهل تغلب حقيقة الرّجعيّة هنا على حقيقة الواقع والقانون؟ لا شك أنّ حقيقة المالك أقوى. وبذلك فهي تضع حداً لرجعيّة النفاذ تجاه الموفوت له، وتقيم الدليل على فوريّته بالنسبة إلى المالك.

#### الفقرة الثامنة: زمن النفاذ بالنسبة إلى المالك

473- خلافاً للمفوت له، لا ينفذ التفويت في نظر المالك إلا من تاريخ إجازته، فلا تزول صفة بائّر رجعي. وعليه فكلّ ما أبرمه من تصرفات يبقى كونه صادراً من مالك (أ) وكلّما تعارضت صفة تلك مع الموفوت له بصفته مالكا رجعيًا، غلبت صفته هو. ويظهر هذا خصوصاً في مسألتي الثمار المقبوضة (ب) وتبعية الهلاك (ج).

#### أ- بقاء التصرفات السابقة:

474- يلاحظ أنّ عدّة فقهاء ينفون الأثر الرجعي للإجازة بقصد استثناء

<sup>1481</sup> انظر الفصل 38 م.ح.ع. وفي العلاقة بين البائع والمشتري تطبق القاعدة تماماً لأن المشتري هو الحائز القانوني سواء بنفسه أو وقع التسليم، وبواسطة البائع إن لم يقع التسليم، والأمر خلافه مع المالك.

<sup>1482</sup> الفصل 227 م.ح.ع. ينسحب الرهن قانوناً على ما يخره المرهون وما ياتصق به وذلك من وقت وجوده بيد الدائن...،.

كتب في الرهن بتاريخ ثابت حتى «يثبت الامتياز إزاء الغير»<sup>1478</sup>.

ويمكن تطبيق نفس التمشي في الرهن العقاري فيعتبر نافذا والأفضلية حاصلة فيه من تاريخ إشهاره إذا كان سابقا على الإجازة عملا بالفصلين 278 و279 م.ج.ع.

## 2- مآل تصرفات الموثق له:

**471-** بالنسبة إلى مآل تصرفات الموثق له قبل الإجازة، فإن نفاذ التقويت في حقه يؤول حتما إلى تدعيمها لأنه أصبح مالكا فتعتبر تلك التصرفات صادرة عن مالك بدورها مما يعني أن الإجازة تكسبه صفة الملكية قبل ورودها، أي أنها تنفذ التقويت من تاريخه. وبناء على ذلك، إذا رهن المشتري المبيع مثلا قبل الإجازة، فقد رهن ملك الغير لأن شراءه نفسه هو شراء الملك الغير فإذا جاءت الإجازة، جعلت منه مالكا لا من تاريخها هي، بل من تاريخ الشراء، فيظهر الرهن هكذا بصفة رجعية كأنه صادر عن مالك، وينفذ بدوره.

## 3- نماء المال:

**472-** بالنسبة إلى نماء المال، والثمار خصوصا فالأصل في البيع أنها من حق المشتري «من وقت تمام العقد» طبق الفصل 609 م.ج.ع.<sup>1479</sup> وبالإجازة يتم العقد من تاريخه. لكن هذه القاعدة المكتملة لإرادة الأطراف تفترض في خصوص الثمار<sup>1480</sup> تحوز المشتري بالمبيع لأن استغلال الشيء هو من الصلاحيات المادية

<sup>1478</sup> في هذا الاتجاه، حاتم بن عبد الحميد الروافعي، معايير ترتيب الثمانيات العينية، في «الاستخلاص الجبري للدينون: الإجراءات والضمانات» أعمال ملتقى نظمته وزارة العدل وحقوق الإنسان والبنك المركزي التونسي بتونس يومي 7 و8 فيفري 2002، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل وحقوق الإنسان، تونس 2004، ص 377، انظر ف 46 وما بعدها، ص 434 وما يليها.

<sup>1479</sup> ينص الفصل 609 م.ج.ع. على ما يلي: «ما أثمره المبيع وما زاد عليه طبيعة أو عملا من وقت تمام العقد يسلم إلى المشتري على أنه له ما لم يتفق على خلاف ذلك».

<sup>1480</sup> أما في خصوص المنتجات والتحصينات فهي للمالك. وبالتالي فما بقي منها موجودا إلى تاريخ الإجازة يستحق للمشتري وما أخذه المالك قبل ذلك يبقى له. وبهذا المعنى يفهم أيضا الفصل 272 م.ج.ع. في رهن العقار.

## ب- استحقاق الثمار المقبوضة:

475- إن ما يقبضه المالك من ثمار قبل الإجازة يبقى له ولا يحاسب به المَفُوت له، فلا تتحوّل صفة المالك منه إلى المَفُوت له في خصوص هذه الثمار من تاريخ التفويت بل من تاريخ الإجازة نفسها، بما يعني أنّ تاريخ النفاذ بالنسبة إلى المالك هو تاريخ الإجازة. ويسهل تعليل هذا الحكم هذا بحقيقة أنّ المالك عند قبضه للثمار تصرف كمالك فعلاً وقانوناً، والفصل 19 م.ج.ع. يسند الثمار للمالك. وثانياً بالقواعد الفنية لكسب الثمار والحوز بشبهة<sup>1487</sup> إذ ينص الفصل 44 ف 1 م.ج.ع. أنّ «من حاز مال غيره بشبهة فليس عليه أن يردّ من الغلّة إلا ما كان موجوداً منها وقت القيام عليه من مستحقّها وما حصل له منها من ذلك التّاريخ». فحسب هذا النّص تكون الثمار للمشتري إذا كان متحوّزاً بالمبيع لأنّه كان حائزاً لمال غيره ولا يردّ شيئاً لأنّ المال لم يستحقّ منه بل تدعّمت ملكيّته له بالإجازة بأثر رجعي. وفي المقابل، وانطلاقاً من هذا الأثر الرجعي، وعلى فرض سحبه على المالك، فستنزع عنه صفة الملكيّة منذ التفويت لكن تبقى له صفة الحائز وهو حائز حسن النية بالضرورة لأنّه كان مالكا، فتكون الثمار من نصيبه ولا يحاسب بها المَفُوت له إلا من تاريخ «استحقاق» الشيء من يده، أي تاريخ الإجازة لأنّه «وقت تمام العقد» في حقه عملاً بالفصل 609 م.أ.ع. وما على المَفُوت له إلا الرجوع بها على المَفُوت على أساس ضمان الاستحقاق الجزئي طبقاً للفصل 640 م.أ.ع. لأنّه حرم «من الفوائد التي له الحق أن يعوّل عليها» حسب الفصل 631 م.أ.ع.

ورغم أنّ تحليل الفصل 44 م.ج.ع. فيه شيء من الالتواء إلا أنّه يؤكّد صحّة تحديد زمن النفاذ بالنسبة إلى المالك القائم على حقيقة أنّه كان مالكا. والأفضل التمسك

<sup>1487</sup> انظر بمزيد التفصيل: عبد النعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ف 436 وما بعدها، ص 712 وما يليها.

الحقوق التي رتبها المالك، حتى ليخيل أنهم ينفون الأثر الرجعي مطلقا ولو إزانا المشتري<sup>1483</sup>. وهذا غير صحيح، بل هم لا يقصدون حقيقة إلا المالك<sup>1484</sup>، وتحديدًا التصرفات التي أبرمها قبل الإجازة، فهي تصرفات صادرة عن مالك، ولا يمكن إزالتها بدعوى أنها صادرة رجعيًا عن غير مالك، بل لا بد من مراعاتها واعتبار أن المالك لم يفقد الملكية تجاه الموفوت له إلا بتاريخ الإجازة. فإذا رتب المالك رهنا على المبيع قبل الإجازة، أو وظف عليه حق ارتفاق أو حق استعمال أو أربمها سكنى، فلا وجه لإزالة مثل هذه الحقوق، وينقل المبيع إلى المشتري مثقلا بها، لكن بشرط وقوع إشهارها لأن المشتري من الغير بالنسبة إليها<sup>1485</sup>. وليس له حينئذ من رجوع إلا على البائع بضممان الاستحقاق<sup>1486</sup>.

ويمكن تبرير هذا الحل بسهولة اعتمادا أولا على حماية حقوق الغير من المكسبة عن حسن نية، وكل التصرفات الإقرارية تحفظ حقوق الغير، وثانيا على مجرد صفة المالك التي للمالك الحقيقي والتي من شأنها أن تجعل ما أبرمها من تصرفات نافذا من تاريخه لأنه لا ينقصه شرط الملكية. بل على العكس، فهو موجود ويبرر غير ذلك من الحلول كإعطاء الثمار المقبوضة للمالك أيضا.

<sup>1483</sup> البدرابي، عقد البيع، ف 401، ص 588-589. - سليمان مرقس، عقد البيع، ف 296، ص 519

- رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير، ص 59. - حورية كميح، بيع ملك الغير، ص 148

- لوران، ج 24، ف 120، ص 123. - بلانويول وريبير وهامل، ج 10، ف 50، ص 47.

<sup>1484</sup> لكن فيهم من يشير إلى وجوب تسجيل الإجازة حتى تنتقل الملكية إلى المشتري انطلاقا من أن الملكية لا

تنتقل إلا بالتسجيل (رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير، ص 59. - البدرابي، عقد البيع، ف 401

ص 589)، وهذا مرادف لمبدأ المفعول المنشئ عندنا. وهو في تحليلنا السابق للتنازل والكتساب شرط

ضروري لاكتساب الحق العيني فإذا لم يكن سابقا على الإجازة فلا بد من إبرامه لاحقا أو بهناسبتها، وهو

لا يمنع الأثر الرجعي للحقوق المرسمة إن قرّر لها القانون ذلك رغم أن الترسيم في ذاته غير رجعي. انظر:

Georges SOULMAGNON, La loi du 1er juillet 1885 sur la propriété immobilière et le régime des livres fonciers, éd. Sirey, Paris 1933, p. 241.

<sup>1485</sup> عبد الرحمن جمعة، بيع ملك الغير، ص 240. - المستهوري، الوسيط، ج 4، ف 166، ص 298.

<sup>1486</sup> المستهوري، الوسيط، موضع سابق. - رمضان أبو السعود، في عقدي البيع والقبضة، ص 141.

أن تحميل المفوت له تبعه الهلاك ليس فيه أي دعم لحقوقه بل إهدار لها. ومن هنا فلا مبرر لاعتباره مالكا بصفة رجعية بما يعني أنه في الفترة السابقة لم يكن ولم يعد مالكا، بل المالك الحقيقي هو الذي تكون له تلك الصفة.

477- وحاصل الكلام في شأن المالك الحقيقي أنه لا يفقد الملكية إلا من تاريخ إجازته أي أن نفاذ التقيوت في نظره ليس رجعياً.

478- وخلاصة القول في زمن نفاذ التقيوت أنه يدور مع صفة المالك، فالمفوت له تثبت له هذه الصفة منذ الإجازة وحتى قبلها منذ التقيوت، والمالك له الصفة قبل الإجازة ويفقدها بعدها. ولذلك فالنفاذ رجعي بالنسبة إلى المفوت له وفوري للمالك. وإذا اخترنا النظر من جهة المفوت له، أمكن القول إن الإجازة رجعية لكنها لا تمس بحقوق الغير وحقوق المالك قبل الإجازة. أي أن النفاذ رجعي بالتقدير الذي لا يتعارض مع حقوق المالك قبل الإجازة.

وإن خلاصة كهذه تفرضها طبيعة النفاذ بالإجازة التي تدخل طرفاً جديداً في التقيوت، فهل يختلف الأمر لو تم النفاذ بين الطرفين الأصليين بصيرورة المفوت مالكا؟

### الباب الثاني: صيرورة المفوت مالكا

479- يؤخذ من الفصلين 576 م.ع. / 203 م.ع. أن التقيوت ينفذ إذا صار البائع أو الرأهن مالكا لما فوت فيه. وبصير المفوت مالكا إذا اكتسب الملكية بأحد الأسباب التي يعددها الفصل 22 م.ع.: «تكتسب الملكية بالعقد والميراث والتقدم والاتصاق ومفعول القانون وفي المنقول بالاستيلاء أيضا». ففي هذه الأحوال يتحقق شرط الملكية فيستكمل التقيوت العنصر الذي كان ينقص نفاذه العيني ويأخذ حكم التقيوت العادي الصادر من مالك، فيكتسب المفوت له الحق العيني وليس للمفوت أن يحتفظ بتلك الملكية أو أن يدعيها لنفسه لأن الضمان

بهذه الحقيقة، والتي من توابعها أيضا تحميل المالك مصاريف الحفظ والاستئجار كقابل لأخذه الثمار طبق الفصل 44 ف 2 م.ع.، وكذلك تحميله تبعة هلاك الشيء.

#### ج - تحمل تبعة الهلاك:

476- إذا هلك الشيء محل التقويت قبل الإجازة فمن يتحمل تبعته: المالك الحقيقي أم الموقوف له؟ إن القاعدة المعروفة في هذا الشأن هي أن «هلاك الشيء على مالكة»<sup>1488</sup> وتطبيقها يكون الهلاك على المالك الحقيقي ولا يكون محققا في أخذ ثمن المبيع تبعا لذلك. لكن لا يجوز القول إن الموقوف له وقد أصبح مالكا بصفة رجعية فهو الذي يتحمل الهلاك عملا بالنصوص الخاصة بالقرض والمتطافرة في هذا الاتجاه كالفصل 585 م.ع. في البيع والفصل 1087 م.ع. والقرض والفصل 209 م.ع. في الرهن مطلقا والفصلين 240 ف 2 و243 م.ع. - رهن المنقول؟

لا يبدو الجواب بالإيجاب ممكنا، بل النقي هو الأصح وتقرضه حجتان على الأقل. الأولى مستمدة من بطلان الإجازة أصلا في هذه الصورة لاستحالة محلها لأن هلاك الشيء قبل نفاذ العقد يؤدي إلى استحالة تنفيذه فيحل طبقا للفصل 345 وما بعده م.ع.، فإذا وردت الإجازة بعد ذلك وقعت على عقد معدوم فتبطل لاستحالة محلها<sup>1489</sup>. لكن إذا لم يكن الهلاك كلياً، فالعقد لا يفسخ آليا وتكمن إجازته في الباقي<sup>1490</sup>. فكيف التعليل هنا تبرز الحجّة الثانية المؤخوذ من طبيعة الرجعية وأساسها من أنها ضمان يدعم حقوق الموقوف له. فمن الواضح

1488

مازو وشاباس ودي جيلار، البيع والمعاوضة، ف 901، ص 181.

1489

يجدر التذكير بأن الفقه الإسلامي يجعل من شروط الإجازة وجود الشيء يوم الإجازة، وهو ما يوافق المحقق المذكور في المتن.

1490

هذا هو الحكم في الرهن مثلا عملا بالفصل 209 م.ع.

التفتوت وصنف قد يستمرّ معه الخطر وقد ينقل بعضه. غير أنّ هذا التصنيف ليس مبتدعاً بل هو يلتقي مع أول التصنيفات وأثبتها إطلاقاً وهو الذي ينظر إلى طريقة الاكتساب ويميّز بين الأسباب الناقلة للملكية كالعقد والميراث والأسباب المنشئة لها كالاستيلاء والتقدم. ففي النوع الأول تنتقل الملكية من مالك سابق إلى المالك الجديد، أمّا في النوع الثاني فالمالك تنشأ عنده ملكية جديدة مستقلة عن الملكية الأولى<sup>1494</sup> ولذلك فقوة النفاذ نسبية في الأسباب الناقلة وكاملة في الأسباب المنشئة.

لكنّ هذا الاستنتاج ليس مطلقاً وعيبه أنّه لا يقرّ حساباً لمفعول القانون والذي يشمل في الغالب أسباباً ناقلة لكنّها ليست كلّها بنفس الطبيعة بدليل الانتزاع الذي هو سبب ناقل للملكية لكنّه ينشئ ملكية جديدة عند المنتزع لفائدته<sup>1495</sup>. ومن ثمّ يجب تصحيح الاستنتاج السابق بإجراء تعديل طفيف على زاوية النظر إلى التصنيف المذكور وتحويلها إلى نتيجة الاكتساب، فعوض التركيز على طريقة الاكتساب، يتّجه حساباً نوعية الملكية المتمخضة عنها: هل هي الملكية السابقة انتقلت إلى الفوت أم هي ملكية جديدة؟ وبهذا التعديل يمكن تجنّب النقاش المحتدم في صنف الأسباب المنشئة هل يشمل كلّ ما يحشر فيه عادة من استيلاء والتصاق وتقدم أم يقتصر على الاستيلاء فحسب؟<sup>1496</sup>

<sup>1494</sup> محمد كمال شرف الدين، قانون الأموال، ف 125، ص 46 - كاريون، الأموال، ف 106، ص

185.

<sup>1495</sup> انظر الفصل 2 من قانون الانتزاع للمصلحة العمومية، وسيأتي شرحه في موضعه، لاحقاً ف 562 وما بعدها.

<sup>1496</sup>

صورة النقاش أن بعض الفقهاء يعتبرون الاستيلاء والاتصاق والتقدم أسباباً أصليّة في اكتساب ملكية مبنية لا تتصل بالملكية السابقة (كاريون، الأموال، ف 106، ص 185 - محمد كمال شرف الدين، قانون الأموال، ف 125، ص 46). في حين يرى آخرون أنّ الاستيلاء هو السبب المنشئ الوحيد لأنّه يتسلط على غير مملوك، أمّا في التقدم والاتصاق فالملكية قبل أيولتها إلى المالك الجديد كانت عند مالك قديم فلا يصح اعتبار هذين السببين منشئين للملكية بل هما ناقلان لها، لكنهما يختلفان عن الأسباب الناقلة من

يمنعه<sup>1491</sup>، بل هي تكتسب للمفوت له مباشرة فور دخولها في ذمة المفوت<sup>1492</sup>.

ويلاحظ في قائمة الفصل 22 م.ج.ع. البادية حصريّة أنّ فيها سببا مفتوحا وهو «مفعول القانون» يسمح بتوسيعها بإضافة أسباب أخرى كالشفعة والمصادر والانتزاع بنوعيه للمصلحتين العامّة والخاصّة... كما يلاحظ فيها أنّها قابلة لتصنيفات متعدّدة بتعدّد المعايير المستخدمة<sup>1493</sup>.

**480-** ويفرض النّظر إلى هذه القائمة من زاوية التّقويت في ملك الغير تصنيفها بمعيار يناسبه لا يكون في هذا الإطار غير قوّة نفاذ التّقويت أي أنّ أسباب الاككتساب في زوال خطر الاستحقاق وتحقيق النّفاذ الكامل. ومن هذا الزاوية تنقسم الأسباب إلى صنفين: صنف يزيل خطر الاستحقاق كلياً وينف

1491

يسري هذا الحكم على جميع التّقويت بما فيها الصلح رغم ظاهر الفصل 1470 م.ج.ع. الذي جاء فيه «إلا صالح شخص على حقّ كان له باسمه أو من جهة معيّنة ثمّ اكتسبه من حيث خلافته عن شخص آخر أو عن سبب غير الأوّل فلا يحتجّ عليه بالصلح المتقدّم فيما اكتسبه من الحقوق الجديدة، فظاهر هذا النصّ اكتساب الملكية اللاحق لا ينفذ الصلح بل يستقرّ لفائدة الصالح المتنازل. ويفسر هذا الحكم بالطبيعي الكاشفة للصلح، فلا ينطبق على الصلح الناقل بدليل الفصل 1468 م.ج.ع. في وجوب الضمان، وبالتالي في تعارض ولا استثناء على نفاذ التّقويت باكتساب الملكية لاحقا عملا بنات الفصل 1468 م.ج.ع. والفصل 76 م.ج.ع. نظر في هذا الاتجاه: مالوري وأيباس، العقود الخاصّة، ف 1125 و1130، ص 598 ووص 600.

1492

يجدر التّنبه أنّ جانبا من الفقهاء يرون أنّ هذه القاعدة تسحب أيضا على كفيل البايع في صورة الفصل 682 م.ج.ع. وذلك إذا وجد خطر استحقاق يرون أنّ هذه القاعدة تسحب أيضا على كفيل البايع في صورة الفصل وأنصح أنّ الشّيء مملوك للغير فعلا لكنّه دخل في ملك الكفيل فيها بعد باي سبب من الأسباب، فإنّ هذا الواقعة تعتبر كأنّها تحققت في ذمة البايع وينفذ بها التّقويت لأنّ الكفيل دخل على ضمان الاستحقاق أصلا فلا يستحق. انظر في هذا الاتجاه: أوبيار، دراسة في بطلان أعمال التّقويت... أطروحة سابقة، ص 280.

1493

- الفريد ترومي، أعمال التّقويت الصادرة من غير مالك... أطروحة سابقة، رقم 174، ص 192. راجع في ذلك كتاب قانون الأموال، وعلى الأخص: يوسف الكفاني وفوزي بالكفاني، ف 183 وما بعدها، ص 97 وما يليها. - مازو وشاباس، ف 1475، ص 237. - كاريوبيني، ف 106 وما بعدها، ص 185 وما يليها. - السنهوري، الوسيط، ج 9، ف 2، ص 7.

Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSCHI et Sylvie CIMAMONTI, Les biens, in traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J., - Beyrouth, Delta, 2000, n° 184, p. 196.



الخلافة التي ينتقل فيها إلى الخلف نفس الحق الذي للسلف بأوصافه ومنافعه وعبويه عملاً بقاعدة الفصل 551 م.أ.ع. من أنه لا يجوز للشخص أن يمنح لغيره أكثر مما لنفسه من الحقوق<sup>1499</sup>. وبعد المفوت له خلفاً خاصاً للمفوت يتأثر بما يتأثر به تملكه محل التوثيق مما يدعو إلى التساؤل عن كيفية نفاذ التوثيق بموجب هذا التملك؟ ويبين البحث في هذا السؤال أن إشكالات النفاذ ليست واحدة وتختلف بحسب ما إذا كانت الخلافة خاصة وهي تتحقق أساساً بالعقد أو بين الأحياء<sup>1500</sup> (الفرع الأول) أو عامة وتجرّ بالوفاة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: اكتساب الملكية بين الأحياء (العقد)

482- تتحقق الخلافة الخاصة عندما يتلقى شخص ملكية معينة بالذات أو حقاً عينياً عليها من سلفه<sup>1501</sup> ويتم غالباً بعقد ناقل للملكية، أي بتوثيق يعرض أو بدونه، وهو المقصود في الفصل 22 م.ح.ع. بكلمة «العقد»<sup>1502</sup>. فالمشترى والموهوب له والمعاوض ومن في وضعهم يعتبرون خلفاء خاصين لمعاقدتهم ويلحق بهم المبتئ له<sup>1503</sup> لأن التثبيت وإن كان بيعاً جبرياً تترع فيه ملكية المدين لفائدة المبتئ له، إلا أنه عمل ناقل وفيه استخلاف من المبتئ له للمدين على أساس صريح الفصل 426 م.م.ت: «لا تحيل البتة إلى المبتئ له حقوقاً عينية غير الحقوق الراجعة للمعقول عنه». وعليه فإذا كسب المفوت ملكية محل التوثيق من المالك الحقيقي ببيع أو هبة أو تثبيت أو غيرها زال بذلك العائق أمام نفاذ

1499 راجع الجزء الأول من هذا البحث، ف 45.

1500 نتج الخلافة الخاصة أيضاً عن الوصية بين معينة أو بمناب مشاع في عين معينة، لكن الوصية هي أيضاً مصدر لاكتساب الملكية بموجب الوفاة وهي تطرح إشكالات نفاذ خاصة من هذا الوجه لذلك سيرجأ بحثها مع الميراث في الفرع الموالي، ف 513 وما بعدها.

1501 المستهوي، الوسيط، ج 1، ف 350، ص 546.

1502 قرار تقني عدد 27354 مؤرخ في 24 سبتمبر 1992، ن 92، 206.

1503 وكذلك الوصى له بين معينة أو بمناب مشاع في عين معينة كما تقدم في الهامش 1500. معتمد الترتين، العقد، ف 411، ص 334.

كما يمكن تصنيف الأسباب المرتبة في مفعول القانون عوض أفرادها عن ب  
الأسباب<sup>1497</sup>.

فالمقترح إذن هو التمييز بين الأسباب المكسبة للملكية سابقة وهي ك  
أسباب ناقله والأسباب المكسبة للملكية جديدة ويستوي فيها ما هو منشئ  
هو ناقل باستخلاف أو بدونه<sup>1498</sup>. وعندئذ تصح ملاحظة أن قوة النفاذ نسبية  
الأسباب المكسبة للملكية سابقة (القسم الأول) وأنها كاملة عند اكتس  
ملكية جديدة (القسم الثاني).

### القسم الأول: اكتساب المهفوت ملكية سابقة

481- تنجر للمفوت ملكية سابقة إذا تلقاها عن سلف يخلفه فيها س  
بصفة خاصة كما إذا اشتراها من مالكةا أو وهبت له، أم بصفة عامة كما  
ورثها منه. وإلى هذين الوجهين يشير الفصل 22 م.ج.ع. بذكره العقد والميراث ه  
أسباب اكتساب الملكية وهما يتغايران في نقل الملكية فالعقد ينقلها ب  
الأحياء والميراث بموجب الوفاة. لكنهما يلتقيان في اعتبارهما نموذجين لفك

حيث أن المالك فيهما لا يخلف المالك القديم فهما ناقلان بدون استخلاف (السنيهوري، الوسيط، ج 9، ف  
ص 8، هـ 1 - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ف 186، ص 283 - مازو وشبابا  
الأموال، ف 1475، ص 237 وف 1579، ص 311). وربما أجاد الأستاذان مالوري وأيناس لما جمعا  
هذه الأسباب تحت تسمية «الاكتساب المباشر» (الأموال، ف 554، ص 149).

1497 محمد كمال شرف الدين، قانون الأموال، موضع سابق.

1498 لا يفهم من تمييز الأسباب أنها تتحقق منفردة أو هي تقصي بعضها، بل يمكن تصور تعددها في تقويت

وأحد بحيث يكتسب المفوت الملكية بأسباب متنوعة كأن يشتري جزءا من الشيء ويرث الجزء الباقي  
فيكون لكل سبب حكمه كما سيأتي وينفذ التقويت في كل المال. ويعتبر التقويت في المال الشائع أك  
مجال تطبيقي لهذه الصورة حيث يعقد الفصل 70 م.ج.ع. «انحصار جميع الأنصبا بيد شريك واحد» من ب  
أسباب انتضاء الشيوخ، فلو فرضنا أن هذا الشريك فوت في كل المال الشائع وهو بعد مضاع ثم تملك بأكاه  
أنصبا شركائه بالإرث في البعض واليهبة في البعض الآخر والتبثت في غيرها ومكذا... فنتيجة كل ذلك  
ينفذ التقويت كله، وإنما تراعى في كل سبب أحكامه الخاصة.

مما يفهم معه أن الملكية الناقصة أو المعيبة أو المهذّدة بالاستحقاق تتنافى مع النتيجة المطلوبة وهي استقرار الملك خالصاً في ذمة المفوت حتى ينفذ التقيود ويكتسب المفوت له الحق العملي. ولهذا لا بد أن تتحقق في العقد الذي يكتسب به المفوت الملكية شروط تضمن نتيجه وتمنع الاستحقاق الذي يتنافى مع النفاذ حتى يعتبر تنازله تاماً والتزامه بالضمأن محققاً فيتمّ الاكتساب عند المفوت له. ويمكن حوصلة جملة الشروط القانونية الممكنة في فكرتين محوريتين تستخلصان من عبارة الفصلين 576 م.ع. 203/ م.ع. هما أن يكون العقد موجوداً (فقرة أولى) وأن يكون ناقلاً للملكية فعلاً (فقرة ثانية).

#### الفقرة الأولى: عقد موجود

483- يظهر وجود العقد في صحته (أ) وفي الاحتجاج به (ب).

#### أ- عقد صحيح:

484- يجب بدهة أن يكون العقد الذي تملك به المفوت موجوداً حقيقة لا وهماً أو خيالاً في ذهن المفوت كأن يحصل على رخصة إدارية يعتقد أنها التقيود نفسه<sup>1505</sup>. ويشترط أن يكون العقد صحيحاً مستوفياً لكل أركانه الأصلية والشكلية إذ لو كان باطلا لما ترتب عليه أثره ولما تحقق معه شرط صيرورة

1505

المثال مأخوذ من القرار التقيدي عدد 2599 المؤرخ في 13 أكتوبر 1981 (ن 81، III، 169). وقد صدر في وعد بالبيع ينسحب تماماً على التقيود في ملك الغير، إذ تقيد الوقائع فيه أن شريكة على الشئاع وعدت شخصاً بأن تبعه كامل العقار الشاع وفي الأثناء حصلت على الرخصة الإدارية في بيعها كامل العقار لكن البيع لم يتم بعد. فلما قام الموعود له بإلزامها بإتمام البيع النهائي عارضت بأنها لم تملك بعد فرفضت دعواه ابتدائياً لكنّها قبلت استئنافاً بدعوى أن الرخصة الإدارية قيد تملكها وهذا ما قضته محكمة التقييد، ملاحظة أن إلزام الواعدة لا يستل حسب الفصل 576 م.ع. إلا إذا حصلت موافقة بقية الشركاء أو أصبحت مالكة للموعود به، وإن شئنا من هذا لم يتوفر في قضية الحال ضرورة أن الرخصة الإدارية ليست عقداً ناقلاً للملكية ولا تقيد في الملك شيئاً.

التقويت لأنه أصبح صادرا عن مالك فيثبت فيه حكمه وتكتسب به الملك للمفوت له. وهذا ما أقرته محكمة التقيب صراحة في قرار صادر في أكتوبر 1996<sup>1504</sup>. والمفوت إذ يكتسب الملكية فهو يعد خلفا خاصا للمالكي سري عليه ما على سلفه فيتحمل بالتزاماته عملا بالفصل 241 م.أ.ع. ولا يكف له أكثر مما تلقاه عنه من الحقوق وفقا لمبدأ الفصل 551 م.أ.ع.

ومما دام المفوت له خلفا للمفوت فهو يتأثر بما تتأثر به ملكية ه الأخير لحل التقويت حتى إذا خالطها عيب استحقاق انتقل إليه وتحمل به، ففكرة الخلافة لا تمنع خطر الاستحقاق للصيق بالملكية الأصلية المكتسبة المفوت أن ينتقل إلى المفوت له، بل هي على العكس تؤسس لوجوده وانتقاله. وجد هذا الخطر فعلا، فهل ينفذ معه التقويت أم هو بمنعه؟

بالرجوع إلى نص الفصلين 576 م.أ.ع./203 م.أ.ع. في تعبيرهما عن ضرورة المفوت مالكا، «أو صار المبيع ملكا للبائع» «أو صار المره ملكا للرأهن» يتبين أن القانون يشترط تملك المفوت حقيقة ويهتم بنتيجة التملك

<sup>1504</sup> قرار تعيبي عدد 43231 مزرخ في 15 أكتوبر 1996، ن. 96، I، 375 (مشار إليه سابقا). ولا وقائع القضية في هذا القرار من تعييد لتخصيه أن شركاء في الإرث تنازعا حول عقار من ضمن الملاك كان بحوزة والدهم فتصالحوا حوله بتنازل بعضهم عن مناباتهم فيه للأخرين مقابل معارضة في عقارى، وذلك بموجب كتاب تنازل مؤرخ في 14 ماي 1977. وتبين فيما بعد أن العقار ملك للدولة لا للمو فباعته لهم جميعا في 10 جوان 1979. وفي 10 أكتوبر 1987 باع بعض المتنازعين بعض مناباتهم الشركاء الآخرين وقاموا بطلب القسمة للخروج من الشيوخ في عقار النزاع متجاهلين التنازل وبدعوا مؤخرين عن والدهم ولم يقسم بعدا فقبل طلبهم ابتداءً واستئنافياً. لكن محكمة التقيب لم تستسغ القضاء فتمتضته منتهية إلى أن الصلح والمعاوضة المضمنين بكتب التنازل سنة 1977 تسلط في تاريخهما ملك الغير (السولة) فيأخذان حكم بيع ملك الغير الذي يجوز بصيرورة البائع مالكا وهو ما حصل بهما الشراء من الدولة سنة 1979 ولذلك فإن موضوع هذا المكتب يعتبر بعبء ملك الغير آجازه الفصل 576 من المجلة إذا صار المبيع ملكا للبائع لاحقا لذلك فإن المكتب ضدهم المتعاقدين ملزمون بما أتفوه وعقدوه وجه صحيح وبالإجازة (تقصد الجواز) بات طلبهم قسمة ما فرطوا فيه سعيا منهم في نقض ما تم من ج فسعيهم مردود عليهم طبقا للفصل 547 من المجلة الموما إليها.

و305 م.ج.ع.) أم لا؟ من المعلوم أن المفوت له خلف خاص للمفوت، وأن الخلف الخاص لا يكتسب هذه الصفة إلا إزاء العقود والالتزامات المتعلقة بالشئ الذي انتقل إليه والسابقة عن انتقال الحق إليه بتاريخ ثابت<sup>1507</sup>. والتاريخ الثابت مطلوب أساسا إزاء الغير<sup>1508</sup>، وهو نوعان: عام وخاص. فالعام مذكور بالفصلين 444 و450 م.ع. بالنسبة إلى جميع التصرفات القانونية والخاص بهم التوثيق العقارية وهو التسجيل في قباضة المالية في العقارات غير المسجلة<sup>1509</sup> والتسجيل بإدارة الملكية العقارية في العقارات المسجلة حسب الفصل 305 م.ج.ع. فهل يعتبر المفوت له من الغير الذين يجب أن تتم في حقهم الشكلية الإشهارية الخاصة أم يكفي تحقق إحدى الوسائل العامة إزاءه؟ ولكن هل يجب أصلا أن يعارض بتاريخ ثابت؟

هذا هو السؤال الخاص بنفاذ التوثيق: فهل يعدّ التوثيق نافذا بمجرد إبرام المفوت عقده مع المالك الحقيقي أم يجب إضافة إلى ذلك أن يشهره؟

**487-** يتجه في الجواب التفريق بين اكتساب الملكية بعقد بسيط واكتسابها بعقد موصوف أو مفيد، كما إذا اقترن ببند احتفاظ بالملكية أو ببند عدم التوثيق<sup>1510</sup>.

فإن كان العقد الذي اكتسب به المفوت الملكية بسيطا فيكفي انعقاده

<sup>1507</sup> محمد الزين، العقد، ف 411، ص 335.

<sup>1508</sup> انظر في التاريخ الثابت عموما:

- Mounir AYARI, La preuve de la date de l'écrit, mémoire de D.E.A. de droit privé, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1992-1993.

<sup>1509</sup> تستخلص شكلية التسجيل من النصوص التنظيمية للتوثيق العقارية وأهمها الفصل 581 م.ع. في البيع، ولا يستثنى منها إلا الرهن الذي يشهر بالتخصيص عليه فوق رسم الملكية بواسطة عدلين طبق الفصل 279 م.ج.ع.

<sup>1510</sup> سنرى لاحقا أن العقد في هذه الحالة لا ينفذ به التوثيق لتعارضه مع نقل الملكية فعلا، ف 490-492 م.ج.ع.

المفوت مالكا، فلو صدر العقد عن عديم الرضا مثلا، أو اختل فيه شروره شكلي كأن يكون هبة غير محررة بحجة رسمية طبق الفصل 204 م.أ.ش. أ. بيعا من أجنبي غير مرخص من الولاية وذلك في الفرض الذي يبيع فيه أحدهم أرضا لا يملكها ويوضح أنها على ملك أجنبي يرضى لاحقا أن يبيعها للبائع. فهذا البيع من شأنه لو تم أن ينفذ البيع الأول المبرم على ملك الغير. لكن إبرامه دو رخصة يجعله باطلا على أساس الفصل الأول من أمر 4 جوان 1957. ويهد الاعتبار فهو لا ينقل الملكية ولا ينفذ التقويت.

**485-** أما لو كان العقد قابلا للإبطال، فهو في حكم الصحيح حتى يبطل وبالتالي يترتب عليه النفاذ، لأن شرط صيرورة المفوت مالكا يعتبر محققا في هده الحالة، كما إذا اشترى البائع الشيء بثمن غبن فيه المالك الأصلي، فذلك لا يمنع من الاستحقاق لاحقا إذا قام المالك الحقيقي في إبطال البيع الصادر منه للمفوت إذا قام على أساس الغبن المقترن بتغير معاقده<sup>1506</sup>، وهو ما يؤول إلى الاستحقاق إذا كان مشتري ملك الغير سيء النية عالما بطروف الغبن الذي ذهب ضحيته المالك الأصلي ويرجع عندئذ على بائعه بالضمآن. أما لو كان حسن النية فإن النفاذ المحقق لفائدته يستمر على أساس الفصل 336 م.أ.ع. مما يعني أن العقد موجود بين طرفيه ولكن نفاذه يفترض أيضا أن يكون محتجا به.

#### ب - عقد محتج به:

**486-** هل يشترط في العقد أن يكون مشهرا لكي يحتج به على المشتري لنفرض أن المبيع عقار مملوك للغير ثم اشتراه البائع بعد ذلك من مالك الحقيقي، فهل يجب لنفاذ بيع ملك الغير أن يستوفى الشراء من المالك شكليا الإشهار القانونية (التسجيل في القباضة أو الترسيم حسب الفصلين 581 م.أ.ع.

للترسيم في العقارات المسجلة. أما في ظل المفعول المنشئ للترسيم فالإشهار مضرور منه لأن الملكية لا تنتقل أصلاً من المالك الحقيقي إلى المفوت إلا بالتّرسيم. وعليه ففي غياب التّرسيم، لا ينفذ التّوثيق لأن الملكية لم تكتسب للمفوت، وهذا ما يجعل من شكلية التّرسيم في الحقيقة شرطاً لوجوب أن يكون التّوثيق ناقلاً للملكية فعلاً.

#### الفقرة الثانية: عقد ناقل للملكية فعلاً

489- يتحقق هذا المعنى إذا كان العقد نافذا فوراً (أ) وناجزاً غير معلق (ب) وناقلاً للملكية بآلة قابلة للتّوثيق (ج).

#### أ- عقد نافذ فوراً:

490- إن شرط صيرورة المفوت مالكا يعني أن يصبح كذلك حقاً، أي أن يكتسب الملكية فعلاً لا أن يتعاقد مع المالك الحقيقي على أن يكتسبها منه. ومثال ذلك الوعد بالبيع والاحتفاظ بالملكية. فإذا اتفق المفوت مع المالك الحقيقي على أن يمدّه ببيعه محل التّوثيق فلا يعتبر قد اكتسب الملكية في الحال لأن الوعد بالبيع لا ينقل الملكية بل ينشئ التزاماً بإبرام البيع النهائي الذي ينقلها. وعليه لا يكفي المفوت أن يعارض المفوت له بأنه أصبح موعوداً له بالبيع وأن له حظوظاً في أن يصبح مالكا حتى يتجنب دعواه في فسخ التّوثيق لأنه لم يصبح مالكا بعد والقانون يطلب هذه النتيجة. أما لو كان المفوت موعوداً له بالبيع فهو مفوت في ملك غيره (الواعد) ويتمام البيع النهائي اتفاقاً أو قضاء يتحقق شرط الملكية وينفذ التّوثيق.

كما أنه إذا اشترى المفوت محل التّوثيق بعقد احتفظ فيه المالك الحقيقي بالملكية إلى حين خلاص الثمن نهائياً كما إذا كان المبيع سيارة اشترها المفوت من مالكاها الذي احتفظ بالملكية على أساس الفصل الأول من أمر 7

ليحتج به على المَفُوت له دون أية شكليّة متعلّقة بالتأريخ، أمّا إذا كان موصوفاً أو مقيداً فلا بدّ من إشهاره طبق القواعد الخاصّة. ويستند هذا الجواب إلى الفصلين 450 م.ع. و373 م.ج.ع. ويؤخذ من آخر أولهما أنّ «من انجرّ له حقّ أحد الطرفين على وجه خاصّ يعتبر كالأجنبيّ فيما يتعلّق بمضمون هذا الفصل إذا لم يكن قيامهم في حقّ مدينتهم، فلو فرضنا أنّ مشتري ملك الغير تقطّل إذا وضعه ففقام في فسخ البيع على أساس الفصل 576 م.ع. وفي الأثناء اشترى البايع من مالكة الحقيقي بعقد مضمّن بكتاب ليس فيه تاريخ ثابت، فعارضه المبيع من دعوى الفسخ، فإنّ هذه المعارضة مقبولة لأنّ المَفُوت له حسب الفصل 50 م.ع. قائم في حقّ مدينته لا يباذعه الحقّ أو يعارضه في اكتسابه، بل هو مستقبليّ من ذلك إذ البائع أبرم ما يسعى إليه المشتري وكان من حقّه إلزامه به<sup>1511</sup>.

أمّا لو تضمّن العقد وصفاً أو قيداً على الملكية فلا بدّ من إشهاره لأنّ حقّ المَفُوت له فيه سيتعارض مع حقّ المالك الحقيقي الذي احتفظ بالملكيّة أو أدّى بند عدم التقويت. ويعتبر كلاهما غيراً إزاء الطرف الآخر لا يحتجّ عليه إلاّ بالتسجيل أو الترسيم. وإلى هذا يشير صريح الفصل 373 م.ج.ع. في تعداده للأمم التي يجب إشهارها بالرسم العقاري بذكره الصّكوك والأثناقات المتعلّقة بجمع العقار «غير قابل للتقويت أو بالتقييد من حرية جولانه»، ومعنى هذا أنّه إذا يشهر العقد الذي تملك به المَفُوت في هذه الحالة اعتبر غير موجود في نظر المَفُوت له وبالتالي لا ينفذ به التقويت.

**488-** وتجب ملاحظة أنّ هذا التحليل يتماشى مع المفعول الاحتجاجي

<sup>1511</sup> من الممكن أيضاً تفسير هذا الحلّ بصفة الغير في الاحتجاج التي للمشتري إزاء التقويت بين المالك والمَفُوت فيعتبر العقد واقعة قانونيّة تثبت جميع الوسائل وبما أنّه هو من يتسكك بالعقد فليس في حاجة لأنّ تتمّ شك الإشهار بل تكفي واقعة التعاقد لينتج آثارها. انظر في هذا الاتجاه مازو وشباباس، الالتزامات، ف 60 ص 895.



لكنتها ملكية مهدة بالزوال بموجب الفسخ. فالمفوت أصبح مالكا مما يعني أن شرط الاكتساب قد تحقق، لكن ملكيته مهدة. فهل يغلب المعنى الأول وينفذ التقيوت، أم يجب الوقوف عند خطر الفسخ فيمنع النفاذ؟ يؤخذ من الفصلين 130 و134 ف3 م.ع. 1515 والفصل 202 م.ع. وجوب التفريق بين الرهن والأعمال النافلة للملكية. ففي الرهن ينتقل إلى المرتهن نفس الحق الذي للرهن فتكون ملكيته بدورها مهدة بشرط الفسخ، أي أن التقيوت ينقلب إلى تقيوت في حق مشروط. أما في الأعمال النافلة للملكية فإن شرط الفسخ لا يعلق الالتزام بل يوجب رد الشيء عند الفسخ إن كان ممكنا أو التعويض أن لم يكن. وتقدير الإمكان من عدمه قانونا رهين حسن نية المفوت له أو سوتها. فإن كان المفوت له حسن النية تعذر رد الشيء إلى مالكة عند تحقق الشرط، وليس له إلا رجوع بالتعويض على المفوت بما يعني أن التقيوت نفذ كلياً عند اكتساب المفوت الملكية. أما إذا كان سيء النية فحقه في الشيء غير محفوظ ويمكن أن يستحق منه المالك، فيفسخ التقيوت ويرجع على المفوت بالضمان، وهذا كله بعد النفاذ.

وخلصه كل هذا أن الشرط الفسخي لا ينفذ رهن ملك الغير بل يحوله إلى رهن الحق المشروط، ويحقق النفاذ في الأعمال النافلة للملكية لكنته لا يمنع الاستحقاق لاحقا إذا كان المفوت له سيء النية. فهل تنسحب هذه الخلاصة على بند عدم التقيوت الذي تكون الملكية بغيابه بآته؟

1515  
يضم الفصل 130 م.ع. «الشرط الفاسخ لا يتوقف لأجله إجراء الالتزام وأما يوجب على صاحب الدين رد ما قبضه عند حصول الشرط فإن عجز عن رده لسبب يوجب ضمانه فإنه يلزم بتعويض الخسارة ولا يلزم برده غائته وما زاد فيه، فإن اشترط الرد المذكور كان الشرط باطلا لا عمل عليه».

وينص الفصل 134 ف3 م.ع. «وقاعدة هذا الفصل تجري على الالتزامات الواقعة على شرط الفسخ تجاه الأعمال التي يجريها من كانت حقوقه منسوخة بحدوث الشرط وذلك دون إخلال بالحقوق الحاصلة بطريقها للغير عن حسن نية».

نوفمبر 1935<sup>1512</sup> ، أو عقارا اقتناه المفوت من شركة إيجار مالي طبقا لمقتضيات قانون 26 جويلية 1994<sup>1513</sup> فإن المفوت لا يعتبر ولا يصبح مالكا إلا بعد خلاص الثمن نهائيا. وبالتالي فعند القيام في الفسخ من المفوت له لا يمكن للبائع أن يعارضه بمثل هذا العقد لأنه لم يصر فيه مالكا بعد، اللهم إلا إذا قبل المفوت ذلك. لكن في هذه الحالة يتغير وصف العقد إذ تحال له حقوق المفوت على المالك الحقيقي، وتخضع العلاقة بين الطرفين لنظام مختلف كإحالة الوعد أو البيع المشروط في صورة الاحتفاظ بالملكية. وهذا ليس من ملك الغير.

وتصح نفس الملاحظة على العقد المشروط.

#### ب- عقد ناجز:

491- إذا كان العقد ناجزا فهو نافذ فورا وناقل للملكية في تاريخه وبالتالي ينفذ به التقويت. لكن إذا علق بالشروط، لم يعد ناجزا، ومن ثم التساؤل عن إمكانية نفاذ التقويت؟

يتجه في الجواب التفریق بين الشرط التعليقي والشرط الفسخي.

إن كان الشرط تعليقيًا فالنفاذ لا يتحقق لأن المفوت لم يصر مالكا بعد ومازال ينتظر حصول الشرط. ولا يمكن إلزام المفوت له بانتظار هذه الحادثة إلا إذا قبلها، وعندئذ يصبح طرفا في تقويت مشروط لا في تقويت في ملك الغير<sup>1514</sup>.

وإن كان الشرط فاسخا فهو لا يتعارض مع اكتساب المفوت الملكية

<sup>1512</sup> راجع الهامش 1060 السابق.

<sup>1513</sup> قانون عدد 89 لسنة 1994 مؤرخ في 26 جويلية 1994 يتعلق بالإيجار المالي، رآه رسمي عدد 60 صادد في 2 أوت 1994، ص 1343.

<sup>1514</sup> راجع سابقا، ف 219.

مؤقتاً<sup>1519</sup>. وإذ تبين أنه تحمّل عيني كان لزاماً إظهاره، وعندئذ يعارض به المفتوت له. لكن بأيّ وجه؛ هل يمنع نفاذ تفتوته أصلاً أم باستحقاق الشيء من يده لاحقاً؟ وإن كان بالاستحقاق الألاحق فهل معنى ذلك أنّ البند لا يؤثر في نفاذ التفتوت بدءاً؟

المرجع في الجواب إلى جزاء بند عدم التفتوت، ومنه يتبين أنّ هذا البند لا يتلاءم أصلاً مع التفتوت حتّى ينفذه. ذلك أنّ الجزاء على مخالفة عدم التفتوت نوعان حسب طبيعة العقد المدرج فيه: سقوط الحقّ في عقود الإدارة كما في المثال المدروس<sup>1520</sup> والفسخ أو البطلان في العقود المدنية<sup>1521</sup>. وفي الحاليتين يمثل التفتوت في ملك الغير خرقاً لبند عدم التفتوت لا بدّ من زواله. لذلك فاككتساب الملكية من المفتوت تحت بند عدم التفتوت يتعارض مع نفاذ التفتوت في ملك الغير ويعتد البند مانعاً لنفاذه، إلاّ إذا وقع رفعه بترخيص قانوني. ومن ثمّ وجب أن تكون الملكية المكتسبة من المفتوت بائنة خالصة من بند عدم التفتوت.

<sup>1519</sup> مازو وشاباس، مدخل لدراسة القانون، ف 219، ص 317 - السهنوري، الوسيط، ج 1، ف 354، ص 552، وهو يجعل معيار انتقال الالتزام إلى الخلف فيقول إنه التزام ينقل العين أو يكثف استعمالها أو يمنع استعمال بعض حقوقها. وهذا ينطبق تماماً على بند عدم التفتوت.

ومن الملفت أنّ التشريع نفسه يؤيد هذا التوجّه بدليل الفصلين 24 و25 من قانون العقارات الدولية الفلاحية والذين تضمنتا وجوب التزام المشتري بإنجاز الشروط المثق عليها مع الدولة وأنّ التخصيص على ذلك في العقد يستوجب إسقاط حقّ المشتري أو من حلّ محله.

<sup>1520</sup> يرتبط هذا الجزاء بإبطال التفتوت بطلاناً مطلقاً عملاً بصريح الفصل 24 من قانون 1995. وقد كانت محكمة النققيب تحلله في ظلّ التشريع السابق على أنّه بطلان نسبي؛ انظر مثلاً قرار تعقيبي عدد 4818 مؤرّخ في 9 جانفي 1968، ن 5.68/ق.ت. أكتوبر - نوفمبر 1968، ص 54. - قرار تعقيبي عدد 38183 مؤرّخ في 5 ديسمبر 1995، ن 95، 322.

<sup>1521</sup> أكثر فقه القضاء المنشور بهم عقود الإدارة وسقوط الحقّ. أما في العقود المدنية فالمنشور لادر جداً ومنه قرار استنتنا في (صفاسم) ذهب في البطلان، قرار عدد 4538 مؤرّخ في 27 نوفمبر 1980، ق.ت. نوفمبر 1981، ص 132. ويوجد قرار غير منشور اعتمد العقد الموقوف في بيع من البلدية؛ استئناف تونس عدد 17323 مؤرّخ في 23 نوفمبر 1993. انظر في فائدة التفرقة بين الفسخ والبطلان: مازو وشاباس، المدخل، ف 223، ص 321.

### ج - عقد ناقل لملكية بائنة:

492- تكون الملكية بائنة إذا كانت خالية من بند عدم التقويت، فلو فرض أن المفوت باع عقارا فلاحيا على ملك الدولة ثم اشتراه منها فيما بعد وتضمن عقد البيع بند عدم التقويت طبقا للفصل 23 من قانون 13 فيفري 1995 المتعلق بالعقار الدولية الفلاحية<sup>1516</sup> ولم يقع رفعه بالتريخيص الوزاري<sup>1517</sup> فهل من شأن هذا الاكتساب أن ينفذ التقويت في ملك الغير أم لا؟ أي ما هو تأثير بند عدم التقويت على نفاذ التقويت الأصلي للمفوت له وتحديدًا على استحقاقه من يده؟

يرتبط الجواب بمفترضين أولين هما طبيعة البند وجزاؤه.

فهل يعتبر هذا البند التزاما شخصيا أم تحملا عينيا؟ إن كالتزاما شخصيا فلا يلزم المفوت له ولا يكون له أثر في نفاذ التقويت، أما كان تحملا عينيا فهو ينتقل إلى الخلف ويتحمل به طبقا لنظريتي الخلافة<sup>1518</sup>. والراجح أن هذا البند تكليف عيني لأنه يقيد التصرف بغيره في الشيء نفسه أي يحدد من سلطات المالك عليه ويخرجه من التعمام

<sup>1516</sup> تتحقق الفرضية أيضا فيما لو كان العقار المفوت فيه مشمولًا بمنطقة تدخل عقاري لفائدة إحدى الوكالات العقارية كالوكالة العقارية للسكنى أو الوكالة العقارية السياحية... فهي تباع القاسم التي تهيئها مشرطة بند عدم التقويت والالتزام بإنجاز الأشغال المنجزة عن عرض الشراء منها وفق كراس شروطه ينص عليه النص العام المحدث لأهم هذه الوكالات أي القانون عدد 21 لسنة 1973 المؤرخ في 14 أفريل 1973 (راصد رسمي عدد 15 صادر في 17-20 أفريل 1973، ص 701)، انظر مثلا الفصل 9 من الأمر عدد 33 لسنة 1974 المؤرخ في 21 جانفي 1974 المتعلق بتنظيم وتسيير الوكالة العقارية للسكنى (راصد رسمي عدد 6، صادر في 25 جانفي 1974، ص 190).

<sup>1517</sup> يسمح قانون 1995 برفع اليد عن عدم التقويت بناء على ترخيص من وزيرى الفلاحة وأملاك الدولة حتى يستطيع المشتري من الدولة التقويت في العقار للغير وعندئذ ينتقل إلى المشتري الجديد الالتزام بإنجاز الأشغال المحمل على كاهل المشتري الأصلي (الفصل 24)، والأمر بالمثل بالنسبة إلى الوكالات العقارية.

<sup>1518</sup> انظر في هذا التفریق خاصة: حلمد زكي، التكاليف العينية والالتزامات الشخصية، دراسة لأحد الاستئناف الأهلي والمختلط، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الأولى، 1931، العدد الثاني ص 214-258.

الضمان أيضا. وعلى هذا نفهم قرار محكمة التعقيب المؤرخ في 8 نوفمبر 1966 والذي سوى بين الإجازة واكتساب الملكية من البائع في أن أثرهما يتحقق من تاريخ البيع؛ «وحيث أن القاعدة القانونية في بيع ما لا يملك لا تقتضي بطلان بيعه وإنما تقتضي عدم نفاذه بالنسبة للمالك ضرورة أنه لو أجاز المالك أو صار المبيع ملكا للبائع فيما بعد لجاز البيع من تاريخه». لكن إذا كان من شأن ما فعله المفوت أن يربح حقا للغير فهو ينفذ بدوره باكتسابه الملكية كأن يكون رهن العين وباعها، فاككتساب الملكية ينفذ به البيع والرهن معا، والحسم بينهما يكون بأسببية الإشهار<sup>1526</sup> وهو شرط خاص في التوثيق نفسه لا في الاكتساب لكن له مفعوله في النفاذ كما يبدو من المثال المتقدم. ويستثنى من ذلك الرهن العقاري إذا كان الاكتساب بموجب التثبيت لأن الفصل 481 م.م.ت. يقضي بتطهيره<sup>1527</sup>.

**495-** ويبين البحث في مسألة الرجعية أنها ليست خاصة بالعقد بل تطرح أيضا في التملك بموجب الوفاة نظرا لتعدد التواريخ الممكنة في نفاذ التوثيق.

### الفرع الثاني: اكتساب الملكية بموجب الوفاة

**496-** تكتسب الملكية بموجب الوفاة بالميراث (الفقرة الأولى) والوصية (الفقرة الثانية).

<sup>1525</sup> قرار تعقيبي عدد 4327 مؤرخ في 8 نوفمبر 1966، ق.ت. فيفري 1967، ص 30، مشار إليه.

<sup>1526</sup> الفريد ترولي، في التصرفات من غير مالك... أطروحة سابقة، ف 181، ص 202.

<sup>1527</sup> ينص الفصل 481 ف 1 م.م.ت. على ما يلي: «بيع عقار بالزاد العلني عن طريق المحكمة أو حسب

الإجراءات التي اقتضتها الفصل 450 يظهر ذلك المقار قانونا من جميع الامتيازات والرهنون الموظفة عليه وبصفة عامة من جميع الترسيمات المتلفة بالدينون ولا يكون حيفئذ للتأثين الحق في القيام إلا بالنسبة إلى من التثبيت».

ونظر في نفس الإجاه الفصل 49 من قانون 17 أفريل 1995 المتعلق بإنفاذ المؤسسات التي تمر بصنغويات اقتصادية.



**493-** وهكذا يخلص مما تقدم أن نفاذ التقويت في ملك الغير باكتساب المَفُوت الملكية بعقد لا يتحقق من مجرد تعاقد المَفُوت مع المالك الحقيقي، بل يجب أن تتطافر فيه خمسة شروط هي أن يبرم صحيحاً وأن يكون محتجاً به على المالك وناقذاً فوراً بين طرفيه وناجزاً وناقلاً للملكية بآية. وإذ أن ينفذ التقويت على معنى أنه يحقق أثره العيني لفائدة المَفُوت له:

**494-** ويلحظ على هذا الائتاق شيئان أحدهما أنه ناتج عن خلافة خاصة تنقل إلى الخلف التعملات والتكاليف التي تنقل العين كالرهن والارتقاقات الموظفة من المالك الحقيقي، وبالتالي فهو نفاذ لا يحول مطلقاً دون الاستحقاق ورجوع المَفُوت له على المَفُوت بالضمان<sup>1522</sup>. وثانيهما أنه يتحقق فوراً بتأريبات اكتساب في مواجهة المالك الحقيقي إلا إذا كان من شأن العقد المذكور اكتساب به المَفُوت الملكية أن يكون رجعياً<sup>1523</sup>. ومبنى ذلك أن الفورية هي الأصل والرجعية استثناء، وكذلك نظرية الخلافة التي تنقل إلى الخلف ما كسبه للسلف والسلف لم يكن مالكا قبل الاكتساب فلا يستطيع أن يملك المَفُوت له في تلك الفترة، بل ينقل إليه العين كيفما حصل عليها. لكن الرجعية بين الطرفين واردة باعتبارها ضمناً لحقوق المشتري لاستبقاء ما أخذه من ثمن وتدعيم تصرفاته تجاه الغير... وفي المقابل، لا يعارضه المَفُوت بما فعله بالعين قبل اكتسابه ملكيتها<sup>1524</sup> لأنه ما كان أن يعارض به المالك الأصلي، وهو ما يمنع

<sup>1522</sup> قد يكون الاستحقاق كلياً نتيجة دعوى الركن وهو الناب، أو جزئياً بالنسبة إلى التعملات الأخرى عما

بالفصلين 633 و634 م.ع.

<sup>1523</sup> فيهم، أعمال التقويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 8، ص 7 - بلاقول وريبير ومامل، ج 10، ف 50 ص 47.

<sup>1524</sup> عبد الرحمن جمعة، بيع ملك الغير، ص 230.

تحديداً بعلّة أن الوارث يرث عن المالك حصّه في إجازة التصرف أو نقضه وهذا ممّا يتّفاهى مع النّفاذ فيردّ تصرف الفضولي وينسخ<sup>1530</sup>. فإذا تقدّم استبعاد المذهب المالكي وغيره من التفويت في ملك الغير الذي لم يعتمد نظريّة العقد الموقوف، فهل يمكن أن يعود هذا المذهب من جهة الميراث - وهو المعتمد في تنظيمه - لإقصائه من التفويت؟ أي إذا لم يتيسّر إقصاء الميراث تطبيقاً لنظريّة العقد الموقوف، أفلا يمكن إقصاؤه على أساس أحكام الميراث؟

لا يبدو أن الجواب بالإيجاب ممكن لسببين على الأقل. أولهما أن نفاذ التفويت في ملك الغير ليس من مسائل الموارث بل هو من مسائل العقود والالتزامات، وإن كان لباحث أن يطلب رأي الفقه المالكي فيه فعليه أن يبحث عنه في نظريّته في العقد الموقوف لا في نظام الموارث. وقد تقدّم ردّ هذا الأساس فلم يبق مسوّغ للعودة إليه من جديد ولو من طريق آخر. وثانيهما أن العلة التي يستند عليها المالكيّة في استثناء الميراث غير مقنعة في ذاتها لأنها ترجع في جوهرها إلى فكرة الخلافة والحال أن الخلافة ليست خاصّة بالميراث، بل هي القاسم المشترك بين كلّ الأسباب المكسبة للملكيّة سابقة، فلم لا ينتقل حق المالك فيها أيضاً؟ لكن قد يقال إن الميراث سبب غير إرادي لا يتنازل فيه المالك الحقيقي عن حقه في إجازة فينتقل إلى الوارث بخلاف الأسباب الإراديّة التي يزول فيها خيار الإجازة بموجب التزام الضمان. والرّد على هذا الاعتراض أنّه نظر إلى الانتقال من جهة المورث لا من جهة الوارث، والحال أن عليه أن ينظر من جهة هذا الأخير خاصّة لأنّه هو المكتسب وعندئذ يسهل أن يقال إنّه وارث ومفوت معاً والتفويت يلزمه بالضمان والمنع من الاستحقاق فيزيل عنه

<sup>1530</sup> راجع سابقاً ف 245، وانظر: عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص 190. - المكاشفي طه الكباشي، الذمّة والحق والالتزام وتأثيرها بانوت في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مكتبة الحرمين، الرياض، 1981، ص 152.

### الفقرة الأولى: الميراث

497- يطرح نظام التملك بالميراث صعوبات خاصة (ب) تتوقف على كون الميراث فعلا من أسباب النفاذ (1).

#### أ- الميراث من أسباب النفاذ:

498- إن الفرض العادي في التقويت في ملك الغير هو أن يكتسب الميراث من الملكة من المالك (1). لكن توجد في الميراث فرضية مقابلة يتجه تمييزها عند وهي أن يرث المالك الميراث (2).

#### 1- الميراث يرث المالك

499- قد يشير عموم عبارة الفصلين 576 م.ع. / 203 م.ح.ع. الاستغراب من البحث في اعتبار الميراث من أسباب الاكتساب المعتمدة فيهما، لأن صيرور الميراث الميراث مالكا وردت في عبارة عامة تستوعب الميراث، ومع ذلك توجد في تطبيق الميراث مسألتان قد تتفايان مع قبوله إن لم تقع مناقشتهما وردهما إحداهما مأخوذة من رأي المذهب المالكي باعتباره أهم مصدر لقانون الميراث في بلادنا (1.1) والأخرى من التعاقد على تركة مستقبلية (2.1).

#### 1.1- رأي المذهب المالكي:

500- من المعلوم أن تنظيم الميراث كينما وضعتة مجلة الأحوال الشخصية مستمد من الشريعة الإسلامية وهو على الأخص تقنين أحكام الميراث المالكي<sup>1528</sup> مطمنا ببعض الحلول من المذهب الحنفي خصوصا ومن غير أحيانا<sup>1529</sup>. وبالعودة إلى أحكام هذا الفقه يتبين أنها تتميز عن مذهب الأحناف في اعتبار صيرورة الميراث مالكا منفاذة للعقد الموقوف، لكننا نستثني الميراث

<sup>1528</sup> يوسف بن يوسف، الميراث الشرعية والوصية...، مرجع سابق، ص 93 وما يليها، ص 23 - لائحة مجلة الأحكام الشرعية (لائحة الشيخ جعيط)، الجزء الأول، قسم أحكام الأحوال الشخصية، ص 276.

<sup>1529</sup> يوسف بن يوسف، الميراث الشرعية والوصية...، ص 93 و ص 95.



التعاقد على شركة مستقبلية يُجّجه إلى تحديد مصير الشركة ككلها أو جزء منها قبل فتحها وهو ما يفترض انصراف نيّة التعاقدين إلى التعاقد في مال غير مستحق وقت التعاقد بل سيؤخذ من التركة وكذلك تعامل التعاقد بموجب حقه الاحتمالي في الإرث<sup>1532</sup>. وبالتالي تخرج عن منع هذا التعاقد صور كثيرة لا يتسع المقام لشرحها<sup>1533</sup> ومنها التفويت في ملك الغير الذي لا يهدف إلى تسوية مصير تركة قبل أوانها بل إلى نقل ملكية مال إلى ذمة المفوت له ولو أنّ هذا المال في ذمة الغير عند التعاقد، ولهذا فهو لا يفترض نيّة التعاقد في شركة مستقبلية بل الأصل فيه أن يقع التعاقد على مال مستحق للمفوت أو هو يقدمه على أنه له<sup>1534</sup>، وهو يتم باسم المفوت أي أنه يتصرف بموجب ما في ذمته أو ما قد يؤول فيها لا بموجب حقه الإرثي. وتعبير آخر، فالتفويت في ملك الغير لا علاقة له بالتركة التي لا تدخل في أي من مفترضاته. وإذا حصل أن اكتسب المفوت المال بسبب الإرث فذلك نتيجة طبيعية لوفاء المورث لا باعتباره حدثا منتظرا أو مطلوبا لذاته، أي أنّ الفرق بين الفرضين أن الإرث في ملك الغير هو حدث طارئ غير مقصود وهو في التعاقد على شركة مستقبلية حدث مقصود لذاته بل هو محور التعاقد كله.

**502-** وعلى هذا لا يعدّ تعاملا في شركة مستقبلية ولو بعلم المتعاقدين ببيع الوارث مالا على أنه له أو على أنه سيشرّبه من ماله، ثم يرثه فيما بعد. فهذا تفويت في ملك الغير مشروع وينفذ بالوفاء، لأنّ التعامل لم يتم فيه على أنّ المال جزء من الشركة أو أنه سيورث للمفوت، بل تمّ على أنه له أو أنه سيكتسبه من طريق مشروع.

<sup>1532</sup> عبد الرزاق السعدي، منع التعاقد على الشركة المستقبلية، مقال سابق، ص 646/24.

<sup>1533</sup> انظر: المشهور، نظرية العقد، ف 456، ص 476 وما يليها. - مالوري وأيناس، الموارث والتبرعات، ف 566 وما بعدها، ص 318 وما يليها.

<sup>1534</sup> المشهور، الوسيط، ج 1، ف 217، ص 381، هـ 2.

خيار المالك في الإجازة أو الرد ولا يرثه!

وإن هذا المعنى يفرض نفسه في القانون المدني الوضعي ويمنع أن يكون المذهب المالكي قرينة تخصص عموم عبارة الفصلين 576 م.ع. / 203 م.ج. فتبقى على إطلاقها وتقبل الميراث من بين أسبابها.

لكن لا يتجه عندئذ طلب هذه القرينة في التعاقد على تركة مستقبلية؟

#### 2.1- التعاقد على تركة مستقبلية:

**501-** لو اعتبر الميراث سببا لنفاذ التقويت، أفلا يتعارض مع منع التعاقد على تركة مستقبلية طبق الفصل 66 ف 2 م.ع. مما يؤدي إلى استبعاد هذا السبب من دائرة الفصلين 576 م.ع. / 203 م.ج.ع.؟ ووجه السؤال أنه في فرض التقويت في ملك الغير يتم التقويت قبل وفاة المالك، ثم يتوفى وهو مورث للمضوت فيبتين أنه . تاريخ التقويت تم التعاقد على شيء ورثه الموفوت فيما بعد أي أن الميراث أتى . زمن مستقبل بالنسبة إلى التقويت؛ أليس هذا هو التعاقد على تركة مستقبلية؟ وإن كان كذلك فهو باطل بطلانا مطلقا لا يمكن إنفاذ التقويت به، بكثير، فهو يخرج بالتقويت من منطقة التقويت في ملك الغير إلى ميدان اللامشروعية الذي ينتمي إليه التعاقد على تركة مستقبلية<sup>1531</sup> ويكون من نتائجها تقليص ميدان التقويت في ملك الغير بحيث فرضية أن يكون الموفوت وارثا للمالك منه لا اعتبارها تعاقدًا غير مشروع على معنى الفصل 66 ف 2 م.ع. فهل يصح هذا الاستنتاج؟

لا يمكن الجواب بالإيجاب إلا إذا كان الرّبط بين التملك بالميراث والتعاقد على تركة مستقبلية حتمياً بحيث يعتبر كلّ تعاقد على مال ورثه المتعاقد فيما بعد تعاملاً غير مشروع بوصفه تعاقدًا على تركة مستقبلية. وهذا ليس صحيحاً لأ

<sup>1531</sup> راجع سابقاً ف 210.

التركة نفسها لا في ذمة الوارث مباشرة، وإن تحمّلها الوارث ففي حدود منابه. وينبغي على هذا أن يتحمّل الوارث بقدر ما ورث، فإذا لم يرث شيئاً لا يتحمّل شيئاً. وهو ما تفضي إليه قاعدة أن «لا أحد يترك لوارثه أكثر مما كان له من الأموال» الرديفة لمبدأ الفصل 551 م.ع.<sup>1538</sup> ومن نتيجتها منع أن يعتبر مال للوارث خاصّ به جزءاً من تركة المتوفى بدعوى أنه مطلوب بالضمان بل من حقه الاستحقاق كأبي شخص آخر يبيع ملكه<sup>1539</sup>. وواقعة الوفاة لا تغيّر شيئاً من مركزه في هذا الخصوص، ولذلك ترى فقهاء فرنسا يطبقون هذا التحليل في نظام الإرث بشرط الجرد الشبيه بالإرث في الأموال ويفرقون بين قبول الوارث التركة فيتحمل بالضمان ولا يمكنه الاستحقاق، وقوله إياها بشرط الجرد فلا يلزمه الضمان ويمكنه الاستحقاق<sup>1540</sup>.

ويؤكد التزام الضمان نفسه جواب النقي. وتحليله أن الاستناد إليه لمنع المالك الحقيقي من الاستحقاق انبنى على انتقال الالتزام بالسعي في الحصول على الملكية إلى المالك الحقيقي بموجب إرثه للمفوت فقيل بما أنه هو نفسه المالك فسميه لن يطول كثيراً ويكفي الضمان لتحقيق الأثر المطلوب فينفذ التوثيق بالميراث في هذه الحالة لكن هذا البسط لا يقنع كثيراً لأنّ لبه في التنازل المؤسس عليه الضمان، وهو غير ممكن في الفرض المدروس لأنّ إقرار التنازل معناه إجبار الوارث على التنازل، فكأنه مالك حقيقي طلبت منه الإجازة وهي لا تؤخذ جبراً لأن لا أحد يجبر على التنازل عن ملكه حسب الفصل 20 م.ع.<sup>1541</sup>

كما أنه من وجهة فنية صرفة، لا ينفذ التوثيق إلا باكتساب الملكية وهذا لا يحصل مع خلافة المالك للمفوت لأنه مالك أصلاً لا يكسبه الميراث ملكية

<sup>1538</sup> انظر الهامش 271 السابق في الجزء الأول من هذا البحث.

<sup>1539</sup> في هذا المعنى: توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، ف 169، ص 285.

<sup>1540</sup> أوديار، دراسة في بطلان أعمال التوثيق...، أطروحة سابقة، ص 267.

<sup>1541</sup> راجع سابقاً، فقرات 2 و3 و4 و5 و6 و7 و8 و9 و10 و11 و12 و13 و14 و15 و16 و17 و18 و19 و20 و21 و22 و23 و24 و25 و26 و27 و28 و29 و30 و31 و32 و33 و34 و35 و36 و37 و38 و39 و40 و41 و42 و43 و44 و45 و46 و47 و48 و49 و50 و51 و52 و53 و54 و55 و56 و57 و58 و59 و60 و61 و62 و63 و64 و65 و66 و67 و68 و69 و70 و71 و72 و73 و74 و75 و76 و77 و78 و79 و80 و81 و82 و83 و84 و85 و86 و87 و88 و89 و90 و91 و92 و93 و94 و95 و96 و97 و98 و99 و100 و101 و102 و103 و104 و105 و106 و107 و108 و109 و110 و111 و112 و113 و114 و115 و116 و117 و118 و119 و120 و121 و122 و123 و124 و125 و126 و127 و128 و129 و130 و131 و132 و133 و134 و135 و136 و137 و138 و139 و140 و141 و142 و143 و144 و145 و146 و147 و148 و149 و150 و151 و152 و153 و154 و155 و156 و157 و158 و159 و160 و161 و162 و163 و164 و165 و166 و167 و168 و169 و170 و171 و172 و173 و174 و175 و176 و177 و178 و179 و180 و181 و182 و183 و184 و185 و186 و187 و188 و189 و190 و191 و192 و193 و194 و195 و196 و197 و198 و199 و200 و201 و202 و203 و204 و205 و206 و207 و208 و209 و210 و211 و212 و213 و214 و215 و216 و217 و218 و219 و220 و221 و222 و223 و224 و225 و226 و227 و228 و229 و230 و231 و232 و233 و234 و235 و236 و237 و238 و239 و240 و241 و242 و243 و244 و245 و246 و247 و248 و249 و250 و251 و252 و253 و254 و255 و256 و257 و258 و259 و260 و261 و262 و263 و264 و265 و266 و267 و268 و269 و270 و271 و272 و273 و274 و275 و276 و277 و278 و279 و280 و281 و282 و283 و284 و285 و286 و287 و288 و289 و290 و291 و292 و293 و294 و295 و296 و297 و298 و299 و300 و301 و302 و303 و304 و305 و306 و307 و308 و309 و310 و311 و312 و313 و314 و315 و316 و317 و318 و319 و320 و321 و322 و323 و324 و325 و326 و327 و328 و329 و330 و331 و332 و333 و334 و335 و336 و337 و338 و339 و340 و341 و342 و343 و344 و345 و346 و347 و348 و349 و350 و351 و352 و353 و354 و355 و356 و357 و358 و359 و360 و361 و362 و363 و364 و365 و366 و367 و368 و369 و370 و371 و372 و373 و374 و375 و376 و377 و378 و379 و380 و381 و382 و383 و384 و385 و386 و387 و388 و389 و390 و391 و392 و393 و394 و395 و396 و397 و398 و399 و400 و401 و402 و403 و404 و405 و406 و407 و408 و409 و410 و411 و412 و413 و414 و415 و416 و417 و418 و419 و420 و421 و422 و423 و424 و425 و426 و427 و428 و429 و430 و431 و432 و433 و434 و435 و436 و437 و438 و439 و440 و441 و442 و443 و444 و445 و446 و447 و448 و449 و450 و451 و452 و453 و454 و455 و456 و457 و458 و459 و460 و461 و462 و463 و464 و465 و466 و467 و468 و469 و470 و471 و472 و473 و474 و475 و476 و477 و478 و479 و480 و481 و482 و483 و484 و485 و486 و487 و488 و489 و490 و491 و492 و493 و494 و495 و496 و497 و498 و499 و500 و501 و502 و503 و504 و505 و506 و507 و508 و509 و510 و511 و512 و513 و514 و515 و516 و517 و518 و519 و520 و521 و522 و523 و524 و525 و526 و527 و528 و529 و530 و531 و532 و533 و534 و535 و536 و537 و538 و539 و540 و541 و542 و543 و544 و545 و546 و547 و548 و549 و550 و551 و552 و553 و554 و555 و556 و557 و558 و559 و560 و561 و562 و563 و564 و565 و566 و567 و568 و569 و570 و571 و572 و573 و574 و575 و576 و577 و578 و579 و580 و581 و582 و583 و584 و585 و586 و587 و588 و589 و590 و591 و592 و593 و594 و595 و596 و597 و598 و599 و600 و601 و602 و603 و604 و605 و606 و607 و608 و609 و610 و611 و612 و613 و614 و615 و616 و617 و618 و619 و620 و621 و622 و623 و624 و625 و626 و627 و628 و629 و630 و631 و632 و633 و634 و635 و636 و637 و638 و639 و640 و641 و642 و643 و644 و645 و646 و647 و648 و649 و650 و651 و652 و653 و654 و655 و656 و657 و658 و659 و660 و661 و662 و663 و664 و665 و666 و667 و668 و669 و670 و671 و672 و673 و674 و675 و676 و677 و678 و679 و680 و681 و682 و683 و684 و685 و686 و687 و688 و689 و690 و691 و692 و693 و694 و695 و696 و697 و698 و699 و700 و701 و702 و703 و704 و705 و706 و707 و708 و709 و710 و711 و712 و713 و714 و715 و716 و717 و718 و719 و720 و721 و722 و723 و724 و725 و726 و727 و728 و729 و730 و731 و732 و733 و734 و735 و736 و737 و738 و739 و740 و741 و742 و743 و744 و745 و746 و747 و748 و749 و750 و751 و752 و753 و754 و755 و756 و757 و758 و759 و760 و761 و762 و763 و764 و765 و766 و767 و768 و769 و770 و771 و772 و773 و774 و775 و776 و777 و778 و779 و780 و781 و782 و783 و784 و785 و786 و787 و788 و789 و790 و791 و792 و793 و794 و795 و796 و797 و798 و799 و800 و801 و802 و803 و804 و805 و806 و807 و808 و809 و810 و811 و812 و813 و814 و815 و816 و817 و818 و819 و820 و821 و822 و823 و824 و825 و826 و827 و828 و829 و830 و831 و832 و833 و834 و835 و836 و837 و838 و839 و840 و841 و842 و843 و844 و845 و846 و847 و848 و849 و850 و851 و852 و853 و854 و855 و856 و857 و858 و859 و860 و861 و862 و863 و864 و865 و866 و867 و868 و869 و870 و871 و872 و873 و874 و875 و876 و877 و878 و879 و880 و881 و882 و883 و884 و885 و886 و887 و888 و889 و890 و891 و892 و893 و894 و895 و896 و897 و898 و899 و900 و901 و902 و903 و904 و905 و906 و907 و908 و909 و910 و911 و912 و913 و914 و915 و916 و917 و918 و919 و920 و921 و922 و923 و924 و925 و926 و927 و928 و929 و930 و931 و932 و933 و934 و935 و936 و937 و938 و939 و940 و941 و942 و943 و944 و945 و946 و947 و948 و949 و950 و951 و952 و953 و954 و955 و956 و957 و958 و959 و960 و961 و962 و963 و964 و965 و966 و967 و968 و969 و970 و971 و972 و973 و974 و975 و976 و977 و978 و979 و980 و981 و982 و983 و984 و985 و986 و987 و988 و989 و990 و991 و992 و993 و994 و995 و996 و997 و998 و999 و1000

وبهذا يتضح أن التملك بالبراث جائز في التقويت في ملك الغير ولا يختلط مع التعاقد على تركة مستقبلية، وبالتالي يصح أن يكون سببا لنفاذ التقويت إذا آت المال إلى المفوت إرثا في المالك. لكن هل يصح في الصورة المعاكسة أيضا؟

## 2- المالك يرث المفوت:

**503-** لا تكاد الدراسات الفقهية المختصة لبيع ملك الغير في فرنسا تخذ من ذكر حادثة أن يرث المالك المفوت ضمن الأسباب «المسخة» للبيع والمناقص لدعوى الإبطال على أساس الفصل 1599 من المجلة المدنية. وبآية ذلك أن المالك يرث عن المفوت التزامه بالضمان، وهو ما يمنع من استحقاق المال من يبي المشتري لأن الضامن لا يستحق<sup>1535</sup>. حتى أن من الفقهاء من يجعل اتحاد شخص المالك والمفوت هو سبب النفاذ عوض صيرورة المفوت مالكا<sup>1536</sup>. فهل تقبل حالاً النفاذ هذه في قانوننا باعتبار أن الالتزام بالضمان ينتقل إلى الورثة طبقا لقواعد الفصل 241 م.ع.؟

**504-** لا يبدو أن هناك إجابة إيجابية بغير التقي بالنظر إلى نظام الإرث عندنا من جهة وإلى تحليل التزام الضمان نفسه من جهة ثانية.

فنظام الإرث في تونس يقوم على الإرث في الأموال لا على الإرث الشخصى الذي يكمل فيه الوارث شخص المورث<sup>1537</sup>، ولذلك فهو يجعل الالتزامات في

<sup>1535</sup> انظر مثلا: فرايبسكو، بيع ملك الغير، أطروحة سابقة، ص 137. - كولان وكايتان ودي لامورنديارا ج 2، ف 869، ص 580. - ميشال لوفالفي بارون، التزام الضمان لمنع دعوى البطلان لنقص الأهلية، مقاد سابق، ف 2، ص 259.

<sup>1536</sup> Pierre CRAMON, De la revendication des immeubles au cas de la vente de la chose d'autrui, thèse Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1912, p. 112.

<sup>1537</sup> فوايون، آثار الأتفاقات وأعمال التقويت التي محلها ملك الغير، أطروحة سابقة، ص 49 - فورمي دي سان لوفان، التقويت في ملك الغير، أطروحة سابقة، ص 210 وما يليها.

<sup>1538</sup> راجع سابقا، ف 384.

وجود الدين استحقاق التركة ومن ثم نفاذ التقويوت؟ وإن كان كذلك ففي أي تاريخ تثبت الملكية للورثة؟ (1) ومن جهة أخرى يوجب قانون الإشهار العقاري ترسيم التركة قبل التقويوت فيها، فهل الإشهار شرط لنفاذ التقويوت؟ (2).

#### 1- الدين ونفاذ التقويوت:

**507-** يرتبط نفاذ التقويوت باستحقاق الميراث. وإذا كان الفصل 87 م.ع. يرتب الميراث أخيراً بعد الدين فهو مردد للقاعدة العامة الواردة بالفصل 553 م.ع.: «الدائن يقدم على الوارث ولا يرث إلا بعد أداء الدين»<sup>1546</sup>. والسؤال الذي تفرضه هذه القاعدة هو: هل الدين مانع لاستحقاق الميراث أم لا؟ أي هل يستحق الوارث الإرث بمجرد وفاة المورث أم بعد أداء الدين؟ وهذا يقود إلى سؤال آخر حتمي عن تاريخ اكتساب الملكية بالميراث؟

**508-** تعدّ هذه المسألة من أعقد مسائل التركات عموماً وتدخل في باب انتقال التركة إلى الورثة<sup>1547</sup> وليس المقام مخصّصاً ولا ملائماً للخوض فيها خصوصاً أنها من أكبر المباحث الخلافية عند الفقهاء سواء في الشريعة الإسلامية<sup>1548</sup> أم في القانون المدني<sup>1549</sup>. ولكن يكفي هنا من عناصر الجواب الإلحاح

<sup>1546</sup> يوافق هذا المبدأ قاعدة «قدم» الفقهية المعروفة والمكرّسة بالفصل 87 م.ع. مع إضافة الحقوق المتعلقة

بميراث التركة، وهو يجري على المبدأ القرآني في تسبيق الدين والوصايا على الميراث حيث جاء في آخر الآية 12 من سورة النساء «ومن بعد وصية يوصي بها أو دين».

<sup>1547</sup> انظر عموماً: السنهوري، الوسيط، ج 9، ف 28 وما بعدها، ص 87 وما يليها. - أحمد إبراهيم بك، التركة والحقوق المتعلقة بها والميراث، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة السابعة، 1937، الجزء الأول، ص 357. - علي الخفيف، تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة العاشرة، 1941، عدد 5، ص 3 - 29 وعدد 6 ص 515.

<sup>1548</sup> الخلاف معترف إجمالاً بين المالكية والحنفية من جهة وهم يؤيدون انتقال التركة حتى أداء الدين، والشافعية والحنبلية الذين يقولون بانتقال التركة فوراً إلى الورثة مثقلة بالدين. لمزيد التفصيل راجع المراجع المذكورة في الهامش السابق وكذلك، محمد يوسف موسى، الميراث في الشريعة الإسلامية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، السنة الأولى، 1959، العدد الأول، ص 205-270.

المال، فلا غنى حينئذ عن رضاه بالتقويت ولا يمكن لواقعة الوفاة أن تعو  
رضاه، فضلا عن وجود استحالة منطقيّة في أن يرث الشخص ملكه تماما ك  
لا يشترى ملكه<sup>1542</sup>.

**505-** ولكل هذا لا يمكن أن ينفذ التقويت بواقعة أن يرث المالك المفقوت  
الخلافة لا تحصل هنا في محل التقويت، خلافا للصورة المعاكسة، وهي الص  
الأصليّة حيث يخلف المفقوت المالك بالإرث ويتلقّى عنه المال فيتحقق به شر  
الاكتساب وفق الفصلين 576 م.أ.ع. / 203 م.ج.ع. وينفذ به التقويت، والسؤال ه  
هل يتحقق النّفاذ بمجرد وفاة المالك أم لا بدّ له من شروط؟ يتوقف الجواب ع  
مساءلة نظام التملك بالميراث.

#### ب- نظام التملك بالميراث:

**506-** إن الوفاة هي الواقعة الموجبة للتملك بالميراث وهي أيضا سبب لاستحق  
الوصايا<sup>1543</sup> وكذلك خاصّة لحلول أجل الديون حسب الفصل 150 م.أ.ع.  
ويرتب الفصل 87 م.أ.ش. هذه النتائج وما يعبر عنها من حقوق ويضع آخره  
الميراث<sup>1545</sup> وهو ما يفرض السؤال عن تأثير الدين في الاستحقاق بالميراث: هل يم

<sup>1542</sup> راجع سابقا، ف 12.

<sup>1543</sup> انظر الفصلين 171 و 181 م.أ.ش. وكذلك لاحقا، ف 513 وما بعدها.

<sup>1544</sup> الفصل 150 م.أ.ع.؛ «جميع التزامات المدين ولو لم يحل أجلها تعتبر حالة عند موته حقيقة أو حكما».

<sup>1545</sup> الفصل 87 م.أ.ش.؛ «يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتي:

أ- الحقوق المتعلقة بمين التركة.

ب- مصاريف التجهيز والدفن.

ج- الديون الثابتة في الذمة.

د- الرصية الصحيحة النافذة.

هـ- الميراث.

فإذا لم يوجد ورثة ألت التركة أو ما بقي منها الى صندوق الدولة».

في التركة المدينة إلى حين خلاص الديون أم يتحقق منذ الوفاة؟

**509-** الجواب في الفورية لا في التأجيل الذي يتوقف على سنيين غير ممكنين في التشريع أحدهما أن النصوص المشار إليها في زمن الوفاة خاصة بالتركة غير المدينة وليست عامة على كل التركات، وهذا مستبعد عملاً بقاعدة الفصل 532 م.إ.ع. وثانيهما الإقرار «بالفصل المادي»<sup>1552</sup> بين التركة والمكاسب الخاصة للورثة بحيث تبقى التركة مخصصة لأداء الديون ولا يمكن للدائنين إلا التنفيذ عليها ويمكن للورثة رفضها «فلا يسع أرباب الدين إلا تتبع مخلف المدين» كما ينص عليه الفصل 241 ف 2 م.إ.ع. فيتأجل انتقال الملكية هكذا حتى يخلص الدين. وهذا يفترض إما أن التركة لا مالك لها قبل الخلاص أو أن تكون لها الشخصية المنوية فتكون ذمة مستقلة. وهذان مفترضان لا مؤيد لهما في القانون<sup>1553</sup> فضلاً عن تعارضهما مع النصوص السابقة في تحديد زمن الإرث بالوفاة، كما أنهما يفترضان وجود نظام تصفية إجباري للتركة وهذا ليس صحيحاً بدليل أن الفصل 87 م.أ.ش. يبين طريقة التصفية لا وجوبها وأن الفصل 135 م.ح.ع. يخير الورثة في إجراء التصفية وقانون 11 نوفمبر 1997 يجعل من التصفية نظاماً اختيارياً.

لذلك يبدو الفصل المادي غير متفق ومردوداً خلافاً لما أسماه الأستاذ محمد سعيد بـ«الفصل القيمي»<sup>1554</sup> معبراً عما يعرف بـ«مالية التركة» ومعناه أن المكاسب الموروثة تدخل في ذمة الورثة فور الوفاة وتحمل الوارث أداء الديون بقدر ارثه أي أن التركة تمثل قيمة مالية باعتبارها مجموعاً من الأموال فتندمج

<sup>1552</sup> التغيير للأستاذ محمد سعيد، القسمة العقارية، أطروحة سابقة، ص 186.

<sup>1553</sup> محمد كمال شرف الدين، قانون الأموال، ف 141، ص 51.

<sup>1554</sup> محمد سعيد، ترتيب دائني التركة، مقال سابق، مرجع سابق، ص 451 - القسمة العقارية، أطروحة

سابقة، ص 186 وما يليها.

إلى بعض المقدمات الضرورية واستنتاج الرأي الفقهي المنسجم معها. فتتضح الملاحظة أولاً أن السؤال الأصلي لا يهتم إلا بتركة مدينة، فلو لم يكن التركة أي دين لما طرح أي إشكال ولدخل الميراث في ملك الورثة منذ الوفاة لا خلاف ولنفذ التقويت من ذلك التاريخ أيضاً، لأن الفصل 553 م.أ.ع. يقول «لا إلا بعد أداء الدين» فإذا لم يكن دين كان إرثاً وفي هذا يلتقي مع الفصل م.أ.ش. الذي يقرن زمن استحقاق التركة بوفاة المورث «يستحق الإرث بمورث ولو حكماً ويتحقق حياة الوارث من بعده»<sup>1550</sup>. وهذه هي الملاحظة الثامنة وتؤديها عدة نصوص قانونية منها الفصل 123 م.أ.ع. في المفعول الكاشح للقسمة والذي يرتد بالاستحقاق إلى بدء الشئوع وهو يبدأ بالوفاء للتركات<sup>1551</sup> والفصل 289 م.م.ت. الذي يجيز للدائن مواصلة التنفيذ المورث لأنه أصبح مالكا للمال المعقول وكذلك الشطر الأول من الفصل م.أ.ع. نفسه «الدائن يقدم على الوارث» فهذه قاعدة تقضي إلى تقديم دائن المورث على دائي الوارث نتيجة لتقديمه على الوارث نفسه، مما يفترض وجود تزامن بين دائن المورث ودائن الوارث وهو غير ممكن إذا لم تدخل المكاسب المورثة فور ذمة الوارث فور الوفاة.

وعلى ضوء هذين الملاحظتين يتدقق السؤال أكثر: هل يتأجل التملك بالميراث

والعدد الثاني، ص 363-442 (خاصة العدد الثاني). - علي إبراهيم الرجال، حكم تصرف الوارث في التركة قبل سداد الديون ومشروع تنقيح القانون المدني، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد الرابع عشر، 1945، عدد 1-2، ص 58-1.

<sup>1549</sup> انظر ملخصاً لمختلف الآراء وأصحابها في أطروحة الأستاذ محمد سعيد، القسمة العقارية، ص 186، بعدها، وكذلك في مقال له بعنوان ترتيب دائي التركة، مداخلة في الاستغلاص الجبري للدين: الإجراء والضمانات، ملقنى مشار إليه سابقاً، مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل وحل الإنسان، تونس، 2004، ص 441. انظر خاصة ص 446 وما يليها.

<sup>1550</sup> يوسف بن يوسف، المورث الشرعية والوصية...، ص 110.

<sup>1551</sup> محمد كمال شرف الدين، قانون الأموال، ف 141، ص 50.



تكتسب به الملكية منذ الوفاة، وبالتالي ينفذ التفويت الصادر من الوارث حال حياة المورث باعتباره متعلقاً بملك الغير واكتسب فيه المفعول الملكية. ويكون هذا التفويت كالصادر من الوارث بعد استحقاقه التركة، وهو غير نافذ في حق الدائن الذي قد يطعن فيه. لكن هذا الطعن يحصل بعد نفاذ التفويت، ويؤدي إلى استحقاق لاحق يوجب الرجوع بالضممان، مما يعني أن التفويت نفذ أصالة بموجب الميراث وحده منذ الوفاة.

فهل يستمر نفس هذا التحليل مع الإشهار العقاري؟

## 2- الترسيم ونفاذ التفويت:

**511-** جاء في آخر الفقرة الثانية من الفصل 373 جديد م.ج.ع، ما يلي: «ولا يجوز للورثة أو الموصى لهم التصرف القانوني في حق عيني مشمول بالتركة أو بالوصية حسب الحال قبل ترسيم انتقال الملكية بالوفاة». وهذا النص خاص بالعقارات المسجلة الخاضعة لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم. وهو يستثني من هذا المبدأ الميراث والوصية<sup>1560</sup>، لكنه يعود فيخضعهما للإشهار إذا أراد الورثة إبرام تصرف قانوني على العقار. فهل يفهم من هذا أن الترسيم شرط لنفاذ التصرف عموماً؟ وإن كان كذلك، فهل ينفذ التفويت في ملك الغير إلا بالترسيم أم يكفي فيه اكتساب الملكية بالوفاة؟

خلافاً لما قد توحى به قراءة متسرعة لظاهر النص فإن الترسيم ليس شرطاً لصحة التصرف ولا لممارسة سلطة التفويت أصلاً من الورثة، وإنما هو مفترض ضروري يوجبه مبدأ تسلسل الترسيمات المضمّن بالفصل 392 م.ج.ع. ليمكن ترسيم التفويت. فالتفويت صحيح وجائز بين أطرافه، لكنّه في ظلّ المفعول

<sup>1560</sup> محمد كمال شرف الدين، مبدأ المفعول المنشئ للترسيم، مقال سابق، ف 25، ص 120. - نبيل الراشدي، ترسيم انتقال حق الملكية بالارث والوصية بالسجل العقاري، المجلة التونسية لرقابة التصرف، السداسية الثانية 1998، عدد 9، ص 131-168، خاصة ص 164.

أعيانها وتتحّد بمكاسب الوارث الشخصية، لكنها تبقى منفصلة من حصة الدين باعتبارها قيمة يلتزم الوارث بأدائها في حدود قيمة المكاسب التي تلقاها، فيستطيع الوارث أن يؤدي الدين من ماله الخاص ويكون أدائه صحيحاً ينقضي به دين الهالك، ويمكن للدائن أن ينفذ على مكاسب الوارث الخاضعة لكن في حدود قيمة المكاسب الموروثة. ومن هنا تعبير الفقهاء بأن حق الدائن الخاضع يتعلق بمالية التركة لا بأعيانها التي ترجع للورثة<sup>1555</sup>، أي أن الملك يثبت الحق في أعيان التركة والدين يثبت الحق في ماليتها.

وينبغي على ذلك أن الوارث يستطيع أن يفوت في المكاسب الموروثة من الوفاة، إذ هو يفوت في ملكه لا في ملك غيره، وإنما قد يضر تفويته ذلك بالدالة خصوصاً إذا لم تكن له مكاسب أخرى، فلا يكون نافذاً في حقه<sup>1556</sup> ويكفي محققاً في الطعن فيه<sup>1557</sup>.

**510-** بهذا يفهم الفصل 553 م.ع. الذي جعل لحماية الدائنين لا لتنظيم مسألة استحقاقية<sup>1558</sup>. وهذا يعني أن وجود الدين لا يمنع انتقال ملكية التركة إلى الورثة منذ لحظة الوفاة<sup>1559</sup> فالإرث سواء في تركة مدينة أم غير مدينة

<sup>1555</sup> علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثانية عشرة، 1942، ص 141.

<sup>1556</sup> علي إبراهيم الرجال، حكم تصرف الوارث في أموال التركة... مقال سابق، ف 18، ص 27.

<sup>1557</sup> يعتبر الطعن في هذه الصورة تطبيقاً خاصاً للدعوى البولائية، وأساسه الفصل 553 م.ع. لا الفصل 1 ف 1 م.ع. الذي استثني الميراث من ميدانه، ومن شأن هذا الطعن إذا أقره فقه القضاء أن يعطي معنى مستثناً الميراث من الفصل 306 المذكور، وكذلك للفصل 122 م.ع. في إمكانية «مقاضاة الشرط عند فوات نقض القسمة» راجع بمزيد التعمق، محمد سعيد، القسمة المقارنة، أطروحة سابقة، ص 20 و21.

<sup>1558</sup> محمد كمال شرف الدين، قانون الأموال، ف 141، ص 51.

<sup>1559</sup> علي إبراهيم الرجال، حكم تصرف الوارث في أموال التركة، مقال سابق، ف 18، ص 51، وهمة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 480.

وهو يتم من تاريخ الوفاة إزاء الدائنين وبقية الورثة. أما بين الطرفين فمن تاريخ التفويت استناداً إلى التزام الضمان وطبيعة الرجعية وجريا على رأي محكمة التعقيب في قرار 8 نوفمبر 1966.

وتصح هذه الخلاصة على الوصية.

#### الفقرة الثانية: الوصية

**513-** الوصية هي تملك مضاف لما بعد الموت، وهي مصدر لخلافة خاصة إذا تعلقت بعين معينة أو بمناب مشاع في عين معينة، ولخلافة عامة إن تعلقت بمناب غير محدد من الشركة، ونظراً لكون ملك الغير محلاً معيناً فهو يتلاءم مع وصية بعين معينة، لكنه قد يتفق مع وصية بمناب غير محدد إذا آلت العين الموقوت فيها إلى الموصى له بموجب القسمة. وعليه فالوصية تضرب بسهم في نوعي الخلافة، فيسحب عليها ما قيل في العقد بقدر ما لا يتعارض مع طبيعتها إن كانت خاصة، ويجري عليها ما قيل في الإرث، وتختص في الحالتين بمسألتين تفرضهما طبيعتها في علاقتها بنفاذ التفويت وهما: قبول الوصية أو ردّها (أ) وإجازة الورثة (ب).

#### أ- قبول الوصية وردها:

**514-** لا تلزم الوصية الموصى له إلا إذا قبلها صراحة أو ضمناً تطبيقاً للفصل 195 م.أ.ش. والقبول هو «رضا الموصى له بالحلول محل الموصى في امتلاك الموصى به كلاً أو بعضاً»<sup>1562</sup>. ويكون صراحة بالكتابة أو غيرها، أو ضمناً بالتصرف في الموصى به أو بسكوت الموصى له عن رد الوصية مدة شهرين من تاريخ إعلامه بها من طرف الورثة.<sup>1563</sup> أما رد الوصية فهو عكس قبولها، أي إعراب الموصى له عن رفضه امتلاك الموصى به فتلغى الوصية كأن لم تكن، ولا

<sup>1562</sup> يوسف بن يوسف، الموارث الشرعية والوصية...، ص 494.

<sup>1563</sup> الفصل 194 م.أ.ش. وانظر أيضاً: يوسف بن يوسف، الموارث الشرعية والوصية...، ص 495.

المنشئ لا ينقل الحق العيني إلا بالتّرسيم. واعتباراً لاستثناء التّركة والوصية نطاق المفعول المنشئ للتّرسيم مع خضوع سائر التصرفات الإرادية له، فإنّ إعفاء بالتّسبة إلى التصرفات الصّادرة من الوارث أو الموصى له من شأنه يفقد حلقة في توالي التّرسيمات يفوت بها مقصود المفعول المنشئ.

ومن هنا كان لا بدّ من التقطّن إلى هذه الثّغرة وهو ما يفرضه مبدأ التّسلسل الذي يمنع قبول ترسيم حقّ إذا لم يكن منجزاً من صاحب الحق المرسم. وما الوارث هو المتصرّف، كان لزاماً أن يكون حقه مرسماً حتّى يمكن أن تترتب عليه حقوق ترسم بدورها. ومن ثمّ فحكم الفصل 373 م.ج.ع. بالتّسبة إلى المير والوصية هو حكم تمليه اعتبراته فنية متعلّقة بمبادئ الشّهر العيني في علائق التّسلسل بالمفعول المنشئ وليس حكماً أصلياً لتنفيذ التقويت في ملك الغير حتّى لاكتساب الملكية بالميراث أو التقويت فيها بديل أنّه يصحّ أن يتمّ التقويت المراد ترسيمه قبل ترسيم الوفاة، ثمّ ترسم الوفاة والتّقويت<sup>1561</sup>. فلو ك التّرسيم شرطاً لصحة التقويت لما كان ممكناً أصلاً هذا التعامل ولاضد الأطراف إلى إعادته من جديد! وليس هذا مقصد القانون.

لذلك فالترسيم واجب لأنّ المفعول المنشئ يفرضه لآلته شرط لتحقيق شر الاكتساب الذي ينفذ به التقويت. والتّقويت نافذ من جهة ملك الغير ولو قبل التّرسيم، لكنّ التّرسيم لازم لأنّ التقويت في ملك الغير بعد النّفاذ بالاكتساب يصبح كأيّ تقويت عادي خاضعاً للمفعول المنشئ، وبالتالي واجب الإشو بالتّرسيم.

**512-** وهكذا يتّضح أنّ نفاذ التقويت باكتساب الملكية بالميراث ره بوفاة المالك وحدها بقطع النّظر عن استنراق التّركة بالدين أو عن إشهاره

<sup>1561</sup> نيل الرّاضدي، ترسيم انتقال حقّ الملكية بالإرث...، مقال سابق، مرجع سابق، ص 165.

ويغير اختياره<sup>1568</sup>. كما أنه بالقبول تلزمه الوصية فيتحمل وزرها لأنها مصدر خلافة<sup>1569</sup> ومن حقه أن يتخلص منها بردّها فلا يلزمه شيء منها لأنها تبرع قد لا تطيب به نفسه وتكون له دوافعه الشخصية التي تمنعه من قبوله فترك له المشرع كامل الحرية في الرّفوض أو القبول. فإن ردّ الوصية ردّت<sup>1570</sup> أي بطلت عملاً بالفصل 197-4 م.أ.ش. ورجعت بالموصى به إلى تركة الموصي طبقاً للفصل 199 م.أ.ش. وهذا كله على تقدير أن الموصى له يرثب حقاً على الموصى به للغير. لكن هل يحتفظ بحريته تلك في فرض التقوية في ملك الغير فيحقق له أن يرثب الوصية وقد فوت في الموصى به حتى قبل أن يتملك به؟

لو كان ممكناً قبول الوصية قبل وفاة الموصي لتعدّر ردّها بعد ذلك عملاً بالفصل 196 م.أ.ش. ولاعتبر التقوية عندئذ قبولاً ضمناً يمنع الردّ فتخلص الملكية للمفوت له مباشرة. لكن القبول والردّ كلاهما لا يعتد به إلا بعد الوفاة<sup>1571</sup> فيبقى السؤال مطروحاً. وجوابه يكمن بالنسبة إلى الطرفين في أحكام ضمان الاستحقاق وتطبيق قاعدة «الضامن لا يستحق» التي تمنع على المفوت استحقاق المال من يد المفوت له أو «فعل ما يمنع المرتهن من إجراء حقوقه المنجزة له من الرهن» كما يقول الفصل 207 م.ح.ع. لكن هذا المنع لا يتخذ دائماً شكلاً عينياً يحول دون معارضة المفوت له بفعل المفوت، بل ينقلب إلى التعويض خصوصاً إذا ترتب من فعل المفوت حق للغير كما في ردّ الوصية حيث تعود إلى الورثة فيتعلق حقهم بها. ومعنى هذا أن الضمان يمنع المفوت من ردّ الوصية،

<sup>1568</sup> معتمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، ف 14، ص 16 - يوسف بن يوسف، الموارث الشرعية

والوصية...، ص 496.

<sup>1569</sup> عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ف 506، ص 818.

<sup>1570</sup> الفصل 193 م.أ.ش.

<sup>1571</sup> يوسف بن يوسف، الموارث الشرعية والوصية...، ص 497 - محمود شمام، الوصية في الفقه والقانون،

ص 117.

يكون الردّ إلّا صريحا<sup>1564</sup>. والسؤال هنا: هل يعلق نفاذ التقويد على قبول المالك الوصية؟ وهل يجوز له ردها؟ وما تأثيره على نفاذ التقويد؟

**515-** للجواب ينبغي التحقق من مكانة القبول والردّ من نفاذ الوصية. وما يحصل من نصّ الفصلين 195 م.أ.ش: «إذا قبل الموصى له بعض الوصية بعضها تلزم فيما قبل وتبطل في البعض الآخر» و181 م.أ.ش: «الموصى له يست الوصية مع ما زاد فيها من زمن وفاة الموصي»، ويفهم منهما أنّهما كرسا جمهور الفقهاء المسلمين في اعتبار أنّ الملكية لا تثبت للموصى له إلا بقوله وعملا بالمشهور عند المالكية وأصح الأقوال عند الشافعية من أنّ الملكية تنتب بأثر رجعي من تاريخ الوفاة لا من تاريخ القبول<sup>1566</sup>. ويتبين من ذلك أنّ القبول شرط للزوم الوصية<sup>1567</sup>، إذ قبل وروده تكون الملكية غير مستقرة بين الو الموصى له فقد تثبت له وقد تبقى للورثة، وبالقبول يتحدد مصيرها فتدخل الم في ذمة الموصى له، ومن ثمّ شرع القبول حتى لا يترك الموصى له شيئا جبرا

<sup>1564</sup> يوسف بن يوسف، مرجع وموضع سابقين - فرج القصير، أحكام الموارث، ف 125، ص 64.

<sup>1565</sup> لم يشذ عن الجمهور إلّا الشافعية في قول عنهم وزفر من الحنفية الذين يثبتون الملك بمجرد الوفاة كالبدون توقف على القبول. انظر في مختلف الآراء الفقهية: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، ف 203 بعدما، ص 214 وما يليها. - محمد يوسف موسى، الميراث في الشريعة الإسلامية، مقال سابق، مرجع سابق ج 2، ص 408 وما يليها (ص 112 من المقال). - يوسف بن يوسف، الموارث الشرعية والوصية...، ص 5 وما يليها.

<sup>1566</sup> محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، ف 203، ص 215 (القول الثالث). - محمود شمام، الوصية

الشفقة والقانون، ص 115. - يوسف بن يوسف، الموارث الشرعية والوصية...، ص 507. - محمد يوسف موسى، الميراث في الشريعة الإسلامية، مقال سابق، مرجع وموضع سابقين.

<sup>1567</sup> محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، ف 10-14، ص 16-16. - يوسف بن يوسف، الموارث

الشرعية...، ص 497. - عبد المنعم فرج الصلدة، الحقوق العينية الأصلية، ف 585، ص 815. - القصير، أحكام الموارث، ف 123، ص 64، وهو يقول إنّ القبول شرط لصحة الوصية.

وصية لوارث ولا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي» أي أنه بمفهوم المخالفة لا وجوب للإجازة في حدود الثلث وهو ما يقوله الفصل 187 م.أ.ش. «الوصية لغير الوارث تمضي في الثلث من التركة بدون توقف على إجازة الورثة». ومعنى هذا أن الوصية نافذة ضرورة في حدود الثلث ولا يمكن نقضها أو إلغاؤها في ذلك الحد<sup>1572</sup>، تنفيذاً لنص القانون واحتراماً لإرادة الموصي وتماشياً مع الأصل الفقهي الإسلامي لقاعدة الثلث<sup>1573</sup>. وقد أقرت محكمة التعقيب هذا الحل في البيع في مرض الموت لغير وارث طبق الفصل 565 م.أ.ع.<sup>1574</sup> وهو مؤسس كما هو معلوم على قواعد الوصية جبرياً على الفقه الإسلامي<sup>1575</sup>. فالوصية إذن سبب صحيح للملك في حدود الثلث ويتربّب عنها نفاذ التقويت بنفس الكيفية. وما دامت كذلك فيكفي أن يكون المموت غير وارث حتّى يتملك بالوصية وينفذ التقويت تبعاً له. أمّا ما زاد على الثلث فيتعلق به حق الورثة وتطلب فيه إجازتهم فإن وردت تدعّم نفاذ التقويت، أمّا إن رفضت فلا تأثير لها على النفاذ المبدئي، وإنّما تلزم الموصى له بالزائد إزاء الورثة<sup>1576</sup>. فإن تسلّم العين، ردّ منها ما زاد على الثلث إن كان ممكناً أو ردّ قيمته وفقاً للقواعد العامة. وهذه مسألة تطرأ بعد النفاذ أي لها تعلق باستحقاق المال من يد المموت له جزئياً إن كان قابلاً

<sup>1572</sup> فرج القمبير، أحكام الوارث، ف 132، ص 67.

<sup>1573</sup> يلتقي هذا الحل مع مشروعية الوصية بيانة حيث جاء في التحديث الشريف «إن الله تصدّق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم»، أي أن نفاذ الوصية في الثلث يوافق الثب الإلهي إلى التصدق بثلث المال، وهو مقدّم في الاعتبار. انظر في نص الحديث وتخرجه: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، ص 10، هـ 2.

<sup>1574</sup> قرار تعقيبي عدد 10430 مؤرخ في 11 فيفري 1985، ن 85، I، 66.

<sup>1575</sup> محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير، ف 283-284، ص 238-239. - فرج القمبير، أحكام الوارث، ف 138 وما بعدها، ص 72 وما يليها.

<sup>1576</sup> محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، ف 156، ص 170. - محمد يوسف موسى، الميراث في الشريعة الإسلامية، مقال سابق، مرجع سابق، ص 41-412. - محمود شمام، الوصية في الفقه والقانون، ص 54 وما يليها. - يوسف بن يوسف، الوارث الشرعية والوصية...، ص 402.

ويوجب سؤاله بالتعويض عند الفعل لأنه برد الوصية يمنع نفاذ التقوية أكثر من ذلك، فالتقوية يلزمه بقبول الوصية لأن التزامه بالضممان يبرض السعي في الحصول على الملكية، وعدم فعل ما يعارضها، ويكفيه السط عن إعلام الورثة حتى يعتبر قابلاً.

**516-** والخلاصة أن التقوية ينفذ بقبول الوصية ويمتد بردها. وحينئذ لا المشرع يمنع الرد إذا تعلق بالموصى به حق للغير (المفوت له) ولوقبل الوفاة، فحق على الهبة التي يتعدّر الرجوع فيها إذا تعلق بها حق للغير عن حسن نية. والفصل 210 م.أ.ش. خصوصاً أن الورثة لن يضاروا بهذا الحل لأن حقهم في الشركة محفوظ بما أن الوصية لا تتجاوز تلك الشركة إلا بإجازتهم.

#### ب- إجازة الورثة:

**517-** يؤخذ من الفصل 179 م.أ.ش. أن نفاذ الوصية يختلف بحسب مكانت لوارث أو لغير وارث. فإن كانت لوارث فلا بد من إجازة الورثة وإن كانت لغير وارث فيجب أن لا تتجاوز تلك الشركة. وإن زادت فلا بد من إجازة الأثرية أيضاً. وتعتبر الإجازة شرطاً لنفاذ الوصية في الحالتين. وهو ما ينعكس تأثيره نفاذ التقوية في ملك الغير على التفصيل الآتي: إن كان المفوت وارثاً فلا بد من إجازة الورثة وبالتالي لا ينفذ التقوية بوفاء الموصي وقبول الوصية، بل لا بد من إجازة أيضاً. أما إن كان من الغير، وكانت الوصية في حدود تلك الشركة لشكالك. وهي نافذة من تاريخ الوفاة عملاً بالفصول 179 و181 م.أ.ش. لند لو تجاوزت تلك الشركة وكان لازماً إجازة الورثة فهل يتوقف نفاذ التقوية تلك الإجازة أم لا؟ وإن رفضها الورثة فهل يشكل رفضهم مانعاً لنفاذ التقوية؟

**518-** من الثابت في الجواب أن الورثة لا يملكون الإجازة إلا إذا ز الوصية على تلك الشركة بعد طرح الدين. ويؤخذ من الفصلين 179 و187 م.أ.ش. أنهم لا يملكونها إلا فيما زاد على الثلث حيث ينص الفصل 179 م.أ.ش.



المالك الأصلي إلى ذمة المفوت، فترفع دعوى الاستحقاق عن المالك، وتتجو بالمفوت له من هذا الخطر، لكنّها لا تحدث أثرها إلا من تاريخها بما يعني أنّ أسباب الاستحقاق السابقة المؤسسة على حقوق أخرى تبقى سارية وتنتقل إلى المفوت له. وتعتبر هذه الفورية إزاء المالك الحقيقي والغير عنصرا مضافا لفكرة الخلافة في إضعاف نفاذ التقيوت لأنّه يوسّع من دائرة خطر الاستحقاق فيدخل فيها الحقوق الناشئة بين زمن التقيوت وتاريخ اكتساب الملكية.

لكنّ الأمر يختلف اختلافا بيّنا لو كان الانتقال مؤديا إلى تغيير الملكية وتجديدها عند المفوت، فحينئذ لا يكون للفورية تأثير خاص على نفاذ التقيوت الذي لن تصيبه حقوق سابقة يزيها التملك الجديد.

### القسم الثاني: اكتساب المفوت ملكية جديدة

521- يعتبر الاستتلاء والاتصاق والتّصادم في الفصل 22 م.ج.ع. أسبابا مكسبة للملكية جديدة، ومعها بعض من صور «مفعول الضانون». ومن بين هذه الأسباب الأربعة يوجد سببان يتّجه إقصاؤهما لتعارض فرضهما مع التقيوت في ملك الغير، وهما: الاتصاق<sup>1578</sup>

<sup>1578</sup> الاتصاق هو واقعة تتمكّل في اندماج أو اتحاد شيئين ماديا سواء بفعل الطبيعة أم بفعل الإنسان وينتج عنها أنّ صاحب الشيء الأصلي يصبح مالكا لما التصق به (بعد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ف 197، ص 303). وقد نصّت عليه مجلة الحقوق العينية في الفصل 27 م.ج.ع.، وما أضيف إلى عتار أو منقول وأصل به مكان ملكا لصاحب الأصل بطريق الاتصاق، والاتصاق يكون طبيعيا أو بفعل الإنسان» وركزت على العتار دون المنقول (محمّد كمال شرف الدين، الأموال، ف 169، ص 58 - يوسف الككتاني وهوزي بالككتاني، الأموال، ف 193، ص 109)، نظرا إلى ندرته في الاستحقاق إذ يطغى عليه الاتصاق وقاعدة الحوز في المنقول (الصدّة، الحقوق العينية، ف 223، ص 344). وربما اعتبرت حالة الفصل 55 م.ج.ع. من صور. ومن أمثلة المجلة في الاتصاق الطبيعي تراكم الطمي والرؤاسب (الفصل 28) وتحول الأرض بسبب حادث طارئ (الفصل 29) ونحسار المياه من الأرض المفورة (الفصل 30) وتحول الوادي عن مجراه الأصلي (الفصل 31)... أما الاتصاق الصّناعي أي بفعل الإنسان فيتمكّل خاصة في إحداث بناءات أو مغروسات أو منشآت بهوآد

للقسمة أو بأداء القيمة من المفوت إن لم يكن كذلك، وهذا كله ليس للنفاد، بل بهمّ تسوية الضمان الجزئيّ في عقد صحيح ونافذ.

على أنّ اشتراط الإجازة رهين بوجود ورثة. فإذا توفي الموصي ولا وارث نفذت وصيته في العين كلها دون توقف على الثلث لأنّ قاعدته شرعت لمخ الورثة وقد انعدموا، ولا يقوم صندوق الدولة مقامهم فلا يملك إجازة ما زاد الثلث<sup>1577</sup>. بل إن الوصية بكلّ المال ممكنة إذا لم يكن على الموصي وتطبيقا للفصل 188 م.أ.ش.: «من لا دين عليه ولا وارث تنفذ وصيته ولو بماله بدون توقف على ميراث صندوق الدولة».

**519-** وهكذا يظهر في كلّ أحوال الإجازة أنّها غير لازمة لنفاذ التقويم كان المفوت غير وارث ويحتاج إليها إن كان وارثا. وعطفا على ما سبق الإرث، لا يلزم نفاذ الوصية إشهار ولا يمنع الدّين نفاذها، لكن قد يؤرّو استحقاقها من يد المفوت له. ولا يكون هذا الاستحقاق إلا طارئا بعد تأسيسا على فكرة الخلافة التي تحكم الوصية.



**520-** يظهر البحث في الأسباب المكسبة للملكية سابقة أنّها تتفاوت من شروطها يسرا في الوفاة (الميراث خاصة) وعسرا في الحياة (كثرة الشروط)، في جميع الأحوال محكومة بفكرة الخلافة التي تنقل إلى الخلف ما كان السلف بعينه فلا تشهد الملكية تغيرا أو تحويرا بموجب التقويم، بل تنتقل هي من المالك إلى المفوت ومن ثمّ إلى المفوت له. وبذلك فهي تؤدي إلى نفاذ التقو لأنها تحقق له شرط الملكية الذي كان يقصه، وهي تحقّقه بإخراج المال من

<sup>1577</sup> محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، ف 157، ص 171. - فرج القصير، أحكام الوارث، ف 67، ص 67.

قويّ للتّفويت ينقي معه كل استحقاق وهما: التّقديم المكسب (الفرع الأول) ومضمول القانون (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: التّقديم المكسب

522- لا يمكن التعرّف على عمل التّقديم المكسب في إنفاذ التّفويت في ملك الغير إلا بالنظر في مضموله القانوني (الفقرة الثانية) الذي له مجال محدّد تفرّزه شروط معيّنة (الفقرة الأولى).

### الفقرة الأولى: شروط التّقديم المكسب

523- «التّقديم المكسب هو وسيلة يكسب بها الحائز ملكيّة الشيء أو حقاً عينياً آخر عليه بمقتضى حيازة تظلّ مدّة معيّنة»<sup>1580</sup>، وقد حصّرتّه مجلة الحقوق العينية في العقارات إذ خصّصت له القسم الثّاني من باب التّقديم<sup>1581</sup> المتعلّق بأنار الحوز<sup>1582</sup> ونصّت في أوّل فصوله أي الفصل 45 م.ح.ع: «من حاز عقاراً أو حقاً عينياً على عقار مدّة خمسة عشر عاماً بصفة مالك حوزاً بدون شغب مشاهداً مستمراً وبدون انقطاع ولا التباس كانت له ملكيّة العقار أو الحقّ العيني بوجه التّقديم. والحوز المغيّب لا تأثير له إلا من وقت زوال العيب».

ويؤخّذ من هذين التعريفين الفقهي والتّشريعي أنّ التّقديم المكسب هو ثمرة تفاعل عنصرين اثنين: حوز (أ) ومدّة (ب).

التّصنيف: مازو وشاباس، الأموال، ف 1579 وما بعدها، ص 311 وما يليها. - مالوري وأيناس، الأموال، ف 590 وما بعدها، ص 171 وما يليها.

1580 عبد التّعم فرج الصّدة، الحقوق العينية الأصليّة، ف 344، ص 561. - عبد السّلام الثّركي، التّقديم

كسب من أسباب اكتساب الملكيّة، ق.ت. ديسمبر 1984، ص 35.

1581 يتضمّن هذا القسم الفصول من 45 إلى 52 م.ح.ع.

1582 لا تتفق آثار الحوز عند التّقديم المكسب بل تشمل أيضاً الدّعوى الحوزيّة واكتساب الثّمار وإنشاء قرينة

على الملكيّة. انظر في ذلك: مازو وشاباس، الأموال، ف 1465 وما بعدها، ص 218 وما يليها. - كاريونيني، الأموال، ف 122، ص 208 وما يليها.

## والاستيلاء 1579 فيرتكز التحليل على السببين السابقين اللذين ينتج عنهما

على ملك الغير (الفصل 35) أو فوق أرض الغير بمواد يملكها المحدث (الفصل 36). انظر في هذه الحالة الأخيرة وهي أكثر الحالات المعروضة في التطبيق: 36 articles dans le cadre de D.E.A. de droit privé, Faculté de droit des sciences politiques de Tunis, 1986-1987.

ويعتبر هذا السبب منمياً للشيء الأصلي وموسماً لنطاق الملكية الأصلية (مالوري وأيناس، الأموال، ف 119). يوسف الكنانى وفوزي بالكناشي، الأموال، ف 186، ص 101، لذلك لا يتصور معه أي تقويت في شيء غير مملوك للموت ثم يترك الموت ذلك الشيء بالاتصاف فيكتسب الموت له ملحقاً ذلك أن الاتصاف يرتبط بالشيء مباشرة بصرف النظر عن اليد أو الذمة التي هو فيها فهو موضوعي وليس مجرداً ذهنياً كالاتصال الملكية، أي هو يحصل في الشيء سواء كان عند مالكه أم عند الموت له ويظهر أمره في التقويت من فرضين لا ثالث لهما: إما أن يحصل قبل التقويت فيكون ملكاً للمالك الحقيقي حتى إذا نفذ التقويت بعد التقويت، فإن كان قبل النفاذ فيكون دائماً من نصيب المالك الحقيقي حتى إذا نفذ التقويت بعد ذلك انتقل الشيء بما التصق به إلى الموت له، وإن كان بعد النفاذ فيتحقق الاتصاف في ذمة الغير مباشرة، وبهذا فلا وجه لفرض يتحقق فيه الاتصاف ولو للحظة في ذمة الموت حتى يخرج منها إلى ذمة الآخر. فيقتضى هذا السبب من نفاذ التقويت.

1579 الاستيلاء هو سبب ينشئ الملكية أصلاً على منقول غير مملوك لأحد أي هو يتعلق بشيء لا يملك يكون محل تقويت في ملك الغير لانعدام هذا الغير فرضاً لأن الشيء ليس في ذمة أي كان حتى ينسب «الغير» وقد سبق إقصاؤه في مقدمة البحث، ف 11 مع أن فيه حيزاً ضيقاً نظرياً لفرض تقويت في الغير، ووجهه أن الأشياء التي تملك بالاستيلاء هي المباحات غير المملوكة وهي نوعان: إما أن تكون منذ البداية (الهمة والسائبة) أو أن تصبح كذلك بعد التخلي عنها (المتروكة)، فإن كان الإقصاء في واضحاً ومطلقاً، فإنه في الثانية أقل حسماً. إذ يمكن تصور التقويت في الشيء قبل التخلي عنه أي وهو ملك صاحبه، فهو تقويت في ملك الغير، ثم يتخلى عنه هذا الغير فيصبح شيئاً متروكاً حسب الفصل م.ج.ع، فيستولي عليه الموت ويصير مالكا له؛ ورغم ذلك فهذا الفرض نادر لأنه إما أن يفوت الموت في أي يفوت فيه بعد أن يتخلى عنه صاحبه فإن استولى عليه بعد فقد فوت في ملكه هو ولا إشكال وإن له فقد فوت في غير مملوك وهذا ليس فرض ملك الغير، وحتى إن بقي بصيص لفرضية تقويت في ملك الغير في شأنها أن الاستيلاء يصير الموت مالكا مما ينتج عنه نفاذ التقويت، وهو نفاذ قروي يحصل فيه الغير على ملكية مبتدأة عند الموت خالية من كل عيب أو سبب استحقاق وتجدر الإشارة أن أهم نزاع في الاستيلاء في الأشياء المتروكة يتعلق بتحديد طبيعتها تلك ومبار التخلي وإثباته لأن به تتميز عن الشائعة والقطعة والتي لها أحكام خاصة في التملك ترتكز على الحيازة، إضافة إلى وجود أحكام خاصة بالاستيلاء نفسه تم الكنز والصيد البري والبحري والآثار، يشير إليها الفصلان 25 و 26 م.ج.ع. انظر

1588

صفة المالك التي يشترطها الفصل 54 م.م.ت. في قبول تلك الدعوى .

**526-** ويعتبر اشتراط الركن المعنوي إلى جانب الركن المادي اقتداء بالنظرية الشخصية في الحوز التي لا تقف عند الركن المادي<sup>1589</sup>، وهذا ما تجمله محكمة التعقيب في قولها<sup>1590</sup>: إن البينة المعززة للحيازة... تقوم على اعتبارات تؤكد جانباً مادياً يتمثل في مباشرة الحائز لأعمال مادية يمكن أن تخوله حقاً ملكياً معيّناً على المتنازع فيه وذلك خلال مدة معينة وجانباً معنوياً حول نية من يبشر تلك الأعمال في أن يكسب حقاً أو هو يبدو كذلك للعيان بسبب ما تخوله له تلك الأعمال الظاهرة...» ومن ثم فهي تذكر دائماً بضرورة الركن المعنوي أي اشتراط الحوز بصفة مالك<sup>1591</sup>، ولو أنها تتخفف في إثباته

عدد 5669 مؤرخ في 3 فيفري 1982، ن 82، I، 283 - قرار تعقبي عدد 15374 مؤرخ في 14 جويلية 1988، ن 78.88 - قرار تعقبي عدد 21216 مؤرخ في 9 جانفي 1989 ن 88، 235، ق.ت. افريل 1990،

ص 71 - قرار تعقبي عدد 40376 مؤرخ في 15 ماي 1996، ن 96، I، 128.

1588 ينص الفصل 54 م.م.ت. كيفما تقع بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963 على ما يلي: «فيما عدا صورة افتكاك الحوز بالقوة فإن القيام بدعوى الحوز لا يقبل إلا:

1) إذا كان الطالب حائزاً منذ عام على الأقل حال وقوع الشغب أو افتكاك الحوز أو إتمام الأشغال التي من شأنها أن ينجر عنها شغب ولم يسكت مدة علم من بعد وقوع ذلك الشغب أو افتكاك الحوز من يده أو إتمام تلك الأشغال.

2) إذا كان الحوز مستمراً بدون التماس ولا انقطاع ولا شغب مشاهداً بصفة مالك.

1589 رآه هذه النظرية هو الفقيه الألماني سافيني وقد عارضه فيها الهرنج منزعج النظرية المادية التي تقوم على الركن

المادي وحده. انظر في بسط هذين النظريتين خاصة: السهورى، الوسيط، ج 9، ف 264 وما بعدها، ص 803 وما

يلها. - مازو وشاباس، الأموال، ف 1422 وما بعدها، ص 195 وما يليها.

1590 قرار تعقبي عدد 48167 مؤرخ في 12 جانفي 1998، ن 98، II، 325.

1591 القرارات في هذا الخصوص عديدة نذكر منها مثلا في التقادم المكسب: قرار تعقبي عدد 7534 مؤرخ

في 9 فيفري 1971، ن 71، 23 - قرار تعقبي عدد 1928 مؤرخ في 11 مارس 1980، ن 80، I، 66.

- قرار تعقبي عدد 42995 مؤرخ في 5 نوفمبر 1966، ن 96، II، 343 - وفي الدعوى الحوزية: قرار

تعقبي عدد 6090 مؤرخ في 16 جويلية 1968، ق.ت. جوان - جويلية 1969، ص 19 - قرار تعقبي عدد

1446 مؤرخ في 18 ديسمبر 1962، ن 62، 63 - قرار تعقبي عدد 3168 مؤرخ في 25 ماي 1981،

## أ- الحوز:

524- يشترط في الحوز أن يوجد (1) صحيحا (2).

## 1- وجود الحوز:

525- يقوم الحوز من اجتماع ركنين متلازمين: ركن مادي وركن معنوي. وقد عبر الفصل 38 م.ج.ع. عن الركن المادي بالسيطرة الفعلية على الشيء الحق من قبل الحائز بنفسه أو بواسطة. وتتضمن هذه السيطرة الفعلية الأعمال التي يستوجبها الشيء أو الحق عادة.<sup>1583</sup>

أما الركن المعنوي فيسميه الفصل 45 م.ج.ع. «صفة المالك»، أي نية التمتع أو قصد الحائز ممارسة سيطرته على الشيء لاستعمال الحق الذي يريد حساب لنفسه<sup>1584</sup>، فالحوز بصفة مالك هو أن يتصرف الحائز إزاء الشيء كصاحبه أو صاحب الحق عليه<sup>1585</sup>، وإلى هذا المعنى تشير محكمة التعقيب قولها «صفة المالك هي أن يتصرف الحائز في العقار تصرف المالك في ملكه ينسب له نفسه وينسب إليه»<sup>1586</sup>. وتستعمل نفس هذه العبارات تقريبا في الدعوى الحوزية<sup>1587</sup> - وهي أهم آثار الحوز إلى جانب التقدم المكسب لتعقب

<sup>1583</sup> محمد كمال شرف الدين، قانون الأموال، ف 147، ص 52 - علي كعلتون، أحكام القانون الموطن بين التسجيل والإشهار، التأكيد والبحث في مطالب التسجيل المسجلة والاختيارية، دار للنشر، سوسة - تونس 2000، ص 383.

<sup>1584</sup> *P. JOURDAIN, Les biens, Paris, Patrice RAYNAUD et Michel MARTY*, Beyrouth, Delta 1997, n° 17, p. 20.

<sup>1585</sup> *السنهوري، الوسيط، ج 9، ف 264، ص 803.*

<sup>1586</sup> *مالوري وأيفاس، ف 492، ص 128-129. - مازو وشاباس، الأموال، ف 1422 وما يليها.*

<sup>1587</sup> قرار تعقيبي عدد 10924 مؤرخ في 13 جانفي 1976، ن 13، I، 76، قرار تعقيبي عدد 1495 و

7 جويلية 1977، ن 77، II، 70 - قرار تعقيبي عدد 15437 مؤرخ في 12 ماي 1986، ق.ت،

1988، ص 67.

<sup>1587</sup> قرار تعقيبي عدد 9417 مؤرخ في 24 ديسمبر 1959، ن 59، 46، ق.ت، مارس 1960، ص

تطبيق الفصل 80 قديم من قانون المرافعات لسنة 1910 المؤقف للفصل 54 م.ج.ت. الحالي) - قرار

والمنفعة أم شخصيًا كالوكيل والمستأجر. فالحائز العرضي إذن هو في الملكية حائز لحساب غيره، وعليه فلا يكسب الملكية بالتقادم<sup>1599</sup> لا هو<sup>1600</sup> ولا ورثته<sup>1601</sup>، إلا إذا تغيرت صفة بتغيير سنده وأصبح حائزًا أصليًا «إما بفعل الغير أو بمعارضة منه للمالك» على أساس الفصل 49 م.ح.ع.<sup>1602</sup>.

- <sup>1599</sup> ولا ينفع بالحماية الحوزية خاصة نفسه: انظر مثلاً: قرار تعفيبي عدد 13995 مؤرخ في 8 ماي 1986، 100, II / ق.ت. جانفي 1988، ص 103. - قرار تعفيبي عدد 21216 مؤرخ في 9 جانفي 1989، ن 235.88 / ق.ت. افريل 1990، ص 71. - قرار تعفيبي عدد 5669 مؤرخ في 3 فيفري 1982، ن 82، I، 283. - قرار تعفيبي عدد 15374 مؤرخ في 14 جويلية 1988، ن 88، 78. - قرار تعفيبي عدد 41936 مؤرخ في 25 سبتمبر 1996، ن 96، I، 124.
- <sup>1600</sup> في هذا الاتجاه: قرار تعفيبي عدد 10195 مؤرخ في 9 أكتوبر 1975، ق.ت. فيفري 1976، ص 49
- قرار تعفيبي عدد 6245 مؤرخ في 14 فيفري 1983، ن 83، II، 190 (نيابة). - قرار تعفيبي عدد 7631 مؤرخ في 7 جوان 1983، ن 83، II، 200 (ممارسة قبل القسمة). وكذلك قرار تعفيبي عدد 11967 مؤرخ في 8 جوان 1976، ن 76، II، 107. - قرار تعفيبي عدد 5298 مؤرخ في 4 جانفي 1982، ن 82، I، 22.
- قرار تعفيبي عدد 10450 مؤرخ في 12 جانفي 1974، ن 74، II، 104 (حوز بوجه الرهن، زمن أن كان ذلك ممكناً (رهن الانتفاع) قبل إلغائه في 28 جانفي 1958). - حكم ابتدائي الكاف عدد 287 و288 مؤرخ في 30 جانفي 1962، ق.ت. جويلية 1962، ص 65 وص 70 (شركة وتسويغ).
- <sup>1601</sup> انظر مثلاً: قرار تعفيبي عدد 10195 مؤرخ في 9 أكتوبر 1975، ق.ت. فيفري 1976، ص 49.
- قرار تعفيبي عدد 5261 مؤرخ في 1 فيفري 1982، ن 82، I، 253. - قرار تعفيبي عدد 9298 مؤرخ في 23 جانفي 1984، ن 84، I، 248 / ق.ت. ماي 1985، ص 113. - قرار تعفيبي عدد 51009 مؤرخ في 2 جويلية 1996، ن 96، II، 316. - قرار تعفيبي عدد 3849 مؤرخ في 16 جوان 1982، ن 82، III، 212.
- قرار تعفيبي عدد 4081 مؤرخ في 12 ديسمبر 1981، ن 81، IV، 230. - قرار تعفيبي عدد 3731 مؤرخ في 3 ديسمبر 1981، ن 81، IV، 200.
- <sup>1602</sup> انظر في تغيير سند الحوز خاصة: ملاو وشاباس، الأموال، ف 1428، ص 198. - عيد النعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ف 326 وما بعدها، ص 531 وما يليها.
- وفي تطبيق الفصل 49 م.ح.ع. انظر مثلاً: قرار تعفيبي عدد 2384 مؤرخ في 5 جوان 1979، ن 79، I، 327. - قرار تعفيبي عدد 14575 مؤرخ في 9 جوان 1987، ن 87، 239. - قرار تعفيبي عدد 15602 مؤرخ في 21 جوان 1988، ن 88، 205. - قرار تعفيبي عدد 27283 مؤرخ في 23 مارس 1993، ن 93، 245. - قرار تعفيبي عدد 43722 مؤرخ في 22 أكتوبر 1996، ن 96، II، 337.

فهي أحيانا تجعل الأعمال المادية قريبة على «التصرف الملكي»<sup>1592</sup> ولا تدر إثبات العنصر النفساني نظرا لصعوبته في ذاته بل تشترط أن تثبت التصرف لفائدة الحائز دون غيره وأن «لا يثبت ما ينافيه»<sup>1593</sup> وتستتجه أحيانا التصريح العقار للغير»<sup>1594</sup> أو «من التصرف في العقار بالرهن والبيع وإقامة و تملك»<sup>1595</sup>

**527-** وأهم نتيجة تترتب عن اشتراط صفة المالك هي إقصاء من لا يحوز الصفة وهو الحائز العرضي.<sup>1596</sup> ومن هنا تفريق هام جداً بينه وبين الحائز الأده هذا الأخير كما عرفت محكمته التعقيب<sup>1597</sup> هو من يحوز العقار لفائدته مباشرة أم بواسطة الغير.<sup>1598</sup> أما الحائز العرضي فهو من له وجه في الحوز الملكية يلزمه بره العقار إلى صاحبه سواء كان وجه الحوز عينياً كالسـ

81، II، 61. - قرار تعقبي عدد 21127 مؤرخ في 9 نوفمبر 1989، ن 412، 89. - قرار تعقبي عدد 19036 مؤرخ في 7 جانفي 1988، ن 73، 88. - قرار تعقبي عدد 21100 مؤرخ في 12 جانفي 9 ق.ت. جوان 1991، ص 52.  
<sup>1592</sup> قرار تعقبي عدد 11024 مؤرخ في 22 جويلية 1974، ن II، 74، 188. - قرار تعقبي عدد 3679 مؤرخ في 26 أكتوبر 1981، ن 81، III، 332.  
<sup>1593</sup> قرار تعقبي عدد 14632 مؤرخ في 27 ماي 1986، ن II، 86، 237. / ق.ت. جوان 1988، ص 10 أكتوبر 1980، ن 80، I، 156.  
<sup>1594</sup> قرار تعقبي عدد 34921 مؤرخ في 21 فيفري 1995، ن 95، 256.  
<sup>1595</sup> قرار تعقبي عدد 4883 مؤرخ في 19 جوان 1980، ن 80، I، 170.  
<sup>1596</sup> في الحياة العرضية، انظر: علي كعلون، أحكام القانون العقاري، ص 388 وما يليها. - مارتني وجوردان، الأموال، ف 88 وما بعدها، ص 28 وما يليها.  
<sup>1597</sup> قرار تعقبي عدد 16267 مؤرخ في 24 جانفي 1989، ق.ت. جوان 1991، ص 78.  
<sup>1598</sup> يجب التنبه إلى عدم الخلط بين الواسطة والحائز العرضي، فالواسطة ليست له صفة المالك، ولا يحق على المقار يلزمه بره إلى المالك كالحائز العرضي، وإنما هو مجرد ماسك مادي للشيء، يتحقق بوضع الركن المادي للحوز، وهو في الغالب تابع للمالك مستخدم عنده كعوامل المنزل والسائق وأجير الخدمة.....



م.ح.ع،<sup>1607</sup> ولا إلى الأراضي الاشتراكية تطبيقاً للفصل 11 من قانون 4 جوان 1964 لأنها ليست محل ملكية فردية خاصة بل هي ملك راجع لمجموعة ككل<sup>1609</sup>. وعليه فما دامت غير قابلة للتسجيل وليست محل ملكية خاصة، فلا يسري عليها مرور الزمن ولا تكتسب بالتقادم وهو ما أقره النص الصريح في

ص 1416). والمنطق الاقتصادي الحرة (القانون عدد 81 لسنة 1992 المؤرخ في 3 أوت 1992. - راند رسمي عدد 52 صادر في 7 أوت 1992، ص 989) والمساجد (القانون عدد 34 لسنة 1988 المؤرخ في 3 ماي 1988. - راند رسمي عدد 31 صادر في 6 ماي 1988، ص 717) والأرشيف الوطني (القانون عدد 95 لسنة 1988 المؤرخ في 2 أوت 1988. - راند رسمي عدد 52 صادر في 2 أوت 1988، ص 1091) والموانئ البحرية التجارية (انظر المجلة الصادرة بالقانون عدد 25 لسنة 1999 المؤرخ في 18 مارس 1999) وموانئ الصيد البحري (القانون عدد 47 لسنة 2002 المؤرخ في 14 ماي 2002. - راند رسمي عدد 40 صادر في 17 ماي 2002، ص 1340) والملك العمومي الجوي والمطارات (مجلة الطيران المدني الصادرة بالقانون عدد 58 لسنة 1999 المؤرخ في 29 جوان 1999) والتراث الأثري والتاريخي والتقليدي (مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي والفتون التقليدية الصادرة بالقانون عدد 35 لسنة 1994 المؤرخ في 4 فيفري 1994) والآثار (القانون عدد 35 لسنة 1986 المؤرخ في 9 ماي 1986 المتعلق بحماية الآثار والعالم التاريخي والواقع الطبيعي والعمرانية. - راند رسمي عدد 31 صادر في 13-16 ماي 1986، ص 597) والنتزهات الحضرية (القانون عدد 90 لسنة 2005 المؤرخ في 3 أكتوبر 2005، راند رسمي عدد 79 صادر في 4 أكتوبر 2005). انظر كذلك مجلة الغابات الصادرة بالقانون عدد 20 لسنة 1988 المؤرخ في 3 افريل 1988 ومجلة الاتصالات الصادرة بالقانون عدد 1 لسنة 2001 المؤرخ في 15 جاني 2001 ومجلة المحروقات الصادرة بالقانون عدد 93 لسنة 1999 المؤرخ في 17 أوت 1999.

<sup>1607</sup> ينص الفصل 356 م.ح.ع: «أجزاء الملك العام المشمولة في عقار مسجل لا يتسلط عليها التسجيل والحقوق المتعلقة بها تبقى رغمًا عن كل ترسيم». وانظر بصفة خاصة بالنسبة إلى الناجم الفصل 18 ف 1 من مجلة الناجم: «تعتبر المواد المعدنية المنقمة «ناجم» عقارات، وهي لا تخضع لأحكام القانون العقاري المتعلق بالمعارات المسجلة كما لا يمكن رهنها».

<sup>1608</sup> القانون عدد 28 لسنة 1964 المؤرخ في 4 جوان 1964 المتعلق بضبط النظام الأساسي للأراضي الاشتراكية (راند رسمي عدد 28 صادر في 2-5 جوان 1964، ص 764). وقد نص فصله 11 المذكور على ما يلي «في صورة ما إذا وقعت معارضة في تسجيل من طرف جماعة أو من طرف سلطة الإشراف القائمة في حق وباسم المجموعة فإن المجلس العقاري يحيل الأطراف على هيئات التحكيم المنصوص عليها بالفصل 10 أعلاه ويتوقف التسجيل بينما يصدر القرار النهائي من تلك الهيئات». وانظر أيضا الفصل 9 من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 والمتعلق بالتسجيل العقاري الإجمالي (راند رسمي عدد 9 صادر في 21 فيفري 1964، ص 223).

<sup>1609</sup> راجع الفصل الأول من قانون 1964 المشار إليه، وانظر: الحبيب المرصاوي، التسجيل العقاري والأراضي الاشتراكية، ق.ت. مارس 1992، ص 7.

**2- الموز العميم:**

**528-** ويقال أيضا الحوز النافع أو المصيد<sup>1603</sup> هو الحوز الذي يؤدي إلى التمسك المكسب، ولا تتحقق نتيجه هذه إلا إذا مورس على عقار يقبل التملك بالتقاضي (1.2) واجتمعت فيه جملة من الخصائص (2.2).

**1.2- العقارات القابلة للتقاضي:**

**529-** إن العقارات التي تقبل التملك بالتقاضي هي العقارات غير المسجلة والمشمولة بالملكية الخاصة القابلة للتسجيل، إذ من المعلوم أن من أكبر مبادئ التسجيل العقاري منع التقاضي المكسب عن العقارات المسجلة<sup>1604</sup> عملاً بصر الفصل 307 جديد ف 1 م.ج.ع.<sup>1605</sup> كما أن نطاق التسجيل لا يمتد إلى الملاك العمومي كالبحر والمياه والطرق والسكك الحديدية...<sup>1606</sup> طبقاً للفصل 6

<sup>1603</sup> يسمى بالفرنسية وباللاتينية: *Possession utile / ad usucapionem*.

<sup>1604</sup> تجب الإشارة أن منع التقاضي المكسب في العقارات المسجلة لا يفرضه منطوق السجل العقاري بقدر ما تعبير عن اختيار تشريعي في تقوية الثقة المتوخاة للدفاتر العينية، ودليل ذلك أن القانون العقاري لسنة 1885 صدر وفيه باب عن التقاضي المكسب (الفصول 300 إلى 341) وبقي نافذاً زهاء ست سنوات حتى بموجب أمر 15 مارس 1892. ولم يعرف العقارات المسجلة التقاضي المكسب منذ ذلك التاريخ. نتج هذا الفصل القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992. وقد كانت فقرته الأولى الجدي تركز مادة الفقرة الثالثة من الفصل 305 م.ج.ع. انظر في تطبيقه القرار التقييني عدد 65062 للمؤرخ في ماي 1999، ن 99، II، 262.

<sup>1606</sup> من المفيد الإشارة إلى أن الملك العمومي متعمد ومتشعب منه ما هو طبيعي ومنه ما هو اصطناعي، وأن مجموع متشعب فيه ما نص عليه أمر 24 سبتمبر 1885 المتعلق بقانون الأملاك العمومية (رأى تونسسي صادر في 1 أكتوبر 1885، ص 477) وكملته نصوص خاصة وهو: الملك العمومي للمياه (مجلة المياه الصادرة بالقانون عدد لسنة 1975 المؤرخ في 31 مارس 1975) والملك العمومي للطرق (القانون عدد 17 لسنة 1986 للمؤرخ في مارس 1986. - رأى رسمي عدد 17 صادر في 14 مارس 1986، ص 387) والملك العمومي البحري (القانون عدد 73 لسنة 1995 المؤرخ في 24 جويلية 1995. - رأى رسمي عدد 61 صادر في 1 أوت 1995، ص 708) والملك العمومي للسكك الحديدية (القانون عدد 74 لسنة 1998 المؤرخ في 19 أوت 1998. - رأى رسمي عدد 67 صادر في 21 أوت 1998، ص 1819). وفيه ما نصت عليه ونظمتها نصوص مستقلة، ويشمل: الملك العمومي العسكري (أمر 18 أكتوبر 1906. - رأى تونسسي صادر في 10 أوت 1907) والمناجم (مجلة المناجم الصادرة بالقانون عدد 30 لسنة 2003 المؤرخ في 28 أفريل 2003، رأى رسمي عدد 34، صادر في 29 أفريل 2003

## 2.2- خصائص الحوز:

530- خصائص الحوز هي أوصاف تنتج عكسيًا من العيوب التي تقبلها والتي يجب أن يخلو منها كلّ حوز حتى يحدث أثره وهي أربعة: الهدوء والعلائية (المشاهدة) والاستمرار والوضوح، ويقابلها الإكراه (الشغب) والخفاء وعدم الاستمرار (التقطع) والالتباس، وقد ذكرها الفصل 45 م.ج.ع. وأضاف إليها الانقطاع وهو ليس منها في الحقيقة لأنه ليس عيبًا في الحوز بل هو عارض من عوارض حساب مدة التقادم فهو يتعلق بركن المدة لا بركن الحوز<sup>1615</sup>.

ويعني الإكراه استعمال القوة والغصب للحصول على الحوز رغمًا عن المالك الحقيقي<sup>1616</sup>، ويقصد بالخفاء التستر والتكتم على الحوز إزاء المالك، فلا يتصرف الحائز في العقار تصرف المالك في ملكه. أمّا عدم الاستمرار فيظهر من عدم مباشرة الحائز للأعمال اللازمة لمزاولة حقّه في أوقات متتارية غير متقطّعة حسبما تقتضيه طبيعة الشيء، ويقصد بالالتباس أخيرا الغموض الذي يحوم في ذهن الغير حول نية الحائز في التصرف لحساب نفسه أم لحساب غيره كما يحصل عادة في الشئوع<sup>1617</sup>، فلا يعلم على وجه اليقين هل يتصرف بصفة مالك

عليه مرور الزمن إلا إذا أثبت التؤدة وجود مانع عاقها عن معرفة تملكها طبقا للفصل 393 م.ج.ع. وهذا طرح ليس فيه ما يقنع إلا تعبير صاحبه عن وجهة نظر الإدارة في إيجاد مخرج لتتمية رصيدها العقاري الخاص. وانظر في هذا النقاش أيضا: علي كعلون، أحكام القانون العقاري... ص 318 وما يليها.

1615 كاريونيني، الأموال، ف 120، ص 205 - مازو وشاباس، الأموال، ف 1434، ص 205. وانظر عكس ذلك: يوسف الكنتاني وفوزي بالكنتاني، الأموال، ف 247، ص 136 حيث يعتبران إشارة الفصل 45 م.ج.ع. إلى عدم الانقطاع تأييدا سلبيا منه لشرط الاستمرار.

1616 قد يحدث استعمال المشرع لكلمة «شغب» عوض «إكراه» في الفصل 45 م.ج.ع. ليسا في النّهن بخصوص تمييزه عن «الشغب» المبرر للدعوى الحوزية والوارد تعريفه بالفصل 53 م.م.ت، وهذا ما يبدو أنّه التيسر فعلا على محكمة التعقيب في قرارها عدد 4883 المؤرخ في 19 جوان 1980، ن 80، I، 170 (قرار مشاراليه سابقا) عندما اعتبرت أنّ الشغب في الأصل هو المنازعة في صفة المالك!

1617 من التطبيقات القضائية في هذا العيب انظر: قرار تعقبني عدد 4109 مؤرخ في 5 أكتوبر 1981، ن 81، III، 102. - قرار تعقبني عدد 44353 مؤرخ في 12 مارس 1997، ن 97، II، 353. - قرار

الملك العمومي <sup>1610</sup> وفي الأراضي الاشتراكية <sup>1611</sup> على السواء، وأكدته فقه قض المحكمة العقارية <sup>1612</sup>.

وبإلا حظ خصوصا في هذين الصنفين من العقارات أيهما أيضا لا يقب التقويت وهذا كفيل بإخراجهما من فرض التقويت في ملك الغير. لكنّه يعودان إليه وإلى التّقدم إذا خرجا من قيد العمومية والاشتراكية <sup>1613</sup> ودخلتا الملك الخاص للدولة <sup>1614</sup> أو للأفراد.

<sup>1610</sup> الفصل 3 من أمر 24 سبتمبر 1885 والأحكام العمومية لا يصحّ تقييدها ولا ملكها بطول مدة العمل. ويكاد نصح هذا الفصل يتكرّر في كلّ النصوص المتعلقة بالملك العمومي، راجع الهامش 1606 السابق.

<sup>1611</sup> الفصل الأول من قانون 1964: «إنّ الأرض الاشتراكية عقار غير قابل للحجز والتّقويت فيه وسقوطها بمرور الزمن...»

<sup>1612</sup> انظر مثلا: حكم مراجعة صادر عن الدوائر المجتمعة للمحكمة العقارية عدد 2 مؤرّخ في 8 جوان 1995، م.ق.ت. 1995، ص 267 مع ملاحظات الأستاذ محمّد كمال شرف الدين، - قرار برفض المر عدد 556 بتاريخ 10 فيفري 1998 وآخر عدد 564 بتاريخ 21 فيفري 1998، نشرة قرارات وأحكام المحكمة العقارية في مادة المراجعة (ن.م.ع.) 1995 - 1996 / 1997 - 1998، ص 192 - 194.

<sup>1613</sup> يخرج الملك العمومي إلى الملك الخاص للدولة عادة بأمر بزيل ترتيب العقار ضمن الملك العمومي (*déclassement*) ويتبعه تحلّ قطعي عن تخصيص المنفعة العامة، انظر مثلا الفصل 16 من م.ع. الملك العمومي البحري). أمّا الأرض الاشتراكية فتخرج إلى الملكية الخاصة بقرار إسناد على وجه الملك الخاصة يصادق عليه بأمر، انظر الفصلين 16 و17 من قانون 4 جوان 1964)، وعندئذ يجوز تعلّق بالتشادم: انظر: قرار تعقيبي عدد 28170 مؤرّخ في 14 ديسمبر 1992، ن 92، 315 - قرار تعقيبي 43938 مؤرّخ في 22 أكتوبر 1996، ن 96، II، 322.

<sup>1614</sup> حكم عقاري في المراجعة عدد 22/21 بتاريخ 17 جوان 1997، ن.م.ع. 1995 - 1998، ص 80 حكم عقاري في المراجعة عدد 28 بتاريخ 14 أبريل 1998، ن.م.ع. 1995 - 1998، ص 159. - تعقيبي عدد 3168 مؤرّخ في 25 ماي 1981، ن 81، II، 61 (بصفة ضمنيةّ بقبول الدعوى الحوزية). - تعقيبي عدد 43543 مؤرّخ في 29 أكتوبر 1996، ن 96، II، 340. - قرار تعقيبي عدد 68027.98 في 2 نوفمبر 1999، ق.ت. فيفري 2001، ص 105 مع تعليق للسيد حامد التّعملاوي الذي حاول من خضوع ملك الدولة الخاص للتّقدم وتنادى في تعليقه بتفريق على ضوء الفصل 6 من أمر 18 جوان 1918 بالملك الخاص، بين نوعين من هذا الملك حسب وقوع التّحديد أو عدمه، فيما وقع تحديده من الملك الخاص يخضع للتّقدم لأنّ استقلاله يخضع لترخيص بتعارض مع تصوّر تملكه من الغير (مكدا) وما لم يحدّد بـ

محكمة التعقيب الواردة في قرار لها صادر في 16 مارس 1982<sup>1623</sup>؛  
 «مسألة لأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 45... والحوز المغيب لا تأثير  
 له في الاحتجاج ولا يكسب صاحبه المتمسك به حقاً وأيّ عيب أعظم من  
 حيازة ما يملكه الغير...»<sup>1624</sup> لا يهم عيوب الحوز، بل هو ينفي  
 فكرة التقادم من أساسها لأن التقادم هو سبب لاكتساب ملكية عقار  
 مملوك للغير معروفاً كان أم مجهولاً، فإن كان العلم بهذه الواقعة عيباً  
 في الحوز فلا معنى لذلك إلا حذف التقادم من أسباب اكتساب  
 الملكية<sup>1625</sup>. وكون الحائز سيء النية لا يمنعه من تحقيق بقية شروط التقادم،  
 لكن يحرمه من تخفيض المدة على الفصل 46 م.ج.ع. إذا كان بيده سند  
 صحيح. وهذا ما يبيئه تحديد مدة التقادم.

1623

قرار تعقيبي عدد 5852 مؤرخ في 16 مارس 1982، ن. 82، II، 271.

1624

لعل كلاماً كهذا تفسره ملكية الدولة ورغبة القضاة في حماية المشتري منها، إذ تقيد الوقائع أن  
 أشخاصاً اشتروا عقاراً فلاحياً مملوكاً للدولة وتسلموه منها، لكنهم وجدوا أشخاصاً آخرين متحوزين به منذ  
 أمد بعيد بنوف عن الخمسين عاماً. فطلبوا إخراجهم ابتدائياً وحكم لهم بذلك، لكن محكمة الاستئناف  
 بسوسة نقضت وقضت من جديد بعدم سماع الدعوى نظراً إلى تحقق التقادم المكسب عند الحائزين والمستقط  
 للكية الطالبين، ولما كان هذا الرأي سليماً قانونياً، كان من الصعب على محكمة التعقيب نقضه دون  
 تعريض قضائتها للتقيد، فاعتمدت تعليلاً غير مقنع جعلت فيه أسباب اكتساب الملكية في الفصل 22 م.ج.ع.  
 مراتب والعقد أولها فهو مقدم على التقادم (هكذا) ثم اعتبرت تسلط الحوز على ملك الغير عيباً يمنع التقادم  
 وطبقت الفصل 41 م.ج.ع. في غير محطه لتقول إن صفة الحائز الأصلية لم تتغير وهذه الصفة الأصلية غير  
 معلومة لكنها عند محكمة التعقيب حوز عقار الغير وفي هذا مخالفة لنظرية تغير سند الحوز حسب الفصل  
 49 م.ج.ع. وختمت بإثارة الفصل 39 م.ج.ع. لتقول إن الحائزين كانوا يستغلون الأرض على سبيل التسامح من  
 الدولة والحال أن هذا الفصل لم يشر لإطلاقاً في النزاع ولا في المطاعن، وهذا كله لتفضل مشتري عقار الدولة  
 على حائزهم ولو أنها أعريت مباشرة عن رفضها خضوع ملك الدولة الخاص للتقادم لكان أهون لأن في المسألة  
 نقاشاً ولو لم يكن متعماً بدوره. لكنه أفضل من تحريف القانون من محكمة القانون!!

1625

من المثير للإنباه أن كلام محكمة التعقيب المنتقد تكرر ذكره في قرار آخر صدر في نفس التاريخ وعن  
 نفس الدائرة (الدائرة التاسعة) وتحت عدد قريب: 5831، ن. 82، II، 269، لكن وهاقمة ليس فيها ملك دولة  
 بل حبس مصفى.

أم هو حائز عرضي<sup>1618</sup>.

**531-** ما يلاحظ في كل هذه العيوب أنها وقتية أي قابلة للزوال فبدأ التصحيح من تاريخ زوالها، عملاً بأخر الفصل 45 م.ج.ع. «الحوز المعبى لا تأثراً إلا من وقت زوال العيب»، وأنها نسبية أي لا تأثر لها إلا قبل من كضحيّتها<sup>1619</sup>، باستثناء عدم الاستمرار فهو عيب مطلق يتمسك به الكافة بتعلق بالركن المادى للحوز<sup>1620</sup> حتى أن بعض الفقهاء لا يصنّفه ضمن العيوب يعتبر تقطع الحياة دليلاً على انعدام الركن المادى أصلاً<sup>1621</sup>.

**532-** كما يلاحظ أن الفصل 45 م.ج.ع. عدّد العيوب المعروفة في الحوز يجب خلطها مع سوء النية الذي هو ليس عيباً يشوب الحوز، بل هو مانع للتقبير، علماً أن نية الحائز لا تأثر لها في الحوز الطويل حيث لم يشترطها الفقه<sup>1622</sup> م.ج.ع. ولا الفصل 47 م.ج.ع. على هذا الأساس لا يمكن قبول عيب

تعقيبي عدد 45347 مؤرخ في 15 أبريل 1997، ن 97، II، 343. - قرار تعقيبي عدد 56482 مؤرخ في نوفمبر 1997، ن 97، II، 349.

**1618** انظر في تحليل هذه العيوب: محمّد كمال شرف الدين، قانون الأموال، ف 152 وما بعدها، ص 54 بينها. - يوسف الكفاني وفوزي بالكفاني، الأموال، ف 264 وما بعدها، ص 134 وما بينها - السنهوري الوسيط، ج 9، ف 273 وما بعدها، ص 841 وما بينها. - كاريونيني، الأموال، ف 120، ص 205. - وشاباس، الأموال، ف 1434 وما بعدها، ص 205 وما بينها. - مارتى وريغو وجوردان، الأموال، ف 20، 22. - كريسثيان أتياس، الأموال، ف 205، ص 230.

**1619** انظر الفقهاء المذكورين في الهامش السابق، ويستثنى منهم مازو وشاباس، (ف 1443 ص 209) وما وريغو وجوردان (ف 20، ص 23) في خصوص عيب الانتباس إذ اعتبروه مطلقاً متعلقاً بصفة المالك وهي رد في الحوز.

**1620** راجع الهامش السابق والذي قبله.

**1621** عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ف 330، ص 538. - مالوري وأتياس، الأموال، ص 497، ص 132.

**1622** علي كعلتون، أحكام القانون العقاري، ص 396.

لو صدر ممن له الحق.

والعبارة في حسن النية بوقت تلقي الحق،

ولهذا النص أهمية مضاعفة في موضوع التقيوت في ملك الغير لا تظهر في تعلّقه بأحد أسباب نفاذه فحسب، بل وكذلك خاصة في اعتباره التقيوت نفسه من مفترضاته<sup>1628</sup>. إذ يفهم من الفصل 46 م.ج.ع. أن شرطاً تخفيض مدة التقادم هو أن يكون الحائز (المفوت) حسن النية (1.2) وأن يكون حوزة منجرّاً بمقتضى عمل قانوني هو في الغالب تقيوت في ملك الغير<sup>1629</sup> (2.2).

<sup>1628</sup> الفرض هنا أن المفوت هو من يكتسب الملكية بالتقادم العشري فينفذ التقيوت. لكن واعتباراً لكون هذا التقادم يفترض وجود تقيوت في ملك الغير فإن السؤال اللصيق به عادة يطرح من جهة المفوت له لمعرفة تأثير تحقّقه عنده على التقيوت؟ وإذا لم يكن ممكناً اعتباره سبباً لنفاذه لأنه سبب مستقل في التملك فهو على الأقل حائل دون فسخ التقيوت إذ يؤدي إلى انقضاؤه بنفي المصلحة فيه، راجع الهامش 1297 السابق وانظر لاحقاً، ف 611.

<sup>1629</sup> تجب الإشارة إلى وجود صورة خاصة للتقادم خارج مجلة الحقوق العينية تجمع بين نوعي التقادم وتهم الحائز الماسك لشهادة حوزة على معنى القانون عدد 53 لسنة 1974 المؤرخ في 10 جوان 1974 رائد رسمي عدد 40 صادر في 11 جوان 1974، ص 1387) كيفما تمّ بالتقانون عدد 10 لسنة 2000 المؤرخ في 24 جانفي 2000 رائد رسمي عدد 8 صادر في 28 جانفي 2000، ص 146). فحسب هذا القانون يحق للفلاح الحائز لأرض فلاحية همدة خمس سنوات عن حسن نية وبصفة مالك حوزاً بدون شغب مشاهداً مستمراً وبدون انقطاع ولا التلبس، أن يتسلم شهادة حوزة من الولاية (الفصل الأول) تسمح له برهن عقاره للحصول على قروض فلاحية لاستغلال أرضه وحياتها (الفصل 2)، ووظيف الفصل 7 مكرّر المضاف بقانون 2000 أنه إذا فاضل الحوز خمس سنوات أخرى من تاريخ تسليم الشهادة، فإنه يمكن للحائز أن يطلب تسجيل الأرض باسمه، فإن تمّ له ذلك فيجد نفسه قد أثبت حوزاً مدته عشر سنوات، والحال أن الإطار المشروح هو إطار الفصل 45 م.ج.ع. أي التقادم الأصلي بخمسة عشر عاماً. وقد شرعت لتغيير الحوزة نتيجة المالكين لأراض فلاحية غير مسجلة وليس بحوزتهم رسوم تثبت ملكيتهم فيتمتع عليهم وهنأ لغياب مفترض الإشهار في العقارات غير المسجلة حسب الفصل 279 م.ج.ع. أي وجود «رسم ملكية»، فشهادة الحوزة تؤوض ذلك الرّسم ولهذا يضع الفصل 3 من قانون شهادة الحوزة من بين شروط الحصول على الشهادة تصريحاً على الشرف بيبث ملكية الحائز للعقار. وفي هذه الظروف يوضح منطق شهادة الحوزة وهو إثبات الملكية، وارتباطاً بالتقادم بهذا المنطق يقربه إلى الفصل 45 م.ج.ع. ويعتمد به عن الفصل 46 م.ج.ع. رغم اشتراط حسن النية في الحائزين، لأن الفصل 46 م.ج.ع. يقوم على فكرة السند الصحيح وبنها يتصل مفهوم حسن النية وهي منعدمة في قانون شهادة الحوزة. وبناء عليه يمكن القول أن صورة التقادم في

## ب - المدة:

533- تقسم المدة التقادم إلى صنفين: تقادم طويل (1) وآخر قصير<sup>1626</sup> (2)

## 1- التقادم الطويل:

534- يشمل التقادم الطويل مدتين: مدة أصلية بخمسة عشر عاما نصّ عليها

الفصل 45 م.ج.ع. ومدة مضاعفة بثلاثين عاما بين الورثة والشركاء طبقا للفصل

47 م.ج.ع. (تقادم طويل جدا). وتخضع هذه المدة في حسابها وتعليلها وانقطاعا

إلى أحكام التقادم المسقط الواردة بمجلة الالتزامات والعقود<sup>1627</sup>.

## 2- التقادم القصير (العشوي):

535- ينصّ الفصل 46 م.ج.ع. على أن «تخضع مدة التقادم إلى عشر سنوات

إذا انجرّ الحوز بحسن نية وبمقتضى عمل قانوني من شأنه أن تنتقل به الملك

<sup>1626</sup>

ليس هذا التفريق مبتدعا، بل هو يدكر بتفريق القانون الروماني قبل جستينيان بين التقادم القم

(*Usucapio*) الذي كانت مدته عامين (وعاما في النقولات) ويهدف إلى جبر نقص شكايات التّ

كالشليم في بيع الأشياء النفيسة أو إلى جبر عيب التصرف لصدوره عن غير مالك أو ناقص الأهلية، والتّ

الطويل بعشر أو عشرين سنة (*praescriptio longi temporis*) وهو سبب مستقل لاكتساب الملك

والتقادم الطويل جدا بأربعين (ثم ثلاثين سنة) (*praescriptio longissimi temporis*) وهو مس

لدعوى الملك الحقيقي، أمّا بعد جستينيان فوجد نظاما للتقادم: أحدهما طويل بثلاثين سنة وهو نوع

مكسب للحائز حسن النية وليس له سند صحيح، ومسقط لدعوى الملكية لمن ليس حسن النية وليس له

صحيح، والثاني قصير ناتج عن دمج التقادم القصير والتقادم الطويل السابقين لمن هو حسن النية ويبيده

صحيح ومدته ثلاث سنوات في المنقولات ويسمى *usucapio*، وبين عشر وعشرين سنة في العقارات وي

صحيح ومدة ثلاث سنوات في المنقولات ويسمى *usucapio*، والقانون الروماني، ص 349 وما يليها.

*praescriptio* انظر بمزيد التفصيل: عمر ممدوح مصطفي، القانون الروماني، ص 349 وما يليها.

هذا التقارب مع تطور القانون الروماني على مدى تطور الصنعة القانونية عند الرومان وعلى أن حكم التّ

والبيع على الأخص لم يشهد تغييرا كبيرا: في هذا المعنى: دي باج ولبنز، البيع، ص 32، ص 72 وهـ 34

79 - ديكاوس، الوجيز في القانون المدني البلجيكي، ج 2، ف 765، ص 452، هـ 3.

<sup>1627</sup> ينصّ على ذلك الفصل 51 م.ج.ع. والأحكام المحال عليها هي الواردة خاصة في الفصول 384 إلى

404 ع.

seph JAUBERT, Des effets civils de la bonne foi, thèse Paris, éd. A. Pedone, 1899, pp. 287 et s.



الجهل مع تلقي الحق لأن «العبرة في حسن النية بوقت تلقي الحق» على حدّ عبارة الفصل 46 م.ج.ع. وهذا الوقت هو عادة تاريخ إبرام التوثيق. وعندئذ لا يلتفت إلى العلم الطارئ بعدها<sup>1635</sup> لأنه لا يشترط استمرار بقاء المفوت (الحائز) على جهله بعد التوثيق وحتى القيام عليه<sup>1636</sup>.

## 2.2- العمل القانوني:

537- يؤخذ من نصّ الفصل 46 م.ج.ع. ومن التطبيق القضائي والشروح الفقهية أنّ العمل القانوني هو توثيق (أولاً) موجود (ثانياً) صادر عن غير مالك (ثالثاً).

## أولاً - العمل القانوني هو توثيق:

538- يقصد بالتوثيق التصرف القانوني الناقل للملكية أو المنشئ لحق عيني، ب عوض أو بدونه. ورغم إشارة الفصل 46 م.ج.ع. إلى «العمل الذي من شأنه أن تنتقل به الملكية» فإنّ الفقه مجمع على أنّ العمل القانوني لا يقتصر على الأعمال الناقلة للملكية فحسب معروضات كانت أم تبرعات بل يشمل أيضاً كلّ الأعمال المنشئة لحقوق عينية قابلة للاكتساب بالتقادم<sup>1637</sup>. وعلى هذا تخرج الوقائع القانونية كالميراث والاتصاق لأنها ليست أعمالاً

يبره الفقه الحديث، انظر خاصة: جوبير، الآثار المدنية لحسن النية، أطروحة سابقة، ص 286.  
Frédéric ZENATI et Stéphanie FOURNIER, Essai d'une théorie unitaire de la prescription, R.T.D.Civ. 1996, pp. 339 et s.

1635 يذكر هذا الشرط بالقاعدة الرومانية:

*mala fides superviniens non nocet / non impedit usucapionem*

1636 قارن مع حوز الثمار حيث يشترط استمرار حسن نية بما أنّ اكتساب الثمار يتوقف منذ لحظة علم الحائز

بحقيقة حوزة، لكنّه لا يؤثر في ما قبضه. انظر الفصل 44 م.ج.ع. وراجع: السنهوري، الوسيط، ج 9، ف 464، ص 1179. - مازو وشلباس، الأموال، ف 1570، ص 307-308.

1637 السنهوري، الوسيط، ج 9، ف 420، ص 1087. - مازو وشلباس، الأموال، ف 1503، ص 255.

## 1.2 - حسن النية:

**536-** في التقادم العشري، يظهر المَفوت في مركز وسط بين المَفوت ل جهة ومن تلقى هو منه الحق أي من نقل إليه الملكية، من جهة أخرى، وهو غير مالك ونسَميه المَفوت الأول. ويعني حسن النية جهل المَفوت بأن المَفوت غير مالك<sup>1630</sup>، وهو متأثر من اعتقاده أنه يتعامل مع المالك الحقيقي<sup>1631</sup>. ويشقه في هذا الجهل أن يمتد إلى عيوب سند التقويت فلا يعلم المَفوت بابع مفوتاً له إزاء معاقده (المَفوت الأول) أن عيباً ما بالسند يحول دون تملكه ويجب أن يكون هذا الجهل تاماً أي لا تشوبه شائبة شك حول حقيقة ساء المَفوت إذ الشك مساو للعلم<sup>1633</sup> في هذا المجال<sup>1634</sup>. كما يجب أن يتزامن من

قانون شهادة الحوزة هي صورة خاصة لتقادم طويل (من حيث الشروط والوظيفة) لكن بصفة مخفضة. ويرى تقديم هذا التخصيص بشكل مباشر يركز على حسن النية فيقال إن مدة التقادم الأصلية تخفض بالتقادم الحاضر حسن النية إلى عشر سنوات، وذلك في صورتين؛ إذا كان بيده سند صحيح (الفصل 46 م.ج.ع) أو حوز حسب قانون 1974. ومهما كان التقديم فالتقادم في قانون 1974 هو تقادم خاص يجمع بين نوعي العام ولو أنه إلى التقادم الطويل أقرب.

<sup>1630</sup> مازو وشاباس، الأموال، ف 1498، ص 252 - مالوري وأيناس، الأموال، ف 579، ص 163.

<sup>1631</sup> تجدر الإشارة أن المَفوت له ولئن كان يتعامل مع مَفوت غير مالك إلا أن حسن أو سوء نيته لا تأثير

يُلقى الملكية عن المَفوت أي هو يكتسبها بالعمد لا بالتقادم. لكن الأمر يختلف لو استند إلى التقادم ليكتسب به الملكية مباشرة ضد المالك الحقيقي، فعندئذ لا بد من حسن نيته، بل ولا بد من حياز المَفوت أيضاً إذا أراد المَفوت له أن يضم إليه مدة حوزة عملاً بالفصل 40 م.ج.ع. انظر: نيلة الكركاي البر حائز العقار، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بونس، 209 وما بعدها، ص 318 وما يليها. - عبد النعم فرج الصنعة، الحقوق المدنية الأصلية، ف 362، ص 209 وما بعدها، ص 1499، ف 244. وفي تطبيق الفصل 40 م.ج.ع، قضائياً: قرار

عدد 4821 مؤرخ في 5 جانفي 1982، ن 82، 1، 29. - قرار تعقيبي عدد 3590 مؤرخ في 8 فيفري 2

ن 82، 1، 305.

<sup>1632</sup> مازو وشاباس، الأموال، ف 1498، ص 252 وف 1532، ص 277.

<sup>1633</sup> مارتى وريغو وجوردان، الأموال، ف 201، ص 258 - مالوري وأيناس، الأموال، ف 584، ص 166.

<sup>1634</sup> قارن مع الفصل 53 م.ج.ع. «ولا يحمل على الشبهة من يعلم أو كان من حقه أن يعلم أن المتوصل منه

التصرف في ذلك، وبدل هذا على التوافق بين التقادم العشري وحوز المتقول واتحاد المفكرة بينهما، و

1642 أو رخصة الولاية<sup>1643</sup>. فالعمل هنا ليس له وجود قانوني يجعله يحدث أثره وهو قاصر دون نقل الملكية فلا يصلح سنداً صحيحاً على معنى الفصل 46 م.ج.ع. ويبين الاطلاع على فقه قضاء محكمة التعقيب أنها في الغالب تقصي البطلان المطلق من العمل القانوني. لكنها أحياناً لا تلتفت إليه فتطمس مفهوم السند الصحيح كما فعلت في قرار لها مؤرخ في 19 أفريل 1994<sup>1644</sup> تملت الوقائع فيه في أن أربعة شركاء يملكون عقاراً على الشيع بنسب متساوية. فعمد أحدهم إلى بيع كامل العقار إلى المشتري الذي تحوّر به منذ عام 1970. وفي سنة 1983 قام بقية الشركاء في استحقاق العقار من حائز فلم تسمع دعواهم من المحكمة الابتدائية بالنسبة نظراً إلى حصول التّقدم المكسب في جانب الحائز<sup>1645</sup>. لكن محكمة الاستئناف بالنسبة لم تقبل هذا الحكم فنقضته وقضت من جديد باستحقاق المدّعين للثلاثة أرباع على الشيع من عقار النزاع بعلّة

عملاً بالفصل 581 م.أ.ع. والنصوص المماثلة، ولأنّ التسجيل في قبضة المائبة - وهو شكليّة الاحتجاج الغالبة في العقارات غير المسجلة - غير واجب بين الطرفين، والتمكّك إزاء المالك الحقيقي يتمّ بالتّقدم لا بالمعد، وعلى سبيل المآزرة، يشترط التسجيل في مصر بنص صريح (المادة 969 من القانون المدني) لأنه واجب حتى بين الطرفين. أمّا في فرنسا فلا يوجد نصّ لكنّ الفقه والقضاء لا يطلبان التسجيل ويكتفیان بتاريخ ثابت وهو في الغالب نقطة بداية سريان مدّة التّقدم (مارتي وريزو وجوردان، ف 200، ص 258 والهامش 4). وهذا هو الرّأي السّديد في تونس حيث يبيّن تطيل بسبب الفصل 46 م.ج.ع. عدم وجوب التسجيل لأنّه شكليّة مشترطة للاحتجاج إزاء الغير (انظر مثلاً الفصل 581 م.أ.ع.) والغير هنا هو المالك الحقيقي وهو يواجه بالتّقدم لا بالمعد، فالتّقدم المشري ليس ضرباً من الاحتجاج بالعقد بل هو سبب مستقلّ في مواجهة المالك الحقيقي، ثمّ إنّ النصّ في تعريف المشتري الصحيح وضعه موضع السند الصادر من مالك، فلو فرضنا أنّ الثغوبت تمّ أصلاً بين المفوّت له والمالك الحقيقي لما كانت حاجة للتسجيل بينهما لأنّه شكليّة احتجاج مطلوبة إزاء الغير ولا تهمّ الطرفين، فكذلك السند الصحيح<sup>1642</sup> قرار تعقيبي عدد 24244 مؤرخ في 4 فيفري 1992، ن 92، 453 (معارضة شفاهية خلافاً للفصلين 719

و 581 م.أ.ع.)

1643 انظر مثلاً: قرار تعقيبي عدد 5647 مؤرخ في 23 فيفري 1982، ن 82، I، 433 - استئناف صفاقس

عدد 6291 مؤرخ في 3 جوان 1982، ق.ت. جانفي 1983، ص 136.

1644 قرار تعقيبي عدد 31375 مؤرخ في 19 افريل 1994، ن 94، 195.

1645 المقصود هو التّقدم التصبير لمرور اثني عشر عاماً على تحوّر المشتري.

قانونية<sup>1638</sup>. وتخرج التصرفات الكاشفة كالتقسمة والصلح ولا ناقله ولا منشئة كما تخرج التصرفات الشخصية لأنها ليست تقويات<sup>1639</sup>.

### ثانياً - العمل القانوني هو تقوية موجود:

**539-** العمل القانوني هو تصرف قانوني موجود لا ينقصه شيء لينقل الملكية لولا أنه صادر عن غير مالك، وإلى هنا يرمز وده «الصحيح» في مصطلح «السبب الصحيح»، أي المقصود أن السند وبأس صدوره عن غير مالك هو سند لا عيب فيه يفسده أو يبطله فهو مكمل الأركان أي موجود. وعليه يخرج عن وصف السند الصحيح تقويات غير موجود أو ما في حكمه. وهو يشمل التقويات الباطل والتقويات الصوري<sup>(2\*)</sup> والتقويات الظني<sup>(3\*)</sup>.

### \*1- التقوية الباطل:

**540-** التقويات الباطل هو الذي يقوم به سبب للسبب المطلق يجعله في حكم غير الموجود كمدم مشروعية محذو بكونه ملكاً عاماً مثلاً<sup>1640</sup> أو انعدام الشككية القانوني

<sup>1638</sup> ينفرد القانون اللبناني في هذا الخصوص بإقصاءه الواقع القانوني في تعريف السند المحق كما بالنظر: عبد الممن فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ف 382، ص 642.

<sup>1639</sup> السنهوري، الوسيط، ج 9، ف 422، ص 1091. - مازو وشاباس، مرجع وموضع سابقين.

<sup>1640</sup> يمد في الحقيقة من باب التزيد ذكر شرط المشروعية هنا لأنه شرط عام في التقادم بهم ركن انط وليس شرطاً خاصاً بالعمل القانوني. فإذا كان مشروطاً في الحوز فمن باب أولى في السند القانوني انط في الأحباس: قرار تعقيبي عدد 2509 مؤرخ في 19 ماي 1981، ن 81، II، 38.

<sup>1641</sup> المقصود في هذا الإطار هو شكليات الصحة لا شكليات الاحتجاج لأن السند معتمد بين طرفيه، والمفوت له، (أي في مثالنا المفوت الأول والمفوت) ولو لم يقع إشهاره، لكن يجب أن يكون له تاريخ ثابت و

العقود ويقطع النظر عن مدخل الحوز<sup>1646</sup> ولكنه بعيد عن التقادم القصير الذي يشترط هذا المدخل بالذات في صيغة العمل القانوني، فاستبعاد مناقشته يؤول إلى تفويض الفصل 46 م.ج.ع. من أساسه. وفي هذا تحريف مزدوج لإرادة المشرع في تخصيص التقادم القصير بشروط مستقلة عن التقادم الطويل، وفي اشتراط أن يكون العمل القانوني ناقلاً للملكية لو صدر عن مالك، بما يفهم منه أن ما ينقص السند هو ملكية المفوت لا غير، وهو ما يفترض خلوّه من كل العيوب المبطلّة حتى يستقيم اعتباره سنداً صحيحاً، مما يعني أن التحقق من غياب تلك العيوب أمر واجب ومناقشته ضرورية على عكس ما تراءى لمحكمة القانون!

**542-** لكن رأي محكمة التعقيب ينقلب إلى الصواب لو تعلق الأمر ببطلان نسبي إذ يجمع الفقهاء على أن العقد القابل للإبطال لصدوره من قاصر مثلاً أو لوقوع البائع فيه ضحية غيب لا يمنع من اختصار أمد التقادم واعتباره سنداً صحيحاً لأن له وجوداً ولأن عيبه نسبي لا يتمسك به إلا المفوت وهو غير المالك الحقيقي فلا مانع من قبوله<sup>1647</sup>. وهذا ما أقرته محكمة التعقيب نفسها خاصة في قرار 30 أكتوبر 1981<sup>1648</sup> حيث صدر البيع عن قاصر بواسطة مقدم أمي فقالت المحكمة «حيث أن التقادم يحصل بمضي المدة القانونية الوارد بها الفصل 45 م.ج.ع. ولو كان المحوز عليه قاصراً في صورة وجود تقديم عليه كما في قضية الحال ولو كان سند الحوز عقداً قابلاً للإبطال حسب نص الفصل 46 من

<sup>1646</sup> يكون هذا الرأي اجتهاداً مستقراً عند محكمة التعقيب، انظر مثلاً: - قرار تعقيقي عدد 3996 مؤرخ في 17 ماي 1966، ن 66، 29 / قت، أكتوبر 1967، ص 48 - قرار تعقيقي عدد 1928 مؤرخ في 11 مارس 1980، ن 80، 1، 66 - قرار تعقيقي عدد 7534 مؤرخ في 9 فيفري 1971، ن 71، 23 (قرار مشار إليه سابقاً).

<sup>1647</sup> عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ف 388، ص 651-652 - السنهوري، الوسيط، ج 9، ف 425، ص 1097 - كاريوني، الأموال، ف 191، ص 305 - مالوري وأيناس، الأموال، ف 567، ص 156 - مارتي وريغو وجوردان، الأموال، ف 200، ص 257 - قرار تعقيقي عدد 4597 مؤرخ في 30 أكتوبر 1981، ن 81، IV، 39.

أن الحائز لا يمكنه الاستناد إلى التّقدم التفسير لأنه ينقصه شرط الع القانوني حسب الفصل 46 م.ج.ع. باعتبار أن البيع المستند إليه لم يقع الحصة فيه على رخصة الولاية مما يصيرّه باطلا مطلقا وهو ما يتنافى مع مفهوم التصحيح طبق الفصل 46 م.ج.ع.

ثمّ جاء دور محكمة التعقيب لتنقض هذا التعليل وتقرّر أن مدة العشرة أذ كافية في قضية الحال - التي لم يتجاوز الحوز فيها اثني عشر عاما - «والمدة... التي منحها المشرع للحائز بحسن نية وبمقتضى عمل قانوني والمقصود هو ككل تصرف أجاز المشرع التّعامل فيه فلا يصح مثلا التّعامل في الأشياء لطبيعتها كالهواء أو البحار (هكذا) أو بحسب ما أعدت إليه كأموالك الد والطرقات العمومية فهو التصرف الدّاخل في عموم المباح كالتقويت في الع العينية العقارية». وتكتفي المحكمة بهذا التعريف في تخفيض مدة التّقوية بصرف النظر عن قيمة السند المحتجّ به منه (أي الحائز) أو مدى استيائه لتقوماته الشكّلية أو لأركان القانونيّة ما دام أن النزاع لا يتعلّق بإثبات بيب تقويت حتّى يخضع السند للموجبات المقرّرة لسائر الحجج والرّسوم المت بالتقويات العقارية صحة وبطلانها وتنتهي في الأخير إلى «أن محكمة التقوية المنتقد لما استبعدت سند العقب بعلّة بطلانها وعدم صلوحيتها لأن يكون أساس لحيازة قصيرة تكون قد أساءت تطبيق الفصل 46»!!

**541-** إن هذا التأكيد من محكمة التعقيب على أن سند المفقوت له يع بقطع النظر عن صحته أو بطلانه لا يمكن الافتتاح به لأنّه يتعارض مع فصل السند الصحيح. فمحكمة التعقيب تقف في تعريف العمل القانوني بكون م مشروعا أي قابلا للتقويت فيه، وهذا شرط في الحوز المكسب مطلقا سواء تقدم فصيّر أم طويل، وليس خاصا بالسند. وهي تستبعد تبعاً لذلك مناه صحة السند بعلّة أن سبب التملك ليس هو العقد بل التّقدم. وفي هذا خلط نوعي التّقدم لأنّ هذا التعليل صحيح في التّقدم الطويل الذي يتمّ بمعزل

بمسند ظني<sup>1653</sup>. أو أن يتحوّر الموصى له بالعقار الموصى به بمقتضى وصية تمّ الرجوع فيها من الموصي، فحوز الموصى له لا يستند على سند حقيقي بل على سند وهمي لا يوجد إلا في محيلته<sup>1654</sup>. ومثاله أيضا أن يوكل شخص من يشترى له أرضا فلا يشترتها ولكن الموكّل يتحوّر بها مع ذلك معتقدا أن الشراء تمّ فعلا<sup>1655</sup>، ثمّ يبين أن من كان يعتقد أنه بائعها لا يملكها، فلا يستطيع الحائز مواجهة المالك الحقيقي بالتّقدم القصير لأنّه يعوزه شرط العمل القانوني بما أنّه حائز بمسند ظنيّ، وهو سند لا وجود له في الحقيقة. فإذا كان الموّت حائزا بمقتضى سند ظنيّ فلا يمكنه أن يملك العقار بالتّقدم العشري وبالتالي لا

<sup>1653</sup> لقد عرض المثال المضروب في الدن على محكمة التعقيب (قرار تعقيقي عدد 11313 مؤرّخ في 28 ديسمبر 1984، ن 84، II، 231) لكنّها لم تتفطن إليه وانصرفت إلى مناقشة اكتمال مدة العشرة أعوام والحال أن شرط السند الصحيح مقدّم في منطق الفصل 46 م.ج.ع. لأنّه مفترض لتطبيقه أصلا. فقد أفادت وقائع القضية أن شخصا اشترى في 11 نوفمبر 1969 أرضا من مالكها مبيّنة حدودها بالكتب المسجّل في 30 نوفمبر 1979 ومن بينها الحد الجنوبيّ (الشمالي) المتمثّل في طابعية كبيرة اعتبرها المشتري مشتركة بينه وبين جاره صاحب الأرض الملاصقة. ولما مانعه هذا الأخير بدعوى أنّه (أي الحد) ملك خالص له، نازعه المشتري أمام ابتدائية مدنين مدعيا استحقاق نصف الطابعية الموالي للملكه فقضى له ابتدائيا بذلك على أساس الفصل 46 م.ج.ع. نظرا إلى ثبوت حوزة بحسن نية ولأكثر من عشرة أعوام باعتبار تاريخ شرائه فضلا عن أن شهود خصمه مقدوح في شهادتهم، لكنّ محكمة الاستئناف بصفاقس نقضت هذا القضاء لثبوت ملكيّة الجار ولعدم اكتمال مدة العشرة أعوام عند المشتري، لأنّ الشهود لم يشهدوا بأكثر من ضمانية أعوام فضلا عن أن التاريخ المعتمد إزاء الغير هو تاريخ التّسجيل لا الشراء، وقد دعيت محكمة التعقيب إلى مناقشة مطاعن أغلبها واقفي وداخل في اجتهاد قضاء الأصل فرفضتها مؤيدة القرار الاستئنائي. ولئن كان الحلّ الأصلي صحيحا إلا أن طريقه لم تكن صائبة لأنّه فات الجميع موضوعا وتعقبا أن الحائز لم يدل بشرط السند الصحيح الذي يوجبه الفصل 46 م.ج.ع. لأنّه اشترى الأرض من مالك لا يملك الطابعية. فالشراء في الأرض هو سبب التملك، ولكنّه ليس كذلك في الطابعية، بما يعني أنها لم تدخل في البيع في ذهن المشتري وهو وحده يعتقد أن شراءه يمتد إلى الطابعية، والواقع يكذّبه. وهذا هو بالضبط السند الظني الذي لا يعني شيئا في تخفيض مدة التّقدم فكان على المحكمة أن تتحقق أولا من وجوده ومن شرط السند الصحيح قبل أن تمرّ إلى المدة، لأنّ ذلك من مستلزمات حسن تطبيق القانون.

<sup>1654</sup> عبد المنعم فرج الصّدة، الحقوق العينية الأصلية، ف 391، ص 655.

<sup>1655</sup> عبد المنعم فرج الصّدة، الحقوق العينية الأصلية، ف 391، ص 654.

المجلة المذكورة على أن مدة التقادم تنخفض إلى عشرة أعوام في هذه الحالة وقابلية الإبطال المشار إليها تعود إلى أمية المقدم البائع دون حجة رسمية خالف الفصل 454 م.ع.<sup>1649</sup>

لهذا فالتقويت الباطل الذي لا يعتبر سنداً صحيحاً هو التقويت الباطل بطلاناً مطلقاً. ومثله في ذلك التقويت الصوري.

### \*2- التقويت العوري:

543- المقصود هنا هو الصورية المطلقة أي التي تقوم على اتفاق سري نادراً للتصرف الظاهر، فالتقويت هكذا لا وجود له في الحقيقة ولم يتجه إليه فقهاء الأطراف، فلا يحق للحائز عندئذ أن يستند إليه في اختصار أمد التقادم يمنع ذلك المالك الحقيقي من استرداد العقار بعد أن يثبت الصورية بجميع وسائل الإثبات<sup>1650</sup>.

### \*3- التقويت الظني:

544- التقويت الظني أو السند الظني<sup>1651</sup> هو الذي ليس له وجود إلا في الحائز، كأن يشتري أرضاً ويتحوز بها ويقطعة ملاصقة لها معتقداً غلطاً مشمولة بالبيع وهي في الواقع خارجة عن العقد فهو بالنسبة إلى هذه القطعة الزائدة حائز بدون سند، ولو أن حوزة بحسن نية<sup>1652</sup>، فهو حائز

<sup>1649</sup> استقر رأي القضاء أخيراً على اعتبار الفصل 454 م.ع. من صور البطلان النسبي وذلك تبعاً لقرار المجلس

الاجتماعي لمحكمة التقويت عدد 45614 المؤرخ في 28 ماي 1998، ق.د.م. 1997 - 1998، ص 7. ولأنه

تناقض المسألة عموماً: محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، ف 269، ص 275 وما يليها.

<sup>1650</sup> عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ف 389، ص 653.

*Le titre putatif.*

<sup>1652</sup> كاريونسي، الأموال، ف 199، ص 315 (التطبيق القضائي). وفي فقه القضاء الفرنسي انظر خاصة

7. 13 avril 1881. 5. 1883. 1. 453, D. 1881. 1.353. - Civ. 3ème 26 novembre 1970, D. 1970.1. 127. - Civ. 3ème 21 février 1973, R.T.D.Civ. 1974, p. 174, note an-Denis Bredin.



546- ومع هذا فقد تراءى لبعض الفقه 1659 أن هناك حالة استثنائية يصدر فيها التقيويد عن مالك ويكون سندا صحيحا، وهي حالة التقيويد مرتين التي يتحقق فيها التقدّم عند من لم يشهر حقه، وصورتها أن يبيع شخص عقاره مرّة أولى لمشتري يتحوّز بالمبيع ثمّ يبيعه مرّة ثانية لمشتري يسجّل عقده في قباضة المائيّة عملا بالفصل 581 م.ع. فتنتقل الملكيّة إلى هذا المشتري الثاني على أساس أسبقيّة الإشهار، لكنّه يفقدها لفائدة المشتري الأوّل إذا استمرّ حوزة عشرة أعوام خصوصا أنّه حسن النية بما أنّه تحوّز قبل البيع الثاني. وهكذا يكسب الحائز الملكيّة بتقدّم قصير مع أنّه تعامل مع المالك! ولنّ لم تطرح هذه الصّورة في فقه القضاء التّونسي<sup>1660</sup>، إلّا أنّها واردة، وإن حكم فيها بالتّقدم فيكون الحكم وجيها ومطابقا للفصل 46 م.ع. لأنّ البيع الأوّل يعدّ صادرا عن غير مالك بموجب تطبيق قواعد الإشهار التي تجعل المشتري الثاني مالكا فيكون التّقيويد الواقع للمشتري الأوّل تقويّا في ملك الغير<sup>1661</sup>.

ويبقى هكذا تعريف الفصل 46 م.ع. صحيحا والسند الصّحيح هو دائما تقويّد صادر عن غير مالك. ويلحق به الفقهاء السند الصّادر عن مفوّت زالت ملكيّة باثر رجعي ببطلان أو فسوخ أو بغيرهما<sup>1662</sup> وحتى بشرط فاسخ<sup>1663</sup>.

<sup>1659</sup> ماو شاياس، الأموال، ف 1054، ص 256-257. ويستندون في رأيهم إلى فقه قضاء محكمة التّقيويد الفرنسيّة خاصّة في قرار 26 أكتوبر 1953 (دالوز 1954، ص 24). انظر نصّه في قسم قراءات الدرس الحادي والسبعين من الكتاب المذكور، ص 265.

<sup>1660</sup> طرح الشكل عبد المرات على القضاء المصري ولكنّه أخذ منه موقفا سلبيا بما أنّه يطبّق دائما أحكام الإشهار ويحكم بالملكيّة للأسبق في التّسجيل، التّوسيط، ج 9، ف 420، ص 1087، م 1.

<sup>1661</sup> سبق تبيان العلاقة بين التّقيويد مرتين وملك الغير في الجزء الأوّل من هذا البحث، ف 123.

<sup>1662</sup> التّسوّري، الوسيط، ج 9، ف 426، ص 1098. - مارتني وريفو وجوردان، الأموال، ف 200، ص 257. - نيلة الكركاي الوريحي، حائز العقار، أطروحة سابقة، ف 168 وما بعدها، ص 172 وما يليها.

<sup>1663</sup> عبد المنعم فرج الصّدة، الحقوق العينية الأصليّة، ف 390، ص 653. لكنّ انظر تحفظ مازو وشاياس على اعتبار التصرف الشرطي سندا صحيحا، الأموال، ف 1506، ص 258.

يمكنه أن ينفذ التقويت إلا إذا وصل التقادم الطويل.

ومن هنا يتبين أن شرط العمل القانوني هو شرط قائم بذاته ومستقل حسن النية، وهو ما يؤكد التركيب اللغوي للفصل 46 م.ج.ع. الذي يشترط الحوز «بحسن نية وبمقتضى عمل قانوني» ولو لم يشترط السند بصفة مسببة لكان كافيا وجود سند ظني باعتباره من عناصر تقدير حسن النية<sup>1656</sup>.

وبهذا يفهم أن السند الصحيح يجب أن يكون حقيقياً وموجوداً قانوناً. لذلك يجب أن يصدر عن مالك.

ثالثاً- العمل القانوني هو تقويت صادر عن غير مالك:

545- من الواضح في منطق الفصل 46 م.ج.ع. ومنطوقه أن ما ينقص التصحيح هو ملكية الموقوف (الأول في مثالنا)، لا غير<sup>1657</sup>. فإذا وقف التقويت نقل الملكية رغم صدوره عن مالك فلا يعتبر سنداً صحيحاً يخصص التقادم لانتمى بذلك ككل معنى لبطلان العقود إذا كان بإمكان الموقوف له أن يدعو البطلان ولو كانت من النظام العام بحجة أن له سنداً صحيحاً أكد الملكية بالتقادم القصير<sup>1658</sup>.

<sup>1656</sup> يذكر على سبيل المقارنة أن الحوز بسند ظني عديم التأثير حصرياً في التقادم العشري، أما في الأخرى لا آثار الحوز فالسند الظني كاف لأنه من عناصر حسن النية. وهذه المواضع هي الإحداثيات فوق الغير (الفصل 36 ف 4 م.ج.ع) وكسب الثمار (الفصل 44 فقرة 3 م.ج.ع) وحوز المنقول (الفصل 53 م.ج.ع) ويلاحظ في جميعها تعبير المشرع بالثبوتية عوض «حسن النية» في هذا الاتجاه:

<sup>1657</sup> Gamel Eddine ZAKI, La bonne foi dans l'acquisition des droits en droit comparé, Étude comparée, Imp. De l'Université Fouad 1er, Le Caire 1952, n° 130, pp. 3 et s.

<sup>1658</sup> عبد المنعم فرج الصدة، حقوق البينة الأصلية، ف 392، ص 657 - ملازو وشاباس، الأقاليم، ص 1504، ف 256 - 257.

فكترتين متكاملتين تتعلق الأولى بكيفية حصوله (أ) والثانية بالملكية الجديدة المتمخضة عنه (ب).

549- إن التنازل ليس آلياً (1) وهو يتحقق في مصلحة الموقوت له (2).

#### 1- التنازل، ليس آلياً:

550- يحيل الفصل 51 م.ح.ع. على أحكام التنازل المسقط في مجلة الالتزامات والعقود خاصة فيما يتعلق بـ «التمسك به أمام القضاء والتنازل عنه». وتعود هذه الإحالة على خصوص الفصلين 385 و386 م.ا.ع. الأول في التمسك بالتنازل: «سقوط الدعوى بمرور الزمان لا يقوم بنفسه بل يحتاج به من له مصلحة فيه (فقرة أولى)، وليس للمحكمة أن تستند إليه من تلقاء نفسها حتى يحتاج به الخصم (فقرة ثانية)». والثاني في التنازل عنه: «لا يسوغ ترك حق التمسك بمرور الزمان قبل حصوله فإذا انقضى الزمان ساغ التنازل». ومن ليس له التبضع ليس له ترك الحق الحاصل من مرور الزمان».

ومعنى هذا أن التنازل لا يُكسب الملكية بصفة آلية بمجرد استكمال شروطه ومنها اكتمال مدته بل يجب أن يتمسك به الحائز أمام القضاء سواء بالدفع أم بالدعوى ولا يتنازل عنه<sup>1665</sup>. ويعمل هذا الحكم بخصوصية التنازل في الاحتكام إلى ضمير الحائز الذي قد يعلم أنه سيكتسب ملكية هي أصلاً لغيره فيتخرج من ذلك ففتح له القانون ذريعتي التمسك والتنازل حتى لا يكتسب

<sup>1665</sup> كاريونفي، الأموال، ف 63، ص 284. - ملازو وشاباس، الأموال، ف 1511 وما بعدها، ص 261. - المشهور، الوسيط، ج 9، ف 405 وما بعدها، ص 1059 وما يليها. - مالوري وأيناس، الأموال، ف 563، ص 154.

**547-** وصفوة القول في التقادم العشري أنه يتحقق من اجتماع العمل القبا وحسن النية فهو مكافأة للحائز (المقوت) حسن النية إذ يخفض له مدة التثا تخفيضا محسوسا حتى يكسبه الملكية، وهذا هو مفعول التقادم مطلقا قط كان أم طويلا.

### الفقرة الثانية: مفعول التقادم المكسب

**548-** يبرز مفعول التقادم 1664 في إنفاذ التقويد في ملك الغير من خ

1664  
من المفيد التفكير على سبيل المقارنة بأن الفقه الإسلامي لا يعتبر التقادم سببا لاكتساب الملكية وله أثر لدائته، وإنما يدخله في نظرية الحيازة عنه باعتبارها قرينة في الإثبات لفائدة الحائز سواء كان المال أم عقارا. لكن هذه القرينة لا تقيد الحائز إلا إذا اجتمعت في حوزة جملة من الشروط تقابل ما نسميه شروط التقادم مع اختلاف في المدة، ويلاحظ فقرة المالكية في هذا الخصوص عن سائر المذاهب الأخرى تبسطوا في شروط التقادم وهم يفرقون بين نوعين من الحيازة: حيازة مكسبة للحق وهي تشبه الاستيلاء بالإسلام) ومدتها عشرة أشهر فما فوق باستثناء الصئد والركن والركاز (المال المدفون في الأرض قبل الإسلام) تملك فوراً بمجرد العثور عليها. وحيازة فاطمة لحق المالك السابق وهي التي تشبه التقادم المكسب وث شبيهة به مع التأكيد على وجوب السند المشروع، فلو ثبت أن الحائز تلقى العقار أو التقول بسبب غير نا غير مشروع فلا تنفعه حيازته مهما طال مدتها. أما المدة فتبينها تفصيل بحسب نوع التصرف وقرابة ا المحتج عليه بالحيازة، فالتصرف في العقار بالتصرفات القانونية يسقط دعوى المدعي بمرور عام، أما بغير من التصرفات الفعلية فالمدة عشرة أعوام تجاه الأجنبي الغريب، وعشرة أعوام تجاه الغريب عند عدم المشاحنة وأربعون عاما عند وجود المشاحنة. ومن الفقهاء من يطبق نفس المدة على التقول، ومنهم من ي بين عام وثلاثة (عام في الثياب وعامين في العروض وثلاثة في الدواب) لكن الرأجع عند المالكية أنها عا الغريب وعشرة أعوام ضد الغريب. أما عند بقية المذاهب وخاصة الحنفية والحنبلية فالحوز لا يكسب حذ دغمه مرور زمن، وإنما يتوصل إلى نفس الحكم الأصلي بمقتضى قاعدة إجرائية مفادها أن الدعوى إذا عهدها لا تسمع عند الإنكار لأن العرف يكذبها، وقد اختلف في هذه المدة، وهي على الغالب ثلاثون ثلاثا وقبل ثلاث وثلاثون أو أكثر. انظر بوجه خاص: محمد عبد الجواد محمد، الحيازة والتقادم في الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي، منشأة المعارف، الإسكندرية 1977. - محمد علي الأمين، ا المكسب للملكية في القانون البناني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1993، ص وما يليها، وأضيف في خصوص المذهب المالكي: محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإس والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1994، ف 650 وما بعدها، وما يليها. - محمد العلوي العابدي، الأموال في الفقه المالكي، الدار البيضاء، الطبعة الثانية 194 ف 650 وما بعدها، ص 87 وما يليها. - العربي الماجري، الحيازة في المقار، الأرض وما اتصل بها من وشجر، ق.ت. ماي 1959، ص 10 - 17 / 304 - 311.

2- التقادم يتحقق في مهلة المفوت له:

**551-** يغلِب في الجواب عن السؤال المتقدّم التّفي إذ ليس للمفوت ادعاء الملكية لنفسه وإلا خالف التزامه بالضمّان. وتقتضي الدّقة التّفريق بين التّفويتات المنشئة لحقوق عينية والتّفويتات النّاقلة لها.

**552-** ففي الأعمال المنشئة كالرهن وإنشاء حق الانتفاع وسائر الحقوق الأصلية المتقرّعة عن حق الملكية<sup>1668</sup>، لا يطرح السؤال عن التملك الذي يكتسبه المفوت فيقع التقادم بالضرورة في مصلحة المفوت له وينفذ التّفويت. ففي الرهن مثلا يبقى المفوت حائزا للعار ويواصل حوزة حتى يكتسبه بالتقادم فيتدعم الرهن، وفي الحقوق الأصلية كحق الانتفاع، يكون المفوت له هو الحائز المادي المباشر لفائدة المفوت، أي أنّ المفوت يواصل حوزة بواسطة المنتفع لأنّه حائز عرضي، ومن ثمّ يكتسب المفوت الملكية، وينفذ حق الانتفاع.

**553-** أما في التصرفات النّاقلة للملكية فتظهر خطورة السؤال وتستدعي تمييز وضعيتين: إما أنّ المفوت استوفى شروط التقادم بما فيها المدة ولا ينقصه إلا الحكم له قضاء، أو أنّه لم يحققها بعد حين التّفويت واستكملها لاحقا.

في الوضعية الأولى يعدّ التّفويت متعلّقا بملك الغير بحق لأنّ التقادم ليس آليا ولا يقوم من نفسه؛ وما لم يحكم به القضاء فلا يتمسك به والملكية باقية على ذمة صاحبها الأصلي، فإذا حكم فيما بعد بالتقادم للمفوت كان الحكم مصرّحا بملكيته ومشمولا بعموم عبارة الفصل 576 م.ا.ع. في صيرورة المفوت مالكا، وبذلك ينفذ التّفويت وتحقق مصلحة المفوت له.

أما في الوضعية الثانية فالأمر يختلف فنيا ولو أنّه يتمّ في مصلحة المفوت له، وذلك باعتبار أنّ الملكية لا تكتسب للمفوت ثمّ تنتقل إلى المفوت له بل تكتسب

1668 يستثنى من هذه الحقوق حق الارتفاق الذي لا يكتسب بالتقادم عملا بالفصل 180 م.ع.

حقاً هو غير مطمئن إليه <sup>1666</sup>. وهنا يطرح سؤال نفسه: هل يحق للمضوّق بالتمسك بالتقادم أو أن يتنازل عنه؟

يبدو الجواب بالنفي وجوباً على أساس الضمان لأنّ المفوت مطلوب بالذم في اكتساب الملكية من المالك، وما تمسّكه بالتقادم إلا ضرب من هذا الضمان كما أنّ عنصر التنازل في نقل الملكية يمنع عليه التنازل عن التقادم يتعارض معه ويعتدّ تقريظاً منه موجباً للضمان. وقد أيد القانون هذا الاتجاه صريحاً في باب التقادم بخوّل لدائني الحائز ولكلّ من له مصلحة التمسك بالتقادم في حقه إذ ينصّ الفصل 387 م.أ.ع: «يسوغ للدائن أو لمن له مصلحة التمسك بمرور الزمان كالكفيل أن يحتجّ به ولو تركه المدين». فبمسك المفوت له على أساس النصّ أن يتجاوز تقاعس الحائز ويتمسك بدلالا بالتقادم، كما أنّ تنازل الحائز لا يحتجّ به على المفوت له <sup>1667</sup>، ويحقّ له يتداخل في الدعوى لو علم بها ويجبر البائع على التمسك بالتقادم قبل صدور الحكم. أمّا إذا صدر الحكم فله الاعتراض عليه لنفي صفة البائع الذي لخصم في حقّ نفسه لأنّ الضمان يمنع، ولتمسك بحقه هو في التقادم والتخصم وفي هذا دلالة إضافية بليغة المعنى على صحة التقويت في ملك الغير و أساساً لكلّ هذه النتائج.

لكن إذا لم يكن ممكناً للحائز ترك التمسك بالتقادم أو التنازل عنه، يستطيع في المقابل التمسك به لخاصّة نفسه ضدّ المفوت له؟

<sup>1666</sup> يدلّ هنا على أنّ التقادم بنوعيه المسقط والمكسب يقع في الحدّ بين المشروع والأخلاقي، ولذلك فانه التزام طبيعي برّد الدين أو المال إلى صاحبه. انظر المراجع السابقة وكذلك: - السّهوري، الوسيط، ف 416، ص 1076 والمراجع التي يذكرها في هـ 2 - عبد النعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصغر، ص 397، ص 660.

<sup>1667</sup> يعتبر الفصل 387 م.أ.ع. هكذا مكمّلاً للفصل 306 م.أ.ع. في دعويته البوليانية (التنازل) والتمسك). في هذا الاتجاه: السّهوري، الوسيط، ج 9، ف 408، ص 1062.

قانونية<sup>1672</sup> قاطعة على الملكية<sup>1673</sup>. وينبغي على كل ذلك نتيجة في غاية الخطورة وهي سقوط دعوى المالك الأصلي في المطالبة بملكيته عملاً بصريح الفصل 50 م.ع.: «تسقط دعوى المطالبة بالملكية بحصول التقادم المكسب»<sup>1674</sup>. فالمالك الأصلي يخسر حقه بحصول التقادم المكسب ولا يستطيع استرداده استثناء من مبدأ دوام حق الملكية وأبدية دعوى الاسترداد اللازمة لحمايته.

ومن هنا يظهر كيف أن ملكية الحائز هي ملكية جديدة تقوم على أنقاض الملكية السابقة ولا توصلها بل تزحجها وتقطع معها فالتقادم مصدر تعدم فيه فكرة الخلافة<sup>1675</sup>. وهذا ما يعبر عنه جمهور الفقهاء بالأثر الرجعي للتقادم المكسب إذ الحائز يعتبر مالكا لا من لحظة اكتمال مدة الحوز بل من يوم بدء الحوز<sup>1676</sup>.

**556-** تبرز فائدة هذه الرجعية بالنسبة إلى المفوت له في أنها تدعم حقه بإنفاذ التقويت لأن شرط الملكية تحقق عند المفوت<sup>1677</sup>، وفي أنها تخلص له

<sup>1672</sup> كاربونني، الأموال، ف 65، ص 287 (النظرية القانونية).

<sup>1673</sup> انظر في التطبيق القضائي مثلا: قرار تعقيبي عدد 1495 مؤرخ في 7 جويلية 1977، ن 77، II، 70 (قرار

مشار إليه سابقا). - قرار تعقيبي عدد 3715 مؤرخ في 5 جويلية 1966، ق.ت. ديسمبر 1966، ص 50. -

قرار تعقيبي عدد 33686 مؤرخ في 15 فيفري 1994، ن 94، 187. - قرار تعقيبي عدد 4417 مؤرخ في 25

أفريل 1967، ق.ت. فيفري 1968، ص 29. - قرار تعقيبي عدد 1245 مؤرخ في 10 أفريل 1979، ن

82، I، 79. - قرار تعقيبي عدد 1740 مؤرخ في 26 فيفري 1980، ن 180، 52. - قرار تعقيبي عدد

3676 مؤرخ في 2 نوفمبر 1982، ن 82، IV، 233.

<sup>1674</sup> في تطبيق هذا النص انظر: قرار تعقيبي عدد 5773 مؤرخ في 25 جوان 1968، ق.ت. ماي 1969،

ص 23. - قرار تعقيبي عدد 7534 مؤرخ في 9 فيفري 1971، ن 71، 23.

<sup>1675</sup> محمد كمال شرف الدين، قانون الأموال، ف 168، ص 58.

<sup>1676</sup> كاربونني، الأموال، ف 63، ص 284. - مازو وشاباس، الأموال، ف 1508، ص 260. - مالوري

وأيناس، الأموال، ف 564، ص 154. - ماروتي وريغو وجوردان، الأموال، ف 196، ص 253. - الستهوري،

الوسيط، ج 9، ف 415، ص 1073. - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق المعينة الأصلية، ف 404، ص 675.

<sup>1677</sup> مع مراعاة التفريق السابق طبعا بين الأعمال المنشئة والتقويتات القائمة.

مباشرة للمفوت له بسبب مختلف عن العقد. وقد تكتسب للبائع نفسه، المشتري فتريل التقويت. وهذا بحث مختلف عن نفاذ التقويت ويتصل على العكس من ذلك بزواله ويمدى اعتبار التّقادّم سبباً مؤدياً له<sup>1669</sup>. المهمّ أنّ التّقادّم ولو صدّق محققاً في مصلحة المفوت له في أكثر الأحوال فهو لا يعتبر سبباً لنفاذ التّقوية بصيرورة المفوت مالكا إلا في التقويات المنشئة والتقويات الناقلة التي ينشأ المفوت فيها حكم. ومعنى هذا أنّ اعتبار التّقادّم من الأسباب المكوّنة لشخصه صيرورة المفوت مالكا لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه، بل يجب أن يراعى التّفريق السابق. ولذلك فهو سبب كامل في الفصل 203 م.ع. وفي كلّ التقويات المنشئة، وهو منصوص في الفصل 576 م.ع. إذ لا يدخل منه إلا فرض نقص الحكم. ولكنّه في هذه الصّور سبب لنفاذ قويّ لأنّه ناتج عن ملكية جديدة.

#### ب - التّقادّم بملكية جديدة:

554- تتجّ الملكية الجديدة المكتسبة بالتّقادّم عن أثره الرّجعي الذي يفرض إقراره (1) النّظر في مجاله (2).

#### 1- إقرار الأثر الرّجعي:

555- يعتبر من ثوابت فقه قضاء محكمة التّعقيب التذكير بأنّ التّقادّم سبب مستقلّ من أسباب اكتساب الملكية<sup>1670</sup> وهو مغلب على سائر أسباب الاكتساب الأخرى<sup>1671</sup>، ويتضاعف بطبيعة خاصّة في الإثبات تجعل منه قرار

<sup>1669</sup> انظر لاحقا بحث زوال التقويت، ف 698 وما بعدها.

<sup>1670</sup> قرار تعقيبي عدد 7354 مؤرخ في 9 فيفري 1971، ن، 71، 23 - قرار تعقيبي عدد 8161 مؤرخ في أكتوبر 1971، ن، 71، 90 - قرار تعقيبي عدد 8961 مؤرخ في 30 جانفي 1984، ن، 84، 1، 09 - قرار تعقيبي عدد 1928 مؤرخ في 11 مارس 1980، ن، 80، 1، 66.

<sup>1671</sup> انظر مثلاً: قرار تعقيبي عدد 32851 مؤرخ في 28 جانفي 1992، ن، 92، 223 - قرار تعقيبي 45070 مؤرخ في 18 مارس 1997، ن، 97، 331، II - قرار تعقيبي عدد 48218 مؤرخ في 12 جـ 1998، ن، 98، II، 339.



سريان التقادم لأنه إذا أمكن التسليم ببقائه قبل بدء الحوز فمن العسير قبوله إنشاءه. ويتجه توضيح الإشكال من خلال التذكير بالفرضية المدروسة وهي وجود تفويت ناقل للملكية من مفوت غير مالك اكتسب الملكية لاحقاً بالتقادم. وفي إنشاء سريان مدة التقادم صدر عن المالك الحقيقي رهن على عقاره لفائدة معاقده الملكية بالتقادم: هل ينتقل إليه مع العقار فيتحمله أم يتلقى العقار خالياً منه لأن التقادم يكسب ملكية جديدة؟

يشع هذا السؤال في ملتقى زاويتي نظر قد لا تؤيدان إلى نفس الحل وهما الأثر الرجعي للتقادم من جهة ونطاق حق التتبع من جهة أخرى. وهذه صورة الإشكال. فمن جهة الأثر الرجعي للتقادم يمكن للمفوت له أن يعتبر نفسه مكتسباً للملكية جديدة مطهرة من كل الحقوق التي يزيلها الأثر الرجعي ولا شيء يدل على استثناء الرهن من مجال هذا الأثر. وأما من جهة حق التتبع فمن حق الدائن المترهن أن يعتبر المفوت له واضح يد على العقار المرهون استناداً على عموم تعريف الفصل 281 م.ح.ج. باعتباره «من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية العقار المرهون» والتقادم هو أحد تلك الأسباب خصوصاً أنه غير مذكور ضمن أسباب انتضاء الرهن<sup>1682</sup>. وبالتالي فهو يطالب بممارسة حق التتبع ضد المفوت له مما يفترض عدم زوال الرهن وانتقاله مع العقار المرهون<sup>1683</sup>. فهل يعني هذا استثناء الرهن من عدم الرجعية والإقرار بعدم زواله؟

<sup>1682</sup> الفصل 291 م.ح.ج.: «نقضي الرهنون:

أولاً: بانتضاء الالتزام الأصلي؛

ثانياً: بتنازل الدائن عنها.

ثالثاً: بإتمام الإجراءات والشروط التي يفرضها القانون على واضع اليد لتطهير العقارات مما عليها من رهون».

<sup>1683</sup> ربما تدغم هذا التحليل بالفصل 270 م.ح.ج. الذي ينص: «الرهن المرئى على عقار يتبع العقار في أية يد

ينتقل إليها» وهو ما قد يفهم منه أن الرهن يلتصق بالعقار بصفة موضوعية بقطع النظر عن أن أصبح يملكه

وعن سبب تملكه».

الملكيّة من الحقوق التي وظفها المالك الأصلي في مدّة التقادم من نحو وانتفاع وما إليهما، كنتيجة حتمية لفكرة احترام الأوضاع المستقرة يتأسس عليها التقادم ككله<sup>1678</sup>، فلا بدّ من حماية الحقوق المكتسبة في «التّضحية» بما يعارضها، خصوصا أنّه يمكن نسبة التّضهير والإهمال إل المالك الأصلي من أصحاب الحقوق الرّائكة في عدم فعل - أو الإيعاز بفع يقطع التقادم حتّى اكتمل ضدّهم بالتّبعيّة لسلفهم<sup>1679</sup>.

ويجى هذا تبرز قوّة نفاذ التّفويت بالتّقادم، لأنّ الملكيّة الجديدة تجعل له في مأمّن من خطر الاستحقاق. لكن هل هذا الأمان مطلق يمتدّ حتّى قبل الحيازة أم يقتصر على مدّة التقادم فحسب؟

## 2- مجال الأثر الرجعي:

**557-** يجمع الفقه على حصر الأثر الرجعي في فترة التقادم بما يعني حيث المبدأ تبقى الحقوق التي وظفها المالك قبل بدء سريان التقادم ويعارض الحائز والمفوت له من بعده. لكن عملياً لا تظهر الفائدة إلا في الرهن لأنّه إلى الحقوق الأخرى كالانتفاع والارتضاع مثلاً... فالغالب أنّها بانتهاء مدّة تكوّن قد سقطت بالتّقادم المسقط أو بعدم الاستعمال<sup>1680</sup> أو اك الحائز...<sup>1681</sup>.

**558-** أمّا الرهن فيثير زواله بالأثر الرجعي إشكالا جدياً بالنّسبة إ

<sup>1678</sup> انظر المراجع التي في الهامش قبل السابق.

<sup>1679</sup> مازو وشلباس، الأموال، ف 150، ص 260.

<sup>1680</sup> من ذلك مثلاً سقوط حق الانتفاع بخمسة سنوات (الفصل 157 - رابعا م ج ع) وحق الارتضاع بخمسة سنة (الفصل 189 م ج ع).

<sup>1681</sup> انظر في تفصيل كل ذلك: السّنهوري، التوسيط، ج 9، ف 415، ص 1074 وما يليها و عبد النعم فرج الصّدة، الحقوق العينيّة الأصليّة، ف 405 وما بعدها، ص 76 وما يليها.

لهذا لا مفر من الوقوف مجدداً عند فكرة الأثر الرجعي دون غيرها والتمسك بالاستنتاج المنطقي المترتب عن تحديد مجالها ببدء سريان التقادم، فما لم يدخل في هذا المجال لا يشمل الأثر الرجعي ومنه الرهن المبرم قبل بدء التقادم. ويمكن تعليل هذا الاستنتاج بالطبيعة الاستثنائية للرجعية فلا يسوغ مدها إلى أبعاد من نطاقها، كما أن التقادم يدخل على ملكية قائمة ليستقطها فيتملكها الحائز بصفتها بما في ذلك ما حمل عليها من حقوق ولم ينقض في أثناء التقادم أو بحصوله لأن تلك الحقوق صدرت عن مالك ويجب احترامها لهذا الاعتبار خلافاً للحقوق التي أزلها الأثر الرجعي إذ جعلها صادرة عن غير مالك<sup>1688</sup>.

**559-** وبذلك يخلص القول في التقادم أنه يكسب الحائز ملكية جديدة ترجع إلى بدء سريان التقادم، وللمفوت له نفس هذه الملكية - مع مراعاة كونه التفويت منشأ أم ناقلاً - فتتدعم وينفذ تفويته نفاذاً قوياً مطهراً من كل ما صدر عن المالك الأصلي في فترة التقادم، لكنّه محدود بما وظفه نفس المالك قبل ذلك.

ويلاحظ نفس هذا الاستنتاج تقريباً في كل اكتساب بمفعول القانون.

**الفرد الثاني: مفعول القانون**

**560-** يشمل مفعول القانون كل سبب مكسب للملكية غير ما عدده الفصل 22 م.ع. أو اتصل به<sup>1689</sup>. وهو يضم أسباباً متفرقة يغلّب

تعني تقاعس الدائن أو قعوده عن حماية مصالحه، والحال أنه يكفيته تحرك بسيط، ليطعن إلى أن العقار في حوز الغير الذي قد يكتسبه بالتقادم فيؤخر إلى مدينه بفعل ما يفعله، والأفعال فمصرفه ومدينه سواء والتب ذنبيهما لا ذنب الحائز.  
<sup>1688</sup> في هذا الاتجاه، مارزو وشاباس، الأموال، ف 1510، ص 260.  
<sup>1689</sup> يقصد بذلك خاصة الوصية التي تلحق بالميراث أو العقدة إذا أخذ بمعنى الإرادة مطلقاً ولو منفردة، والحوز في النقول والثمار الذي يتصل بالتقادم. في هذا الاتجاه، ولزيرد التفصيل انظر: يوسف الكنتاني وقوزي بالكنتاني، الأموال، ف 226، ص 125. - السهوري، الوسيط، ج 9، ف 448 وما بعدها، ص 1145 وما يليها.

لا يبدو أن الاستثناء وارد لأنّ حجة بقاء الرهن لممارسة حق التبع ليست في الحل الذي وصلت إليه. فاعتبار الموقوف له واضح يد بالتبعية للموقوف اكتسب الملكية بالتقادم ليس أمراً مسلماً به ولا يستوعبه الفصل 281 بسهولة لأنّ التقادم ليس سبباً للملكية بل هو وسيلة تملك مباشر من الحائز نفسه<sup>1684</sup>. ثمّ إن الانتقال المذكور في الفصل 281 م.ج.ع. مصدره المراد لغيره كما في الفرض المدروس، كما أنّ الإشارة إلى غياب التقادم عن أساس انقضاء الرهن ليست حاسمة لأنّ التقادم لا يرد على الرهن ذاته<sup>1685</sup> بل على الملكية التي يخسرها المالك الحقيقي فيزول الرهن بالتبعية<sup>1686</sup>. وهو ما يلا على القانوني وحماية الأوضاع المستقرة وحسن النية في التقادم العشري فلا يقبل بزعمها حق معارض ولو كان الرهن وإلا لانتفت فائدته<sup>1687</sup>.

<sup>1684</sup>

تجب الإشارة أنه حتى في رأي من يعتبر التقادم سبباً ناقلاً للملكية دون استخلاف - وهو ما قد يشمل بشموله بالفصل 281 م.ج.ع. - فإنه يربط ملكية جديدة عند الحائز ترجع إلى بدء التقادم النظر في الاتجاه، مازو وشاباس، الأموال، ف 1510، ص 260.

<sup>1685</sup>

قارن مع القانون الفرنسي حيث يقضي الرهن لذاته بالتقادم عملاً بصريح الفصل 2180 من المجلة المذكورة.

<sup>1686</sup>

ويعرف هذا التقادم بتسمية خاصة هي: «التقادم المطهر» *Usucapio libertatis*.

أخذ النص على إطلاقه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة إذا اعتبرنا أنّ الرهن ينتصق بالمعار بقطع النظر مالكة، فلا وجه عندئذ للاشتراطه أن يكون الرهن الأصلي مالكا كما أنّه من الضروري أن يبقى الرهن عند النزاع المعار للمصلحة العامة أو نتيته والحال أنه يظهر في الحالتين؛ وبالتالي فإنّ القراءة السلمية للفصل 270 م.ج.ع. هي التي تراه معلنا لمبدأ أكثر منه وأضعا لناعدة خاصة، وهذا المبدأ هو أنّ الرهن العقاري لا يمتد حتى التبع فهو بمثابة المبدأ العام في الرهن العقاري بالنسبة إلى بقية الأحكام التفصيلية لحق التبع، وكان الفصل 280 م.ج.ع. مجرد تكرار للفصل 270 م.ج.ع. والحال أنه تفصيل له، وهذا الاعتبار لا يعتمد على الفصل 270 م.ج.ع. لإحلال أو إقصاء هذا السبب أو ذلك، فضلا عن أنه يتحدث بدوره عن آثاره لا عن اكتساب مباشر بما يؤكد حتى في نص مبتني خروج التقادم عن مجاله.

<sup>1687</sup>

قد يقال بأن زوال الرهن يتعارض من جهته مع مقتضيات الائتمان العقاري وهي بنفس أهمية حماية الأوامر المستقرة، فبإذن أرجحية الملكية ثابتة لأنه بدون ملكية فلا رهن والرهن حق تبعي. ثمّ إن حماية الائتمان

الشريك<sup>1693</sup>

وتتفق الأسباب المتلاثمة مع التقويت في ملك الغير في أنها تولد ملكية جديدة عند الموت تظهر من خلال المفاعيل الخطيرة التي أنطها القانون بتلك الأسباب. وهو ما يتجه النظر فيه (الفقرة الثانية) بعد عرضها (الفقرة الأولى).

## الفقرة الأولى: عرض الأسباب

561- لنفرض أن إدارة عمومية فوتت في عقار على أنه من ملكها الخاص وهو في الحقيقة لغيرها، ثم صدر أمر بانتزاع ذلك العقار لفائدتها، ولتكن على الأخص وكالة عقارية فوتت في أرض أو مقاسم داخلة في دائرة تدخلها منها أن إجراءات التملك من طرفها قد تمت، وتبين أنها لم تكتمل بعد، ثم صدر الانتزاع لفائدتها، أو أنها علمت ببيعها اختيارياً من مالكها فبادرت إلى ممارسة الأولوية. وهب أيضاً أن أحد المالكين في منطقة عمومية سقوية باع أرضاً كان يتوقع الحصول عليها في إطار إعادة التنظيم العقاري ثم حصل عليها فعلاً. ففي كل هذه الأحوال تم التقويت في ملك الغير واكتسب الموقوف الملكية لاحقاً بمضمول القانون سواء بانتزاع أم أولوية أم تنظيم عقاري. والسؤال هنا: كيف ينفذ التقويت بهذه الأسباب؟ وجوابه في معرفة كيفية اكتساب الملكية فيها وهو ما يكفي عرض موجز لبيانته في كل سبب<sup>1694</sup> بدءاً بالانتزاع (أ) نظراً

<sup>1693</sup> شعبة الشريك هي المنصوص عليها بالفصل 103 وما بعده م.ح.ع. وهي مصدر استخلاف واضح لأنها تحيل إلى الشئ نفس الحق الذي اشتراه المشتري (انظر خاصة الفصل 112 م.ح.ع.)، وهي فوق ذلك مقصاة أصلاً من مجال ملك الغير لانعدام فرض بقاء الموقوف فيها حتى يشفع في منابات شريكه وينفذ تقويته هو في أكثر من مناباته لأنه يبيع مناباته ينفذ صفة الشريك.

<sup>1694</sup> لا تقتصر تقنيات التملك العمومي وأسبابه على الأسباب الثلاثة المشروحة في المتن بل تشمل غيرها. وإنما أُنعت الأسباب المذكورة لأهميتها ولطابعها النموذجي في التعبير عن إشكالات المادة. ويمكن مع ذلك الإشارة مثلاً إلى الضم الحضري الشبيه بالتنظيم العقاري الفلاحي (الفصل 51 وما بعده م.ح.ع.) وإلى الشراكة داخل مناطق التدخل العقاري (الفصل 36 م.ح.ع.)، والأمر عدد 188 لسنة 1999 المؤرخ في 11 جانفي 1999، رائد رسمي عدد 10 صادر في 2 فيفري 1999، ص 191).

عليها الطابع العقاري والإداري العام أهمها إطلاقا الانتزاع للمصنوع العمومية الذي من فرط أهميته يكاد يهيمن لوحده على مادة مفعول القتل مما يفسر الاكتفاء عادة بذكره لتقديم هذا المصدر. لكنه لا يحجب أسبابا أخرى لتلقي معه في جوهرهما كأولوية الوكالات العقارية والتنظيم العقاري بالمناطق العمومية السقوية. أما بقية الأسباب فلا تسبب نفس الاهتمام إنما لأن فرضها لا يتلاءم مع التقويت في ملك الغير فبيئنا إقصاؤها كإسناد أرض اشتراكية على وجه الملكية الخاصة أو المصادقة على تقسيم عقاري<sup>1691</sup> أو كذلك المصادرة والحجز الخاص<sup>1692</sup> وإما لأنها مصدر استخلاف فترجع إلى الملكية السابقة كمش

<sup>1690</sup> يتم إسناد الأرض الاشتراكية على وجه الملكية الخاصة لفرد أو مجموعة أفراد طبقا للفصلين 6 من قانون 4 جوان 1964 ، وذلك بقرار من مجلس التصرف مصادق عليه بأمر ينشر بالرائد الرسمي به رأي ساطو الإشراف الجهوية وموافقة وزير أملاك الدولة. والعلة في إقصاء قرار الإسناد أنه يرد على أن قابلية للتقويت قبل إسنادها ، فلا تكون موضوع تقويت في ملك الغير. وهذا هو رأي محكمة التقويت. قرار تعقيبي عدد 42042 مؤرخ في 11 جوان 1996 ، ن 96 ، II ، 322.

<sup>1691</sup> انظر الفصل 67 م.ت.ت.ت. وتتم المصادقة بقرار من الوالي أو رئيس مجلس البلدية حسب الأحوال م.ت.ت.ت. وهي تؤدي من نفسها إلى إدماج الطرقات والمساحات الخضراء والمساحات العمومية والمخصصة للتجهيزات الجماعية في الملك العمومي أو الملك الخاص التابع للدولة أو للجماعة العمومية (الفصل 67 ف 1). والعلة في إقصاء هذا المصدر هو أن جانباً منه يتعلق بملك عمومي غير قابل للتقويت والجانب الآخر مهياً لكي يبقى كذلك ولو كان ملكاً خاصاً وهو ما تؤكدته الفقرة الرابعة من الف.ع.ن.ما توجب إقامة رسوم عقارية خاصة بتلك الأجزاء المدمجة ، مما يستبعد فرضية التقويت فيها.

<sup>1692</sup> المصادرة والحجز الخاص كلاهما عقوبة جزائية تكميلية منصوص عليها بالفصل 5 من المجلة والمصادرة هي تجريد المحكوم عليه من مكانه وإحالتها جبرياً لفائدة الخزينة العامة. ولا تتم إلا ومثاله القانون عدد 13 لسنة 1957 المؤرخ في 17 أوت 1957 المتعلق بمصادرة المكاسب غير المشروعة والفصل رسمي عدد 9 صادر في 23 أوت 1957 ، ص 82. انظر أيضا الفصل 71 من مجلة المرافعات و المسكوتية. أما الحجز الخاص فهو مصادرة خاصة لأدوات الجريمة أو المتحصل منها إذ عرقه الفصل بنصه: «هو أن يؤخذ لخزينة الدولة ما حصل من الجريمة أو الآلات التي استعملت أو يمكن استعمالها من الجريمة». انظر أيضا الفصول من 283 إلى 299 من مجلة الديوانة والفصول 47 و90 و108 و111 و112 من مجلة الغابات، ويكفي تعريف المصادرة وطبيعتها لاستبعادها من فرض التقويت في ملك الغير.

لأهميته التي تبرر تناوله قبل كل من أولوية الوكالات العقارية (ب) والتنظيم العقاري (ج).

#### أ- الانتزاع للمصلحة العمومية:

562- يتأيد الإطار التشريعي لنفاذ التفويت بالانتزاع (1) بتطبيق قضائي (2).

#### 1- الإطار التشريعي لنفاذ بالانتزاع:

563- يستروح من قانون 11 أوت 1976 المنقح في 14 أبريل 2003 (قانون الانتزاع)<sup>1695</sup> أن الانتزاع هو نقل ملكية عقار جبرا لفائدة جهة عمومية بموجب أمر ومقابل غرامة عادلة من أجل إنجاز مشروع ذي مصلحة عمومية<sup>1696</sup>. فهو لا يتسلط إلا على العقارات ولا تستفيد منه إلا جهة عمومية محددة حصرا في الدولة والجماعات العمومية والوكالات العقارية والمؤسسات العمومية عن طريق إحالة من الدولة<sup>1697</sup>. وقد وضع قانون الانتزاع مبدأ انتقال الملكية في الفصل 2 جديد

الفصل 39 جديد أن الانتزاع يطهر العقار من كافة الحقوق العينية «بمجرد صدور أمر الانتزاع في العقارات غير المسجلة وبترسيم أمر الانتزاع في العقارات المسجلة مع مراعاة أحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية...».

ويفهم من هذه النصوص أن مفعول الانتزاع في إكساب الملكية يختلف بحسب طبيعة العقار. ففي العقارات غير المسجلة تنتقل الملكية بموجب الأمر وحده، وفي العقارات المسجلة تنتقل بترسيم أمر الانتزاع، أي أن أمر الانتزاع وحده لا يكفي بل لا بد أيضا من ترسيمه، وهذا هو المفعول المنشئ للترسيم بما يعني أن هذا الحكم لا يهيم إلا العقارات المشمولة به<sup>1698</sup>. أما العقارات المسجلة غير الخاضعة للمفعول المنشئ فلا يتوقف الانتقال فيها على الترسيم ويتم بموجب أمر الانتزاع وحده، ومن هنا تحفظ الفصلين 2 ف 1 و39 من قانون الانتزاع بوجوب «مراعاة أحكام الفصل 305 من مجلة

الحقوق العينية» أي مراعاة انطباقه في خصوص اشتراط المفعول المنشئ للترسيم. مما يعني أنه في ظلّ المفعول الاحتجاجي للترسيم تكتسب الملكية بالأمر وحده<sup>1699</sup> وذلك بتأكيد محكمة التعقيب التي اعتادت صياغة رأيها بجملة أضحّت مألوفة: «الانتزاع لمصلحة عامة يأخذ قوّته من نفسه باعتباره قانوناً نافذ المفعول لا من الترسيم بدفتر التسجيل الذي لا يصحّ التمسك به إلا من طرف الغير»<sup>1700</sup>.

<sup>1698</sup> راجع سابقاً ف 314 و 425.

<sup>1699</sup> محمود لطفي العنّابي، ترسيم أمر الانتزاع بالسجلّ العقاري، مداخلة في ملتقى الانتزاع للمصلحة العامة المشار إليه سابقاً، مرجع سابق، ص 29.

<sup>1700</sup> قرار تعقيبي عدد 17509 مؤرخ في 2 نوفمبر 1988، ن 88، 249 (سنعود إليه لاحقاً). وانظر كذلك: قرار تعقيبي عدد 13533 مؤرخ في 16 جوان 1986، ن 86، II، 226 / ق.ت. جوان 1988، ص 80. - قرار تعقيبي عدد 42367 مؤرخ في 26 نوفمبر 1996، ن 96، II، 328. - قرار تعقيبي عدد 57564 مؤرخ في 12 مارس 1997، ن 97، I، 103. وتجدر الإشارة أن الجملة المذكورة وردت لأول مرة في حكم ابتدائي من محكمة الكاف عدد 50597 مؤرخ في 17 أفريل 1962، ق.ت. جويلية 1962، ص 87.

ف 1: «تنتقل الملكية إلى المنتزع بمفعول أمر الانتزاع في العقارات غير المسجلة وبترسيم أمر الانتزاع في العقارات المسجلة مع مراعاة أحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية» وأضاف في الفصل 2 جديد ف 2: «لا يمكن للمنتزع حوز العقارات المنتزعة إلا بعد دفع غرامة عادلة أو تأمين مقدارها مسبقاً» وأكد في

<sup>1695</sup> هو القانون عدد 85 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت 1976 المتعلق بمراجعة التشريع المتعلق بالانتزاع للمصلحة العمومية (رائد رسمي عدد 51 صادر في 13 - 17 أوت 1976، ص 2192)، المنقح والمتّم بالقانون عدد 26 لسنة 2003 المؤرخ في 14 أفريل 2003، رائد رسمي عدد 31 صادر في 18 أفريل 2003، ص 1143.

<sup>1696</sup> راجع مداوالات مجلس النواب بشأن قانون 14 أفريل 2003 بالجلسة المنعقدة في 25 مارس 2003، عدد 21، ص 882 (جواب وزارة أملاك الدولة والشؤون العقارية عن السؤال الثاني من الأسئلة العامة حول مشروع القانون) وقارب من: إبراهيم الجريبي، الملكية وحقّ الانتزاع للمصلحة العامة، ق.ت. نوفمبر 1962، ص 7-22 / 697-712. انظر خاصة ص 12 / 702: «الانتزاع هو نقل جبري للملكية الخاصة بالأفراد إلى الإدارة التي يضطرّها إليه إجراء أشغال ذات مصلحة عمومية». <sup>1697</sup> الفصل الأول من قانون 11 أوت 1976.



وعليه فإن نفاذ التفويت في عقار غير مسجل وفي عقار مسجل غير خاضع للمفعول المنشئ للترسيم يكفي فيه الأمر لأنه هو الشكلية الوحيدة المطلوبة لانتقال الملكية للمفوت. والمقصود بالأمر هو صدوره عن رئيس الجمهورية ونشره بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية<sup>1701</sup>. أما في عقار مسجل خاضع للمفعول المنشئ للترسيم فلا يتحقق النفاذ إلا بصدور الأمر ثم ترسيمه.

**564-** على أن ما تجب ملاحظته في الحالتين أن نفاذ التفويت لا يتوقف على دفع غرامة لأن الانتقال نفسه لا يتوقف عليه، وإنما هو ضروري للتحوز بالعقار المنتزع، أي أن العقار يدخل في ملك الإدارة بمجرد الأمر، لكنها لا تتحوّز به إلا بعد دفع الغرامة أو تأمينها<sup>1702</sup>. لكن التباطؤ في دفع الغرامة والتحوّز قد يؤثر في استحقاق العقار إذا طال أكثر من خمس سنوات إذ يحقّ عندئذ للمنتزع منه أن يطلب استرجاع عقاره

## 2- التطبيق القضائي:

**565-** عرض على محكمة التعقيب في قرار 2 نوفمبر 1988 المشار إليه<sup>1704</sup> مشكل تكوّنت مادته من وقائع فيها تفويت في ملك الغير وانتزاع فأقرت في شأنه الاستنتاج السابق بصفة ضمنية. وصورة الوقائع أن شركة التجهيز السياحي بينزرت باعت في 18 سبتمبر 1968 لشركة النقل السياحي «ترانستور» عقارا كان في حوزها منذ ماي 1965 وتدعي أنها تسلمته من بلدية بنزرت. وفي 14 أفريل 1970 صدر أمر انتزاع لفائدة البلدية تبين لاحقا أنه شمل عقار النزاع سهوا إثر صدور جدول تقسيمي في 30 أوت 1977 في تعداد العقارات التي انحصر فيها الانتزاع<sup>1705</sup> ولم يكن من بينها العقار المذكور. وبموجب ذلك كاتبت البلدية المالكين الأصليين في 17 أوت 1981 تعلمهم برفع يدها عن العقار لعدم شموله بالانتزاع. فقام هؤلاء على شركة النقل السياحي طالبين استرجاع

عقارهم وهدم ما أقامته فيه من بناء، فرفضت دعواهم ابتدائياً واستئنافياً. لكن محكمة التعقيب نقضت قضاء الموضوع لأنّ العقار المتنازع فيه لم يشمل الانتزاع الذي ينقل الملكية من نفسه ولا حاجة لإشهاره، وقد صدر بعد البيع لكّنه لم يتسلط على العقار. ويفهم من هذا الموقف ضرورة أنّه لو كان العقار مشمولاً بالانتزاع لجارت المحكمة قضاة الأصل ولقبّلت إنفاذ البيع بموجب الاكتساب اللاحق من المفوت.

وهذا ما يؤيد البعد العملي للانتزاع والذي لا تقلّ عنه قيمة أولوية الوكالات العقارية.

### ب- أولوية الوكالات العقارية:

566- إنّ عمل أولوية الوكالات العقارية في نفاذ التفويت (1) لا يخلو من

<sup>1704</sup> راجع الهامش 1700 السابق.

<sup>1705</sup> يتم ذلك على أساس الفصل 35 من قانون الانتزاع.

على أساس الفصل 9 من قانون الانتزاع<sup>1703</sup>. غير أنّ هذا الحرمان طارئ بعد النفاذ ويوجب الرجوع بالضمان للتعويض وليس مانعاً للنفاذ الأصلي. ومعنى هذا أنّ الأصل في اكتساب الملكية بالانتزاع أنّه ينفذ التفويت، وهو ما يؤيده التطبيق القضائي.

<sup>1701</sup> الفصل 11 جديد ف 4 من قانون الانتزاع. ويلاحظ أنّ الفصل 13 جديد ف 2 يوجب توجيه نسخة إلى المنتزع منه، لكن ذلك ليس شرطاً لانتقال الملكية.

<sup>1702</sup> الحبيب الشطّي، القضاء الاستعجالي والتحوّز بالعقارات المنتزعة، في دراسات في القانون العقاري، مرجع سابق، ص 51 - محمد كمال فردادح، الانتزاع للمصلحة العامة فقها وقضاء، م.ق.ت. جانفي 1978، ص 7-40. خاصة ص 23 وص 28.

<sup>1703</sup> محمد كمال فردادح، استرجاع العقار المنتزع، مداخلة في ملتقى الانتزاع من أجل المصلحة العامة، 25-26 ماي 1990، نشر المدرسة القومية للإدارة، تونس 1991، ص 79. - الطّيب عبّيد، النزاع حول شرعية أمر الانتزاع وحقّ الاسترجاع، نشر مركز البحوث والدراسات الإدارية، المدرسة القومية للإدارة، سلسلة دراسات ووثائق، عدد 13-1986. - انظر خاصة ص 16 حيث يميّز المؤلف ثلاث صور للاسترجاع هي: عدم استعمال العقار بتاتا وعدم استعماله مادياً واستعماله للمصلحة الخاصة.

صعوبات (2).

#### 1- عمل أولوية الوكالات في نفاذ التقويم:

567- في 14 أبريل 1973<sup>1706</sup> «أحدثت ثلاث مؤسسات عمومية ذات صبغة صناعية وتجارية لشراء وتهيئة والتقويم في قطع الأرض الواقعة بالمناطق المعدة إما للبناء قصد السكنى وإما لتكوين مناطق سياحية أو صناعية بها»<sup>1707</sup>. وهذه المؤسسات هي: الوكالة العقارية للسكنى والوكالة العقارية السياحية والوكالة العقارية الصناعية. وفي 16 مارس 1977<sup>1708</sup> أحدثت في المجال الفلاحي مؤسسة تسمى «وكالة الإصلاح الزراعي في المناطق العمومية السقوية» أصبحت في 1999 «الوكالة العقارية الفلاحية»<sup>1709</sup> وذلك لكي تقوم بمهام مماثلة في مجال تدخلها وخاصة تحقيق سياسة الإصلاح الزراعي بالمناطق العمومية السقوية كيما سطرها قانون 27 ماي 1963<sup>1710</sup>. وأخيرا أحدثت في 1 أوت 1981<sup>1711</sup>

والتمكن من استعمال أحسن لبعض المقاسم العمرانية...»<sup>1712</sup>.

وقد عهد القانون إلى هذه الوكالات إنجاز مهامها في نطاق دوائر تدخل عقاري تحدث للغرض بأمر، ومكّنها من اكتساب ملكية العقارات داخلها إما بالشراء بالتراضي من المالكين أو بالانتزاع أو باستعمال حق الأولوية في الشراء<sup>1713</sup>. وما يؤكد أن هذا الحق هو فعلا أولوية في الشراء<sup>1714</sup> تشبه أولوية المتسوّغين وتبتعد عن شفعة الشريك<sup>1715</sup> هو أنه يمارس قبل البيع أو التقويم من المالك<sup>1716</sup> لا بعده، بدليل إلزام المالك مسبقا بإعلام الوكالة المعنية من خلال التصريح الذي يودعه بمقرّ الولاية<sup>1717</sup> والتي تتكفل بإبلاغه إلى الوكالة<sup>1718</sup>. وكذلك تحرير حجة بيع بين الطرفين في صورة الاتفاق على الثمن<sup>1719</sup> مما يعني

<sup>1712</sup> الفصل الأول من قانون 1981.

وكالة التجديد والتهديب العمراني «لتتولى عمليات التجديد والتهديب العمراني... وتقوم بالأشغال اللازمة لتحسين ظروف السكن في بعض الأحياء

1706 قانون عدد 21 لسنة 1973 مؤرخ في 14 أبريل 1973 يتعلق بتهيئة المناطق السياحية والصناعية والسكنية، رائد رسمي عدد 15 صادر في 17-20 أبريل 1973، ص 701.

1707 الفصل الأول من قانون 1973.

1708 قانون عدد 17 لسنة 1977 مؤرخ في 16 مارس 1977 يتعلق بإحداث وكالة الإصلاح الزراعي بالمناطق العمومية السقوية، رائد رسمي عدد 18 صادر في 18 مارس 1977، ص 717، وقد نَقح بموجب القانون عدد 29 لسنة 2000 المؤرخ في 6 مارس 2000، رائد رسمي عدد 20 صادر في 10 مارس 2000، ص 608.

1709 بموجب الأمر عدد 1877 المؤرخ في 31 أوت 1999.

1710 قانون عدد 18 لسنة 1963 مؤرخ في 27 ماي 1963 يتعلق بالإصلاح الزراعي في المناطق العمومية السقوية.

رائد رسمي عدد 26 صادر في 24-28-31 ماي 1963، ص 871 ومنقح خاصة بالقانون عدد 30 لسنة 2000 المؤرخ في 6 مارس 2000، رائد رسمي عدد 20 صادر في 10 مارس 2000، ص 608.

1711 قانون عدد 69 لسنة 1981 مؤرخ في 9 أوت 1981 يتعلق بإحداث وكالة التجديد والتهديب العمراني، رائد رسمي عدد 51 صادر في 7 أوت 1981، ص 1888.

1713 تجب الإشارة أن قانون 1973 والقوانين الأخرى تسمى هذه الأولوية «شفعة». لكن مجلة التهيئة الترابية والتعمير صححت التسمية. كما تجب ملاحظة أن هذه المجلة وسّعت قائمة المستفيدين من الأولوية ومدّتها إلى الدولة والجماعات العمومية تمارسها بنفس شروط قانون 1973 داخل دوائر التدخّل العقاري (الفصل 35 المنقح بالقانون عدد 78 لسنة 2003 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003، رائد رسمي عدد 104 صادر في 30 ديسمبر 2003، ص 3927)، وبشروط مماثلة نظمتها بنفسها في دوائر المدخّرات العقارية (الفصول 42 - المنقح بقانون 29 ديسمبر 2003 المشار إليه - و43 و44).

1714 انظر في تحليل هذه الأولوية خاصة: محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير... ف 404 وما بعدها، ص 331 وما يليها (خصوصا ف 413 وما بعدها في الأساس - وف 495 وما بعدها في الممارسة).

1715 الحبيب الشطّي، حق الأولوية في الشراء، أصعابه، خاصياتهم وخاصيات التشريع المتعلقة بهم، في دراسات في القانون العقاري، مرجع سابق، ص 115.

1716 لا تقتصر أولوية الوكالات على البيع كالشفعة التقليدية، بل تمارس أيضا في البيع بالميزاد الاختياري والمعاوضة والمساهمة في شركة وكلّ تفويت اختياري بمقابل: الفصل 5 من قانون 1973 والفصل 5 من قانون 1977، والفصل 4 من قانون 1981.

1717 في دوائر المدخّرات العقارية يوجه الإعلام مباشرة إلى الوكالة ولا يودع في الولاية: الفصل 43 ف 1 من قانون 1973.

1718 الفصل 5 من قانون 1973 والفصل 7 من قانون 1977 والفصل 4 من قانون 1981.

1719 الفصل 8 من قانون 1973 والفصل 9 من قانون 1977 والفصل 4 من قانون 1981.

أنه لم يبرم عقد آخر لتحلّ فيه الوكالة بل كانت هي المشتري المباشر لأنها استفادت من أولويتها. وهذه ليست فرضية الشفعة العادية. وتؤدي هذه الأولوية الرضائية إلى تمليك الوكالة في تاريخها. ومن ثمّ ينفذ التفويت الذي أبرمته قبلها. لكن إذا فوت المالك في العقار للغير دون مراعاة أولوية الوكالة فلهذه الحق في ممارسة أولويتها قضائياً بأن تطلب من المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار إبطال عقد التفويت المذكور والحلول محلّ المشتري في التملك بالعقار<sup>1720</sup>. وبصدور الحكم تنتقل الملكية إلى الوكالة فينفذ التفويت دون حاجة إلى شكلية أخرى. لكن هذا الاكتساب رهين بأمرين خاصة هما عدم تخلي الوكالة عن ممارسة الأولوية<sup>1721</sup> والقيام بها في الأجل المحددة قانوناً<sup>1722</sup> وهذان ليسا شرطين إضافيين لنفاذ التفويت بل هما واجبان لتحقيق شرط الاكتساب نفسه. وتعتبر هذه الإشارة أقلّ خطورة من الصعوبات التي تطرحها

إطار قانون 1973 ينتفعون بألوية في اقتناء أراضيهم المكتسبة من الوكالة بعد أن تقوم بتهيئتها<sup>1723</sup> ؟

لو صحّ هذا فلا يبقى في هذه الحالة وجه أصلاً للتفويت في ملك الغير بل تُقصى الفرضية نفسها لأنّ الوكالة لن تقدم على التفويت لغير أصحاب الأرض الأصليين، أو على الأقلّ يُعتبر عدم ممارسة الأولوية من المالكين شرطاً إضافياً لنفاذ التفويت ومع ذلك فهذه الأولوية لا تمنع التفويت وليست شرطاً لنفاذه بدليل أنّ الوكالة يمكنها أن تباع أراضي غير مهيأة<sup>1724</sup>، وأنّ الأولوية فيما هي هي مجرد سراب<sup>1725</sup> وتعسر ممارستها لإثقالها بشرط تقديم مشروع مماثل للوكالة ولا يوجد جزاء على مخالفتها<sup>1726</sup>.

مواجهة المالك الأصلي: هل هو تاريخ الحكم أم تاريخ التقيوت الأصلي الواقع  
إبطاله والحلول فيه؟

2- صعوبات نفاذ التقيوت بأولوية الوكالات:

568- تفرض النصوص التوقف عند صعوبتين بصفة خاصة تتعلق أولاهما  
بإقرار النفاذ أصلا بالأولوية (1.2) وتتصل ثانيتهما بتاريخ النفاذ (2.2).

1.2- إقرار النفاذ أصلا:

569- هل يمكن أن ينفذ التقيوت فعلا والحال أنّ المالكين الأصليين في

1723 الفصل 11. وانظر في هذه الأولوية:

- **Mohamed Kamel CHARFEDDINE**, Le statut de la propriété privée incluse dans un périmètre d'intervention foncière. R.T.D. 1991, pp. 216 et s. , spéc. pp. 230-231. - **Moncef FARHAT**, Participation et partenariat entre Administration et administrés: L'exemple de l'aménagement urbain, in les mutations des relations entre l'Administration et ses administrés, Actes du colloque des 11-12 mai 2000. Faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis, 2002, Collection Forum des juristes, n° 9, pp. 247-262, spéc. p. 251.

1724 انظر الفصل 6 من الأمر عدد 33 لسنة 1974 المؤرخ في 21 جانفي 1974 المتعلق بتنظيم وتسيير الوكالة العقارية للسكنى، رائد رسمي عدد 6 مؤرخ في 25 جانفي 1974، ص 190.

1725 محمد كمال شرف الدين، وضع الملكية الخاصة في دائرة التدخل العقاري، مقال سابق، ص 230.

1726 محمد كمال شرف الدين، وضع الملكية الخاصة...، مقال سابق، ص 231.

1720 الفصل 10 من قانون 1973 والفصل 11 من قانون 1977 والفصل 4 من قانون 1981.

1721 يكون ذلك صراحة أو ضمنا بالسكوت عن الإعلام الموجّه إليها من المالك في شكل التصريح للولاية:

انظر الفصل 7 من قانون 1973 والفصل 8 من قانون 1977 والفصل 4 من قانون 1981.

1722 تختلف هذه الأجال من الوكالة الفلاحية إلى الوكالات الأخرى. فبالنسبة إلى الوكالة العقارية الفلاحية

أجل الأولوية هو عام من تاريخ التقيوت الثابت (الفصل 5 من قانون 1977). وأمّا بالنسبة إلى بقية الوكالات فالأجل أربع سنوات قابلة للتجديد بسنتين (ست سنوات) بداية من تاريخ إحداث دائرة التدخل العقاري (الفصل 3 من قانون 1973 والفصل 4 من قانون 1981).

هذا السؤال محلّ خلاف منذ شفعة الشريك التي ليس فيها نصّ صريح<sup>1727</sup>. وعموماً هناك رأيان ممكنان: إمّا أن التملك يرتدّ إلى تاريخ التقويت تطبيقاً لفكرة الحلول نفسها وهي استبدال شخص بآخر في عقد قائم وتنظيراً على الأولوية الرضائية التي تنقل الملكية من تاريخ حجة البيع فلو لم يفوت المالك في عقاره للغير وفوت فيه للوكالة لاكتسبته من ذلك التاريخ فلجوؤها إلى القضاء إذن هو لتعويض المشتري لا للتعاقد من جديد.

وإمّا أن التملك يحصل بتاريخ الحكم بحجة أن الحلول يتمّ بعد إبطال التقويت أي زواله قانوناً. وإذا لا يتصور الحلول في معدوم، فلا يكون المقصود منه عندئذ إلاّ التعاقد أصلاً مع المفوت له ويكون الحكم نفسه سند التملك، فيعتبر منشئاً لحقّ الوكالة لا كاشفاً عنه كما هو شأن الأحكام عادة. وقد يؤيد هذا الحلّ إمكانية تغيير ثمن التقويت الأصلي<sup>1728</sup> وكذلك غياب مثيل الفصل 114

### ج- التنظيم العقاري في المناطق العمومية السقوية:

571- هو عملية تنجزها الوكالة العقارية الفلاحية في إطار مهامها المحددة بالفصل 2 من قانون 16 مارس 1977 (النقطة الخامسة). وينتج من الفصل 16 من قانون الإصلاح الزراعي (27 ماي 1963) والفصل 13 من قانون 1977 أن التنظيم العقاري يهدف إلى تحقيق استغلال الأراضي الفلاحية الكائنة في المناطق العمومية السقوية «بصورة أكثر فاعلية». ويتمثل في إعادة تقسيم الملكية العقارية داخل المنطقة المحدثة بضمّ القطع المنفرقة والمشتتة في حدود الملكيات القائمة والمساحات القانونية «وتكوين قطع متلاصقة ومنظمة تكون حدودها ملائمة لتوزيع واستعمال ماء السقي ولها معايير مستقلة وقريبة قدر الإمكان من مركز استغلالها» ومتفقة بشكل عامّ مع المقتضيات الفنية للريّ وللتهيئة العقارية الفلاحية مع مراعاة احتياجات المالكين وأمكنة سكناهم.

م.ح.ع. في قوانين الوكالات العقارية لأن حكمه يحققه بطلان التقيوت فيبطل ما بني عليه، خلافاً للشفعة حيث لا بطلان فيها بل حلول مباشر، فكان لا بد من التصريح بعدم نفاذ تصرفات المشتري السابقة على الحكم وهذا مما يتماشى مع الأثر الرجعي لحكم الشفعة. وخلافه حكم الأولوية. فتحسب هذه المسألة من ثمرات التفريق بين الشفعة وألوية الشراء.

ولئن طرح تحديد تاريخ الانتقال في أولوية الوكالات هذه الصعوبة لوجود تاريخين ممكنين، فإنه في التنظيم العقاري واضح لوجود عمل واحد يرتبط به نقل الملكية.

1727 محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير...، ف 484 وما بعدها، ص 402 وما يليها.

1728 انظر الفصلين 10 من قانون 1973 و11 من قانون 1977.

1729 ينص الفصل 114 م.ح.ع. على ما يلي: «لا تمضي على الشفعة عمليات التقيوت التي قام بها المشتري قبل انقضاء أجل القيام بالشفعة».

ويتم إعداد هذا التنظيم في شكل مثال هندسي مفصل من طرف الوكالة يعلق للإشهار والاعتراضات أمام لجنة محدثة للغرض تبدي فيها رأيها<sup>1730</sup> ثم «يحال مثال إعادة التنظيم مع رأي اللجنة على وزير الفلاحة وهو الذي يتولى ضبطه بصفة نهائية ثم يصادق عليه بقرار منه يقتضي إحالة التملك بين من يهتم الأمر» عملاً بأحكام الفصل 14 ف 1 من قانون 1977. ويفهم من هذا النص أن قرار المصادقة الصادر عن وزير الفلاحة هو العمل القانوني المحدث لأثر نقل الملكية وبه تكتمل عملية التنظيم العقاري. فيترتب عنها اكتساب ملكية القطع الجديدة بالنسبة إلى من شملهم تحويل في ملكيتهم<sup>1731</sup>. وبذلك ينفذ التقيوت الذي قد يكون أبرمه أحدهم على قطعة مملوكة لغيره قبل أيلولتها إليه

1730 الفصل 13 من قانون 1977.

1731 انظر: علي كحلون، أحكام القانون العقاري...، مرجع سابق، ص 410 وما يليها. - مارتني ورينو وجوردان، الأموال، ف 362 وما بعدها، ص 442 وما يليها.



بموجب إعادة التنظيم العقاري. وتوجب الفقرة الثالثة من الفصل 14 إدراج التحويلات بالرسم العقاري بالنسبة إلى العقارات المسجلة. وهنا تجب مراعاة المفعول المنشئ للتسجيل الذي لا ينفذ التقويت بدونه في صورة شمول العقار بميدانه. ويقع النفاذ من تاريخه إزاء المالك. وفي هذا يلتقي التنظيم العقاري مع السببين الآخرين. كما يلتقي معهما في أهم النتائج ذات الصلة بنفاذ التقويت.

#### الفقرة الثانية: نتائج الأسباب

572- إن ميزة الأسباب المدروسة أنها تنقل إلى المفوت ملكية جديدة خالية من أسباب الاستحقاق السابقة. وفي هذا يظهر الانتزاع نموذجاً لمفعول القانون لأنه صريح في نقل هذه الملكية الجديدة من خلال مفعوله التطهيري الذي يشاركه فيه التنظيم العقاري (أ). وعلى خلاف هذين السببين ينعدم النص الصريح في أولوية الوكالات فوجب النقاش (ب).

الحلول العيني. ويبدو أول الأثرين أكثر وضوحاً في الانتزاع إذ تدخل فيه كل التحملات من رهون وامتيازات وارتفاقات وكل الدعاوى المؤسسة على حق عيني ومنها بالخصوص دعاوى الاستحقاق وكذلك دعاوى الفسخ<sup>1732</sup>، أي أن كل الحقوق العينية الموظفة على العقار أصلية كانت أم تبعية والمعارضة لحق المنتزع لفائده بما فيها حق الملكية تقضي على العقار فتخلص ملكيته للمنتزع له خالية من كل عيب قانوني أو سبب استحقاق قد يزحزها عنه. وهذا هو المفعول التطهيري للانتزاع<sup>1733</sup>. وكنتيجة له لا يكون لأصحاب الحقوق السابقين إلا حق في التعويض يمارسونه هم والدائنون أصحاب التأمينات العينية على غرامة الانتزاع<sup>1734</sup>. وهذا هو الحل العيني المنصوص عليه صراحة بالنسبة إلى الرهن العقاري في الفصل 209 م.ح.ع. وكنتيجة لذلك أيضاً يجب تشطيط تلك الحقوق من الرسم العقاري بالنسبة إلى العقارات المسجلة<sup>1735</sup>.

573- إنّ الوضوح المبدئي في إقرار الملكية الجديدة (1) لا يكتمل إلاّ بجواب إيجابي عن سؤال خاصّ بالتنظيم العقاري (2).

1- الوضوح المبدئي:

574- ينصّ الفصل 2 جديد ف 3 من قانون الانتزاع على ما يلي: «وتنتقل جميع الحقوق الموظفة على العقار المنتزع بما في ذلك معالم الإنزال وسائر دعاوى الفسخ أو الاستحقاق وغيرها من الدعاوى العينية أو على الجزء المنتزع من العقار إلى غرامة الانتزاع». وجاء بالفقرة السادسة من الفصل 14 من قانون 16 مارس 1977 ما نصّه: «وتحوّل الامتيازات وعقود الرهن والكرات بجميع أنواعها المتعلقة بقطعة أرض سلّط عليها التنظيم العقاري ولا تزال نافذة عند تطبيق ذلك التنظيم إلى القطع الجديدة التي تحصلّ عليها بطريقة المعاوضة المدين أو المكثري». يتضمّن هذان النصّان ما يعرف بالمفعول التطهيري المشفوع بأثر تكميلي هو

وبهذا يتحصّل المفوّت على ملكيّة جديدة مطهّرة من كلّ خطر استحقاق، فيترتّب عن هذا التملّك نفاذ قويّ للتفويت في جانب المفوّت له.

575- ويوازي هذا الوضوح في الانتزاع وضوح مماثل في التنظيم العقاري بالنسبة إلى التأمينات العينية والكرات، حيث يكون من نتيجة التحويلات الواقعة في الملكية أن يحصل المالكون الجدد على قطع خالية من التحمّلات إذا

1732 إبراهيم الجري، الملكية وحقّ الانتزاع للمصلحة العامة، مقال سابق، ص 704/14.

1733 كريستيان أتياس، الأموال، ف 216، ص 237.

1734 إبراهيم الجري، الملكية وحقّ الانتزاع... مقال سابق، ص 14-15 / 704-705.

1735 خلافاً للفصل 39 قديم من قانون الانتزاع فإنّ الفصل 39 الجديد لا يشير إلى تشطيب التحمّلات والحقوق المطهّرة بل يكتفي بتأكيد تطهيرها قانوناً. وهذا لا يعني طبعاً عدم تشطيبها، وإنّما يعني اختلاف الأساس المعتمد في ذلك، إذ في غياب نصّ خاصّ كالفصل 39 قديم يتّجه التفكير إلى النصّ العامّ في الرهن وهو الفصل 291 م.ج.ع. أو النصّ العامّ في العقارات المسجّلة عموماً وهو الفصل 361 م.ج.ع. فيكون التشطيب رضائياً أو قضائياً. لكن يبدو أنّ المشرّع لا يقصد ذلك، بل يريد أن يكون التشطيب تلقائياً من إدارة الملكية العتارية وهو ما يوحي به سياق النصّ.

لم يكونوا وظفوها من قبل (المفعول التّطهيري) وأن تنقل التّحمّلات على القطع التي آلت إلى من وظّفها (الحلول العيني) <sup>1736</sup>، وأن «يقوم حافظ الملكية العقارية بعمليات التّشطيب والتّرسيم التي يتطلّبها ذلك التّحويل» <sup>1737</sup>. وبزوال التّحمّلات عن القطع الأصليّة التي كانت مسلّطة عليها، تنتقل إلى المفوّت مطهّرة فيتقوى نفاذ تقويته.

وفي غير التّأمينات والكراءات، هل يصحّ إقرار المفعول التّطهيري للتّظيم العقاري؟ هذا هو السّؤال.

## 2- السّؤال الخاصّ بالتّظيم العقاري؛

576- هل يمتدّ المفعول التّطهيري المتقدّم شرحه إلى بقية الحقوق العينية في

التّظيم العقاري كما في الانتزاع؟

إنّ غياب النصّ الصّريح لا يبسرّ الإقرار بالمفعول التّطهيري لأنّ فيه إهدارا

لا تتمكّ العقار في إعادة التّظيم، بل يتمكّك المستحقّون فيما بينهم مباشرة. فالنّظيم العقاري يقوم في جوهره على فكرة المعاوضة <sup>1739</sup> التي يؤكّدها نصّ الفصل 14 من قانون 1977 في فقرتيه الرّابعة والخامسة: «فيما يخصّ العقارات غير المسجّلة فإنّ الفلاحين المعنويين بالأمر مطالبون بتقديم دعاويهم وعند الاقتضاء الأوراق المثبتة لحقوقهم لدى الوكالة (العقارية الفلاحية) التي تتولّى تصفية الوضعية العقارية للأراضي المذكورة (الفقرة الرّابعة) والوكالة تطلب تسجيلها في نطاق برنامج المسح الإجمالي (الفقرة الخامسة)». وهذا يعني أنّ المالكين المعنويين في عملية التّظيم قد يتبيّن أنّهم غير مستحقّين إذا ظهر المالك الحقيقي وقدم إثباتاته للوكالة أو للجنة المسح العقاري فيحكم له، ويقصى المالك المعين بقرار المصادقة. فيتضح بذلك غياب المفعول التّطهيري للملكية.

577- لكنّ هذا الاستنتاج ليس مطلقا إذ هو رهين بكون المفوّت ليس

مالكاً أصلاً في المنطقة السموية، فإذا ظهر المالك الحقيقي حل محله في القطعة التي ملكها. أما لو تبين أن المفوت هو أحد المالكين في المنطقة السقوية، لكته فوت في قطعة لا يملكها ثم اكتسبها بموجب التّظيم العقاري - وهذه هي فرضية التّفويت في ملك الغير - ثمّ تبين أنّ من تمّت معه المعاوضة في تلك القطعة ليس مالكا وظهر مالكا الحقيقي فإنّه لا يستحقّ القطعة التي اكتسبها المفوت أي قطعه الأصلية، بل القطعة التي كانت على ملك المفوت أصالة وآلت إلى من استحقّت منه. وهو ما يعني أنّ المفعول التّطهيري يسري في هذه الحالة على بقية الحقوق العينية<sup>1740</sup> فتخلص للمفوت ملكية جديدة فعلا ينقلها على

<sup>1739</sup> انظر الفصل 14 ف 6 من قانون 1977: «التي تحصل عليها بطريقة المعاوضة المدين أو المشتري»، انظر أيضا: مارتني ورينو وجوردان، الأموال، ف 362، ص 445، فقرة (e).

<sup>1740</sup> مارتني ورينو وجوردان، الأموال، ف 363 ص 446-447. - كريستيان اتياس، الأموال، ف 217، ص 237.

للملكية. ولا يمكن استنتاجه من تعابير مثل «التّطهير العقاري التّشريعي» المذكور في الفصل 16 من قانون الإصلاح الزراعي أو «ضبط المثال بصفة نهائية» الوارد في الفصل 14 من قانون 1977 باعتبار أنّ التّطهير التّشريعي يعني تسوية وضعية الأراضي من جهة استغلالها ولا يعني تحديد مستحقيها. أما ضبط المثال فيقصد به أنّ توزيع الأراضي هندسياً يضبط نهائياً بقرار المصادقة بقطع النّظر عن تحديد المستحقين<sup>1738</sup> «الذين يهتمهم الأمر» بما يعني أنّه لا يهتم الوكالة لأنها

<sup>1736</sup> يوصف هذا الحلّ العيني بأنه حلّ في محلّ التّأمين العيني حيث تعوّض فيه عين جديدة العين الأصلية ويستمرّ عليها التّأمين، وهو نادر في التّأمينات العينية عموماً وفي الرهن خاصة، خلافاً للحلّ العيني في محلّ حقّ الأفضلية المقصود من الفصل 209 م.ح.ع. المشار إليه في المتن، وهو الحلّ المعروف عملياً وفيه يعوّض محلّ التّأمين بقيمة نقدية تمارس عليها أفضلية الدائنين مباشرة دون لجوء إلى إجراءات التّفيز الجبري أو تحويل المال إلى ثمن بطريقة أخرى.

<sup>1737</sup> الفصل 14 ف 7 من قانون 1977.

<sup>1738</sup> علي كحلون، أحكام القانون العقاري، ص 422-424.

حالتها إلى المَفُوت له فيترتب عنها نفاذ قوِيّ للتفويت.

ويقود النقاش إلى نتيجة مماثلة في أولوية الوكالات العقارية.

#### ب- الملكية الجديدة في أولوية الوكالات العقارية:

**578-** لا يوجد نصّ صريح عن مآل الملكية المكتسبة من الوكالة ومدى تخلصها من الحقوق والدعاوى السابقة. ولكن التثبت في فصول قوانين 1973 و1977 و1981 يبيّن وجود ثلاث علامات على تجدد الملكية بالأولوية وهي: فكرة الانتزاع وصفة الوكالة وأهدافها.

**579-** فالأولوية تمارس بمنطق الانتزاع تصرّحاً وتلميحاً، إذ ينصّ الفصل 4 من قانون 1973<sup>1741</sup> أنّ ثمن انتقال الملكية يتحدد من المحكمة المختصة في الانتزاع وبالطريقة المعتمدة فيه، وبمثله يقضي الفصل 6 من قانون 1977<sup>1742</sup> وبمضرة الفصلان 7 من قانون 1973<sup>1743</sup> و8 من قانون 1977<sup>1744</sup>

أجل قدره ستّ سنوات<sup>1742</sup> من تاريخ التخلّي» فعدم ممارسة الأولوية لا يؤدي إلى الحرمان من الحقّ نفسه وهو الأولوية، بل يحرم الوكالة من الانتزاع، كأنّه هو الحقّ المتخلّي عنه، ممّا يفهم منه أنّ الأولوية ما هي في جوهرها إلا ممارسة مبسّطة للانتزاع، أو شكل من أشكال الانتزاع المبسّط، وأنّ الانتزاع هو حلّ أخيرييد الوكالة تلجأ إليه كلّما تعذّرت الوسائل الأخرى<sup>1743</sup>. ولا يمكن لحقّ يمارس بهذا المنطق إلا أن يكون متلبساً به، ممّا يعني أنّ الملكية تنتقل إلى الوكالة كما في الانتزاع خالصة من الدعاوى الاستحقاقية التي تتحوّل على الثمن. وكما لاحظ الأستاذ محمّد كمال شرف الدين<sup>1744</sup>، ليس للمالك الأصلي إلا أن «يذعن» لحكم القانون. ولا يبقى أمامه من نزاع يثيره إذا أراد الرجوع إلى ملكيته إلا الطعن في شرعية الانتزاع إن كان، أو طلب

الاولوية في اقتناء ارضه طبقا للفصل 1 من قانون 1973 . وما عدا ذلك فالباب مغلق امام كل منازعة استحقاقية.

أن الوكالة تعرب عن رغبتها في ممارسة الأولوية بثمن يضبط «بنفس طريقة تعيين الثمن لعمليات الانتزاع» ويذهب الفصل 7 المذكور شوطا أبعد في الإحالة على قانون الانتزاع يصل حد التشبيه: «فإنها تطلب ضبط الثمن كأنها عملية انتزاع». ويسحب الفصلان 8 من قانون 1973 و9 من قانون 1977 حكما آخر من أهم الأحكام المميزة للانتزاع وهو ربط التحوز بدفع الثمن أو تأمينه. كما أن جزاء التخلي عن الأولوية كما قرّر بالفصلين 9 من قانون 1973 و10 من قانون 1977 فيه دليل واضح على سيطرة فكرة الانتزاع على الأولوية، إذ يؤدي التخلي المذكور عن الأولوية إلى حرمان الوكالة من «حقها في اللجوء إلى انتزاع العقار في

1741 تجب الملاحظة أن قانون 1981 اکتفى في فصله الرابع بإحالة عامة على قانون 1973. لذلك فهو يتبعه في تحليل المتن وفي كل إشارة.

580- وتؤيد هذه النتيجة صفة المالك المحال إليه أي الوكالة، وهي ليست مالكا خاصا بل هي مؤسسة عمومية<sup>1746</sup> تتدخل في ميدان التعمير كالدولة والجماعات العمومية، وتستعمل الأولوية كآلية للتحكم العقاري أي لتكوين رصيد عقاري داخل دائرة التدخل لا

<sup>1742</sup> الأجل بالنسبة إلى الوكالة الفلاحية هو خمس سنوات.

<sup>1743</sup> أكدت الفقرة الأولى الجديدة من الفصل الأول من قانون الانتزاع هذا الطابع الاستثنائي للانتزاع بصفة عامة: «لا يتم انتزاع العقارات للمصلحة العمومية إلا بصورة استثنائية وبعد استيفاء كافة التدابير التوفيقية المنصوص عليها بالفصل 11 جديد من هذا القانون».

<sup>1744</sup> محمد كمال شرف الدين، وضع الملكية الخاصة في دائرة التدخل العقاري، مقال سابق، ص 218.

<sup>1745</sup> لا توجد هذه الأولوية في دوائر التدخل الفلاحي.

<sup>1746</sup> انظر الفصل الأول من قوانين 1973 و1977 و1981.

حالتها إلى المفوت له فيترتب عنها نفاذ قوي للتفويض.

ويقود النقاش إلى نتيجة مماثلة في أولوية الوكالات العقارية.

#### ب- الملكية الجديدة في أولوية الوكالات العقارية:

**578-** لا يوجد نص صريح عن مآل الملكية المكتسبة من الوكالة ومدى تخلصها من الحقوق والدعاوى السابقة. ولكن التثبت في فصول قوانين 1973 و1977 و1981 يبين وجود ثلاث علامات على تجديد الملكية بالأولوية وهي: فكرة الانتزاع وصفة الوكالة وأهدافها.

**579-** فالأولوية تمارس بمنطق الانتزاع تصرّحاً وتلميحاً، إذ ينصّ الفصل 4 من قانون 1973<sup>1741</sup> أن ثمن انتقال الملكية يتحدد من المحكمة المختصة في الانتزاع وبالطريقة المعتمدة فيه، وبمثله يقضي الفصل 6 من قانون 1977 مضافاً، الفصلان 7 من قانون 1973 و8 من قانون 1977

أجل قدره ست سنوات<sup>1742</sup> من تاريخ التخلي» فعدم ممارسة الأولوية لا يؤدي إلى الحرمان من الحق نفسه وهو الأولوية، بل يحرم الوكالة من الانتزاع، كأنه هو الحق المتخلى عنه، ممّا يفهم منه أن الأولوية ما هي في جوهرها إلا ممارسة مبسطة للانتزاع، أو شكل من أشكال الانتزاع المبسط، وأن الانتزاع هو حلّ أخير بيد الوكالة تلجأ إليه كلما تعدّرت الوسائل الأخرى<sup>1743</sup>. ولا يمكن لحق يمارس بهذا المنطق إلا أن يكون متلبساً به، ممّا يعني أن الملكية تنتقل إلى الوكالة كما في الانتزاع خالصة من الدعاوى الاستحقاقية التي تتحوّل على الثمن. وكما لاحظ الأستاذ محمّد كمال شرف الدين<sup>1744</sup>، ليس للمالك الأصلي إلا أن «يذعن» لحكم القانون. ولا يبقى أمامه من نزاع يشيره إذا أراد الرجوع إلى ملكيته إلا الطعن في شرعية الانتزاع إن كان، أو طلب

الصلح من قانون 1977. ويتبين استناداً من قانون 1973 و من قانون 1977 أن الوكالة تعرب عن رغبتها في ممارسة الأولوية بثمن يضبط «بنفس طريقة تعيين الثمن لعمليات الانتزاع» ويذهب الفصل 7 المذكور شوطاً أبعد في الإحالة على قانون الانتزاع يصل حد التشبيه: «فإنها تطلب ضبط الثمن كأنها عملية انتزاع». ويسحب الفصلان 8 من قانون 1973 و9 من قانون 1977 حكماً آخر من أهم الأحكام المميزة للانتزاع وهو ربط التحوُّز بدفع الثمن أو تأمينه. كما أن جزاء التخلّي عن الأولوية كما قرّر بالفصلين 9 من قانون 1973 و10 من قانون 1977 فيه دليل واضح على سيطرة فكرة الانتزاع على الأولوية، إذ يؤدي التخلّي المذكور عن الأولوية إلى حرمان الوكالة من «حقها في اللجوء إلى انتزاع العقار في

1741 تجب الملاحظة أن قانون 1981 اكتفى في فصله الرابع بإحالة عامة على قانون 1973. لذلك فهو يتبعه في تحليل المتن وفي كل إشارة.

الأولوية في اقتناء أرضه طبقاً للفصل 11 من قانون 1973. وما عدا ذلك فالباب مغلق أمام كل منازعة استحقاقية.

580- وتؤيد هذه النتيجة صفة المالك المحال إليه أي الوكالة، وهي ليست مالكا خاصاً بل هي مؤسسة عمومية<sup>1746</sup> تتدخل في ميدان التعمير كالدولة والجماعات العمومية، وتستعمل الأولوية كآلية للتحكم العقاري أي لتكوين رصيد عقاري داخل دائرة التدخل لا

1742 الأجل بالنسبة إلى الوكالة الفلاحية هو خمس سنوات.

1743 أكدت الفقرة الأولى الجديدة من الفصل الأول من قانون الانتزاع هذا الطابع الاستثنائي للانتزاع بصفة عامة: «لا يتم انتزاع العقارات للمصلحة العمومية إلا بصورة استثنائية وبعد استيفاء كافة التدابير التوفيقية المنصوص عليها بالفصل 11 جديد من هذا القانون».

1744 محمد كمال شرف الدين، وضع الملكية الخاصة في دائرة التدخل العقاري، مقال سابق، ص 218.

1745 لا توجد هذه الأولوية في دوائر التدخل الفلاحي.

1746 انظر الفصل الأول من قوانين 1973 و1977 و1981.



لتحتفظ به لنفسها بل لتهيئه وتحويله فيما بعد. وصفتها هذه تنأى بها عن المنازعات وألّا حادت عن أهدافها إذ هي مطالبة بتحقيق السياسة العمرانية في مجال تدخلها إن لساكن<sup>1747</sup> أو للفلاحة<sup>1748</sup> أو غيرهما... فتقوم بتهيئة الأراضي وبيعها وفق كراس شروط يحدد التزامات كل طرف ولا يمكنها التقويت في الأرض إلا لأصحاب المشاريع المصادق عليها «قصده تحقيق الأهداف المحددة بالقانون»<sup>1749</sup> ولا يمكن متابعة هذه الأهداف لو أن باب النزاع في استحقاق الوكالة يمكن أن يبقى مفتوحا. فلا بد أن ينسد هذا الباب إذن، وفي ذلك ضمان للملكية جديدة عند الوكالة تحويلها على حالتها للمفوت له فينفذ تقويته نفاذا قويا كما في الانتزاع والتنظيم العقاري.

إحداث أثر التملك (أمر الانتزاع - حجة البيع أو حكم الأولوية - المصادقة على مثال إعادة التنظيم)، ويقف النفاذ عندها. وهو مصدر للملكية جديدة لا تنقلها حقوق أو دعاوى سابقة. وهو في هذا الأثر يلتقي مع التقادم، لكنه يختلف معه في تصوّره إذ هو ناقل وفوري وشكلي والتقادم منشئ وزمني وغير شكلي.

ويدل هذا الاختلاف على تميّز معيار نفاذ التقويت في جمع سببين لا يجتمعان بالضرورة في نظرية أسباب اكتساب الملكية، لكنّ أثرهما الموحد في إكساب ملكية جديدة للمفوت يبرّر اجتماعهما في التقويت في ملك الغير ويفرضه لأنهما يزيلان كلّ خطر للاستحقاق فينفذان التقويت نفاذا قويا. وتُفرد هذه النتيجة التقادم ومفعول القانون عن

بقية أسباب اكتساب الملكية في إطار صيرورة المقتوت مالكا، وكذلك عن الإجازة، أي عن تحقق شرط الملكية لنفاذ التقيوت عموما.

**581-** وتجب الملاحظة أن مفعول هذا النفاذ زمنيا يخضع لنفس الفكرة المنطبقة في اكتساب الملكية بالخلافة، وهي أن النفاذ يتم دائما من تاريخه إزاء المالك، ومن تاريخ التقيوت بين الطرفين بالقدر الذي تستوجهه فكرة الضمان التي تتبني عليها رجعية الآثار<sup>1750</sup>.



**582-** بهذا يخلص القول في مفعول القانون أنه مصدر لنقل الملكية فوري وشكلي تحف به إجراءات وشكليات متعددة تمهد لشكلية واحدة حاسمة في

<sup>1747</sup> راجع الأمر عدد 33 لسنة 1974 المرخ في 21 جانفي 1974.

<sup>1748</sup> انظر خاصة الفصل 2 من قانون 1977.

<sup>1749</sup> الفصل 11 من قانون 1973.

<sup>1750</sup> راجع سابقا، بحث الإجازة، ف 464 وما بعدها.

### خلاصة العنوان الأول

583- يفيد البحث في نفاذ التفويت في ملك الغير أنه يتمثل في حصول أثره العيني كنتيجة لاستكمال شرط الملكية عند المفوت باعتبار التفويت تصرفاً قانونياً منقوصاً من شرط أساسي لنفاذه - وهو الملكية - فيجعله تحققها يتدارك نقصه وينتج أثره. ويتم ذلك إما بانضمام المالك إلى التفويت بإجازته، أو بصيرورة المفوت مالكا بسبب مكسب الملكية سابقة أو جديدة.

أما الإجازة فهي تصريح متلقى يصدر عن المالك تجاه المفوت له قصد إنفاذ التفويت الواقع بينه وبين المفوت. فيحل المالك بموجبها محل المفوت الذي يبقى مطلوباً بالضمان، وينفذ التفويت من تاريخه بالنسبة إلى المفوت له ومن تاريخ الإجازة بالنسبة إلى المالك وغيره.

الضمان التي يتأسس عليها التفويت في ملك الغير. فهو صحيح أصلاً، وينفذ بقدر ما يزول خطر الاستحقاق، فينتج أثره العيني ويمتنع على المفوت له الرجوع فيه ويتعدّر عليه فسخه. وهو ما يعني منطقياً أنه إذا لم يزل خطر الاستحقاق كان المفوت مطلوباً بالضمان، وأمكن للمفوت له التحلّل من التفويت لأنه يعدّ غير نافذ. فيكون ماله الزوال. وهذا هو الوجه الثاني المحتوم لمآل كل تفويت.

وأما صيرورة المصوت مالكا فنحصل من اكتسابه الملكية بأي سبب من أسباب الفصل 22 م.ح.ع. باستثناء الاستيلاء والالتصاق لعدم تلاؤمهما مع فرض تفويت في ملك الغير. وتنقسم الأسباب الأخرى المقصودة إلى نوعين أحدهما مكسب للملكية سابقة تتلقى بصفاتها عن السلف فيبقى معها خطر الاستحقاق مطلقا ويشمل العقد والميراث، وثانيهما تكتسب فيه ملكية جديدة مطهرة من عيوبها السابقة فيزول معه كل خطر للاستحقاق وينفذ به التفويت نفاذا قويا ونهائيا. ويدخل في هذا النوع التّقديم ومفعول القانون.

**584-** والملاحظ في شرطي النفاذ المذكورين أنّهما منطقيان ومنتظران في نظرية التفويت في ملك الغير. فنصّ عليهما الفصلان 576 م.ا.ع/203 م.ح.ع صراحة وهما يركّزان على أشخاص التفويت وتحديدًا على المالك فينفذان التفويت بإعطاء صفة المالك للمفوت وهو فاقدها، أو للمالك نفسه بإدخاله في التفويت. كما يلاحظ في نفاذ التفويت أنّه يقوم على استبعاد خطر الاستحقاق برّد دعوى المالك فيه. وهذا يقيم البرهان الساطع مرّة أخرى على سداد فكرة

## العنوان الثاني

### زوال التفويت في ملك الغير

585- يعني عدم نفاذ التفويت أن خطر الاستحقاق مازال قائماً، والمفوت مطلوباً بالضمان القابل للتحرير في كل لحظة، مما يبيح للمفوت له التحلل منه لأنه رباط غير متكافئ وغير مرغوب بما أنه لا يحقق مقصوده. فإذا لم يجز المالك التفويت أولم يصر المفوت مالكا، فلا مناص من زوال هذا التفويت. وزوال العقد هو انحلاله وضمحلالة بعد انعقاده صحيحاً وقبل أن يتم تنفيذه<sup>1751</sup>. ويتم هذا الانحلال بوسائل وتقنيات مختلفة كالفسخ وسقوط الحق والرجوع والنقض وغيرها... على أن أهمها إطلاقاً، بل وترد إليها عدة وسائل أخرى، تبقى هي الفسخ باعتباره أنسب جزاء ممكن يلائم صحة التفويت المبدئية بما أنه تقنية

مناسبة لإزالة عقد صحيح لم ينفذ أو لم يمكن تنميده. وهذا ما اعسّه الفصل 576 م.ا.ع. صراحة: «فإن لم يجزه المالك جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع» (الباب الأوّل). وليس هذا فحسب، إذ لا ينتظر في أساس الفصل 576 م.ا.ع. أن يقف به عند هذا الجزاء المبدئي، بل يجب أن يردفه بجزاء تكميلي يتمثل في تعويض المفقوت له عن الخسارة التي قد تلحقه جرّاء حرمانه من المبيع. وهذا ما أضافه النّص صراحة لفائدة المشتري حسن النّيّة: «وعلى البائع الخسارة إن لم يعلم المشتري وقت الشراء أنّ البائع فضولي» (الباب الثّاني).

## الباب الأول: فسخ التفويت

تمهيد: وضع المسألة:

**586-** الفسخ لغة هو النقص والتفريق<sup>1752</sup> «فَسَخَ الشَّيْءُ يَفْسُخُهُ فَسَخًا فَانْفَسَخَ: نَقَضَهُ فَانْتَقَضَ، وَتَفَسَّخَتْ الْأَقْوَابِلُ تَفَاقَضَتْ، وَالْفَسْخُ زَوَالُ الْمَفْصَلِ عَنْ مَوْضِعِهِ، وَيُقَالُ فَسَخْتَ الْبَيْعَ بَيْنَ الْبَيْعَيْنِ... فَانْفَسَخَ الْبَيْعَ... أَي نَقَضْتَهُ فَانْتَقَضَ»<sup>1753</sup>. واصطلاحاً «هو جزاء عدم تنفيذ أحد الطرفين للالتزام الناشئ عن عقد ملزم للجانبين ينحلّ بموجبه ذلك العقد ويؤول بصفة رجعية بحكم من المحكمة أو عملاً بشرط فسخي في العقد»<sup>1754</sup>. ويعتبر هذا التعريف تخصيصاً مدققاً لعموم تعريف أشمل للفسخ مؤداه أنه حلّ ارتباط العقد<sup>1755</sup> أو «انقضاء الرابطة التعاقدية لاستحالة التنفيذ أو للامتناع عنه أو للإخلال به»<sup>1756</sup>، أي هو

ذوال رجوع للعقد الصحيح (المرتفع) (1757)

الفسخ ولو في موضع واحد على الأقل. ويستروح من جملة هذه الفصول أن المجلة تستعمل الفسخ في مجالين مختلفين: تكوين العقد وتعني به البطلان النسبي<sup>1758</sup> وتنفيذه وهو مجاله الطبيعي، وفيه تقرّ للفسخ معنيين: معنى عام يدل على حلّ عقد صحيح أيًا كانت طبيعة العقد وسبب الحلّ وطريقته ونوعية الخلل المؤدي إليه: وهو يشمل الفسخ القانوني أي نظرية التبعة<sup>1759</sup> والفسخ الاتفاقي سواء بالشّرط الفسخي<sup>1760</sup> أم بالإقالة<sup>1761</sup> والفسخ الأحادي<sup>1762</sup>، كما يدلّ على انحلال العقد الصحيح مطلقاً لأي سبب من الأسباب<sup>1763</sup>. ومعنى خاصّ هو ما

<sup>1758</sup> راجع الجزء الأول من هذا البحث، باب البطلان النسبي.

<sup>1759</sup> هو فسخ بقوة القانون ويسمى أيضا انفساخا، وهو انقضاء العقد لاستحالة تنفيذه بسبب قوة القاهرة وتشير

تسميته بنظرية التبعة إلى إعفاء الدائن في العقود الملزمة للجانبين من التزاماته بسبب القوة القاهرة فتقع تبعها على المدين الذي يستحيل عليه تنفيذ التزامه لكئنه لا يستطيع إلزام معاقده فينفسخ العقد. انظر الفصل 346

587- والمتأمل في مجلة الالتزامات والعقود يلفها تعجّ بالفصول المتعلقة  
بالفسخ إذ لا تكاد تخلو مقالة (عنوان) منها ولا يكاد يغيب عن عقد ذكر

- 1752 الكشاف، باب الفاء فصل الخاء المعجمة، لفظ الفسخ، المجلد الثاني، ص 1106، - القاموس المحيط،  
فصل الفاء، باب الخاء، ج 1، ص 276.  
1753 لسان العرب، مادة فسخ، ج 5، ص 128.  
1754 محمد الزين، العقد، ف 393، ص 317.  
1755 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 9 (المستدرک) ص 249.  
1756 حسن علي الدتوني، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة  
دكتوراه من جامعة فؤاد الأول (القاهرة) 1946، طبع مطبعة نهضة مصر، ص 24.  
1757 مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 735، ص 423.

- Jean DEPRez, Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français, Rapport aux travaux de l'Association Henri Capitant sur les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles, journées d'Istanbul, 20-23 mai 1964, Tome XVII, pp. 28 et s., sp. p. 47.

م.أ.ع. وهو أحد فصول باب في القضاء الالتزامات عنوانه في عدم إمكان الوفاء بالعقد. وراجع في الفسخ  
خصوصاً: - محمد الزين، العقد، ف 402، ص 325-326. - كاريونيني، الالتزامات، ف 191، ص 333  
وما يليها. - محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ، البطلان والانعدام في  
ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1988، ص 33 وما يليها. - حسن علي الدتوني،  
النظرية العامة للفسخ، ص 242 وما يليها.  
1760 انظر مثلاً الفصلين 274 و 680 م.أ.ع.

1761 الإقالة هي التراضي على حلّ العقد بعد إبرامه وتسمى أيضاً الفسخ الرضائي ويقابله التفاسخ، وقد نظمها  
المجلة في الفصل 414 وما بعده، ومن تطبيقاتها مثلاً الفصول 976 و 977 و 978 م.أ.ع. انظر فيها: المصري  
وعابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ... مرجع سابق، ص 41.  
- Imed ARIBI, Regards sur «Al iqala» ou le mutuu dissensus, R.T.D. 1999, pp. 21  
et s.

1762 هو حلّ العقد من جانب واحد في الأحوال الجائزة قانوناً كالجوع في القراض (الفصلين 1220 و 1221  
م.أ.ع.) وعزل الوكيل أو انعزاله (الفصل 1171 م.أ.ع.)، ويسمى أيضاً الإلغاء: انظر فيه: محمد الزين، العقد،  
ف 326 وما بعدها ص 262 وما يليها. - المستهوري، الوسيط، ج 1، ف 460، ص 691.

1763 كانتهاء مدة العقد (الفصل 793 م.أ.ع. في الكراء) أو وفاة العاقد (الفصول 803 في الكراء و 851 في  
الإجارة على الخدمة و 1167 في الوكالة و 1220 في القراض و 1394 في المزارعة (شركة الخماس) و 1414  
في المساقاة) أو إفلاسه (الفصل 802 في الكراء) أو إتمام المقصود من العقد (الفصل 1120) أو انتقال  
ملكية المأجور (الفصل 798) واستحقاق المكري (الفصل 801) أو غيرها... وانظر خاصة الفصل 1168



له طلب الفسخ رأسا بمجرد كون الشيء مملوكا للغير أم عليه أولا أن يفصح الموفوت على الوفاء؟ وهل يتلاءم حكمه في ذلك مع الفصل 273 م.أ.ع. أم يشد عنه؟ إن في هذا السؤال مفتاح نظرية فسخ التقويت في ملك الغير لأنه بالجواب عنه يتبين نظامه فإن كان بالإيجاب فهو يخضع للنظرية العامة وتكفي الإحالة عليها وإن كان بالنفي فمعناه أن له نظاما خاصا يستقل عن تلك النظرية. ويبين تحقيق الجواب المطلوب أن العلاقة بين التقويت في ملك الغير والنظرية العامة للفسخ قائمة بوجهيها: فالنظرية العامة توفر لفسخ التقويت تصوّره (القسم الأول) الذي تندرج فيه خصوصياته (القسم الثاني).

### القسم الأول: تصوّر فسخ التقويت

590- يبيّن عرض التصوّر العام للفسخ القضائي (الفرع الأول) تلاؤم التقويت في ملك الغير معه (الفرع الثاني).

من 268 إلى 281 ومن بينها طبعا الفصل 273 م.أ.ع. وي طرح وجود هذا الفصل في باب المماثلة ووجودها هي فيه سؤالا عن العلاقة بينهما: هل هي علاقة تجاذب أم تضاد؟ التجاذب يجعل المماثلة فرضا للفسخ أم التضاد بافتراض غيابها عنه؟ ويتعبير أدق: هل يجوز الفسخ أثناء المماثلة باعتباره جزاء لعدم التنفيذ وهي عدم تنفيذ وقتي، أم يقضى عنها ليبقى خاصا بعدم التنفيذ النهائي المسمى باستحالة التنفيذ؟

إن هذه العلاقة هي محور النظرية العامة للفسخ والسؤال المتمخض عنها هو لب المسألة فيها. وليس المقام للخوض فيها بقدر ما هو للتذكير بالحل العام المستمد من الفصل 273 م.أ.ع. انطلاقا من النص نفسه وشروح الفقه. وهي في هذا المجال ضافية وواضحة خصوصا أنها تستند إلى فقه قضاء غزير في الغرض. ويقوم هذا الحل على تناف أصلي ومبدئي بين الفسخ وإمكانية التنفيذ. وبالتالي

591- يفهم من الفصل 273 م.ا.ع. المخصّص للفسخ القضائي أنّه جزء تستوجبه استحالة تنفيذ الالتزام، لا مجرد عدمه، والذي يكون ناتجا عن تأخير عن أجل الوفاء، لا يتعارض مع إمكانية تنفيذه لاحقا، وهو ما يعرف بالمماطلة. ويعرفها الأستاذ محمد المنصف الشافعي بأنها «عدم تنفيذ للالتزام في الأجل مع إمكانية التنفيذ لاحقا»<sup>1767</sup> وفي موضع آخر «عدم تنفيذ وقتي... بمعنى أنّ الالتزام لم ينفذ في الأجل ولكنه قابل للتنفيذ لاحق»<sup>1768</sup>. وهي منظّمة بمجلة الالتزامات والعقود في قسم خاصّ بها بعنوان «مطل المدين»<sup>1769</sup> يتضمّن الفصول

<sup>1767</sup> محمد المنصف الشافعي، ماطلة المدين في تنفيذ العقد في القانوني المدني، أطروحة سابقة، ص 14.

<sup>1768</sup> محمد المنصف الشافعي، ماطلة المدين...، أطروحة سابقة، ص 147 وص 174.

<sup>1769</sup> هو القسم الأول من الباب الثالث (في عدم الوفاء بالالتزامات وما يترتب على ذلك) من العنوان الخامس (فيما يترتب على الالتزامات) من الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود.

فالفسخ جزء يفترض غياب المماطلة (الفقرة الأولى) ولا يدخل في مجالها لا أصليا ولا اختياريًا مع التنفيذ العيني لأنه يرتبط باستحالة التنفيذ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الفسخ يفترض غياب المماطلة

592- يؤخذ من الفصل 273 م.ا.ع. وتحديدًا من فقرته الأولى -لأنّها الفقرة المبدئية- أنّ التأخّر عن الوفاء مع بقاءه ممكنا يخوّل للدائن غصب المدين على الوفاء، وإلاّ فله الفسخ. أي أنّ المماطلة وهي التأخّر عن الوفاء بعد حلول الأجل مع بقاء تنفيذ الالتزام ممكنا، تمكّن الدائن من غصب المدين على الوفاء أي إجباره بحكم المحكمة على تنفيذ ما التزمه وهو ما يعرف بالتنفيذ العيني، وإلاّ -أي وإن لم يكن التنفيذ ممكنا بمعنى أنّه أصبح مستحيلا- فله طلب الفسخ<sup>1770</sup>. ويفهم من هذا التفكيك اللغوي للنص أنّ مفاتيح المسألة فيه أربعة:

<sup>1770</sup> محمد المنصف الشافعي، ماطلة المدين...، أطروحة سابقة، ص 182-184. -نذير بن عمّو، قراءة في تحوّل قضائي، فلسفة جديدة للفسخ على معنى الفصل 273 م.ا.ع. تعليق على قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة

مماثلة وغصب واستحالة وفسخ، وأنّ مفّاح العلاقة بينهما يكمن في حريّة «والأ» اللذين يربطانها اثنيّ بحيث يكوّنان منها قاعدتين مستقلّتين انطلافاً من تغيّر طبيعة الأضلاع نفسها التي فيها جزءان هما الغصب والفسخ فلا بدّ أن يقابلهما فرضان، وقد بقيت المماثلة والاستحالة. فتشكّلت بذلك مادّة لقاعدتين قانونيتين بفرض وحلّ لكلّ منهما، دون تداخل بينهما بحيث يستقلّ كلّ فرض بحلّه، كلّ شرط بجزائه تبعاً لترتيبهما في صياغة النّص وموقع المفّاح «والأ» منهما، فتكون المماثلة للغصب والاستحالة للفسخ.

593- وآية هذا التحليل أنّ حرف «الأ» هو حرف جزاء بمعنى «إن لا»<sup>1771</sup> أي هو حرف شرط منفيّ ناتج عن إدغام «إن» وهي أمّ باب الشرط في العربيّة، و«لا» التّأفية<sup>1772</sup>. وقد جاء في جملة الفصل 273 م.أ.ع. مسبوفاً بحرف «الواو»: «والأ» ممّا يدلّ على أنّه ليس حرف الاستثناء المعروف والذي لا يسبق بالعطف إلاّ إذا

إمكانية الوفاء، فإنّ عكسه هو أن يتأخّر المدين عن الوفاء<sup>1774</sup> مع انعدام إمكانية الوفاء. وبهذا تتضح عناصر الجملة كاملة وهي: «إذا تأخّر المدين عن الوفاء وكان الوفاء غير ممكن فسخ الالتزام». ولما كانت هذه القاعدة معاكسة لتّي قبلها، تبين أنّ القاعدة السّابقة مفادها أنّ المماثلة تؤدّي إلى الغصب على الوفاء أي إلى التّشفيذ العيني ولا تؤوّل إلى الفسخ لأنّ حريّة «والأ» ينهيان جملتها ويبدآن جملة جديدة تقوم أصلاً على اشتراط غيابها<sup>1775</sup>. فيحصل أنّه لا فسخ مع المماثلة ولا غصب مع الاستحالة. ومن هنا تتألف القاعدتين واستقلالهما. وبهما يتضح عمل حريّة «والأ» في الفصل 273 م.أ.ع. وكيف أنّهما مفّاح بنائهما اللّغوي وتركيبه المنطقي بما حاصله أنّ مماثلة المدين تؤدّي إلى غصبه على الوفاء أي إلى التّشفيذ العيني إن كان ممكناً، وأنّ استحالة التّشفيذ تؤوّل إلى فسخ الالتزام.

594- ويؤيد الأستاذ محمد المنصف الشافعي هذا التحليل اللغوي للفصل 273 م.ع.سواء في تحريره العربي أم الفرنسي<sup>1776</sup> ملاحظا التلازم المنطقي بين المماثلة

<sup>1774</sup> إن عنصر التأخر عن الوفاء قارَ في الفرضين ولا يفترض عكسه لأن ذلك معناه أن الدائن سيطلب الفسخ حتى قبل حلول الأجل، وهذا غير وارد أصلا لأن أدنى درجات عدم التّفيذ هي المماثلة وهي تبدأ مع الأجل لا قبله. انظر، محمد المنصف الشافعي، مماثلة المدين... ❖ ص 183.

<sup>1775</sup> يؤكد غياب المماثلة أن «إلا» التي في الفصل 273 م.ع. هي إلا الشرطية لا الاستثنائية. وعلى فرض أنها التي للاستثناء فالمعنى لا يتغير لأنها استعملت في استثناء مفرغ ينقصه أحد عناصره وهو المستثنى منه هنا، فلا يفيد الاستثناء حقيقة بل التوكيد، (أحمد قبّش، الكامل... ص 151) أي توكيد أنه عند عدم المماثلة فلا غضب. ويجوز حمله على الاستثناء المنقطع الذي لا يكون بعضا ممّا قبله وهو ليس للاستثناء أيضا، بل للاستدراك (أحمد قبّش، الكامل... ص 151. - ابن عقيل، شرح على ألفية ابن مالك، ج 2، ص 599)، وفيه لا يتغير المعنى لأنه سيفهم كما يلي: إذا تأخر المدين وكان الوفاء ممكنا فإلغى، لكن إذا تأخر ولم يكن الوفاء ممكنا فالفسخ. وفي الحالتين المعنى واحد وهو أن لا فسخ مع المماثلة.

<sup>1776</sup> محمد المنصف الشافعي، مماثلة المدين... ❖ ص 182. وتقابل حرفي «و-إلا» بالفرنسية عبارة «à défaut».

تكرّر<sup>1773</sup> بل هو حرف الشرط المنفي. وكونه كذلك يعني أنه يعلن عن جواب لشرط منفيّ قبله، أي أنه يضع من شرط الجزاء الذي يتصدره نفي الفرض الذي قبله، فيكون «فسخ الالتزام» الذي يليه جزاء لشرط يتمثل في فرض معكوس للفرض الذي سبقه، ولما كان الفرض السابق هو تأخر المدين عن الوفاء مع

التعقيب عدد 35350 المؤرخ في 29 فيفري 1996، م.ق.ت. 1996، ص 273 وما يليها، انظر خاصة ف 15، ص 282 - محمد الصالح العياري، مجلة الالتزامات والعقود في ضوء متغيرات العصر ومستجداته الحضريّة، مطبعة فنّ الطباعة، تونس، الطبعة الأولى، 1997، ص 316-317.

<sup>1771</sup> لسان العرب، ج 1، ص 90.

<sup>1772</sup> انظر كتاب النحو العربي من خلال النصوص (الجزء الثالث، نحو الجمل) لتلامذة السنة الثالثة من التعليم الثانوي، تأليف مجموعة من الأساتذة (عبد الوهاب بكير، عبد القادر المهيري، التهامي نفسرة، عبد الله بن عليّة). الشركة التونسية للتوزيع، تونس، 1983، ص 157.

<sup>1773</sup> أحمد قبّش، الكامل في النحو والصرف والإعراب، مرجع سابق، ص 152. - ابن عقيل، شرح على ألفية ابن مالك، ج 2، ص 604 وما يليها.

والتفويض العيني<sup>1777</sup> بدليل القوانين الجرمانية التي تؤثر واضعو مجلة الالتزامات والعقود بنهجها العام في الفصل 273 م.ع.<sup>1778</sup> وكذلك القوانين الاشتراكية سابقا<sup>1779</sup> حيث لا يمكن لنظام قانوني يقبل التفويض العيني كمبدأ ألا يقبل المماثلة كحالة عدم تنفيذ وانتظار للتفويض في آن واحد لأنها تقوم على إمكانية الوفاء بالالتزام لاحقا لأن التفويض العيني يفترض وجود التزام لم ينفذ ويمكن تنفيذه وهذه هي المماثلة. أما الفسخ فلا يتلائم معها لأن مناطه هو استحالة التنفيذ والمماثلة تفترض دائما أن الوفاء ممكن. وبما أن المشرع التونسي كرس مماثلة المدين في النظرية العامة للالتزامات واعتبرها مفهوما قائما بذاته له شروطه وجزاءاته وعناصره، وأن معياره الأساسي هو إمكانية الوفاء فلا يمكن بعد ذلك أن يخرج عن هذا المنطق ويسمح بإعدام العقد وهو بعد قابل للتفويض وعليه وتماشيا مع الحتمية المنطقية المشار إليها فلا يمكن أن يكون الفسخ من جنس التفويض المماثل، لا إعمالا له إلا في حالات معينة من الالتزامات<sup>273</sup>

الدائن مجالا للفسخ مع الإمكانية والحال أنه يقصدها، مما يدل على ارتباط الفسخ دوما باستحالة التنفيذ وعلى منع أن يكون خيارا للدائن. ولذلك فمن يقول بجعل الفسخ خيارا بيد الدائن لا يربطه بالاستحالة ومن ينفي الخيار يقر ضرورة الاستحالة. ويبين عرض الحل التشريعي أنه ينفي الخيار (أ) وهذا موقف جدير بالتأكيد خاصة بعد صدور قرار عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب حاول التشكيك فيه (ب).

#### أ- عرض الحل التشريعي:

596- يفهم من الفصل 273 م.ع. أن الفسخ ليس خيارا للدائن<sup>1780</sup> وإنما هو جزء يرتبه القانون على استحالة الوفاء<sup>1781</sup>. وفي هذا تكريس لمسحة موضوعية على الالتزام تختلف عن الاتجاه الذاتي<sup>1782</sup> الذي يتزعمه القانون الفرنسي خصوصا<sup>1783</sup> من خلال الفصل 1184 من المجلة المدنية والذي يمنح للدائن خيارا

جرائم المحاماة، بل لا يجب إثبات إهمال في عيبتها، وهو ما يساهم من نص الفصل 275 م.ع. بكل وضوح كما تقدم. وأهم نتيجة تترتب عن هذا التصور هي استبعاد ربط الفسخ بموقف الدائن وجعله متوقفاً على اختياره. وهو ما يعني أن الفسخ لا يترتب إلا عن استحالة التنفيذ.

### الفقرة الثانية: الفسخ يرتبط باستحالة التنفيذ

595- إن التناقض المبدئي بين الفسخ وإمكانية التنفيذ يفضي إلى خروجه عن مجال المماثلة سواء بصورة أصلية أم بصورة اختيارية، لأنه منطقياً إذا وجدت الإمكانية ووجب التنفيذ العيني تعدد الخيار بينه وبين الفسخ لأن في تخيير

1777 محمد المنصف الشافعي، مماثلة المدين...، ص 99 وما يليها وص 106 وما يليها.

1778 محمد المنصف الشافعي، مماثلة المدين...، ص 6 إلى ص 9 - محمد الزين، العقد، ف 398،

ص 320 - 321. - نشيتش، دعوى الفسخ في العقود، أطروحة سابقة، ص 19 وما يليها.

1779 محمد المنصف الشافعي، مماثلة المدين...، ص 100 وما يليها.

1780 محمد الصالح العياري، مجلة الالتزامات والعقود... مرجع سابق، ص 316.

1781 يلتقي القانون التونسي هنا مع القوانين الألمانية المعروفة بطابعها الموضوعي كالقانون الألماني الذي يميز بوضوح بين نوعين من عدم التنفيذ: المماثلة ويسمى «التأخير» (الفصل 284) والاستحالة اللاحقة وهي المفهوم المركزي في تصوره لعدم التنفيذ (الفصل 280). ويجعل الجزاء الأصلي هو التعويض: (انظر الفصول 275 إلى 290 و320 إلى 327 في العقود الملزمة للجانبين). وينظمه خصوصاً في الاستحالة ويمنع الجمع بينه وبين الفسخ ولذلك تجده يختار الدائن بينهما. لكنه يشدد على أن هذا الخيار محدود إذ لا مجال له عند إمكانية التنفيذ العيني ولا شأن له بالمماثلة إلا إذا ضرب الدائن للمدين أجلاً جديداً ولم ينفذ بعده. لكن عندئذ ندخل مجال الاستحالة من جديد! انظر لمزيد التفصيل: فريدريك فراند، القانون الألماني الخاص، مرجع سابق، ف 322 وما بعدها وخاصة ف 327 وف 330، ص 333 وما يليها. - ميشال بيدامون، العقد في القانون الألماني، ص 154. وانظر أيضاً:

- Léontin-Jean CONSTANTINESCO, Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (Droits Français, Allemand, anglais). Publications de l'Institut de droit européen de l'Université de la Sarre, Volume n° 5, Stuttgart, éd. W. Kohlhammer Verlag-Bruxelles, Librairie encyclopédique, 1960, n° 22 et s., pp. 49 et s. et spéc. n° 48, pp. 86-87.

1782 محمد الزين، العقد، ف 398، ص 321.

1783 وكذلك القانون المصري، انظر خاصة: حسن علي الدنون، النظرية العامة للفسخ، ص 225 وما يليها.

واضحاً بين أن يطلب التنفيذ العيني أو الفسخ. ويقرّ الفقه نتيجة لذلك بالطابع الاختياري للفسخ في القانون الفرنسي سواء بالنسبة إلى الدائن أم بالنسبة إلى المحكّمة التي تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة للحكم بالفسخ أو بالتنفيذ العيني وللتحقّق من جدية عدم التنفيذ وخطورته بقطع النظر مبدئياً عن استحالة التنفيذ من عدمها. فلها أن تحكم بالفسخ والتنفيذ ممكن أو أن تقضي به بعد ثبوت الاستحالة. كما لها أن تمهل المدين ريثما ينفذ التزامه أو أن تحكم بتعويض مالي عوض الفسخ إلخ...<sup>1784</sup>

**597-** ما يلاحظ خصوصاً في كلّ هذا أنّ المماثلة ليست مفهوماً محورياً قائماً في القانون الفرنسي الذي يركّز على مفهوم الإعذار<sup>1785</sup> عوضاً عن المماثلة نفسها ويعتبرها حالة من حالات عدم التنفيذ وتتشأ بمبادرة من الدائن بموجب إعذاره للمدين<sup>1786</sup> وبالتالي كان بيده خيار بين أن يطلب الفسخ أو

حيث المبدأ<sup>1787</sup>.

**598-** وحتىّ الفقرة الثانية من الفصل 273 م.أ.ع. التي تبيح الخيار للدائن بين الفسخ والغصب في حالة عدم التنفيذ الجزئي استثناء من الفقرة الأولى<sup>1788</sup> فيمكن أن لا نرى فيها خياراً هي الأخرى بل هي صورة خاصة لاستحالة التنفيذ ولتقديرها. وبيانه أنّ هذه الفقرة تبدأ هكذا: «فإن كان الوفاء لا يتيسّر إلاّ في البعض» ممّا يعني وجود فرضين ممكنين: إمّا أنّ المدين وفّى ببعض الالتزام ولم يف بالباقي، أو أنّه لم يوف بشيء بعد وتبيّن أنّه لن يفي إلاّ ببعض الالتزام. في الصّورة الأولى لو طبّق مبدأ الغصب لآل إلى غصب الدائن أيضاً لأنّه سيجبر على قبول الوفاء أفساطاً خلافاً لنصّ الفصل 255 م.أ.ع.<sup>1789</sup> ويبيح للدائن رفض الوفاء في الكلّ إلاّ إذا قبل. وعلى هذا فتقدير الاستحالة هنا لا يمكن أن يتمّ بمعزل عن موقف الدائن لأنّ القاعدة الأصلية في الوفاء الجزئي أنّه قائم على اختيار

التّشفيذ العيني. ومن هنا يمكن أن نستنتج ثنائياً منطقيّة أخرى في اختلاف الفسخ والمماطلة عن خيار الدّائن. فإذا كان للدّائن خيار بين الفسخ والغصب فمعنى هذا أن لا مماطلة ولا فائدة فيها وأنّ الفسخ ليس مرتبطاً باستحالة التّشفيذ وليس من الضّروريّ أن تغيب فيه المماطلة، وإن انعدم هذا الخيار كان للمماطلة كامل معناها وللتّشفيذ العيني وجاهته وتعدّر الفسخ أثناءها. وبالرجوع إلى الفصل 273 م.أ.ع. يتّضح أن لا خيار للدّائن بل هناك ترتيب في مراحل التّشفيذ أو بالأحرى تدرّج في عدم التّشفيذ: إن كان وقتياً فالغصب، وإن كان نهائياً فالفسخ. أي أنّ الفسخ والمماطلة في منطلق القانون التّونسي مفهومان متضادّان من

1784 راجع بمزيد التفصيل: ملازو وشاباس، الالتزامات، ف 1087 وما بعدها، ص 1149. - مارتى ورينو، الالتزامات، ف 296 وما بعدها، ص 262 وما يليها. - كاربونيني، الالتزامات، ف 185 وما بعدها، ص 325 وما يليها. - مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 735 وما بعدها، ص 429.

1785 *La mise en demeure.*

1786 محمد المنصف الشّاطفي، ماطلة المدين...، ص 4-5.

1787 اعرب الأستاذ عماد العربي عن تردّد في قبول هذه النّتيجة مستدلاً بالقانون الألماني الذي يقبل الخيار في المماطلة وبأطروحة الأستاذ كنستانتينسكو المشار إليها.  
- Imed ARIBI , L'article 273 C.O.C. et l'option entre l'action en exécution et l'action en résolution. A.J.T., n° 12, 1998, pp. 137-162, spéc. n°2, pp. 139-140 et les notes 15 et 16.

والحقّ أنّ الدّليلين مردودان لأنّ خيار القانون الألماني لا يجب عزله عن إطاره وهو استحالة التّشفيذ النّاتجة عن عدم التّشفيذ بعد الإهمال الثّاني المترتّب عن المماطلة، وكذلك لأنّه يتمّ بين الفسخ والتّعويض لا بين الفسخ والتّشفيذ العيني وكذلك أيضاً لأنّ الفصل 326 من المجلّة المدنيّة الألمانيّة الذي يمنحه صريح في إقصاء التّشفيذ العيني فعن أيّ خيار نتحدّث إذا؟ أمّا الأستاذ كنستانتينسكو فهو الذي يؤكّد بتكرار العبارة أنّ الفسخ لا وجه له عند إمكانيّة التّشفيذ، أي أنّ الخيار المشار إليه لا يهّم التّشفيذ العيني إطلاقاً، بل يفرضه منطلق القانون الألماني الذي يمنع الجمع بين الفسخ والتّعويض لأنّ الفسخ ينهي العقد والتّعويض يفترض بقاءه، وهما متناقضان! (عدم التّشفيذ والخطأ التّعاقدي، أطروحة سابقة، ص 87 خاصّة). وانظر أيضاً: ميشال بيدامون، العقد في القانون الألماني، ص 143.

1788 هذا استثناء يؤكّد المبدأ: نذير بن عمّو، تعليق سابق، ص 284.

1789 ينصّ الفصل 255 م.أ.ع. على ما يلي: «ليس على الدّائن قبول الأداء أقساطاً إذا كان المدين واحداً ولو كان دينه قابلاً للقسمة إلا إذا وقع الاتّفاق على ذلك أو كان الأداء بكمبيالات».



الدائن<sup>1790</sup>. فالخيار في الفصل 273 م.ا.ع. ليس خياراً أصلياً بين الفسخ والغصب بقدر ما هو انعكاس لتخيير الدائن في قبول تقسيط الوفاء. وأمّا في الصورة الثانية فالأمر أوضح لأنه عند حلول الأجل يعتبر المدين مماتلاً في الكل<sup>1791</sup> وعند جبره على الوفاء يتبين أنه لن يمكنه إلا أداء بعض الالتزام، أي أنه لن يرضي الدائن في جميع الأحوال لأن الأداء المطلوب هو أداء كل الالتزام، وهو ما يعني أن الاستحالة المحققة جزئياً يمكن اعتبارها كلية بحسب موقف الدائن فلا مناص من تخييره وهو الأدرى بمصلحته في هذا الوضع الخاص، فإن قبل بقيت الاستحالة الجزئية وتعدّر الفسخ في الكل<sup>1792</sup> وإن رفض انقلبت الاستحالة كلية ولا جزء لها إلا الفسخ.

هكذا يتبين أنه حتى عند عدم التنفيذ الجزئي فالفسخ مرتبط دائماً بالاستحالة والمماثلة قرينة الغصب على الوفاء. وحتى على فرض قبول الخيار في

بائعين لقطعتي أرض مسجلتين بالمرسى اتفقوا مع المشتري، بلدية المكان على تتجيم الثمن قسطين يدفع أولهما في بداية سنة 1969 وثانيهما في نهايتها. فدفعت البلدية القسط الأول وامتنعت عن الثاني، إلى أن قام البائعون بعد أكثر من عشر سنوات (سنة 1981) طالبين فسخ البيع على أساس الفصل 273 م.ا.ع. وبعد أن صدّهم حكّام الأصل بمن فيهم محكمة الإحالة لأن هذا النص لا يخيّرهم في الفسخ بل يفرض عليهم البدء بغصب المدين، لقوا تأييد محكمة التعقيب أولاً سنة 1991<sup>1794</sup> وثانياً بقرار الدوائر المجتمعة هذا الذي تصدّى له الأستاذ نذير بن عمّو بتعليق جدير بالتثويه عرض لكلّ ما جاء في القرار مما يستوجب التنفيذ (1) والتأييد معاً (2).

#### 1- التفنيذ:

600- تعلق التنفيذ بما جاء في القرار من أن للدائن الخيار بين الفسخ

هذه الصورة، فإن المبدأ ثابت في ربط الفسخ باستحالة التنفيذ.

لكن محكمة التعقيب حاولت التشكيك فيه.

#### ب- تأكيد الحل التشريعي:

599- في 29 فيفري 1996 صدر عن محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة

قرار تحت عدد 35350 قالت فيه بخيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ العيني ولم تعتبر الفسخ مشروطا باستحالة الوفاء وغياب المماطلة<sup>1793</sup>. وذلك في قضية بين

1790 ولذلك نقول إنه في صورة وجود اتفاق سابق على قبول الوفاء الجزئي، فإن الفقرة الأولى من الفصل 273 م.ع. هي المنطبقة لا الفقرة الثانية.

1791 محمد المنصف الشافعي، مماطلة المدين...، ص 78.

1792 لكنّه يجري في الجزء لأن الاستحالة الجزئية يقابلها فسخ جزئي. وبهذا يكون الفسخ دائما مرتبطا باستحالة الوفاء ولو جزئيا

1793 ق.د.م. 1995-1996، ص 32. - ومقت. 1996، ص 267 مع تعليق الأستاذ ابن عمّو المشار إليه. ومن غريب الصدف في هذا القرار أن يصدر في يوم سنة كبيسة وأن ينشر تعليق الأستاذ ابن عمّو عليه بصفحة... 273

والغصب على الوفاء يختار أيهما شاء وله أن يبدأ بالفسخ دون التنفيذ العيني، لكنّه لا يطلب التنفيذ العيني إلا إذا كان ممكنا<sup>1795</sup>. وهذا مخالف لصريح الفصل 273 م.ع. كما تقدّم شرحه ولما استقرّ عليه الرأى فقها وقضاء<sup>1796</sup> قبل

1794 قرار تعقيبي عدد 2134 مؤرخ في 26 مارس 1991، ن 91، 227.

1795 ممّا جاء في هذا القرار نذكر بالخصوص ما يلي: «وحيث أنّ الرأى القائل بأن طلب الفسخ موقوف على تعذر الوفاء لا سند له من القانون وتفسير غير سليم لأحكام الفصل 273 م.ع. الذي جاء صريحا في كون طلب الغصب هو حقّ للدائن موقوف على شرط الإمكانية المادية والقانونية إذ جاء به «للدائن الحق...» ولم يجعل ممارسة حقّ الغصب شرطا لطلب الفسخ... وحيث أنّ إرادة المشرّع واضحة في حماية الدائن الذي يتعرّض لمماطلة مدينه... وقد مكّنه من وسائل متعدّدة لتلك الحماية... وخوّله حقّ طلب الفسخ إن كانت مصلحته تقتضيه لكن تحت رقابة المحكمة ولم يفرض القانون ترتيبا حتميا لممارسة تلك الحقوق وحيث أنّ منع الدائن من طلب فسخ العقد رغم مماطلة معاقده والزامه بأن يلجأ للقضاء أو لا ليخوض تجربة إجبار معاقده على الوفاء... واعتبار القيام بطلب الفسخ موقوفا على مجرد طلب الوفاء أو القيام بدعوى الوفاء أو على اشتراط الفسخ مخالف لأحكام الفصل 273 م.ع....».

1796 إن فقه القضاء السابق غزير في هذا المعنى: انظره في مواضع مختلفة من أطروحة الأستاذ الشافعي وكذلك خاصة في الهامشين 97-1 و98 من ص 320 من كتاب العقد للأستاذ محمد الزين، وأضف: - في الكراء:

هذا القرار (ومنه خاصة قراران للدوائر المجتمعة)<sup>1797</sup> وبعده<sup>1798</sup> وذلك رغم بعض القرارات المخالفة<sup>1799</sup>. وقد أبرز الأستاذ ابن عمّو مواطن الخلل التأويلية والأصلية في القرار ونبه إلى المخاطر التي تقود إليها هذه القراءة الجديدة. وبناء عليه فإنّ التزام النص وروح التشريع والمقاصد العامة لمادة العقود والمنحى الموضوعي العام المميّز لقانون الالتزامات تفرض كلّها حصصه القول في الفصل 273 م.ا.ع. أنّه يشترط فسخ العقد باستحالة التنفيذ العيني المسمّى بالغصب على الوفاء أي أنّ الحكم بفسخ العقد لا يتمّ إلاّ بعد تعدّر التنفيذ العيني.

601- ولا يفهم من هذا المبدأ أنّ الدائن لا يمكنه القيام بالفسخ إلاّ بعد القيام في التنفيذ العيني وثبوت استحالته. فهذا فهم قاصر وسقيم لنصّ القانون

قرار تعقيبي عدد 8551 مؤرّخ في 27 جويلية 1972، ن 72، 47 - في الوكالة: قرار تعقيبي عدد 4252

مؤرّخ في 17 نوفمبر 1981، ق.ت. حولية 1982، ص 102. - في عهد البعث: قرار تعقيبي عدد 6644 مؤرّخ

وروحه. وإن كانت بعض الأحكام أو القرارات قالته أو فهمته أو أوجت به مثلما ذهبت إليه محكمة التعقيب في حديثها عن «تجربة الوفاء» فهي مردودة حتماً لأنّه لو كان الأمر كذلك فعلاً لكان من الواجب أن ترفض الدّعوى المرفوعة مباشرة في الفسخ شكلاً لعدم القبول<sup>1800</sup> وهذا لم يقل به ولا يخطر ببال أحد. لذلك فإنّ أقصى ما طلبه الأستاذ عماد العريبي الذي أيّد قرار الدوائر المجتمعة في اكتشافه لحقّ الخيار أنّ هذا الخيار هو خيار إجرائي لا أصلي<sup>1801</sup> من نتيجته أنّ للدائن أن يرفع دعواه في الفسخ أولاً ولو لم يسبق له رفع دعوى في الغصب على الوفاء. وهذه حقيقة مفروغ منها ولا تحتاج عناء خاصاً للانتصار لها، فضلاً عن أنّه لا ينتظر وجودها في الفصل 273 م.ا.ع. لأنّه ليس نصّاً إجرائياً بل هو نصّ موضوعي. وبالتالي ففي الأصل لا خيار للدائن على معنى أنّه يحكم له بالفسخ حال أنّ التنفيذ ممكن<sup>1802</sup>. ويجدر تأييد هذا الاستنتاج بالاعتبار بموقف الفقه

وفقه القضاء في الدول التي نمر نشاريعها الحيار كفرنسا حيث يحيط المفهاء  
الفسخ القضائي بهالة من الشّروط أهمّها أن يكون عدم التّفيز خطيرا ومبررا  
للفسخ ويستعمل القضاء سلطته الواسعة لا ليحكم بالفسخ بناء على طلب الدائن  
بل ليخلق كلّ الظروف الممكنة لتغليب التّفيز العيني<sup>1803</sup> وجعل الفسخ جزاء

<sup>1800</sup> يسمّى عدم القبول بالفرنسيّة: *l'irrecevabilité* وللمدعى عليه (المدين في مثالنا) أن يثيره بواسطة دفع  
بعدم القبول (*fin de non-recevoir*)، انظر:

**Roger PERROT**, *Institutions judiciaires, Paris, Montchrestien-Beyrouth, Delta*,  
7ème éd., 1996, n° 544-545 et 549, pp. 491 et 495.

<sup>1801</sup> عماد العربي، الفصل 273 م.إ.ع. وخيار الدائن...، مقال سابق، ف 9 وما بعدها وف 31-32،  
ص 144 وما يليها وص 161.

<sup>1802</sup> وهذا ما لا ينكره الأستاذ العربي أيضا: عماد العربي، الفصل 273 م.إ.ع. وخيار الدائن...، مقال  
سابق، ف 4-11-31-ص 141 و146 و161.

<sup>1803</sup> مارتى ورينو، الالتزامات، ف 300، ص 265 - مازو وشاباس، الالتزامات، ف 1098، ص 1159 -  
مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 740، ص 432 - كاربوني، الالتزامات، ف 187، ص 327 وف 190  
ص 332 (التطبيق القضائي). - جان دبراز، التقرير الفرنسي لأعمال جمعية هنري كاييتان حول جزاءات

في 25 جانفي 1982، ق.ت. جويلية 1983، ص 86. - قرار تعقيبي عدد 5711 مؤرخ في 10 مارس 1982.  
ن 82، II، 400. - في ثمن البيع: قرار تعقيبي عدد 4704 مؤرخ في 8 جوان 1982، ق.ت. أكتوبر 1983،  
ص 99. - قرار تعقيبي عدد 26716 مؤرخ في 31 جانفي 1991، م.ق.ت. 1991، ص 145. - قرار تعقيبي  
عدد 32157 مؤرخ في 23 مارس 1993، ن 93. 334. - قرار تعقيبي عدد 11062 مؤرخ في 24 أفريل  
1985،  
ن 85، I، 229.

<sup>1797</sup> هما القرار التعقيبي عدد 12082 المؤرخ في 30 جانفي 1976 المعروف جدا في مادة الوعد بالبيع: ق.ت.  
فيفري 1976 ص 37. / م.ق.ت. 1976، I، ص 103. / ق.د.م. 1961-1992، ص 417. - والقرار التعقيبي  
عدد 11637 المؤرخ في 16 أكتوبر 1989، ن 89، 397. / ق.د.م. 1961-1992، ص 573.

<sup>1798</sup> انظر مثلا: القرار التعقيبي عدد 46192 المؤرخ في 16 أكتوبر 1997، ن 97، II، 139. - وكذلك  
الملاحظات الانتقادية للأستاذ: عبد الوهاب الرباعي في أطروحته حول بيع العقار بصدد البناء، ف 145،  
ص 90.

<sup>1799</sup> انظر مثلا: قرار تعقيبي عدد 603 مؤرخ في 15 أفريل 1976، ن 76، I، 191. - قرار تعقيبي عدد 3312  
مؤرخ في 15 جوان 1981، ن 81، II، 176. - قرار تعقيبي عدد 6458 مؤرخ في 19 أفريل 1983، ن 83،  
II، 313. - قرار تعقيبي عدد 24697 مؤرخ في 26 ديسمبر 1989، ن 89، 479. - قرار تعقيبي عدد  
42080 مؤرخ في 15 أكتوبر 1996، ن 96، I، 422.

خطيرا يصار إليه كآخر الحلول التي لاجوّل عنها<sup>1804</sup>. وهذا الموقف مفهوم ببساطة لأنه من تمام العقود وقوتها الملزمة ومنع السعي في نقض ما تمّ التعاقد عليه. وبهذا يفهم الفصل 273 م.ا.ع. على أنه لا يخوّل الدائن طلب الفسخ إذا كان الوفاء ممكنا فذاك مجال الماطلة ويقضى فيه بالغصب على الوفاء، لكن إذا كان الوفاء متعذرا، فيحكم بالفسخ. أي أنّ الفسخ لا يحكم به إلا إذا ثبت استحالة التنفيذ. وهذا هو بيت القصيد في الفصل 273 م.ا.ع. فكلمة «ممكنا» هي الكلمة المركزيّة والمحوريّة وحجر الزاوية في بنائه<sup>1805</sup>.

على أنّ هذا القول لا ينفي دور القاضي ولا سلطته في الفسخ. وهنا يندرج مجال التأييد في قرار محكمة التعقيب.

2- التأييد:

602- إنّ تقدير الإمكانية أو عدمها هو مسألة اجتهادية لم يقدرها النص

طبيعة الالتزام لأنّ تعذر الوفاء بالالتزام بامتناع عن عمل ليس هو التعذر في التزام بعمل، والتعذر في التزام مؤجل سقط فيه الأجل عن المدين ليس هو نفسه في التزام حال... وهذا ما تفتنت إليه محكمة التعقيب لما وضعت مصلحة الدائن في عين الاعتبار، ولو أنّها جعلت منها أساس الفسخ، لكنّ الأصحّ أن تكون معيارا لتقدير الإمكانية من عدمها<sup>1807</sup>. وهذا نظر وجيه ويفيد المحكمة أن تراعيه في عديد الصور العملية إذ لا يكفي أن يكون التنفيذ العيني ممكنا في حدّ ذاته وبصفة مجردة، بل يجب أن يتحقّق من ورائه التوازن العقدي ومصلحة الدائن. وليس من المعقول ولا من العدل أن نجبر دائنا على أن ينتظر إلى ما لا نهاية وفاء بالالتزام بعلة وجود أمل في تحقّقه<sup>1808</sup>. فمجرد الأمل لا يكفي. لكنّ المصلحة هنا لا تقدر بصفة شخصية بحتة وإلا انقلب شرط الإمكانية إلى شرط

تحكّمي اعتباري ومجحف وإرادي، بل النظر فيه إلى اعتبارات موضوعية

ولم يشير فيها إلى أي معيار بل تركها من اختصاصات المحكمة تجتهد فيها  
كيفية شاءت، وهو عنوان السلطة التقديرية التي لها في ميدان الفسخ حسب  
التصور الموضوعي لتشريعنا الذي جعل الفسخ قضائياً في الفقرة الثالثة من  
الفصل 273 م.إ.ع.<sup>1806</sup>. وللمحكمة هنا أن تضع من المعايير ما يقودها إليه  
اجتهادها السليم والواعي المستند على تحليل مستساغ ومقنع. فلها أن تميّز حسب

عدم التفيذ، أيام اسطنبول، ج XVII، ص 50. - محمد المنصف الشافعي، ماطلة المدين...، أطروحة  
سابقة، ص 108. - نذير بن عمّو، تعليق سابق، ف 18، ص 285-286 والمراجع المذكورة في الهوامش 33  
إلى 38.  
<sup>1804</sup> في ستانيسلاس، حقّ الفسخ في عقد البيع... أطروحة سابقة، ص 19. - مالوري وأيناس، الالتزامات، ف  
736، ص 429.  
<sup>1805</sup> نذير بن عمّو، تعليق سابق، ف 15، ص 283.  
<sup>1806</sup> محمد المنصف الشافعي، ماطلة المدين...، أطروحة سابقة، ص 208. - محمد الرّين، العقد، ف 400،  
ص 234.

أساساً يوحد من العصد أوّلاً، لأن المصلحة مرتبطة به وما تم التعاقد إلا  
باعتبارها، ومن القانون ثانياً<sup>1809</sup> ثمّ العرف والإنصاف حسب طبيعة الالتزام عملاً  
بالفصل 243 م.إ.ع. وعندئذ إذا تبين أنّ الوفاء لا يحقق مصلحة الدائن بالشكل  
المطلوب اعتبر غير ممكن وساغ الفسخ.<sup>1810</sup>

<sup>1807</sup> محمد المنصف الشافعي، ماطلة المدين...، ص 129 وما يليها. والملاحظ أنّ مصلحة الدائن هي معيار  
تشريعي في ألمانيا لتقدير الاستحالة حسب نصّ الفصل 286 من المجلة المدنية، وأنّ هذه المجلة لم تعرّف  
الاستحالة بصفة عامّة وإنّما ذكرت بعض صورها وتركت للقضاء ضبط مفهوما ونطاقها ومختلف صورها  
الممكنة: انظر: كونستانتينسكو، عدم التفيذ والخطأ التعاقد في القانون المقارن، أطروحة سابقة، ف  
25 وما بعدها ص 52 وما يليها وف 43 وما بعدها (مصلحة الدائن) ص 81 وما يليها.  
<sup>1808</sup> في هذا الاتجاه: محمد الصالح العياري، مجلة الالتزامات والعقود...، ص 316 وص 318. ولو أنّه ركّز  
على هذه الاعتبارات لينادي بتغيير الدائن في هذه الحالة حفظاً لمصلحته، مع تسليمه بأنّ الفصل 273 م.إ.ع. لا  
خيار فيه. ومن ثمّ فهو يدعو القاضي إلى عدم التفيذ بحرفية النصّ تحقيقاً لروح العدالة فيه (ص 318). وهذا  
مطلب نبيل يزداد وجاهة لو أمكنت تلبيةه في ظلّ احترام النصّ دون تحريفه. وهو ما يحققه تحليل المتن.  
<sup>1809</sup> ومثاله عدم التفيذ الجزئي الذي لا يفرضه القانون على الدائن حسب الفصل 255 م.إ.ع.  
<sup>1810</sup> ترد هنا ملاحظة عامّة يفرضها الإطلاع على القرارات التعقيبية التي قالت بخيار الدائن في الفسخ بما فيها

603- هذا هو الفهم السليم للفسخ القضائي الذي يراعي مقاصد التشريع ومبادئه في المادة التعاقدية ويحترم نص الفصل 273 م.أ.ع. وروحه. وخلاصته كبدأيته: إنه لا فسخ مع إمكانية التنفيذ ولا غصب مع استحالته. وهو ما معناه أن الفسخ يقتضي غياب الماطلة وثبوت استحالة التنفيذ.

وهذا هو لب التصور العام للفسخ القضائي. وما وقع التذكير به إلا لتحقيق تلاؤم التفويت في ملك الغير معه.

#### الفرع الثاني: تلاؤم التفويت مع التصور العام للفسخ القضائي

604- إن انسجام التفويت في ملك الغير مع التصور العام للفسخ القضائي يبدأ من مجاله المخصص للعقود الملزمة للجانبين فينطبق مبدئياً على كل التفويطات لأنها كلها عقود بعوض فهي ملزمة للجانبين<sup>1811</sup>. وهو ما يدعم الصيغة العامة للفصل 576 م.أ.ع. القابل حكمه لأن ينسحب

- باستثناء تسمية المهر<sup>1812</sup> - على بقية التفويطات بما فيها هبة العوض<sup>1813</sup> أو القرض<sup>1814</sup> أو المساهمة بحصة عينية في شركة<sup>1815</sup>. ولا ينفرد

<sup>1812</sup> لا تقبل تسمية المهر الفسخ عملاً بالفصل 13 م.أ.ش. «ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر. ويعتبر المهر بعد البناء ديناً في الذمة لا يتسنى للمرأة إلا المطالبة به فقط ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق» وسواء اعتبر الطلاق فسخاً أم طريقة خاصة لحل الزواج (الرّحيلي)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 9، المستدرک، ف 66، ص 289 والهامش. - وانظر في نقاش المسألة وجواز أن يكون الطلاق فسخاً: حسن الدّنون، النظرية العامة للفسخ...، ص 57 وما يليها). وبصرف النظر عن الطبيعة القانونية للزواج هل هو عقد أم مؤسسة، ففي الوجهين والحالتين لا يترتب استحقاق المهر الفسخ. لأنه إذا اعتبر الزواج مؤسسة فمعنى ذلك وجوب التقيد بالحلّ التشريعي عدم تجاوزه (محمد المنصف بوفرة، القاضي التونسي وقانون الأحوال الشخصية ❖، مقال سابق، ص 49، ه 1)، أي إذا استحق المهر قبل البناء فليس للمرأة إلا الامتناع عنه حتى يدفع لها المهر. لكن إذا طال بها الانتظار وتضررت منه أمكن لها التحلل من الزواج على أساس آخر هو الطلاق للضرر عملاً بالفصل 31 ف 3 م.أ.ش. وإذا استحق المهر بعد البناء فإنه يصبح ديناً في الذمة تطالب الزوج بقيمته لا أكثر. وأمّا إذا اعتبر عقداً، فمن الممكن أن يرى في الامتناع عن البناء دفع بعدم التنفيذ، لكنّه خلافاً للعادة لا يمهّد الفسخ في الفصل 13 م.أ.ش. لأن الزواج لا يقبل هذا الجزاء. ولا يغيّر من الأمر أن يقال إن ما نسأل عنه هو

تسمية المهر وليس الزّواج، لأنّه لو قبل فسخ تسمية المهر لسقط به أحد شروط صحّة الزّواج عملاً بالفصل 3 م.أ.ش. فيبطل وليس هذا مقصد النّص خاصّة أنّ الفصل 21 م.أ.ش. في الزّواج الفاسد لا يذكر الفصل 13 م.أ.ش. ضمن صورته الحصريّة المبطلة للزّواج فلا يمكن للاستحقاق إذن أن يفسخ تسمية المهر ولا الزّواج نفسه ولا حلّ فيه إلاّ الامتناع عن البناء أو الطّلاق للضّرر من عدم دفعه على أساس الفصل 31 ف. 3 م.أ.ش. وإذا استحقّ المهر بعد البناء فليس للمرأة طلب الطّلاق بسببه وإنّما لها الحقّ في قيمته، وهذا يعني إقصاء كلّ الحلول الأخرى الممكنة بما فيها الفسخ طبعاً إذا كان مختلفاً عن الطّلاق، وكذلك الإبطال خاصّة أنّ الفصل 22 م.أ.ش. يرثب عن فساد الزّواج استحقاق المهر المسّمى بعد البناء بما يعني أنّ تسمية المهر دائماً صحيحة ولا تحلّ ولا تؤثر بذاتها في بطلان الزّواج، وحتى إن بطل بسبب آخر فهي لازمة دائماً. ويعتبر هذا الحلّ حكماً خاصّاً في الضّمان الذي يمكن أن ينطبق أحياناً دون فسخ مسبق للتّفويت إذا كانت القيمة المحكوم بها للمستحقّ منه تمثّل تنفيذاً للعقد بطريق التعويض، أي تعويضاً عن التّفويت العيني، فيستمرّ العقد بعوض جديد ولا ينحلّ. وهذا عين المطلوب في تسمية المهر والزّواج (في هذا المعنى: فُروس، مفهوم التزام الضّمان، ف 307 وما بعدها، ص 295-296).

1813 مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 739، ص 431.

1814 مالوري وأيناس، مرجع وموضع سابقين. - مازو وشاباس، الالتزامات، ف 1091، ص 1152.

1815 لأنّ كان استحقاق الحصّة العينيّة يؤدي إلى فسخ عقدها من حيث المبدأ إلاّ أنّ ذلك لا يمكن أن يؤخذ على إطلاقه نظراً لتأثيره المباشر على مصير الشّركة برمتها. ورغم غياب نصّ خاصّ وصريح في حكم استحقاق المساهمة العينيّة فإنّ الإحالة إلى أحكام الضّمان من خلال الفصلين 1265 م.أ.ع. و6 م.ش.ت.

قرار الدوائر المجتمعة (راجع الهامشين 1794 و1796) وهي أنّ هذه القرارات سجّلت في مجملها انعدام مصلحة الدائن في الوفاء (انظر مثلاً قرار 26 مارس 1991 وقرار 15 أكتوبر 1996 وقرار 29 فيفري 1996) مع إمكانيّته الموضوعيّة، فلم تقبل أن تحكّم بالتّشفيذ العيني لأنّها تنطلق من فهم معيّن للغصب وهو الغصب المادّي والحكّم به أولاً قبل أن يحكّم بالفسخ. وهذا الفهم السّقيم هو الذي دفعها إلى تحريف النّص وتحميله خياراً ليس فيه. وفيه دليل على أنّ القضاة أعوزهم التّأسيس الفئني الذي به يحفظون مصلحة الدائن، وهو كامن في مفهوم الاستحالة. فلو اعتبروا مصلحة الدائن شرطاً أو معياراً لتقييم تعذّر الوفاء لتبين لهم أنّ الوفاء الذي لا مصلحة فيه كتعذّره، والفسخ منوط باستحالة الوفاء العيني، ويتعذّر الغصب يقضى بالفسخ. وفي ذلك احترام للنّص ومراعاة لظروف التّعاقّد ومصالح الخصوم، خصوصاً أنّ الفصل 273 م.أ.ع. لم يرد به البتّة ما يدلّ على أنّه يفهم الإمكانيّة فهما جامداً ولا موضوعيّاً أو مجرداً. ولم يغلّ يد القضاء عن التّبسّط في هذا المفهوم وتطعيمه بطابع شخصي يحفظ مصالح الأطراف وخصوصاً الدائن. لكنّ قصر نظر القضاء وانغلاقه في هذا الفهم قاده إلى التّحريف والارتكان إلى عبارة النّص «للدائن» لاستنتاج الخيار، والحال أنّ النّص لا يمكنه التّعبير بغير هذا الأسلوب إذ لا يعقل منه أن يقول «على الدائن» لأنّ ممارسة الحقّ لا تكون جبريّة وإلاّ فلا حقّ!

1811 محمّد الزّين، العقد، ف 396، ص 318. - حسن الذنون، النّظريّة العامّة للفسخ، ص 59.



عنها إلا الرهن عموماً والعقاري خصوصاً لأن الفصل 203 م.ج.ع. لم ينص على إمكانية فسخه. وما ذلك في الحقيقة لعدم تلاؤمه معه بل لكونه يتخذ شكلاً خاصاً به تحدده طبيعة العوض فيه ويرتبط بسقوط الأجل. وهذا من خصوصيات التفويت لا من فلسفته العامة<sup>1816</sup>. لهذا سيقصر التحليل العام على الفصل 576 م.ج.ع. ومنه يتبين بوضوح تناغمه مع الفلسفة العامة للفسخ القضائي لأنه يرتبط مثله باستحالة التنفيذ باعتباره ينطلق من إحدى أهم صوره في التفويت في ملك الغير وهي عدم الإجازة (الفقرة الأولى). لكن لا يفهم من حديثه عن الفسخ مباشرة أنه يقتصر على الاستحالة مطلقاً، بل الحقيقة أن فيه مجالاً لإمكانية التنفيذ، وبالتالي فهو لا ينفي فكرة المماثلة (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: فسخ التفويت يفترض استحالة التنفيذ

**605-** الاستحالة هي نقيض الإمكانية، وتعني تعذر إمكانية تنفيذ الالتزام لوجود عائق يمنعه بصفة نهائية. فهي «نفي للالتزام»<sup>1817</sup> ولها آثار مختلفة بحسب مجالات طروئها على الالتزام وطبيعة العوائق المسببة لها. فإن كانت معاصرة لنشأة الالتزام أدت إلى بطلانه<sup>1818</sup> وإن طرأت لاحقاً نتيجة قوة قاهرة أو أمر طارئ كانت سبباً في انقضاء العقد وتحلل الدائن من التزاماته تجاه المدين<sup>1819</sup>، وكذلك في إعفاء هذا الأخير من المسؤولية<sup>1820</sup> أما إن طرأت لاحقاً دون نسبتها إلى سبب أجنبي فهي الاستحالة المبررة لفسخ العقد. ويتجّه تحديد مفهوم هذه الاستحالة في التفويت في ملك الغير (أ) قبل ضبط محتواها (ب).

### أ- مفهوم استحالة التنفيذ:

**606-** يتضح مفهوم الاستحالة بتعريفها (1) ومقارنتها بمفاهيم موازية (2).

607- يرتبط مفهوم الاستحالة في التّفويت في ملك الغير بمفهوم الاستحقاق باعتباره نقيضاً لنفاذ التّفويت، لأنّ استحالة التّفويت بصفة عامّة هي تعذر لاحق لإمكانية محلّ الالتزام<sup>1821</sup>. وانطلاقاً من أنّ محلّ التزام المفوّت هو جعل المفوّت له يكتسب الملكية، فإنّ تنفيذ هذا الالتزام يتعدّر كلّما لم يعد اكتساب الملكية ممكناً. وبما أنّ اكتساب الملكية ينفذ التّفويت، وأنّ الاستحقاق يمنع النّفاذ، كانت الاستحالة هي الاستحقاق نفسه أو بمعنى أدقّ كان الاستحقاق

1817 كاريونيني، الالتزامات، ف 7، ص 9.

1818 الفصل 64 م.ع. وراجع الجزء الأوّل من هذا البحث، ف 94 وما بعدها.

1819 الفصلين 345 و348 م.ع.

1820 الفصلين 282 و283 م.ع.

1821 محمّد المنصف الشافعي، مماطلة المدين...، ص 121.

310، ص 296). فيتجّه التّفريق بين المساهمة بحصة عينية في شركة قائمة والمساهمة في شركة بصدد التّكوين. في الحالة الأولى تعتبر المساهمة بمثابة البيع وينطبق عليها الفصل 576 م.ع. بمنطق الفسخ الذي فيه كاملاً. أمّا في الحالة الثانية فلا بدّ من معرفة أهمية الحصة بالنسبة إلى نشاط الشركة وفي نظر بقية الشركاء بحيث يكون موقفهم محدّداً في معرفة مآل الشركة، وهذا ما تقضي به قاعدة الاستحقاق الجزئي حسب الفصل 640 م.ع. فيخبر الشركاء في فسخ الشركة إذا ثبت أنّهم ما كانوا ليعقدوها بغير المناب المستحقّ باعتباره بالنسبة إلى باقي المنابات جزءاً واستحقاقه بمثابة استحقاق «جزء من المبيع» وهذا هو الحلّ الذي يؤيّدّه الفقه (بلاتيوول وريبير ولبارنيور، ج 11، ف 1012، ص 275 - السنهوري، الوسيط، ج 5، ف 183، ص 266، هـ 2)، ويتماشى مع الفصل 1323 م.ع. في انحلال الشركة وقد جاء في أوله: «يسوغ لكلّ من الشركاء أن يطلب فسخ الشركة ولو قبل انتهاء مدّتها إذا كان هناك سبب معتبر كنزاع قويّ بين الشركاء أو عجز بعضهم عن القيام بما التزم به أو مخالفته لذلك». أمّا إذا اختاروا بقاء الشركة فإنّ الشريك المساهم يطالب بقيمة مساهمته ويعتبر كأنه أتى بحصة نقدية فتسري عليه أحكام هذا الصنف من المنابات، فإنّما أن يدفع منابه، أو تعرض حصصه أو أسهمه المقابلة في رأس المال للبيع فيخرج من الشركة أو تشتريها الشركة نفسها وتخفّض من رأس مالها، كلّ ذلك مع مراعاة نوع الشركة ونظام تحرير الحصص غير المدفوعة.

ويوفّر قانون الشركات حلاً موازياً لما تقدّم يتمثّل في إمكانية حلّ الشركة عند نقص أموالها الذاتية بما يقلّ عن نصف رأس المال، فإنّما أدى استحقاق الحصة العينية إلى هذه النتيجة أمكن للشركاء طلب حلّ الشركة عملاً بالفصول 1320 م.ع. و27 و142 م.ش.ت.

1816 سيأتي تفصيله لاحقاً في القسم الموالي، انظر ف 636 وما بعدها.

هو العائق المؤدي إلى الاستحالة. ويفترض هذا التحليل أن النفاذ بدوره يختلط بالتنفيذ. وهذا صحيح لأن التنفيذ بصفة عامة هو تحقيق أثر العقد، وباعتبار هذا الأثر في التفويت هو انتقال الملكية أو الحق العيني، فإن تحققه يعني تنفيذه، فيكون بذلك مساويا لنفاذه الذي هو تحقق الأثر العيني للتفويت. وبالتالي فالنفاذ والتفويت بمعنى واحد<sup>1822</sup> وكذلك الاستحالة والاستحقاق.

**608-** على أن المقصود بالاستحقاق لا يقتصر على معناه الضيق فحسب المتمثل في افتكاك الشيء من يد المفوت له نتيجة الحكم به للغير أي للملكه الحقيقي (الاستحقاق الفعلي)، فهذا واضح لا غبار عليه، بل يشمل أيضا الاستحقاق الحكمي وهو الاستحقاق بالمعنى الواسع الذي يحصل من ثبوت ملكية الغير بحيث لا يمكن أخذها منه<sup>1823</sup>. ودليل ذلك أولا

أسباب النفاذ فتمنع مفعولها وتؤدي بالتالي إلى استحالة النفاذ كإجازة المقترنة بسبب استحقاق جديد<sup>1825</sup> أو تملك البائع بالمبيع بشرط عدم التفويت<sup>1826</sup> ... إلى غير ذلك من الصور...<sup>1827</sup>. ففي كل هذه الأحوال يمتنع تحقق الأثر العيني عند المفوت له، مما يعني الاستحالة والفسخ.

وتفيد هذه الأمثلة خاصة في التشبيه إلى أن ربط الإستحالة بالاستحقاق لا يعني نسبتها إلى سبب أجنبي وإلا أدت إلى انفساخ العقد وتطبيق نظرية التبعة، وإنما هي منسوبة إلى المفوت، فهي استحالة خاطئة لا قاهرة، لأن من شروط قيام ضمان الاستحقاق أصلا أن ينسب إلى المفوت سواء في فعله<sup>1828</sup> أم في فعل الغير<sup>1829</sup>. ولا يعني ثبوت الملكية للغير أن الاستحقاق متأت منه فهو بسبب أجنبي، بل هو دائما منسوب إلى المفوت لأنه هو المتسبب بفعله في تعلق التفويت بملك الغير ويسأل عنه، بل إن السبب الأجنبي حقا يقصي الضمان<sup>1830</sup>. وهو ما

في الفصل 576 م.ع. ذاته الذي يرتب الفسخ عن عدم الإجازة لا عن حكم استحقاقى للغير، وثانيا بالنظر إلى أساس صحّة التّفويت في ملك الغير، وهو ضمان الاستحقاق بمفهومه الشّامل<sup>1824</sup>. وينتج عن هذا أنّه إذا قام المالك الحقيقي باستحقاق المبيع من يد المشتري وحكم له فافتك المبيع عدّ ذلك استحقاقا مكوّنا لاستحالة تنفيذ موجبة للفسخ، وإذا تبين للمشتري أنّ المبيع مملوك للغير وسأل البائع أن يطلب إجازة المالك ورفض هذا الأخير، كان ذلك بمثابة الاستحقاق الناتج عن حكم وأحدث نفس مفعوله فتكون نتيجته الفسخ. وعلى هذا يقاس كلّ سبب يمنع نفاذ التّفويت، فهو يعتبر استحقاقا مساويا لاستحالة التّفيز. ومن بين أمثله أن تتخلف بعض الشّروط في

<sup>1822</sup> انظر في هذا الاتجاه، السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 287، ص 493، هـ 3.

<sup>1823</sup> راجع في هذه التّفرة سابقا، ف 324.

<sup>1824</sup> انظر الهامش السابق.

يعني ان الاستحقاق يظهر تماما في الاستحالة الخاصة المنبررة للفسخ. ولكنه يحتاج مزيد التّدقيق حتّى يخصّص مفهوم استحالة التّفيز في التّفويت في ملك الغير بمقارنتها بما يوازيها من مفاهيم.

<sup>1825</sup> انظر سابقا، ف 412.

<sup>1826</sup> انظر سابقا، ف 492.

<sup>1827</sup> راجع مختلف الصّور المدروسة أو المشار إليها سابقا في باب نفاذ التّفويت.

<sup>1828</sup> الفصل 631 م.ع.

<sup>1829</sup>

يلاحظ أنّ الفصل 632 م.ع. يشترط أن يكون السبب الموجب للاستحقاق موجودا وقت البيع ولا يشترط صراحة أن يكون السبب منسوبا إلى البائع، ولكنّ الفقه مجمع على ذلك. وهو ما يمكن فهمه من مجمل نصوص ضمان الاستحقاق بدءا بالفصل 632 م.ع. ذاته لأنّ اشتراط الأسبقية يؤكّد أنّ المبيع مملوك للغير وهذا لا ينفي أنّ البائع هو المتسبّب فيه، كما أنّ الفصلين 644 و645 م.ع. يقصيان الضمان لسبب أجنبيّ أو سبب منسوب إلى المشتري، فلم يبق إلاّ السبب المنسوب إلى البائع، وهو الموجب للضمان طبعاً. انظر في تحليل ذلك خاصّة: السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 342 ص 648 وما يليها. فيستان وديشسي، البيع، ف 739، ص 862.

<sup>1830</sup> الفصل 644 م.ع.

## 2- مقارنة الاستحالة بمقاويم موازية؛

609- الاستحالة مانع للنفذ يبرر الفسخ. فهي ليست من موانع الفسخ (1.2)

ولا من موانع التقويت نفسه (2.2).

## 1.2- الاستحالة وموانع الفسخ؛

610- موانع الفسخ هي شروط سلبية لا يمكن لمن توفرت فيه أن يطلب

الفسخ ولو تحققت استحالة التنفيذ<sup>1831</sup> المؤدية إليه. وهذه الموانع متعددة، أهمها استحالة الرد لأن الفسخ ذو أثر رجعي يرجع كلا المتعاقدين إلى ما قبل التعاقد ويوجب على كل واحد منهما أن يردّ لصاحبه ما أخذه منه بموجب العقد. فإذا كان هذا الأمر مستحيلا لسبب من الأسباب انعكس على الفسخ فمنعه، كما في مثال التقويت في الشيء موضوع العقد. فلننظر أن المشتري تسلّم المبيع ثم فوت فيه بدوره لغيره، وتبين له بعد ذلك أن المبيع أصلا مملوك للغير وقام على

به كما إذا اكتسب الملكية بموجب تقادم عشري أو حوز المنقول. ومعلوم أنّ شرط المصلحة يفترض أنّ الدعوى ستنتقل صاحبها إلى وضع أفضل ممّا هو عليه قبل القيام بها<sup>1833</sup>، ولا تستطيع دعوى الفسخ أن تضع المفوّت له في مركز أفضل من كونه أصبح مالكا، وهو ما كان يرجوه أصالة من التقويت<sup>1834</sup>. وعليه فمنع الفسخ في الحوز المكسب ناتج عن عدم قيام شروط الدعوى أصلا، بعكس منعه في استحالة الردّ أو غيره من الموانع المشار إليها سابقا والتي تفترض وجود الممنوع وتحقق شروطه، لكنّها تحول دونه ودون أثره. فهي شروط سلبية فيه يجب غيابها عن الممنوع حتى يتحقق. ومن ثمّ يختلف مثال الحوز المكسب عن استحالة التنفيذ لأنه عكسها تماما، فالاستحالة تفترض انعدام المصلحة في التقويت وقيام الحق في الفسخ، والحوز المكسب يفترض وجود المصلحة في التقويت وانعدام الحق في فسخه<sup>1835</sup>. واعتبارا لتأخر سقوط شرط المصلحة عن إبرام التقويت في حالتها

بأنه طالباً فسخ البيع على أساس الفصل 576 م.ع. فإن دعواه لن تقبل لأنه لا يستطيع أن يردّ المبيع نظراً لتقويته فيه، ومعلوم أنّ التزام الضمان يمنعه من استرداده من يد مشتريه<sup>1832</sup> ففي هذا المثال إذن استحالة الردّ فامتنع الفسخ وكان من نتيجته لا الحكم بالفسخ بل رفضه حتى لو تحققت استحالة التقويت بتعدّد نفاذه كما لو رفض المالك إجازته مثلاً.

**611-** ومن المفيد التّبيه في هذا السّياق إلى اختلاف موانع الفسخ باعتبارها شروطاً سلبية عن شروط الفسخ الإيجابية التي منها خاصّة شرط المصلحة إذ لا دعوى بدون مصلحة فإذا انتفت مصلحة المفوت له في طلب الفسخ تعدّد عليه القيام

<sup>1831</sup> سفيتوسار نشيتش، دعوى الفسخ في العقود، أطروحة سابقة، ص 155 وما يليها. كما تبحث هذه الموانع في شروط الفسخ وخاصة تحت شرط قدرة الدائن على إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه؛ انظر مثلاً: السّهوري، الوسيط، ج 4، ف 472، ص 701.

<sup>1832</sup> انظر خاصّة: حسن علي الدّنون، النظرية العامة للفسخ...، ص 308 وما يليها، وص 401-402.

<sup>1833</sup> نور الدّين الغزواني، التعلّيق على قانون المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، الأحكام العامّة والاختصاص، طبع شركة اوربيس، تونس 1996، ص 173. - روجي بيرو، المؤسّسات القضائيّة، ف 532، ص 474، هـ 4. شركة اوربيس، تونس 1992، n° 715، p. 369. - Loïc CADIET, Droit judiciaire privé, Paris, Litec 1992, n° 715, p. 369.

<sup>1834</sup> تجب الإشارة أنّ هذا التّحليل مقتصر على مثال المتن باعتباره يستند إلى التقويت في صيغة السّند الصّحيح إذ لا مصلحة للمفوت له وقد أصبح مالكا أن يطلب الفسخ لأنه بذلك سيفقد أحد الشّروط التي جعلت منه مالكا. ومعنى هذا أنّه لا يكفي أن يصبح المفوت له مالكا أو يكتسب الحقّ العيني حتى يتعدّد الفسخ، فهذا صحيح إذا كان للتقويت دور ما في اكتساب الملكيّة. أمّا لو كان الاكتساب منفصلاً تماماً عن التقويت فلا يمنع فسخه، بل يعتبر حالة استحالة موجبة لفسخه. انظر لاحقاً، ف 688.

<sup>1835</sup> يجدر التّبيه إلى أنّ صحّة تحليل المتن فيما يتعلّق بالتّقدم العشري لا يزعمها التعلّل بأنّ التّقدم يخضع لتقدير الحائز إن شاء تمسك به وإن شاء تنازل عنه، وبالتالي فقد يطلب الفسخ حال تحقّق التّقدم. بل إنّ لها في الفصل 645 م.ع. الدّليل الأبتري. إذ ليس للمفوت له الحائز أن يتنازل عن التّقدم للتقصّي من العقد أو الرّجوع بالضّمان على المفوت، وإن فعل فلا يواخذ إلاّ نفسه ويعتبر متبرّماً بما فعل للمالك الحقيقي ولا يكون له دعوى على المفوت لا في الفسخ ولا في الضّمان لأنّ الاستحقاق حصل من فعله والفصل 645 م.ع. يمنع الضّمان في هذه الحالة. وهو بهذا الحلّ يحسم نقاشاً طالما شغل الفقه في كلّ من فرنسا ومصر خصوصاً أنّه وجد من الفقهاء من يقبل دعوى «الإبطال» من المشتري حتى بعد حصول التّقدم المكسب وذلك بحجّة مراعاة ضمير الحائز وعدم إجباره على تملك تأباه الأخلاق.

انظر في هذا الاتجاه خاصّة: سوران، ج 24، ف 119، ص 122. وانظر في تلخيص الفقه المصري، عهد الرّحمان جمعة، بيع ملك الغير، ص 231-232.

الحوز المكسب، فإنه من المتّجه اعتبارهما من أسباب انقضاء دعوى الفسخ<sup>1836</sup> المختلفة عن مواعنه وعن مواعن التقويت نفسه.

## 2.2- الاستحالة وموانع التقويت أصلاً:

**612-** إن استحالة النفاذ تعني استحالة التقويت لمانع قانوني طرأ عند تنفيذه، ومن هنا فهي تختلف عن موانع التقويت في ملك الغير أصلاً أي محاذير الوقوع فيه وهي منبهات رامية إلى التعرف على ملكية المضموت والتأكد منها خشية أن لا يكون مالكا فيؤول التعامل إلى تقويت في ملك الغير. وأحسن مثال يؤخذ من بعض أحكام السجل العقاري المتعلقة خاصة ببعض التخصيصات الوجوبية في تحرير الصكوك الخاضعة للتسجيل على معنى الفصل 377 جديد م.ح.ع.<sup>1837</sup> ونذكر منها تحديداً التخصيصين المتعلقين بسند الملكية ونسب الملكية المشاعة.

بتقديمه<sup>1838</sup>، أي هو «وثيقة تملك شخصية لكل مالك في عقار مسجل»<sup>1839</sup> وذو دلالة قطعية على ملكية صاحب العقار ومصدر طمأنينة كبير للمتعاملين. فلا يتم التحرير إلا على ضوئه ويجب ذكره في الصك وتقديمه ضمن الوثائق المطلوبة للتسجيل ثم الترسيم لاحقاً<sup>1840</sup> وكل ذلك تحت مسؤولية المحرر<sup>1841</sup>. ويؤدي اشتراط سند الملكية هكذا إلى تقليص كبير في صور التقويت في ملك الغير وعلى الأقل إقصاء فرضية التقويت بغير علم المتعاقدين<sup>1842</sup>.

أما التخصيص المتعلق بنسب الملكية المشاعة فهو بيان عملي أفرزه واقع السجل العقاري بالنسبة إلى العقارات المشاعة حيث كثيراً ما يقع التقويت في أكثر من المنابات الرجعة للشريك، أو من شريك فقد صفته تلك بموجب تقويته في كل مناباته وما زال يواصل التقويت... إلى آخره من الصور الناتجة عن تراكم الشيوخ واختلاط الرسم العقاري، مما يحد من نجاعة مبدأ شرعية الترسيم

فبالنسبة إلى سند الملكية فهو شهادة ملكية مميزة لا يسلم إلا للمالك في رسم محيّن مشمول بالمفعول المنشئ للتّرسيم ولا يتمّ التّرسيم إلا

1836 يؤدي انعدام شرط المصلحة إلى رفض الدّعى شكلا لتخلف أحد شروط قبولها (نور الدّين الغزواني، التعلّيق على قانون المرافعات...، مرجع سابق، ص 173) ومنح المدّعى عليه (المفوت) دفعا بعدم القبول يثّره في كلّ أطوار الخصومة (أحمد الجندوبي وحسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنيّة والتجاريّة، طبع شركة أوربيس، تونس 2001، ص 222 - كادييه، القانون العدلي الخاصّ، ف 715، ص 465 وف 822، ص 475). ولكن باعتبار نشأة هذه الدّعى في مثالنا منذ انبرام التّفويت وحتى حصول الحوز المكسب، فإنّه يصحّ الحديث عن انقضائها وقد وجدت ردحا من الزّمن ثمّ زالت بموجب زوال أحد شروط قبولها. والحقّ الذي ينشأ أو يضمحلّ يقال انقضى أو سقط. ومن هنا جواز وصف الحوز المكسب بكونه سببا لانقضاء الفسخ. انظر في أسباب انقضاء دعوى الفسخ مطلقا: حسن علي الدّنون، النظرية العامّة للفسخ، ص 401 وما يليها. - سفيتوسار نشيتش، دعوى الفسخ، أطروحة سابقة، ص 151 و 161 وما يليهما. - كادييه، القانون العدلي الخاصّ، ف 766 وما بعدها، ص 396 وما يليها.

1837 المقصود هو الفصل 377 جديد م.ج.ع. كيفما نفّح بموجب القانون عدد 35 المؤرّخ في 17 أفريل 2001، المشار إليه سابقا.

ويوقع في التّفويت في ملك الغير. وهذا ما حاول لتسرع تلافيه أو على الأقل الحد

1838 انظر الفصلين 364 و 401 م.ج.ع. ويلاحظ أنّ ربط سند الملكية بالمفعول المنشئ للتّرسيم يعني أنّه لا يهتم حاليا جميع العقارات المسجّلة، فلا يجب تعميم المثال المأخوذ منه. - انظر: أحمد بن طالب، الجديد في التّرسيم بالسجل العقاري من خلال قوانين 2000-2001، مقال سابق، ص 28 وما يليها.

1839 أحمد بالمقدم وحسن دحمان، سند الملكية، في: جديد التّحيين والتّرسيم، مرجع سابق، ص 69.

1840 الفصل 394 م.ج.ع.

1841 الفصل 377 ثالثا ف 2 م.ج.ع.

1842 قد يقال إنّ الإقصاء عامّ حتّى مع فرضيّة العلم لأنّه لا يتصوّر تعاقدا في ملك الغير في رسم فيه سند ملكيّة خصوصا أنّ التحرير يتمّ تحت مسؤوليّة المحرّر الذي سيمتّع من التحرير «إذا وجد مانعا قانونيّا للتّحرير» (الفصل 377 ثالثا ف 1 - ثالثا م.ج.ع.) ومن ذلك خاصّة عدم تقديم سند الملكية أو تقديمه من غير مالكه. إنّ هذا الاعتراض وجيه ولكنّه ليس حاسما لأنّه لا يمكن الجزم بصورة قاطعة بغياب الفرضيّة إذ يكفي أن نتصوّر أنّ المفوت لم يستكمل بعد إجراءات نقل الملكية لفائدته وباع أو رهن العقار، فهو إلى ذلك الحين مفوت في غير ملكه على أن ينفذ بصيرورته مالكا. وقد تقدّم أنّ التّفويت في الحقّ المستقبلي هو تّفويت في ملك الغير... هذا فضلا عن وجود استثناءات ذات بال على التّحرير الوجوبي المخصّص محرّر فيها المعنيون عقودهم بأنفسهم فما المانع من تصوّر قبولهم الفرضيّة؟



منه بالإجراءات الجديدة أولاً من خلال تنصيبه صراحة على كون ضبط المنايات الاستحقاقية وصور الشئوع اللأمتاهي هي حالات تحيين تطلبه حتى الإدارة نفسها<sup>1843</sup>، وثانياً من خلال إلزام المحرر مستقبلاً بذكر نسب الشئوع حتى تسهل المراقبة ويمكن تجنب مثل هذه الوضعيات. وعلى كل حال، يخلص من التنصيصين المذكورين أنهما يساهمان في تحقيق مراقبة أولية على الملكية، ذات طابع وقائي من شأنها أن تمنع أصلاً التعاقد في ملك الغير<sup>1844</sup>. وهي بهذا تختلف عن موانع الفسخ التي تفترض إبرام التفويت لكنها تمنع حله بهذه الوسيلة. ومن ثم فكلاهما يختلف عن الاستحالة التي تفترض وقوع التفويت وتؤدي إلى فسخه. ويزداد هذا الاختلاف وضوحاً بتحديد محتوى الاستحالة.

#### ب- محتوى استحالة التنفيذ:

613- لا يعدّ التنفيذ بصفة عامّة مبرئاً ومحققاً لعين الالتزام إلا إذا تمّ على

تحقيقه هو مدى احتوائه على الخصائص المشتركة عادة في عوائق التنفيذ القانونية أو المادية المكوّنة للاستحالة المبررة للفسخ وهي أن تكون موضوعية ومطلقة ونهائية<sup>1845</sup>. ويبين البحث أنّ الجواب على الإجمال بالإيجاب، لكنّ التفصيل يفرض تعديلاً طفيفاً.

615- أمّا عن الموضوعية فالاستحاق هو من أمثلتها البارزة لأنه ليس مانعاً شخصياً يرتبط بشخص المدين، بل هو مانع موضوعي متصل بتحقيق الأثر العيني باعتباره موضوع التعاقد أي الغرض المقصود من التفويت.

616- وبالنسبة إلى الإطلاقية فالأصل أنّ الاستحالة لا تفسخ الالتزام إلا إذا كانت مطلقة لا نسبية<sup>1846</sup>. وتكون مطلقة إذا استحال على الكافة ردّ العائق

الذي سببها، وبالعكس تكون نسبية إذا لم يستحل ذلك إلا على المدين مع بقاء إمكانية التنفيذ من غيره واردة. وبهذا المعنى من الواضح أنّ الاستحاق هو حالة

الوجه المرصّي، فيتمّ إذا ادّاه المدين ويتمّ على الوجه المرصّي إذا نصّبه الدائن. وبذلك يتفرّع التّفويت إلى عمليّن: أداء وتقبّل. وإذا تعدّر أحدهما تعدّر التّفويت. وتخضع استحالة التّفويت لهذا المنطق لأنّ الاستحقاق لا يقوم من جهة المّفوتّ فحسب (1) بل يتحقّق أيضا إذا انعدمت مصلحة المّفوتّ له فيه (2).

#### 1- استحالة الأداء من المّفوتّ:

614- إنّ اعتبار الاستحقاق مانعا للتّفويت من جهة المّفوتّ له أمر واضح قد لا يحتاج أكثر من ذكره لأنّه منسوب إليه دائما في نظريّة الضمان. غير أنّ ما يجب

1843 انظر الفصلين 6 و 11 من قانون التّحيين عدد 34 لسنة 2001 المؤرّخ في 10 أفريل 2001، المشار إليه سابقا.

1844 يجدر التّنبية في هذا السّياق إلى اختلاف هذه المراقبة عن المراقبة التي تجريها إدارة المملكيّة العقاريّة في إطار مبدأ الشّرعيّة طبقا للفصلين 306 و 390 م.رجع. ومجالها النّظر في إمكانيّة التّرسيم أي أنّها ترد بعد التّعاقد وفي مرحلة تنفيذها. ومن هنا فهي لا تعوق أصل التّفويت، لكنّها ذات جدوى في إثبات استحالة التّفويت.

استحالة مطلقة لأنّه يمتنع على أيّ كان أن يستردّ المال من يد مالكه الذي حكم له باستحقاقه وتحوّز به، فيترتّب عنه الفسخ بلا خلاف. لكن هل الأمر بالمثل بالنّسبة إلى الاستحقاق الحكمي؟

لو تمّ النّظر من زاوية تأثير التّفويت على المالك الحقيقي لقليل إنّ الاستحالة فعلا مطلقة لأنّه ليس بإمكان أحد مطلقا أن يرغم المالك على التّخلّي عن ملكه عنوة وجبره على التّنازل عنه. وهذا طبعا صحيح لأنّه في غير حالات النّفاذ القانوني لا يمكن إلزام المالك بذلك فعلا. ولكنّ الاستحالة بهذا المعنى موجودة منذ انبرام التّفويت ممّا يقود إلى بطلانه لاستحالة المحلّ والحال أنّ المحلّ ممكن

1845 محمّد المنصف الشّافعي، مفاصلة المدين...، ص 123 و ص 128.

1846 كاربوني، الالتزامات، ف 7، ص 9.

عند نشأة التفويت<sup>1847</sup>. ولذلك وجب تعديل زاوية النظر وتوجيهها إلى المدين، وهنا سنلاحظ العكس تماما لأن المدين بإمكانه توفير الملكية لاحقا وجعل المفوت له يكتسبها ولا يعوقه عن سعيه إلا استحقاق المال فعلا من مالكه الحقيقي وعندئذ توجد الاستحالة المطلقة. ولكن هذه الاستحالة مرتبطة بالاستحقاق الفعلي، فهل نفهم أن الفسخ المبني على استحقاق حكمي أساسه في استحالة نسبية وهي التي يبقى معها مجال للإمكانية؟

إن هذه الاستحالة النسبية ثابتة زمن تكوين التفويت مما يبرر صحته. وهي تستمر لتستغرق صور نفاذ التفويت فتتقطع بها أو حتى يتحقق تحولها إلى استحالة مطلقة، وتلك مسألة إثبات أساسا<sup>1848</sup>. وفي الأصل تأخذ في الاعتبار عاملين أساسيين يفرضهما المنطق أحدهما زمني والآخر شخصي متعلق بالمفوت له. وكلاهما يتصل بتقدير الاستحالة. ذلك أنه زمنيا لا بد من أجل تستغرقه

يعتد بها في النظرية العامة هي الاستحالة النهائية التي لا أمل بعدها في التنفيذ لا الاستحالة الوقتية التي قد تكون عابرة أو تترك مجالا للإمكانية حتى إذا زالت كانت دليلا على مجرد تأخير في التنفيذ لا على استحالته<sup>1850</sup>. ومعلوم أن مجرد التأخير لا يبرر وحده الفسخ إلا إذا اختلط بالاستحالة، وهذا غير وارد في ملك الغير لأنه ينبرم ممكنا، فيصبح السؤال متى تعتبر الاستحالة نهائية؟ وهذا يدخل في تقدير الاستحالة وإثبات تحققها، وتلحق فيه الصبغة النهائية بالصبغة المطلقة كما تقدم.

**618-** بهذا يتضح أن الاستحقاق ببعديه الفعلي والحكمي يمثل بحق استحالة لنفاذ التفويت تجتمع فيها كل خصائص الاستحالة بصفة عامة، بما فيها خصوصا أنها لا تحكر على المفوت، بل تفرض مساءلة موقف المفوت له أيضا.

619- إن انعدام مصلحة الدائن عموماً في الوفاء ولو كان ممكناً موضوعياً من جهة المدين يعتبر بمثابة استحالة تقبل التنفيذ المبررة لرفضه لأن التنفيذ لا يكون مرضياً إلا إذا وافق مصلحة الدائن<sup>1851</sup>. والمقصود بالمصلحة هو النفع الذي ينجر للدائن من التنفيذ حسب العقد وظروف التعاقد، وهي تقدر أساساً بصفة موضوعية ومجردة إذ لا يتحكم فيها الدائن ولا تعكس هواه الخاص ولا تشرع لاختياره الفسخ حال أن التنفيذ العيني ممكن<sup>1852</sup>. بل هي تتم تحت رقابة

1850

محمد المنصف الشافعي، ماطلة المدين...، ص 128.

1851

كنستانينسكو، عدم التنفيذ والخطأ التعاقدية...، أطروحة سابقة، ص 81 وما يليها. - محمد المنصف

الشافعي، ماطلة المدين...، ص 129-130.

1852

محمد المنصف الشافعي، ماطلة المدين...، ص 137. - كنستانينسكو، عدم التنفيذ والخطأ

التعاقدية...، أطروحة سابقة، ص 91.

الإمكانية قبل أن تتحول إلى استحالة، ويقع هذا الأجل بين إبرام التفويت والاستحقاق الفعلي ويعتبر مسألة واقعية يقدرها القاضي. كما أنه شخصياً، لا بد من اعتبار المفوت له لضبط الاستحالة لأنه هو العنصر المتحرك في أشخاص التفويت نظراً لأن المالك والمفوت ثابتان دائماً إذ الاستحالة مطلقة من جهة الأول نسبية من جهة الثاني. فلم يبق إلا المفوت له لضبط الخروج من هذه إلى تلك وهو ما يبيته النظر في تقبله للوفاء وبقيم الدليل على ضرورته في تقدير الاستحالة. وفي هذا كله تظهر الاستحالة من حيث الأصل مطلقة، لكن تقديرها هو المتغير. وهذا من خصوصيات التفويت لا من فلسفته العامة<sup>1849</sup>.

617- وكذا الشأن بالنسبة إلى الطبيعة النهائية للاستحالة. فالاستحالة التي

1847

راجع سابقاً بحث إمكانية التفويت في الجزء الأول من هذا البحث، ف 106-107.

1848

انظر لاحقاً، ف 644 وما بعدها.

1849

سيأتي تفصيل ذلك لاحقاً، ف 668 وما بعدها.

المحكمة دون أن تغفل بعض العناصر الشخصية إذا كانت ضرورية لتقدير الاستحالة. وينطبق هذا التصور تماما على الاستحقاق الذي لا يقدر أحيانا إلا بمراعاة مصلحة المفوت له. ويظهر ذلك خاصة في الاستحقاق الجزئي وفوات المقصود من التفويت وتعذر فرض انتظار النفاذ على المفوت له.

**620-** ففي الاستحقاق الجزئي لا يترتب فسخ العقد حسب الفصل 640 م.اع. إلا «إذا كان الجزء المستحق له من الأهمية ما يورث عيبا بحيث لو علم المشتري ذلك لما اشترى» بما يعني أن تقدير الاستحقاق الجزئي يأخذ في الاعتبار موقف المفوت له ورضاه بالشراء لو كان عالما بحقيقة الوضع عند التعاقد. وهذا عنصر شخصي في التقدير يعكس مصلحة المفوت له إذ المصلحة ينظر إليها مقارنة بموضوع العقد ونفعه<sup>1853</sup> لا برغبة خاصة للمفوت له<sup>1854</sup>، كأن يتبين أن المنايات الشائعة المباعة أكثرها ليس للمفوت له فاستحقاقها من يد المفوت له يضيع آماله

ولو تملك به لاحقا كأن يكون اشترى حصان سباق نادر الخصال ليشارك به في جائزة مشهورة، وفات السباق وتبين أن الحصان مملوك للغير، أو التزم بعوض في هبة لشيء غير مملوك للواهب كان سيهديه لقريبه الذي توفي قبل أن يظهر الموهوب ملكا لغير الواهب...

**622-** أما تعذر فرض انتظار النفاذ فمن أمثلته الهامة الإجازة المشروطة التي لا يتحقق شرطها قبل القيام بالفسخ فلا يمكن في هذه الحالة أن نفرض على المفوت له انتظار تحقق الشرط لما قد يترتب عنه من إهدار لمصالحه وقد يصبح مصدرا لضرر لا مسوغ له. وهذا ما يفسر اعتبار الفقه أن تعذر تحديد أجل مسبق لإمكانية الوفاء يكون حالة استحالة موجبة للفسخ. ومن أمثلته أيضا الرهن العقاري حيث عادة ما يرتبط في القطاع البنكي خاصة بمنح القروض لأنه من أهم ضماناتها، ولا يصرف القرض إلا بعد تقديمه بحيث إذا تبين أن

الزائد لا يساوي شيئاً يتناسب مع موضوع الشراء<sup>1855</sup>.

621- وتقرب هذه الصورة من الاستحقاق لفوات الفائدة المقصودة من التفويت، باعتبار أن الفصل 631 م.ع. يوجب ضمان الاستحقاق إذا حرم المشتري «من الفوائد التي له الحق أن يعول عليها نظراً لما أعد له المبيع وإلى الحالة التي كان عليها وقت البيع». فقد لا يفتك الشيء من يد المشتري ولكن يحرم من فوائده المادية والقانونية فيعتبر هذا الحرمان سبباً موجباً لضمان البائع. ومن باب أولى إذا حرم من تلك الفوائد أصلاً لأنه لم يملك بالمبيع أو إذا انعدم الأمل فيها

1853 قارب من الفصل 633 م.ع.

1854 راجع مثال استحقاق الحصّة العينية في شركة في الهامش 1815 السابق.

1855 ومثاله أن يبيع الشريك كامل مناباته المقدرة بأربعة آلاف جزء مثلاً ويذكر في العقد أنها أربعة آلاف وعشرون. فالعشرون جزءاً لا يملكها لكن استحقاقها لا يؤثر في شيء على نفاذ البيع.

العقار مملوك للغير جاز للبنك أن يمتنع عن صرف القرض إن لم يصرفه بعد أو أن يطلب الفسخ لإعفائه من صرف الباقي<sup>1856</sup>.

623- وهكذا يتبين من جملة هذه الصور أن مصلحة المفوت له هي من العوامل الضرورية أحياناً في وجود الاستحقاق أو في تقديره، فترسخ اصطباغها بالفكرة العامة لاستحالة التنفيذ الموجبة للفسخ. وبهذا يتضح أن التفويت في ملك الغير يخضع لجزء من التصور العام للفسخ، فلم يبق إلا أن تكتمل صورته بتحقيق الجزء الباقي والمتمثل في تلاؤمه مع فكرة الماطلة. وهو ما يتجده بيانه.

### الفقرة الثانية: قسم التفويت لا يقضي فكرة الماطلة

624- تقوم فكرة الماطلة في جوهرها باعتبارها عدم تنفيذ وقتي على

1856

يتعلق الفسخ في هذا المثال بالقرض لا بالرهن، لكنه ليس قريباً عنه وتقريبه منه ممكن بدوره على ما سيأتي بيانه في خصوصيات التفويت في القسم الموالي، انظر لاحقاً، ف 676 وما بعدها.

إمكانية التنفيذ مجالا والغصب على الوفاء جزاء. وعليه فوجود أحد هذين العنصرين أو كلاهما يعني وجودها. وهو ما يتجه البحث عنه للتدليل على حضورها في منطلق الفصل 576 م. ا. ع. ويجب التنبه بدءاً أن هذين الدليلين لا يجدي التماسهما عينا في فقه القضاء لأن قصارى ما انشغلت به قرارات صحف التقويت في ملك الغير هو إقرار الصحة نفسها بإقصاء البطلان والرد على حججه، ومن ثم إقرار جزاء الفسخ ضمناً<sup>1857</sup> أو صراحة<sup>1858</sup>. وهذا لوحده كثير بل قد يكون فيه دليل ضمني على قبول فكرة المماثلة لأن في إقرار صحة العقد إبقاء له بين عاقديه، وهو ما يتماشى مع إمكانية تنفيذه مما يقصي استحالته الأصلية التي لو كانت لأدت بالمحاكم إلى فسخ التقويت مباشرة عوض التصريح ببطلانه، وهو ما لم تفعله!

وفي المقابل يجب تركيز البحث في نظام التقويت وفي الفصل 576 م. ا. ع.

الاستنتاج الحجج التأويلية العامة إذ يكفي أن يقال إن الفصل 576 م. ا. ع. هو نص خاص بالمقارنة مع الفصل 273 م. ا. ع. وبما أنه لم يشترط المماثلة فيجب الوقوف عند نصه لأنه يقدم على الفصل 273 م. ا. ع. باعتباره نصاً عاماً. كما أن قاعدة «لا يجب التفريق حيث لم يفرق المشرع» المستفادة كالتالي قبلها من الفصل 534 م. ا. ع.<sup>1859</sup> تنهض له قولاً إن الفصل 576 م. ا. ع. خول الفسخ مطلقاً ولم يقيدته بالاستحالة فلا يجوز منعه مع الإمكانية بما يقصي ضرورة التنفيذ العيني لأن الإمكانية المكونة للمماثلة هي الإمكانية التافيه للفسخ لا تلك المؤدية إليه! وهذا ما يؤيده صريح الفقرة الثانية من الفصل 273 م. ا. ع. التي «تجري على المماثلة القواعد المقررة بالفصول المتعلقة بالعمود الخاصة» بما يعني أن الفصل 273 م. ا. ع. لا ينطبق إلا في النظرية العامة وفي العقود الخاصة حيث لا يوجد نص خاص. أما إذا وجد هذا النص وهي حالة التقويت في ملك الغير الذي له الفصل 576 م. ا. ع. فليس من التوقف عند وجوده بل أفق النظرية المماثلة فاجدى في جميع صورته

خصوصاً لأن فيه جانبيين قد يتعارضان مع الماطلة فيجب نقاشهما وتوضيح حقيقتهما منها وهما طبيعة الفصل 576 م.ا.ع. نفسه (أ) وأساسه (ب).

#### أ - طبيعة الفصل 576 م.ا.ع.:

625- يلاحظ في قراءة أولية لنص الفصل 576 م.ا.ع. أنه ربط الفسخ مباشرة بعدم الإجازة: «فإن لم يجزه المالك جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع...» ولم يستعمل ما يشير إلى إمكانية التنفيذ مما يبعث على استنتاج عدم اشتراطه الماطلة من المفوت وأن الفسخ فيه إما هو نتيجة استحالة مباشرة أو هو حق للمفوت له بقطع النظر عن إمكانية الوفاء من عدمها. ولا يعدم مثل هذا

1857 راجع كل قرارات الصحة المشار إليها في الجزء الأول من هذا البحث وخاصة في باب العقد الموقوف، ولكن انظر مثلاً بصفة خاصة: قرار تعقيبي عدد 50275 مؤرخ في 12 مارس 1998، ن 98، II، 175. 1858 انظر مثلاً: قرار تعقيبي عدد 11257 مؤرخ في 22 أبريل 1985، ن 85، I، 152: «... على أنه حتى على فرض انطباق هذا النص (الفصل 576 م.ا.ع.) على الواقع المستخلص فإن القيام بطلب الفسخ لا «الإبطال» إنما يحصل من المشتري الذي تضررت مصالحه...».

576 م.ا.ع. فيجب الوضوح عند وسوسة الفسخ كما يجب في البيع الموقوف طبقاً للفصلين 533 و534 م.ا.ع. 1860.

626- ولكن الحق أن هذا النظر مبسّر ومقصود لأن مرتكزه مغلوط وهو اعتبار الفصل 576 م.ا.ع. حكماً خاصاً في الفسخ والحال أنه ليس كذلك مطلقاً. فصحيح أن الفصل 273 م.ا.ع. يحيل إلى القواعد الخاصة، وصحيح أن النص الخاص يقدم على النص العام، لكن كل ذلك مشروط بكون النص الخاص يتضمن حكماً خاصاً فعلاً وإلا فإنه يرد إلى القواعد العامة التي تتمم نقصه وتفصل مجمله وتوضح نطاقه. وهذا يتحدد بنطاق الخصوصية وضرورة

1859 الفصل 534 م.ا.ع. «إذا خص القانون صورة معينة بقي إطلاقه في جميع الصور الأخرى». 1860 يوافق الأستاذ عماد العريبي هذا النقد من حيث المبدأ لما يعيب على من ينفون خيار الدائن في الفصل 273 م.ا.ع. ويقبلونه في النصوص الخاصة أن نظرهم «يصدّم المنطق والدوق السليم». فهذا النقد سليم في المنهج لكنه مناقش في الأصل كما تقدم. انظر رأيه في مقاله السابق عن خيار الدائن في الفصل 273 م.ا.ع. ف 20، ص 153.



كونها استثنائية. فإن كان الفصل 576 م.ا.ع. نصًا خاصًا فعلا ففيم خصوصية مقارنة بالفصل 273 م.ا.ع. 9

**627-** ثمة ثلاثة مجالات ممكنة لهذه الخصوصية هي الميدان والتصوير والأحكام، ليس منها واضحا إلا الميدان لأن الفصل 576 م.ا.ع. لا يتعلق إلا بالبيئ خصوصاً وبالتفويت عموماً فهو بحق خاص إزاء الفصل 273 م.ا.ع. الذي ينسحب على جميع العقود الملزمة للجانبين أيًا كانت طبيعتها.

أما التصوير فلا يقبل تخصيصه إلا بالاستثناء أي بدمج الخاص بالاستثنائي بحيث يكون كل نص خاص بالضرورة نصًا استثنائيًا. وهذا ليس صحيحاً، لأن الاستثناءات يجب أن تكون واضحة إما صراحة أو على الأقل بالتعارض وعند التوافق. وهذا المطلب يزداد إلحاحاً في وجود نظرية عامة للالتزامات يختتمها المشرع بنص يربط بينها وبين النصوص الخاصة هو الفصل 563 م.ا.ع. الذي يضا

النص الخاص للقول بطبيعته الاستثنائية من النظرية العامة، بل الأصل فيه أن يكون تطبيقاً لها. وبهذا يفهم الفصل 563 م.ا.ع. ومعه الفصل 273 م.ا.ع. في إجالتهما إلى «القواعد الخاصة». وليلاحظ هنا أن النصين لا يحيلان إلى النصوص الخاصة نفسها بل إلى القواعد التي فيها!

ثم إن اعتبار النص الخاص استثنائياً بمجرد كونه خاصاً يؤدي إلى ضرورة تكرار نص الفصل 273 م.ا.ع. في كل مرة يتعرض فيها المشرع إلى الفسخ<sup>1863</sup>.

وهذا ليس من حسن الصياغة التشريعية ويحسن تنزيه المشرع عنه. ولذلك فالمقاربة الأسلم للفصلين 273 و576 م.ا.ع. هي اعتبار الثاني تطبيقاً خاصاً للأول خصوصاً أنه اقتصر على إعلان الفسخ كجزاء للتفويت<sup>1864</sup> والحال أن الفسخ نظرية لوحده توجد أركانها في النظرية العامة للالتزامات التي لا بد من حمل النصوص الخاصة عليها<sup>1865</sup> إلا ما اتضح أنه مخالف صراحة أو دلالة للخروج

في مبدئه أن القواعد العامة لا تنطبق إذا وجدت قواعد خاصة تنافيهما، أي أنها هي المنطبقة إلا إذا استثنى منها حكم خاص. ومن هذا الفصل يتأكد اشتقاق قاعدة أن الخاص يقدم على العام<sup>1861</sup>. فإذا لم يثبت الاستثناء بدليل واضح حمل النص الخاص على أصله العام. وإلا فما الفائدة من وضع نظرية عامة إذا كان مجرد تنظيم العقود الخاصة خروجاً عنها<sup>1862</sup> وهذا يعني أنه لا يكفي مجرد

هذا في التصور. أما في الأحكام فلا مانع من ثبوت استثناءات من النظرية

1863 محمد المنصف الشافعي، مماثلة المدين...، ص 196.

1864 محمد المنصف الشافعي، مرجع وموضع سابقين.

1865 تفسير محكمة التعقيب في هذا الاتجاه إلى درجة أنها تستند مباشرة إلى الفصل 273 م.ع. رغم وجود النص الخاص والتمسك به أمامها؛ انظر مثلاً في خصوص الفصلين 675 و676 م.ع.؛ قرار تعقيبي عدد 31966 مؤرخ في 29 مارس 1994، ن 94، 421.

1866 ينص الفصل 871 م.ع. على ما يلي: «إذا توقف إتمام العمل على شيء من جهة المستأجر كان للأجير الحق أن يندبه صراحة للوفاء بما عليه فإذا لم يوف بما ذكر في أجل مناسب فللأجير الخيار بين فسخ الإجارة وإبقائها. وله في كلتا الحالتين القيام بتعويض الخسارة عند الاقتضاء». وقد ذكر الأستاذ الشافعي نصوصاً أخرى وناقش بعضها بصفة خاصة ومنها الفصلان 796 ف 3 و1412 ف 5؛ مماثلة المدين...، ص 195 وص 197 وما يليها.

في مبدئه أن القواعد العامة لا تنطبق إذا وجدت قواعد خاصة تنافيهما، أي أنها هي المنطبقة إلا إذا استثنى منها حكم خاص. ومن هذا الفصل يتأكد اشتقاق قاعدة أن الخاص يقدم على العام<sup>1861</sup>. فإذا لم يثبت الاستثناء بدليل واضح حمل النص الخاص على أصله العام. وإلا فما الفائدة من وضع نظرية عامة إذا كان مجرد تنظيم العقود الخاصة خروجاً عنها<sup>1862</sup> وهذا يعني أنه لا يكفي مجرد

1861 الفصل 563 م.ع.؛ «الأحكام المقررة بالخمسمائة والإثنين والستين فصلاً المتقدمة لا تنطبق في القواعد الخاصة المبنية بالعناوين المتعلقة بالعقود الخاصة».

1862 لا يقال خاصة إنها موضوعة للعقود غير المسماة. فهذا جزء من الحقيقة لكنه ليس كلها، وإلا كان في نسف للسمك الذي يشد الأجزاء الخاصة وإفراغ لفائدة الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود، وهو ما يضرب المجهود التقني لوضعي المجلة في الصميم وقد اختاروا مجلة بكتابين أحدهما للنظرية والآخر لتطبيقها، بل وينفي عملية التقنين أصلاً لأنه ينزع عنها مقوماتها الأساسية من وحدة المنهج والفكر والانسجام والتناسق المنطقي. ولكل ذلك فالكتاب الثاني من مجلة الالتزامات والعقود هو كتاب تطبيقي للأول لا استثناء منه.

العامّة تعكس حقيقة خصوصيّة التقويت. وهذا منتظر لأنه يبرّر النصّ الخاص نفسه<sup>1867</sup>، لكنّه لا يمسّ بجوهر الفكرة القائمة على الترابط المنطقي والمبدئي بين الفصل 576 م.ا.ع. والنظرية العامة فيردّ إليها وهي التي تربط الفسخ باستحالة التنفيذ وتقصيه في المماثلة، ممّا يدلّ على أنّ هذا النصّ يقبل فكرة المماثلة ليفترض غيابها.

**628-** وتتفق طبيعته في هذا الفهم مع طبيعة الفسخ نفسه من أنّه ضمان بين الدائن ضدّ مدينه<sup>1868</sup> فيجعل من بعده الإكراهي وسيلة ضغط تدفع المدين إلى الوفاء وتحثّه على التنفيذ حتّى يحصل على مقابل التزامه من الدائن والآفل مطمع له في إلزامه بأيّ شيء، بل هو مهتدّ بأن يفقد العقد نهائياً لحال رابطته<sup>1869</sup>، وما عليه إلا أن ينفذ التزامه. وهذا يعني أنّ فكرة الضمان تفترض مرحلة للتنفيذ العيني تكون سابقة على الحكم بالفسخ حتّى يكون هناك

ما يؤيّده أساس صحة التقويت أصلاً.

#### ب- أساس الفصل 576 م.ا.ع.:

**629-** إنّ أساس التقويت هو ضمان الاستحقاق، وهو يتميّز بطابع موضوعي (1) قد يبدو للبعض متافيا مع المماثلة، خصوصا أنّ الفسخ الناتج عنه يتحقّق بطريقة آلية (2).

#### 1- موضوعيّة الضمان:

**630-** تفترض المماثلة وجود خطأ من المدين<sup>1871</sup>، لأنها لا تقوم من مجرد التأخّر عن الوفاء<sup>1872</sup> فتختلف عن الضمان الذي هو موضوعي لا يقوم على فكرة الخطأ<sup>1873</sup> ولا يمكن تبعاً لذلك أن يتلاءم التقويت في ملك الغير المؤسّس عليه مع مفهوم المماثلة، بل يجب الفسخ فيه مباشرة.

معنى للضغط على المدين وجبره على الوفاء، فيبقى الفسخ كجزاء أخير.

631- الحق أن الرد على مثل هذه الملاحظة يسير من وجهين على الأقل. فهي

أولا تعبر عن فهم محدود للضمان يحصره في التعويض عن ضرر الاستحقاق لا غير. وهذا بدوره مرتبط بفهم ضيق للاستحقاق وهو افتكالك الشيء من يد المشتري بموجب حكم صادر بحق معارض للغير (الاستحقاق الفعلي) مما يؤول إلى الخلط بين الضمان والتعويض إلى درجة اعتبار دعوى الضمان دعوى في المسؤولية. وكل هذا صحيح لكنه لا يعكس كل الحقيقة وهي أن الضمان ثلاثي الأبعاد ليس فيه التعويض وحده بل فيه الامتناع والدفاع، أي فيه التزام أصلي بعمل وامتناع عن عمل كما فيه التزام بالتعويض (المفهوم الشامل). وإن

وهنا يندرج الفصل 682 م.ا.ع. الذي يؤكد بوضوح لا غبار عليه هذا التحليل بما أنه يمكن المشتري من «حبس» الثمن ريثما يزيل البائع خطر الاستحقاق وهذا يدل على أن المماطلة من صميم التقوية في ملك الغير لأن الحبس<sup>1870</sup> من تقنيات تعليق العقود التي تطيل بقاءها ولذلك فهو من تقنيات المماطلة نفسها. ولا يجوز معه الفسخ الذي يفترض غيابه أو فشله. وبهذا يؤكد الفصل 682 م.ا.ع. أن الفسخ في الفصل 576 م.ا.ع. هو فعلا جزاء أخير بعد تعذر إمكانية النفاذ. وهذا

1867 سيأتي بحثه في موضعه في القسم الموالي. انظر لاحقا 636 وما بعدها.

1868 راجع سابقا، ف 588 والهامش 1765.

1869 مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 736، ص 429.

1870 نسجل هنا طبيعة التعليق من كونه حبسا بصفة مبدئية. علما أن لا شيء يتغير في تحليل المتن ولو تبين أن حق المشتري ليس حبسا بل هو دفع بعدم التنفيذ كما سيأتي نقاشه لاحقا في الأحكام الخاصة في القسم الموالي، ف 659 وما بعدها.

1871

محمد النصف الشافعي، مماطلة المدين...، ص 86.

1872

أكد قرار الدوائر المجتمعة المشار إليه سابقا بتاريخ 29 فيفري 1996 هذه الحقيقة.

1873

جيروم هوييه، أهم العقود الخاصة، ف 11280 ص 224 - كولار - دوتيوول ودلباك، العقود المدنية والتجارية، ف 252 - 253، ص 203.

كان فيه هذا التعويض، فهو لا يعني أنه جزاؤه الوحيد، وإنما هو أحد جزاءات التي أولها الفسخ. ويكفي للاقتناع بذلك الإشارة إلى صريح الفصلين 640 م. ا. ع. في حديثهما عن الفسخ<sup>1874</sup>، وإلى شروح الفقهاء في الموضوع والتي تنط دائما بأن الفسخ هو جزاء للضمان كما التعويض<sup>1875</sup>، بل إن بعضهم يفر التعويض على أنه نتيجة للفسخ<sup>1876</sup>.

لكن قد يقال إن هذا الفسخ لا يحتاج مماثلة لانتفاء الخطأ في الضمان وهذا وجه آخر للرد يستمد من توضيح المقصود بالطابع الموضوعي للضمان. فإني أعني أنه ملزم ولو كان البائع حسن النية، وهو يركز على حصول الاستحقاق ويقوم على فكرة الضرر أكثر من فكرة الخطأ. أي أنه لا يشترط الخطأ ولكنه أيضا لا ينفيه. وإن وجد فلا يلتفت إليه في مبدأ قيامه. وهذا القول هو بالنسبة إلى التعويض حتى لا يتفصى منه البائع بإثبات أن الاستحقاق لا يرجع إلى

ويتمثل في انعدام ملكية المفقوت. فهذا في حد ذاته خطأ يفسر نسبة الاستحقاق إلى المفقوت في كل الأحوال<sup>1878</sup>. ولكنه خطأ من نوع خاص لا يستجير المفقوت من تبعاته بإثبات عدم ارتكابه، بل بالحصول على الملكية فعلا لتنتقل إلى المفقوت له، أي بتحقيق نتيجة التزامه، لأنه التزام بنتيجة لا يتفصى منه إلا بتفويضه. وهو التزام يمكن السعي فيه قبل الفسخ رغم طابعه الآلي في الضمان.

## 2- آلية الفسخ الناتج عن الضمان:

632- لاحظ أحدهم أن الفسخ في ضمان الاستحقاق لا يخضع للأحكام العامة للمماثلة لأنه آلي ومفترض<sup>1879</sup>. ويقصد بالآلية هنا أن الفسخ يقع من نفسه بمجرد الاستحقاق فكأنه انفساخ نتيجة تحمّل تبعه الهلاك، ونظرا لأنه مفترض في الضمان الذي يهدف أساسا إلى التعويض. ولئن كان هذا القول مقبولا في نظام الفسخ الإرادي كما في ألمانيا وسويسرا<sup>1880</sup>، فإنه في نظام الفسخ القضائي

خطأ من جانبه. وقد يكون كذلك بالنسبة إلى الفسخ. لأنه ما المانع من القبول كالمذي عندنا لا يمكنه أن يبرر الخروج عن منطق المماثلة، بل على العكس إنه في باب الاستحقاق تقوم المماثلة من مجرد عدم اكتساب المشتري المالك ولو انعدم خطأ البائع، وهو مطلوب ولو لم يكن خاطئاً خلافاً للقواعد العامة التي تشترط الخطأ في المماثلة<sup>1877</sup>. ومع ذلك يمكن اعتبار الخطأ موجوباً

<sup>1874</sup> مما جاء في الفصلين: 640 م.ع. «إذا كان الجزء المستحق له من الأهمية... فله (المشتري) الخيار

استرجاع قيمة الجزء المستحق... أو أن يطلب فسخ البيع...» و 641 م.ع. «إذا كان بيع منقولات صيرة واسترجاع البعض منها فللمشتري الخيار في أن يطلب فسخ البيع...».

<sup>1875</sup> انظر مثلاً: فيستان وديشي، البيع، ف 823، ص 879 - مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعاوضة،

970، ص 287 - كولان وكابيتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 908، ص 608 - لوران، ج 24، ف 34

و 250 ص 234 و 248 - ريبير ويولانجي، ج 3، ف 1505، ص 502 - سليمان سرقس، عقد البيع

ف 210، ص 390.

<sup>1876</sup> في ستانيسلاس، حق الفسخ في عقد البيع... أطروحة سابقة، ص 208 - جيروم هوبيه، أهم المبادئ

الخاصة، ف 11290 ص 233.

<sup>1877</sup> هناك من الفقهاء من يرفض حتى اشتراط الخطأ في القواعد العامة نفسها وعنده أن الفسخ يقوم على عدم

تنفيذ منسوب إلى المدين لا عدم تنفيذ خاطئ: مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 740، ص 432.

<sup>1878</sup> جيروم هوبيه، أهم العقود الخاصة، ف 11280، ص 224.

<sup>1879</sup> في ستانيسلاس، حق الفسخ في عقد البيع... أطروحة سابقة، ص 206-207.

<sup>1880</sup> يعني نظام الفسخ الإرادي أنه يمارس بواسطة إعلان إرادي يبلغه الدائن إلى المدين يدعوه فيه إلى الوفاء

خلال أجل معقول يضربه له من جديد وإلا فسيعتبر العقد منسوخاً (فريدريك فرانك، القانون الألماني الخاص،

ف 331، ص 342 - محمد المنصف الشافعي، مماثلة المدين...، ص 107 و 152). ولذلك استثنى

بعضهم الضمان لأنه لا يتم بهذه الكيفية بل أمام المحكمة المتعنهة بالتعويض. ولكن هذا الرأي ليس محل

أجماع ويوجد من يعارضه. وقد ذكر ستانيسلاس في أطروحته (ص 206 هـ 4 و ص 216) من بينهم خاصة

فون بورن وشونله (Von Bürn et Schonle).

<sup>1881</sup> الفصل 635 م.ع.: «إذا وجهت دعوى على المشتري في شأن المبيع وأقام المدعي بيته فعلى المشتري إعلام

الممكنة لصالح المشتري؛ فماذا يكون هذا غير التنفيذ العيني المخصص للمماطلة! إن في وقوف البائع إلى جانب المشتري محاولة منه لتنفيذ التزامه عينياً لردّ دعوى الغير وتثبيت الملكية عند المفوت له، بحيث لو نجح في مسعاه عدّ منفذاً لالتزامه ونجا المشتري نهائياً من خطر الاستحقاق. وهذا يدلّ على أنه قبل الاستحقاق مرّ البائع بمرحلة الغصب على الوفاء حتى إذا ثبت حقّ الغير وحكم له اعتبر الاستحقاق حاصلًا، والتنفيذ بالتالي مستحيلًا. أي أن إمكانية الوفاء نظرت قبل استحالته. وهذه هي المماطلة.

633- لكن قد يعنّ لناقد عند هذا الحدّ أن يقبل بصحّة هذا التحليل على أنه مقصور على نصوص الضمان وخاصة منها الفصل 635 م.ا.ع. والحال أن البحث جار عن المماطلة في الفصل 576 م.ا.ع. فيدلّ ذلك عنده على تغاير الأساسين بحيث إذا قبلت المماطلة في الأوّل رفضت في الثاني. وفعلاً فالفسخ في

ذلك لا يعني غياب المماطلة في الفصل 576 م.ا.ع. وبيانه أن تحقق أي شرط من شروط النفاذ أثناء دعوى الفسخ ينفذ التقويت مما يعدّ معه المفوت منفذاً لالتزامه فيمتنع الفسخ، وهو ما يعني أن إمكانية الوفاء تتعارض مع الفسخ وتسبقه. كما أن مراعاة مصلحة المفوت له في عدم الانتظار أكثر مما يجب أو يمكن لا يعني تفويضه أمر العقد يتحكّم فيه لوحده ويقرّر مآله بنفسه، بل لا بدّ فيه من مجال لمصلحة المفوت بتمكينه من فرصة التنفيذ، فلا يكون الفسخ آلياً بيد المفوت له ولا يكون إبقاء العقد حتمياً حتى النفاذ بل تترك مهلة مماطلة للمفوت عليه يوفر فيها الملكية المطلوبة خصوصاً أنّه في الأصل حسن النية. فكيف لا يجاب إلى طلبه وكيف يحرم من نفع العقد بدعوى وجوب فسخه مباشرة! وإذا كان الفصل 576 م.ا.ع. ينطلق من الفسخ فلائنه يفترض وجود استحالة فقط لا لأنه يفترضها مطلقاً وإلا لكان نصّاً في البطلان المطلق، أي أن حديث الفصل 576 م.ا.ع. لا يفتقر إلى نصّ يفرضه قسراً على الاستحالة بحكم

576 م. ا. ع. عن الفسخ يمكن أن يفهم على التراضية متى الاستحقال يجوز إثبات عكسها بتحقيق الإمكانية. وهذه مسألة إثبات<sup>1883</sup> لا تنفي في الأصل فكرة الماطلة. وهذا يعني أن عدم ملكية البائع هي دائما حالة استحالة وقتية لا نهائية<sup>1884</sup> وأن مراعاة إمكانية التنفيذ لازمة دائما قبل كل حكم بالفسخ.



**635-** هكذا إذن يتبين أن تصور فسخ التّفويت في ملك الغير يتفق تماما مع التصور العام للفسخ القضائي إذ يرتبط باستحالة التنفيذ ولا يتيسر مع الإمكانية ويفترض غياب ماطلة المفوت.

على أن هذا التوافق الفكري المبدئي لا يعني ذوبان التّفويت في ملك الغير

<sup>1883</sup> سيأتي بحثها في الأحكام الخاصة في القسم الموالي، ف 644 وما بعدها.

<sup>1884</sup> كولين دي سانتير، درس تحليلي للمجلة المدنية، ج 7، ف 28 مكرّر، فقرة XIII، ص 58.

الفصل 635 م. ا. ع. مشروط بحصول الاستحقاق الفعلي وقد أمكن استتباب الماطلة فيه، أما الفصل 576 م. ا. ع. فالفائدة من دعواه تكمن في أنها توجه قبل الاستحقاق فلا يوجد مجال للماطلة ويقع الفسخ مباشرة بناء على أن أعداد ملكية المفوت هو حالة استحالة أصلية للالتزام تتنافى جذريا مع الماطلة<sup>1882</sup>.

**634-** ولئن كان صحيحا أن فائدة الفصل 576 م. ا. ع. تظهر خاصة قبل حصول الاستحقاق من الغير مما يمنحه نوعا من الخيار بين أن ينتظر حصول الاستحقاق ويقوم في الضمان، أو أن يستعجل الأمر ويقوم رأسا في الفسخ، إلا أن

البائع بذلك فإذا أراد المشتري أن يباشر الخصام وأعلمه القاضي بأن خصامه يمنع رجوعه على البائع فاخذ مباشرة الخصام وخصم بالفعل لم يبق له رجوع على البائع».

<sup>1882</sup> فعلا فإن الماطلة تقوم من إمكانية الوفاء، فإذا ثبت أن الالتزام مستحيل في الأجل فلا معنى لأية ماطلة وكذا إذا كان ثابتا منذ الأجل أن التنفيذ اللاحق لن يحقق أية مصلحة للدائن. ففي الحالتين تنع الإمكانية وتنفي الماطلة، وهذا بيان النقد الموجه في المتن. انظر بمزيد التفصيل، محمد المنصف الشافعي ماطلة المدين... ❖، ص 109 وما يليها.



كلياً في النظرية العامة بما ينفي خصوصيته، وإنما يعني أن ما له من خصوصية لا يبرر خروجه من حيث التصور عن المنوال العام. بل هو يتبناه من حيث المبدأ، ولكنه يتعامل معه بطريقته التي تبرز كل خاص فيه من خلال أحكامه التفصيلية.

### القسم الثاني: الأحكام الخاصة لفسخ التقويت

**636-** يفرض تلاؤم تصور فسخ التقويت في ملك الغير مع التصور العام للفسخ القضائي تقبل نظامه القانوني للأحكام العامة من شروط أصلياً وإجرائية وموانع وآثار بين الطرفين أو إزاء الغير إلى ما هنالك مما يطلب في المطولات والمراجع العامة. لكن من هذه الأحكام ما هو خصوصي للتقويت في ملك الغير إما لأنه يفهم فيه بشكل خاص أو لأنه يطوع له أو حتى يختص به فيشدد عن النظرية العامة. وكل هذا محقق في فسخ التقويت بمفترضيه الاثنین

فيه هو تحديد بدايته (1) لأن نهايته تختلط بالإثبات، وأنه يتأثر بعلم أو جهل الطرفين بملكية الغير (2).

#### 1- بداية الماطلة:

**640-** باعتبار الماطلة عدم تنفيذ وقتي فهي تستغرق مدة معينة تفصل بدايتها عن نهايتها. وقد تختلطان أحياناً فيما يعرف بالأجل الحاسم<sup>1886</sup>. ولا يهم في إمكانية النفاذ إلا البداية لاختصاص الأجلين الآخرين بالاستحالة، ولأن نهاية الماطلة تعني الخروج من الإمكانية إلى الاستحالة، فيقع الفسخ. أما الأجل الحاسم فهو الأجل الذي بمجرد حلوله يستحيل تنفيذ الالتزام. أي هو أجل ينفي الماطلة نفسها<sup>1887</sup> وليس له ذكر في التقويت في ملك الغير لأنه لو كان كذلك لكان الفسخ في الفصل 576 م.أ.ع. ضمنياً وآلياً وهذا غير صحيح لأن أساسه ليس في الشرط الفسخي الضمني الذي يتحقق بمجرد حلول الأجل طبقاً للفصل

السلبى والإيجابي أي الماطلة (الفرع الأول) والاستحالة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الأحكام الخاصة بماطلة المفوت

637- تظهر خصوصية التّفويت في ملك الغير في وجود الماطلة (الفقرة الأولى) وفي جزائها (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: وجود الماطلة

638- لئن كانت القواعد العامة لا تعتدّ بحسن النية أو سوءها في وجود الماطلة<sup>1885</sup> فإنّ التحليل يبيّن عكس ذلك في التّفويت في ملك الغير حيث لعلم الطرفين أو جهلها دور كبير سواء في تحديد أجل الماطلة (أ) أم في إثباتها (ب).

### أ- أجل الماطلة:

639- يختصّ أجل الماطلة بمسألتين في التّفويت في ملك الغير هما أنّ المهمّ

<sup>1885</sup> محمد المنصف الشافعي، ماطلة المدين...، ص 80.

274 م.أ.ع.<sup>1888</sup> ولا في الاستحالة القاهرة حسب الفصل 348 م.أ.ع.، بل هو في عدم التّفيز على معنى الفصل 273 م.أ.ع. وأكثر من هذا، واعتباراً لتقدير غياب الملكية زمن التّفويت، فإنّ القول بالأجل الحاسم معناه البطلان المطلق لاستحالة تنفيذه عند إبرامه بما أنّه في تلك اللحظة لا توجد ملكية عند المفوت وهذا غير صحيح لأنّ التّفويت صحيح.

641- لذلك فالسؤال في الماطلة يهّم بدايتها. وهذه تنهض على تفريق معروف بين وجود الأجل وعدمه<sup>1889</sup>. ويمكن القول هنا مبدئياً إنّ الأجل في التّفويت موجود وهو تاريخ التّفويت نفسه. ويوصف هذا الأجل بأنه قانوني لأنّ

<sup>1886</sup> Terme de rigueur / fixe

<sup>1887</sup> محمد المنصف الشافعي، ماطلة المدين...، ص 164.

<sup>1888</sup> الفصل 274 م.أ.ع. «إذا اشترط العاقدان أنّ عدم وفاء أحدهما بما التزم به يوجب فسخ العقد فإنّ العقد

ينفسخ بمجرد وقوع ذلك».

<sup>1889</sup> انظر الفصل 269 م.أ.ع.

القانون هو الذي يحدده وبأنه مطلق لأنه محدد بدقة لا بصفة تقريبية. وتستمد قانونيته من الطبيعة الفورية للتفويت وخصوصا من الفصل 583 م.ا.ع. 1890. وهذا يعني أن المفوت يعتبر متأخرا عن تنفيذ التزامه منذ لحظة انبرام التفويت. وهنا قد يعترض بأن التفويت في ملك الغير هو صورة من صور التأجيل القانوني لانتقال الملكية أو الحق العيني عموما<sup>1891</sup>، فلا يعقل أن يكون أجل الالتزام موافقا لتاريخ العقد نفسه ويجب أن يتأخر عنه، مما يعني أن الالتزام يصبح بدون أجل، ويجب أن يكون له أجل لأنه من طبيعته حسب الفصل 136 م.ا.ع. وعندئذ يعين له القاضي أجلا<sup>1892</sup>.

لكن هذا الاعتراض قابل للرد بما تقدم<sup>1893</sup> من أن التفويت في ملك الغير يشبه حالات تأجيل انتقال الملكية لكنه ليس منها حقيقة لأن تأخر النفاذ ليس مقصودا لذاته أو أن أسبابه وضعت كأجل للالتزام، وإنما هو تأخر مفروض

نتصور أن مشتريا يأخذ شيئا من السوق وعند دفعه للثمن والتسليم يتدخل طرف ثالث ليدعي ملكية المنقول وينكر على البائع صنيعه: فلا يسع هذا الأخير إلا أن يهبط على الفور لرد هذا الادعاء والدفاع عن المشتري، أي أنه يطالب فورا بالالتزام الضمان. فكيف له أن يدعي تأجيله ريثما يسعى في جعل المشتري يكتسب الملكية؟ وماذا ينتظر وقد بدأ الاستحقاق فعلا؟ ويدل هذا المثال على وجود التزام الضمان وعلى نشأته بالعقد ومن حينه، مما يجعل التأخير مبتدئا دائما من تاريخه.

فإذا سلم المعارض بالرد، أمكنه إبداء اعتراض آخر على مجاله فيطلب حصره في فرضية جهل الطرفين حقيقة أن الملكية ليست للمفوت. فهل يقبل اعتراضه؟

642- يبرر حصر الاعتراض السابق في فرضية جهل الطرفين أنه لو كانا يعلمان حقيقة عدم ملكية البائع لكان من الصعب أن نجعل الالتزام بالنسبة إليهما في تاريخ العقد نفسه وهما يعرفان حقاً أن توفير الملكية غير ممكن في ذلك التاريخ، فلا بد من تأخير الأجل إلى تاريخ لاحق. وهذا اعتراض وجيه حقاً لأنه لا يمكن فعلاً أن ننسب إلى الإرادة دون تحريفها، أو تعليقها بالمحال، أنها تضبط أجل الالتزام في تاريخ العقد نفسه وهي تعلم فرضاً عدم إمكانه بما أن مقصودها أصلاً هو أن يسعى المَفُوت في إكساب المَفُوت له الملكية وهو سعي يتم ضرورة وفرضاً بعد العقد. لذلك لا بد أن يكون الأجل هنا متأخراً عن تاريخ التّفويت. ومثاله أن يتفق الطرفان على أن يبيع أحدهما للأخر العقار الذي سيكتسبه في ظرف شهرين. فهذا بيع للملك الغير يلزم البائع بأن يكتسب الملكية لتنتقل إلى المشتري مع تحديد أجل لتنفيذ هذا الالتزام. وبحلوله يعدّ

يوجبه تأطير الفعل البشري في الزّمن، فما من حركة إلا وتقع في الزّمن، قصرت أو طالت، تمت أو تأخرت. وهذا هو تماماً وضع نفاذ التّفويت. ثم إن السعي في تحقيقه - وهو محل الالتزام المقصود - هو التزام متفرّع عن الضمان الذي ينشأ فوراً ولا يتأجل بدليل أنه لا مانع منطقيًا وعمليًا من حدوث شغب استحقاق فور التعاقد. وهذا وارد في العقارات كما في المنقولات إذ يجوز أن

1890 راجع الجزء الأول من هذا البحث، ف 282 و286.

1891 نور الدين بسرور، جزاء قواعد تكوين العقد...، أطروحة سابقة، ف 88، ص 101.

1892 ينص الفصل 136 م.ا.ع. على ما يلي: «إذا كان الالتزام غير مقيد بأجل أجري حالاً إلا إذا كان الأجل معتبراً في طبيعة الالتزام أو في كفيته إجرائه أو في محله فعند ذلك يعين القاضي الأجل». ويجب التنبه هنا إلى أن هذا النص لا يهم الالتزامات البسيطة التي ليس فيها أجل مطلقاً، بل الالتزامات التي فيها أجل تقريبي أو نسبي، فيضع معايير لاستنتاجه وتفسير إرادة المتعاقدين: انظر محمد المنصف الشافعي، مماثلة المدين...، ص 45-47.

1893 راجع سابقاً، ف 298.

مماطلا. ويفهم من هنا أن الأجل يتأخر عن العقد، وأن المرجع فيه هو تحديد الطرفين إن فعلا كما في المثال<sup>1894</sup>، وإلا بانتهاء المدّة المعقولة المقررة بالإنداز (الإعذار)، وهي الطريقة المتبعة قانونا لتحديد بدء المماطلة في الالتزامات البسيطة التي لا أجل فيها طبقا للفصل 269 م.ا.ع.<sup>1895</sup>

**643-** وبناء عليه يتّجه التفريق في بدء المماطلة بين علم الطرفين وعدمه. فإن كانا يعلمان أن المال مملوك للغير فلا تبدأ المماطلة إلا بحلول الأجل أو بالإعذار حسب الأحوال، وإن كانا لا يعلمان ذلك أحدهما أو كلاهما، فالمماطلة تبدأ من تاريخ العقد. ويفرض هذا الحلّ المبدئي انبناء التفويت في ملك الغير على أصل الصحة الذي يفترض الملكية عند المصوّت وانتقالها إلى المصوّت له فورا، مع ما يستتبعه من اكتشاف نقص الملكية لاحقا، فيتعلّق الأمر حقيقة بتقدير استحالة الوضع نهائيا أكثر من إمهال المدين زمتا للتفويض حتى يعدّ متأخرا أو مماطلا،

### ب- إثبات المماطلة:

**644-** يتمحور إثبات المماطلة خلافا للقواعد العامّة حول قرينة استحالة (1) تتأثر خاصّة بحسن نية المصوّت له (2).

#### 1- قرينة الاستحالة:

**645-** يتأسّس إثبات المماطلة في القواعد العامّة على قرينة قانونية بسيطة مفادها أنه بمجرد حلول الأجل أو الإعذار يعدّ المدين مماطلا<sup>1897</sup>، فيقع عليه هو إثبات العكس بنفي الخطأ المكوّن لمماطلته. وهو ما يعني خاصّة تحميل الدائن عبء إثبات نهاية المماطلة أي استحالة التنفيذ المبررة للفسخ بإثبات تعذر الوفاء موضوعيا أو انعدام مصلحته فيه.

**646-** وعلى خلاف ذلك، يوحى تخويل الفصل 576 م.ا.ع. المصوّت له طلب الفسخ مباشرة أنه يفترض استحالة التنفيذ، أي أنه ينطلق من قرينة معاكسة

للقواعد العامة. وهذا نظر صحيح لاعتبارين اثنين أحدهما أن أمر المماثلة مفروغ منه مبدئياً لثبوت ركنيها التأخير والخطأ منذ التّفويت. وثانيهما قرينة حسن النية في المفوت له لأن الأصل في الطرفين وخصوصاً في المفوت له عدم العلم أنه يشترى ملك غير المفوت، ولا يبلغه العلم إلا لاحقاً على سبيل المفاجأة فلا يكون من الإنصاف أن يؤخذ بفترته ويطلب منه إثبات ادّعائه والحال أن المفوت هو من تسبّب في هذا الوضع، فيتّجه تحميله هو عبء الإثبات. وهو لا يثبت الاستحالة لأنه ليس هو طالب الفسخ وليس من حقه ذلك<sup>1898</sup>، بل سيثبت عكسها أي الإمكانية. والسبيل الأوفق لهذا الحلّ هي تقنية القرينة القانونية البسيطة التي

1897 محمد المنصف الشافعي، مماثلة المدين...♦، ص 147 وما يليها.

1898 انظر في اتجاه منع المفوت من الفسخ: قرار تعقيبي عدد 37969 مؤرّخ في 8 نوفمبر 1994، ن 94، 461. - كولين دي سانتير، ج 7، ف 28 مكرّر، فقرة XI، ص 57.

بما يفترض أن المدين هو بعد في حالة تأخير. وإذا كان كذلك، انقلب البحث إلى بدء هذا التأخير بالصعود عكسياً في اتجاه انبرام العقد حتى أقصى تاريخ ممكن لا يتصور أن يبدأ التأخير قبله، فلا يكون إلا تاريخ التّفويت نفسه لأنه لا أجل قبله. وهذا ما يؤكّد وتؤكدّه الطبيعة الفورية المبدئية للتّفويت. فيبدو منطق المماثلة هنا معكوساً على خلاف أصلها العام حيث هي تستغرق الماضي وتنتج إلى المستقبل<sup>1896</sup>. ولكنها في التّفويت في ملك الغير منّجة إلى الوراء لتقدير حجم التأخير لأن حدة النقاش يستقطبها تقدير الاستحالة وسؤال: هل انقلبت المماثلة إلى استحالة بعد أم لا؟ وهذا سؤال في الإثبات.

1894 إذا كان الأجل غير صريح لكن يمكن استنتاجه من ظروف التّفويت، فيعتبر موجوداً ويحدّده القاضي على أساس الفصل 136 م.ع.

1895 محمد المنصف الشافعي، مماثلة المدين...♦، ص 47 وما يليها.

1896 محمد المنصف الشافعي، مماثلة المدين...♦، ص 174. - نذير بن عمّو، تعليق سابق، ص 282.

من شأنها أن تقلب عبء الإثبات<sup>1899</sup> فتوضع قرينة في الاستحالة تعفي المَفُوتَ له من إثباتها فينقلب العبء إلى المَفُوتَ ليثبت عكسها وذلك بتوفير الملكية للمفوت له، فإن نجح في مسعاه نفذ التقويت، وإلا فسخ لثبوت الاستحالة قانوناً بموجب القرينة.

**647-** وأكثر ما يتصور هذا الحلّ يكون في فرضية عدم تسليم المبيع، إذ يقوم المشتري في إلزام البائع به ولكن يتضح تعذره لكون المبيع مملوكاً للغير فيكون من حق المشتري طلب الفسخ لاستحالة تنفيذ الالتزام بالتسليم، كما من حقه طلب الفسخ لاستحالة الحصول على الملكية باعتبار أن الفصل 592 م.ع. يلزم البائع بتمكين المشتري من حوز المبيع «بلا مانع». وكون المبيع بيد الغير يعتبر مانعاً في الملكية والتسليم معا وهو ما يدعمه صريح الفصل 632 م.ع. خاصة في صورته الثانية حيث يعدّ من صور الاستحقاق «إذا كان المبيع بيد الغير

المفوت أنه مالك وعلى من يدعي خلافه أن يثبته بما يعني أن الإثبات يتحمّله المَفُوتَ له لا المَفُوتَ، فكيف يفيد من قرينة لا تقرها الأصول على هذا النحو؟

إنّ الجواب الكفيل بنفي هذا التعارض الوهمي بسيط ويكمن في تحديد محلّ القرينة، ومن ثمّ محلّ الإثبات: فمحلّ القرينة ليس الملكية نفسها بل استحالة توفيرها، وشئان بينهما. وتفسيره أنّ المَفُوتَ له عند قيامه بدعوى الفسخ عليه أن يثبت أنّ المَفُوتَ ليس مالكا وأنّ المحلّ مملوك للغير. وبمجرد إثباته لهذه الواقعة يكون قد أثبت مفترض قرينة يستفيد منها وهي استحالة توفيرها من المَفُوتَ. وما على الأخير إلا أن يثبت العكس أي أنّه قادر على توفير الملكية. والفسخ ليس منوطاً بالواقعة الأولى بل بالثانية، أي ليس منوطاً بكون المَفُوتَ غير مالك وكفى، بل بكونه لم يستطع توفير الملكية، وبالتالي تحقيق التزامه بالضمان. وفي هذا خروج عن الأصل العامّ في المماثلة الذي لو اتّبع لكان على

ولم يمكن حوزة منه» ولا يتيسر القبول بهذه النتائج إلا بوسيلة قرينة الاستحالة التي لو لم تفترض لكان المشتري مخيراً بين الفسخ لعدم التسليم أو الغصب على الحصول على الملكية، وهذا غير منطقي لأن المانع واحد في الحالتين، فكان لا بد من قرينة استحالة تبرر طلب الفسخ، وللمفوت دحضها برفع المانع وتوفير الملكية المطلوبة.

**648-** لكن الإقرار بهذه القرينة قد يبدو متعارضاً مع الأصول العامة للإثبات لأنه سيكون من نتيجته إعفاء المفوت له وهو مدع من الإثبات وتحميله على المدعي عليه أي المفوت ليثبت أنه مالك وهذا مخالف لقاعدة تحميل عبء الإثبات على المدعي<sup>1900</sup> ولأصل الصحة والمطابقة للقانون<sup>1901</sup> والذي ينتج عنه أن الأصل في

1899 محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، ف 260، ص 263.

1900 الفصل 420 م.ع.

1901 الفصل 559 م.ع.

المفوت له أن يثبت أولاً أن المفوت غير مالك وثانياً أنه يستحيل عليه توفير الملكية لأن عدم التنفيذ في القواعد العامة تقوم منه قرينة مماثلة تجعل عبء الإثبات على الدائن. لكن العكس هو ما يحصل في نظام الفصل 576 م.ع. الذي يستند إلى قرينة استحالة يستفيد منها المفوت له وتجعل المفوت (المدين) يثبت الإمكانية إما بإجازة المالك أو بالحصول على الملكية لأن النفاذ كالتنفيذ في نظرية الضمان. ولهذا منح الفصل 576 م.ع. المشتري طلب الفسخ مباشرة، لأنه ينطلق من فرضية استحالة تدل عليها قرينة الاستحالة، وهي عكس قرينة المماثلة لأنها تضع المفوت في وضع استحالة بمجرد ثبوت عدم ملكيته ويقع عليه هو إثبات العكس. وإن يفعل فإنه يكشف عن الإمكانية الكامنة خلف الاستحالة، مما يدل على مماثلة معكوسة تفترض فيها الاستحالة قبل الإمكانية والفسخ قبل التنفيذ. وفي هذا يلاقي الإثبات مسألة الأجل في قلب منطق المماثلة. وقد تقدم أن الأجل يختلف حكمه بحسب علم الطرفين أو جهلها، فهل الأمر بالمثل في الإثبات؟



## 2- تأثير الإثبات بحسن نية المفوّت له:

649- يفرض الجواب عن السؤال السابق نفسه بالإيجاب من جهة المفوّت له وحده باعتبار أنّ حسن نيّته هو المحدّد في قرينة الاستحالة التي تقوم بوجوده وتسقط بانعدامه. وهذا مفهوم. وتوضيحه أنّ القرينة بإعفائها للمستفيد منها من الإثبات تمثل مكافأة له لا يستحقّها إذا كان سيء النية. فإذا كان يعلم منذ التفويت أنّ المفوّت ليس مالكا وقام في الفسخ مباشرة كان من حقّ البائع أن يردّ بوجوب مراعاة الأصل في التنفيذ وهو الغصب على الوفاء قبل الفسخ، وبأنّه قادر على ذلك لكنّه تأخّر فحسب ومستعدّ لتدارك تأخيرته، ولا يمكن أن يجول بذهن المفوّت له غير هذا وهو يعلم عدم الإمكانية مسبقا. والمفوّت يستطيع هذا الردّ بقطع النظر عن علمه من عدمه، لأنّه لو كان الطرفان لا يعلمان ملكيّة المبيع للغير

## الفقرة الثانية: جزاء المماطلة

651- يقوم جزاء المماطلة جوهرية على إمكانية التنفيذ فيسعى إلى المحافظة على العقد إمّا بتحقيق مقصوده فينجو من الزوال، أو على الأقلّ باستبقائه طيلة مدّة المماطلة ريثما يتحقّق أمره نهائيا. في الحالة الأولى يتّجه غصب المفوّت على الوفاء طبقا للفصل 273 م.ا.ع. (أ) وفي الثانية يمكن تعليق العقد وهو ما يقرّه الفصل 682 م.ا.ع. صراحة (ب).

## أ- غصب المفوّت:

652- الغصب هو إجبار المدين على أداء عين الالتزام لتحقيق مقصود العقد. وهو يتلوّن حسب طبيعة الالتزام. وفي التفويت في ملك الغير يؤثّر محتوى التزام المفوّت (1) في تحديد شكل الغصب (2).

653- يتمثل التزام المفوت في جعل الأثر العيني يتحقق لفائدة المفوت له وذلك بالسعي في توفير الملكية الناقصة. وهذا التزام يتفرع عن ضمان الاستحقاق، وهو التزام بعمل أي عمل السعي، عمل توفير الملكية وجعل المفوت له يكتسبها أو يكتسب الحق العيني عليها. وهو التزام بنتيجة لأنه يرتبط بمقصود التقويت أي أثره العيني. ومن المعلوم أن هذا الأثر يحصل بتحقيق شرط الملكية الذي يتحقق بدوره بطريقتين: إما بإجازة المالك أو بصيرورة المفوت مالكا<sup>1902</sup>. وإذا كان التزام المفوت راميا إلى هذه النتيجة فمن المفروض أن يشمل الوسيطتين المذكورتين. ولكن الفصل 576 م.ا.ع. يربط الفسخ بعدم الإجازة دون صيرورة المفوت مالكا، فهل يدخل هذا السبب في التزام المفوت أم يقتصر على الحصول على إجازة المالك على حد ظاهر الفصل 576 م.ا.ع.؟

1902  
راجع سابقا، بحث نفاذ التقويت، ف 397 وما بعدها.

لكان حسني النية مما يبرر فريضة الاستحالة. ولو كان يعلمانها لا فطرص العكس أي قرينة المماثلة الأصلية، فيحمل الإثبات على المفوت له. أما لو كان أحدهما يعلم والآخر لا يعلم، وجب وضع القرينة في صالح الجاهل منهما، فإن كان هو المفوت اعتبرت قرينة مماثلة حتى يقع عبء الإثبات على المفوت له العالم، وإن كان هو المفوت له فهي قرينة استحالة حتى يفيد منها. فيظهر هكذا أن المحدد في القرينة هو دائما المفوت له إن كان حسن النية فهي قرينة استحالة وإن كان عالما فهي قرينة مماثلة سواء كان المفوت عالما أم جاهلا في الحالتين.

650- بهذا تتبين حقيقة المماثلة في التقويت في ملك الغير. فهي موجودة لكنها موسومة بخصوصيات ثلاث تميزها عن نظامها العام إذ هي تنظر من جهة الدائن لا المدين، وتركز على حسن النية أو سوءها لا على الخطأ، وتؤخر الإمكانية على الاستحالة في حالة حسن النية. فهي مماثلة معكوسة. وسيبرز جزؤها المزيد من خصوصياتها.

لا يمكن الجواب بغير الإيجاب لأنّ سعي المفوّت في أن يصبح مالكا هو من صميم التزامه لأنّه ليس أقرب إلى التصوّر من أن يصبح المفوّت مالكا ليحقّق الشرط المطلوب لنفاذ التفويت العادي وهو أن يكون صادرا عن مالك<sup>1903</sup> فيحتمل غضبه على توفير الملكية إجباره على السعي في طلب إجازة المالك أو في اكتسابها هو نفسه حتّى تكتسب للمفوّت له<sup>1904</sup>. وهذا الغصب موافق لحقيقة الضمان من أنّه التزام بنتيجة لا ينقضي إلا بالنفاذ، فلا يجدي المفوّت أنّه لم يفلح في إقناع المالك بالإجازة بل عليه أن يحاول أن يكتسبها منه ولو كلفه ذلك خسارة كأن يشتريها منه بأزيد ممّا باعها به.

**654-** وإذا كان الأمر كذلك فإنّ السّؤال عن شرط النفاذ هذا يتحوّل من دخوله في التزام المفوّت إلى تفسير غيابه من الفصل 576 م.ع. أي أن السّؤال لن يكون في معرفة هل اكتساب الملكية من المفوّت يدخل في التزامه بتوفير

يصعب فيها الحصول عليها. وهذا يعني أن الالتزام محلّه السعي في جعل المفوّت له مالكا مطلقا لا بالإجازة فحسب، لكنّها الغالبة فقدّمها المشرع. ومع هذا كان من الأفضل أن يشير النص إلى محتوى الالتزام كاملا لا أن يقتصر على فرع منه خصوصا أنّه سبق أن أقرّه في النفاذ، وهو ما فعله المشرع الإيطالي مثلا سنة 1942 عندما صاغ الفصل 1476 على النحو التالي: «إذا لم يكن المبيع مملوكا للبائع وقت العقد، وجب عليه أن يكسبه للمشتري (يوقر اكتسابه). ويصبح المشتري مالكا حين يكتسب البائع الملكية من صاحبها»<sup>1905</sup>.

**655-** بهذا يتبيّن أن التزام المفوّت بتحقيق الأثر العيني لفائدة المفوّت له يفرض عليه السعي في الإجازة أو في أن يكتسب الملكية. وهما شرطا النفاذ حسب الفصل 576 م.ع.<sup>1906</sup> وهذا السعي هو عمل لكنّه عمل من نوع خاصّ لأنّه

**Art. 1478:** «*Se al momento del contratto la cosa venduta non era di proprietà del venditore, questi è obbligato a procurarne l'acquisto al compratore. Il compratore diventa proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa.*»

1906 يؤيد هذا التحليل صحة تحديد منطقة التقويت في ملك الغير باستخدام معيار الزمن وحصر الموضوع في علاقة الطرفين دون المالك الحقيقي (راجع المقدمة، ف 14 و 28 وهـ 112) إذ أمكن إقصاء فرضيتي التقويت من مالك ظاهر وتطبيق قاعدة الحوز في المنقول سند الملكية بصفة فورية من نطاق التقويت لأن المشكل فيهما محسوم في المهد. ففي الملكية الظاهرة ينشأ التقويت صحيحا وناهدا أصلا كما لو أنه صدر من مالك، وبالتالي فلا مجال فيه لغصب المفوت على شيء إذ لا يعقل إجباره على أن يكون مالكا ظاهرا (وفي حوز المنقول إذا تم التحويز فور التقويت فإن تطبيق قاعدة الفصل 53 م.ح.ع. يملك المفوت له رأسا بحيث تعدم لديه كل مصلحة في غصب المفوت على شيء. فالتقويت في هذين الحالتين بعيد كلياً عن منطق الغصب على الوفاء والفسخ، ومن ثم الضمان نفسه لأنه لا يتصور فيهما غصب المفوت على أي عمل متفرع عن الضمان ومعلوم أن لب التقويت في ملك الغير الضمان. واستكمالاً للتحليل، وفيما قد يدخل في فرض التقويت في ملك الغير من تقويت في المنقول إذا تراخى الحوز عن التقويت أو تقويت في العقار بتطبيق التّقدم العشري عند المفوت له فلا مجال أيضاً لأي غصب على الوفاء، مما يؤكد إقصاء هذين السببين (الحوز المكسب) من أسباب نفاذ التقويت (راجع الهامش 1297 السابق)، لأنه بالنسبة إلى المنقول، فإن تأخر الحوز إما أن يستغرقه التزام التسليم والمفوت له حسن النية فيكون الغصب على التسليم وبه يتم الحوز المكسب، وإما أن يعلم المفوت له

الملكية أم لا، بل يصبح متعلقاً بتفسير لماذا لم يربط الفصل 576 م.ا.ع. بينه وبين الفسخ كما فعل مع الإجازة كأن يقول مثلاً: «فإن لم يجزه المالك أو لم يكتسب البائع الملكية جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع...»

يبدو الجواب في أحد اعتبارين أو في كليهما معاً. فيمكن أن يقال إن السعي في الحصول على الإجازة أظهر في الالتزام من اكتساب المفوت الملكية لأنه قد يصير مالكا بغير اختياره كما بموجب الوفاة أو بمفعول القانون فينفذ التقويت آلياً دون فعله. كما يمكن أن يقال أيضاً إن أول ما يتبادر إلى الذهن فعلة عندما يتبين أن المبيع مملوك للغير هو أن تسأل موافقة هذا الغير على التقويت فتكون الإجازة عندئذ أسير طريق يفكر فيه أولاً لنفاذ التقويت، لكنّه لا يمنع السعي في توفير الملكية بوسيلة أخرى إذا لم يتيسر طلبها أو رافقت التقويت ظروف

1903 قيهو، أعمال التقويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 31 وما بعدها، ص 21 وما يليها.

1904 فيأنا، خصائص بطلان بيع ملك الغير... أطروحة سابقة، ص 55 وص 69.

يتمثل في تحقيق شرط قانوني - وليس عملاً مادياً أو بدنياً - ومن هنا فهو يختلف عن التسليم ولا يجب خلطه به لأن التسليم هو عمل مادّي يتسلط على المبيع وتوفير الملكية قد يتطلب سعياً مادياً كتوجيه سؤال إلى المالك أو تحرير كتاب شراء أو طلب ترسيم من إدارة الملكية العقارية لكن مرماه هو تحقيق أثر قانوني ذي طابع ذهني مجرد<sup>1907</sup> وهو ما يؤثر على السعي في تحقيقه لأنه يطوع أكثر من غيره لتدخل القانون نفسه لتحقيقه بأسباب أخرى آلية أو تلقائية تنفذ التقويت من ذاتها وتجعل الالتزام كأنه نفذ فينقض قانوناً<sup>1908</sup>. ولذلك فالنفاذ في التقويت كالتنفيذ<sup>1909</sup>. لكن هذا الطابع الذهني لم يرمى التزام المفوت لا يبعد عن نطاق التنفيذ الجبري، بل هو على العكس قابل للغصب.

2- شكل الغصب:

656- أصبح من المسلم أن الالتزامات بعمل تقبل التنفيذ الجبري خصوصاً إذا

تماماً على التزام المفوت بتوفير الملكية<sup>1911</sup> والذي يمكن اعتباره من أبرز الأمثلة على قابلية الالتزامات بعمل للغصب<sup>1912</sup> على معنى الفصل 275 م.أ.ع. ونصّه: «إذا التزم أحد بعمل شيء طوّل 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 للتنفيذ. فإن تجاوز مائة دينار لزم الدائن استئذان القاضي». ويجب الاعتراف في هذا الصدد أن التزام المفوت لا يتحقق بطريقة مختلفة عما ورد بهذا الفصل. لكن خصوصيته تكمن في كونه ينوع الأمثلة العملية على تطبيقه باعتباره يستحضر طرفاً ثالثاً هو المالك الحقيقي، والذي يتدخله ينفذ التقويت. فإذا امتنع المفوت عن تنفيذ التزامه أو تأخر عنه أمكن للمفوت له أن يتجاوزه وأن يغصبه بطريقة غير مباشرة، وذلك في فرعي التزامه: الحصول على الإجازة واكتساب الملكية.

أمكن التّجاوز عن تدخّل المدين أو استبداله بغيره في التّفيزد<sup>1910</sup> وهو ما ينطبق

657- في الفرع الأوّل من اليسير أن تصوّر المشتري يتوجّه بالسؤال إلى المالك الحقيقي لطلب موافقته على سبيل التّجاوز عن تقاعس المفوّت لا باعتباره صاحب حق مباشر في طلب الموافقة، وإلاّ انقلب الأمر إلى تعاقد في حقّ الغير مختلف عن التّفويت في ملك الغير<sup>1913</sup>. وهذا مقتضى الغصب في هذا الفرع، لأنّه برفض الإجازة يمتنع التّفاد.

658- لكنّه يعود إلى الإمكان إذا تحقّق الفرع الثّاني واكتسب المفوّت الملكية. وهنا قد يكون للغصب مجال لإجبار المفوّت على اكتساب الملكية

في الأثناء بملكيّة الغير للمنفول فتسقط عندئذ قاعدة الفصل 53 م.ح.ع. ونعود إلى شرطي الفصل 576 م.أ.ع. أمّا بالنسبة إلى التّفاد العشري فإنّما أن يقام بعد تمام مدّته أو قبلها. فإن كان بعدها تعذر الغصب والفسخ معا فيدفع المفوّت بذلك ولا يطالب بشيء، وإن كان قبلها فالأمر يعود إلى المفوّت له نفسه لأنّ التّفاد يدخل في فعله واختياره، وهذا يدخل في تقدير الاستحالة أكثر من إلزام المفوّت أو غصبه على شيء. ومعنى كل هذا أنّه في حالتها الحوز المكسب، لا وجه لغصب المفوّت على أيّ عمل متفرّع عن الضّمان لأنّ هذا الالتزام لا يتحرّك أصلا.

1907 من نتائج ذلك مثلا أنّه خلافا للتّسليم لا يمكن إبراء المفوّت بإجراءات العرض الحقيقي والتّأمين المنصوص عليها بالفصل 289 وما بعده م.أ.ع.

1908 سليمان مرقس، عقد البيع، ف 151، ص 258 - السّهوري، الوسيط، ج 4، ف 234، ص 412.

1909 راجع سابقا، ف 607.

1910 انظر في نقاش هذه المسألة: محمّد المنصف الشّافعي، مماطلة المدين...، ص 231 وما يليها.

- عبد الوهاب الرّياحي، بيع العقار بصدد البناء، أطروحة سابقة، ف 531، ص 306 - عبد الله كوماتي، في طريقة التّفيزد الجبري للالتزامات وفي الالتزامات بنقل الملكية وبعمل، أطروحة سابقة، ص 8 و ص 76 وما يليهما. - مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 1017 وما بعدها، ص 602 وما يليها.

1911 انظر تحليلا مماثلا لهذا الالتزام بصرف النظر عن ربطه بنقل الملكية: سليمان مرقس، عقد البيع، ف

176، ص 316.

1912 انظر خلاف ذلك: فيهو، أعمال التّفويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 47، ص 31.

1913 راجع سابقا، مقدّمة البحث، ف 10.

وفيه صورتان توضحانه تتعلقان بالوعد بالبيع وبيع المال المشاع مفرزا<sup>1914</sup>.  
 في الصورة الأولى يعمد الموعد له بالبيع وقبل إتمام البيع النهائي، إلى بيع  
 المال الموعود به أو رهنه أو غيره من ضروب التفويت. ويحلّ الأجل ويتقاعس، ربّما  
 تهرباً منه عن إتمام الصفقة. فهو إذن مفوّت في ملك غيره وبإمكانه إنفاذ  
 التفويت لو يسعى في اكتساب الملكية، لكنّه يمتنع فيكون من حقّ المفوّت له  
 أن يتجاوز عن تقاعسه باستئذان المحكمة طبقاً للفصل 275 م.أ.ع. والتوجه رأساً  
 إلى إلزام الواعد بإتمام البيع النهائي لفائدة الموعد له، فيتحقق شرط النفاذ  
 المطلوب في الفصلين 576 م.أ.ع./203 م.ج.ع. بل يمكن للمفوّت له في هذه الصورة  
 أيضاً غضب الواعد نفسه إذا تملكاً أو عن له التّكول في وعده وذلك باستصدار  
 حكم يقوم مقام البيع النهائي<sup>1915</sup>.

أمّا في الصورة الثانية فيبيع أحد الشّركاء في الشّيوع جزءاً من المال الشّائ

المبيع في نصيبه وذلك بتقديم كلّ الحجج وأوجه الدّفاع الممكنة<sup>1917</sup>. وفي هذا  
 تنفيذاً لالتزامه بالضّمان وخصوصاً لفرض صيرورته مالكا لأنّه بالمفعول  
 الكاشف للقسمة يظهر كأنّه باع ملكه أصلاً. وبهذا تبرز قيمة التزام المفوّت  
 بجعل المفوّت له يكتسب الملكية وكونه ليس إلاّ فرعاً من التزام الضّمان. وهو  
 ما يؤكّده تعليق التفويت أيضاً.

#### ب- تعليق التفويت حسب الفصل 682 م.أ.ع.:

**659-** تعليق العقد مطلقاً هو توقيف تنفيذه<sup>1918</sup>، وفي النظرية العامة للعقود  
 الملزمة للجانبين هو توقيف تنفيذه من أحد المتعاقدين حتّى ينفذ الآخر ما  
 عليه<sup>1919</sup>. ولذلك فهو من الجزاءات الملائمة للمماطلة<sup>1920</sup> ويتحقق بطريقتين: إمّا  
 بواسطة الدّفع بعدم التنفيذ طبق الفصل 247 م.أ.ع.<sup>1921</sup> أو بواسطة حقّ الحبس

على أنه مفرز وملك خالص له، فهذا بيع ملك الغير من وجهين مختلفين بحسب وقوع قسمة أم لا<sup>1916</sup>. قبل القسمة هو بيع ملك الغير فيما زاد على مناب البائع، وبعد القسمة هو بيع ملك الغير إذا وقع البيع في نصيب شريك آخر غير البائع. أي أن للقسمة دورا حاسما في هذا البيع لأنه بوقوعها يمكن أن ينفذ البيع قانونا لو أنها توضع المال في نصيب البائع. ومن هنا يكون للمفوت له الحق في طلب القسمة باعتباره خلفا للمفوت، ثم غصبه على أن يعمل ما في وسعه للحصول على المال

<sup>1914</sup> تتعدد الصور وتتوَع باختلاف أسباب النفاذ باكتساب الملكية وشروطها، وإنما اقتصرنا على صورتين في المتن على سبيل المثال التوضيحي. ولن أراد المزيد فليقس على صورتَي المتن كلَّ التوزيعات الممكنة في أسباب النفاذ كأن يتصور المشتري من وكالة عقارية تأخرت عن ممارسة الأولوية لاكتساب العقار فيلزمها بذلك، أو المفوت يوصى له بالمال ولم يقبله بعد فيقوم المفوت له في إلزامه إن لم يكن بالحصول على القبول الصريح فعلى الأقل لمنع الرد لأنه برد الوصية يتعدى نفاذ التقويت لتعلق حق الورثة بها، وهكذا...  
<sup>1915</sup> انظر خاصة: محمد المنصف الشافعي، مماثلة المدين...، ص 256 وما يليها.  
<sup>1916</sup> راجع سابقا، الجزء الأول من هذا البحث، ف 131.

<sup>1917</sup> لا يفهم من هذا المثال أن طلب القسمة هو طريق إجباري لنفاذ التقويت. بل يمكن للمفوت له في مرحلة الشئوع أن يقوم في طلب إجازة بقبية الشركاء وإلأفسخ البيع لعدم الإجازة. فإن ووجه بإمكانية القسمة وصيرورة المفوت مالكا كان في ذلك فرض انتظار عليه قد يفوت به المقصود من التقويت فتضيع مصلحته منه. وهذا يقع في الوسط بين إمكانية الغصب وثبوت الاستحالة المبررة للفسخ وهو ما تقدّمه المحكمة خصوصا أن القسمة نفسها قائمة على فكرة المصلحة حسب الفصل 119 م.ج.ع. قارب من: كولار - دوتبول ودلتالك، العقود المدنية والتجارية، ف 131 ص 113. وانظر في ربط القسمة بفكرة المصلحة: محمد سعيد، القسمة العقارية، أطروحة سابقة، ص 26 وما يليها.

<sup>1918</sup> يحصل التوقيف مهما كانت الأسباب بنص القانون أو بحكم الحاكم على سبيل المكافأة أو الجزاء، وتعد أهم تطبيقاته في عقدي الشغل والتأمين. انظر فيه خاصة: كاريونيني، الالتزامات،

ف 196، ص 341 وما يليها.

<sup>1919</sup> محمد المنصف الشافعي، مماثلة المدين...، ص 217.

<sup>1920</sup> محمد المنصف الشافعي، مماثلة المدين...، ص 218.

<sup>1921</sup> ينص الفصل 247 م.ج.ع. على ما يلي: «إذا كان الالتزام من الطرفين فألحدهما أن يتمتع من إتمام ما عليه حتى يتم الآخر ما يقابل ذلك من العقد إلا إذا اقتضى العقد أو العرف تعجيل أحد الطرفين بما عليه. وإذا كان على أحد أن يوفي بما عليه لعدة أشخاص فله أن يتمتع من أداء ما عليه لأحدهم حتى يتموا جميعا ما وجب عليهم».



عملا بالفصل 309 وما بعده م.ا.ع. 1922.

وفي هذا الإطار يتنزل الفصل 682 م.ا.ع. الذي ينص على ما يلي: «إذا حصل للمشتري شغب في المبيع أو خاف وقوعه قريبا بمستند 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 ترجيح الثمن ومصاريف العقد للمشتري إذا استحق المبيع.

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».

كوسيلة ضغط على المدين لا كتأمين عيني ومثاله المعروف خاصة «حبس الوثائق»<sup>1924</sup>. كما تدل على الحبس كنتيجة للدفع بعدم التنفيذ لأن كل دفع يترتب عنه في العقود المتعلقة بتسليم شيء أو رده حبس لذلك الشيء<sup>1925</sup>. فلم لا تكون هذه الدلالة الأخيرة هي المقصودة في الفصل 682 م.ا.ع.؟

يبدو هذا المعنى هو الراجح فعلا لأن من أحكام الفصل 682 م.ا.ع. ما يتعارض مطلقا مع حق الحبس (1) ولا يتلاءم إلا مع دفع خاص بعدم التنفيذ (2).

1- الفصل 682 م.ا.ع. ليس صورة لحق الحبس:

660- ينتج نفي صورة الحبس من الفصل 682 م.ا.ع. عن تعارض أحكامهما (1.1) وغياب عناصر هذا الحق (2.1).

1.1- تعارض الأحكام:

661- إن تعارض أحكام الفصل 682 م.ا.ع. مع حق الحبس يسجل في كل

ولئن كان ظاهر النص يتحدث عن حبس فإن تحليل أحكامه يقربه أكثر إلى الدّفع بعدم التّفيذ. ذلك أنّه لا يمكن لقائل بالحبس في الفصل 682 م.ا.ع. إلا أن يستند أساسا إلى حجّتين نصّيتين هما الفصل 682 م.ا.ع. نفسه لأنّ الحبس لا يكون إلا بنصّ عملا بالفصل 309 م.ا.ع. وكلمة الحبس التي تكرّر استعمالها في فقرات النصّ الثلاث. ولكنّ هذين الحجّتين رغم قوّتهما ليستا كافيتين إذا لم تؤيّدهما الأحكام المقرّرة في النصّ لأنّه لا مانع من أن يكون النصّ الخاص متعلّقا بدفع بعدم التّفيذ لا بحبس، كما يمكن أن يقال إنّ كلمة الحبس لا تعني بالضرورة حقّ الحبس وليست دليلا قاطعا عليه إذ هي تدلّ أيضا على الحقّ في الحبس المترتّب عن رهن المنقول وهو متميّز عن حقّ الحبس<sup>1923</sup> وعلى الحبس

1924  
انظر خاصّة النصوص المتعلّقة بمساعدة القضاء في حبس الوثائق التي يتسلّمونها من حرفائهم في إطار مهامهم. وهو كقاعدة عامّة غير ممكن إلا بإذن على عريضة من رئيس المحكمة الابتدائيّة المختصّ (انظر مثلا الفصل 43 من القانون عدد 87 المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 المنظّم لمهنة المحاماة، ومثله النصوص المتعلّقة ببدول الإشهاد وعدول التّفيذ والمترجمين المحلّفين والخبراء العدليين)، أو غير ممكن أصلا بالنسبة إلى الوثائق المذكورة لكنّه ممكن بالنسبة إلى تقرير المساعد المتضمّن لمأموريّته وهو مثال المصفيّين والمؤتمنين وأمناء الفلسفة والمتصرّفين القضائيين (الفصل 13 من قانون 1997) وكذلك الخبير في المساحة عملا بالفصل 24 من القانون عدد 38 لسنة 2002 المؤرخ في 11 أفريل 2002، رائد رسمي عدد 30 صادر في 12 أفريل 2002، ص 1091. انظر جملة النصوص المشار إليها باستثناء نصّ الخبير في المساحة في مجموعة النصوص القانونيّة المتعلّقة بالتأمينات العينيّة التي أعدها أحمد بن طالب وحاتم الرّواتبي، والملحق بكتاب بحوث في التأمينات العينيّة والشخصيّة، تونس 1999، ص 453 - 455.

1925  
السنهوري، نظريّة العقد، ف 675، ص 719.

1922  
ينصّ الفصل 309 م.ا.ع. على ما يلي: «حقّ الحبس هو الحقّ في حوز الشيء الذي يملكه المدين حتّى يؤدي ما عليه للدائن ولا يجري العمل به إلا في الأحوال التي خصّصها القانون».

1923  
Michel CABRILLAC et Christian MOULY, Droit des sûretés, Paris, Litec, 4ème éd. 1997, n° 542, p. 454.

منطق الحبس في شيء وهو من أقوى التأمينات عموماً إن لم يكن أقواها على الإطلاق فلا يعوضه تأمين آخر هو دونه بطبيعته، وهو ما يقره الفصل 322 ف 2 م.أ.ع. صراحة و«إعطاء ضامن توثقة لا يكون كافياً لفك المحبوس».

وفي الفقرة الثانية ورد أنه في صورة التشويش الجزئي لا يمكن إلا «الحبس» الجزئي. وهذا متناف مع مبدأ عدم تجزئة حق الحبس<sup>1926</sup>. أما في الفقرة الأخيرة فلا يجوز الحبس إذا كان المشتري عالماً بالاستحقاق أو التزم بأداء الثمن رغم الشغب، ولا وجود لمثل هذا الشرط في نظرية حق الحبس لأنه ضمان عيني يهدف إلى تأمين الخلاص ضد المدين، فما يطلبه هو تحقق التزام المدين بقطع النظر عن التزام الدائن بالأداء في كل الأحوال أم لا وبقطع النظر أيضاً عن علمه من عدمه إذ لا يعتد بذلك في المديونية نفسها، بل في الحوز عملاً بالفصلين 310 و 311 م.أ.ع. ولو كان الفصل 682 م.أ.ع. متعلقاً بالحبس حقاً لما منعه عن المشتري في الفقرة

الحبس ولا يتأقلم بصفة تامة مع نظامه. فصحيح أن الثمن هو مال منقول قابل للعقلة ولأن يكون محل تأمين عيني<sup>1928</sup> وصحيح أن الثمن ينتقل إلى البائع منذ البيع طبقاً للفصل 584 م.أ.ع. لكنّه لا يستجيب تماماً لتعريف محل حق الحبس ولفلسفته التأمينية لأن الحبس يجري على مال مملوك للمدين حسب الفصلين 309 و 313 م.أ.ع. ويصعب القول هنا بأن الثمن مملوك للبائع قبل دفعه لأنه شيء مثلي لا يتعين إلا بالإفراز وهو لا يفرز إلا بدفعه حقاً أو بتعيينه وجمعه في مكان محدد كوضعه في ظرف مغلق<sup>1929</sup> أي أنه قبل ذلك ليس مملوكاً حقيقة للبائع حتى يمارس عليه المشتري حق الحبس، بل للبائع عليه حق دائنية يخول الفصل 584 م.أ.ع. إحالته منذ البيع لا نقل ملكيته. فيستعصي على الحبس ولكنّه يدخل تماماً في منطق الدّفع بعدم التنفيذ لأنّ المقابلة فيه بين التزام والتزام لا بين التزام وشيء كما في الحبس<sup>1930</sup>. أضف أن الحبس يقتضي حفظ المحبوس<sup>1931</sup>

الثالثة بل لما وجدت هذه الفقرة أبدا. فماذا بقي لحق الحبس إذن إذا كانت فقرات النص كلها ضدّه ١٩  
لا شيء، خصوصا أن عناصره الأصلية مشكوك فيها ولا يمكن التسليم بتحققها.

## 2.1- غياب عناصر الحبس:

662- المقصود في هذا الإطار محلّ الحبس والدين المضمون به.

فمحلّ الحبس هو التّمن أي مبلغ من التّقود<sup>1927</sup> وهذا محلّ يستعصي على حق

1926 انظر الفصل 322 م.ع. وكذلك كابريراك ومولي، قانون التأمينات، ف 562، ص 464. وتجب هنا ملاحظة أن الفصل 322 م.ع. يؤكد عدم التجزئة لأنه يتعلّق باستبدال الشيء المحبوس برّد ما يقابل الوفاء الجزئي. فيتواصل الحبس على ما حبس أصالة أو على ما حلّ محله لكتّه لا يقلّ عن ذلك.

1927 لا يهّم هذا النقاش بصفة مباشرة المعاوضات الأخرى التي يكون فيها البديل عينا معيّنة، لكتّه يعنيها ضرورة بصفة غير مباشرة لأنه يحدّد معنى الفصل 682 م.ع. الذي ينسحب عليها مهما كان وجه الحقّ فيه.

وبيعه لا يستلخص الدين من كتّه  
م.ع. 1933

وأما الدين المضمون فهو التزام المدين ويجب أن يكون بمبلغ من التّقود لأن

1928 انظر الفصلين 312 و313 ثالثا م.ع. والفصل 15 م.ع.

1929 انظر الفصل 210 م.ع. في رهن المنقول.

1930 في هذا الاتجاه: كابريراك ومولي، قانون التأمينات، ف 558، ص 461. وعندهما أن الحبس يجب أن يفصل كلياً عن الدّفع بعدم التّفيد، فكلّما بدا في حقّ ما أنّ فيه شبهة الدّفع أو الحبس فهو دفع بعدم التّفيد.

1931 الفصل 321 م.ع.

1932 الفصل 323 م.ع.

1933 قد يقال إن هذا التّفيد ليس حاسماً لأنّ الفصل 323 م.ع. أحال في تحقيق الحبس إلى أحكام الرهن الحيازي، وهذه تنصّ أنّه إذا كان المرهون نقوداً أجريت مقاصّة (الفصل 254 م.ع.) ولكنّ هذا يبعدنا فعلاً عن مجال الفصل 682 م.ع. لأنّ مآل «الحبس» فيه نفاذ التّفويت أو فسخه، وليس إجراء أيّة مقاصّة.

الحبس تأمين عيني<sup>1934</sup> ويجب أن يكون ثابتا وحال الأجل<sup>1935</sup> لأنّ الحبس طريق للتّنفيد<sup>1936</sup>. ولا يبدو هذا محققا في الفصل 682 م.ا.ع. لأنّ الالتزام ليس نقديا بل هو التزام بعمل وهو إزالة التشويش. ولكن قد يعترض بأنّ الدين مقدّر نقدا وهو التعويض المستحقّ بعنوان ضمان. غير أنّ هذا الاعتراض مردود بكون هذا الدين مستقبلا، بل احتماليّا لأنّه قد لا يتحقّق عندما يزول الشّغب، فلا يصحّ أن يجري فيه الحبس باعتباره غير ثابت، ولا حال أيضا. ولا يجدي القول إنّ الضّمان ينشأ منذ العقد فهو حال الأجل من حينه لأنّ تحوّل الالتزام إلى مبلغ من التّقود لم يتمّ بعد، ولا يتمّ إلاّ إذا فشل البائع في إزالة الشّغب أو خطر الاستحقاق، فلا يجري حقّ الحبس قبله وإلاّ كان مخالفا لصريح الفصل 314 ثانيا م.ا.ع.<sup>1937</sup>

**663-** بهذا يخلص أن بقاء الثّمّن عند المفوّت له في الفصل 682 م.ا.ع. لا يمكن أن يكون على سبيل الحبس وإنّما هو نتيجة لدفع بعدم التّنفيد. وهنا لسائل أن يسأل: هل يحتاج الدّفع بعدم التّنفيد، خلافا لحقّ الحبس، لنصّ خاصّ

جواب هذا السّؤال في تبرير النّص الخاصّ. وهو ممكن.

2- الفصل 682 م.ا.ع. صورة لدفع هامر بعدم التّنفيد:

**664-** يجب تحليل كيف أنّ الفصل 682 م.ا.ع. يتضمّن دفعا بعدم التّنفيد (1.2) قبل تحليل اختياره (2.2).

1.2- تحليل النّص:

**665-** بالرجوع إلى أصل الفصل 682 م.ا.ع. في اللائحة الابتدائية للمجلة وهو الفصل 797 يتبيّن أنّه مأخوذ خاصّة عن الفصل 1653 من المجلة المدنية الفرنسية والفصل 320 من المجلة المدنية الألمانية<sup>1939</sup> وكلاهما يدلّ على الدّفع بعدم التّنفيد. إذ يتفق عديد الفقهاء في فرنسا على اعتبار الفصل 1653 فرنسي نصّا في الدّفع بعدم التّنفيد ويذكرونه من بين تطبيقاته<sup>1940</sup> وحتى من خرج عنهم واعتبره حبسا لم ينظر إليه إلاّ على كونه وسيلة ضغط وتحفظ، وهو

ما يوافق الدفَع في الفصل 682 م.إ.ع. لأن الحبس عندنا هو تأمين عيني<sup>1941</sup>. أما  
الفصل 320 ألماني فهو مفيد من وجهين أولهما أنه خاص بالدفَع بعدم التنفيذ في  
العقود الملزمة للجانبين ومنه أخذ الفصل 247 م.إ.ع.<sup>1942</sup> وثانيهما أنه يعتبر في  
صلب المجلة الألمانية تطبيقا لنص أعم منه في الالتزامات مطلقا وهو الفصل

1934 كابرناك ومولي، قانون التأمينات، ف 552، ص 459. - سيميلار ودلباك، التأمينات، ف 478 وما  
بعدها ص 398 وما يليها.

1935 انظر الفصل 314 م.إ.ع. وكذلك:

Ajmi BEL HAJ HAMOUDA, Le droit de rétention dans le code des obligations  
et des contrats, R.T.D. 1976, II, pp. 45-95, spéc. pp. 51 et s.

1936 سيميلار ودلباك، التأمينات، ف 489، ص 409.

1937 يمكن الفصل 317 م.إ.ع. من إجراء حق الحبس قبل الأجل استثناء إزاء مدين متوقّف عن الدفَع أو مفلس  
أو إزاء مدين ليس لديه ما يعقل. ولا تدخل أيّ من هذين الصورتين في الفصل 682 م.إ.ع.

1938 يخفي هذا السؤال اعتراضا على تكييف الدفَع وتمسكا بطبيعة حق الحبس. وكان السؤال يقول بوجوب  
احترام وصف المشرع ولو باعتبار الحبس وسيلة ضغط لا تأمينا عينيا، وفي هذا مطعن الاعتراض لأنه لا يسأل  
السؤال فعلا أن يقر بالطبيعة التأمينية للحبس لانعدام مفترضاها فلا يبقى أمامه إلا الطبيعة الإكراهية  
النتيجة عن كونه وسيلة ضغط على المدين. ولكن هذه الطبيعة مردودة أيضا أولا لأنها لا تضيف شيئا  
لتكييف الدفَع وهو يستوعبها وثانيا لأنها هي نفسها رهينة بتوفّر كل شروط الحبس في الفصل 682 م.إ.ع.  
وقد سبق إبراز التعارض بينهما على طول الفصل. فلا مناص حينئذ من رد وصف الحبس بوجهيه والتسليم  
بصحة تكييف الدفَع بعدم التنفيذ.

1939 في أسفل النص إشارة أيضا إلى القانون الروماني وإلى فقهاء من فرنسا وألمانيا وبهامشه إشارة إلى ابن نجيم  
الحنفي.

1940 انظر مثلا: كاربونني، الالتزامات، ف 194، ص 339. - مالوري وايناس، الالتزامات، ف 722، ص  
424. - ستارك ورولان وبوايي، العقد، ف 1630، ص 666. - كابرناك ومولي، قانون التأمينات، ف  
542، ص 454 (بصفة ضمنية لعدم تعداده في صور حق الحبس). - مازو وشاباس، الالتزامات، ف 1131،  
ص 1178، لكنهم لا يعارضون من يراه حبسا (هـ 1 تحت ف 1131).

1941 سيميلار ودلباك، التأمينات والإشهار العقاري، ف 489، ص 403.

1942 محمد الرّين، العقد، ف 389، ص 315.

273<sup>1943</sup> والذي يسمّى الدفّع بعد أن يعرفه «حقّ الحبس»<sup>1944</sup> وهذا ما يفسّر استعمال هذه الكلمة في الفصل 682 م.ا.ع. فهي صدى لمصدرها في النص وليست تعبيراً عن الحقّ الموضوعي المعروف. ولكنها صحيحة الدلالة في القانون الوضعي على أثر الدفّع بعدم التنفيذ وهو حبس الشيء. ويتأيد هذا الفهم بفلسفة الفصل 682 م.ا.ع. وهي تعليق العقد حتّى يتبيّن أمر الاستحقاق لأنّه بحصوله يفسخ البيع ويرجع المشتري بالتعويض على البائع. أمّا قبله فلا يمكن الفسخ لكنّ النظرية العامة تحوّل المتعاقد ممارسة دفع مشتقّ منه<sup>1945</sup> وذلك بعدم تنفيذ الالتزام ريثما ينفذ المتعاقد المخالف التزامه بإزالة التشويش أو ردّ خطر الاستحقاق. فإن فعل عاد العقد إلى التنفيذ والتزم المفوّت له بأداء الثمن. وإن لم يفعل فسخ العقد واستبقى المشتري ما كان سيستردّه بموجبه. وهذه هي بالضبط فلسفة الفصل 247 م.ا.ع. لكن لماذا نصّ خاصّ عندئذ؟

الآخر إلا إذا اقتضى العقد أو العرف تعجيل أحدهما بما عليه فيكون الدفّع من حقّ الآخر إذا لم ينفذ من عليه التّعجيل التزامه. وتبيّن نصوص البيع أنّ المرجع الأصلي في تقدير التّعجيل يكون بين التزام التسليم على البائع ودفع الثمن على المشتري. والمعتمد فيه هو الاتفاق أو العرف وإلا فإنّ المشتري هو الذي عليه أن يعجل لأنّ الفصل 676 م.ا.ع. يوجب عليه دفع الثمن عند التسلم، والتسلم يسبقه تسليم من البائع وهذا لا يتمّ إلا إذا دفع الثمن. أي أنّ المبادر بالتنفيذ يجب أن يكون هو المشتري لا البائع، بدليل أنّ لهذا الأخير أن يحبس المبيع عند عدم دفع الثمن طبقاً للفصل 598 م.ا.ع.

فإذا وجب هكذا على المشتري أن يدفع الثمن حتّى يتسلم المبيع، ولكن برز له في هذا الظرف تعرّض أو خطر استحقاق بسبب معتبر من أي نوع كان ومثاله في ملك الغير أن يحضر ثالث عملية التسليم ويعترض

666- إن الدَّفْع في الفصل 682 م.ا.ع. يرد من باب الاستثناء على وجوب تسبيق دفع الثمن واستحقاق البائع له خلافاً للفصول 598 و676 و679 م.ا.ع. باعتبار أن الفصل 247 م.ا.ع. يسمح بالدَّفْع بعدم التَّفْذِيز لأي من المتعاقدين تجاه

عليها مدعياً أنه هو صاحب الشيء، أو أن يوجد على العين انشاء تحريز محضر التَّحْوِيز من هو بصدد إقامة منشآت بدعوى أن الأرض المبيعة على ملكه، فهل يلزم المشتري في مثل هذه الأحوال بالتَّعْجِيل بدفع الثمن أم يمكنه التَّريُّث حتَّى يزول الخطر؟

لا يمكن للإنصاف أولاً وللمنطق ثانياً إلا أن يدعم الإيجاب، لأنه من الإجحاف إلزام المشتري بدفع ثمن في مقابل مبيع على خطر الاستحقاق فيضطر إلى القيام على البائع لاسترداده والحال أنه بإمكانه الاختصار بالامتناع مؤقتاً عن دفعه. كما أنه من المنطقي أن يمتنع لأن الترابط بين التسليم والدَّفْع تمَّ على تقدير أن الملكية انتقلت إلى المشتري فإذا ظهر خطر استحقاق منذ البدء كان فيه تشكيك في تحقق الأثر الأصلي للبيع والثمن مدفوع في مقابلته وهو عوضه الحقيقي وليس التسليم<sup>1946</sup>. لذلك إذا حصل المشتري على ضمان بإرجاع الثمن

<sup>1946</sup> يدل هذا التحليل على صحة العلاقة بين انتقال الملكية والضمان لأن الأصل هو ارتباط العوضين، وبما أن انتقال الملكية هو عوض الثمن لكنه أثر قانوني فلا يمكن أن يكون محل دفع بعدم التَّفْذِيز، وبما أن

<sup>1943</sup> إليك النص الألماني المترجم إلى الفرنسية عن راوول دي لا فراسري (الفقرة الأولى):

§ 273: «Si en vertu du fait juridique sur lequel repose son obligation le débiteur a un droit de créance échue contre son créancier, il peut, à moins que le contraire ne résulte de l'obligation, se refuser à faire sa prestation tant que son adversaire ne fait pas la sienne (droit de rétention)...».

<sup>1944</sup> تجدر الملاحظة أن القانون المدني المصري تبني هذا التمشي لكن بتصوّر مختلف نسبياً حيث جعل من حق الحبس دفعا عاماً للدائن ضدّ مدينه (المادة 246)، وجعل من الدَّفْع بعدم التَّفْذِيز تطبيقاً خاصاً له في العقود الملزمة للجانبين (المادة 161) بحيث إذا وجد حبس في عقد ملزم للجانبين فهو الدَّفْع بعدم التَّفْذِيز، ومنه المادة 457 الموافقة للفصل 682 م.ا.ع. علماً أن حق الحبس في القانون المصري ليس تأميناً عينياً. انظر بمزيد التَّمْصِيل: السُّهُوري، الوسيط، ج 1، ف 492 وما بعدها، ص 727 وما يليها.

<sup>1945</sup> في هذا المعنى: كاريونيني، الالتزامات، ف 194، ص 338 وهو يصف الدَّفْع بعدم التَّفْذِيز بكونه «تصغيراً للفسخ» *un diminutif de la résolution*



والمصاريف أو إذا التزم بالأداء مع الشؤيش أو كان على علم من الاستحقاق<sup>667</sup> امتنع الدفَع بعدم التنفيذ وتحتم الرجوع إلى مبدأ وجوب تنفيذ الالتزام والتعجيل بالنُمن قبل التسليم.

**667-** هذا ما يفسر الفصل 682 م.ا.ع. وضرورة وجوده، بما يعني أن حكماً ليس تحصيل حاصل بمجرد الفصل 247 م.ا.ع. لأن هذا الوضع الخاص لا غنى فيه عن نص خاص.

وبهذا يتضح أن حق المفوت له في الفصل 682 م.ا.ع. هو دفع بعدم التنفيذ وإن هذا الدفع يمكن المشتري من تعليق التفويت ريثما يزول سببه، وسببه يزول بتنفيذ

البائع التزامه بدرء خطر الاستحقاق ومنه التحصيل على الملكية إذا اقتضى الأمر ذلك. وفي هذا تأكيد لالتزام البائع بالسعي في توفير الملكية للمشتري أولاً ولربط

بالتزام الضمان ثانياً ولو ثوق العلاقة بين الضمان وانتقال الملكية ثالثاً. والمهم

### الفقرة الأولى: الاستحالة مصدرها المالك الحقيقي

**669-** تعتبر الاستحالة صادرة عن المالك الحقيقي إذا كان هو المبادر بها نتيجة قيامه في الاستحقاق، أو إذا ثبتت الملكية له دون المفوت. وينسحب هذا المعنى على كل صور الاستحالة من المالك ما عدا صورتين تصطبغ فيهما بخصوصيتين مميزتين، حيث تتخذ شكلاً خاصاً في الرهن يتمثل في هلاك المرهون (أ) وتحتاج معياراً خاصاً لتقديرها في الاستحقاق الجزئي (ب).

#### أ- هلاك المرهون:

**670-** تظهر خصوصية الاستحالة في الرهن في ارتباطها بالهلاك (1) وفي تأثيرها على الجزاء المترتب عنه (2).

#### 1- هلاك المرهون يستوعب استحقاقه:

**671-** قد لا يفاجأ المطلع على باب الرهن في مجلة الحقوق العينية بغياب

كل هذا أن المشتري لا يستطيع طلب فسخ البيع لأن الاستحقاق لم يتم بعد. لكن إذا حصل فهي الاستحالة النهائية عندئذ المبررة للفسخ حقاً.

### الفرع الثاني: الأحكام الخاصة باستحالة التنفيذ

668- تختلط استحالة التنفيذ في التّفويت في ملك الغير بمفهوم الاستحقاق بفرض أنها في الأصل صادرة من المالك الحقيقي (الفقرة الأولى). لكن هناك صوراً قد تتأثّر فيها من الطرفين ذاتهما بمعزل عن تدخل الغير (الفقرة الثانية).

الضمان هو جزء انتقال الملكية وأساسه موجود فيه، وهو التزام، كان من اليسير حينئذ أن يجعل مقابلاً لالتزام دفع الثمن فيرتبط به ويبرّر الامتناع عنه وجود التعرّض الموجب للاستحقاق.

1947 تؤيد هذه الصّور كلّها تحليل الدّفع بعدم التّفيد لأنها توجب على المشتري تنفيذ التزامه رغم عدم «خلاصه». ولو كان حقّ المشتري حيساً لما انفكّ في هذه الصّور لأنّ الحبس لا ينفكّ إلا بالخلاص أو بالتأثر عنه. أمّا في الصّور المشار إليها فالمطلوب هو إلزام المشتري بدفع الثمن ورفع مبرر امتناعه عنه. فالتوثقة تطلب على مآل التشويش، والالتزام والعدم يفيان عنه حسن النية المشتري فيمن يدفع بعدم التّفيد: انظر مثلاً مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 724، ص 427.

حكم خاص في استحقاق المرهون لعلمه أنه مرتبط بالضمان الذي يخضع للنظرية العامة المنصوص عليها في باب البيع انطلاقاً من الفصلين 203 و207 م.ح.ع. لكنّه قد لا يدري أنّ الحكم موجود وهو مضمّن في النصوص المخصّصة لهلاك الرهن باعتبار استحقاق الشيء المرهون ضرباً من هلاكه المساوي لاستحالة التّفويت. إذ أنّ كلمة الهلاك تعبّر عن تسمية عامّة تنضوي تحتها تسميات فرعية منها التعيب وخاصة إنقاص الضمانات. فإن نظر إلى الهلاك باعتبار مداه انقسم إلى هلاك كلي<sup>1948</sup> وهلاك جزئي يسمى التعيب<sup>1949</sup> أو التّعطب<sup>1950</sup>. وإن نظر إلى نوعه (طبيعته) كان هلاكاً مادياً أو قانونياً وهو

- 1948 يسمّى أيضاً التّف: انظر خاصّة الفصول 240 و243 و269 م.ح.ع.  
1949 انظر خاصّة الفصول 209 و244 و225 م.ح.ع.  
1950 انظر الفصل 276 م.ح.ع.

المسمى أيضا بنقص الضمانات<sup>1951</sup> أو إضعاف التأمينات<sup>1952</sup> ومنه يدخل التفويت في ملك الغير. وتحليل ذلك أن مجلة الحقوق العينية وضعت للهلاك حلين أساسيين هما استمرار التأمين وحلول الأجل.

أما الأول فهو خاص بالرهن والتأمينات العينية عموما ونصه في الفصل 209 م.ج.ع. «ينسحب الرهن قانونا إذا تعيب المرهون أو هلك على ما بقي منه أو من توابعه وعلى ما يؤخذ من العوض عن ذلك التعيب أو الهلاك كما ينسحب الرهن على ما يؤخذ من العوض عن انتزاعه للمصلحة العامة وللدائن أن يتخذ الوسائل التي يراها لحفظ حقه في العوض» ومنه يفهم أن التأمين يستمر إما على ما بقي من المرهون أو على عوضه، وهذا تطبيق لنظرية الحلول العيني التي تفترض انقضاء الرهن<sup>1953</sup> بما يعني أن الهلاك يؤدي على إنقضاء الرهن كليا أو جزئيا (التعيب) سواء كان الهلاك ماديا أم قانونيا بدليل الانتزاع للمصلحة العامة

العامة في نظرية الأجل المتعلق بنقص التأمينات المنصوص عليه بالفصل 149 م.ا.ع. «يحل الدين المؤجل إذا أعلن فليس المدين أو نقص بفعله شيء من الضمانات الخاصة التي كان أعطاها في العقد أو لم يعط ما وعد به منها وهذا الحكم يجري أيضا فيما إذا قصد الغرر وأخفى حقا أو امتيازا موظفا من قبل على الضمانات المعطاة منه.

فإن اعترى الضمانات المذكورة نقص من غير إرادته فإنه لا يوجب سقوط حقه في الأجل لكن يجوز حينئذ لصاحب الدين إما أن يطلب ضمانات إضافية أو تنفيذ العقد حالا إن لم يتيسر ذلك».

672- ويؤخذ من نصي الرهن أن الهلاك يؤدي إلى حلول الأجل - وبالأحرى إلى سقوطه - فيستحق الدين وللدائن أن يطالب به حالا. وأول ما يتبادر إلى الذهن أن الهلاك المقصود فيهما هو الهلاك المادي. وهذا صحيح،

المعتبر في حكم الهلاك لأن الحق المرهون يفوت به نهائياً كما لو هلك مادياً<sup>1954</sup>، وكذلك إذا كان المرهون حقاً عينياً مجرداً كحق الانتفاع وانقضى فهو بمثابة هلاك العين المرهونة مادياً ينقضي به الرهن.

وأما الحل الثاني أي حلول الأجل فقد نصّ عليه الفصلان 225 م.ح.ع. في رهن المنقول<sup>1955</sup> و276 م.ح.ع. في الرهن العقاري<sup>1956</sup>. وكلا الفصلين تطبيق للحكم

<sup>1951</sup> انظر خاصة الفصل 149 م.ع.

<sup>1952</sup> السهوري، الوسيط، ج 3، ف 73 وما بعدها، ص 114 وما يليها.

<sup>1953</sup> انظر بمزيد التحليل: السهوري، الوسيط، ج 8، ف 150 وما بعدها، ص 251 وما يليها.

<sup>1954</sup> قارب من سيملار ودلباك، التأمينات، ف 460، ص 387.

<sup>1955</sup> الفصل 225 م.ح.ع.: «إذا كان هلاك الرهن أو تعيبه بفعل المدين كان للمرتهن أن يطالبه بأداء الدين حالاً

وإن كان مؤجلاً إذا لم يعرض عليه المدين رهناً آخر يساوي الأول قيمة أو إضافة رهن آخر».

<sup>1956</sup> الفصل 276 م.ح.ع.: «إذا هلك العقارات المرهونة أو تعطب بحيث أصبحت غير كافية لضمان الدين

كان للدائن الحق في طلب الوفاء بالدين.

على أنه إذا كان الهلاك أو العطب بغير فعل المدين جاز لهذا الأخير أن يعرض لدائته رهناً عقارياً إضافياً».

المرتهن، فيجعله في حكم من وعد بالتأمين ولم ينفذ وعده، بمعنى أن راهن ملك غيره هو واعد بضمان لم يعطه ومثاله أن يرهن عقارا موعودا به ويتقاعس عن رفع الخيار حتى يفتت فيه الواعد لغيره ويحرم منه. وإذا كان يعلم عدم ملكيته فهو عالم بسبب الاستحقاق وأخفاه على المرتهن<sup>1957</sup> ويعد مغررا يسقط الأجل في حقّه.

ولهذا إذا قام المالك الحقيقي واستحق المرهون من الرأهن انطبق حكم الفصل 149 م.ا.ع والفصلين 225 و276 م.ح.ع. وبالمثل إذا استراب المرتهن في حقيقة الأمر وقام على الرأهن في إلزامه بالضمان واتضح فشله. ففي الحالتين ينطبق حكم الفصل 149 م.ا.ع. وتظهر صحة تحليله في أنه يستوعب صورة الاستحقاق على أنها من مظاهر إنقاص الضمانات عموما وهلاك الرهن خصوصا. وبه يسقط أجل الدين وينحل العقد. وهو جزاء الهلاك.

### 1.2- جزاء الرهن الفاسد: الانقضاء وسقوط الأجل:

**674-** الرهن عقد خاص وتأمين عيني. ويؤدي هلاك المرهون إلى انقضائه بوجهيه.

فباعتباره حقا أي تأمينا عينيا<sup>1959</sup>، فيؤخذ هذا الحل من صريح الفصل 264 - ثانيا م.ح.ع.<sup>1960</sup> بالنسبة إلى رهن المنقول وبالاستنتاج المنطقي من الفصلين 276 و209 م.ح.ع. بالنسبة إلى الرهن العقاري<sup>1961</sup>.

وأما باعتبار الرهن عقدا مسمى فإنه بالرغم من صمت الفصل 203 م.ح.ع. عن كل جزاء أو أثر لانعدام شرطيه إلا أن هذا الموقف السلبي لا يمنع من استنتاج انقضاء الرهن بالتبعية لانقضاء محله، إذ العقد الذي ينشأ صحيحا ثم يسقط محله ينقضي أو ينحل منطلقا وقانونا. وقد أقر القانون هذا الحل صراحة بالنسبة إلى بعض عقود المنفعة كالكرأ<sup>1962</sup> وعقود العمل أو الخدمة كالوكالة<sup>1963</sup> والشركة<sup>1964</sup>

673- يؤدي هلاك المرهون إلى انقضاء الرهن وسقوط أجل الدين وهذه نتيجة خاصة بالرهن (1.2) لكنها ليست غريبة عن الفسخ وتقريبهما ممكن<sup>1958</sup> (2.2).

والمساقاة<sup>1965</sup>. ولا يعني سكوت الفصل 203 م.ح.ع. عنه منعه، بل أنه مستفاد منطلقاً دون حاجة لنص. ويمكن لقراءة عكسية للفصل 345 م.ا.ع. أن تؤيد هذا التحليل في الرهن غير الحيازي خاصة. إذ ينص هذا الفصل على أنه: «إذا صار الشيء الذي وقع عليه العقد غير ممكن طبيعة أو قانوناً بدون فعل المدين أو تقصيره وقبل أن يعدّ

1957 ليلاحظ توافق هذا الحكم مع عبارة الفصل 642 م.ا.ع. في فقرته الأخيرة.

1958

يجدر التشبيه إلى أن البحث في تقريب جزاء الرهن من نظرية الفسخ ليس القصد منه إثبات الفسخ بأي شكل من الأشكال في الرهن غير الحيازي على وجه الخصوص، وإنما هو سعي تلمية رغبة في توحيد جزاء التقويت في ملك الغير، إذ لوحظ أنه الفسخ في جميع التقويبات ما عدا الرهن غير الحيازي، فإذا أمكن هكذا إيجاد سبيل لهذا الجزاء إن لم يكن بإقراره فعلاً فعلى الأقل بإثبات وحدة الغاية أو الأساس، فذلك أفضل. علماً أنه لا يضير نظرية التقويت في ملك الغير في شيء عدم ثبوت الفسخ في الرهن لأن مقتضى هذه النظرية أن يكون العقد صحيحاً وأن يكون جزاؤه متلائماً مع الصحة ومع الضمان باعتباره أساسها، وهذا كله ثابت في الرهن سواء بالانقضاء أم بسقوط الأجل. وهو كاف وزيادة لتأكيد صحة نظرية التقويت في ملك الغير في كل وجوهها. لكن يبقى التوحيد، من وجهة فكرية البقى وأحسن لو كانت إليه سبيل، وهذا مملح البحث المقترح عن التقريب المشار إليه.

1959 سيميلار ودلباك، التأمينات، ف 460، ص 387.

1960 الفصل 264 م.ح.ع.: «ينقضي الرهن بقطع النظر عن انقضاء الالتزام الأصلي بما يلي:

... ثانياً: هلاك الشيء المرهون أو تلفه...».

1961 لا يعدد الفصل 291 م.ح.ع. هلاك المرهون من بين أسباب انقضاء الرهن. لكن هذا السبب مستفاد بالضرورة من الفصلين المذكورين في المتن، مما يدل على أن قائمة الفصل 291 م.ح.ع. ليست حصرية.

1962 الفصل 763 م.ا.ع.

1963 الفصل 1157 - سابعا م.ا.ع.

1964 الفصل 1318 - ثانياً وثالثاً م.ا.ع. والفصل 24 م.ش.ت.

1965 الفصل 1412 - رابعاً م.ا.ع.

مماطلا فقد انقضى العقد». وهو لا يشكل أساسا مباشرا لانقضاء الرهن لتعارضه مع الفرض الذي يشغلنا، إذ الفرض فيه أن تطرأ استحالة فاهرة قبل بدء المماطلة، وهذا عكس التقويت في ملك الغير حيث يمثل الاستحقاق استحالة خاطئة طارئة أثناء المماطلة. ولكنه يفيد بطريقة غير مباشرة في تقرير انقضاء الرهن لأنه إذا كان حكمه يتماشى مع عقد ملزم للجانبين باعتبار أن الاستحالة الخاطئة الطارئة أثناء المماطلة تؤدي إلى فسخ العقد لا إلى انقضائه، فإنه إذا كان العقد ملزما لجانب واحد وهي حال الرهن غير الحيازي، فلا يمكن تطبيق الفسخ لانعدام مصلحة الدائن فيه وليس له إلا إجبار معاقده على الوفاء<sup>1966</sup>. فإذا حصل الاستحقاق واستحال الوفاء، لم يعد وجه - في غير صورة تعويض الرهن وهي جبر على الوفاء العيني - لبقاء الرهن. فلا مناص عندئذ من القول بانقضائه.

675- غير أن المتأمل، في هذه النتيجة لا يحدها معبرة تماما عن فكرة الجزاء

للجانبيين، فإن تقريب جزاء الرهن من الفسخ يصبح ممكنا.

### 2.2- تقريب جزاء الرهن من الفسخ:

676- قد لا تطرح مسألة التقريب هذه بالنسبة إلى رهن المنقول والرهن الحيازي عموما لأنه عقد ملزم للجانبين ويتصور فيه الفسخ ولا إشكال في تقبله، لولا أن مصلحة الدائن الحقيقية ليست في فسخ الرهن نفسه بل في فسخ المعاملة التي يضمنها. ومن ثم فهو يلاقي الرهن العقاري وكل رهن غير حيازي حيث تطرح المسألة بصفة خاصة. ويتبين من فحصها أنه لا يوجد تناقض قاطع بين الرهن والفسخ لأنه إذا لم يكن الأول مستهدفا بالتأني مباشرة، فإن استحقاقه يبرر فسخ المعاملة التي يضمنها. وهذا وجه التقريب بينهما. ودليله المنطقي والقانوني يكمن في فكرتين مركبتين في تصور الرهن هما: خاصية التبعية (أولا) وفكرة الأجل (ثانيا).

### أولاً: خاصية التبعية:

677- إن الرهن هو عقد ضمان تبعية لا يوجد ولا يطلب لذاته بل يوجد ويطلب لعقد أصلي هو القرض أو عقد الدين بصفة عامة. وفي هذا العقد يكمن التزام الرهن إذ يوجد بينهما ترابط جوهري يجعل من العسير الفصل بينهما أو النظر إلى أحدهما بمعزل مطلقاً عن الآخر، بل يجب اعتبارهما معاملة واحدة. وهي بهذا المعنى ثنائية تبادلية تقوم على فكرة أن الدائن يقرض المدين لأنه حصل على رهن يضمن له استرداد الدين، والمدين يرهن العقار ليحصل على القرض. وهذا التبادل لوحده يشرع للفسخ<sup>1968</sup> لكن الفسخ لا يتسلط على الرهن نفسه بل على عملية القرض برمتها لأن الرهن تابع. وهو ما يؤكد التحليل الثنائي للالتزام من مديونية ومسؤولية، فالرهن من مكونات عنصر المسؤولية

<sup>1968</sup> ماسترويوتمان وبيو، الأحكام العامة للتأمينات العينية، ف 413 و418، ص 372 و376 - 377، هـ 252.

الدالة على رد الفعل المستوجب على تخلف الشروط القانونية، بقدر ما يجدها وصفا لواقع العقد المضمحل خصوصاً أن المتسبب في هذا الوضع لا يناله شيء، بل قد يستفيد منه! وفعلاً، لهذه الملاحظة وقعها الأكيد في القانون بما أنه نص على جزاء حقيقي يكمل انقضاء العقد ويصيب الرهن، وهو سقوط الأجل<sup>1967</sup>. لكن هذا الجزاء لا يتسلط على الرهن بل على الدين المضمون به! فهل معنى هذا أن الجزاء الحقيقي لا يطلب في الرهن نفسه بل في العملية التي يضمنها؟ يبدو الأمر كذلك فعلاً. وإذا كانت العملية المضمونة هي غالباً ملزمة

<sup>1966</sup> السنهوري، نظرية العقد، ف 136، ص 131، وف 638، ص 683، هـ 1.

<sup>1967</sup> جاء في المعجم القانوني لجمعية هنري كايبتان أن السقوط هو الحرمان من حق أو وظيفة أو صفة أو منفعة أو دعوى، على وجه الجزاء لشخص بسبب عدم جدارته أو عدم أهليته أو تغريبه أو غفلته أو تقصيره الفادح: «Déchéance: 1. Perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice, encourue à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité, de fraude, d'incurie, et 2. Plus spécialement, perte de droit d'agir qui frappe celui ... auquel est imputable une négligence caractérisée».



في التزام المدين بردّ القرض، أي يدخل في إطار عملية القرض وهي معاملة ملزمة للجانبين خاصة أنها ليست عينية بل تتم بتراضي المتعاقدين عملاً بالفصل 1089 م.ا.ع. مما يستنتج معه أنّ تسليم القرض هو التزام على كاهل المقرض يقابله التزام المدين بالردّ، ويمكن أن نتصوّر فيه الدّفع بعدم التنفيذ<sup>1969</sup> فيمتنع الدائن من صرف القرض حتّى يتحقّق الأثر العيني للرهن. ووجود الدّفع بعدم التنفيذ دليل على وجود الفسخ لأنهما متلازمان في منطق العقود الملزمة للجانبين. وتؤيد فكرة الأجل في الرهن هذا التحليل.

#### ثانياً: فكرة الأجل في الرهن:

**678-** إنّ الرهن من روحه الأجل. وهو حسب الفصل 145 م.ا.ع. «شرط في منفعة المدين» أي أنّه مشروط ضدّ الدائن وعليه أن يحترمه، ولذلك يسقط هذا الأجل عن المدين إذا هلكت الضمانات التي أعطاهها أو نقصت بفعله أو استحقت

بسقوطه فيطلب الوفاء مباشرة كنتيجة لفسخ القرض. وهذا يعني على وجه الدقّة أنّ القرض يفسخ بعدم ملكيّة المدين للعقار المرهون، فيسقط الأجل ويطلب الدائن باسترداد دينه حالاً. ويتحلّل من واجب صرفه إلى المدين إن لم يفعل بعد. لكنّ الفسخ لا يتسلّط على الرهن ذاته لأنّه انحلّ قانوناً، وهذا ما فسّر عدم تنصيص الفصل 203 م.ج.ع. فيه على جزاء الفسخ ولا على أيّ جزاء آخر لأنّ هذا الجزاء لا يتلاءم مع الرهن، بل لأنّه لا ينصبّ عليه مباشرة.

**679-** والخلاصة أنّ تقريب جزاء الرهن من الفسخ ممكن على الوجه الآتي:

إنّ ثبوت عدم ملكيّة الرّاهن للمرهون يعني استحقاقه المؤدّي إلى هلاكه في نظر الدائن وهو ما يساوي استحالة الرهن الذي ينحلّ، واستحالة الرهن نفسها تبرّر فسخ القرض سبب الدين المضمون. وبهذا يتبيّن الدور المميّز لهلاك المرهون في تحديد الجزاء إذ هو يؤدّي إلى سقوط الأجل نتيجة لفسخ القرض نتيجة

منه. ويرى بعض الفقهاء أنّ سقوط الأجل هو نتيجة لفسخ القرض<sup>1970</sup> بما يعني أنّ استحقاق الرهن يؤدي إلى الفسخ أي فسخ القرض. ومنهم من يجعل الفسخ جزءاً واسع النطاق يقوم على ارتباط الالتزامات أيّا كان وجهه بحيث أنّ كلّ حلٍ لعقد صحيح يعدّ فسخاً ولو كان نتيجة نظريّة التبعة<sup>1971</sup> وسقوط الأجل هو من أسباب الانفساخ فيردّ هو والفسخ إلى فكرة واحدة ويسهل أن يكون تعبيراً عنها. بل هو إلى الفسخ أقرب في صورة الاستحقاق لأنّه يخضع لتقدير المحكمة التي تستند بالخصوص إلى مصلحة الدائن في أن ينتظر الأجل الأصلي أو يعتد

بما يعني أنّ استحقاق الرهن يؤدي إلى الفسخ أي فسخ القرض. ومنهم من يجعل الفسخ جزءاً واسع النطاق يقوم على ارتباط الالتزامات أيّا كان وجهه بحيث أنّ كلّ حلٍ لعقد صحيح يعدّ فسخاً ولو كان نتيجة نظريّة التبعة<sup>1971</sup> وسقوط الأجل هو من أسباب الانفساخ فيردّ هو والفسخ إلى فكرة واحدة ويسهل أن يكون تعبيراً عنها. بل هو إلى الفسخ أقرب في صورة الاستحقاق لأنّه يخضع لتقدير المحكمة التي تستند بالخصوص إلى مصلحة الدائن في أن ينتظر الأجل الأصلي أو يعتد

<sup>1972</sup> لا يشير الفصل 276 م.ج.ع. إلى ذلك صراحة ولكن الحكم يؤخذ من الفصل 149 ف2 م.ج.ع. الذي يكمله، وفيه أن الدائن يمكنه أن يطلب تأميناً إضافياً. ويفسّر المرحوم السّهوري ذلك بنشأة التزام تخيري على كاهل المدين يرتبط بخيار الدائن فإمّا أن يختار تعويض التأمين وبقاء الأجل أو استرداد الدين فيسقط الأجل (الوسيط، ج 3، ف 73، ص 118). والفرض هنا أنّ الهلاك منسوب إلى المدين لأنّ الاستحقاق كذلك دائماً في نظريّة الضمان. وهو صورة معاكسة للهلاك بسبب أجنبي حيث يكون الخيار للمدين طبقاً للفصل 276 ف2 م.ج.ع. ويلاحظ أنّ نفس هذا الحكم (أي تخيير المدين) هو المنطبق في رهن المنقول عملاً بصريح الفصل 225 م.ج.ع. ويمكن تفسير ذلك بالطبيعة الحيازيّة للرهن إذ يهلك المرهون بين يدي الدائن لا المدين، فينتج - إنصافاً - تخيير هذا الأخير. وهو ما يؤيده الفصل 224 م.ج.ع.

<sup>1969</sup> ماستر وبوتمان وبيو، الأحكام العامّة للتأمينات العينيّة، ف 431، ص 390. - أوبري ورو وبرتان، ج 4، فقرة 303.  
<sup>1970</sup> مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 739، ص 431. - العقود الخاصّة، ف 939، ص 536.  
<sup>1971</sup> السّهوري، الوسيط، ج 1، ف 464، ص 696. - كاريونيني، الالتزامات، ف 82، ص 334. وليلاحظ العنوان المعبر لنظريّة التبعة عنده:

2/ La résolution en vertu de la théorie des risques.

## ب- الاستحقاق الجزئي:

680- ينص الفصل 640 م.ا.ع. على ما يلي: «إذا كان الجزء المستحق له من الأهمية ما يورث عيبا بحيث لو علم المشتري ذلك لما اشترى فله الخيار في استرجاع قيمة الجزء المستحق وإبقاء البيع في الباقي أو أن يطلب فسخ البيع في الكل ويسترد جميع الثمن. ولكن إذا لم يكن للجزء المستحق أهمية توجب عيبا فليس للمشتري الفسخ وإنما له طلب حطّ القيمة بقدر ما استحق».

أول ما يلاحظ في هذا النص هو تفريقه بين فرضين في الاستحقاق الجزئي يختلف الحكم فيهما بحسب أهمية الجزء المستحق: فإن كان هاما (جسيما) أدى إلى تخيير المشتري (المفوت له) بين فسخ البيع أو حطّ الثمن وإن لم يكن ذا أهمية (يسيرا) فلا خيار بل حطّ للثمن وجوبا. ومآتى الملاحظة أنّ هذا التفريق في حد ذاته مختلف عن الحكم العام في عدم التنفيذ الجزئي কিয়فا نصّت عليه الفقرة الثانية

الملكيّة وكانت غير ظاهرة أو معلومة كرهن أو ارتفاق<sup>1973</sup>. ولا تهمّ البحث طبعاً إلا الفرضية الأولى. وفيها يتصور الاستحقاق الجزئي خاصة في التفويت في المال الشائع وفي شيء قابل للتجزئة أو مبيع متعدّد الأجزاء المنفصلة. ففي التفويت في المال الشائع إذا تسلّط التفويت على أكثر من منابات المفوت واستحقّ شركاؤه الرائد اعتبر ذلك استحقاقاً جزئياً. وكذا الأمر في شيء قابل للتجزئة كمقار معين تبين بعد التفويت فيه أنّ جزءاً منه ملك للجار، وكذا أيضاً في التفويت في عدّة منقولات معينة أو قطع أرض متفرقة استحقّ بعضها.

ويقدم فقه القضاء أمثلة حيّة ومتوّعة عن هذه الصور نذكر منها مثالين من عمل محكمة التعقيب أولهما يستوحى من القرار الصادر في 13 جويلية 1976<sup>1974</sup>. وصوّته أنّ مشتري عقار لم يتحوّز به فاستصدر حكماً بتمكينه منه. وعند التنفيذ تعذر الأمر بالنسبة إلى جزء منه لأنّ جار البائع وزوجته تجاوزا إليه

بيناءين أقاماهما أصلاً فوق أرضهما وهما يطلبان لتملك بذلك الجزء على أساس الفصل 37 م.ح.ع. فالحكم لهما طبق الطلب يؤدي إلى استحقاق جزئي بالنسبة إلى المشتري.

أما المثال الثاني فيؤخذ من القرار المؤرخ في 28 سبتمبر 1992<sup>1975</sup> وفيه أن بلدية بني خلاد عاوضت بعقار لها قطعتي أرض للمدعو الجيلاني ولم تتحوّز بهما في الحين. وعند محاولة التحوّز لاحقاً تعذّر عليها ذلك لأنه تبين أن إحدى القطعتين ليست ملكاً خالصاً للمعاوض بل هي مشاعة بينه وبين قريبتين له قامتاً بإبطال

<sup>1973</sup> انظر أيضاً الفصل 634 م.ا.ع. المتعلق بما يعرف بتسمية الحقوق أو التحمّلات غير المصرّح بها ( *Charges non déclarées* ) راجع فيها بمزيد التفصيل: فيسّتان وديشمي، البيع، ف 828 وما بعدها، ص 884 وما يليها. - بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 97 وما بعدها، ص 91 وما يليها.

- السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 353، ص 685 وما يليها.  
<sup>1974</sup> قرار تعقيبي عدد 713 مؤرخ في 13 جويلية 1976، ن 76، II، 209.  
<sup>1975</sup> قرار تعقيبي عدد 34976 مؤرخ في 28 سبتمبر 1992، ن 92، 446.

من الفصل 273 م.ا.ع. وهذا أول عناوين الخصوصية في الاستحقاق الجزئي الذي تسمح صورته (1) بتبيين ما يختصّ به من معايير تقدير (2) ومفعول في التّفويت (3).

#### 1- صورة الاستحقاق الجزئي:

**681-** يجدر التذكير بأن البحث يقتصر على فرضية ثبوت ملكية الغير لبعض المبيع، أي تسلط الاستحقاق على جزء من ملكية المبيع. وموجب التذكير أن الفصل 640 م.ا.ع. يرتبط عضوياً بالفصل 633 م.ا.ع. قبله والذي بيّن صور الاستحقاق الجزئي بنصّه «استحقاق جزء معين كاستحقاق الكلّ إذا كان الجزء له من الأهمية بالنسبة إلى الباقي ما لو علمه المشتري لما رضي بالشراء وكذلك إذا وجد على المبيع حقّ غير ظاهر للملك آخر أو حقوق أخرى لم تذكر حين البيع».

فحسب هذا الفصل يحصل الاستحقاق الجزئي إذا ثبتت ملكية جزء من المبيع للغير، أو إذا نقصت صلاحية الملكية بوجود تحمّلات أو حقوق أخرى غير

المعاوضة في خصوص مناباتها وحكم لهما بذلك. أما القطعة الأخرى فقد اتضح وجود جزء منها في حوز شخصين ادعيا شراءه من إحدى قريبتني المعاوض والتي لم يعتقد في ملكيتها أولا حتى ثبتت بحجة رسمية فتأكدت صحة البيع. وهذا يعني أن البلدية تعرضت لاستحقاق جزئي في كلتا القطعتين يوجب تطبيق الفصل 640 م.إ.ع. وهو ما نوقش وجه منه فعلا في القرار خلافا للقرار السابق الذي طبّق الحل بصفة ضمنية<sup>1976</sup>. وتظهر طرافة هذا الحل خاصة في تقدير فرضه.

#### 2- تقدير الاستحقاق الجزئي:

682- إن الفرض في الفصل 640 م.إ.ع. ثنائي بحسب أهمية الجزء المستحق؛ «إذا كان الجزء المستحق له من الأهمية ما يورث عيبا بحيث لو علم المشتري ذلك لما اشترى». وتقدر هذه الأهمية بمعيار مزدوج يشمل العيب (1.2) ورغبة الشراء (2.2).

#### 1.2- أهمية الاستحقاق نورث عيبا:

ولهذا المصدر دلالاته في تحديد المقصود بالكلمة. فهي أولا لا تنسب العيب إلى الشخص مما يبعدها عن مجال عيوب الرضا بدليل النص الفرنسي للفصل 640 م.إ.ع. الذي يربط العيب بالشيء صراحة<sup>1978</sup>. ولكنها تذكر بالعيب الخفي وهذه الصلة قائمة فعلا من حيث الدلالة اللفظية دون أي تأثير على النظام القانوني للضمان. إذ أن كلمة «العيب» في الفصل 640 م.إ.ع. تدل على النقص الذي يلحق المبيع جراء الاستحقاق الجزئي فيصير معيبا مقارنة بالمبيع الكامل الذي لم يستحق منه شيء. وهذا هو المعنى المدلول عليه في تعريف عيوب المبيع حسب الفصل 647 م.إ.ع. وهي «التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا أو تصيره غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب نوعه أو بمقتضى العقد...» وهو ما يعني أن الاستعارة موجودة للدلالة على نقص المبيع وعلى أهميته لأن النقص المعتد به في الاستحقاق يجب أن يكون جسيما، والعيب لا عمل عليه إذا لم يكن

محموسا، ولا يكون كذلك في الاستحقاق إذا كان هاما مقارنة بباقي المبيع. وهذا ما قاله المشرع فعلا في الفصل 633 م.أ.ع. «إذا كان الجزء المستحق له من الأهمية بالنسبة إلى الباقي ما لو علمه المشتري...». ولا أبسط هكذا من ملاحظة أن ما عبّر عنه الفصل 633 م.أ.ع. لقياس جسامه الاستحقاق الجزئي أعاد الفصل 640 م.أ.ع. التعبير عنه بكلمة «العيب» التي تختزل كل الدلالة على استحقاق جزئي جسيم مقارنة بالجزء الباقي بحيث يكون هذا الجزء منقوصا نقضا محسوسا يعيبه. ولا دلالة للكلمة على أكثر من هذا<sup>1979</sup>.

**684-** وتؤكد هذه الملاحظة صحة نسبة الكلمة إلى مصدرها الفقهي حيث هي مأخوذة من المذهب المالكي الذي يبرزها ويعتمدها في باب تخيير المشتري في

1978 «En cas d'éviction partielle, mais de telle importance qu'elle vicie la chose vendue».

1979 يترتب عن ذلك خاصة التحذير من أن تكون كلمة العيب مسوفا للخلط بين نظامي ضمان الاستحقاق وضمن العيوب الخفية.

**683-** يتسم مجرد ذكر العيب بالطرافة إذ لا مثيل له في نصوص القانون المقارن<sup>1977</sup> ولا حتى في أصل النص في الأعمال التحضيرية أي الفصولين 616 و617 من المشروع الأولي والفصل 744 من اللائحة الابتدائية، وإنما أضيف إلى الفصل 640 م.أ.ع. عند وضع المجلة. ويغلب أن يكون من عمل علماء لجنة توجيه النظر الشرعي لأن كلمة «العيب» مستوحاة من المذهب المالكي المشار إليه بهامش الفصلين 736 (المقابل للفصل 633 م.أ.ع. الحالي) و744 من اللائحة الابتدائية

1976 يفهم من هذه الصور أن الاستحقاق الجزئي خاص بفعل الغير ولا يهم فعل البائع الذي يمنع عليه الفصل 631 م.أ.ع. الاستحقاق بالكلية فلا يسمع له حق في المبيع مهما نزل في القلة والثقافة من درجة. ولا يبدو أن محكمة التقييد تفتنت إلى ذلك لما رجعت في أحد قراراتها إلى الفصل 633 م.أ.ع. لتعريف ضمان الاستحقاق الجزئي والحال أن النزاع في نقص بمساحة المبيع أحدثه البائع بعد البيع ونسبته إليه طبق الفصل 631 م.أ.ع. قرار تعقيبي عدد 40811 مؤرخ في 7 ماي 1996، ن 96، I، 313.

1977 انظر خاصة الفصلين 1636 و1638 من المجلة المدنية الفرنسية والفصلين 1492 و1494 من القانون الإيطالي القديم، وهي نصوص معتمدة في اللائحة الابتدائية. وانظر أيضا المادة 444 من القانون المدني المصري.

البيع باعتبار أن المالكية يجمعون في باب واحد ثلاث مسائل كونها تشترك في حكم واحد وهي تلف بعض المبيع وظهور عيب به واستحقاق جزء منه، وحكمها هو تخيير المشتري بين فسخ البيع وردّ المبيع أو إبقائه وحطّ الثمن أو أخذ تعويض (إرش) <sup>1980</sup>. وتتفق هذه الصور كلها في أنها تحدث نقصاً في المبيع فتعيبه <sup>1981</sup>، فأخضعت لحكم واحد. والملاحظ أنّ هذا الحكم هو نفسه في القانون المدني من حيث مبدأ تخيير المشتري مع بعض الفوارق فيما يتعلّق بمستحققات المشتري عند إبقاء المبيع، وذلك في المواضع الثلاثة المشار إليها أي ضمان العيوب (الفصل 655 م.أ.ع.) والهالك الجزئي (الفصل 346 م.أ.ع.) والاستحقاق الجزئي (الفصل 640 م.أ.ع.) ومن ثمّ كان استعمال كلمة «العيب» للدلالة على النقص في جميعها أمراً مفهوماً وحتى مستساغاً.

685- وإذا كانت هذه دلالة العيب، فما يجب تسجيله هو طبيعته الموضوعية

التهيئة العمرانية في جهة ما أن لا تمنح رخص البناء في مقاسم تقلّ مساحتها عن مائتي متر مربع مثلاً، وتسلبت الاستحقاق على عشرة أمتار تدخل في ملك الجار. فهذا الاستحقاق ليس جسيماً مقارنة بباقي المبيع، لكنّه حاسم بالنظر إلى ما أعدّ له المبيع لأنّه يمنع إقامة البناء فوقه قانوناً، ويعتبر معيباً ويوجب تخيير المشتري. وفي الحالتين يعتمد التقدير على معيار موضوعي هو العيب. لكنّ الفصل 640 م.أ.ع. يفرض النّظر أيضاً في موقف المشتري.

#### 2.2- أهمية الاستحقاق تثني المشتري عن الشراء:

686- يقدر الفصل 640 م.أ.ع. جسامة الاستحقاق بالنسبة إلى المشتري (المفوت له) بوضعه في لحظة التعاقد ومساءلته إن كان سيشتري المبيع بهذا النقص أم لا؟ وهذا معيار شخصي يرتبط بشخص المفوت له ويدلّ على حضور فكرة مصلحة الدائن في تقدير استحالة التنفيذ <sup>1983</sup>، لكنّه ليس ذاتياً محضاً

وليس حاسما في الاستحقاق. فهو ليس ذاتيا محضا لأنه لا ينتمي إلى عيوب الرضا وليس تعبيراً عن غلط وقع فيه المشتري وإلا لكان مسوغاً لإبطال البيع للغلط وليس هذا حكم الفصل 640 م.أ.ع. ولكان مفترضا أن يكون المفوت له حسن النية حتى ينطبق الفصل 640 م.أ.ع. بما يعني إقصاء الاستحقاق الجزئي في صورة علم المشتري به، وهذا غير صحيح بدليل الفصل 643 م.أ.ع. الذي يجيز «حط الثمن ولو مع علم المشتري للسبب المقتضي للاستحقاق»<sup>1984</sup>.

وهذا المعيار قابل للامتزاج بمسحة موضوعية تظهر في إشارته لا إلى المفوت له

<sup>1983</sup> راجع سابقا، ف 619 وما بعدها.

<sup>1984</sup> قد يكون المشتري عالما بسبب الاستحقاق ولكنه لا يعلم مداه، أو يعلمه وأكد له البائع زواله أو قل له من أهميته، ففي كل هذه الأحوال لا يمنع علم المشتري إلزام البائع بحط الثمن عند حصول الاستحقاق إذا اختاره المشتري. بل يحق له اختيار الفسخ طبق الفصل 640 م.أ.ع. وهذا يعني أن المقصود بعلم المشتري في النص لا يندرج حقيقة في باب الرضا بالبيع أو الغلط فيه، وإنما هو معيار لتقدير الاستحقاق يشبه معيار رب الأسرة الصالح في تقدير المسؤولية ومعيار المالك المعني بحفظ ملكه في تقدير التزام الحفظ في عقود الرذ وما شاكلهما من المعايير.

في تقدير جسامة الاستحقاق لأن المبيع المعيب هو بصفة موضوعية مبيع ناقص مقارنة بمبيع آخر لم يتسلط عليه الاستحقاق. ويقدر النقص بالنظر إلى الباقي عند المفوت له<sup>1982</sup> ومدى بقائه صالحا لما أعد له. فقد يستحق جزء كبير من المبيع يورثه نقصا كبيرا لكنه لا يؤثر في استعماله لما أعد له كاستحقاق جزء من أرض فلاحية هي قبل الاستحقاق وبعده صالحة دوما للفلاحة، لكن النقص الكبير يعيبها فيعتبر استحقاقا جزئيا. وقد يكون الجزء المستحق يسيرا لكنه يفسد استعمال الشيء فيعتبر الاستحقاق معه حاصلا كما إذا فرضت مقتضيات

<sup>1980</sup> راجع في ذلك مثلا: شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج 5، ص 162 وما بعدها، وبهامشه حاشية التأودي على نفس المن.

<sup>1981</sup> لهذا يسمّى الهلاك الجزئي «تعيّبا»، وهي تسمية في غاية التعبير إذن للدلالة على فكرة النقص الذي يسببه التلف الجزئي.

<sup>1982</sup> لم يختر المشرع نظام التقدير التشريعي المسبق المعتمد في المذهب المالكي وترك الأمر لاجتهاد القاضي وللعلم، فالاستحقاق الجزئي عند المالكية كالاستحقاق الكلي إذا تجاوز ثلث المبيع في الأراضي وفي الطعام والمثليات، وإذا تجاوز النصف في الأشياء المعينة. راجع شرح الزرقاني وحاشية التأودي في الموضوعين السابقين.



الشخصي المعني بالاستحقاق حقيقة فحسب، وإنما إلى كل مفوت له بصفة مجردة وعامة يستحق منه المبيع في نفس الظروف. فمن يشتري أرضا ليقيم عليها مصحة مثلا ويستحق جزء منها قد لا يمنع تشييد البناء لكنه يمنع توفير الظروف المحيطة والضرورية كمساحة خضراء أو مأوى شاسع للسيارات إلخ... يكون محققا في ادعائه أنه ما كان ليرضى بالشراء لو علم ذلك. أما من يشتري أرضا ويستحق منها شريط قصير من جهة طريق فرعي ويدعي المشتري أهميته بحيث ما كان ليشتري الأرض لو علمه فدعواه لا تسمع لأن أي مشتر آخر مكانه لا يدعي ادعاءه. وهو ما يؤكد أن الفقرة الثانية من الفصل 640 م.ع. تمنع الفسخ «إذا لم يكن للجزء المستحق أهمية توجب عيبا» بما يعني أن موقف المشتري ليس هو الحاسم في تقدير الاستحقاق وإنما المرجح فيه أولا إلى العيب الموضوعي لمعرفة مدى جسامته الاستحقاق. ومن هنا يظهر أن رغبة المشتري ما هي

قيمة الجزء المستحق وإبقاء المبيع في الباقي أو فسخ البيع في الكل واسترداد جميع الثمن. أي أنه يقرّ جزاء الفسخ في الحالتين، لكنه يخير المشتري في تحديد مده إن جزئيا أو كلياً: فإما الفسخ «في الكل» أو الفسخ في البعض، ولكنه فسخ في الحالتين لثبوت الاستحالة فيهما. ومن هنا الخصوصية عن الفصل 273 ف 2 م.ع. لأنه إما أن هذا النص يخير الدائن بين الفسخ والغصب على الوفاء والفصل 640 م.ع. لا يخيره بينهما بل يمنحه خيارا داخل الفسخ وحده، وإما أنه لا يخيره بينهما بل هو كالفصل 640 م.ع. يخيره بين الفسخ الجزئي والفسخ الكلي<sup>1985</sup>، والفصل 640 م.ع. يعتبر تطبيقا له من هذه الناحية لكنه ينفرد عنه عندئذ في جعل مفترض الخيار بيد القاضي لا بيد الدائن نفسه: إذ أن الدائن هو المحدد في خيار الفصل 273 ف 2 م.ع. وهو موكول إليه بمجرد عدم التفيد الجزئي، أما في الفصل 640 م.ع. فالخيار مشروط بجسامته

إلا معيار كميّ وبنابوي معيار نص المبيع باعتبارها هو المعيار الأصلي. وهذا يدعم فكرة أنّ مصلحة الدائن ليست معطى ذاتياً أو تحكّماً، وليست موكولة إلى مجرد إرادة الموفّ له، بل القاضي هو الذي يقدرها وهو يعتبر بوجودها في إطار عام تغلب عليه الموضوعية، ويقلّ فيه حيز الذاتية. وفي هذا تبرز خصوصية الفصل 640 م.أ.ع. والتي تزداد وضوحاً بالنظر في ما رتبته من مفعول للاستحقاق.

### 3- مفعول الاستحقاق الجزئي:

**687-** إنّ تفريق الفصل 640 م.أ.ع. بين الاستحقاق الجزئي والجسيم والاستحقاق الجزئي اليسير جعله يتبنّى حلاً خاصاً يميّز بوجهيه عن الفصل 273 ف 2 م.أ.ع. في عدم التنفيذ الجزئي، ويشدّد حتى عن الفصل 576 م.أ.ع. في وجهه اليسير.

فإذا كان الاستحقاق الجزئي جسيماً خيّر الموفّ له بين الفسخ أو حطّ الثمن. ويذكر هذا الحلّ بخيار الدائن في الفصل 273 ف 2 م.أ.ع. إلا أنّ تدقيق النظر يبيّن تميّزه عنه باعتبار أنّ الفصل 640 م.أ.ع. يخيّر الموفّ له بين استرجاع

الاستحقاق وهو أمر تصدره المحكمة ولا يخيّر الدائن بمجرد استحقاق جزء من المبيع، بل لا بدّ أن تقول المحكمة كلماتها في جسامته حتى يخيّر الموفّ له<sup>1987</sup> وفي هذا يختلف الوضعان. ومردّه منع الفسخ في الاستحقاق اليسير ابتغاء المحافظة على العقد واستقرار التعامل الذي لا يباح أن يهتزّ بطروء اختلافات طفيفة لا تنال من مقصوده<sup>1988</sup>. وهذا في

<sup>1985</sup> راجع سابقاً، بحث التصوّر العام للفسخ القضائي، ف 598.

<sup>1986</sup> في هذا الاتجاه القرار التعقيبي المشار إليه سابقاً عدد 713 بتاريخ 13 جويلية 1976، ن 76، II، 209 (بصفة ضمنية).

<sup>1987</sup> يندرج الفصل 647 م.أ.ع. المتعلق بالعيوب الخفية في نفس الاتجاه من جهة كونه لا يعتبر «العيوب التي لا تنقص قيمته (المبيع) أو الانتفاع به إلا ما لا بال له... وكذلك العيوب المغتفرة بحسب العرف والعادة» عيوباً داخلية في ضمان البائع.

<sup>1988</sup> بنت محكمة التعقيب على ذلك منع الخيار عن البائع أو المعاوز الذي في مقامه لأنّ الفصل 640 م.أ.ع. جعله من حق المشتري وحده: قرار تعقيبي عدد 34976 مؤرّخ في 28 سبتمبر 1992، ن 92، 446، مشار إليه سابقاً.

حد ذاته حل شديد الخصوصية والتفرد، وتمييزه مضاعف لأنه يستبعد نصين من منطوقه: الفصل 273 ف 2 م.ا.ع. من حيث أنه يمنع الخيار ويفرض حلاً واحداً، والفصل 576 م.ا.ع. من حيث أنه يمنع فسخ البيع أصلاً ولا يبيح إلا الفسخ الجزئي، فيعدّل لذلك نطاقه لكنّه يبقى لصيقاً بجوهره الماثل في تصحيح التفويت وتقديم توفير أسباب النفاذ فيه على إزالته.

فهل تصحّ هذه النتيجة في الاستحالة التي مصدرها الطرفان؟

#### الفقرة الثانية: الاستحالة مصدرها الطرفان

688- يختلف الفرض هنا نسبياً عما سبق لأن محلّ التفويت لا يستحقّ المالكه الأصلي بل يؤول إلى أحد الطرفين بعد العقد. وقد تقدّم أنّ اكتساب المفوت الملكية ينفذ التفويت لأنه يحقق الشرط الناقص في التفويت، أمّا المفوت له فإنّ اكتسابه الملكة مباشرة بغير تحقق شرط الملكية لا أثر له في نفاذ

المشتري معه يبرز كأنّ المالك استحقّ المبيع من البائع وملّكه للمشتري<sup>1991</sup>. وهذا ممّا يدعم الرّبط بين استحالة التنفيذ والاستحقاق في التفويت في ملك الغير ويؤكد صحّة أساس الضمان ووحدته في كلّ الأحوال<sup>1992</sup>.

وإن كان هذا أمر المفوت له، فهل هو كذلك بالنسبة إلى المفوت؟ أي هل اكتسابه الملكية ينفذ التفويت في جميع الأحوال أم يمكن أن يتعارض معه أحياناً فيؤول إلى استحالة موجبة للفسخ؟

إنّ الجواب المبدئيّ في النفي إذ القاعدة المؤسسة على فكرة الضمان أنّ الاكتساب ينفذ التفويت، لكن توجد صورتان خاصّتان قابلتان للنقاش وتطرحان في موضوع الاستحالة حتّى من جهة المفوت له وهما: التّسجيل العقاري (أ) والتّقادّم المكسب (ب).

689- التّسجيل العقاري هو العمليّة الرّامية إلى إدخال العقار في نظام السّجلّ العيني<sup>1993</sup> «ويقوم على فكرة توضيح معالم الملكيّة وإقرارها مسندة إلى

1991 قارب من: السّنهوري، الوسيط، ج 4، ف 340، ص 644.

1992 يسهل هكذا تمييز هذه الحالة عن صور أخرى لاستحالة التّفيذ يمثلها خروج المال قبل تسليمه من قيد الغيريّة إلى اللّامشروعيّة أو التّجميد كان يدخل في الملك العامّ أو يصدر قانون يمنع الاتّجار فيه أو تضرب عليه عقلة عند صاحبه، فيصبح ممنوعا بيّعه وخارجا عن التّعامل، وهو ما يؤدّي إلى انفساخ التّقويت عملا بالفصل 345 م.ع. وما بعده لاستحالة تنفيذ الاتّزام بشكل قاهر، لا على سبيل عدم تحقّق الأثر العيني لتقويت في ملك الغير، بل لأنّ التّقويت لم يعد أصلا متعلّقا بملك الغير وإنّما بشيء غير ممكن أو غير مشروع موجب لبطلانه مطلقا لو تزامن مع تكوينه على أساس الفصلين 62 و64 م.ع. لكنّ تأخّر طروئه يربّث انقضاء العقد بانفساخه وتحمل تبعته من المدين، وهذا مختلف عن الفسخ لعدم التّفيذ المبني على استحالة خاملة لا قاهرة.

1993 محمّد كمال شرف الدّين، التّطوّر التّاريخي للنّظام العقاري التّونسي...، مقال سابق، ف 5، ص 25 ومواضع أخرى. - محمود العنّابي، قانون التّسجيل العقاري التّونسي علما وعملا، معهد البحوث والدراسات العربيّة التّابع لمنظّمة الأنكسو، القاهرة 1973، ص 5 وما يليها. - علي كحلون، أحكام القانون العقاري...، ص 17 وما يليها وخاصة ص 29.

التّقويت وإنّما هو يمنع الفسخ أو يبرّره بحسب استتاده إلى التّقويت من عدمه. فإذا كان للتّقويت دور ما في اكتساب الملكيّة كما في الحوز المكسب امتنع الفسخ لانقضاء الحقّ فيه قانونا بموجب انعدام المصلحة<sup>1989</sup>. أمّا إذا انفصل السّبب عن التّقويت واكتسب المفوّت له المال من مالكه الحقيقي رأسا بعمل جديد مستقلّ عن التّقويت كالشّراء أو الهبة فلا ريب أنّه يبرّر فسخه لأنّه يتّضح أنّ التّقويت لم يتحقّق أثره العيني بالنّسبة إلى المفوّت له بما أنّ هذا الأثر تحقّق من طريق آخر وأنّه يستحيل تحقّقه بعد ذلك إذ لا يعقل أن يملك من هو مالك أو أصبح مالكا<sup>1990</sup>. وهذه حالة استحالة واضحة موجبة للفسخ والرّجوع بالتّعويض ويمكن إلحاقها بالاستحقاق الذي لا يصدر إلاّ عن المالك باعتبار أنّ تعاقد

1989 راجع سابقا، ف 611 وهـ 1834.

1990 في هذا الاتّجاه: شوايون، آثار الاتّفاقات وأعمال التّقويت...، ص 152 - أوديبار، دراسة في بطلان أعمال التّقويت...، ص 318 - بول فياتا، خصائص بطلان بيع ملك الغير وآثاره، ص 111.

مستحقها وإخضاع الأراضي والمباني لنظام الشَّهر العيني بإنشاء رسم يكون بمثابة الحالة المدنيَّة للعقار، فلا ترسَّم به من الحقوق العينيَّة القديمة إلا التي أثبتتها الحكم بالتسجيل ومن الحقوق الجديدة إلا الثابتة قانوناً<sup>1994</sup> وهو نوعان اختياري وإجباري<sup>1995</sup> وتختصَّ به المحكمة العقاريَّة التي تتعاون مع ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط من الناحية الفنيَّة وإدارة الملكيَّة العقاريَّة الماسكة للسجلِّ العقاري فيما يتعلَّق بالإشهار العقاري. فالسَّجيل إذن يتجسَّد في إحداث رسم خاصَّ بالعقار في السجلِّ العقاري، ينقل العقار من طور إلى طور، من حياة إلى أخرى فهو شهادة ميلاد لحياة جديدة للعقار تقطع بصفة نهائيَّة وحاسمة مع حياته السَّابقة. وهذا يعبَّر عنه بالمفعول التَّطهيري لحكم التَّسجيل<sup>1996</sup> المتمثَّل خصوصاً في إلغاء كلِّ الحقوق والتحمُّلات السَّابقة عن التَّسجيل عملاً بالفصل 308 م.ح.ع. وتؤيِّده الصَّبغة الباتَّة لهذا الحكم المقرَّرة بالفصل 332 م.ح.ع.<sup>1997</sup>

التَّسجيل بالتقويت في ملك الغير وتحديدًا باستحالة تنفيذه: إذ وجد تقويت في ملك الغير ثمَّ صدر حكم بالتَّسجيل فما هو تأثيره على نفاذ التقويت وهل يعتبر حالة استحالة موجبة للفسخ<sup>1999</sup>؟

يتوقَّف الجواب على معرفة المستفيد من هذا الحكم. فإن كان هو المالك الأصلي فلا مراء أنَّ الجواب بالإيجاب لأنَّ حكم التَّسجيل موجب لاستحقاق العقار من يد المشتري. أمَّا إن كان أحد الطَّرفين فالقول يختلف من المفوت له (1) إلى المفوت (2).

#### 1- التَّسجيل لفائدة المفوت له:

690- إنَّ صدور حكم التَّسجيل لفائدة المفوت له<sup>2000</sup> يجعله في مأمن من استحقاقه من يده بصفة قطعيَّة عملاً بالصَّبغة الباتَّة لحكم التَّسجيل وبمبدأ منع الرُّجوع على العقار. فتستقرُّ الملكيَّة نهائيًّا عنده ولا مجال بأيَّة حال لأن يستحقَّها

المالك الأصلي. وينتج عن هذا تدعيم حق المفوت له الذي أراد اكتسابه بالعقد،

قانون التحيين المؤرخ في 10 أفريل 2001 وانظر، نبيل الرّاشدي: تعليق على القانون عدد 34 المؤرخ في 10 أفريل 2001 المتعلق بتحيين الرّسوم العقارية، ق.ت. جوان 2002، ص 69-181.

1999 يجب التّبيه في هذا الإطار إلى صعوبة هذه الفرضية بالنّظر إلى الضّمّانات الكبرى المحيطة بعملية التّسجيل ولسلطة المحكمة الواسعة في البحث والتحري وخاصة في إطار المسح الإجمالي أو عند وجود اعتراضات في التّسجيل الاختياري حيث تنظر في الرّسوم وتقدر الأدلة وترجّح الحجج وتتحقّق من تسلسل الملكية ولا تعتمد إلا ما ثبتت لديها صحته ودلالته القطعية في التملك، فكأنها تنظر في أصل الاستحقاق (الهادي سعيد، مهمة المحكمة العقارية بين الاستحقاق والتّسجيل، بحث في كتاب: في رياض البحث والقانون لنفس المؤلف، مؤسّسات عبد الكريم بن عبد الله، تونس 1993 ص 16 إلى 57)... ومع هذا فهي ليست محكمة استحقاقية (الهادي سعيد، تطوّر الملكية العقارية وأثره في تونس. ف 909، ص 424. وانظر أيضا: قرار تعقيبي عدد 16744 مؤرخ في 21 سبتمبر 1987، ن 87، 272). خاصة في التّسجيل الاختياري، وإحتمال الحكم بالتّسجيل «خطأ» لغير مالك وارد خاصة إذا لم يعترض في الوقت المناسب، ويكفي دليلا على ذلك إمكانية مراجعة الحكم العقاري على الأقل في حالة الرّزور الجنائي طبق الفصل 332 ف 3 م.ج.ع. والنّوعى الشخصية للمتضرّر من التّسجيل وأوله المالك الأصلي عملا الفصل 337 م.ج.ع. وعندئذ تطرح الفرضية المدروسة.

2000 لا يهّم التّحليل طبعا إلا التّفويّات النّافذة للملكية لأنّ التّسجيل العقاري لا يتعلّق إلا بهذا الحق.

والتي تمنع كل رجوع على العمار من طرف المنصرر ويحصر حصونه في التعويض على أساس الفصل 337 م.ج.ع.<sup>1998</sup>. وانطلاقا من هنا يطرح السّؤال عن علاقة هذا

1994 الهادي سعيد، تطوّر الملكية العقارية وأثره في تونس، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 1996، ف 937، ص 396.

1995 ورد تنظيم التّسجيل الاختياري في الكتاب الثاني من مجلّة الحقوق العينية (العنوانين الأوّل والثاني أي الفصول من 303 إلى 357 وخاصة الفصل 317). أمّا التّسجيل الإجمالي المعروف بالمسح العقاري، فقد ورد في المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964، (رائد رسمي عدد 9 صادر في 21 فيفري 1964، ص 223) المصادق عليه بالقانون عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964.

1996 انظر أحمد بن طالب، التّشطيب على التّرسيم بالسجل العقاري، م.ق.ت. 1996، مقال سابق، ص 86 وما يليها.

1997 عبد المجيد بن فرج والمختار المستيري، الصبغة النهائية لأحكام المحكمة العقارية، ق.ت. جويلية 1987، ص 11 وما يليها. - أحمد الرّحموني، خصائص التّسجيل العقاري، ق.ت. جوان 2002، ص 46 وما يليها.

1998 بشير الفرشيشي، الضّرر في نطاق القانون العقاري، مداخلة في مائوية التّسجيل العقاري بتونس، مرجع سابق، ص 133 وما يليها.

وتجدر الإشارة أنّ تحيين الرّسوم العقارية يلتقي مع التّسجيل العقاري في هذا الأثر: راجع الفصلين 27 و28 من

لكنه لا يعني نفاذ هذا العقد لأن النفاذ مقترن بتحقق شرط الملكية عند المفوت لا عند المفوت له، فضلا عن أن التسجيل ليس سببا من اكتساب الملكية باعتباره ينتج عن حكم يقر الحالة الاستحقاقية الثابتة ولا ينشئها. فإن كان كذلك، فهل يعتبر التسجيل سببا لانقضاء دعوى الفسخ على غرار التقدام العشري أو حوز المنقول؟

الجواب على الإجمال في الإيجاب، ويبين التفصيل أن التسجيل ليس حالة استحالة موجبة للفسخ (1.1) وأنه في المقابل سبب خاص لانقضاء دعواه (2.1).

#### 1.1- التسجيل ليس حالة استحالة موجبة للفسخ:

691- توجد ثلاثة أسباب متظافرة تمنع أن يكون التسجيل لفائدة المفوت له حالة استحالة موجبة للفسخ، وهي مأخوذة من الأحكام العامة للدعوى ومن قانون التسجيل خاصة. أولها انعدام مصلحة المفوت له في الفسخ لأن التسجيل

مرجع الملكية والتعامل ويقتضي إبطال وإلغاء كل السندات الأخرى بما فيها تلك المعتمدة في التسجيل وهو ما يقضي به صراحة الفصل 354 ف 1 م.ح.ع.: «تتولى إدارة الملكية العقارية وضع عبارة «إبطال» على الصكوك المدلى بها تأييدا لمطلب التسجيل وتحفظها لديها...».

وينبني على هذا أن التفويت يلغى مفعوله في التملك وتصبح الوثيقة الوحيدة المعتمدة قانونا هي الرسم العقاري وشهادة الملكية المستخرجة منه أو سند الملكية، فيزول سنده حتى من الجولان المادي ولا يمكن الاحتجاج إلا بنسخ منه تطلب من إدارة الملكية العقارية<sup>2002</sup> وفي غير ما تسلط عليه التسجيل. فينصهر التفويت هكذا في التسجيل ويذوب كسبب معتمد للملكية نظرا للملكية الجديدة التي توول إلى المفوت له قانونا. وهذا لهو أكبر دليل على الحياة الجديدة للعقار وعلى تجايف التسجيل العقاري ومنطق الفسخ الذي يفترض وجود التفويت

يقضي عنه خطر الاستحقاق نهائياً ويجعله في نفس المركز الذي كان سيوجد فيه لو نفذ التّفويت. وثانيهما تعدّر إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وهو نقيض استحالة الفسخ، باعتبار الصبغة الباتّة لحكم التّسجيل التي تمنع تغيير الحكم، باستثناء حالات المراجعة، ومن شأن الفسخ لو كان ممكناً أن يردّ العقار إلى المفوّت أو إلى مالكة الأصلي بما يفضي حتماً إلى تغيير الحكم العقاري وهذا أمر مستحيل قانوناً. وثالث الأسباب أنّ الفسخ يفترض وجود عقد قائم صحيح لم ينفذ والحال أنّ التّسجيل يعدم هذا الفرض بإلغائه العقد المطلوب فسخه، وهذا حكم خاصّ جداً بمادّة التّسجيل. وبيانه أنّ هدف التّسجيل هو تطهير الملكيّة العقاريّة من شوائب التشعّب والغموض والنّزاع، وخلق حياة جديدة للعقار<sup>2001</sup> فكأنّه تجديد للملكيّة يشبه تجديد الالتزامات ينهي وضعاً سابقاً ويخلق وضعاً جديداً. ولذلك يتمخّض عنه إحداث رسم عقاري جديد يكون هو

<sup>2001</sup> علي كحلون، أحكام القانون العقاري...، ص 23 وص 29.

لا إلغاء. وهو ما يعني استبعاد كلّ وجه للاستحالة الموجبة للفسخ ويشرّع في المقابل للحديث عن انقضائه.

#### 2.1- التّسجيل هو سبب خاص لانقضاء دعوى الفسخ؛

692- إنّ نفي الاستحالة الموجبة لفسخ التّفويت لا يعني إقرار إمكانيته وإلّا لاعتبر التّسجيل سبباً لنفاذ التّفويت، وهذا غير صحيح. وإنّما يعني نفي موجب الفسخ نفسه لانقضائه. وفعلاً فانعدام المصلحة الناتج عن تدعيم ملكيّة المفوّت له يؤديّ ضرورة إلى انقضاء حقّه في نقض التّفويت بأيّ وجه أو طلب فسخه على وجه الخصوص وفي هذا يلاقي التّسجيل الحوز المكسب المعتبر من أسباب انقضاء دعوى الفسخ، لكنّه يتميّز عنه بخصوصيّتين أولهما أنّه يضاعف انقضاء الفسخ بإلغاء العقد قانوناً وبموجب نصّ خاصّ هو الفصل 354 م.ح.ع. والنصوص المصاحبة بما ينعدم معه كلّ وجه لاعتماده أو للاحتجاج به أو لجولانه لأنّه

<sup>2002</sup> انظر الفصل 376 م.ح.ع.



مستحقها وإخضاع الأراضي والمباني لنظام الشهر العيني بإنشاء رسم يكون بمثابة الحالة المدنية للعقار، فلا ترسم به من الحقوق العينية القديمة إلا التي أثبتتها الحكم بالتسجيل ومن الحقوق الجديدة إلا الثابتة قانوناً<sup>1994</sup> وهو نوعان اختياري وإجباري<sup>1995</sup> وتختص به المحكمة العقارية التي تتعاون مع ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط من الناحية الفنية وإدارة الملكية العقارية الماسكة للسجل العقاري فيما يتعلق بالإشهار العقاري. فالتسجيل إذن يتجسد في إحداث رسم خاص بالعقار في السجل العقاري، ينقل العقار من طور إلى طور، من حياة إلى أخرى فهو شهادة ميلاد لحياة جديدة للعقار تقطع بصفة نهائية وحاسمة مع حياته السابقة. وهذا يعبر عنه بالمفعول التطهيري لحكم التسجيل<sup>1996</sup> المتمثل خصوصاً في إلغاء كل الحقوق والتحملات السابقة عن التسجيل عملاً بالفصل 308 م.ج.ع. وتؤيده الصبغة الباتة لهذا الحكم المقررة بالفصل 332 م.ج.ع.<sup>1997</sup>

التسجيل بالتفويت في ملك الغير وتحديدًا باستحالة تنفيذه: إذ وجد تفويت في ملك الغير ثم صدر حكم بالتسجيل فما هو تأثيره على نفاذ التفويت وهل يعتبر حالة استحالة موجبة للفسخ<sup>1999</sup>؟

يتوقف الجواب على معرفة المستفيد من هذا الحكم. فإن كان هو المالك الأصلي فلا مراء أن الجواب بالإيجاب لأن حكم التسجيل موجب لاستحقاق العقار من يد المشتري. أما إن كان أحد الطرفين فالقول يختلف من المفوت له (1) إلى المفوت (2).

#### 1- التسجيل لفائدة المفوت له:

690- إن صدور حكم التسجيل لفائدة المفوت له<sup>2000</sup> يجعله في مأمن من استحقاقه من يده بصفة قطعية عملاً بالصبغة الباتة لحكم التسجيل وبمبدأ منع الرجوع على العقار. فتستقر الملكية نهائياً عنده ولا مجال بأية حال لأن يستحقها

المالك الأصلي. وينتج عن هذا تدعيم حق المَفْوَت له الذي أراد اكتسابه بالعقد،

قانون التحيين المؤرخ في 10 أبريل 2001 وانظر، نبيل الراشدي: تعليق على القانون عدد 34 المؤرخ في 10 أبريل 2001 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية، ق.ت. جوان 2002، ص 69-181.

1999 يجب التنبية في هذا الإطار إلى صعوبة هذه الفرضية بالنظر إلى الضمانات الكبرى المحيطة بعملية التسجيل وسلطة المحكمة الواسعة في البحث والتحري وخاصة في إطار المسح الإجمالي أو عند وجود اعتراضات في التسجيل الاختياري حيث تنظر في الرسوم وتقدر الأدلة وترجح الحجج وتحقق من تسلسل الملكية ولا تعتمد إلا ما ثبتت لديها صحتها ودلالته القطعية في التملك، فكأنها تنظر في أصل الاستحقاق (الهادي سعيد، مهمة المحكمة العقارية بين الاستحقاق والتسجيل، بحث في كتاب: في رياض البحث والقانون لنفس المؤلف، مؤسّسات عبد الكريم بن عبد الله، تونس 1993 ص 16 إلى 57)... ومع هذا فهي ليست محكمة استحقاقية (الهادي سعيد، تطور الملكية العقارية وأثره في تونس. ف 909، ص 424. وانظر أيضا: قرار تعقيبي عدد 16744 مؤرخ في 21 سبتمبر 1987، ن 87، 272). خاصة في التسجيل الاختياري، واحتمال الحكم بالتسجيل «خطأ» لغير مالك إذا لم يعترض في الوقت المناسب، ويكفي دليلا على ذلك إمكانية مراجعة الحكم العقاري على الأقل في حالة الزور الجنائي طبق الفصل 332 ف 3 م.ج.ع. والدعوى الشخصية للمتضرر من التسجيل وأوله المالك الأصلي عملا الفصل 337 م.ج.ع. وعندئذ تطرح الفرضية المدروسة.

2000 لا يهّم التحليل طبعا إلا التفويطات الناقلة للملكية لأن التسجيل العقاري لا يتعلق إلا بهذا الحق.

والتي تمنع كل رجوع على العقار من طرف المتضرر وتحتصر حقوقه في التعويض على أساس الفصل 337 م.ج.ع.<sup>1998</sup>. وانطلاقا من هنا يطرح السؤال عن علاقة هذا

1994 الهادي سعيد، تطور الملكية العقارية وأثره في تونس، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 1996، ف 937، ص 396.

1995 ورد تنظيم التسجيل الاختياري في الكتاب الثاني من مجلة الحقوق العينية (العنوانين الأول والثاني أي الفصول من 303 إلى 357 وخاصة الفصل 317). أما التسجيل الإجمالي المعروف بالمسح العقاري، فقد ورد في المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964، (رائد رسمي عدد 9 صادر في 21 فيفري 1964، ص 223) المصادق عليه بالقانون عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أبريل 1964.

1996 انظر أحمد بن طالب، الشطب على الترسيم بالسجل العقاري، م.ق.ت. 1996، مقال سابق، ص 86 وما يليها.

1997 عبد المجيد بن فرج والمختار المستيري، الصبغة النهائية لأحكام المحكمة العقارية، ق.ت. جويلية 1987، ص 11 وما يليها. - أحمد الرّحموني، خصائص التسجيل العقاري، ق.ت. جوان 2002، ص 46 وما يليها.

1998 بشير الفرشيشي، الضرر في نطاق القانون العقاري، مداخلة في مائوية التسجيل العقاري بتونس، مرجع سابق، ص 133 وما يليها.

وتجدر الإشارة أن تحيين الرسوم العقارية يلتقي مع التسجيل العقاري في هذا الأثر: راجع الفصلين 27 و28 من

لكنه لا يعني نفاذ هذا العقد لأنّ التّفاذ مقترن بتحقق شرط الملكية عند المفوّت لا عند المفوّت له، فضلا عن أنّ التّسجيل ليس سببا من اكتساب الملكية باعتباره ينتج عن حكم يقرّ الحالة الاستحقاقية الثّابتة ولا ينشئها. فإن كان كذلك، فهل يعتبر التّسجيل سببا لانقضاء دعوى الفسخ على غرار التّقدم العشري أو حوز المنقول؟

الجواب على الإجمال في الإيجاب، ويبيّن التّفصيل أنّ التّسجيل ليس حالة استحالة موجبة للفسخ (1.1) وأنّه في المقابل سبب خاصّ لانقضاء دعواه (2.1).

#### 1.1- التّسجيل ليس حالة استحالة موجبة للفسخ؛

691- توجد ثلاثة أسباب متظافرة تمنع أن يكون التّسجيل لفائدة المفوّت له حالة استحالة موجبة للفسخ، وهي مأخوذة من الأحكام العامّة للدّعوى ومن قانون التّسجيل خاصّة. أولها انعدام مصلحة المفوّت له في الفسخ لأنّ التّسجيل

مرجع الملكية والتّعامل ويقتضي إبطال وإلغاء كلّ السّنّدات الأخرى بما فيها تلك المعتمدة في التّسجيل وهو ما يقضي به صراحة الفصل 354 ف 1 م.ح.ع.: «تتولّى إدارة الملكية العقارية وضع عبارة «إبطال» على الصّكوك المدلى بها تأييدا لمطلب التّسجيل وتحفظها لديها...».

وينبني على هذا أنّ التّفويت يلغى مفعوله في التّمكّك وتصبح الوثيقة الوحيدة المعتمدة قانونا هي الرّسم العقاري وشهادة الملكية المستخرجة منه أو سند الملكية، فيزول سنده حتّى من الجولان المادّي ولا يمكن الاحتجاج إلاّ بنسخ منه تطلب من إدارة الملكية العقارية<sup>2002</sup> وفي غير ما تسلّط عليه التّسجيل. فينصهر التّفويت هكذا في التّسجيل ويذوب كسبب معتمد للملكية نظرا للملكية الجديدة التي تؤوّل إلى المفوّت له قانونا. وهذا لهو أكبر دليل على الحياة الجديدة للعقار وعلى تجايف التّسجيل العقاري ومنطق الفسخ الذي يفترض وجود التّفويت

يقضي عنه خطر الاستحقاق نهائياً ويجعله في نفس المركز الذي كان سيوجد فيه لو نفذ التّفويت. وثانيهما تعدّر إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وهو نقيض استحالة الفسخ، باعتبار الصّبغة البائنة لحكم التّسجيل التي تمنع تغيير الحكم، باستثناء حالات المراجعة، ومن شأن الفسخ لو كان ممكناً أن يردّ العقار إلى المفوّت أو إلى مالكة الأصلي بما يفضي حتماً إلى تغيير الحكم العقاري وهذا أمر مستحيل قانوناً. وثالث الأسباب أنّ الفسخ يفترض وجود عقد قائم صحيح لم ينفذ والحال أنّ التّسجيل يعدم هذا الفرض بإلغائه العقد المطلوب فسخه، وهذا حكم خاصّ جداً بمادّة التّسجيل. وبيانه أنّ هدف التّسجيل هو تطهير المملكيّة العقاريّة من شوائب التشعب والغموض والنّزاع، وخلق حياة جديدة للعقار<sup>2001</sup> فكأنّه تجديد للملكيّة يشبه تجديد الالتزامات ينهي وضعاً سابقاً ويخلق وضعاً جديداً. ولذلك يتمخّض عنه إحداث رسم عقاري جديد يكون هو

<sup>2001</sup> علي كحلون، أحكام القانون العقاري...، ص 23 وص 29.

لا إلغاء. وهو ما يعني استبعاد كلّ وجه للاستحالة الموجبة للفسخ ويشرّع في المقابل للحديث عن انقضائه.

#### 2.1- التّسجيل هو سبب خاص لانقضاء دعوى الفسخ:

692- إنّ نفي الاستحالة الموجبة لفسخ التّفويت لا يعني إقرار إمكانيةه وإلاّ لاعتبر التّسجيل سبباً لنفاذ التّفويت، وهذا غير صحيح. وإنّما يعني نفي موجب الفسخ نفسه لانقضائه. وفعلاً فانعدام المصلحة الناتج عن تدعيم ملكيّة المفوّت له يؤدّي ضرورة إلى انقضاء حقّه في نقض التّفويت بأيّ وجه أو طلب فسخه على وجه الخصوص وفي هذا يلاقي التّسجيل الحوز المكسب المعتبر من أسباب انقضاء دعوى الفسخ، لكنّه يتميّز عنه بخاصيّتين أولهما أنّه يضاعف انقضاء الفسخ بإلغاء العقد قانوناً وبموجب نصّ خاصّ هو الفصل 354 م.ج.ع. والنّصوص المصاحبة بما يندم معه كلّ وجه لاعتماده أو للاحتجاج به أو لجولانه لأنّه

<sup>2002</sup> انظر الفصل 376 م.ج.ع.

يعوّض قانوننا بوثيقة أخرى هي رسم الملكية. وثانيتها أنّ الرجوع بالتعويض على البائع ممكن على أساس الضمان وهو يفترض زوال التفويت خاصة إذا قام المالك الحقيقي على المفوت له بدعوى غرم الضرر على أساس الفصل 337 م.ج.ع باعتباره مستفيدا من التسجيل<sup>2003</sup>، والحال أنّه دفع مقابل ذلك للبائع الذي يلتزم بتعويضه على أساس ضمان الاستحقاق. وهذا مما يدلّ على صحّة التفويت المبدئية وعلى صحّة تأسيسه على التزام الضمان، وعلى زوال التفويت هنا لكن لا بأساس الفسخ بل بنصّ خاصّ في القانون يفرضه المنطق الخاصّ للتسجيل العقاري.

وينتج عنه أن يعتبر التسجيل لفائدة المفوت له سببا خاصا بحقّ لانقضاء حقّه في فسخ التفويت تنتفي معه الاستحالة الموجبة له. وهذا حكم خاصّ بالمفوت له لا ينتظر تحقيقه مع المفوت نظرا لاختلاف معطيات النقاش.

يتّجه في الجواب تغليب المفعول التّطهيري لحكم التّسجيل (1.2) خصوصا أنّ قواعد السجلّ العقاري تدعمه بنظرية الصّكوك المتأخّرة (2.2).

### 1.2- المفعول التّطهيري لمك التّسجيل:

694- لو تمسّكنا بمبدأ أنّ الضّامن لا يستحقّ فالنتيجة أنّه لا يجوز للبائع أن يعارض المشتري بأيّ حقّ على المبيع ولا تسمع منه أية دعوى تؤدّي إلى حرمان المشتري منه أو استحقاقه من يده، ممّا يؤول ضرورة إلى اعتبار التّسجيل صادرا لمصلحة المشتري لا لمصلحة البائع على معنى أنّ التزام البائع بالضمان يلزمه بالسعي في اكتسابها لمصلحة المشتري فهو بالتّسجيل كأنّه اكتسب الملكية لاحقا وحقّق شرط الملكية الناقص الذي به ينفذ التفويت عملا بالفصل 576 م.ج.ع. وينتج عن هذا أنّ المشتري الذي لم يظهر في الوقت المناسب يمكنه أن يتدارك الأمر لاحقا بطلب التّسجيل من إدارة الملكية العقارية فيقبل منه، بل

693- تطرح هذه الصورة تصادما بين المفعول التطهيري لحكم التسجيل والتنفيذ العيني للالتزام الضمان. ويكمن حلها في تغليب أحدهما وبه يعرف إن كان التسجيل حالة استحالة للتفويت أصلا. فعندما يبيع شخص عقارا غير مسجل وهو لا يملكه ثم يطلب تسجيله أو يصرح بملكيته لدى القاضي المكلف بالمسح فيحكم له ويقام رسم عقاري باسمه، يطرح السؤال عن مصدر البيع وحقوق المشتري فيه: هل يلغيه التسجيل أم يدعمه؟ وهنا تعارض المبدأين المذكورين لأن المفعول التطهيري يقود إلى إلغاء البيع، وبالتالي استحقاق العقار لفائدة البائع، وهو ما يعارضه التزام الضمان الذي يمنع على البائع أن يستحق المبيع من يد المشتري فإيهما ينطبق؟

2003 مبروك بنموسى، الآثار القانونية لطلب التسجيل، مقال سابق، ص 440 وما يليها.

ولكن نتيجة كهذه تصطدم بصفة صارخة بكل مبادئ التسجيل العقاري وخاصة منها المفعول التطهيري لحكم التسجيل باعتبار أنها تقبل للترسيم ملكية المشتري والحال أنها ألغيت قانونا لعدم ذكرها في حكم التسجيل كما أنها تؤدي إلى مراجعة غير مباشرة لحكم التسجيل بما أنها تغير شخص المستفيد من الحكم. وهذا مخالف للصيغة الباتة للحكم ولقواعد الطعن بالمراجعة طبق الفصل 332 م.ج.ع. ولا يمكن بأية حال قبول مخالفة هذه المبادئ وهي ناطقة بقواعد شكلية وأمرة وتهم النظام العام، خاصة أنها قرأت حسابا للفرضية الملاروسية وأفردت لها حكما حصرياً في التعويض تضمنته الفصل 337 م.ج.ع. وهذا الحل مستقر في فقه محكمة التعقيب التي تقول في أحد قراراتها<sup>2004</sup>:

2004 قرار تعقيبي عدد 12289 مؤرخ في 24 أكتوبر 1985، ق.ت. ماي 1987، ص 112.

«إن إخفاء طالب التسجيل خروج ملكية ما يطالب بتسجيله من يده ويعد أن كان فوت فيه بالبيع (وقبض ثمنه) وتم التحوز من طرف مشتريه وحصوله تبعا لذلك على حكم بالسجيل لا يصح تفسيره بغير التغير والتدليس»<sup>2005</sup> الموجب لتطبيق الفصل 337 م.ج.ع.<sup>2006</sup> وتؤيده أحكام الضمان التي تمنع الرجوع على البائع «إذا وقع تسجيل عقاري مضر بحقوق المشتري وكان له أن يعارض فيه ولم يفعل ذلك في الوقت اللازم»<sup>2007</sup> وهو يمثل بذلك استثناء بالغ الخطورة على التزام الضمان. لكنه ليس استثناء مطلقا أولا لأن الحرمان منه يتداركه الفصل 337 م.ج.ع. بالتعويض<sup>2008</sup>، وثانيا لأنه مستبعد عند تطبيق نظرية الصكوك المتأخرة<sup>2009</sup>.

## 2.2- نظرية الصكوك المتأخرة؛

695- إن إلغاء التفويت نتيجة المفعول التطهيري رهين بكون البيع مبرما قبل

وابرامه بعده. وهذا تفريق تفرضه نظرية الصكوك المتأخرة وهي الصكوك والاتفاقات الصادرة من طالب التسجيل بعد تقديم المطلب أي في أثناء عملية التسجيل فتتسلط على عقار بصدد التسجيل. وهي زمنيا نوعان: نوع ناشئ قبل صدور الحكم بالسجيل وآخر بعده وقبل إقامة الرسم العقاري من إدارة الملكية العقارية. ولا يهمننا إلا النوع الأول لأنه هو المرتبط بحكم التسجيل<sup>2010</sup>. وفيه يقضي الفصل 350 م.ج.ع. بأن الصكوك والاتفاقات المبرمة أثناءه يمكن تقديمها للتسجيل لاحقا لدى إدارة الملكية العقارية إذا لم يتم التصريح بها في الإبان، فترسم لكن بتاريخ تقديمها ولا تتمتع بقوة الترسيم الأول<sup>2011</sup>. وهذا يعني أن الفصل 350 م.ج.ع. يساعد في ضبط مجال المفعول التطهيري ويخرج عنه الصكوك المتأخرة عن المطلب أو التصريح بالملكية.

696- ورغم وضوح هذا الفصل فإن محكمة التعقيب<sup>2012</sup> لم تقم له أي

اعتبار لما طلب منها مراقبة تطبيقه من قبل مشترين أصليين وورثة بعضهم قام عليهم بائعوهم بكف الشغب عن العقار بدعوى أنهم غير مرسمين وأن بيعهم ملفى لصدوره قبل الحكم بالتسجيل ولعدم اعتماده في الحكم، والحال أن البيع المذكور أبرم بعد تقديم طلب التسجيل، ولما قضى استئنافياً بكف الشغب، تعقب المشترون متمسكين صراحة بخرق الفصل 350 م.ح.ع. فما كان من محكمة التعقيب إلا أن ردت عليهم طعنهم متعلقة بإطلاق عبارة الفصل 308

2010 انظر في النوع الثاني: الفصل 353 م.ح.ع. وللتفصيل: أحمد بن طالب، الشطب على الترسيم بالسجل العقاري، مقال سابق، ص 93.

2011 ينص الفصل 350 م.ح.ع. على ما يلي: «تودع بكتابة المحكمة العقارية المنكوك والاتفاقات التي تقع في المدة الجارية بين تقديم طلب التسجيل والحكم في الأصل إذا كان الحق العيني المضمّن بها لا يتكوّن إلا بالترسيم بالسجل العقاري. وهذا الحكم يأذن بترسيم الحقوق الحاصلة بعد تقديم طلب التسجيل. والحقوق الحاصلة بعد تقديم طلب التسجيل والتي لم تودع طبق أحكام الفقرة الأولى لا تتكوّن إلا بترسيمها بسجل الملكية العقارية وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم.»

2012 قرار تعقيبي عدد 46501 مؤرخ في 28 فيفري 1995، ن 95، 242.

طلب التسجيل أو التصريح بالملكية لدى القاضي المسحي، وهو ما يفضي إلى تفريق فرضيتين وفق معيار زمني، وهما: إبرام التقويت قبل المطلب أو التصريح

2005 يلاحظ أن هذا القرار صدر في ظلّ الفصل 337 م.ح.ع. الأصلي قبل تنقيحه في 1995 حيث لم يعد يشترط التفريغ، وأصبح يوجّه الدعوى على المستفيد من التسجيل لا على مرتكب التعرير.

2006 انظر في نفس الاتجاه وفي تطبيق الفصل 337 م.ح.ع. عموماً: قرار تعقيبي عدد 966 مؤرخ في 19 ديسمبر 1978، ق.ت. نوفمبر 1979، ص 76.

- قرار تعقيبي عدد 296 مؤرخ في 25 أكتوبر 1977، ن 77، II، 138. - قرار تعقيبي عدد 2921 مؤرخ في 24 فيفري 1981، ق.ت. مارس 1982، ص 110. - قرار تعقيبي عدد 13587 مؤرخ في 1 ديسمبر 1986، ن 86، II، 219. - قرار تعقيبي عدد 15504 مؤرخ في 14 جوان 1988، ن 88، 211 / ق.ت. ديسمبر 1990، ص 82. - قرار تعقيبي عدد 34987 مؤرخ في 14 فيفري 1995، ن 95، 246. - قرار تعقيبي عدد 47646 مؤرخ في 1 أكتوبر 1996، ن 96، I، 86.

2007 الفصل 645 م.ح.ع. - الحالة الثانية.

2008 يتفق هذا التحليل مع طبيعة الضمان الشخصي من أنه التزام بامتناع عن عمل يتحول إلى تعويض عند عدم العمل طبقاً للفصل 276 م.ح.ع.

2009 انظر خاصة: الهادي سعيد، تطوّر الملكية العقارية...، ف 1004 وما بعدها، ص 437 وما يليها.



م.ح.ع. التي لا تفرّق في إلغاء الحقوق السابقة عن الحكم بالتسجيل ولم تنبس ولو همسا بما يشير إلى الفصل 350 م.ح.ع. رغم التمسك به صراحة متناسية أنه يخصّص عموم عبارة الفصل 308 م.ح.ع. ويرسي نظرية الصّكوك المتأخّرة، والأدهى أنها اعتبرت مناقشة الفصل المذكور من قبيل «فهم الوقائع وتقدير الأدلة الخاضعة لاختصاص حكّام الموضوع» ولا يمكن لقرار كهذا أن يستقيم بمثله حسن تطبيق القانون<sup>2013</sup>، حال أن النص صريح في قبول ترسيم الصّكوك اللاحقة. ومن نتيجته تعديل الحكم السابق بما مفاده أنه إذا صدر البيع قبل تقديم مطلب التسجيل أو التصريح بالملكية شمله المفعول التطهيري واعتبر لاغيا ممّا يستحيل معه ترسيم البيع ولا يمكن إلاّ إعادته من جديد. أمّا إذا صدر بعد ذلك فلا يشمله الإلغاء ويمكن ترسيمه لاحقا وفيه يجبر البائع على التزام الضمان ويمكن تنفيذه عينياً لأنّ الحقّ مستمدّ من مالك مرسم. فيظهر التسجيل

697- بهذا يتبيّن تأثير التسجيل لفائدة المفوّت على التفويت: وهو كونه حالة استحالة وسبب نفاذ معا بحسب وقوعه قبل مطلب التسجيل أو بعده. فإذا وقع التفويت بعد مطلب التسجيل اعتبر سببا لنفاذه ممّا يسمح بإلحاق التسجيل لكن في حدود الفصل 350 م.ح.ع. فحسب- بحالات صيرورة المفوّت مالكا بمفعول القانون، فينفذ التفويت على معنى أنه يصير صادرا من مالك، لكنّه ينفذ بتاريخ الترسيم. وأمّا إذا وقع التفويت قبل تقديم المطلب فالسّجيل يكون حالة استحالة مانعة لنفاذه وموجبة لزواله وإلغائه قانونا نتيجة المفعول التطهيري لحكم التسجيل، وهذه حالة خاصّة في استحالة التفويت لأنها ليست ناتجة عن فسخ بل عن نظام شبيه يحدث نفس المفعول. وتتواصل هذه الخصوصية لتطرح إشكالات أخرى مع التّقدم المكسب.

698- هل يعتبر التّقادّم المكسب - في غير صور التّفاد - من حالات استعالة التّفويت الموجبة لفسخه إذا تحقّق عند أحد الطّرفين؟ لقد سبقت الإجابة جزئياً بالنّفي عن هذا السّؤال من جهة نفاذ التّفويت ومنها تبين أنّ اكتمال التّقادّم عند المفوّت ينفذ به التّفويت المنشئ لحقّ عيني والتّفويت النّاقل المتوقّف على شرط الحكم<sup>2015</sup> كما أنّ تحقّق التّقادّم العشري عند المفوّت له ينقضي به حقّه في فسخ التّفويت<sup>2016</sup>. لكنّ السّؤال مازال معلّقاً فيما عدا هذه الصّور

وحيث إنّ يعتبر التّسجيل ضدّه ولفائدة المفوّت له. لكنّ تفكيراً كهذا ويرغم عدالته لا يعكس واقع القانون الوضعي ويتناقض مع مقاصد التّسجيل العقاري ولا يمكن أن يقبل إلاّ على سبيل التّعبير عن أمل في حلّ مغاير يغلّب فيه التزام الضّمّان دائماً، خصوصاً أنّ أملاً كهذا ليس مجرد وهم أو شطحة خاطر بدليل أنّ بعض التّشريعات تقرّ الحلّ المنشود بالنّسبة إلى الرّهون والامتيازات فلم لا يجوز التّفكير فيه وتعميمه على كلّ الحقوق؟ انظر في هذا الاقتراح وأمثلة عن التّشريعات المذكورة: - جورج سولمانيون، القانون العقاري لسنة 1885 ونظام السجّلات العينية، مرجع سابق، ص 98 والهامش.

<sup>2015</sup> راجع سابقاً، ف 552 و553.

<sup>2016</sup> راجع سابقاً، ف 611.

هكذا كانه صير البائع مالكا لأنه يمنع منارعه من المالك الحميفي الذي ليس له إلا رجوع بالتعويض، فتستقر الملكية نهائياً عند البائع ومنه يكتسبها المشتري. وفي هذا يلتقي الضمان والتسجيل دون تغليب لأحدهما على الآخر. لكنّ الثاني يغلّب في الفرضية المعاكسة<sup>2014</sup>.

<sup>2013</sup> تجب الملاحظة أنّ محكمة التعقيب أعادت نفس التعليل في نفس القضية لكن في ردّها على مطلب تعقيب ثان لم يثر فيه الفصل 350 م.ح.ع. صراحة؛ قرار تعقيبي عدد 38598 مورخ في 28 فيفري 1995، ن 95، 325.

<sup>2014</sup> ربّما صدمت هذه النتيجة الشعور بالإنصاف لأنّه إذا أمكن تفهم زوال حقوق صادرة عن الغير فمن الصّعب تقبل فكرة إلغاء حقّ مستمدّ من المستفيد نفسه ولا يستساغ أن يكون القانون بهذه الصّرامة التي قد تعين مدينا على نقض التزامه. ولهذا يودّ أنصار الإنصاف لو تغلّب الضّمّان على التّطهير حتّى في هذه الفرضية. وربّما جاز لهم ذلك بالتّفكير في نقل موضوع النقاش من مجال المفعول التّطهيري إلى وجهة تقديم مطلب التّسجيل أصلاً من البائع، فيقال إنّ البائع ما كان له أن يقدّم مطلباً في التّسجيل لنفسه أصالة لأنّه بفعله ذلك يخالف التزامه بالضّمّان باعتباره سيصل إلى وضع يستحقّ فيه المبيع حتماً من المشتري وهذا ممنوع بالضّمّان. فالمنطلق إذن منهّي عنه ولا يجوز أن يبني عليه القانون شيئاً عملاً بالفصل 539 م.ح.ع. وبهذا يقحم استثناء على مبدأ حرية طلب التّسجيل من أيّ كان فيقال مستقبلاً إنّ المطلب من حقّ أيّ كان إذا كان ملتزماً بالضّمّان.

وتحديداً في إطار التقويات الناقله حيث يجب معرفة مصير التقويت وتأثير التقادم على استحالة نفاذه. ويفهم من الفصل 645 م.أ.ع. (الحالة الأولى) «أو ابتداء البائع مدة حوز وفرط المشتري في إكمالها» وجوب التفريق بين صورة التقادم الذي يبدأ سريانه قبل التقويت ويكتمل بعده (1) وصورة التقادم الذي يبدأ أصلاً إثر التقويت (2).

#### 1- التقادم يكتمل إثر التقويت؛

699- إذا فوّت في عقار في أثناء سريان مدة حوز فإنّ المدة إمّا أن يكملها المفوّت له (1.1) أو المفوّت (2.1).

#### 1.1- المفوّت له يكمل المدة؛

700- إن كان المفوّت له هو من أكمل المدة بنفسه<sup>2017</sup> فإنّه يتملك العقار بالتقادم إزاء المالك الحقيقي. فهل الأمر كذلك في علاقته بالمفوّت؟ يتعلّق السؤال

أصبح مالكا بموجبه؟

701- في الحقيقة يصعب الإقرار بهذه النتيجة كما أنّه يشطّ عن التصوّر تمكين المفوّت له من تضمين المفوّت هذا الاكتساب لأنّه منذ أن أصبح التقادم مصدرا من مصادر اكتساب الملكية<sup>2018</sup> غدا سببا مستقلاً فعلا في الاستحقاق. وهو مستقلّ خاصّة عن العقد، فلا يلتفت إليه ويقوم من ذاته وبشروطه الخاصّة وليس من أهدافه تصحيحه ولا إنفاذه<sup>2019</sup> فلا يمكن أن يعتبر التقويت هو سبب التملك ولا يمكن اعتباره قد نفذ بالتقادم. لكن بالمقابل لا يمكن تحويل المفوّت له الرّجوع بالضمان لانتهاء مصلحته فيه ولكونه استفاد من البيع في اكتساب الملكية بالتقادم فلا يكون العوض الذي دفعه دون مقابل كما في الصّورة التي يتلقّى فيها الملكية من المالك الحقيقي بعقد جديد، بل له مقابل صحيح ومشروع وهو مدّة الحوز السّابقة التي تمّمها المفوّت، فكأنّه تعاقد أصلاً لا على نقل

الملكيّة بل على الحوز. وسند ذلك هو الفصل 40 م.ج.ع. في ضمّ الحوزين. فكأنّ المشتري في البيع مثلاً لم يشتر الملكية حقيقة وإنما اشترى الحوز السابق، وهذا بيع نافذ من تاريخه ويضمّنه البائع حقاً استنتاجاً من الفصل 645 م.ع.، فلا يسع المشتري بعده أن يسعى في نقض هذا الاتفاق الذي تمّ من جهته. وهذا يعني أنّ وصف البيع الأصلي يدخل عليه تعديل بتغيير وصف محلّه الذي لم يعد هو ملكيّة العقار المبّيع بل الحوز السابق بجميع صفاته ومنها المدّة<sup>2020</sup>. وبهذا يخرج البيع أصلاً من منطقة التّفويت في ملك الغير ويدخل في البيع العادي النافذ. وتغيير

2018

لم يكن التّنادم في روما في بداياته مصدراً مستقلاً للملك بل كان واقعة من الوقائع التي ترتبط بالعقد وتحقّق أثره العيني كالسّليم والتّنازل القضائي والإشهاد وقد كانت مدّته قصيرة - راجع سابقاً، ف 17 و302 والهامش 1626 من هذا البحث، وانظر: أوديبار، دراسة في بطلان أعمال التّفويت...، أطروحة سابقة، ص 317.

2019

خلافاً لما كان في روما. انظر الهامش السابق.

2020

في هذا الاتجاه: أوديبار، دراسة في بطلان التّفويت...، أطروحة سابقة، ص 318.

خاصّة بالتّنادم الطّويل لأنّ التّنادم العشري تنقضي به دعوى الفسخ. لو كان الجواب بالإيجاب لكان معناه أنّ التّفويت يستحيل ويمكن للمفوّت له أن يفسخ التّفويت ويرجع بالتّعويض على المفوّت لأنّه سيّدعي أنّه أصبح مالكا بمصدر مستقلّ لا دخل للتّفويت فيه والحال أنّه أصبح مالكا وأنّ خطر الاستحقاق زال نهائياً بسقوط دعوى المالك في المطالبة بملكّيته على أساس الفصل 50 م.ج.ع. لكن هل زال خطر الاستحقاق يعني ضرورة أنّ البيع نفذ حقاً وأنّ المفوّت له

2017

تجب الملاحظة أنّه ليس لطول المدّة السابقة أو الباقية أهميّة خاصّة إذا كان قيام المفوّت له بعد اكتمال مدّة الحوز. لكنّه يستقطب اهتماماً بالغاً لو قام المفوّت له قبل اكتمال مدّة التّنادم طالبا فسخ البيع على أساس الفصل 576 م.ع. فهل تعتبر الاستحالة حاصلة حينئذ أم لا؟ يبدو الجواب مبدئياً بالإيجاب إلا أنّه يمكن التّفكير في العكس استناداً إلى مبدأ التعسّف في استعمال حقّ الفسخ إذا كانت المدّة الناقصة قصيرة بحيث قد تستغرقها مدّة النّظر في الدّعوى كما إذا حاز البائع العقار أربعة عشر عاماً ثمّ باعه وبأ ينصرم العامّ الخامس عشر حتّى قام المشتري في فسخه ولم تبق على اكتمال المدّة إلا أسابيع قليلة! انظر في هذا الاتجاه: رمضان أبو السعود. في عقدي البيع والمقايضة...، ص 140.

الوصف هذا ممكن لأن التكييف أو تغييره هو مسألة قانونية لا واقعية<sup>2021</sup>. ولا يقال إنه في مثالنا ينطلق من تحريف لإرادة الأطراف لأن الفرض في تقادم طويل لا يشترط فيه حسن النية، كما أن مقتضيات التفسير الموضوعي تعتد بالإرادة التي تجعل للعقد نفعاً اجتماعياً واقتصادياً سعياً للمحافظة عليه وصونها له من الانحلال<sup>2022</sup> وهذا من أكبر مقاصد القانون المدني في العقود. وذلك يمنع المشتري من الرجوع بالضمان ويبقى العقد ولا يزول، لا باعتباره بيعاً لملك الغير نفذ، بل باعتباره بيعاً نافذاً للحوز وعنصره في احتساب مدة التقادم<sup>2023</sup>.

بهذا يتدقق الجواب عن السؤال الأول إذ يتبين أن التقادم المكسب إذا أكمله المفوّت له ليس سبباً لنفاذ التقويت وليس حالة استحالة موجبة لفسخه، بل هو واقعة توجب تغيير وصف محل البيع فتخرجه من منطقة التقويت في ملك الغير أصلاً. والأمر بالمثل بالنسبة إلى المفوّت.

التملك قبيل المفوّت له، كما أن المدة التي يواصل بها حوزة هي أقل من أن تملكه ضد المفوّت له. ويمكن دعم هذا الحل باستنتاج عكسي من الفصل 645 م.ع. الذي يعفي البائع من الضمان إذا فرط المشتري في إكمال مدة الحوز المكتسبة، أي أن الحوز يستمر لمصلحة المشتري حسب هذا النص، ففي المقابل إذا واصل البائع الحوز فذلك لمصلحة المشتري لا لمصلحته هو حتى لا يكون مطلوباً بالضمان. ويدل هذا على أن المفوّت لا يكتسب الملكية بل يكتسبها المفوّت له رأساً<sup>2025</sup>.

ولا يؤدي هذا الاكتساب إلى نفاذ التقويت بل إلى تغيير وصفه كما تقدم، إذ يتبين أن محله الحقيقي كان هو مدة الحوز السابقة استناداً إلى الفصل 40 م.ع. وعمل البائع في مواصلة الحوز لفائدة المشتري أي الوساطة في الحوز عملاً بالفصلين 38 و49 م.ع. فلا ينفذ التقويت كما لا يستحيل ليفسخ بل يتغير

702- إذا بقي العقار في حوز المَفُوتِ حتَّى اكتملت مدَّة التَّقادم فإنَّ المملكيَّة تكتسب للمَفُوتِ له مباشرة لأنَّ الغالب أنَّ المَفُوتِ يواصل الحوز بناء على اتِّفاق بوضع اليد بالثَّيابة أو ما يمكن تسميته «بالإنابة الحوزيَّة»<sup>2024</sup> فلا تكون له نيَّة

<sup>2021</sup> نذير بن عمّو، سلطة رقابة محكمة التعقيب، أطروحة سابقة، ف 260 وما بعدها، ص 126.

<sup>2022</sup> سامي الجريسي، تفسير العقد، مركز النُشر الجامعي، تونس 1999، ف 381 وما بعدها، ص 498 وما يليها. - نذير بن عمّو، سلطة رقابة محكمة التعقيب، ف 504 وما بعدها، ص 230 وما يليها.

<sup>2023</sup> يلاحظ أنَّ هذا التحليل ليس بدعا في تصوّر البيع والتقويت عموما إذ يمكن تقريبه من التجزئة الزمانية لحق المملكيَّة (ديموغ، الحقوق الاحتماليَّة، مقال سابق، ص 249 وما يليها) وهو يذكّر بنظرة القانون الروماني للملكيَّة البريتوريَّة التي لم تكن تعدو أن تكون وضع يد ولا تصبح ملكيَّة رومانيَّة إلا إذا دعمها المشتري بالتَّقادم (عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ص 288 وما يليها).

<sup>2024</sup> هو اتِّفاق يتمُّ به تسليم المبيع ونحوه بإبقائه عند البائع لكن بوجه مختلف يكون لحساب المشتري كالكراء مثلا أو الانتفاع أو غيره... ويسمَّى بالفرنسيَّة *Le constitut possessorie* انظر: القاموس القانوني، (فرنسي - عربي) لإبراهيم النجار وأحمد زكي بدوي ويوسف شلالا، ص 73.

وصفه ويخرج من منطقة التقويت في ملك الغير. لكن إذا بدر من المَفُوتِ ما يغيّر به صفة حوزة فيعود حائزا أصليا يحتسب التَّقادم لنفسه إذ يعتبر قد بدأ حوزا جديدا، وهو ذو تأثير مختلف على التقويت.

## 2- التَّقادم، يبدأ إثر التقويت:

703- يجب التَّفريق بين ما إذا بدأ التَّقادم وتمَّ عند المَفُوتِ (1.2) أم عند

المَفُوتِ له (2.2).

## 1.2- التَّقادم، يبدأ وبينمَّ عند المَفُوتِ:

704- إذا لم يسلم المَفُوتِ العقار للمَفُوتِ له وتحوَّز هو به واستمرَّ على ذلك

حتَّى تمتَّ مدَّة التَّقادم فهل يكتسبه لنفسه أم لا؟ وإن كان، فهل ينفذ التقويت أم يستحيل فيفسخ؟

<sup>2025</sup> أوديبار، دراسة في بطلان أعمال التقويت...، أطروحة سابقة، ص 316.

يتوقف الجواب على معرفة نية المَفُوت في الحوز باعتبارها الركن المعنوي في التملك بالتقادم، وهي إما أن توجه ضد المالك (أولاً) أو ضد المَفُوت له (ثانياً).

#### أولاً: الحوز ضد المالك:

**705-** إذا حاز المَفُوت ضد المالك فإنه لا يحوز ضد المَفُوت له الذي لم يكتسب الملكية بعد وينتظر واقعة كالتقادم تكسبه إياها. فإذا واجه البائع المالك الحقيقي في الاستحقاق فهو يفعل ذلك لحساب المَفُوت له ويعتبر بالنسبة إليه حائزاً عرضياً قد يستند في الأرجح إلى إنابة حوزية، فلا يحق له أن يدعي الملكية لنفسه ولا يجوز له الرجوع في التفويت لأن الضمان يمنعه.

وينتج عن هذا الحل أنه إذا قام المالك الحقيقي على البائع - باعتبار الحوز بيده - فواجهه في الاستحقاق ولم يعلن عن المشتري ليقع إدخاله ثم صدر الحكم لفائدة البائع على أساس التقادم، فإن الحكم يعتبر قانوناً لفائدة المشتري ويحق

في ملكه وتمضي عليه مدة الحيازة الطويلة فهل يصير مالكا له بالتقادم المكسب أو أن مبدأ الضمان المحمول عليه قانوناً يحول دون تمسكه بذلك التقادم؟<sup>2027</sup> وبيئت في الجواب «أنه بالرجوع إلى الفصل 631 م.ا.ع. يتضح أنه أوجب على البائع أن يكف... لكته لم ينص على أبدية هذا الضمان ولم يخرج عن نطاق القواعد العامة المنطبقة على كل الالتزامات التي منها التمسك بالتقادم المنصوص عليه بالفصل 45 م.ح.ع. عند توافر شروطه وليس للمشتري أن يتمسك بالتزام الضمان المتولد عن عقد البيع لأن تمسكه هذا يتنافى مع مشروعية التقادم المكسب الذي هو قرينة قانونية قاطعة على كسب الملكية بوجه قانوني وأن المبدأ القائل بأن من يجب عليه الضمان لا يمكنه التعرض إنما يحتج به عند عدم الدفع بالتقادم المكسب». وهذا الموقف مستقر في فقه قضاء محكمة التعقيب في قبول سريان التقادم المكسب من البائع ضد مشتريه وترجيح التقادم على التزام الضمان<sup>2027</sup>.

وتعتبر هذه المسألة خلافية بين الأنظمة والتشريعات المختلفة. ففقه القضاء الفرنسي مثلاً مستقرّ على منع البائع من التمسك بالتقادم نظراً إلى أبدية التزامه بالضمان، والفقه يؤيده<sup>2028</sup> في حين أنّ فقه القضاء المصري يوافق نظيره التونسي وجانب كبير من الفقه معه<sup>2029</sup> وآخرون ضده<sup>2030</sup> وكذا الشأن في

<sup>2027</sup> قرار تعقيبي عدد 3715 مؤرخ في 5 جويلية 1966، ق.ت. ديسمبر 1966، ص 766/50 - قرار تعقيبي عدد 461 مؤرخ في 21 فيفري 1978، ن 78، I، 47 - قرار تعقيبي عدد 33686 مؤرخ في 15 فيفري 1994، ن 94، 187.

<sup>2028</sup> يذكر الفقهاء الفرنسيون قراراتين خصوصاً لمحكمة التعقيب صدر أولهما في 13 ماي 1912 والثاني في 20 أكتوبر 1981، انظر: مالوري وأيناس، العقود الخاصة، ف 352، ص 229، هـ 10 - جيروم هوييه، أهم العقود الخاصة، ف 11284، ص 227 - كولار-دوتبول ودلباك، العقود المدنية والتجارية، ف 250، ص 202 - مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعاوضة، ف 956، ص 278.

<sup>2029</sup> السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 331، ص 630-632 والفقهاء المذكورين في هـ 2 من ص 631.

<sup>2030</sup> سليمان مرقس، عقد البيع، ف 202، ص 366 وما يليها وخاصة هـ 1، ص 368 وهـ 2، ص 371.

له أن يعترض عليه للتصريح بأنه هو المحكوم له الحقيقي. ومن هنا يتبين أنّ هذه الصورة تلحق بسابقتها التي يكمل فيها المفوت حوزاً قائماً فيتغير وصف التقويت وتكتسب الملكية للمفوت له بسبب التقادم لا بموجب التقويت. ويختلف الأمر تماماً لو وجّه الحوز ضدّ المفوت له.

ثانياً: الحوز ضدّ المفوت له:

**706-** هل يستطيع المفوت أن يملك المبيع بالتقادم أم أنّ التزام الضمان يمنعه

لأنّ الضامن لا يستحقّ؟

لقد طرح هذا السؤال على محكمة التعقيب في قرار لها بتاريخ 26 ماي 1975<sup>2026</sup> فصاغته بعبارات لا أوضح منها ثمّ أجابت عنه بعبارات لا تقلّ وضوحاً فقالت في السؤال: «حيث أنّ هذه المطاعن تتعلّق بحالة البائع الذي بعد البيع الاختياري أو الجبري يضع يده على المبيع من جديد ويتصرّف فيه تصرّف المالك

<sup>2026</sup> قرار تعقيبي عدد 11987 مؤرخ في 26 ماي 1975، ن 75، II، 81.



لبنان<sup>2031</sup>.

والحق أن تملك البائع بالتقادم مؤسس قانوناً لأنه يتلازم مع سقوط الضمان الذي ينقضي بمضي نفس المدة المقدرة بخمسة عشر عاماً من تاريخ حصول التعرض طبقاً للفصل 393 م.أ.ع. ويعتبر بدء الحيازة منطلقاً مزدوجاً لحساب التقادم المكسب ولسريان التقادم المسقط لالتزام الضمان<sup>2032</sup>.

**707-** ولئن كان هذا التحليل مخصصاً لفرضية البائع الذي يبيع ملكه ثم يضع عليه يده من جديد، فلا شيء يفيد استبعاده من فرضية البائع (المفوت) الذي يبيع ملك غيره ثم يتحوّز به، ولا وجه للتفريق إلا من حيث نية التملك مثلما تقدم في الصورة السابقة<sup>2033</sup>. أمّا إذا اتّجهت النية ضد المشتري ولو في بيع ملك الغير فالتقادم يسقط الضمان ويكون سبباً لاستحالة التقويت الموجبة لزواله لكن دون رجوع بالتعويض لسقوطه بالتقادم، ممّا يدلّ على أن التقادم المكسب

العقد جاز له طلب فسخه واسترداد الثمن الذي دفعه لأن بقاءه عند البائع ليس له مقابل بما أن المشتري لم يستفد من عقده شيئاً واكتسب الملكية من طريق آخر. غير أنه في مثال التقادم بصفة خاصة قد لا يكون بإمكان المشتري الرجوع بالفسخ والثمن لسقوط دعواه بالتقادم الذي يحتسب من تاريخ العقد أو من تاريخ التسليم وهو ما يوافق بدء الحوز في التقادم المكسب. كما أنه يجوز للبائع أن يردّ دعوى المشتري بمواجهته بسوء نيته - وهو ما يقبله فرض التقادم الطويل عادة - باعتبار أن سيء النية لا ينتفع بسوء نيته<sup>2034</sup>. أمّا فيما يتعلق بالتعويض فليس للمشتري الرجوع به عملاً بصريح الفصل 576 م.أ.ع. الذي لا يمنحه إلا لمشتري حسن النية.

وينتج عن هذا أن التقادم بمدّة كاملة يعتبر من جهة المشتري كما من ناحية البائع حالة استحالة للتقويت لأنه يحول دون نفاذه بصفة نهائية، لكنّها حالة

خاصة لانها تتزامن مع سقوط دعوى الفسخ بالتقادم المسقط.



**709-** بهذا يخلص القول في التقادم المكسب عموماً أنه من العناصر الملازمة للتقويت في عقار الغير وأنه عنصر ذو خصوصية عالية من حيث كثرة تغييره وتبوع تأثيراته في التقويت. فقصره هو سبب لانقضاء حق المفوت له في فسخ التقويت، وطويله هو عنصر تغيير الوصف عند إكمال المدة وحالة استحالة إذا تم بعد التقويت عند أحد الطرفين، وكلاهما سبب نفاذ بصيرورة المفوت مالكا في التقويتات المنشئة وبشرط الحكم في التقويتات الناقلة. أما إذا اكتمل عند الغير فهو دائماً صورة استحقاق المبيع من يد المفوت له. ولكنها صورة خاصة

وردت هذه القاعدة بهذا اللفظ في قرار تعقيبي عدد 7334 مؤرخ في 23 فيفري 1971، ق.ت. فيفري

1971، ص 45/ ن 71، 34.

المبتدأ في جانب البائع ضد المشتري هو حقا صورة لاستحالة التقويت. وهو صورة خاصة لأنه يزيل التقويت بموجب استحقاقه للبائع لكن دون الرجوع بالضمان. وتثبت هذه النتيجة من جهة المفوت له أيضا.

**2.2- التقادم يبدأ ويتم عند المفوت له:**

**708-** إن اكتمال مدة الحوز عند المفوت له من بدايتها إلى نهايتها يكسبه الملكية بموجب التقادم على أساس الفصل 45 م.ح.ع. ويتم هذا الاكتساب بمعزل عن العقد وبسبب لا يد للبائع فيه فيؤدي إلى استحالته نهائياً، لأن القاعدة في هذا الشأن أن مشتري ملك الغير إذا اكتسب الملكية بسبب مستقل عن

<sup>2031</sup> انظر: يوسف نجم جبران، ضمان البائع لاستحقاق المبيع وللعيوب الخفية، في: دراسات في القانون، دار الثقافة، بيروت، غير مؤرخ، ص 105 وما بعدها، خاصة ص 113 وما يليها.

<sup>2032</sup> السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 331، ص 631 - حاتم الروابي، تحليل الفصل 642 م.ا.ع.، مذكرة سابقة، ص 147 وما بعدها.

<sup>2033</sup> انظر إشارة إلى التفريق من هذه الناحية في: سليمان مرقس، عقد البيع، ص 368، هـ 1.

أيضا لأنها تمنع الرجوع بالضمان على أساس الفصل 645 م.ا.ع. (الحالة الأولى).



**710-** يدلّ التقادم كالتسجيل وبقية صور الاستحالة الخاصة ومعها الأحكام الخاصة لمماثلة المصوّت على مدى تشعب صور التقويت في ملك الغير وكثرة فرضياتها ودقة فروقاتها. لكنّ كلّ ذلك مشدود إلى رباط واحد يكاد يكون مطلقا هو الفسخ بمفترضيه المماثلة والاستحالة. وهذا يدلّ على مدى تطويع هذا الجزاء لمراعاة مختلف تلك الفروق ومرورته في التأقلم معها ممّا يجعله بحقّ أنسب جزاء للتقويت في ملك الغير يلائم صحته المبدئية وكونه منتجا لالتزام الضمان. وما يزيد هذه الخلاصة وجاهة وثباتا هو انطباقها على تعويض الخسارة المقترن بفسخ التقويت.

بنتيجة فلا حاجة فيه أصلا للخطأ<sup>2036</sup> ولا مجال فيه لإثبات الضرر، فمجرد عدم التنفيذ يفترض تضرر الدائن<sup>2037</sup> ولا تبقى إلا العلاقة السببية وهي بدورها مفترضة فرضا يقبل العكس من البائع لإعفائه بإثبات السبب الأجنبي<sup>2038</sup>.

ويلاحظ في العناصر الشبه الكبير بين الضمان والالتزام بمبلغ مالي حيث يفترض الخطأ والضرر معا ولا وجه لإثباتهما<sup>2039</sup> بل ولا وجه لإثبات عكسهما<sup>2040</sup> فكانّ التعويض هنا هو جزاء للبائع أكثر منه حقاً للمشتري وهو ما يفيدُه فعلا أسلوب الفصل 576 م.ا.ع. حيث التفت بالخطاب من المشتري إلى البائع. فبعد أن أقرّ للمشتري حقّ طلب الفسخ لم يواصل بتمكينه من التعويض بل تحوّل إلى البائع قائلا «وعلى البائع الخسارة...» وفي هذا إبراز للطابع الجزائي للتعويض وإعلان عن تحريك الضمان الجزائي<sup>2041</sup>.

711- يوجب زوال التّفويت لثبوت الاستحقاق تحريك الضّمان الجزائي ضدّ المفوّت جزاء له على فشله في الدّفاع عن المفوّت له وتثبيت الملكيّة عنده، فيلزم بتعويض الخسارة التي لحقت المشتري من جرّاء ذلك. وهذا هو حكم القواعد العامّة في المسؤوليّة التعاقديّة التي تقوم من خطأ وضرر وعلاقة سببيّة بينهما<sup>2035</sup> ويعتبر الفصل 576 م.ا.ع. بتحميله البائع «الخسارة إن لم يعلم المشتري وقت الشراء أنّ البائع فضولي» واضعاً لمبدأ مسؤوليّة البائع وما يقابله من حقّ المشتري في تعويض الضّرر، بما يعني افتراض تحقّق عناصر المسؤوليّة المذكورة، ويساعد على قيام مبدأ المسؤوليّة قانوناً والتّجاوز عن منازعات شروطها ويسرّ على المفوّت له عبء الإثبات. وتلك ميزة ضمان الاستحقاق من كونه التزاماً موضوعياً

<sup>2035</sup> محمد الرّين، العقد، ف 353، ص 286 وما يليها. - مالوري وأيناس، الالتزامات، ف 813، ص 473.

<sup>2036</sup> لكنّ ذلك لا يعني أنّ وجود الخطأ لا فائدة منه، وأنّما على العكس فلثبوته تأثير بالغ أحياناً في تقدير التعويض: ستارك ورولان وبوايي، العقد، ف 1407، ص 574.

<sup>2037</sup> كاربونيني، الالتزامات، ف 155، ص 284. - عبد الرّحمان جمعة، بيع ملك الغير، ص 226.

<sup>2038</sup> السّهوري، نظريّة العقد، ف 855، ص 960.

<sup>2039</sup> انظر الفصل 278، ف 2 و3. وراجع: محمّد المنصف الشّافعي، مفاصلة المدين...، أطروحة سابقة، ص 302 وما يليها. - السّهوري، الوسيط، ج 2، ف 506، ص 891 وما يليها.

<sup>2040</sup> يشبه الالتزام من هذه النّاحية ما يسمّيه الأستاذة ستارك ورولان وبوايي بـ«الالتزام المطلق بنتيجة» *L'obligation de resultat absolue*: العقد، ف 1394، ص 571.

<sup>2041</sup> قد يلاحظ على هذا الأسلوب استقلاله بالمعنى عمّا سبقه من فسخ التّفويت باعتبار استناده إلى جملة استثنائية مفتوحة بواو الاستئناف «التي تفيد أنّ ما بعدها منقطع عمّا قبلها في المعنى» (أحمد قهّش، الكامل في النّحو والصّرف والإعراب، ص 197). ممّا يوحي بأنّه من الممكن تغريم البائع بقطع النّظر عن فسخ التّفويت فيفهم النصّ على أنّه سواء استحقّ المبيع أم لم يستحقّ فمن الوارد إلزام البائع بالتعويض في الحالتين. وليس هذا الفهم مبتدعاً في جزاءات تنفيذ العقود بما أنّ الأصل العامّ المضمّن بالفصل 273 م.ا.ع. يبيحه وهو الذي يجري عليه فسخ التّفويت نفسه. ولكنّ قراءة كهذه لا تستقيم في منطِق الفصل 576 م.ا.ع.، لأنّها تطلب مفترضين غير محقّقين هما فصل الضّرر عن الاستحقاق وبقاء التّفويت رغم الاستحقاق. ففي منطِق التّفويت في ملك الغير يتحدّ الضّرر بالاستحقاق ولا يخرج عنه لأنّ المسؤوليّة التعاقديّة تقتصر على الضّرر المتوقّع (كاربونيني، الالتزامات، ف 157، ص 289).

**712-** وارتباط الفسخ بالتعويض هو ارتباط الشرط بنتيجته<sup>2042</sup> بحيث يظهر التعويض كأنه أثر للفسخ. وهو شرطه الأصلي والمبدئي الوحيد - إضافة إلى عناصره طبعاً - إذا أخذنا الشرط بالمعنى الإيجابي فحسب وهو معناه الدقيق، فتخرج الشروط السلبية التي هي في حقيقتها موانع تحرم صاحبها من التعويض (القسم الثاني) وهي كثيرة في ضمان الاستحقاق وتعد من دلائل خصوصيته مقارنة بالنظرية العامة للمسؤولية التعاقدية رغم جسور التواصل الممتدة بينهما، والتي لا

- Genevière VINEY et Patrice JOURDAIN, Les effets de la responsabilité, in Traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J. - Beyrouth, Delta, 2ème édition, 2001-2002, n° 319 et s., p. 579 et s.)

ولا يتوقع ضرر غيره (انظر أيضاً لاحقاً ف748 وهـ2144)، ولأنه إذا لم يحصل استحقاق فمعنى هذا أن الملكية لم تثبت للغير فلا وجه لأن يشتكى المشتري من شيء، لكن إذا تأخر النفاذ بحيث تضرر منه الموقوف له كان

تمنع التمييز عنها في فرع التعويض الأخير<sup>2043</sup> المتعلق بتقديره (القسم الأول).

### القسم الأول: تقدير التعويض

**713-** إن تأسيس التفويت في ملك الغير على ضمان الاستحقاق يقود بطبيعته في تقدير التعويض المنجر عن فسخه إلى أحكام هذا الالتزام المضمّنة خاصة بالفصل 636 م.ا.ع. وما بعده. فتتضاف فائدة أخرى إلى جملة الفوائد اللصيقة بأساس الضمان وتظهر خاصة في قطع الخلاف الذي تثيره نصوص التفويت في ملك الغير في القانون المقارن - ولا ننسى أنها نصوص في البطلان - حول أساس التعويض وهو المسؤولية التقصيرية<sup>2044</sup> أم التعاقدية<sup>2045</sup> أم مسؤولية خاصة<sup>2046</sup>؟ ومع ذلك فالكثير من الفقهاء يميلون إلى أحكام

<sup>2043</sup> بعد المبدأ والشروط والموانع.

له الرجوع بفهم التأخير المستوجب بمماثلة المفوت عملاً بالقواعد العامة وهي خاصة الفصول 273 و277 و278 م.ع. ونظراً لأنّ الفسخ يؤسّس على الاستحقاق، فإنّه يصبح بالنسبة إلى التعويض شرطاً ضرورياً يتوقّف عليه وجوده لأنّ به يثبت الضّرر الممكن والواجب التعويض عنه. كما أنّه إذا حصل الاستحقاق المؤسّس على ملكيّة الغير للمبيع وجب الفسخ، فلا يتصور دوام التّفويت مع حصول هذا الاستحقاق ضرورة أنّ المشتري يوجب على البائع ردّ الثمن إلى المشتري في إطار المستحقّات التي يمنحه الحقّ فيها طبق الفصل 636 م.ع. كما سيأتي. لكن لا يفهم من هذا طبعاً أنّه لا تعويض بدون فسخ مطلقاً فهذا خلط لا مساع لارتكابه لأنّ التعويض ليس قاصراً على العقود الملزمة للجانبين من ناحية ولأنّه لا يستحقّ من عدم التّفيز فحسب بل كذلك عند التأخّر فيه أو التّفيز المعيب، لا بل إنّه في الضّمان نفسه يمكن أن يستمرّ العقد ويقضى بالتعويض (فروس، مفهوم التزام الضّمان، ف 307 وما بعدها، ص 295 وما يليها). كما في التّحملات والحقوق غير المصرّح بها (الفصل 633 ف 2 م.ع.) أو إذا تحمّل المشتري خسارة لافتكاك المبيع (الفصل 632 صورة ثالثة م.ع.) لكنّ التّفويت في ملك الغير تحديداً يشدّد عن ذلك ويتلازم فيه التعويض والفسخ وجوباً وعليه فإنّ التعويض في الفصل 576 م.ع. مرتبط بفسخ التّفويت ولا يستقلّ عنه، والتفات الخطاب إلى البائع لا ينفي عطف جملي الجزء على بعضهما - فالواو إذن للعطف معنّى رغم أنّ ظاهر التركيب للاستئناف وليس مقصوده أن يفصلهما عن بعضهما بل أن يبرز الطابع الجزائيّ للتعويض.

2042 في هذا الاتجاه: رمضان جمال كامل، بيع ملك الغير، ص 40. - عبد الرّحمان جمعة، بيع ملك الغير، ص 256. - حوريّة كميح، بيع ملك الغير، ص 106. عزّوز بن رمضان، بيع ملك الغير، رسالة تخرّج من المعها الأعلى للقضاء، الفوج الثالث، 1991-1992، ص 91.

2044 تتأسّس هذه المسؤولية على بطلان العقد (سليمان مرقس، عقد البيع، ف 299، ص 522. - مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعاوضة، ف 822، ص 105). وقد اختلف الفقهاء في تفسير مصدر هذه المسؤولية، فمنهم من يقول بالخطأ في تكوين العقد عموماً (دي باج ولبنز، البيع، ف 32، ص 72). ومنهم من يقصره على حسن نيّة البائع، أمّا لو كان سيّء النيّة فمصدر التعويض هو خطأ تقصيري (السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 162، ص 292). ومن الفقهاء من يرى في هذه الحالة تطبيقاً للخطأ العمدي المتمثّل في جنحة التصرف التّديليسي (Stellionat) ويستتقي الخطأ التقصيري للبائع حسن النيّة لتقصيره في التحري عن ملكيّة حتّى أوقع المشتري في ورطة بيع ملك الغير (مازو وشاباس ودي جيفلار، مرجع وموضع سابقين. - ريبير وبولانجي، ج 3، ف 1303، ص 445).

2045 ترجع المسؤولية التّعاقديّة عند بعض الفقهاء إمّا إلى نظريّة الخطأ في تكوين العقد كيفما صاغها إيهرنج وقبل نقدها (انظر: سالي، دراسة في النظريّة العامّة للالتزام...، ف 161، ص 176. - فودميسه، نظريّة الالتزامات، ص 199 والمراجع المذكورة في الهامش. - وراجع في نقد هذه النظريّة سابقاً، ف 170 في الجزء الأوّل من هذا البحث)، وإمّا إلى فكرة تحوّل العقد الباطل حيث يتحوّل البيع الباطل إلى عقد ملزم بالتّعويض (السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 162، ص 293).

2046 قال بهذه المسؤولية الخاصّة من جعل مصدرها في خطأ سابق على العقد (بيدان ولربور - بيجونيار وبرات دي لافراساي، ج 11، ف 98، ص 67) أو في نصّ القانون ذاته (عبد الرّحمان جمعة، بيع ملك الغير، ص 264). ولكنّ الصّحيح أنّه لا يوجد نوع ثالث من المسؤولية يضاف إلى المسؤولية التقصيريّة والتّعاقديّة، بل الأصحّ أن يلحق الرّأيان المعبر عنهما بالمسؤوليّة التقصيريّة ويضاف إلى تفسيراتها الأخرى المشار إليها في الهامش قبل السّابق.

الضمان<sup>2047</sup>، وهو ما يؤول إليه نصّ الصّحة بكلّ بساطة وتلقائية، ممّا يبرهن مرّة أخرى على صحّة التفويت في ملك الغير وعلى صحّة تأسيسه على الضّمان وعلى شدّة التماسك المنطقي بين أحكام التفويت وأساسه وكون تلك نتيجة طبيعية لذلك<sup>2048</sup>.

**714-** والتعويض هو جبر الضرر الناتج عن عدم تنفيذ العقد ويتخذ في العادة شكل غرم مالي يقابل مبلغه في ذمّة الدائن ما لحقه من خسارة محققة وما فاته من كسب جرّاء عدم التنفيذ<sup>2049</sup>. وتفصّل فصول الضّمان الجزائي في مجلّة الالتزامات والعقود مستحقّات المشتري المخصّصة لتعويضه عن ضرر الاستحقاق. وقد ذكرت قائمتها المبدئية في الفصل 636 م.أ.ع. ونصّه: «إذا استحقّ المبيع من المشتري بدون اعترافه فعلى البائع أن يرجع له:

أولاً - الثّمّن وأجرة عقد البيع وما لزمه من المصاريف للعقد.  
ثانياً - جميع المصاريف الرسميّة التي صرفها المشتري في دعوى قيامه على البائع.  
ثالثاً - الخسائر الحاصلة للمشتري من استحقاق المبيع من يده».

ويلاحظ في هذه العناصر بصفة عامّة أنّها تستجيب لتعريف التعويض المذكور وأنّها لا تشدّ في عمومها عن القاعدة العامّة الممثلة أساساً بالفصل 278 ف 1 م.أ.ع. لولا أنّها تحشر في قائمتها الثّمّن أو العوض بصفة عامّة وهو في حقيقته ليس منها. فوجب البدء بتمييزه بغية إقصائه (الفرع الأوّل) عن بقية المبالغ التي تكوّن فعلاً عناصر تعويض (الفرع الثاني).

#### الفرع الأوّل: إقصاء العوض

**715-** العوض، هو بدل، محالّ التفويت المستحقّ. وبين نظامه بصفة عامّة على

منوال الثمن في عقد البيع الذي يتجه البدء بتحليله (الفقرة الأولى) تمهيدا لاستجلاء خصوصيات التقويّات الأخرى (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: ردّ الثمن في عقد البيع

716- في إقصاء الثمن مسألتان تفرضان الاهتمام هما تبريره (أ) ومحتواه (ب).

#### أ- تجرير الإقصاء:

717- «الثمن هو بدل المبيع أو هو مبلغ نقدي يدفعه المشتري للبائع في مقابل الشيء المبيع<sup>2050</sup>». وهو لا يدخل في تقدير التعويض رغم ذكره بالفصل 636 م.ع. لأنّ ردّه ليس مؤسساً على فكرة جبر ضرر للمشتري بل هو نتيجة لفكرة الأثر

<sup>2050</sup> أحمد بن طالب، الثمن في عقد البيع، مقال سابق، مرجع سابق، ص 5. - انظر أيضاً: السّهوري، الوسيط، ج 4، ف 204، ص 364. - كولار-دوتويل ودلياك، العقود المدنيّة والتجاريّة، ف 135، ص 116. - مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعاوضة، ف 860، ص 135.

<sup>2047</sup> لوران، ج 24، ف 124، ص 127. - بلانول وريبير، ج 2، ف 49، ص 45. - مالوري، موسوعة دالوز، كلمة «البيع»، ف 226. - دي شازمارتان، آثار العقود المتعلّقة بالتقويّات في ملك الغير...، أطروحة سابقة، ص 71. - فورمي دي سان لوفان، التقويّات في ملك الغير...، أطروحة سابقة، ص 122. ومن المثبران من الفقهاء من يسلم بالأساس التقصيري لتعويض بيع ملك الغير، لكنّه يحيل في تقديره إلى ضمان الاستحقاق (توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، ف 79، ص 126)، بل إن منهم من يذهب أبعد من ذلك فيؤسّس الضمان على المسؤولية التقصيرية لتسليمه بطلان البيع بطلاناً مطلقاً ثمّ يفصل التقدير وفق قواعد الضمان (ديفولقييل، دراسة في بطلان بيع ملك الغير، دراسة سابقة، الجزء الرابع، ف 126 وما بعدها، ص 247 وما يليها. - ألفريد ترولي، التصرفات الصادرة عن غير مالك...، أطروحة سابقة، ف 142 وما بعدها، ص 150 وما يليها).

<sup>2048</sup> قارب من دي باج ولبنز اللذين تم يقبلا الخطأ في تكوين العقد إلّا كأساس أخير يمكن أن يتلاءم مع البطلان، لكنهما لاحظا في الهامش «ضرورة الرجوع إلى «الضمان المسبق» لتفسير التعويض، على غرار البيع الروماني» (البيع، ف 32، ص 72، هـ 7). - وقارب أيضاً من قيهو (أعمال التقويّات في ملك الغير، مقال سابق، ف 53، ص 34) الذي قبل أساس الخطأ في تكوين العقد على مضمض لأنّه لا يتلاءم مع البائع حسن النية، وفي المقابل أثنى على نظام الفسخ وعلى تأويل فقه القضاء الفرنسي لبطلان الفصل 1599 من المجلّة المدنيّة في اتجاه تقريبه من الفسخ وتأسيسه على ضمان استحقاق مسبق مما يسمح بمنح المشتري التعويضات المستوجبة بعنوان هذا الالتزام.

<sup>2049</sup> محمّد الرّزين، العقد، ف 384، ص 308. - كاربونيني، الالتزامات، ف 154، ص 261.



الرجعي للفسخ<sup>2051</sup> التي تقضي بإرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وذلك باسترداد كلّ منهما لما دفعه بموجب العقد المفسوخ<sup>2052</sup>. فالبايع بصفة عامّة يردّ المبيع والمشتري يستردّ الثمن المدفوع في مقابله. واعتباراً لاستحقاق المبيع للغير في صورة بيع ملك الغير ونزعه عن المشتري، فإنّ مبرّر بقاء الثمن بيد البائع يسقط ويجب عليه إرجاعه.

وتصلح كلّ الأسس الفقهيّة المقترحة لنظريّة الفسخ برمتها لتفسير هذه النتيجة، لأنّه أيّاً كان أساس الفسخ: السبب أم تقابل الالتزامات وتكافؤها أم العدالة، فهو يصلح لتفسير ردّ الثمن. فيمكن أن يقال إنّ بقاء الثمن عند البائع لن يكون له سبب بما أنّ مقابله اضمحلّ عند المشتري، أو إنّ تقابل الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين يجعل العقد مختلاً إذا استحال التزام أحد الطرفين فوجب حلّه وردّ محله إلى الطرف الآخر لأنّ العقد لا ينهض إلّا من فكرة التقابل، وكذا

إعادة الوضع سيرته الأولى<sup>2053</sup>.

**718-** ما يجب ملاحظته في كلّ هذا هو أنّ ردّ الثمن يبدو نتيجة منطقيّة وحتميّة للفسخ، وأنّه في جميع هذه الأحوال تحكمه فكرة إعادة الوضع إلى ما كان عليه أي إرجاع الطرفين إلى وضعهما الأصلي كما كانا قبل التعاقد. وهذه فكرة لا شأن لها بالضرر ولا صلة لها بتعويضه، بل هي نوع من «العقد المعكوس» تحقيقاً لإزالة العقد المفسوخ. ولكنّ الأثر الرجعي لا ينفى حصول ضرر للمتعاقد من عدم تنفيذ العقد، فيعوّض عنه بصفة مستقلة وبالعنوان مسؤوليّة تعاقديّة متميّزة عن الفسخ<sup>2054</sup>. فالتعويض في هذا المنطق إذن وارد، لكنّه مضاف إلى الفسخ ومستقلّ عنه، وهذا عين ما يؤسّس له الفصل 273 م.أ.ع. صراحة حيث يميّز بوضوح بين فسخ العقد و«أداء ما يتسبّب عن ذلك من الخسارة في الحالتين» أي حالتي التنفيذ العيني والفسخ، بما يعني أنّ ردّ المدفوع

بموجب العقد ليس من عناصر التعويض، وإنما هو نتيجة لصيقة بالفسخ.

وتؤكد أحكام الضمان نفسها هذا الاستنتاج، وهي التي تميز في موضعين اثنين بكل وضوح بين الثمن والتعويض، وترتب عن التمييز المذكور نتيجة مزدوجة على غاية من الخطورة وهي أنه لا يجوز بأية حال حرمان المشتري من استرداد الثمن ويجب رده في جميع الأحوال، لكن يجوز أحيانا حرمانه من التعويض. فيؤخذ من الفصل 643 م.ا.ع. أن علم المشتري أو جهله بسبب الاستحقاق والمسمى بسوء نيته أو حسنها لا تأثير له في رد الثمن كله أو بعضه، في حين أن التعويض لا يستحق للمشتري إلا إذا كان حسن النية عملاً بالفصل 576 م.ا.ع.

2053 راجع سابقاً، بحث فسخ التقويت، ف 588 والهامش 1764. - وانظر في تلخيص مجمل هذه الأسس: حسن الدّتون، النظرية العامة للفسخ، ص 64 وما يليها. - مارتى ورينو، الالتزامات، ف 309 وما بعدها، ص 271 وما يليها. - كاريونيني، الالتزامات، ف 189، ص 331 (النظرية القانونية).  
2054 محمد الزّين، العقد، ف 350، ص 285. - السنهوري، نظرية العقد، ف 629، ص 677.

في تكافؤ الالتزامات أو بالأحرى تكافؤ الأداءين لأن التوازن العقدي يختل لو جاز للبائع أن يحتفظ بالثمن دون أن يؤدي من جانبه شيئاً. كما يمكن أن يقال تأسيساً على فكرة العدالة إنه ليس من الإنصاف في عقد ملزم للجانبين أن ينتفع به أحدهما على حساب الآخر ويجني ربحاً دون مقابل فلا يلتزم بشيء ويأخذ كل شيء، فهذا يؤول إلى الغرر والإثراء غير المشروع، والإنصاف يكمن في إلزام كل عاقد ما التزمه وأن يكون الأخذ بقدر العطاء، وإلا فلا أخذ ولا عطاء ويجب

2051 فيستان وديشي، البيع، ف 823، ص 879. - كولان وكابيتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 908، ص 608. - لوران، ج 24، ف 234، ص 234.

2052 يجب التثويه إلى صحة هذا التحليل حتى في رأي من يرى أن الفسخ نفسه مؤسس على جبر الضرر كالأخوة مازو وشاباس (الالتزامات، ف 1089، ص 1151) فهم يعتبرون الرد الناتج عن الفسخ في حد ذاته تعويضاً عن الضرر الذي يلحق الدائن بدفعه شيئاً لم يحصل على مقابله من مدينه، لكنهم يقبلون أن يضاف إلى ذلك «تعويض» آخر في شكل غرم ضرر لقاء ما قد يصيب العاقد من أضرار أخرى. وهذا يعني أنهم لم يتخلصوا من التمييز بين الفسخ والمسؤولية العقدية. وهو ما من شأنه أن يزيد تحليل المتن صلابة خاصة أن سنده الأول والأقوى يوجد في التشريع (الفصل 273 م.ا.ع.).

كما ينتج من صريح الفصل 642 م.ع. أن الاتفاق على عدم الضمان جائز لكنه محدود بالتعويض فيقتصر عليه ولا يتجاوزه إلى أصل الثمن الذي يجب دائماً رده إلى المشتري<sup>2055</sup> فلا يبقى بعد هذا شك أو تردد في ضرورة استثناء الثمن من التعويض وإخراجه من عناصره. لكن واعتباراً لخطورة النتائج المترتبة عن ذلك، فإنه من أوكيد أولويات الأهمية تحديد المقصود بهذا الثمن المطلوب تمييزه عن التعويض.

#### ب- محتوى الإقتضاء:

719- يخرج عن التعويض الثمن (1) المدفوع فعلاً (2).

#### 1- ماوية الثمن:

720- تسمح معرفة حقيقة الثمن (1.1) بضبط مشمولاته كقيمة واجبة الرد

(2.1).

للمبيع، كأن يقال بيع العقار كذا بثمن قدره مائة ألف دينار. وهذا عنصر ثابت في تحديد الثمن لا نزول عنه. غير أن ضرورات إتمام البيع لا تقف عند حد هذا المبلغ في إلزام المشتري، بل تثقل ذمته بمبالغ أخرى متممة كأجرة تحرير العقد ومصاريف التسجيل الجبائي وغيرها... فهل تلحق هذه المصاريف بالثمن أم تعتبر في احتساب التعويض؟

722- إن قراءة حرفية لنص الفصل 636 م.ع. يمكن أن توحي باعتماد المشرع فهما موسعاً للثمن يستغرق فقرة أو فقرتين منه، فيقال إن تفصيل النص المذكور لمستحقات المشتري أفرد «الخسارة الحاصلة بسبب الاستحقاق» في فقرة ثالثة مستقلة عن الفقرتين الأوليين، بما يعني أن ما سبق ليس من الخسائر فيلحق بما هو معلوم أنه ليس منها وهو الثمن فتأخذ حكمه وتعتبر منه<sup>2059</sup>. ولكن هذا الفهم يبالغ في التقييد بحرفية النص حتى يقع في التحريف لأنه

721- يبيّن تقريب الفصلين 564 و580 م.ا.ع. أنّ الثمن هو المبلغ النقدي الذي يقابل المبيع<sup>2056</sup> والذي يجب أن يتفق عليه الطرفان. وهو ركن في عقد البيع لا يصحّ بدونه<sup>2057</sup> ومن عناصر الإرادة التعاقدية خاضع لتقديرها الخاص ولا يعكس بالضرورة القيمة الاقتصادية الحقيقية والموضوعية للمبيع، بل هو نتاج لحرية الأطراف<sup>2058</sup>. ويفهم من هنا أنّ الثمن هو المبلغ الذي يقدره الطرفان كمقابل

2055

حاتم الرواتبى، تحليل الفصل 642 م.ا.ع.، مذكرة سابقة، ص 99 وما يليها.

2056

جاء في فقه قضاء محكمة التعقيب في قرار عدد 8304 مؤرخ في 28 نوفمبر 1956 أنّ الثمن المعتبر قانوناً

هو الثمن الذي انعقد به البيع، والذي في مقابله تخلّى البائع عن حقوقه في المبيع، (ق.ت. نوفمبر - ديسمبر 1960، ص 33).

2057

فيستان ولدبشي، البيع، ف 380، ص 426. - مالوري وأيناس، العقود الخاصة، ف 200، ص 153.

2058

أحمد بن طالب، الثمن في عقد البيع، مقال سابق، ص 23.

يستعصي على التصوّر أن تعتبر مصاريف الدّعى (الفقرة الثانية) من ملحقات الثمن وهي في حقيقتها مصاريف طارئة تفرضها دعوى الاستحقاق ولا يعقل أن يتوقّف إتمام البيع عليها، فهي إذن من الخسائر بلا مرأى.

ولكن عندئذ ينتظر أن يقال بعدم الحاجة للنظر إلى كامل النص بل يكفي التقيّد بالفقرة الأولى منه وهي التي جمعت إلى الثمن أجرة العقد ومصاريفه. ولولا نية المشرّع في إلحاقها بالثمن لما جمعها معه في فقرة واحدة ولفصلها أو لألحقها بمصاريف الدّعى في الفقرة الثانية. فهل يستقيم هذا النّظر؟

723- لا يبدو ذلك وجيها لعدّة أسباب أهمّها أنّ جمع عناصر مختلفة في نصّ واحد لا يعني أنّ طبيعتها متّحدة، بل هو في الغالب لاشتراكها في الحكم. وهذا محقّق فعلا في الفقرة الأولى من الفصل 636 م.ا.ع. من جهة وجوب إرجاع تلك

2059

بيدان ولريور - بيجونيار وبرات دي لافراساي، ج 11، ف 213، ص 150.

المصاريف إلى المشتري، كالثمن. وهنا لقائل أن يردّ بملاحظة وجوب إرجاع مصاريف الدّعى أيضا، فلماذا لم يجمعها المشرّع مع الثمن في الفقرة الأولى؟ والجواب أنّ مصاريف العقد، خلافا لمصاريف الدّعى، تشترك مع الثمن في حكم آخر وهو كونها مرتبطة مثله بالفسخ. أي أنه لا يحكم بها إلا في صورة زوال العقد بفسخه، لا في حالة بقاءه<sup>2060</sup>. إذ لا ننسى أنّ الفصل 636 م.أ.ع. نصّ عامّ ورد في باب الاستحقاق مطلقا، أي سواء منه المبني على تفويت في ملك الغير أم على أسباب أخرى. ومعلوم أنّه لا يصار دائما إلى فسخ البيع في ضمان الاستحقاق بل لا يكون ذلك إلا في ملك الغير أو في دعوى الرهن. أمّا في غيرها فلا فسخ أو فسخ جزئي، وفي حالتين لا وجه لردّ مصاريف العقد لاستبقاء هذا العقد وعدم زواله، كما لا وجه أيضا لردّ الثمن بناء على نفس العلة. فيفهم إذن أنّ مبرر جمع الثمن ومصاريف العقد في فقرة واحدة هو اتحادهما في موجب الردّ

المرجعي لاحتسابها<sup>2063</sup>. وهي غالبا ما ترد معطوفة في الدّكر على الثمن<sup>2064</sup> ولو كانت منه لأغنى ذكره مفردا لتعنى معه. وثانيهما أنّ الثمن هو المقياس المرجعي أيضا لتحديد جزاءات مختلفة في البيع ومنها خاصّة دعوى تنقيص الثمن<sup>2065</sup> ولا يتصور أن يحتسب هذا التنقيص على مصاريف العقد بل على ما اتفق عليه. وهذا ما يفهم خاصّة من الفصل 643 م.أ.ع. بما يعني أنّ الثمن المرجعي هو الثمن الاتفاقي وهو أصل الاتفاق أو كما يقول الفصل 642 م.أ.ع. في عبارة بليغة وعميقة الدلالة «أصل الثمن».

ولهذا فالثمن المقصود هو الثمن المتفق عليه كمقابل للمبيع وهو الذي يجب تمييزه عن التعويض. لكنّ النظر في مشمولات الثمن يبيّن أنّ هذه الخلاصة في حاجة إلى زيادة التوضيح.

725- تفرض حقيقة الثمن مزيد التوضيح بالتدقيق والتعديل لضبط مسمولاته الإضافية أحيانا.

726- أما التدقيق فتفرضه الطبيعة الاتفاقية للثمن، إذ لا شيء يمنع الاتفاق من إقحام عناصر مختلفة في تقدير الثمن هي بطبيعتها مستقلة عنه لولا الاتفاق. وهذا ما يحصل عادة في بيع المنقولات<sup>2066</sup> حيث تحتسب من مكونات الثمن مصاريف المبيع كأداءاته ومغارمه<sup>2067</sup> ومنها خاصة الأداء على القيمة

<sup>2063</sup> انظر لاحقا، ف 743.

<sup>2064</sup> انظر مثلا الفصل 676 م.ع. والفصل 11 م.ج.ع.

<sup>2065</sup> أحمد بن طالب، الثمن في عقد البيع، مقال سابق، ص 31 وما يليها.

<sup>2066</sup> ككولار - دوتبول ودلباك، العقود المدنية والتجارية، ف 144، ص 123.

<sup>2067</sup> انظر الفصل 585 م.ع.: «على المشتري مغارم الدولة والأداءات الموظفة على المبيع من وقت تمام البيع ما لم يكن في ذلك ما يناه في شروط العقد...».

أي زوال العمد كلياً، لا كونهما من طبيعه واحده، لأن الثمن يرد نتيجة الأثر الرجعي للفسخ، والمصاريف تسترجع بعنوان تعويض<sup>2061</sup>، وكلاهما رهين بالفسخ. ولكنهما فيما زاد مختلفان.

724- ويؤيد هذا النظر أمران. أولهما أن الثمن يجب أن يكون موضوع اتفاق بين الطرفين لأنه هو مقابل المبيع فيجب الرضا به وبالثمن<sup>2062</sup> وهذا الشرط لا يسري على المصاريف التي تضاف إلى الثمن ويوجبها القانون لا الاتفاق كأجرة العقد ومصاريف التسجيل، بل هي تحتسب على قاعدته أي أن الثمن هو المقياس

<sup>2060</sup> فروس، مفهوم التزام الضمان، ف 352، ص 336. - بودري - لكاتينري وسينيا، البيع والمعاوضة، ف 537، ص 569. - وقارن مع السهوري، الوسيط، ج 4، ف 352، ص 678، في الهامش.

<sup>2061</sup> أوبري ورو، ج 5، ف 355، ص 91، هامش 32. - بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 49، ص 45 وف 115، ص 114. - دي باج ولبنيز، البيع، ف 32، ص 72.

<sup>2062</sup> الفصل 580 م.ع.

المضافة<sup>2068</sup> إذ يغلب أن يحدّد الثمن على قاعدة اعتبار جميع أدايات المبيع داخلة فيه، وكذلك جلّ مصاريف تسليمه أو بعضها كمصروف نقله وخرنه ولفّه ووسقه إلخ... وغيرها من المصاريف التي يعنيها الفصل 605 م.ا.ع. وهي تدخل عادة في المنقولات المسافرة. فمثل هذه المصاريف مستقلة بطبيعتها عن الثمن ويتحملها المشتري زيادة عليه، لكنّ الاتفاق والعرف أحياناً<sup>2069</sup> قد يدخلانها في الثمن، فعندئذ تلحق به ويستردّها المشتري عند الاستحقاق بعنوان الثمن، وإلا تبقى خارجة عنه وليس له الحقّ فيها إلا بعنوان تعويض.

727- وأمّا التّعديل فتوجبه فوائض الثمن التي قد يكون المشتري التزم بدفعها للبائع نظير تعجيم الثمن أو التأخر في دفعه. فمن المحتمل أن يقع الاتفاق على تقسيط الثمن وتوظيف فائض اتفاقي على الأقساط المؤجلة<sup>2070</sup> كما يتصور أنّ المشتري قد يكون تأخّر في دفع الثمن فالزمه البائع بدفعه مع احتساب فوائض

ما من شك أنّ الفوائد المذكورة هي ذات طبيعة تعويضية بالنسبة إلى البائع وأنها إمّا اشترطت مقابل الانتفاع بالتقود وحرمان البائع منها مدّة الأجل (الفوائد التعويضية) أو تعويضاً عن ضرر التأخير في الوفاء (الفوائد التأخيرية)<sup>2072</sup>. لكنّ هذه الصنفة التعويضية من جهة البائع لا تمنع من إلحاقها بالثمن لأسباب متضافرة أولها أنّها لا تستحقّ إلا إذا اشترطت أي أنّها داخلة في اتفاق تحديد الثمن. وثانيها لأنّها، خلافاً للمصاريف، لا تدفع للغير بل تدخل في ذمّة البائع نفسه وهو من يستفيد منها لا غيره، فلا يوجد مبرر لاحتفاظه بها منقطعة عن الثمن وهي لم تستوجب أصلاً إلا على أساسه وتعويضاً للبائع عن حرمانه منه مدّة عدم دفعه من المشتري. فإذا حصل الاستحقاق، وهو منسوب إليه دائماً، لم تعد له شكوى من سلوك المشتري وسقط كلّ مبرر في بقاء مبلغ تلك الفوائد عنده عوضاً عن إرجاعها للمشتري. ولذلك - وهذا ثالث الأسباب - فإنّ الأثر الرجعي للفسخ يشملها

ويوجب ردها مع أصل الثمن لأنها تابعة للثمن والتابع تابع يأخذ حكم الأصل الذي يتبعه، فلا يؤثر فيها حسن نية المشتري أو سوءها لدخول تلك الفوائد في نطاق المدفوع بموجب العقد فيجب ردها إلى المشتري لا على سبيل تعويضه عن ضرر لحقه من عدم التنفيذ بل من باب إعادة الحالة إلى ما قبل العقد، الذي لو لم يكن لما دفع ثمن ولما استحققت عليه فوائده.

**728-** وبناء على ما تقدم يتبين أن الثمن هو المبلغ المتفق عليه كقابل للمبيع بمكوناته المشروطة بما فيها المستقلة إذا أقحمت فيها اتفاقا أو عرفا. وتلحق به فوائده الاتفاقية والقانونية. ولكن لا يلزم كل ذلك إلا إذا دفع طبعا.

#### 2- الثمن المدفوع:

**729-** يجب في رد الثمن إرجاع ما دفع حقا وإرجاعه كاملا (1.2) ويؤكد

2072 السنهوري، الوسيط، ج 3، ف 502 وما بعدها، ص 883 وما يليها، خاصة ف 510، ص 902.

على التأخير على قاعدة الفصلين 277 و278 م.ا.ع.<sup>2071</sup>. فهل تعتبر هذه الفوائد من الثمن أم هي من التعويض؟

2068 الأداء على القيمة المضافة هو أداء غير قار يتحمّله المستهلك (المشتري) ويجب تسليم فاتورة في المبيع تذكره منفصلا عن أصل الثمن قبل إضافته في مجموع الثمن الجملي. انظر خاصة الفصل 18 من مجلة الأداء على القيمة المضافة.

2069 انظر خاصة الفصول 603 و605 و676 و677 م.ا.ع. وكذلك ريبير وبولانجي، ج 2، ف 1506، ص 502 - بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 112، ص 110. ولو أن هؤلاء الفقهاء يؤسسون رد الثمن على دعوى رد غير المستحق نتيجة لدعوى الإثراء بدون سبب: *Condictio sine causa*.

2070 يشترط هذا الفائض على أساس الفصل 1100 م.ا.ع. والذي يحدّد مقداره في غياب الاتفاق بـ 7% في المادة المدنية وبالنسبة القسوى للاعتمادات البنكية المقررة من البنك المركزي زائد نصف نقطة في المادة التجارية. ولئن كان النص المذكور تابعا لتنظيم القرض بفائض، إلا أن حكمه عام يسري على كل التزام بمبلغ مالي، عملا بالفصل 278 ف 3 م.ا.ع. انظر: - السنهوري، الوسيط، ج 2، ف 504، ص 887 - محمد المنصف الشافعي، مماثلة الدين...، أطروحة سابقة، ص 330 وما يليها.

2071 محمد المنصف الشافعي، مرجع وموضع سابقين.



الفصل 637 م.ا.ع. هذا المبدأ بنفي تأثره بنقص قيمة المبيع (2.2).

### 1.2- مبدأ رد الثمن كاملاً:

**730-** يعدّ من نافل القول التذكير بأنّ الردّ يفترض الدفّع فلا يستردّ إلاّ ما وقع دفعه وفي حدود ما وقع دفعه<sup>2073</sup>، إذ القاعدة في هذا الصدد هي أن يستردّ المشتري ما دفعه كاملاً<sup>2074</sup>. فإذا لم يدفع الثمن أصلاً حتّى حصل الاستحقاق فإنّه لا يستردّه بل يحتفظ به. وكذا إذا «حبسه» على معنى الفصل 682 م.ا.ع. فإنّه يتحلّل نهائياً من واجب دفعه بموجب الاستحقاق الذي يحوّل الدفّع بعدم التنفيذ إلى فسخ فيزيل العقد نهائياً. وإذا كان الثمن منجّماً ولم تدفع منه إلاّ بعض الأقساط فليس للمشتري إلاّ أن يستردّ ما دفعه فعلاً. وإذا اشترطت فوائض على الثمن فلا يستردّ إلاّ ما دفع منها... وهكذا...

وينبغي على هذا أنّه إذا سبق للمشتري أن دفع الثمن ثمّ استرجع بعض

م.ا.ع.<sup>2077</sup> أو بموجب اكتشاف ارتفاعات غير ظاهرة طبق الفصل 633 م.ا.ع. أو غيرهما من الأسباب، فإنّ من شأن ذلك التقييص أن يعدّل الثمن الأصلي ويفضي إلى مراجعته تلقائياً بالتخفيض بحيث يكون الثمن المخفّض هو المطلوب رده عند الاستحقاق<sup>2078</sup>.

على أنّ أهمّ حكم مترتب على مبدأ ردّ الثمن المدفوع كاملاً هو ما قرّره الفصل 637 م.ا.ع. من أنّ نقص قيمة المبيع لا يؤثّر فيه.

### 2.2- الفصل 637 م.ا.ع.:

**731-** ينصّ الفصل 637 م.ا.ع. على ما يلي: «للمشتري إن ثبت له حقّ الرجوع أن يطالب البائع بترجييع الثمن ولو ظهر تغيير في كامل المبيع المستحقّ أو في بعضه أو نقصت قيمته بفعل المشتري أو بتقصيره أو بأمر طارئ».

ربّما بدا مثل هذا النصّ مستغرباً لأوّل وهلة خاصّة فيما لا يقيم له وزناً من

أجزائه، فإن تلك الأجزاء تنقص من الثمن المطلوب رده عند الاستحقاق<sup>2075</sup> وليس له أن يستخلصها ثانية<sup>2076</sup>، فإذا سبق للمشتري أن حصل على تنقيص من الثمن بموجب نقص في المساحة مثلا على أساس الفصل 626

فعل المشتري ومن نقص القيمة<sup>2079</sup>. ولكن شيئا من التريث حياله وخاصة بعد وضعه في إطاره الصحيح كفيل بإزالة كل دهشة حول حقيقة مدلوله الكامل في أن الفصل 637 م.ع. يريد تأكيد مبدأ الرد الكامل للثمن بقطع النظر عن كل نقص يطرأ على المبيع. وهذا مفهوم في منطق المشرع الذي آثر رد الثمن عند

<sup>2077</sup> انظر في تطبيق النص: قرار تعقيبي عدد 14708 مؤرخ في 10 مارس 1987، ن 87، 292 / ق.ت. ماي 1989، ص 74.

<sup>2078</sup> وفي المقابل إذا وجبت زيادة في ثمن المبيع فهي تعتبر عند رده. انظر مثلا لذلك في الفصل 627 م.ع.

<sup>2079</sup> فعلا لا يبدو النص شاذًا فيما يتعلق بنقص القيمة بأمر طارئ إذ يمكن اعتباره تطبيقًا لنظرية تحمل التبعة عملاً بالفصل 348 م.ع. فتجعل تبعة الهلاك على المدين، كما يمكن تأسيسه على الفصل 280 م.ع. باعتبار البائع مماطلا منذ إبرام البيع كما تقدم شرحه في بحث فسخ التفويت، لكن نظام المسؤولية يبقى مختلفا عندئذ عن الفصل 281 م.ع.. انظر في ذلك محمد النصف الشافعي، مماطلة المدين...، أطروحة سابقة، ص 343 وما يليها.

<sup>2073</sup> من المعلوم أن تمام الدفع يفترض القبض فلا يسترد المشتري إلا ما دفعه ولا يرد البائع إلا ما قبضه. ويصلح هذا التوضيح بصفة خاصة عند قيام المشتري على بائع البائع (وهو جائز لانتقال الضمان) فإنه لا يطالب إلا بما دفع ولا يحصل إلا على ما قبض ذلك البائع بحيث إذا كان ما قبضه أقل مما دفع المشتري لبائعه فليس عليه إلا ما قبض وعلى البائع الوسيط الفرق، أما إذا كان مساويا أو أرفع فإنه يرد إلى المشتري ما دفعه ويحاسب بالفرق مشتريه هو أي البائع الوسيط، وهذا حكم ثابت ومتواتر في الفقه. انظر مثلا: مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعاوضة، ف 966، ص 283 - فيستان وديشسي، البيع، ف 813، ص 873 - ريبير وبولانجي، ج 3، ف 1500، ص 500 - جوسران، ج 2، ف 1107، ص 579.

<sup>2074</sup> ريبير وبولانجي، ج 3، ف 1507، ص 502.

<sup>2075</sup> لوران، ج 24، ف 240، ص 239 - اوبري ورو، ج 5، ف 355، ص 91.

<sup>2076</sup> يعد استخلاص دين مرتين بسوء نية جريمة توجب المواخذة الجزائية طبقا للفصل 293 م.ج.

الاستحقاق لا ردّ قيمة المبيع<sup>2080</sup>. وهو ما يبرهن بكلّ جلاء على إلحاق ردّ الثمن بفسخ البيع لا بالتعويض<sup>2081</sup>. أي أنّ الفصل 637 م.ا.ع. يفيد أنّ الاستحقاق لا يلزم البائع بتعويض قيمة المبيع وإلا لوجب ضرورة اعتبار نقص القيمة فيها لأنّ تقديرها سيتمّ على الأقلّ يوم الاستحقاق أو على الأقصى يوم الحكم بالتعويض<sup>2082</sup>، ولكنّه على العكس يلزمه بردّ الثمن المدفوع أي بالرجوع إلى زمن العقد فلا يلتفت إلى ما يطرأ بعده<sup>2083</sup>.

**732-** ويقدر تفهّم منطلق هذا الفصل فإنّه لا يمكن إنكار شذوذه عن الأحكام العامّة للفسخ، ولو أنّ هذا الشذوذ بدوره مفهوم، إذ يعتبر حكم الفصل 637 م.ا.ع. استثناء من القاعدة العامّة للفسخ في ردّ كلّ من المتعاقدين لما أخذه سواء بعينه أم بطريق التعويض عند التعتذر. وهو ما يفرض على المشتري مثلا أن يعوّض عن قيمة النقص الحاصل في المبيع عنده عن طريق نقص مقابل في

البائع، وهو ما ينزع عنه كلّ حقّ في الثمن ويساعد على فهم شذوذ الفصل 637 م.ا.ع. أخذا في عين الاعتبار لعاملين اثنين. أحدهما أنّه في الاستحقاق لا يردّ المبيع إلى البائع بل إلى مالكه الحقيقي، وحتىّ إن ردّ إلى البائع فهو ليس ملكا له وسيستحقّ لصاحبه، وبالتالي فلا يضير البائع نقص المبيع، ولا ينقص ذمّته شيء حتىّ ينقص من الثمن الذي يوجد كاملا في ذمّته دون مقابل فعليّه ردّه بلا نقصان بصرف النظر عمّا يصيب المبيع. وثاني العاملين أنّ النقص الذي يلحق المبيع بفعل المشتري أو بتقصيره - وهو مبعث الاستغراب خاصّة - وهو نقص صادر عن مالك إذ لا ننسى أنّه إلى حين الاستحقاق يعتبر المشتري «مالكا» حتىّ يثبت خلافه، فيكون تصرفه في المبيع من قبيل تصرف المالك في ملكه طبقا للفصل 17 م.ج.ع. ولا يمكن أن يسأل عنه. ولكن هل يقبل هذا التعليل مع مشتريسيّة النية يعلم يقينا أنّه ليس مالكا للمبيع؟ وجوابه أن نعم، لأنّ دعوى الاستحقاق ستفضي إلى اعتبار المبيع خاصا بالمدعيّ لا تخضع لغيره من الغير، فإنّ ذلك المالك الحقيقي لا

بالبطلان...  
بالفصل 43 م.ح.ع.<sup>2086</sup>. فالمستهدف الأخير من فعل المشتري إذن هو المالك وليس  
البائع، والثمن الذي سيردّه إلى المشتري سيستخدمه في جبر نقص القيمة  
للمالك<sup>2087</sup>.

**734-** بهذا تراعى كلّ المصالح وتفهم خصوصيّة الفصل 637 م.ا.ع. ويتقبّل  
حكمه في إطاره الخصوصي<sup>2088</sup>. وهو حكم ذو دلالة خاصّة على أنّ حقّ

<sup>2086</sup>

سيأتي شرح هذا الحكم لاحقا في تعويض ضرر الحوز، ف 750 و751.

<sup>2087</sup>

لوران، ج 24، ف 238، ص 237-239.

<sup>2088</sup>

لسائل أن يسأل عن تأثير استفادة المشتري من نقص قيمة المبيع على حقّه في استرداد كامل الثمن خاصة أنّ  
المشرع الفرنسي وضع لهذا السؤال جوابا إيجابيا في الفصل 1632. ومثاله إذا انهدم العقار المبيع مثلا عند  
المشتري وباع أنقاضه فللبائع أن يخصم ما يقابل ثمن تلك الأنقاض من الثمن الذي سيردّه للمشتري. فهل غياب  
نص كهذا يعني رفض حكمه في قانوننا؟ يبدو الأمر كذلك فعلا لأسباب عدّة أولها أنّ حكما كالفصل  
1632 لا يجد أساسه إلا في قواعد الإثراء بدون سبب (دي باج ولبنز، البيع، ف 572، ص 249. - كولان

قيمة ما سيستردّه<sup>2084</sup> ولكنّ الفصل 637 م.ا.ع. يعفيه من ذلك بصرف النظر عن  
حسن نيّته أو سوءها وعن تسببه في النقص من عدمه وعن حسن نيّة البائع أو  
سوءها.

**733-** ويظهر حكم كهذا مدى التّشدّد الذي يبديه المشرع حيال البائع  
والتسامح تجاه المشتري<sup>2085</sup> لأنّ الاستحقاق في منطق الضّمان منسوب دائما إلى

<sup>2080</sup> وهو اختيار المشرع المصري مثلا في المادة 443 / 1 من القانون المدني.

<sup>2081</sup> كولان وكابيتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 908، ص 608. - دي باج ولبنز، البيع، ف 172،  
ص 249.

<sup>2082</sup> توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، ف 191، ص 333.

<sup>2083</sup> بول فياتا، خصائص وآثار بيع ملك الغير، اطروحة سابقة، ص 112. - قارب من السنهوري، الوسيط، ج  
4، ف 352، ص 678، هـ 1.

<sup>2084</sup> حسن الذنون، النظرية العامة للفسخ...، ص 258 وما يليها.

<sup>2085</sup> فيستان وديشي، البيع، ف 823، ص 880.

المشتري على المبيع المستحق منه ينصبّ على ثمنه لا على قيمته، فلا حاجة فيه إذن إلى تقدير هذه القيمة بما أنّ النقص لا يلتفت إليه<sup>2089</sup>. وهذه نتيجة ثابتة في الاستحقاق الكلي أو الجزئي المشبه به نظرا لزوال العقد. لكتها تدعو تعديلا طفيفا في الاستحقاق الجزئي مع بقاء العقد إمّا لكونه يسيرا أو لأن المشتري اختاره عملا بالفصل 640 م.ا.ع. ففي الحالتين يحصل المشتري على نقص في الثمن يقابل الجزء المستحق. ويحتسب النقص المذكور بتحديد «قيمة الجزء المستحق» بالنسبة إلى كامل المبيع ثم ضرب النسبة الحاصلة في الثمن الأصلي فينتج مبلغ النقص الواجب إرجاعه إلى المشتري. وتبدو هذه العملية الحسابية بسيطة قد لا تحتاج في أكثر الأحيان إلى إعادة تقدير قيمة المبيع لضبط قيمة الجزء المستحق. لكن قد يقتضي الأمر أن يصار إلى التقدير، فيراعى فيه خصوصا أنه لا يتم في تاريخ الاستحقاق ولا الحكم بل في تاريخ العقد لأنه هو تاريخ الاتفاق على الثمن

الجزئي، فإنه يبدو ضرورياً في بعض التفويطات الأخرى.

#### الفقرة الثانية: ردّ العوض في التفويطات الأخرى

**735-** يفرض اختلاف العوض عن الثمن مراعاة طبيعته الخاصة التي تتغير حسب نوع التفويت. ويمكن تقسيم التفويطات من هذه الزاوية إلى قسمين: قسم أول يشمل خاصة المعاوضة وهبة العوض والعقد غير المسمى على نقل الملكية في مقابل عمل، وتظهر خصوصيته في ضرورة تقدير قيمة عوضه الذي هو إمّا عين أو عمل (أ) وقسم ثان يدخل فيه التصيير بالدين والرهن حيث العوض دين لا يتلاءم مع الرد فيقتضي حكما خاصا (ب).

#### أ- العوض عين أو عمل:

**736-** يتّجه في النّظر إلى كميّة تقدير العوض ورده تناول نوعي العوض منفصلين بدءا بالعين (1) وختما بالعمل (2).

737- يتعلق الأمر أساسا بالمعاوضة حيث يتمثل العوض غالبا في شيء منقول أو عقار يدفع بدلا للشيء المعروض به (الفصل 718 م.أ.ع.)<sup>2091</sup>. ويعتبر كل من المعاضين مشتريا لما أخذ وبائعا لما أعطى<sup>2092</sup>. فإن استحق أحد البديلين عند أحد المعاضين (المفوت له) وضع في حكم المشتري المستحق منه المبيع وكان له الرجوع على معاوضه بالضمان في حدود ما لا يتعارض مع طبيعة المعاوضة<sup>2093</sup> والمقصود خاصة في حدود ما يتفق مع طبيعة العوض المدفوع من كونه عينا

<sup>2091</sup> السّهوري، الوسيط، ج 4، ف 427، ص 857.

<sup>2092</sup> السّهوري، الوسيط، ج 4، ف 428، ص 858 - توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، ف 324، ص 651. والملاحظ أنّ هذين الصّفتين في المعاضين مقررتان بالنص الصّريح في مصر (المادة 485 من التقنين المدني) وفي تشريعات أخرى.

<sup>2093</sup> - أنظرها في: السّهوري، الوسيط، ج 4، موضع سابق. الفصل 724 م.أ.ع.

ومن الفصل 637 م.أ.ع. يمنع أداء ثمن إلى شخص السّيء، وإنما يجب إيداعه لدى كاتب العدل. وأنّ تنقيص الثمن في الاستحقاق الجزئي ما هو إلا نتيجة فسخ جزئي<sup>2090</sup>، بما يعني أنّ ردّ الثمن مطلقا هو أثر للفسخ وليس عنصرا في التعويض.

ولئن كان تقدير قيمة المبيع مستعبدا في البيع حتى في حالة الاستحقاق

وكايبتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 908، ص 608) والأحكام العامة تفني عنها، وثانيها أنّ فرض تطبيقها يظهر خاصة في قيام المالك على البائع وتعويض ضرر الحوز فيعدّ فصلا من تعويض الخسارة بوجه عام ولا يلحق بالفسخ، وثالثها خاصة أنّ اللائحة الابتدائية لمجلة الالتزامات والعقود تضمّنت حكم الفصل 1632 في فقرة ثانية من فصلها 740، لكنّ واضعي المجلة حذفوها واكتفوا بالفقرة الأولى المكوّنة لمادة الفصل 637 م.أ.ع. الحالي - المقابل للفصل 1631 فرنسي - وهو حذف مقصود ويبدو وجبها للسببين السابقين وكذلك للاضطراب الذي قد يدخله على أساس الفسخ المعتمد في الفصل 637 م.أ.ع. فيشوّش على المنطق التشريعي العام الذي يحكم ضمان الاستحقاق برمته، وهو أمر لا ينكره فقهاء القانون الفرنسي (مثلا: دي باج ولبنز، البيع، مرجع وموضع سابقين).

<sup>2089</sup> لكنّ الأمر يختلف مع زيادة القيمة التي تعتبر من التعويض وتوجب إعادة تقدير المبيع، انظر لاحقا، ف

756.

<sup>2090</sup> راجع سابقا، ف 687 و730.

وليس ثمناً<sup>2094</sup>. ويقتضي الفسخ استرجاع ذلك العوض بعينه على فرض أنه مازال قائماً عند المعاوض المفوّت وبقيمته الأصليّة، فعندئذ يردّ كما يردّ الثمن ولا إشكال. لكن إذا فات العوض المذكور فإنّ المعاوض المفوّت يغرّم قيمته<sup>2095</sup>. ومن ثمّ وجب تقديرها. وفي الغالب تكون هذه القيمة مقدّرة مسبقاً بين الطرفين بغاية ضبط معدل عند الاقتضاء خشية التفاوت الكبير والفن، فإذا قدرّ العوض المأخوذ بثمانين مثلاً وقدرّ بدله بستين وجب دفع فرق نقدي بعشرين، حتّى إذا استحقّ هذا العوض كان على المعاوض المفوّت دفع ثمانين للمعاوض المفوّت له، والعكس بالعكس. كما قد يستفاد أحياناً في التّقدير من القيمة المصرّح بها للجباية لغاية دفع معالم التسجيل<sup>2096</sup>. وعلى كلّ ففي غياب تقدير مسبق، يقدرّ القاضي قيمة العوض المستحقّ في تاريخ المعاوضة لأنّه بمثابة الثمن المتفق عليه وهو شرط

وينطبق هذا الحكم على هبة العوض<sup>2098</sup> إذا كان العوض فيها عيناً معيّنة. لكن إذا كان نقوداً فيستردّ كئثم البيع. وفي الحالتين تتميّز الهبة بحكم خاصّ تضمّنه الفصل 207 م.أ.ش. وهو تحديد الردّ بقيمة العوض لا بقيمة الشّيء المستحقّ حتّى لا يثري الموهوب له دون موجب ولا يجبر الواهب على التبرّع بما زاد. كما تتميّز الهبة بكون العوض فيها يمكن أن يكون عملاً.

#### 2- العوض عمل،

**738-** تبرز صعوبة التّقدير بصفة خاصّة في الهبة إذا كان العوض عملاً معيّناً كالالتزام بالإنفاق على الواهب أو على غيره أو تسديد ديون على الواهب للغير أو إنجاز تقسيم لأرض الواهب... وغيرها<sup>2099</sup>. ويشترك مع الهبة في هذا الحكم العقد غير المسمّى الذي تنتقل فيه ملكيّة شيء مقابل عمل من المفوّت له<sup>2100</sup> فكيف يقدرّ هذا العمل عند الاستحقاق؟ إنّ هذه المسألة واقعيّة تدخل في

مطلقات اجتهاد حاكم الموضوع الذي يراعي فيها ظروف كل معاملة إذ قد يكون العمل ممّا يمكن تقويمه كالالتزام بالإنفاق أو بتسديد دين، فيجمع ما

2098 تجب الملاحظة أنّ تسمية المهر تخضع بدورها لنفس الحكم لكن مع مراعاة كونها لا تقبل الفسخ وأن الالتزام بقيمة المهر المستحق ناتج عن الضمان نفسه على سبيل التعويض عن التنفيذ العيني. ذلك أنّ الفصل 13 م.أ.ش. يقضي بأنّ تعذر الوفاء بالمهر بعد الدخول يجعله دينا في الذمّة. بما يعني أنّه إذا كان المهر عينا معيّنة واستحققت من يد الزوجة طوبى الزوج بالضمان وكان عليه ردّ قيمة العين المقدّرة يوم الزواج. وإذا استحق بعضها فللزوجة الرجوع بكلّ القيمة أو ببعضها على حسب ما يقضي به الفصل 640 م.أ.ع. وهذا هو نفس الحلّ في الفقه الإسلاميّ المستوحى منه الفصل 13 م.أ.ش. لكن مع مراعاة تقييده بشرط الدخول لأنّه ليس للمرأة قبله (أي الدخول) إلا أن تمتنع عنه عملاً بنفس الفصل 13 م.أ.ش. راجع الهامش 1812 السابق، وانظر في المصدر الإسلاميّ للفصل 13 م.أ.ش. خاصّة المادتين 149 و150 من لائحة الشّيخ جعيط في أحكام المذهبين الحنفي والمالكي، ويقرأ بالخصوص في المادّة 149 مالكي ما يلي: «إذا استحقّ الصّدق من يد المرأة ترجع على الزوج بمثل المثلي والمقوم الموصوف، وترجع عليه في المقوم العيّن بقيمته يوم عقد النكاح إذا استحقّ جميعه».

2099 انظر مزيداً من الأمثلة والتّشويحات العمليّة المختلفة في: إبراهيم النجار، التصرفات بدون عوض، الهبة، ف 587 وما بعدها، ص 152 وما يليها.

2100 السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 205، ص 367. - بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 393، ص 458.

لصحة المعاوضة يقدر في تاريخ العقد وتلزمه قيمته المصدره طبقاً بموضع النظر عن نقص قيمة العوض المستحقّ عملاً بالفصل 637 م.أ.ع. كما تلزمه قيمته كاملة طبقاً لمبدأ ردّ الثمن كاملاً، فيتحمّل النقص أو التعيب الذي يطراً على العوض عنده ويجب عليه ردّه بعينه مع مبلغ نقدي يقابل النقص المذكور على سبيل العوض كاملاً لا على سبيل ردّ التعويض. ويراعى دائماً في تقدير النقص تاريخ المعاوضة.

2094 توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، ف 325، ص 652.

2095 يلاحظ أنّ القانون الفرنسي يخيّر المعاوض بدءاً بين تعويض الخسارة واسترجاع العين التي عاوض بها (الفصل 1705 من المجلّة المدنيّة)، ففي الحالة الأولى يمنح التعويض حسب القواعد العامّة، وفي الثانية ينطبق نظام الضمان. - انظر: بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 399، ص 466. - بودري لكانتينري، الوجيز، ف 896، ص 556.

2096 انظر الفصل 27 من مجلّة معاليم التّسجيل والطابع الجبائي.

2097 السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 431، ص 862.



أنفق فعلا أو وقع تسديده ويردّ إلى الموفّ له. وقد يتعدّر ذلك فيستعين بأهل الخبرة وينظر إلى كلّ عمل حسب طبيعته<sup>2101</sup>. لكن ما تجب ملاحظته هنا أنّ تقدير الحاكم للمبلغ المطلوب رده يعدّ تنفيذا بطريق التعويض لواجب الردّ نظرا لاستحالة التنفيذ العيني (لأنه يستحيل ردّ العمل بعينه!) وليس تعويضا للضرر، وأنّ هذا التقدير يتمّ دائما بتاريخ العقد وأنه في الهبة لا يمكن أن يعادل أو يفوق قيمة الشيء الموهوب المستحق، وإلا تغيّر وصفها وأصبحت عقدا غير مسمّى<sup>2102</sup>. ممّا يعني أنه في العقد غير المسمّى يمكن أن يعادل العمل قيمة الشيء، فتعتبر هذه القيمة عندئذ أحد المعايير الممكنة للتقدير، والتي بها يتحدّد ما يجب رده. ولئن أحوجت طبيعة العوض إلى التقدير في العمل، فإنها تتجاوز عنه في الدين.

#### ب- العوض دِين:

739- خلافا لما تقدّم، لا تكمن خصوصية العوض إذا كان دينا في وجوب

وفعلا، ففي الرهن لا يقال إنّ انحلاله وفسخ القرض المضمون به يوجب على المدين ردّ الدين، فهذا واجب عليه بداءة بمجرد القرض، وإنّما الإضافة أنّ ذلك الأداء يصبح واجبا حالا لأنّ الرهن موظّف في مقابل الأجل الذي سينتفع به المدين<sup>2104</sup>. فإذا زال التقويت أمكن للدائن أن يستردّ «ما دفعه» وهو الأجل، فيكون سقوطه عن المدين تعبيرا عن استرداده لأنّ الدائن باستعجاله استخلاص الدين سيربح ما منح من أجل أصلي للمدين يستطيع أن يوظّفه في قروض أخرى. والأمر بالمثل في التصيير بالدين حيث يكون من نتيجة الفسخ أن يعتبر الأداء كأن لم يكن فيعود الدين الأصلي كما لو لم ينقض لأنّ التصيير هو وفاء بالدين، ومعنى هذا أنّ أثر الفسخ ليس في وجوب الدين نفسه بقدر ما يكمن في إزالة المفعول الإبرائي للأداء بمقابل<sup>2105</sup>.

وبهذا فإنّ ردّ العوض في حالتي الرهن والتصيير بالدين لا يتحقّق بذاته فعلا

لأنه واجب بطبيعة المعاملة ولا ينتظر الفسخ لوجوبه، وإنما يظهر في مقابل مكمل يتمثل في حرمان المدين من الأجل أو من المفعول الإبرائي للأداء. وهذا يعني أن فائدة الضمان الجزائي في هذين التفويتين لا تكمن في الرد بل فيما قد يحصل عليه الدائن من غرم الضرر. وهو ما يمكن الوقوف عليه بمعرفة عناصر التعويض التي يشملها الضمان.

### الفرع الثاني: عناصر التعويض

740- تقوم عناصر التعويض خصوصا على جبر خسارة المفوّت له الناتجة عن حرمانه من العقد (الفقرة الأولى)، مع إيلاء اعتبار خاص للاستحقاق الفعلي - وهي الحالة الغالبة في ملك الغير - حيث يحرم المفوّت له من المبيع ومن حوزة

<sup>2104</sup> الفريد ترولي، التصرفات الصادرة عن غير مالك... أطروحة سابقة، ف 161، ص 173.

<sup>2105</sup> تيري وسيميلار ولوكيت، الالتزامات، ف 1227، ص 987.

تقديره، بل في استعصائه على فكرة الرد أصلا الناتجة عن الفسخ لأنها لا تضيف شيئا على مبدأ رده طبيعة. ذلك أنه في الرهن وفي التصيير بالدين إذا استحق الشيء من يد المفوّت له وقضي بسقوط الأجل أو بالفسخ لزوال التفويت فمن المنتظر بالنتيجة أن يسترد المفوّت له العوض الذي دفعه. وبما أن هذا العوض دين فهو بطبيعته واجب الدفع على المفوّت ولا يضيف إلزامه بالرد نتيجة الفسخ شيئا من هذه الناحية<sup>2103</sup>. فكان لا بد من توجيه النظر إلى ناحية أخرى تظهر فيها فائدة زوال التفويت، ويتجسد فيها المقابل الحقيقي الذي يسترد بالفسخ.

<sup>2101</sup> قد يكون من المفيد أحيانا الاستلham من قواعد تقويم العمل عند المساهمة به في شركة: انظر مثلا: ريبير وروبلو وجرمان، الشركات التجارية، ف 50-1056، ص 35. - فيليب مارل، الشركات التجارية، ف 34، ص 43.

<sup>2102</sup> قارب من السنهوري، الوسيط، ج 5، ف 4، ص 14-15.

<sup>2103</sup> لذلك يقال إن الفسخ يستتقي الالتزام الأصلي بالرد: مالوري وأيناس، العقود الخاصة، ف 939، ص 536.

فتنشأ له مستحقات إضافية تعزز ما يأخذه الدائن عادة في المسؤولية التعاقدية وتخصّص لتعويضه عن ضرر افتكالك الحوز (الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى: تعويض ضرر الحرمان من العقد

741- يقصد بضرر الحرمان من العقد جملة الخسائر الحاصلة للمفوت له نتيجة زوال العقد والتي كان سينتفع بها ويربحها لو بقي العقد ولم يزل، لأنه تعاقد أصلاً على اكتساب الملكية وعلق عليه آمالاً لم يلتزم بالتأمين إلا في سبيلها، لكنّ ثبوت الملكية للغير وحصول الاستحقاق حرمه من العقد بصفة نهائية، فاستحقّ التعويض. ويجب أن يلحق بما تقدّم الضرر الناتج عن العقد نفسه، أي جملة الخسائر التي تلحق المفوت له بسبب العقد والتي لولاه لما تحملها لأنّ الحرمان من العقد يشمل العقد نفسه باعتباره سبباً لما حرم منه المشتري<sup>2106</sup>.

#### أ- إرجاع المصاريف:

742- لكلمة «المصاريف» استعمالات كثيرة ومتنوعة<sup>2107</sup>، وهي تدلّ في الغالب على النفقات المالية المبذولة في غرض معين كإتمام أمر ما (إجراء - شكلية - إقامة وثيقة...) أو الحصول على نتيجة ما (حفظ - ائتمان - عقد...) إلخ... وتتميّز عادة بضآلة مبلغها مقارنة بالهدف الذي تبذل من أجله، وبانفصالها عن ذلك الهدف، فهي ليست جزءاً منه ولو أنها لازمة للوصول إليه<sup>2108</sup>، بل تلتبس به إلى درجة أنها تسمّى باسمه فيقال مصاريف الحفظ والمصاريف القضائية، ومصاريف التداوي ومصاريف التنقل... وبرغم تنوع هذه المصاريف، إلا أنّ المشرع اختار تخصيص اثنين منها: مصاريف العقد (1) ومصاريف الدعوى (2).

#### 1- مصاريف العقد:

743- للمشتري أن يسترجع «أجرة العقد والمصاريف اللازمة للعقد»<sup>2109</sup>.

وتقابل هذه الخسائر ما خسره المَفُوت له حقيقة وما فاته من كسب، وهذا هو مقتضى تعويض الخسارة بصفة عامّة، وهو ما أقرّه الفصل 636 م.ا.ع. صراحة في فقرته الثالثة (ب). لكنّه آثر أن يفرد المصاريف بذلك خاصّ في الفقرتين الأولىين تأكيدا لوجوب إرجاعها (أ).

أمّا أجرة العقد وهي جزء من المصاريف اللازمة للعقد، فتعني ما يدفع لقاء تحرير كتب البيع<sup>2110</sup> في الميدان العقاري بصفة خاصّة، أيّا كانت صفة المحرّر وطبيعة الكتب رسمياً كان أم خطياً. فتتمثّل في أجرة المحرّر المعتمد للتحرير في العقارات المسجّلة طبقاً للفصل 377 مكرّر م.ح.ع. والذي قد يكون عدلي إشهاد<sup>2111</sup> أو محرّر الصّكوك بإدارة المملكيّة

2106 تميّز القوانين الجرمانيّة في تعويض الضّرر الناتج عن العقد بين تعويض المصلحة الإيجابيّة وتعويض المصلحة السلبيّة. فالأولى تعني مصلحة الدائن في تنفيذ أمين للعقد والضّرر فيها هو الفرق بين وضع الذمّة عند الإخلال بالتنفيذ ووضعها عند التنفيذ المأمول. وتفترض وجود عقد صحيح قائم لم يزل. أمّا المصلحة السلبيّة فهي المصلحة من عدم التّعاقد وتهدف إلى وضع الدائن في نفس الموضع لو لم يتعاقد، وتمثّل الفرق بين الوضعيّة الحاليّة للذمّة وتلك التي كانت موجودة قبل العقد، أي أنّ التعويض عنها يفترض زوال العقد ببطلان أو فسخ. ولذلك لا يجمع التعويض الإيجابي مع الفسخ في هذه القوانين للتناقض المنطقي بينهما، خلافاً لمنهج القانون الفرنسي ومن تأثر به كما يلاحظ خاصّة أنّ الضّرر في حالتي المصلحة الإيجابيّة أو السلبيّة، يشمل الخسارة المحقّقة والربح الفائت انظر خاصّة: في ستانيسلاس، حقّ الفسخ في عقد البيع، أطروحة سابقة، ص 35 وما يليها.

2107 انظرها خاصّة في المعجم القانوني لجمعية هنري كايبتان، تحت كلمة «Frais».

2108 قارب من الفصل 25 م.م.م.ت. في تحديد الاختصاص الحكمي باعتماد قيمة الطّلب: «الفلّة والبقايا وغرامات الضّرر والمصاريف وغيرها من الأمور التّابعة لها لا تضاف لأصل المبلغ المطلوب لتعيين مرجع النّظر ودرجة الحكم إلا إذا كان لها أصل سابق عن الدّعي».

2109 الفصل 636 أوّلا م.ا.ع.

2110 فيستان وديشي، البيع، ف 826، ص 883. - لوران، ج 24، ف 244، ص 241.

2111 انظر القرار المشترك لوزير العدل والماليّة المؤرّخ في 8 أفريل 1975 المتعلّق بتعيين تعريف أجور العدول والعدول المنفذين والمنقّح بقرار 7 فيفري 1991 (رائد رسمي عدد 15 صادر في 22 فيفري 1991، ص 332).

العقارية<sup>2112</sup> أو محاميا مباشرا غير متمرن. وتتمثل في أجره المحرر مطلقا بالنسبة إلى بيع العقارات غير المسجلة سواء كان عدلي إشهاد أم محاميا مطلقا أم كاتباً عمومياً أم غير هؤلاء.

وأما المصاريف اللازمة للعقد فهي متنوعة وتشمل خصوصا أجر الوسطاء كسمسار ونحوه<sup>2113</sup> والمعاليم والأداءات المستوجبة بمناسبة العقد كمعاليم التسجيل والطابع الجبائي<sup>2114</sup> ومعلوم الترسيم<sup>2115</sup> ومعلوم نقل ومقاسمة العقارات غير المرسمة<sup>2116</sup> والأداء على القيمة المضافة<sup>2117</sup> إذا لم يحتسب في الثمن. وتضاف

<sup>2112</sup> انظر الأمر عدد 2114 لسنة 1992 المؤرخ في 30 نوفمبر 1992 المتعلق بضبط مقدار المعاليم المستوجب استخلاصها لفائدة إدارة الملكية العقارية مقابل تحرير العقود.

<sup>2113</sup> فيستان وديشي، البيع، ف 826، ص 883 - حاتم الرواتي، تحليل الفصل 642 م.ع.، ص 175.

<sup>2114</sup> انظر خامسة النصوص، 20، 23، 117 م.ع.ط.

إليها مصاريف تطهير العقار من الرهن عند الاقتضاء<sup>2118</sup>، أي بالجملة المصاريف اللازمة لإبرام العقد.

**744-** وي طرح في هذا السياق سؤال حول مصاريف تسليم المبيع المذكورة بالفصل 605 م.ع. ومصاريف دفع الثمن المنصوص عليها بالفصل 676 ف 2 م.ع.<sup>2119</sup> وهي محمولة قانونا على المشتري في غياب اتفاق مخالف يدخلها في الثمن أو يحملها على البائع. فإن تحمّلها المشتري زيادة على الثمن، فهل له أن يستردّها على أنّها مصاريف لازمة للعقد؟

لا يبدو ذلك ممكنا إلا بتأويل واسع لمصاريف العقد يشمل في الآن نفسه مصاريف تكوينه ومصاريف تنفيذه. وهذا مستبعد لسببين على الأقل أولهما أنّ المصاريف المذكورة هي بطبيعتها لازمة للعقد أي لذات العقد وتعني المصاريف التي تستوجبها عملية التعاقد أصلا بإبرام العقد وتمامه. وبهذا المعنى تفهم هذه

المصاريف عادة<sup>2120</sup>. وثانيهما أن التأويل يفترض التخفيف لا التشديد عملاً بالفصل 541 م.ا.ع.<sup>2121</sup>

ولكن قد يعترض معترض على هذا السؤال بعدم فائدته قولا إن من حق المشتري استرجاع تلك المصاريف تطبيقاً للفقرة الثالثة من الفصل 636 م.ا.ع. فإذا لم تدخل في مصاريف العقد، اعتبرت من ضمن الخسائر الحاصلة من الاستحقاق لكن هذا الاعتراض ليس قاطعاً ويمكن رده بملاحظة أنه ليس

<sup>2118</sup> فيستان وديشي، البيع، ف 826، ص 883.

<sup>2119</sup> تشمل مصاريف دفع الثمن بصفة خاصة آجرة نقل الثمن إلى البائع مثل معاليم حوالة بريدية أو عمولة البنك لتحويل الثمن على حساب البائع. وتختلف هذه المصاريف عن مصاريف القبض المحمولة أصلاً على البائع باعتباره دائماً أصلياً بالثمن عملاً بصريح الفصل 264 م.ا.ع. إلا إذا تحمل بها المشتري بموجب شرط خاص.

<sup>2120</sup> انظر المعجم القانوني لجمعية هنري كاييتان، كلمة «frais».

<sup>2121</sup> «(Frais) et Loyaux coûts, Frais nécessités par la conclusion d'un acte juridique».

قارب من الفصل 529 م.ا.ع. في تفسير العقد.

<sup>2115</sup> يهّم هذا المعلوم العقارات المسجلة وقد أحدث بموجب الفصل 26 من القانون عدد 88 لسنة 1980 المؤرخ في 31 ديسمبر 1980 والمتعلق بقانون المالية لتصرف 1981، (رائد رسمي عدد 78 صادر في 30-31 ديسمبر 1980، ص 3356) وهو معلوم نسبي يقدر بـ 1% إلا بالنسبة إلى ترسيم الرهن والتشطيب عليه فيقدر بـ 0.2% (الفصل 45 من القانون عدد 91 لسنة 1982 المؤرخ في 31 ديسمبر 1982 المتعلق بقانون المالية لتصرف 1983، رائد رسمي عدد 84 صادر في 31 ديسمبر 1982، ص 3064) وأدنى حد لاستخلاصه لا يقل عن خمسة دنانير (الفصل 25 من القانون عدد 100 لسنة 1981 المؤرخ في 29-31 ديسمبر 1981 المتعلق بقانون المالية لتصرف 1982، رائد رسمي عدد 84 صادر في 31 ديسمبر 1981، ص 3223).

وجدير بالذكر أن مصاريف التحرير في عقار مسجل قد تثقل بمعاليم اطلاع أو استخراج شهادات ملكية أو غيرها من الخدمات التي يضبطها الأمر عدد 972 لسنة 1998 المؤرخ في 27 أبريل 1998، رائد رسمي عدد 36 صادر في 5 ماي 1998، ص 963.

<sup>2116</sup> أحدث هذا المعلوم بموجب الفصل 61 من القانون عدد 101 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بقانون المالية لسنة 2003، رائد رسمي عدد 102 صادر في 17 ديسمبر 2002، ص 3499، وهو يقابل الترسيم في العقارات غير المسجلة (والنص يقول غير مرسمة) ويستخلص عند التسجيل في القباضة، وينص الفصل 62 من نفس القانون أن نسبة 30% من المعلوم المذكور تخصص لفائدة صندوق دعم تحديد الرصيد العقاري.

<sup>2117</sup> انظر الفصل الأول من مجلة الأداء على القيمة المضافة. - وكذلك: فيستان وديشي، البيع، ف 826، ص 883.

ثابتاً أنّ المصاريف المذكورة تعتبر من نتائج الاستحقاق، وأتته حتى على فرض اعتبارها كذلك فمنحها يخضع عندئذ للسلطة التقديرية للحاكم التي يفتقدها في الفقرة الأولى من الفصل 636 م.ا.ع. نظراً لتخصيص مصاريفها بالذكر الصريح. ومن هنا الأهمية العملية الواضحة لتحديد المقصود بمصاريف العقد وفائدة التخصيص الصريح في تعداد المصاريف. وتصح هذه الملاحظة على مصاريف الدعوى.

## 2- مصاريف الدعوى:

**745-** هي مصاريف النزاع ويمكن تعريفها بأنها النفقات اللازمة قانوناً لسير النزاع والمقدّرة في تسعيرات ترتيبية أو قضائية<sup>2122</sup> وتتكوّن من كلّ ما توجبه إجراءات القيام أمام القضاء وشكلياته كرسوم رفع الدعوى وتبليغ الاستدعاءات والإعلامات والمحاضر وأجرة المحامي واعدول التنفيذ والخبراء

طبقاً للفصل 225 ف 1 م.م.ت. وأنّ البّص الفرنسي للفصل 636 م.ا.ع. يتحدّث عن «*La demande en garantie*» أي طلب الضمان، والطلب قد يكون أصلياً وقد يكون عرضياً ومنه الإدخال أو التداخل<sup>2125</sup>. كما أنّ الضمان العرضي على معنى الفصل 635 م.ا.ع. هو الصّورة الغالبة لممارسة ضمان الاستحقاق فلا يعقل أن يغفلها المشرّع. وعليه فمصاريف الدعوى هي مصاريف النزاع مع البائع أيّا كان شكله الإجرائي...

**746-** وأهمّ ما يشدّ في التعبير التشريعي عن المصاريف ما اشتمل عليه من قيد وتوكيد. فالمصاريف المقصودة مقيّدة بكونها «رسمية» وهذا قيد ذو دلالات عدّة. فهو يوحي أولاً بالاحتراز عن المصاريف الاختيارية التي قد يعنّ للمفوّت له أن ينفقها بحرص خاصّ منه دون أن تكون لها ضرورة قضائية كانتداب خبير لم تعينه المحكمة أو تعيين أكثر من محام للدفاع عنه. وضابط المصاريف هو

طبيعتها الضرورية التي تقتضيها قواعد المرافعات والتي تستتج من تسعيرات وتأجيرات «رسمية» كمحاضر العدول المنفذين والمصاريف المحكوم بها إما من المجلس أو المقدرة من رئيس المحكمة طبقا للفصلين 128 و129 م.م.ت. وهذا الضابط ذو فائدة هامة في سدّ ذريعة الاستحقاق للمطالبة بمصاريف لا لزوم لها ولا حصر قد ينوء بها المفوتّ خلافا لغيره من المحكوم عليهم<sup>2126</sup> لأنّ الاستحقاق ليس طريقا لإغراق المفوتّ بما لا يطيق، بل هو لتعويض مفوتّ له حسن النية عمّا يخسره متقاض عادي يمتثل لما يوجبه القانون من مصاريف للوصول إلى حقه.

على أنّ الصبغة الرّسمية لا تعني المصاريف المحكوم بها فحسب، بل كلّ المصاريف المسعّرة قانونا وهو ما يؤكّده النصّ نفسه بإشارته إلى «جميع» المصاريف الرّسمية، فلا يمكن حصر مصاريف الدّعوى في المحكوم به دون

<sup>2125</sup> كاديبه، القانون العدلي الخاص، ف 804، ص 417.

<sup>2126</sup> لوران، ج 24، ف 245، ص 244.

وسماع الشهود والتّوجهات إلخ...<sup>2125</sup> وتختلف هذه المصاريف بحسب طبيعته الميأم على المفوتّ سواء اتّخذ شكل دعوى أصلية في الفسخ على أساس الفصل 576 م.ا.ع. أم إدخال البائع في دعوى الاستحقاق المرفوعة على المشتري من المالك الحقيقي عملا بالفصل 635 م.ا.ع. أم كذلك دعوى أصلية في الرجوع بالضمان على أساس الفصل 646 م.ا.ع.<sup>2124</sup> ولئن كان ظاهر النصّ لا يتحدّث إلّا عن «دعوى القيام» من المشتري على البائع بما قد يوحي أنّ مصاريف الإدخال خارجة عنه، إلّا أنّه لا يمكن أن يقصده حقيقة بدليل أنّ الإدخال أو التّدخل إجرائيّا يقعان «بنفس الطّريقة التي ترفع بمقتضاها الدّعوى»

<sup>2122</sup> كاديبه، القانون العدلي الخاص، مرجع سابق، ف 118، ص 71.

<sup>2123</sup> كاديبه، القانون العدلي الخاص، موضع سابق. - أحمد بن طالب، امتيازات المصاريف القضائية، بحث منشور في كتاب بحوث في التأمينات العينية والشخصية، عمل جماعي، تونس 1999، ص 63-110، خاصة ص 66.

<sup>2124</sup> انظر لاحقا في جواز الدّعوى الأصلية في الضمان، ف 772 وما بعدها وخاصة ف 778.



بقيّة المصاريف الرّسميّة الممكنة. كما يمكن أن يفهم من هذا التّوكيد منع تجزئة المصاريف طبق الفصل 128 م.م.ت. الذي يخوّل «للمحكمة توزيع هذه المصاريف على الفريقين إن تسلّط الحكم على كلّ منهما في بعض الفروع» إذ يبدو أنّ هذه الإمكانية غير متاحة في دعوى الاستحقاق حيث يجب تحميل «جميع» المصاريف على المفوّت المحكوم عليه، ممّا يرجع بالفائدة حتما على المفوّت له خصوصا أنّ هذه المصاريف واجبة الإرجاع ولا مساع فيها للاجتهاد خلافا للخسائر العامّة التي قد تلحقه.

#### ب- غرم الخسائر الأخرى:

**747-** تمنح الفقرة الثالثة من الفصل 636 م.ا.ع. للمفوّت له غرم الضّرر عن «الخسائر الحاصلة من استحقاق المبيع من يده». فبعد أن عدّد المشرّع أفصّالا دقيقة لما يجب إرجاعه أشار بصيغة الجمع إلى الخسائر الحاصلة للمشتري من

قد يكون المفوّت له ألزم بدفعها للمالك<sup>2132</sup>. كما يمكن أن يكون الضّرر معنويًا كالحرمان من المبيع الذي تعلق به المشتري بصفة خاصّة<sup>2133</sup> أو حتّى الاضطرار إلى الدّفاع أمام المحاكم<sup>2134</sup>...

وتتمثل هذه الخسائر بصفة عامّة ما نقص من مال المفوّت له وما فاته من ربح، فتضاف بذلك إلى شرط كونها مباشرة لتوافق ما تقضي به القواعد العامّة للمسؤولية التعاقدية وخاصة الفصل 278 ف 1 م.ا.ع.<sup>2135</sup>. ولهذه الملاحظة أهميّة تأويلية كبيرة تظهر في الإحالة الضمّنية والضرورية على القواعد العامّة خصوصا أمام الاقتضاب الشديد وأسلوب التعميم اللذين يميّزان الفقرة الثالثة من الفصل 636 م.ا.ع.<sup>2136</sup> ويكون من نتيجتها أن يخضع تقدير غرم الضّرر لاجتهاد المحكمة التي تراعي حسن نية البائع أو سوءها<sup>2137</sup>.

**748-** ويجدر التّنبه إلى أنّ سوء نية المفوّت ليس مشروطا لإلزامه

بالتعويض عن ضرر الحرمان من العقد فلا الفصل 636 م.ا.ع. يشترطه ولا مبدأ الضمان في الفصل 630 ف 2 م.ا.ع. يطلبه، ولا حتى القواعد

2132 مازو وشاباس ودي جيغلر، البيع والمعاوضة، ف 968، ص 295.

- Cass. Civ. , 3è, 8 octobre 1974, Sem.jur. (J.C.P) 1975, n° 17930, obs. **H.Thullier**.  
2133 فيستان وديشي، البيع، ف 826، ص 883 - مالوري وأيناس، العقود الخاصة، ف 367، ص 237،  
هـ 42.

2134 مالوري وأيناس، مرجع وموضع سابقين.

2135 تنص الفقرة الأولى من الفصل 278 م.ا.ع. على ما يلي: «الخسارة عبارة عما نقص من مال الدائن حقيقة وعمّا فاتته من الربح من جراء عدم الوفاء بالعقد. واعتبار الأحوال الخاصة بكلّ نازلة موكول لحكمة القاضي وعليه أن يقدّر الخسارة ويجعل فيها تفاوتاً بحسب خطئ المدين أو تدليسه».

2136 قارب من المادة 442 ف 5 من التقنين المدني المصري: السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 352، ص 683 -  
توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، ف 207، ص 371.

2137 الفصل 278 ف 1 م.ا.ع.

الاستحقاق. والمقصود كلّ الخسائر الناتجة مباشرة عن الاستحقاق دون حصر أو تعيين. وفي هذا إشارة واضحة إلى العلاقة السببية بين الخسائر والاستحقاق، والمعبر عنها في القواعد العامة بتعويض الضرر المباشر<sup>2127</sup>. ومن أمثلة ذلك يمكن ذكر مصاريف البحث عن مسكن جديد عوض المنزل المستحقّ بما فيها مصاريف السفر والسّمسرة<sup>2128</sup> ومصاريف نقل الأثاث إليه<sup>2129</sup> ومصاريف الانتصاب بالمبيع المستحق<sup>2130</sup> وفوات الصّفقة التي كان المفوّت له ينوي إبرامها لولا تحوّلها عنها لشراء المبيع الذي استحقّ منه<sup>2131</sup> وإرجاع غرامة التصرف التي

2127 ستارك ورولان وبوايي، العقد، ف 1411، ص 597.

2128 لوران، ج 24، ف 242، ص 240 - فيستان وديشي، البيع، ف 826، ص 883 - السنهوري، الوسيط،  
ج 4، ف 352، ص 683.

2129 فيستان وديشي، مرجع وموضع سابقين.

2130 مالوري وأيناس، العقود الخاصة، ف 367، ص 237، هـ 42.

2131 السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 352، ص 683.

العامّة تقتضيه لمنح الحقّ في التعويض<sup>2138</sup>، وذلك خلافاً للفصلين 638 و639 م.ا.ع. اللذين اشترطوا سوء النية صراحة. فلو كان مطلوباً في الفصل 636 م.ا.ع. لاشترط أيضاً، بما يعني أنّ المفوت مطلوب بالتعويض في الفصل 636 م.ا.ع. ولو كان حسن النية. لكنّ سوء نيته ليس عديم التأثير مطلقاً بل يعتبر من عوامل تثقيل الضمان التي تستعملها المحكمة على سبيل العقوبة الخاصّة<sup>2139</sup> لتحميل المفوت ووزر الضرر غير المتوقع.

لكن لا ينبغي أن يفهم من هذا أنّ المفوت حسن النية لا يتحمّل إلاّ الضرر المتوقع فالنصّ لم يشترطه جرياً على مثال الفصل 278 م.ا.ع. فمن المحتمل أن يطالب بائع حسن النية بضرر غير متوقّع كاستحقاق كنز عثر عليه في الأرض المبيعة<sup>2140</sup> أو فوات فرصة تعاقد مشابهة بشروط أفضل. والمحكمة إذ تلزمه بما ذكر لا تخرق القانون. إلاّ أنّه من المستبعد أن لا تستخدم سلطتها المسندة إليها

التعويض بشروط دقيقة ولم يضع له حدوداً مضبوطة كالضرر المتوقع مثلاً<sup>2143</sup> وإنما أوكل الأمر إلى اجتهاد المحكمة تهدي به إلى الحلّ المنصف لكلا المتعاقدين<sup>2144</sup>.

**749-** وتعرّز هذه الملاحظة أهمية ربط الفصل 636 م.ا.ع. بالنظرية العامّة للمسؤولية التعاقدية، ممّا من شأنه أن يؤكّد من جديد عمق الارتباط بين التفويت في ملك الغير والنظرية العامّة لجزاء تنفيذ العقود، وأن يمدّ جسور التواصل القائمة بينهما في الفسخ، وأن يربط الصلّة مع الفصل 278 م.ا.ع. وما يتبعه، لا بصفة مباشرة وإنما عبر الفصل 636 - ثالثاً م.ا.ع. وهذا يدلّ على شدّة التماسك المنطقي لأحكام التفويت في ملك الغير ويدعم مكانة الضمان أساساً متيناً لبنائه.

كما يلاحظ أنّ الفقرة الثالثة من الفصل 636 م.ا.ع. لا تقتصر على حرمان

المشتري من العقد، بل تتسع لتشمل أيضا الضرر الذي يصيبه في حوزة للمبيع.

### الفقرة الثانية: تعويض ضرر افتكاك الحوز

750- يفترض افتكاك الحوز من المفوت له أسبقية تسليم العين إليه سواء

<sup>2143</sup> انظر مثلا الفصل 1150 من المجلة المدنية الفرنسية.

<sup>2144</sup> في وجود نص كالقصر 1150 من المجلة المدنية الفرنسية خاض الفقهاء في معرفة إن كان يشترط تحديد تعويض المشتري بالضرر المتوقع فحسب أم لا؟ ويميل غالبيتهم إلى جواب بالنفي لأن الفصلين 1630 (يقابل الفصل 636 م.إ.ع.) و1633 (يقابل الفصل 639 م.إ.ع.) لم يشترطا سوء نية البائع، ولأن الفصل 1639 يحيل صراحة إلى القواعد العامة فيما لم تنظمه أحكام الضمان، ويعتبر مجرد وجود الفصلين 1630 و1633 تنظيما للمسألة بما يعني أن البائع يعرض الضرر مطلقا سواء كان متوقعا أم لا ولو كان حسن النية. وفي هذا خروج على القاعدة العامة للفصل 1150 (بلانول وريبير وهامل، ج 10، ف 113، ص 112 - أوبري ورو، ج 5، ف 355، ص 91-92، هـ 33 - فسروس، مفهوم التزام الضمان، ف 349-350، ص 352). وبهذا يفضل القانون التونسي نظيره الفرنسي من حيث أنه تجنّب الإشارة الصريحة إلى شرط التوقع، لكثته لم يغلّه تماما وإنما أوكله إلى اجتهاد القاضي.

بالفصل 278 م.إ.ع. لتقتصر التعويض على الضرر المتوقع فحسب بالنظر أولا إلى طبيعته المنطقية الناتجة عن مفهوم العقد نفسه وتحديد منطقة ما وقع التعاقد فيه<sup>2141</sup> وترجيحا لمقتضيات الإنصاف في عدم المبالغة في الاقتصاد من مدين حسن النية<sup>2142</sup>. وهذه من علامات تميّز القانون التونسي الذي لم يكبل الحق في

<sup>2138</sup> انظر الفصل 277 م.إ.ع.

<sup>2139</sup> ستارك ورولان وبوايي، العقد، ف 1386، ص 568.

<sup>2140</sup> يقضي الفصل 25 م.إ.ع. بأن الكنز يقسم أخماسا أحدها للدولة وثانيتها لمن عثر عليه ويقيتها مالك الأرض، فإذا استحقت الأرض من المشتري وكان هو من اكتشف الكنز فيبقى له خمس المكتشف ويخسر الثلاثة الباقية بمفعول الاستحقاق، فيحق له عندئذ الرجوع بها على البائع.

<sup>2141</sup> كاربوني، الالتزامات، ف 157، ص 289.

<sup>2142</sup> محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، غير مؤرخ، ف 162، ص 309 وف 232، ص 446.

- M. GUITTARD, La réparation du dommage en matière contractuelle, G.P. 1978, I, doct. p. 10.

على وجه الملكية أم أي حق عيني آخر عليه أصلي أو تبعي، مما يستتج معه أن حق المفوت له في التعويض يقف عند ضرر العقد إذا استحققت منه العين قبل أن يتسلمها. وبالعكس، يتسع نطاق هذا الحق إذا تحوّل بالمبيع وافتك منه، فيضاف عندئذ إلى حرمانه من العقد حرمان خاص من حوز العين، ويتمثل في فقدان النفع المقصود من تلك العين أو من مثلها عادة جراً الاستحقاق.

وتميّز هذا الضرر عن ضرر العقد خصيصة أخرى هي أنه لا يقتصر في تصفيته على الطرفين كما في ضرر العقد، بل هو يقحم المالك الحقيقي في وجوده واحتسابه باعتبار أن دعوى الاستحقاق توجب إجراء محاسبة بين المالك والمفوت له بصفته حائزاً على أساس قواعد عامة معلومة من قانون الأموال. وتنعكس هذه المحاسبة مباشرة على تقدير غرم الضرر المحكوم به على البائع لفائدة المفوت له، فلا يحتسب إلا على ضوئها.

والفصل 1483 من المجلة المدنية الإيطالية. ولا يوجد في مجلة الالتزامات والعقود نصّ مماثل، فهل يفهم من غيابه منع المشتري من استرداد الثمار؟

يفرض الجواب بالنفي نفسه فرضاً لأنه من غير المسلم به أن النص على مآل الثمار منعدم. فصحيح أنها ليست مذكورة بصريح العبارة في أي من نصوص الضمان، لكنها ليست - في المقابل - أجنبية عن الفقرة الثالثة من الفصل 636 م.ا.ع. باعتبارها خسارة ناتجة عن الاستحقاق. وتحليل ذلك أن استحقاق المالك للعين يخوّلها، عملاً بالقواعد العامة للأموال استرداد غلة العين في حدود تضبط بحسب كون الحائز غاصباً أو بشبهة. ولا يتعلّق الأمر في إطار الضمان إلا بالحائز بشبهة لأن الغاصب لا حق له في تعويض الخسارة على معنى الفصل 576 م.ا.ع. أمّا الحائز بشبهة فينصّ الفصل 44 ف 1 م.ح.ع. في شأنه على أن «من حاز مال غيره بشبهة فليس عليه أن يردّ

من الغلة إلا ما كان موجودا منها وقت القيام عليه من مستحقها وما حصل له منها من ذلك التاريخ»<sup>2147</sup>. ويؤخذ من الفصلين 19 م.ح.ع. و609 م.ا.ع. أن الثمار من حق المشتري باعتباره «مالك» حتى القيام عليه وظهور أنه غير مالك، فيستبقي ما أخذه لأنه كان حسن النية في تاريخ قبضه، ويرد ما زاد من يوم

<sup>2147</sup> للمقارنة، فإن الغاصب يلزم حسب الفصل 42 م.ح.ع. بأن يرد مع العين المغصوبة «جميع ما حصل عليه من الغلة والدخل أو ما كان يمكنه أن يحصل عليه لو أدار المغصوب بالوجه المعتاد وذلك منذ وضع يده على الشيء». ويعرف فقه القضاء الغاصب بأنه الحائز الذي يعلم عيوب حوزة بأن يكون عالما بأن الشيء المحاز تحت يده هو على ملك غيره (حكم ابتدائي سوق الإربعاء (جندوبة) عدد 861 مؤرخ في 25 جانفي 1962. ق.ت. أكتوبر 1962، ص 678/54) أو بتعبير مشابه «متى ثبت أن الحائز كان يعلم وهو يحوز الحق الذي يستعمله أن في حيازته لهذا الحق اعتداء على ملك الغير، فإنه يعتبر حائزا سيء النية لأنه قد اغتصب مال غيره وهو يعلم أنه بعمله هذا قد اعتدى على حق لهذا الغير فتطبق عليه أحكام الفصل 42 م.ح.ع.» (قرار تعقيبي عدد 1899 مؤرخ في 9 أكتوبر 2000، غير منشور). انظر أيضا: قرار تعقيبي عدد 9895 مؤرخ في 25 فيفري 1974، ن 74، 1، 196.

كما ينفرد ضرر الحرمان من الحوز بخصيصة ثالثة تبرز في اشتراطه سوء نية المفوت أي علمه بملكية المبيع للغير<sup>2145</sup> وذلك في ثلثي عناصره عملا بصريح الفصلين 638 و639 م.ا.ع. بالنسبة إلى مصاريف العين<sup>2146</sup> وزيادة القيمة (ب). أما العنصر الأخير فيجب رده بقطع النظر عن سوء نية المفوت وبرغم غياب ذكره في قائمة الضمان، ونعني ثمار العين (أ).

#### أ- رد ثمار العين:

751- يلزم الفصل 1630 من المجلة المدنية الفرنسية البائع برد الثمار التي يأخذها المالك من المشتري، ومثله تفعل المادة 2/443 من التقنين المدني المصري

<sup>2145</sup> حاتم الرواتي، تحليل الفصل 642 م.ا.ع.، مذكورة سابقة، ص 186. - فيستيان وديشي، البيع، ف 825، ص 883.  
<sup>2146</sup> نطلق هذه التسمية على المصاريف التي تتفق على العين، والتي تعرف في الفرنسية بمصطلح: *Les impenses*.

علمه بملكيّة الغير أو من تاريخ القيام عليه بالاستحقاق<sup>2148</sup>. فما يجبر هكذا على إرجاعه إلى المالك يعتبر خسارة لحقت بدمته له أن يقوم بها على البائع طبقاً للفصل 636 - ثالثاً م.أ.ع.

**752-** ويستدعي هذا الحكم المبدئي إبداء جملة من التوضيحات أولها أن الالتزام برّد الثمار يتّسع مداه لكل أنواعها طبيعيّة كانت أم صناعيّة أم مدنيّة<sup>2149</sup>. وثانيها أن التعارض الذي قد يبدو بين إلزام المفوّت له برّد الثمار بشرط علمه بالاستحقاق وضرورة كونه حسن النية ليستردّ تلك الثمار من البائع، ليس إلا تعارضاً موهوماً نظراً لاختلاف زمن تقدير حسن النية في الحالتين. فالمشتري لا يستحقّ التعويض إلا إذا كان حسن النية في تاريخ العقد، ولا يردّ من الثمار إلا من وقت علمه بالاستحقاق، بما يفترض أنه قبل ذلك كان حسن النية. وعليه إذا كان في تاريخ العقد سيء النية كان بالضرورة غاصباً عليه ردّ جميع الغلّة ولا حقّ له في

العقد مهما كان زمن طروء العلم بعد ذلك<sup>2150</sup>.

أمّا ثالث التوضيحات فيخصّ الأعيان غير المثمرة باعتبار أن حكم ردّ الثمار يفترض بداهة أن العين تغلّ ثماراً، فإذا لم تكن كذلك، فليس للمفوّت له أن يتدمّر من خسارة «الثمار». لكن هل له الحقّ في استرداد فوائد الثمن التي قبضها البائع على أنّها ربح فائت بالنسبة إليه لأنه لو بقي الثمن عنده لكان هو من انتفع بفوائده؟

يلقى هذا السؤال جواباً إيجابياً عند غالبية فقهاء القانون الفرنسي وقضاته<sup>2151</sup> ونصّ عليه المشرّع المصري مع قيمة المبيع في المادة 443 من القانون المدني. ويبدو هذا الحلّ متقبلاً عندنا أيضاً نظراً لعموم عبارة الفصل 636 - ثالثاً م.أ.ع. بحيث تدخل فيها كلّ خسارة لحقت المشتري شرط أن تكون ناتجة مباشرة عن الاستحقاق. وتعتبر فوائد الثمن المكتسبة للبائع دون مقابل في ذمّة

التعويض. ومعنى هذا أن العبرة في استرداد الثمار إنما تكون بحسن النية في تاريخ

المشتري خسارة فعلية لهذا الأخير يحق له الرجوع بها<sup>2152</sup>

### ب- مصاريف العين وزيادة القيمة:

753- يشترك هذان العنصران في اشتراطهما سوء نية المذوّت بحيث يمثل

<sup>2150</sup> ريبير ويولانجي، ج 3، ف 1511، ص 503. - مازو وشاباس ودي جـ يفلار، البيع والمعاوضة، ف 967، ص 284. - لوران، ج 24، ف 243، ص 241. - رمضان أبو السعود، في عقدي البيع والمقايضة... ص 359.

<sup>2151</sup> بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 116، ص 115. - أوبري ورو، فقرة 355، ص 91، هـ 32.

- لوران، ج 24، ف 235، ص 235. - بودري لكانتيني وسيبيا، البيع والمعاوضة، ف 381.

<sup>2152</sup> يعلّ الفقه عدم ردّ فوائد الثمن في الأصل بكون المشتري لا يردّ الثمار بدوره، فكان هناك نوعا من المقاصّة القانونية بين الفوائد عند البائع والثمار عند المشتري تمنع كلّ واحد منهما أن يردّ ما قبضه إلى الآخر، وذلك استثناء (أو تطبيقا) من نظام الفسخ. فإذا كانت العين غير مثمرة لا يجني المشتري منها شيئا، فإن ربح البائع فوائد من الثمن يجعلها عنده دون مقابل فينتفي أحد الأرباح التي جناها البائع من وجود الثمن عنده، ولا يجب الخلط بينها وبين الفوائد الاتفاقية التي قد يكون أخذها نظير تأخر المشتري في الدّفع أو منحه أجلا، والتي تسترجع مع الثمن لا على وجه التعويض كما في الفوائد نظير الثمار.

<sup>2148</sup> راجع فقه القضاء المشار إليه في الهامش السابق، وكذلك: السنهوري، الوسيط، ج 9، ف 460 وما

بعدها، ص 1173 وما يليها. - نبيلة الكركاي الوريهي، حائز العقار، أطروحة سابقة، ف 450 وما بعدها، ص 524 وما يليها. وتجدر الإشارة أن محكمة التعقيب اعتبرت في أحد قراراتها أن «القيام المقصود في الفصل 44 م.ج.ع. لا يحصل من دعوى الاستحقاق حصرا، بل من «كلّ قيام لدى المحاكم يشعر المقوم عليه بوجود عيب (ذلك العيب) في حوزة» وعليه فإن القيام يتحقّق بدعوى استعجالية ولو وقع رفضها: قرار تعقيبي عدد 8369 مؤرّخ في 24 أكتوبر 1974، ن 74، I، 14.

<sup>2149</sup> الثمار هي كلّ ما يتولّد عن الشّيء بصورة دورية دون انتقاص من أصله، وهي تنقسم إلى طبيعيّة كتزايد الحيوان وثمر الأشجار، وصناعية تحتاج إلى فعل الإنسان كالمحاصيل الزراعيّة، ومدنيّة كعماليم الكراء ورواتب الإنزال وفوائد الديون ومراييح الأسهم وغيرها. ويلاحظ أن المشرّع في تنظيمه لحق الانتفاع لم يقرّ هذا التقسيم الثلاثي للثمار، وإنما جعلها صنفين اثنين (الفصل 143 م.ج.ع.): ثمار طبيعيّة وتشمل الغلال الصناعيّة (الفصل 144 م.ج.ع.) وثمار مدنيّة (الفصل 145 م.ج.ع.) - انظر لمزيد التفصيل: يوسف الكناني وفوزي بالكناني، الأموال، ف 140 وما بعدها، ص 60 وما يليها - عبد المنعم فرج الصدّة، الحقوق العينية الأصليّة، ف 20، ص 27-29.



التزامه بهما نوعاً من العقوبة الخاصة مقارنة مع مفوت حسن النية يقف التزامه بتعويض ضرر الحوز عند الثمار. وهذا ما تنادي به القواعد العامة في جعل تفاوت في التعويض بحسب خطأ المدين وتغيره من عدمهما. ويقع عبء إثبات التغير على المفوت له<sup>2153</sup> بأن يقيم الدليل على علم البائع بكونه غير مالك للمبيع. فيستطيع عندئذ إلزامه بتعويض العنصرين المذكورين<sup>2154</sup> أي مصاريف العين (1) وزيادة القيمة (2).

#### 1- مصاريف العين:

754- يقصد بمصاريف العين المصاريف التي ينفقها الحائز على العين ذاتها بحيث يطرح السؤال عن أحقية استرجاعها إذا استحققت منه تلك العين ورجعت إلى مالكها. ويخضع استرجاع هذه المصاريف لنظرية مأخوذة عن القانون الروماني ومؤسسة على فكرة الإثراء بدون سبب تفرق بين ثلاثة أنواع من

فالمصاريف الضرورية يجب إرجاعها بأكملها إلى الحائز ولو كان غاصباً عملاً بالفصل 42 م.ح.ع. الذي يشير إليها بـ«المصاريف اللازمة لحفظ الشيء» وهي «المصروفات غير العادية التي يتعين إنفاقها للمحافظة على الشيء»<sup>2158</sup> كترميم العين أو إنقاذها من حريق.

والمصاريف النافعة هي «التي لا تقوم ضرورة تستلزم إنفاقها وإنما يترتب عليها زيادة في قيمة المبيع والانتفاع به»<sup>2159</sup> كإدخال الإضاءة الكهربائية أو المياه الجارية أو تسوية تجاويف الأرض... ويؤخذ حكمها من الفصل 44 م.ح.ع. بمفهوم المخالفة وقواعد الإثراء بدون سبب، فيلزم المالك بتعويض الحائز أقلّ القيمتين: مبلغ المصاريف أو زيادة القيمة<sup>2160</sup>.

أما المصاريف الكمالية فهي مصاريف تحسين وترف يقصد بها الزخرفة والزينة وتنفق لمتعة شخصية للحائز<sup>2161</sup> وحكمها أنها لا ترد إلى الحائز، لكن

المصاريف: مصاريف ضروريه واخرى نافعه وتالته كماليه . ولا يوجد بص عام  
بهذه المصاريف مجتمعة<sup>2156</sup>، لكن نظريتها مكرسة من خلال تواتر الإشارة  
إليها في نصوص متفرقة أولها الفصل 638 م.ا.ع. في الضمان والذي يوجب «إذا  
كان في البيع تغيير فعلى البائع أن يرجع للمشتري المغرور كل ما صرفه ولو في  
التحسين والتّرف» وكذلك الفصلان 42 و44 م.ح.ع. في الغصب والحوز بشبهة<sup>2157</sup>  
وهي تقوم على أحكام متغايرة بحسب نوع المصروف.

2153 الفصل 558 م.ا.ع.

2154 قرار تعقيبي عدد 35245 مؤرخ في 28 ديسمبر 1992، ق.ت. ديسمبر 1993، ص 90.

2155 انظر خاصة: السنهوري، الوسيط، ج 9، ف 354 وما بعدها، ص 969 وما يليها. - كاريونني، الأموال،

ف 209، ص 326 وما يليها. - مازو وشاباس، الأموال، ف 1605، ص 335.

2156 لكن يوجد نص خاص جمعها هو الفصل 786 م.ا.ع. في الكراء، انظر في تحليله: محمد سعيد،

الإحداثيات فوق أرض الغير من خلال الفصلين 36 و37 م.ح.ع. في مذكرة سابقة، ص 29 وما يليها.

2157 انظر أيضا الفصول 64 و65 و66 م.ح.ع. في الشئوع والفصل 151 م.ح.ع. في الانتفاع.

له أن يطلب إزالتها إذا لم يكن في ذلك ضرر على العين. ويستفاد هذا الحل من  
تظافر نصين فيه يمكن تعميم حكمهما هما الفصل 786 م.ا.ع. والفصل 66  
م.ح.ع.، وكذلك من صيغة المبالغة المستعملة في الفصل 638 م.ا.ع. «ولو في  
التحسين والتّرف» فضلا عن الأصل العام في ارتكاب أخف الضررين<sup>2162</sup>.

755- واعتبارا لما تقدم فإن التزام المصوّت سيء النية فيما يتعلق بالضمان

2158 السنهوري، الوسيط، ج 9، ف 355، ص 971.

2159 رمضان أبو السعود، في عقدي البيع والمعاوضة، ص 360.

2160 هذا هو الحل أيضا في القانون الفرنسي: كاريونني، الأموال، موضع سابق. - مازو وشاباس، الأموال،

موضع سابق، وفي القانون المصري تلحق المادة 2/980 هذه المصاريف بأحكام الالتصاق فينطبق فيها خيار

المالك بين الإزالة والإبقاء تبعا لحسن نية الحائز أو سوءها. انظر شرحها في السنهوري، الوسيط، ج 9، ف

356، ص 972.

2161 مازو وشاباس، الأموال، ف 1605، ص 366.

2162 الفصل 556 م.ا.ع.

يتحدد بما لا يردّه المالك للمفوّت له إذ لا يقبل أن يعوّض عن ذات الضرر مرتين. وبناء عليه لا يلزم البائع بالمصاريف الضّروريّة إذا ردّها المالك<sup>2163</sup>، ولكنّه في المقابل يردّ المصاريف الكماليّة التي لا يردّها المالك. أمّا المصاريف النّافعة فهي غالباً مستغرقة في زيادة القيمة فيستردّها المشتري بهذا الوصف، ولكن قد يستردّها بذاتها من البائع على ما سيبينه توضيح ردّ زيادة القيمة.

## 2- زيادة القيمة:

**756-** تعني زيادة القيمة الارتفاع الحاصل في قيمة المبيع من وقت البيع إلى تاريخ الاستحقاق سواء كان بفعل المشتري أم بغير فعله. وفي الحالتين يقضي الفصل 639 م.ع. بأنّه «إذا ظهرت عند الاستحقاق زيادة في قيمة المبيع ولو بغير فعل المشتري فإنّ الزيادة المذكورة تعتبر في جملة الخسائر المطلوب بها البائع إن ثبت عليه الغرر».

ويختلف وجوب ردّ زيادة القيمة بحسب كونها من فعل المفوّت له أم لا. فإن

عندئذ الفرق بين زيادة القيمة والمصاريف على أساس الفصل 638 م.ع. والعكس بالعكس<sup>2166</sup>.

أمّا إذا نتجت زيادة القيمة عن ظروف خارجيّة منفصلة عن تدخل المفوّت له كفتح طريق مجاور للعقار المستحقّ أو تشييد سكة حديدية حذوه، أو فتح منطقة تدخل عقاري مجاورة له وغيرها<sup>2167</sup>... ففي كلّ هذه الأحوال يسبّب الاستحقاق خسارة للمفوّت له في تاريخه ولا يد للمالك فيها فيعوّض عنها المفوّت مباشرة، لكن بشرط سوء نيّته طبعاً.

**757-** ويخلص من كلّ ما تقدّم أنّ التزام المفوّت بتعويض ضرر الحوز هو التزام مكمل ومدعم لالتزام المالك نحو المفوّت له في خصوص نفس العناصر، ويظهر أحياناً كالتزام احتياطي إزاءه فكأنّه كفيل بالمبالغ التي يرجعها المالك<sup>2168</sup>. وهو لا يلزم إلاّ بشرط سوء نيّته إظهاراً لعقوبته على خطئه المضاعف

كانت بفعل المشتري وجب التفريق حسب طبيعة المبيع. إن كان منقولاً خيراً المالك بين إبقائه عند الحائز المشتري في مقابل تعويض أو استرداده ودفع زيادة القيمة عملاً بالفصل 55 م.ج.ع. فلا يرجع بها المشتري على البائع<sup>2164</sup>. وإذا كان المبيع عقاراً فإنّ زيادة القيمة يمكن أن تنتج عن مصاريف نافعة أو عن إحداثات أو بناءات وغراسات على معنى الفصل 36 م.ج.ع. وفي الحالتين يلزم المالك إما بدفع قيمة المصاريف<sup>2165</sup> أو زيادة القيمة. ونظراً لاختياره أدنى القيمتين، فإن كانت هي زيادة القيمة، فإنّ البائع لم يجد نفسه مطالباً بها، لكنّه قد يتحمّل

<sup>2163</sup> انظر الحكم الابتدائي الصادر عن ابتدائية المهدية عدد 232 بتاريخ 19 نوفمبر 1962 (ق.ت. جويلية 1963، ص 676/74) الذي رفض الحكم للمشتري بمصاريف إصلاح السيارة المستحقة بعلّة أنّ تلك المصاريف بذلت في عيب ناتج عن الاستعمال والبائع لا يضمن إلا العيوب الموجودة وقت البيع!  
<sup>2164</sup> لكن له أن يرجع بالتعويض إذا اختار المالك إبقاء المنقول عند حائزه وذلك بشرط حسن نية المشتري وفي حدود ما زاد على ثمن البيع (الفصول 55 م.ج.ع. و576 و636- ثالثاً م.ع.).  
<sup>2165</sup> تساوي قيمة المصاريف كلفة الإحداثات وهي تشمل قيمة المواد واليد العاملة.

<sup>2166</sup> انظر لمزيد التحليل خاصة: لوران، ج 24، ف 246، وما بعدها، ص 242 وما يليها. - بلانويول وريبير وهامل، ج 10، ف 117، ص 115. - نبيلة الكراي الورييمي، حائز العقار، أطروحة سابقة، ف 464 وما بعدها، ص 539 وما يليها. وانظر كذلك القرار التعقيبي عدد 10506 المؤرخ في 27 نوفمبر 1973 (ن 73، 97) الذي ربط بين استحقاق الأرض للغير والحكم عليه بقيمة الإحداثات من جهة وحق المشتري الذي وقع التقرير به أن يطالب البائع له بغرامة تسديداً للمضرة الحاصلة له «ولكن لم يبين هذا القرار طبيعة هذه الغرامة ولا أساسها فلا نعلم هل هو الفصل 636 - ثالثاً أم الفصلان 638 و639 م.ع. أم ربّما القواعد العامة رأساً. لكن من الواضح أنّ فكرة الضمان ليست غائبة عن القرار ولو بصفة ضمنية، وأنّ المهمّ فيه أنّه ربط التزام البائع بما تفرزه دعوى الاستحقاق.

<sup>2167</sup> انظر مثلاً ما جاء في القرار التعقيبي عدد 5173 المؤرخ في 6 جانفي 1982، ن 82، 1، 41، «وحيث أنّ العقار المتنازع فيه يقع بشاطئ البحر وفي مكان حسّاس لا يمكن أن يبقى بدون استغلال ولو بدخول بسيط وبجهة تنشط فيها السياحة».

<sup>2168</sup> باعتبار أنّ المشتري له مدينان: المالك المنتفع بفعله والبائع الملتزم بالضمان، وإذا كان المدين الأصلي هو من انتفع بفعل المشتري، كان البائع في وضع الضامن بالنسبة إليه. وتنبني على هذا نتيجة هامة وخطيرة عملياً وهي أنّه لا يحقّ للمشتري مطالبة البائع بالمبالغ المضمونة إذا أهمل مطالبة المالك بها: ريبير ويولانجي، ج 3، ف 1513، ص 504.

وتأكيداً لاعتبارات العدل الأخلاقي التي تسود مادة التعويض بالتخفيف عن المدين حسن النية والتشديد على سيء النية. وهذا ما تقضي به القواعد العامة التي ينشد إليها الضمان رغم خصوصيته، ومن ورائه التقويت في ملك الغير. وتقضي ذات القواعد العامة بمراعاة نفس الاعتبارات من جهة الدائن لمنحه الحق في التعويض وهو ما تترتب عنه موانع تحرمه من التعويض أصلاً.

### القسم الثاني: موانع التعويض

**758-** موانع التعويض هي شروطه السلبية التي يجب انعدامها لينتفع به المشتري، أو هي عوائق تحول دون المفوت له والحصول على التعويض، وتفترض قيام الحق في التعويض وتوفر شروطه (الإيجابية) لكن وجودها يمنع المفوت له من الوصول إليه فيحرم منه رغم تحقق مفترضاته وهي خاصة بثبوت الاستحقاق وفسخ التقويت. ومن ثم فهي تختلف عن منع التعويض أصلاً بانعدام الحق فيه

المفوت له في التعويض أصلاً وتقف مستحقاته عند ردّ العوض، في حين أن الموانع تفترض قيام الحق لكتنها تحول دونه ودون صاحبه.

ويؤخذ من الفصل 576 م.أ.ع. ومن نصوص الضمان أن الموانع تنقسم إلى نوعين: موانع خاصة لا تحرم المفوت له إلا من التعويض في حد ذاته وتبقي على حقه قائماً في الضمان الأصلي وفي ردّ الثمن كفرع مبدئي للضمان الجزائي، وترتبط هذه الموانع بعلم المفوت له بالاستحقاق (الفقرة الأولى). وموانع عامة يحصل فيها حرمان المفوت له من التعويض نتيجة حرمانه من الضمان كآله سواء منه الأصلي أم الجزائي. وتتأسس هذه الموانع على اقتران الاستحقاق بخطأ المفوت له (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: علم المفوت له بالاستحقاق

**759-** إن علم المفوت له بالاستحقاق منذ العقد يحرمه من الضمان باعتباره

يتنافى مع تضرره من الاستحقاق، فمن يعلم بوقوع الخطر لا يمكنه أن يشتكي من حصوله فيما بعد<sup>2170</sup>. ويضيف الفقهاء أن علم المشتري يؤدي إلى إعفاء البائع من واجب الإعلام المحمول عليه قانوناً<sup>2171</sup> فيسقط بذلك موجب التعويض<sup>2172</sup>، فضلاً عن أن الفصل 576 م.أ.ع. صريح في حرمان المشتري العالم من التعويض. والعلم المقصود هنا نوعان: أحدهما يجب إثباته لوجود وينتج أثره ويسمى سوء

المهر دينا في الذمة بقيمة المال المستحق وكفى خصوصاً أن الزواج هو معاملة أرفع من أن تتجر إلى منازعات مالية كالتى يقتضيها الضمان من إثبات سوء النية أحياناً وتثقيل الضمان في صور أخرى... فمثل هذا لا يليق بالزواج ويجب أن نربأ به عنه، فيقف المطلوب عند العوض أي قيمة المهر ذاتها لا أكثر غير أن هذا لا يعني طبعاً منع المسؤولية مطلقاً، والتي يبقى تصورهما جائزاً لكن على أساس القواعد العامة ولا على أساس قواعد الضمان.

<sup>2170</sup> فرّوس، مفهوم التزام الضمان، ف 341، ص 325.

<sup>2171</sup> انظر لاحقاً، ف 763.

<sup>2172</sup> فرّوس، مرجع وموضع سابقين. - فيستان وديشي، البيع، ف 811، ص 782.

كما في الاستحقاق الجزئي اليسير إذ يفهم من نص الفصل 640 م.أ.ع. أن المشتري «ليس له الفسخ وإنما له طلب حطّ القيمة بقدر ما استحق» بما يعني بوضوح إقصاء حقه في أزيد من تنقيص الثمن، وهو التعويض. ويفهم نفس الإقصاء في تفويتين خاصين هما هبة العوض وتسمية المهر<sup>2169</sup>. ففي هذه الأحوال لا ينشأ حق

<sup>2169</sup> يفهم إقصاء التعويض في هذين التفويتين من قراءة الفصلين 207 و13 م.أ.ش. إذ يؤخذ من أولهما أنه في هبة العوض «لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما آذاه الموهوب له من العوض»، وهذا تحديد قانوني لمقدار ما يرد بقيمة العوض المدفوع بما يعني إقصاء التعويض الذي يفوق هذا القدر. وينص ثانيهما على أن المهر بعد البناء «يعتبر دينا في الذمة» أي دينا بقيمة المهر المسمى حتى إذا استحق انحصار المطلوب في قيمته وكفى ويسهل تبرير هذا الحل في الحالتين بالطبيعة التبرعية الأصلية لهذين التفويتين إذ هما مشبهان بالمعاوضات ويلحق حكمهما بها في الاستحقاق، ولكنهما ليسا منها في الأصل لأنهما ليسا من أعمال المضاربة بل يغلب عليهما التفضّل والتبرع. وبالتالي لا يعقل بالنسبة إلى الهبة أن يحمل الواهب أكثر من العوض خاصة إذا كان حسن النية لأنه لو كان سيئها لسئل على أساس الصورة الثانية من الفصل 207 م.أ.ش. وكذلك في تسمية المهر حيث المقام عند استحقاقه ليس لخسارة عقد أو حوز وثمار... بل لخسارة المهر نفسه. فكأن الزوجة بقيت بلا مهر، وهذا غير مقبول، فيكون المطلوب هو إرجاع المهر نفسه لا تغريم الزوج، وهو ما يتحقق بأن يصبح

النّية (أ) وثانيهما مفترض ويفهم من موافقة المفوّت له على بند عدم الضّمان (ب).

#### أ- سوء نية المفوّت له:

**760-** ينصّ الفصل 576 م.ا.ع. على أنّ للمشتري الحقّ في تعويض الخسارة «إن لم يعلم... وقت الشراء أنّ البائع فضولي»، وتدلّ هذه الجملة في النصّ على أنّ حقّ المفوّت له في التعويض لا ينشأ إلاّ إذا كان جاهلا بملكيّة المبيع للغير، أي إذا كان حسن النّية. ولئن اعتاد الفقهاء تقديم حسن النّية كشرط لاستحقاق التعويض<sup>2173</sup>، إلاّ أنّ التقديم الأصحّ يكمن في عكس الصّورة. وبيانه أنّه انطلاقا من كون حسن النّية مفترضا وأصلا في كلّ معاملة عملا بصريح الفصل 558 م.ا.ع.، فإنّ المشتري لا يطالب بشيء تحقّقا لهذا الشرط ولا تظهر له أيّة فائدة من هذه الناحية، لولا أنّه من مصلحة البائع نفي حسن النّية هذا عن المشتري حتّى يتفصّل من التعويض، فتبرز حينئذ جدوى البحث في علم المشتري

أو جهله لعيب التعامل<sup>2177</sup>، كما هي حال الفصل 576 م.ا.ع. فيكون المفوّت له سيّء النّية إذا كان عالما بأنّ البائع غير مالك للمبيع (فضولي) ويكون عكسيّا حسن النّية إذا كان جاهلا هذه الحقيقة<sup>2178</sup>. ولعلّ هذا ما يفسّر صياغة الفصل 576 م.ا.ع. «إن لم يعلم المشتري وقت الشراء أنّ البائع فضولي». وهذه جملة منفيّة ثلاثم الحديث عن الموانع أكثر من الشّروط لأنّ الموانع هي شروط سلبية تجعل المطلوب في الفصل 576 م.ا.ع. هو أن لا يكون المشتري عالما بملكيّة الغير للمبيع لأنّ علمه يمنعه من التعويض، ولئن بدا التعريف سوء النّية حسب هذا النصّ بسيطا إلاّ أنّه لا يخلو من صعوبات تتعلّق بمصدر العلم المكوّن له ودرجة دقّته.

**762-** بالنسبة إلى مصدر العلم، لم يشترط القانون وسيلة معيّنة أو طريقة محدّدة يتكوّن بها علم المفوّت له. ويعتبر مسألة واقعيّة يقدرها قاضي الموضوع الذي يقبل من البائع كلّ وسيلة تدلّ على حصول العلم للمشتري بأيّ وجه كان دون أن

يقيد بوجود إشهار سابق مثلا أو بأسبقية إعلامه أثناء المفاوضات بخطر الاستحقاق أو غير ذلك من الأوجه... وبإمكان البائع دائما أن يثبت أن المفوت له كان على علم بملكيّة المبيع للغير ولو لم يعلمه هو نفسه بالأمر - إذا كان يعلمه طبعاً -.

وراء هذا إثبات التقابل المطلق بين حسن النية وسونها، فهذا بحث آخر يأخذ بعين الاعتبار الجانب الأخلاقي للعقود وواجب النزاهة العقدية ونية الإضرار من عدمها ووجود التغيرير أو غيابه... وهذه اعتبارات تفرص نقاشات أخرى ليس هذا مقامها. لكن انظر فيها لمزيد التوسع: روبيير فوان، حسن النية، أطروحة سابقة، ص 1 وما يليها.

<sup>2177</sup> هذان الوصفان هما للعميدين كاربونيي (الفني) ولوسوارن (الموضوعي) يقابلان بهما حسن أو سوء النية الأخلاقي أو الذاتي الذي يرمز إلى وجود أو غياب النزاهة العقدية ونية الإضرار: كاربونيي، الأموال، ف 198، ص 315 - الالتزامات، ف 113-114، ص 218 وما يليها.

- Yvon LOUSSOUARN, Rapport de synthèse aux travaux de l'Association Henri Capitant sur la bonne foi, Journées Louisianaises du 14 au 17 mai 1992, Tome XLIII, Paris, Litec, 1994, pp. 7-22, spéc. p. 13.

<sup>2178</sup> فروس، مفهوم التزام الضمان، ف 341، ص 324 - مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعوضة، ف 962، ص 281.

للتدليل على سوء نيته. وهو ما يعني أنه لا يشترط حسن النية لاستحقاق التعويض بقدر ما يعتبر سوء النية مانعا له<sup>2174</sup>. ويتطلب النظر في هذا المانع ضبط مفهومه (1) وكيفية تطبيقه (2).

#### 1- مفهوم سوء النية:

761- إن سوء النية ما هو في الأصل والعادة إلا الوجه الخفي لحسن النية<sup>2175</sup>، فهو نقيضه التام<sup>2176</sup> خصوصا إذا فهما بمعنى فني أو موضوعي يتصل بعلم المعاهد

<sup>2173</sup> توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، ف 198، ص 348 - مازو وشاباس ودي جيفلار، البيع والمعوضة، ف 962، ص 281 - بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 113، ص 112-113.

<sup>2174</sup> ريبير، القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية، ف 157، ص 289 - كاربونيي، الأموال، ف 198، ص 315.

<sup>2175</sup> جويير، الآثار المدنية لحسن النية، أطروحة سابقة، ص 33 - ريبير، القاعدة الأخلاقية...، ف 157، ص 288، متنا وحاشية.

<sup>2176</sup> نهتم هنا بالمعنى الفني لسوء النية أو حسنها كما سيأتي شرحه، وفيه يظهر التقابل التام. ولا يقصد من



763- أمّا فيما يتعلق بدرجة دقّة علم المصوّت له فيطرح السّؤال عن جواز حرمانه من التعويض إذا لم يكن عالماً بالاستحقاق وإنّما كان بإمكانه أن يعلمه: أي هل إمكانية العلم تساوي العلم الحقيقي في حرمان المصوّت له من التعويض فيحرم منه في الحالتين أم يقتصر حرمانه على فرضيّة العلم الفعلي فحسب؟

يذكر هذا السّؤال بشرط حسن النية في الحوز المكسب عملاً بالفصل 53 م.ح.ع.، وهو المسوّغ لطرحه نظراً لترايط المادة وتشابكها. ولا يبدو أنّ الإجابة الشاملة صحيحة قانوناً في الفصل 576 م.ا.ع. لسببين على الأقل. أولهما أنّ اشتراط إمكانية العلم لحرمان المشتري من التعويض يعوزه النص الصريح على غرار الفصل 53 م.ح.ع. أو كذلك الفصل 313 م.ا.ع.<sup>2179</sup> في تسوية إمكانية العلم بالعلم الحقيقي، ولا يمكن التوسّع في مثل هذا الشرط ولا القياس على النصين

الأمانة والنزاهة في تنفيذ العقود<sup>2182</sup> - أي حسن النية بالمعنى الأخلاقي هذه المرّة - لأنّ من غايات الضمان الأساسية تخفيف التثبّات والتّحريّات السّابقة للعقد باعتبار أنّ البائع يضمن نتيجته، فيشيع نوع من حسن النية الخاصّ في التّعامل ويكبر شعور المصوّت بالمسؤوليّة ممّا من شأنه أن يشجّع التّعامل ويوفّر طمأنينة أكبر للمتعاملين<sup>2183</sup>. وينبغي على هذا أنّه على البائع - وهو محمول قانوناً على العلم بملكيّةه - أن يعلم المشتري بعدم ملكيّةه. ويبقى ملزماً ولو لم يكن عالماً بذلك، لأنّه لو فكّرنا في هذه الحالة في إلزام المصوّت له بأن يتحرّى من جانبه خشية أن لا يفيد المصوّت بشيء باعتباره لا يعلم بدوره، لحصل تحريف لمفهوم سوء النية في الفصل 576 م.ا.ع. ولأصبح حقّ المصوّت له في التعويض رهيناً بوجود غلط شائع أو قاهر، ممّا يؤدي إلى قلب النصّ رأساً على عقب لأنّه سيصبح نصّاً في الملكيّة الظاهرة والحال أنّها نظريّة استثنائية وقضائية وهو أشمل منها، وسينقلب الإثبات

المدكورين أو غيرهما لأن في الشرط المذكور تشديدا على المشتري وتضييقا لا بدّ فيه من نصّ، ولأنّ فيه حرمانا من حقّ لا يمكن أن يحمل على الظنّ بل يجب أن يكون صريحا.

وثاني السببين أنّ قبول إمكانية العلم يفرض على المشتري سلوكا معيّنًا يتمثّل خاصّة في وجوب التحريّ والاسترشاد عن المبيع والتثبت من ملكيّة البائع خشية أن لا يكون مالكا، والحال أنّ نصوص الضمان لا تلزمه هذا السلوك<sup>2180</sup>، بل هي على العكس، تلزم البائع بواجب إعلام وإرشاد تجاه المشتري<sup>2181</sup> تطبيقا لمبدأ

<sup>2179</sup> يتعلّق الفصل 313 م.ا.ع. بحقّ الحبس وقد اقتضت النّقطة الثانية منه أنّ حقّ الحبس لا يجري على «الأشياء التي يعلم الدائن أو كان من حقّه أن يعلم أنّها ليست على ملك المدين بناء على أحوال أو إعلانات يقتضيها القانون».

<sup>2180</sup> لوران، ج 24، ف 122، ص 126.

<sup>2181</sup> انظر خاصّة الفصول 633 و634 و643 م.ا.ع. وفي تحليلها وفي واجب الإعلام والإرشاد في الضمان انظر: حاتم الرّواتبي، تحليل الفصل 642 م.ا.ع.، منذكّرة سابقة، ص 158 وما يليها. - فرّوس، مفهوم التزام

إلى المصوّت له ليبيّن أنه بسبب صغريه غلط فاهم وأنّ حاله أن المصوّب هو إنبات سوء النية وهو عبء البائع لا المشتري<sup>2184</sup>.

764- بهذا يتّضح أنّ المصوّت له لا يعدّ سيّء النية إلا إذا ثبت علمه حقيقة

الضمان، ف 203 وما بعدها، ص 195 وما يليها.

<sup>2182</sup> انظر:

Pierre VAN OMMESLAGHE, Rapport Général sur la bonne foi dans la formation du contrat, in les travaux de l'Association Henri Capitant sur la bonne foi, Tome XLIII, 1992, Paris, Litec 1994, pp. 25 et s.

<sup>2183</sup> تؤكد هذه النتيجة مدى ارتباط ضمان الاستحقاق بفكرة الأمن القانوني، راجع الهامش 1178 السابق.

<sup>2184</sup> لا يقال إنّ المشتري يجب أن يكون طلعة *emptor debet esse curiosus* وعليه أن يتحرى بنفسه ولا يعذر بعدم علمه حقيقة المبيع، فهذا السلوك مطلوب خاصّة في الالتزام بالتسليم وفي ضمان العيوب حيث بإمكان المشتري التحريّ حول استعمال المبيع وحالته المادية، ويتأثر وضعه في ذلك بصفته إن كان محترفا أم مشتريا عاديا. أمّا في ضمان الاستحقاق فالالتزام على البائع. ولكن قد يستغلّ معرفة المشتري ودرجة احترامه لتيسير الإثبات على نفسه، لا أكثر. وهذا في حدّ ذاته كثير انظر خاصّة: مالوري وأيناس، العقود الخاصة، ف 309، ص 211 وما يليها.

بملكيّة الغير أيّ كان مصدر هذا العلم. أمّا إذا كان بإمكانه العلم ولم يعلم فعلا فيبقى على حقّه في التعويض. ورغم وضوح هذا الفهم إلا أنّ صورته الكاملة لا تتشكّل في الذهن إلا بالنظر في تطبيقه.

## 2- تطبيق سوء النية:

**765-** مسألان تشدان الاهتمام في تطبيق سوء النية هما تقديره إذا كان المفوت له شخصا معنويًا (1.2) ومدى تأثيره بموقف المفوت (2.2).

## 1.2- سوء نية الشخص المعنوي:

**766-** إذا كان المفوت له شخصا معنويًا فكيف يمكن تقدير سوء نيته وهو الذي ليس له وجود مادي ولا يتعاقد إلا بواسطة ممثليه؟<sup>2185</sup> وهل يجوز الحديث أصلا عن سوء نيته؟

يطرح هذا السؤال بصفة خاصة بالنسبة إلى المساهمة بحصّة عينية في

يتمّ عقد المساهمة العينية مع مؤسس الشركة وهو من يقدر فيه هذا المانع، ويلزم الشركة باعتباره من أعمال التأسيس، ولها أن تعود عليه بالمسؤولية عند الإقتضاء على أساس القواعد العامة للثبابة، وعلى أساس الفصلين 177 و182 م.ش.ت.<sup>2186</sup> بصفة خاصة بالنسبة إلى الشركات خفية الاسم.<sup>2187</sup>

## 2.2- موقف المفوت:

**767-** يجدر التذكير أولاً أنّ دور المفوت مركزي في إثبات سوء نية المفوت له لأنه هو من يقع عليه عبؤه. كما تجب الملاحظة أنّ علمه أو عدمه غير ذي تأثير في حرمان المفوت له من التعويض، فكما أنّه مطلوب بالتعويض بقطع النظر عن حسن نيته أو سوءها - مع مراعاة تشديد الضمان في ضرر الحوز - فكذلك يعفى منه بقطع النظر عن سلوكه لأنّ منح الحق ومنعه موكولان بحسن نية المفوت له أو سوءها. بل تمكن مساءلة المفوت بالتعويض ولو كان المفوت له عالماً بملكيّة المسع

شركة: فإذا اتضح أنّ العين مملوكة للغير الذي استحقها من الشركة، ورجعت هذه الأخيرة على الشريك المساهم بالتعويض، فهل يجوز له أن يتقصّى منه بدعوى أنّ الشركة لما قبلت مساهمته كانت على علم بعدم ملكيته للعين المساهم بها وسوء نيّتها يحرمها من التعويض؟ إنّ الجواب بالإيجاب ممكن أخذاً في الاعتبار أنّ سوء النية لا يبحث عنه عند الشّخص المعنوي نفسه بل عند ممثله من الأشخاص الطبيعيين لأنّ النية مسألة نفسانية تتصل بالذات الإنسانية، وهو ما تؤكد القاعدة العامة للفصل 558 م.ا.ع. بوضعها قرينة حسن النية في الإنسان لا في الشّخص مطلقاً: «الأصل في كلّ إنسان الاستقامة وسلامة النية حتّى يثبت خلاف ذلك». وعليه، إذا كان ممثّل الشركة سيء النية فإنّه يحرم الشركة نفسها من التعويض.

وتظهر خطورة هذا السؤال بصفة خاصة في مرحلة تأسيس الشركة حيث

2185 انظر الفصل 5 م.ا.ع.

للغير، وذلك بموجب اتفاق صريح على زيادة الضمان<sup>2188</sup>، وهو اتفاق

2186 يتعلّق بالفصل 177 م.ش.ت. بشركات المساهمة العامة، وقد جاء في فقرته الأولى بالخصوص ما يلي: «المؤسسون مسؤولون بالتضامن فيما بينهم نحو كلّ من الشركة والمساهمين والغير عن الأضرار الناجمة عن عدم صحة أو عن نقص البيانات التي أمدّوا بها الجلسة العامة التأسيسية والمتعلقة ب... المساهمات العينية». وقد سحب الفصل 182 م.ش.ت. هذا الحكم على شركات المساهمة الخاصة.

2187 تزداد حدّة السؤال تعقيداً إذا تعدّد المؤسسون ولم يكونوا جميعاً في نفس الوضع من العلم وعدمه لأنّ منهم من يعلم ومنهم من لا يعلم: فهل يعتبر جميعهم حسني النية أم سيّئي النية؟ وهل يقبل سوء النية التجزئة حتّى يعتبر بعضهم سيء النية والآخر حسنها؟ وإذا كان لا يمكن طبعاً تصوّر تجزئة مفهوم نفساني كحسن أو سوء النية، فإنّه إمّا أن يعمّم حسن النية على أساس قاعدة الفصل 558 م.ا.ع. أو يعمّم سوء النية استناداً إلى تضامن المؤسسين في المسؤولية طبقاً للفصلين 177 و182 م.ش.ت. ويبدو الحلّ الثّاني أصوب لأنّه عند الرّيب يخفّف على المدّين عملاً بالفصل 529 م.ا.ع. وهو هنا المطلوب بالتعويض وليس الشركة، كما أنّ قاعدة الفصل 546 م.ا.ع. توجب عند التعارض تغليب المانع على المقتضي.

2188 **شهو**، أعمال التّفويت في ملك الغير، مقال سابق، ف 53، ص 34 - مالوري، في موسوعة دالوز كلمة «البيع» ف 224 - لوران، ج 24، ف 260، ص 258 - عبد الرّحمان جمعة، بيع ملك الغير، ص 259، هـ 1.

جائز<sup>2189</sup> من شأنه تعديل الضمان القانوني في اتجاه التوسيع والتشديد. غير أن مثل هذا الاتفاق نادر في التطبيق لأن في الضمان القانوني ما يكفي وزيادة لحماية المفوت له والزام المفوت<sup>2190</sup>. لكن الأمر يختلف لو تعلق بتخفيف التزام البائع أو إعفائه منه، فعندئذ يشيع مثل هذا الاتفاق ويلجأ إليه عملياً.

#### ب- الاتفاق على عدم الضمان:

**768-** الاتفاق على عدم الضمان هو بند يدرج في عقد البيع يعفى بموجبه البائع من تعويض الخسارة. وينتج هذا التعريف من صريح الفصل 642 م.ا.ع. الذي يجيز مثل هذا الاتفاق ويحصره في حدود تعويض الخسارة ولا يمدّه إلى أصل الضمان. ولذلك يعتبر بند عدم الضمان مانعاً خاصاً للتعويض وليس مانعاً عاماً له لأنه لا يمكن بأية حال إقصاء الضمان كلاً اتفاقياً<sup>2191</sup>.

**769-** ويخضع هذا البند عموماً للقواعد العامة خاصة فيما يتعلق بالتعبير

ذات القاعدة تفسير البند فتفرض أن يكون ضيقاً وتمنع التوسع فيه<sup>2194</sup>.

وتطبيقاً لنفس القواعد العامة وتحديدًا لمبدأ الأمانة في العقود اقتضى الفصل 642 م.ا.ع. في فقرته الثالثة أن «لا عمل على شرط براءة البائع: أولاً - إذا انبنى الاستحقاق على شيء من فعله هو بذاته.

ثانياً - إذا كان موجب الاستحقاق من تقريره كبيعته لما هو لغيره أو لما يعلم سبب استحقاقه ولم يعرف به المشتري» وهذا تطبيق خاص لقاعدة الفصل 244 م.ا.ع. في منع «أن يشترط عاقد عدم إلزامه بما ينتج من خطئه الفاحش أو تعمده». وتظهر أهميته خاصة في النقطة الثانية المتعلقة صراحة بمرور البائع<sup>2195</sup>، إذ لا يمكن حرمان المشتري من التعويض برغم تحرير البائع نظراً إلى أن الغش يفسد كل شيء ولا يجوز أن يتحوّل بند الإقصاء من الضمان مطية أو ذريعة لتغطية تدليس البائع لأنّ القصد من بند عدم الضمان هو تخفيف ثقل الضمان

على البائع لا مكافأته على غروره أي على نيته الخبيثة في الإضرار بالمشتري والانتفاع بما سيدفعه دون مقابل وهو يعلم ذلك مسبقاً<sup>2196</sup>. وينتج عن هذا إبطال

<sup>2194</sup> فيستأن وديشي، البيع، ف 836، ص 889 - حاتم الرواتبى، تحليل الفصل 642 م.ع. مذكرة سابقة، ص 29 وما يليها.

<sup>2195</sup> لا يعني هذا أن النقطة الأولى أجنبية عن التحليل أو أنها لا تتعلق بملك الغير. بل المقصود أن صور التقويت في ملك الغير تطرح بصفة خاصة مع ضمان فعل الغير. وهي تطرح كذلك في ضمان الفعل الشخصي إذا أمكنت نسبة دور ما إلى البائع في التسبب فيه وأهم مثال له هو البيع مرتين. ويفهم من هنا أن بند عدم الضمان باطل ولا عمل عليه في البيع مرتين لأن الضمان في هذا البيع مزيج من الفعل الشخصي ومن فعل الغير.

- انظر في ربط الفعل الشخصي بالثغير: ريبير وبولاتجي، ج 3، ف 521، ص 491 - دي باج ولبنز، البيع، ف 182، ص 259 - وفي اعتبار البيع مرتين من صور ضمان الفعل الشخصي: السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 330، ص 628.

<sup>2196</sup> فيستأن وديشي، البيع، ف 835، ص 889 - دي باج ولبنز، البيع، ف 182، ص 260 - توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، ف 214، ص 389-390.

عنه وبتفسيره. إذ يغلب عليه أن يكون صريحاً<sup>2193</sup>، ولو أنه لا مانع من تصويره ضمناً شرط أن تكون الظروف والملابسات قاطعة في استنتاجه<sup>2193</sup> وذلك تأسيساً على كون هذا البند بإعفائه البائع من الضمان فهو يحرم منه المشتري، والحرمان الاختياري ينتج عن تنازل، وما فيه التنازل لا يتسامح فيه «بل ينحصر المقصود فيما يقتضيه صريح عبارته» عملاً بقاعدة الفصل 522 م.ع. وتحكم

<sup>2189</sup> يمكن تأسيس جواز هذا الاتفاق على القواعد العامة في الحرية التعاقدية (الفصل 242 م.ع.) وجواز الاتفاقات المتعلقة بتعويض الخسارة وكذلك من باب أولى وأحرى لجواز الاتفاق على عدم الضمان طبقاً لصريح الفصل 642 م.ع.

<sup>2190</sup> السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 356، ص 697 - فيستأن وديشي، البيع، ف 846، ص 894 - دي باج ولبنز، البيع، ف 179، ص 255.

<sup>2191</sup> وهذا ما يؤكد اعتبار تعويض الخسارة جزاء تكميلياً للتقويت في ملك الغير مقارنة بالفسخ الذي هو جزاؤه المبدئي.

<sup>2192</sup> حاتم الرواتبى، تحليل الفصل 642 م.ع.، مذكرة سابقة، ص 43 وما يليها.

<sup>2193</sup> السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 357، ص 700 - فيستأن وديشي، البيع، ف 836، ص 890.

بند عدم الضمان والإبقاء على حق المفوت له في التعويض<sup>2197</sup>.

**770-** وقد تشير قراءة الفصل 642 م.ا.ع. صعوبة تأويلية في تحديد المقصود بتغيير البائع في بيع ملك الغير: هل يقوم «غروره» من مجرد بيعه لملك الغير أم يجب أيضا أن لا يعلم به المشتري؟ ومبعث هذه الصعوبة هو التساؤل إن كانت الجملة الأخيرة في النص تعود على ما سبقها مباشرة أي العلم بسبب الاستحقاق أم تعود على كامل النص بما فيه بيع ملك الغير؟

يبين النظر الفاحص في الفصل المذكور أن هذه الصعوبة وهمية لأنه سواء عادت الجملة الأخيرة على بيع ملك الغير أم لا فإن إخفاء البائع حقيقة أنه ليس مألكا لازم في كل الأحوال لاعتباره مغررا ولا يقوم تغييره بدونه. وتحليل هذا أن المحدد في إقصاء بند عدم الضمان حسب النص هو موقف البائع. فإما أن يكون عالما أو جاهلا أنه يبيع ملك غيره. فإن كان جاهلا كان حسن النية

عطفها على مثال العلم بسبب الاستحقاق فحسب لأن هذا المثال في حد ذاته معطوف للتخيير على بيع ملك الغير بدليل «أو لما يعلم» المقابلة لـ«لما هو لغيره» فتقتضي تكرار «كبيعه» وعطف الجملة الأخيرة عليهما معا. وهذا يعني أن تغيير البائع لا يتكوّن من مجرد البيع وإلا اعتبر كل بيع لملك الغير تغييرا ولو كان البائع فيه حسن النية، وهذا غير مقبول. وإنما يقوم من واقعة إخفاء حقيقة عدم ملكيته على المشتري، وهو ما يفترض العلم بها. فالتغيير إذن هو علم وإخفاء. وهذا يلاقي المعنى العام للتغيير في تنفيذ العقود ويعيد إلى المفوت له حقه في التعويض، مما يعني أنه لا يفتقد هذا الحق إلا إذا كان عالما بالاستحقاق أو افترض فيه العلم. فعندئذ يعود إلى الحرمان. وهذا ما يصيبه أيضا لو اتصل الاستحقاق بخطأ منه.

**الفقرة الثانية: خطأ المفوت له المتصل بالاستحقاق**

771 انصرفاً من الفصل 83 ف 2 م.أ.ع. «الخطأ هو ترك ما واجب فعله أو فعل ما وجب تركه...»<sup>2198</sup> يفهم أنّ الخطأ هو مخالفة واجب سابق أيّا كان مصدره<sup>2199</sup> أو بتعبير مشابه، مخالفة أمر القانون ونهيه<sup>2200</sup>. وفي هذا الصدد يوجب القانون على المفوّت له إعلام المفوّت وإدخاله في دعوى الاستحقاق، فإذا لم يفعل اعتبر مخطئاً وحرّم من الضّمان (أ)، كما يمنع عليه أن يتسبّب في

<sup>2198</sup> أورد الفصل 83 م.أ.ع. هذا التعريف بالنسبة إلى الخطأ غير العمدي بما أنه أضاف إليه «... بغير قصد الضّرر» بحيث لو عوّضت هذه الكلمات بعكسها «... بقصد الضّرر» لكان تعريف الخطأ العمدي الذي يسمّيه المشرّع «الفعال» في الفصل 82 م.أ.ع. ولو حذفت الإضافة أصلاً لتبين تعريف الخطأ مطلقاً سواء كان قصدياً أم غير قصدي، وهذا توضيح تعريف المتن.

<sup>2199</sup> كاريونيني، الالتزامات، ف 156، ص 286. - مارتى وريغو، الالتزامات، ف 363، ص 331.

<sup>2200</sup> كاريونيني، الالتزامات، ف 220، ص 382 وخاصةً ف 231، ص 397. وهو يقدم تعريفاً شمولياً للخطأ من أنه سلوك ينكره المجتمع ومع ذلك يأتيه الفاعل بإرادته التي كان بإمكانها أن تنهأ. ويبرز هذا التعريف ثلاثة عناصر محتمة يتركّب منها الخطأ هي الفعل والإرادة والإنكار الاجتماعي المسمّى أيضاً اللأمشروع *L'illicite* والذي يتمثل في مخالفة أمر القانون أو نهيه، وهذا ما يهّمنا في التحليل.

فيصحّ البند ويعفى من الضّمان. أمّا إذا كان عالماً فإنّما أن يكون المشتري عالماً مثله ويصحّ الشرط لأنّ المشتري لن يشتكي من شيء ويكون قد أعلمه أو في حكمه، وإمّا أن يكون المشتري جاهلاً، ممّا يفهم معه بالضرورة أنّ البائع لم يعلمه فيبقى على حقّه في التعويض ويسقط البند. ومعنى هذا أنّ البائع لا يعتبر مغرراً إلا في صورة علمه وإخفائه الحقيقة عن المشتري.

ويمكن تأييد هذا الفهم بتفكيك تركيبة النصّ اللغويّة حيث وردت جملة الإخفاء «ولم يعرف به المشتري» معطوفة على جملة سابقة، وهذه الجملة ليست هي مثال العلم بسبب الاستحقاق، بل جملة البيع كلّها «كبيعه...» وهي جملة تشبيهية لضرب المثال مركّبة من مثلين هما بيع ملك الغير والعلم بسبب الاستحقاق وبهما تكتمل فتعطف عليها الجملة الأخيرة المتعلّقة بالإخفاء، ولا يستقيم لغة

<sup>2197</sup> محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضّرر، مرجع سابق، ف 229، ص 441.



الاستحقاق لنفسه وإلا فلا رجوع له على البائع (ب).

#### أ- عدم إدخال المفوت في دعوى الاستحقاق:

772- ينص الفصل 635 م.ا.ع. على ما يلي: «إذا وجهت دعوى على المشتري في شأن المبيع وأقام المدعي بيّنة فعلى المشتري إعلام البائع بذلك فإذا أراد المشتري أن يباشر الخصام وأعماله القاضي بأن خصامه يمنع رجوعه على البائع فاختر مباشرة الخصام وخاصم بالفعل لم يبق له رجوع على البائع».

وهو بهذا يضع مانعا يحرم المشتري (المفوت له) من التعويض. ويفرز تحليله (1) مدى قابليته للنقد (2).

#### 1- تحليل المانع:

773- يعرف خطأ المفوت له بمعرفة وجه مخالفته للقانون. ويبين تفكيك الفصل 635 م.ا.ع. أنّ على المشتري إعلام البائع بدعوى الغير وأنّ على المحكمة

الدعوى<sup>2201</sup>. فأول ما يبدأ به المفوت له عند القيام عليه في الاستحقاق هو إعلام المفوت بالدعوى حتى يتداخل فيها تنفيذاً لالتزامه بالضمان الذي يوجب عليه الدفاع عن المفوت له والوقوف إلى جانبه لصدّ دعوى الغير<sup>2202</sup>. ويتمّ هذا التداخل إجرائياً على أساس الفصلين 224 و225 م.م.ت. ويسمى تداخلاً انضمامياً ينضمّ فيه البائع إلى جانب المشتري للدفاع عنه<sup>2203</sup> ويتمّ بواسطة عريضة ترفع بنفس الطريقة المقررة للدعوى<sup>2204</sup> في كلّ طور من أطوار القضية<sup>2205</sup> وقبل تعيين جلسة المرافعة<sup>2206</sup> ويرفع للمحكمة المتعهدة بدعوى الاستحقاق الأصلية في حدود اختصاصها الحكمي طبقاً للفصل 37 م.م.ت.<sup>2207</sup> وهكذا يظهر واجب الإعلام في علاقة المشتري ببائعه على أساس البيع.

وتتمّ لهذا الواجب يمكن للمفوت له في علاقته بالمحكمة أن يشير دفعا إجرائياً تأجيلياً<sup>2208</sup> يهدف إلى طلب إدخال المفوت ليحفظ حقه في الرجوع

2201 التداخل والإدخال هما من الطائيات المعارضة الرامية إلى جعل الغير طرفاً في الدعوى. فإن صدر الطلب عن الغير بصفة تلقائية سمي تداخلاً. وإن صدر عن الخصوم الأصليين أو عن المحكمة كان إدخالاً. انظر الفصلين 224 و225 م.م.ت. وكذلك: لويك كادييه، القانون العدلي الخاص، ف 804، ص 417. - أحمد الجندي وحسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية، طبع شركة أوربيس، تونس 2001، ص 205 وما يليها.

2202 قرار تعقيبي عدد 1443 مؤرخ في 4 أفريل 1978، ن 78، I، 162.

2203 أحمد الجندي وحسين بن سليمة، أصول المرافعات...، ص 206.

2204 الفصل 225 ف 1 م.م.ت.

2205 الفصل 224 ف 1 م.م.ت.

2206 الفصل 225 ف 2 م.م.ت.

2207 أحمد الجندي وحسين بن سليمة، أصول المرافعات...، ص 129. - نور الدين الفزواني، التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبع شركة أوربيس، تونس 1996، ص 296.

- Hatem KOTRANE, Réflexions sur l'évolution de la théorie de la compétence territoriale, R.T.D. 1983, p. 461. Voir spéc. n° 40-41, pp. 476-477.

2208 يسمى هذا الدفع بالفرنسية *exception dilatoire*. انظر فيه: كادييه، القانون العدلي الخاص، ف 818 وما بعدها، ص 423 وما يليها. - روجي بيرو، المؤسسات القضائية، ف 548، ص 494.

أن تنبّه إلى أن الخصام منفرداً يفقده حقه في الضمان وعندئذ إذا خاصم لوحده واستحق المبيع منه فلا ضمان على البائع. ويتبين من هذا التفكيك أنّ الخطأ المنسوب إلى المشتري يتمثل في تقصير إجرائي يتجّه إبراز حقيقته (1.1) وميدانه (2.1).

#### 1.1- وجه التقصير الإجرائي:

774- أول ما يلاحظ في تفكيك الفصل 635 م.ا.ع. أنّه ربط الحرمان من الضمان بمباشرة المفوت له الخصام منفرداً رغم تنبيه المحكمة، حال أنّ أول النص وضع على المشتري واجبا بإعلام البائع، وهذا هو الواجب الصريح في النص لكنّ الجزاء يبدو مرتبطاً بالزام آخر وهو الامتناع عن الخصام المنفرد. فهل يتضمّن هذا الإلزام الثاني واجب الإعلام، وإن لا فما هو جزاء عدم الإعلام؟ يبدو الجواب في تمييز علاقتين قانونيتين مطروحتين في النص: علاقة المشتري بالبائع وعلاقته بالمحكمة على ضوء المفهوم الإجرائي للتداخل والإدخال في

بالضمان. فهذا دفع شكلي يجب إبدائه قبل الخوض في الأصل عملاً بصريح الفصل 15 م.م.ت.<sup>2209</sup> ومن شأنه تأخير النظر في النزاع الاستحقاقى المرفوع من الغير بينما يتم إدخال المفوت<sup>2210</sup>. ويقع الإدخال إجرائياً مثل التداخل وفق الفصلين 224 و225 م.م.ت. وهنا يأتي دور المحكمة في التنبية على المفوت له بأنه إذا لم يثر دفعه هذا حتى يحفظ حقه فإنه يفقده ويفقد فعلاً إذا تجاوز هذا التنبية. وفي هذا استثناء واضح على مبدأ أن الدعوى من اختصاصات الأطراف والمسمى مبدأ التحكم في الدعوى، وإلزام للمحكمة بدور إيجابي في تسيير النزاع يصل حد المساس بمبدأ حياد القاضي<sup>2211</sup>. وتؤكد محكمة التعقيب هذا الإلزام القضائي وتتشدّد في مراقبته إذ تجعل من إهماله عيباً في الحكم موجبا لنقضه<sup>2212</sup>.

775- بهذا يتضح أن واجب المفوت له الحقيقي هو إدخال المفوت، وهو الذي

وصف إدخال المفوت بالواجب لا يعني أن النظر في الدعوى الاستحقاقية متوقف على إتمامه، أو أن المفوت له لا يمكنه أن ينتصب بنفسه خصماً للمالك الحقيقي، وإنما يعني فقط أنه شرط للرجوع بالضمان على المفوت، فيكون من حق المفوت له أن يدافع عن نفسه بنفسه على أن يتحمل عواقب اختياره فلا يلومن أحداً غيره على فشله<sup>2214</sup>. ويسهل تعليل هذا الحلّ بأمرين. أحدهما أن المفوت له صاحب حق عيني يخوله الدفاع عن حقه مباشرة<sup>2215</sup>. وثانيهما فكرة التنازل عن الضمان لأن الخصام الانفرادي يعتبر تنازلاً اختيارياً عن الرجوع بالضمان خاصة بعد تنبيه المحكمة. ويعتبر هذا التوضيح المتعلق بالفصل بين النظر في الدعوى والحرمان من الضمان محدداً لجزاء التقصير الإجرائي. وهو ما يمهد للتعرف على ميدانه.

770- يؤخذ من الفصل 635 م.ع. أن مفترضه هو وجود دعوى موجهة على المصوّت له من الغير، فيجب عليه إدخال المصوّت فيها. ويسمى الضمان بهذا الشكل ضماناً عرضياً<sup>2216</sup> يقابله الضمان الأصلي الذي يرفع من المشتري على البائع مباشرة دونما إدخاله في دعوى قائمة<sup>2217</sup>. ويؤدّي ربط هذا الضمان

- 2214 - قرار تعقيبي عدد 2914 مؤرخ في 27 أفريل 1937، ق.ت. نوفمبر - ديسمبر 1960، ص 29.  
- قرار تعقيبي عدد 10695 مؤرخ في 4 فيفري 1958، ق.ت. نوفمبر - ديسمبر 1960، ص 655/33.  
- قرار تعقيبي عدد 6630 مؤرخ في 24 فيفري 1970، ق.ت. جويلية 1970، ص 804/54. - قرار تعقيبي عدد 7819 مؤرخ في 26 أكتوبر 1971، ن 71، 95.  
2215 - قرار تعقيبي عدد 6203 مؤرخ في 30 أفريل 1958، ق.ت. نوفمبر - ديسمبر 1960، ص 91.  
- قرار تعقيبي عدد 23/1234 مؤرخ في 5 أفريل 1960، ن 60، 101.  
2216 - جاء في أحد القرارات التعقيبية وصفه بـ «الضمان العارض»: قرار تعقيبي عدد 6940 مؤرخ في 24 ماي 1949، ق.ت. نوفمبر - ديسمبر 1960، ص 31. ويسمى بالفرنسية: *La garantie incidente*.  
2217 - بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 105 وما بعدها، ص 103 وما يليها. - فيستان وديشمي، البيع، ف 818 وما بعدها، ص 876 وما يليها.

يترتب عن الإخلال به الحرمان من الضمان<sup>2213</sup>. غير أنّ هذا الحرمان لا يلحق المشتري لو أنّه بعد إعلامه البائع تداخل هذا الأخير تداخلاً انضمامياً تلقائياً - فلا معنى عندئذ للإدخال - بل يرفع الواجب حتّى على المحكمة نفسها. على أنّ

- 2209 - ممّا جاء في الفصل 15 م.م.ت. «...وطلب إدخال من من شأنه أن يرجع عليه بالدرك أو الضمان في النزلة يجب أن يقع قبل أن تعين القضية لجلسة المرافعة». انظر: نور الدين الغزواني، التعليق على قانون المرافعات...، مرجع سابق، ص 154.  
2210 - بلانيول وريبير وهامل، ج 10، ف 107، ص 104. - ريبير ويولانجي، ج 3، ف 1484، ص 496.  
2211 - أحمد الجندوبي وحسن بن سليمة، أصول المرافعات...، ص 211.  
2212 - انظر القرارات التعقيبية المنشورة بمادتها بمجلة القضاء والتشريع، نوفمبر - ديسمبر 1960، بالأعداد الرتيبة 8 و15 و32 و41 تحت كلمة «البيع» ص 25 وما يليها، وهي على التوالي: قرار عدد 938 و1118 مؤرخ في 1 جويلية 1927، وقرار عدد 2041 مؤرخ في 25 فيفري 1932، وقرار عدد 4932 مؤرخ في 15 أفريل 1947، وقرار عدد 6940 مؤرخ في 24 ماي 1949 - وانظر كذلك: قرار تعقيبي عدد 187 مؤرخ 2 جويلية 1976، ن 76، II، 176 (بصفة ضمنية).  
2213 - راجع القرارات المشار إليها في الهامش السابق.

العرضي بمفترض النّص إلى استنتاج وسؤال يوضّحان ميدان الحرمان من الضّمان.

777- أمّا الاستنتاج فهو أنّ الضّمان العرضي خاصّ بوجود دعوى مرفوعة من الغير وليس عامّاً على كلّ صور الضّمان بما يعني أنّ طريق الضّمان العرضي ليست الوحيدة لممارسة ضمان الاستحقاق مطلقاً، إذ يجوز للمفوّت له أن يقوم على بائعه رأساً على أساس الفصلين 576 م.ا.ع. و632 م.ا.ع. (الصّورة الثّانية) حتّى قبل أن يشاغبه الغير، فلا يقوم مفترض الفصل 635 م.ا.ع. ولا يخشى المفوّت له أن يحرّم من الضّمان إذا نجح طبعاً في نفي الملكيّة عن المفوّت وإقامة الدليل على أنّ التفويت تسلّط على ملك الغير. وهنا قد يحتاج الأمر إلى إدخال يطلبه الخصوم أو المحكمة نفسها، لكن ليس لشخص المفوّت، فهو الطّرف المدعى عليه في الدّعى الأصليّة، وإنّما لشخص المالك الحقيقي المحتمل حتّى يثبت وجه الحقّ

المفوّت لثبوت غيابه<sup>2218</sup> إذ ينصّ الفصل 646 م.ا.ع. على أنّه «إذا كان البائع غائباً غيبة ثابتة بحيث يتعدّر إعلامه والتجأ المشتري إلى الخصام لدفع القائم عليه بالاستحقاق فله الرجوع على البائع إذا خاصم واستحقّ منه المبيع». فإذا تعدّر إعلام البائع لعدم العثور على عنوانه أو لأنّه أصبح مجهول المقرّ... فلا يمكن أن يُلام المشتري على الخصام منفرداً بعد ذلك. وتقاس على هذه الحالة كلّ الصّور التي تثبت فيها ضرورة عاقت المفوّت له عن إدخال المفوّت وألجأته إلى تحمّل الدّفاع وحده كما إذا تمّ إعلام المفوّت ولم يتداخل أو وجد عائق أتلّف حجج البائع فلم يحضر واضطرّ المفوّت له لمواجهة المالك الحقيقي منفرداً... فلا يمكن في صور كهذه أن يحرّم المفوّت له من الضّمان لأنّه لم يرتكب خطأ يؤخذ به. وينتج عن ذلك أنّ الأصل في الضّمان عند قيام المالك الحقيقي في الاستحقاق أن يكون عرضياً، ولكنّه يصبح أصليّاً عند الضّرورة.

ويُقود التأمل في هذه النتيجة إلى التفكير في نقد الفصل 635 م.أ.ع.

## 2- نقد المانع:

779- إن تفهّم وجاهة حكم الفصل 635 م.أ.ع. (1.2) بالنظر إلى أساسه لا تمنع احتواءه على بعض النّقائص التي يجدر تخليصه منها (2.2).

## 1.2- وجاهة حكم الفصل 635 م.أ.ع.:

780- لئن كان حكم الفصل 635 م.أ.ع. قاسيا بالنسبة إلى المفوّت له لأنّه يحمله جزاء خطيرا جرّاء إهماله إدخال المفوّت، يتمثّل في حرمانه من الضّمان

2218  
ليس المقصود بالغياب طبعا الغياب المدني الناتج عن انقطاع خبر الشّخص والذي قد يوول إلى فقدان لو أصبح من غير الممكن الكشف عنه حيّا عملا بالفصل 81 وما بعده م.أ.ش. وإنما المقصود هو الغياب الإجرائي على معنى الفصل 8 وما بعده م.م.م.ت. والمرتببط أساسا بعدم الوجود أو الحضور في العنوان أو المقرّ المفترض الوجود فيه، وهو يشمل بدهاة صورة الغياب المدني لو حصلت.

بشكل قاطع. فيؤول الأمر إلى حضور كلّ المعنيّين كما في فرضيّة مبادرة الغير بالقيام بدعوى الاستحقاق. لكنّ المهم أنّ المفوّت له لا يحرم من الضّمان كما في الفصل 635 م.أ.ع. لأنّ المنع لا يكون إلا استثنائيا ولا يجوز التوسّع فيه.

778- وأمّا السّؤال فيتعلّق بوجوبيّة الضّمان العرضي في الدّعوى المرفوعة من الغير ذاتها: هل الضّمان في حال دعوى من الغير هو وجوبا ودائما ضمان عرضي أم يمكن أن يكون أصليا؟

جوابا عن هذا السّؤال تجب ملاحظة أنّ عبارات الفصل 635 م.أ.ع. صريحة في منع الضّمان عن المشتري «إذا اختار مباشرة الخصام» بمفرده دون إدخال البائع ويشدّ في هذا المنع فعل الاختيار الذي يؤسّس للخطأ لأنّ من انعدم عنده الاختيار لا يمكن اعتباره مخطئا. ومن هنا نستنتج أنّه إذا لم يختَر المفوّت له الخصام منفردا وإنّما اضطرّ إليه فلا يعدّ خاطئا ويبقى على حقّه في الضّمان. وهذا ما يؤيّدّه القانون صراحة في واحدة من أهمّ صور الاضطرار ونعني استحالة إعلام

كله لا من التعويض فحسب<sup>2219</sup>، وهو ما لا يبدو مناسباً للواجب المحمول على المفوت له، إلا أنه حكم وجيه بالنظر إلى الأساس الذي يفسره. فيمكن أن يكون أساس إلزام المفوت له بإدخال المفوت كامناً في أن هذا الأخير هو أقدر من غيره على الدفاع عنه لمعرفة السابقة بالمبيع وبالحقوق المترتبة عليه ولا يتوقع أن يوجد أفضل منه للقيام بهذه المهمة. ويمكن أن يكون الأساس أيضاً في تمكين المفوت من الدفاع عن نفسه خاصة ليدراً عنه تبعات الضمان المعروفة. كما يمكن الاستناد إلى مبدأ حسن النية الذي يقوم عليه التقويت والضمان كلاهما باعتبار أن الضمان يقوي بصفة خاصة جانب الأمانة والنزاهة العقدية يجعلها هي إطار التعامل في التقويت، وهو محمول على المفوت، فيفترض أن يوجد ما يقابله من جهة المفوت له، وأدنى ما ينتظر منه هو شيء من التعاون والمساعدة ضرورة أنه هو من سيستفيد من الضمان في النهاية فيلزم بإعلام المفوت بإدخاله في الدعوى منه كن إضافة إلى ذلك التذكير باعتبارات

أفضلية هذا الضمان وإبراز مزاياه، لكنها لا تقنع تماماً في تفسير طبيعته الإلزامية في الفصل 635 م.أ.ع. وهو ما يتجه طلبه في نظرية الفسخ القضائي وألوية الغصب على الفسخ فيها<sup>2221</sup>، باعتبار أن من نتيجة الاستحقاق فسخ التقويت، وحيث لا فسخ إلا بعد الغصب، كان لا بد من إعطاء البائع (المدين) فرصة التنفيذ العيني لالتزامه بالدفاع ضد دعوى الغير، وهو ما لا يتم إلا بإدخاله في الدعوى، حتى إذا فشل كان فسخ التقويت تجاهه والزامه بالتضمينات منطقياً ومنسجماً مع منطوق فسخ التقويت. وهذا ما يفسر حقيقة وجوبية الضمان العرضي، ويؤكد فكرة أن الضمان الأصلي لا يقبل إلا اضطراراً.

**782-** ولعل هذا ما يفسر أيضاً عزوف واضعي مجلة الالتزامات والعقود عن الأخذ بالحل الفرنسي القاضي بترك باب الضمان الأصلي مفتوحاً للمشتري على أن يتحمل خطر تفصي البائع بإثباته وجود دفاعات حاسمة لو تمسك بها المشتري

لأفادته في صد دعوى الغير ولمنع عنه الاستحقاق<sup>2222</sup>. وهذا الحل منسجم مع فلسفة الفسخ القضائي في التشريع الفرنسي القائمة على اختيار الدائن بين الفسخ والتفويض العيني، والأمر خلافه عندنا<sup>2223</sup>. لكن هذا التمييز لا يخفي نقائص الفصل 635 م.إ.ع.

2.2- نقائص الفصل 635 م.إ.ع.:

783- تظهر نقائص هذا الفصل في عدم وضوحه في واجب إدخال المفوت (أولاً) وفي إلزام المحكمة بالتشبيه على المفوت له (ثانياً).

أولاً: غموض في واجب إدخال المفوت

<sup>2221</sup> دي باج ولينز، البيع، ف 169، ص 246. - حاتم الرواتب، تحليل الفصل 642 م.إ.ع.، ص 95.

<sup>2222</sup> الفصل 1640 من المجلة المدنية الفرنسية.

<sup>2223</sup> لعل هذا ما يفسر غياب أي تعليق في اللأحة الابتدائية لمجلة الالتزامات والعقود بهامش الفصل 738 أو أسفله وهو الذي أصبح فيما بعد الفصل 635 م.إ.ع.

إجرائية تدعو إلى اختصار الوقت والمصاريف بتوحيد الإجراءات وحصرها في نزاع واحد بدل نزاعين، فيصدر الحكم واحداً في مواجهة جميع الخصوم<sup>2220</sup>.

781- وتبدو كل هذه الأسس وجيهة ولها جانب من الصحة. لكنّها قد لا تكون كافية للاقتناع بوجوبية الضمان العرضي. فهي صالحة تماماً لتفسير

<sup>2219</sup> جاء في القرار التعسيبي عدد 2914 المؤرخ في 27 أفريل 1937، ق.ت. نوفمبر - ديسمبر 1960، ص 29 المشار إليه سابقاً أن «المشتري الذي تقع مشاغبه له دائماً حق إدخال البائع ليضمن له الشغب ضرورة أن الفصل 635 من المجلة المدنية قررّ لأجل النتائج الخطيرة التي ربّما تترتب على فعل المشتري الذي يباشر الخصام بنفسه... وأن مباشرته للخصومة دون إعلام البائع بالأمر ربّما تجعله عرضة لضياح كل حق في الرجوع عليه».

<sup>2220</sup> جاء في القرار التعسيبي عدد 2041 المؤرخ في 25 فيفري 1932، ق.ت. نوفمبر - ديسمبر 1960، ص 28 «أوجب الفصل 635 من مجلة الالتزامات على المجلس إعلام المطلوب بأن مباشرته للخصومة باسمه الخاص ينشأ عنه حرمانه من الرجوع ضد من باع له وأن مراعاة ما جاء به هذا النص الذي من شأنه وقاية حقوق كل الخصوم...».



**784-** فيما يتعلّق بواجب الإدخال يلاحظ أنّ النّص يوجب إعلام البائع، وهو حرفياً أمر مختلف عن الإدخال، ولا يضع له جزاء مباشراً، ثم عند سنّهُ للجزاء يربطه بانفراد المشتري بالدفاع، ممّا يفهم معه أنّ واجب المفوّت له الحقيقي يكمن في إدخال المفوّت. وكان يحسن بالفصل 635 م.ا.ع. وهو نصّ مانع يتضمّن حرماننا من حقّ أن يكون أكثر وضوحاً ودقّة، خصوصاً أنّ هناك تشاريع مقارنة تكتفي بواجب الإعلام ولا تلزم المشتري بإدخال البائع<sup>2224</sup>. فلولا جزاء النّص وربطه بالخصام المنفرد، ولولا فقه القضاء الذي لم يتردّد في الحديث عن واجب الإدخال في الفصل 635 م.ا.ع. لأتجه التّفكير إلى حشر هذا النّص في زمرة التّشاريح المشار إليها وهو ليس منها<sup>2225</sup>.

ثانياً: إلزام غير مألوف للمحكمة

**785-** إنّ إلزام المحكمة بالتّشبيه على المشتري بوجوب إدخال البائع هو إلزام

المرافعات خاصّة أنّ أصله في اللائحة الابتدائية أي الفصل 738 لم يتضمّن الإلزام المذكور وإنّما وقعت إضافته إلى النّص النهائي للفصل 635 م.ا.ع. دونما علّة إجرائية واضحة تبرّره<sup>2227</sup>. ومن جهة ثانية يمكن أن يقود إلزام المحكمة إلى نتائج عكسية خاصّة إذا سهت عنه، فينقلب إلى عيب موجب لنقض الأحكام وإطالة التّزاعات، لا لشيء إلاّ لأنّ المحكمة لم تذكر المشتري بأنّ خصامه منفرداً يحرمه من الضّمان. فكأنّ المفوّت له قاصر أو محجور يحتاج من يساعده والحال أنّ عليه أن يكون منتبها لشؤونه قائماً بمصالحه بنفسه، ويكفيه ما في مجلّة المرافعات من وسائل تحميه بغير ضرورة لجعلها إلزامية للمحكمة، خصوصاً أنّ الفصل 645 م.ا.ع. يعفي البائع في بعض الصّور التي يتسبّب فيها

<sup>2227</sup> إنّ غياب كلّ تعليق خاصّ بالفصل 738 في اللائحة الابتدائية من شأنه أن يعسّر مهمة الباحث في تعليل

الحكم النهائي للفصل 555 م.أ.ع. ومع ذلك فمن الراجح أنه مستوحى من الفقه الإسلامي المالكي وتحديداً من حكم الاستحقاق عند ادعاء الغير وإقامة بينته فيخبر الحاكم المشتري بين أن يسلم أو يخاصم. فإن سلم فسح البيع ورجع بالثمن على البائع الذي له أن يخاصم المستحق وإن غلبه كان له المبيع ولا يعود للمشتري. وإن اختار الخصام خسر رجوعه على البائع. وفي هذا يقول ابن عاصم: (الأبيات 1329 و1330 و1331 من النحفة):

وَحَيْثُمَا يَقُولُ مَالِي مَدْفَعٌ ﴿١﴾ فَهُوَ عَلَى مَنْ بَاعَ مِنْهُ يَرْجِعُ  
وَإِنْ يَكُنْ لَهُ مَقَالٌ أَجْلًا ﴿٢﴾ فَإِنْ أَتَى بِمَا يُفِيدُ أَعْمَلًا  
وَمَا لَهُ فِي عَجْزِهِ رُجُوعٌ ﴿٣﴾ عَلَى الَّذِي كَانَ لَهُ الْمَبِيعُ

ويعلل التسولي هذا الحكم بقوله «لا رجوع له على البائع لأن مخاصمته تتضمن أنه إنما باعه ما ملك وأن دعوى المستحق فيه باطلة فكيف يرجع عليه» (البهجة في شرح النحفة، ج 2، ص 267).

ويؤيد ما تقدم أن الإضافة من وحي لجنة توجيه النظر الشرعي خصوصاً أنه توافق مع عدم الأخذ بنص الفصل 753 من اللائحة الابتدائية المستمد من الفصل 1640 من المجلة المدنية الفرنسية والذي لا يفرض طريق الضمان العرضي، وأن ذات الإضافة منسجمة مع الطابع الاستقرائي الذي يسيطر على نظام القضاء عند الفقهاء والذي كان سائداً عند صدور مجلة الالتزامات والعقود بموجب أمري 25 ماي 1876 و18 مارس 1896 المتعلقين بمجالس الشرع. وهذا كله يدل على الحبكة المنطقية التي تشد الفصل 635 م.أ.ع. في سنته وجوب الضمان العرضي. لكن جانب إلزام المحكمة وإن كان متوافقاً مع المنحى العام الذي وضع فيه، إلا أنه لم يعد متلائماً مع التطور الذي عرفته الإجراءات المدنية في بلادنا نحو نظام المواجهة بين الخصوم بدلاً عن النظام الاستقرائي منذ صدور مجلة المرافعات المدنية والتجارية سنة 1959.

غير مألوف في قواعد المرافعات ويكمن تبريره في خطورة الجزاء المترتب عن سلوك المشتري ورغبة المشرع في تحذيره من سوء العواقب فأوكل إلى المحكمة القيام بذلك على سبيل الإلزام. وفي هذا شيء من المبالغة قد تتجاوز خطورة النتائج. وتظهر هذه المبالغة من جهتين على الأقل. الأولى أن مجلة المرافعات المدنية والتجارية تخير المحكمة في إدخال من ترى حضوره ضرورياً للدعوى<sup>2226</sup> ولا تلزمها بذلك أبداً، فيبدو الفصل 635 م.أ.ع. هكذا غير منسجم مع قواعد

<sup>2224</sup> كالتشريع المصري (المادة 440) والتشريع السوري (المادة 408) والتشريع الليبي (المادة 428): انظر في تحليل القانون المصري بصفة خاصة: السنهوري، الوسيط، ج 4، ف 347 وما بعدها، ص 660 وما يليها. انظر خاصة ف 348، ص 664 - توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، ف 186، ص 326.

<sup>2225</sup> ولصكته يقرب في المقابل من تشاريح أخرى كالتشريع العراقي الذي يلزم المشتري صراحة في المادة 551 من القانون المدني بإعذار البائع وإدخاله في الدعوى. ولو أن تخصيص عدم الإدخال بالجزاء قد يجعله مختلفاً عن هذه التشريعات أيضاً.

<sup>2226</sup> الفصل 225 ف 3 م.م.م.

المشتري في الاستحقاق ولو سبق منه إعلام البائع في الوقت المناسب، فما فائدة إلزام المحكمة في هذه الحالة؟ أم هل من الممكن التفكير في استثناء صور الفصل 645 م.ا.ع. من واجب التشبيه؟ ولكن هل يتفق ذلك مع عبارة الفصل 635 م.ا.ع.؟ وهل من المستساغ نقض الحكم الذي لم يصدر فيه تشبيه من المحكمة حال أن المفوت له محروم في الأصل من الضمان؟...

ويدلّ تظافر هذه الأسئلة هكذا على أنه من غير المعقول أن يزج بالمحكمة في صلب النزاع بين الطرفين والحال أنه قضيتهما وأنها قاضيهما، وعليه، يتجه التجاوز عن صيغة الإلزام في جانب المحكمة، وترك الأمر بيد المفوت له الذي يحرم من الضمان بخطئه الإجرائي أو الموضوعي إذا تسبّب لنفسه في الاستحقاق.

(الصورة الأولى)، وعدم الاعتراض على تسجيل عقاري تم لفائدة الغير (الصورة الثانية) ثم أضاف فيما قدمه كصورة ثالثة: «ثالثاً - إذا كان سبب الاستحقاق مبنياً على فعل من المشتري أو على سبب من ذاته». وهذه صورة مفتوحة تستوعب بصفة خاصة مثال اعتراف المشتري بحق المالك المشار إليه بطالع الفصل 636 م.ا.ع.، وهو مثال جدير بتحليل خاص (1) أمّا الصورتان الأخريان فقد سبق تحليلهما في أحكام استحالة النفاذ<sup>2229</sup>، ولكن سياق الفصل 645 م.ا.ع. يفرض مزيد التوضيح فيما يتعلق بعدم الاعتراض على التسجيل العقاري (2).

#### 1- الاعتراف بحق المالك

787- غني عن التذكير أن الفصل 636 م.ا.ع. هو النص المرجعي في تفصيل التضمينات التي يرجع بها المفوت له على المفوت عند الاستحقاق. لكن ما يهم منه في هذا الصدد هو الجملة الاعتراضية الواردة في طالع «إذا استحق المبيع من

المشتري بدون اعترافه فعلى البائع أن يرجع له...» والتي تعني بوضوح أن عدم الاعتراف شرط لاستحقاق الضمان بحيث يكون الاعتراف مانعاً يحرمه منه كاملاً، ولا يقتصر على التعويض فحسب. واعتباراً لأن الموانع المنسوبة إلى المفوت له وردت في الفصل 645 م.ا.ع. فمن المتجه حشر صورة الاعتراف ضمنها (1.1) تمهيدا للتعرف على مضمونها (2.1).

#### 1.1- ربط صورة الاعتراف بالفصل 645 م.ا.ع.

788- أعلن الفصل 645 م.ا.ع. مبدأ أن غرور المفوت له أو تقصيره المسببين للاستحقاق يحرمانه من الضمان، ثم أضاف كمثال أخيراً أن تسبب الاستحقاق عن فعل المشتري أو عن سبب من ذاته يحرمه من الضمان. ولا تبدو صياغة هذا المثال الأخير متلائمة مع كونه فعلاً مثلاً لأنها عامّة تناسب صياغة المبادئ لا الصور مما يبعث على التساؤل إن كان فعل المشتري أو السبب الذاتي فيه هما

<sup>2229</sup> راجع سابقاً، ف 688 وما بعدها.

786- جاء في الفصل 645 م.ا.ع. أنه «إذا استحق المبيع من المشتري بسبب تغرير أو تقصير منه وكان ذلك موجبا للحكم الذي صدر في الدعوى فإنّ البائع لا يضمن ولو أعلمه المشتري بالدعوى المذكورة في الوقت المناسب...». ويذكر هذا المبدأ بأحد الإعفاءات المعروفة في باب المسؤولية المدنية وهو خطأ أو فعل المتضرر الذي يحرمه من التعويض ويعفي الفاعل من المسؤولية باعتباره يهدم العلاقة السببية بين الضرر والفعل الضار، وينسب الضرر إلى ضحيته لا إلى مرتكبه فيتفصّل هذا الأخير من المؤاخذة<sup>2228</sup>.

وقد ضرب الفصل 645 م.ا.ع. بعد إعلانه المبدأ، مثالين لتسبب المشتري في الاستحقاق هما الإهمال في إتمام مدّة التقادم أو في منع الغير من إتمامها عليه،

<sup>2228</sup> كاربونيي، الالتزامات، ف 163، ص 297. - مازو وشاباس، الالتزامات، ف 591 وما بعدها، ص 679 وما يليها.

بحقّ مثالين عن التّغيير أو التّقصير أم هما مختلفان وكان من الأجدد وجودهما في طالع المبدل أو في فصل مستقل؟

الجواب أنّهما يكوّنان فعلاً صورةً ثالثةً للفصل 645 م.ا.ع.، لكنّها صورة مفتوحة لعدّة أمثلة ممكنة. وبيان ذلك أنّ الغرور والتّقصير معاً يكوّنان مفهوم الخطأ بمعناه الشّامل لما هو عمدي وغير عمدي. فالتّغيير هو السّبب العمدي في الاستحقاق عن علم وأحياناً عن تواطؤ مع المستحق<sup>2230</sup>. أمّا التّقصير فهو التّفريط والإهمال الذي يبدر من المفوّت له ويضيع له حقّه. وبه تلحق الصّورة الثّالثة المشار إليها، بل كلّ صور الفصل 645 م.ا.ع. التي ما هي في الحقيقة إلاّ أمثلة من «التّقصير» سواء في التّقديم أم في التّسجيل العقاري. ويؤيد ذلك النّص الفرنسي للفصل 645 م.ا.ع. الذي ربط الأمثلة بالتّقصير (*faute*) لا بالتّغيير (*dol*) من خلال تكرار كلمة «التّقصير» باعتبارها موجبة للحكم<sup>2231</sup>، خلافاً للنّص العربي

الحالات التي قد تدخل فيها ويصعب حصرها باعتبار كلّ موجبات ضمان الاستحقاق، لا يبيع ملك الغير فحسب. ولكن بالتركيز من هذه النّاحية، يسهل أخذ المثال من الاعتراف بحقّ المالك بوصفه خطأً ينسب إلى «فعل» المفوّت له. فما هو مضمون هذا المثال؟

#### 2.1- مضمون صورة الاعتراف بحقّ المالك:

**789-** يعني اعتراف المفوّت له بحقّ المالك إقراره به والتّسليم له بصحّته وثبوته، ممّا يؤدي إلى الحكم ضده. وقد يتخذ شكل الإقرار أمام المحكمة (إقرار حكمي) أو خارجها (إقرار غير حكمي) عملاً بالفصل 428 وما بعده م.ا.ع. وقد يتخذ شكل صلح بين المشتري والمالك الحقيقي<sup>2233</sup>. ويمنع اعتراف المفوّت له رجوعه بالضمان ولو كان حسن النية، ولو كان حقّ المالك واضحاً لا لبس فيه ولا مجال لمنازعته بأيّ وجه<sup>2234</sup>. وقد أضيف هذا المانع إلى الفصل 636

م.أ.ع. عند تحريره النهائي فجاء مختلفا عن أصله في اللائحة الابتدائية (الفصل 739)، ومعاكسا للفصل 753 من نفس اللائحة، وقد كان يتضمّن أن للمشتري الرجوع على البائع ولو اعترف بحق المستحق!

وتعتبر هذه الإضافة وجيهة وفي محلها تماما لأن الاعتراف إقرار، والإقرار لا يمضي على غير المقرّ عملا بالفصل 434 م.أ.ع. فلا يلزم البائع، ولأن الاعتراف تنازل، والتنازل يفقد الحق. وهو هنا مضاعف، لأنه تنازل عن الملكية تجاه المالك الحقيقي، وتنازل عن الضمان تجاه المفوّت فيعدّ الاعتراف بحق المالك رفعا ضمنياً لالتزام الضمان عن المفوّت الذي ليس له التفصي من التزامه إلا بتفيذه

2233 انظر الفصل 430 م.أ.ع.

2234 للإشارة فهذا هو موقف عدّة قوانين مقارنة كالقانون الفرنسي والقانون المصري، راجع مثلا: سليمان مرقس، عقد البيع، ف 208 ص 384 (في تحليله للمادة 441 من التقنين المدني المصري). - كولان وكابيتان ودي لامورنديار، ج 2، ف 897، ص 600. - ريبير وبولانجي، ج 3، ف 1490، ص 497.

الذي اكتمى بقوله «وكان ذلك موجبا للحكم». ولكن الأمثلة مدعومة بتقريب النص الفرنسي من شأنها أن توضح المقصود. فيظهر هكذا أن فعل<sup>2232</sup> المفوّت له أو السبب الذاتي فيه هما نوع من التقصير الذي ينسب إليه، ويفهم بتعبير آخر أن نسبة الاستحقاق إلى المشتري ولو لسبب من ذاته يعتبر تقصيرا منه يحرمه من الضمان. وبهذا يرتبط آخر النص بأوله ويعتبر صورة منه بحق. وهي صورة واسعة يبررها تنوع

2230 قد يكون المستحق هو المالك الحقيقي وقد يكون غيره إذ لا يجب أن تنسى أن الفصل 645 م.أ.ع. يتعلّق بضمان الاستحقاق بصفة عامّة وليس خاصا ببيع ملك الغير. وهذا التوضيح هام لحسن فهم وتصوّر أمثلة صحيحة ومتنوعة عن التغيرير. لكن موضوع البحث لا يهتم إلا بما له علاقة ببيع ملك الغير تحديدا.

2231 Art. 645: «Le vendeur, même appelé en cause en temps utile, n'est tenu d'aucune garantie lorsque l'éviction a lieu par le dol ou la faute de l'acquéreur, si cette faute a été la cause déterminante du jugement qui a évincé ce dernier, et notamment ...».

2232 يفهم إذن أن كلمة «فعل» يجب حملها على معناها اللغوي العام ولا يقصد بها الخطأ العمدي كما في الفصل 82 م.أ.ع. لأن هذا المعنى تدلّ عليه كلمة «التغيرير» في الفصل 645 م.أ.ع.

لولا إعفاؤه منه بالاعتراف. وهذه علامة أخرى على صحة البيع والتفويت في ملك الغير عموماً باعتباره منشئاً لالتزام يجوز التنازل عنه وإعفاء المدين منه. فلا يحق للمفوت له بعد ذلك الرجوع بالضمان لتناقضه مع الاعتراف، ولتسببه في الاستحقاق «بفعله».

ويلقى نفس المصير لو أهمل الاعتراض على تسجيل عقاري.

## 2- عدم الاعتراض على التسجيل العقاري:

790- تقوم إجراءات التسجيل العقاري على توفير ضمانات كبيرة للمعنيين قصد التحرّي من الملكيّة ومن كافة الحقوق الموظفة عليها، فلا يصدر الحكم إلا لأصحاب الحق ضرورة أنّ هذا الحكم باتّ وقاطع في عدم الرجوع على العقار<sup>2235</sup>. ومن بين تلك الضمانات نشير خاصّة إلى كثافة الإشهار وسلطة المحكمة الواسعة في الاستقراء وحقّ كلّ المعنيين في الاعتراض في الآجال

للمتضرّر من حكم التسجيل على أساس الفصل 337 جديد م.ح.ع.، الذي ينصّ: «كلّ شخص تضرّرت حقوقه من تسجيل أو ترسيم ناتج عن حكم باتّ بالتسجيل لا يمكن له أصلاً أن يرجع على العقار وإنّما له في صورة الخطأ الحقّ في القيام على المستفيد من التسجيل بدعوى شخصيّة في غرم الضّرر»<sup>2237</sup> فالملفوت له الذي يفقد العقار ويحرم من الضمان، لا يفقد كلّ حقّ مطلقاً وإنّما تبقى له دعوى شخصيّة في التعويض على المستفيد من التسجيل. وأيّاً كان أساس هذه الدعوى هل هو تحمّل التبعة أم الإثراء بدون سبب أم القانون نفسه<sup>2238</sup>، فهو ليس الضمان. وليس مرتبطاً بالتفويت. وفي هذا تفسير إضافي بالمخالفة لحكم الفصل 645 م.أ.ع. ودليل آخر على تميّز ضمان الاستحقاق واختصاص صلته بالتفويت في ملك الغير.

792- وبناء على هذه الملاحظة وعلى كلّ ما سبق في موانع التعويض تتبيّن

دلالة هذه الموانع على أن المشرع لم يسن الضمان في مصلحة المفوّت له دون قيد أو اعتبار، وإثما وضع بنظر الحسبان سلوكه الخاص تجاه التفويت من حيث العلم والخطأ، فحرمه من الضمان كله بفرعيه الأصلي والجزائي أحيانا (الخطأ) أو

2237 هذا هو النص الجديد للفصل 337 م.ح.ع. بعد تنقيحه بموجب القانون عدد 10 لسنة 1995، المؤرخ في 23 جانفي 1995. انظر في النص السابق: بشير الفرشيشي، الضرر في نطاق القانون العقاري، مداخلة سابقة، مرجع سابق. - وفي النص الجديد مبروك بن موسى، الآثار القانونية لطلب التسجيل، مقال سابق، مرجع سابق، ص 429 وما يليها.

2238 لقد كان واضحا أن دعوى الفصل 337 م.ح.ع. قبل تنقيح سنة 1995 هي دعوى خاصة في المسؤولية التصديرية عن الفعل الشخصي مشروطة بالتغيير وتوجه ضد مرتكبه. أما بعد التقيح فصارت الدعوى مقترنة بالخطأ (التسجيل غلطا) والمطلوب فيها هو المستفيد من التسجيل لا مرتكب الخطأ. وعليه يمكن أن يكون أساسها تحمل التبعة عملا بمبدأ الخراج بالضمان المضمن بالفصل 554 م.ع. فمن له المنافع (المستفيد من التسجيل) عليه المغارم (التعويض للمتضرر). ويمكن أن تكون تطبيقا للإثراء بدون سبب لأنها دعوى احتياطية وترفع على المستفيد الذي أثرى على حساب المتضرر، كما يمكن أن تكون دعوى تعويض خاص مصدرها وأساسها نص القانون ذاته. انظر في هذا الرأي الأخير: مبروك بن موسى، الآثار القانونية لطلب التسجيل، مقال سابق، ص 444.

القانونية<sup>2236</sup>. فإذا انطلقت عملية تسجيل اختياري أو إجباري وكان طالب التسجيل أو المصرح بالملكية شخصا آخر غير المفوّت له، فما على هذا الأخير إلا المبادرة إلى الاعتراض دفاعا عن اكتسابه لحقه العيني أو على الأقل حفظا لرجوعه بالضمان لأنه بتقاعسه عن ذلك يتسبب بصفة غير مباشرة في استحقاق العقار من يده، فيعدّ مرتكبا لإهمال وتفريط لا يجوز تحميله للمفوّت. ويفترض في هذه الصورة طبعاً وقوع استحقاق من الغير بما يعني أنه في فرضية بيع ملك الغير صدر التسجيل لفائدة المالك الحقيقي.

791- وتجب الملاحظة أن أحكام التسجيل العقاري تكمل مبدأ الفصل 645 م.ا.ع. وتقدم تبريراً إضافياً لحكمه من خلال الدعوى الشخصية الممنوحة

2235 باستثناء حالات المراجعة طبعاً مثلما نص عليها الفصل 332 جديد م.ح.ع. ولو أن طالعه يذكر دائماً بالصيغة البائة لحكم التسجيل  
2236 راجع خاصة الفصول 323 و324 و325 م.ح.ع.



من الفرع الجزائي فحسب أحيانا أخرى (العلم). وفي هذا تلاقي موانع التعويض تقديره للدلالة على عدالة أحكامه التي تثبت جدارة الضمان بأن يكون أنسب أساس فعلا للتفويت في ملك الغير.

### خلاصة العنوان الثاني

793- يخلص من بحث زوال التفويت في ملك الغير أنه يتم بوسيلتين أساسيتين متكاملتين تمثلان جزاءه الحقيقي هما الفسخ وتعويض الخسارة.

ويلاحظ في هذا الجزاء بفرعيه أنه، بحكم فلسفته العامة، ينتهج في التفويت خطين متكاملين بالمحافظة على التفويت من ناحية وحماية المفوت له من ناحية أخرى. أما المحافظة على التفويت وإدامة الرابطة العقدية بين الطرفين فيحققها الفسخ من خلال فكرته الأساسية القائمة على نفي مماثلة المفوت وإثبات استحالة الوفاء بحيث تتوفر للتفويت كل فرص البقاء وانتظار النفاذ ولا يصر إلى الفسخ إلا إذا تعدر النفاذ بأي وجه. وأما حماية المفوت له فيحققها الفسخ نفسه بالتحلل من رباط التفويت الذي لم ينفذ، ولكن يحققها التعويض

أكثر لأنه في منطق الضمان، يمنح المفوت له أقصى ما يمكن أن يجبر له ضرر  
الاستحقاق ويمحو أثر التفويت الضار إزاءه.

وتلتقي هذان الفكرتان في تأييد صحة التفويت المبدئية وتأكيد تأسيسه  
على الضمان.

### خاتمة الجزء الثاني

794- يبرز تحليل مآل التفويت في ملك الغير وجود ثلاث نتائج متسلسلة: الأولى أن مصير التفويت إلى إحدى نهايتين حتميتين: النفاذ أو الزوال. أما النفاذ فيخص الأثر العيني ويتم بإحدى طريقتين: إما بإجازة المالك الحقيقي التي تدخله في التفويت بصفة مفوت دون استبعاد المفوت الأصلي الذي يبقى مطلوباً بالضمان إلى جانب المالك، وإما بصيرورة المفوت مالكا سواء اكتسب ملكية سابقة خلف فيها المالك الأصلي خلافة عامة أو خاصة، أم اكتسب ملكية جديدة حصلت له بتقادم أو بمفعول القانون. وفائدة هذا التفريق أن النفاذ نسبي في الأولى قوي في الثانية يزول معه خطر الاستحقاق نهائياً.

وأما الزوال فهو جزاء عدم النفاذ. ويتحقق بكل وسيلة تلائم صحة التفويت المبدئية، وهي أساساً فسخ التفويت ومنح تعويض للمفوت له أم لا، فهو

الوسيلة المبدئية والعامّة التي تتسحب على كلّ التّفويضات ماعدا الرهن غير  
الحيازي لطبيعته الأحادية فيختصّ بسقوط الأجل، ويجري الفسخ على مقتضى  
القواعد العامّة للفسخ القضائي فلا يقضى به إلاّ عند ثبوت تعدّر نفاذ التّفويت.  
وأما التّعويض فيصرف للمفوّت له بصفة مبدئية إلاّ إذا وجد مانع يحرمه منه يعود  
إمّا إلى علمه بعدم ملكيّة المفوّت أو إلى خطئه المقترن باستحقاق الشّيء من يده.

والنتيجة الثّانية هي أنّ هذا المآل بوجهيه يحتوي على جملة الأحكام التي  
تكوّن نظام التّفويت في ملك الغير وتمثّل مصداقا لصحّته المؤسّسة على ضمان  
الاستحقاق، بالنظر إلى أنّ التزام المفوّت بالضمان يفرض عليه السّعي في توفير  
الملكيّة تحقيقا للأثر العيني، والدّفاع عن المفوّت له إذا قام عليه المالك الحقيقي.  
ومدار العمل في الحالتين وقوع الاستحقاق من عدمه. فإذا ابتعد الاستحقاق نفذ  
التّفويت وارتفع الالتزام عن المفوّت له ولم يتحرّك. أمّا إذا وجد الشّغب الموجب  
للاستحقاق تحرك الالتزام للدّفاع عن المفوّت له حتّى إذا حصل الاستحقاق بأن

استحال النفاذ أو قام الغير واستحق الشيء، وجب الضمان الجزائي ففسخ التفويت باعتبار الاستحقاق مكوّناً لاستحالة التنفيذ وألزم المفوت بالتعويض الذي يحتسب على قواعد ضمان الاستحقاق في عقد البيع باعتبارها القواعد المرجعية في الغرض. ويؤكد هذا كله صحة التفويت لأن النفاذ بهم عقداً صحيحاً لا باطلاً إذ الباطل لا أثر له، ولأن الفسخ والتعويض كلاهما جزاء عقد صحيح.

وأما النتيجة الثالثة فهي أن نفاذ التفويت وجزاءه يبرزان الطابع العملي والحركي للتفويت في ملك الغير. فالإكثار من أسباب النفاذ وتبويبها من شأنه أن يقرب التفويت من متطلبات الواقع ويساير مختلف الوضعيات ويتعاطى بالإنفاذ أكثر التفويطات الممكنة التي إن لم تنفذها إجازة أنفذها عقد مع المالك، وإن لم ينفذها ميراث فقد ينفذها تقادم أو انتزاع... أمّا جعل الجزاء في الفسخ والتعويض فهو أشد صلة بتنوع العمليّات والصّور الممكنة للتفويت بعيداً عن

طبيعته الأحادية، ولا يمنح التعويض في هبة العوض أو تسمية المهر، ولا يحصل الدائن على ضرر الحوز في الرهن العقاري لانقائه تعريفاً... وهكذا...

**795-** ويدلّ كل هذا على البعد الواقعي للأحكام المكوّنة لنظام التفويت في ملك الغير وعلى مرونتها التي ما كانت لها لو كان جزاؤه البطلان. وهو ما يضيف مزيد الفاعلية عليها، ويساعد على تعميمها ممّا يبوئها من الناحية النظرية لأن تتشكّل منها مادة نظرية عامة للتفويت في ملك الغير.

مجرد معاينة عيب في العقد أو إنجاز عملية حسابية جامدة تفرض نفسها على المحكمة وعلى الأطراف كما في البطلان، وإنما هو يساير ظروف كل التفويطات ويضع اعتبارا لكل المتدخلين بمن فيهم المحكمة التي لها سلطة تقديرية سواء في الفسخ أم في التعويض.

وإن كان الفسخ يفترض مساءلة المفقوت لانعدام مماطلته التي توجب غصبه أو تعليق التفويت، فهو يقرأ حسابا للمفقوت له لمعرفة بقاء مصلحته في التفويت من عدمها. أما التعويض فيراعي حسن نية الطرفين أو سوءها وفيه ما يكفي لردع المفقوت سيء النية والتشدد إزاءه ويميز فيه بين ضرر العقد وضرر الحوز، ويقوم حسابا لتدخل المالك الحقيقي من عدمه... ثم إن الفسخ والتعويض لهما من المرونة ما يسمح بتطويعهما لمختلف الوضعيات وتعديلهما وفق خصوصيات بعض التفويطات، فلا يقبل مثلا أن يمتد الفسخ إلى عقد يرتبط به التفويت كالزواج بالنسبة إلى تسمية المهر أو الشركة بالنسبة إلى المساهمة بحصة عينية، ويعقب الفسخ سقوط الأجل في الرهن غير الحيازي كنتيجة ضرورية له تماشيا مع

**الغائمة**





796- انطلق البحث من إمكانية التفكير في بناء نظرية عامة للتقويت في ملك الغير على حكم الفصل 576 م.أ.ع. وما هو يصل إلى نهايته ليثبت وجود هذه النظرية بأسسها ومكوناتها.

797- فقد انبنت النظرية المطلوبة على تصور تشريعي معين للتقويت بين البحث تفرد به بما أنه يمثل خلاصة ثلاثة تصورات ممكنة مستوحاة ومؤلفة عن القانون الروماني والفقهاء الإسلامي والقانون الفرنسي. فعند الرومان يبرم التقويت لينتج أثرا عينياً (نقل الملكية خصوصاً) لكنّه فنياً لا يحقّقه بذاته بل يقتصر

على إنشاء التزامات وأهمها التزام بتحقيق الأثر العيني، ولا يتم الأثر إلا بتففيذه. وعليه فالتفويت في ملك الغير صحيح لكنه لا يحدث أثره العيني. ويلتقي تشريعنا مع هذا التصور من حيث التمييز بين الأثر العيني والأثر الشخصي، لكنه يتميز عنه في فكرة محوريتة هي أنه يقر للتصرف قوة إحداث الأثر العيني بذاته مباشرة لا نتيجة تنفيذ التزام به. وبهذا يقرب من تصور القانون الفرنسي، لكنه يختلف عنه في تبني ثنائية انتقال الملكية من تنازل واكتساب لا في اعتباره أثرا موحدًا يقود إلى البطلان عند التفويت في الشيء من غير مالك، فلم يقر المشرع البطلان بل اختار جزاء الفسخ والتعويض الملائمين لعقد صحيح. وهذا يقرب من التصور الإسلامي لكن مع اختلاف آخر لأن الفقه الإسلامي يقبل صحة التفويت على أنه عقد موقوف أي متوقف التنفيذ حتى ترد الإجازة والوقف فيه عام يشمل أثري العقد مع العيني والشخصي في حين أن التفويت في القانون ينتج كامل آثاره الشخصية وخاصة منها الضمان وإن كان أثره العيني غير محقق، ثم إن الضمان في مجلة الالتزامات والعقود هو التزام على كاهل المفوت أما عند

الفقهاء فهو نوع من المسؤولية بإرجاع الثمن عند الاستحقاق وهم لا يدرسونه في عقد البيع بل يلحقونه بمسائل الأموال ويعدونه من النزاعات العينية في الاستحقاق والملك.

ولقد أتاح وقوف المشرع في ملتقى هذه التصورات أن يستفيد منها جميعا فاستطاع أن يمزج بينها ليبنى لنفسه تصورا مميّزا للتفويت منطلقه أنه ينتج أثرين معا عينيا وشخصيا، وهذه علامة التفويت المميّزة عن سائر التصرفات القانونية. أما الأثر العيني فيتربّب من تنازل واكتساب؛ تنازل من جهة المفوّت يتمّ بمجرد العقد، واكتساب من جهة المفوّت له يتزامن مع التنازل إن لم يشترط له القانون شرطا خاصا إضافيا أو كان الشرط المطلوب محققا عند التفويت، لكن إذا تأخّر الشرط عن العقد كإفراز الشيء المثلي أو وجود الشيء المستقبل أو ترسيم الحق بإدارة الملكية العقارية... فإن الاكتساب يتراخى حتى يكتمل الشرط.

لا يتعلّق بصحّته وتكوينه بل يرتبط بنفاذه وآثاره، إذ هو قاصر بذاته عن أن يحدث غرضه العيني ما دامت تنقص المفوّت الملكية (وهذا عيبه). لكنّ هذا النقص لا يحول دون انبرامه صحيحا لأنه ليس من الشّروط العامّة لصحة العقود ولا من الشّروط الخاصّة بعقود التفويت. فنقص الملكية لا يعيب أيّا من الشّروط العامّة للتفويت من رضا وأهليّة ومحلّ وسبب، لأن ملك الغير لا يعدّ من حالات الغلط وليس حالة حجر عامّ أو خاصّ وهو محلّ موجود وممكن ومشروع فيصلح أن يكون سببا لالتزام صحيح. كما أنه ليس من الشّروط الخاصّة لصحة التفويت لانعدام نصّ خاصّ يشترطه أو يبطل التفويت بغيابه، بل ولوجود نصوص تقرّ صحّته المبدئية وتضع شروطا لنفاذه ونقصه الفصلين 576 م.ا.ع. / 203 م.ج.ع. وبالتالي فإنّ جزاء التفويت ليس في نظرية البطلان لأنّ حالاتها لا تستوعبه، وإنّما يطلب من بين جزاءات تنفيذ العقود وعلى وجه التحديد الفسخ والمسؤوليّة العامة، باعتبارها من كثرها من الجزاءات التي لا تملكها إلا المحاكم المختصة.

وَأَمَّا الأثر الشَّخْصِي فَيَنْشَأُ مِنْذ العَقْدِ، وَيَتَمَثَّلُ بِالتَّزَامَاتِ نَوْعِيَّةٍ مُتَبَادِلَةٍ تَحْتَلِفُ حَسَبَ التَّفْوِيْتِ، لَكِنَّ فِيهِ التَّزَامَا قَارًا وَعَامًّا وَهُوَ التَّزَامُ المَفْوُوتِ بِضَمَانٍ الِاسْتِحْقَاقِ الَّذِي يَسْتَدُّ إِلَى عِنَصْرِ التَّنَازُلِ فِي الأثر العِينِي إِذْ هُوَ ضَامِنٌ لِنَازِلِهِ لِأَنَّ الضَّامِنَ لَا يَسْتَحِقُّ، فَيَلْزِمُ عِنْدئذٍ بِأَيِّ جَعَلَ الِاكتِسَابِ يَتَحَقَّقُ عِنْدَ المَفْوُوتِ لَهُ اسْتِكْمَالًا لِتَحَقُّقِ الأثر العِينِي لِلتَّفْوِيْتِ بِاعْتِبَارِهِ هُوَ الفِرْضُ المَقْصُودُ مِنْهُ. فَالضَّمَانُ هَكَذَا هُوَ مُؤَيَّدُ الأثر العِينِي وَجَزَاؤُهُ.

**799-** وَلِشْنِ كَانِ هَذَا الفِصْلُ خَاصًّا بِعَقْدِ البَيْعِ إِلاَّ أَنَّ حُكْمَهُ قَابِلٌ لِلتَّعْمِيمِ عَلَى كَلِّ التَّفْوِيْتَاتِ بِمُوجِبِ اتِّحَادِهِ مَعَهَا جَمِيعًا فِي أُسَاسِهِ أَيِّ التَّزَامِ الضَّمَانِ نَظَرًا لِأَنَّ كَلِّ تَفْوِيْتِ بَعْوَضٍ يَرْتَبُ بِضَمَانِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَهُوَ يَرْتَبُ نَفْسَ الضَّمَانِ الَّذِي يَرْتَبُهُ البَيْعُ. وَتَعُودُ هَذِهِ الإِحَالَةُ ضَرُورَةً عَلَى الفِصْلِ 576 م.أ.ع. لِأَنَّهُ فِي صَمِيمِهِ نَصٌّ فِي الضَّمَانِ. وَهُوَ لِذَلِكَ لَمْ يَقْتَنِ فِي مَوْضِعِهِ الصَّحِيحِ وَكَانَ أَجْدَرُ أَنْ يَسْتَقِلَّ مَوْضِعَهُ بَيْنَ فِصُولِ الضَّمَانِ وَخَاصَّةً بَيْنَ الفِصْلَيْنِ 631 وَ632 م.أ.ع. بِاعْتِبَارِهِ يَجْمَعُ بَيْنَ ضَمَانِ الفِعْلِ الشَّخْصِيِّ وَضَمَانِ فِعْلِ الغَيْرِ فِي أَنْ، عَلِمَا أَنَّ هَذَا المَذْهَبَ لَيْسَ بَدْعًا فِي العَمَلِ التَّشْرِيعِيِّ وَقَدْ اخْتَارَهُ المَشْرَعُ الإِيطَالِي فِعْلًا فِي القَانُونِ المَدْنِيِّ الجَدِيدِ (الفِصْل 1478). وَيؤَيِّدُ هَذَا التَّعْمِيمَ أَنَّ شَرْطِي التَّنْفِذِ المَنْصُوعِ عَلَيْهِمَا هُمَا شَرْطَانِ عَامَّانِ لَا يَوجِدُ أَيَّ حَائِلٍ مُنطَقِي دُونَ تَعْمِيمِهِمَا، وَأَنَّ الجِزَاءَ الَّذِي

**798-** وَيُنصَّهَرُ التَّفْوِيْتِ فِي مَلِكِ الغَيْرِ تَمَامًا فِي هَذَا التَّصَوُّرِ. فَهُوَ لَا يَحْدِثُ أَثْرَهُ العِينِي لِكُنْهُ عَقْدٌ صَحِيحٌ لِأَنَّهُ يَنْشِئُ الِالتِّزَامَ بِضَمَانِ الِاسْتِحْقَاقِ بِمُوجِبِهِ يَسْعَى المَفْوُوتُ فِي تَوْفِيرِ المَلِكِيَّةِ لِلْمَفْوُوتِ لَهُ إِمَّا بِطَلْبِ إِجَازَةِ المَالِكِ أَوْ بِصِيْرُورَتِهِ هُوَ نَفْسَهُ مَالِكًا، فَإِنْ نَجَحَ نَفْذُ التَّفْوِيْتِ، وَإِلَّا كَانَ لِلْمَفْوُوتِ لَهُ أَنْ يَطْلُبَ فِسْخَهُ وَتَعْوِيْضَ الخُسَارَةِ.

وَبِهَذَا يَبْطُحُ أَنَّ الإِطَارَ الصَّحِيحَ الَّذِي يَطْرَحُ فِيهِ مَوْضُوعُ التَّفْوِيْتِ فِي مَلِكِ الغَيْرِ

وضعه هو جزاء عامّ على كلّ العقود الملزمة للجانبين ومنها المعاوضات، وأنّ عقد البيع هو نموذج العقود جميعاً وأحكامه كأنّها نظريّة عامّة للعقود الخاصّة إن لم يكن للالتزامات مطلقاً.

**800-** وقد أثبت البحث في كلّ مراحل صحتة هذا الطّرح، إذ تبين أنّه بالإمكان فعلاً اقتراح نظريّة عامّة للتّفويت في ملك الغير بمفترض عامّ هو الصّحة وأساس عامّ هو الضّمان وشروط عامّة للتّفاذ تجمل في الإجازة واكتساب المفوّت المملكيّة وجزاء عامّ هو الفسخ والتّعويض.

ويلاحظ على هذا البناء المقترح أنّ التّوصل إليه لم يتيسّر إلاّ انطلاقاً من مفترضات أوّلية منها ما هو معلوم قبلاً ومنها ما استوجب البحث تبيانه، وهي تبدأ من التّذكير بأنّ صحتة التّفويت تحصل من استكمال شروط تكوينه وأنّ

الالتزامات، بما يعني أنّ آثار التّفويت تتوزّع بين محطّتين: واحدة شخصيّة وأخرى عينيّة، وأنّ التّفويت صحيح ككلّ عقد شخصي بحت إذا تحقّقت شروطه الموجبة لآثاره الشخصيّة، ويبطل إن تخلّفت، وهي الشّروط العامّة لكلّ عقد. وينتج عن هذا أنّ ما تحتاجه المحطّة العينيّة من شروط حال كون العقد صحيحاً لا يمكن أن يكون شروط صحتة بل هي شروط نفاذ، وأنّ جزاءها ليس البطلان لأنّ صحتة العقد تتنافى مع بطلانه إلاّ إذا قضى القانون بخلاف ذلك.

ويقدّم اندراج التّفويت في ملك الغير في هذا التّصوير الفنّي لعمل التّفويت مطلقاً التّفوير القانوني المطلوب لصحتة المبدئيّة ويظهر أنّ هذا العمل ليس شاذّاً بالدرّجة التي قد يوحي بها الانطباع الأوّل عنه ولا نشازاً في تنظيم التصرفات القانونيّة، بل إنّ حكمه منطقي ومنسجم تماماً مع التّصور التشريعي للتّفويت وللجزاء المدني عموماً.

البطلان هو جزاء لحلمها شروط الصحة وان يكون  
غيرهما بما يعني أنّ المالك الحقيقي أجنبي عن التّفويت ولا شأن له به ولا ينجر له  
منه ضرر ولا نفع، فلا يحتجّ به عليه ولا يسري في حقه ولا يغيّر من مركزه  
القانوني شيئاً. وتتبنى على هذه المقدمات الأولى نتيجة منهجية عامّة هي أنّ  
البحث في حكم التّفويت في ملك الغير يطرح بين طريفي التّفويت ويستتبعي جانبا  
المالك الحقيقي الذي إن ربطته علاقة بالطرفين فهي علاقة استحقاق لا بطلان،  
وهذه من آثار التّفويت لا من تكوينه. ومعنى هذا أنّه في بحث حكم التّفويت لا  
بدّ من عزل المالك الحقيقي عن مجال النظر والتخلّص من مسلّمة أنّ التّفويت لا  
يؤثر في ملكيته والتي قد تبعث في النفس إحساساً أولياً بالصدّ من شأنه لفرط  
بداهته أن يسيطر عليها فيحجب عنها المقدمات السابقة ويحول دون النفاذ إلى  
أعماق التّفويت والتأمّل في عوامل وجوده الداخليّة. وهذا ما تؤكّده بقيّة  
المفترضات التي استخلصها البحث وهي أنّ التّفويت هو عقد على إحداث أثر  
عيني إلى جانب آثاره الشّخصيّة وهو ما يميّزه عن العقد العادي الذي يقتصر على  
إنشاء التزامات. ويفرض الأثر العيني أحياناً شروطاً إضافية غير تلك التي تتطلبها

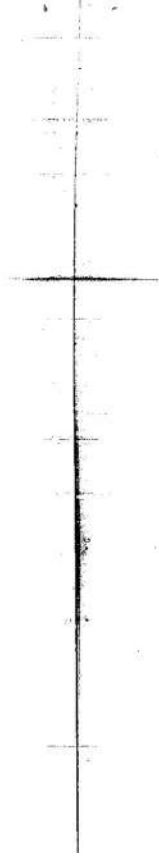
على أنّ هذه الصّحة لا تعني بأيّة حال جواز التّفويت إزاء المالك ولا نفاذه بذاته  
بين طرفيه، فهذه حقيقة بديهية لا يرقى إليها شك، وإنّما تعني أنّ التّفويت هو  
تصرّف موجود وله صورة حقيقيّة وفعليّة في الواقع القانوني، وليس عدماً أو  
شبحاً لتصرّف، بل هو رابطة قائمة وملزمة لعاقديها وقابلة للحياة العينيّة إن  
استوفت شرط الملكية الذي ينقصها. وآية وجوده الحقّة هي الالتزام بضمان  
الاستحقاق الذي أمكن للبحث أن يبرز مكانته المركزيّة في تصوّر التّفويت  
وفعله المكين في تصحيحه ونفاذه.

وما يزيد هذه النظرية تقبلاً هو أنّها توافق أصول الالتزامات والعقود ومقاصد  
القانون المدني فيها. فالأصل في الالتزامات الصّحة والمطابقة للقانون، والأصل  
إعمال الكلام لا إهماله، والقانون المدني يرتكز على المحافظة على العقود  
وتثبيت الالتزامات وعدم إهدارها واستقرار التّعامل وحماية الأوضاع المستقرّة  
وتوفير الأمن القانوني. ومن البين أنّ هذه الأصول والمقاصد لا تتسجم مع بطلان

التفويث في ملك الغير، وتتطافر لتؤكد طبيعة هذا الجزاء الاستثنائية التي توجب حصر ميدانه وشروطه، فلا تشمل التفويث المذكور.

**801-** ويهيء هذا التصوير نظرية التفويث في ملك الغير لتأخذ مكانها كإحدى لبنات النظرية العامة للعقود الخاصة فيما يتعلق بالتفويثات. ولعل مزيد البحث من شأنه أن يجعل من هذه النتيجة محطة أولى وضرورية في طريق نظرية أعم للتصرف في ملك الغير مطلقا باعتبارها جزءا من النظرية العامة للالتزامات، فتتفرد بموقع خاص إلى جانب غيرها من النظريات الفرعية المكونة لها كنظرية المحل ونظرية النيابة ونظرية الشرط... وعسى أن يكون في فكرة الضمان متسع لتأسيس هذه النظرية فتكون بحق رافدا من روافد النظرية العامة للالتزامات تنهل منها وتغذيها.

# مراجع الكتاب





## أ- مراجع باللغة العربية:

### أولاً - مؤلفات ودروس ومؤلفات خاصة:

- ابن رشد «الحفيد» (أبو الوليد محمد القرطبي، ت 595 هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار قهرمان للنشر والتوزيع، استانبول، 1985، (كتاب في جزئين).
- ابن عابدين (محمد أمين)، ردّ المحتار على الدرّ المختار (المعروف بحاشية ابن عابدين) دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1987.
- ابن قدامة المقدسي، المغني (على مختصر الخرقي)، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1981.
- ابن معجوز (محمد)، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1990.
- ابن مفلح (شمس الدين)، كتاب الفروع، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 1967.

- ابن هشام (أبو محمد عبد الملك الحميري المعافري، ت 213 هـ) سيرة رسول الله صلى الله عليه وسلم المعروف بالسيرة النبوية، تحقيق وشرح مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ شلبي، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2001.
- ابن الهمام (محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري، ت 861 هـ)، فتح القدير للعاجز الفقير، دار إحياء التراث العربي ودار الكتب العلمية، بيروت، غير مؤرخ.
- أبو زهرة (محمد)، شرح قانون الوصية، دراسة مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988.
- أبو السعود (رمضان)، شرح العقود المسماة، في عقدي البيع والمقايضة «دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني»، منشورات الدار الجامعية، سلسلة المكتبة القانونية، بيروت، الطبعة الأولى، 1990.
- الأحمدى (عبد الله)، قانون مدني، العقود الخاصة، البيع، طبع مطبعة الوفاء، تونس، 1997.
- الأمين (محمد علي)، التصادم المكسب للملكية في القانون اللبناني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1993.

- خضر (خميس)، العقود المدنية الكبيرة، البيع والتأمين والإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1984.
- دسوقي (محمد إبراهيم)، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، غير مؤرخ.
- الدسوقي (محمد عرفة)، حاشية على الشرح الكبير لمختصر خليل للإمام أحمد الدردير (منشور بهامشه) دار الفكر، على طبعة دار إحياء الكتب العربية بمصر، غير مؤرخ.
- دوبلا (جان)، شرح مجلة الالتزامات والعقود التونسية، تعريب محمد المالحقي، طبعة أولى، تونس، 1948، (كتاب في جزئين).
- الرّحيلي (وهبة):
- العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 1987.
  - الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة 1989.
- الرّزقاء (أحمد محمد)، شرح التلخيص للفتاوى الشرعية، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 1986.

- باز اللبناني (سليم رستم)، شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة 1986.
- بدران (بدران أبو العينين)، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت، 1968.
- البدرأوي (عبد المنعم)، عقد البيع في القانون المدني، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، القاهرة، 1960.
- بن عاشور (محمد الطاهر)، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، الطبعة الثالثة، 1988.
- بن يوسف (يوسف بن الحاج فرج)، الموارث الشرعية والوصية ومجلة الأحوال الشخصية، دار الميزان للنشر، سوسة، تونس، الطبعة الأولى، 1996.
- تناغو (سمير عبد السيد):
- عقد البيع، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1973.

- النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980.
- جمعة (عبد الرحمن أحمد)، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة، نشر دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الطبعة الأولى، 1998.
- الجندوبي (أحمد) وبن سليمان (حسين)، أصول المرافعات المدنية والتجارية، طبع شركة أوربيس، تونس، 2001.
- حسن (أحمد إبراهيم)، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية والقانون الروماني، نشر الدار الجامعية، بيروت، 1993.
- حسني (محمود نجيب)، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، 1984.
- حسنين (محمد)، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.
- حمدان (حسين عبد اللطيف)، التأمينات العينية، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الثانية، 1985.
- حيدر (علي)، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، 1991 (في أربعة مجلدات).
- المدخل الفقهي العام، (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)، إخراج جديد بتطوير في الترتيب والتبويب وزيادات، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى 1998، (كتاب في جزئين).
- العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1999.
- الزرقاني (عبد الباقي)، شرح على مختصر خليل، دار الفكر، على طبعة محمد أفندي مصطفى، القاهرة، 1889.
- الزين (محمد)، النظرية العامة للالتزامات، 1- العقد، طبع مطبعة الوفاء، تونس، الطبعة الثانية، 1997.
- سابق (السيد)، إسلامنا، دار الكتاب العربي، بيروت، غير مؤرخ.

ومعلق عليها بقلم مصطفى أحمد الزرقاء، 1989.

- الزرقاء (مصطفى أحمد):

- شحاتة (شفيق)، النظرية العامة للتأمين العيني، طبع المطبعة العالمية، القاهرة الطبعة الثالثة، 1955.
- الشربيني (شمس الدين محمد بن الخطيب)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (للنووي)، نشر دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، 1997.
- شرف الدين (محمد كمال):
- قانون مدني: النظرية العامة، الأشخاص، إثبات الحقوق، طبع المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، (سلسلة معرفة القانون) الطبعة الأولى، 2002.
  - قانون الأموال، دروس لطلبة السنة الأولى حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2001-2002.
- الشربيني (محمد) والمزغني (علي)، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، تونس 1995.
- الشوكاني (محمد بن علي):
- نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيّد الأخيار (لابن تيمية الجدي)، دار الجيل، بيروت، ودار الحديث، القاهرة، 1998.

- سلطان (أنور):
- أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
  - مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت 1983.
- السنهوري (عبد الرزاق أحمد):
- نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1934.
  - مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة 1957.
  - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة:
  - + الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، (1964).
  - + الجزء الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، (1964).
  - + الجزء الثالث: نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء (1958).

- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، بتحقيق أحمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994.
- شلبي (محمد مصطفى)، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1969.
- شمّام (محمود)، الوصية بين الفقه والقانون، دار النجّاح، تونس، غير مؤرّخ.
- الشورابي (عبد الحميد)، الإفلاس، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- الصّدة (عبد المنعم فرج)، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت 1982.
- صايغ (عبد الحق)، عقد البيع، دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الخاصة، طبع مطبعة النجّاح الجديدة، الدّار البيضاء، الطبعة الأولى، 1998.
- العابدي (محمد العلوي)، الأموال في الفقه المالكي، الدّار البيضاء، الطبعة الثانية، 1994.
- عبد الباقي (إبراهيم)، شرح أحكام تصفية الأحماس، طبع الشركة التونسية لفنون الرّسم، تونس 1958.

- + الجزء الرابع، المجلد الأول: البيع والمقايضة (1960).
- + الجزء الخامس: الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصّك (1962).
- + الجزء الثامن: حق الملكية، (1967).
- + الجزء التاسع: أسباب كسب الملكية (1968).
- + الجزء العاشر: التأمينات العينية والشخصية (1970).
- سعيد (الهادي)، تطوّر الملكية العقارية وأثره في تونس، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، تونس 1996.
- سوار (محمد وحيد الدين):
  - الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة للفقه الإسلامي والمدونات العربية، نشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، الطبعة الأولى، 1996.
  - شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية - دراسة موازنة بالمدونات العربية، نشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، الطبعة الثانية، 1999.
- الشّاطبي (أبو إسحاق)، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت، غير مؤرّخ.

- فرج (توفيق حسن):  
 • القانون الروماني، نشر الدار الجامعية، بيروت 1985.  
 • عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، 1985.  
 - فهيم (عادل سيّد)، نظرية التأمين العيني في التقنين المدني العراقي، محاضرات مطبوعة على نفقة جمعية صندوق المساعدات والتسليف لطلاب جامعة البصرة 1968-1969.  
 - القرافي (شهاب الدين)، أنوار البروق في أنواع الفروق المعروف بـ «الفروق»، نشر دار عالم الكتب، بيروت، على طبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة لسنة 1347 هـ/1928 م.  
 - القصير (فرج)، أحكام الموارث في القانون التونسي، دار الميزان للنشر، سوسة، تونس، الطبعة الثانية، 2001.  
 - الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود، ت 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1996.  
 - كامل (رمضان جمال)، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، دار الأندلس، بيروت، 1996.

- عبد الباقي (عبد الفتاح)، الوسيط في التأمينات العينية، دار النشر للجامعات المصرية، 1954.  
 - العبودي (عبّاس)، تاريخ القانون، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 1994.  
 - عرفة (محمد علي)، شرح القانون المدني الجديد، في حق الملكية، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، الطبعة الثانية، 1952.  
 - العسقلاني (الحافظ بن حجر)، بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، تحقيق عصام الدين الصبّاطي، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، 1991.  
 - العمروسي (أنور)، التعليق على القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1983.  
 - العنّابي (محمود)، قانون التسجيل العقاري التونسي علما وعملا، معهد البحوث والدراسات العربية التابع لمنظمة الألكسو، القاهرة 1973.  
 - العوادي (عبد العزيز) وبين صالح (إسماعيل)، شرح القانون الجنائي التونسي، القسم العام،

- القانونية بالمثابا، مصر، الطبعة الرابعة، 1998.
- الكباشي (الكاشفي طه)، الذمة والحق والالتزام وتأثيرها بالموت في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مكتبة الحرمين، الرياض، 1981.
- كحلون (علي)، أحكام القانون العقاري التونسي بين التسجيل والإشهار، التّحديد والبحث في مطالب التسجيل المسحية والاختيارية، دار الميزان للنشر، سوسة، تونس، 2000.
- كبراج (فارس ساسين)، قانون مدني، التأمينات العينية، بيروت، طبع لحساب المؤلف، الطبعة الأولى، 1995.
- الكناني (يوسف) وبالكثاني (فوزي)، الأموال، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003.
- المالقي (محمد)، الحلقة الثانية من محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، طبع الشركة التونسية لفنون الرسم، تونس 1376 هـ / 1957 م.
- محمد (محمد عبد الجواد)، الحيابة والتّقادام في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي، منشأة المعارف، الإسكندرية 1977.

- طبع الشركة التونسية لفنون الرسم، تونس 1962.
- العياري (محمد الصالح)، مجلة الالتزامات والعقود في ضوء متغيرات العصر ومستجداته الحضريّة، مطبعة فنّ الطباعة، تونس، الطبعة الأولى، 1997.
- الغريب (محمد عيد):
- الحماية الجنائية للنظام العام في العقود المدنية في القانونين المصري والفرنسي، طبع مطبعة المدني، المؤسسة السعدوية بمصر، 1987.
  - تدخّل قانون العقوبات في مجال تنفيذ العقود المدنية، نشر مكتبة غريب، القاهرة، الطبعة الأولى، 1988.
- الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد)، المستصفي في علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، بتحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، 1993.
- الغزواني (نور الدين)، التعلّيق على قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبع شركة أوربيس، تونس 1996.
- الفاسي (علال)، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الخامسة، 1993.



- محمصاني (صبيحي):

- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية، 1972.
- الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية، 1979.
- مرسى (محمد كامل)، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية، المطبعة العالمية، القاهرة، الطبعة الثالثة 1951.
- مرقس (سليمان)، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1980.
- مصطفى (عمر ممدوح)، القانون الروماني، دار المعارف بمصر، الطبعة الثانية 1959.
- المصري (محمد محمود) وعابدين (محمد أحمد)، الفسخ والانفساخ والتفاسخ، البطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988.
- هاشم (محمد العربي)، محاضرات في القانون المدني التونسي لطلبة السنة الأولى حقوق،

### ثانيا - أطروحات ومذكرات ورسائل:

- أبو سعد (محمد شتا)، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، نشر عالم الكتب، القاهرة، 1981.
- ادريوش (أحمد)، أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، 1996.
- بدر (جمال مرسى)، النيابة في التصرفات القانونية، طبيعتها وأحكامها، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1968.
- بن رمضان (عزّوز)، بيع ملك الغير، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، الفوج الثالث، 1991-1992.
- بن طالب (أحمد)، تحليل الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود، مذكرة دراسات معمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1989-1990.
- بوسنة (ليلى)، الكفالة العينية، مذكرة دراسات معمقة في القانون الخاص، كلية

- الكرّاس السادس، قانون الاموال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1996-1997.
- الجريبي (سامي)، تفسير العقد، مركز النشر الجامعي، تونس 1999.
- جمعة (عبد الرّحمان أحمد)، بيع ملك الغير وفقا لأحكام قانون الالتزامات والعقود المغربي، رسالة دراسات عليا في القانون الخاص، جامعة محمّد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط 1982-1983.
- الذّنون (حسن علي)، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الأوّل (القاهرة) 1946، طبع مطبعة نهضة مصر، 1946.
- رسلان (نبيلة)، العلاقات القانونية الثلاثية، طبع دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1986.
- رشدي (محمّد السعيد)، أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1983.
- الروائي (حاتم بن عبد الحميد)، تحليل الفصل 642 من مجلة الالتزامات والعقود، مذكرة دراسات معمّقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1991.

- الكرّاس السادس، قانون الاموال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1996-1997.
- 1990، درس مرقون.
- والي (فتحي)، التنفيذ في القانون اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1969.
- الوكيل (شمس الدين)، نظرية التأمينات في القانون المدني، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، 1959.
- الونشريسي (أحمد بن يحيى، ت 914 هـ/1508 م)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام عبد الله مالك، دراسة وتحقيق الصادق بن عبد الرّحمان الغرياني، دار الحكمة، طرابلس، الطبعة الثانية 1997.
- يكن (زهدي)، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء السابع، القسم الثاني، في العقود المسماة، البيع، دار الثقافة، بيروت، الطبعة الأولى، 1967.

- الزروقي (عبد المجيد)، أحكام الغلط في مجلة الالتزامات والعقود، (محاولة نقد) أطروحة دكتوراه دولة، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، تونس 2003.
- السباعي (أحمد شكري)، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1987.
- سعيد (محمد)، القسم العقارية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2002.
- سلامة (محمد)، نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع، أطروحة دكتوراه مقدمة لدار الحديث الحسنية بالمغرب ومنشورة بإشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، طبع مطبعة فضالة بالمحمدية، 1994.
- سوار (وحيد الدين)، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 1979.
- الشرفاوي (جميل)، نظرية بطلان التصرف في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1956.

- مذكور (محمد علي علي)، 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.
- المسعي (الأمجد)، بيع ملك الغير، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، الفوج العاشر، 1999-1998.
- هتوش (فاطمة)، الفضالة في القانون، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة 1988.
- والي (فتحي)، نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1959.
- الورتاني (فتحي)، العقد الموقوف في القانون المدني، مذكرة دراسات معمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1990-1991.
- وزير (عبد العظيم مرسى)، المركز القانوني لحائز المنقول المتحصل من جرائم الأموال، دراسة تحليلية تأصيلية في ضوء العلاقة بين القانون الجنائي والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

### ثالثاً: مقالات وبحوث وتعاليق

- ابراهيم بك (أحمد):

- التركة والحقوق المتعلقة بها والموارث، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة السابعة، 1937، الجزء الأول، ص 357.
- التزام التبرعات، بحث مسلسل منشور على ست حلقات في مجلة القانون والاقتصاد بجامعة القاهرة، السنة الثانية، 1932، عدد 5 ص 605، والسنة الثالثة، 1933، عدد 1 ص 51 وعدد 2 ص 224 وعدد 5 ص 495 وعدد 6 ص 647 وعدد 7 ص 961.
- الألفي (محمد جبر)، 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.
- أورفلي (سمير)، الرجوع والموانع في الهبة بين الشريعة والقانون، ق.ت. نوفمبر 1984، ص 48.

- الشيخ (شكري)، الغلط كعيب للرضاء، مذكرة دراسات معمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1985-1986.
- فرج (عبد الرزاق حسن)، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
- الفرشيشي (ألفه)، الحجر على الرشد، مذكرة دراسات معمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1992-1993.
- كامل (سمير)، شرط الملكية في الرهن العقاري، في موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء الرابع والثمانون، الدار العربية للموسوعات «حسن الفكاهاني»، القاهرة، 1980.
- كميح (حورية)، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر 1983.
- الكراي الوريي (نبيلة)، حائز العقار، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2002.

- بسرور (نور الدين)، خصائص التأمينات العينية، في كتاب دراسات في قانون التأمينات، مؤلف جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، طبع المطبعة العصرية بتونس، الطبعة الثانية 2003، ص 51.
- بدوي (حلمي بهجت)، بطلان بيع ملك الغير، علّة هذا البطلان وحكمه بعد صدور قانون التسجيل، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الأولى، العدد الرابع، جوان 1931، ص 588-610.
- بالكفاني (فوزي):
- تعليق على قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 641 بتاريخ 25 أفريل 1993، ق.ت. مارس 1994، ص 79.
  - تعليق على قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب عدد 775 المؤرخ في 18 فيفري 1983، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بسوسة، العدد الأول، جوان 1997، ص 103.

- بالمقدم (أحمد) ودحمان (حسن)، سند الملكية، في: جديد التحيين والتّرسيم، أعمال

- بن عمّو (نذير)، قراءة في تحوّل قضائي: فلسفة جديدة للفسخ على معنى الفصل 273 م.إ.ع.: تعليق على قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب عدد 35350 المؤرخ في 29 فيفري 1996، م.ق.ت. 1996، ص 267.
- بن فرج (عبد المجيد) والمستيري (المختار)، الصبغة النهائية لأحكام المحكمة العقارية، ق.ت. جويلية 1987، ص 11.
- بنموسى (مبروك)، الآثار القانونية لطلب التسجيل، في: القضاء الابتدائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد السابع، تونس 1999، ص 391-475.
- التركي (عبد السلام)، التصادم كسبب من أسباب اكتساب الملكية، ق.ت. ديسمبر 1984، ص 35.
- جبران (يوسف نجم)، ضمان البائع لاستحقاق المبيع وللعيوب الخفية، في: دراسات في القانون لنفس المؤلف، دار الثقافة، بيروت، غير مؤرخ، ص 105.
- الجدي (البايع)،

- ملتقى ماي 2001، نظمتها التونسية للمانون العقاري حقون الجديد في السنين العقاري بالتعاون مع مؤسّسة هانس زيدل، تونس 2002، ص 69.
- بن طالب (حمد):
- تنقيح الفصل 581 م.ع. في محيط الإصلاح العقاري، أ.ق.ت.، عدد 9، 1995، ص 43.
  - استحقاق المعقول، م.ق.ت. 1995، ص 85.
  - التثقيب على الترسيم بالسجل العقاري، م.ق.ت. 1996، ص 73.
  - لمحة عن التأمينات في الفقه الإسلامي، بحث منشور في كتاب «دراسات في قانون التأمينات»، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، طبع المطبعة العصرية، تونس، الطبعة الثانية، 2003، ص 177.
  - الثمن في عقد البيع، أ.ق.ت.، عدد 12، 1998، ص 5.
  - امتيازات المصاريف القضائية، بحث منشور في كتاب بحوث في التأمينات العينية والشخصية، عمل لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، طبع المطبعة العصرية، تونس 1999، ص 63.
  - الجديد في الترسيم بالسجل العقاري من خلال قوانين 2000-2001، في جديد التحيين والترسيم، أعمال ملتقى ماي 2001 نظّمته الجمعية التونسية للقانون العقاري حول الجديد في السجل العقاري بالتعاون مع مؤسّسة هانس زيدل، تونس 2002، ص 21.
- جعيط (زين العابدين)، مبدأ الإثراء بدون سبب في القانون التونسي والقوانين الأخرى، ق.ت.، أبريل 1961، ص 5-14.
- الجلولي (علي)، تعليق على قرار التعقيبي عدد 11257 المؤرخ في 22 أبريل 1985، م.ق.ت. 1988، ص 61.
- حنفي (محمد الحسيني)، نظرية البطلان في العقود في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، السنة الثانية، جانفي 1960، ص 180.
- الخروبي (خليفة)، نقل الملكية في عقد البيع، أثر أم التزام؟ م.ق.ت.، 1999، ص 11.
- الخفيف (علي):
- تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة العاشرة، 1941، عدد 5، ص 3 وعدد 6 ص 515.
  - مدى تعلق الحقوق بالتركة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثانية عشرة، 1942، ص 141.

- الرّاشدي (نبيل):

• ترسيم انتقال حق الملكية بالإرث والوصية بالسجل العقاري، المجلة التونسية لرقابة التصرف، السادسة الثانية 1998، عدد 9، ص 131.

• تعليق على القانون عدد 34 المؤرخ في 10 أفريل 2001 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية، ق.ت. جوان 2002، ص 69.

- الرّجال (علي إبراهيم)، حكم تصرف الوارث في أموال الشركة قبل سداد الديون ومشروع قانون التسجيل، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الرابعة عشرة، 1945، عدد 1-2، ص 1.

- الرّحموني (أحمد)، خصائص التسجيل العقاري، ق.ت. جوان 2002، ص 46.

- الرّواتبي (حاتم بن عبد الحميد):

• إشهار الرهن العقاري، بحث منشور في كتاب «دراسات في قانون التأمينات» مؤلف جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، الطبعة

- سعيد (محمد)، ترتيب دائتي الشركة، مداخلة في ملتقى حول «الاستخلاص الجبري للديون: الإجراءات والضمانات»، تونس في 7 و8 فيفري 2002، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل وحقوق الإنسان، تونس 2004، ص 441.

- السعيدي (عبد الرزاق)، منع التعاقد على الشركة المستقبلية، ق.ت. جويلية 1970، ص 21. - شرف الدين (محمد كمال):

• التطور التاريخي للنظام العقاري التونسي: التسجيل والإشهار (1885-1985)، ق.ت. نوفمبر 1987، ص 21.

• المفعول المنشئ للتسجيل في قوانين 4 ماي 1992، م.ق.ت. 1993، ص 99-134.

• ملاحظات حول القرار التعقيبي عدد 10488 المؤرخ في 7 جانفي 1992، م.ق.ت. 1992، ص 135.

• ملاحظات حول القرار التعقيبي عدد 32238 المؤرخ في 10 ماي 1994، م.ق.ت. 1996، ص 373.

- الشراوي (جميل)، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني، دراسة في القانون المدني،

- مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الرابعة والثلاثون، 1965، ج I، ص 293.
- الشطي (الحبيب):
- ملكية الأراضي الفلاحية بتونس، في دراسات في القانون العقاري لنفس المؤلف، دار الميزان للنشر، سوسة، الطبعة الأولى، 1996، المجموعة الأولى، ص 77.
  - القضاء الاستعجالي والتحوّز بالعقارات المنتزعة، في دراسات في القانون العقاري، نفس المرجع، ص 51.
  - الصكوك بين محررها وتحريرها، في دراسات في القانون العقاري، نفس المرجع، ص 153.
  - حق الأولوية في الشراء، أصحابه، خاصياتهم وخاصيات التشريع المتعلق بهم، في دراسات في القانون العقاري، نفس المرجع، ص 115.
- شمام (محمود):
- الفقه الإسلامي وتأثيره في التشريع الوضعي، ق.ت. جانفي 1977، ص 13.
  - بعض ما دون من تشريع مرجعه أحكام الشريعة الإسلامية بالبلاد التونسية، ق.ت. جوان 1985، ص 7.
  - الترسيم بدفتر خانة للأموال العقارية وإمكانية إبطاله والتشطيب عليه. ق.ت. مارس 1986، ص 7.

- الثانية، تونس 2003، ص 245.
- معايير ترتيب التأمينات العينية، مداخلة في ملتقى حول «الاستخلاص الجبري للدينون: الإجراءات والضمانات»، تونس في 7 و8 فيفري 2002، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل وحقوق الإنسان، تونس 2004، ص 377.
- زكي (حامد)، التكاليف العينية والالتزامات الشخصية، دراسة لأحكام الاستئناف الأهلي والمختلط، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الأولى، 1931، عدد 2، ص 214.
- زهرة (البشير)، الإرث الموظف عليه دين وعلاقة الورثة بدائني الشركة، ق.ت. ماي 1969، ص 7.
- زهرة (محمد)، العقار بحسب المال، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 2، جوان 1986، ص 133 (الجزء الأول) والعدد 3، سبتمبر 1986، ص 185 (الجزء الثاني).
- سعيد (الهادي)، مهمة المحكمة العقارية بين الاستحقاق والتسجيل، في: في رياض البحث والقانون لنفس المؤلف، مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله، تونس 1993، ص 16.



- الفرشيشي (بشير)، الضّرر في نطاق القانون العقاري، مداخلة في ملتقى مائوية التسجيل العقاري بتونس، المنظم بسوسة أيام 9-10-11 أبريل 1987، نشر كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 1992، ص 133.
- فرداح (محمد كمال):
- الانتزاع للمصلحة العامة فقها وقضاء، م.ق.ت. جانفي 1978، ص 7.
  - استرجاع العقار المنتزع، مداخلة في ملتقى الانتزاع من أجل المصلحة العامة، 25-26 ماي 1990، نشر المدرسة القومية للإدارة، تونس 1991، ص 79.
- القللي (محمد مصطفى)، النّصب بطريق التصرف في عقار أو منقول، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثامنة، 1938، العدد الخامس، ص 825.
- كبيرة (حسن)، تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، العددان 1-2، السنة الثانية عشرة (1962-1963) ص 1-76.

- الصّيد (المنذر)، كراء ملك الغير على ضوء مجلة الالتزامات والعقود التونسية، ق.ت. مارس 1990، ص 47.
- الضحّاك (إدريس)، 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.
- طه (غني حسّون)، 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.
- عبد البرّ (محمد زكي)، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الخامسة والعشرون، (1955) العدد 1-2، ص 109.
- عبودة (عبد المجيد)، تعليق على القرار التعقيبي عدد 32771 المؤرخ في 20 أوت 1992،

- م.ق.ت.، 1993، ص 213.
- الماجري (العربي)، الحيازة في العقار، الأرض وما أتصل بها من بناء وشجر، ق.ت. ماي 1959، ص 10.
- المحمدي (حاتم)، حق الأفضلية في التأمينات العينية، بحث منشور في كتاب دراسات في قانون التأمينات، مؤلف جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، طبع المطبعة العصرية، تونس، الطبعة الثانية 2003، ص 375.
- مرسي (محمد كامل)، قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية». - مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة السابعة 1938، القسم الأول، ص 893.
- الملولي (صلاح الدين):
- تعليق على قرار 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.
  - 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.
- منلاحيدير (نصرت)، 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.

- عبيد (الطيب)، النزاع حول شرعية أمر الانتزاع وحق الاسترجاع، نشر مركز البحوث والدراسات الإدارية، المدرسة القومية للإدارة، سلسلة دراسات ووثائق، عدد 13، تونس 1986.
- العرضاوي (الحبيب)، التسجيل العقاري والأراضي الاشتراكية، ق.ت. مارس 1992، ص 7.
- عمر (محمد عبد الخالق)، التطور التاريخي لحماية مكتسب المنقول حسن النية، دراسة مقارنة في القانونين الإنجليزي والفرنسي، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة 38، العدد 3، سبتمبر 1969، ج 2، ص 602.
- العنابي (محمود لطفى)، ترسيم أمر الانتزاع بالسجل العقاري، مداخلة في ملتقى الانتزاع من أجل المصلحة العامة، 25-26 ماي 1990، نشر المدرسة القومية للإدارة، تونس 1991، ص 29.
- العوادي (عبد العزيز)، تأثير العقود الباطلة أو غير الشرعية في القانون الجنائي، ق.ت. مارس 1979، ص 9-32.
- العياري (محمد الصالح)، 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.

- موسى (محمد يوسف)، الميراث في الشريعة الإسلامية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، السنة الأولى، 1959، العدد الأول، ص 205، والعدد الثاني، ص 363.
- النعماوي (حامد)، تعليق على القرار التعقيبي عدد 68027.98 المؤرخ في 2 نوفمبر 1999، ق.ت. فيفري 2001، ص 105.
- يحيى (عبد الودود)، نظرية الغلط في القانون المدني الألماني، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة 39، العدد الثاني، جوان 1970، ص 397.

#### رابعاً: مجلات معلق عليها:

- لائحة مجلة الأحكام الشرعية (لائحة الشيخ جعيط)، طبع مطبعة الإرادة، تونس، غير مؤرخ، الجزء الأول، قسم أحكام الأحوال الشخصية.
- مجلة الالتزامات والعقود:
- بن الشيخ (محمود)، مجلة الالتزامات والعقود التونسية، معدلة ومعلقة على فصولها بأحكام القضاء، طبع المطبعة العصرية، تونس 1984.

- قبّش (أحمد)، الكامل في النحو والصرف والإعراب، دار الجيل، بيروت، الطبعة الثانية، 1974.
- القاموس الجديد للطلاب، تأليف علي بن هادية وبلحسن البليش والجيلاني بن الحاج يحيى - بتقديم لمحمود المسعدي -، نشر الشركة التونسية للتوزيع، تونس، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، ديسمبر 1982.
- القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، تأليف سعدي أبو جيب، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، 1988.
- القاموس المحيط، تأليف مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي، نشر دار الجيل، بيروت، على طبعة مصطفى بابي الحلبي، 1952.
- قاموس المصطلحات الحقوقية والتجارية، فرنسي-عربي، تأليف ممدوح حقي، مكتبة لبنان، الطبعة الثانية، 1983.
- كتاب التعريفات، تأليف الشريف علي بن محمد الحارثي، دار الجيل، بيروت، 1984.

الطبعة الثالثة، 1988.

- كتاب النحو العربي من خلال النصوص (الجزء الثالث، نحو الجمل) لتلامذة السنة الثالثة من التعليم الثانوي، تأليف مجموعة من الأساتذة (عبد الوهاب بكير، عبد القادر المهيري، التهامي نقرة، عبد الله بن عليّة). الشركة التونسية للتوزيع، تونس، 1983.
- كشاف اصطلاحات الفنون، تأليف محمد أعلى بن علي التهانوي، نشر دار صادر، بيروت، على طبعة كلكتوتا لسنة 1861، غير مؤرخ.
- لسان العرب، تأليف أبي الفضل جمال بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، طبعة دار صادر، مرتبة ومبوبة على الحرف الأول من الكلمة، الطبعة الأولى، بيروت 1997.
- مختار الصحاح، تأليف محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت 666 هـ)، نشر مؤسسة النوري للطباعة والنشر، دمشق، غير مؤرخ.
- المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية (فرنسي-عربي / عربي-فرنسي) تأليف فريد فهمي وأحمد زكي بدوي ويوسف شلالا، مكتبة لبنان، الطبعة الثانية، 1988.

- مجلة الحقوق العينية: - عبود (عبد المنعم)، مجلة الحقوق العينية المعلق عليها، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس 1998.
- المجلة الجنائية (الجزائرية): - خمابخم (رضا)، المجلة الجنائية، القانون الجنائي التونسي تشريعا وفقها وقضاء، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 1998.
- السنوسي (محمد الطاهر)، المجلة الجنائية، نشر دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، تونس 1976.
- الشابي (بلقاسم القروي)، المجلة الجنائية معدلة بأحدث القوانين ومعلق عليها بقرارات من عمل محكمة التعقيب، طبع ونشر المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، سلسلة المجلات القانونية المثراة، العدد الأول، طبعة ثانية، 1992.

#### خامسا: معاجم وقواميس وكتب لغة

- شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك (ت 672 هـ) تأليف بهاء الدين عبد الله بن عقيل العقيلي الهمداني المصري ت 769 هـ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، الطبعة الثانية، غير مؤرخة.

- CABRILLAC (Michel) et MOULY (Christian), Droits des sûretés, Paris, Litec, 4ème éd. 1997.
- CADIET (Loïc), Droit judiciaire privé, Paris, Litec 1992.
- CARBONNIER (Jean):
  - Flexible Droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur, Paris L.G.D.J. 6ème éd., 1988.
  - Droit civil, Paris, P.U.F., Coll. Thémis-Droit privé:
    - + Tome 1, Les personnes ; Personnalité, incapacités, personnes morales, 21ème éd., refondue, 2000.
    - + Tome 3, Les biens: Monnaie, immeubles, meubles, 19ème éd., refondue, 2000.
    - + Tome 4, Les obligations, 21ème éd. Refondue, 1998.
- CHARFI (Mohamed), Introduction à l'étude du droit, Tunis, Cérès, 3ème éd. 1997.
- COLIN (Ambroise) et CAPITANT (Henri), Cours élémentaire de droit civil français, Tome II, 10è éd., par Léon Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1948.
- COLLART DUTILLEUL (François) et DELEBECQUE (Philippe), Contrats civils et commerciaux. Précis Dalloz, Paris, 4ème éd. 1998.

- المعجم الوسيط، لمجمع اللغة العربية، قام بإخراجه إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، الطبعة الثانية، القاهرة 1972، طبع ونشر دار الدعوة، استانبول 1989.
- المنهل، تأليف سهيل إدريس وجبور عبد التور، نشر دار الآداب ودار العلم للملايين، بيروت، الطبعة العاشرة، 1989.

## II - مراجع باللغة الفرنسية:

### Bibliographie en langue Française :

#### A- OUVRAGES, COURS ET TRAITÉS:

- ABRIBAT (J.), Essai sur les contrats de quasi-aliénation et de location perpétuelle auxquels l'institution du habous a donné naissance, Imprimerie générale J. Picard et Cie, Tunis, 1901.
- ATIAS (Christian), Droit civil, Les biens, Litec, 4ème éd. Paris 1999.
- AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae:

- **COLMET de SANTERRE (E.)**, Cours analytique de code civil de A.M. DEMANTE (continuation depuis l'article 980). Tome VII, 2è. éd. Paris, Plon, 1887.
- **COZIAN (MAURICE) et VIANDIER (Alain)**, Droit des sociétés, Paris Litec, 2ème éd. 1997.
- **DEKKERS (René)**, Précis de droit civil belge, Tome 2, Les obligations, la preuve, les contrats, les sûretés, Bruxelles, Ets. Emile Bruylant, 1955.
- **DEMOGUE (René)**:
  - 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.
  - Traité des obligations en général, Tome II, Sources des obligations, Librairie Arthur Rousseau, Paris 1923.
- **FERCHICHI (Béchir)**, 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, Cours photocopié.
- **FERRAND (Frédérique)**, Droit privé allemand, Précis Dalloz, Paris 1997.
- **GAUDEMET (E.)**, Théorie générale des obligations, par M. Desbois et J. Gaudemet, Réimpression de l'édition publiée en 1937, Sirey Paris, 1965.
- **GENY (François)**, 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.

- Tome 5, 6ème éd. Par Etienne Bartin, Paris, 1938.
- Tome 5, 5ème éd. Par G. Rau, Ch. Falcimaigne et M. Gault, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de jurisprudence, 1907.
- **BAUDRY-LACANTINERIE (Gabriel)**, Précis de droit civil, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du Palais, 6ème éd. 1897.
- **BAUDRY-LACANTINERIE (G.), et BARDE (L.)**, 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.
- **BAUDRY-LACANTINERIE (G.), et SAIGNAT (Léo)**, 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.
- **BERGEL (Jean-Louis)**, Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 3ème éd. 1999.
- **BERGEL (Jean-Louis), BRUSCHI (Marc) et CIMAMONTI (Sylvie)**, Les biens, in Traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J.-Beyrouth, Delta, 2000.
- **BEUDANT (Ch.)**, Cours de droit civil français, Seconde édition publiée par R. Beudant et Paul Lerebours-Pigonnère, Paris-Librairie Arthur Rousseau:
  - Tome VIII, Les contrats et les obligations par Gaston Lagarde (1936).
  - Tome XV, Vente et louage de choses par Jean Brethe de la Gressaye (1938).

- **MELLOULI (Slaheddine)**, Droit civil, Introduction à l'étude du droit, Tunis, Imprimerie Officielle de la République Tunisienne, 2000.
- **MERLE (Philippe)**, Droit commercial, Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 5ème éd., 1996.
- **MESTRE (Jacques), PUTMAN (Emmanuel) et BILLIAU (Marc)**, 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.
- **NAJJAR (Ibrahim)**, Actes à titre gratuit, Dalloz - Delta, 1999.
- **PAGE (Henri De)**:
  - L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé, Bruxelles, Ets. Emile Bruylant, 1957.
  - Traité élémentaire de droit civil belge, Tome 4, Les principaux contrats (1ère partie) Vol. I (La vente) 4ème éd. Par Anne Meinertzhagen-Limpens, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- **PEDAMON (Michel)**, Le contrat en droit allemand, Paris, L.G.D.J. coll. Droit des affaires, 1993.
- **PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges)**, Traité pratique de droit civil français, Paris, L.G.D.J.:

- **GHESTIN (Jacques) et DESCHE (Bernard)**, La vente, in traité de droit civil, Traité des contrats, sous la direction de Jacques Ghestin, L.G.D.J. Paris 1990.
- **GHESTIN (Jacques), JAMIN (Christophe) et BILLIAU (Marc)**, Les effets du contrat, in traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, 2è. éd., Paris, L.G.D.J. 1995, Beyrouth, Delta 1996.
- **GIFFARD (André) et VILLERS (Robert)**, Droit romain et ancien droit français (Obligations), Précis Dalloz, Paris, 3ème éd., 1970.
- **GIRARD (Paul-Frédéric)**, Manuel élémentaire de droit romain, Strasbourg, Imprimerie Alsacienne, 7ème éd. 1923.
- **HUET (Jérôme)**, Les principaux contrats spéciaux, in traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J.- Beyrouth, Delta, 1996.
- **JHERING (Rudolf Von)**, De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites, aeuves choisies, Tome 2, Trad. De Meulnaère, Paris 1893.
- **JOSSERAND (Louis)**, 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.
- **LAURENT (François)**, Principes de droit civil français, Bruxelles, Bruylant-Paris, Librairie A.Marescq. Ainé, Tome XXIV, 5ème édition, 1893.
- **LINANT de BELLEFONDS (Yves)**, Traité de droit musulman comparé éd.

- Tome III, Biens, par Maurice Picard, 2ème éd., 1952.
- Tome X, Contrats civils (Vente), par Joseph Hamel, 1932.
- Tome XI, Contrats civils, (Société et Association) par Jean Lepargneur, 2ème éd., 1954.
- **PERROT (Roger)**, Institutions judiciaires, Paris, Montchrestien - Beyrouth, Delta, 7ème éd., 1996.
- **RIPERT (Georges)**:
  - La règle morale dans les obligations civiles, Paris, L.G.D.J., 4ème éd. 1949.
  - Les forces créatrices du droit, Paris, L.G.D.J. 1955.
- **RIPERT (Georges) et BOULANGER (Jean)**, Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol, Paris, L.G.D.J. 1956:
  - Tome II, Obligations. Droits réels principaux.
  - Tome III, Sûretés réelles. Contrats civils.
- **RIPERT (Georges) et ROBLOT (René)**, Traité de droit commercial, Paris, L.G.D.J.:
  - Tome 1 - Volume 2, Les sociétés commerciales, par Michel Germain, 18ème éd., 2002.
  - Tome 2, Effets de commerce, Banques et Bourse, Contrats commerciaux, Procédures collectives, par Philippe Delebecque et Michel Germain, 16ème éd., 2000.
- **ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent)**, Adages du droit français, Paris, Litec, 4ème édition, 1999.

- Mouton et Cie, Paris-La Haye, 1965.
- **MALAURIE (Philippe) et AYNES (Laurent)**, Cours de droit civil, Cujas, Paris:
    - 2/ Les personnes - les incapacités, par Ph. Malaurie, 3è éd. 1994/1995.
    - 4/ Les biens, la publicité foncière, 2ème éd. 1992.
    - 5/ Les successions, les libéralités, par Ph. Malaurie avec le concours de P.-J. Cloux et N. Gouzigou-Suhas, 4ème éd., 1998.
    - 6/ Les obligations, 9ème éd. 1998/1999.
    - 8/ Les contrats spéciaux, 11è. éd., 1998.
    - 9/ Sûretés, Publicité Foncière. Par Laurent Aynès, 10ème éd. 2000/2001.
  - **MARTY (Gabriel), RAYNAUD (Pierre) et JOURDAIN (Patrice)**, Les biens, Paris, Dalloz, 1995- Beyrouth, Delta 1997.
  - **MAY (Gaston)**, Eléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit, Librairie du Recueil-Sirey, Paris, 15ème éd., 1925.
  - **MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (François)**, Leçons de droit civil, Paris, Montchrestien:
    - Tome I, 1er vol. Introduction à l'étude du droit, 10ème éd., par F.Chabas, 1991.
    - Tome II, 1er vol. Obligation, Théorie générale, 8ème éd. Par F. Chabas, 1991.
    - Tome II, 2ème vol. Biens, Droit de propriété et ses démembrements, 8ème éd. Par F. Chabas, 1994.
    - Tome III, 2ème vol. Principaux contrats: Vente et échange, 7ème éd., par Michel de Juglart, 1987.



- **BOUT (Roger)**, La gestion d'affaires en droit français contemporain, thèse, L.G.D.J. 1972.
- **BOYER (Louis)**, La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, thèse Toulouse, Sirey, Paris 1949.
- **BROCHARD (Elisabeth)**, Le retard dans le transfert de propriété, thèse Paris II, 1987.
- **CATALA (Nicole)**, La nature juridique du paiement, Paris L.G.D.J., 1961.
- **CHAFFAI (Mohamed Moncef)**, La demeure du débiteur dans l'exécution du contrat en droit civil, thèse Tunis, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques, 1984.
- **CHAISEMARTIN (Louis De)**, Des effets entre les parties des contrats portant disposition de la chose d'autrui, thèse Paris, 1936.
- **CHANTAUD (Gaston)**, Les sûretés réelles sur la chose d'autrui, thèse Paris, Librairie Marescq Ainé, 1900.
- **CHARFEDDINE (Mohamed Kamel)**, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, Tunis, C.E.R.P., 1993.
- **CRAMPON Pierre**, De la revendication des immeubles au cas de la vente de la

- **SALEILLES (Raymond)**, 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.
- **SANTILLANA (David)**, Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita, Pubblicazioni dell'Istituto per l'Oriente, Roma, 1938.
- **SCHMIDT-SZALEWSKY (Joanna)**, Droit des contrats, in Jurisprudence française, [5], Litec, Paris 1989.
- **SIMLER (Philippe) et DELEBECQUE (Philippe)**, Droit civil, les sûretés, la publicité foncière, Précis Dalloz, 2ème éd., 1995.
- **STARCK (Boris), ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent)**, Droit civil, Obligations, 2. Contrat, Paris, Litec 3ème éd. 1989.
- **STÉFANI (Gaston)**, L'acquisition de la propriété en droit égyptien (Doctorat), Cours de droit comparé, Les cours de droit, Paris, 1956-1957.
- **STÉFANI (Gaston), LEVASSEUR (Georges) et BOULOC (Bernard)**, Droit pénal général, Précis Dalloz, 17ème éd. Paris 2000.
- **TERRÉ (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves)**, Droit civil, Les obligations, Dalloz, Paris - Delta, Beyrouth, 6ème éd., 1996.
- **VINEY (Geneviève) et JOURDAIN (Patrice)**, Les effets de la responsabilité, in, Traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J. - Beyrouth, Delta, 2ème édition, 2001-2002.

- chose d'autrui, thèse Paris, 1969.
- **COMATY (Abdallah)**, Du mode d'exécution forcée des obligations et des obligations de donner et de faire, thèse Toulouse, 1975.
- **CONSTANTINESCO (Léontin-Jean)**, Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (Droits français, allemand, anglais). Publications de l'Institut de droit européen de l'Université de la Sarre, Volume n°5, Stuttgart, éd. W. Kohlhammer Verlag-Bruxelles, Librairie encyclopédique, 1960.
- **COUTURIER (Gérard)**, La confirmation des actes nuls, thèse Paris, L.G.D.J. 1969.
- **DUCLOS (José)**, L'opposabilité, Essai d'une théorie générale, thèse L.G.D.J. 1984.
- **DURMA (Mircea)**, La notification de volonté, rôle de la notification dans la formation des actes juridiques, thèse Paris, Sirey, 1930.
- **FERCHICHI (Béchir)**, La tutelle des père et mère sur leurs enfants mineurs dans les droits tunisien et marocain comparés, thèse Tunis, Faculté de droit et des sciences politiques, 1983.
- **FLATTET (Guy)**, Les contrats pour le compte d'autrui, Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français, Paris, Sirey 1956.
- **FIETTA (Paul)**, Des caractères et des effets de la vente de la chose d'autrui, thèse Nancy, 1888.
- **FORMEY de SAINT-LOUVENT (Ch.)**, De l'aliénation de la chose d'autrui dans le droit civil français, thèse Caen, 1904.

- **VISSCHER (Fernand De)**, La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel, Bruxelles-Berlin, Goemaeri, Puttkammer et Mühlbrecht-Paris, Arthur Rousseau, 1914.
- **ZENATI (Frédéric) et REVET (Thierry)**, Les biens, Paris, P.U.F., Coll. Droit fondamental, 2ème éd., 1997.

#### B- THESEES ET MEMOIRES:

- **ARFAOUI (Ezzeddine)**, 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.
- **AUDIBERT (Charles-Adrien)**, Etude sur la nullité des actes de disposition entre vifs qui ont pour objet la chose d'autrui, thèse Lyon, 1877.
- **AYARI (Mounir)**, La preuve de la date de l'écrit, mémoire de D.E.A de droit privé, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1992-1993.
- **BAG BAG (Mohamed)**, La déclaration de volonté, source d'obligation dans le code des obligations et des contrats (Essai d'une théorie générale), thèse Tunis, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1994.
- **BEAUVAIS (Céline)**, 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.
- **BESSROUR (Noureddine)**, Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel, thèse Tunis, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis 2001.

- OTTENHOF (Reynald), Le droit pénal et la formation du contrat civil, thèse Rennes 1968, L.G.D.J. Paris 1970.
- PAGEAUD (Paul-Albert), Un aspect de la sécurité juridique: L'acte conservatoire comme acte nécessaire, thèse Poitiers, 1941.
- PALLARD (Roger), L'exception de nécessité en droit civil, thèse Poitiers, 1935.
- REBAI (Abdelwaheb), La vente d'immeuble à construire en droit tunisien, thèse Paris XII, L.G.D.J. 2003.
- RENAULT (Etienne), Les actes accomplis par le titulaire apparent d'un droit, thèse Bordeaux, 1917.
- RONTCHEVSKY (Nicolas), L'effet de l'obligation, éd. Economica, Paris, 1997.
- ROULLER (Alain), La maxime «Nemo plus juris...» en Droit civil français, Etude synthétique et critique, thèse Rennes, 1964.
- SAID (Mohamed), Les constructions sur le sol d'autrui dans le cadre des articles 36 et 37 du code des droits réels, mémoire de D.E.A. de droit privé, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1986-1987.
- STANISLAS (Guy), 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.

- FRENISY (Anne-Marie), Des effets attachés par les juridictions répressives aux actes nuls au regard du droit civil et du droit commercial, thèse Paris, 1959.
- GAILLARD (Emmanuel), Le pouvoir en droit privé, Paris Economica, Coll. Droit civil, Dirigé par Ch.Larroumet, Série Etudes et recherches, 1985.
- GROSS (Bernard), La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, Paris L.G.D.J. 1964.
- GOYON (Christian), Des effets des conventions et des actes de disposition ayant pour objet la chose d'autrui, thèse Toulouse, 1884.
- HÉRAIL de BRISIS (Martine D'), L'adage «donner et retenir ne vaut», sa valeur actuelle, thèse Bordeaux I, 1982.
- JACQUOT (François), Du contrat de vente au droit de la vente: Réflexions de théorie générale sur un contrat spécial, thèse Toulouse, 1998.
- JAPIOT (René), Des nullités en matière d'actes juridiques, thèse Dijon, Paris-Arthur Rousseau, 1909.
- JAUBERT (Joseph), Des effets civils de la bonne foi, thèse Paris, éd. A. Pedone, Editeur 1899.
- JESTAZ (Philippe), L'urgence et les principes classiques de droit civil, thèse Paris, L.G.D.J., 1968.
- KHALIFA (Mohamed Saâd), Les sanctions...

- **SOULIÉ (Joseph)**, Essai sur la nature juridique et les effets du cautionnement sous la forme hypothécaire, thèse Toulouse, 1913.
- **SOULMAGNON (Georges)**, La loi du 1er juillet 1885 sur la propriété immobilière et le régime des livres fonciers, éd. Sirey, Paris 1933.
- **TROLLEY (Alfred)**, 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.
- **VANWIJCK-ALEXANDRE (Michèle)**, 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.
- **VOUIN (Robert)**, La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français, thèse Bordeaux, L.G.D.J., Paris 1939.
- **VRABIESCO (Julien)**, 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.
- **YOUSSEF née BABAI (Souad)**:
  - 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.
  - L'acte juridique unilatéral source autonome d'obligation en droit privé, thèse Tunis, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001.
- **ZAKI (Mohamoud Gamel Eddine)**, La bonne foi dans l'acquisition des droits en droit privé, étude comparée, Imp. De l'Université Fouad 1er, Le Caire 1952.

- **SAAD (Mohammed Saad)**, Les sanctions de l'imperfection de l'acte juridique, Essai d'une théorie générale en droit civil français et égyptien, thèse Toulouse, 1988.
- **KNANI (Youssef)**, La protection juridique du malade, Réflexions sur la politique Législative tunisienne, thèse Paris II, 1980.
- **LARIVIERE**, Essai d'une théorie générale de la garantie en matière de transfert de droit (De la garantie d'éviction en fonction de la responsabilité), thèse Paris, 1944.
- **LEGROS (Paul)**, Du legs de la chose d'autrui, thèse Rennes, 1933.
- **MALAURIE (Marie)**, Les restitutions en droit civil, thèse Paris II, Cujas 1991.
- **MARTIN de La MOUTTE (Jacques)**, L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, thèse Toulouse, L.G.D.J. 1951.
- **MAYER (Huguette)**, L'objet du contrat, thèse Bordeaux, 1968.
- **MERLE (Roger)**, Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, thèse Toulouse, 1948.
- **MORIN (G.)**, 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.
- **NALTET (Jacques)**, Du legs de la chose d'autrui, thèse Paris, 1922.
- **NECHITCH (Svetosar)**, L'action en résolution dans les contrats, thèse Paris, Imprimerie Jouve 1909.

- **CARBONNIER (Jean)**, Observations à la R.T.D.Civ. (Contrat spéciaux), 1956, p. 146.
- **CHAFFAI (Mohamed Moncef)**, 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, p. 23.
- **CHARFEDDINE (Mohamed Kamel)**:
  - Esquisse sur la méthode normative dans le code des obligations et des contrats, R.I.D.C., 1999, n°2, p. 421.
  - Le statut de la propriété privée incluse dans un périmètre d'intervention foncière, R.T.D. 1991, p. 216.
- **CHEHATA (Chafik)**, Le système des nullités en droit musulman hanéfite et en droit comparé, Revue Al-Ulum Al-Qanuniya wal-iqtasadiya, Le Caire, 1963, n° 12, p. 2.
- **CHEVALLIER (Jean)**, Rapport général sur l'«Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques», in Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées de Turin, Tome XIV, 1961-1962, p. 513.
- **CORNU (Gérard)**, Observations à la R.T.D.Civ. (Contrats Spéciaux) 1967, p. 185.
- **COURET (Alain)**, La notion juridique de conversion, in Mélanges offerts à Pierre...

## C- ARTICLES, CHRONIQUES ET NOTES:

- **AGOSTINI (Eric)**, L'argument à contrario, Dalloz-Sirey 1978, chr. XXX, p. 149.
- **ALLARA (M.)**, Rapport italien sur l'«Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques», in Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées de Turin (4 - 7 juin 1962), T.XIV, 1961-1962. p. 631.
- **ANCEL (Pascal)**, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, R.T.D. Civ. 1999, p. 771.
- **ARANGIO-RUIZ (Vincenzo)**, Le contrat de vente en droit romain, Revue Al Qanoun Wal Iqtisad, 2ème partie, 7è année, 1938, p. 191.
- **ARIBI (Imed)**:
  - Regards sur «Al Iqala» ou le Mutuus Dissensus, R.T.D. 1999, p. 21.
  - L'article 273 du Code des obligations et des contrats et l'option entre l'action en exécution et l'action en résolution, A.J.T. n° 12, 1998, p. 137.
- **AUBERT (Jean-Luc)**, obs. sous cass. Civ. 1ère, 15 mai 1974, Defrénois 1975, Art. n° 30954, p. 920.
- **BAG BAG (Mohamed)**, Le formalisme en droit privé tunisien: naissance ou réminiscence, 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. p. 139.

- Vigreux, Université des sciences économiques et sociales
- **DAGOT (Michel)**, L'hypothèque de l'immeuble indivis après la loi du 31 décembre 1976, J.C.P. 1980, éd. G. n° 2994.
  - **DEMOGUE (René)**, Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance, R.T.D.Civ., 1905, p. 723.
  - **DEPREZ (Jean)**, Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français, Rapport aux travaux de l'Association Henri Capitant sur les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles, journées d'Istanbul, 20-23 mai 1964, Tome XVII, p. 28.
  - **DIEZ-PICAZO (Louis)**, Rapport sur l'inefficacité de l'acte juridique selon le droit espagnol, in Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées de Turin, Tome XIV, 1961-1962, p. 598.
  - **DONNEDIEU de VABRES (H.)**, Note sous crim. 15 décembre 1943, Dalloz, 1945, Jurispr., p. 131.
  - **DURRY (Georges)**, 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, Tome XIV, 1961-1962, p. 611.
  - **EL-ALFY (Mohamed)**, Les contrats valides et les contrats nuls en droit musulman, Revue Al-Hoquq Wa-Charia, Université du Koweït, T.4, (1980), n°2, p.3.
  - **ELSAKKA (Mahmoud)**, Du principe Prior tempore Potior jure en droit romain classique, Revue AlQanoun Wal Iqtisad, Université du Caire, 1967, XXXVIIème année, p. 181.

- **BASTIAN (D.)**, Note sous Cass. Crim. 9 octobre 1940, J.C.P. 1941, n°1647.
- **BEL HAJ HAMOUDA (AJMI)**, Le droit de rétention dans le code des obligations et des contrats, R.T.D. 1976, II, p. 45.
- **BEN AMMOU (Nadhir)**, 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, I.O.R.T. Tunis 2000, p. 65.
- **BILLIAU (Marc)**, 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, p. 191.
- **BLOCH (Pascale)**, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, R.T.D.Civ. 1988, p. 673.
- **BOUGUERRA (Mohamed Moncef)**, Le juge tunisien et le droit du statut personnel, A.J.T n°14, 2001, p. 7.
- **BOULANGER (Jean)**, Principes généraux du droit et droit positif, in Mélanges Georges Ripert, Paris, L.G.D.J. 1950, Tome I, p. 51.
- **BREDIN (Jean-Denis)**, Note sous civ. 3<sup>ème</sup> 21 février 1973, R.T.D. civ. 1974, p. 174.
- **BRETON (André)**, Théorie générale de la renonciation aux droits réels, R.T.D.Civ. 1928, p. 261.

- **JAMBU-MERLIN (Roger)**, Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques, R.T.D.Civ. 1948, p. 271.
- **JAUBERT (Pierre)**, Deux notions du droit des biens: La consomptibilité et la fongibilité, R.T.D.Civ. 1945, p. 75.
- **JESTAZ (Philippe)**:
  - La sanction ou l'inconnue du droit, Dalloz-Sirey, 1986, chr. XXXII, p. 197.
  - L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Paris, P.U.F., 1986, p. 117.
- **JOURDAIN (Patrice)**, Les actes de disposition sur la chose indivise (condition juridique des actes irréguliers pendant l'indivision), R.T.D.Civ. 1987, p. 498.
- **KANAYAMA (Naoki)**, Donner et garantir - un siècle après ou une autre histoire, in Études offertes à Jacques Ghestin, L.G.D.J., Paris 2001, p. 473.
- **KARI (Monia)**, Note à propos d'un texte ambigu: L'article 535 du C.O.C., R.T.D. 1992, p. 203.
- **KNANI (Youssef)**, Chronique de jurisprudence: Contrats et quasi-contrats, R.T.D. 1984, p. 627.
- **KOTRANE (Hatem)**, Réflexions sur l'évolution de la théorie de la compétence territoriale, R.T.D. 1983, p. 461.

- **FABRE-MAGNAN (Muriel)**, Le mythe de l'obligation de donner, R.T.D.Civ., 1996, p.85.
- **FARHAT (Moncef)**, Participation et partenariat entre Administration et administrés: L'exemple de l'aménagement urbain, in Les mutations des relations entre l'Administration et ses administrés, Actes du Colloque des 11-12 mai 2000 Faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis, 2002, Coll. Forum des juristes, volume IX, p. 247.
- **FLOUR (Jacques)**, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in Le droit privé au milieu du XXème siècle, études offertes à Georges Ripert, Paris, L.G.D.J. 1950, p. 93.
- **FOLLEVILLE (Daniel De)**, Essai sur la vente de la chose d'autrui, Revue Pratique de Droit Français, Tomes 32 à 35, 1871 à 1873.
- **FOURNIER (Alain)**, Hypothèque conventionnelle, in Répertoire de droit civil, Encyclopédie juridique, Dalloz, 2è éd., 1995.
- **GAUTIER (Pierre-Yves)**, Note sous Cass. Civ. 1ère 27 mai 1986, Dalloz-Sirey 1987, Jurispr., p. 210.
- **GHAZOUANI (Noureddine)**, Réflexions sur la sanction de la vente de la chose d'autrui, R.T.D. 1987, p.119.
- **GHESTIN (Jacques)**, Réflexions d'un juriste

- **LARGUIER (Jean)**, La tentative d'escroquerie impossible, obs. sous Cass.crim. 7 janvier 1980, in Chronique de jurisprudence à la R.Sc.Crim. 1981, p. 365.
- **LE GALCHER-BARON (Michel)**, L'obligation de garantie, obstacle à une action en nullité pour incapacité, R.T.D.Civ. 1959, p. 257.
- **LÉAUTE (Jacques)**, Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial, in Mélanges offerts à Léon Julliot de La Morandière, p. 243.
- **LEGROS (R.)**, Essai sur l'autonomie du droit pénal, Revue de droit pénal et de criminologie, 1956, p. 5.
- **LELIGOIS (A.)**, Etude sur la vente de la chose d'autrui, Revue critique de législation et de jurisprudence, Tome XXXV, 19è année, 1869, p.16.
- **LEROUX (Evelyne)**, Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945, R.T.D.Civ. 1974, p. 509.
- **LOUSSOUARN (Yvon)**, Rapport de synthèse aux travaux de l'Association Henri Capitant sur la bonne foi, Journées Louisianaises du 14 au 17 mai 1992, Tome XLIII, Paris, Litec, 1994, p. 7.
- **MALAUURIE (Philippe)**, Vente, in Répertoire de droit civil, Encyclopédie juridique Dalloz, 1976.
- **MAZEAUD (Henri)**, La maxime «Error Communis facit jus», R.T.D.Civ. 1924, p. 929.
- **MELLOULI (Slaheddine)**, La demande reconventionnelle, R.T.D. 1981, p.11.

- propriété, Dalloz 1989, Chr., p. 1.
- **GIVERDON (Claude)**, Chronique de jurisprudence (propriété et droits réels), R.T.D.Civ. 1976, p. 371.
- **GODÉ (Pierre)**, Jurisclasseur civil, Notarial répertoire, fascicule M., art. 1599, mis à jour par Raymond le Guidec, 11; 1990.
- **GORÉ (François)**:
  - Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer, R.T.D.Civ., 1947, p. 161.
  - Le transfert de propriété dans les ventes de choses de genre, Dalloz, 1945, II, Chr. p. 175.
- **GOUTAL (Jean-Louis)**, L'autonomie du droit pénal, reflux et métamorphoses, Rev. Sc.Crim., 1980, p. 917.
- **GUIHO (Pierre)**, Les actes de disposition sur la chose d'autrui, R.T.D. Civ., 1954, p.I.
- **GUITTARD (M.)**, La réparation du dommage en matière contractuelle, G.P. 1978, I, doct. p. 10.
- **HOUIN (Roger)**, Les incapacités, R.T.D.Civ., 1947, p. 383.
- **HUET (Jérôme)**, Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée, in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle, L.G.D.J. Paris 2001, p. 425.



- **VAN OMMESLAGHE (Pierre)**, Rapport Général sur la bonne foi dans la formation du contrat, in Travaux de l'Association Henri Capitant sur la bonne foi, Tome XLIII, 1992, Litec Paris 1994, p. 25.
- **VARICEL (Marc)**, Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort ? Dalloz 1988, Chr. XVIII, p. 123.
- **VASSEUR (M.)**, Les effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines, Rev.Sc.crim. 1951, p. 1.
- **VECCHIO (Giorgio del)**, Les principes généraux du droit, in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Tome II, Librairie Edouard Duchemin, Paris-Topos Verlag AG, Vaduz, Liechtenstein, 1977, p. 69.
- **VERDOT (René)**, 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.
- **VIRASSAMY (Georges)**, La connaissance et l'opposabilité, 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, p. 132.
- **VOUIN (Robert)**, Justice criminelle et autonomie du droit pénal, Dalloz, 1947, Chr. p. 81.
- **WAHL (Albert)**, note sous Tribunal de l'empire (Allemagne) 20 mars 1894, Sirey

- **MESTRE (Jacques)**, Le gage de choses futures, D.S. 1982, Chr., p. 141.
- **MULLER (Michèle)**, L'acquéreur de bonne foi d'un meuble, vers un nouvel équilibre entre ses droits et ceux du propriétaire injustement dépouillé, R.T.D.Civ. 1989, p. 697.
- **MORCOS (Soliman)**, La théorie des risques en droit français et en droit égyptien comparés, Revue Al Qanoun Wal Iqtisad, Université du Caire, 1936, p. 322.
- **MOUSSA (M.L. Fadhel)**, La constitution et la propriété en Tunisie, R.T.D. 1986, p. 371.
- **NAST**, Note sous Cass. Crim. 4 juin 1915 (Arrêt Garrêt), D. 1921, I. p. 57.
- **PERROT (Roger)**, Note sous civ. 1ère des 19 et 22 mars 1955, D. 1955, p. 537.
- **PETIT (Bruno)**, L'évidence, R.T.D.Civ. 1986, p. 485.
- **PIÉDELIÈVRE (Alain)**, Quelques réflexions sur la maxime «Quod nullum est, nullum producit effectum», in Mélanges Pierre Voirin, p. 638.
- **RAYNAUD (Pierre)**, La renonciation à un droit: sa nature et son domaine, R.T.D.Civ 1936, p. 763.
- **RENARD (Claude) et VIEUJEAN (M.E)**, Rapport sur la nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge, in Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées de Turin, Tome XIV, 1961-1962, p. 521.
- **SAINT-ALARY HOUIN (Corinne)**, (5)

- **WEILL (Alex)**, 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, p. 1165.
- **ZENATI (Frédéric) et FOURNIER (Stéphanie)**, Essai d'une théorie unitaire de la prescription, R.T.D.Civ. 1996, p. 339.

#### D- CODES ANNOTÉS:

- **Code civil (français)**, 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.
- **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.
- **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.
- **Code civil ou Recueil des lois qui les composent** avec les discours, rapports et opinions, Imprimerie Mame, Angers, Tome IV, non daté.
- **Travaux de la commission de réforme du code civil**, Année 1945-1946, Paris, Sirey, 1948.

- **COHEN (Corinne)**, réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière, in Mélanges Pierre Raynaud, Dalloz, Sirey, 1985, p. 733.
- **SANTILLANA (David)**, Avant-propos à l'avant-projet de code civil et commercial tunisien, Imprimerie Générale, J.Picard et Cie, Tunis, 1899.
- **STEFANI (Gaston)**:
  - Préface à Quelques aspects de l'autonomie de droit pénal, Etudes de droit criminel sous la direction de G. Stefani, Dalloz, Paris, 1956.
  - Le rôle de la Convention dans le transfert de la propriété immobilière en droit égyptien, Revue Al Qanoun Wal Iqtisad, Université du Caire, 16è année, 1946, n°3, p. 87.
  - La vente de l'immeuble d'autrui en droit égyptien, Revue Al Qanoun Wal Iqtisad, Université du Caire, 1938, n° 3, p. 144.
- **STORCK (Michel)**, L'exemption de nullité en droit privé, Dalloz 1987, chr., p. 67.
- **TALLON (Denis)**:
  - 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.
  - Le surprenant réveil de l'obligation de donner, Dalloz 1992, Chr., p. 67.
- **TANAGHO (Samir)**, L'hypothèque des biens à venir, R.T.D.Civ., 1970, p. 441.
- **THOMAS (Yan)**, Une invention de la romanistique allemande: L'acte de transfert abstrait, Revue Droit: Revue française de théorie juridique, n° 7, L'acte juridique, 1988, p. 37.
- **THUILLIER (H.)**, Obs sous Cass.civ., 3ème, 8 octobre 1974, Sem. Jur. (J.C.P) 1975, n° 17930.

**E- LEXIQUES ET DICTIONNAIRES:**

- Dictionnaire le nouveau PETIT ROBERT, éd. 1993.
- Lexique de termes juridiques, de Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, Dalloz 1993, 9ème édition, sous la direction de Serge Guinchard et Gabriel Montagnier.
- Vocabulaire juridique, dictionnaire de l'Association Henri Capitant, sous la direction de Gérard CORNU, P.U.F. - Delta - Paris, Beyrouth, 5ème éd., 1996.

# ثَبَتَ مُصْطَلِحِي

## تتبيه:

- 1- الأرقام تحيل إلى أعداد الفقرات والهوامش لا الصفحات.
- 2- الأرقام التُخينة تشير إلى الموضوع الأصلي للمصطلح / للمادة.
- 3- الأرقام الصّغيرة الموضوعية بين قوسين والمسبوقه بحرف الهاء تحيل إلى هامش الرّقم الأصلي الذي تتبعه.
- 4- حرف الباء الموضوع أمام الأرقام يعني أنّ المصطلح موجود بالرّقم المذكور والأرقام التي تليه.
- 5- حرف الرّاء هو اختصار ل: انظر.

أجنبي: 4-5 (31هـ) -23 (198هـ) -  
 121 (582هـ)  
 احتجاج: 46-52-55-123-125-486 ب  
 اختلاس: 64-66-78  
 أخلاق:  
 - دينية: 1  
 - في التقادم: 550 (1660هـ) -611  
 (1835هـ)  
 - في حسن النية: 761-762-763  
 - لامشروعية أخلاقية: 34 (270هـ) -379  
 إدخال البائع: 745-772 ب  
 إذن شرعي: 18  
 إرث: (ر: ت: كة)

-1-  
 التمان: 5 (31هـ) -182-558  
 إباحة: 2-48  
 - أسباب الإباحة: 81 (453هـ).  
 أثر رجعي:  
 - للإجازة: 466 ب  
 - للتقادم: 555 ب  
 - للشرط: 222  
 - للفسخ: 588 (1765هـ) -717-718  
 - لنفاذ التقويت: 494-581  
 أثر شخصي: 16-45-312 ب  
 أثر عيني: 10-16-17-21-45-46-52-  
 312-55 ب-366-370-397

أرض:

458-443

- اشتراكية: 560-529-116 (هـ 1690)

- فلاحية: 23 (هـ 198)

أسباب اكتساب الملكية: 480-479-104

- بالعقد: 482ب-521ب

- بمفعول القانون: 560ب

- بموجب الوفاة: 496ب

- استحالة الالتزام: 98ب-12-94ب (هـ 509)-

- 116-115-113-107-106

386-170

استحالة التنفيذ:

- إثباتها: 645ب

- خصائصها: 614ب

- شرط للفسخ: 605-595

- مصلحة الدائن (المفوت له): 602-

إثراء بدون سبب: 253 (هـ 953)-343-

(هـ 1198)- 733 (هـ 2088)-754.

الإجازة: 81-28-27-18-17-16- (هـ 453)-

226

- والبطلان النسبي: 162

- معانيها: 398-165

- مقارنتها بالإمضاء والتصديق: 399-

464-400

إجازة العقد الموقوف: 246

إجازة التفويت في ملك الغير:

- آثارها: 443 ب

- أثرها الرجعي: 466 ب

- شروطها: 401 ب

- صيغتها: 417 ب

- انتزاع للمصلحة العمومية: 9-563ب-574-  
671  
انتقال الملكية:  
- أثر آلي: 299 ب  
- أثر فوري: 286-297  
- تأجيل: 287ب-641  
- أثر قانوني: 280ب-295  
- التطور التاريخي: 302  
- التنازل واكتساب: 306ب-333-  
458-468-474 (هـ. 1484)  
- في القانون الروماني: 16-17-302  
الانتقال الرضائي للملكية: 96-97-104-  
296  
انصاف: 125-126-127-128-129-130-131-132-133-134-135-136-137-138-139-140-141-142-143-144-145-146-147-148-149-150-151-152-153-154-155-156-157-158-159-160-161-162-163-164-165-166-167-168-169-170-171-172-173-174-175-176-177-178-179-180-181-182-183-184-185-186-187-188-189-190-191-192-193-194-195-196-197-198-199-200-201-202-203-204-205-206-207-208-209-210-211-212-213-214-215-216-217-218-219-220-221-222-223-224-225-226-227-228-229-230-231-232-233-234-235-236-237-238-239-240-241-242-243-244-245-246-247-248-249-250-251-252-253-254-255-256-257-258-259-260-261-262-263-264-265-266-267-268-269-270-271-272-273-274-275-276-277-278-279-280-281-282-283-284-285-286-287-288-289-290-291-292-293-294-295-296-297-298-299-300-301-302-303-304-305-306-307-308-309-310-311-312-313-314-315-316-317-318-319-320-321-322-323-324-325-326-327-328-329-330-331-332-333-334-335-336-337-338-339-340-341-342-343-344-345-346-347-348-349-350-351-352-353-354-355-356-357-358-359-360-361-362-363-364-365-366-367-368-369-370-371-372-373-374-375-376-377-378-379-380-381-382-383-384-385-386-387-388-389-390-391-392-393-394-395-396-397-398-399-400-401-402-403-404-405-406-407-408-409-410-411-412-413-414-415-416-417-418-419-420-421-422-423-424-425-426-427-428-429-430-431-432-433-434-435-436-437-438-439-440-441-442-443-444-445-446-447-448-449-450-451-452-453-454-455-456-457-458-459-460-461-462-463-464-465-466-467-468-469-470-471-472-473-474-475-476-477-478-479-480-481-482-483-484-485-486-487-488-489-490-491-492-493-494-495-496-497-498-499-500-501-502-503-504-505-506-507-508-509-510-511-512-513-514-515-516-517-518-519-520-521-522-523-524-525-526-527-528-529-530-531-532-533-534-535-536-537-538-539-540-541-542-543-544-545-546-547-548-549-550-551-552-553-554-555-556-557-558-559-560-561-562-563-564-565-566-567-568-569-570-571-572-573-574-575-576-577-578-579-580-581-582-583-584-585-586-587-588-589-590-591-592-593-594-595-596-597-598-599-600-601-602-603-604-605-606-607-608-609-610-611-612-613-614-615-616-617-618-619-620-621-622-623-624-625-626-627-628-629-630-631-632-633-634-635-636-637-638-639-640-641-642-643-644-645-646-647-648-649-650-651-652-653-654-655-656-657-658-659-660-661-662-663-664-665-666-667-668-669-670-671-672-673-674-675-676-677-678-679-680-681-682-683-684-685-686-687-688-689-690-691-692-693-694-695-696-697-698-699-700-701-702-703-704-705-706-707-708-709-710-711-712-713-714-715-716-717-718-719-720-721-722-723-724-725-726-727-728-729-730-731-732-733-734-735-736-737-738-739-740-741-742-743-744-745-746-747-748-749-750-751-752-753-754-755-756-757-758-759-760-761-762-763-764-765-766-767-768-769-770-771-772-773-774-775-776-777-778-779-780-781-782-783-784-785-786-787-788-789-790-791-792-793-794-795-796-797-798-799-800-801-802-803-804-805-806-807-808-809-810-811-812-813-814-815-816-817-818-819-820-821-822-823-824-825-826-827-828-829-830-831-832-833-834-835-836-837-838-839-840-841-842-843-844-845-846-847-848-849-850-851-852-853-854-855-856-857-858-859-860-861-862-863-864-865-866-867-868-869-870-871-872-873-874-875-876-877-878-879-880-881-882-883-884-885-886-887-888-889-890-891-892-893-894-895-896-897-898-899-900-901-902-903-904-905-906-907-908-909-910-911-912-913-914-915-916-917-918-919-920-921-922-923-924-925-926-927-928-929-930-931-932-933-934-935-936-937-938-939-940-941-942-943-944-945-946-947-948-949-950-951-952-953-954-955-956-957-958-959-960-961-962-963-964-965-966-967-968-969-970-971-972-973-974-975-976-977-978-979-980-981-982-983-984-985-986-987-988-989-990-991-992-993-994-995-996-997-998-999-1000

- أعمال:  
- إدارة: 5-8  
- حفظ: 5-8  
- ناقلة للملكية: 6-121-538-553-  
690 (هـ. 2000)  
إفراز: 11-103  
أقارب: 6  
التزام:  
- البائع في القانون الروماني: 16-302  
- بعمل: 2-10-101-293-656  
- بنقل الملكية (بالحق العيني): 2 (هـ. 14)-  
100-101-205-213-280ب-313  
(هـ. 1105)  
686-634-619  
- مفهومها: 606ب  
الاستحقاق:  
- استحقاق الرهن: 671  
- واستحالة التنفيذ: 607ب  
- مفهومه وأنواعه: 324-325-608  
استرداد: 14 (هـ. 110)  
استهلاك الشيء بحسن نية: 16-364  
(هـ. 1244)-283 (هـ. 1023)  
استيلاء:  
- باطل: 63-69-78  
- على مشترك قبل القسمة: 66  
- على منقول: 11-521 (هـ. 1579)

بيع: 110 (552هـ)

بيع:

- تمام البيع: 104
- تنظيم البيع: 102 (530هـ)
- جبري: 9-121-326 (1156هـ) - 360
- جزافا: 289 (1236هـ)-440-482
- رضائي للمعقول: 9 (63هـ)
- السيارات والجرارات: 65-291
- (1060هـ)-490
- غير مرسم: 315-315 (1120هـ)
- ما لا يملك: 60-73
- مرتين (ما سبق بيعه): 53-60-70-
- 75-76-81-110-120-769 (2195هـ)
- المعدوم (الشيء المستقبل): 214-290 (1052هـ).

بيع: 125 (679-688-1972هـ) 697-

717-(2014هـ)

- إنزال: 7 (59هـ)-364
- إنقاص (إضعاف) الضمانات: 671-672
- أهلية: 5-6 (42هـ)-10-23-399
- أوامر حوزية: 16 (123هـ)
- أولوية الوكالات العقارية: 567ب-570-

578ب

ب

بطلان: 3-12-17-18-22-31ب

- أعمال فترة الريبة: 53
- التفويت في معقول: 53
- مفهومه: 31-51ب
- بطلان مطلق: 32ب
- تحول العقد الباطل: 230

- عيني: 2 (14هـ)

الالتزام بجعل المشتري يكتسب الملكية:

351ب-504-641-653-656ب-

667

التصاق: 521 (1578هـ)

ألفاظ العموم: 48-54-213

إمضاء: 162-433

- التصرف الباطل: 165-400-427

- عمل الفضولي: 456

إمكانية الالتزام: 33

إمكانية التفويت: 94ب-107

أمن قانوني: 25-333 (1178هـ)-763

800-(2183هـ)

إنابة حوزية: 302 (1084هـ)-702-705

انتزاع الملكية للمصلحة الخاصة: 9

إسقاط: 5 (27هـ)-407 (1332هـ)

إشهار عقاري: 20-46-81-123-486-

488-487

- تسلسل الترسيمات: 23 (196هـ)-338-

511

- القوة الثبوتية للترسيم: 125 (617هـ)

- المفعول المنشئ للترسيم: 314-339-

425-474 (1484هـ)-488-511-562

- نظرية الصكوك المتأخرة: 695

اعتراف بحق المالك: 788ب

إعذار المدين: 597-642

إعلام:

- بالإجازة: 431ب

- كاذب: 63



بنسب:

- الاحتفاظ بالملكية: 490-487-291
- الإعفاء من الضمان: 768-344-175
- التخلي والتمليك: 306-302
- تشديد الضمان: 767
- عدم التفويذ: 263-12 (976هـ) -487-
- 492
- فسخي: 228 (861هـ)
- تاريخ القانون: 15-3
- تأمينات: 9 (63هـ) -12-16-65-574-575
- تأويل:
- أولوية النص العربي: 3 (14هـ) -150-

- تحمّل التبعة (الانفاسخ): 605-587-
- 608-632-688 (1992هـ) -674-
- 677-731 (2079هـ)
- تحيّل: 2-63-70ب
- محاولة تحيّل: 78
- تدخل: 745-744
- ترخيص إداري: 4-451-484
- ترسيم: (ر: إظهار عقاري)
- تركة: 4-13-16-23-121
- انتقالها إلى الورثة: 508-504-384
- تركة شاغرة: 23 (196هـ)
- تركة مستقبلية: 502-501-210-205
- تسجيل عقاري:

- تصرف تدائيسي: 713-60 (2044هـ)
- التصرف المزدوج في نقل الملكية: (ر: نقل الملكية)
- تصديق: (ر: إمضاء)
- تصبير بالدين: 7 (54هـ) -16-364 (1247هـ) -
- 366 (1251هـ) -739
- تعاقد في حق الغير: 10-208-226-400-
- 455
- تعهد عن الغير: 10-131 (636هـ) -333-
- (1182هـ)
- تعويض الخسارة: 10-81-711ب
- تقديره: 718ب
- خطأ المفوت له: 771ب
- المصاحبة للإلزامية:
- في مال القاصر: 405-404
- في مسروق: 23-16
- في شيء مملوك للمفوت له: 12-16-
- 107 (548هـ)
- مرتكين: 120ب-546
- نيابي: 10
- تقادم مطهر: 558 (1685هـ)
- تقادم مكسب: 552ب
- طويل: 701-700-534
- في الفقه الإسلامي: 548 (1664هـ)
- في القانون الروماني: 16-17-533-
- (1626هـ)
- قصير (عشري): 397-535-611-

707-706-343 - والضمان:  
 - والفسخ: 698 ب  
 تقصير:  
 - إجرائي: 773 ب  
 - المفوت له: 786 ب  
 تنازل:  
 - إسقاطي: 5 (27هـ) - 45-306 (1093هـ) -  
 433  
 - عن التقادم: 611 (1835هـ)  
 - عن الضمان: 775-789  
 - عن الملكية: 2  
 - عن الميراث: 482 (1504هـ)  
 - في الإجازة: 433-447-449-458  
 - في الصلح: 7 (53هـ)  
 التنازل والاكتماب: (ر: انتقال الملكية)

741 (2106هـ)  
 - مواعنه: 758 ب  
 تقرير البائع: 769 ب  
 تفریط:  
 - المفوت له: 788  
 - في معقول: 73 (425هـ)  
 تفضّل: 6  
 تفويت (بعوض):  
 - تعريفه: 5 ب  
 - تجريم التفويت في ملك الغير: 57 ب  
 - تعليق التفويت: 659 ب  
 - صوري: 543  
 - غير نيابي: 10  
 - في مال شائع: 126-658

110 - حكم عقاري:  
 - الدعوى الشخصية: 343 (1198هـ) -  
 689-692-694 (2005هـ) - 791  
 - عقار مسجل: 23 (196هـ) - 336 ب -  
 423  
 - وفسخ التفويت: 689 ب  
 - مانع للتقادم: 529  
 - مانع للضمان: 343-693-790  
 - مفعول تطهيري: 689-694-696  
 تسمية المهر: 7 (57هـ) - 604 (1812هـ) - 737-  
 (2098هـ) - 758 (2169هـ)  
 تصرف:  
 - الفضولي: (ر: فضولي)  
 - قانوني: 5  
 - قولي: 18-51

154  
 - تأويل توسعي: 82 (459هـ)  
 - التخفيف عند التأويل: 744  
 - تأويل ضيق للنص الجنائي: 73-82  
 - سهو المشرع: 150-154-187  
 - قواعد التأويل: 43-44  
 - القياس: 9-43-145  
 - القياس بمفهوم المخالفة: 194  
 - المصادر المادية: 258  
 - النص الخاص يقدم على النص العام:  
 625-626  
 - نص وضعي: 28-52  
 تبليغ: (ر: بيع جبري)  
 تبرع: 6-7-24  
 - انعدام الضمان فيه: 378 ب  
 - سند صحيح في التقادم: 538

تواطؤ: 81-121-789

توثيقة: 62-64-76

- 76 -

ثمّار العين:

- استحقاق: 475

- تعريف: 751ب

- ردّ: 752 (2152هـ)

الثلث: 9-18

- والتعويض: 719ب

- تنقيص: 730

- فوائد: 727-752 (2152هـ)

- 8 -

- 90-68

- 8 -

حائز عرضي: 527

حبس (أحباس - وقف): 73-87-110-

113-116-261-532 (1625هـ)

حبس:

- الثمن: 357-628-659ب

- الوثائق: 659 (1924هـ)

الحجر: 5 (33-23هـ) (197هـ)

- أساس لمنع التقويت: 136 (649هـ)

- على القصر: 404-405

- في مرض الموت: 407

حسن النية: 14-52-52 (344هـ)

- في البطلان النسبي: 143

- تبعي: (ر: الرهن)

- الرهن: 177

- السكني: 7 (60هـ)

- الهواة: 16

حكم:

- التقويت: 2-24

- عقاري: (ر: تسجيل عقاري)

- العقد: 24 (202هـ) 274 (998هـ) 396-

(1293هـ)

حلول عيني: 574-575-671

حوز: 5 (23هـ)

- شهادة الحوز: 535 (1629هـ)

- في التقادم المكسب: 524ب

- دعوى المقررات القولية (التنفيذ): 16

(131هـ)

دعوى:

- الاسترداد: 17

- أصلية (الضمان): 745

- بوليائية: 53-550 (1667هـ)

- فرعية: (ر: إدخال البائع)

- الفسخ: 91-439-745

- مدنية: 75

- منحرفة: 550 (1667هـ)

دفع:

- إجرائي: 774

- بالبطلان: (ر: ...)

- بعدم التنفيذ: 357 (1244هـ) - 659ب -  
677

- د -

ذمة مالية: 5-6-12-115-210 (788هـ)

- و -

الرائد الرسمي للجمهورية التونسية: 3 (19هـ)

- إصلاح غلط: 3 (19هـ)

رخصة الوالي: (ر: ترخيص إداري)

رهن (المنقول والعقار): 7-20-159

- الحق المشروط: 491

- حق الأفضلية في -: 75-121-223-

470

- حق التمتع (في الرهن العقاري): 558-

558 (1686هـ).

- زواله بالتقادم: 558

- ضرر افنتكك -: 750ب

الحوز في المنقول سند الملكية: 14 (112هـ) -

46-84-123 (609هـ) - 397

(1297هـ) 430- (1385هـ) - 611-

655 (1906هـ) - 763

- ه -

الخطأ في تكوين العقد: 170-387-713

(2048 و 2045هـ)

خلافة (في الحقوق): 45-481ب-482-492

خيانة المؤمن: 64-84

- ذ -

الدستور: 1

دعوى رومانية: 16

- دعوى بوليكيانية: 16 (123هـ)

- دعوى الضمان (اشتراط التعويض): 16

- في تجريم التفويت: 70-78-88

- في تعويض الخسارة: 718ب-760

- في التقادم: 536

- في الثمار: 751-752

- في الشرط الفسخي: 228-491

- في المماثلة: 642-649

حصّة عينية: (ر: مساهمة بمناب في شركة)

حفظ:

- أعمال الحفظ: (ر: أعمال)

- مبدأ حفظ الحقوق: 45 (314هـ)

- مقصد حفظ الأموال: 1

حق عيني: 1-6-123

- الارتفاق: 12-552 (1668هـ)

- الاستعمال: 7 (60هـ) - 12

- الانتفاع: 6-82

جرم الاسون: 63  
جريمة:

- ايجابية: 63

- سلبية: 63

- مستحيلة: 81 (455هـ)

جزاء: 18-24-24 (202هـ)

- التصرف: 88-199-393

- التفويت: 47-55-585-794-800

- مدني: 53-89-274-749

- الرهن: 376-673ب

- العقد الموقوف: 238-239

- الفصل 551 م.ا.ع.: 48ب

جعلية آثار العقد: 295 (1071هـ) - 302

(1087هـ)

جواز: 3-18-22-22 (193هـ) - 24-23-

794-397-48-39

- سقوط الأجل: 671-672-739

- فلاحى: 65

- هلاك المرهون: 670ب

- ما جاز بيعه جاز رهنه: 117

- المال المستقبل: 209-204

- مبدأ التخصيص: 209-21

- مرتين: 63-75-76-117-121

- منتوجات المناجم: 65

- ضمان الاستحقاق: 368

-

- سبب الالتزام: 33-60

- سجل عقاري: (ر: تسجيل عقاري)

- 70-67-66

- في الإجازة: 415

- شركة: (ر: مساهمة بمناب في شركة)-66

- شريعة إسلامية: 1

- شفعة: 126-459-570

- شيء: 6

- خارج عن التعامل: 11-73-115-

- 116-117

- غير قابل للتفويذ: 73

- غير مملوك: 11

- (مال) متنازع فيه: 23-117-

- (322هـ)-228 (860هـ)

- مثلي: 11-103-307

- مستقبل: 200ب-290

ظاهر:

- ملكية ظاهرة: (ر: ملكية)

- وارث -: 25-46

- وضع -: 90

- م -

- عدم الاحتجاج: 46-52-53-81-263

- عدم النفاذ: 52-54-195-585-797

- عقار مسجل: (ر: تسجيل عقاري)

عقد:

- عيني: 20

- غير مسمى: 16 (131هـ)-738

- لازم: 239 (894هـ)

- عقد موقوف: 18-20-21-101-226

- افكالك الحوز: (ر: حوز)

- مباشر: 747

- متوقع: 711 (2041هـ)-748

- ناشئ عن الجريمة: 75-78ب

- ضرورة: 246 (930هـ)-253-430

- ضمان: 6-17-289 (1048هـ)

- الفعل الشخصي: 323-347-372-

390

- فعل الغير: 350ب

- ضمان الاستحقاق: 16-24-317ب

- أساس صحة التفويذ: 341ب

- التزام موضوعي: 340-630-631

- الأصلي: 326-758-792

- صحيح: 537ب

- ظني: 544

- الملكية: (ر: تسجيل عقاري)

- سوء النية: (ر: حسن النية)

- والتعويض: 732-748-750-759ب

- والتقادم: 718

- والفسخ: 718

- شر -

- شبه تحيل: 59ب

- الشرط:

- أثره الفوري (والرجعي): 222ب

- التعاقبي: 10-229-491

- الفسخي: 10-228-491

- معين بالذات: 11

- معين بالنوع: 11-289

- ص -

- صساتيلانا: 1 (هـ13)-172 (هـ731)-190-

267-270-272

- صحة (التصرف / التفويت): 3-17-18-

- 22-24-29-30ب-196-296-585-

800-794

- أساسها: 197ب

- إقرارها: 31ب

- صلح: 7-364-479 (هـ1491)

- صورية: 81

- ص -

- ضرر:

- الحرمان من العقد: 741ب

- الجزائي: 326-711ب-758-792

- العرضي: 776ب

- والتسليم: 239-339 (هـ1192)

- والمسؤولية: 326

- والميراث: 504

- وانتقال الملكية: 329ب-666 (هـ1946)

- انعدامه في التبرعات: 378ب

- تعريفه: 321

- ثبوته في المعاوضات: 362ب

- محتواه: 354-355

- ضمان الاستحقاق الجزئي: 414-604

(هـ1815)-620-680ب-734-758

- الضمان العام: 12-210 (هـ788)

- ضم الحوزين: 536 (هـ1631)-702

- ظ -

- اعتماده تشريعياً: 248ب

- حكمه: 245-246

- صحته: 238

- في فقه القضاء: 260-263 (هـ976)

- مفاضلته مع البطلان النسبي: 268-

273

- وعدم الاحتجاج: 263

- والعقد اللزم: 239 (هـ894)

- عقود:

- الأمانة: 64

- خاصة: 28-801

- مسمأة: 3 (هـ19)-28

- ملزمة للجانبين: 16 (هـ131)-604-

717-677-676

- (مجلة الالتزامات والعقود): 1 (هـ13)-32  
 (هـ256)-52-150-188ب-254-252  
 782 - (هـ2088) 733-683-665-270  
 (هـ2223)  
 لاحه مجلة الأحكام الشرعية (لحة الشيخ  
 جعيط): 381-272 (هـ1274)  
 382 (هـ1277)-500-(هـ1528) 737-(هـ2098)  
 لامشروعية: (ر: مشروعية التقويت).  
 لجنة توجيه النظر الشرعي: 254-683-785  
 (هـ2227)  
 مبدأ عام: (ر: قاعدة عامة للقانون)  
 مبدأ الأمانة والنزاهة في العقود: 763-769  
 مجلة الأحكام العدلية: 18-26-252-257-272  
 مجلة الالتزامات والعقود:  
 - إعادة تنظيم (صياغة): 3 (هـ18 عكز)  
 - تأثرها بالفقه الإسلامي: (ر: فقه  
 إسلامي)  
 - لاحه: (ر: لاحه ابتدائية...)  
 مجبور: (ر: الحصر)  
 محل:  
 - الالتزام: 99ب  
 - التصرف القانوني: 100 (هـ513)  
 - العقد: 99-102  
 مدة معقولة: 441-642  
 مذهب مالكي: 18-20-256-271-500-683  
 (هـ2227) 785-684-683

- تبيته: 68  
 - طبيته الجزئية: 68  
 - التأويل الضيق: 73-82  
 - القصد الجنائي: 66-70  
 قانون مقارن: 3-19ب-25-97-283-284  
 - فواين اشراكية: 593  
 - فواين جرمانية: 20-222-223-  
 303-315-362-594-596 (هـ1781)-  
 741-665  
 - فواين عربية: 20-21-784  
 - فواين لائينية: 21-222-  
 قسرض: 7-8-364-(هـ1244)-604-677ب  
 (هـ2070) 727-  
 قسمة: 25-131-538-658  
 قواعد كلية: 25 (هـ273و274)-43  
 قيمة المبيع:  
 - زيادة القيمة: 745  
 - نقص القيمة: 731ب  
 كراء: 3 (هـ19)-5-64-82  
 - ثان: 113-115-120 (هـ578).  
 - فلاحى: 5 (هـ31)  
 كردار: 7 (هـ59)-364 (هـ1243)  
 كفالة عينية: 463  
 كفول البائع: 479 (هـ1492)  
 كلز: 748  
 - ل -  
 لاحه ابتدائية لقانون مدني وتجاري تونسسي

596ب-781

- والزمن: 675ب

- والمماثلة: 592ب-624ب

فضالة:

- تعريفها وشروطها: 253-257-430-

456

- تمييزها عن تصرف الفضولي: 257-

فضولي:

- تصرف الفضولي (العقد الموقوف):

18-238ب-252-254-256-

- في الفصل 576 م.ا.ع.: 144-194-

252ب-257

- في الفضالة: 253-456-

فقاه إسلامي: 18-20-26-123-212-

(802هـ)

- تأثيره في التشريع: 223-248-

267ب-270-271-272- (ر: مذهب

ملكي)

- ل-

قاصر: (ر: الحجر)

قاعدة عامة للقانون: 2-9 (63هـ)-27-35ب

قانون:

- روماني: 17-20-26-123-210-

754-302

- طبيعي: 42-

- وضعي: 28-42-

قانون جنائي: 23

- استقلاله: 68-84-85ب-92-

- المنفعة: 23

عوض: 6-7-15ب-737

عيوب الرضا: 78-686-

- ل-

غائب: 23

غاصب: 18 (156هـ)-245 (926هـ)-732-

751

غرر: 241 (91هـ)-290 (1052هـ)-717-

الغلط:

- أساس للبطالان النسبي: 137ب

- الشائع: 14 (112هـ)-763-

- في التحيل: 78-

- في القانون: 145-

غياب الباع: 778

غيرية:

- في الفضالة: 253-

- في ملك الغير: 13-

- ف-

فساد: 49-191-239

فسخ:

- بمعنى بطلان: 156-233 (883هـ)-

587

- في معاني أخرى: 587-

الفسخ لعدم التنفيذ: 12-53-92

- أفضليته على البطلان: 184-

- تعريفه ومزاياه: 586-588-628-

- الجزئي: 598-687-734-

- لا يفسخ إلا بعد الغصب: 184-359-



نيابية: 2-5-10-23 (هـ197) 24-25-

456-400

هبة:

- الأموال المستقبلة: 210-214

- تسليم الموهوب: 392 (هـ1287)

- وضمن الاستحقاق: 386ب

- ملك الغير: 385ب

هبة العوض: 7-16-707-758 (هـ2169)

هلاك:

- المبيع: 289

- محل التوثيق: 476

- المرهون: 670ب

و

وارث: (ر: تركة / ظاهر)

وديعة: 5-64

وران: 62

وصف العقد: 234-701-709

وصية:

- إجازة الورثة: 399-517ب

- بملك الغير: 380ب

- سبب لنفاذ التوثيق: 513ب

- طبيعتها: 383-517

- في القانون الروماني: 381 (هـ1011)

- قبولها ورذها: 514ب

وعد:

- بالبيع: 10-38-121-121 (هـ592)-

- 202-215 (هـ819) 484 (هـ1505)-

ن

نظام عام:

- في الحجر على القصر: 23 (هـ197)-  
405

- في ضمان الاستحقاق: 332

- في القانون الجنائي: 92

نظرية عامة:

- للائتمانات: 26-46-364 (هـ1242)-

801-627

- لتصرف القضولي: (ر: فضولي)

- للتصرف القانوني: 198أب

- للتوثيق في ملك الغير: 27-196-

800-395

- المحقود الخاصة: 28-801

نظرية قانونية: 25

نفاذ: 17-24-29-48-159-243-311

794-(هـ1100)

- تعريفه: 397

- التوثيق: 397ب

- وتنفيذ الالتزام: 607-655

- وقف النفاذ: 263

نقص المساحة: 681 (هـ1976)-730

نقل الملكية: (ر: التزام / انتقال الملكية)-5-

106-16-6

- التصرف المزدوج في: 20-303-315

نقود: 11 (هـ95)

نماء المال: 472

نهى: 39-49

- بريتورية: 16 (هـ124)-17-701  
(هـ2023)
- خاصة: 13-23-529
- في القانون الروماني: 302 (هـ1082)
- مشروطة: 219
- مقيدة: 12
- مماثلة المدين في القواعد العامة): 592-5
- إعمار المدين: 597
- خيار الدائن: 595-624ب
- مماثلة المفوت: 637ب
- إيجابها: 644ب
- أجلها: 689ب
- جزاؤها: 651ب
- تأثرها بحسن النية: 642-649
- مناطق عمومية سفوية (التنظيم العقاري):
- 575-571
- منقول مالا: 121
- منع: 2-3-6-18-22-23-24-39-49-  
116
- مهر: (ر: تسمية المهر)
- موانع:
- التعويض: 758ب
- التقويت في ملك الغير: 612
- الفسخ: 610-611
- تقديم المانع: 116-766 (هـ2187)
- موقوف: (ر: عقد موقوف)
- ميراث: (ر: تركه) -497ب
- مرض الموت: 406ب-518
- مساهمة بمناب في شركة: 7 (هـ52)-306
- هـ1094-(364-420 (هـ1357)-604  
هـ1815)-766
- مسؤولية:
- تعاقدية: 711-718-747-749
- والضمان: 326-338 (هـ1091)
- مؤسسي الشركة: 766
- ومديونية: 286
- الواهب (المتبرع): 6-387
- مشروعية التقويت: 33-34ب
- مصادرة: 560
- مصاريف: 742
- الدعوى: 745
- العقد: 743
- العين: 754-755
- مصفي: 23 (هـ197)
- معاوضة: 7-16-21-364-737
- مغارسة: 7-62-76-82 (هـ459)
- مقاصد الشريعة: 1
- مقدم: (ر: الحجر)
- مقدم خصوصي: 405 (هـ1324)
- ملك الدولة الخاص: 23-529-532  
(هـ1624)
- ملك عمومي: 11 (هـ84)-73-117-529-  
(هـ1605)-560 (هـ1691) 529
- ملكية:
- بآلة: 12-492

## ثبوت معجزتي

بالقواعد والنظريات الفقهية العامة المعتمدة في البحث

658-490

- بالتقويم: 10

وفاء بمقابل: (ر: تصبير بالدين)

وفاء: (ر: اكتساب الملكية) - 51

وكالة: 2 (18هـ) - 4-10 (78هـ) - 121-456

ولاية: (ر: الحجر).

- الإجازة اللاحقة كوكالة السابقة: 454-455-457
- الأجناس (الأنواع) لا تهلك: 11
- الأجناس (الأنواع) ليست ملكا لأحد: 11
- الأصل في العقود الصحة: 172
- الإمضاء لا ينشئ وضعاً جديداً: 433
- الأول في الزمن هو الأقوى في الحق: 123-123 (هـ 601)
- الباطل لا يرتب أثراً: 37
- سقوط حق الواهب يستتبع سقوط حق الموهوب له: 37 (هـ 279)
- سيء النية لا ينتفع بسوء نيته: 708
- الضامن لا يستحق: 323-515-694-706
- العدم لا أثر له: 37
- الغش يفسد كل شيء: 81-125 (هـ 616)
- الغلط الشائع ينشئ الحق: 14 (هـ 112)
- فاقد الشيء لا يعطيه: 1-17-37-96
- الفرع يتبع الأصل: 421-420
- فسخ حق المفوت يوجب فسخ حق المفوت له: 37
- لا أحد يترك لوارثه أكثر مما كان له من الأموال: 35 (هـ 271)-504
- لا حبس مع العطاء: 390 (هـ 1023)
- لا دعوى بدون مصلحة: 611
- لا فسخ إلا بعد الغصب: 184-359-596-781
- لا يجب التفريق حيث لم يفرق المشرع: 625
- لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن: 18-51



محتويات الكتاب

- لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق: 2-9  
(63هـ) 17-35-123-213 (84هـ) 219-481
- لا يملك الإنسان أكثر مما ملك: 17 (144هـ)
- لا ينسب إلى سادكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان:  
(1382هـ) 429
- ما بني على باطل فهو باطل: 37
- المملوك لا يملك: 17 (147هـ)
- النص الخاص يقدم على النص العام: 625-626
- هلاك الشيء على مالكة: 289-476



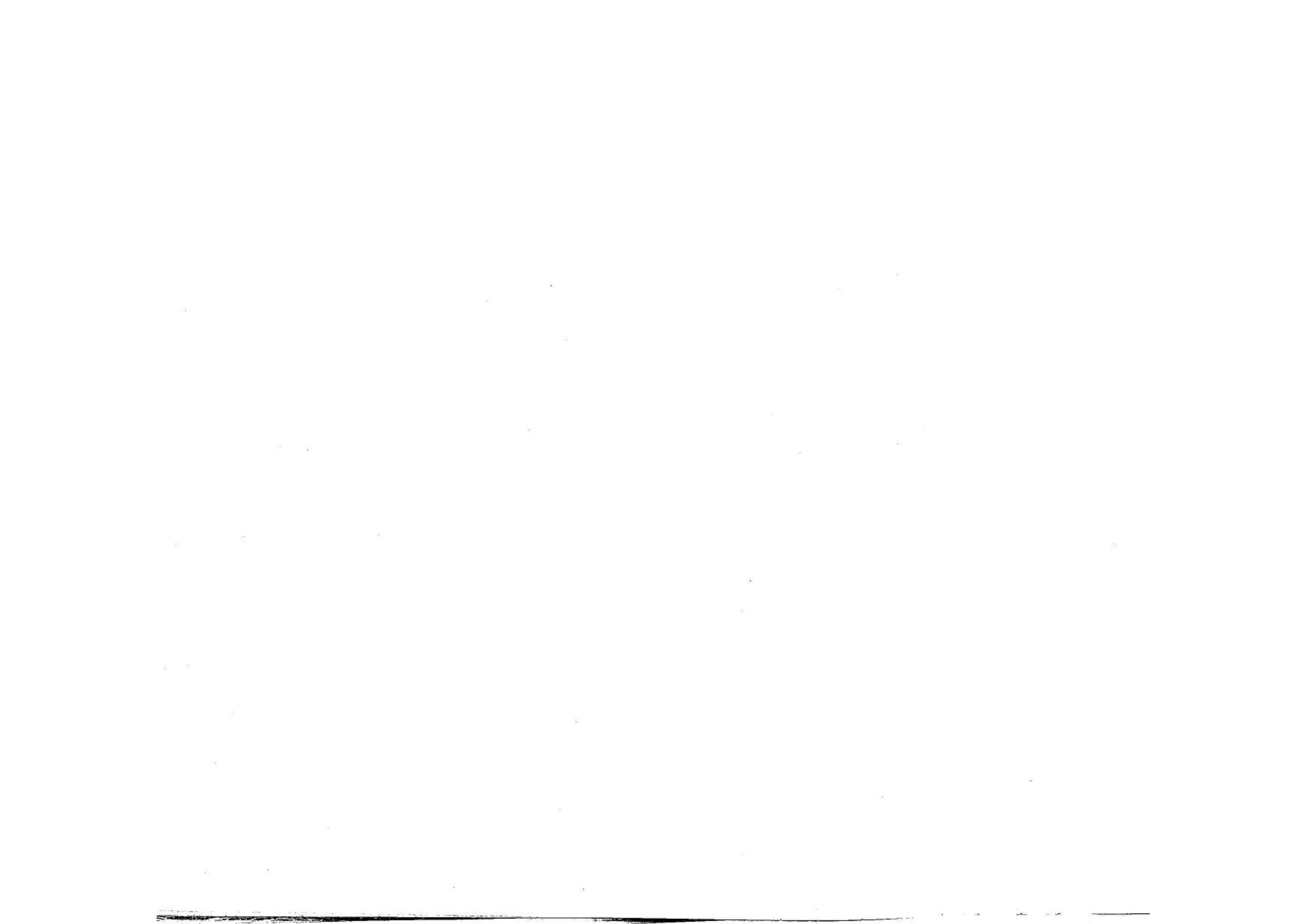
## محتويات الكتاب

(يلتزم هذا الفهرس عند الفقرات الفرعية "أ" و"ب" وما دونها من التقسيمات الجزئية تُطلب داخل الكتاب)

5	تقديم بقلم الأستاذ محمد كمال شرف الدين.....
11	تصدير.....
13	مختصرات ورموز.....
15	المقدمة.....
17	تهديد.....

## الجزء الأول: صفة التقويت في ملك الغير

81	العنوان الأول: إقرار صفة التقويت في ملك الغير.....
85	الباب الأول: نفي البطلان المطلق.....
88	تهديد: حجج البطلان العامة.....
88	القسم الأول: مشروعية التقويت في ملك الغير.....
92	الفرع الأول: مبدأ الفصل 551 م.إ.ع.....
94	الفقرة الأولى: تحليل حجة الفصل 551 م.إ.ع.....
95	أ- بسط المبدأ.....
95	ب- وجه الاستدلال بمبدأ الفصل 551 م.إ.ع.....
97	الفقرة الثانية: دحض حجة الفصل 551 م.إ.ع.....
101	أ- وجهة تطبيق الفصل 551 م.إ.ع.....
101	ب- تحقيق جزاء الفصل 551 م.إ.ع.....
108	الفرع الثاني: تجريم التقويت في ملك الغير.....
117	الفقرة الأولى: مدلول اللامشروعية.....
117	أ- جريمة شبه التحيل.....
118	ب- جريمة خيانة الأمانة.....
123	ج- جريمة الاستيلاء على مشترك قبل القسمة.....
125	الفقرة الثانية: دحض اللامشروعية.....
127	أ- عناصر التجريم.....
130	ب- سياسة التجريم.....
140	القسم الثاني: إمكانية التقويت في ملك الغير.....
154	الفرع الأول: التعليل النظري لاستحالة المحل.....
154	



237	ب- أفضلية الفسخ على البطلان.....
242	ج- إقصاء البطلان في آخر الفصل 576 م.ع.....
248	العنوان الثاني: أساس صحة التقويت في ملك الغير.....
249	الباب الأول: الأسس المستمدة من نظرية التصرف القانوني
249	القسم الأول: الأسس المستمدة من نظرية التصرف
250	القانوني في مجلة الالتزامات والعقود.....
250	الفرع الأول: التعامل في شيء مستقبل
250	الفقرة الأولى: عرض الأساس
250	أ- الملاحظة.....
250	ب- المؤيدات.....
252	الفقرة الثانية: دحض الأساس
255	أ- نفي الربط بين ملك الغير والفصل 66 م.ع.....
256	ب- المقصود بالشيء المستقبل في الفصل 66 م.ع.....
263	الفرع الثاني: أحكام الشرط.....
269	الفقرة الأولى: دواعي التأسيس على أحكام الشرط
269	أ- العلاقة بين الشرط والتقويت في ملك الغير
269	ب- كيفية التأسيس على الشرط.....
271	الفقرة الثانية: عيوب التأسيس على أحكام الشرط.....
278	أ- إجازة المالك.....
278	ب- صيرورة الموت مالكا.....
279	الفرع الثالث: تحول العقد الباطل.....
285	الفقرة الأولى: تقديم الأساس
285	أ- الأساس في الفقه.....
285	ب- الأساس في الفصل 576 م.ع.....
287	الفقرة الثانية: رفض الأساس.....
288	القسم الثاني: الأساس المستمد من نظرية التصرف
290	القانوني في الفقه الإسلامي: العقد الموقوف
290	الفرع الأول: بسط نظرية العقد الموقوف.....
290	الفقرة الأولى: صحة العقد الموقوف.....
290	أ- العقد الموقوف هو من أقسام العقد الصحيح.....
291	ب- تصرف الموقوف هو عقد موقوف صحيح.....
295	.....

- 155 ..... الفقرة الأولى: بسط التحليل النظري.....
- 157 ..... الفقرة الثانية: تفنيد التحليل النظري لاستحالة المحل.....
- 158 ..... أ- التداخل بين محل العقد ومحل الالتزام.....
- 163 ..... ب- نقل الملكية أثر للبيع وليس ركنا له.....
- 166 ..... ج- استحالة المحل نسبية لا مطلقة.....
- 168 ..... الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي.....
- 169 ..... الفقرة الأولى: انعدام ملكية الموث بصفة عامة.....
- 169 ..... أ- انعدام الملكية في حد ذاته.....
- 171 ..... ب- انعدام الملكية المؤسس على اللامشروعية.....
- 176 ..... الفقرة الثانية: انعدام ملكية الموث في الصور الخاصة.....
- 177 ..... أ- التقويت في نفس الشيء مرتين.....
- 190 ..... ب- التقويت في المال الشائع.....
- 199 ..... الباب الثاني: نفي البطلان النسبي.....
- 202 ..... القسم الأول: الغلط.....
- 202 ..... الفقرة الأولى: تقديم أساس الغلط.....
- 203 ..... الفقرة الثانية: مآخذ أساس الغلط.....
- 204 ..... أ- اضطراب طبيعة الغلط.....
- 205 ..... ب- تعارض الغلط مع أحكام التقويت في ملك الغير.....
- 209 ..... القسم الثاني: النص الخاص.....
- 209 ..... الفرع الأول: نفي حجة النص الخاص.....
- 210 ..... الفقرة الأولى: عناصر الحجة.....
- 210 ..... أ- الدعامة النصية.....
- 211 ..... ب- الدعامة القضائية.....
- 213 ..... الفقرة الثانية: رد الحجة.....
- 213 ..... أ- تصور البطلان النسبي.....
- 220 ..... ب- نظام البطلان النسبي.....
- 229 ..... الفرع الثاني: نفي الحاجة إلى النص الخاص.....
- 229 ..... الفقرة الأولى: نص عديم الفائدة.....
- 229 ..... أ- نص قاصر.....
- 231 ..... ب- نص مخالف لأصول الالتزامات.....
- 235 ..... الفقرة الثانية: نص عديم الفاعلية.....
- 235 ..... أ- النتائج غير المرغوبة لنص البطلان.....

407	الفرع الثاني: تعميم الأساس على سائر التقويبات.....
407	الفقرة الأولى: ثبوت الضمان في التقويت (بعوض).....
408	أ- النصوص الصريحة.....
413	ب- الفصل 207 م.ج.ع. في الرهن.....
420	الفقرة الثانية: انعدام الضمان في التبرعات.....
421	أ- بطلان الوصية بملك الغير.....
425	ب- بطلان هبة ملك الغير.....
431	خلاصة العنوان الثاني.....
433	خاتمة الجزء الأول.....

### 435.....**الجزء الثاني: مآل التقويت في ملك الغير**.....

439	العنوان الأول: نفاذ التقويت في ملك الغير.....
441	الباب الأول: الإجازة.....
445	القسم الأول: شروط الإجازة.....
445	الفرع الأول: الشّروط الأصلية.....
445	الفقرة الأولى: المالك المجيز.....
446	أ- المالك قاصر.....
448	ب- المالك مريض مرض الموت.....
452	الفقرة الثانية: مضمون الإجازة.....
452	أ- مقصود الإجازة.....
453	ب- الإجازة المقيدة.....
455	الفرع الثاني: الشّروط الشكلية.....
455	الفقرة الأولى: صيغة الإجازة.....
456	أ- الإجازة بين الرضائية والشكائية.....
465	ب- الإجازة بين الصراحة والضمنية.....
469	الفقرة الثانية: الإعلام بالإجازة.....
469	أ- وجوبية الإعلام.....
476	ب- زمن الإعلام.....
479	القسم الثاني: آثار الإجازة.....
480	الفرع الأول: أثر الإجازة في تحديد الطرف الموقوف.....
481	الفقرة الأولى: الموقوف هو البائع (الموقوف الأصلي).....
481	أ- الرأي.....

- 298 ..... الفقرة الثانية: عناصر نظرية العقد الموقوف
- 298 ..... أ- شروط توقف النفاذ
- 299 ..... ب- حكم العقد الموقوف
- 303 ..... الفرع الثاني: اعتماد نظرية العقد الموقوف
- 303 ..... الفقرة الأولى: الأدلة النصية
- 304 ..... أ- عرض الأدلة
- 309 ..... ب- الرد على الأدلة
- 313 ..... الفقرة الثانية: الأدلة الفقهية
- 313 ..... أ- فقه القضاة
- 318 ..... ب- فقه الشراح
- 328 ..... الباب الثاني: الأساس المأخوذ من طبيعة التقويت
- 329 ..... القسم الأول: انتقال الملكية
- 331 ..... الفرع الأول: انتقال الملكية أثر قانوني وليس التزام
- 331 ..... الفقرة الأولى: الحجج الأصلية
- 332 ..... أ- نصوص مجلة الالتزامات والعقود
- 333 ..... ب- الحجج المقارنة
- 335 ..... الفقرة الثانية: الحجج التذعيمية
- 335 ..... أ- الفورية ووجود الالتزام
- 338 ..... ب- تأجيل انتقال الملكية
- 347 ..... الفرع الثاني: انتقال الملكية لا يتعارض مع صحة التقويت
- 349 ..... الفقرة الأولى: الفورية لا تمنع صحة التقويت
- 351 ..... الفقرة الثانية: الآلية تقسّر عدم التعارض
- 351 ..... أ- تحليل انتقال الملكية في ذاته
- 361 ..... ب- تأكيد تحليل انتقال الملكية في النصوص
- 370 ..... القسم الثاني: ضمان الاستحقاق
- 370 ..... الفرع الأول: تحليل الأساس في عقد البيع
- 370 ..... الفقرة الأولى: مفهوم ضمان الاستحقاق
- 370 ..... أ- تعريف الضمان
- 378 ..... ب- غاية الضمان
- 391 ..... الفقرة الثانية: صورة الضمان كأساس لصحة التقويت
- 391 ..... أ- شواهد الأساس
- 394 ..... ب- عرض الأساس

- أ- الحوز..... 542  
 ب- المدة..... 552  
 الفقرة الثانية: مفعول التّقديم المكسب..... 564  
 أ- كيفية حصول التّقديم..... 565  
 ب- التّقديم يكسب ملكية جديدة..... 568  
 الضرع الثاني: مفعول القانون..... 573  
 الفقرة الأولى: عرض الأسباب..... 575  
 أ- الانتزاع للمصلحة العمومية..... 576  
 ب- أولوية الوكالات العقارية..... 579  
 ج- التّظيم العقاري في المناطق العمومية السقوية..... 585  
 الفقرة الثانية: نتائج الأسباب..... 586  
 أ- الملكية الجديدة في الانتزاع والتّظيم العقاري..... 586  
 ب- الملكية الجديدة في أولوية الوكالات العقارية..... 590  
 خلاصة العنوان الأول..... 594  
 العنوان الثاني: زوال التّقويت في ملك الغير..... 597  
 الباب الأول: فسخ التّقويت..... 598  
 تمهيد: وضع المسألة:..... 598  
 القسم الأول: تصوّر فسخ التّقويت..... 602  
 الضرع الأول: التصوّر العامّ للفسخ القضائي..... 602  
 الفقرة الأولى: الفسخ يفترض غياب الماطلة..... 603  
 الفقرة الثانية: الفسخ يرتبط باستحالة التّفنيد..... 606  
 أ- عرض الحلّ التشريعي..... 607  
 ب- تأكيد الحلّ التشريعي..... 610  
 الضرع الثاني: تلاؤم التّقويت مع التصوّر العامّ للفسخ القضائي..... 616  
 الفقرة الأولى: فسخ التّقويت يفترض استحالة التّفنيد..... 619  
 أ- مفهوم استحالة التّفنيد..... 619  
 ب- محتوى استحالة التّفنيد..... 626  
 الفقرة الثانية: فسخ التّقويت لا يقضي فكرة الماطلة..... 631  
 أ- طبيعة الفصل 576 م.إ.ع..... 632  
 ب- أساس الفصل 576 م.إ.ع..... 637  
 القسم الثاني: الأحكام الخاصة لفسخ التّقويت..... 642  
 الضرع الأول: الأحكام الخاصة بماطلة المفوت..... 642

- 483 .....ب- النقد
- 486 .....الفقرة الثانية: الموت هو المالك الحقيقي
- 486 .....أ- أساس حلول المالك في التقويت:
- 491 .....ب- نتائج حلول المالك في التقويت:
- 493 .....الفرع الثاني: زمن نفاذ التقويت بالإجازة
- 494 .....الفقرة الأولى: زمن النفاذ بالنسبة إلى الموت له
- 495 .....أ- تبرير الرجعية
- 497 .....ب- فوائد الرجعية
- 499 .....الفقرة الثانية: زمن النفاذ بالنسبة إلى المالك
- 499 .....أ- بقاء التصرفات السابقة
- 501 .....ب- استحقاق الثمار المقبوضة
- 502 .....ج- تحمل ثبوت الهلاك
- 503 .....الباب الثاني: صيرورة الموت مالكا
- 506 .....القسم الأول: اكتساب الموت ملكية سابقة
- 507 .....الفرع الأول: اكتساب الملكية بين الأحياء (العقد)
- 509 .....الفقرة الأولى: عقد موجود
- 509 .....أ- عقد صحيح
- 510 .....ب- عقد محض به
- 513 .....الفقرة الثانية: عقد ناقل للملكية فعلا
- 513 .....أ- عقد نافذ فورا
- 514 .....ب- عقد ناجز
- 516 .....ج- عقد ناقل للملكية بآلة
- 519 .....الفرع الثاني: اكتساب الملكية بموجب الوفاة
- 520 .....الفقرة الأولى: الميراث
- 520 .....أ- الميراث من أسباب النفاذ
- 526 .....ب- نظام التملك بالميراث
- 533 .....الفقرة الثانية: الوصية
- 533 .....أ- قبول الوصية وردها
- 536 .....ب- إجازة الورثة
- 539 .....القسم الثاني: اكتساب الموت ملكية جديدة
- 541 .....الفرع الأول: التقادم المكسب
- 541 .....الفقرة الأولى: شروط التقادم المكسب

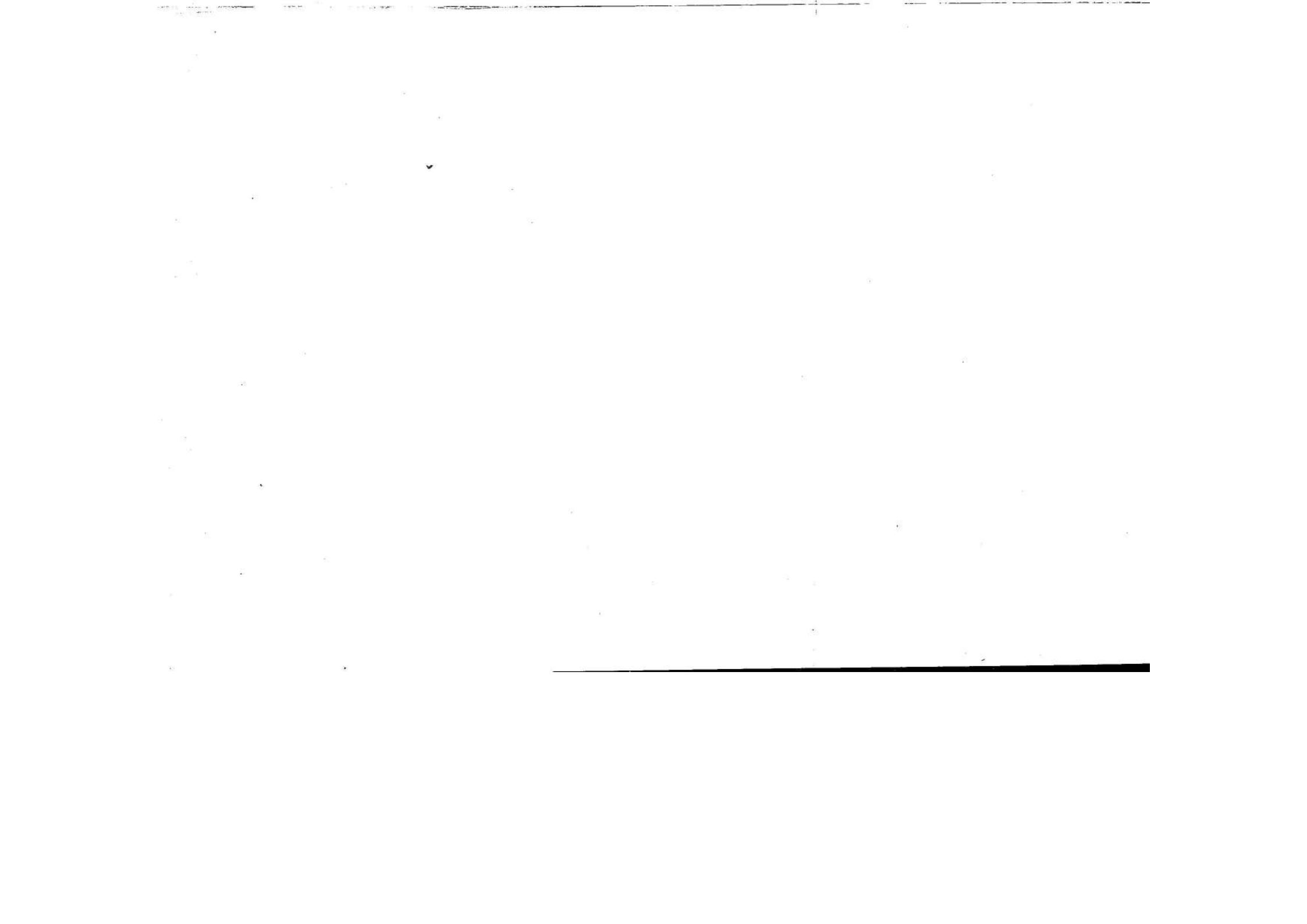


754	ب- الأتفاق على عدم الضمان.....
757	الفقرة الثانية؛ خطأ المفوت له المتصل بالاستحقاق.....
758	أ- عدم إدخال المفوت في دعوى الاستحقاق.....
768	ب- تسبب المفوت له في الاستحقاق.....
775	خلاصة العنوان الثاني.....
777	خاتمة الجزء الثاني.....

## 781 ..... الخاتمة .....

789	مراجع الكتاب.....
791	I- مراجع باللغة العربية.....
791	أولاً - مطولات ودروس ومزلفات خاصة.....
799	ثانياً - أطروحات ومذكرات ورسائل.....
801	ثالثاً: مقالات وبحوث وتعاليق.....
808	رابعاً: مجلات معلق عليها.....
808	خامساً: معاجم وقواميس وكتب لغة.....
810	II- مراجع باللغة الفرنسية.....
810	BIBLIOGRAPHIE EN LANGUE FRANÇAISE
810	A- OUVRAGES, COURS ET TRAITÉS
814	B- THESES ET MEMOIRES
818	C- ARTICLES, CHRONIQUES ET NOTES
823	D- CODES ANNOTÉS
824	E- LEXIQUES ET DICTIONNAIRES
825	كُتِبَ مُصْطَلِحِي.....
841	كُتِبَ مُعْجَمِي بِالْقَوَاعِدِ وَالتَّقْرِيرَاتِ الفقهية العامة المعتمدة في البحث.....

- 642 ..... الفقرة الأولى: وجود الماطلة
- 642 ..... أ- أجل الماطلة
- 647 ..... ب- إثبات الماطلة
- 651 ..... الفقرة الثانية: جزاء الماطلة
- 651 ..... أ- غصب المفوت
- 657 ..... ب- تعليق التقويم حسب الفصل 682 م.ع.
- 666 ..... الفقرة الثاني: الأحكام الخاصة باستحالة التنفيذ
- 667 ..... الفقرة الأولى: الاستحالة مصدرها المالك الحقيقي
- 667 ..... أ- هلاك المرهون
- 676 ..... ب- الاستحقاق الجزئي
- 684 ..... الفقرة الثانية: الاستحالة مصدرها الطرفان
- 685 ..... أ- التسجيل العقاري
- 695 ..... ب- التقادم المكسب
- 704 ..... الباب الثاني: تعويض الخسارة
- 707 ..... القسم الأول: تقدير التعويض
- 709 ..... الفرع الأول: إقصاء العوض
- 709 ..... الفقرة الأولى: رد الثمن في عقد البيع
- 709 ..... أ- تبرير الإقصاء
- 712 ..... ب- محتوى الإقصاء
- 723 ..... الفقرة الثانية: رد العوض في التقويمات الأخرى
- 723 ..... أ- العوض عين أو عمل
- 726 ..... ب- العوض دين
- 727 ..... الفرع الثاني: عناصر التعويض
- 728 ..... الفقرة الأولى: تعويض ضرر الحرمان من العقد
- 729 ..... أ- إرجاع المصاريف
- 734 ..... ب- غرم الخسائر الأخرى
- 737 ..... الفقرة الثانية: تعويض ضرر افتكائك الحوز
- 738 ..... أ- رد ثمار العين
- 741 ..... ب- مصاريف العين وزيادة القيمة
- 746 ..... القسم الثاني: موانع التعويض
- 747 ..... الفقرة الأولى: علم المفوت له بالاستحقاق
- 748 ..... أ- سوء نية المفوت له



تم طبع هذا الكتاب على مطابع  
دار المعارف للطباعة والنشر  
بسوسة - الجمهورية التونسية